Öffentliches Recht

Simon Burger, Rainer Palmstorfer,
Anne-Carlijn Prickartz, Isabel Staudinger,
Teresa Weber, Katharina Weiser,
Paul Weismann (Hrsg)

Recht und Sprache

Tagung der Österreichischen Assistentinnen
und Assistenten Öffentliches Recht

Band 9 Salzburg 2018

Jan Sramek Verlag

Simon Burger, Rainer Palmstorfer,
Anne-Carlijn Prickartz, Isabel Staudinger, Teresa Weber,
Katharina Weiser, Paul Weismann (Hrsg)

Recht und Sprache

Tagung der Österreichischen Assistentinnen und Assistenten
Öffentliches Recht

Band 9 Salzburg 2018

Nähere Informationen zu diesem PDF
und seiner Nutzung finden Sie hier.

RÄUME & IDENTITÄTEN
DIMENSIONS & IDENTITIES

Der Fachbereich Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht der Universität Salzburg bündelt seine rechtswissenschaftlichen Aktivitäten unter dem Titel »Räume und Identitäten« und forscht in den nächsten Jahren verstärkt zu aktuellen Problemen des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wandels.

UNIVERSITÄT SALZBURG

**Simon Burger, Rainer Palmstorfer,
Anne-Carlijn Prickartz, Isabel Staudinger,
Teresa Weber, Katharina Weiser,
Paul Weismann (Hrsg)**

Recht und Sprache

Tagung der Österreichischen Assistentinnen
und Assistenten Öffentliches Recht

Band 9 Salzburg 2018

Jan Sramek Verlag

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek:
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten stehen unter <http://dnb.d-nb.de> zur Verfügung.

Gefördert durch die Stiftungs- und Förderungsgesellschaft der Paris-Lodron-Universität Salzburg und die Evers-Marcic-Stiftung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Paris-Lodron-Universität Salzburg

Creative Commons Licence Terms

You are free to share (copy, distribute and transmit) this work under the following conditions:

1. Attribution – You must attribute the work in the manner specified by the author or licensor (but not in any way that suggests that they endorse you or your use of the work). For this work please use the proposed citation on page II.

2. Noncommercial – You may not use this work for commercial purposes.

Die vollständigen Creative Commons Lizenzbestimmungen in deutscher Sprache finden Sie online unter
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.de>

All übrigen Rechte, insbesondere das Recht auf Übersetzung oder die Nutzung des Layouts für Zwecke jenseits der Lizenzbestimmungen oder das Recht gedruckte Exemplare zu vertreiben, sind vorbehalten.

Produkthaftung:
Trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle kann keine Garantie für die Vollständigkeit, Aktualität oder Fehlerlosigkeit des Werkes gegeben werden. Eine Haftung des Verlages, des/der Herausgeber/innen und/oder Autor/inn/en aus dem Inhalt dieses Werkes ist ausgeschlossen.

Typographisches Konzept und Eigensatz des Verlages
Schrift: Arnhem Pro

Eine auf hochwertigem Papier gedruckte Fassung mit Festeinband und Fadenheftung kann unter der ISBN 978-3-7097-0190-4 direkt beim Verlag <www.jan-sramek-verlag.at> oder im Buchhandel bestellt werden.

© Wien 2019, Jan Sramek Verlag KG

Vorwort

Bereits zum neunten Mal durften die österreichischen Assistentinnen und Assistenten des öffentlichen Rechts im Oktober 2018 *ihre* Tagung begehen. Diesmal fand sie an der Universität Salzburg statt und war dem Thema »Recht und Sprache« verschrieben. Diese beiden Elemente – das Recht einerseits und die Sprache andererseits – sind auf höchst unterschiedliche Weise letztlich untrennbar miteinander verwoben. Die Existenz von Sprache ist notwendige Bedingung für die Existenz von Recht und juristisches Arbeiten heißt heute mehr denn je sprachliches Arbeiten: bei der Auslegung von Rechtsnormen, beim Verfassen von Urteilen, beim Plädoyer im Strafprozess, um nur Beispiele zu nennen. Umso naheliegender erschien es uns, diese gleichsam naturgegebene Verbindung – die freilich nicht auf die Rechtswissenschaft beschränkt ist – zum Gegenstand unserer Tagung zu machen und Fachkolleginnen und -kollegen aller österreichischer Universitäten einzuladen, sich mit einzelnen Aspekten davon auseinanderzusetzen.

Die an dieser Veranstaltung Mitwirkenden haben sich dem Konnex zwischen dem Recht und der Sprache in vielfältiger Weise gewidmet, sowohl in den Referaten unserer Kolleginnen und Kollegen zu den Themen »Language, Law and Power: A Constructivist Perspective on International Law« *(Gabriel M. Lentner),* »Automated Analysis of Case Law through Natural Language Processing and AI« *(Clara Rauchegger),* »Die Rechtsnorm als Wille und sprachlicher Ausdruck – Überlegungen zur Konstitution des Forschungsgegenstands der Rechtsdogmatik« *(Florian Werni),* »Der Analogieschluss und sein Verhältnis zum ortspolizeilichen Verordnungsrecht der Gemeinden« *(Mathias Eller),* »Die ›Sprache‹ der Diskriminierung« *(Matthias Zußner),* »Muttersprachliche Gesundheitsversorgung in Südtirol zwischen Verfassungsrecht, Sachzwängen und Unionsrecht« *(Matthias Haller),* »Der Zugang zu Informationen im Asylverfahren – Sprache und Exklusion/Inklusion« *(Helene Grill)* und »Deutschkurse für Flüchtlinge« *(Sandra Saywald-Wedl)* samt anschließender Diskussion als auch in der hochkarätig besetzten und von der Journalistin Frau Mag. *Romy Seidl* moderierten Podiumsdiskussion zur

Frage der »Verständlichkeit des Rechts als Voraussetzung für den Zugang zum Recht«.

Die Schriftfassungen der Referate sowie jeweils eine Stellungnahme der Podiumsdiskutantinnen (Mag. *Franziska Bereuter,* Dr. *Kimbie Humer-Vogl)* und -diskutanten (Univ.-Prof. Dr. *Reinhard Klaushofer,* Dr. *Christoph Pinter,* Dr. *Paul Sieberer,* in der Diskussion vertreten durch Dr. *Astrid Perner)* sind im vorliegenden Band enthalten.

Allen oben genannten Personen ist herzlich Dank zu sagen für ihren jeweiligen Beitrag zum Gelingen der Tagung. Zu danken ist außerdem zahlreichen Personen und Einrichtungen, die uns in ideeller, finanzieller oder organisatorischer Hinsicht unterstützt haben. Dies waren auf Seiten der Universität Salzburg der Herr Rektor Univ.-Prof. Dr. *Heinrich Schmidinger,* die rechtswissenschaftliche Fakultät in Verbindung mit der Rechtsakademie der Universität Salzburg, sowie der Fachbereich Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht, dessen stv. Leiterin Univ.-Prof. Dr. *Kirsten Schmalenbach* den Festvortrag zur Eröffnung unserer Tagung gehalten hat und dessen Leiter Univ.-Prof. Dr. *Benjamin Kneihs* und dessen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (insbesondere Frau *Martina Wurnitsch* und Frau *Gerda Renate Heger)* uns in vielfältiger Weise geholfen haben. Darüber hinaus sind zu nennen der Salzburger Landtag, dessen Zweiter Präsident Dr. *Sebastian Huber* uns zum Abendempfang in der Alten Residenz willkommen geheißen hat, die Stadt Salzburg, die Salzburger Arbeiterkammer, die Rechtsanwaltskanzleien *Benn-Ibler, Haslinger/Nagele & Partner, Niederhuber & Partner, Pressl/Endl/Heinrich/Bamberger* und *Zumtobel/Kronberger* sowie die Verlage *Facultas, LexisNexis, Linde* und der *Verlag Österreich.* Schließlich möchten wir uns beim Team des *Jan Sramek Verlags,* insbesondere bei dessen namensgebendem Leiter, nicht nur für die professionelle Betreuung des vorliegenden Bandes bedanken, sondern auch für seine Verdienste um die Tagungsreihe der österreichischen Assistentinnen und Assistenten im öffentlichen Recht seit ihrer Initiierung im Jahr 2010 insgesamt.

Abschließend wollen wir, als Organisatorinnen und Organisatoren der letztjährigen Tagung, unserem Wunsch Ausdruck verleihen, dass die österreichischen Assistentinnen und Assistenten des öffentlichen Rechts (einschließlich seiner völker- und unionsrechtlichen Ausprägungen und Bezüge) noch lang in diesem kollegialen Rahmen Rechtsprobleme erörtern und persönliche Kontakte pflegen mögen. Daher freut es uns aufrichtig, dass die nächste Wiederkehr der Tagung in

puncto Austragungsort und Generalthema bereits feststeht. Sie wird im Herbst 2019 in Graz zum Thema »Gesellschaftliche Herausforderungen – Öffentlich-rechtliche Möglichkeiten« abgehalten werden.

Simon Burger
Rainer Palmstorfer
Anne-Carlijn Prickartz
Isabel Staudinger
Teresa Weber
Katharina Weiser
Paul Weismann

Hinweis:
Die Verwendung geschlechtergerechter Sprache wurde allen Autorinnen und Autoren individuell überlassen und seitens der Herausgeberinnen und Herausgeber nicht vereinheitlicht.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Autor(inn)enverzeichnis XVII

Gabriel M. Lentner
Law, Language and Power:
A Constructivist Perspective on International Law

I. Introduction 1
II. Experts, Law and Language 2
III. Narratives, Arguments and Contestation 6
IV. The Interpretive Community in International Law and Language 8
V. Judge Weeramantry Dissenting Opinion in the Nuclear Weapons Case 10
A. The Dissent 10
B. Western and Alternative Narratives 12
VI. Language and the Power of Law or the Law of Power 14
VII. Exkursus: Legal Language and International Legalism 16
VIII. By Way of Conclusion 17
Bibliography 19

Clara Rauchegger
Artificial Intelligence Approaches to the Analysis of Case Law

I. Introduction 23
II. From Artificial Intelligence and Law to Computational Legal Science 25
III. Three Computational Approaches to the Analysis of Case Law 27
A. Legal Network Analysis 28

B. Prediction of Case Events ... 30
C. Information Extraction and Argumentation Mining ... 33
1. Cross-Reference Detection ... 33
2. Automated Summarisation ... 35
3. Citation Recommendation ... 35
4. Mining Arguments from Case Law ... 36
IV. Conclusions: Opportunities and Challenges of Artificial Intelligence in Legal Research ... 38
Bibliography ... 40

Florian Werni

Die Rechtsnorm als Wille und sprachlicher Ausdruck

I. Einleitung ... 43
II. Was ist Rechtsdogmatik? ... 46
A. Positivistische Normenwissenschaft ... 46
B. Exkurs: Bemerkungen zur »Rahmentheorie der Interpretation« ... 48
III. Das Verhältnis von Rechtsnorm und Normtext – Drei Modelle ... 51
A. Die Reine Rechtslehre (Hans Kelsen, Robert Walter) ... 52
1. Die Position ... 52
2. Kritische Einwände ... 54
B. Der kommunikationstheoretische Ansatz (Heinz Peter Rill, Michael Potacs) ... 57
1. Die Position ... 57
2. Kritische Einwände ... 59
C. Der konsenspositivistische Ansatz (Bernd-Christian Funk) ... 62
1. Die Position ... 62
2. Kritische Einwände ... 64
IV. Die Rechtsnorm als Ergebnis rechtsdogmatischer Erkenntnis ... 66
A. Zwischenrésumé ... 66
B. Die Rechtsnorm als Resultat einer Vermittlungsleistung ... 68
C. Gegeneinwände ... 72
V. Schlussbemerkungen ... 74
Literaturverzeichnis ... 76

Mathias Eller
Der Analogieschluss und sein Verhältnis zum ortspolizeilichen Verordnungsrecht der Gemeinden

I. Einleitung ... 81
II. Die Sichtbarmachung von »ungeschriebenem« Recht durch Analogie ... 83
A. Allgemeines ... 83
B. Analogie – Auslegungsmethode oder Instrument der (unzulässigen) Rechtsfortbildung? ... 85
III. Der Umgang mit dem Analogieschluss im öffentlichen Recht ... 87
IV. Das ortspolizeiliche Verordnungsrecht ... 88
A. Grundlegende Bemerkungen ... 88
B. Das Verhältnis ortspolizeilicher Verordnungen zu einfachem Gesetzesrecht ... 90
1. Zur Relativierung des Legalitätsprinzips und der Abhängigkeit von der legislativen Tätigkeit höherer Ebenen ... 90
2. Ortspolizeiliche Verordnungen – gesetzesergänzend, gesetzesvertretend oder gar gesetzesändernd? ... 92
V. Das Vorhandensein einer planwidrigen Regelungslücke als verbindendes Element zwischen Analogie und ortspolizeilichem Verordnungsrecht ... 96
A. Was ist eine »planwidrige Regelungslücke«? ... 96
B. Unterschiede zwischen Analogie und ortspolizeilichem Verordnungsrecht ... 97
C. Das Zusammenspiel beider Lückenfüllungsinstrumente und ihre Auswirkungen auf das Handeln der Gemeindeorgane ... 99
D. Praxisbeispiele ... 103
1. »Bettelverordnung« der Stadtgemeinde Fürstenfeld ... 103
2. »Skischuhverbots-Verordnung« der Gemeinde Ischgl ... 104
VI. Fazit ... 109
Literaturverzeichnis ... 110

Matthias Zußner
Die »Sprache« der Diskriminierung

I. Einleitung ... 113
II. Bekannte Kategorien ... 114
A. Tun – Unterlassen ... 114
B. Unmittelbare Diskriminierung – mittelbare Diskriminierung ... 116
1. Unmittelbare Diskriminierung ... 116
2. Mittelbare Diskriminierung ... 118
III. Zwischen den bekannten Kategorien ... 120
A. Zwischen Diskriminierung durch Tun und Unterlassen ... 120
B. Zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung ... 121
IV. Jenseits bekannter Kategorien ... 124
A. Problemstellung ... 124
B. Diskriminierung im Gesetz durch Gefahr einer nachgelagerten Diskriminierung im Vollzug oder zwischen Privaten ... 126
C. Nominelle Differenzierung ... 128
V. Schlusswort ... 130
Literaturverzeichnis ... 132

Matthias Haller
Sprachenrechte in Südtirol am Prüfstand des Ärztemangels

I. Einleitung ... 135
II. Völkerrechtliche Grundlagen ... 136
A. Sprachenrechte im Pariser Vertrag ... 137
B. Sprachenrechte in der späteren Praxis zum Pariser Vertrag ... 138
1. Paket ... 138
2. Streitbeilegung ... 139
III. Verfassungsrechtliche Ausgestaltung ... 140
A. Sprachenrechte im Allgemeinen ... 140
1. Autonomiestatut ... 140
2. Durchführungsbestimmungen zum Autonomiestatut ... 142
a. DPR Nr 752/1976: Zweisprachigkeitspflicht ... 142

b. DPR Nr 574/1988: Sprachenrechte 144
B. Sprachenrechte im Gesundheitswesen 146
1. Zweisprachigkeitspflichten 146
a. Tätigkeit im Gesundheitsdienst 147
b. Arzneimittel 147
2. Recht auf deutschsprachige Gesundheitsversorgung 148
a. Spitzenversorgung in Österreich 148
b. Österreichische Facharztausbildung in Südtirols Krankenhäusern 148
c. Exkurs: Medizinstudium in Österreich 150
IV. Maßnahmen zur Linderung des Ärztemangels 151
A. Aufweichung der Zweisprachigkeitspflicht 151
B. Dienstverpflichtung 152
V. Unionsrecht und Sprache im Gesundheitsbereich 154
A. Unionsrechtskonformität der Dienstverpflichtung: Rechtssache Simma Federspiel 155
1. Beschränkung – oder sogar Voraussetzung für die Freizügigkeit? 155
2. Rechtfertigung und Geeignetheit 156
3. Erforderlichkeit 157
2. Rechtfertigung und Geeignetheit 156
3. Erforderlichkeit 157
B. Allgemeine Rückschlüsse aus der Rechtssache Simma Federspiel 158
1. Hoher Stellenwert der Sprache in der Gesundheitsversorgung 159
2. Minderheitenschutz als »legitimes Ziel« 160
VI. Zusammenfassende Schlussbetrachtungen 162
VII. Ausblick 164
Literaturverzeichnis 166

Helene Grill
Der Zugang zu Informationen im Asylverfahren – Inklusion durch Sprache

I. Problemaufriss 171
II. Der Zugang zu Informationen aus unionsrechtlicher Perspektive 173

III. Der Zugang zu Informationen aus nationaler Perspektive ... 175
IV. Inhaltliche Anforderungen an Informationspflichten ... 177
A. Allgemeine Informationspflichten im Unionsrecht ... 178
B. Allgemeine Informationspflichten im AsylG und BFA-VG ... 182
C. Besondere Informationspflichten ... 183
V. Sprachliche Anforderungen an Informationen ... 187
A. Die Form der Information ... 187
1. Zum Unionsrecht ... 188
2. Zum österreichischen Recht ... 190
B. Die Wahl der Sprache ... 194
1. Zum Unionsrecht ... 194
2. Zum österreichischen Recht ... 197
VI. Conclusio ... 200
Literaturverzeichnis ... 202

Sandra Saywald-Wedl
Deutschkurse für Flüchtlinge

I. Einleitung ... 205
II. Verfassungsrechtliche, europarechtliche und völkerrechtliche Grundlagen des Spracherwerbs von Flüchtlingen ... 206
A. Verfassungsrechtliche Grundlagen ... 206
B. Europarechtliche Grundlagen ... 208
C. Völkerrechtliche Grundlagen ... 211
III. Einfachgesetzliche Grundlagen des Spracherwerbs von Flüchtlingen ... 212
A. Das Integrationsgesetz ... 212
1. Integrationsförderung ... 213
2. Integrationspflicht ... 214
B. Das Integrationsjahrgesetz ... 216
C. Asylgesetz ... 217
D. Grundversorgung ... 217
E. Schulorganisationsgesetz, Schulunterrichtsgesetz ... 218
F. Einfachgesetzliche Rechtslage: Rechtskonformität aus verfassungs-, europa- und völkerrechtlicher Perspektive? ... 219

IV. Fazit 220
Literaturverzeichnis 222

Podiumsdiskussion – Verständlichkeit des Rechts als Voraussetzung für den Zugang zum Recht 225

Diskutant(inn)en:

Franziska Bereuter 227
Kimbie Humer-Vogl 229
Reinhard Klaushofer 233
Christoph Pinter 235
Paul Sieberer 239

Hinweise des Verlags 243

Autor(inn)enverzeichnis

Foto: Donau-Universität Krems

Dr. Gabriel Lentner ist Assistenzprofessor für Internationales Recht und Schiedsgerichtsbarkeit am Department für Rechtswissenschaften und Internationale Beziehungen der Donau-Universität Krems sowie Transatlantic Technology Law Forum Fellow an der Stanford Law School.

Kontakt: Department für Rechtswissenschaften und Internationale Beziehungen, Donau-Universität Krems, Dr.-Karl-Dorrek-Straße 30, 3500 Krems an der Donau.
E-Mail: gabriel.lentner@donau-uni.ac.at

Publikationen (Auswahl): The UN Security Council and the International Criminal Court (2018); Krimphove/Lentner (Hrsg), Law and Logic: Contemporary Issues (2017); Nomos and Narrative: Nomos and Narrative: The Protection of Intellectual Property Rights in International Investment Law, TTLF Working Paper Series 34 (2018); Juristische Argumente und deren rationale Kritik: Die logokratische Methode, Juridikum 2017, 196; The New Generation of International Investment Agreements adopted by the EU and its Implications for the Protection of Intellectual Property Rights, Journal of World Investment & Trade 2017, 271.

Foto: Birgit Pichler

Dr.in Clara Rauchegger ist Universitätsassistentin (post doc) und Erwin-Schrödinger-Stipendiatin des FWF am Institut für Europarecht und Völkerrecht der Universität Innsbruck.

Kontakt: Institut für Europarecht und Völkerrecht, Universität Innsbruck, Innrain 52, 6020 Innsbruck.
E-Mail: clara.rauchegger@uibk.ac.at

Publikationen (Auswahl): Rauchegger/Wallerman (Hrsg), The Eurosceptic Challenge: National Implementation and Interpretation of EU Law (2019); National Constitutional Rights and the Primacy of EU Law: M.A.S., CMLRev 2018, 1521; The Bundesverfassungsgericht's Human Dignity Review: Solange III and its Application in Subsequent Case Law, in Violini/Baraggia (Hrsg), The Fragmented Landscape of Fundamental Rights Protection in Europe (2018) 94; The Interplay Between the Charter and National Constitutions after Åkerberg Fransson and Melloni. Has the CJEU Embraced the Challenges of Multilevel Fundamental Rights Protection? in de Vries/Weatherill/Bernitz (Hrsg), The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument (2015) 93.

Foto: Privat

Mag. Florian Werni, BA ist Universitätsassistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien.

Kontakt: Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien, Schottenbastei 10-16, 1010 Wien.
E-Mail: florian.sebastian.werni@univie.ac.at

Publikationen (Auswahl): Gefahrenabwehr im Versammlungsrecht, ZfV 2018, 243.

Foto: Foto Hofer

MMag. Mathias Eller ist Universitätsassistent (prae doc) am Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck.

Kontakt: Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre, Universität Innsbruck, Innrain 52d, 6020 Innsbruck.
E-Mail: mathias.eller@uibk.ac.at

Publikationen (Auswahl): Austrian Constitutional Court: Constitutionality of the Obligation to Bear Costs in Criminal Proceedings, ICL Journal 11/3 (2017), 457; Review: »Comparative Federalism: Constitutional

Arrangements and Case Law,« Francesco Palermo and Karl Kössler, Federal Governance 14/1, 1.

Foto: Credit photo riccio

Dr. Matthias Zußner ist Universitätsassistent (post doc) am Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

Kontakt: Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht, Wirtschaftsuniversität Wien, Welthandelsplatz 1, 1020 Wien.
E-Mail: matthias.zussner@wu.ac.at

Publikationen (Auswahl): Verfassungsrechtliche Grenzen universitärer Autonomie, JBl 2014, 750; Zur Wahl der Verwaltungsgerichte erster Instanz zwischen kassatorischer und meritorischer Entscheidung, ZfV 2015, 451; Ermessen im starkstromwegerechtlichen Bau- und Betriebsbewilligungsverfahren. Zugleich ein Beitrag über die Grundzüge des österreichischen Starkstromwegerechts, ALJ 2016, 44; Ermessen im Sinne des Gesetzes. Grundfragen einer österreichischen Ermessensdogmatik nach Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 (2017); Das Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz im Lichte der Grundrechte, in Baumgartner (Hrsg), Jahrbuch Öffentliches Recht 2018 (2018) 133; Registrierungsvorbehalt nach dem Bundes-Energieeffizienzgesetz: Verfassungswidrigkeit wegen des Fehlens effektiver Rechtsschutzmöglichkeiten, ZfV 2018, 356.

Foto: Privat

Mag. Matthias Haller ist Universitätsassistent am Institut für Italienisches Recht (Fachbereich Öffentliches Recht) der Universität Innsbruck.

Kontakt: Institut für Italienisches Recht, Universität Innsbruck, Innrain 52, 6020 Innsbruck.
E-Mail: matthias.haller@uibk.ac.at

Publikationen (Auswahl): Die Aufteilung von öffentlichen Aufträgen in Lose in Südtirol, Tirol und Bayern (2016); Gesundheitswesen, in

Obwexer/Happacher/Zwilling (Hrsg), EU-Mitgliedschaft und Südtirols Autonomie. Band 2 (im Erscheinen); Sistema politico. Alto Adige/Südtirol, in Happacher/Toniatti (Hrsg), Gli ordinamenti dell'Euregio. Una comparazione delle istituzioni del Tirolo, dell'Alto Adige/Südtirol e del Trentino (2018) 51; Governo dell'economia. Alto Adige/Südtirol, in Happacher/Toniatti (Hrsg), Gli ordinamenti dell'Euregio. Una comparazione delle istituzioni del Tirolo, dell'Alto Adige/Südtirol e del Trentino (2018) 259; EU-Fluggastdatensystem und die Grundrechte. Die neue Richtlinie über die Nutzung von Fluggastdaten zur Kriminalitätsbekämpfung im Lichte der Grundrechtecharta, SIAK-Journal Nr 3/2016, 86.

Foto: Privat

Mag.ª Helene Grill, BA ist Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien.

Kontakt: Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Schottenbastei 10-16, 1010 Wien.
E-Mail: helene.grill@univie.ac.at

Publikationen (Auswahl): Grill/Uranüs, Haben Fremde nichts zu melden? in Müllner/Vašek (Hrsg), Casebook Staats- und Verwaltungsrecht (2018).

Foto: Privat

Mag.ª Sandra Saywald-Wedl ist wissenschaftliche Projektmitarbeiterin am Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft der Karl-Franzens-Universität Graz.

Kontakt: Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft, Karl-Franzens-Universität Graz, Universitätsstraße 15/B4, 8010 Graz.
E-Mail: sandra.saywald-wedl@uni-graz.at

Publikationen (Auswahl): Die Themen der »Populisten« (Monographie gemeinsam mit Klaus Poier und Hedwig Unger, Nomos 2017); Deutsch für Migranten: praktische Erfahrungen, in Karl/Poier/Prisching/Ziegerhofer, Steirisches Jahrbuch für Politik 2016 (2017) 285.

Recht und Sprache

Tagung der Österreichischen Assistentinnen und Assistenten Öffentliches Recht

Band 9 Salzburg 2018

Gabriel M. Lentner*

Law, Language and Power: A Constructivist Perspective on International Law

I. Introduction

In this contribution I wish to make three claims about law, language and power. First, I argue that legal experts (referring to *inter alia* scholars, judges, arbitrators, government lawyers, legal advisors, lawyers) create and give meaning to law and legal institutions. Second, and relating to that, I claim that becoming an expert is partly about learning to view the world as others in the profession see it. This is what I mean by a constructivist perspective, as these views of the world – as I will explain later – are developed, (re)constructed and reproduced by narratives shared within that profession (ie expert community), for example, through the textbooks and scholarship used in legal training. Then, I attempt to highlight the role of language in this context; specifically, I argue that language is not a neutral medium of communication but also comes with the narratives shared in that particular language community from which specific concepts and interpretations of the world follow. And it is on this basis that legal experts give and create meaning to law and legal institutions.

The dominance of the English language in the expert discourse in international law means that priority is given to certain narratives (eg the canon of Western philosophy) over others (eg the canon of South Asian philosophy). This is because the limits of language are the limits of our (legal) world. Illustrating these points, I will use the dissenting

* The author wishes to thank *Antonia Mathioudaki* for excellent research assistance.

opinion of Judge *Weeramantry* in the Nuclear Weapons case before the International Court of Justice and international criminal law and conclude with some reflections on law and language more generally and propose themes for further research.

II. Experts, Law and Language

A consequence of the fragmentation in international law[1] is that different fields of law may provide different answers to the same normative problems.[2] For example, the authors of a classic textbook on international investment law refer to the case of *Bayindir v Pakistan*[3] to observe the »divergence in the objectives and the normative structures of trade law and investment law«.[4] Because of such differences,[5] »[a]nswers to legal questions become dependent on whom you ask, what rule system is your focus on«.[6] In illustrating this, *Koskenniemi* describes how using the »vocabulary« of trade, human rights, or environmental law relating to a specific issue such as the transport of hazardous chemicals, results in giving priority to some solutions, actors or interests over others.[7] In other words, the answers to legal questions, ie the meaning of legal rules, depend on specialized knowledge.

This is particularly true when the question at hand involves two or more distinct legal disciplines. For example, the legality of a United Nations Security Council referral of a situation involving a non-party state to the International Criminal Court is viewed by most international criminal lawyers as clearly permissible, while international organizations lawyers see issues regarding the extent and effect of a conferral

1 *Koskenniemi,* EJIL 2009, 11.
2 See further on this *Fischer-Lescano/Teubner,* Michigan Journal of International Law 2004, 999.
3 *Bayindir v Pakistan,* Award 27 August 2009, para 389.
4 *Dolzer/Schreuer,* Principles, 206.
5 *Koskenniemi,* EJIL 2009, 9 (»the world of legal practice is being sliced up in institutional projects that cater for special audiences with special interests and special ethos.«).
6 *Koskenniemi,* Fragmentation, 245. See also *Fischer-Lescano/Teubner,* Michigan Journal of International Law 2004, 1017; *Grosse Ruse-Khan,* Protection, 5–7.
7 *Koskenniemi,* Politics, 11. For the example of how narratives shape the question of the protection of intellectual property rights in international investment law see *Lentner,* TTLF 2018, 1.

of powers from one international organization to another.[8] Another example is the protection of intellectual property rights through international investment agreements. Here, investment lawyers tend to view intellectual property just like any other property, whereas international property lawyers do not.[9] In both instances, the different fields of law have different answers to the same legal question.

What often remains overlooked is the fact that it is individuals, (specialized) legal experts, that give these different answers. These answers are not a given. Instead they themselves are the product of academics, legal advisors, judges, arbitrators, and lawyers.[10] Indeed »law« as such is the creation of a social group (or groups) and (at least in our modern liberal democracies) – to some extent – the product of experts. This contention also finds support in recent work on legal theory. According to *Tamanaha's* »Realistic Theory of Law«, law is »whatever social groups conventionally attach the label ›law‹ to«.[11]

This is, of course not, entirely novel. Scholars have addressed the role of experts and specialized knowledge. *David Kennedy* shows how experts create meaning (and answers to legal questions) by producing and reproducing narratives.[12] And already *Robert Cover,* writing in the Harvard Law Review in 1983, addressed the importance of narratives for the meaning of legal rules. He wrote that law and narrative are inseparably related in that it is the context of narratives that gives law a certain meaning.[13] So do concepts derived from narratives. Concepts provide the »mental architecture by which we understand the world.«[14] But narratives and concepts themselves do not appear in a vacuum – experts create them, too.

This is why *Kennedy* calls narratives »world-making stories.« He demonstrated that becoming an expert is partly about learning to view the

8 *Lentner,* Council, 33–39 and 49–53.
9 See also *Lentner,* MR-Int 2018, 71–72.
10 See also *Lentner,* TTLF 2018, 9.
11 *Tamanaha,* Theory, 194. This appears to be an accurate conception of law in light of recent scholarship on human (cultural) evolution, see most prominently *Harari,* Sapiens; *Van Schaik/Michel,* Tagebuch.
12 *Kennedy,* Struggle, 23–31.
13 *Cover,* Harvard Law Review 1983, 4–5. For an example of why narratives matter, see *Roberts,* American Journal of International Law 2013, 45–94 (discussing different ›paradigms‹ of fields of law used to analogize international investment law.).
14 *Ginsburg/Stephanoupoulous,* Chicago Law Review 2017, 147.

world as others in the profession see it.[15] Legal training, its textbooks and the exams we go through shape us and our understanding of the world around us – which itself is heavily influenced by the way the experts who have taught us view it. And this in turn reproduces these narratives and understandings of the world that we construct: the field of law is an important part of the broader social construction of reality.[16]

This is not to say that no disagreement between lawyers on specific questions of law exists, when they share a specific narrative of a discipline; clearly there can be and often is disagreement. The application of international law involves »highly rationalized struggles«[17] between legal experts concerning the »official representation of the social world«.[18] But when that narrative is shared, a lot of the meaning is already predetermined.

What is interesting for our purposes are the wider implications for situations where different fields of law deal with the same issue: public international lawyers generally see nation-states and international organizations where economic lawyers generally see economies and markets.[19] Where these areas collide, contestation is inevitable, because the narratives differ and thus there is no common context that gives meaning to a specific rule.

Consider, for example, the following legal question: an international investment arbitration tribunal had to answer the question whether trademarks are covered investments for the purposes of the applicable investment protection treaty between the USA and Panama (TPA[20]).[21] Because investment arbitration is a distinct field of law and very different from intellectual property law,[22] the parties to the dispute did not even raise the possibility that the dispute actually falls outside the

15 *Kennedy,* Struggle, 23. Here the epistemology of Austrian contemporary philosopher *Josef Mitterer* seems to provide an interesting philosophical foundation of this view. *Mitterer,* Jenseits.

16 *Suntrup,* Oxford J Legal Studies 2017, 301.

17 *Bourdieu,* Hastings Law Journal 1987, 849.

18 *Bourdieu,* Hastings Law Journal 1987, 848. See also *d'Aspremont,* Forces, 4.

19 Similarly, *Kennedy,* Struggle, 23.

20 United States–Panama Trade Promotion Agreement (signed 28 June 2007, entered into force 31 October 2012).

21 Bridgestone Licensing Services, Inc and Bridgestone Americas, Inc v Republic of Panama, Decision on Expedited Objections, ICSID Case No. ARB/16/34 (13 December 2017) paras 48–58.

22 *Lentner,* TTLF 2018, 14–25.

scope of the investment provisions because the same treaty also provides for provisions governing intellectual property. And that intellectual property chapter provides for disputes to be settled through the state-to-state dispute settlement mechanism provided therein and not under the investment chapter. Furthermore, the invoked provisions of the TPA's investment chapter themselves stipulate in Article 10.2 that »In the event of any inconsistency between this Chapter and another Chapter, the other Chapter shall prevail to the extent of the inconsistency.« Given that the chapter on intellectual property specifically deals with trademarks (Article 15.2) and also sets out minimum standards for the enforcement of intellectual property rights (Article 15.11) – and viewed from the intellectual property law perspective – the investment tribunal should have never assumed jurisdiction in this case.[23] But for the purposes of international investment law, the tribunal only had to consider whether the trademark fulfilled the treaty requirements for an »investment« to assume jurisdiction. In the world of the highly specialized field of investment arbitration (with their own specialized journals and law blogs)[24], the complex web of (mostly) international trade law provisions on intellectual property does not exist: The arbitrators and lawyers in this case did not intentionally omit mention of the intellectual property chapter, they simply did not know (enough) about it.

This case is thus in my opinion an illustrative example for the following conclusions. First, fragmentation is a consequence of specialization. The more specialized a field of law is, the more distinct its narratives through which legal issues are analyzed, viewed and resolved. On the other hand, those distinct narratives are the product of experts, and it therefore matters how these narratives are created and reproduced and by whom. Second, real consequences for legal answers follow from it. It is thus important to dig deeper into arguments and contestation of narratives.

23 A similar problem arises out of Article 23 of the WTO's Dispute Settlement Understanding (DSU), which prohibits the enforcement of WTO law (here TRIPS) outside the WTO Dispute Settlement Body. See *Klopschinski,* JIEL 2016, 211.

24 See eg ICSID Review – Foreign Investment Law Journal; <https://www.iareporter.com/>.

III. Narratives, Arguments and Contestation

Prevailing narratives in law are not always uncontested,[25] but – as I will argue – the language in which narratives are contested demarcates the possibility of argument. Before turning to language in this context, it is important to clarify the role of argumentation in international law. Contestation takes place when opposing arguments are exchanged. Indeed, it has become commonplace in international law to present international law as argumentative practice.[26] Arguments are in competition with each other for persuading target audiences such as courts, governments, scholars, lawyers, etc.

The key issue is then who determines what the »correct« legal interpretation is and by what standards is this decided. Scholarship seems to be in agreement that argumentative practice is only constrained by interpretive communities.[27] This notion, with its inheritance of rule-skepticism, pervades international legal scholarship (here the influence of critical legal studies is undeniable).[28] That skepticism is the general philosophical foundation for the underlying claim that the practice of argument has gotten more important since the erosion of the concept of truth altogether.[29] All lawyers know that there is no one »truth« in a legal interpretation. But it also means that without the reference point of truth, we turn from arguments to competing opinions,[30] and thus the question becomes merely descriptive when we want to determine what

25 On the notion of norm contestation in international relations theory see eg *Wiener,* Contestation.

26 *Koskenniemi,* Apology (already the cover text provides that »[t]his book presents a critical view of international law as an argumentative practice«; *Venzke,* Transnational Legal Theory 2016, 9; *Kratochwil,* Rules, 238; *Cass,* Newstream, 341–83, 359–60 (summarizing that »Newstream lawyers refer to law as a system of ›linguistic maneuvers‹, or as a practice of argument rather than a system of rules«).

27 Consider the prominence of the notion in many of the contributions in the recommendable recent volume by *Bianchi/Peat/Windsor,* Interpretation; as a further example see *d'Aspremont,* Wording, 575. See also, *Venzke,* Twists. The deconstructivist *Stanley Fish* seems to have paved the way for this notion. He concludes that in interpretation there is no privileged position outside texts, from which principles of interpretation can be derived: »›whatever‹ readers do, ›it will only be interpretation in another guise because, like it or not, interpretation is the only game in town‹.« It follows, that there cannot be any outside criteria for the evaluation of legal arguments, because these are themselves interpretations, *Fish,* Authority, 276–77, 355.

28 *Kennedy,* Theses, 353–391.

29 *Venzke,* Legal Argument, 811.

30 *Wohlrapp,* Begriff, 7–8.

the law says on a particular issue: the law and its interpretation is then merely that which is successful and accepted by the relevant interpretative community.[31]

This description of argumentative practice is true for experts generally. The most accomplished experts are in fact often uncertain of their expertise and arguments, but what stabilizes their argumentative practices is the practice itself: a common sensibility of what constitutes plausible expert argument.[32]

If this view of international arguments is indeed correct, a methodology of international law is reduced to a mere example of rhetoric[33] establishing »criteria that legal arguments ought typically fulfil in different contexts – including the academic context – in order to seem plausible.«[34] And that then only results in a descriptive account of what passed as a good argument for the relevant interpretive community (or the »invisible college of international law«[35]) in the past, from which these criteria are extrapolated by scholars.

This view of international legal discourse might be a fair descriptive account of the status quo of international legal argument. I see it, however, as problematic that a debate about what criteria to use to evaluate such arguments is entirely absent.[36] To establish criteria for the evaluation of arguments in international law is difficult, but it should not be abandoned.[37] Indeed, without any criteria to evaluate arguments, the practice of international law experts becomes normatively problematic, because it leaves international law practically impregnable to the con-

31 *Venzke,* Legal Argument, 811.

32 *Kennedy,* Struggle, 9 f.

33 This has been most authoritatively articulated by *Jerry Frug,* see *Frug,* Character, 869, 871–872 (»I reject the notion that the only alternative to finding a way to ground legal argument is nihilism. In my view, we should abandon the traditional search for the basis of legal argument because no such basis can be found, and we should replace such a search with a focus on legal argument's effects, in particular, on its attempt to persuade. I suggest, in other words, that we look at legal argument as an example of rhetoric. A rhetorical analysis of legal argument involves examining its elements, such as facts, precedents and principles, not in terms of how they support the argument's conclusion but in terms of how they form attitudes or induce actions in others.«).

34 *Koskenniemi,* Methodology, 1.

35 *Schachter,* College, 217.

36 The most sophisticated exception to this is *Robert Alexy's* theory of legal argumentation, *Alexy,* Argumentation.

37 I have disucussed elsewhere the potential of using formal logic to evaluate the strengths and weaknesses of arguments, see *Lentner,* Juridikum 2017, 196.

testation by those outside the interpretive community of the »invisible college of international law«.[38] It immunizes legal arguments of that dominant epistemic community from critique outside that community and therefore also legitimizes it: »the law« is whatever they say it is.

From a more general and epistemic point of view, this should not be surprising. The Austrian philosopher *Josef Mitterer* reminds us to recognize that the fundamental epistemological distinction between object and interpretation (which we also find in traditional positivist accounts of law) has historically been used to establish one opinion as »true« and shield it from contestation by others.[39]

In light of these observations, I propose to enhance the transparency of argumentative practice by introducing fundamental logical criteria that requires the reasoner to clearly state the premises and way of inference drawn for a particular conclusion. Then it is possible to analyze the plausibility of arguments by looking at the reasons given for accepting one or the other answer to a legal question, mitigating the effects of persuasive language and certain associated (hegemonic) narratives.

IV. The Interpretive Community in International Law and Language

If the success of one argument over another is determined by the interpretive community, an important factor for the outcome of an interpretation will be the language spoken by this community: For with language comes a set of shared narratives. And we have already seen how narratives are important for the interpretation and creation of law.

In this context, the dominance of English in mainstream international scholarship is undeniable. The most esteemed and most relevant

38 See also *Kennedy,* Struggle, 9 f.

39 *Mitterer,* Erkenntnisprinzip. For an interesting counter argument found in the so-called ›Neuer Realismus‹ or New Realism school of thought in contemporary philosophy, which rejects Relativism and Constructivism see eg *Gabriel,* Realismus; *Boghossian,* Konstruktivismus. For the application of this theory to legal questions see *Lentner,* Methode, 196; *Lentner* in *Krimphove/Lentner,* Law and Logic: Contemporary Issues.

journals and publishers are publishing in English.[40] Furthermore, *Anthea Roberts* empirically demonstrated the importance of language for international law. She argues that in fact international law academics in different states have different influences and this affects the way how they understand international law.[41] And she particularly demonstrates how Western – and Anglo-American approaches in particular – have had a disproportionate influence in defining what counts as the »international« due to the fact that English serves as the lingua franca in international law.[42]

And because the success of one legal interpretation over another depends largely (if not entirely) on the interpretive community, it matters what language the interpretive community speaks. Language plays an important part in the social construction of reality and the dominance of English in the international legal context means that »English logic, worldview, and preferences are more likely to prevail and shape what ›reality‹ is taken to mean.«[43] International legal arguments are thus dominated by a specific mode of thought, reinforcing » Western bias in its Anglo-American variant«.[44]

This has also more obvious consequences: whatever is not available (or known) in that language is either non-existent or irrelevant. Hence, certain narratives are difficult to be challenged from outside that language community. This is because it is also that interpretive community that decides on what and who is being published. And these practices in turn influence the background knowledge available to experts on the basis of which they make decisions.

Thus, the use of a particular language (or languages as for example Western languages) has consequences for political choices, as it provides for a certain background knowledge and narratives.[45] It privileges one interpretation of the world over others, with consequences for decisions made on that basis. Looking at decisions of international courts

40 For journals see eg American Journal of International Law, European Journal of International Law, Leiden Journal of International Law, just to name a few. For publishers see eg Oxford University Press, Cambridge University Press, Edward Elgar, Brill, Springer.

41 *Roberts,* International, 10.

42 Ibid.

43 *Focarelli,* Construct, 96.

44 *Focarelli,* Construct, 96.

45 More generally on background knowledge and decision-making see eg *Kennedy,* Struggle, 7–10.

and tribunals, for example, English-language sources are heavily relied on and cited in support of specific legal conclusions.[46]

Serving as an insightful example for a Western bias is the making of the International Criminal Court. The International Criminal Court does not enjoy jurisdiction over colonial crimes, even though in the earlier reports of the International Law Commission, its (non-Western) Special Rapporteur, *Doudou Thiam,* proposed crimes such as »colonial domination and other forms of alien domination«. These were not included in the subsequent preparatory work of the International Law Commission for what later would serve as the basis of the crimes included in the International Criminal Court's Statute.[47] For Western states, colonialism was a relic of the past that has been overcome. And this was Western view that dominated the discourse, strengthened by the use of English which reinforced that particular narrative over the counter narratives of the Third World.[48]

Additionally, the arguably clearest example of where language and their narratives had consequences for the outcome of a case is the International Court of Justice's opinion on nuclear weapons. To this I shall now turn.

V. Judge Weeramantry Dissenting Opinion in the Nuclear Weapons Case

A. The Dissent

In the case of the advisory opinion on nuclear weapons, the International Court of Justice was asked to give an opinion on the legality of the use or threat of use of nuclear weapons in international law. While the majority held that there might be possible circumstances under

46 *Bohlander,* JICJ 2014, 491.

47 *Thiam* (Special Rapporteur), Third Report on the Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind, paras 157–162.

48 *Chimni,* European Journal of International Law 1 2004, 13–14 (arguing that international criminal tribunals can be used to »threaten third world leaders who dare to question and oppose hegemonic states; and … give a human and cathartic dimension to the ravages of global capitalism for it does not involve attention to the international causes of internal conflicts in third world societies, whose manifestation in unspeakable violence is their real subject.«).

which the use or threat of use of nuclear weapons could be legal, Judge *Weeramantry* was one of the judges who disagreed and issued an extensive dissenting opinion on the matter.

For current purposes I will focus on the counter narrative Judge *Weeramantry* introduces. He stresses that it »greatly strengthens the concept of humanitarian laws of war to note that this is not a recent invention, nor the product of any one culture«.[49] He notes the multicultural roots of humanitarian law in Hindu, Buddhist, Chinese, Christian, Islamic and traditional African culture.[50] He insists that these must be considered by the Court as well writing: »In rendering an advisory opinion on a matter of humanitarian law concerning the permissibility of the use of force to a degree capable of destroying all of humanity, it would be a grave omission indeed to neglect the humanitarian perspectives available from this major segment of the world's cultural traditions.«[51] In his view, »It is against such a varied cultural background that these questions must be considered and not merely as though they are a new sentiment invented in the nineteenth century and so slenderly rooted in universal tradition that they may be lightly overridden.«[52]

On the legal issue at hand, he invokes the ancient South Asian tradition regarding the prohibition on the use of hyper destructive weapons as found in the *Rarnayana* and the *Mahabhavatha* epics, among others and similar legal historical roots of such prohibition.[53]

Against this multicultural narrative, Judge *Weeramantry* builds his legal argument. Discussing more recent developments in codified international humanitarian law, he refers to examples of prohibited weapons that are unnecessarily cruel and causing excessive and unnecessary suffering.[54] In reviewing the practice and opinio juris of states, Judge *Weeramantry* concludes that the Martens Clause has clearly attained the status of a customary international law rule.[55] And after going through the specific existing prohibitions imposed by international humanitarian law on the use of weapons, he concludes »that the use or threat of

49 ibid, 256.
50 ibid, 256.
51 ibid, 259 [footnotes omitted].
52 ibid, 260.
53 ibid, 256 ff.
54 ibid, 261–263.
55 ibid, 264.

use of nuclear weapons is incompatible with international law and with the very foundations on which that system rests.«[56]

The dissenting opinion thus validates my arguments. Going through the multicultural roots of international humanitarian law he clearly sought to introduce a counter narrative on the basis of which he then meticulously analyses the current state of the law on the issue. This shows that narratives indeed matter for the interpretation of law, because they are the context that give certain rules and principles meaning. The related role of language and alternative narratives in the decision deserves separate treatment in the following subsection.

B. Western and Alternative Narratives

Looking into the Western narratives, these seem to be heavily influenced by the ancient Roman teachings of *Cicero.* And these are quite different from their South Asian counterparts. *Hugo Grotius* famously quoted *Cicero* »Inter bellum ac pacis nihil est medium (e.g., »there is no medium between war and peace«)[57]. Some early British cases (mis-)quoted *Cicero* in embracing the idea that military matters fall outside the jurisdiction of common law courts.[58] Furthermore, *Clausewitz* also drew upon the mindset generally attributed to *Cicero* to postulate that: war is an act of force, and there is no logical limit in the application of force.[59] And this influence continues: recently, a sitting judge on the Appeals Chamber of the International Criminal Court invoked this notion to infer that the appeal of *Jean Pierre Bemba* from his conviction for war crimes might be unfounded.[60]

In the most common English textbooks on international humanitarian law one can find the following: Most representative for international legal opinion in the field,[61] the International Committee of the Red Cross presents a narrative of international humanitarian law that stretches from the legend of *Gilgamesh,* the idealized hero of ancient

56 ibid, 331.
57 *Grotius,* War, 832.
58 See on the misunderstandings over *Cicero's* writing in this regard see eg *Newton,* Vanderbilt Journal of Translational Law 2018, 869–872.
59 Ibid.
60 *Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo,* Case No. ICC-01/05-01/08 (2016).
61 *Sandoz,* ICRC 1998, 1.

Mesopotamia later adopted by the Assyrians, over *Thucydides* and the Peloponnesian War, to ancient Roman thought, and the enlightenment thinkers, *Locke* and *Montesquieu.*[62]

There are other historical narratives and precedents for rules on how to conduct warfare. But these are not generally taught in (Western) law schools. The Indian epics Judge *Weeramantry* refers to, for example, are only found in curricula of religious studies in the West (besides now being mentioned in connection with his dissenting opinion).[63] However, the Asian tradition actually offers many interesting examples of rules on the conduct of warfare. For example, the Code of Manu *(Manusmriti),* a systematic attempt to codify the scattered rules of public and private Hindu law made by a sage called Manu in about 880 BC,[64] provides *inter alia* that »no man, engaged in combat, smite his foe with sharp weapons concealed in wood, nor with arrows mischievously barbed, nor with poisoned arrows, nor with darts blazing with fire«.[65]

In *Mahabharata,* also referred to by Judge *Weeramantry,* poisoned or barbed arrows were not to be used and resort to hyperdestructive weapons were forbidden.[66] It also prohibited the poisoning of wells and tanks.[67] According to the Ramayana, destruction *en masse* was forbidden.[68] And in contrast to today's dominant objective to minimize the impact of war and to make war as humane as possible, Hindu laws of war also required fair play on the battlefield, meaning the prohibition of inequality in fighting so that a »nuclear weapon state would not be allowed to use nuclear weapons against a non-nuclear armed state, and a chemical weapon state would be forbidden from using chemical weapons against a state not having such weapons«,[69] for example. Buddhism outlaws war altogether.[70] Other rules are found in African and Islamic

62 *Guillermand,* IRRC 1994, 216–235.
63 See the curricula in religion of Universities such as Harvard University, University of Edinburgh, Dalhousie University, Columbia University, Oxford University. This is of course a very cursory look at the reception of Indian epics in the West and only serves as anecdotal evidence, but the general textbooks on international humanitarian law in English equally do not refence them.
64 *Subedi,* J Conflict Security Law 2003, 8.
65 *Bandyopadhyay,* Ancient India, 141.
66 *Subedi,* J Conflict Security Law 2003, 8.
67 *Bandyopadhyay,* Ancient India, 152.
68 *Green,* Interplay, 59.
69 *Subedi,* J Conflict Security Law 2003, 357.
70 See Dissenting Opinion, Judge *Weeramantry.*

sources.[71] All of which are generally not discussed further in the classic textbooks used in Western legal training.[72]

The dissenting opinion thus clearly shows how language and associated narratives influences legal determinations. Language matters, because we have seen that the effort of Judge *Weeramantry* to introduce a counter narrative was unsuccessful in part because the rules and customs he refers to simply did not form part of the historical (English-language) canon of the dominating legal discourse.

Therefore, if international law really wants to be considered universal as a discipline, it is important to open up the discourse particularly for those that have been historically excluded from shaping its narratives. This would mean pluralizing and enriching the discourse not just with other languages but with the narratives and modes of thought associated with them.

That said, language and the narratives attached to it cannot, however, be understood in isolation from power.

VI. Language and the Power of Law or the Law of Power

Language might, of course, only be the symptom of the underlying power structures in world politics. The distribution of power is a majorly important dimension of language, narrative and expertise in law and it therefore must not be overlooked.[73] This is also where I disagree with *David Kennedy's* conclusions he draws from his work on law, power and expertise. While he correctly sees international law as the result of expertise, and that expertise entrenches inequality and injustice in the world, partly through the reproduction of certain narratives.[74] This expertise, according to *Kennedy,* can also be a tool for change.[75] This view is, however, overlooking the most important element for law to make a difference: power.

71 *Green,* Conflicts, 28.

72 See eg *Tsagourias/Morrison,* IHL; *Guilfoyle,* ICL; *Aust,* International Law; *Crawford/Pert,* IHL; *Shaw,* International Law.

73 *Phillipson,* Critical Inquiry in Language Studies 2008, 1.

74 *Kennedy,* Struggle, 14.

75 *Kennedy,* Struggle, 277–279.

The emancipatory power of law and the promise of using legal expertise to make the world a better place have not materialized, especially when looking at the Global South.[76] While *Kennedy* is descriptively right about how the world is governed by expertise, he does not pay sufficient attention to the underlying power structures that are the material foundations upon which narratives and expertise have developed and are being reproduced.

While he might agree that law is the result of politics[77] (and in a sense a continuation of politics by other means[78]) and that international law is used to justify policy decisions as it also provides the background knowledge for them. The argument that law can be used to change policy decisions or constrain government action, is not entirely convincing. For instance, if international lawyers all agree that an intervention to topple the Assad regime in Syria is legal, despite the lack of a United Nations Security Council authorization, this will still not result in a humanitarian intervention. The decision not to intervene is due to the geopolitical realities. And the threat of a veto by Russia and China in the United Nations Security Council against such intervention is not a legal question but political power in its institutionalized epitome: it is after all a political reason why certain states have a veto power whilst others do not; as *Ian Hurd* pointed out: »the Council was created to help the Great Powers impose their vision of global order on the rest of the world. The veto was added to ensure that when they do not agree on what should be done, the Council would do nothing«.[79]

Law is thus better viewed as the result of political struggle. It consolidates and legitimatizes the outcome of this struggle (as evidenced by the structure and status of permanent members with veto powers in the United Nations Security Council, for example). Yes, that struggle continues in legal argument – but the boundaries of plausible legal argument have already been set by the result of that past political struggle. The outcome of legal expertise is thus as much the conse-

76 See eg *Gonzalez,* SCJIL 2016, 151.

77 As *Anne Peters* noted »law and politics should not be viewed as distinct realms, but rather as structurally coupled systems. Law is the product of political activity, which has been fixed in order to organize and limit (other) political action.« *Peters,* LJIL 2006, 609.

78 See *Bianchi,* Theories, 52 (paraphrasing *Clausewitz'* famous passage in the context of constitutional law).

79 *Hurd,* Council.

quence of consolidated power as it is the product of the interpretative community.

The same is true for language. The use of English as the lingua franca of international law is not a historical coincidence. Rather, it is the result of how power has been distributed in the unipolar world order lead by the USA. Lawyers, as experts, develop narratives and use particular language based on this underlying power structure. If we want to end the reproduction of the hegemonic discourse that ensues, the expert struggle has to be opened up to include different languages and voices. But if that pluralization of the international legal discourse is not accompanied with a meaningful redistribution of power, we would only be curing symptoms and not the root causes of the issues outlined in this chapter.

VII. Exkursus: Legal Language and International Legalism

The same points about language and narratives seem to be valid for legal language. Legal language is highly technical as well as complex, and also comes with certain shared views and narratives about the world. Furthermore, not only the social world but especially the legal world is constructed by them. This is what led the renowned Harvard political scientist *Judith Shklar* to view legalism as an ideology.[80] Legalism in her view is a practice, specifically the practice of using law and legal arguments to explain, justify, or contest acts and policies. I agree that this is something that we as lawyers regularly do and that insight is important for understanding the broader implication of (hegemonic) expert discourse because it also tells us who gets to participate in the creation of legal meaning and who does not.

This view on legalism has been picked up by a contemporary political scientist, *Ian Hurd.* He contends that the political system that is thereby created requires governments to fit their policies within parameters defined by international law.[81] To be sure, governments have a great deal of agency within that system–to evade, interpret, contest,

80 *Shklar,* Legalism, 1–28.
81 *Hurd,* Empire, 265–78. Fully developing this argement see *Hurd,* Things.

and ignore specific laws–but they are not able to remove themselves from the international rule of law as a system of governance that defines acceptable behavior.[82]

Law and legal language is thus not neutral, and I would add that this is particularly the case when the specialized vocabulary of legal discourse excludes certain actors from involvement. This again results in certain, in this case legal narratives, legal ideology, that remain uncontested from outside that interpretive community of lawyers and legal experts. On that basis, legal interpretations and determinations are made without regard to outside views and narratives that otherwise could lead to different outcomes.

VIII. By Way of Conclusion

Putting the pieces of my argument together exposes the fact that the dominance of English in mainstream international law scholarship ensures the reproduction of a hegemonic discourse in which priority is given to certain ›Western‹ narratives over others. This directly impacts legal interpretation and institutions. Because the success of one legal interpretation over another depends largely (if not entirely) on the interpretive community, it matters what language this interpretive community speaks.

Illustrating these points, I have given a concrete example of the effect on actual normative questions in international law. Using the dissenting opinion of Judge *Weeramantry* in the International Court of Justice's Nuclear Weapons case I highlighted how certain narratives (for example those about the ancient prohibition of hyper-destructive weapons in the laws of war in the South Asian tradition, generally not known in the West) have not been seriously considered by the majority vote.

What does all this mean for scholarship? It encourages scholars to look more empirically at how international legalism and language distributes gains and losses. It suggests a more empirical project, one that looks for evidence of how language and experts speaking a particular language affects international law and decision-making. We need to

82 *Hurd,* Empire, 265–78.

look into the role of language as a gatekeeper for access to contestation of narratives and world-views. But this should not be a merely theoretical issue: narratives matter and counter narratives must be introduced by looking into other cultures, traditions and languages to find them.[83] Before all else, we should ensure a discourse that empowers those speakers who have for too long not had a voice in the interpretative community of international law.

83 See for example the recent discussion of introducing non-Western female philosophers into the canon, *Herbjørnsrud,* Women.

Bibliography

- *Alexy Robert,* Theorie der Juristischen Argumentation (1978).
- *Aust Anthony,* Handbook of International Law² (2010).
- *Bandyopadhyay Pramathanath,* International Law and Custom in Ancient India (1920).
- *Bianchi Andrea,* International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking (2016) 52.
- *Bianchi Andrea/Peat Daniel/Windsor Matthew,* Interpretation in International Law (2015).
- *Boghossian Paul,* Angst vor der Wahrheit: Ein Plädoyer gegen Relativismus und Konstruktivismus (2013).
- *Bohlander Michael,* Language, Culture, Legal Traditions, and International Criminal Justice, Journal of International Criminal Justice 2014, 491.
- *Bourdieu Pierre,* The Force of Law: toward a Sociology of the Juridical Field, Hastings Law Journal 1987, 805.
- *Chimni B.S.,* ›International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making‹, 15 European Journal of International Law 1 2004, 13.
- *Christensen Ralph/Sokolowski Michael,* ›Die Krise der Kommunikation und die Möglichkeiten juristischen Argumentierens‹ in K. D. Lerch (Hrsg), Die Sprache des Rechts, Vol. 2 2005, 105.
- *Cover Robert M.,* The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative, Harvard Law Review 1983, 4.
- *Crawford Emily/Pert Alison,* International Humanitarian Law (2015).
- *d'Aspremont Jean,* Wording in International Law, 25 Leiden Journal of International Law 2012, 575.
- *d'Aspremont Jean,* Epistemic Forces in International Law: Foundational Doctrines and Techniques of International Legal Argumentation (2016).
- *Dolzer Rudolf/Schreuer Christoph,* Principles of International Investment Law² (2012).
- *Feteris Eveline T.,* Fundamentals of Legal Argumentation (1999).
- *Fischer-Lescano Andreas/Teubner Gunther,* Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law, Michigan Journal of International Law 2004/4, 999.
- *Fish Stanley,* Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities (1980).
- *Focarelli Carlo,* International Law as Social Construct: The Struggle for Global Justice (2012).

- *Frug Gerald,* Argument as Character, Stanford Law Review 1988, 869.
- *Gabriel Markus,* Der neue Realismus (2014).
- *Ginsburg Tom/Stephanoupoulous Nicholas,* The Concepts of Law, Chicago Law Review 2017, 147.
- *Gonzalez Carmen,* Environmental Justice, Human Rights, and the Global South, Santa Clara Journal of International Law 2016, 151.
- *Green L. C.,* Cicero and Clausewitz or Quincy Wright: The Interplay of Law and War, 9 USAFA J. Leg. Stud. 59 1998.
- *Green L. C.,* Enforcement of the Law in International and Non-International Conflicts – The Way Ahead, 24 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 28 1996.
- *Grosse Ruse-Khan Henning,* The Protection of Intellectual Property in International Law (2016).
- *Grotius Hugo,* The Law of War and Peace (1625).
- *Guilfoyle Douglas,* International Criminal Law (2016).
- *Guillermand Jean,* The Historical Foundations of Humanitarian Action (International Committee of the Red Cross 1994).
- *Habermas Jürgen,* Between Facts and Norms (1996).
- *Harari Yuval,* Sapiens: A Brief History of Humankind (2015).
- *Herbjørnsrud Dag,* First Women of Philosophy (aeon 2018) <https://aeon.co/essays/before-the-canon-the-non-european-women-who-founded-philosophy>.
- *Hurd Ian,* How to do things with international law (2017).
- *Hurd Ian,* The Empire of International Legalism, Ethics & International Affairs 2018, 265.
- *Hurd Ian,* UN Security Council: Future Prospects for a Compromised Hegemon, E-International Relations 2016, <http://www.e-ir.info/2016/11/08/un-security-council-future-prospects-for-a-compromised-hegemon/?platform=hootsuite>.
- *Kennedy David,* A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy (2016).
- *Kennedy David,* Theses about International Law Discourse, 23 German Yearbook of International Law 1980, 353.
- *Klopschinski Simon,* The WTOs DSU Article 23 as Guiding Principle for the Systemic Interpretation of International Investment Agreements in the Light of TRIPs, JIEL 2016, 221.
- *Koskenniemi Martii,* Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law–Report of the Study Group of the International Law Commission UN Doc. A/CN.4/L.682 (13.4.2006), as corrected UN Doc. A/CN.4/L.682/Corr.1 (11.8.2006).

- *Koskenniemi Martii,* The Politics of International Law – 20 Years Later, European Journal of International Law 2009/1, 7.
- *Koskenniemi Martti,* From Apology to Utopia (2005).
- *Koskenniemi Martii,* Methodology of International Law, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL online, 2011).
- *Krimphove Dieter/Lentner Gabriel M.* (eds), Law and Logic (2017).
- *Lentner Gabriel M.,* Logic and the Analysis of Legal Arguments in Public International Law, in Dieter Krimphove/Gabriel M. Lentner (eds), Law and Logic 2017, 164.
- *Lentner Gabriel M.,* Nomos and Narrative: The Protection of Intellectual Property Rights in International Investment Law, TTLF Working Papers Stanford Law School 2018/34, 1.
- *Lentner Gabriel M.,* The Lasting Legacy of Double Standards: A Historical Perspective on the International Criminal Court and the UN Security Council Referral Mechanism, (forthcoming).
- *Lentner Gabriel M.,* The UN Security Council and the International Criminal Court: The Referral Mechanism in Theory and Practice (2018).
- *Lentner, Gabriel M.,* Juristische Argumente und deren rationale Kritik: Die logokratische Methode, Juridikum 2017, 196.
- *Lentner, Gabriel M.,* Treating Data as Property? A View from International Investment Arbitration, MR-Int 2018, 71.
- *Mitterer Josef,* Das Jenseits der Philosophie: Wider das dualistische Erkenntnisprinzip (2011).
- *Newton Michael A.,* Proportionality: Reframing the Proportionality Principle, Vanderbilt Journal of Translational Law 2018, 867.
- *Patterson Dennis,* Law and Truth (1996).
- *Peters Anne,* Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, Leiden Journal of International Law 2006, 579.
- *Phillipson Robert,* The Linguistic Imperialism of Neoliberal Empire, Critical Inquiry in Language Studies 2008/1, 1.
- *Roberts Anthea,* Clash of Paradigms: Actors and Analogies shaping the Investment Treaty System, American Journal of International Law 2013, 45.
- *Roberts Anthea,* Is International Law International? (2017).
- *Salmon Jean,* Droit International et Argumentation (2014).
- *Sandoz Yves,* The International Committee of the Red Cross as guardian of international humanitarian law, International Committee of the Red Cross 1998 (<https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/misc/about-the-icrc-311298.htm>).
- *Schachter Oscar,* The Invisible College of International Lawyers, 72 Northwestern University Law Review 1977, 217.

- *Shaw Malcolm N.,* International Law[8] (2017).
- *Subedi Surya P.,* The Concept in Hinduism of ›Just War‹, J Conflict Security Law 8 (2): 339 2003.
- *Suntrup Jan* C., Michel Foucault and the Competing Alethurgies of Law, Oxford Journal of Legal Studies 2017, 301.
- *Tamanaha Brian Z.,* A Realistic Theory of Law (2017).
- *Tsagourias Nicholas/Morrison Alasdair,* International Humanitarian Law (2018).
- *Van Schaik Carel/Michel Kai,* Das Tagebuch der Menschheit: Was die Bibel über unsere Evolution verrät (2016).
- *Venzke Ingo,* How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists (2012).
- *Venzke Ingo,* International law as an argumentative practice: on Wohlrapp's The Concept of Argument, Transnational Legal Theory 2016, 9.
- *Venzke Ingo,* What Makes for a Valid Legal Argument?, 27 Leiden Journal of International Law 2014, 811.
- *Wiener Antje,* Contestation and Constitution of Norms in Global International Relations (2018).
- *Wohlrapp Harald,* Der Begriff des Arguments (2008).

Clara Rauchegger

Artificial Intelligence Approaches to the Analysis of Case Law

The Data-Driven Future of Empirical Legal Research

I. Introduction

It is impossible these days to read a newspaper or watch TV without being confronted with the impact that Artificial Intelligence may have on our lives in the near future. Artificial Intelligence in the sense of machine intelligence that mimics human reasoning has been studied for many decades. However, recent advances in computing capabilities and the availability of large amounts of data in digitised form (Big Data) have brought Artificial Intelligence to a new level. Most notably, Machine Learning allows computers to find hidden information by recognising patterns in data without explicitly being programmed what to look for.

Data-driven Artificial Intelligence does also have a number of useful applications in the legal domain. Researchers and practitioners have used computers to solve legal problems for many years, but they will be able to do so more efficiently or to answer new kinds of legal questions by drawing on Artificial Intelligence technologies.

This chapter aims to provide an overview of methods and tools for legal research and practice that rely on data-driven Artificial Intelligence. It focuses on the analysis of court decisions because they are a highly structured form of legal text and therefore well suited for automated processing by computers. The chapter is written for an audience of legal scholars and practicing lawyers that are unfamiliar with research at the intersection of computer science and law. For this reason, it avoids using tables and figures and it does not go into the methodological details of the respective approaches.

The main hurdle for the application of Artificial Intelligence methods and tools in the legal field is that law is expressed in natural language. Natural language is the technical term for ordinary language as it is used by humans. In contrast to artificial computer programming language that can be described entirely by its grammar, natural language is unstructured. It has to be converted into programming language so that it can be processed. Artificial Intelligence research on legal texts has made great progress over the years, but one of its major challenges has always been that substantive legal knowledge had to be extracted manually from legal sources.[1] Lawyers had to read legal text and represent it in a form that computational models could use.[2]

Thanks to new advances in computer technology, computers are now able to identify certain kinds of information in legal text. The technology used to read natural language is called Natural Language Processing. It combines Artificial Intelligence and Machine Learning with computational linguistics. Many of the approaches presented in this chapter rely on Natural Language Processing. The aim is that computer programmes extract semantic information from legal texts and use it to help humans solve legal problems.[3] A computer programme will not be able to read the text in the way that humans read it, but it will be able to identify elements that are relevant to a legal problem and bring them to the user's attention.[4]

This chapter is divided into three sections. It begins by tracing the emergence of a new, data-driven strand of research on Artificial Intelligence and Law in Section II. Section III turns to specific computational methods and tools that can be applied in legal research and practice and it gives examples for each of them. It groups the various approaches to the analysis of case law through data-driven Artificial Intelligence into three categories: first, Legal Network Analysis, second, prediction of case events and, third, information and argument extraction. Finally, Section IV concludes by briefly reflecting on the potential and limits of Computational Legal Science.

1 *Ashley,* Legal Analytics, 4.
2 See *Ashley,* Legal Analytics, 4.
3 *Ashley,* Legal Analytics, 11.
4 *Ashley,* Legal Analytics, 13.

II. From Artificial Intelligence and Law to Computational Legal Science

Although Artificial Intelligence has only recently become a buzz word that is omnipresent in the media, research on Artificial Intelligence is not a new phenomenon. Artificial Intelligence emerged as a research discipline in 1956, when the term was first coined in the context of a conference convened at Dartmouth College in the United States.[5] There are various strands of Artificial Intelligence research and – accordingly – definitions of Artificial Intelligence. They are united by the common vision that human intelligence and learning can be simulated by computers, at least to a certain extent.[6]

Artificial Intelligence and Law is a sub-field of Artificial Intelligence research that has also existed since the 1950s. For a long time, Artificial Intelligence and Law remained a niche area, but it has become increasingly popular in recent years.[7] This has two reasons. First, large collections of legal documents are available in digital form and, second, technological advances allow for the statistical analysis of large-scale data.[8] The new, data-driven approach can be opposed to the older logic-based approach to Artificial Intelligence and Law.[9] Historically, Artificial Intelligence and Law had focused more on argumentation and inference than on statistical analysis based on Big Data.[10]

Computational and data-driven approaches are becoming increasingly important not only in the legal field, but in all research areas, from biology to literature. Computational Science »is a rapidly growing multi- and interdisciplinary field that uses advanced computing and data analysis to understand and solve complex problems«.[11] Computational Social Science, a sub-field of Computational Science, uses computational approaches to understand social and economic structures and phenomena.[12] In legal research, the use of computational approaches is

5 *Moor,* AI Magazine 2006, 87.
6 *Moor,* AI Magazine 2006, 90.
7 *Branting,* AI and Law 2017, 6.
8 See *Branting,* AI and Law 2017, 6.
9 See *Branting,* AI and Law 2017, 6.
10 *Conrad/Branting,* AI and Law 2018, 99.
11 Scope of the Journal of Computational Science, <https://www.journals.elsevier.com/journal-of-computational-science>.
12 See, eg, the scope of the Journal of Computational Social Science that was established in 2018, <https://www.springer.com/social+sciences/journal/42001>. For an

still quite occasional and »it does not reach the level of complexity and sophistication that can be observed in other areas«.[13]

The new, data-driven strand of Artificial Intelligence and Law has been referred to as Computational Legal Science or Computational Legal Studies by some commentators. Computational legal scholars aim »to exploit the impact that digitisation, Big Data and findings from the area of computational social science can have on the legal science and practice«.[14] To achieve this, they rely on a range of computational methodologies, such as Data Mining, Machine Learning, Natural Language Processing, Network Analysis or simulation.[15] Computational Legal Science focuses on the use of computational tools for legal research, whereas Computational Legal Studies are more interested in turning computational approaches into tools and services for the legal profession.[16]

The term Computational Legal Studies is mainly adopted by *Katz* from Chicago Kent College of Law, who uses it as a title for his blog.[17] Moreover, in June 2018, the Law and Technology Centre of the University of Hong Kong convened a conference that was entitled »The Emergence of Computational Legal Studies: The Promises and Challenges of Data-Driven Legal Research«. Computational Legal Studies was defined by the conveners as research that applies or develops computational data processing or analytical methods to questions of interest to legal scholars. Scholars studying computational methods such as Machine Learning, Natural Language Processing, large data-set analysis, Network Analysis or computer simulation and modelling were invited to the conference.[18]

Computational Legal Science and Computational Legal Studies are closely linked to Empirical Legal Studies, another emerging field

---

analysis of the current state of Computational Social Science, see *Heiberger/Riebling,* Methodological Innovations 2016.

13 *Lettieri/Altamura/Giugno/Guarino/Malandrino/Pulvirenti/Vicidomini/Zaccagnino,* Future Internet 2018, 6.

14 *Lettieri/Altamura/Giugno/Guarino/Malandrino/Pulvirenti/Vicidomini/Zaccagnino,* Future Internet 2018, 2.

15 *Lettieri/Altamura/Giugno/Guarino/Malandrino/Pulvirenti/Vicidomini/Zaccagnino,* Future Internet 2018, 3.

16 See *Lettieri/Altamura/Giugno/Guarino/Malandrino/Pulvirenti/Vicidomini/Zaccagnino,* Future Internet 2018, 7.

17 *Katz,* Computational Legal Studies Blog, <https://computationallegalstudies.com>.

18 University of Hong Kong, Law and Technology Centre, Faculty of Law, conference held on 28 and 29 June 2018, <https://www.lawtech.hk/the-emergence-of-computational-legal-studies-2018>.

of legal research. The Empirical Legal Studies movement originated in the United States at the beginning of the 21st century.[19] Understood in a broad sense, it involves the systematic collection of data and its analysis through generally accepted quantitative or qualitative methods.[20] Data »can come from a wide range of sources including surveys, documents, reporting systems, observation, interviews, experiments, decisions, and events«.[21] Empirical research is to be distinguished from traditional (or doctrinal) legal research that focuses on the hermeneutic interpretation of normative texts such as statutes and court decisions.

Understood in a narrow sense, Empirical Legal Studies draw on statistical and other quantitative methods borrowed from social sciences.[22] Doctrinal legal scholarship focuses on the analysis of a limited number of cases in depth, paying particular attention to leading cases. Quantitative political science and legal research, on the other hand, take into account a larger number of court decisions, ranging from several dozen to several thousands of judgments.[23] The connection between Empirical Legal Studies and Computational Legal Science is that quantitative empirical research is increasingly relying on data-driven computational tools.

III. Three Computational Approaches to the Analysis of Case Law

This section examines the use of data-driven Artificial Intelligence for the analysis of case law. It presents three computational approaches that can be employed to understand and systematise court decisions: Legal Network Analysis (A.), prediction of case events (B.) and information and argument extraction (C.). The list in this section is not exhaustive as there are too many computational legal research projects to be captured in the framework of this chapter. The aim is rather to give doctrinal legal researchers an idea of the potential and limits of Computational Legal Science.

---

19 *Cane/Kritzer* in Cane/Kritzer, The Oxford Handbook of Empirical Legal Research, 3.
20 *Cane/Kritzer* in Cane/Kritzer, The Oxford Handbook of Empirical Legal Research, 4; *Bradney* in Cane/Kritzer, The Oxford Handbook of Empirical Legal Research, 1026.
21 *Cane/Kritzer* in Cane/Kritzer, The Oxford Handbook of Empirical Legal Research, 4.
22 *Cane/Kritzer* in Cane/Kritzer, The Oxford Handbook of Empirical Legal Research, 3.
23 *Ruger/Kim/Martin/Quinn,* Columbia Law Review 2004, 1153.

A. Legal Network Analysis

The first main strand of Computational Legal Science is Legal Network Analysis. Legal Network Analysis researchers apply Social Network Analysis, an approach derived from computational political science and sociology, to the legal domain.[24] Social Network Analysis maps the relational ties that link different units (eg individuals, families or groups) of social networks. The units are represented as nodes, the relationships between them as links.

Most Legal Network Analyses that have so far been conducted are citation networks of court decisions. The central aim of many of these studies has been to measure quantitatively how important a case is in the case law of a specific court.[25] The case law of the United States Supreme Court has been studied with this aim by several researchers. For example, *Fowler* and *Jeon* constructed a network of 30,288 majority opinions of the United States Supreme Court and the cases they cite to identify the most important precedents over time.[26]

In Europe, an active Legal Network Analysis community has emerged in the past decade.[27] Network Analysis techniques have been applied to the case citations of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union.[28] Moreover, an ongoing research project strives to develop an online toolkit based on Data Mining that permits legal scholars without specific technical skills to apply Network Analysis and visual analytics to the entire body of case law available via Eurlex.[29] Other researchers are experimenting with the application of Network Analysis to legal sources other than case law. For example, a group of Greek researchers has made a first attempt to analyse European Union legislation as a complex network.[30]

---

24 *Branting,* AI and Law 2017, 16.

25 Examples of Legal Network Analyses with a broader aim: *Tarissan/Nollez-Goldbach,* Journal of Complex Networks 2016; *Olsen/Küçüksu,* International Journal of Discrimination and the Law 2017.

26 *Fowler/Jeon,* Social Networks 2008. See also *Fowler/Johnson/Spriggs/Jeon/Wahlbeck,* Political Analysis 2007.

27 See, eg, the research conducted by the members of *NoLesLaw, the Nordic Network of Legal Empirical Scholars:* <https://noleslaw.net/people>.

28 See, eg, *Lupu/Voeten,* British Journal of Political Science 2012; *Šadl/Panagis,* ELR 2015.

29 *Lettieri/Altamura/Faggiano/Malandrino,* Social Network Analysis and Mining 2016, 243. Website of the EuCaseNet project: <http://www.isislab.it/eucasenet>.

30 *Koniaris/Anagnostopoulos/Vassiliou,* Journal of Complex Networks 2018.

To illustrate the potential and limitations of Network Analysis for legal research, it is useful to examine a specific example in more detail. A study undertaken by *Derlén* and *Lindholm* has been chosen for this purpose because it was one of the first Network Analyses that was published in a mainstream journal on European Union law. The aim of the study was to identify which judgments of the Court of Justice of the European Union are the most important precedents. The result of this examination was that well-known judgments such as *Van Gend en Loos* are less important as precedents than one might think, while others – such as *Bosman, PreussenElektra* and *Schumacker* – are more important than they are perceived to be.[31]

The authors assumed that a case is used as a source of law by the Court of Justice if it is cited.[32] This assumption is the main weakness of the approach applied in this study and in many case citation networks. Previous judgments can serve as a source of law in the case law of a court without being cited. Even though the Court of Justice of the European Union tends to cite its previous judgments when it relies on them in its reasoning, it does not always do so. For example, the Court of Justice has applied the principle of primacy of European Union law over national law in some cases without explicitly citing its judgments in *Costa/ENEL* or *Internationale Handelsgesellschaft.*[33]

The basic idea of the article by *Derlén* and *Lindholm* in particular and of citation networks more generally is that the importance of one judgment depends on its relation to all other judgments.[34] Network Analysis serves to identify this relation. *Derlén* and *Lindholm's* network took into account the 9,125 judgments delivered by the Court of Justice from December 1954 until May 2011.[35] The judgments constitute the nodes of the network, the citation of judgments within these judgments constitute the links. The authors then measured the centrality of nodes in the network, ie their relative importance, by using the *PageRank* algorithm

31 *Derlén/Lindholm,* ELJ 2013, 41. See CJEU 5.2.1963, C-26/62 (Van Gend en Loos); CJEU 15.12.1995, C-415/93 (Bosman); CJEU 14.2.1995, C-279/93 (Schumacker); CJEU 13.3.2001, C-379/98 (PreussenElektra).

32 *Derlén/Lindholm,* ELJ 2013, 671.

33 CJEU 15.7.1964, Case 6/64 (Costa v ENEL); CJEU 17.12.1970, Case C-11/70 (Internationale Handelsgesellschaft). See, eg, CJEU 4.2.2016, C-336/14 (Ince); CJEU 17.10.2013, Case C-184/12 (Unamar).

34 *Derlén/Lindholm,* ELJ 2013, 668.

35 *Derlén/Lindholm,* ELJ 2013, 672.

that *Google* uses for ranking websites. An important judgment in this network is one that is cited by other important judgments. The authors did not only count the number of citations as this would not be very telling and it would favour older judgments.[36] Their approach rather took into account whether judgments serve as the foundation for other judgments that are often cited, which alleviates the concern that judgments serve as sources of law without being cited to some extent.[37]

B. Prediction of Case Events

The second main strand of Computational Legal Science consists in the prediction of case events.[38] Significant characteristics of cases are taken into account to predict the result of a particular case. This approach is distinct from traditional approaches in legal and political science that are retrospective in nature.[39]

Predictive methods are increasingly exploited for commercial purposes. A number of start-up companies have developed technologies that are aimed at predicting case events.[40] These technologies are targeted at law firms and corporate clients. *Lex Machina,* for example, is a company based in Silicon Valley. According to their website, *Lex Machina* offers »Legal Analytics«. It promises that it »mines litigation data, revealing insights never before available about judges, lawyers, parties, and the subjects of the cases themselves, culled from millions of pages of litigation information«.[41] If you are interested in knowing how a particular judge would likely respond to a particular motion, the software is supposed to tell you how this judge compares to the national average.[42]

Like the research on Legal Network Analysis, the research on case prediction originated in the United States. A number of studies have attempted to predict decisions of the Supreme Court of this country. For instance, a 2004 project applied a statistical model that disregarded

36 *Derlén/Lindholm,* ELJ 2013, 674.
37 *Derlén/Lindholm,* ELJ 2013, 675.
38 *Branting,* AI and Law 2017, 13.
39 *Ruger/Kim/Martin/Quinn,* Columbia Law Review 2004, 1154.
40 See, eg, *Lex Machina, LexPredict* and *Premonition.*
41 *Lex Machina* website, <https://lexmachina.com/what-we-do>.
42 *Lex Machina* website, <https://lexmachina.com/legal-analytics>.

information about the law and facts of the case at hand to predict the outcome of Supreme Court cases for the 2002–2003 term. The classification tree model proposed by the authors matched or outperformed legal experts.[43] Another study developed a similar classification tree model to predict the behaviour of Supreme Court judges of the same term.[44]

Although these works made a seminal contribution to the research on legal forecasting, their approach was limited because it captured only a particular composition of the United States Supreme Court with full participation.[45] A more recent study built on the developments in Machine Learning and proposed a general model designed to predict the behaviour of the Supreme Court. This model is distinctive because it is not limited to a particular sample, but it can apparently predict the behaviour of any set of United States Supreme Court judges at any time.[46]

In the model, the behaviour of Supreme Court judges was defined as either reversing a lower court's decision, affirming a lower court's decision or another outcome that corresponds to neither of the two.[47] The model takes into account a number of variables such as the name of the judge, the term, the petitioner or the court of origin.[48] Moreover, the authors engineered features that summarised the behaviour of a particular Supreme Court judge, the Supreme Court or the lower court and the differences between them, including, for example, the rate of reversal.[49] Overall, the model allowed for the prediction of case outcomes of the Supreme Court as a whole with an accuracy of 70.2 % and of the votes of individual judges with an accuracy of 71.9 %.[50]

In Europe, *Aletras* and others have used Machine Learning to predict decisions of the European Court of Human Rights. They relied on a data set of about 600 cases relating to three articles of the European Convention on Human Rights for this purpose.[51] What distinguishes their study from others is that they made their predictions by directly mining textual information from the judgments.[52] Most studies on the

43 *Ruger/Kim/Martin/Quinn,* Columbia Law Review 2004, 1150.
44 *Martin/Quinn/Ruger/Kim,* Perspectives on Politics 2004.
45 *Katz/Bommarito/Blackman,* PloS One 2017, 3.
46 *Katz/Bommarito/Blackman,* PloS One 2017, 3 ff.
47 *Katz/Bommarito/Blackman,* PloS One 2017, 4.
48 *Katz/Bommarito/Blackman,* PloS One 2017, 5.
49 *Katz/Bommarito/Blackman,* PloS One 2017, 6.
50 *Katz/Bommarito/Blackman,* PloS One 2017, 8.
51 *Aletras/Tsarapatsanis/Preoțiuc-Pietro/Lampos,* PeerJ Computer Science 2016, 8.
52 *Aletras/Tsarapatsanis/Preoțiuc-Pietro/Lampos,* PeerJ Computer Science 2016, 2.

prediction of judgments focus on forecasting based on non-textual information that is available as meta-data on a particular case law database.[53] *Aletras* and others automatically extracted the text of the cases in their data set and processed it through Natural Language Processing.[54]

The main claim of the authors is that they could predict whether there is a violation or not of a specific Article of the Convention with an accuracy of 79 % on average. They achieved this accuracy by automatically processing the text under the heading »circumstances« in the judgment and by, additionally, processing the general semantic topics of the judgment.[55]

Judgments of the European Court of Human Rights each contain a section that is entitled »circumstances of the case«, which presents the factual background of the case and the procedure. The text in this section was processed by *Aletras* and others to predict whether the Court finds a rights violation in the end. It is important to note that this section is formulated by the European Court of Human Rights itself, which means that the authors could probably only predict the outcome of the case depending on how the Court described the facts of the case. They could not claim that certain facts lead to a certain outcome.

Furthermore, the authors relied on the semantic topics identified through Natural Language Processing to predict the outcome of the case.[56] For example, one topic that was identified automatically can be described as »sentencing« and it had to do with whether long prison sentences and other detention measures amounted to inhuman and degrading treatment or punishment under Article 3 of the European Convention on Human Rights. This topic was identified as not giving rise to a violation of Article 3 of the Convention.[57]

The studies described so far used statistical approaches – including statistical Machine Learning – to predict case events. However, not all predictive works use this methodology. For example, a 2011 project investigated to what extent it is possible to predict the vote of a United States Supreme Court judge based on the votes of the other judges in the same case, independently of the content of the case. To make these

53 *Aletras/Tsarapatsanis/Preoțiuc-Pietro/Lampos,* PeerJ Computer Science 2016, 2.
54 *Aletras/Tsarapatsanis/Preoțiuc-Pietro/Lampos,* PeerJ Computer Science 2016, 8.
55 *Aletras/Tsarapatsanis/Preoțiuc-Pietro/Lampos,* PeerJ Computer Science 2016, 11.
56 *Aletras/Tsarapatsanis/Preoțiuc-Pietro/Lampos,* PeerJ Computer Science 2016, 9.
57 *Aletras/Tsarapatsanis/Preoțiuc-Pietro/Lampos,* PeerJ Computer Science 2016, 13.

predictions, the authors used methods derived from Social Network Analysis. It is therefore not possible to draw a clear line between Network Analysis and the prediction of court decisions. The authors concluded that the votes were more predictable than one would expect from an ideal court composed of independent judges.[58]

C. Information Extraction and Argumentation Mining

The third strand of Computational Legal Science approaches focuses on the automated or semi-automated extraction of information and argumentation from case law. Many court decisions – at least those from higher courts – are available online on government portals or legal information databases such as RIS or Eurlex. The challenge is to find pieces of information that are relevant for a particular legal question in these databases. Traditionally, relevant cases are identified by inserting metadata – such as the date of publication – into the search mask provided by the database. However, the number of search options offered by legal information databases tends to be very limited. Moreover, the only way to identify relevant passages within the text of court decisions is often a simple keyword search that brings back many documents that are not actually relevant for the specific legal question. These »false positives« need to be weeded out manually, which is tedious and time-consuming.

Information extraction tools help to locate relevant cases and text passages. This has two advantages. It speeds up legal research and it can help to achieve more accurate results. The ambit of these tools can be illustrated by four examples, which will each be discussed in turn in this section: Cross-reference detection (1.), automated summarisation (2.), citation recommendation (3.) and Argumentation Mining (4.).

1. Cross-Reference Detection

The first information extraction tool facilitates legal research by establishing navigable cross references between legal texts. As it is well known, one of the challenges for legal research is that the relevant legal

58 *Guimerà/Sales-Pardo,* PloS One 2011, 1.

provisions tend to be spread over different documents that need to be considered jointly to address a particular legal question. The various legal documents are linked by cross references. Some legal information databases provide navigable hyperlinks that capture such cross references in legal texts. However, if these links exist, they are coarse-grained; they do not refer to specific text passages, but to entire legal provisions or documents.[59]

Against this background, a number of researchers have attempted to automate the detection of cross references in legal texts.[60] Most notably, a group of researchers from the University of Luxembourg has developed a tool that establishes cross references in legal texts through Natural Language Processing. As a first step, the researchers manually captured the typical structure of legal texts through so-called schemas.[61] Schemas express how a legal text is organised, for example in articles, section and paragraphs. As a second step, they transformed non-mark-up texts such as PDF into mark-up texts such as HTML, using the schemas they established.[62]

Third, they used Natural Language Processing software to detect citations that link a legal provision to another. In particular, they used three features of a Natural Language Processing software. First, the Tokenizer feature broke up the text into small units such as words or punctuation. Second, Sentence Splitter detected individual sentences in the text and, third, Named Entity Recognition identified named entities such as persons, places, organisations or dates.[63] Finally, the researchers linked the cross references to the relevant provisions by navigable links.[64] In addition to these hyperlinks, the approach offered by the researchers from Luxembourg could be used to represent the hierarchy between legal texts in the form of interactive trees.[65]

59 *Sannier/Adedjouma/Sabetzadeh/Briand,* Requirements Engineering 2017, 216.
60 See, eg, *de Maat/Winkels/van Engers* in van Engers, Legal Knowledge and Information Systems: Proceedings of the Nineteenth Annual JURIX Conference; *Tran/Ngo/Le Nguyen/Shimazu,* AI and Law 2014.
61 *Sannier/Adedjouma/Sabetzadeh/Briand,* Requirements Engineering 2017, 217.
62 *Sannier/Adedjouma/Sabetzadeh/Briand,* Requirements Engineering 2017, 220.
63 *Sannier/Adedjouma/Sabetzadeh/Briand,* Requirements Engineering 2017, 219.
64 *Sannier/Adedjouma/Sabetzadeh/Briand,* Requirements Engineering 2017, 227.
65 *Sannier/Adedjouma/Sabetzadeh/Briand,* Requirements Engineering 2017, 228.

2. Automated Summarisation

Automated summarisation has been an important research area for a number of years.[66] The prevailing approach has been to extract a part of the text of the original document, for example a few relevant sentences (extractive summarisation).[67] However, extractive summarisation seems to work much better for news articles than for legal texts that are characterised by complex discourse structures.[68]

A more recent approach extracts content from a document and combines it into a coherent text (abstractive summarisation).[69] Abstractive summarisation produces ideas and concepts that are taken from the original document, but these ideas and concepts are presented in a different form. It is therefore considerably more complex than extractive summarisation and requires extensive Natural Language Processing.[70] Extractive approaches can be categorised as statistical approaches, topic-based approaches, graph-based approaches, discourse-based approaches and approaches based on Machine Learning.[71]

Automated summarisation is used by a number of start-up companies that are marketing their tools to law firms. For example, *Legal Robot,* a Silicon Valley start-up, uses Deep Learning, a new way of Machine Learning, to summarise legal text in an automated way.[72]

3. Citation Recommendation

Another tool that may be very useful for legal researchers and practitioners is citation recommendation. *Schwartz* and others have proposed a search tool that suggests relevant cases on the same topic as a paragraph in a legal document that has already been written. The authors aimed to complement traditional legal research with an accurate and efficient recommendation engine that suggests relevant cases in order

66 *Branting,* AI and Law 2017, 14.

67 *Branting,* AI and Law 2017, 14. Example of an application of this approach in the legal field: *Brügmann/Bouayad-Agha/Burga/Carrascosa/Alberto Ciaramella/Marco Ciaramella/Codina-Filba/Escorsa/Judea/Mille/Müller/Saggion/Ziering/Schütze/Wanner,* World Patent Information 2015.

68 *Branting,* AI and Law 2017, 19.

69 *Branting,* AI and Law 2017, 14.

70 *Kanapala/Pal/Pamula,* AI Review 2017, 3.

71 *Kanapala/Pal/Pamula,* AI Review 2017, 4 ff.

72 *Branting,* AI and Law 2017, 14.

to remedy the problem that lawyers tend to cite cases that are known to them.[73] The tool they proposed relies on the LDA (Latent Dirichlet Allocation) algorithm, which allows for the clustering of topics in natural language text.[74] The advantage of this algorithm is that it learns in an unsupervised, automatic fashion, eliminating the need for manually identifying topics.[75] However, the algorithm does only take into account the similarity of words, while ignoring their semantic meaning.[76] The authors tested the algorithm on a data set of the entire body of decisions of the United States Supreme Court.[77] They concluded that their initial results were encouraging and the tool they proposed worthy of further exploration.[78]

4. Mining Arguments from Case Law

A new approach that goes beyond information extraction focuses on building tools that can automatically identify arguments in legal texts. It falls within the broader discipline of Argumentation Mining, which aims to »automatically detect, classify and structure argumentation in text«.[79] In 2012, *IBM* has started to develop *Project Debater,* a technology that is aimed at helping people to »discover, reason and present new points of view«.[80] *Debater* relies heavily on Argumentation Mining.[81]

There is no generally accepted definition of argument. The notion depends on the genre in which it is used; a legal argument has some commonalities with an argument in an online discussion, but the two kinds of argument are not the same.[82] What the existing Argumentation Mining methodologies have in common is that they start with a natural language document and end up with a document in which arguments,

73 *Schwartz/Berger/Hernandez,* 15th International Conference on AI and Law 2015, 1.
74 *Schwartz/Berger/Hernandez,* 15th International Conference on AI and Law 2015, 1.
75 *Schwartz/Berger/Hernandez,* 15th International Conference on AI and Law 2015, 2.
76 *Schwartz/Berger/Hernandez,* 15th International Conference on AI and Law 2015, 2.
77 *Schwartz/Berger/Hernandez,* 15th International Conference on AI and Law 2015, 3.
78 *Schwartz/Berger/Hernandez,* 15th International Conference on AI and Law 2015, 5 f.
79 *Mochales/Moens,* AI and Law 2011, 1.
80 See *IBM* Research, *Project Debater,* <https://www.research.ibm.com/artificial-intelligence/project-debater/faq.html>.
81 *Lippi/Lagioia/Contissa/Sartor/Torroni* in Pagallo/Palmirani/Casanovas/Sartor/Villata, AI Approaches to the Complexity of Legal Systems, 514.
82 *Lippi/Lagioia/Contissa/Sartor/Torroni* in Pagallo/Palmirani/Casanovas/Sartor/Villata, AI Approaches to the Complexity of Legal Systems, 515.

or parts thereof, are marked-up.[83] Argumentation Mining overlaps with automatic summarisation to some extent because the automatic detection of arguments in legal texts might be used to summarise or classify legal texts.[84]

Mochales Palau and *Moens* provided the first system for mining arguments from legal texts, which was a major contribution to the field.[85] They used a data set composed of legal texts from the European Court on Human Rights and of the *AraucariaDB,* a corpus of analysed argumentation maintained by the University of Dundee. The authors suggested a number of methods, ranging from the plain mining of argumentation to a more structural analysis of the detected arguments.[86] More recently, *Ashley* and *Walker* examined how argumentation can be extracted from a corpus of judicial decisions and how new arguments can be built on the basis of this information. They used a data set of court decisions related to vaccine regulations.[87]

Lippi and others built on this work in two ways. First, by providing a novel annotated corpus for legal Argumentation Mining consisting of 15 preliminary rulings of the Court of Justice of the European Union and, second, by applying a Machine Learning approach to Argumentation Mining to this corpus.[88] The authors took into account the text under the section »consideration of the questions referred« and under the section »costs«.[89] To detect arguments, they looked for conclusion indicators such as »as a result«, »therefore«, »consequently« or »thus«, but they also took into account the semantic and legal context.[90] For example,

83 *Lippi/Lagioia/Contissa/Sartor/Torroni* in Pagallo/Palmirani/Casanovas/Sartor/Villata, AI Approaches to the Complexity of Legal Systems, 516.

84 *Lippi/Lagioia/Contissa/Sartor/Torroni* in Pagallo/Palmirani/Casanovas/Sartor/Villata, AI Approaches to the Complexity of Legal Systems, 515. For an example of extractive summarisation of legal texts based on Argumentation Mining, see, eg, *Hachey/Grover,* AI and Law 2007.

85 *Lippi/Lagioia/Contissa/Sartor/Torroni* in Pagallo/Palmirani/Casanovas/Sartor/Villata, AI Approaches to the Complexity of Legal Systems, 514.

86 *Mochales/Moens,* AI and Law 2011, 1.

87 *Ashley/Walker* in Verheij, Proceedings of the 14th International Conference on AI and Law, 176.

88 *Lippi/Lagioia/Contissa/Sartor/Torroni* in Pagallo/Palmirani/Casanovas/Sartor/Villata, AI Approaches to the Complexity of Legal Systems, 516.

89 *Lippi/Lagioia/Contissa/Sartor/Torroni* in Pagallo/Palmirani/Casanovas/Sartor/Villata, AI Approaches to the Complexity of Legal Systems, 517.

90 *Lippi/Lagioia/Contissa/Sartor/Torroni* in Pagallo/Palmirani/Casanovas/Sartor/Villata, AI Approaches to the Complexity of Legal Systems, 517.

the following part of a sentence was marked as an argument: »the activity of search engines cannot be regarded as processing of the data which appear on third parties' web pages displayed in the list of search results«.[91]

Next, *Lippi* and others used Natural Language Processing techniques to annotate the same corpus.[92] They concluded that the methods they used could be a valuable asset for argument detection and they suggested that future approaches should take into account the structure of the argumentation or employ Deep Learning to further improve results.[93]

IV. Conclusions: Opportunities and Challenges of Artificial Intelligence in Legal Research

The computational approaches that were presented in the previous section have a number of benefits. An obvious benefit is that laborious tasks are automated, which gives researchers and legal practitioners more time for other tasks. This is particularly true for information extraction tools, such as cross-referencing or citation recommendation software. Computers might soon take over some tasks that are currently performed by research assistants and junior staff in law firms.

Another advantage is that Computational Legal Science can help to answer new types of empirical research questions that could not be answered through doctrinal legal methods. Relations can be uncovered that could not be uncovered otherwise. For example, only a citation network can show the relative importance of certain judgments by taking into account the more than 10,000 judgments of the Court of Justice of the European Union. The prediction of judgments of the European Court of Human Rights based on semantic topics can alert us to the topics that could be more prone to leading to a rights violation.

91 *Lippi/Lagioia/Contissa/Sartor/Torroni* in Pagallo/Palmirani/Casanovas/Sartor/Villata, AI Approaches to the Complexity of Legal Systems, 518. See CJEU 13.5.2014, C-131/12 (Google Spain) (para 22).

92 *Lippi/Lagioia/Contissa/Sartor/Torroni* in Pagallo/Palmirani/Casanovas/Sartor/Villata, AI Approaches to the Complexity of Legal Systems, 520.

93 *Lippi/Lagioia/Contissa/Sartor/Torroni* in Pagallo/Palmirani/Casanovas/Sartor/Villata, AI Approaches to the Complexity of Legal Systems, 525.

The main challenge for Computational Legal Science remains that legal texts are natural language texts. There have been considerable advances in Natural Language Processing, but the fact remains that computers cannot understand legal texts in the same way as humans can. It is therefore very unlikely that computers will soon replaces judges, as some media outlets are predicting.

Besides, there are human rights and ethical reasons why adjudication should remain in human hands.[94] *Aletras* and others have claimed that their tool for predicting decisions of the European Court of Human Rights might be used by this court to prioritise applications where human rights violations seem likely.[95] However, this proposition is problematic from a fair trial perspective. More generally, there is a risk that data-driven Artificial Intelligence tools could diminish transparency and accountability of legal research and practice, if we rely on them without knowing how exactly the results that we get are achieved. For example, there might be a gender or racial bias that a computer algorithm derives from certain patterns.[96] This also entails that there is an important role for public law scholars in Computational Legal Science. This emerging field of research should not be left to computer scientists alone.

94 See *Branting,* AI and Law 2017, 21.

95 *Aletras/Tsarapatsanis/Preoțiuc-Pietro/Lampos,* PeerJ Computer Science 2016, 3.

96 For an overview of the ethical and constitutional implications of data-driven AI, see, eg, *Mittelstadt/Allo/Taddeo/Wachter/Floridi,* Big Data & Society 2016; *Nemitz,* Philosophical Transactions of the Royal Society Series A 2018.

Bibliography

- *Aletras Nikolaos/Tsarapatsanis Dimitrios/Preoțiuc-Pietro Daniel/Lampos Vasileios,* Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: A Natural Language Processing Perspective, PeerJ Computer Science 2016, 1.
- *Ashley Kevin D.,* Artificial Intelligence and Legal Analytics (2017).
- *Ashley Kevin D./Walker Vern R.,* Toward Constructing Evidence-based Legal Arguments Using Legal Decision Documents and Machine Learning, in Verheij (ed), Proceedings of the 14th International Conference on AI and Law (2013) 176.
- *Bradney Anthony,* The Place of Empirical Legal Research in the Law School Curriculum, in Cane/Kritzer (ed), The Oxford Handbook of Empirical Legal Research (2013) 1026.
- *Branting L. Karl,* Data-Centric and Logic-Based Models for Automated Legal Problem Solving, AI and Law 2017, 5.
- *Brügmann Sören/Bouayad-Agha Nadjet/Burga Alicia/Carrascosa Serguei/Ciaramella Alberto/Ciaramella Marco/Codina-Filba Joan/Escorsa Enric/Judea Alex/Mille Simon/Müller Andreas/Saggion Horacio/Ziering Patrick/Schütze Hinrich/Wanner Leo,* Towards Content-Oriented Patent Document Processing: Intelligent Patent Analysis and Summarisation, World Patent Information 2015, 30.
- *Cane Peter/Kritzer Herbert M.,* Introduction, in Cane/Kritzer (ed), The Oxford Handbook of Empirical Legal Research (2013) 1.
- *Conrad Jack G./Branting L. Karl,* Introduction to the Special Issue on Legal Text Analytics, AI and Law 2018, 99.
- *de Maat Emile/Winkels Radboud/van Engers Tom M.,* Automated Detection of Reference Structures in Law, in van Engers (ed), Legal Knowledge and Information Systems: Proceedings of the Nineteenth Annual JURIX Conference (2006) 41.
- *Derlén Mattias/Lindholm Johan,* Goodbye van Gend en Loos, Hello Bosman? Using Network Analysis to Measure the Importance of Individual CJEU Judgments, ELJ 2013, 667.
- *Fowler James H./Jeon Sangick,* The Authority of Supreme Court Precedent, Social Networks 2008, 16.
- *Fowler James H./Johnson Timothy R./Spriggs James F./Jeon Sangick/Wahlbeck Paul J.,* Network Analysis and the Law: Measuring the Legal Importance of Precedents at the U.S. Supreme Court, Political Analysis 2007, 324.
- *Guimerà Roger/Sales-Pardo Marta,* Justice Blocks and Predictability of US Supreme Court Votes, PloS One 2011, e27188.

- *Hachey Ben/Grover Claire,* Extractive Summarisation of Legal Texts, AI and Law 2007, 305.
- *Heiberger Raphael H./Riebling Jan R.,* Installing Computational Social Science: Facing the Challenges of New Information and Communication Technologies in Social Science, Methodological Innovations 2016, 1.
- *Kanapala Ambedkar/Pal Sukomal/Pamula Rajendra,* Text Summarization from Legal Documents: A Survey, AI Review 2017, 1.
- *Katz Daniel Martin/Bommarito Michael J./Blackman Josh,* A General Approach for Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States, PloS One 2017, e0174698.
- *Koniaris Marios/Anagnostopoulos Ioannis/Vassiliou Yannis,* Network Analysis in the Legal Domain: A Complex Model for European Union Legal Sources, Journal of Complex Networks 2018, 243.
- *Lettieri Nicola/Altamura Antonio/Faggiano Armando/Malandrino Delfina,* A Computational Approach for the Experimental Study of EU Case law: Analysis and Implementation, Social Network Analysis and Mining 2016, 1.
- *Lettieri Nicola/Altamura Antonio/Giugno Rosalba/Guarino Alfonso/Malandrino Delfina/Pulvirenti Alfredo/Vicidomini Francesco/Zaccagnino Rocco,* Ex Machina: Analytical Platforms, Law and the Challenges of Computational Legal Science, Future Internet 2018, 1.
- *Lippi Marco/Lagioia Francesca/Contissa Giuseppe/Sartor Giovanni/Torroni Paolo,* Claim Detection in Judgments of the EU Court of Justice, in Pagallo/Palmirani/Casanovas/Sartor/Villata (ed), AI Approaches to the Complexity of Legal Systems (2018) 513.
- *Lupu Yonatan/Voeten Erik,* Precedent in International Courts: A Network Analysis of Case Citations by the European Court of Human Rights, British Journal of Political Science 2012, 413.
- *Martin Andrew D./Quinn Kevin M./Ruger Theodore W./Kim Pauline T.,* Competing Approaches to Predicting Supreme Court Decision Making, Perspectives on Politics 2004, 761.
- *Mittelstadt Brent Daniel/Allo Patrick/Taddeo Mariarosaria/Wachter Sandra/Floridi Luciano,* The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate, Big Data & Society 2016, 1.
- *Mochales Raquel/Moens Marie-Francine,* Argumentation Mining, AI and Law 2011, 1.
- *Moor James,* The Dartmouth College Artificial Intelligence Conference: The Next Fifty Years, AI Magazine 2006, 87.
- *Nemitz Paul,* Constitutional Democracy and Technology in the Age of Artificial Intelligence, Philosophical Transactions of the Royal Society Series A 2018.
- *Olsen Henrik Palmer/Küçüksu Aysel,* Finding Hidden Patterns in ECtHR's Case Law, International Journal of Discrimination and the Law 2017, 4.

- *Ruger Theodore W./Kim Pauline T./Martin Andrew D./Quinn Kevin M.,* The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decisionmaking, Columbia Law Review 2004, 1150.
- *Šadl Urška/Panagis Yannis,* What is a Leading Case in EU law? An Empirical Analysis, ELR 2015, 15.
- *Sannier Nicolas/Adedjouma Morayo/Sabetzadeh Mehrdad/Briand Lionel,* An Automated Framework for Detection and Resolution of Cross References in Legal Texts, Requirements Engineering 2017, 215.
- *Schwartz Talia/Berger Michael/Hernandez Juan,* Recommendation Engine Using Topic Modeling and Semantic Similarity, 15th International Conference on AI and Law 2015.
- *Tarissan Fabien/Nollez-Goldbach Raphaëlle,* Analysing the First Case of the International Criminal Court from a Network-Science Perspective, Journal of Complex Networks 2016, 616.
- *Tran Oanh Thi/Ngo Bach Xuan/Le Nguyen Minh/Shimazu Akira,* Automated Reference Resolution in Legal Texts, AI and Law 2014, 29.

Florian Werni*

Die Rechtsnorm als Wille und sprachlicher Ausdruck

Überlegungen zum Forschungsgegenstand der Rechtsdogmatik

I. Einleitung

Wer wissen möchte, wie man ein rechtliches Interesse möglichst effektiv durchsetzen kann, sollte einen einfallsreichen Anwalt konsultieren.[1] Wer allerdings wissen möchte, was im Hinblick auf eine bestimmte Rechtsfrage in Wahrheit rechtens ist, sollte sich bei einer Rechtswissenschaftlerin erkunden. Denn die Rechtswissenschaft – genauer die Rechtsdogmatik[2] – *weiß* das *Recht.* Sie beansprucht zu erkennen, was aufgrund einer von Menschen für andere Menschen geschaffenen Rechtsordnung als Recht gilt, ohne hierbei von politischen Programmen oder finanziellen Interessen beeinflusst zu werden. Ob etwas Inhalt des Rechts ist, bestimmt sich nicht nach Macht oder Geld, sondern nach der richtigen Erkenntnis des Rechts.[3]

Was aber ist das, was die Rechtsdogmatik meint, erkennen zu können? Nach der in Österreich wohl dominierenden Auffassung sind die

---

* Für zahlreiche Diskussionen und wertvolle Anregungen danke ich *Franz Merli, Bernadette Reisinger* sowie meinen Kolleginnen und Kollegen am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht und den Teilnehmerinnen und Teilnehmern der Tagung. *Daniel Bischof, Jakob Gaigg, Florian Rathmayer* und *Sebastian Scholz* danke ich besonders für die kritische Durchsicht des Manuskripts. Sie haben mich vor einigen Fehlgriffen bewahrt.

1 Zur Hegemonie der Wissensform der »juristischen Expertise« instruktiv *Somek,* Rechtliches Wissen, 32 ff.

2 Siehe II.

3 *Somek,* Rechtstheorie, 16.

primären Erkenntnisgegenstände der Rechtsdogmatik *Rechtsnormen.*[4] Was aber versteht die Rechtsdogmatik unter einer Rechtsnorm? Worum handelt es sich bei diesem eigentümlichen Forschungsgegenstand? Diese Fragen betreffen die Grundlagen des rechtsdogmatischen Wissens. Man könnte sogar so weit gehen, die Frage nach dem *Gegenstand* rechtswissenschaftlicher Erkenntnis als die zentrale wissenschaftstheoretische Frage der Rechtsdogmatik zu bezeichnen. Sie ist sowohl der Rechtsdogmatik selbst als auch der Juristischen Methodenlehre vorgelagert. Ehe man nämlich daran gehen kann, *etwas* zu erkennen, und ehe man sich fragen kann, *wie* – also mit welchen Methoden – man etwas erkennt, muss man sich darüber im Klaren sein, *was* überhaupt erkannt werden soll.[5] Die Frage, was unter einer Rechtsnorm zu verstehen ist, hängt eng mit der Frage zusammen, wie es um ihr Verhältnis zur *Sprache* bestellt ist. Denn das, was als Rechtsnorm bezeichnet wird, kommt primär in sprachlicher Form zum Ausdruck, und zwar insbesondere – freilich nicht nur – in Gesetzestexten. Im österreichischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht ist das in Sprache gefasste Recht sogar von herausragender Bedeutung, weil die Geltung von Gewohnheitsrecht überwiegend abgelehnt wird.[6] In diesem Beitrag geht es folglich um zwei miteinander zusammenhängende Fragen:

- *Was ist eine Rechtsnorm?*
- *Wie verhält sich die Rechtsnorm zum Normtext?*[7]

Über diese und ähnliche Fragen wird gestritten, seit es eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Recht gibt. Es wäre aussichtslos, die unzähligen rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Beiträge zu diesem Themenkomplex zu sichten oder gar angemessen zu würdigen. Trotzdem – oder gerade deshalb – ist jede rechtswissen-

4 Stellvertretend *Potacs,* Rechtstheorie, 25, 45 ff. Das bedeutet nicht, dass nur Normen rechtliche Wirkungen auslösen können; siehe zB *Merli,* ZfV 1993, 251 ff.

5 Vgl *Merkl* in Klecatsky/Marcic/Schambeck, Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Band 1, 1060: »Ehe man sich fragen kann, wie auszulegen sei, muß man sich darüber im reinen sein, was auszulegen sei.«

6 Siehe die Nachweise bei *Wiederin* in Lienbacher, Verfassungsinterpretation in Europa, 83, FN 10; zuletzt VwGH 19.01.2010, 2007/05/0312. Das Gewohnheitsrecht betreffende Fragen werden hier ausgeklammert, weil dies den Umfang des Beitrags sprengen würde.

7 Freilich handelt es sich bei dieser Frage nur um *einen* rechtstheoretischen Aspekt des Verhältnisses von Recht und Sprache.

schaftliche Generation herausgefordert, zu diesen Fragen Stellung zu beziehen (sofern sie freilich über die Grundlagen ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit überhaupt kritisch reflektieren will). Ebendies soll in diesem Beitrag vorsichtig versucht werden, ohne dabei zu beanspruchen, die aufgeworfenen Probleme erschöpfend zu behandeln oder bisher noch nie Gedachtes zu denken.[8] Die Fragen nach der Rechtsnorm und ihrem Verhältnis zum Normtext werden aus einer bestimmten Perspektive gestellt, nämlich aus der Sicht der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts in Österreich. Rechts- und sprachphilosophische Voraussetzungen werden nicht vertieft, wenngleich nicht übersehen wird, dass sie den aufgeworfenen Fragen zugrunde liegen und ihre Einbeziehung erforderlich wäre, um diese angemessen zu klären.

Nach einer kurzen Darstellung des Erkenntnisanspruchs der Rechtsdogmatik (II.) werden im Hauptteil (III.) drei rechtstheoretische Konzepte vorgestellt, anhand derer die genannten Fragen beantwortet werden können. Diese wurden und werden von namhaften Wissenschaftlern des Öffentlichen Rechts in Österreich vertreten. Versucht wird nicht, die Positionen der Autoren vollständig zu analysieren, sondern sie als *Modelle* in eine gedankliche Ordnung zu bringen und dadurch drei idealtypische Möglichkeiten darzustellen, wie die Rechtsnorm und ihr Verhältnis zum Normtext gedacht werden kann. Schließlich werden im letzten Teil Überlegungen zu einem alternativen Modell angestellt, welches die Rechtsnorm als Resultat rechtsdogmatischer Erkenntnis begreift (IV.).

8 Wie *Franz Merli* in der Podiumsdiskussion zum Thema »Die Zukunft des Öffentlichen Rechts« im Rahmen der 8. Tagung der Österreichischen Assistentinnen und Assistenten des Öffentlichen Rechts bemerkt hat, hängt die Entwicklung der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts vor allem von der jetzt jungen Generation der Forscherinnen ab, weshalb er dazu aufgerufen hat, vermeintliche Wahrheiten im Öffentlichen Recht zu hinterfragen; *Weber/Weismann* in Kronschläger/Kuderer/Landl-Mraczansky/Raml/Trentinaglia, Recht vielfältig – Perspektiven des Öffentlichen Rechts, 185.

II. Was ist Rechtsdogmatik?

A. Positivistische Normenwissenschaft

In diesem Kapitel wird versucht, den Wissensanspruch der Rechtsdogmatik grob zu skizzieren. Hierbei wird von dem insbesondere in der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts in Österreich vorherrschenden Verständnis der Rechtsdogmatik als positivistischer Normenwissenschaft ausgegangen.[9]

Die Rechtsdogmatik[10] möchte erkennen, *was rechtens ist.*[11] Sie beansprucht – nicht nur im universitären Prüfungsbetrieb – »die Rechtslage« zu erkennen, das heißt anzugeben, was in einer bestimmten Rechtsordnung inhaltlich als Recht gilt.[12] Diese Frage versucht sie zu beantworten, indem sie die Rechtsvorschriften dieser Rechtsordnung interpretiert und begründete Lehrmeinungen darüber bildet, was aufgrund dieser Rechtsvorschriften konkret gesollt ist.[13] Diesem Erkenntnisanspruch liegt die Entscheidung zugrunde, bestimmte anordnende Handlungen der sozialen Wirklichkeit überhaupt als normativ zu begreifen.[14] Da sie unmittelbar auf den Inhalt des Rechts gerichtet ist, beansprucht die Rechtsdogmatik eine gewisse Vorrangstellung unter den übrigen Disziplinen der Rechtswissenschaft wie Rechtssoziologie, Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie.[15]

---

9 *Jabloner* in Griller/Rill, Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, 23, qualifiziert die Reine Rechtslehre als normativistische und positivistische Theorie. Diese Charakterisierung kann für den in Österreich herrschenden rechtsdogmatischen Wissensanspruch überhaupt übernommen werden; siehe die zutreffende Bemerkung in *Jabloner,* ZÖR 2018, 463, dass die rechtspositivistische Linie »[…] im Großen und Ganzen auch heute prävalent [ist], ob mit oder ohne Berufung auf die Reine Rechtslehre.«

10 Aus der umfangreichen Literatur zur Rechtsdogmatik als Wissenschaftsdisziplin sei aus jüngster Zeit hervorgehoben *Jestaedt,* JZ 2014, 1 ff.

11 Siehe auch zB *Alexy,* Recht, Vernunft, Diskurs, 79: »[Die Jurisprudenz] besteht letztlich darin, zu sagen, was in konkreten Fällen rechtlich geboten, verboten und erlaubt ist.«

12 Offenbleiben muss in diesem Beitrag, ob und wie Rechtsordnungen von anderen normativen Ordnungen, etwa der Moral oder Sitte, begrifflich abgegrenzt werden können.

13 Vgl *Potacs,* Rechtstheorie, 24 ff.

14 Siehe zB mwN *Thienel* in FS Koja, 164 f; diese Entscheidung kann auch ethisch motiviert sein; vgl *Potacs* in Herzig/Klamert/Palmstorfer/Puff/Vranes/Weismann, Europarecht und Rechtstheorie, 90 f.

15 *Dreier,* Recht – Moral – Ideologie, 51, hat die Rechtsdogmatik als »Kernstück« der Rechtswissenschaft bezeichnet.

Zwei wesentliche Elemente sind an dem – so verstandenen – rechtsdogmatischen Wissensanspruch hervorzuheben. Erstens, die Rechtsdogmatik ist eine *Normenwissenschaft.*[16] Ihr Gegenstand ist nicht das Seiende, sondern das Gesollte.[17] Rechtsdogmatikerinnen interessieren sich in erster Linie nicht dafür, was in der Rechts- und Staatspraxis faktisch passiert, sondern sie fragen sich, was in der Rechts- und Staatspraxis passieren soll und aus welchen Gründen, das heißt aufgrund welcher Rechtsquellen, es passieren soll. Freilich beschränkt sich die Tätigkeit der Rechtsdogmatik nicht auf die juristische Interpretation von Rechtsquellen. Zu ihr gehört auch das Strukturieren und Systematisieren des Rechtsstoffes, das Analysieren gerichtlicher Entscheidungen, das Konzipieren rechtsdogmatischer Begriffe, das Entwickeln von Schemata der Falllösung und einiges mehr. Doch letztlich sind auch diese Tätigkeiten mittelbar an das genannte Erkenntnisinteresse – die Ermittlung des konkret Gesollten aufgrund positiver Rechtsvorschriften – gebunden. Zweitens, die Rechtsdogmatik ist eine *positivistische* Wissenschaft.[18] Sie fragt nicht nach dem möglichen, dem guten, dem gerechten oder gar dem göttlichen Recht. Vielmehr möchte sie wissen, was aufgrund einer wirklichen, von Menschen für Menschen geschaffenen Rechtsordnung rechtens ist. Jedenfalls insofern ist die Rechtsdogmatik nicht weniger empirisch als etwa die empirischen Naturwissenschaften.[19]

Rechtsdogmatikerinnen möchten also erforschen, was aufgrund einer von Menschen gesetzten (Positivismus) Rechtsordnung gesollt ist (Normativismus). Die Ermittlung des Gesollten steht – wie jedes wissenschaftliche Streben – unter einem spezifischen *Wahrheitsanspruch.* Die Rechtsdogmatik beansprucht, das Recht *richtig* zu erkennen,[20] also auf rational begründete und intersubjektiv nachprüfbare Weise zur Klärung der Frage beizutragen, was aufgrund des positiven Rechts wirklich gesollt ist. Zwar kann die Rechtsdogmatik nicht als exakte Wissenschaft verstanden werden, welche mit logisch-mathematischer Notwendigkeit das korrekte Ergebnis deduzieren könnte.[21] Dennoch beansprucht sie,

16 Grundlegend *Kelsen,* Reine Rechtslehre², 78 f.
17 Zum Unterschied von Sein und Sollen siehe *Kelsen,* Reine Rechtslehre², 4 ff.
18 Grundlegend *Kelsen* in Klecatsky/Marcic/Schambeck, Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Band 1, 941 ff.
19 Vgl *Potacs,* RTh 1994, 198.
20 *Somek,* Rechtstheorie, 13 ff; vgl auch *Funk,* Einführung, Rz 031 ff.
21 Zu diesem »formalistischen« Rechtsverständnis siehe instruktiv *Somek,* Rechtstheorie, 37 ff.

Kriterien entwickeln zu können, vermöge derer eine Rechtsauffassung als vertretbar, plausibel oder begründet anerkannt bzw als unvertretbar, verfehlt oder nicht überzeugend verworfen werden kann.[22]

Aus dem Gesagten folgt weder, dass es der Rechtsdogmatik immer gelingen muss, das einzig richtige Ergebnis herauszuarbeiten, noch wird der Unterschied zwischen Rechts*wissenschaft* und Rechts*praxis* geleugnet. Rechtsdogmatik und Rechtspraxis unterscheiden sich aber nicht in ihrer Wissensform oder in ihrem Richtigkeitsanspruch voneinander, sondern in ihrer – letztlich in der gesellschaftlichen Rollen- und Arbeitsverteilung fundierten[23] – Funktion:[24] Die Rechtspraxis muss sich irgendwann für eine bestimmte Lösung eines Rechtsproblems entscheiden. Sie steht unter einem Entscheidungszwang, und auf ihre Entscheidung kommt es an. Die Rechtsdogmatik hingegen kann sich der Lösung eines Rechtsproblems auch enthalten, und ihre Überlegungen sind ohne (unmittelbare) rechtliche Folgen.[25] Die Argumentationsweise von Rechtsdogmatik und Rechtsanwendung ist aber grundsätzlich ebenso dieselbe wie ihr Anspruch, das Recht richtig zu erkennen bzw das Recht richtig zu erkennen und dementsprechend richtig zu entscheiden.

B. Exkurs: Bemerkungen zur »Rahmentheorie der Interpretation«

Der hier skizzierten Konzeption des rechtsdogmatischen Wissensanspruchs kann man einen bescheideneren Begriff rechtsdogmatischer Erkenntnis gegenüberstellen, welcher als *»Rahmentheorie der Interpretation«* firmiert und untrennbar mit der Reinen Rechtslehre verbunden

22 Ähnlich *Korinek* in FS Walter, 367 mwN; vgl auch die »kritische Wertungsjurisprudenz« bei *Adamovich/Funk,* Allgemeines Verwaltungsrecht, 54 ff.

23 Siehe dazu zB *Müller,* Recht – Sprache – Gewalt, 18 f.

24 Siehe bereits *Schäffer,* Verfassungsinterpretation, 15: »[…] ein wesentlicher Unterschied im Interpretationsverfahren der Wissenschaft und der Praxis – abgesehen davon, daß jene von dem diese kennzeichnenden Entscheidungszwang befreit ist – [kann] nicht erblickt werden.«

25 *Somek,* ZÖR 2018, 490 ff, deutet das Verhältnis von Praxis und Wissenschaft des Rechts in Anlehnung an *Hegels* Phänomenologie des Geistes treffend als Herr-Knecht-Verhältnis.

ist.[26] Hintergrund dieser Auslegungslehre ist die strikte Trennung der Erkenntnis- von der Willensfunktion. Die Rechtswissenschaft sei eine Form der Erkenntnis, und da der Sinn der Rechtsnormen uneindeutig sein könne, könne sie oftmals nur den Rahmen möglicher Interpretation erkennen. Die Rechtsdogmatik habe sich demnach auf die Darstellung von möglichen Auslegungen *(Normhypothesen)* zu beschränken und die Auswahl aus diesen Hypothesen den dazu legitimierten Rechtsanwendungsorganen zu überlassen. Diese Auswahl sei ein Willensakt, welcher die Möglichkeiten rationaler Erkenntnis übersteige und daher von der Rechtswissenschaft nicht geleistet werden könne.

Die Rahmentheorie nimmt einen wichtigen Ort im Theoriegebäude der Reinen Rechtslehre ein.[27] Sie weist eine allzu selbstsichere Rechtswissenschaft, welche immer ein einziges richtiges Ergebnis ermitteln zu können glaubt, in die Schranken. Indem sie die rechtserzeugende Funktion der Vollziehung betont, kann sie die Dynamik der Rechtserzeugung im Sinne der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung anschaulich machen.[28] Als Ausgangspunkt für eine Theorie rechtsdogmatischer Erkenntnis ist sie aber aus mehreren Gründen ungeeignet, weshalb ihr bei der Bestimmung des rechtsdogmatischen Wissensanspruchs hier nicht gefolgt werden kann. Erstens geht die Rahmentheorie von einer fragwürdigen Dichotomie von Erkenntnis und Wollen aus.[29] Der Willensakt, aufgrund dessen eine Auswahl aus verschiedenen Normhypothesen erfolgt, wird in der Rahmentheorie als reine Dezision begriffen, in die beliebige motivierende Gründe politischer, moralischer, ideologischer oder auch persönlicher Art eingehen.[30] Diese Vorstellung lässt

26 Siehe die einflussreiche Darstellung in *Kelsen,* Reine Rechtslehre², 346 ff; ähnlich bereits *Merkl* in Klecatsky/Marcic/Schambeck, Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Band 1, 1066 f; einen guten Überblick über die Rahmentheorie gibt *Römer* in Deiseroth/Hase/Ladeur, Ordnungsmacht? Über das Verhältnis von Legalität, Konsens und Herrschaft, 184 ff; für eine Verteidigung der Rahmentheorie siehe *Jabloner* in Kautek/Neck/Schmidinger, Wahrheit in den Wissenschaften, 144 ff.

27 Siehe zB *Römer* in Deiseroth/Hase/Ladeur, Ordnungsmacht? Über das Verhältnis von Legalität, Konsens und Herrschaft, 184 f.

28 *Jabloner,* ZÖR 2018, 471, weist darauf hin, dass die Rahmentheorie aus der Rechtsdynamik, also der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung, entwickelt wurde.

29 Zum Folgenden *Luf* in FS Heintel. Zweiter Teilband, 235.

30 Deutlich *Kelsen,* Reine Rechtslehre², 351; *Römer* in Deiseroth/Hase/Ladeur, Ordnungsmacht? Über das Verhältnis von Legalität, Konsens und Herrschaft, 196, spricht treffend von einem »Einbruch der Irrationalität in den Bereich rationaler Rechtserkenntnis«.

außer Acht, dass menschliches Handeln und Entscheiden einen spezifischen Vernunftbezug hat und daher im praktischen Sinne rational ist. Juristisches Entscheiden ist in aller Regel juristisch *begründetes* Entscheiden. Eine Entscheidung – etwa eines Höchstgerichts – kann von der Rechtsdogmatik auf ihre juristische Rationalität im Nachhinein kritisch geprüft, aber auch antizipierend im Hinblick auf die Begründung möglicher Lösungen diskutiert werden. Wenn die Rahmentheorie richtig wäre, wären diese rechtsdogmatischen Analysen nur in Bezug auf die Frage möglich, ob die Entscheidung innerhalb des Rahmens liegt oder nicht. Davon abgesehen müssten Entscheidungsbegründungen weitgehend als Maskierung der persönlichen Ideologie des Richters verstanden werden – ein Konzept, das in einem Spannungsverhältnis zu den normativen Anforderungen des Rechtstaates steht und auch der Rechtswirklichkeit nicht gerecht wird, bemühen sich doch die Vollzugsorgane regelmäßig um eine *juristisch* überzeugende Begründung ihrer Entscheidungen.[31] Zweitens erscheint es kaum möglich, den begrenzenden Rahmen möglicher Auslegung präzise abzustecken.[32] Denn schlechthin jede Auslegungsvariante eines Rechtstextes ist *möglich,* wenn sie nur sprachlich verständlich ist.[33] Die Grenze zwischen einer vertretbaren und einer unvertretbaren Auslegung kann nicht eindeutig angegeben werden, sondern sie verläuft nach fließenden Plausibilitätskriterien. Wenn aber der Unterschied zwischen einer Auslegung innerhalb und außerhalb des Rahmens nicht exakt festgestellt werden kann, verschwimmt auch die von der Rahmentheorie behauptete exakte Differenz von rationaler Rechtserkenntnis und willentlicher Rechtserzeugung. Drittens ist fraglich, ob die Rahmentheorie dem tatsächlichen rechtswissenschaftlichen Geschehen und den an die Rechtsdogmatik herangetragenen Erwartungen entspricht.[34] Die rechtsdogmatische For-

31 *Alexy* in Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann, Elemente einer juristischen Begründungslehre, 114; vgl aber *Jabloner* in FS 150 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft, 161 ff.

32 Ähnlich *Römer* in Deiseroth/Hase/Ladeur, Ordnungsmacht? Über das Verhältnis von Legalität, Konsens und Herrschaft, 198 f; *Jabloner,* ZÖR 2018, 475, bezeichnet dies als eine »sensible Stelle« der Rahmenlehre.

33 Vgl dazu *Christensen,* Gesetzesbindung, 40 f.

34 Siehe zB *Funk,* Einführung, Rz 033. Diesem Argument könnte man ein additives Konzept der Rechtswissenschaft entgegenhalten, welches der Beschreibung der positivrechtlichen Normen (Interpretation im engeren Sinn) eine Rechtsanwendungslehre zur Seite stellt; siehe *Thienel,* Kritischer Rationalismus, 212 ff; in diesem Sinne auch *Jestaedt,* Grundrechtsentfaltung, 320 ff; dem wird hier nicht gefolgt, weil nicht von einer strikten Differenz von Erkenntnis und Anwendung des

schung begnügt sich nämlich in den seltensten Fällen mit der Herausarbeitung von möglichen Auslegungsvarianten, sondern sie entwickelt und prüft Argumente, welche für und gegen eine bestimmte Interpretation sprechen. Dass die Rechtsdogmatik zur Bewältigung rechtlicher Unklarheit beiträgt,[35] entspricht auch den gesellschaftlichen Erwartungen an diese Disziplin, insbesondere von Seiten der Rechtspraxis.

III. Das Verhältnis von Rechtsnorm und Normtext – Drei Modelle

Rechtsdogmatik wurde vorstehend als Erforschung positiver Rechtsnormen zur Ermittlung ihres Inhalts und zur Bestimmung des konkret Gesollten bestimmt. Die entscheidende Frage drängt sich nun auf: Was *ist* eine positive Rechtsnorm? Um diese Frage und die Frage nach dem Verhältnis der Rechtsnorm zum Normtext zu diskutieren, werden im Folgenden drei rechtstheoretische Modelle vorgestellt: erstens das Normverständnis der Reinen Rechtslehre, wie es von *Hans Kelsen* konzipiert und insbesondere von *Robert Walter* zu einer Interpretationslehre weiterentwickelt wurde; zweitens der kommunikationstheoretische Ansatz, der von *Heinz Peter Rill* begründet und gegenwärtig in elaborierter Weise von *Michael Potacs* vertreten wird; drittens der konsenspositivistische Ansatz von *Bernd-Christian Funk,* welcher Aspekte des nachpositivistischen Rechtsdenkens aufnimmt und in ähnlicher Weise von *Theo Öhlinger* und *Stefan Griller* vertreten wird. Die Darstellung kann den Positionen dieser Autoren nicht in allen Punkten gerecht werden, weil diese weit differenzierter sind, als dies hier wiedergegeben werden könnte.[36] Versucht wird vielmehr, die vertretenen Positionen in eine sachliche Struktur zu bringen und so das Ringen der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts in Österreich um einen adäquaten Begriff der

---

Rechts ausgegangen wird; skeptisch zu den Möglichkeiten einer Rechtsanwendungslehre *Jabloner* in FS 150 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft, 163 FN 30.

35 *Somek,* Rechtliches Wissen, 43, betont, dass die Rechtswissenschaft mit dem Anspruch auftritt, Komplexität *zu reduzieren,* indem sie feststellt, welche unter den denkbaren Geltungsmöglichkeiten des Rechts wirklich gilt.

36 Wenn daher im Folgenden mit Vereinfachungen gearbeitet wird, so dient dies der Nachvollziehbarkeit des hier entfalteten Gedankenganges, nicht jedoch soll damit ein abschließendes Wort über die dargelegten Positionen gesprochen werden.

Rechtsnorm nachvollziehbar darzustellen. Die folgenden Ausführungen können insofern auch als Entwicklung eines Gedankenweges verstanden werden, die einzelnen Modelle als Etappen desselben.

A. Die Reine Rechtslehre (Hans Kelsen, Robert Walter)

1. Die Position

Hans Kelsen hat Grundlegendes zum Begriff der Rechtsnorm als Gegenstand der Rechtswissenschaft gedacht und damit die weitere rechtstheoretische Diskussion in Österreich maßgeblich geprägt. Die Auseinandersetzung hat daher vom Normbegriff der Reinen Rechtslehre ihren Ausgang zu nehmen.

Kelsen deutet die Rechtsnorm ausgehend von der Befehlssituation. *Clemens Jabloner* spricht treffend von der normativen »Urszene« des Befehls.[37] Durch einen Befehl ordnet jemand einem anderen ein bestimmtes Verhalten an. Eine Norm wird dementsprechend von *Kelsen* als der *Sinn eines Willensaktes* bestimmt, wonach sich andere in einer bestimmten Weise verhalten sollen. Sie ist der Sinn eines menschlichen Aktes, der intentional auf das Verhalten anderer Menschen gerichtet ist, indem er ein Verhalten gebietet, erlaubt oder zu einem Verhalten ermächtigt. Als Träger der Norm fungiert bei *Kelsen* somit allemal ein (menschlicher) Willensakt. In der posthum erschienenen »Allgemeinen Theorie der Normen« hat *Kelsen* den Zusammenhang von Rechtsnorm und befehlendem Willensakt besonders hervorgehoben: »Derjenige, der etwas befiehlt, eine Norm setzt, *will* etwas: derjenige, dem etwas befohlen wird, dessen Verhalten in einer Norm als gesollt gesetzt wird, *soll* etwas. […] Mit Beziehung auf den Befehl gilt ein Grundsatz, der gewöhnlich formuliert wird: Kein Imperativ ohne Imperator.«[38] Die Norm ist nicht mit dem befehlenden Willensakt selbst identisch, sondern die Norm

37 *Jabloner* in Griller/Rill, Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, 33; zum Folgenden siehe die Darstellungen des Normbegriffs in *Kelsen,* Reine Rechtslehre, 4 ff; *Kelsen,* Reine Rechtslehre², 3 ff; *Kelsen,* Allgemeine Theorie, 21 ff; siehe auch die Darstellung des Rechtsbegriffs *Kelsens* in *Potacs,* Rechtstheorie, 38 ff. Da es den Umfang des Beitrages sprengen würde, müssen wichtige Elemente der Rechtstheorie *Kelsens* wie etwa die Unterscheidung von subjektivem und objektivem Wollen, die Lehre der Grundnorm und vieles andere im Folgenden unberücksichtigt bleiben.

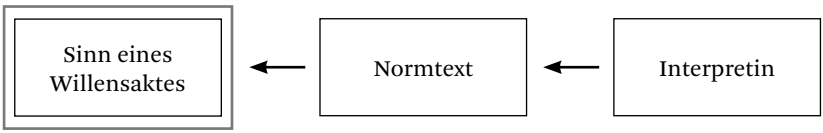
38 *Kelsen,* Allgemeine Theorie, 23 [Hervorhebungen im Original].

ist der *Sinn* oder der geistige Inhalt dieses Willensaktes.[39] Eine Norm kann auch gelten, wenn der Willensakt, dessen Sinn sie ist, nicht mehr existiert, denn »[d]ie Norm ist ein Sollen, der Willensakt, dessen Sinn sie ist, ein Sein.«[40]

Wie verhält sich nun in diesem Modell die Rechtsnorm zu ihrem sprachlichen Ausdruck, zum Normtext? *Kelsen* führt aus, dass »der Willensakt, dessen Sinn eine Norm ist, von dem Sprech-Akt unterschieden werden muß, in dem der Sinn des Willensaktes ausgedrückt wird.«[41] Er versteht das Verhältnis von Rechtsnorm und Normtext analog zum Verhältnis von Bedeutung und Zeichen: der Normtext ist Zeichen der Norm.[42] Damit folgt *Kelsen* einem Modell des Verhältnisses von Recht und Sprache, das man als *»Verkleidungsmodell«*[43] bezeichnen und graphisch wie folgt darstellen kann:[44]

»Das Verkleidungsmodell«

= Norm



Der Normtext ist demnach der Ausdruck oder eben die Verkleidung des feststehenden Sinnes eines Willensaktes. Die Bedeutung der Norm steht gleichsam jenseits seiner Verschriftlichung. *Robert Walter* hat den Normbegriff *Kelsens* übernommen und für eine Interpretationslehre fruchtbar gemacht.[45] Demnach ist es die Aufgabe einer strikt positivistischen Rechtswissenschaft, den *»wahren«* Willen des Rechtsetzers zu ermitteln. Durch den juristischen Interpretationsvorgang – dies sollen

39 *Kelsen,* Allgemeine Theorie, 138: »Die ›Existenz‹ einer Norm ist […] eine geistige Realität, die im Willensakt […] ihre körperliche Unterlage (Fundierung) hat.«

40 *Kelsen,* Reine Rechtlehre², 5.

41 *Kelsen,* Allgemeine Theorie, 131.

42 Vgl *Walter* in FS Klug. Band 1, 192.

43 Vgl *Müller/Christensen/Sokolowski,* Rechtsarbeit, 19 f mwN; ähnlich *Christensen* in Lerch, Recht verhandeln – Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts, 3 f mwN.

44 Es sei bemerkt, dass diese und die folgenden Graphiken vereinfachende Darstellungen sind und daher mit gewisser Vorsicht zu genießen sind.

45 *Walter* in FS Klug. Band 1, 192 ff; *Walter* in FS Leser, 199 ff; siehe auch *Mayer* in Walter, Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, 61 ff.

die Pfeile in der Graphik darstellen – kann der ursprüngliche Sinn des Willensaktes wieder hervorgeholt werden. An der Identität der Norm ändert sich durch diesen Erkenntnisakt nichts. Als Interpretationsmittel ist nach *Walter* alles heranzuziehen, was auf den Willen des Rechtsetzers schließen lässt. Da der Normtext nicht selbst der Träger der Norm, sondern nur ihr Ausdruck ist, ist er auf der Suche nach dem »wahren« Willen grundsätzlich bloß ein Indiz unter anderen. In Rechtsordnungen mit strengen Kundmachungsvorschriften hat zwar der im Normtext zum Ausdruck kommende Sinngehalt eine gewisse Vorrangstellung. *Rechtstheoretisch* ist aber die Interpretation des subjektiven Willens des Rechtsetzers die primäre Auslegungsmethode.[46]

2. Kritische Einwände

Die Deutung der Rechtsnorm als Sinn eines Willensaktes war und ist in der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts in Österreich sehr einflussreich,[47] und sie hat teilweise auch in die Lehrbuchliteratur Eingang gefunden.[48] Neben dem historischen Einfluss der Reinen Rechtslehre hat dies auch einen sachlichen Grund: Wie oben ausgeführt wurde, beansprucht die Rechtsdogmatik eine positivistische Normenwissenschaft zu sein.[49] Die Bestimmung der Norm als Sinn eines Willensaktes verspricht, sowohl den positivistischen als auch den normativistischen Anspruch einzulösen – den positivistischen, weil in der Wirklichkeit tatsächlich anordnende Willensakte, zum Beispiel Akte der Gesetzgebung, positiv gegeben sind, den normativistischen, weil dem Akt des Befehls ein normatives Moment innewohnt. Die Verortung der Rechtsnorm im Sinn eines Willensaktes war aber auch Anlass für eine Reihe kritischer Bedenken, welche in der Literatur gegen diesen Normbegriff formuliert wurden.[50]

---

46 *Walter* in FS Klug. Band 1, 196.

47 Nach *Holoubek* in FS Mayer, 141, ist man sich in aller Regel einig, dass es in der Rechtswissenschaft darum geht, den »Willen des Gesetzgebers« zu ermitteln; ähnlich *Lienbacher,* ZfV 2015, 196. In Deutschland wird ein an *Kelsen* angelehntes Normverständnis insbesondere von *Jestaedt,* Grundrechtsentfaltung, 330 ff, vertreten.

48 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger,* Grundriss, Rz 122 ff; *Stolzlechner/Bezemek,* Einführung, Rz 2.

49 Siehe II.A.

50 Siehe insbesondere *Rill,* ZfV 1985, 465 ff; *Potacs,* Rechtstheorie, 40 f, 46 ff mwN; für eine grundlegende Kritik des Verständnisses der Norm als Willensausdruck eines gebietenden Subjekts siehe *Christensen,* Gesetzesbindung, 91 ff mwN; *Müller/*

Erstens lässt das Normkonzept der Reinen Rechtslehre ungeklärt, was unter dem Sinn eines Willensakts genau zu verstehen ist. Handelt es sich um den von einem oder mehreren Menschen gewollten Inhalt im Sinne des Inhalts eines psychischen Phänomens? Oder geht es um den Inhalt eines rechtlich abstrahierten Willensaktes? In der Literatur wird dies unter dem Titel der Problematik des realpsychischen Willensaktes diskutiert.[51] *Kelsen* selbst hat das Problem gesehen, aber nicht eindeutig gelöst.[52] In den »Hauptproblemen der Staatsrechtslehre« und in der ersten Auflage der »Reinen Rechtslehre« betont er, dass der psychologische Wille vom Sinngehalt einer Rechtsnorm klar abzugrenzen sei.[53] Die Rechtswissenschaft interessiere sich nur für letzteres: »Die Reine Rechtslehre ist nicht auf irgendwelche seelische Prozesse oder körperliche Vorgänge gerichtet, wenn sie Normen zu erkennen, wenn sie irgend etwas rechtlich zu begreifen sucht.«[54] In seinem Spätwerk hingegen tendiert *Kelsen* dazu, die Norm mit dem Sinn des realen menschlichen Willens zu identifizieren: »Vom Standpunkt eines Moral- und Rechtspositivismus kommen als Gegenstand der Erkenntnis nur positive, dh durch Willensakte, und zwar durch menschliche Willensakte, gesetzte Normen in Betracht.«[55] Die Auffassung, dass sich die Rechtsdogmatik mit den Inhalten des realpsychischen Willens von Rechtsetzern befasst, führt in große Schwierigkeiten. Nicht nur ist ein solcher innerpsychischer Wille einer wissenschaftlichen Erkenntnis nicht zugänglich.[56] Diese Auffassung hätte auch zur Folge, dass die Rechtswissenschaft letztlich in historischer Psychologie aufgehen würde, nämlich in der Deutung der Gedanken und Absichten bestimmter Menschen. Vertritt man andererseits die Meinung, dass es sich bei der Norm um den Inhalt eines rechtlich abstrahierten Willens handelt, steht man vor dem Problem anzugeben, was dieser Wille, der sich hinter dem Normtext verbirgt, denn sein soll. Versteht man mit *Jabloner* den Befehl als objektiv gedeuteten Sprechakt unter ausdrücklicher Streichung des »inneren«

Christensen, Methodik, Rz 262 ff, 442 ff mwN; zu einer »Antikritik« siehe *Jestaedt,* Grundrechtsentfaltung, 349 ff mwN.

51 Zu diesem Problem *Jabloner* in Olechowski/Zeleny, Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt, 6 ff; ferner *Thienel,* Kritischer Rationalismus, 191 ff; *Thienel* in FS Koja, 177 ff.

52 Vgl *Walter* in FS Leser, 192 ff.

53 *Kelsen,* Hauptprobleme, 121 ff; *Kelsen,* Reine Rechtslehre, 4 ff.

54 *Kelsen,* Reine Rechtslehre, 6.

55 *Kelsen,* Allgemeine Theorie, 4.

56 Statt vieler *Schäffer* in FS Rill, 606.

Elements des Willensaktes,[57] so fragt sich, ob damit nicht der Versuch aufgegeben wird, die Norm als Sinn eines menschlichen Willensaktes jenseits des sprachlichen Ausdrucks zu bestimmen, und der entscheidende Schritt hin zum kommunikationstheoretischen Ansatz gemacht wird.[58]

Mit dieser Problematik hängt ein weiterer Einwand zusammen: Wer ist das Subjekt des Willens? Wessen Wille fungiert als Träger der Rechtsnorm? Diese Frage stellt sich mit besonderer Schärfe bei rechtsetzenden Kollegialorganen, insbesondere bei Parlamenten.[59] Das Modell der Reinen Rechtslehre hat Schwierigkeiten anzugeben, wessen Willen die Rechtsdogmatik hier erforschen soll: den Willen aller am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Menschen, den Willen der Legisten, den Willen der Initiatorinnen des Verfahrens oder den Willen einiger, im Verfahren besonders involvierter Abgeordneter? Wie ist damit umzugehen, wenn der Wille dieser Personen – was in aller Regel der Fall ist – voneinander abweicht? Vergegenwärtigt man sich diese Fragen, so wird deutlich, dass ein kollektiver Wille, ein einheitlicher »Gesetzgeber«, welcher die Funktion des Subjekts des Willensaktes jenseits des Normtextes übernehmen kann, kaum zu identifizieren sein wird und deshalb nicht der Gegenstand der Rechtsdogmatik sein kann. Parlamentarische Rechtsetzung ist schließlich keine gemeinschaftliche Kundgabe eines einförmigen Willensinhalts, sondern sie vollzieht sich als kompetitive Erarbeitung eines Normtextes, als Ringen um die Formulierung und Sinngebung von sprachlichen Akten.[60]

Schließlich ist zweifelhaft, ob die Auffassung, dass es in der Rechtsdogmatik um die Ermittlung des »wahren« Willens des Gesetzgebers geht, den Wissensanspruch der Rechtsdogmatik einlösen kann.[61] Die

57 *Jabloner* in Olechowski/Zeleny, Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt, 6 ff; *Jabloner* in Griller/Rill, Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, 34.

58 Siehe III.B; siehe aber die Kritik am kommunikationstheoretischen Ansatz und am Kriterium der Zusinnbarkeit in *Jabloner,* ZÖR 2018, 465 ff, 471 ff.

59 *Rill,* ZfV 1985, 465; *Schäffer* in FS Rill, 616; *Potacs,* Rechtstheorie, 46 f mwN.

60 Vgl *Christensen* in Lerch, Recht verhandeln – Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts, 42. Davon ausgehend könnte die Lehre vom Willen des Gesetzgebers vielleicht neu konzeptualisiert werden.

61 Vgl zB *Korinek* in FS Walter, 363; ähnlich kritisch bereits *Wimmer,* Materiales Verfassungsverständnis, 4 mwN; siehe auch die Kritik an der Rahmentheorie der Interpretation in II.B. Folgt man der Rahmentheorie der Interpretation, relativiert sich freilich dieser Einwand.

Rechtsdogmatik soll erkennen, was in Bezug auf bestimmte Rechtsfragen gesollt ist.[62] Wenn sie sich aber in der Erforschung des Willensinhalts bestimmter Menschen erschöpfen würde, so könnte die Rechtsdogmatik dieses Gesollte nur sehr eingeschränkt angeben. Denn sie könnte lediglich ermitteln, an welche Fälle die am Gesetzgebungsprozess beteiligten Menschen gedacht haben, was ihre politischen Absichten waren, usw. Die einzig zulässige Methode der Interpretation wäre die subjektiv-historische Frage nach den Intentionen und Gedanken der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Menschen. Die Befragung naher Angehöriger der an der Rechtsetzung beteiligten Abgeordneten wäre eine geeignetere rechtsdogmatische Methode als etwa das Studium der Gesetzesmaterialien. Überlegungen, welche auf anders gelagerte Rechtsfragen oder Sachverhalte gerichtet sind, wären der Rechtswissenschaft verwehrt, weil dies eine Vermittlung des Willens des Gesetzgebers mit einer neuen Problemstellung erfordern würde, die gerade nicht durch eine bloße »Beschreibung« des gesetzgeberischen Willens geleistet werden kann.[63] Wenn sich die Rechtsnorm im Inhalt des Willens des Gesetzgebers erschöpfte, wäre streng genommen jedes »Weiterdenken« dieses Willens keine rechtsdogmatische Tätigkeit mehr.

B. Der kommunikationstheoretische Ansatz (Heinz Peter Rill, Michael Potacs)

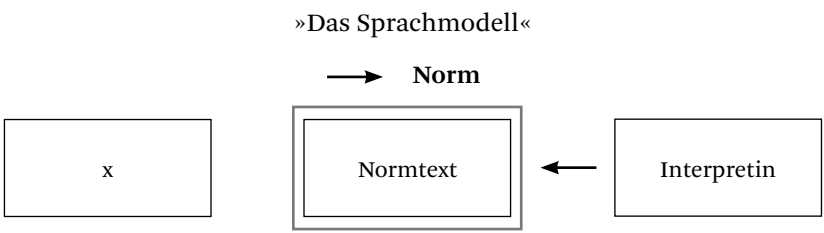
1. Die Position

Die Vertreter des kommunikationstheoretischen Ansatzes, *Heinz Peter Rill* und *Michael Potacs,* nehmen die Einwände gegen den Normbegriff der Reinen Rechtslehre ernst und ziehen daraus folgenreiche rechtstheoretische Konsequenzen. Sie gehen von der Einsicht aus, dass ein (realpsychisch verstandener) einheitlicher Wille eines Rechtsetzers jenseits des Normtextes nicht vorliegt und dessen Inhalt nicht der Gegen-

62 Siehe II.A.

63 Entsprechende Überlegungen müssen als historische Argumente gedeutet und dem Willen des historischen Gesetzgebers unterstellt werden; treffend dazu *Esser,* Vorverständnis, 129: »[…] die historische Auslegung [endet] notwendig irgendwann bei der Fiktion eines ›vernünftigen Gesetzgebers‹ im Sinne seines Voraussehens des aktuellen Konfliktverständnisses und des derzeitigen Gesamtprogramms.«

stand der Rechtsdogmatik sein kann.[64] Sie verlagern daher – dies ist der entscheidende Schritt über die Reine Rechtslehre hinaus – die Normativität gewissermaßen in den sprachlichen Ausdruck, also in den Normtext selbst. Damit entscheiden sie die oben skizzierte Ambivalenz (realpsychischer oder »rechtlicher« Wille?)[65] zugunsten des rechtlichen Willens und verstehen diesen als (zumeist)[66] sprachlich verfassten Willen. Die Rechtsnorm ist demnach nicht der Inhalt des Willens bestimmter Menschen, sondern sie ist der *Sinngehalt der sprachlichen Äußerung* eines Rechtsetzers. Der Wille des Gesetzgebers hat keine Existenz jenseits des Rechtstextes, er »existiert somit *nur* als sprachliche Bedeutung des Rechtstextes«.[67] Dieses Verhältnis von Rechtsnorm und Normtext könnte man als *»Sprachmodell«* bezeichnen und wie folgt graphisch darstellen:



Während die Norm nach der Reinen Rechtslehre eine Gegebenheit ist, welche »jenseits« des sprachlichen Ausdrucks im Willen eines Rechtsetzers zu verorten ist, wird diese Instanz im Sprachmodell gleichsam durchgestrichen und die Rechtsnorm im Sinngehalt der sprachlichen Äußerung selbst verortet. Da Rechtsnormen zumeist in natürlicher Sprache verfasst werden, sind sie nach den Regeln des allgemeinen Sprachgebrauchs auszulegen.[68] Hierbei wird indes von einem weiten Verständnis

64 Siehe *Rill,* ZfV 1985, 465 f; *Rill* in Vetter/Potacs, Beiträge zur juristischen Hermeneutik, 54 ff; *Potacs,* RTh 1994, 194 f; *Potacs,* Rechtstheorie, 40 f, 45 ff, 88 ff.

65 Siehe III.A.2.

66 Denn Rechtsnormen kommen in modernen rechtstaatlichen Rechtsordnungen *zumeist,* aber nicht ausschließlich in sprachlicher Form zum Ausdruck; *Potacs,* Rechtstheorie, 45.

67 *Potacs,* Rechtstheorie, 48 [Hervorhebung nicht im Original]; vgl aber *Potacs* in GS Walter, 646, wonach im kommunikationstheoretischen Modell bloß »weniger streng« zwischen dem Willen eines Rechtsetzers und seinem Ausdruck unterschieden werde.

68 *Potacs,* Rechtstheorie, 133.

der Sprache ausgegangen.[69] Zur Bedeutung sprachlicher Ausdrücke gehört nicht nur der semantische Gehalt der verwendeten Begriffe. Rechtliche Anordnungen werden als pragmatische Sprechakte verstanden,[70] für deren Bedeutung auch der jeweilige Äußerungskontext maßgeblich ist, welcher vom Interpreten mitberücksichtigt werden muss.[71]

Der kommunikationstheoretische Ansatz begreift die in der Rechtsdogmatik angewendeten Auslegungsregeln als Interpretationskriterien, welche den Konventionen der alltäglichen Verständigung entlehnt sind und von der Juristischen Methodenlehre lediglich besonders typisiert und bezeichnet werden.[72] Er kann diese Auslegungsmethoden als Kriterien der *Zusinnbarkeit* rekonstruieren, das heißt als Kriterien dafür, welcher Inhalt der sprachlichen Äußerung eines Rechtsetzers am ehesten unterstellt werden kann.[73] *Potacs* fasst die Folgen des Normverständnisses des kommunikationstheoretischen Ansatzes für das Ziel rechtsdogmatischer Interpretation wie folgt zusammen: »Als maßgeblicher Sinngehalt einer Rechtsvorschrift ist demnach anzusehen, was einem Rechtsetzer nach den Regeln der sprachlichen Konvention als von ihm gewollt zusinnbar ist.«[74] Ein Auslegungsergebnis ist umso überzeugender, je eher es im konkreten Fall als vom sprachlich artikulierten Willen gewollt verstanden werden kann.

2. Kritische Einwände

Der kommunikationstheoretische Ansatz kann die erörterten Schwierigkeiten des Normverständnisses der Reinen Rechtslehre vermeiden.[75] Da er den Willen des Gesetzgebers nicht als Entität jenseits des Normtextes, sondern als sprachlich verfassten Willen versteht, dessen Ein-

69 Instruktiv *Potacs,* Rechtstheorie, 48 f.

70 Zur Abgrenzung von Semantik und Pragmatik in der Jurisprudenz siehe eingehend *Griller/Potacs* in Vetter/Potacs, Beiträge zur juristischen Hermeneutik, 77 ff.

71 *Potacs,* Rechtstheorie, 134 ff; vgl auch *Rill* in Griller/Rill, Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, 9: »[…] Rechtsvorschriften sind unter Berücksichtigung des allgemeinen Sprachgebrauchs, bekannter Sachzusammenhänge und in der Gesellschaft herrschender Bewertungen zu verstehen. Ohne die Einbeziehung dieser Faktoren ist juristische Interpretation, die diesen Namen verdient, gar nicht möglich.«

72 *Potacs,* Rechtstheorie, 133.

73 Ausführlich *Potacs,* Rechtstheorie, 155 ff.

74 *Potacs,* Rechtstheorie, 92.

75 Siehe oben III.A.2.

heit im Normtext selbst gründet, entgeht er dem Problem des realpsychischen Willensaktes und dem Problem des kollektiven Willens. Zudem wird der kommunikationstheoretische Ansatz der rechtswissenschaftlichen Praxis gerecht, weil er ihre vielfältigen Interpretationsmethoden als Zusinnbarkeitskritierien verständlich machen kann. Fraglich ist allerdings, ob der kommunikationstheoretische Ansatz den *positivistischen* Anspruch, den er – als dezidiert rechtspositivistische Position – ausdrücklich aufrecht erhalten möchte,[76] einlösen kann.[77] Da er nämlich die Rechtsnorm in die sprachliche Äußerung eines Rechtsetzers verlagert, steht und fällt er mit der Annahme, dass die Bedeutung sprachlicher Äußerungen einen positiven Gegenstand darstellt.[78] Diese Annahme kann hinterfragt werden:

Eine Auffassung, welche die Rechtsnorm als Sinngehalt eines sprachlich verfassten Willens versteht und gleichzeitig die Positivität der Rechtsnorm im Sinne einer positiv gegebenen Gegenständlichkeit bewahren möchte, muss ein spezifisches Verständnis menschlicher Sprache voraussetzen.[79] Sie muss davon ausgehen, dass die Bedeutung eines sprachlichen Ausdrucks durch einen endlichen und vom Sprechenden vorhersehbaren und beherrschbaren Kontext bestimmt wird und dass diese Bedeutung durch seine Wiederholung in verschiedenen Kontexten durch verschiedene Rezipienten stabil bleibt. Es ist zweifelhaft, ob dieses Sprachverständnis aufrechterhalten werden kann, denn es beruht auf einer fragwürdigen Objektivierung sprachlicher Bedeutung. Die Bedeutung einer sprachlichen Äußerung ist mit der Äußerung des Sprechers (oder hier des Rechtsetzers) nicht notwendig und abschließend festgelegt. Vielmehr gewinnt eine sprachliche Äußerung erst im *Kontext* einer kommunikativen Praxis in einer bestimmten Sprachgemeinschaft Sinn. Der juristische Interpret muss sein in dieser gemeinschaftlichen Sprachpraxis gründendes *Vorverständnis*[80] mitbringen, um den Normtext daraufhin zu befragen, was er angesichts eines bestimmten Falles bedeutet.

---

76 *Potacs* in FS Mayer, 546 ff, 553.

77 Siehe zuletzt *Jabloner,* ZÖR 2018, 463.

78 Zur Semantisierung der Normativität vgl *Somek,* Rechtstheorie, 122 ff; instruktiv auch *Christensen,* juridikum 1997, 33 ff; *Müller/Christensen/Sokolowski,* Rechtsarbeit, 22 ff.

79 Zum folgenden *Christensen,* Gesetzesbindung, 85 f mwN; ebenso *Christensen,* juridikum 1997, 34; ausführlich *Müller/Christensen,* Methodik, Rz 204 ff.

80 Zur Funktion des Vorverständnisses für die juristische Interpretation grundlegend *Esser,* Vorverständnis, insbesondere 136 ff. Zur Unausweichlichkeit des hermeneutischen Zirkels siehe auch *Jestaedt,* ZÖR 2000, 146 f.

Wenn die Bedeutung der Äußerung eines Rechtsetzers aber vom Fragekontext des Empfängers abhängt und durch diesen mitbestimmt wird, kann die Rechtsnorm nicht als positiv gegebener, feststehender Gegenstand gedacht werden. Die Sprache ist keine dem Sprecher und dem Rezipienten vorgegebene apriorische Ordnung bedeutungsfester Elemente, sondern sie ist eine kontingente Ordnung, welche durch Verständnisleistungen und Sprachhandlungen ihrer Teilnehmer mitgestaltet wird.[81] Die Annahme des kommunikationstheoretischen Ansatzes, wonach bereits mit der Erzeugung des Normtextes ein positiver Sinngehalt (mit)geschaffen werde, welcher der Rechtsdogmatik zur Beschreibung zur Verfügung stehe, ist daher wenig überzeugend.

Es ist zweifelhaft, – so kann diese Kritik am kommunikationstheoretischen Ansatz zusammengefasst werden – ob die Sprache jene Positivität hat, die von ihr erwartet wird:[82] Sprachliche Äußerungen »haben« demzufolge keine positiv gegebene Bedeutung an sich. Vielmehr werden sie im Lichte bestimmter normativer Vorerwartungen gedeutet und in einem kommunikativen Prozess mitgestaltet.[83] Die Vertreter des kommunikationstheoretischen Ansatzes übersehen dies keineswegs. Im Gegenteil betonen sie regelmäßig die konstitutive Funktion von Kontext und Werterfahrung des Interpreten für die Auslegung.[84] Dennoch behaupten sie die Gegebenheit eines der Interpretation vorgegebenen positiven Sinngehalts einer Rechtsvorschrift. Diese Festsetzung sei zwar nicht beweisbar, aber nach Maßgabe eines bestimmten Erkenntnisinteresses wohlbegründet, weil sie eine positivistische Rechtsdogmatik überhaupt erst ermögliche und einem demokratisch-rechtstaatlichen Rechtssystem angemessen sei.[85] Es wird noch zu diskutieren sein, ob diese Festsetzung

81 *Christensen,* Gesetzesbindung, 125 f; ähnlich *Müller/Christensen/Sokolowski,* Rechtsarbeit, 26; *Funk* in Griller/Rill, Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, 200.

82 Zur Enttäuschung der Erwartung der Rechtswissenschaft an die Sprache siehe instruktiv *Christensen,* juridikum 1997, 33 ff; ähnlich *Müller/Christensen,* Methodik, Rz 351e: »Von der sprachlichen Bedeutung als normativer Legitimationsinstanz für die Rechtsarbeit bleibt nichts übrig.«

83 Ähnlich *Griller,* Grundlagen, 48: »Die Bedeutung einer Norm ist dann das, was auf einer konkreten Entwicklungsstufe des Sprachspiels von einem mehr oder weniger einflussreichen Spieler dafür gehalten und entsprechend praktiziert (gebraucht) wird.« Siehe auch *Griller* in Neck/Schmidinger/Weigelin-Schwiedrzik, Kommunikation – Objekt und Agens von Wissenschaft, 95 ff.

84 Siehe besonders *Potacs,* Rechtstheorie, 132, 141 f, 159, 170 f; ferner *Rill* in Vetter/Potacs, Beiträge zur juristischen Hermeneutik, 62, 64 f.

85 *Potacs* in FS Mayer, 549 ff; ähnlich auch *Wiederin* in Lienbacher, Verfassungsinterpretation in Europa, 108 f.

erforderlich ist, um den rechtspositivistischen Erkenntnisanspruch aufrechtzuerhalten und einzulösen.[86]

C. Der konsenspositivistische Ansatz (Bernd-Christian Funk)

1. Die Position

Die genannten Autoren der Reinen Rechtslehre und des kommunikationstheoretischen Ansatzes gehen von der Annahme aus, dass es Rechtsnormen als positive Gegenstände gebe – hier der Sinn eines Willensaktes, dort der Sinngehalt einer sprachlichen Äußerung, deren Bedeutung ein Willensakt ist –, welche erkannt und beschrieben werden könnten, ohne dass sie hierdurch verändert würden. *Bernd-Christian Funk* richtet sich entschieden gegen diese Vorstellung. Er hat mehrere Beiträge zu einem Konzept rechtsdogmatischer Erkenntnis vorgelegt, das als »nachpositivistisch«[87] bezeichnet wurde.[88] Er selbst bezeichnete es als »konsenspositivistisch«.[89]

Die Annahme positiv gegebener und beschreibbarer Normen beruht nach *Funks* Auffassung auf einer Verdinglichung gesellschaftlicher Phänomene, welche den Blick auf die tatsächliche Rechtswirklichkeit verstellt: »Es gibt für menschliches Verhalten keine unabhängig von menschlichem Bewusstsein existierenden Normen. Real sind nicht Normen, sondern *Vorstellungen und Erwartungen* von Menschen über eigenes und fremdes – gehöriges oder ungehöriges – Verhalten.«[90] Recht ist ein sprachgebundenes Steuerungssystem, welches durch sprachliches

86 Siehe IV.

87 So die Charakterisierung bei *Somek* in Bogdandy/Cruz Villalón/Huber, Handbuch Ius Publicum Europaeum. Band 2. Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht, Rz 35, 38.

88 *Funk,* Wissenschaft und Glaube. Vierteljahressschrift der Wiener Katholischen Akademie 1988, 171 ff; *Funk,* JRP 2000, 68 ff; *Funk* in FS Adamovich, 113 ff; *Funk,* juridikum 2003, 4 f; *Funk* in Brix/Magerl, Weltbilder in den Wissenschaften, 92 ff; *Funk* in FS Wimmer, 133 f; *Funk* in Griller/Rill, Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, 197 ff; *Theo Öhlinger* und *Stefan Griller* haben ähnliche Überlegungen angestellt; *Öhlinger,* ÖJZ 1991, 721 ff; FN 83.

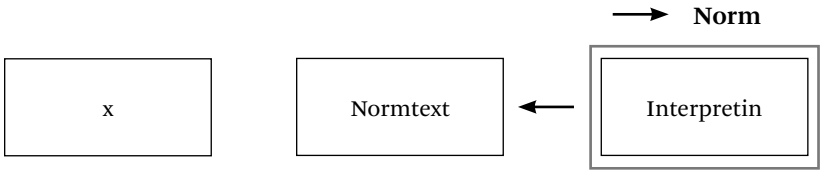
89 *Funk* in FS Adamovich, 120; zuletzt nannte es *Funk* ein »integrativ-positivistisches Konzept«; *Funk* in Griller/Rill, Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, 197.

90 *Funk* in FS Adamovich, 113 [Hervorhebung im Original].

Handeln mitgeteilt und notwendigerweise auch verändert wird.[91] *Funk* begreift Rechtsnormen als Produkte der gesellschaftlichen Kommunikation, welche der Rechtsdogmatik nicht einfach zur Beschreibung vorgegeben sind, sondern durch den juristischen Diskurs mitgestaltet werden: »Ein Rechtspositivismus, der sich als bloße ›Beschreibung‹ des Rechts versteht, übersieht oder verschleiert die Tatsache seiner Beteiligung an jener Wirklichkeit, die er objektiv zu ›beschreiben‹ vorgibt.«[92] Der Diskurs über das Recht bildet daher die objektive Normenordnung nicht ab, sondern er formt sie. Ein Auslegungsergebnis ist nicht dann überzeugend, wenn es den Sinn eines Willensaktes zutreffend beschreibt (Reine Rechtslehre) oder wenn es einem sprachlich verfassten Willen zusinnbar ist (kommunikationstheoretischer Ansatz), sondern wenn es im Diskurs der Rechtsgemeinschaft als überzeugend angenommen wird. »Die Gründe, aus denen dies geschieht, folgen keinen festen Regeln [...].«[93] An der Entwicklung der Normenvorstellung nehmen grundsätzlich alle Akteure der Rechtsgemeinschaft teil. Der Rechtsetzung kommt nur ein besonders wichtiger Rang zu. Die Rechtswissenschaft sollte ihre Funktion in der Rechtsgewinnung und Rechtsfortentwicklung anerkennen und zum Gegenstand eines selbstkritischen Diskurses machen.[94]

Das Verhältnis von Recht und Sprache hat sich im konsenspositivistischen Ansatz radikal gewandelt. Man kann dies als *»Diskursmodell«* graphisch darstellen:

»Das Diskursmodell«



Weder ein jenseits des Normtextes bestehender Willensakt noch der sprachlich zum Ausdruck kommende Wille, sondern der *intersubjektive Diskurs* über das Recht selbst fungiert als Träger der Rechtsnorm. Man

91 *Funk,* JRP 2000, 73.
92 *Funk,* juridikum 2003, 4.
93 *Funk* in FS Adamovich, 119.
94 *Funk* in FS Adamovich, 120 f.

kann diese Position unschwer als Reaktion auf die Einwände gegen das kommunikationstheoretische Modell begreifen. Wenn man zugesteht, dass eine sprachliche Äußerung erst durch ihre Rezeption durch die Teilnehmerinnen einer Diskursgemeinschaft je neuen Sinn gewinnt, liegt es nahe, die Rechtsnorm nicht als einen dem juristischen Diskurs vorgegebenen Gegenstand zu denken, sondern als dessen Produkt: »Die möglichen ›Bedeutungen einer Rechtsnorm‹ stehen nicht fest. Sie können nur mit Hilfe von Sprache ausgemacht werden und Sprache ist selbst ein autodynamisches, Normen generierendes System.«[95]

2. Kritische Einwände

Der konsenspositivistische Ansatz hat in der österreichischen Rechtswissenschaft wenig positive Resonanz gefunden. Lediglich *Alexander Somek* begrüßte ihn als Hinwendung zum nachpositivistischen Rechtsdenken.[96] Vor allem die Vertreter der Reinen Rechtslehre sind den Überlegungen *Funks* und *Öhlingers* – teilweise scharf – entgegengetreten.[97] Einen naheliegenden Grund für die weitgehend ablehnende Haltung hat *Ewald Wiederin* treffend formuliert: »Wer mitspielt, gesteht sich die Vergeblichkeit des Projekts ja ungern ein.«[98] Die Ausführungen *Funks* könnten, so *Wiederin,* zwar als empirische Beschreibung der rechtswissenschaftlichen Interpretation als einer sozialen Praxis taugen, seien aber aus der Innenperspektive der Rechtsdogmatik nicht fruchtbar, weil diese von der Existenz erkennbarer Normen ausgehen müsse. Im Einzelnen können drei fundamentale Einwände gegen die Position *Funks* und ähnliche Theorien erhoben werden, welche die Annahme einer positiv gegebenen Rechtsnorm preisgeben:[99]

Den ersten könnte man den »Einwand des fehlenden Gegenstandes« nennen: Folgt man dem konsenspositivistischen Ansatz, so verliert die

95 *Funk* in FS Wimmer, 133; ähnlich *Griller,* Grundlagen, 48.

96 *Somek* in Bogdandy/Cruz Villalón/Huber, Handbuch Ius Publicum Europaeum. Band 2. Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht, Rz 35, 38.

97 Siehe insbesondere die literarische Kontroverse zwischen *Walter* einerseits und *Funk* und *Öhlinger* andererseits: *Walter,* ÖJZ 1991, 336 ff; *Öhlinger,* ÖJZ 1991, 721 ff; *Walter,* ÖJZ 1992, 281 ff; siehe ferner *Mayer* in Walter, Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, 63 FN 12, 68 FN 32; *Jabloner* in Griller/Rill, Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, Rechtsbegriff, 28 FN 28.

98 *Wiederin* in Lienbacher, Verfassungsinterpretation in Europa, 108.

99 Siehe dazu die Einwände gegen das hermeneutische und diskurstheoretische Rechtsverständnis bei *Potacs* in FS Mayer, 549 ff.

Rechtsdogmatik ihren Forschungsgegenstand. Wenn Rechtsnormen das sind, was in einer bestimmten Kommunikationsgemeinschaft für Recht gehalten wird, kann man von einer Erkenntnis des Rechts gar nicht mehr sprechen. Denn was wäre noch das »Recht« außerhalb des juristischen Diskurses? Es gibt dann, wie *Walter* ausgeführt hat, »gar keinen einheitlichen Gegenstand ›Recht‹ mehr, sondern eine Fülle von sich wandelnden Vorstellungen im Bewußtsein vieler Menschen über das ›Recht‹«.[100] Der konsenspositivistische Ansatz, so fasst *Jabloner* diese Kritik zusammen, vermengt die Erkenntnis der Norm mit ihrer Setzung und hat daher mit einem rechtspositivistischen Ansatz nichts mehr zu tun.[101]

Damit hängt ein zweiter Einwand zusammen, den man den »Beliebigkeitseinwand« nennen könnte: Eine Wissenschaft, welche beansprucht, das Recht richtig zu erkennen, braucht ein Kriterium für die Richtigkeit einer Rechtsauffassung, andernfalls kann sie ihrem positivistischen Anspruch nicht gerecht werden. Im konsenspositivistischen Modell ist das Recht nicht der Erforschung vorgegeben, sondern sein Inhalt wird erst durch die Erforschung gestaltet. Diese Annahme hat aber zur Folge, dass der Inhalt des Rechts beliebig wird. Wenn nämlich das als Recht gilt, was in einer Diskursgemeinschaft zu einer bestimmten Zeit tatsächlich als Recht anerkannt wird, anhand welcher Kriterien soll es dann möglich sein, eine richtige von einer falschen Rechtsauffassung zu unterscheiden?[102] Dies ist aus wissenschaftstheoretischen, aber auch aus politischen Gründen problematisch: Wenn das Recht allein durch den Diskurs bestimmt wird, wird die Richtigkeit des Rechts den Machtstrategien und der psychologischen Überzeugungskraft der »stärkeren« Diskursteilnehmer ausgeliefert.[103]

Dies führt zum dritten Einwand, dem »Demokratieeinwand«, demzufolge der konsenspositivistische Ansatz und ähnliche Theorien in einem grundlegenden Spannungsverhältnis zu den verfassungsrechtli-

100 *Walter,* ÖJZ 1992, 282; ähnlich *Jestaedt,* Grundrechtsentfaltung, 149: »Das Anzuwendende [...] muß präexistent sein; worauf sonst sollte sich die ›Konkretisierung‹ richten? Sie wäre ja im wahrsten Sinne des Wortes gegenstandslos«; vgl auch *Wiederin* in Lienbacher, Verfassungsinterpretation in Europa, 108 f.

101 *Jabloner* in Griller/Rill, Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, 28 FN 28; ähnlich *Mayer* in Walter, Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, 63 FN 12.

102 *Walter,* ÖJZ 1992, 282; *Potacs* in FS Mayer, 551 f.

103 *Mayer,* JRP 1998, 352; ähnlich *Jabloner* in Griller/Rill, Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, 28 FN 28; *Potacs* in FS Mayer, 551.

chen Grundsätzen einer parlamentarisch-rechtstaatlichen Demokratie stehen.[104] In einem Staat mit demokratischer Gesetzgebung und Gesetzesbindung der Vollzugsorgane haben nicht die Juristen oder sonstigen Teilnehmer am gesellschaftlichen Diskurs den Sinn der Gesetze zu bestimmen, sondern die demokratisch dazu legitimierten Rechtsetzungsorgane. In Österreich ergibt sich aus dem positiven Verfassungsrecht, dass ausschließlich die dazu legitimierten Organe zur Rechtsetzung und Rechtsänderung legitimiert sind, nicht jedoch die Organe der Rechtsanwendung oder die rechtswissenschaftliche Lehre.[105] *Karl Korinek* hat diese Problematik mit Blick auf die Verfassungsinterpretation zugespitzt formuliert: »Es wäre in einer repräsentativ-demokratischen Staatsordnung geradezu unerträglich anzunehmen, daß sich die verfassungsrechtlichen Grundlagen des politischen Handelns dadurch verändern sollen, daß von Personen, denen dazu die demokratische Legitimation fehlt, geänderte politische und gesellschaftliche Zustände oder Anschauungen konstatiert werden.«[106]

IV. Die Rechtsnorm als Ergebnis rechtsdogmatischer Erkenntnis

A. Zwischenrésumé

Es hat sich als schwierig erwiesen, den Gegenstand rechtsdogmatischer Erkenntnis anzugeben. Identifiziert man mit der Reinen Rechtslehre die Rechtsnorm mit dem *Sinn eines realen menschlichen Willensaktes,* findet man an einem positiv gegebenen und normativ deutbaren Gegenstand Halt, gerät aber damit in nur schwer lösbare Schwierigkeiten.[107] Versteht man mit dem kommunikationstheoretischen Ansatz die Rechtsnorm als den *sprachlichen Sinngehalt eines Rechtstextes,* so kann man die Tätigkeit der Rechtsdogmatik plausibel als die Ermittlung des zusinnbaren Gehalts einer Äußerung des Rechtsetzers rekonstruieren. Allerdings ist fraglich, ob die Bedeutung der sprachlichen

104 *Rill,* ZfV 1985, 588; *Öhlinger,* ÖJZ 1991, 722 f; *Potacs,* Rechtstheorie, 78, 92.
105 *Jabloner* in Herzig/Klamert/Palmstorfer/Puff/Vranes/Weismann, Europarecht und Rechtstheorie, 24.
106 *Korinek* in FS Walter, 374.
107 Siehe III.A.2.

Äußerung eines Rechtsetzers als positiv gegebener Gegenstand verstanden werden kann.[108] Zieht man demgemäß die Schlussfolgerungen des konsenspositivistischen Modells und versteht die Rechtsnorm als *Produkt des juristischen Diskurses,* läuft man Gefahr, den Gegenstand der Rechtserkenntnis im kommunikativen Austausch und in den Normenvorstellungen der einzelnen Interpreten aufzulösen.[109]

Der Gegenstand »Rechtsnorm« verliert seine Positivität, wenn man ihn zu bestimmen versucht. Dies bringt die Rechtsdogmatik in ein Dilemma: Wenn sie ihren Erkenntnisanspruch einlösen möchte, den Inhalt positiver Rechtsnormen zu erkennen, muss sie auch angeben können, was Rechtsnormen sind und worin ihre Positivität besteht. Eine Möglichkeit, auf dieses Problem zu reagieren, besteht darin, die Positivität der Rechtsnorm und die Objektivität ihres Inhalts im Sinne einer Festsetzung zu behaupten.[110] Im Folgenden wird ein alternativer Ansatz vorgeschlagen. Es wird versucht, in ganz groben Umrissen eine Rechtsdogmatik zu denken, welche *ohne* die Annahme einer positiv gegebenen Rechtsnorm auskommt, aber den positivistischen und normativistischen Wissensanspruch nicht aufgibt. Die Überlegungen stützen sich auf zentrale Elemente des Nachpositivistischen Rechtsdenkens und der Strukturierenden Rechtslehre.[111] Das dabei entworfene Modell kann, wie noch zu zeigen ist, auch als *Zwischenposition* zwischen dem kommunikationstheoretischen und dem konsenspositivistischen Ansatz verstanden werden. Von der Reinen Rechtslehre wird der grundlegende Anspruch übernommen, Rechtsdogmatik als eigenständige positivistische Normenwissenschaft zu denken.

108 Siehe III.B.2.
109 Siehe III.C.2.
110 Siehe FN 85.
111 Siehe den Überblick mit weiteren Literaturangaben in *Forgó/Somek* in Buckel/Christensen/Fischer-Lescano, Neue Theorien des Rechts, 253 ff; grundlegend *Somek/Forgó,* Nachpositivistisches Rechtsdenken, 81 ff, sowie *Müller/Christensen,* Methodik, Rz 158 ff; das Nachpositivistische Rechtsdenken wiederum knüpft insbesondere an die Rechtstheorie *Ronald Dworkins* an; siehe nur die Bemerkung in *Somek/Forgó,* Nachpositivistisches Rechtsdenken, 84; ähnlich auch *Hammer* in Konrath, Schreib-Guide Jus, 20 ff.

B. Die Rechtsnorm als Resultat einer Vermittlungsleistung

Der entscheidende Ausgangspunkt der weiteren Ausführungen ist die konsequente *Unterscheidung von Normtext und Rechtsnorm.*[112] Diese Differenzierung wird in der gängigen Interpretationslehre zwar durchaus gemacht.[113] Das Verhältnis beider wird aber in der Regel als notwendige Beziehung von Zeichen (Text) und Bedeutung (Norm) gedacht:[114] Mit der Erlassung eines positiven Normtextes werde eine ebenso positive Rechtsnorm geschaffen, welche durch Auslegung heraus zu präparieren und zu beschreiben sei. Diese enge Bindung kann anders gedacht werden: Als positiv gegebener Gegenstand der Rechtsdogmatik ist demnach nicht die Bedeutung einer im Normtext enthaltenen Rechtsnorm zu verstehen, sondern der Normtext selbst. Die Rechtsnorm hingegen muss erst vom Interpreten in Auseinandersetzung mit dem Normtext erarbeitet werden: »Zwischen Zeichenkette und Bedeutung liegen [...] eine komplexe und umfangreiche juristische Argumentation, ein Semantisierungsvorgang, der sich nicht in schlichte Erkenntnis eines fraglos Vorgegebenen auflösen läßt.«[115] Positivistische Rechtsdogmatik wäre also nicht als Erkenntnis des Inhalts einer positiv gegebenen Rechtsnorm zu verstehen, sondern als Erkenntnis des rechtlich Gesollten anhand des positiv gegebenen Normtextes. Die Rechtsnorm wäre nicht der Gegenstand, sondern das Resultat rechtsdogmatischer Erkenntnis.

Nach einem solchen Verständnis ist rechtsdogmatische Erkenntnis als *komplexe Vermittlungsleistung* des Interpreten zu begreifen.[116] Es würde den Rahmen des Beitrages sprengen, dies im Detail zu analysieren.[117] Im Folgenden sollen nur die wichtigsten Strukturelemente dieser Vermittlung umrissen werden: (1) das konkrete Rechtsproblem,

112 *Müller/Christensen,* Methodik, Rz 162 ff, 248 ff.
113 Siehe zB *Lienbacher,* ZfV 2015, 196.
114 *Christensen,* Gesetzesbindung, 30.
115 *Christensen,* Gesetzesbindung, 39.
116 Vgl dazu *Somek/Forgó,* Nachpositivistisches Rechtsdenken, 81 ff, die dem semantischen Modell der Rechtserkenntnis ein Verständnis des Rechts als einer *interpretativen Praxis* gegenüberstellen; bereits *Gadamer,* Wahrheit, 333, hat die juristische Interpretation als *Vermittlung* charakterisiert.
117 Vgl die komplexe Darstellung einer juristischen Methodik in *Müller/Christensen,* Methodik, Rz 158 ff.

(2) das Vorverständnis des Interpreten, (3) die juristische Argumentationskultur, (4) der Normtext.

Jede Interpretation entzündet sich an einem bestimmten – entweder wirklichen oder erdachten – *Rechtsproblem.*[118] Es gibt überhaupt keine Auslegung eines Normtextes, die von einer konkreten Frage unabhängig ist. Das Recht ist nur im Hinblick auf einen bestimmten zu lösenden Fall auslegungsbedürftig. Diese Einsicht mag trivial klingen, sie ist aber entscheidend. Denn sie deutet bereits darauf hin, dass rechtsdogmatische Erkenntnis als Vermittlung zu verstehen ist und nicht als Beschreibung eines positiven Norminhalts.

Um den Normtext sinnvoll auf den Fall beziehen zu können, muss der Interpret sein *Vorverständnis* mit- und einbringen.[119] Unter Vorverständnis sind hier nicht seine persönlichen moralischen oder ideologischen Vorstellungen zu verstehen. Von diesen hat sich der Erkennende in seinem Bemühen um intersubjektive Begründung so weit wie möglich zu distanzieren. Um die erforderliche Vermittlung von Normtext und Rechtsfrage vollziehen zu können, muss der Interpret aber über ein juristisch-methodologisches und ein sachbezogenes Vorverständnis verfügen.[120] Zum Ersten gehört die Einübung in das juristische Denken, die Beherrschung dogmatischer Argumentationsformen, etc, zum Zweiten das Wissen um die Wirklichkeit des geregelten Bereichs menschlichen Lebens.[121]

Das Vorverständnis des Interpreten ist nicht isoliert. Der Interpret ist vielmehr eingebunden in eine intersubjektive Rechtspraxis, in eine spezifische juristische *Argumentationskultur.*[122] Diese Argumentationskultur manifestiert sich besonders in der dem Interpreten vorangegangen Geschichte der Interpretation des Rechts, in bereits entschiedenen Fällen, rechtsdogmatischen Konzepten, etc. Sie strukturiert das Vorverständnis des Interpreten und fordert von ihm, seine Interpretation in

118 *Müller/Christensen,* Methodik, Rz 258 f.

119 Vgl *Müller/Christensen,* Methodik, Rz 268 ff.

120 Nach *Alexy* in Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann, Elemente einer juristischen Begründungslehre, 114 f, wird der Inhalt des Vorverständnisses demgemäß durch »die lebensweltlichen Prägungen und die professionellen Erfahrungen des Interpreten bestimmt.«

121 Vgl zu letzterem *Schild* in FS Heintel, 162, wonach das Gesetz »nur vom Motivationshorizont der Gemeinschaft begriffen werden [kann]. [Es] muß dadurch in den Gesamtraum menschlicher Sinnverwirklichung gestellt werden.«

122 Siehe zB *Christensen,* Gesetzesbindung, 275.

einer intersubjektiv anschlussfähigen Weise zu begründen und in eine nachvollziehbare Kontinuität zum bisherigen Normverständnis – besonders zur berüchtigten »herrschenden Meinung« – zu setzen.[123]

Vor dem Hintergrund seines Vorverständnisses und der Argumentationskultur hat der Interpret zu prüfen, welche Auslegungsvariante dem *Normtext* angesichts des konkreten Rechtsproblems plausibel zugeordnet werden kann. In diese Überlegungen gehen jene Operationen ein, welche klassischerweise als die vier Auslegungsmethoden bezeichnet werden, also die Wort-, die systematische, die historische und die teleologische Interpretation. Welcher dieser Gesichtspunkte hier besonderes Gewicht hat, kann je nach Rechtsordnung oder Rechtsgebiet unterschiedlich sein. So hat die österreichische Verfassungsdogmatik eine besondere Vorliebe für historische Argumente,[124] und sie zieht es vor, ihr Interpretationsergebnis auch dann als den Willen des historischen Gesetzgebers auszugeben, wenn sie es durch Überlegungen zum Zweck einer Regelung und unter Bezugnahme auf die Rsp des EGMR ermittelt hat.[125]

Die privatrechtliche Lehre hat demgegenüber tendenziell eine größere Affinität zu teleologischen Argumenten.[126] Die unterschiedlichen juristischen Stile ändern nichts daran, dass es bei der rechtsdogmatischen Interpretation allemal um die Erarbeitung einer begründeten Zuordnung eines Interpretationsergebnisses zum gegebenen Normtext angesichts eines konkreten Rechtsproblems geht. Ein Interpretationsergebnis ist daher *umso überzeugender, je eher es dem Normtext angesichts eines konkreten Rechtsproblems und vor dem Hintergrund der juristischen Argumentationskultur als plausibel zugeordnet werden kann.*[127] Dieses Modell

123 Zur Bedeutung der herrschenden Meinung als Interpretationskriterium siehe bereits *Wimmer,* Materiales Verfassungsverständnis, 102 f; kritisch *Müller/Christensen,* Methodik, Rz 412 ff.

124 *Wiederin* in Lienbacher, Verfassungsinterpretation in Europa, 84 ff.

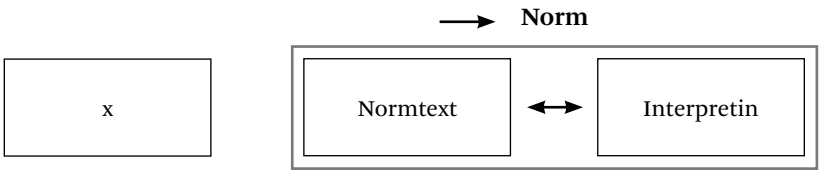
125 Siehe zB VfSlg 16.109/2001.

126 Siehe nur *Bydlinski/Bydlinski,* Grundzüge, 43 ff.

127 Vgl die ähnlich strukturierte, aber anders akzentuierte Formel bei *Potacs,* Rechtstheorie, 92: »Ein Auslegungsergebnis gewinnt demnach umso mehr an Überzeugungskraft, je eher es dem Rechtsetzer im konkreten Fall als von ihm gewollt unterstellt werden kann.« Das Vermittlungsmodell stimmt in vielen Punkten mit der rechtstheoretischen Position von *Potacs* überein, so etwa in der Ablehnung des psychischen Willens als Gegenstand der Rechtsdogmatik, in der Differenzierung von Rechtsvorschrift und Rechtsnorm und in der Relevanz der Kommunikationsregeln, des Vorverständnisses und der Werterfahrung bei der Interpretation. Im

rechtsdogmatischer Erkenntnis kann als *»Vermittlungsmodell«* graphisch dargestellt werden:

»Das Vermittlungsmodell«



Die Rechtsnorm ist in diesem Modell nicht der Sinngehalt der sprachlichen Äußerung eines Rechtsetzers oder das beliebige Produkt des juristischen Diskurses, sondern sie ist das Resultat einer Vermittlung des positiv gegebenen Normtextes mit einem Rechtsproblem durch einen Interpreten – es braucht also beides, den Normtext und den Interpreten, der im Rahmen einer bestimmten Argumentationskultur eine konkrete Rechtsfrage an den Normtext heranträgt. Wie anhand der Graphik ersichtlich ist, kann das hier skizzierte Modell als Zwischenposition zwischen dem kommunikationstheoretischen und dem konsenspositivistischen Ansatz verstanden werden: Die Rechtsnorm – insofern wird dem kommunikationstheoretischen Ansatz gefolgt – ist jener Sinngehalt, welcher einer sprachlichen Äußerung als gewollt zugesonnen bzw einem Normtext zugeordnet werden kann. Dieser Sinngehalt aber – insofern wird dem konsenspositivistischen Ansatz Rechnung getragen – wird durch das in einer bestimmten Argumentationskultur verankerte Vorverständnis des Interpreten und durch die an den Normtext herangetragene Rechtsfrage mitbestimmt und ist daher nicht als positiv gegebener Gegenstand aufzufassen, sondern als Ergebnis der Auseinandersetzung mit einem Normtext.

Unterschied zu *Potacs* wird jedoch davon ausgegangen, dass die Annahme einer positiven Rechtsnorm im Sinne des objektiven Bedeutungsgehalts einer Rechtsvorschrift nicht aufrechterhalten werden muss und dass die Rechtsnorm nicht der Gegenstand, sondern das Resultat rechtsdogmatischer Erkenntnis ist. Die letztere Einsicht knüpft an die Ausführungen zum Unterschied von Rechtsnorm und Rechtsvorschrift in *Potacs,* RTh 1994, 198, an, denn auch *Potacs* begreift die Rechtsnorm als *Erkenntnis* oder *Ziel der Erkenntnis,* nicht als *Gegenstand* der Erkenntnis*;* siehe auch *Potacs,* Rechtstheorie, 45, 147.

C. Gegeneinwände

Im »Vermittlungsmodell« wird wie im konsenspositivistischen Ansatz *Funks* davon ausgegangen, dass es keine der rechtsdogmatischen Erkenntnis vorgegebene positive Rechtsnorm im Sinne eines feststehenden, beschreibbaren Bedeutungsgehaltes gibt. Die gegen den konsenspositivistischen Ansatz erhobenen Einwände können daher grundsätzlich auch gegen diese Position ins Treffen geführt werden.[128] Der »Einwand des fehlenden Gegenstands« trifft das Vermittlungsmodell jedoch nicht. Denn die Rechtsdogmatik hat im Vermittlungsmodell mit dem Normtext einen positiv gegebenen Gegenstand der Erkenntnis. Sie ist daher nicht gegenstandslos. Der »Beliebigkeitseinwand« und der »Demokratieeinwand« wiederum können durch die Unterscheidung von Rechtsnorm und Normtext relativiert werden:

Was zunächst den »Beliebigkeitseinwand« betrifft, so trifft es zu, dass es im Vermittlungsmodell (wie auch im Modell *Funks)* kein Kriterium für die Richtigkeit eines Interpretationsergebnisses gibt, welches gleichsam »außerhalb« des juristischen Diskurses in einem positiv gegebenen Inhalt des Rechts liegt. Es ist allerdings nicht gesagt, dass die rechtsdogmatische Erkenntnis deshalb willkürlich oder beliebig wird.[129] Ähnlich wie im kommunikationstheoretischen Modell bleibt die Überzeugungskraft eines Interpretationsergebnisses nämlich an das Kriterium der plausiblen Zuordenbarkeit zu einem Normtext gebunden. Insofern verfügt auch das Vermittlungsmodell über ein Erkenntniskriterium; der Inhalt des Rechts löst sich nicht im Ergebnis beliebiger Diskursprozesse auf. Dieses Plausibilitätskriterium ruht freilich nicht in sich. Denn welcher Gehalt einem Normtext plausibel zugeordnet werden kann, kann nur vor dem Hintergrund einer gemeinsamen Argumentationskultur beurteilt werden.[130] Im Vermittlungsmodell wird die Rechtsdogmatik daher nicht durch den positiv gegebenen Inhalt von Rechtsnormen gebunden, sondern durch die vorgegebenen Normtexte und durch die Standards einer gemeinsamen Praxis der Interpretation dieser Normtexte.[131] Der deutsche Staatsrechtslehrer *Uwe Volkmann* hat die Bindung an das Verfassungsrecht demgemäß als *Bindung an eine gemeinsame Übung* verstanden – ein Gedanke, der

128 Siehe III.C.2.
129 Vgl *Christensen,* Gesetzesbindung, 217.
130 Siehe IV.B.
131 Siehe die Deutung der Gesetzesbindung bei *Christensen,* Gesetzesbindung, 290 ff.

auf die Rechtsdogmatik überhaupt übertragen werden kann: »Bindung im Sinne inhaltlicher Bindung besteht dann durchaus, aber wesentlich als eine Bindung durch gemeinsame Übung; sie ist fundiert in einer als solcher etablierten Anerkennungsstruktur, die aus der Vergangenheit lebt, aber in die Zukunft hinein gedacht ist und aus der niemand an einer einzelnen Stelle ausbrechen kann, ohne zugleich das Ganze in Frage zu stellen.«[132]

Davon ausgehend kann auch der »Demokratieeinwand«, wonach einzig die Annahme positiver Rechtsnormen den Grundsätzen der parlamentarisch-rechtstaatlichen Demokratie gerecht wird, entschärft werden. Im Vermittlungsmodell wird der Inhalt der Rechtsnorm nicht der interpretativen Eigenmacht der Interpreten ausgeliefert. Eine Rechtsnorm ist nicht das, was die Interpreten beliebig festsetzen, sondern was sich den positiven Normtexten nach den Standards einer juristischen Argumentationskultur plausibel zuordnen lässt. Die Kompetenz zur Schaffung von Normtexten, an welche die Interpretinnengemeinschaft gebunden ist, bleibt den Gesetzgebungsorgane vorbehalten und damit ihre Vorrangstellung im Prozess der Rechtsetzung.[133] Ferner kann – dies sei nur angedeutet – auch das Verständnis von Demokratie und parlamentarischer Rechtsetzung hinterfragt werden, welches dem »Demokratieeinwand« zugrunde liegt. Demokratie wird hier nämlich auf die in einem einheitlichen Rechtsetzungsakt zum Ausdruck kommende Befehlsautorität der Mehrheit gegenüber der Gesamtheit reduziert. Wenn demgegenüber parlamentarische Rechtsetzung nicht als Kundgabe eines einheitlichen Willens, sondern als Ergebnis eines Aushandlungsprozesses verstanden wird,[134] erfüllt die Rechtsdogmatik, indem sie diesen Aushandlungsprozess mit juristischen Mitteln und im Hinblick auf konkrete Fälle fortsetzt, eine notwendige demokratische Aufgabe.

---

132 *Volkmann,* VVDStRL 67 (2008), 88; es ist zu bemerken, dass die gemeinsame Übung der Interpretation nicht bloß als faktisches Geschehen verstanden werden darf, sondern selbst ein kritisches Potential in sich tragen muss, um etwa ein bisheriges Verständnis eines Normtextes in Frage stellen zu können – ein Gedanke, der hier nicht mehr weiter verfolgt werden kann.

133 *Christensen,* Gesetzesbindung, 296 f; ähnlich *Holoubek* in FS Mayer, 145 f, der den parlamentarischen Gesetzgebungsorganen insofern einen Vorrang einräumt, als »eben nur bestimmte Organe und deren Organwalter institutionalisiert und unmittelbar Einfluss auf die *Formulierung von Rechtsvorschriften* [Hervorhebung nicht im Original] nehmen können.«

134 Siehe FN 60.

V. Schlussbemerkungen

Der vorliegende Beitrag hat weder zur Klärung eines konkreten Rechtsproblems beigetragen, noch enthält er anleitende Hinweise darauf, wie Auslegungsprobleme zu lösen sind. Wozu sind diese reichlich abstrakten Überlegungen zum Verhältnis von Recht und Sprache und zum Gegenstand der Rechtsdogmatik, die noch dazu mitunter über Andeutungen nicht hinausgegangen sind, also gut? Sollten Rechtsdogmatiker die Reflexion über grundlegende Fragen ihrer Wissenschaft nicht den Grundlagenfächern überlassen und sich auf ihr Kerngeschäft konzentrieren?

Dem ist zu entgegnen, dass die Rechtswissenschaft eine Wissenschaft ist,[135] und eine Wissenschaft hört auf, Wissenschaft zu sein und wird zur bloßen Technik, wenn sie nicht zumindest gelegentlich die Grundlagen ihres Wissens selbst kritisch hinterfragt.[136] Das heißt nicht, dass die Rechtswissenschaft rechtstheoretische Fragen selbst erschöpfend klären muss, aber sie sollte für sie sensibel bleiben und damit rechnen, dass solche Fragen für sie von Belang sein können. Die Befassung mit den Grundfragen der Rechtswissenschaft kann nicht zuletzt für die junge Generation rechtswissenschaftlicher Forscherinnen fruchtbar sein – hängt doch die weitere Entwicklung der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts letztlich von ihr ab.[137] Und schließlich haben die abstrakten Gedanken über den Forschungsgegenstand der Rechtsdogmatik durchaus praktische Relevanz. Wenn nämlich die These richtig sein sollte, dass die Rechtsnorm das Resultat rechtsdogmatischer Erkenntnis ist, hätte dies folgenreiche Konsequenzen für das Selbstverständnis der wissenschaftlichen Jurisprudenz. Wir müssten die Vorstellung aufgeben, dass wir als Rechtswissenschaftler dem Recht äußerlich im Modus der bloßen Beschreibung gegenüberstehen. Wir müssten uns der Tatsache stellen, dass wir an der Bestimmung dessen, was als

135 Freilich hat sie es mit ihrem Selbstverständnis als Wissenschaft nie leicht gehabt; *Potacs,* RTh 1994, 192 mwN.

136 Vgl *Funk,* JRP 2000, 67: »Jede Wissenschaft hat die Aufgabe, sich mit den eigenen Grundlagen auseinanderzusetzen. Wissenschaft muß auch *Wissenschafts-Wissenschaft* [Hervorhebung im Original] sein, andernfalls wäre sie auf längere Sicht in ihrer Existenz gefährdet.« Ähnlich *Müller/Christensen,* Methodik, Rz 160: »Wissenschaft hört auf Wissenschaft zu sein, wo sie die Fähigkeit verliert, ihre Arbeitsweisen und Arbeitsinhalte selber in Frage zu stellen […].«

137 Vgl die mündliche Bemerkung *Merlis;* siehe FN 8.

Recht gilt, in höherem Maße beteiligt sind, als wir das vielleicht zugeben möchten. Und vor allem müssten wir uns fragen, wie wir mit dieser Verantwortung redlich umgehen können.

Literaturverzeichnis

- *Adamovich Ludwig/Funk Bernd-Christian,* Allgemeines Verwaltungsrecht[3] (1987).
- *Alexy Robert,* Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie (1995).
- *Alexy Robert,* Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs, in Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann, Elemente einer juristischen Begründungslehre (2003) 113.
- *Bydlinski Franz/Bydlinski Peter,* Grundzüge der juristischen Methodenlehre[3] (2018).
- *Christensen Ralph,* Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung (1989).
- *Christensen Ralph,* Die leere Schatztruhe. Wenn die Sprache die Erwartungen der JuristInnen enttäuscht, juridikum 1997, 33.
- *Christensen Ralph,* Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung, in Lerch (Hrsg), Recht verhandeln – Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts (2005) 1.
- *Dreier Ralf,* Recht – Moral – Ideologie. Studien zur Rechtstheorie[2] (2015).
- *Esser Josef,* Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis. Durchgesehene und ergänze Ausgabe (1972).
- *Forgó Nikolaus/Somek Alexander,* Nachpositivistisches Rechtsdenken, in Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg), Neue Theorien des Rechts[2] (2009) 253.
- *Funk Bernd-Christian,* Zur Rationalität der rechtswissenschaftlichen Argumentation, Wissenschaft und Glaube. Vierteljahresschrift der Wiener Katholischen Akademie 1988, 171.
- *Funk Bernd-Christian,* Rechtswissenschaftliche Erkenntnis und kommunikatives Handeln, dargestellt anhand von Entwicklungen in der Staatsrechtslehre, JRP 2000, 65.
- *Funk Bernd-Christian,* Abbildungs- und Steuerungsleistungen der Rechtswissenschaft. Recht und Rechtwissenschaft als Konstrukte gesellschaftlicher Kommunikationen, in FS Adamovich (2002) 111.
- *Funk Bernd-Christian,* Rechtspositivismus und Wirklichkeit des Rechts, juridikum 2003, 4.
- *Funk Bernd-Christian,* Die Wirklichkeitsannahmen der Rechtswissenschaften, in Brix/Magerl (Hrsg), Weltbilder in den Wissenschaften (2005) 81.

- *Funk Bernd-Christian,* Materiales Rechtsverständnis. Recht als gesellschaftlicher Sachverhalt – zur normativen Dynamik von »Sein und Sollen« (fact and value), in FS Wimmer (2008) 123.
- *Funk Bernd-Christian,* Einführung in das österreichische Verfassungsrecht[14] (2011).
- *Funk Bernd-Christian,* Die Leistungsfähigkeit der Stufenbaulehre, in Griller/Rill (Gesamtredaktion), Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung (2011) 195.
- *Gadamer Hans Georg,* Hermeneutik I. Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik[7] (2010).
- *Griller Stefan,* Kommunikation in der Rechtswissenschaft und die Sprache des Rechts: Sprachspiele oder Machtspiele?, in Neck/Schmidinger/Weigelin-Schwiedrzik (Hrsg), Kommunikation – Objekt und Agens von Wissenschaft (2013) 87.
- *Griller Stefan,* Grundlagen und Methoden des Verfassungs- und Verwaltungsrechts[4] (2015).
- *Griller Stefan/Potacs Michael,* Zur Unterscheidung von Pragmatik und Semantik in der juristischen Hermeneutik, in Vetter/Potacs (Hrsg), Beiträge zur juristischen Hermeneutik (1990) 66.
- *Hammer Stefan,* Rechtswissenschaft als Argumentation, in Konrath (Hrsg), SchreibGuide Jus. Juristisches Schreiben für Studium und Praxis[3] (2013) 20.
- *Holoubek Michael,* Gedanken zur Auslegungslehre, in FS Mayer (2011) 139.
- *Jabloner Clemens,* Der Rechtsbegriff bei Hans Kelsen, in Griller/Rill (Gesamtredaktion), Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung (2011) 21.
- *Jabloner Clemens,* Kein Imperativ ohne Imperator. Anmerkungen zu einer These Kelsens, in Olechowski/Zeleny (Hrsg), Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt (2013) 1.
- *Jabloner Clemens,* Sein und Sollen: Die »Wahrheit« der Rechtswissenschaften, in Kautek/Neck/Schmidinger (Hrsg), Wahrheit in den Wissenschaften (2015) 137.
- *Jabloner Clemens,* Gefühltes Recht? in FS 150 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft (2017) 155.
- *Jabloner Clemens,* Richterrecht im Verfassungsvergleich, in Herzig/Klamert/Palmstorfer/Puff/Vranes/Weismann (Hrsg), Europarecht und Rechtstheorie (2017) 19.
- *Jabloner Clemens,* Die »Zusinnung« an den Gesetzgeber: Interpretation oder Rechtsanwendung? ZÖR 2018, 459.
- *Jestaedt Matthias,* Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie (1999).

- *Jestaedt Matthias,* Wie das Recht, so die Auslegung. Die Rolle der Rechtstheorie bei der Suche nach der juristischen Auslegungslehre, ZÖR 2000, 133.
- *Jestaedt Matthias,* Wissenschaft im Recht. Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich, JZ 2014, 1.
- *Kelsen Hans,* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Unveränderter Neudruck der zweiten um eine Vorrede vermehrten Auflage Tübingen, J.C.B. Mohr, 1923 (1960).
- *Kelsen Hans,* Reine Rechtslehre[2] (1960).
- *Kelsen Hans,* Was ist Juristischer Positivismus? in Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg), Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Band 1 (1968) 941.
- *Kelsen Hans,* Allgemeine Theorie der Normen. Herausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter (1979).
- *Kelsen Hans,* Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. 2. Neudruck der 1. Auflage Leipzig und Wien 1934 (1994).
- *Korinek Karl,* Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in FS Walter (1991) 363.
- *Kudlich Hans/Christensen Ralph,* Wortlaut, Wörterbuch und Wikipedia – wo findet man die Wortlautgrenze? JR 2011, 146.
- *Lienbacher Georg,* Hat der Wortlaut wirklich Vorrang? ZfV 2015, 194.
- *Luf Gerhard,* Überlegungen zum Verhältnis von Entscheidung und Rechtfertigung im Recht, in FS Heintel. Zweiter Teilband (1982) 229.
- *Mayer Heinz,* Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre, in Walter (Hrsg), Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre (1992) 61.
- *Mayer Heinz,* »Republikanische Verfassungskultur« gegen Reine Rechtslehre? JRP 1998, 349.
- *Mayer Heinz/Kucsko-Stadlmayer Gabriele/Stöger Karl,* Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts[11] (2015).
- *Merkl Adolf,* Zum Interpretationsproblem, in Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg), Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Band 1 (1968) 1059.
- *Merli Franz,* »Normativität« und Begriff der Maßnahme nach Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG, ZfV 1993, 251.
- *Müller Friedrich,* Recht – Sprache – Gewalt. Elemente einer Verfassungstheorie I[2] (2008).
- *Müller Friedrich/Christensen Ralph,* Juristische Methodik. Band 1. Grundlagen Öffentliches Recht[11] (2013).
- *Müller Friedrich/Christensen Ralph/Sokolowski Michael,* Rechtsarbeit und Textarbeit (1997).
- *Öhlinger Theo,* Kann die Rechtslehre das Recht verändern? Zu Robert Walter, Zur Frage des Rechtsbegriffes, ÖJZ 1991, 721.

- *Potacs Michael,* Rechtsdogmatik als empirische Wissenschaft, Rechtstheorie 1994, 191.
- *Potacs Michael,* Erkenntnisinteresse und Methodenwahl, in FS Mayer (2011) 539.
- *Potacs Michael,* Zur Logik im Recht, in GS Walter (2013) 643.
- *Potacs Michael,* Rechtstheorie (2015).
- *Potacs Michael,* Auslegung und Rationalität in der europäischen Rechtsprechung, in Herzig/Klamert/Palmstorfer/Puff/Vranes/Weismann (Hrsg), Europarecht und Rechtstheorie (2017) 83.
- *Rill Heinz Peter,* Juristische Methodenlehre. Gedanken zum gleichnamigen Buch von Franz Bydlinski, ZfV 1985, 462, 577.
- *Rill Heinz Peter,* Hermeneutik des kommunikationstheoretischen Ansatzes, in Vetter/Potacs (Hrsg), Beiträge zur juristischen Hermeneutik (1990) 53.
- *Rill Heinz Peter,* Grundlegende Fragen bei der Entwicklung eines Rechtsbegriffs, in Griller/Rill (Gesamtredaktion), Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung (2011) 1.
- *Römer Peter,* Kelsen und das Problem der Verfassungsinterpretation, in Deiseroth/Hase/Ladeur (Hrsg), Ordnungsmacht? Über das Verhältnis von Legalität, Konsens und Herrschaft (1981) 180.
- *Schäffer Heinz,* Verfassungsinterpretation in Österreich. Eine kritische Bestandsaufnahme (1971).
- *Schäffer Heinz,* Kriterien juristischer Auslegung, in FS Rill (1995) 595.
- *Schild Wolfgang,* Geschichtlichkeit des Rechtsgesetzes und Rechtswissenschaft, in FS Heintel (1972) 144.
- *Somek Alexander,* Rechtliches Wissen (2006).
- *Somek Alexander,* Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Österreich, in Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hrsg), Handbuch Ius Publicum Europaeum. Band 2. Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht (2008) 637.
- *Somek Alexander,* Rechtstheorie zur Einführung (2017).
- *Somek Alexander,* Ist der Rechtspositivismus mit sich selbst im Reinen? ZÖR 2018, 479.
- *Somek Alexander/Forgó Nikolaus,* Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positiven Rechts (1996).
- *Stolzlechner Harald/Christoph Bezemek,* Einführung in das öffentliche Recht[7] (2018).
- *Thienel Rudolf,* Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz. Zugleich eine Kritik an Hans Alberts Konzept einer sozialtechnologischen Jurisprudenz (1991).
- *Thienel Rudolf,* Der Rechtsbegriff der Reinen Rechtslehre – Eine Standortbestimmung, in FS Koja (1998) 161.

- *Volkmann Uwe,* Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), 57.
- *Walter Robert,* Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre, in FS Klug. Band 1 (1983) 187.
- *Walter Robert,* Zur Frage des Rechtsbegriffes. Anmerkungen zu Funk, Zur Rationalität der rechtswissenschaftlichen Argumentation, ÖJZ 1991, 336.
- *Walter Robert,* Das Recht als objektive Gegebenheit oder als Bewußtseinsinhalt. Zu Theo Öhlinger, Kann die Rechtslehre das Recht verändern, ÖJZ 1992, 281.
- *Walter Robert,* Die Interpretationslehre im Rahmen der Wiener Schule der Rechtstheorie, in FS Leser (1993) 191.
- *Weber Teresa/Weismann Paul,* Bericht über die Podiumsdiskussion »Die Zukunft des Öffentlichen Rechts«, in Kronschläger/Kuderer/Landl-Mraczansky/Raml/Trentinaglia (Hrsg), Recht vielfältig – Perspektiven des Öffentlichen Rechts. Tagung der Österreichischen Assistentinnen und Assistenten Öffentliches Recht. Band 8. Linz 2017 (2018) 181.
- *Wiederin Ewald,* Verfassungsinterpretation in Österreich, in Lienbacher (Hrsg), Verfassungsinterpretation in Europa. Heinz Schäffer Gedächtnissymposion (2011) 81.
- *Wimmer Norbert,* Materiales Verfassungsverständnis. Ein Beitrag zur Theorie der Verfassungsinterpretation (1971).

Mathias Eller*

Der Analogieschluss und sein Verhältnis zum ortspolizeilichen Verordnungsrecht der Gemeinden

I. Einleitung

Zunächst erscheint es paradox, den Analogieschluss und das Recht der Gemeinden zur Erlassung ortspolizeilicher Verordnungen in Beziehung zu setzen, handelt es sich bei ersterem doch um ein besonderes Interpretationsmittel in Zusammenhang mit auslegungsbedürftigen Rechtsvorschriften, während zweiteres die wohl charakteristischste Ausprägung[1] des Selbstverwaltungsrechts[2] der Gemeinden darstellt. Anders sieht es allerdings aus, hält man sich deren Prämissen vor Augen: So wird für einen möglichen Analogieschluss – sowohl im öffentlichen als auch zivilrechtlichen Bereich – jedenfalls das Vorliegen einer

---

* Die Schriftfassung dieses am 05.10.2018 in Salzburg vorgetragenen Referats beruht wesentlich auf den vom Autor dazu getroffenen Überlegungen zu diesem Thema in seiner noch nicht publizierten Dissertation.

1 Siehe etwa *Eberhard* in Österreichische Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft, Selbstverwaltung in Österreich. Grundlagen – Probleme – Zukunftsperspektiven, 26 ff; *ders* in Kommunalwissenschaftliche Gesellschaft, Verwaltungsreform – Verwaltungsgerichtsbarkeit, 44.

2 Mit der am 01.01.2014 in Kraft getretenen Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl I 51/2012, wurde ein Systemwechsel vollzogen, der sich auch auf das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden in unterschiedlicher Weise ausgewirkt hat. Vgl dazu *Eberhard* in Fischer/Pabel/Raschauer, Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 605 ff; *ders* in Kommunalwissenschaftliche Gesellschaft, Verwaltungsreform – Verwaltungsgerichtsbarkeit, 54 f; *Leeb* in Kommunalwissenschaftliche Gesellschaft, Verwaltungsreform – Verwaltungsgerichtsbarkeit, 37 ff; *Neuhofer* in FS Stolzlechner, 464 ff.

»planwidrigen Regelungslücke«[3] gefordert. Gleichsam bildet das Erfordernis einer Lücke im Gesetz die Voraussetzung dafür, vom ortspolizeilichen Verordnungsrecht der Gemeinden Gebrauch zu machen. In subtiler Weise wird dies in der zentralen verfassungsrechtlichen Bestimmung in Art 118 Abs 6 B-VG zum Ausdruck gebracht, wonach ortspolizeiliche Verordnungen nicht gegen bestehende Gesetze und Verordnungen des Bundes und des Landes verstoßen dürfen.[4] Mit der Erlassung einer ortspolizeilichen Verordnung darf sich eine von einem drohenden oder bereits eingetretenen örtlichen Missstand betroffene Gemeinde sohin nur dann behelfen, wenn mit dem bestehenden Repertoire an Bundes- und Landesgesetzen darauf nicht oder nicht adäquat reagiert werden kann.

Zu Beginn erscheint es – mit Blick auf das Tagungsthema – sinnvoll, mit grundsätzlichen Überlegungen zur Analogie zu beginnen und ihre Rolle im öffentlichen Recht zu analysieren. Ähnliches gilt für das ortspolizeiliche Verordnungsrecht der Gemeinden, welches in seinen Grundzügen näher dargestellt werden soll. Sodann soll herausgearbeitet werden, in welchen Positionen sich die Analogie und das ortspolizeiliche Verordnungsrecht der Gemeinden voneinander unterscheiden. Der überwiegende Teil dieser Arbeit beschäftigt sich jedoch mit dem Zusammenspiel beider Lückenfüllungsinstrumente. Eine planwidrige Regelungslücke als Anwendungsvoraussetzung des Analogieschlusses einerseits und Anknüpfungspunkt für das ortspolizeiliche Verordnungsrecht andererseits lassen diese nämlich in ein Verhältnis treten, welches interessante Fragestellungen aufwirft. So wird im Anschluss an die einleitenden Bemerkungen in diesem Beitrag erstens zu klären sein, ob beim Vorhandensein einer planwidrigen Regelungslücke der Analogieschluss in Konkurrenz zum ortspolizeilichen Verordnungsrecht tritt. Geht man vom Vorliegen eines solchen Konkurrenzverhältnisses aus, ist in einem zweiten Schritt der Frage nachzugehen, welchem Lückenfüllungsinstrument in Kollisionsfällen der Vorzug zu geben ist. Abhängig vom Ergebnis dieser Problemstellung soll drittens schließlich noch auf die damit verbundenen

3 *Khakzadeh,* ZÖR 2006, 210; *Gamper,* Regeln, 168; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger,* Grundriss, Rz 136; *Potacs,* Auslegung, 175; *ders,* Rechtstheorie, 188; *Canaris,* Lücken, 25; *Arnold* in FS Ruppe, 19 ff; *Rüffler,* JRP 2002, 64.

4 Dies wird zudem in den ErlRV 639 BlgNR IX. GP, 11 deutlich klargestellt: »Übereinstimmung besteht darüber, daß dieses Rechtsetzungsrecht der Gemeinden nicht dazu dienen soll, um auch Verordnungen zu erlassen, die gegen bestehende Gesetze verstoßen«.

Auswirkungen in der Praxis näher eingegangen werden. Insbesondere wird zu beurteilen sein, ob der Arbeitsaufwand der entscheidungsbefugten Organe in der Gemeinde bei der Beurteilung des tatsächlichen »Spielraums« ortspolizeilicher Verordnungen insofern erhöht wird, als eben auch allfällige Analogieschlüsse ins Kalkül zu ziehen sind. Diese Frage ist deshalb von Brisanz, weil es gerade die handelnden Gemeindeorgane sind, die im Unterschied zur Bundes- und Landesebene zumeist nicht in der Lage sind, auf rechtswissenschaftlich geschultes Personal zurückzugreifen und damit in Ausübung ihrer hoheitlichen Aufgaben vor erhebliche Probleme gestellt werden könnten.

II. Die Sichtbarmachung von »ungeschriebenem« Recht durch Analogie

A. Allgemeines

Rechtsetzer bedienen sich bei der Ausarbeitung von Rechtsvorschriften – abgesehen von wenigen Ausnahmen[5] – der Schriftsprache als Ausdrucksmittel,[6] denn: »Ohne Sprache ließe sich ›Recht‹ nicht formulieren, weder in der Rechtsetzung noch in der Rechtsanwendung«.[7] Da letzterer aber eine gewisse Unschärfe immanent ist, wird mittels unterschiedlichster Auslegungsmethoden versucht, den »wahren« Sinn einer Rechtsnorm zu ermitteln. Dies stellt sich als die zentrale Aufgabe der zuständigen Rechtsanwendungsorgane heraus. Dabei ist von einem beweglichen Auslegungssystem auszugehen, sodass die Anwendung einer Interpretationsmethode nicht zwangsläufig die Anwendung einer anderen ausschließt.[8] Die konkrete Wahl der Auslegungskriterien hängt dabei stark von den Wertungen und der Argumentationslinie des jeweiligen Rechtsinterpreten ab,[9] hat daher in einigen Fällen

5 Neben dieser bedient sich der Gesetzgeber in bestimmten Fällen einer formalen Kunstsprache (Bildsprache), so zB in der StVO hinsichtlich der verschiedenen Straßenverkehrszeichen.

6 Siehe dazu *Potacs,* Rechtstheorie, 131 ff; *Gamper,* Regeln, 125.

7 *Fucik/Neumayr* in Clavora/Garber, Sprache und Zivilverfahrensrecht, 16.

8 Richtig daher *Potacs,* Auslegung, 38.

9 *Potacs,* Auslegung, 40.

zwangsläufig – mehr oder weniger überzeugendere –, vielleicht auch gegenteilige Auslegungsergebnisse zur Folge.

Den primären Anknüpfungspunkt jeder einfach- oder verfassungsgesetzlichen Bestimmung[10] bildet regelmäßig der vom Rechtsetzer verwendete Wortlaut. Schon deshalb nimmt die Wortsinninterpretation[11] im Komplex der Auslegungsvarianten eine besondere Stellung ein,[12] obwohl an sich keine hierarchische Stufung zwischen den Interpretationsmethoden besteht.[13] Neben der erwähnten Wortsinninterpretation wird mit der subjektiv-historischen Interpretation versucht, den Willen des historischen Gesetzgebers zu erforschen, während bei der teleologischen Interpretation nach dem objektiven Regelungszweck einer Rechtsnorm gefragt wird.[14] Zudem haben sich spezielle Auslegungsvarianten herausgebildet, die zumeist in einem Naheverhältnis zu einer der klassischen Interpretationsmethoden stehen und daher oftmals ineinander greifen. Zu denken ist etwa an die verfassungskonforme Interpretation,[15] welche als besondere Variante der systematischen Interpretation[16] angesehen werden kann. Die Funktion solcher spezifischen Auslegungsmöglichkeiten erschöpft sich darin, eines von mehreren möglichen Auslegungsergebnissen als das im konkreten Fall überzeugendste auszuwählen und somit zu bestätigen.[17]

---

10 Zur Frage der Anwendung der im ABGB kodifizierten Auslegungsregeln zum Zwecke der Interpretation von Verfassungsrecht siehe *Gamper,* Regeln, 120 ff.

11 Es kann also danach gefragt werden, wie ein einzelnes Wort – isoliert betrachtet – zu verstehen ist (Wortinterpretation), sowie nach der Bedeutung von mehreren Wörtern im sprachlichen Zusammenhang nach den Regeln der Grammatik (grammatische Interpretation) oder der Bedeutung ganzer Sätze im gesamten Zusammenhang eines Gesetzes bzw der gesamten Rechtsordnung (systematische Interpretation). Siehe dazu *Öhlinger/Eberhard,* Verfassungsrecht, Rz 20.

12 Vgl dazu *Potacs,* ZfV 2015, 232.

13 *Khakzadeh,* ZÖR 2006, 203; vgl auch *Handstanger* in FS Prisching, 974.

14 Dazu näher *Öhlinger/Eberhard,* Verfassungsrecht, Rz 21 ff.

15 Es handelt sich dabei um keine Interpretationsmethode von Verfassungsrecht, sondern lediglich unterverfassungsgesetzlichen Bestimmungen. Siehe *Öhlinger/Eberhard,* Verfassungsrecht, Rz 36. Eine fundamental andere Meinung vertritt *Kneihs,* ZfV 2009, 354 ff, der diese Form der Auslegung – welche keine Auslegung ieS sei – als verfassungswidrig erachtet. Siehe dazu überblickshaft auch *Handstanger* in FS Prisching, 976 ff.

16 *Khakzadeh,* ZÖR 2006, 203 f mwN.

17 Zur verfassungskonformen Interpretation, welche primär dieser Kategorie zuzuschreiben ist, vgl *Gamper,* Regeln, 133 f.

B. Analogie – Auslegungsmethode oder Instrument der (unzulässigen) Rechtsfortbildung?

Die in dieser Unterüberschrift aufgeworfene Frage ist deshalb von Brisanz, weil die Interpretation von Rechtsnormen in die Zuständigkeit der rechtsanwendenden Organe – das sind die Gerichte und Verwaltungsbehörden – fällt, während Rechtsfortbildung dem Gesetzgeber vorbehalten sein soll.[18] Es gestaltet sich in diesem Zusammenhang äußerst schwierig, den Analogieschluss tatsächlich einer Kategorisierung zuzuführen. So ist es wenig verwunderlich, dass die Frage, ob sich die Analogie in der Methodenlehre (noch) als potentielle Auslegungsvariante typologisieren lässt oder (schon) ein Instrument der Rechtsschöpfung darstellt, bisweilen uneinheitlich beantwortet wird und immer noch Gegenstand lebhafter Diskussionen ist.[19] Eine exakte oder geradezu revolutionäre Antwort auf diese Frage darf an dieser Stelle nicht erwartet werden. Sie ist nämlich primär davon abhängig, welches Begriffsverständnis den beiden Termini »Auslegung« und »Rechtsfortbildung« im Einzelnen zugrunde gelegt wird.[20] Demnach ist es praktisch unmöglich, eine exakte Trennlinie zwischen Auslegung einerseits und offener Rechtsfortbildung andererseits zu ziehen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass diese Grenze fließend verläuft.[21] Jedenfalls – und das ist die mehrheitlich und auch hier vertretene Meinung – setzt die Analogie erst dort an, wo der Wortlaut einer Bestimmung überschritten wird. Es handelt sich demnach um eine Methode, die nur dann zum Einsatz gelangen kann, wenn eine Rechtsnorm nach ihrem denkbar weitesten

18 Vgl *Rüffler,* JRP 2002, 62. Allein die zum Teil über den Wortlaut einer Bestimmung hinausgehende Judikatur des VfGH macht klar, dass Rechtsfortbildung *realiter* maßgeblich durch die (Höchst-)Gerichte und nicht ausschließlich durch den Gesetzgeber vorangetrieben wird. Siehe mit Beispielen *Khakzadeh,* ZÖR 2006, 209 f.

19 So treten ua *Khakzadeh,* ZÖR (2006), 210 wie auch *Beaucamp,* AÖR 2009, 84 und *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger,* Grundriss, Rz 136 dafür ein, dass es sich bei der Analogie um keine Auslegungsmethode im klassischen Sinn, sondern vielmehr um Rechtsschöpfung handle, während *Potacs,* Auslegung, 34 und *ders,* Rechtstheorie, 188, – seinem kommunikationstheoretischen Ansatz folgend – diese sehr wohl als Auslegungsmethode klassifiziert. *Gamper,* Regeln, 168 trifft – mE zutreffend – dagegen eine vermittelnde Aussage insofern, als sie der Analogie einen hybriden Charakter zuschreibt, da sie gänzlich weder eine Methode der Auslegung noch eine der Rechtsfortbildung sei. Im Bereich des Zivilrechts hat sich *Rüffler,* JRP 2002, 60 ff mit dieser Thematik ausführlich beschäftigt.

20 Siehe dazu *Potacs,* Rechtstheorie, 140 ff; *ders,* Auslegung, 41 ff.

21 Siehe zB *Öhlinger/Eberhard,* Verfassungsrecht, Rz 25.

sprachlichen Verständnis einen in Rede stehenden, ähnlich gelagerten, bislang aber ungeregelten Sachverhalt, nicht mehr erfasst.[22] Der Analogieschluss orientiert sich folglich nicht an der im allgemeinen Sprachgebrauch üblichen Bedeutung einzelner Wörter oder Sätze einer Rechtsnorm, sondern stellt primär auf den Willen des Gesetzgebers ab und rückt damit subjektiv-historische Gesichtspunkte in den Vordergrund. Da auch diese unzweifelhaft Auslegungskriterien darstellen, ist wohl eher anzunehmen, dass die Analogie der Auslegung doch noch näher sein dürfte und nicht nur eine Denkfigur in der Rechtsprechung der Gerichte darstellt.[23] Sie tritt jedoch niemals isoliert auf, sondern knüpft regelmäßig an teleologische und historische Überlegungen des Gesetzgebers an.[24] Um die Gefahr offener und unzulässiger Rechtsfortbildung durch die zuständigen Rechtsanwendungsorgane zu vermeiden, muss die Absicht des Gesetzgebers aber gerade in solchen Fällen in besonders deutlicher Weise zu Tage treten. Dieser Umstand verpflichtet mE die Rechtsanwender im Einzelfall dazu, die Inanspruchnahme des Analogieschlusses möglichst ausführlich zu begründen. Jedenfalls genügt es nicht, dem Gesetzgeber irgendeine Absicht zu unterstellen, einen ähnlichen Sachverhalt mitgeregelt haben zu wollen.[25] Vielmehr ist von der Zulässigkeit eines Analogieschlusses nur dann auszugehen, wenn Argumente mit besonderer Überzeugungskraft dafür sprechen, dass der Gesetzgeber einen konkreten Fall geregelt hätte, hätte er nur daran gedacht. So ist beispielsweise denkbar, dass unter Bedachtnahme auf die Entstehungsgeschichte und nach Analyse der Gesetzesmaterialien klare Hinweise in die Richtung deuten, dass eine Rechtsvorschrift einen in Rede stehenden Sachverhalt mitumfassen sollte, obwohl sich dies im Wortlaut der Bestimmung selbst nicht niedergeschlagen hat. Außerdem spielen beim Analogieschluss vor dem Hintergrund, dass vergleichbare Sachverhalte gleicher rechtlicher Regelungen bedürfen, immer auch Gerechtigkeitsüberlegungen eine wesentliche Rolle.[26] Der

22 Freilich ist in vielen Fällen gerade auch diese Grenze fließend.

23 Ähnlich argumentierend *Potacs,* Rechtstheorie, 188; *Rüffler,* JRP 2002, 68.

24 Eine Parallele zur vorher erwähnten verfassungskonformen Interpretation ist in Bezug auf diesen Aspekt daher nicht von der Hand zu weisen.

25 Zutreffend *Gamper,* Regeln, 168.

26 Der VfGH hat hauptsächlich zur Vermeidung einer gleichheitswidrigen Rechtslage schön öfters eine planwidrige Lücke *per analogiam* geschlossen. Siehe dazu VfGH 16.12.2010, G 74/10; VfSlg 19.703/2012; 17.794/2006; 15.197/1998; 13.822/1994; 13.796/1994; 13.786/1994; 13.486/1993; 10.612/1985; 10.270/1985.

VfGH[27] hat dazu ausgesprochen, dass Erwägungen zur Gerechtigkeit dann den Ausschlag geben (sollten), wenn diese schwerer wiegen als Gründe der Rechtssicherheit. Im Einzelfall kann ein Analogieschluss daher sogar geboten sein, und zwar dann, wenn das Gesetz aufgrund seiner planwidrigen Unvollständigkeit ansonsten mit Verfassungswidrigkeit belastet sein würde.[28] Der Zweck eines Analogieschlusses ist jedenfalls in der »Sichtbarmachung von etwas, das an sich für vom Gesetzgeber gewolltes Recht gehalten wird« zu erblicken.[29] Ein Analogieschluss hat aber dann zu unterbleiben, wenn der Gesetzgeber eine bewusste Differenzierung zwischen Geregeltem und Ungeregeltem vorgenommen hat, folglich nicht vom Bestehen einer unbeabsichtigten Lücke[30] auszugehen ist.

III. Der Umgang mit dem Analogieschluss im öffentlichen Recht

Die im Vergleich zum Privatrecht augenfälligste Abweichung in der Methodik des öffentlichen Rechts ist in der Zulässigkeit von Analogieschlüssen zu erblicken.[31] Während Analogieschlüsse im zivilrechtlichen Bereich nichts Außergewöhnliches darstellen,[32] ist deren Anwendung im öffentlichen Recht von äußerster Zurückhaltung geprägt und in bestimmten Teilbereichen sogar absolut verboten. Zugunsten einer höheren Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit staatlichen Handelns wird daher im Gegensatz zum bürgerlichen Recht auf eine gewisse Flexibilität und Dynamik[33] in Hinblick auf die Erfassung neuer Sachver-

27 VfGH 10.10.2017, E 2446/2015 ua.
28 Vgl dazu *Grabenwarter* in FS 200 Jahre ABGB, 1509.
29 *Gamper,* Regeln, 168.
30 Siehe dazu eingehend unter Punkt V.A.
31 *Wendehorst* in FS Mayer, 828.
32 Das liegt hauptsächlich auch daran, dass im ABGB – im Gegensatz zum B-VG – positiv-rechtliche Interpretationsregeln verankert sind. So bestimmt § 7 ABGB auszugsweise: »Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden.«
33 Gelegentlich wird gerade diese Eigenschaft als große Stärke des ABGB ins Treffen geführt. Vgl dazu etwa *Bydlinski* in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer, ABGB 2011 – Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform, 20.

halte mit dem bereits bestehenden Repertoire an Rechtsvorschriften verzichtet.

Die Anwendbarkeit von Analogieschlüssen im öffentlichen Recht hängt zudem davon ab, ob sich ein solcher auf die Bürger positiv oder negativ auswirkt. Von einer Analogie ist dabei insbesondere dann abzusehen, wenn sie *zu Lasten* des Bürgers geht. Im Bereich des Strafrechts wird dies etwa dadurch zum Ausdruck gebracht, dass deren Rechtsvorschriften – als Ausfluss des differenzierten Legalitätsprinzips – einen sehr hohen Determinierungsgrad aufzuweisen haben. Die strengeren Anforderungen an die gesetzliche Bestimmtheit solcher Rechtsvorschriften ergeben sich wiederum daraus, dass im Strafrecht regelmäßig und intensiv in Grundrechtspositionen der Bürger (zB persönliche Freiheit/Eigentumsfreiheit) eingegriffen wird.[34] Allerdings ist das Schließen planwidriger Lücken durch Heranziehen vergleichbarer Tatbestände *per analogiam* auch im öffentlichen Recht immer dann zulässig, wenn sie sich zu Gunsten des Bürgers auswirken. Dies gilt insbesondere für Art 7 Abs 1 EMRK,[35] der Analogien zu Gunsten eines Angeklagten nicht ausschließt.[36] Inwieweit neben begünstigenden auch belastende Analogieschlüsse in anderen öffentlich-rechtlichen Materien – etwa im Verwaltungs- oder Steuerrecht – erlaubt sein sollen, ist dagegen umstritten und wohl nur einzelfallabhängig zu beurteilen.[37] Im Zweifelsfall sind die den Bürger belastende Analogieschlüsse jedoch zu unterlassen und stellen daher den Ausnahme- und nicht den Regelfall dar.[38]

IV. Das ortspolizeiliche Verordnungsrecht

A. Grundlegende Bemerkungen

Art 118 Abs 6 B-VG bildet die primäre und auch einzige verfassungsrechtliche Bestimmung in Hinblick auf die inhaltlichen Anforderungen

34 *Beaucamp,* AÖR 2009, 88.

35 Art 7 Abs 1 EMRK lautet: »Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden«.

36 MwH auf Judikatur und Literatur vgl VfSlg 19.703/2012.

37 Vgl dazu für den Bereich des Steuerrechts *Arnold* in FS Ruppe, 28 ff.

38 Ähnlich *Beaucamp,* AÖR 2009, 105.

an ortspolizeiliche Verordnungen. Die formalen Anforderungen – insbesondere in Bezug auf die Kundmachung – ergeben sich dagegen nicht aus dem B-VG selbst, sondern finden sich in den jeweiligen Gemeindeordnungen bzw Stadtrechten.[39] Inhaltlich beschränkt sich das ortspolizeiliche Verordnungsrecht auf einen sehr engen Bereich. Gegenstand einer ortspolizeilichen Verordnung sind ausschließlich Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinden.[40] Außerdem muss sie darauf gerichtet sein, die Abwehr oder Beseitigung eines spezifischen, örtlichen Missstandes[41] zu bezwecken und darf weder gegen bestehende Gesetze noch Verordnungen des Bundes verstoßen.[42] Als weitere rechtliche Schranken bei der Handhabung dieses Rechtsinstitutes gelten darüber hinaus die Unzulässigkeit der Festlegung von Strafbestimmungen, die Bindung an verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte und die Verhältnismäßigkeit der Mittel.[43] Mit der Möglichkeit der Erlassung einer ortspolizeilichen Verordnung wird den Gemeinden ein Instrument in die Hand gereicht, auf die individuellen Verhältnisse in den Gemeinden bei drohenden, also mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintretenden oder bereits bestehenden örtlichen Missständen Rücksicht zu nehmen. Eine rechtliche oder gar erzwingbare Verpflichtung der Gemeinde, auf einen das örtliche Gemeinschaftsleben störenden Missstand in Form einer ortspolizeilichen Verordnung zu reagieren, besteht allerdings nicht,[44] bestimmt doch Art 118 Abs 6 B-VG, dass diese »nach freier Selbstbestimmung« verabschiedet werden können. Wenngleich dieses selbständige Verordnungsrecht nicht darauf abzielt, einen »dritten Gesetzgeber im Staate neben dem Bundesgesetzgeber und dem Landesgesetzgeber zu schaffen«[45], so ist gerade diese Tatsache als Parallele zu echten Bundes- oder Landesgesetzen zu werten, die ja überwiegend auch nur erlassen werden »können«, anders

39 Kritisch dazu vor allem *Ranacher,* RFG 2004/44, 166.

40 Eine Besonderheit dieses Verordnungstyps ist in diesem Zusammenhang ferner darin zu erblicken, dass die Bezeichnung als Angelegenheit des eigenen Wirkungsbereichs im Gegensatz zu anderen Gegenständen des eigenen Wirkungsbereichs keinen konstitutiven Akt darstellt. Vgl dazu *Weber* in Korinek/Holoubek, Art 118 Abs 1–7 B-VG Rz 35.

41 Zum Definitionsversuch des Begriffes »Missstand« siehe *Weber* in Korinek/Holoubek, Art 118 Abs 1–7 B-VG Rz 41.

42 Siehe dazu *Neuhofer,* Gemeinderecht, 300; *Gallent,* ZfV 1984, 367 ff; *ders,* Gemeinde, 154.

43 Siehe zu diesen Nebenaspekten *Ranacher,* RFG 2004/44, 164 ff.

44 *Neuhofer,* Gemeinderecht, 302.

45 ErlRV 639 BlgNR IX. GP, 11.

als das bei einigen Durchführungsverordnungen der Fall ist.[46] Zumindest aber kann die Kompetenz zur Erlassung ortspolizeilicher Verordnungen als Ersatz für die fehlende formelle Gesetzgebungskompetenz der Gemeinden gedeutet und selbige als quasi-gesetzgeberische Akte im materiellen Sinn bezeichnet werden.

B. Das Verhältnis ortspolizeilicher Verordnungen zu einfachem Gesetzesrecht

1. Zur Relativierung des Legalitätsprinzips und der Abhängigkeit von der legislativen Tätigkeit höherer Ebenen

Prinzipiell wird sowohl von der hL[47] als auch der stRsp des VfGH[48] die Auffassung vertreten, dass in der gesamten Gemeindeverwaltung von der strengen Geltung des Legalitätsprinzips auszugehen sei.[49] Das Rechtsinstitut der ortspolizeilichen Verordnung bildet in diesem Zusammenhang aber eine prominente Ausnahme. Das Legalitätsgebot iSe strikten Bindung der Verwaltung an Bundes- und Landesgesetze wird in Bezug auf das ortspolizeiliche Verordnungsrecht relativiert,[50] ist doch gerade für diesen Verordnungstyp das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage charakteristisch. Somit können ortspolizeiliche Verordnungen auch nicht »auf Grund der Gesetze« erlassen werden – im Gegenteil: Eine bereits existierende bundes- oder landesgesetzliche Regelung, wel-

46 Vgl dazu *Hackl,* ZfV 1977, 257 ff.

47 Siehe dazu etwa *Leitl-Staudinger* in Kommunalwissenschaftliche Gesellschaft, Die Haftung von Bürgermeistern und Gemeindeorganen, 10; *Adamovich/Funk/Holzinger,* Staatsrecht, Rz 27.039 und 32.045; *Neuhofer,* Gemeinderecht, 306; *Berka,* Verfassungsrecht, Rz 788; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger,* Grundriss, Rz 878; *Rill* in Kneihs/Lienbacher, Art 18 B-VG Rz 21 ff; *Weber* in Korinek/Holoubek, Art 118 Abs 1–7 B-VG Rz 27.

48 VfSlg 13.633/1993; 11.633/1988; 8280/1978; 6895/1972; 2168/1951.

49 Gelegentlich wird aber auch außerhalb des ortspolizeilichen Verordnungsrechts – entsprechend dem Grundgedanken der gemeindlichen Selbstverwaltung – Partei dafür ergriffen, die an sich strenge Bindung an das Legalitätsprinzip zu lockern. Siehe dazu insbesondere *Eberhard* in Österreichische Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft, Selbstverwaltung in Österreich. Grundlagen – Probleme – Zukunftsperspektiven, 25 ff.

50 *Eberhard* in Pürgy, Das Recht der Länder Band 1, 627; *Öhlinger/Eberhard,* Verfassungsrecht, Rz 600.

che zur Hintanhaltung oder zur Abwehr eines drohenden oder bereits eingetretenen örtlichen Missstandes geeignet ist, macht die Erlassung einer ortspolizeilichen Verordnung unzulässig und wäre ohnehin obsolet. Die zuständigen Gemeindeorgane sind bei der Anwendung des ortspolizeilichen Verordnungsrechts aber freilich nicht frei von jeglichen Bindungen. Das stellt primär Art 118 Abs 6 B-VG mit seinen darin statuierten engen Anwendungsvoraussetzungen explizit klar. Der Verweis darauf, dass ortspolizeiliche Verordnungen »nicht gegen bestehende Gesetze und Verordnungen des Bundes und des Landes verstoßen« dürfen, verleiht der erwähnten Bestimmung zudem eine dynamische Komponente und hat im Ergebnis eine Kontextualisierung mit einfachem Gesetzesrecht zur Folge. Dynamisch deshalb, weil eine höhere Regelungsdichte in einst klassischen ortspolizeilichen Materien durch den Bundes- oder Landesgesetzgeber den Anwendungsspielraum für das ortspolizeiliche Verordnungsrecht verengt.[51] Demnach ist das Gesetz im Verhältnis zu diesem Rechtsinstitut nicht unabdingbare rechtliche Grundlage,[52] sondern lediglich dessen – zunehmend enger werdende[53] – Schranke. Die Bedeutung des ortspolizeilichen Verordnungsrechts hängt folglich nicht nur von der noch zu klärenden Frage, welchem Lückenfüllungsinstrument – Analogieschluss oder ortspolizeilicher Verordnung – im Bedarfsfall der Vorzug zu geben ist, sondern auch von der gesetzgeberischen Tätigkeit auf Bundes- und Landesebene ab.

Die Schrankenfunktion bundes- und landesgesetzlicher Regelungen macht selbige zugleich zu einem wichtigen Maßstab in Hinblick auf die Rechtskonformität ortspolizeilicher Verordnungen. Zum einen dürfen ortspolizeiliche Verordnungen auf keinen Fall in klarem Widerspruch zu formellen Gesetzen und Verordnungen des Bundes oder eines Landes stehen. Zum anderen vertritt die hL, dass Art 118 Abs 6 B-VG überdies ein Verbot zur Erlassung inhaltsgleicher Normen nach sich zieht.[54] Der Primat der Gesetzgebung ist etwa daran zu erkennen, dass

51 Vgl dazu etwa das nun im Stmk Landes-Sicherheitsgesetz (StLSG) geregelte Verbot des Alkoholkonsums (§ 1 Abs 2) auf öffentlichen Plätzen, welches mangels landesgesetzlicher Regelung – so auch explizit dem AB 250 BlgStLT XIV. GP, 1 zu entnehmen – alternativ mittels ortspolizeilicher Verordnung geregelt hätte werden können.

52 *Stolzlechner* in Kneihs/Lienbacher, Art 118 B-VG Rz 31 (2013).

53 Siehe mit Beispielen *Ranacher,* RFG 2004/44, 161.

54 Siehe *Weber* in Korinek/Holoubek, Art 118 Abs 1–7 B-VG Rz 42; *Stolzlechner* in Kneihs/Lienbacher, Art 118 B-VG Rz 35.

eine spätere gesetzliche Regelung, die einen Missstand zu beseitigen im Stande ist, Anwendungsvorrang gegenüber einer früheren ortspolizeilichen Verordnung hat. Dabei ist unerheblich, ob in der späteren gesetzlichen Regelung mit denselben Mittel versucht wird, einen örtlichen Missstand zu beseitigen oder man sich anderer Maßnahmen bedient. Es wird einzig und allein auf die Tauglichkeit der im Gesetz vorgesehenen Handlungsweisen abgestellt, einem bevorstehenden oder schon aufgetretenen örtlichen Missstand entgegen zu wirken.[55] Wird nach Erlassung einer ortspolizeilichen Verordnung eine geeignete, den örtlichen Missstand unterbindende bundes- oder landesgesetzliche Regelung verabschiedet, hat die betroffene Gemeinde sohin zwei Alternativen. Die erste Reaktionsmöglichkeit besteht darin, die ortspolizeiliche Verordnung der korrespondierenden gesetzlichen Regelung anzugleichen, wodurch sich diese aber ab dem Zeitpunkt der Änderung zu einer Durchführungsverordnung wandelt,[56] weil sie nun auf einer gesetzlichen Grundlage basiert. Ebenso hat die Gemeinde die Möglichkeit, passiv zu bleiben und keine Anpassung vorzunehmen. Da die ortspolizeiliche Verordnung dadurch aber rechtswidrig wird – sie steht nun in klarem Widerspruch zu einfachem Gesetzesrecht – ist sie von der Aufsichtsbehörde nach Art 119a Abs 6 B-VG oder vom VfGH in einem Verfahren nach Art 139 B-VG aus dem Rechtsbestand auszuscheiden. Eine Befugnis zur Schließung einer vom Gesetzgeber unbewussten Regelungslücke mit einer ortspolizeilichen Verordnung ist demnach nur dann als gegeben zu erachten, wenn »das Ziel der ortspolizeilichen Verordnung nicht auch mit den bestehenden bundes- und landesrechtlichen Instrumentarien erreicht werden könnte«.[57]

2. Ortspolizeiliche Verordnungen – gesetzesergänzend, gesetzesvertretend oder gar gesetzesändernd?

Thematisiert man das Verhältnis des ortspolizeilichen Verordnungsrechts zu formellem Gesetzesrecht, fällt auf, dass ersteren in der Literatur regelmäßig das Attribut »gesetzesergänzend« bzw »gesetzes-

55 *Weber* in Korinek/Holoubek, Art 118 Abs 1–7 B-VG Rz 46.

56 Vgl aber auch in Hinblick auf die inhaltliche Deckungsgleichheit eines späteren Gesetzes und einer bereits existierenden ortspolizeilichen Verordnung *Weber* in Korinek/Holoubek, Art 118 Abs 1–7 B-VG Rz 46.

57 Vgl *Ranacher,* RFG 2004/44, 164.

vertretend« zugeschrieben wird. Dagegen wird mitunter behauptet, ortspolizeiliche Verordnungen hätten »gesetzesändernden« Charakter.[58] Da die gewählten Termini jedoch jeweils einen voneinander unterschiedlichen inhaltlichen Bedeutungsgehalt aufweisen, soll in diesem Zusammenhang versucht werden, ortspolizeiliche Verordnungen, abhängig von der zugrunde gelegten Definition der in Rede stehenden Begriffe, einer passenden Kategorisierung zuzuführen.

Begonnen wird mit der Kategorie der gesetzesergänzenden Verordnungen. Als solche sind üblicherweise jene zu bezeichnen, deren »Inhalt [...] bestehendem Gesetzesrecht zwar nicht zuwiderläuft, dieses aber auch nicht bloß näher durchführen soll, die VO daher neue Sachverhalte normativ erfassen darf und die in ihr geregelte Materie von bundesverfassungswegen einer Regelung durch Gesetz zugänglich ist.«[59] Das ortspolizeiliche Verordnungsrecht der Gemeinden scheint die Voraussetzungen dieser Definition allesamt zu erfüllen. So dürfen – wie oben schon mehrmals erwähnt – ortspolizeiliche Verordnungen nur dann erlassen werden, wenn keine bundes- oder landesgesetzliche Regelung existiert bzw eine solche nicht in der Lage ist, einen drohenden oder bereits eingetretenen örtlichen Missstand zu beseitigen. Das in Art 118 Abs 6 B-VG grundgelegte Recht erlaubt sinngemäß Regelungen *praeter legem* im Rechtskleid ortspolizeilicher Verordnungen, weshalb tatsächlich »neue Sachverhalte [...] normativ erfasst« werden. Ebenso wird jene Voraussetzung erfüllt, dass »die in ihr geregelte Materie von bundesverfassungswegen einer Regelung durch Gesetz zugänglich ist«, ist doch keine Bestimmung im B-VG erkennbar, die dem Bundes- oder Landesgesetzgeber die Eindämmung eines Missstandes durch gesetzliche Regelungen verböte.[60] Ortspolizeiliche Verordnungen haben daher jedenfalls gesetzesergänzenden Charakter.

Ob diese zudem gesetzesvertretend sein können, hängt vom Ausmaß der planwidrigen Regelungslücke ab, weil gerade darin ein wesent-

58 Während *Weber* in Korinek/Holoubek, Art 118 Abs 1–7 B-VG Rz 35 vom »gesetzesvertretenden bzw gesetzesändernden« Charakter einer ortspolizeilichen Verordnung ausgeht, spricht *Ranacher,* RFG 2004/44, 164 vom »gesetzesvertretenden bzw ergänzenden« Charakter (ähnlich *Gallent,* ZfV 1984, 371 ff). Für *Antoniolli/Koja,* Verwaltungsrecht, 456 sind ortspolizeiliche Verordnungen lediglich »gesetzesergänzend«, für *Aichlreiter,* Verordnungsrecht, 904 »gesetzes- und verordnungsergänzend«. Vgl dazu schließlich auch *Neuhofer,* Gemeinderecht, 298 und *Gallent,* ZfV 1984, 372.

59 *Aichlreiter,* Verordnungsrecht, 901 f.

60 Vgl dazu *Stolzlechner* in Kneihs/Lienbacher, Art 118 B-VG Rz 34.

licher Unterschied zwischen beiden Kategorien besteht.[61] Im Falle einer gesetzesergänzenden Verordnung existieren in jenem Bereich, wo ein örtlicher Missstand auftritt, ähnliche gesetzliche Regelungen, welche jedoch nicht ausreichen, den örtlichen Missstand abzuwehren. Somit darf sich die Gemeinde mit einer ortspolizeilichen Verordnung im Sinne einer »ergänzenden« Regelung behelfen. Im zweiten Fall mangelt es überhaupt an einer gesetzlichen Regelung – die ortspolizeiliche Verordnung »vertritt« hier sozusagen das Gesetz.[62] In beiden Fällen wirkt die ortspolizeiliche Verordnung aber wie ein Gesetz, solange es kein solches gibt oder ein bereits in Kraft befindliches in Hinblick auf mögliche, in den Gemeinden drohende oder eingetretene Missstände, nicht angewendet werden kann. Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass ortspolizeilichen Verordnungen entweder das Attribut »gesetzesergänzend« oder »gesetzesvertretend« zugeschrieben werden darf, wobei die exakte Einordnung in die eine oder andere Kategorie von der legislativen Tätigkeit des Bundes und der Länder entscheidend abhängt.[63] Der Unterschied zwischen einer gesetzesergänzenden bzw gesetzesvertretenden ortspolizeilichen Verordnung ist jedoch kein rechtswesentlicher. Ob eine ortspolizeiliche Verordnung in die eine oder andere Kategorie fällt, wirkt sich daher weder auf deren Bestandskraft noch auf ihren Bedeutungsgehalt aus.

Schließlich bleibt zu klären, ob ortspolizeilichen Verordnungen sogar eine gesetzesdurchbrechende Wirkung im Sinne eines »gesetzesändernden« Charakters zukommt und diesem Rechtsinstitut daher eine noch größere Bedeutung zugesonnen werden muss. Als gesetzesändernd kann nach hier vertretener Ansicht eine Verordnung lediglich dann sein, wenn ihr materieller Gehalt bereits in Geltung befindlichem Gesetzesrecht widerspricht.[64] Voraussetzung für eine Einordnung in diese Kategorie ist daher, dass eine Angelegenheit bereits vom Gesetzgeber inhaltlich geregelt wurde. Das ortspolizeiliche Verordnungsrecht dem

61 Nicht so *Aichlreiter,* Verordnungsrecht, 902, der den entscheidenden Unterschied zu gesetzesergänzenden Verordnungen darin erblickt, dass eine Verordnung nur dann als »gesetzesvertretend« kategorisiert werden darf, wenn »deren Regelung dem Gesetzgeber verwehrt ist.« Tatsächlich aber lässt sich aus der Systematik des B-VG nicht schlüssig ableiten, dass es rechtlich relevante Angelegenheiten gibt, die dem Gesetzgeber absolut oder zumindest indirekt nicht zugänglich wären.

62 Siehe dazu *Sündhofer,* RFG 2017/14, 77 f.

63 Siehe dazu schon oben.

64 *Aichlreiter,* Verordnungsrecht, 900 mwN.

Typus der gesetzesändernden Verordnungen[65] zuzuordnen, wäre allein schon aus diesem Grund verfehlt und keinesfalls zu rechtfertigen.[66] Es wurde außerdem schon zuvor darauf hingewiesen, dass ortspolizeiliche Verordnungen nicht in Widerspruch zu bestehenden Gesetzen und Verordnungen des Bundes und der Länder stehen dürfen. Ein solcher Verstoß liegt nicht nur dann vor, wenn eine ortspolizeiliche Verordnung inhaltlich von einem existierenden Bundes- oder Landesgesetz abweicht, sondern auch, wenn zwar eine inhaltsgleiche Regelung beabsichtigt wird, ein entsprechendes Gesetz aber auf einen in einer Gemeinde negativ bewerteten, gemeinschaftsrelevanten Lebenssachverhalt bereits anwendbar ist.[67] Im zweiten Fall besteht folglich kein Spielraum in Hinblick auf den Gebrauch des ortspolizeilichen Verordnungsrechts. Bei einer inhaltlichen Deckungsgleichheit wäre die nachträglich erlassene Verordnung daher gar keine ortspolizeiliche, sondern vielmehr eine das entsprechende Gesetz durchführende. Geht man demnach von der Grundkonzeption dieses Rechtsinstitutes aus, so ist zu konstatieren, dass ortspolizeiliche Verordnungen zwar »gesetzesergänzend« bzw »gesetzesvertretend« sein können, niemals aber im Stande sind, existierende gesetzliche Regelungen abzuändern und daher auch nicht »gesetzesändernd« sein können.

65 Dazu zählt beispielsweise das unter engen Voraussetzungen anwendbare Notverordnungsrecht des Bundespräsidenten, grundgelegt in Art 18 Abs 3 B-VG: »Wenn die sofortige Erlassung von Maßnahmen, die verfassungsgemäß einer Beschlussfassung des Nationalrates bedürfen, zur Abwehr eines offenkundigen, nicht wieder gutzumachenden Schadens für die Allgemeinheit zu einer Zeit notwendig wird, [...] kann der Bundespräsident auf Vorschlag der Bundesregierung unter seiner und deren Verantwortlichkeit diese Maßnahmen durch vorläufige gesetzändernde Verordnungen treffen. [...].«

66 Vgl dazu auch *Pflug,* RFG 2011/8, 28 f. Siehe dazu aber auch *Havranek/Unkart* in Fröhler/Oberndorfer, Das österreichische Gemeinderecht Band 2, 9.

67 *Stolzlechner* in Kneihs/Lienbacher, Art 118 B-VG Rz 34; *Ranacher,* RFG 2004/44, 162; ausführlich zum Missstandsbegriff auch *Gallent,* ZfV 1984, 369 ff.

V. Das Vorhandensein einer planwidrigen Regelungslücke als verbindendes Element zwischen Analogie und ortspolizeilichem Verordnungsrecht

A. Was ist eine »planwidrige Regelungslücke«?

Wie eingangs erwähnt, ist es gerade das Tatbestandsmerkmal einer Lücke im Gesetz, die den Konnex zwischen ortspolizeilichem Verordnungsrecht und Analogieschluss bildet. Wenngleich *Kelsen,*[68] seinem rechtspositivistischen Ansatz folgend, von der Lückenlosigkeit der gesamten Rechtsordnung ausgeht, ist schon allein an der Rsp der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts[69] zu erkennen, dass Lücken im österreichischen Rechtssystem in einzelnen Fällen durchaus auftreten können. In diese Richtung lässt sich ferner eine Entscheidung des VwGH deuten, der darin andeutet, dass vom Gesetzgeber nicht absolute Vollkommenheit erwartet werden kann.[70] Lücken werden von *Canaris*[71] als »planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts (dh des Gesetzes im Rahmen seines möglichen Wortsinnes und des Gewohnheitsrechts) gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung« definiert oder liegen dann vor, »wenn das Gesetz innerhalb der Grenzen seines möglichen Wortsinnes und das Gewohnheitsrecht eine Regelung nicht enthalten, obwohl die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit eine solche fordert«. Es ist also zunächst zu unterscheiden, ob es sich tatsächlich um eine »echte« bzw »planwidrige«[72] Regelungslücke handelt oder das Schweigen des Gesetzgebers seinen Grund darin hat, dass er eine bestimmte Angelegenheit bewusst keiner Regelung zuführen wollte.[73] Letzterer Fall bietet gerade keinen Anknüpfungspunkt für einen Analogieschluss. Insofern ist der ständigen

68 *Kelsen,* Rechtslehre, 251 ff; *Walter* in GS Ringhofer, 198.
69 Siehe dazu *Walter* in GS Ringhofer, 211 ff.
70 VwGH 09.10.1991, 90/30/0208.
71 *Canaris,* Lücken, 39.
72 Von einer Planwidrigkeit kann nur dann die Rede sein, wenn vom Gesetzgeber eine »versehentlich unterlaufene Unvollständigkeit der Regelung anzunehmen« sei (VfSlg 19.703/2012); näher zur Planwidrigkeit und seinen Abgrenzungen im Steuerrecht siehe *Arnold* in FS Ruppe, 20 f.
73 Siehe dazu *Larenz,* Methodenlehre, 370.

Rsp des VwGH beizupflichten, der das Vorliegen einer »planwidrigen Lücke« lediglich dann annimmt, wenn »das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, unvollständig, also ergänzungsbedürftig, ist, und wo seine Ergänzung nicht etwa einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht«.[74] Da mit der Anwendung des Analogieschlusses wesensgemäß das Überschreiten der Wortsinngrenze einer Bestimmung verknüpft ist, muss die Planwidrigkeit der Lücke – um es plastisch auszudrücken – geradezu »ins Auge fallen«. So ist auch die regelmäßig aufzufindende Floskel der Höchstgerichte zu verstehen, wonach eine »Lücke« im Zweifel nicht anzunehmen[75] bzw als vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt anzusehen sei. Eine »planwidrige Regelungslücke« kann im Ergebnis schließlich nur dann angenommen werden, wenn sich die Ungeplantheit dieser Lücke mit guten Argumenten untermauern lässt.[76] Dies ist in Anbetracht der im öffentlichen Recht grundsätzlich skeptischen Gesinnung zum Analogieschluss nur eine logische Folge.

B. Unterschiede zwischen Analogie und ortspolizeilichem Verordnungsrecht

Trotz des verbindenden Elements einer Lücke im Gesetz zeichnen sich die Analogie als Auslegungsmethode *sui generis* und das Rechtsinstitut des ortspolizeilichen Verordnungsrechts durch zahlreiche Verschiedenartigkeiten aus.

Der erste Unterschied betrifft den Anwendungsbereich beider Lückenfüllungsinstrumente. Während bei Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen Analogieschlüsse sowohl im bürgerlichen als auch im öffentlichen Recht zur Füllung allfälliger planwidriger Regelungslücken herangezogen werden können, trifft dies für das ortspolizeiliche Verordnungsrecht nur für das öffentliche Recht zu, weil letztere von den zuständigen Gemeindeorganen in Ausübung ihrer Hoheitsgewalt[77] ergehen. Obwohl sich beide Lückenfüllungsinstrumente in Hinblick auf ihren jeweils individuellen Charakter auszeichnen, divergieren sie

74 VwGH 05.11.1999, 99/19/0197; 08.09.1998, 96/08/0207; 18.01.1994, 93/07/0153.
75 Dazu ausführlich VwSlg 9.677 A/1978; vgl auch VwSlg 14.353 A/1995 ua.
76 Siehe dazu schon oben.
77 Siehe dazu statt vieler *Kahl/Weber,* Verwaltungsrecht, Rz 390 ff.

überdies in Bezug auf gewisse Anwendungsvoraussetzungen. So kommt das ortspolizeiliche Verordnungsrecht im Gegensatz zur Analogie immer nur dann zum Tragen, wenn vom Bestehen eines örtlichen Missstandes auszugehen ist. Die Zulässigkeit von Analogieschlüssen hängt dagegen nicht von der Existenz eines örtlichen Missstands ab, auch wenn sie sich im Einzelfall dazu eignet, einen solchen hintanzuhalten. Schließlich spielen im Zuge der Erlassung einer ortspolizeilichen Verordnung die Wertvorstellungen der im Gemeindegebiet lebenden Bevölkerung eine wesentliche Rolle. Bei Anwendung dieses Rechtsinstitutes ist daher auch eine subjektive Komponente zu berücksichtigen, ob nämlich die betroffene Gemeindebevölkerung einen bestehenden, allgemein negativ bewerteten Zustand als Missstand empfindet oder nicht.[78] Die Analogie hingegen knüpft einzig und allein daran an, ob sich ein vergleichbarer, aber noch ungeregelter Sachverhalt unter eine schon existierende Rechtsnorm subsumieren lässt. In diesem Zusammenhang ist entscheidend, um welche Art von Regelungslücke es sich tatsächlich handelt, weil Analogieschlüsse – wie oben erwähnt – nur bei planwidrigen Lücken als zulässig erachtet werden. Auch darin ist ein weiterer Unterschied zum ortspolizeilichen Verordnungsrecht zu erkennen, dessen Anwendungsumfang nicht bloß auf planwidrige Lücken beschränkt ist, sondern überdies regelungsfreie Räume mitumfasst.[79] Zutreffend ist daher die Auffassung von *Gallent*[80], wonach die Einschränkung des ortspolizeilichen Verordnungsrechts auf bloß planwidrige Wertungslücken nicht dem gesetzgeberischen Willen entspricht und von diesem Rechtsinstitut auch dann Gebrauch gemacht werden darf, wenn der Gesetzgeber auf eine konkrete Regelung bewusst verzichtet hat. Kein Spielraum für eine Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinden besteht allerdings dann, wenn der Gesetzgeber eine Angelegen-

78 Die Wertvorstellungen der in einer Gemeinde lebenden Personen können von jenen einer anderen Gemeinde freilich abweichen. So ist denkbar, dass ein und derselbe »Zustand« in einer Gemeinde als ein das Gemeinschaftsleben störender örtlicher Missstand empfunden wird, während die Bevölkerung einer anderen Gemeinde diesem einen noch vertretbaren sozialen Störwert, der nicht die Schwelle zum Missstand überschreitet, beimisst. Vgl dazu *Pflug,* RFG 2011/8, 30; *Ranacher,* RFG 2044/44, 163 f; *Sündhofer,* RFG 2017/14, 76 f; *Havranek/Unkart* in Fröhler/Oberndorfer, Das österreichische Gemeinderecht Band 2, 28.

79 *Pflug,* RFG 2011/8, 28; *Ranacher,* RFG 2004/44, 164; *Sündhofer,* RFG 2017/14, 78.

80 *Gallent,* ZfV 1981, 371 f; in die gleiche Richtung weist *Weber* in Korinek/Holoubek, Art 118 Abs 1–7 B-VG Rz 40.

heit abschließend geregelt haben wollte.[81] Freilich können sich dabei schwierige Abgrenzungsfragen ergeben, wobei im Einzelfall dabei wohl auf die Intention(en) des Gesetzgebers abzustellen sein wird, ob er tatsächlich eine abschließende landes- bzw bundesgesetzliche Regelung angestrebt hat oder eine Lückenfüllung durch die Gemeinden grundsätzlich zulässt.[82]

Der Analogieschluss und das ortspolizeiliche Verordnungsrecht unterscheiden sich außerdem hinsichtlich des Kreises der Anwendungsberechtigten. Während die Analogie im Zuge der Auslegung von Gesetzen und Verordnungen von allen denkbaren Rechtsanwendern zu berücksichtigen bzw »mitzudenken« ist, – neben Gerichten zählen dazu explizit auch die Gemeinden als Verwaltungsbehörden – ist das ortspolizeiliche Verordnungsrecht eine Form der Rechtsetzungsbefugnis, die kraft bundesverfassungsgesetzlicher Legitimation ausschließlich der kleinsten territorialen Einheit zur Verfügung steht. Nur aufgrund dieses Alleinstellungsmerkmales der Gemeinden entsteht erst eine mögliche Kollisionsproblematik zwischen Analogieschluss und ortspolizeilichem Verordnungsrecht.

C. Das Zusammenspiel beider Lückenfüllungsinstrumente und ihre Auswirkungen auf das Handeln der Gemeindeorgane

Die Existenz einer »planwidrigen« Regelungslücke bildet den kleinsten gemeinsamen Nenner und gleichsam den Schnittpunkt zwischen ortspolizeilichem Verordnungsrecht und der Analogie. Eine Kollision beider Lückenfüllungsinstrumente ist tatsächlich auch nur in dieser Konstellation vorstellbar. Wollte der Gesetzgeber einen bestimmten

81 *Havranek/Unkart* in Fröhler/Oberndorfer, Das österreichische Gemeinderecht Band 2, 11; *Pflug,* RFG 2011/8, 29.

82 So hat der VfGH etwa in VfSlg 11.726/1988 (»Heizverbotsverordnung in der Völser See-Siedlung«) festgestellt, dass den in Tirol existierenden landesgesetzlichen Regelungen zum Baurecht und der Luftreinhaltung (Verordnung der Landesregierung über die Festsetzung von Emissionsgrenzwerten und des höchstzulässigen Schwefelgehaltes fester Brennstoffe, LGBl 5/1978 idF 68/1987, Ölfeuerungsgesetz, LGBl 43/1977, Tir BauO, LGBl 43/1978; Technische Bauvorschriften, LGBl 20/1981) »keinesfalls der Sinn beizulegen ist, die geschilderte aktuelle und konkrete Gefährdungssituation im Bereich der Völser See-Siedlung im Falle einer unbeschränkten Zulassung fester und flüssiger zu Zwecken des Hausbrandes schlechthin zuzulassen.«

Bereich ungeregelt belassen, wäre ein Analogieschluss nämlich unzulässig. Bei Auftreten eines örtlichen Missstandes könnte in so einem Fall folglich nur vom ortspolizeilichen Verordnungsrecht Gebrauch gemacht werden, allerdings auch nur dann, wenn der Gesetzgeber keine abschließende Regelung intendierte. Es kann aber grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass – freilich nur einen sehr engen Anwendungsbereich betreffend – der Analogieschluss mit dem ortspolizeilichen Verordnungsrecht tatsächlich in Konkurrenz treten kann.

Liegen die Voraussetzungen für eine Kollision des ortspolizeilichen Verordnungsrechts mit dem Analogieschluss vor, gilt es zu klären, wie die Gemeinden damit zu verfahren haben. In Ermangelung einer Theorie, welches Lückenfüllungsinstrument dem anderen hierarchisch vorzugehen hätte, stellt sich zunächst die Frage, ob ihnen überhaupt zugemutet werden kann, die im Einzelfall einschlägigen bundes- bzw landesgesetzlichen Regelungen auf allfällige Analogieschlüsse hin zu überprüfen, weil allein das Auffinden dieser Gesetze an sich schon eine große Herausforderung für die handelnden Gemeindeorgane darstellt und mit Schwierigkeiten verbunden sein kann. Vor dem Hintergrund fehlenden juristischen Personals, insbesondere in Klein- und Kleinstgemeinden, und dem Dickicht an gesetzlichen Regelungen ist diese Aufgabe in vielen Fällen wohl eine besondere fachliche Herausforderung. In der praktischen Umsetzung werden die Gemeinden deshalb weniger Probleme haben, einen örtlichen Missstand zu begründen[83] als festzustellen, ob mit der ortspolizeilichen Verordnung gegen bestehende Gesetze und Verordnungen des Bundes oder der Länder verstoßen wird. Würde man aber eine derartige Verpflichtung verneinen, so hätte dies die weitreichende Folge, dass ein etwaiges Konkurrenzverhältnis zwischen Analogieschluss und ortspolizeilichem Verordnungsrecht von den zuständigen Gemeindeorganen nicht einmal berücksichtigt werden müsste. Tatsächlich sprechen aber gute Gründe dafür, dass Analogieschlüsse von den Gemeinden bei der Erledigung ihrer Aufgaben sehr wohl ins Kalkül zu ziehen sind. Denn sie sind Behörden der Vollzie-

83 Konträr dazu *Ranacher,* RFG 2004/44, 164. Die Anhaltspunkte dafür können vielfältig sein: wiederholte Beschwerden mehrerer Gemeindebewohner in Bezug auf den Eintritt eines negativ bewerteten Zustands; Gefährdungslagen jeglicher Art etc. Die Überprüfung ortspolizeilicher Verordnungen durch eine außerhalb der Gemeinde angesiedelte Instanz kann aber auch entlastend wirken, weil dadurch die Möglichkeit eröffnet wird, etwaige Mängel zügig zu beseitigen.

hung[84] und als Rechtsanwender in Vollzug der Bundes- und Landesgesetze ebenso wie die sonstigen Bundes- und Landesbehörden zur Auslegung gesetzlicher Bestimmungen verpflichtet. Da die Analogie – wie bereits oben erwähnt – wohl eher der Auslegung als der Rechtsfortbildung zuzuschreiben ist, darf sich die Interpretation nicht auf die schon eingangs beschriebenen Interpretationsmethoden beschränken. Der Annahme, dass die handelnden Gemeindeorgane damit überfordert sein könnten, kann ebenso entgegen getreten werden, hält man sich die Prämissen der planwidrigen Regelungslücke vor Augen. Diese muss sich, gemessen am Maßstab der gesamten Rechtsordnung, mit hinreichender Deutlichkeit ergeben. Sohin dürfte es im Einzelfall einem Gemeindeorgan, welches nur über wenig juristische Kenntnisse verfügt, möglich sein, den »wahren« Willen des Gesetzgebers zu erkennen und eine Bestimmung auf einen in Rede stehenden Sachverhalt dann analog anzuwenden, wenn dies der Gesetzgeber klar so beabsichtigt hat. Ohne Zweifel sind die Gemeinden in dieser Hinsicht allerdings gut beraten, bei gänzlich fehlenden juristischen Kenntnissen, bereits vor Erlassung einer ortspolizeilichen Verordnung externen Rat einzuholen.

Da die Gemeindeorgane bei der Auslegung von Gesetzen mögliche Analogieschlüsse in Betracht zu ziehen haben, gilt es nun, ihr Verhältnis zum ortspolizeilichen Verordnungsrecht zu klären. Eine Antwort darauf könnte der Bundesverfassungsgesetzgeber liefern: So wird durch die zentrale Bestimmung des Art 118 Abs 6 B-VG bereits Vorsorge getroffen, sollte ein drohender oder bereits eingetretener örtlicher Missstand nicht mit den bestehenden bundes- und landesgesetzlichen Regelungen abgewendet bzw abgewehrt werden können. Der Bundesverfassungsgesetzgeber geht demnach im engen Anwendungsbereich der »Ortspolizei« grundsätzlich von der Möglichkeit auftretender Regelungslücken aus; zugleich überantwortet er den Gemeinden die Aufgabe, bei unerwünschten Fehlentwicklungen innerhalb dieser, eine für die Gemeindebevölkerung passende Lösung zu finden.[85] Nichts-

84 *Kahl/Weber,* Verwaltungsrecht, Rz 327.

85 Die Grundsatzentscheidung, ein Gemeindeorgan mit der Abwehr eines örtlichen Missstandes zu betrauen, ist auf Zweckmäßigkeitsüberlegungen zurückzuführen. Es erscheint nämlich sinnvoll, die Missstandsabwehr primär dort anzusetzen, wo ein solcher das örtliche Gemeinschaftsleben stört und seine Auswirkungen direkt spürbar sind. Gerade weil die Gemeinde sich mit der Problematik eines Missstandes unmittelbar auseinanderzusetzen hat, ist es auch nachvollziehbar, dass in diesem engen Bereich das ortspolizeiliche Verordnungsrecht zum Tragen kommt.

destotrotz ist davon auszugehen, dass dem Analogieschluss gegenüber dem ortspolizeilichen Verordnungsrecht der Vorrang einzuräumen ist, und zwar deshalb, weil die Kompetenz zur Erlassung ortspolizeilicher Verordnungen direkt mit den in Kraft befindlichen Gesetzen und Verordnungen des Bundes und der Länder zusammenhängt. Dieser entscheidenden Einschränkung trägt bereits Art 118 Abs 6 B-VG explizit Rechnung. Sie sind folglich einerseits der Beurteilungsmaßstab dafür, ob ein Analogieschluss zum Tragen kommen könnte und andererseits, in welchem Umfang das ortspolizeiliche Verordnungsrecht den Gemeinden tatsächlich zusteht. Es sind nämlich durchaus Fälle denkbar, wo die Absicht des Gesetzgebers nachweislich – etwa aus den Erläuternden Bemerkungen – in die klare Richtung weist, einen bestimmten, zur Missstandsabwehr geeigneten Sachverhalt mit zu regeln, eine beispielsweise unglückliche Formulierung in einem Gesetz, welches an sich zur Bekämpfung dieses Missstandes herangezogen werden könnte, aber eine offensichtlich unbeabsichtigte Regelungslücke schafft. Wenn der Plan des Gesetzgebers sohin jener war, auch diese Angelegenheit einer Regelung zu unterziehen, so kann ihm dieses Versehen nicht angelastet werden.[86] Die Analogie als Lückenfüllungsinstrument geht daher dem ortspolizeilichen Verordnungsrecht jedenfalls vor. Von letzterem können die Gemeinden lediglich dann Gebrauch machen, wenn eine vergleichbare Rechtsnorm auf einen ähnlich gelagerten Sachverhalt nicht analog angewendet werden kann – anders ausgedrückt: Der potentielle Anwendungsbereich des ortspolizeilichen Verordnungsrechts beginnt dort, wo jener der Analogie aufhört. Er geht aber – das sei an dieser Stelle noch einmal besonders betont – über das Füllen bloß unbeabsichtigter Regelungslücken des Gesetzgebers hinaus. Dass im Einzelfall die Gemeinden mit den Maßnahmen zur Missstandsabwehr nicht zufrieden sind, eine aus ihrer Sicht effektivere Lösung iSe anderen Regelung möglich gewesen wäre, hindert nichts am Vorrang des Analogieschlusses.[87] Damit in Einklang steht außerdem die Bezeichnung des

86 Zutreffend deshalb *Gamper,* Regeln, 168.

87 Daran vermag auch das höhere Maß an Flexibilität des ortspolizeilichen Verordnungsrechts nichts zu ändern. Während die Analogie primär den Zweck verfolgt, eine in wesentlichen Punkten ähnliche Rechtsvorschrift auf gleichartige, noch ungeregelte Fälle anzuwenden (vgl dazu *Larenz,* Methodenlehre, 381 f), zielen ortspolizeiliche Verordnungen ausschließlich auf die individuelle Abwehr von Missständen ab. Dies führt dazu, dass im Gegensatz zum Analogieschluss idente Missstände in zwei Gemeinden inhaltlich im einen Fall anders als im anderen Fall geregelt werden

ortspolizeilichen Verordnungsrechts als Instrument »subsidiärer, spezifischer Missstandsabwehr«.[88]

D. Praxisbeispiele

Die gewonnenen theoretischen Erkenntnisse sollen nun anhand zweier Beispiele aus der Praxis getestet werden. In beiden ausgewählten Fällen erscheint es angemessen, Überlegungen zur Analogie und zum Anwendungsbereich des ortspolizeilichen Verordnungsrechts anzustellen.

1. »Bettelverordnung« der Stadtgemeinde Fürstenfeld

Mit der vom VfGH[89] aufgehobenen Bettelverordnung der Stadtgemeinde Fürstenfeld sollte neben dem schon verbotenen Tatbestand des aufdringlichen Bettelns in § 3a Stmk Landes-Sicherheitsgesetz, LGBl 24/2005 idF LGBL 88/2005, auch das passive, also »stille« Betteln unter Strafe gestellt werden. Die Gemeinde hätte sich vor Erlassung der ortspolizeilichen Verordnung demnach zunächst die Frage stellen müssen, ob eine analoge Anwendung der das aggressive Betteln regelnden Tatbestände auch auf das passive Betteln gerechtfertigt gewesen wäre und sich die Erlassung einer ortspolizeilichen Verordnung daher erübrigt hätte. Nach eingehender Analyse der Gesetzesmaterialien hätte man sodann zum Schluss kommen müssen, dass der Landesgesetzgeber gerade zwischen diesen beiden Formen des Bettelns differenzieren wollte. So sollte nur Betteln in aufdringlicher Weise, wie durch Anfassen, unaufgefordertes Begleiten oder Beschimpfen als Verwaltungsübertretung sanktioniert werden, jedoch gab er gleichzeitig zu erkennen, dass stilles Betteln weiterhin erlaubt sein soll. Der Wille des Landesgesetzgebers war in diesem Fall also einzig und allein darauf gerichtet, aktives und daher als besonders störend empfundenes Betteln zu verbieten, darüber hinausgehende Erscheinungsformen des Bettelns – dazu

können. Der ortspolizeiliche Verordnungsgeber ist daher in der Lage, die örtlichen Gegebenheiten und Wertvorstellungen der Gemeindebürger zu berücksichtigen, kann doch etwa ein vorhandener Missstand von den Bürgern subjektiv durchaus unterschiedlich empfunden werden (vgl *Weber* in Korinek/Holoubek, Art 118 Abs 1–7 B-VG Rz 41).

88 *Stolzlechner* in Kneihs/Lienbacher, Art 118 B-VG Rz 34; VfSlg 18.305/2007; 15.364/1998.

89 VfSlg 18.305/2007.

zählt auch das stille Betteln – jedoch ungeregelt zu belassen. Es war im konkreten Fall daher nicht vom Vorliegen einer unbeabsichtigten Regelungslücke auszugehen, weshalb eine analoge Anwendung der im StLSG das aktive Betteln regelnden Bestimmungen unzulässig gewesen wäre. Mangels Existenz einer analog anwendbaren landesgesetzlichen Bestimmung war in einem nächsten Schritt zu beurteilen, ob ein Verbot des stillen Bettelns mittels ortspolizeilicher Verordnung durchgesetzt werden kann. Da der Landesgesetzgeber, wie *Pflug*[90] richtig feststellt, das Betteln nicht abschließend regeln wollte, wäre die Erlassung einer ortspolizeilichen Verordnung unter den in Art 118 Abs 6 B-VG statuierten Voraussetzungen grundsätzlich möglich gewesen. Allerdings konnte der VfGH in seiner Prüfung das Vorliegen eines örtlichen Missstandes nicht erkennen, weil ein bei Passanten durch passives Betteln ausgelöstes »seelisches Unbehagen« den erforderlichen Grad der Störung noch nicht erfülle. Ob darüber hinaus ein sonstiger Verstoß gegen bestehende Gesetze und Verordnungen des Bundes bzw der Länder vorlag, hatte der VfGH in der Folge nicht zu beurteilen. Allerdings ging er in einem späteren Erkenntnis[91] davon aus, dass eine sogar das stille Betteln verbietende Regelung im Ergebnis zu einem absoluten Bettelverbot führe und dies mit bestimmten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten nicht vereinbar sei. Zulässig erachtet er jedoch Bestimmungen, welche »gewerbsmäßiges Betteln«[92] verbieten, weil »stilles« Betteln nicht von diesem Verbot erfasst wird. Ergänzende Regelungen durch eine ortspolizeiliche Verordnung sind im Bereich der Bettelei sohin durchaus vorstellbar, jedoch dürfen diese im Ergebnis nicht dazu führen, dass jegliche Form des Bettelns verboten wird.

2. »Skischuhverbots-Verordnung« der Gemeinde Ischgl

Das Verhältnis zwischen den beiden Lückenfüllungsinstrumenten kann ebenso anhand einer im Jahr 2016 vom Gemeinderat von Ischgl erlassenen ortspolizeilichen Verordnung (kurz: »Skischuhverbots-Verordnung«) aufgezeigt werden. Diese hat ein Verbot des nächtlichen Tragens von Skischuhen sowie das offene Tragen von Skiern, Skistöcken und

90 *Pflug,* RFG 2011/8, 30.
91 Siehe VfSlg 20.184/2017.
92 Vgl VfSlg 19.697/2012; 19.664/2012.

Snowboards zum Inhalt.[93] Der Zweck der ortspolizeilichen Verordnung liegt einerseits darin, gefährliche Situationen zwischen Urlaubern und Passanten hintanzuhalten,[94] andererseits sollte damit der durch das Gehen auf dem Asphalt verursachte und als störend empfundene Lärm eingedämmt und weitere Lärmbelästigungen vermieden werden.[95] Nun bestehen zum Schutz vor Störungen durch Lärm aber bereits verschiedene spezifische landes-[96] wie bundesgesetzliche[97] Regelungen. Das wohl engste Naheverhältnis in Bezug auf den geschilderten Anlassfall weist das Tir Landes-Polizeigesetz, LGBl 60/1976 idF 56/2017, auf, weil letzteres den Schutz vor Störungen durch Lärm allgemein regelt. Während § 1 Abs 1 leg cit ein generelles Verbot statuiert, ungebührlicher-

93 Der genaue Wortlaut des § 1 dieser ortspolizeilichen Verordnung lautet wie folgt: »Auf den Flächen der in der Beilage 1 rot umrandeten und rot gekennzeichneten Straßen, Wege und Plätze ist das Gehen mit Hartschalenschuhen (wie Skischuhe oder ähnlichem aus Plastik gegossenen Schuhwerk) sowie das offene Tragen von Skiern, Skistöcken und Snowboards im Zeitraum vom 20. November bis 05. Mai täglich von 20:00 Uhr bis 06:00 Uhr verboten.«

94 Im Sitzungsprotokoll der Gemeinde Ischgl vom 20.10.2016 (S 10) wurde in den EB zur »Skischuhverbots-Verordnung« ausgeführt: »Es ist eine leidlich bekannte Tatsache, dass es in der Wintersaison im Dorfzentrum in den Abend- und Nachtstunden durch Passanten, die ihre Skiausrüstung tragen (Hartschalenschuhe, Ski und Skistöcke, Snowboards usw.) zu gefährlichen Situationen kommt. In Konfrontationen zwischen Passanten – oftmals allein schon dadurch provoziert, dass mit geschulterten Skiern durch die Menschenmenge gegangen wird – wird die Skiausrüstung zur Waffe. Anlass für Konfrontationen ist dabei nicht nur ein aggressives, meist durch Alkoholkonsum stimuliertes Verhalten, sondern genügt oftmals ein aufgrund von winterlichen Verhältnissen unsicherer Gang (zB Herumschwanken mit geschulterten Skiern) oder ein Ausrutschen mit Hartschalenschuhen. Das hohe Verletzungspotential von einer in einer Auseinandersetzung eingesetzten Skiausrüstung (wie Treten mit Hartschalenschuhen, Verwenden von Skiern, Stöcken und Snowboards als Schlagwaffen) bedarf keiner näheren Erläuterung, ebenso wenig wie die ausgehende Gefahr bei einem Sturz mit einer Skiausrüstung in einer dichten Menschenmenge«.

95 Die EB der Gemeinde Ischgl lauten dazu wie folgt: »Ein ebenfalls aus den vergangenen Wintersaisonen bekanntes Phänomen ist die hohe Lärmbelästigung, die vom Gehen mit Hartschalenschuhen in den Nachtstunden auf Asphalt- und Pflasterstraßen ausgeht. Passanten, die mit Hartschalenschuhen zu ihren Unterkünften in den späten Nacht- bzw. Morgenstunden zurückkehren, haben in der Vergangenheit bereits oftmals zu einer beträchtlichen Störung der Nachtruhe durch das starke Trittgeräusch von Hartschalenschuhen geführt«.

96 ZB die Tir BauO 2018, LGBl 28/2018 in Bezug auf den Schallschutz von Gebäuden; die Tir Baulärmverordnung 2016, LGBl 135/2016 hinsichtlich von Baulärm; das Tir Veranstaltungsgesetz 2003, LGBl 86/2003 idF 109/2017 uvm.

97 Vgl dazu die einschlägigen Bestimmungen in der GewO 1994, BGBl 194/1994 (WV) idF 45/2018, betreffend Lärm, welcher von Produktionsanlagen, Verkaufslokalen oder Gaststätten ausgeht.

weise störenden Lärm zu erregen, enthält § 2 eine Verordnungsermächtigung für die Gemeinden, in bestimmten Fällen zeitliche und örtliche Beschränkungen vorschreiben zu dürfen, soweit dies zur Abwehr ungebührlicherweise hervorgerufenen Lärmes erforderlich ist. Es stellt sich daher die Frage, ob diese landesgesetzlichen Bestimmungen bereits ausgereicht hätten, den örtlichen Missstand zu beseitigen oder der Gemeinderat von Ischgl tatsächlich befugt war, eine ortspolizeiliche Verordnung zu erlassen.

Zunächst erscheint es erforderlich, die Bestimmung des § 1 Abs 1 Tir Landes-Polizeigesetz, wonach es verboten ist, ungebührlicherweise störenden Lärm zu erregen, auf ihre Anwendbarkeit in Bezug auf das Gehen mit Skischuhen auf Asphalt zu prüfen. Die sehr allgemein gehaltene Formulierung erklärt sich deshalb, weil zu diesen Begrifflichkeiten auf einen reichhaltigen Fundus an VwGH-Judikatur zurückgegriffen werden kann. So sind unter »störendem Lärm« »die wegen ihrer Lautstärke für das menschliche Empfindungsvermögen unangenehm in Erscheinung tretenden Geräusche zu verstehen, ob sie nun vom Täter unmittelbar durch Betätigung der menschlichen Sprechorgane oder durch Verwendung von Lautsprechern, Werkzeugen und dgl. oder mittelbar dadurch hervorgerufen werden, daß sich der Täter eines willenloses, wenn auch lebenden Werkzeuges – wie etwa eines bellenden Hundes bedient«[98]. Eine ungebührliche Lärmerregung ist dagegen dann anzunehmen, »wenn das Tun oder Unterlassen, das zur Erregung des Lärms führt, gegen ein Verhalten verstößt, wie es im Zusammenleben mit anderen verlangt werden muß, und jene Rücksichtnahme vermissen läßt, die die Umwelt verlangen kann«.[99] In Bezug auf dieses Tatbestandskriterium komme es schließlich einerseits auf die Dauer und Heftigkeit an, andererseits sei bei der Beurteilung ein objektiver Maßstab anzulegen. Explizit sollten unter die Bestimmung des § 1 Abs 1 leg cit etwa die Erregung ungebührlichen Lärmes durch Gäste von Gastgewerbebetrieben fallen (zB lautes Grölen), nicht aber die Verursachung von Lärm durch das Gehen mit Skischuhen auf Asphalt außerhalb der Räumlichkeiten eines Gastgewerbebetriebes. Ob auch diese Verhaltensweise vom allgemeinen Verbot des § 1 Abs 1 leg cit erfasst sein sollte, darf mE bezweifelt werden. Das kurzzeitige Gehen

98 Siehe dazu die bislang nicht nummerierten ErlRV (Beilage 3 – VIII. GP, 8) zur Stammfassung des Tir Landes-Polizeigesetzes, LGBl 60/1976.

99 ErlRV (Beilage 3 – VIII. GP, 8) zur Stammfassung des Tir Landes-Polizeigesetzes, LGBl 60/1976.

mit Skischuhen – etwa vom Après-Ski-Lokal bis zur Unterkunft – stellt in einem Wintersportort nichts Ungewöhnliches dar und erreicht auch nicht jenen Lärmpegel, der mit den in § 2 leg cit angeführten Angelegenheiten vergleichbar wäre. Es wäre daher übertrieben, das Gehen mit Skischuhen auf Asphalt in den Nachtstunden *per se* als rücksichtsloses und ungebührliches Verhalten zu qualifizieren. Eine Ungebührlichkeit iSd § 1 Abs 1 leg cit könnte sich allenfalls dann ergeben, wenn der Gang zur Unterkunft zusätzlich mit »Partygesängen« oder sonstigem lauten Grölen untermalt wird. Im Ergebnis ist § 1 Abs 1 leg cit auf das Gehen mit Skischuhen auf Asphalt daher nicht anwendbar.

Außerdem hätte die Gemeinde Ischgl prüfen müssen, ob nicht etwa § 2 Tir Landes-Polizeigesetz analog auf den Anlassfall anzuwenden gewesen wäre. Der Gemeinderat hätte dann lediglich eine Durchführungs- und keine ortspolizeiliche Verordnung erlassen dürfen. Zur Beurteilung dieser Frage ist auf den Wortlaut der angesprochenen Bestimmung abzustellen. § 2 leg cit nimmt dabei ausdrücklich Bezug auf Lärm, der durch die »Verwendung oder den Betrieb von Garten- und sonstigen Arbeitsgeräten, Schnee-Erzeugungsgeräten, Modellflugkörpern, Rundfunk- und Fernsehgeräten, Lautsprechern und Tonwiedergabegeräten« (lit a) sowie durch das »Klopfen von Teppichen, Decken, Matratzen u. dgl« oder bei der »Ausführung anderer Haus- und Gartenarbeiten« (lit b) entsteht. Typische Lärmquellen sind daher Kreissägen, Rasenmäher, Motorsensen, Häcksler, Laubbläser etc. Die Wortfolge »und dergleichen« lässt in diesem Zusammenhang außerdem den Schluss zu, dass die Verordnungsermächtigung des § 2 leg cit ebenso auf vergleichbare, jedoch nicht explizit genannte Lärmquellen zur Anwendung gelangen soll. Zu denken wäre dabei etwa an den Lärm, der durch das Ausklopfen von Polstern entsteht, weil auch dieser den gewünschten »Hausarbeitsbezug« voraussetzt. Die Lärmerzeugung aufgrund des Fortbewegens mit Skischuhen auf Asphalt wird ausdrücklich nicht genannt. Es stellt sich daher die Frage, ob der Landesgesetzgeber diesen Fall bewusst nicht mitregeln wollte oder aber unbeabsichtigt eine planwidrige Regelungslücke geschaffen hat, die durch einen Analogieschluss gefüllt werden könnte. Ein Blick in die Erläuternden Bemerkungen zum Tir Landes-Polizeigesetz gibt diesbezüglich Aufschluss: So war es dem Landesgesetzgeber wichtig, »einige Teilbereiche der örtlichen Sicherheitspolizei zu regeln und damit einen Teil des gesetzesfreien Raumes auszufüllen, […] der Entwurf unternimmt es aber nicht, alle Teilbereiche der örtlichen Sicherheitspolizei zu regeln, er bezieht sich vielmehr nur auf jene Bereiche dieses Verwaltungsgebietes,

auf denen eine für sämtliche Gemeinden Tirols geltende einheitliche Regelung sinnvoll und wünschenswert erscheint (Lärmschutz; […]). Alle durch den Entwurf nicht erfassten Gebiete der örtlichen Sicherheitspolizei sollen auch weiterhin einer Regelung durch ortspolizeiliche Verordnungen überlassen bleiben, weil in diesen Bereichen nur eine Regelung im Verordnungsweg es gestattet, den örtlichen Gegebenheiten und Erfordernissen bestmöglich und mit der gebotenen Raschheit Rechnung zu tragen«.[100] Bei den in § 2 Tir Landes-Polizeigesetz aufgezählten Tatbeständen handelt es sich tatsächlich um solche, die in praktisch allen Gemeinden auftreten können und unter die Kategorie »Lärm unter Nachbarn« zu subsumieren sind. Die Verursachung von Lärm durch Hartschalenschuhe zu nächtlicher Stunde ist dagegen ein Problem, von welchem ausschließlich Wintersportorte wie Ischgl, St. Anton oder Sölden potentiell betroffen sein können. Die Überlegungen des Landesgesetzgebers weisen nach Analyse der Erläuternden Bemerkungen dabei klar in jene Richtung, gerade in solchen Konstellationen eine Einschränkung des ortspolizeilichen Verordnungsrechts der Gemeinden nicht beabsichtigt haben zu wollen. Er hat derartige Fälle sohin mitbedacht und sich dafür entschieden, den Anwendungsbereich des ortspolizeilichen Verordnungsrechts in diesem engen Bereich nicht weiter einzuschränken, sondern ergänzende Regelungen zuzulassen. Die Unzulässigkeit eines Analogieschlusses könnte mithin auch damit argumentiert werden, dass die ortspolizeiliche Verordnung der Gemeinde Ischgl primär unter dem Gesichtspunkt erlassen wurde, Gefährdungssituationen zwischen Urlaubern und Passanten zu vermeiden sowie Verletzungsgefahren vorzubeugen. Die damit verbundene Lärmbelästigung der Bewohner des Ortes ist zwar eine weitere, als störend empfundene Begleiterscheinung, kann aber nicht isoliert betrachtet werden. Vergleichbare Bestimmungen über den Lärmschutz würden daher von vornherein nicht zur Anwendung gelangen. Außerdem könnte bezweifelt werden, ob es sich tatsächlich um »vergleichbare« Sachverhalte handelt, stellt § 2 Tir Landes-Polizeigesetz doch einerseits auf die Lärmerzeugung durch motorisierte bzw mechanische Geräte, andererseits auf Lärmquellen, die typischerweise bei der Führung eines Haushalts auftreten können, ab. Beides träfe auf das Gehen mit Skischuhen gerade nicht zu. Aus diesen Gründen

100 ErlRV (Beilage 3 – VIII. GP, 1 ff) zur Stammfassung des Tir Landes-Polizeigesetzes, LGBl 60/1976.

kann von der Verfassungskonformität der Ischgler »Schischuhverbots-Verordnung« ausgegangen werden, obwohl der VfGH bislang nicht die Gelegenheit hatte, sich dazu zu äußern.[101]

VI. Fazit

Bei Auftreten von planwidrigen Regelungslücken ist es vorstellbar, dass die Analogie und das ortspolizeiliche Verordnungsrecht der Gemeinden in ein Spannungsverhältnis geraten. Letzteres gelangt – wie aus den obigen Ausführungen erhellt – im Verhältnis zur Analogie subsidiär zur Anwendung. Für die Gemeinden ändert sich bei der Beurteilung des tatsächlichen Spielraums ortspolizeilicher Verordnungen allerdings wenig, bedarf es doch in Bezug auf potentielle Analogiefälle weder mehr Praxiserfahrung noch gesteigerte juristische Fachkenntnisse. Vielmehr handelt es sich um einen immanenten Prüfungsschritt, der bei der Beurteilung des Anwendungsbereichs ortspolizeilicher Verordnungen keine größeren Probleme aufwerfen sollte. Ist nämlich eine klare Absicht des Gesetzgebers nicht evident, kann davon ausgegangen werden, dass ein Analogieschluss im öffentlichen Recht verboten ist. Eine restriktive Zulässigkeit von Analogieschlüssen in diesem Bereich wird dagegen nicht in Abrede gestellt, obwohl damit die Kompetenz zur Erlassung ortspolizeilicher Verordnungen eine weitere, keinesfalls aber tiefgreifende Einschränkung erfährt. Schließlich ist nicht davon auszugehen, dass dem Gesetzgeber derart offenkundige Fehler, welche zu einem Analogieschluss berechtigen, regelmäßig unterlaufen, weshalb letzterer letztlich lediglich in vereinzelten Fällen zur Anwendung gelangen wird.

101 Vgl dazu *Stock* in Saria, Tourismusrecht. Jahrbuch 2017, 102.

Literaturverzeichnis

- *Adamovich Ludwig K./Funk Bernhard-Christian/Holzinger Gerhart,* Österreichisches Staatsrecht, Band 2 (1998).
- *Aichlreiter Josef W.,* Österreichisches Verordnungsrecht, Band 2 (1988).
- *Antoniolli Walter/Koja Friedrich,* Allgemeines Verwaltungsrecht[3] (1996).
- *Arnold Wolf-Dieter,* Lücken im Gesetz – Aktuelle Fragen zur Analogie, in FS Ruppe (2007) 19.
- *Beaucamp Guy,* Zum Analogieverbot im öffentlichen Recht, AÖR 2009, 83.
- *Berka Walter,* Verfassungsrecht[7] (2018).
- *Bydlinski Peter,* Legistik, Methode, Systematik und Sprache des ABGB, in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Hrsg), ABGB 2011 – Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform (2008) 19.
- *Canaris Claus-Wilhelm,* Die Feststellung von Lücken im Gesetz[2] (1983).
- *Eberhard Harald,* Das autonome Satzungsrecht und seine Perspektiven, in Österreichische Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft (Hrsg), Selbstverwaltung in Österreich. Grundlagen – Probleme – Zukunftsperspektiven (2009) 25.
- *Eberhard Harald,* Gemeinderecht, in Pürgy (Hrsg), Das Recht der Länder, Band 1 (2012) 593.
- *Eberhard Harald,* Der Einfluss der Verwaltungsgerichtsbarkeitsreform auf die Gemeinden und Bürger, in Kommunalwissenschaftliche Gesellschaft (Hrsg), Verwaltungsreform – Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) 43.
- *Eberhard Harald,* Verwaltungsgerichte und Gemeinden, in Fischer/Pabel/Raschauer (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) 601.
- *Fucik Robert/Neumayr Matthias,* Einander recht verstehen, in Clavora/Garber (Hrsg), Sprache und Zivilverfahrensrecht (2013) 15.
- *Gallent Kurt,* Gemeinde und Verfassung (1978).
- *Gallent Kurt,* Das ortspolizeiliche Verordnungsrecht. Zur Interpretation des Art 118 Abs 6 B-VG, ZfV 1984, 365.
- *Gamper Anna,* Regeln der Verfassungsinterpretation (2014).
- *Grabenwarter Christoph,* Das Zivilrecht in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 1507.
- *Hackl Wolfgang,* Wann müssen Verwaltungsbehörden Verordnungen erlassen?, ZfV 1977, 257.
- *Handstanger Meinrad,* Zur Verfassungskonformität der verfassungskonformen Auslegung, in FS Prisching (2010) 969.

- *Havranek Charlotte/Unkart Ralf,* Ortspolizeiliches Verordnungsrecht, in Fröhler/Oberndorfer (Hrsg), Das österreichische Gemeinderecht, Band 2 (1982) 1.
- *Kahl Arno/Weber Karl,* Allgemeines Verwaltungsrecht[6] (2018).
- *Kelsen Hans,* Reine Rechtslehre[2] (2000).
- *Khakzadeh Lamiss,* Die verfassungskonforme Interpretation in der Judikatur des VfGH, ZÖR 2006, 201.
- *Kneihs Benjamin,* Wider die verfassungskonforme Interpretation, ZfV 2009, 354.
- *Larenz Karl,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft[6] (1991).
- *Leeb David,* Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte aus gemeindespezifischer Sicht, in Kommunalwissenschaftliche Gesellschaft (Hrsg), Verwaltungsreform – Verwaltungsgerichtsbarkeit (2013) 27.
- *Leitl-Staudinger Barbara,* Aufgaben der Gemeindeorgane in Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung, in Kommunalwissenschaftliche Gesellschaft (Hrsg), Die Haftung von Bürgermeistern und Gemeindeorganen (2010) 1.
- *Mayer Heinz/Kucsko-Stadlmayer Gabriele/Stöger Karl,* Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts[11] (2015).
- *Neuhofer Hans,* Gemeinderecht[2] (1998).
- *Neuhofer Hans,* Gemeindeselbstverwaltung und die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit, in FS Stolzlechner (2013) 461.
- *Öhlinger Theo/Eberhard Harald,* Verfassungsrecht[11] (2016).
- *Pflug Natalie,* Grenzen des ortspolizeilichen Verordnungsrechts, RFG 2011/8, 27.
- *Potacs Michael,* Auslegung im öffentlichen Recht (1994).
- *Potacs Michael,* Rechtstheorie (2015).
- *Potacs Michael,* Auslegung und Legalitätsprinzip, ZfV 2015, 230.
- *Ranacher Christian,* Das ortspolizeiliche Verordnungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, RFG 2004/44, 161.
- *Raschauer Nicolas/Wessely Wolfgang,* Probleme und Zukunft der Gemeindeautonomie, in FS 50 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle (2012) 3.
- *Rill Heinz Peter* in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht Art 18 B-VG (1. Lfg 2001).
- *Rüffler Friedrich,* Analogie: Zulässige Rechtsanwendung oder unzulässige Rechtsfortbildung?, JRP 2002, 60.
- *Stock Wolfgang,* Aktuelle freizeitrechtliche Probleme aus Sicht der Praxis – Brauchtumstourismus, in Saria (Hrsg), Tourismusrecht. Jahrbuch 2017 (2017), 89.
- *Stolzlechner Harald* in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht Art 118 B-VG (12. Lfg 2013).

- *Sündhofer Beate,* Ortspolizeiliches Verordnungsrecht der Gemeinden, RFG 2017/14, 75.
- *Walter Robert,* Überlegungen zum Problem der Rechtslücke, in GS Ringhofer (1995) 197.
- *Weber Karl* in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 118 Abs 1–7 B-VG (13. Lfg 2017).
- *Wendehorst Christiane,* Methodenlehre und Privatrecht in Europa, in FS Mayer (2011) 827.

Matthias Zussner

Die »Sprache« der Diskriminierung

Erscheinungsformen von Diskriminierung
im parlamentarischen Gesetz

I. Einleitung

Unter dem Titel »Die ›Sprache‹ der Diskriminierung« ließe sich zweifellos Vieles erörtern. Einen denkbaren Untersuchungsgegenstand bilden nicht nur gesetzgeberische Akte, sondern klarerweise auch solche der Vollziehung.[1] Darüber hinaus könnte man aber auch privatrechtliches Handeln in den Blick nehmen, zumal Grundrechte einschließlich gleichheitsrechtlicher Verbürgungen bei privatwirtschaftlichem Handeln des Staates ebenso zum Tragen kommen[2] wie sie zwischen Privatpersonen zumindest mittelbar wirken, nämlich vermittelt[3] durch die Generalklauseln des Privatrechts.[4] Ferner diskutieren ließen sich insbesondere auch unionsrechtliche Diskriminierungsverbote, die den

1 Dazu, dass der Gleichheitssatz sowohl Gesetzgebung als auch Vollziehung bindet *Pöschl* in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch der Grundrechte VII/1, Rz 31 ff, 79 ff. Während die Bindung der Vollziehung von jeher unbestritten war, gab es unterschiedliche Auffassungen über die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz; siehe zu den »anfänglichen Zweifeln« anstatt vieler *Pöschl,* Gleichheit, 137 FN 17.

2 Zur Fiskalgeltung des Gleichheitssatzes *Schulev-Steindl* in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch der Grundrechte VII/1, Rz 55; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger,* Bundesverfassungsrecht, Rz 1350 mwN; *Öhlinger/Eberhard,* Verfassungsrecht, Rz 737 ff; *Berka,* Verfassungsrecht, Rz 1258 ff. Ein klassisches Beispiel hierfür wäre etwa die Bindung an den Gleichheitssatz, etwa bei der Vergabe öffentlicher Aufträge; siehe hierzu anstatt vieler nur *Holoubek/Fuchs/Holzinger,* Vergaberecht, 14.

3 *Korinek/Holoubek,* Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung, 163, 165.

4 Zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte *Schulev-Steindl* in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch der Grundrechte VII/1, Rz 19.

Bestand an innerstaatlichen Gleichheitsgarantien heute bekanntlich in vielfacher Weise flankieren oder überlagern.[5]

Der vorliegende Beitrag kann sich nicht allen diesen Fragen zugleich widmen – und er will es auch gar nicht, denn allein die neuerliche Analyse des Verhältnisses von parlamentarischem Gesetz einerseits und einzelnen Diskriminierungsverboten andererseits verspricht nach Auffassung des Verfassers zum aktuellen Zeitpunkt mehr als auf den ersten Blick scheint. In der jüngeren Rechtsprechung österreichischer und europäischer Höchstgerichte spielen nämlich augenscheinlich immer mehr Fälle »zwischen« und manche sogar »jenseits« altbekannter Kategorien von Diskriminierung durch das parlamentarische Gesetz.[6] Dieser Beobachtung des Verfassers soll der vorliegende Beitrag näher auf den Grund gehen. Basis der weiteren Untersuchung soll eine Bestandsaufnahme bekannter Kategorien von Diskriminierung durch das parlamentarische Gesetz bilden (II.). Auf die anknüpfende Untersuchung schwieriger Abgrenzungsfälle (III.) folgt sodann eine kritische Erörterung möglicher neuer Kategorien von Diskriminierung durch das parlamentarische Gesetz (IV.). Am Ende der Untersuchung steht ein Schlusswort (V.), in dem der Verfasser die wichtigsten Ergebnisse der Arbeit zusammenfasst.

II. Bekannte Kategorien

A. Tun – Unterlassen

Versteht man Diskriminierung als rechtliche Benachteiligung bestimmter vergleichbarer Personen oder Gruppen ohne sachliche Rechtfertigung,[7] kann der Gesetzgeber sowohl durch ein Handeln als

5 Die Antirassismus-RL, ABl 2000/L 180/22, die Rahmen-RL, ABl 2000/L 303/16, sowie die Gleichbehandlungs-RL, ABl 2006/L 204/23, flankieren etwa (gleichsam überlagerte) staatsgerichtete Gleichheitsgarantien, indem sie darüber hinaus auch Diskriminierungen zwischen Privaten verbieten; siehe dazu *Pöschl,* JRP 2016, 122. Zu den Gleichheitsgarantien im europäischen Mehrebenensystem sowie zum unionalen und nationalen Antidiskriminierungsrecht im Allgemeinen anstatt vieler *Greif/Ulrich,* Legal Gender Studies, 97 ff, 226 ff; zu den europäischen Gleichheitsgarantien siehe im Besonderen *Schmahl* in Grabenwarter, Europäischer Grundrechteschutz, 551 ff.

6 Siehe hierzu noch unten III. und IV.

7 Vgl *Pöschl,* Gleichheit, 528 ff.

auch durch ein Tun diskriminieren. Eine gesetzgeberische Diskriminierung durch ein »Tun« läge in der unmittelbaren Beschneidung von Rechten einzelner Personen oder bestimmter Gruppen ohne sachliche Rechtfertigung. Ein Beispiel hierfür wäre eine Regelung, die allein das – etwa religiös motivierte[8] – Tragen muslimischer Kopftücher in der gesamten Öffentlichkeit verböte.[9]

Genauso denkbar wäre allerdings, dass der Gesetzgeber einzelnen Personen oder Gruppen bestimmte Rechte ohne sachliche Rechtfertigung vorenthält. Entgegen dem ersten Anschein ist das Vorenthalten kein Tun, sondern ein Unterlassen. Denn die Diskriminierung entsteht genau genommen durch das Unterlassen der Ausdehnung der Rechte bzw allenfalls Kompetenzen auch auf bestimmte andere Personen oder Vergleichsgruppen. Dass der Gleichheitssatz eine solche beschriebene Problematik (Diskriminierung durch Unterlassen) erfasst, ist gewiss nicht selbstverständlich, lässt sich aber dennoch begründen. Denn der Gleichheitssatz ist »jedenfalls insoweit kein Abwehrrecht im klassischen Sinn, als er dem Einzelnen keinen staatsfreien Raum verschafft, sondern im Gegenteil gerade den Raum beherrscht, in dem der Staat tätig wird und – je nach Lage des Falles – entweder eine Ausdehnung oder eine Einschränkung dieser staatlichen Tätigkeit verlangt«.[10] Spiegelbildlich betrachtet kann der Gleichheitssatz damit einen Anspruch auf ein staatliches Unterlassen ebenso vermitteln, wie ein – was immer empfindlicher ist – Recht auf ein positives Tun, wie etwa dann, wenn

8 Zu möglichen anderen Motiven vgl im Zusammenhang mit dem Tragen einer vollverschleiernden Bekleidung *Zußner* in Baumgartner, Jahrbuch für Öffentliches Recht 2018, 138 f mwN.

9 Der EGMR stieß sich vor dem Hintergrund von Art 9 iVm Art 14 EMRK bislang im Einzelfall nicht an Kopftuchverboten in Volksschulen (EGMR 15. 2. 2001, 42393/98 [Dahlab/Schweiz]) sowie an Universitäten (EGMR 29. 6. 2004, 44774/98 [Sahin/Türkei]); ein pauschales Verbot zum Tragen muslimischer Kopftücher im öffentlichen Raum wird aber von der herrschenden Lehre in Österreich nach wie vor als nicht EMRK- oder verfassungskonform angesehen; siehe hierzu anstatt vieler *Lienbacher* in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch der Grundrechte VII/1, Rz 464 mwN. Die Entscheidung EGMR 18. 9. 2018, 3413/09 (Lachiri/Belgien), wonach ein Verstoß gegen die Religionsfreiheit dann vorliegt, wenn muslimischen Frauen mit Kopftuch der Zutritt zu einem Gerichtssaal verwehrt wird, deutet unter Anwendung eines Größenschlusses daraufhin, dass der EGMR wohl auch pauschale Kopftuchverbote für den gesamten öffentlichen Raum (weiterhin) als Verstoß gegen Art 9 EMRK alleine oder in Verbindung mit Art 14 EMRK ansehen würde.

10 *Pöschl,* Gleichheit, 662 f.

ein Anspruch auf Waisenpension von Kindern nach ihrem Vater nur »ehelichen« Kindern[11] eingeräumt würde.[12]

Dass aus dem Gleichheitssatz, vermittelt durch das Verbot einer aktiven Diskriminierung, ein Recht auf ein positives Tun erfließen kann, ist dabei freilich nicht mit der Frage zu verwechseln, ob der Gesetzgeber auch dazu verhalten sein kann, »um die zwischen den Menschen bestehende faktische Ungleichheit einzuebnen«, oder anders formuliert: faktische Unterschiede zu beseitigen.[13] Wie wir sogleich sehen werden, muss das Gesetz zwar gewährleisten, dass die Vergleichsgruppe vor dem Gesetz nicht nur formal, sondern im Ergebnis gleich ist. Dies gilt aber eben nur *vor* dem Gesetz und nicht auch im Tatsächlichen. Denn die Herstellung faktischer Gleichheit wird mittels Gleichheit vor dem Gesetz dem Grunde nach gerade nicht gewährleistet.[14]

B. Unmittelbare Diskriminierung – mittelbare Diskriminierung

1. Unmittelbare Diskriminierung

Wenn der Gesetzgeber Rechte bestimmter vergleichbarer Personen oder Gruppen unmittelbar beschneidet (erster vorhin genannter Fall) oder nur bestimmten vergleichbaren Personen oder Gruppen gewisse Rechte vorbehält (zweiter vorhin genannter Fall), kann er beides unmittelbar durch das Erlassen einer entsprechenden gesetzlichen Vorschrift tun. Ob darin dann schon eine Diskriminierung liegt, ist allerdings mit der Differenzierung allein noch nicht gesagt. Denn der Gleichheitssatz

11 Die Differenzierung, an die lange Zeit unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft worden waren, wurde im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch – ABGB, JGS 946/1811 (zuletzt BGBl I 58/2018) – mit dem Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 – KindNamRÄG 2013, BGBl I 15/2013 – weitgehend beseitigt; siehe aber zB die geltende Fassung von § 167 Abs 2 ABGB, wonach Vertretungshandlungen und Einwilligungen eines Elternteils, die die Anerkennung der Vaterschaft zu einem *unehelichen Kind* betreffen, zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des anderen obsorgebetrauten Elternteils bedürfen.

12 Siehe aber noch VfGH 19.3.1964, B 106/63, worin diese Differenzierung noch als sachlich gerechtfertigt angesehen wurde; vgl aber die inhaltliche Judikaturwende in VfGH 12.6.1984, G 54/82; siehe zu alledem *Pöschl,* Gleichheit, 472 f.

13 *Pöschl,* Gleichheit, 166.

14 *Schäffer,* Verfassungsinterpretation, 166; *Pöschl,* Gleichheit, 664.

enthält, das ist wohl inzwischen überwiegend anerkannt, kein »Prima-facie-Recht auf Gleichbehandlung«[15], sodass Differenzierungen nicht an sich bedenklich, sondern eben nur prima facie verboten sind.[16] Gleiches ist zwar grundsätzlich gleich und Ungleiches grundsätzlich ungleich zu behandeln, aber eben nur solange keine sachliche Rechtfertigung für das jeweilige Gegenteil vorliegt. Letzteres wäre freilich nur dann der Fall, wenn (i) schon der angestrebte Regelungszweck illegitim ist oder (ii) ein legitimes Ziel zwar besteht, aber der Gesetzgeber die mit dem Regelungsziel verknüpfte Differenzierung »nach ihrer Art und Intensität nicht in Kauf nehmen durfte«.[17] Dass dies im Ergebnis auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung hinausläuft, hat *Pöschl*[18] in ihrer Habilitationsschrift eindrucksvoll gezeigt. Kurz gesagt, geht es bei der Frage der Rechtfertigung von Eingriffen in sogenannte komparative Rechte des allgemeinen Gleichheitssatzes also letztlich um die Abwägung teils gegenläufiger Interessen.

Besonders schwer wiegt freilich eine Differenzierung, die an ein sogenanntes verpöntes Differenzierungsmerkmal anknüpft, wie sie Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG etwa exemplarisch anführt,[19] die allesamt in der Person eines Individuums gelegen sind und wozu heute beispielsweise anerkanntermaßen auch die Sexualität zählt.[20] Doch – und das ist ein wesentlicher Punkt – der Gleichheitssatz gewährleistet auch hier kein absolutes Anknüpfungsverbot in Bezug auf solche in der Person gelegenen Merkmale, sondern begründet – wie im Allgemeinen – nur ein Prima-facie-Verbot, aufgrund eines der genannten Persönlichkeitsmerkmale benachteiligt zu werden.[21] Es besteht aber immerhin die Vermutung, dass solche in der Person gelegenen Merkmale im Zweifel keinen wesentlichen Unterschied zwischen Menschen begründen, zumal sie sonst in eine »ausweglose Situation« gebracht würden,[22] können sie

15 *Pöschl,* Gleichheit, 878.
16 *Pöschl,* Gleichheit, 148 ff (zu den Einwänden), 878 f.
17 *Berka,* Verfassungsrecht, Rz 1649.
18 Zum entsprechenden Ablauf der Gleichheitsprüfung nach *Pöschl* siehe *dies,* Gleichheit, 889 ff.
19 *Pöschl,* Gleichheit, 357; *dies* in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch der Grundrechte VII/1, Rz 98.
20 Zum Beispiel VfGH 4.12.2017, G 258–259/2017 mwN; siehe aber auch bereits *Pöschl,* Gleichheit, 470 (mwN), die zu Recht die Nähe zum Merkmal »Geschlecht« hervorhebt.
21 *Pöschl,* Gleichheit, 376 f.
22 *Pöschl,* Gleichheit, 371.

doch – und das ist wichtig hervorzuheben – diese Merkmale nicht oder wenigstens »nicht zumutbar« ablegen.[23] Besonders anfällig für Diskriminierungen sind Merkmale, die sichtbar sind, weil sie die nicht (zumutbar) veränderbare Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe in gewisser Weise einzementieren.[24] Deshalb kehrt sich hier auch in berechtigter Weise die Argumentationslast um. Das bedeutet, dass die Differenzierung anhand solcher Merkmale grundsätzlich »suspekt«[25] bleibt und nur dann gerechtfertigt sein kann, wenn sie zur Erreichung eines zwingenden öffentlichen Interesses geeignet und erforderlich ist und wenn dieses Interesse zudem schwerer wiegt als die Benachteiligung der Betroffenen.[26]

2. Mittelbare Diskriminierung

Der Gesetzgeber kann den Einzelnen oder bestimmte Gruppen nicht nur unmittelbar durch ein Tun oder Unterlassen diskriminieren, er kann dies gleichermaßen auch bloß »mittelbar« tun, denn: Einzelne Rechte können bestimmten Personen oder Gruppen auch bloß im Ergebnis vorbehalten oder vorenthalten werden, ohne dass es hierfür eine sachliche Rechtfertigung gibt. Ein aktuelles Beispiel für eine bloß faktische Differenzierung durch ein Tun des Gesetzgeber liefert das Verbot der Gesichtsverhüllung im öffentlichen Raum nach § 2 AGesVG.[27] Nach dem Vorbild entsprechender Vorschriften in Frankreich und Belgien wird damit zwar die Gesichtsverhüllung *an sich* verboten, dh unabhängig vom Zweck der Verschleierung oder der Motivation des Einzelnen.[28] Wie der EGMR trotz letztlicher Billigung der Vollverschleierungsverbote im Lichte der Art 8 bis 10 EMRK zutreffend zugestanden hat, liegt aber auf der Hand, »dass das umstrittene Verbot hauptsächlich muslimische Frauen betrifft, die den Gesichtsschleier [insbesondere aus religiöser Überzeugung] tragen wollen«.[29] Ob es, wie der EGMR meint, tatsächlich sachliche Unterschiede gibt, die diese mittelbare Benachteiligung

23 *Pöschl,* Gleichheit, 371.
24 *Pöschl,* JRP 2016, 124.
25 Vgl *Pöschl,* Gleichheit, 472 (»suspekter Differenzierungen«).
26 *Pöschl,* Gleichheit, 470 f.
27 Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz – AGesVG, BGBl I 68/2017.
28 *Zußner* in Baumgartner, Jahrbuch für Öffentliches Recht 2018, 133 f, 140 ff mwN.
29 EGMR 1.7.2014 (GK), 43835/11 (S.A.S./Frankreich), Rz 151.

insbesondere aus Gründen der Religion rechtfertigen können,[30] kann freilich durchaus bezweifelt werden.[31]

Umgekehrt bildet ein (bereits von *Pöschl*[32] genanntes) Beispiel für eine faktische Benachteiligung durch gesetzgeberisches Unterlassen der gesetzlich fixierte Zugang aller Kinder zu einer Einheitsschule, zumal diese lediglich auf ein durchschnittliches Kind zugeschnitten und damit auch nur zu Förderung der Fähigkeiten und Begabungen solcher Kinder geeignet wäre. Kinder mit besonderen Bedürfnissen blieben bei einer solchen Regelung »außen vor«. Ein weiteres entsprechendes Beispiel bildet die Nichtberücksichtigung der Bezugszeiten von Kinderbetreuungsgeld bei der Festsetzung der Dauer des Bezuges von Arbeitslosengeld, weil das Frauen *realiter* härter trifft als Männer.[33]

Ganz allgemein gilt, dass die Identifikation einer »mittelbaren Diskriminierung« freilich ungleich anspruchsvoller ist, als bei einer unmittelbaren Diskriminierung. Dies gilt aber nicht nur deshalb, da die Folgen einer Rechtsnorm schwerer auszumachen sind als ihr (regelmäßig abstrakter) Inhalt. Vielmehr ist auch zu berücksichtigen, dass das Gesetz, *vor* dem alle gleich sind, als generelle Norm zwangsläufig abstrahieren bzw verallgemeinern muss; dass eine Rechtsnorm demnach für verschiedene Personen oder Gruppen unterschiedliche Folgen hat bzw haben kann, muss die Rechtsordnung – und mit ihr auch der Gleichheitssatz – dem Grunde nach »billigend in Kauf [nehmen]« und tut dies auch.[34]

Umgekehrt folgt daraus nicht, dass der Gleichheitssatz unterschiedlichen Auswirkungen einer Norm in jedem Fall neutral gegenübersteht.[35] Es bedarf aber einer »besonderen Begründung«, will man eine Norm »gerade aufgrund ihrer ungleichen Folgen einer Gleichheitsprüfung unterz[iehen]«.[36] Eine solche Begründung kann, wie *Pöschl*[37] überzeugend darlegt, insbesondere »in den speziellen Gleichheitssätzen und im personalen Schutzzweck des allgemeinen Gleichheitssatzes« liegen. Kann

30 EGMR 1.7.2014 (GK), 43835/11 (S.A.S./Frankreich), Rz 161 f.
31 Gegen eine solche Auffassung äußerte sich der Verfasser bereits an anderer Stelle; siehe hierzu *Zußner* in Baumgartner, Jahrbuch für Öffentliches Recht 2018, 152 ff.
32 *Pöschl,* Gleichheit, 161 f.
33 VfGH 10.12.2013, G 74/2013 ua.
34 *Pöschl,* Gleichheit, 485.
35 *Pöschl,* Gleichheit, 485.
36 *Pöschl,* Gleichheit, 485.
37 *Pöschl,* Gleichheit, 485.

sie erbracht werden, muss die »unerwünschte Nebenfolge« einer Norm nur dann ertragen werden, wenn das Interesse der betroffenen Personen oder Gruppen, nicht aufgrund einer persönlichen Eigenschaft benachteiligt zu werden, nicht schwerer wiegt, als die vom Gesetzgeber verfolgten Interessen.[38]

III. Zwischen den bekannten Kategorien

A. Zwischen Diskriminierung durch Tun und Unterlassen

Die vorhin rekapitulierten Grundlagen wiederholten sicherlich viel Altbekanntes, waren aber notwendig, um die folgenden Ausführungen verständlicher zu machen. Denn »zwischen« den bekannten Kategorien gibt es »heikle« Abgrenzungsfälle, die oft gar nicht leicht zu identifizieren, einzuordnen und zu bewerten sind. Ein anschauliches Beispiel für die Frage, ob ein Tun oder Unterlassen des Gesetzgebers gefordert ist, damit eine Diskriminierung gebannt werden kann, betrifft etwa die Frage der Gleichstellung der Frauen gegenüber Männern.[39] Grundsätzlich ist eine (auch bloß mittelbare) Differenzierung nach dem Merkmal des Geschlechts nur insoweit zulässig, als sie durch die gegebenen Unterschiede im Biologischen gerechtfertigt werden kann.[40] Umgekehrt kann die Staatszielbestimmung des Art 7 Abs 2 B-VG bei einfachgesetzlichen Abwägungsentscheidungen »eine Berücksichtigung des Grundsatzes der Geschlechterparität […] gebieten«,[41] sodass Maßnahmen zur »Beseitigung faktischer Beeinträchtigungen der Chancengleichheit« – und damit eine Differenzierung aufgrund des Geschlechts – gerade geboten sein können.[42] Das Spannungsverhältnis, das durch diese gegenläufigen Anforderungen in Fragen der Gleichstellung der Geschlechter besteht, wird sich klarerweise nicht in allen Fallkonstellationen glatt

38 Abermals nimmt hier die Gleichheitsprüfung »die Form einer *Verhältnismäßigkeitsprüfung* an« *(Pöschl,* Gleichheit, 486 [Hervorhebung im Original]).

39 Zur Gleichstellung von Frauen und Männern in Allgemeinen siehe zB *Berka,* Verfassungsrecht, Rz 1671 ff; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger,* Bundesverfassungsrecht, Rz 1361.

40 *Berka,* Verfassungsrecht, Rz 1673; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger,* Bundesverfassungsrecht, Rz 1361.

41 *Berka,* Verfassungsrecht, Rz 1673; *Pöschl* in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch der Grundrechte VII/1, Rz 105.

42 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger,* Bundesverfassungsrecht, Rz 1361 am Ende.

auflösen lassen. Dasselbe gilt etwa für die Gleichheit von Personen mit und ohne besonderen Bedürfnissen.[43] Nach der Rechtsprechung des VfGH besteht auch hier nicht nur die Zulässigkeit, sondern uU das Gebot des Ausgleichs faktischer Unterschiede.[44] Ebenfalls treffen Diskriminierungsverbot und Handlungspflichten bei den Differenzierungsmerkmalen von »Klasse« bzw »Armut« und »Reichtum« aufeinander. So ist es einerseits nach Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG ausdrücklich verboten, nach der »Klasse« zu differenzieren, andererseits muss das Gesetz der Rechtsanwendung etwa bei der Bemessung gesetzlich vorgesehener Unterhaltspflichten oder Geldstrafen sehr wohl Raum für die Rücksichtnahme auf die individuellen Vermögensverhältnisse belassen.[45]

B. Zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung

Nicht weniger komplex sind die Abgrenzungsprobleme im Bereich der Frage, ob im Gesetz mittelbar oder unmittelbar unterschieden und allenfalls mangels sachlicher Rechtfertigung diskriminiert wird. Die Zuordnung zu einer der beiden genannten Kategorien (mittelbar/unmittelbar) hat freilich Konsequenzen für die Rechtfertigungsanforderungen einer Unterscheidung und damit für die Frage, ob im Ergebnis eine Diskriminierung festgestellt werden kann.[46] Das zeigt sich unter anderem an der Bewertung der Frage eines Kopftuchverbotes am Arbeitsplatz durch den EuGH aufgrund einer Neutralitätsregel, die zwar in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall durch den Arbeitgeber »verordnet« wurde, die aber in entsprechend verallgemeinerter Form vom Gesetzgeber zumindest ausdrücklich erlaubt werden könnte. Unionsrechtliches Diskriminierungsrecht verhält sich zwar nicht eins zu eins zu seinen nationalen Gegenbildern, eine gegenseitige (zumindest mittel- und langfristige) Beeinflussung der Dogmatik und Rechtsan-

43 *Pöschl,* JRP 2016, 126 vor FN 27; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger,* Bundesverfassungsrecht, Rz 1363 f mwN.

44 Nach Auffassung des VfGH sei etwa bei aufenthaltsbeendenden Maßnahmen auf besondere Bedürfnisse iSv Behinderungen Rücksicht zu nehmen (VfGH 3. 9. 2009, U 1275/09).

45 *Pöschl,* JRP 2016, 130.

46 Vgl nur die verallgemeinerungsfähigen Ausführungen vor dem Hintergrund eines unionsrechtlichen Diskriminierungsverbotes *Mangold/Payandeh,* EuR 2017, 708.

wendung im europäischen Mehrebenensystem wird man aber unschwer »vom Tisch wischen« können.

Insofern interessiert auch mit Blick auf genuin innerstaatliche Diskriminierungsverbote, dass der EuGH[47] in einer unternehmensinternen Neutralitätsregel keine unmittelbare Benachteiligung sah, sondern nur eine Maßnahme, die maximal zu einer mittelbaren Benachteiligung muslimischer Frauen führen könne. Ob eine solche Neutralitätsvorgabe des Arbeitgebers aufgrund seiner unternehmerischen Freiheit sachlich gerechtfertigt werden könne, ließ der EuGH offen bzw überließ er den zuständigen belgischen Gerichten. Explizit verneint hat er dies somit jedenfalls nicht und damit das Schwellengewicht der Interessen bestimmter muslimischer Arbeitnehmerinnen relativiert. Dass man in der unternehmensinternen Neutralitätsvorgabe auch (leicht) eine unmittelbare Benachteiligung aller *einzelnen* erfassten (politischen, philosophischen oder religiösen) Überzeugungen sehen und damit im Ergebnis die Neutralitätsregel sogar als unmittelbare Diskriminierung klassifizieren hätte können, wurde in der Literatur schon ausführlich dargestellt.[48]

Dass die Klassifizierung als unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung entsprechende Konsequenzen nach sich zieht, sieht man besonders gut auch bei der (unterschiedlichen) Beurteilung von gesetzlichen Gesichtsverhüllungsverboten durch den EGMR, mit der sich wegen des § 2 AGesVG wohl auch bald der VfGH auseinandersetzen wird müssen. Im Fall des französischen oder belgischen Vollverschleierungsverbotes hat der EGMR zwar eine mittelbare Benachteiligung muslimischer Frauen festgestellt, eine Verletzung von Art 9 iVm Art 14 EMRK aber nicht angenommen.[49] Das Problem der europäischen Vollverschleierungsverbote einschließlich des österreichischen Vollverschleierungsverbotes nach § 2 AGesVG liegt freilich darin, dass den neutralen Verbotstatbeständen jeweils ein weitreichender Katalog an Ausnahmetatbeständen zur Seite gestellt wurde, woran die Neutralität des Grundtatbestandes leidet. Ein Verstoß gegen das österreichische Verhüllungsverbot nach § 2 Abs 1 AGesVG liegt nicht vor, »wenn die Verhüllung oder Verbergung der Gesichtszüge durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist, im Rahmen künstlerischer, kultureller oder traditioneller Veranstaltungen

47 ZB EuGH 14.3.2017, C-157/15 (Achbita).
48 *Mangold/Payandeh,* EuR 2017, 704 ff, 708 ff.
49 EGMR 1.7.2014 (GK), 43835/11 (S.A.S./Frankreich); EGMR 11.7.2017, 37798/13 (Belcacemi/Belgien).

oder im Rahmen der Sportausübung erfolgt oder gesundheitliche oder berufliche Gründe hat«. Damit werden praktisch alle in Österreich bereits bislang bekannten Formen der Gesichtsverhüllung rücklings wieder aus dem Verbotstatbestand des § 2 Abs 1 AGesVG ausgenommen. Insofern könnte man – so wie der EGMR dies auch bereits mit Blick auf das französische und belgische Vorbild des österreichischen Nachbaus tun hätte können – in einer Gesamtzusammenschau von Verbot und Ausnahmen leicht zum Ergebnis einer unmittelbaren Diskriminierung kommen.[50] Jedenfalls lässt sich aber vertreten, dass hier jeweils eine *nahezu* unmittelbare Benachteiligung[51] mit entsprechend *höheren* Rechtfertigungserfordernissen vorliegt.

Dieses Ergebnis ist freilich nicht zwingend. Im gegebenen Zusammenhang zeigt es aber jedenfalls bedeutende Abgrenzungsschwierigkeiten. Außerdem gibt die Vorjudikatur des EGMR zur Bewertung des österreichischen Gesichtsverhüllungsverbots Anlass zur Sorge. Denn es macht deutlich, dass Gerichte die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen mittelbarer und unmittelbarer Benachteiligung einzelner oder bestimmter Gruppen dafür nützen können, (auch politisch) heikle Entscheidungen bewusst an den parlamentarischen Gesetzgeber zurückzuspielen. Das mag man auf den ersten Blick als durchwegs positiv bewerten, weil diese Vorgehensweise unmittelbar demokratisch-legitimierten Entscheidungen zum Durchbruch verhilft. Doch im freien Spiel der Kräfte einer Mehrheitsgesellschaft bleibt ohne »Schiedsrichter« für unpopuläre Interessen der Angehörigen von (zB religiösen) Minderheiten potentiell wenig Platz.[52] Die Frage, die sich darauf aufbauend stellt, lautet, welchen bitteren Beigeschmack dieses (möglicherweise) rechtsstaatliche Defizit am Ende wieder für das Funktionieren der pluralistischen Gesellschaft als unverzichtbares Fundament[53] unserer Demokratie hat.

---

50 Hierzu bereits *Zußner* in Baumgartner, Jahrbuch für Öffentliches Recht 2018, 152 ff.

51 In diese Richtung geht wohl auch die Stellungnahme der Antidiskriminierungsstelle Steiermark zum AGesVG vom 8.3.2017, abrufbar unter <http://www.antidiskriminierungsstelle.steiermark.at/cms/beitrag/12571423/136225055> (20.11.2018).

52 Zu Recht warnt *Czech,* ZÖR 2018, 235, wenn auch vor einem anderen Hintergrund (Öffnung der Ehe): »Auch in der Demokratie müssen die Rechte von Minderheiten gegenüber dem Votum der Mehrheit geschützt werden. Dieser Schutz bildet den Kern des Diskriminierungsverbots und seine Effektuierung ist eine der zentralen Aufgaben eines Verfassungsgerichts.«

53 Zum Zusammenspiel von Grundrechten, Pluralismus und Demokratie vgl anstatt vieler *Berka,* Verfassungsrecht, Rz 127: »Neben der Gleichheit sind die Grundsätze

IV. Jenseits bekannter Kategorien

A. Problemstellung

Neben schwierigen Abgrenzungsfragen und Fallbeispielen mittelbarer oder unmittelbarer Diskriminierung durch gesetzgeberisches Tun oder Unterlassen interessieren im vorliegenden Zusammenhang besonders Erscheinungsformen von Diskriminierung durch das parlamentarische Gesetz jenseits der wohlbekannten Kategorien.

Der VfGH[54] präsentiert mit dem Erkenntnis zur »Öffnung der Ehe« gleich zwei neue Kategorien möglicher Erscheinungsformen von Diskriminierung durch das parlamentarische Gesetz, wenn er mit Blick auf die Unterscheidung von Ehe (für verschiedengeschlechtliche Paare) und Eingetragene Partnerschaft (für gleichgeschlechtliche Paare) meint, dass sich die »Differenzierung in zwei Rechtsinstitute [...] heute nicht [mehr] aufrechterhalten [lässt], ohne gleichgeschlechtliche Paare im Hinblick auf ihre sexuelle Orientierung zu diskriminieren«.[55]

Konkret lautet der für die nachfolgende Untersuchung bedeutsame und damit an dieser Stelle wörtlich wiedergegebene Wortlaut der Feststellungen des VfGH: »Indem der Gesetzgeber nach der geltenden Rechtslage Ehe und eingetragene Partnerschaft und folglich auch verschieden- und gleichgeschlechtliche Paare dadurch separiert, dass er für die staatliche Anerkennung ihrer Verbindung verschiedene – wenn auch in den Rechtsfolgen im Wesentlichen gleich gestaltete – Institute vorsieht, kommt in vielfältigen Lebenskonstellationen sichtbar zum Ausdruck, dass zwar eingetragene Partnerschaft und Ehe im Hinblick auf Rechtsbeziehung und Rechtsfolgen vergleichbar sind, diese Institute aber an sich ungleiche Verbindungen erfassen [...] Vor dem Hintergrund einer bis in die jüngste Vergangenheit reichenden rechtlichen und gesellschaftlichen Diskriminierung von Personen gleichgeschlechtlicher sexueller Orientierung [...] hat diese Trennung von Beziehungen, die

der politischen Freiheit und der Toleranz weitere unerlässliche Bedingungen der Demokratie [...] Es ist vor allem auch die Funktion der Grundrechte, die Offenheit des politischen Systems, die freie gesellschaftliche Meinungsbildung und die pluralistische Organisation von Interessen zu gewährleisten.«

54 VfGH 4.12.2017, G 258/2017 ua; siehe dazu und zum Folgenden auch *Pail,* ICL 2018, 225 ff. Kritisch geäußert zum Erkenntnis haben sich schon bald nach dessen Veröffentlichung etwa *Ruppe,* JBl 2018, 428 ff (insbesondere auch 429 f, 432); *Kerschner,* JBl 2018, 30 ff. Ein eher positives Fazit zieht demgegenüber *Czech,* ZÖR 2018, 235.

55 VfGH 4.12.2017, G 258/2017 ua.

in ihrem Wesen und ihrer Bedeutung für den individuellen Menschen grundsätzlich gleich sind, in unterschiedliche Rechtsinstitute einen diskriminierenden Effekt, wie ihn Art [] 7 Abs[]1 Satz 2 B-VG als wesentlichsten Inhalt des Gleichheitsgrundsatzes gerade verbietet. Denn auf diese Weise wird aus der Perspektive gleichgeschlechtlicher Paare mit dem unterschiedlichen Rechtsinstitut öffentlich und für jede Person deutlich gemacht, dass die von der eingetragenen Partnerschaft erfasste Beziehung zwischen zwei Personen gleichen Geschlechts etwas [A]nderes ist als die Ehe zwischen Personen verschiedenen Geschlechts, obwohl beide Beziehungen intentional von den gleichen Werten getragen sind. Die Trennung in zwei Rechtsinstitute bringt somit – auch bei gleicher rechtlicher Ausgestaltung – zum Ausdruck, dass Personen mit gleichgeschlechtlicher sexueller Orientierung nicht gleich den Personen mit verschiedengeschlechtlicher Orientierung sind. Die damit verursachte diskriminierende Wirkung zeigt sich darin, dass durch die unterschiedliche Bezeichnung des Familienstandes (›verheiratet‹ versus ›in eingetragener Partnerschaft lebend‹) Personen in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft auch in Zusammenhängen, in denen die sexuelle Orientierung keinerlei Rolle spielt und spielen darf, diese offen legen müssen und, insbesondere auch vor dem historischen Hintergrund, Gefahr laufen, diskriminiert zu werden. Vor solchen Wirkungen will Art[]7 Abs[]1 Satz 2 B-VG in besonderer Weise schützen.«

Zusammengefasst soll somit einerseits das Drohen eines Zwangsoutings wegen der möglichen Gefahr einer daran anknüpfenden Diskriminierung durch die Vollziehung oder Private die Verfassungswidrigkeit des Ehevorbehalts für verschiedengeschlechtliche Paare[56] bewirken.[57] Andererseits soll – parallel und damit offenbar unabhängig hiervon – auch bereits die rein begriffliche Unterscheidung von Ehe und eingetragener Partnerschaft von diskriminierender Wirkung sein. Immerhin wird im Erkenntnis ausdrücklich auf die institutionelle Separierung ohne wesentliche rechtliche Konsequenzen, dh im Ergebnis auf eine

56 Der prüfungsgegenständliche § 44 ABGB, JGS 946/1811, lautet: »Die Familien-Verhältnisse werden durch den Ehevertrag gegründet. In dem Ehevertrage erklären zwey Personen verschiedenen Geschlechtes gesetzmäßig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen, und sich gegenseitigen Beystand zu leisten.«

57 Zur »Gefahr der Offenlegung des Familienstandes« zB *Hiesel* in Baumgartner, Jahrbuch für Öffentliches Recht 2018, 229 f.

grundsätzlich rein terminologische Differenz abgestellt.[58] Die nachfolgenden Ausführungen beleuchten die beiden vom VfGH gesehenen gleichheitsrechtlichen Probleme der vormals auf die Verbindung verschiedengeschlechtlicher Personen[59] beschränkten Zivilehe.

B. Diskriminierung im Gesetz durch Gefahr einer nachgelagerten Diskriminierung im Vollzug oder zwischen Privaten

Die Separierung von »Ehe« und »eingetragener Partnerschaft« ist nach der entsprechenden Terminologie von EheG[60] einerseits und EPG[61] andererseits mit unterschiedlichen Bezeichnungen des Familienstandes einer Person verbunden, die sich in aufrechter Ehe oder aufrechter eingetragener Partnerschaft befindet. Bei aufrechter Ehe lautet der Familienstand gemäß § 2 Abs 1 Z 4 PStG 2013[62] »verheiratet«, bei aufrechter eingetragener Partnerschaft lautet der Familienstand »in eingetragener Partnerschaft lebend«. Selbst für den Fall des Vorversterbens eines Ehegatten oder eingetragenen Partners differenziert § 2 Abs 1 Z 4 PStG 2013 zwischen einer »verwitweten« Person und einem »hinterbliebenen eingetragenen Partner«. Das Gegenstück zur Scheidung von Eheleuten ist die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft, weshalb § 2 Abs 1 Z 4 PStG hinsichtlich des Personenstandes zwischen »geschiedenen« Personen und solchen nach »aufgelöster eingetragener Partnerschaft« unterscheidet. Das Pendant für »Ehe aufgehoben« ist der Status »eingetragene Partnerschaft für nichtig erklärt«. Und selbst nach Nichtigerklärung der rechtlich institutionalisierten Beziehung

58 Gegenstand des Erkenntnisses war, wie in der Literatur zu Recht festgehalten wurde, indes die Abkehr vom traditionellen »Ehebegriff«; siehe zB *Cornides,* ZÖR 2018, 244.

59 Zum Zeitpunkt der Öffnung der Ehe gab es noch kein »drittes Geschlecht«, das entsprechende Erkenntnis stammt vom 29.6.2018 und trägt die Geschäftszahl G 77/2018. Die Öffnung der Ehe wurde bereits im Dezember 2017 bewirkt (siehe nochmals oben FN 54). Insofern war Bedingung der Möglichkeit des Eingehens der Ehe bei der Gesetzesprüfung durch den VfGH noch eine Verbindung zwischen *Mann* und *Frau.*

60 Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet. Vom 6. Juli 1938, dRGBl I S 807/1938 idF BGBl I 59/2017.

61 Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – EPG, BGBl I 135/2009 idF BGBl I 161/2017.

62 Personenstandsgesetz 2013 – PStG 2013, BGBl I 16/2013.

differenziert man zwischen einer für nichtig erklärten Ehe oder eingetragenen Partnerschaft. Zumal bislang eine Ehe nur von verschiedengeschlechtlichen und eine eingetragene Partnerschaft nur von gleichgeschlechtlichen Personen gültig eingegangen werden durften, konnte insofern vom Personenstand auf die sexuelle Orientierung geschlossen bzw ein entsprechender Zusammenhang zumindest vermutet werden. Mit der Offenlegung des Familienstandes war insofern mit Ausnahme des Falles einer ledigen Person regelmäßig auch die Preisgabe der (jedenfalls aktuellen[63]) sexuellen Vorliebe verbunden. Für den VfGH birgt die Offenlegung des Personenstandes in der Konsequenz und »insbesondere auch vor dem historischen Hintergrund« die Gefahr in sich, diskriminiert zu werden und bedingt deshalb auch die Gleichheitswidrigkeit von bestimmten Wortfolgen in Gesetzesbestimmungen, genau genommen von den Wortfolgen »verschiedenen Geschlechts« in § 44 ABGB, JGS 946/1811 sowie von »gleichgeschlechtlicher Paare« in § 1 EPG, BGBl I 135/2009 idF BGBl I 25/2015.

Dieser (konkreten) Argumentationslinie des VfGH kann aber aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden: Erstens ist eine entsprechende Diskriminierung nicht zwingend, sondern setzt einen dem Gesetz nachgelagerten entsprechenden Willensentschluss voraus, der im Fall staatlicher Organe sowohl im Hoheitsbereich als auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung[64] gerade verboten ist. Zwischen Privaten ist diskriminierendes Verhalten kraft Privatautonomie grundsätzlich erlaubt,[65] insofern kein Rechts- und damit auch kein mögliches Gleichheitsproblem. Außerdem ist die Diskriminierung zwischen Privaten zumindest dort verboten, wo Diskriminierungsverbote mittelbare Drittwirkung[66] entfalten oder Diskriminierungsverbote unmittelbar anwendbar sind, wie etwa im Arbeitsleben, wo das Fragerecht des (auch bloß zukünftigen) Arbeitgebers die sexuelle Orientierung grundsätzlich nicht erfasst.[67] Denn das Gleichbehandlungsgebot des § 17 Abs 1 GlBG[68] verbietet jede Diskriminierung einer Person aufgrund ihrer sexuellen

63 Vorstellbar wäre, dass eine vormals verpartnerte Person später eine Person verschiedenen Geschlechts heiratet und umgekehrt.

64 Zur Fiskalgeltung der Grundrechte siehe bereits oben FN 2.

65 *Perner,* ÖJZ 2011, 334.

66 Zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte siehe bereits oben FN 4.

67 *Rebhahn* in Neumayr/Reissner, Zellkomm, § 864a ABGB Rz 9.

68 Gleichbehandlungsgesetz – GlBG, BGBl I 66/2004 idF BGBl I 40/2017.

Orientierung. Außerdem sind Fälle, in denen die sexuelle Orientierung auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellen kann,[69] wohl kaum denkbar. Nur hier wäre dies aber erlaubt.[70]

Verbotenes oder im Fall von Privaten zT sogar erlaubtes Handeln dem Gesetzgeber zur Last zu legen, führt zu Ende gedacht (ähnlich der Forderung nach einer »Gleichheit im Unrecht«[71]) unweigerlich zur Auflösung des Rechtsstaates, weil schlichtweg weder ein staatliches Organ noch ein allenfalls verpflichteter Privater an den Vorgaben des Gesetzgebers vorbeispielen darf. Der VfGH hat wohl gedacht, er packt hier mit der dargestellten Argumentation ein offensichtliches Gesellschaftsproblem direkt an der Wurzel. In Wahrheit bestraft er aber mit dem Gesetzgeber den »Falschen«, denn er stellt die Hierarchie von Gesetz und (nachgelagerter) Rechtsanwendung auf den Kopf. Der Einwand, im Fall der sexuellen Orientierung besteht ein Sonderproblem, dem anders nicht begegnet werden hätte können, schlägt mE ebenso wenig durch. Denn es gibt, wie zB im Fall der Religion oder Weltanschauung, auch viele andere Merkmale, die nicht zwingend nach außen in Erscheinung treten müssen und deren Träger – ähnlich dem Fall der sexuellen Orientierung – bis in die heutige Zeit hinein (auch) historisch bedingt[72] der Gefahr einer Diskriminierung ausgesetzt sind. Insofern muss man im gegebenen Zusammenhang jedenfalls noch die Frage dahingehend stellen, wo man dann eigentlich am Ende den Schlussstrich zieht, bevor dann letztlich alle Besonderheiten zwischen den Menschen der Gefahr ausgesetzt wären, aufgrund potentieller Diskriminierungsgefahr eingeebnet werden zu müssen.

C. Nominelle Differenzierung

Ein zweites Problem lag für den VfGH in der letztlich begrifflichen Unterscheidung für verschieden- und gleichgeschlechtliche Paare. Denn

69 § 20 Abs 1 Gleichbehandlungsgesetz – GlBG, BGBl I 66/2004 idF BGBl I 40/2017.

70 Siehe nochmals den Nachweis in FN 67.

71 *Pöschl,* Gleichheit, 754 f.

72 Vgl nur die Probleme der Entwicklung einer Gewährleistung diskriminierungsfreier Religionsfreiheit, dargestellt zB bei *Lienbacher* in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch der Grundrechte VII/1, Rz 1 ff.

wie der VfGH[73] festgestellt hat, sind Ehe und eingetragene Partnerschaft heute in ihren »Rechtsfolgen im Wesentlichen gleich [aus]gestalte[t]«. Eine Verletzung des Gleichheitssatzes wegen rechtlicher Benachteiligung scheidet insofern aus. In Frage kommt – aus komparativer Sicht – insofern nur eine begriffliche Benachteiligung. Dass der Gleichheitssatz es dem Gesetzgeber verbietet, wesentlich Gleiches unterschiedlich zu bezeichnen, lässt sich aber im Sinne eines komparativen Anspruchs nicht begründen. Die vermutete Gleichheit von Trägern verpönter Differenzierungsmerkmale spricht ja gerade dafür, die Besonderheit bestimmter Personen oder Gruppen weder einebnen zu dürfen noch (begrifflich) einebnen zu müssen. Daraus folgt dann aber auch, dass eine begriffliche Unterscheidung selbst wesentlich gleicher Personen oder Gruppen dem Grunde nach nicht gleichheitsrechtlich bedenklich sein kann. Einen komparativen Anspruch gleichgeschlechtlicher Personen, der darauf gerichtet ist, ebenfalls heiraten zu dürfen, anstatt sich weiterhin verpartnern zu müssen, lässt sich indes nicht überzeugend begründen.

Fraglich ist, ob die mit der begrifflichen Differenzierung bewirkte Separierung der eingetragenen Partnerschaft im Ergebnis nicht doch gegen eine (andere) Forderung des Gleichheitssatzes verstößt. Denn schon die Platzierung des Anspruchs, eine eingetragene Partnerschaft eingehen zu können, in § 2 EPG – und damit weit außerhalb des ABGB – zeigt, wo der Platz homosexueller Menschen in der Gesellschaft nach Auffassung des diese repräsentierenden Gesetzgebers wohl bis heute liegt: eher am Rande der Gesellschaft, aber ganz zweifellos nicht in ihrer Mitte. Damit wird aber nicht nur deutlich, wie der Gesetzgeber nach wie vor zu gleichgeschlechtlichen Partnerschaften steht. Es lässt sich indes auch unschwer erkennen, wie diese gesetzgeberische Wertung auf Homosexuelle bis heute unweigerlich wirken muss. Es darf nicht vergessen werden, dass homosexuelle Handlungen auch in Österreich lange Zeit unter Strafe gestellt wurden.[74] Bis zur Aufhebung des § 209 StGB durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2002[75] stand sogenannte »gleichgeschlechtliche Unzucht« mit Personen unter achtzehn Jahren noch unter der Androhung einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Es lassen sich insofern objektive Anhaltspunkte finden,

73 VfGH 4.12.2017, G 258/2017 ua.
74 Eingehend zu diesem Thema *Pöschl,* Gleichheit, 473 ff.
75 BGBl I 134/2002.

die es unschwer nachvollziehen lassen, wenn sich homosexuelle Personen durch ein Rechtsinstitut für ausschließlich gleichgeschlechtliche Paare mit eigener Bezeichnung im Ergebnis auch bei nahezu vollständiger Gleichstellung in den Rechtsfolgen zur Ehe allein aufgrund der vielen *vergangenen* Diskriminierungen gegenüber Homosexuellen nach wie vor stigmatisiert und herabgewürdigt fühlen. Insofern geht es dann aber weder um potentielle Diskriminierungen in der Zukunft, noch geht es um die (komparative) Forderung, dass heterosexuelle Menschen und deren institutionalisierte Beziehungen in der Gesellschaft bisweilen sehr wohl Anerkennung finden (und dieselbe Anerkennung bloß deshalb auch gleichgeschlechtlichen Paaren zustünde). Das Problem liegt vielmehr darin, dass homosexuelle Personen in der Konsequenz dieser – wenn auch nur begrifflich erzeugten – Herabwürdigung durch den Gesetzgeber wohl jenes Maß an Anerkennung vorenthalten wird, dass jeder Mensch kraft der *nichtkomparativen Kernforderung* des Gleichheitssatzes unweigerlich bereits »als solcher« verdient,[76] dh ganz unabhängig von der Behandlung anderer Personen oder Gruppen (hier: verschiedengeschlechtlicher Personen). Am Ende bleibt freilich auch an dieser Stelle wieder eine Wertungsfrage zurück. Wird sie bejaht, lässt sich aber das Ergebnis des VfGH in seinem Erkenntnis zur wechselseitigen Öffnung von Ehe und eingetragener Partnerschaft »für alle« entgegen aller Kritik auch rechtsdogmatisch begründen.[77]

V. Schlusswort

Der vorliegende Beitrag hat alte und neue Grundfragen des Antidiskriminierungsrechts behandelt, neben »bekannten« dogmatischen Kategorien von Diskriminierung durch den Gesetzgeber indes auch neuartige, teils fragwürdige, Kategorien in den Blick genommen. Ein zentraler Punkt der Abhandlung war letztlich die Frage, ob sich *eine* mögliche Sprache der Diskriminierung auch mittels rein begrifflicher Differenzierung äußern kann. Eine entsprechende komparative Forderung des Gleichheitssatzes konnte jedoch nicht hergeleitet werden. Allerdings

76 *Pöschl* in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch der Grundrechte VII/1, Rz 12.

77 Siehe dagegen zB nochmals *Ruppe,* JBl 2018, 428 ff, insbesondere auch 429 f, 432; *Kerschner,* JBl 2018, 30 ff.

kann allein die Sprache des Gesetzgebers herabwürdigend sein und den Einzelnen so zumindest in einer nichtkomparativen Forderung des Gleichheitssatzes verletzen. Denn nach der Gleichheit vor dem Gesetz verdient jeder Mensch schon für sich allein genommen hinreichende Anerkennung, womit die Terminologie des Gesetzgebers bei entsprechend qualifizierter Herabwürdigung des Einzelnen zweifellos in Konflikt geraten kann. Wann dies vorliegt, muss im Einzelfall festgestellt werden. Am Ende bleiben so freilich auch hier altbekannte Spannungsfelder zurück: einerseits der Konflikt um die richtige Verteilung von Aufgaben zwischen Gesetzgebung und (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit,[78] andererseits die Frage nach der richtigen Reaktion durch den Gesetzgeber auf den beinahe schizophrenen Wunsch des Einzelnen, »gleich« und – zugleich – »besonders« zu sein.[79]

78 *Berka,* Verfassungsrecht, Rz 1654.
79 Vgl treffend *Pöschl,* Gleichheit, 1.

Literaturverzeichnis

- *Berka Walter,* Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium[7] (2018).
- *Cornides Jakob,* Ist dem VfGH die »Öffnung« der Ehe missglückt? Kommentar zu VfGH 04.12.2017, G 258–259/2017, ZÖR 2018, 239.
- *Czech Philip,* Gleiches (Ehe-)Recht für alle! Anmerkungen zu VfGH 04.12.2017, G 258–259/2017, ZÖR 2018, 219.
- *Greif Elisabeth/Ulrich Silvia,* Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht (2017).
- *Hiesel Martin,* Ehe für alle als Verfassungsgebot? Der Weg zum und das Erk VfGH 04.12.2017, G 258–259/2017, in Baumgartner (Hrsg), Jahrbuch für Öffentliches Recht 2018 (2018) 213.
- *Holoubek Michael/Fuchs Claudia/Holzinger Kerstin,* Vergaberecht[5] (2018).
- *Kerschner Ferdinand,* Verfassungswidrigkeit der Unterscheidung zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft, JBl 2018, 28.
- *Korinek Karl/Holoubek Michael,* Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993).
- *Lienbacher Georg,* Religiöse Rechte, in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1[2] (2014) 445.
- *Mangold Anna Katharina/Payandeh Mehrdad,* Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit im Unionsrecht. Anmerkungen zu den Urteilen des EuGH v. 14.3.2017 in den Rs. C-157/15 (Achbita) und C-188/15 (Bougnaoui), EuR 2017, 700.
- *Mayer Heinz/Kucsko-Stadlmayer Gabriele/Stöger Karl,* Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts[11] (2015).
- *Öhlinger Theo/Eberhard Harald,* Verfassungsrecht[11] (2016).
- *Pail Christa,* Austrian Constitutional Court Somewhere under the Rainbow: Marriage Equality and the Role of the Austrian Constitutional Court, ICL 2018, 225.
- *Perner Stefan,* Geschlechtertarife im Versicherungsrecht unzulässig. Bemerkungen anlässlich EuGH 1.3.2011, C-236/09, Test-Achats, ÖJZ 2011, 333.
- *Pöschl Magdalena,* Gleichheit vor dem Gesetz (2008).
- *Pöschl Magdalena,* Gleichheitsrechte, in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1[2] (2014) 519.
- *Pöschl Magdalena,* Armut und Gleichheit, JRP 2016, 121.
- *Rebhahn Robert* in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zellkomm[3] § 864a ABGB (Stand 1.1.2018, rdb.at).

- *Ruppe Hans Georg,* Ehe für alle – Grundrechtsjudikatur auf neuen Wegen?, JBl 2018, 428.
- *Schäffer Heinz,* Verfassungsinterpretation in Österreich. Eine kritische Bestandsaufnahme (1971).
- *Schmahl Stefanie,* Gleichheitsgarantien, in Grabenwarter (Hrsg), Europäischer Grundrechteschutz (2014) 551.
- *Schulev-Steindl Eva,* Drittwirkung und Fiskalgeltung, in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) 187.
- *Zußner Matthias,* Das Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz im Lichte der Grundrechte, in Baumgartner (Hrsg), Jahrbuch für Öffentliches Recht 2018 (2018) 133.

Matthias Haller

Sprachenrechte in Südtirol am Prüfstand des Ärztemangels

I. Einleitung

In Südtirol leben zwei autochthone Minderheiten, deren Muttersprache nicht die italienische Staatssprache ist: eine deutschsprachige und eine ladinischsprachige. Die deutschsprachige Minderheit stellt bei einem Gesamtanteil von fast 70 Prozent nahezu flächendeckend die Bevölkerungsmehrheit.[1] Die ladinischsprachige Minderheit siedelt dagegen kompakt in einigen Dolomitentälern, von denen das Gadertal und Gröden zu Südtirol gehören.[2] Hier stellen sie zwar ebenfalls eine klare Bevölkerungsmehrheit – landesweit erreichen sie aber nur einen Anteil von 4,53 Prozent,[3] was sie zur »Minderheit in der Minderheit« macht.[4]

Diese strukturellen Unterschiede in Bezug auf zahlenmäßige Stärke und Siedlungsraum haben zur Folge, dass nur den Angehörigen der deutschsprachigen Minderheit ein (unter anderem) verfassungsgesetzlich verankertes Recht zukommt, in den Beziehungen zu öffentlichen Stellen im gesamten Land die deutsche Sprache zu verwenden (Recht auf den Gebrauch der deutschen Sprache). Das Recht auf den Gebrauch des Ladinischen ist dagegen in rangniedrigeren Normen verankert und

1 In vielen Gemeinden erreicht sie sogar Anteile von weit über 90 Prozent. Vgl Volkszählung 2011. Berechnung des Bestandes der drei Sprachgruppen in der Autonomen Provinz Bozen-Südtirol, astatinfo Nr 38/2012, 4 f, 11, 14 <astat.provinz.bz.it/downloads/mit38_2012.pdf> (15.11.2018).

2 Dazu zB *Hilpold,* Minderheitenrecht, 134 ff.

3 Vgl astatinfo Nr 38/2012, 4 f, 8 (Anteil von 90, 85 Prozent in den ladinischen Tälern), 11, 14.

4 Vgl zB den Titel des Sammelbandes von Hilpold/Perathoner (Hrsg), Ladiner (im Literaturverzeichnis).

räumlich wie inhaltlich beschränkt.[5] Aus diesem Grund betrachtet dieser Beitrag vorrangig das Recht auf den Gebrauch der *deutschen* Sprache und blickt nur vereinzelt auf die begrenzten Rechte auf den Gebrauch des *Ladinischen.*

Die Sprachenrechte werden dabei nicht (nur) allgemein analysiert, sondern aus zwei Gründen mit besonderem Blick auf das Gesundheitswesen: Einerseits ist Sprache hier besonders wichtig, ja mitunter sogar überlebensnotwendig. Andererseits zwingt ein massiver Ärztemangel Südtirol aber gerade hier zu (Not-)Maßnahmen bis hin zur Aufweichung der Zweisprachigkeitspflicht im öffentlichen Dienst, die eigentlich die praktische Wirksamkeit der Sprachenrechte sichern soll. Eine weitere Maßnahme, die Mitfinanzierung von Facharztausbildungsstellen außerhalb Südtirols gegen eine anschließende Dienstverpflichtung, ist dagegen aus unionsrechtlicher Sicht rechtfertigungsbedürftig.

Konkret werden zunächst die (partikulär-)völkerrechtlichen Grundlagen des Rechts auf den Gebrauch der deutschen (und der ladinischen) Sprache in Südtirol dargestellt (II.) und die verfassungsrechtliche Ausgestaltung dieses Rechts analysiert – allgemein und mit Blick auf das Gesundheitswesen (III.). In der Folge wird auf die bereits erwähnten Maßnahmen des Landes zur Linderung des Ärztemangels eingegangen (IV.), um dann aus unionsrechtlicher Sicht auf die Sprache im Gesundheitsbereich zu blicken. Dies bietet sich deshalb an, weil der EuGH Ende 2017 in der Rechtssache C-419/16 (Simma Federspiel) über die Unionsrechtskonformität der Südtiroler Dienstverpflichtung befand. Das Urteil wird analysiert und allgemeine Rückschlüsse daraus gezogen (V.), bevor der Beitrag mit zusammenfassenden Schlussbetrachtungen (VI.) und einem Ausblick schließt (VII.).[6]

II. Völkerrechtliche Grundlagen

(Partikulär-)Völkerrechtlich ist das Recht auf den Gebrauch der deutschen Sprache in Südtirol in einem völkerrechtlichen Vertrag verankert,

5 Siehe dazu unten II. und III.

6 Bei deutlich unterschiedlicher Zielrichtung orientieren sich Teile der nachstehenden Ausführungen an *Haller* in Obwexer/Happacher/Zwilling, EU-Mitgliedschaft und Südtirols Autonomie. Band 2.

den die damaligen Außenminister Österreichs und Italiens, *Gruber* und *Degasperi,* am 5. September 1946 am Rande der Friedenskonferenz von Paris in vereinfachter Form geschlossen haben (Pariser Vertrag, PV).[7] Dieser Vertrag dient dem Schutz der deutschsprachigen Bevölkerung Südtirols[8] – jenem Teil Tirols, der nach dem Ersten Weltkrieg Italien zugeschlagen wurde.[9] Auch die Schutzfunktion, die Österreich heute zugunsten beider Südtiroler Minderheiten ausübt, ist im Vertrag grundgelegt,[10] wenngleich dieser die ladinischsprachige Minderheit (noch) nicht berücksichtigt hatte.[11]

A. Sprachenrechte im Pariser Vertrag

Das Minderheitenschutzsystem des Pariser Vertrages beruht auf zwei Säulen: Einerseits ist Südtirol eine autonome Gesetzgebung und Vollziehung (Territorialautonomie) zuzuerkennen (Punkt 2 PV). Andererseits ist den Angehörigen der deutschsprachigen Minderheit – durch ein Tragwerk von Maßnahmen zur Sicherung ihres Volkscharakters sowie ihrer kulturellen und wirtschaftlichen Entwicklung – vollständige Gleichberechtigung mit den italienischsprachigen Bewohnern (Personalautonomie) zu gewähren (Punkt 1 Abs 1 PV).

Einige dieser Sondermaßnahmen zur Herstellung von Gleichberechtigung sind nicht abschließend *(»in particular«)* in Punkt 1 Abs 2 PV genannt: Primär- und Sekundarschulunterricht in der Muttersprache (lit a), Wiederherstellung der im Faschismus italienisierten Familiennamen (lit c), gleichberechtigter Zugang zum öffentlichen Dienst mit dem Ziel

7 Text in Anhang IV Friedensvertrag zwischen Italien und den Alliierten und Assoziierten Mächten vom 10.2.1947, UNTS 49 (1950) Nr 747. Vgl auch Art 10 Abs 2 Friedensvertrag. Zum Pariser Vertrag siehe zB *Hummer* in Erhard, Südtirol und der Pariser Vertrag, 137 ff; *Miehsler,* Südtirol, 152 ff.

8 Dieser Zweck ergibt sich aus Punkt 1 Abs 1 PV (»safeguard the ethnical character and the cultural and economic development«); vgl *Fenet,* Question, 105 f; *Miehsler,* Südtirol, 173 ff.

9 Art 27 StV von Saint-Germain-en-Laye vom 10.9.1919, StGBl 303/1920.

10 Zur Schutzfunktion siehe zB *Tichy* in Obwexer/Pfanzelter, 70 Jahre Pariser Vertrag; *Obwexer* in Gamper/Pan, Volksgruppen und regionale Selbstverwaltung in Europa, insbesondere 164 ff.

11 Die Einbeziehung der Ladiner erfolgte dann im Paket und mit der Streitbeilegung. Siehe dazu kurz unten II.B.; ferner *Zeller,* Verankerung, 44 ff, 67 ff; *Riz* in Hilpold/Perathoner, Die Ladiner, 94–99; *Hafner* in Raffeiner, 25 Jahre Streitbeilegung 1992–2017, 246 f; *Hilpold,* Minderheitenrecht, 169, 175 f, 180.

einer angemesseneren Sprachgruppenverteilung (lit d)[12] – und eben auch die *Gleichstellung der deutschen und der italienischen Sprache in öffentlichen Ämtern,* amtlichen Dokumenten und Ortsnamen (lit b).

B. Sprachenrechte in der späteren Praxis zum Pariser Vertrag

Nach der Umsetzung des Pariser Vertrages in Italien entbrannte alsbald ein bilateraler Streit über seine Auslegung und Durchführung, den Österreich 1960 vor die Generalversammlung der Vereinten Nationen brachte.[13] Zur Beilegung des Streits vereinbarten die Vertragsparteien 1969 das Paket[14] – ein Bündel von 137 von Italien umzusetzenden Maßnahmen zugunsten der Bevölkerung Südtirols (1.) – und einen Operationskalender, der die schrittweise Umsetzung des Pakets bis hin zur Streitbeilegung (2.) ermöglichte.

1. Paket

Das Paket ist »nur« eine politische Vereinbarung. Als vertragsauslegende – und hinsichtlich der Maßnahmen, die den Schutz auf die Ladiner ausdehnen, vertragsergänzende – spätere Praxis oder sogar Übereinkunft zum Pariser Vertrag ist es aber doch völkerrechtlich bedeutsam.[15]

Für die Sprachenrechte sind vor allem die Paketmaßnahmen Nr 63–68 relevant, die Italien zu Änderungen des Autonomiestatuts verpflichten, um etwa den »Grundsatz der Gleichstellung der deutschen mit der italienischen Sprache, die die offizielle Staatssprache ist, in der Region

12 Es ist dies die völkerrechtliche Grundlage des in Südtirol geltenden ethnischen Proporzes, der eine Verteilung (unter anderem) der Stellen im öffentlichen Dienst im Verhältnis zur Stärke der drei Sprachgruppen vorsieht. Dazu zB *Grigolli,* Minderheiten, 254 ff; *Oberrauch,* Proporz, 25 ff; *Poggeschi* in Marko et al, Die Verfassung der Südtiroler Autonomie, 322 ff; *Toggenburg* in Marko et al, Die Verfassung der Südtiroler Autonomie, 475 ff; *Wimmer/Happacher Brezinka,* Europa Ethnica 2001, 97 ff.

13 Die Generalversammlung forderte Österreich und Italien mit Resolution Nr 1497 (XV) vom 31.10.1960 zur Beilegung des Streits über die Durchführung des Pariser Vertrages im Verhandlungswege auf. Dies wurde mit Resolution Nr 1661 (XVI) vom 28.11.1961 bekräftigt.

14 Abgedruckt zB in ÖZA 1969, 317 ff (deutsche Fassung) bzw 332 ff (italienische Fassung).

15 Dazu umfassend *Zeller,* Verankerung, 54 ff; vgl auch *Obwexer* in Obwexer/Pfanzelter, 70 Jahre Pariser Vertrag, 176 f; *Hilpold,* Minderheitenrecht, 167 ff.

zum Ausdruck« zu bringen (Maßnahme Nr 63) und das Recht auf den Gebrauch der deutschen Sprache in öffentlichen Ämtern noch klarer hervorzuheben (»haben das Recht zu gebrauchen« statt »können gebrauchen«: Maßnahme Nr 66). Zudem soll Südtirol eine geteilte Kompetenz für »Hygiene und Gesundheitswesen« erhalten (Maßnahme Nr 26); Maßnahme Nr 101 betont die Zweisprachigkeitspflicht für Neuaufnahmen in den öffentlichen Dienst.

2. Streitbeilegung

Die Umsetzung der Paketmaßnahmen in Italien und der damit einhergehende Ausbau des Autonomie- und Minderheitenschutzsystems ermöglichte 1992 die Beilegung des Streits über die Auslegung und Durchführung des Pariser Vertrages durch einen Notenwechsel. Mit Note vom 22. April 1992 teilte Italien Österreich die Durchführung des Pakets mit – und fügte das geänderte Autonomiestatut und alle weiteren Maßnahmen zur Umsetzung des Pakets bei.[16] Österreich bestätigte die Paketdurchführung mit Note vom 11. Juni 1992 und erklärte den Streit für beendet,[17] was Italien am selben Tag wohlwollend zur Kenntnis nahm.[18]

Aus diesem Notenwechsel und der Streitbeilegung folgt, dass der Schutzstandard von 1992 für die Erfüllung des Pariser Vertrages erforderlich, aber auch hinreichend ist. Der Notenwechsel ist daher wohl eine spätere Übereinkunft über die Auslegung des Pariser Vertrages – und der gesamte verfassungsrechtliche Autonomie-*acquis* von 1992 auch deshalb völkerrechtlich verankert, weil sich Italien dazu verpflichtet, ihn nur im Konsens mit den zwei Minderheiten abzuändern (Konsensprinzip).[19] Da dieser *acquis* in Bezug auf die nachfolgend darzustellenden verfassungsrechtlichen Rechte auf den Gebrauch der deutschen und der ladinischen Sprache und auf Gesundheitsversorgung in diesen Sprachen im Wesentlichen unverändert fortbesteht, sind diese Rechte also auch völkerrechtlich verankert.

16 Abgedruckt etwa in Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten (Hrsg), Sonderdruck, 76 (Note), 77 ff (Paketdurchführungsmaßnahmen), 88 (deutsche Übersetzung).

17 Abgedruckt etwa in Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten (Hrsg), Texte, 44 ff.

18 In italienischer Sprache abgedruckt in *Zeller,* ÖJIP 1992, 86 f.

19 Zuletzt *Obwexer,* EJM 2018, 334 ff. Vgl auch *Zeller,* ÖJIP 1992, 69 ff; *Hilpold,* Minderheitenrecht, 178 ff.

III. Verfassungsrechtliche Ausgestaltung

Das italienische Verfassungsrecht schützt das Recht auf den Gebrauch der deutschen und der ladinischen Sprache im Verkehr mit öffentlichen Stellen in Südtirol sowohl im Allgemeinen (A.) als auch im Gesundheitsbereich (B.).

A. Sprachenrechte im Allgemeinen

Allgemein ist das Recht auf den Gebrauch der *deutschen* Sprache im Verkehr mit öffentlichen Ämtern im Südtiroler Autonomiestatut (1.) samt Durchführungsbestimmungen (2.) verankert, das Recht auf den Gebrauch des *Ladinischen* dagegen nur in Durchführungsbestimmungen.

1. Autonomiestatut

Das Autonomiestatut der Region Trentino-Südtirol (ASt)[20] steht im Verfassungsrang. Es wurde in Umsetzung des Pariser Vertrages als Verfassungsgesetz (VerfG) Nr 5 vom 26. Februar 1948[21] erlassen und mehrfach geändert – umfassend 1971 in Umsetzung des Pakets.[22]

In Umsetzung von Punkt 1 Abs 1 PV normiert (die Grundnorm des)[23] Art 2 ASt, dass in der Region Trentino-Südtirol, für die das Autonomiestatut grundsätzlich gilt (vgl Art 1 und 3 ASt), »den Bürgern jeder Sprachgruppe Gleichheit der Rechte zuerkannt« und »die entsprechende ethnische und kulturelle Eigenart« geschützt wird. Art 4 ASt bezeichnet zudem den Schutz der »örtlichen sprachlichen Minderheiten« als »nationales Interesse«.[24]

Art 99 ASt normiert in Umsetzung von Punkt 1 Abs 2 lit b PV und Paketmaßnahme Nr 63, dass die deutsche Sprache »in der Region der

20 Anhang zu Dekret des Präsidenten der Republik (DPR) Nr 670 vom 31.8.1972 (Einheitstext), Gesetzesanzeiger der Italienischen Republik (GA) Nr 301 vom 20.11.1972; deutsche Fassung im Ordentlichen Beiblatt (OBl) zum Amtsblatt der Region Trentino-Südtirol (ABlReg) Nr 59 vom 21.11.1978.

21 GA Nr 62 vom 13.3.1948.

22 VerfG Nr 1 vom 10.11.1971, GA Nr 3 vom 5.1.1972.

23 So *Woelk* in Woelk/Palermo/Marko, Tolerance through Law, 206 ff.

24 Dazu Italienischer Verfassungsgerichtshof (itVfGH) Urteil Nr 312/1983, Rechtserwägungen (RE) Punkt 3 ff; Urteil Nr 289/1987, RE Punkt 3.1.

italienischen Sprache, die die amtliche Staatssprache ist, gleichgestellt« ist.[25] Bei zweisprachigen Texten (zB Gesetze)[26] ist aber (im Zweifel) »der italienische Wortlaut maßgebend.« Folgerichtig haben »deutschsprachige Bürger der Provinz Bozen«[27] gemäß Art 100 Abs 1 ASt das *Recht,*[28] »im Verkehr mit den Gerichtsämtern und mit den Organen und Ämtern der öffentlichen Verwaltung, die ihren Sitz in der Provinz haben oder regionale Zuständigkeit besitzen, sowie mit den Konzessionsunternehmen, die in der Provinz öffentliche Dienste versehen, ihre Sprache zu gebrauchen.«

Der Begriff der »öffentlichen Verwaltung« umfasst dabei alle Verwaltungsbehörden in Südtirol (oder im Trentino, aber mit regionaler Zuständigkeit) – unabhängig davon, ob es sich um solche des Staates, der Region, des Landes, der Bezirke oder der Gemeinden handelt. Vor allem aber umfasst er auch den Südtiroler Sanitätsbetrieb – eine Hilfskörperschaft des Landes,[29] die nicht nur alle öffentlichen Krankenhäuser betreibt, sondern auch die allgemeinmedizinische, fachärztliche und psychologische Versorgung direkt abdeckt.[30] Öffentliche Dienste versehende »Konzessionsunternehmen«[31] sind dagegen unter anderem auch Apotheken.[32]

Mit dem Recht der BürgerInnen auf den Gebrauch der deutschen Sprache geht für besagte Behörden und Unternehmen die Verpflichtung einher, schriftlich wie mündlich »die Sprache dessen, der sich an sie wendet«, zu verwenden, in jener Sprache zu antworten, in der ein »Vorgang

25 Vgl auch die mit DPR Nr 574 vom 15.7.1988 (GA Nr 105 vom 8.5.1989; deutsche Fassung in OBl zu ABlReg Nr 41 vom 19.9.1989) erlassenen Durchführungsbestimmungen; dazu unten III.A.2.b.

26 Für weitere Fälle obligatorischer Zweisprachigkeit siehe Art 100 Abs 4 ASt sowie Art 4 und 5 DPR Nr 574/1988; dazu zB *Dubis,* Recht, 18 ff.

27 Siehe aber unten III.A.2.b.

28 Vgl Paketmaßnahme Nr 66 (oben II.B.1.).

29 Art 4 Abs 1 Landesgesetz (LG) Nr 3 vom 21.4.2017 (Organisationsstruktur des Landesgesundheitsdienstes), OBl Nr 5 zu ABlReg Nr 17 vom 26.4.2017. Südtirol verfügt im Bereich Hygiene und Gesundheitswesen über eine geteilte Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz (Art 9 Nr 10 iVm Art 16 und 54 ASt).

30 Vgl Art 4 Abs 2, Art 16 und 19–26 LG Nr 3/2017 sowie Art 37 LG Nr 7 vom 5.3.2001 (Neuregelung des Landesgesundheitsdienstes), OBl Nr 2 zu ABlReg Nr 12 vom 20.3.2001.

31 Der Begriff »Konzession« ist hier nicht im vergaberechtlichen Sinne zu verstehen; vielmehr gilt Art 100 Abs 1 ASt auch für Unternehmen, die einen *bewilligung*spflichtigen öffentlichen Dienst versehen: vgl itVfGH Urteil Nr 312/1983, RE Punkt 7. Siehe zu diesen Konzessionsunternehmen auch Art 2 DPR Nr 574/1988.

32 Siehe dazu unten III.B.1.a.

von einem anderen Organ oder Amt eingeleitet worden ist« und amtswegigen Schriftverkehr »in der mutmaßlichen Sprache des Bürgers« zu führen (Art 100 Abs 3 ASt).[33] Aus Art 100 ASt folgt also unmittelbar eine Zweisprachigkeitspflicht für den gesamten öffentlichen Dienst.[34]

2. Durchführungsbestimmungen zum Autonomiestatut

Durchführungsbestimmungen zum Autonomiestatut gemäß Art 107 ASt, die im Stufenbau der italienischen Rechtsordnung zwischen Verfassungs- und Gesetzesrang stehen,[35] konkretisieren das Recht auf den Gebrauch der deutschen Sprache im Verkehr mit der öffentlichen Verwaltung – und begründen das Recht auf den Gebrauch der ladinischen Sprache überhaupt erst.

a. DPR Nr 752/1976: Zweisprachigkeitspflicht

Für die praktische Wirksamkeit der Sprachenrechte verlangt Art 1 Abs 1 DPR Nr 752 vom 26. Juli 1976[36] für die Aufnahme in Ämter der Staatsverwaltung und öffentliche Körperschaften in Südtirol eine »den Erfordernissen der einwandfreien Dienstabwicklung angemessene Kenntnis der italienischen und der deutschen Sprache« (Zweisprachigkeitspflicht).[37] Den Bediensteten steht dafür eine Zweisprachigkeitszulage zu (Abs 2). Die Überprüfung der Sprachkenntnisse obliegt eigens eingerichteten Kommissionen in Südtirol (Art 3 Abs 1), die »Bescheinigungen über die Kenntnis der beiden Sprachen« (Zweisprachigkeitsnachweis) ausstellen (Art 4 Abs 3). Die Zweisprachigkeitsprüfung kann gemäß Art 4 Abs 3

33 Siehe dazu auch Art 7 DPR Nr 574/1988.

34 itVfGH Urteil Nr 312/1983, RE Punkt 4 f. Für Sanktionen und Beschwerdemöglichkeiten siehe Art 8–10 und 37 DPR Nr 574/1988; dazu zB *Fraenkel-Haeberle* in Woelk/Palermo/Marko, Tolerance through Law, 263 ff.

35 Vgl nur itVfGH Urteil Nr 341/2009, RE Punkt 4, und die dort angeführte Rechtsprechung; *Palermo* in Marko et al, Die Verfassung der Südtiroler Autonomie, 398 ff; zuletzt umfassend *Cosulich,* Decreto, 140–152.

36 GA Nr 304 vom 15.11.1976; deutsche Fassung in OBl Nr 1 zu ABlReg Nr 25 vom 13.5.1980.

37 Bei im Trentino angesiedelten Stellen mit regionaler Zuständigkeit beschränkt sich die Zweisprachigkeitspflicht dagegen auf jene festzulegenden »Kontingente«, die erforderlich sind, um eine »einwandfreie Dienstabwicklung auch in deutscher Sprache zu gewährleisten« (Art 1 Abs 3 DPR Nr 752/1976). Ein Vorbehalt eines Teils der Stellen für zweisprachige Personen reicht auch für Polizei, Carabinieri und Finanzwache (Art 33 DPR Nr 574/1988).

Z 1–4 für vier Sprachniveaus abgelegt werden: Volksschul-, Mittelschul-, Matura- und Hochschulniveau. BewerberInnen für Stellen im öffentlichen Dienst müssen dann mindestens den Sprachnachweis vorlegen können, der dem Bildungsniveau der jeweiligen Stelle entspricht (zB höchster Zweisprachigkeitsnachweis bei einer Stelle als JuristIn, die ein Hochschulstudium voraussetzt).

Der EuGH erachtete diese Regelung aber insoweit für unionsrechtswidrig, als der Nachweis nur über die Südtiroler Zweisprachigkeitsprüfung erbracht werden konnte – und nicht auch auf andere Weise, etwa durch andere Sprachtests.[38] Daraufhin wurde das DPR an mehreren Stellen geändert, zuletzt mit Art 1–3 Gesetzesvertretendes Dekret (GvD) Nr 76 vom 4. Mai 2017.[39] Heute orientiert sich die Südtiroler Zweisprachigkeitsprüfung am Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmen für Sprachen (GER)[40] (Art 3 Abs 9-bis); die vier Sprachniveaus entsprechen nun den GER-Niveaustufen A2, B1, B2 bzw C1 (Art 4 Abs 3 Z 1–4). Zugleich sind *andere* »Bescheinigungen über die Kenntnis der italienischen und/oder der deutschen Sprache«, die diesen GER-Niveaustufen entsprechen, dem jeweiligen Südtiroler Nachweis gleichgestellt (Art 3 Abs 9-bis).[41] Außerdem kann der höchste Zweisprachigkeitsnachweis (C1) bei Matura bzw erster Studienzyklus in einer Sprache sowie Studium bzw zweiter Studienzyklus in der anderen Sprache nunmehr direkt ausgestellt werden (Art 3 Abs 9-sexies iVm Abs 9-ter bzw 9-quater).

Neben der Zweisprachigkeit Deutsch-Italienisch kann nach Art 3 Abs 7 auch die »Kenntnis der ladinischen Sprache« für die vier obgenannten Sprachniveaus durch eigene Kommissionen festgestellt werden. Nach Ablegung der Ladinisch-Prüfung und der Zweisprachigkeitsprüfung wird der Zweisprachigkeitsnachweis zum Dreisprachigkeitsnachweis.[42]

---

38 EuGH 6.6.2000, C-281/98 (Angonese), Rz 37 ff und insbesondere 42–44; dazu mit Südtirol-Bezug *Staffler,* Auswirkungen, 98 ff; vgl auch EuGH 28.11.1989, C-379/87 (Groener), Rz 23.

39 GA Nr 131 vom 8.6.2017; deutsche Fassung in OBl Nr 4 zu ABlReg Nr 27 vom 4.7.2017. Zuvor bereits mit Art 1 GvD Nr 86 vom 14.5.2010, GA Nr 136 vom 14.6.2010; deutsche Fassung in ABlReg Nr 27 vom 6.7.2010; dazu *Staffler,* Auswirkungen, 106 ff.

40 Siehe dazu zB <coe.int/en/web/common-european-framework-reference-languages> (15.11.2018).

41 Liegt eine solche Bescheinigung für eine der zwei Sprachen vor, muss die Südtiroler Zweisprachigkeitsprüfung nur noch in der jeweils anderen Sprache abgelegt werden.

42 Vgl auch Art 3 Abs 9-septies (Zweisprachigkeitsnachweis C1 bei zehnjährigem Schulbesuch mit Matura in einer ladinischsprachigen Ortschaft und Studium an einer deutsch- oder italienischsprachigen Universität).

Art 7 regelt schließlich die Abhaltung von Sprachkursen »[z]ur Förderung der vollen Kenntnis der italienischen, der deutschen und der ladinischen Sprache«.

b. DPR Nr 574/1988: Sprachenrechte

Die Durchführungsbestimmungen des DPR Nr 574/1988 betreffen laut Titel »den Gebrauch der deutschen und der ladinischen Sprache in den Beziehungen zur öffentlichen Verwaltung« und vor Gericht. Art 1 Abs 1 stellt klar, dass die Gleichstellung der deutschen und der italienischen Sprache (Art 99 ASt) nicht nur im äußeren (lit e), sondern – außer in militärisch organisierten Einrichtungen – auch im internen Amtsgebrauch gilt (lit d: »im internen Verkehr des Personals der Organe, Ämter und Konzessionsunternehmen« nach lit a–c). Nach Art 3 Abs 1 müssen diese Stellen zudem »ihre Organisationsstrukturen so einrichten oder anpassen«, dass der Gebrauch beider Sprachen möglich ist; ebenso müssen Hilfsmittel und Unterlagen in beiden Sprachen zur Verfügung gestellt (Abs 2) und durch Anschlag auf die Sprachenrechte hingewiesen werden (Abs 3).

Art 32 begründet ein Recht auf den Gebrauch der ladinischen Sprache »im mündlichen und schriftlichen Verkehr mit den Ämtern der öffentlichen Verwaltung«. Räumlich ist dieses Recht allerdings (mit Ausnahme der Landesämter, die ausschließlich oder vorwiegend für die Ladiner tätig sind)[43] auf die »ladinischen Ortschaften« begrenzt – und es gilt auch nicht gegenüber Streit- und Polizeikräften sowie Konzessionsunternehmen, die auch außerhalb dieser Orte tätig sind[44] (Abs 1). Zudem muss nur mündlich unmittelbar Ladinisch gesprochen werden; schriftlich ist auch eine Antwort in deutscher oder italienischer Sprache möglich – »mit darauffolgendem Text in ladinischer Sprache« (Abs 2 und 3). Jedenfalls können die Ladiner stets zwischen der deutschen und der italienischen Sprache wählen (Abs 6).

---

43 Die Ladinische Bildungs- und Kulturdirektion hat ihren Sitz in Bozen: siehe <provinz.bz.it/ladinisches-schulamt> (15.11.2018). Zudem kann Ladinisch gemäß Abs 4 in Verfahren vor den Friedensgerichten verwendet werden, die für die ladinischen Ortschaften zuständig sind; in anderen Prozessen in Südtirol besteht das Recht auf Verhör und Vernehmung in ladinischer Sprache (mit DolmetscherIn).

44 So muss zB eine Apotheke mit (einzigem) Sitz im Gadertal das Recht auf den Gebrauch der ladinischen Sprache gewährleisten, die Post dagegen nicht.

Ursprünglich galten die mit DPR Nr 574/1988 verankerten Sprachenrechte nur für (in Bezug auf Art 32: »ladinischsprachige«) »Bürger der Provinz Bozen« – und Art 100 Abs 1 ASt spricht bis heute von »deutschsprachigen Bürgern der Provinz Bozen«.[45] Das Recht auf den Gebrauch der deutschen bzw ladinischen Sprache in Südtirols öffentlicher Verwaltung sollte also ansässigen deutsch- bzw ladinischsprachigen italienischen *Staats*bürgerInnen[46] vorbehalten werden.

Nun diskriminiert für den EuGH aber sowohl eine gänzliche Beschränkung des Sprachenrechts auf (deutschsprachige) italienische *Staats*bürgerInnen als auch – bei einer Ausdehnung dieses Rechts auf ansässige (deutschsprachige) *Unions*bürgerInnen – nur das Wohnsitzerfordernis (im letzteren Fall: mittelbar) deutschsprachige UnionsbürgerInnen aus anderen Mitgliedstaaten.[47] Umgekehrt spricht auch nichts dagegen, das Recht auf einen deutschsprachigen Strafprozess in Südtirol auch den – nicht ansässigen – Herren *Bickel* (aus Deutschland) und *Franz* (aus Österreich) zuzugestehen, da die Ausdehnung des DPR Nr 574/1988 auf andere deutschsprachige Personen das verfolgte Ziel des Minderheitenschutzes nicht gefährdet.[48] Ebenso spricht nichts dagegen, dass Frau *Grauel Rüffer* (aus Deutschland) in Südtirol einen deutschsprachigen Zivilprozess anstrengen darf. Das vorlegende Landesgericht Bozen widerspricht dem von der italienischen Regierung vorgebrachten Einwand einer Verfahrenserschwerung ausdrücklich: »die Richter der Provinz Bozen seien voll und ganz in der Lage, Gerichtsverfahren in italienischer, in deutscher oder in diesen beiden Sprachen zu führen.«[49] Dieses Gleichbehandlungsgebot gilt nun aber nicht nur für die – in den zwei Anlassfällen betroffenen – Bereiche des Straf- und

45 Siehe oben III.A.1. Die italienische Fassung spricht von *»cittadini«* (Staatsbürger); dazu *Toggenburg* in Marko et al, Die Verfassung der Südtiroler Autonomie, 478 (insbesondere FN 127).

46 Oben FN 45. Vgl aber EuGH 24.11.1998, C-274/96 (Bickel und Franz), Rz 25; *Hilpold,* JBl 2000, 98.

47 EuGH 24.11.1998, C-274/96 (Bickel und Franz), Rz 13 ff und vor allem Rz 24–26 (dazu *Hilpold,* JBl 2000, 98 f); 27.3.2014, C-322/13 (Grauel Rüffer), Rz 19–22. Vgl auch EuGH 11.7.1985, C-137/84 (Mutsch), Rz 18.

48 EuGH 24.11.1998, C-274/96 (Bickel und Franz), Rz 27–30; dazu zB *Toggenburg* in Marko et al, Die Verfassung der Südtiroler Autonomie, 462 ff (mit weiteren Literaturhinweisen in FN 58).

49 EuGH 27.3.2014, C-322/13 (Grauel Rüffer), Rz 23–26 (Zitat: Rz 24); ähnlich auch EuGH 24.11.1998, C-274/96 (Bickel und Franz), Rz 30.

des Zivilprozesses, sondern generell für die Kommunikation »mit den Verwaltungs- und Justizbehörden«.[50]

Eine unionsrechtskonforme Auslegung der Sprachenregelung verpflichtet Südtirols Behörden und Gerichte somit zur Ausdehnung der Sprachenrechte auf (nicht ansässige deutschsprachige) UnionsbürgerInnen.[51] Nach dem Urteil in der Rechtssache Grauel Rüffer kam Italien – durch eine Änderung des DPR Nr 574/1988[52] – aber auch seiner Rechtsbereinigungspflicht teilweise[53] nach. Gemäß Art 1-bis DPR Nr 574/1988 idgF gilt das Dekret nun nämlich schlicht »für alle natürlichen und juristischen Personen, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit, ihres Wohnsitzes, ihres Domizils oder Sitzes«. Ferner wurden Begriffe wie »Bürger«, »Bürger der Provinz Bozen«, »ansässige Bürger der deutschen Sprachgruppe« oder »ladinischsprachige Bürger der Provinz Bozen« durch die neutralen Ausdrücke »betroffene Personen« und »Personen« ersetzt. Damit wurde aus einem Minderheitenrecht auf den Gebrauch der Muttersprache ein Jedermannsrecht auf den Gebrauch der deutschen (und mit Abstrichen: der ladinischen) Sprache in Beziehungen zur öffentlichen Hand, das nun – überschießend – sogar Drittstaatsangehörigen zusteht.

B. Sprachenrechte im Gesundheitswesen

Nach der Darstellung der Sprachenrechte im Allgemeinen wird nun auf den Gesundheitsbereich geblickt, wo besondere Zweisprachigkeitspflichten gelten (1.). Das Recht auf Versorgung in deutscher Sprache wird zudem durch eine enge Zusammenarbeit mit Österreich gesichert (2.).

1. Zweisprachigkeitspflichten

Eine spezifische Zweisprachigkeitspflicht gilt einerseits für die Tätigkeit im Gesundheitsdienst, andererseits aber auch für Etiketten und Packungsbeilagen von Arzneimitteln.

---

50 Vgl EuGH 24.11.1998, C-274/96 (Bickel und Franz), Rz 16; dazu *Hilpold,* JBl 2000, 98–100; *Toggenburg,* European Law Reporter 1999, 14 f.

51 Vgl zB *Palermo/Woelk* in Marko et al, Die Verfassung der Südtiroler Autonomie, 339; *Woelk* in Veronesi, Rechtslinguistik des Deutschen und Italienischen, 211.

52 GvD Nr 186 vom 4.11.2015, GA Nr 275 vom 25.11.2015; deutsche Fassung in ABlReg Nr 49 vom 9.12.2015.

53 Art 100 ASt spricht dagegen nach wie vor von »Bürger[n] der Provinz Bozen«.

a. Tätigkeit im Gesundheitsdienst

Art 1 LG Nr 12 vom 3. September 1979[54] erstreckt die Geltung des ersten Abschnitts (Art 1–7) des DPR Nr 752/1976 auf »das im Gesundheitsdienst tätige ärztliche und sonstige akademische Fachpersonal«, das gemäß Art 48 (Staats-)Gesetz (G) Nr 833 vom 23. Dezember 1978[55] in den nationalen (und somit: in den Landes-)Gesundheitsdienst eingegliedert wurde. Dies bedeutet, dass die Zweisprachigkeitspflicht und das Erfordernis, einen Zweisprachigkeitsnachweis zu erbringen, (nicht nur für das Personal des Sanitätsbetriebs,[56] sondern) auch für das akademische Gesundheitspersonal von vertragsgebundenen privaten Ambulatorien und Krankenanstalten[57] sowie von Apotheken[58] gilt.

b. Arzneimittel

Eine Zweisprachigkeitspflicht besteht auch für Arzneimittel und Galenika: Art 36 Abs 1 DPR Nr 574/1988 macht die Erteilung der Genehmigung für ihr Inverkehrbringen in Südtirol von der zweisprachigen Abfassung der Etiketten und Packungsbeilagen abhängig; Verstöße gegen diese Pflicht können bis zum Widerruf der Genehmigung führen (Abs 2).[59]

Nachdem diese Form der Zweisprachigkeit aber zu praktischen Schwierigkeiten geführt hatte,[60] kann die Zweisprachigkeitspflicht

54 ABlReg Nr 48 vom 25.9.1979.

55 OBl zu GA Nr 360 vom 28.12.1978 (Einrichtung des nationalen Gesundheitsdienstes). Die Gleichstellung der deutschen und der italienischen Sprache wird auch in Art 80 Abs 1 G Nr 833/1978 betont.

56 Siehe dazu oben III.A.1. und 2. sowie Art 1 und 2 lit d LG Nr 6 vom 19.5.2015 (Personalordnung des Landes), OBl Nr 4 zu ABlReg Nr 21 vom 26.5.2015, iVm Art 2 Abs 1 lit e Dekret des Landeshauptmannes (DLH) Nr 22 vom 2.9.2013 (Verordnung über die Aufnahme in den Landesdienst), ABlReg Nr 37 vom 10.9.2013.

57 Art 48 Abs 5 G Nr 833/1978. Vgl zu »akkreditierten privaten Gesundheitseinrichtungen« auch die in Art 39 Abs 4 LG Nr 7/2001 normierte Pflicht zur Gewährleistung der Sprachenrechte nach Art 2 Abs 1 DPR Nr 574/1988 (mit Erfordernis der Gewährleistung des Ladinischen »im ladinischen Sprachraum«).

58 Art 48 Abs 6 G Nr 833/1978. Diese Ausdehnung des DPR Nr 752/1976 durch ein Landesgesetz wurde mit itVfGH Urteil Nr 312/1983, RE Punkt 3 ff, für verfassungsmäßig erklärt. Vgl auch Art 3 LG Nr 16 vom 11.10.2012 (Arzneimittelversorgung), ABlReg Nr 42 vom 16.10.2012 (mit Erfordernis der Gewährleistung des Ladinischen in den »ladinischen Ortschaften« und Zweisprachigkeitsnachweis C1 für InhaberInnen sowie LeiterInnen).

59 Zur Unionsrechtskonformität dieser Zweisprachigkeitspflicht siehe *Haller* in Obwexer/Happacher/Zwilling, EU-Mitgliedschaft und Südtirols Autonomie, II.B.5., III.C.2.d), V.B.4.a).

60 Vgl *Bonell/Winkler,* Autonomie, 340–342.

heute alternativ auch durch den bedarfsweisen Ausdruck der deutschen Packungsbeilage direkt beim Kauf in der Apotheke erfüllt werden.[61]

2. Recht auf deutschsprachige Gesundheitsversorgung

Zwei Durchführungsbestimmungen, die maßgeblich zur Sicherstellung der deutschsprachigen Gesundheitsversorgung beitragen, sind im DPR Nr 197 vom 26. Jänner 1980[62] verankert. Wohl noch wichtiger ist aber der breite Zugang zum Studium der Humanmedizin in Österreich.

a. Spitzenversorgung in Österreich

Südtirol kann gemäß Art 7 Abs 1 DPR Nr 197/1980 im Landesgesundheitsplan jene Leistungen festlegen, die der Landesgesundheitsdienst nicht erbringen kann, und Vereinbarungen über die Erbringung dieser Leistungen der Spitzenmedizin in österreichischen Universitätskliniken und Krankenhäusern mit den zuständigen Trägern abschließen. Dies dient ausdrücklich dazu, »den Bürgern unter Wahrung der entsprechenden ethnisch-sprachlichen Eigenarten eine vollständige gesundheitliche Betreuung zu gewährleisten«.

Tatsächlich bestehen derartige Vereinbarungen heute unter anderem mit dem Land Tirol[63] und den Salzburger Landeskliniken,[64] über die etwa 2016 1.613 Aufenthalte mit 18.169 stationären Aufenthaltstagen abgerechnet wurden (davon fast 98 Prozent in Innsbruck).[65]

b. Österreichische Facharztausbildung in Südtirols Krankenhäusern

Art 8 Abs 1 DPR Nr 197/1980 ermächtigt das Land dagegen, im Landesgesundheitsplan jene (Landes-)Einrichtungen festzulegen, die für die Ableistung von Ausbildungszeiten im Rahmen der österreichischen

61 Vgl Art 80 Abs 1 GvD Nr 219 vom 24.4.2006, OBl Nr 153 zu GA Nr 142 vom 21.6.2006, iVm Dekret der Gesundheitsministerin vom 13.4.2007, GA Nr 96 vom 26.4.2007.

62 GA Nr 141 vom 24.5.1990; deutsche Fassung in OBl Nr 2 zu ABlReg Nr 48 vom 23.9.1980.

63 Vgl Beschluss der Südtiroler Landesregierung (BLReg) Nr 1035 vom 26.9.2017, <provinz.bz.it/land/landesregierung/beschluesse.asp> (15.11.2018).

64 Vgl BLReg Nr 1159 vom 6.10.2015.

65 Vgl Beobachtungsstelle für Gesundheit (Hrsg), Gesundheitsbericht. Zahlen und Fakten 2016, 56 <sabes.it/download/gesundheitsbericht_2016.pdf> (15.11.2018).

Facharztausbildung infrage kommen. Die Eignung unterliegt aber sowohl den Voraussetzungen des Art 39 Abs 4 lit a G Nr 833/1978[66] als auch dem Einvernehmen mit der Österreichischen Ärztekammer. Auf dieser Grundlage waren Südtirols Krankenhäuser von der Österreichischen Ärztekammer lange als Lehrkrankenhäuser akkreditiert, sodass Teile der österreichischen Facharztausbildung in Südtirol abgeleistet werden konnten.[67] Seit 2013 war dies aber nicht mehr möglich, nachdem Italien – wohl unionsrechtswidrig[68] – österreichische Facharztdiplome mit Ausbildungszeiten in Südtirol nicht mehr anerkannte.[69] Erst seit kurzem scheint die Wiederaufnahme dieses Ausbildungssystems gesichert[70] – die Anrechnung der Ausbildungszeiten setzt nun aber eine Akkreditierung der Einrichtungen in Italien voraus.[71]

Die Bedeutung des österreichischen Facharztausbildungsmodells für Südtirol, das über keine Medizinische Fakultät verfügt, zeigt sich – neben den Vorteilen einer Ausbildungsordnung und Facharztprüfung in deutscher Sprache – mit Blick auf das italienische Ausbildungsmodell: Hier erfolgt die Facharztausbildung an Spezialisierungsschulen, die nur an Universitäten angesiedelt sind (Art 34 Abs 1 GvD Nr 368 vom 17. August 1999).[72] Die Ausbildungsplätze werden nach regionaler Bedarfser-

66 Vgl Anhang 1 Dekret der Bildungs-, Universitäts- und Forschungsministerin im Einvernehmen mit der Gesundheitsministerin vom 13.6.2017, OBl Nr 38 zu GA Nr 163 vom 14.7.2017.

67 Vgl zB Medizin-Ausbildung für SüdtirolerInnen in Innsbruck, News-Meldung der Medizinischen Universität Innsbruck vom 28.10.2015, <i-med.ac.at/mypoint/news/695645.html> (15.11.2018).

68 Vgl Art 21 Abs 1 UAbs 1 RL 2005/36/EG, ABl 2005 L 255/22; EuGH 14.9.2000, C-16/99 (Erpelding), Rz 22 ff; 4.12.2008, C-151/07 (Chatzithanasis), Rz 29 ff; 23.10.2008, C-274/05 (Kommission gg Griechenland), Rz 28 ff; dazu *Haller* in Obwexer/Happacher/Zwilling, EU-Mitgliedschaft und Südtirols Autonomie, II.B.2.a), V.B.2.c); *Obwexer,* zfhr 2016, 6; *Obwexer* laut News-Meldung der Medizinischen Universität Innsbruck vom 28.10.2015.

69 Vgl zB die Begründung des BLReg Nr 354 vom 28.3.2017; Fachärzte: Durchbruch in Rom, Dolomiten vom 21./22.1.2017, 13; News-Meldung der Medizinischen Universität Innsbruck vom 28.10.2015.

70 Vgl zB Wiederaufnahme der Facharztausbildung nach österreichischem Modell, Pressemitteilung des Landes Südtirol vom 4.9.2018, <provinz.bz.it/news/de/news.asp?art=617831> (15.11.2018); Facharzt-Ausbildung: Jetzt Tutoren benennen, Dolomiten vom 27.9.2018, 14; Facharzt-Ausbildung: Neustart ab sofort, Dolomiten vom 5.9.2018, 16 f.

71 Vgl Facharzt-Ausbildung: Neustart ab sofort, Dolomiten vom 5.9.2018, 16 f; Facharztausbildung: Gutes Omen aus Wien, Dolomiten vom 20.12.2017; »Der Ball liegt bei Südtirol«, Dolomiten vom 26.1.2017, 15.

72 OBl Nr 187 zu GA Nr 250 vom 23.10.1999.

mittlung zentral vergeben (Art 35 und 36 Abs 1); Auszubildende werden nicht angestellt, sondern erhalten nur jeweils einjährige Ausbildungsverträge (Art 37 Abs 1) und somit auch kein Gehalt, sondern nur ein (viel niedrigeres) Stipendium (Art 39).[73] Insgesamt ist eine Ausbildung nach italienischem Modell somit weit weniger attraktiv als eine Ausbildung im deutschsprachigen Raum, was den Ärztemangel in Südtirol (dazu unten IV.) noch verschärft.

c. Exkurs: Medizinstudium in Österreich

Nicht zuletzt wegen des Fehlens einer Medizinischen Fakultät studieren viele SüdtirolerInnen in Österreich Humanmedizin – ein Studium, in dem gemäß § 71c Abs 5 UG 2002[74] 75 Prozent der Studienplätze InhaberInnen »in Österreich ausgestellter Reifezeugnisse« vorbehalten sind.[75] Da Reifezeugnisse »von deutsch- oder ladinischsprachigen Südtiroler Sekundarschulen zweiten Grades« nach § 3 Z 2 Personengruppenverordnung 2014[76] aber für die Studienzulassung als in Österreich ausgestellt gelten, fallen auch InhaberInnen dieser Südtiroler Reifezeugnisse unter die Österreicher-Quote. Damit ermöglicht Österreich den Angehörigen der zwei Minderheiten Südtirols – in Ausübung seiner Schutzfunktion[77] – ein deutschsprachiges Medizinstudium.

---

73 Auch in Südtirol werden ÄrztInnen in Facharztausbildung dagegen angestellt: Art 50 Abs 5/bis LG Nr 7/2001 idF Art 37 Abs 1 LG Nr 10 vom 11.7.2018, OBl Nr 3 zu ABlReg Nr 28 vom 12.7.2018. Vgl dazu Jungärzte: Jetzt stimmt auch Kasse, Dolomiten vom 8./9.9.2018, 15; Facharztausbildung nun auch arbeitsrechtlich abgesichert, Pressemitteilung des Landes Südtirol vom 7.9.2018, <provinz.bz.it/news/de/news.asp?art=617934> (15.11.2018); Facharzt-Ausbildung: Neustart ab sofort, Dolomiten vom 5.9.2018, 17.

74 BGBl I 120/2002 idF BGBl I 8/2018.

75 Siehe dazu zB *Obwexer* in Griller et al, 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs, 1051 ff.

76 BGBl II 340/2013.

77 So ausdrücklich (der Leiter des Völkerrechtsbüros im Bundesministerium für Europa, Integration und Äußeres) *Tichy* in Obwexer/Pfanzelter, 70 Jahre Pariser Vertrag, 194 f.

IV. Maßnahmen zur Linderung des Ärztemangels

Derzeit reicht aber nicht einmal dieser essentielle Beitrag Österreichs zur (deutschsprachigen) Ausbildung von Südtiroler ÄrztInnen aus, um einen Ärztemangel in Südtirol zu vermeiden.[78] Der Ärztemangel zwingt das Land Südtirol dazu, Gegenmaßnahmen wie die Aufweichung der Zweisprachigkeitspflicht (A.) und die Finanzierung von Facharztausbildungsstellen außerhalb des Landes gegen eine mehrjährige Dienstverpflichtung (B.) zu ergreifen.[79]

A. Aufweichung der Zweisprachigkeitspflicht

Der Generaldirektor des Südtiroler Sanitätsbetriebs hat 2017 einen »Ärztenotstand« ausgerufen und die Notwendigkeit betont, nicht-zweisprachige ÄrztInnen einzustellen.[80] Die Aufweichung der Zweisprachigkeitspflicht in Südtirols Gesundheitswesen ist heute in Art 1 Abs 1/bis[81] und Abs 1/ter[82] LG Nr 18 vom 21. Juni 1983[83] (landes-)gesetzlich grundgelegt.[84] Nach Art 1 Abs 1/ter LG Nr 18/1983, dem weitreichendsten Ausnahmetatbestand, kann der Sanitätsbetrieb in Fachbereichen, in denen »ein beträchtlicher Mangel an Fachpersonal« mittel- oder langfristig die Aufrechterhaltung der Gesundheitsversorgung gefährden könnte, Gesund-

78 Vgl zB Bozner Gynäkologie knapp vor Personal-Kollaps, Dolomiten vom 3.9.2018, 3; Gesundheitsdienste in Not: Rettung durch Italiener, Dolomiten vom 26.7.2018, 15; In Notzeit darf Arzt einsprachig sein, Dolomiten vom 22.6.2017, 11; General *Schaels* letztes Aufgebot, Dolomiten vom 12.1.2017, 11; Vertragsarzt will weg? Zwangsverpflichtung, Dolomiten vom 12.1.2017, 11.

79 Für weitere Gegenmaßnahmen siehe *Haller* in Obwexer/Happacher/Zwilling, EU-Mitgliedschaft und Südtirols Autonomie, IV.C.2., IV.C.4.c).

80 Vgl zB General *Schaels* letztes Aufgebot, Dolomiten vom 12.1.2017, 11. Tatsächlich sucht der Sanitätsbetrieb derzeit in mehreren Fachbereichen auch nach nicht-zweisprachigem Personal: siehe <sabes.it/de/offene-stellen.asp> (15.11.2018).

81 IdF Art 25 Abs 1 und 2 LG Nr 21 vom 18.10.2016, OBl Nr 1 zu ABlReg Nr 43 vom 25.10.2016.

82 Eingefügt mit Art 11 LG Nr 16 vom 7.8.2018, Sondernummer 6 zu ABlReg Nr 31 vom 7.8.2018.

83 ABlReg Nr 33 vom 28.6.1983.

84 Vgl auch Art 9 Abs 4 LG Nr 6/2015 (vorübergehende Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge »über die von der Rechtsordnung vorgesehene Dauer hinaus«, um die Abdeckung der Dienste im Sanitätsbetrieb zu gewährleisten) und Art 1 DLH Nr 21 vom 26.6.2017, Sondernummer 1 zu ABlReg Nr 26 vom 27.6.2017.

heitspersonal auch ohne Zweisprachigkeitsnachweis *befristet* anstellen. Es muss aber »in den ersten Monaten« ein vierwöchiger Intensivkurs »zum Erlernen der jeweils anderen Sprache« besucht werden. Nach Art 1 DLH Nr 21/2017 beträgt die Höchstdauer dieser Verträge drei Jahre.[85] Der Abschluss von unbefristeten Verträgen setzt dagegen nach wie vor den Besitz eines Zweisprachigkeitsnachweises auf C1-Niveau voraus.

Somit führt der Ärztemangel zur fast absurden Situation, dass das Land Südtirol gezwungen ist, mit der Zweisprachigkeitspflicht im öffentlichen Dienst einen unumstrittenen Grundpfeiler des Minderheitenschutzsystems gerade im so sensiblen Gesundheitsbereich *selbst* aufzuweichen – und noch dazu wohl wissend, dass *befristete* Stellen in Südtirol für FachärztInnen aus Italien interessant sind, aber kaum für ÄrztInnen aus dem deutschen Sprachraum.[86] Daher sind weitere Maßnahmen erforderlich, um trotzdem langfristig eine zweisprachige Versorgung zu sichern.

B. Dienstverpflichtung

Eine dieser Maßnahmen ist die (Teil-)Finanzierung von Facharztausbildungsstellen außerhalb Südtirols durch das Land im Gegenzug zur Verpflichtung der InhaberInnen dieser Stellen, nach Abschluss der Ausbildung für mehrere Jahre in Südtirol Dienst zu tun (Dienstverpflichtung). Diese Verpflichtung ist heute in Art 22–28 LG Nr 14 vom 15. November 2002[87] grundgelegt.

Gemäß Art 22 Abs 1 lit a iVm Art 23 LG Nr 14/2002 kann das Land sowohl mit italienischen Universitäten als auch mit zuständigen Stellen in anderen EU-Mitgliedstaaten Vereinbarungen zur Errichtung von Facharztausbildungsstellen abschließen, wofür das Land gemäß Art 23 Abs 2 LG Nr 14/2002 sowie Art 4 Abs 3 iVm Art 5 Abs 8 DLH Nr 4 vom 7. Jänner 2008 ([Durchführungs-]Verordnung über die Facharztausbil-

85 Für das unklare Verhältnis zwischen den Ausnahmetatbeständen in Art 1 Abs 1/bis und Abs 1/ter LG Nr 18/1983 sowie Art 1 DLH Nr 21/2017 und ihre unglückliche Formulierung siehe *Haller* in Obwexer/Happacher/Zwilling, EU-Mitgliedschaft und Südtirols Autonomie, IV.C.4.c.), V.B.4.b.).

86 Vgl General *Schaels* letztes Aufgebot, Dolomiten vom 12.1.2017, 11: »Bei der jüngsten Stellenkampagne waren 88 Prozent der Interessenten italienischer Muttersprache und 12 Prozent Deutsche.«

87 OBl Nr 2 zu ABlReg Nr 50 vom 3.12.2002.

dung)[88] monatlich bis zu Euro 2.500,– pro Stelle an die betreffende Einrichtung zahlen kann. Ebenso kann das Land gemäß Art 22 Abs 1 lit b (gesamte Ausbildung) und c (Ausbildungszeiten) iVm Art 26 bzw 29 Abs 1 lit a LG Nr 14/2002 finanzielle Zuwendungen in derselben Höhe für die Ableistung der Facharztausbildung in EU-Mitgliedstaaten (aber außerhalb Südtirols) direkt an Auszubildende gewähren.

In beiden Fällen – Schaffung von mitfinanzierten Stellen über Vereinbarungen mit zuständigen Einrichtungen und direkte finanzielle Unterstützung von Auszubildenden – erfolgt der Zugang zur Förderung über ein Auswahlverfahren,[89] das (trotz Ausbildung außerhalb Südtirols) nur ÄrztInnen offen steht, die über »angemessene« Deutsch- und Italienischkenntnisse verfügen. Angemessen sind nach Art 2 DLH Nr 4/2008 Kenntnisse auf C1-Niveau, wobei der Nachweis hier auch in einer eigenen, nur für diesen Zweck gültigen Sprachprüfung erbracht werden kann.

Die Zweisprachigkeitspflicht rührt daher, dass die Absolvierung der Facharztausbildung über Fördermaßnahmen nach Art 22 Abs 1 LG Nr 14/2002 gemäß Art 25 (und 28) LG Nr 14/2002 dazu verpflichtet, die fachärztliche Tätigkeit im Zeitraum und nach den Modalitäten, die mit Durchführungsverordnung festzulegen sind, in Südtirol auszuüben (Abs 1). Die Ablehnung der Erfüllung der Dienstverpflichtung, der vorzeitige Abbruch der Tätigkeit in Südtirol sowie der Abbruch bzw das Nichtbestehen der Facharztausbildung verpflichten dagegen zur Rückzahlung der »während der Ausbildungszeit erhaltenen Zuwendungen zuzüglich der gesetzlichen Zinsen« (Abs 2 idF Art 32 Abs 1 LG Nr 10/2018). Diese Bedingung ist nicht nur in der Ausschreibung der Auswahlverfahren und in den einzelnen Ausbildungsverträgen anzuführen, sondern müssen Auszubildende auch eine ausdrückliche Annahmeerklärung vorlegen (Abs 3).

Gemäß Art 3 Abs 1 DLH Nr 4/2008 müssen Begünstigte von Fördermaßnahmen in den ersten »zehn Jahren nach Erlangung des Facharzttitels« im folgenden Ausmaß Vollzeitdienst (nur aus »triftige[n] Gründe[n]«: Teilzeitdienst) in Südtirol leisten: vier Jahre bei Förderung

88 ABlReg Nr 8 vom 19.2.2008.

89 Art 24 LG Nr 14/2002 iVm Art 4 Abs 1 lit b und c DLH Nr 4/2008 (nach Vereinbarung geschaffene Stellen: zweistufiges Auswahlverfahren mit Vorauswahl durch das Land und Endauswahl der Einrichtung) bzw Art 27 LG Nr 14/2002 iVm Art 5 DLH Nr 4/2008 (Direktzahlung an Auszubildende: Auswahlverfahren des Landes).

nach Art 22 Abs 1 lit b LG Nr 14/2002 (lit a; mit aliquoter Kürzung bei kürzerer Förderdauer) bzw für eine der Dauer der Förderung nach Art 22 Abs 1 lit c LG Nr 14/2002 entsprechende Zeit (lit b).[90]

Die Dienstverpflichtung gilt auch dann als eingehalten, wenn einem rechtzeitigen Ansuchen um Aufnahme in den Landesgesundheitsdienst (samt bestandenem Wettbewerb bzw Aufnahme in Rangordnungen) keine Aufforderung zum Dienstantritt folgt (Abs 3). Dagegen verpflichten die vollständige Nichterfüllung der Dienstverpflichtung (Art 3 Abs 4 lit a DLH Nr 4/2008) und der Abbruch der Ausbildung (Abs 5) zur Rückzahlung des Gesamtförderbetrages zuzüglich gesetzlicher Zinsen. Die teilweise Nichterfüllung verpflichtet dagegen zur Rückzahlung von 25 Prozent des Gesamtbetrages samt Zinsen für jedes nicht geleistete Jahr; kürzere Dienstzeiten werden aliquot anerkannt (Art 3 Abs 4 lit b). Die Landesregierung stellt die Nichteinhaltung der Dienstverpflichtung fest und setzt die Höhe des Rückzahlungsbetrages fest (Abs 6).

V. Unionsrecht und Sprache im Gesundheitsbereich

Die Südtiroler Dienstverpflichtung gelangte 2017 zum EuGH (Rechtssache Simma Federspiel) – aber nicht in ihrer heutigen Form, sondern in Form der im Ausgangsfall zeitlich anwendbaren Vorgängerregelung in Art 7 Abs 1 und 2 LG Nr 1 vom 14. Jänner 1986[91] iVm Art 1 DLH Nr 6 vom 29. März 1988.[92] Diese Regelung hatte sogar eine fünfjährige Dienstverpflichtung (heute: vier Jahre) im ersten Jahrzehnt vorgesehen (Abs 1) und nur Jahresbruchteile von mehr als sechs Monaten (heute: Tage und Monate) für ihre teilweise Erfüllung angerechnet. Die Rückzahlungspflicht war dafür aber auf 70 (heute: 100) Prozent der erhaltenen Fördergelder beschränkt.

Diese Unterschiede machen aber keine Neubewertung der Unionsrechtskonformität der neuen Regelung erforderlich, zumal der EuGH

90 Zum sehr problematischen Fehlen eines Verweises auf (Begünstigte der Fördermaßnahmen nach) Art 22 Abs 1 lit a LG Nr 14/2002 siehe *Haller* in Obwexer/Happacher/Zwilling, EU-Mitgliedschaft und Südtirols Autonomie, IV.C.2.c), V.B.2.d).

91 ABlReg Nr 2 vom 14. 1. 1986. Auch damals war die Facharztausbildung in Südtirol nicht möglich (Art 1 Abs 1).

92 ABlReg Nr 21 vom 10. 5. 1988.

für die Verhältnismäßigkeit der alten Regelung nur auf die Tatsache abstellt, dass der Rückzahlungsbetrag »den für die Finanzierung erhaltenen Betrag [ohne Zinsen] nicht übersteigt.«[93] Das Urteil in der Rechtssache Simma Federspiel (dazu A.), das auch einige allgemeine Rückschlüsse zulässt (B.), ist daher auch heute maßgeblich.

A. Unionsrechtskonformität der Dienstverpflichtung: Rechtssache Simma Federspiel

Frau *Simma Federspiel* hatte von 1992 bis 2000 in Innsbruck eine von Südtirol mitfinanzierte Facharztausbildung mit Dienstverpflichtung absolviert, war dann aber nie in Südtirol tätig.[94] Das Land forderte die Ärztin daher zur Rückzahlung von 70 Prozent der erhaltenen Förderung zuzüglich Zinsen auf, wogegen diese beim Landesgericht Bozen klagte.[95] Im Rahmen dieses Rechtsstreits legte das Gericht dem EuGH nach Art 267 AEUV (unter anderem) die Frage vor, ob es mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit vereinbar ist, die Gewährung einer Vergütung für die Facharztausbildung an eine fünfjährige Dienstverpflichtung mit Rückzahlungspflicht von bis zu 70 Prozent zu knüpfen,[96] da diese Regelung FachärztInnen davon abhalten könne, in anderen Mitgliedstaaten tätig zu werden.[97] Es war also zu klären, ob die Regelung eine Beschränkung der Grundfreiheiten darstellt (1.) und – wenn ja – ob sie »ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel verfolgt«, zur Erreichung dieses Ziels geeignet ist (2.) und auch nicht über das hinausgeht, »was zur Erreichung des verfolgten Ziels erforderlich ist« (3.).[98]

1. Beschränkung – oder sogar Voraussetzung für die Freizügigkeit?

Der EuGH prüft die fragliche Regelung sowohl anhand der Arbeitnehmerfreizügigkeit als auch der Niederlassungsfreiheit (Art 45 bzw 49 AEUV), da aus den Akten nicht hervorgeht, ob Frau *Simma Federspiel*

93 EuGH 20.12.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 50.
94 EuGH 20.12.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 11–13.
95 EuGH 20.12.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 14–17.
96 EuGH 20.12.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 20.
97 EuGH 20.12.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 19.
98 EuGH 20.12.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 38, mit weiteren Nachweisen.

ihre Tätigkeit als Arbeitnehmerin oder freiberuflich ausübt.[99] Grundsätzlich sieht er in der Regelung eine verbotene Beschränkung der Personenfreizügigkeitsrechte, da die Dienstverpflichtung mit Rückzahlungsandrohung ÄrztInnen von ihrem Gebrauch abhalten kann.[100] Generalanwalt *Wahl* hatte das Vorliegen einer Beschränkung in seinen Schlussanträgen dagegen überhaupt angezweifelt: Die Maßnahme schaffe ja erst zusätzliche Facharztausbildungsstellen außerhalb Südtirols und ermögliche ÄrztInnen eine Ausbildung, die »eine Voraussetzung für die Freizügigkeit […] und keine Beschränkung derselben« sei.[101] Er tat diese Auffassung dann aber als »mehr theoretische Erörterung« ab, weil das Vorliegen einer Beschränkung für das vorlegende Gericht und alle Verfahrensbeteiligten (inklusive Südtirol) außer Streit stand.[102]

2. Rechtfertigung und Geeignetheit

Zur Rechtfertigung der (nichtdiskriminierenden)[103] beschränkenden Maßnahme führt Südtirol, aber auch die Kommission zwei Ziele an: Die Gewährleistung einer qualitativ hochwertigen, ausgewogenen und allen zugänglichen (fach-)ärztlichen Versorgung der Bevölkerung sowie die Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des Sozialversicherungssystems.[104] Es sind dies Ziele, die der Gerichtshof, der dem Rechtsgut der Gesundheit und des Lebens von Menschen regelmäßig »den höchsten Rang« zuweist,[105] in ständiger Rechtsprechung zur Rechtfertigung von Eingriffen in Grundfreiheiten anerkennt.[106]

Indem die fragliche Regelung zusätzliche Facharztausbildungsstellen schafft, dadurch die Zahl der FachärztInnen auf dem Markt erhöht und – in Verbindung mit der Dienstverpflichtung – zur Deckung der

99 EuGH 20.12.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 34.
100 EuGH 20.12.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 35–37.
101 Schlussanträge GA *Wahl* 13.9.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 63 ff und insbesondere 68 (Zitat).
102 Schlussanträge GA *Wahl* 13.9.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 63 und 69 (Zitat).
103 So auch Schlussanträge GA *Wahl* 13.9.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 70 f.
104 EuGH 20.12.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 41.
105 Deshalb ist den Mitgliedstaaten bei der Festlegung des Gesundheitsschutzniveaus auch ein Wertungsspielraum zuzuerkennen. Siehe nur EuGH 20.12.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 42 und 45; 21.9.2017, C-125/16 (Malta Dental Technologists Association und Reynaud), Rz 60; 28.1.2016, C-50/14 (CASTA), Rz 60.
106 ZB EuGH 20.12.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 42; 28.1.2016, C-50/14 (CASTA), Rz 61, und die dort angeführte Rechtsprechung.

Nachfrage nach FachärztInnen in Südtirol dient, verfolgt sie nicht nur die zwei genannten »legitimen Ziele«,[107] sondern kann damit tatsächlich zur Sicherstellung des Ziels der Aufrechterhaltung eines dauerhaften Zugangs zu hochwertiger medizinischer Versorgung und zur Kontrolle der damit verbundenen Kosten beitragen (»Angemessenheit«, gemeint wohl: Geeignetheit).[108]

3. Erforderlichkeit

Zur Erforderlichkeit der Maßnahme soll das Vorlagegericht zunächst berücksichtigen, dass die Dienstverpflichtung auf fünf der ersten zehn Jahre fachärztlicher Tätigkeit beschränkt ist und auch nur dann greift, wenn »für den betreffenden Arzt in dieser Provinz eine Facharztstelle verfügbar ist und ihm zu gegebener Zeit angeboten wird.«[109] Und tatsächlich fordert Südtirol die Einhaltung der Verpflichtung nur in Fächern ein, in denen »ein echter Bedarf« besteht.[110]

Vor allem müssen aber auch die »spezifischen Bedürfnisse« Südtirols berücksichtigt werden, sprich: die Notwendigkeit der Gewährleistung »eine[r] qualitativ hochwertige[n] Versorgung in beiden Amtssprachen dieser Region, Deutsch und Italienisch«, und die damit einhergehende »Schwierigkeit, eine ausreichende Zahl von Fachärzten einzustellen, die in der Lage sind, ihren Beruf in diesen beiden Sprachen auszuüben.«[111] Dabei gibt es auch »keinen Anhaltspunkt« für andere Maßnahmen, die es Südtirol (ebenso) erlauben würden, ausreichend viele FachärztInnen einzustellen, »die in der Lage sind, ihren Beruf in diesen beiden Sprachen auszuüben«[112] – für den Generalanwalt sind solche Alternativen sogar »schwer vorstellbar«.[113]

Diesbezüglich weist der Generalanwalt auch darauf hin, dass die Anwerbung von qualifiziertem Personal zwar sicherlich »auch mit finanziellen Mitteln« – als gelindere Maßnahme – erfolgen könnte, betont

107 EuGH 20.12.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 43 f.
108 EuGH 20.12.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 46.
109 EuGH 20.12.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 47. Vgl auch Schlussanträge GA *Wahl* 13.9.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 87 (mit Betonung, dass die Dienstverpflichtung am Karrierebeginn steht).
110 Schlussanträge GA *Wahl* 13.9.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 88 f. Vgl auch Rz 79.
111 EuGH 20.12.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 48.
112 EuGH 20.12.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 49.
113 Schlussanträge GA *Wahl* 13.9.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 91.

aber sogleich, dass dies »erhebliche Auswirkungen auf den öffentlichen Haushalt haben könnte« und sich der EuGH »Argumenten in Bezug auf eine notwendige Kostenkontrolle in der öffentlichen Gesundheitsversorgung nicht verschlossen hat.«[114] Und tatsächlich betont der EuGH, dass die Dienstverpflichtung geeignet ist, zur Kontrolle der Kosten, die mit dem Ziel der Sicherstellung eines ausreichenden und dauerhaften Zugangs zu einem ausgewogenen Angebot hochwertiger medizinischer Versorgung verbunden sind, »beizutragen und dadurch die öffentliche Gesundheit zu schützen.«[115]

Schließlich betont der Generalanwalt auch, dass das Land während der Ausbildung nicht von der mitfinanzierten Tätigkeit profitiert – die Dienstverpflichtung sei daher »naheliegend« und es wäre sonst »unsinnig, Stellen für die Facharztausbildung an der Universität Innsbruck zu ›erwerben‹.«[116] Und auch der Gerichtshof kommt zum Schluss, dass eine den Förderbetrag nicht übersteigende Rückzahlungspflicht – auch in Anbetracht der ausdrücklichen Zustimmung der Ärztin zur Dienst- und Rückzahlungspflicht – »nicht unverhältnismäßig erscheint«.[117]

Insgesamt ist die Regelung der Dienstverpflichtung daher mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit vereinbar – vorbehaltlich einer Verhältnismäßigkeitsprüfung durch das vorlegende Gericht.[118]

B. Allgemeine Rückschlüsse aus der Rechtssache Simma Federspiel

Das Urteil in der Rechtssache Simma Federspiel zeigt einerseits erneut auf, dass der Gerichtshof den Sprachgebrauch im Gesundheitsbereich für sehr wichtig erachtet (1.), und lässt andererseits Rückschlüsse zum Gewicht des Minderheitenschutzes in seiner Judikatur zu (2.).

114 Schlussanträge GA *Wahl* 13.9.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 90. Siehe auch die in FN 25 der Schlussanträge angeführte Rechtsprechung.

115 EuGH 20.12.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 46.

116 Schlussanträge GA *Wahl* 13.9.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 92.

117 EuGH 20.12.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 50. Zumal die ÄrztInnen ja auch einen Facharztabschluss erwerben, der »die Ausübung der Freizügigkeit erleichtern wird«: Schlussanträge GA *Wahl* 13.9.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 94.

118 EuGH 20.12.2017, C-419/16 (Simma Federspiel), Rz 51.

1. Hoher Stellenwert der Sprache in der Gesundheitsversorgung

Der hohe Stellenwert einer Gesundheitsversorgung in der (Mutter-)Sprache der PatientInnen ergibt sich aus dem besagten Urteil nur indirekt, aber doch eindeutig. So ist die zweisprachige Versorgung in Südtirol zwar gesetzlich verankert und Deutsch eine regional der italienischen Sprache gleichgestellte (Amts-)Sprache. Trotzdem hätte der Gerichtshof wohl zumindest die Frage aufgeworfen, ob eine zweisprachige Gesundheitsversorgung für den – zur Rechtfertigung der Beschränkung angeführten – Schutz der Gesundheit wirklich zwingend und ausnahmslos erforderlich ist, wenn er die Sprache hierfür nicht als zentral erachtet hätte.

So bestätigt der EuGH dagegen die große Bedeutung, die er der Sprache im Gesundheitsbereich schon in zwei weiteren Fällen zuerkannt hatte.[119] So hielt er ein Verbot des Online-Handels von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln unter anderem auch deshalb für gerechtfertigt, weil die Etikettierung in einer anderen Sprache als der des Heimatstaates des Käufers – bei Versand aus einem anderen EU-Mitgliedstaat – »gravierende Folgen haben« kann.[120] Ebenso sah er zwar in der Sicherstellung der Verständigung mit PatientInnen, Behörden und Berufsorganisationen einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses, der es rechtfertigt, die Kassenzulassung eines Zahnarztes von einer angemessenen Kenntnis der Staatssprache abhängig zu machen. Die Anforderungen dürfen das Erforderliche jedoch nicht übersteigen – es ist nämlich »im Interesse der Patienten, deren Muttersprache nicht die Amtssprache ist, daß es eine gewisse Zahl von Zahnärzten gibt, die sich mit ihnen auch in ihrer eigenen Sprache verständigen können.«[121]

---

119 Zur allgemeinen Bedeutung der Sprache im Binnenmarkt siehe dagegen zB *Toggenburg* in Reichelt, Sprache und Recht unter besonderer Berücksichtigung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, insbesondere 54 ff.

120 EuGH 11.12.2003, C-322/01 (Deutscher Apothekerverband gg DocMorris), Rz 119. Ähnlich auch itVfGH Urteil Nr 312/1983, RE Punkt 6 (zur Zulässigkeit der Zweisprachigkeitspflicht in Südtirols Apotheken).

121 EuGH 4.7.2000, C-424/97 (Haim), Rz 59–61 (Zitat: Rz 60). Auch allgemein sprach er »dem Schutz der Rechte und Möglichkeiten der einzelnen im sprachlichen Bereich« in einer auf Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit aufbauenden Gemeinschaft »besondere Bedeutung zu«: EuGH 24.11.1998, C-274/96 (Bickel und Franz), Rz 13, mit Verweis auf EuGH 11.7.1985, C-137/84 (Mutsch), Rz 11.

Prinzipiell sind sprachliche Anforderungen – und damit auch die Zweisprachigkeitspflicht in Südtirol – dann unionsrechtskonform, wenn sie verhältnismäßig sind.[122] Hohe Anforderungen sind aber wohl gerade im Gesundheits- und insbesondere im klinischen Bereich berechtigt. Umso mehr gilt dies für ein mehrsprachiges Land wie Südtirol, in dem verschiedene Fachkräfte mit unterschiedlicher Muttersprache, die in verschiedenen Ländern und Sprachen ausgebildet wurden, ständig zusammenarbeiten. Hier sind sehr gute Sprachkenntnisse wohl noch wichtiger, zumal in einem Bereich, in dem reibungslose Kommunikation überlebensnotwendig sein kann – man denke nur an das Zusammenwirken eines mehrköpfigen Teams in einem Schockraum.

2. Minderheitenschutz als »legitimes Ziel«

Ein weiterer Rückschluss aus dem Simma-Federspiel-Urteil ergibt sich im Hinblick auf den Minderheitenschutz und das Urteil in der Rechtssache Bickel und Franz. Wie schon erwähnt,[123] hatte dieses Urteil die Ausdehnung des Rechts auf den Gebrauch der deutschen Sprache im Verhältnis zur öffentlichen Hand in Südtirol auf UnionsbürgerInnen zur Folge. Dabei betonte der EuGH – zum bisher einzigen Mal[124] –, dass »der Schutz einer Minderheit wie der hier betroffenen [»gewiß«] ein legitimes Ziel darstellen« – und somit prinzipiell eine Beschränkung von Grundfreiheiten rechtfertigen – kann.[125]

---

122 Vgl auch EuGH 6.6.2000, C-281/98 (Angonese), Rz 44; 28.11.1989, C-379/87 (Groener), Rz 21; *Toggenburg* in Marko et al, Die Verfassung der Südtiroler Autonomie, 469 ff.

123 Oben III.A.2.b.

124 Vgl aber – zu Grundrechten im Allgemeinen – zB EuGH 12.6.2003, C-112/00 (Schmidberger), Rz 74, wonach der Grundrechtsschutz »ein berechtigtes Interesse dar[stellt], das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung von Verpflichtungen zu rechtfertigen, die nach dem Gemeinschaftsrecht, auch kraft einer durch den Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit wie dem freien Warenverkehr, bestehen.« Dazu mit Bezug zum Minderheitenschutz *Hoffmeister,* ZaöRV 2008, 190 f; *Toggenburg* in Woelk/Palermo/Marko, Tolerance through Law, 196 f.

125 EuGH 24.11.1998, C-274/96 (Bickel und Franz), Rz 29. Konkret lehnte er die von Italien mit der Notwendigkeit des Schutzes der »ethnisch-kulturelle[n] Minderheit« begründete Beschränkung des Sprachenrechts auf ansässige Minderheitenangehörige aber ab, da »dieses Ziel durch die Ausdehnung […] auf deutschsprachige Angehörige anderer Mitgliedstaaten« nicht »gefährdet würde.« Vgl *Toggenburg,* European Law Reporter 1999, 13 ff; *Hilpold,* JBl 2000, 98 f; *Hoffmeister,* ZaöRV 2008, 190 f; *Gattini,* Rivista di Diritto Internazionale 1999, 114–117.

Indem der Gerichtshof nun auch in seinem Urteil in der Rechtssache Simma Federspiel die »spezifischen Bedürfnisse« Südtirols – und konkret: die Notwendigkeit der Sicherstellung einer zweisprachigen Gesundheitsversorgung und die damit einhergehende Schwierigkeit, genügend FachärztInnen einzustellen, die ihren Beruf in deutscher und in italienischer Sprache ausüben können – tatsächlich berücksichtigt und die Erforderlichkeit der mobilitätsbeschränkenden Dienstverpflichtung bestätigt, schließt er in gewisser Weise an das Bickel-und-Franz-Urteil an und spannt dieses fort. Dabei zieht er den Minderheitenschutz zwar nicht ausdrücklich heran, sondern stützt sich (angesichts der Höchstrangigkeit der Gesundheit und der großen Bedeutung der Sprache für ihren wirksamen Schutz: *zu Recht)* auf den Rechtfertigungsgrund des Schutzes der Gesundheit. Trotzdem zeigt das Urteil, dass der Gerichtshof beschränkende, aber (auch) für den Minderheitenschutz erforderliche Maßnahmen akzeptiert – vorausgesetzt, sie gehen nicht über das hinaus, was zur Erreichung des (Schutz-)Ziels tatsächlich erforderlich ist.[126] Dies zeugt auch (erneut) von einem gewissen Gespür des EuGH für den Minderheitenschutz,[127] zumal in Bezug auf eine Maßnahme wie die Dienstverpflichtung, deren Minderheitenschutzcharakter – anders als zB bei Sprachenrechten – nicht offensichtlich ist, sondern erst auf den zweiten Blick hervortritt.

126 Siehe zur großen Bedeutung der Verhältnismäßigkeit auch *Toggenburg,* Union, 15 f, 25; *Hilpold,* JBl 2000, 99, 101; *Malloy,* Rights, 274, mit Verweis auf *Hofmann,* Minorities, 171 f. Vgl auch die detaillierten Hinweise für die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei EuGH 13.4.2010, C-73/08 (Bressol), Rz 62 ff, in Bezug auf die Quotenregelung für den Zugang zu medizinischen Studiengängen in der Französischsprachigen Gemeinschaft Belgiens, die zwar keine Minderheitenschutzmaßnahme, als regionales Sonderregime aber doch mit einer solchen vergleichbar ist: vgl *Ahmed,* European Law Review 2013, 42 f.

127 Ähnlich nach dem Bickel-und-Franz-Urteil *Hilpold,* JBl 2000, 101. Vor allem Anfang der Neunzigerjahre war in Südtirol dagegen noch befürchtet worden, dass das Unionsrecht – und vor allem der EuGH – Grundpfeiler des Minderheitenschutzsystems gefährden könnte. Vgl *Toggenburg* in Marko et al, Die Verfassung der Südtiroler Autonomie, 449 ff (mit einem Literaturüberblick in FN 2).

VI. Zusammenfassende Schlussbetrachtungen

Das Recht auf den Gebrauch der deutschen Sprache im Verkehr mit öffentlichen Ämtern in Südtirol ist völkerrechtlich direkt im österreichisch-italienischen Pariser Vertrag grundgelegt und wurde dann im Paket, das die spätere Praxis zum Pariser Vertrag darstellt, näher ausgeführt. Mit dem Notenwechsel anlässlich der Beilegung des Streits über die Durchführung des Pariser Vertrages im Jahr 1992 wurde zudem der gesamte damals geltende (verfassungsrechtliche) Schutz- und Autonomiestandard Südtirols – und somit auch das (beschränkte) Recht auf den Gebrauch des Ladinischen – völkerrechtlich verankert.[128]

Auch im italienischen Verfassungsrecht sind die Sprachenrechte sehr gut verankert. Das Recht auf den Gebrauch der deutschen Sprache, die in Südtirol der italienischen Sprache gleichgestellt ist, ergibt sich direkt aus dem Autonomiestatut, einem Verfassungsgesetz. Demgegenüber ist das Recht auf den Gebrauch der ladinischen Sprache zumeist auf die zwei ladinischen Täler Gadertal und Gröden beschränkt und auch nur in einer Durchführungsbestimmung zum Statut verankert. In Durchführungsbestimmungen, die in der Normenhierarchie immerhin oberhalb einfacher (auch: Staats-)Gesetze anzusiedeln sind, sind auch wichtige Schutzregelungen wie die Zweisprachigkeitspflicht aller öffentlich Bediensteten in Südtirol, der damit verbundene Zweisprachigkeitsnachweis und die Sprachenrechte bis ins Detail normiert. Das Unionsrecht zwang Italien zwar zur Umgestaltung der Sprachenrechte von einem Minderheiten- zu einem UnionsbürgerInnenrecht[129] auf den Gebrauch der deutschen (und der ladinischen) Sprache. Aus Sicht der Minderheiten stellt es aber keine Gefahr dar, wenn auch nicht in Südtirol ansässige und/oder nicht einer Minderheit angehörende Personen bei öffentlichen Ämtern die deutsche oder die ladinische Sprache verwenden, zumal Bedienstete ohnehin zweisprachig sein müssen. Im

128 Siehe dazu oben II.

129 Zur vom EuGH nicht klar beantworteten Frage, ob dieses Recht allen UnionsbürgerInnen zusteht, nur jenen, die Deutsch sprechen oder überhaupt nur jenen, die deutscher *Mutter*sprache sind, vgl zB *Toggenburg* in Marko et al, Die Verfassung der Südtiroler Autonomie, 464–467 (mit weiteren Nachweisen in FN 66). In der Praxis stellt sich diese Frage aber ohnehin nicht mehr, nachdem das Recht auf den Gebrauch des Deutschen und des Ladinischen durch Änderungen des DPR Nr 574/1988 schlichtweg auf *alle* Personen ausgeweitet wurde.

Gegenteil: Eine Beschränkung des Sprachenrechts auf Minderheitenangehörige würde diese nicht schützen, sondern hätte, wie Generalanwalt *Jacobs* in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Bickel und Franz betont, »allenfalls die umgekehrte Wirkung: Es stärkt Italienisch als Hauptsprache auch in dem überwiegend deutschsprachigen Gebiet von Bozen.«[130]

Das allgemeine Sprachenrecht gilt auch im Gesundheitsbereich, wo etwa für Arzneimittel eine eigene Zweisprachigkeitspflicht besteht. Zudem wird das Recht auf Gesundheitsversorgung in deutscher Sprache, das sich aus dem Sprachenrecht ableitet, auch durch besondere Maßnahmen gefördert: So darf Südtirol Abkommen mit österreichischen Krankenhausträgern schließen, um eine deutschsprachige Gesundheitsversorgung bis hin zur Spitzenmedizin zu ermöglichen, und in Zusammenarbeit mit der Österreichischen Ärztekammer die Ableistung (von Teilen) der österreichischen Facharztausbildung in Südtirols Krankenhäusern vorsehen. Insgesamt ist die verfassungsrechtliche Ausgestaltung des Rechts auf Gesundheitsversorgung in deutscher Sprache also gut. Die Minderheit ist durch *Affirmative-Action*-Maßnahmen geschützt.[131]

Trotzdem besteht heute die Gefahr einer neuen negativen Ungleichbehandlung – ausgelöst aber nicht mehr durch fehlenden rechtlichen Schutz, sondern durch Zahlen, die einen Ärztemangel bescheinigen, und genauer: einen Mangel an deutschsprachigen ÄrztInnen. Dieser Mangel zwingt das Land gerade im Gesundheitswesen zur Aufweichung der Zweisprachigkeitspflicht, obwohl ÄrztInnen aus dem deutschsprachigen Raum (anders als ÄrztInnen aus Italien) nur in Ausnahmefällen bereit sind, eine – ohne gute Italienischkenntnisse – stets nur *befristete* Stelle in Südtirol anzunehmen. Südtirols Gesundheitswesen ist daher sehr stark auf die Rückkehr von Südtiroler ÄrztInnen angewiesen, die meist beide Amtssprachen gut genug beherrschen.[132]

---

130 Schlussanträge GA *Jacobs* 19.3.1998, C-274/96 (Bickel und Franz), Rz 41. Er führt weiter aus: »Lädt ein deutschsprachiger Einwohner [...] einen Verwandten aus Deutschland, Österreich oder der Schweiz zu einem Besuch ein, würde ein etwaiges Strafverfahren gegen den Verwandten oder Freund auf Italienisch durchgeführt. Es ist schwer vorstellbar, wie dies den Interessen der deutschsprachigen Minderheit in Bozen dienlich sein könnte.« Siehe für die Ausführungen in diesem Absatz oben III.A.

131 Siehe oben III.B.

132 Siehe oben IV.(A.).

Diese Südtiroler Abhängigkeit von (Fach-)ÄrztInnen aus dem eigenen Land ist wohl auch einer der Hauptgründe, die den EuGH in der Rechtssache Simma Federspiel von der Erforderlichkeit – und somit: der Unionsrechtskonformität – der Dienstverpflichtung, einer weiteren Südtiroler Maßnahme zur Vermeidung bzw Linderung des Ärztemangels, überzeugt haben.[133] Das Urteil bestätigt auch den hohen Stellenwert, den der Gerichtshof der Sprache im Gesundheitsbereich beimisst, und schließt zumindest implizit an das Urteil in der Rechtssache Bickel und Franz an, in dem der Minderheitenschutz erstmals als ein »legitimes Ziel« – und somit als ein potenzieller Rechtfertigungsgrund für Beschränkungen von Grundfreiheiten – bezeichnet wurde.[134]

VII. Ausblick

Angesichts eines stark auf ÄrztInnen aus Südtirol angewiesenen Gesundheitssystems wird der Ärztemangel noch viel gravierender, wenn auch diese – wie zuletzt wegen der Aussetzung des österreichischen Facharztausbildungsmodells[135] – nach dem Studium außerhalb Südtirols nicht in ausreichender Anzahl dorthin zurückkehren. Dies gilt umso mehr, als in den nächsten Jahren die Pensionierung von geburtenstarken Jahrgängen ansteht.[136] Südtirol steht also vor einem Problem, für das es wohl nicht *eine* große Lösung gibt. Die Linderung des Ärztemangels führt wohl nur über das Zusammenwirken vieler kleiner Schritte. Zunächst sind grundlegende Dinge wie eine bessere Bezahlung und die Schaffung guter Rahmenbedingungen (Bürokratieabbau; rasche Bewerbungsprozesse;[137] möglichst flexible Arbeitszeiten; Work-Life-Balance; modernes Arbeitsumfeld; Karrierechancen) sowie viel Überzeugungsarbeit erforderlich. Daneben müssen wohl auch Maßnahmen wie die Dienstverpflichtung fortgeführt werden. Zumindest

133 Siehe zur Dienstverpflichtung oben IV.B., zum dazu ergangenen Urteil des EuGH oben V.A.

134 Siehe oben V.B.

135 Dazu oben III.B.2.b.

136 In Südtirol vor allem zwischen 2027 und 2030. Vgl zB Deutlicher Ärztemangel in Tirol, *Tilg* setzt auf Medical School, Tiroler Tageszeitung vom 3.8.2018, <tt.com/politik/14658126/d> (15.11.2018).

137 Vgl Facharzt-Ausbildung: Jetzt Tutoren benennen, Dolomiten vom 27.9.2018, 14.

kurz- und mittelfristig wird das Land aber womöglich auch weiterhin auf eine strikte Anwendung der Zweisprachigkeitspflicht verzichten müssen, um die Gesundheitsversorgung aufrechterhalten zu können. Wie schon heute, sollte dann aber zumindest der Besuch von Sprachkursen verlangt werden. Außerdem sollten die Dienste dann so organisiert werden, dass eine Versorgung von PatientInnen in beiden Amtssprachen insgesamt jederzeit möglich ist.

Langfristig ist aber womöglich auch die schon mehrfach angedachte Einrichtung einer eigenen *»Medical School«* in Südtirol oder in (Zusammenarbeit mit) Tirol erforderlich,[138] wenngleich dies für ein so kleines Land wie Südtirol keine Ideallösung ist. Bei einem Standort in Südtirol könnten SüdtirolerInnen dann auch vor Ort Medizin studieren, und müssten nicht erst nach dem Studium oder (wie letzthin) sogar erst nach der Facharztausbildung zur Rückkehr bewogen werden, was etwa aufgrund persönlicher Bindungen an den Studienort oft scheitert. Zugleich würde eine Medizin-Fakultät Studierende von außerhalb anlocken, sodass dann auch Südtirol von dieser Bindung an den Studienort profitieren könnte. Unabhängig von einem Standort in Südtirol könnte die *Medical School* auch dann zur Linderung des Ärztemangels beitragen, wenn das Studium – wie bereits angedacht – mit einem Stipendien- und Dienstverpflichtungsmodell kombiniert wird.[139] Dass der (Aus-)Weg über die Einrichtung einer *Medical School* zumindest denkbar ist, zeigen andere Gesundheitsberufe wie die Krankenpflege: Hier bildet Südtirol selbst aus[140] – mit der Folge, dass zwar (wie auch anderswo) Personalmangel herrscht, aber immerhin kein landesweiter Pflegenotstand.[141]

138 Vgl zB Deutlicher Ärztemangel in Tirol, *Tilg* setzt auf Medical School, Tiroler Tageszeitung vom 3. 8. 2018; Medical School kurz vor dem Ziel, Tiroler Tageszeitung vom 17. 6. 2017, <tt.com/politik/13107624/m> (15. 11. 2018); Medical School ab 2018?, salto.bz vom 27. 2. 2017, <salto.bz/article/27022017/medical-school-ab-2018> (15. 11. 2018).

139 Vgl Daheim Spitalsdienst leisten oder Geld zurück, Dolomiten vom 15. 9. 2017, 17.

140 An der Landesfachhochschule für Gesundheitsberufe *»Claudiana«:* siehe <claudiana.bz.it> (15. 11. 2018).

141 Vgl aber Pflegenotstand: 5 Betten weniger, Dolomiten vom 26. 9. 2018, 26 (zum Krankenhaus Sterzing).

Literaturverzeichnis

- *Ahmed Tawhida,* The Treaty of Lisbon and Beyond: The Evolution of EU Minority Protection?, European Law Review 2013, 30.
- *Bonell Lukas/Winkler Ivo,* Südtirols Autonomie. Beschreibung der autonomen Gesetzgebungs- und Verwaltungszuständigkeiten des Landes Südtirol[10] (2010).
- *Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten* (Hrsg), Österreichische außenpolitische Dokumentation. Sonderdruck Südtirol-Dokumentation (1992).
- *Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten* (Hrsg), Österreichische außenpolitische Dokumentation Nr 4/92, Oktober 1992. Texte und Dokumente (1992).
- *Cosulich Matteo,* Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle Regioni ad autonomia speciale (2017).
- *Dubis Klaus,* Das Recht auf den Gebrauch der Sprachen im Umgang mit der öffentlichen Verwaltung. Gleichwertiger Schutz der deutschen und der italienischen Sprache in Südtirol (2008).
- *Fenet Alain,* La Question du Tyrol du Sud. Un problème de Droit international (1968).
- *Fraenkel-Haeberle Cristina,* Linguistic Rights and the Use of Language, in Woelk/Palermo/Marko (Hrsg), Tolerance through Law. Self Governance and Group Rights in South Tyrol (2008) 259.
- *Gattini Andrea,* La non discriminazione di cittadini comunitari nell'uso della lingua nel processo penale: il caso *Bickel,* Rivista di Diritto Internazionale 1999, 106.
- *Grigolli Stephan,* Sprachliche Minderheiten in Italien, insbesondere Südtirol, und in Europa. Der Gebrauch der Sprache vor Behörden und Gerichten und die Vergabe öffentlicher Stellen (1997).
- *Hafner Gerhard,* Einige Anmerkungen zur Zuständigkeit des Internationalen Gerichtshofs im Fall Südtirol, in Raffeiner (Hrsg), 25 Jahre Streitbeilegung 1992–2017 – Ist das »Südtirolproblem« gelöst?! (2018) 235.
- *Haller Matthias,* Gesundheitswesen, in Obwexer/Happacher/Zwilling (Hrsg), EU-Mitgliedschaft und Südtirols Autonomie. Band 2 (im Erscheinen).
- *Hilpold Peter,* Modernes Minderheitenrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Minderheitenrechtes in Österreich und in Italien unter besonderer Berücksichtigung völkerrechtlicher Aspekte (2001).
- *Hilpold Peter,* Unionsbürgerschaft und Sprachenrechte in der EU. Das Vorabentscheidungsverfahren Bickel und Franz, JBl 2000, 93.

- *Hilpold/Perathoner* (Hrsg), Die Ladiner. Eine Minderheit in der Minderheit (2005).
- *Hoffmeister Frank,* Grundlagen und Vorgaben für den Schutz der Minderheiten im EU-Primärrecht, ZaöRV 2008, 175.
- *Hofmann Rainer,* National Minorities and European Community Law, in Ziemele (Hrsg), Baltic Yearbook of International Law. Volume 2 (2002) 159.
- *Hummer Waldemar,* Zum Rechtscharakter des Gruber-De Gasperi-Abkommens 1946. Völkerrechtlicher Vertrag, einseitige Verpflichtungserklärung oder bloßes »gentlemen's agreement«?, in Erhard (Hrsg), Südtirol und der Pariser Vertrag. Geschichte und Perspektiven (1988) 137.
- *Malloy Tove H.,* National Minority Rights in Europe (2006).
- *Miehsler Herbert,* Südtirol als Völkerrechtsproblem (1962).
- *Oberrauch Stefan,* Ethnischer Proporz und Arbeitsvermittlungsvorrang. Südtiroler Minderheitenschutz und Arbeitnehmerfreizügigkeit in der EU (2006).
- *Obwexer Walter,* 25 Jahre Streitbeilegungserklärung: Auswirkungen auf die internationale Absicherung der Autonomie Südtirols, EJM 2018, 330.
- *Obwexer Walter,* Die Schutzfunktion Österreichs im Zusammenwirken von Völker-, Europa- und Verfassungsrecht, in Gamper/Pan (Hrsg), Volksgruppen und regionale Selbstverwaltung in Europa (2008) 163.
- *Obwexer Walter,* Sechs Jahrzehnte europäische Integration und zwei Jahrzehnte EU-Mitgliedschaft Österreichs: der Pariser Vertrag im supranationalen Kontext, in Obwexer/Pfanzelter (Hrsg), 70 Jahre Pariser Vertrag (2017) 171.
- *Obwexer Walter,* Unionsrechtliche Rahmenbedingungen für die Anerkennung akademischer Grade, zfhr 2016, 1.
- *Obwexer Walter,* Unionsrechtliche Vorgaben für die Mobilität von Lernenden und Lehrenden an Universitäten und Hochschulen: rechtliche Auswirkungen auf die Bildungspolitik, in Griller/Kahl/Kneihs/Obwexer (Hrsg), 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs (2016) 1047.
- *Palermo Francesco,* Rolle und Wesen der paritätischen Kommissionen und ihrer Durchführungsbestimmungen, in Marko/Ortino/Palermo/Voltmer/Woelk (Hrsg), Die Verfassung der Südtiroler Autonomie. Die Sonderrechtsordnung der Autonomen Provinz Bozen/Südtirol (2005) 395.
- *Palermo Francesco/Woelk Jens,* Die Regelungen zum Sprachgebrauch vor Gericht und Verwaltung, in Marko/Ortino/Palermo/Voltmer/Woelk (Hrsg), Die Verfassung der Südtiroler Autonomie. Die Sonderrechtsordnung der Autonomen Provinz Bozen/Südtirol (2005) 332.
- *Poggeschi Giovanni,* Der ethnische Proporz, in Marko/Ortino/Palermo/Voltmer/Woelk (Hrsg), Die Verfassung der Südtiroler Autonomie. Die Sonderrechtsordnung der Autonomen Provinz Bozen/Südtirol (2005) 322.

- *Riz Roland,* Der verfassungsrechtliche Schutz der Ladiner in der Republik Italien, in Hilpold/Perathoner (Hrsg), Die Ladiner. Eine Minderheit in der Minderheit (2005) 85.
- *Staffler Christian,* Personenbezogene Grundfreiheiten in der EU und ihre Auswirkungen auf ausgewählte Bereiche der Südtirol-Autonomie. Landesraumordnung. Wohnbauförderung. Zweisprachigkeitspflicht im öffentlichen Dienst (2011).
- *Tichy Helmut,* 70 Jahre Schutzfunktion Österreichs: Handlungsmöglichkeiten gestern, heute und morgen, in Obwexer/Pfanzelter (Hrsg), 70 Jahre Pariser Vertrag (2017) 189.
- *Toggenburg Gabriel N.,* Der EuGH und der Minderheitenschutz (Horst Otto Bickel u. Ulrich Franz/Italien, EuGH vom 24. November 1998), European Law Reporter 1999, 11.
- *Toggenburg Gabriel N.,* Die Europäische Union und das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten: ignorieren, parallell *[sic]* »umsetzen« oder gar beitreten?, European Diversity and Autonomy Papers 04/2014, <eurac.edu/en/research/autonomies/minrig/publications/documents/toggenburg_final.pdf> (15.11.2018).
- *Toggenburg Gabriel N.,* Die Sprache und der Binnenmarkt im Europa der EU: Eine kleine Beziehungsaufstellung in 10 Punkten, in Reichelt (Hrsg), Sprache und Recht unter besonderer Berücksichtigung des Europäischen Gemeinschaftsrechts (2006) 43.
- *Toggenburg Gabriel N.,* Europas Integration und Südtirols Autonomie: Konfrontation – Kohabitation – Kooperation?, in Marko/Ortino/Palermo/Voltmer/Woelk (Hrsg), Die Verfassung der Südtiroler Autonomie. Die Sonderrechtsordnung der Autonomen Provinz Bozen/Südtirol (2005) 449.
- *Toggenburg Gabriel N.,* Regional Autonomies Providing Minority Rights and the Law of European Integration: Experiences from South Tyrol, in Woelk/Palermo/Marko (Hrsg), Tolerance through Law. Self Governance and Group Rights in South Tyrol (2008) 177.
- *Wimmer Norbert/Happacher Brezinka Esther,* Der ethnische Proporz im öffentlichen Dienst – ein Instrument des Minderheitenschutzes im Wandel der Zeit, Europa Ethnica 2001, 97.
- *Woelk Jens,* Individual and Group Rights in South Tyrol: Article 2 as *Grundnorm* of the Autonomy Statute, in Woelk/Palermo/Marko (Hrsg), Tolerance through Law. Self Governance and Group Rights in South Tyrol (2008) 203.
- *Woelk Jens,* Von »Advokat« bis »Zentraldirektion der Autonomien«. Die Südtiroler Rechtssprache aus Sicht eines »bundesdeutschen« Juristen, in Veronesi (Hrsg), Rechtslinguistik des Deutschen und Italienischen (2000) 209.

- *Zeller Karl,* Das Problem der völkerrechtlichen Verankerung des Südtirol-Pakets und die Zuständigkeit des Internationalen Gerichtshofs (1989).
- *Zeller Karl,* Die Beendigung des österreichisch-italienischen Streits vor den Vereinten Nationen. Ist die Südtirolfrage endgültig gelöst?, ÖJIP 1992, 48.

Helene Grill*

Der Zugang zu Informationen im Asylverfahren – Inklusion durch Sprache

I. Problemaufriss

Das Asylverfahren ist im Vergleich zu anderen Verwaltungsverfahren durch seine Komplexität sowie die besondere Vulnerabilität der Antragstellerinnen und Antragsteller gekennzeichnet.[1] Von Beginn an können zudem zwei zentrale Hürden den Zugang zum Verfahren erschweren: ein Sprach- und ein Wissensdefizit.[2] Zum einen sind Asylsuchende meist nicht mit dem nationalen Rechtssystem oder dem Asylrechtsregime vertraut, zum anderen verfügen viele Asylsuchende nicht über ausreichende Deutschkenntnisse, um sich im Verfahren verständigen oder dieses verstehen zu können.[3]

Wirkt man diesen anfänglichen Hindernissen nicht entgegen, können sie die effektive Teilnahme und Inklusion in das Verfahren verhindern, bevor dieses eigentlich begonnen hat.[4] Es bedarf daher aktiver Inklusionsstrategien, also Maßnahmen, die die erfolgreiche Teilnahme am Verfahren fördern.[5] Eine solche Strategie stellt die Gewährleistung

---

* Für wertvolle Anregungen und Gespräche möchte ich mich bei *Martina Augustin, Sebastian Frik, Kevin Fredy Hinterberger, Marina Kaspar, Stephan Klammer, Teresa Radatz, Manfred Stelzer, Antonia Wagner* und *Nikolaus Wieser* bedanken.

1 Siehe auch *Merli/Pöschl* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 212.

2 Zu den besonderen Herausforderungen des Asylverfahrens vgl *Merli/Pöschl* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 211.

3 Siehe *Reneman,* EU Asylum Procedures, 115, siehe auch *Ammer/Köhler,* Stichproben 2010, 155 sowie *Merli/Pöschl* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 211.

4 Vgl *Schumacher,* Verwaltungsverfahren, 225–226.

5 Siehe auch *Merli/Pöschl* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 212: *Merli* und *Pöschl* nennen als solche Strategien etwa die Übersetzung von Rechts-

des Zugangs zu rechtlichen Informationen dar: Dies umfasst etwa die Aufklärung über das Verfahren, seinen Ablauf sowie über Rechte und Pflichten. Sind Asylsuchende ausreichend über das Verfahren informiert, kann das zur Folge haben, dass Mitwirkungspflichten vermehrt erfüllt und Verfahrensrechte wahrgenommen werden, kann zur Verfahrensbeschleunigung beitragen und sich darauf auswirken, dass statusrelevante Sachverhalte schon in erster Instanz richtig festgestellt werden.[6] Der Zugang zu Information ist daher zentral, um Wissensdefizite auszugleichen und ein faires und effizientes Asylverfahren garantieren zu können.[7]

Dreh- und Angelpunkt bei der Gewährleistung des Zugangs zu Information stellt die Sprache dar.[8] Nur, wenn Kommunikation funktioniert und schriftliche Informationen verstanden werden, kann der Zugang zu Information und damit die effektive Teilnahme am Verfahren gesichert werden.[9] Dies zeigt die wechselseitige Beziehung von Information und Sprache: Sprache kann Wissen fördern und zu einem besseren Verständnis des Verfahrens beitragen. Umgekehrt kann Sprache auch den Zugang zu Information verhindern und zum Ausschluss vom Verfahren führen, wenn Sprachbarrieren nicht überwunden werden können.[10]

Dieser Beitrag beleuchtet zunächst den Zugang zu Informationen aus unionsrechtlicher (II.) und österreichischer Perspektive (III.) sowie inhaltliche Anforderungen an Informationen in Bezug auf allgemeine und besondere Informationspflichten (IV.). Ein Anliegen ist es aufzuzeigen, welche rechtlichen Anforderungen dabei an die Sprache gestellt werden, insbesondere hinsichtlich der Form und der Wahl der Sprache (V.).

---

mittelbelehrung und Spruch sowie den Einsatz von Informationsblättern und bezeichnen dies als »bescheidene verfahrensrechtliche Maßnahmen«.

6 ErwGr 22 RL 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung) ABl L 2013/180, 60. Vgl *Schumacher,* Verwaltungsverfahren, 230: Nach *Schumacher* kann eine »Beschränkung von Kommunikations- und Informationsrechten im Verwaltungsverfahren die Wahrscheinlichkeit erhöh[en], zu einer fehlerhaften Entscheidung zu kommen«; *SKMR,* Externe Evaluation, 30; vgl *Schindler* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 198.

7 Vgl *Tampere Europäischer Rat,* 15. und 16. Oktober 1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, 14; *FRA,* Aufklärung von Asylbewerbern, 7.

8 *FRA,* Aufklärung von Asylbewerbern, 23.

9 Vgl *Ammer/Köhler,* Stichproben 2010, 153.

10 Siehe auch *Ammer/Köhler,* Stichproben 2010, 153.

II. Der Zugang zu Informationen aus unionsrechtlicher Perspektive

Auf unionsrechtlicher Ebene garantiert Art 47 GRC das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren.[11] Da das Recht auf ein faires Verfahren nach Art 6 EMRK im Asylverfahren nicht anwendbar ist,[12] ist Art 47 GRC wesentlich für die Garantie eines fairen Asylverfahrens: Denn diese Bestimmung rezipiert grundlegende Verfahrensgarantien der EMRK und erweitert deren Anwendungsbereich implizit auf das Asylverfahren.[13] Eine zentrale Verfahrensgarantie ist dabei der Zugang zu Informationen. So umfasst Art 47 GRC die Pflicht, »dem Betroffenen ausreichende Informationen über das Verfahren zukommen zu lassen«[14] und normiert damit Informationsrechte unvertretener Parteien, wie etwa eine Manuduktionspflicht sowie die Verpflichtung über Rechtsmittel zu belehren.[15]

Zudem haben die Rsp des EGMR und des EuGH[16] sowie der Versuch der Etablierung des Gemeinsam Europäischen Asylsystems (GEAS) zum stetigen Ausbau von Verfahrensgarantien für das Asylverfahren und zur Entwicklung einheitlicher Mindeststandards in den Mitgliedstaaten

11 Art 47 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl 2016 C 202, 389; *Raschauer/Sander/Schlögl* in Holoubek/Lienbacher, GRC, Art 47 Rz 1. Art 47 GRC rezipiert zentrale Verfahrensgarantien der EMRK und garantiert diese gemäß Art 51 Abs 1 GRC bei der Durchführung von Unionsrecht; für das Asylwesen kann diesbezüglich auf Art 78 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ABl 2016 C 202, 47 sowie das einschlägige Sekundärrecht verwiesen werden. Vgl auch EuGH 21.12.2011, C-411/10 (N.S. gg Vereinigtes Königreich); EuGH 15.11.2011, C-256/11 (Dereci gg Österreich); sowie dazu *Reneman,* EU Asylum Procedures, 11 und 86.

12 Art 6 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) BGBl 2010/1958; vgl EGMR 5.10.2000, 39652/98 (Maaouia gg Frankreich).

13 *Raschauer/Sander/Schlögl* in Holoubek/Lienbacher, GRC, Art 47 Rz 7. Insbesondere da die Rsp des EGMR bei der Interpretation der GRC gemäß Art 52 Abs 3 GRC heranzuziehen ist. Vgl auch *Reneman,* EU Asylum Procedures, 91; weiters *Matti/Rienzner,* migraLex 2013, 4.

14 *Raschauer/Sander/Schlögl* in Holoubek/Lienbacher, GRC, Art 47 Rz 21.

15 Art 47 Abs 2 GRC; *Raschauer/Sander/Schlögl* in Holoubek/Lienbacher, GRC, Art 47 Rz 45.

16 Zu Verfahrensgarantien im Asylverfahren anstatt vieler EGMR 21.1.2011 (GK), 30696/09 (M.S.S. gg Belgien und Griechenland); 23.2.2012 (GK), 27765/09 (Hirsi Jamaa ua gg Italien) und kürzlich 18.9.2017, 47287/15 (Ilias and Ahmed gg Ungarn); EuGH 21.12.2011, C-411/10 (N.S. gg das Vereinigte Königreich).

beigetragen.[17] Ein zentrales Ziel ist dabei, Asylsuchenden Zugang zu einem gerechten und wirksamen Verfahren zu gewährleisten.[18] Wesentlich für die Erreichung dieses Ziels ist das Konzept des *frontloading:* Das bedeutet, dass verfügbare Ressourcen so früh wie möglich im Verfahren eingesetzt werden, um die Qualität der erstinstanzlichen Entscheidungen zu erhöhen und so schon ab der Antragstellung auf ein faires und effizientes Verfahren hinzuwirken.[19] Ein wichtiger Teilaspekt des *frontloading* ist es, Asylsuchende dabei zu unterstützen, das Verfahren zu verstehen.[20] Studien, wie das *Solihull Pilot* Projekt, haben gezeigt, dass die ausreichende Zurverfügungstellung von Informationen, insbesondere durch die Unterstützung von kompetenten Rechtsberaterinnen und -beratern von Beginn des Verfahrens an, die Qualität der erstinstanzlichen Entscheidungen wesentlich verbessern kann.[21] Das Konzept des *frontloading* fand in den unionsrechtlichen Vorgaben, vor allem in der AsylverfahrensRL[22] und der Dublin III-VO[23], Niederschlag:[24] Ein er-

17 Vgl *Reneman,* EU Asylum Procedures, 393. Anm: Der Begriff »Mitgliedstaaten« bezieht sich in diesem Beitrag durchgehend auf die Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

18 *Tampere Europäischer Rat,* Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Rz 14 <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm#union)> 07.11.2018.

19 Geänderter Vorschlag Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung gemeinsamer Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzstatus (Neufassung) 1.6.2011, KOM(2011) 319 endgültig, 6; vgl *Stern,* Rechtsberatung, Dissertation, 239: *Stern* übersetzt *frontloading* als »Qualitätssteigerung der Verfahren erster Instanz.«

20 KOM(2011) 319 endgültig, 6.

21 Siehe *Aspden,* Solihull Pilot: Das Solihull Projekt war ein britisches Pilotprojekt aus den Jahren 2006/2007, das untersuchte, ob es sich auf die Qualität der erstinstanzlichen Entscheidungen auswirkt, wenn Asylsuchende schon frühestmöglich Zugang zu Rechtsberatung haben. Vgl zur Qualitätssteigerung in erstinstanzlichen Verfahren: *UNHCR,* Quality Initiative Project, 1. Zu ähnlichen Studien siehe *SKMR,* Evaluation, 29–31.

22 RL 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung) ABl L 2013/180, 60.

23 VO (EU) 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (»Dublin III«) (Neufassung) ABl L 2013/180, 31.

24 Auch in der AufnahmeRL, RL 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung) ABl L 2013/180, 96; sowie der StatusRL, RL 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen

klärtes Ziel der AsylverfahrensRL ist, dass asylrelevante Schutzbedürftigkeit schon in erster Instanz richtig festgestellt wird.[25] Dies setzt eine Aufklärung der Asylsuchenden »über die Rechtslage und das Verfahren« voraus.[26] Dementsprechend sind zahlreiche Informationspflichten in den unionsrechtlichen Vorgaben normiert worden. Da der Zugang zu Information Voraussetzung für die Garantie eines fairen und effizienten Verfahrens ist, lohnt es sich, diese genauer zu untersuchen.

III. Der Zugang zu Informationen aus nationaler Perspektive

Wenngleich das Asylverfahren durch die Komplexität der Materie, die Schwierigkeit, den maßgeblichen Sachverhalt festzustellen[27] und die besondere Vulnerabilität der Antragstellerinnen und Antragsteller[28] gekennzeichnet ist, ist es dennoch als Verwaltungsverfahren gestaltet, in dem die Verfahrensgarantien des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes (AVG) anwendbar sind.[29] Mit dem AVG ist in Österreich ein Verwaltungsverfahren etabliert worden, das rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechen soll.[30] Von besonderer Relevanz für das Asylverfahren sind die Verfahrensgarantien des Grundsatzes der materiellen Wahrheit, des Parteiengehörs, der Manuduktionspflicht sowie der Beiziehung von Dolmetscherinnen und Dolmetschern.[31] Der Zugang zu Informationen wird im AVG in erster Linie durch die Manuduktionspflicht garantiert:[32] Demnach haben die Behörde und die zuständige Richterin bzw der zuständige Richter unvertretene Parteien an-

oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung) ABl L 2011/337, 9 wurden Informationspflichten normiert.

25 ErwGr 22 AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

26 ErwGr 22 AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

27 Siehe dazu *Klaushofer* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 147 ff.

28 Vor allem da grundlegende Menschenrechte wie das Recht auf Leben oder das Verbot der Folter betroffen sein können.

29 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) BGBl 51/1991.

30 *Schumacher,* Verwaltungsverfahren, 276.

31 § § 13a, 37, 39a, 45 Abs 3 AVG.

32 §§ 13a AVG. Als weitere zentrale Informationsrechte sind das Recht auf Akteneinsicht und die Rechtsmittelbelehrung gemäß §§ 17, 58 Abs 1 AVG zu nennen.

zuleiten.[33] Diese Anleitungspflicht bezieht sich aber nur auf konkrete Verfahrenshandlungen,[34] sodass von der Manuduktionspflicht keine Aufklärung über den Verfahrensablauf, Rechte und Pflichten umfasst ist. Die Gewährleistung eines fairen und wirksamen Asylverfahrens ist, insbesondere aufgrund der Vulnerabilität der Verfahrensparteien und der schwerwiegenden Folgen, die bei einer Abschiebung in den Herkunftsstaat drohen können, ein besonderes Anliegen.[35] Daher hat die Manduktionspflicht im Asylverfahren weiter zu sein, als dies für andere Verwaltungsverfahren der Fall ist, um die effektive Teilnahme der Asylsuchenden am Verfahren sowie die richtige Feststellung von Schutzbedürftigkeit garantieren zu können.[36]

Zur Überwindung sprachlicher Barrieren sieht das AVG den Einsatz von Dolmetscherinnen und Dolmetschern vor.[37] Da die Staatssprache in Österreich gemäß Art 8 Abs 1 B-VG Deutsch ist, stellt diese auch die maßgebliche Verfahrenssprache dar. Das AVG normiert, dass dem Verfahren eine Dolmetscherin bzw ein Dolmetscher beizuziehen ist, wenn eine Partei nicht über ausreichende Deutschkenntnisse verfügt und das zuständige Organ der Sprache, welche die Partei beherrscht, nicht kundig ist.[38] § 39a AVG sieht damit eine zentrale Garantie eines fairen Verfahrens vor und ermöglicht erst die effektive Teilnahme von Parteien am Verfahren.[39] Zu beachten ist jedoch, dass die Beiziehung von Dolmetscherinnen bzw Dolmetschern nur für den mündlichen Verkehr zwischen der Behörde und der Partei vorgesehen ist.[40] Parteien, die nicht über ausreichend Deutschkenntnisse verfügen, haben daher keinen Anspruch darauf, dass die schriftliche Kommunikation übersetzt wird.[41]

Neben den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen gelten im Asylverfahren spezielle Verfahrensgarantien. Wie bereits erwähnt,

---

33 § 13a AVG, § 17 VwGVG.

34 *Schulev-Steindl,* Verwaltungsverfahrensrecht, 120 ff.

35 *UNHCR,* Qualitätsstandards, 7.

36 Der AsylGH hat festgestellt, dass jedenfalls höhere Anforderungen an die Manuduktionspflicht gegenüber unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen gestellt werden: vgl AsylGH 11.8.2010, A5 414.153-1/2010; AsylGH 11.8.2010, A5 414.153-1/2010; AsylGH 22.8.2012 B1 428257-1/2012.

37 § 39a AVG.

38 § 39a AVG.

39 Vgl *Reisinger* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 129, *Matti/Rienzner,* migraLex 2013, 4; *Hengstschläger/Leeb,* Verwaltungsverfahrensrecht, 308.

40 *Schulev-Steindl,* Verwaltungsverfahrensrecht, 159 f.

41 Siehe *Hengstschläger/Leeb,* Verwaltungsverfahrensrecht, 198.

umfasst die Manuduktionspflicht nur eine Aufklärung über konkrete Verfahrenshandlungen und der Einsatz von Dolmetscherinnen und Dolmetschern ist auf den mündlichen Verkehr beschränkt. Daher bedarf es zusätzlicher Inklusionsstrategien, um »die sprachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten zu mildern, mit denen Asylsuchende kämpfen«.[42] Die Vermittlung von Wissen wird daher zusätzlich durch Informationspflichten, den Einsatz von Informationsblättern und durch kostenlose, gesetzliche Rechtsberatung und -vertretung (in ausgewählten Verfahrensabschnitten) sichergestellt. Diese sollen den Zugang zu Information gewährleisten und sind teilweise in Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben erfolgt oder haben der Erlassung der AsylverfahrensRL 2005 schon vorgegriffen.[43]

IV. Inhaltliche Anforderungen an Informationspflichten

Eine erste Überlegung ist, welche Informationspflichten jeweils im Unionsrecht und im österreichischen Recht normiert sind. In diesem Beitrag wird zwischen *allgemeinen* und *besonderen Informationspflichten* unterschieden: Erstere meinen Informationen, die gegenüber jeder bzw jedem Asylsuchenden zu gewährleisten sind. Hingegen bestehen besondere Informationspflichten nur gegenüber vulnerablen Asylsuchenden, wie unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen, Personen, die Opfer von Folter oder Gewalt geworden sind oder die in ihrer Bewegungsfreiheit eingeschränkt worden sind. In diesem Beitrag werden, neben allgemeinen Anforderungen, Informationspflichten gegenüber unbegleiteten Minderjährigen behandelt. An die Minderjährigkeit von Asylsuchenden, an die Feststellung, dass diese nicht vorliegt sowie an

42 *Merli/Pöschl* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 212.

43 RL 2005/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, ABl L 2005/326, 13. Mit dem Asylgesetz 2005 wurde ua die StatusRL 2004/83/EG ABl L 2004/304, 12 umgesetzt. Das Asylgesetz 2005 war jedoch erlassen worden, bevor die AsylverfahrensRL 2005 in Kraft getreten war. Bei der Neuerlassung des Asylgesetzes wurden zahlreiche Vorgaben der AsylverfahrensRL 2005 schon berücksichtigt. Vgl *Rathler,* Die Umsetzung der Asylverfahrensrichtlinie in das österreichische Recht, 165.

die Weigerung, an der Altersfeststellung mitzuwirken, knüpfen nämlich zentrale Rechtsfolgen, was eine genaue Analyse der einschlägigen Informationspflichten erforderlich macht.

A. Allgemeine Informationspflichten im Unionsrecht

Für das Dublin-Verfahren[44] normiert Art 4 Dublin III-VO eine zentrale Informationspflicht: Asylsuchende sind über die Dublin III-VO selbst,[45] ihre Ziele und über »die Folgen einer weiteren Antragstellung in einem anderen Mitgliedstaat sowie die Folgen eines Umzugs in einen anderen Mitgliedstaat […]«[46] zu unterrichten. Eine Aufklärung hat auch über die Reihenfolge der für die Entscheidung zu berücksichtigenden Kriterien,[47] das persönliche Gespräch[48] und über die Möglichkeit, eine ablehnende Entscheidung mit einem Rechtsbehelf zu bekämpfen, zu erfolgen.[49]

Nach Art 5 AufnahmeRL haben die Mitgliedstaaten Asylsuchende über »die vorgesehenen Leistungen und die Verpflichtungen, die mit den im Rahmen der Aufnahmebedingungen gewährten Vorteile verbunden sind«[50], aufzuklären. Dies umfasst Informationen über Rechtsberatungseinrichtungen sowie Einrichtungen, die andere der nach der AufnahmeRL gewährten Vorteile leisten können oder darüber informieren.[51] Damit wird der Zugang zu absolut grundlegenden Informationen

44 Dublin III-VO 604/2013. Im Dublin-Verfahren wird festgestellt, welcher Mitgliedstaat für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist.

45 Art 4 Abs 1 Dublin III-VO 604/2013.

46 Art 4 Abs 1 lit a Dublin III-VO 604/2013.

47 Art 4 Abs 1 lit b Dublin III-VO 604/2013. Bei der Beurteilung, welcher Mitgliedstaat für das Asylverfahren zuständig ist, ist eine Liste von Kriterien zu beachten (Art 7 ff Dublin III-VO). Diese umfassen in etwa, ob der bzw die Asylsuchende minderjährig ist (Art 8 Dublin III-VO), ob der bzw die Asylsuchende Familienangehörige hat, die in einem anderen Mitgliedstaat einen Schutzstatus erhalten haben (Art 9 Dublin III-VO) oder einen solchen beantragt haben (Art 10 Dublin III-VO) oder ob für die Einreise ein Visum oder ein Aufenthaltstitel ausgestellt wurde (Art 12 Dublin III-VO) etc.

48 Art 4 Abs 1 lit c Dublin III-VO 604/2013; zudem ist über das persönliche Gespräch gemäß Art 5 Dublin III-VO 604/2013 aufzuklären.

49 Art 4 Abs 1 lit d Dublin III-VO 604/2013.

50 Art 5 Abs 1 AufnahmeRL 2013/33/EU.

51 Art 5 Abs 1 AufnahmeRL 2013/33/EU. Die gewährten Vorteile umfassen etwa medizinische Versorgung und Zugang zu Bildung. Zu weiteren Ausführungen siehe *Peek/Tsourdi* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, Art 5 Rz 6.

statuiert, welche die Geltendmachung aller anderen subjektiven Rechte der AufnahmeRL erst ermöglichen.[52] Aus diesem Grund ist es als problematisch zu erachten, dass die Mitgliedstaaten diese Informationen innerhalb von höchstens 15 Tagen zur Verfügung zu stellen haben. Ursprünglich sah der Vorschlag der Kommission zur AufnahmeRL 2003 vor, dass diese Informationen sofort nach Antragstellung erteilt werden müssen.[53] Der vorgesehene Zeitraum von 15 Tagen der AufnahmeRL 2003[54] sowie deren Neufassung[55] wurde jedoch als zu lange kritisiert, um derart grundlegende Informationen zu erhalten:[56] Das kann dazu führen, dass Asylsuchende während dieser Zeit ihre Rechte aus der AufnahmeRL nicht in Anspruch nehmen können, weil sie gar nicht wissen, über bestimmte Rechte zu verfügen. Insbesondere betrifft dies Informationen zum Bestehen von Rechtsberatungseinrichtungen, die Asylsuchende konsultieren können. Der Zeitpunkt, zu dem Asylsuchende sich Informationen beschaffen können, wird damit weiter nach hinten verlagert. Umso wichtiger ist es zu betonen, dass die Frist von 15 Tagen eine Höchstfrist darstellt und daher daraufhin gewirkt werden muss, Informationen schon früher zur Verfügung zu stellen.[57]

Für das erstinstanzliche Verfahren gewährleistet in erster Linie Art 12 AsylverfahrensRL den Zugang zu Informationen. Diese Bestimmung verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, Asylsuchende »über den Verlauf des Verfahrens und über ihre Rechte und Pflichten während des Verfahrens sowie […] [darüber], welche Folgen es haben kann, wenn sie ihren Pflichten nicht nachkommen und nicht mit den Behörden zusammenarbeiten«[58] zu informieren. Umfasst ist dabei auch die Aufklärung über die Mitwirkungspflicht nach Art 4 StatusRL.[59] Der maßgebliche

52 Siehe KOM(2001) 181, Art 5.

53 Siehe KOM(2001) 181, Art 5.

54 AufnahmeRL 2003/9/EG des Rates vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten ABl L 2003/31, 18.

55 Art 5 Abs 1 AufnahmeRL 2013/33/EU.

56 Die Kritik betraf auch schon den Vorgängerrechtsakt AufnahmeRL 2003/9/EG. Der Zeitraum von 15 Tagen wurde in der Neufassung der AufnahmeRL 2013/33/EU beibehalten. Vgl zur Kritik der 15 Tage Frist: *Peek/Tsourdi* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, Art 5 Rz 5. Sowie *Handoll* in Baldaccini/Guild/Toner, Whose Freedom, Security and Justice?: EU Immigration and Asylum Law and Policy, 195, 210.

57 Vgl *Peek/Tsourdi* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, Art 5 Rz 11.

58 Art 12 Abs 1 lit a AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

59 Art 12 Abs 1 AsylverfahrensRL 2013/32/EU in Verbindung mit Art 4 StatusRL 2011/95/EU; danach haben Asylsuchende »alle zur Begründung des Antrags auf internationalen Schutz erforderlichen Anhaltspunkte darzulegen«.

Zeitpunkt für die Wahrnehmung der Informationspflicht gemäß Art 12 AsylverfahrensRL muss so früh gewählt sein, dass »die Antragsteller die in der vorliegenden Richtlinie garantierten Rechte in Anspruch nehmen und ihren […] Verpflichtungen nachkommen können.« Nach *Jens Vedsted Hansen* ist für die Beurteilung des maßgeblichen Zeitpunkts und Umfangs dieser Informationspflicht entscheidend, welche Bedeutung die Mitgliedstaaten der frühen Mitwirkung und Substantiierung des Antrags beimessen.[60] Daraus folgt: Je bedeutender die frühzeitige Mitwirkung von Asylsuchenden und die Vollständigkeit der von ihnen getätigten Angaben für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit ist, desto höher sind die Anforderungen an frühestmögliche und umfassende Aufklärungen.

Grundsätzlich besteht eine Aufklärungspflicht während des gesamten Asylverfahrens, also sowohl im erstinstanzlichen Verfahren als auch im Beschwerdeverfahren.[61] Dabei gelten allerdings je nach Verfahrensstadium unterschiedliche Standards: Im erstinstanzlichen Verfahren müssen sogenannte »rechts- und verfahrenstechnische Auskünfte erteilt werden«.[62] Diese umfassen jedenfalls »Erklärungen über Verfahrensschritte, Rechte und Pflichten« und sind unentgeltlich auf Antrag zu gewähren.[63] Zu betonen ist, dass dabei »mindestens Auskünfte zum Verfahren unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Antragstellers«[64] zu gewährleisten sind. Dementsprechend muss die Aufklärung im erstinstanzlichen Verfahren Informationen umfassen, die für den individuellen Fall relevant sein können.[65] Art 21 AsylverfahrensRL enthält zusätzliche Vorgaben für die Informationspflichten im erstinstanzlichen Verfahren.[66] Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass der Zugang zu Information durch eine staatliche Rechtsberatungseinrichtung oder durch Nichtregierungsorganisationen zur Verfügung gestellt wird.[67]

---

60 *Vedsted Hansen* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, Art 19 Rz 4.

61 Art 12, 20, 23 AsylverfahrensRL 2013/32/EU; Art 12 normiert eine Informationspflicht für Verfahren des Kapitels III der AsylverfahrensRL, also erstinstanzliche Verfahren. Siehe auch *Vedsted Hansen* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, Art 12 Rz 2.

62 Art 19 Abs 1 AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

63 Art 19 Abs 1 AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

64 Art 19 Abs 1 AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

65 *Vedsted Hansen* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, Art 19 Rz 4.

66 Art 21 AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

67 Art 21 Abs 1 AsylverfahrensRL 2013/32/EU; insbesondere nennt Art 21 AsylverfahrensRL »Fachkräfte von Behörden« oder »spezialisierte staatliche Stellen«.

Da diese Voraussetzungen, wie auch Art 21 AsylverfahrensRL insgesamt, den Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten sehr weit halten, lässt sich daraus wenig gewinnen, um die Vorgaben für das erstinstanzliche Verfahren zu konkretisieren.[68]

Wurde der Antrag auf internationalen Schutz abgewiesen, so sieht Art 19 AsylverfahrensRL vor, dass die Mitgliedstaaten über die Gründe für die Entscheidung aufklären müssen und wie diese bekämpft werden kann.[69] Es ist jedenfalls eine Aufklärung über inhaltliche und verfahrensrechtliche Gründe der negativen Entscheidung erforderlich.[70] Damit wird eine weitergehende Informationspflicht im Vergleich zu Art 12 AsylverfahrensRL statuiert:[71] Denn diese Bestimmung normiert lediglich, dass Asylsuchende über das Ergebnis der Entscheidung aufgeklärt werden müssen und darüber, welche Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen.[72]

Für das Beschwerdeverfahren bestehen indes konkretere Vorgaben. Asylsuchende haben im Beschwerdeverfahren einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtsberatung und -vertretung.[73] Die Rechtsberatung hat entweder durch eine Rechtsanwältin oder einen -anwalt oder eine andere Person, die nach nationalem Recht zulässig ist, zu erfolgen.[74] Im Beschwerdeverfahren ist daher im Grunde vorgesehen, dass der Zugang zu Information mündlich durch eine rechtsberatende Person erfolgt. Diese nimmt etwa das Recht auf Akteinsicht für Asylsuchende wahr und unterstützt sie bei der Vorbereitung von Verfahrensdokumenten.[75] Die Rechtsberatung darf nur in Ausnahmefällen entfallen und nur solange dies nicht dazu führt, dass Asylsuchende »an der effektiven Wahrnehmung [ihrer] Rechte gehindert«[76] werden.

---

68 Vgl ErwGr 22 AsylverfahrensRL 2013/32/EU: »Die Mitgliedstaaten sollten deshalb die Möglichkeit haben, die geeignetsten Mittel und Wege zu nutzen, um solche Informationen bereitzustellen, zum Beispiel über Nichtregierungsorganisationen oder Fachkräfte von Behörden oder spezialisierte staatliche Stellen«; vgl auch *Vedsted Hansen* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, Art 21 Rz 3.

69 Art 19 Abs 1 AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

70 Vgl *Vedsted Hansen* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, Art 19 Rz 4.

71 Art 12 Abs 1 lit f AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

72 Art 12 Abs 1 lit f AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

73 Art 20 Abs 1 AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

74 Art 21 Abs 1 AsylverfahrensRL 2013/32/EU; siehe auch *Vedsted Hansen* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, Art 21 Rz 3.

75 Art 21 AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

76 Art 20 Abs 3 AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

B. Allgemeine Informationspflichten im AsylG und BFA-VG

Im nationalen Recht sehen vor allem das AsylG[77] und das BFA-VG[78] allgemeine Informationspflichten vor. Zunächst normiert § 17 Abs 9 AsylG eine Informationspflicht:[79] Demnach ist ein Informationsblatt über die Pflichten und Rechte von Asylsuchenden aufzulegen, welches insbesondere auf die Pflicht hinzuweisen hat, sich für das Verfahren bereitzuhalten, und darauf, welche Konsequenzen die Nichtbefolgung mit sich bringt. Das Informationsblatt ist in jenen Sprachen aufzulegen, welche Asylsuchende wahrscheinlich verstehen können.[80]

Weiters kommt der Mitwirkung von Asylsuchenden im österreichischen Asylverfahren zentrale Bedeutung zu; Mitwirkungspflichten normiert etwa § 15 AsylG. Erfüllt eine asylsuchende Person ihre Mitwirkungspflichten nicht, kann dies mit gravierenden Konsequenzen verbunden sein: So kann in manchen Fällen das Asylverfahren eingestellt werden[81] oder ohne vorherige Einvernahme entschieden werden.[82] Eine Verletzung der Mitwirkungspflichten wird außerdem bei der Beurteilung, ob Schubhaft verhängt werden darf, relevant[83] und kann sich im Rahmen der Beweiswürdigung, insbesondere bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit, zentral auf die Gewährung eines Schutzstatus auswirken.[84] Der Bedeutung der Mitwirkungspflichten entsprechend wurde in § 15 Abs 4 AsylG eine Informationspflicht statuiert: Diese verpflichtet die Behörden, auf die Mitwirkungspflichten und die Folgen

77 Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 2005) BGBl I 100/2005.

78 Bundesgesetz, mit dem die allgemeinen Bestimmungen über das Verfahren vor dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl zur Gewährung von internationalem Schutz, Erteilung von Aufenthaltstiteln aus berücksichtigungswürdigen Gründen, Abschiebung, Duldung und zur Erlassung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen sowie zur Ausstellung von österreichischen Dokumenten für Fremde geregelt werden (BFA-Verfahrensgesetz – BFA-VG) BGBl I 87/2012.

79 Die Vorgängerbestimmung war § 26 Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 1997) BGBl I 76/1997. Diese Informationspflicht wurde in § 17 Abs 9 AsylG 2005 in ähnlicher Form übernommen.

80 § 17 Abs 9 AsylG.

81 § 24 Abs 2 AsylG.

82 § 24 Abs 3 AsylG.

83 § 76 Abs 3 Z 8 Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel (Fremdenpolizeigesetz 2005); vgl *Matti/Rienzner,* migraLex 2013, 10.

84 § 18 Abs 3 AsylG.

einer allfälligen Verletzung dieser, wie deren Auswirkung bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit, zu Beginn des Verfahrens nachweislich hinzuweisen. Weitere Informationspflichten finden sich in den Normen über Mitwirkungspflichten in Zusammenhang mit der Anordnung der Unterkunftnahme und der Wohnsitzbeschränkung:[85] § 15b AsylG normiert, dass einer asylsuchenden Person angeordnet werden kann, in einem vorgesehenen Quartier Unterkunft zu nehmen, wenn dies im öffentlichen Interesse gelegen ist. Darüber besteht gemäß § 15b Abs 5 AsylG eine Informationspflicht: Diese umfasst die Aufklärung über die Anordnung und Folgen der Nichteinhaltung. § 15c AsylG ordnet eine Wohnsitzbeschränkung für Asylsuchende im laufenden Verfahren an und sieht in Abs 3 *leg cit* eine mit § 15b Abs 5 AsylG vergleichbare Informationspflicht vor.[86] Des Weiteren besteht in bestimmten Verfahrensabschnitten ein Anspruch auf Rechtsberatung (siehe V.A.2.).

C. Besondere Informationspflichten

Besondere Informationspflichten bestehen etwa gegenüber unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen. Das sind Personen aus Drittstaaten, die das 18. Lebensjahr noch nicht beendet haben[87] und »ohne Begleitung eines für [sie] nach dem Gesetz oder der Praxis des betreffenden Mitgliedstaats verantwortlichen Erwachsenen«[88] in den Mitgliedstaat eingereist sind. Voraussetzung ist, dass sich der oder die Minderjährige »nicht tatsächlich in der Obhut eines solchen Erwachsenen befindet«.[89] Dem gleichzuhalten ist, wenn die bzw der Minderjährige vom verantwortlichen Erwachsenen im betroffenen Mitgliedstaat zurückgelassen wurde.[90] Da vorrangig das Kindeswohl zu beachten ist, sind spezielle Verfahrensgarantien für unbegleitete Minderjährige festzulegen.[91] Je-

85 §§ 15b und 15c AsylG.
86 Erläuterungen zu § 15c Abs 3 AsylG, IA 2285/A XXV. GP, 81 f.
87 Art 2 lit k und l StatusRL 2011/95/EU; ebenso Art 2 lit d AufnahmeRL 2013/33/EU und Art 2 lit l AsylverfahrensRL 2013/32/EU. Umfasst sind auch Personen ohne Staatszugehörigkeit.
88 Art 2 lit l StatusRL 2011/95/EU; vgl auch Art 2 lit e AufnahmeRL 2013/33/EU; Art 2 lit m AsylverfahrensRL 2013/32/EU verweist auf die StatusRL.
89 Art 2 lit l StatusRL 2011/95/EU.
90 Art 2 lit l StatusRL 2011/95/EU.
91 Art 25 AsylverfahrensRL 2013/32/EU; ErwGr 13 Dublin III-VO 604/2013; ErwGr 22 AufnahmeRL 2013/33/EU.

denfalls soll schnellstmöglich eine Vertreterin bzw ein Vertreter bestellt werden, worüber die Minderjährigen umgehend zu informieren sind.[92] Dies ist zentral, da der Zugang zu Information von unbegleiteten Minderjährigen in erster Linie über die Vertreterinnen bzw Vertreter gewahrt wird: Diese müssen die Möglichkeit bekommen die unbegleiteten Minderjährigen über die persönliche Anhörung und über die Möglichkeiten der Vorbereitung auf diese aufzuklären.[93]

Auch das österreichische Recht sieht besondere Informationspflichten für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge vor. Speziell ist auch hier, dass diesen ab Ankunft in der Erstaufnahmestelle Rechtsberaterinnen bzw -berater zugeteilt werden als ihre gesetzliche Vertretung.[94] Der Zugang zu Informationen wird daher gegenüber unbegleiteten Minderjährigen in erster Linie mündlich durch ihre gesetzlichen Vertreterinnen bzw gesetzlichen Vertreter gewährleistet.[95] Bei der Vertretung wird zwischen mündigen und unmündigen Minderjährigen unterschieden:[96] Während mündige Minderjährige selbst berechtigt sind, einen Antrag auf internationalen Schutz zu stellen und einzubringen sowie Verfahrenshandlungen zu setzen, die zu ihrem Vorteil gereichen, bedarf es bei der Antragstellung von unmündigen Minderjährigen der Bestätigung des Antrags in Anwesenheit der Rechtsberaterin bzw des -beraters:[97] Erst danach gilt der Antrag als eingebracht.[98] Eine weitere Differenzierung betrifft die Anwesenheitserfordernisse der rechtsberatenden Personen bei Einvernahmen: Bei der polizeilichen Erstbefragung oder Befragungen im Zulassungsverfahren dürfen unmündige Minderjährige nur befragt werden, wenn ihre Rechtsberaterin bzw ihr -berater anwesend ist.[99] Mündige Minderjährige hingegen dürfen auch alleine befragt werden, sofern die Rechtsberaterin bzw der -berater

92 Art 24 Abs 1 AufnahmeRL 2013/33/EU; Art 25 Abs 1 lit a AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

93 Art 25 Abs 1 lit b AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

94 § 10 BFA-VG; bei mündigen Minderjährigen übernehmen ab der Zulassung zum Verfahren und Zuweisung zu einer Betreuungsstelle gemäß § 10 Abs 3 BFA-VG die Kinder- und Jugendhilfeträger des jeweiligen Bundeslandes die gesetzliche Vertretung.

95 § 49 Abs 3 BFA-VG.

96 § 10 BFA-VG.

97 § 10 Abs 3 und 6 BFA-VG; vgl *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer,* Asyl- und Fremdenrecht, Kommentar, § 10 BFA-VG K11.

98 § 10 Abs 6 BFA-VG.

99 § 10 Abs 6 BFA-VG in Verbindung mit § 49 Abs 3 BFA-VG. Die betrifft Befragungen gemäß § 19 Abs 1 AsylG; vgl *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer,* Asyl- und Fremdenrecht, Kommentar, § 10 BFA-VG K13.

später nicht widerspricht.[100] Bei inhaltlichen Einvernahmen hat jedenfalls die gesetzliche Vertreterin bzw der gesetzliche Vertreter anwesend zu sein – hierbei wird keine Differenzierung bezüglich der Mündigkeit getroffen.[101]

Eine weitere besondere Informationspflicht sieht Art 25 Abs 5 AsylverfahrensRL in Zusammenhang mit der medizinischen Altersfeststellung vor: Bestehen Zweifel ob der Minderjährigkeit des unbegleiteten Antragstellers bzw der Antragstellerin, so können die Mitgliedstaaten, das Alter medizinisch feststellen lassen.[102] Vor der Durchführung der Untersuchung hat der Mitgliedstaat die Jugendlichen über die Möglichkeit der Untersuchung aufzuklären, sowie über »die Untersuchungsmethode, über die möglichen Folgen des Untersuchungsergebnisses für die Prüfung des Antrags auf internationalen Schutz sowie über die Folgen der Weigerung des unbegleiteten Minderjährigen, sich der ärztlichen Untersuchung zu unterziehen«.[103]

Ebenso ist im österreichischen Recht eine medizinische Altersfeststellung normiert, wenn Zweifel im Zusammenhang mit einer behaupteten Minderjährigkeit bestehen.[104] Diese umfasst eine »multifaktorielle Untersuchungsmethodik«,[105] die als *ultima ratio* eingesetzt werden kann, sofern die asylwerbende Person keine anderen Beweise wie etwa Urkunden vorweisen kann, die das behauptete Alter bekräftigen.[106] Wesentlich ist jedenfalls der Grundsatz des *»in dubio pro minori«:*[107] Bestehen weiterhin Zweifel, ist von der Minderjährigkeit auszugehen.[108] Wenngleich die Mitwirkung an der Altersdiagnose nicht mit Zwangs-

100 § 10 Abs 3 BFA-VG.

101 § 10 Abs 6 BFA-VG in Verbindung mit § 49 Abs 3 BFA-VG. Dies betrifft Befragungen gemäß § 19 Abs 2 AsylG; vgl *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer,* Asyl- und Fremdenrecht, Kommentar, § 10 BFA-VG K13.

102 Art 25 Abs 5 AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

103 Art 25 Abs 5 AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

104 § 13 Abs 3 BFA-VG.

105 § 2 Abs 1 Z 25 AsylG: Die multifaktorielle Untersuchungsmethodik setzt sich aus drei medizinischen Untersuchungen zusammen unter anderem Röntgen der Handwurzelknochen.

106 § 13 Abs 3 BFA-VG. Die medizinische Altersfeststellung wird in der Literatur in mehrfacher Hinsicht kritisch diskutiert, vgl *Lukits/Lukits,* EF-Z 2013, 196; siehe auch *Klaushofer* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 167. Zu den grundrechtlichen Implikationen der Altersuntersuchung siehe *Lukits/Lukits,* EF-Z 2014.

107 § 13 Abs 3 BFA-VG.

108 Vgl *Klaushofer* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 166.

mitteln durchgesetzt werden kann,[109] so kommt der Mitwirkung dennoch besondere Bedeutung zu, da nicht zuletzt zentrale Konsequenzen daran anknüpfen. Die Feststellung, dass keine Minderjährigkeit vorliegt, führt automatisch zum Verlust spezieller Verfahrensgarantien für Minderjährige wie etwa, dass die gesetzliche Vertretung endet.[110] Zu bedenken ist auch, dass die Mitwirkung an der Altersfeststellung von großer Bedeutung für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit ist: Die Weigerung, an der Feststellung des Alters mitzuwirken, findet im Rahmen der Beweiswürdigung unweigerlich Berücksichtigung.[111]

Die unionsrechtlichen Vorgaben sehen zusammenfassend *zwei entscheidende Informationspflichten* vor: Einerseits bedarf es der Aufklärung über die Möglichkeit, dass eine medizinische Altersfeststellung durchgeführt werden kann, wie diese erfolgt und welche Konsequenzen es auf das Verfahren hat, wenn die Minderjährigkeit nicht festgestellt werden kann.[112] Andererseits ist eine Aufklärung darüber erforderlich, welche Konsequenzen an eine allfällige Weigerung an der Altersfeststellung mitzuwirken, anknüpfen.[113] Zu bedenken ist, dass die Mitwirkungspflicht gemäß § 13 Abs 3 BFA-VG nach dem Gesetzeswortlaut nicht mit einer Informationspflicht korreliert. Eine solche wird auch nicht in den Erläuterungen vorgesehen.[114] Diese verweisen unter anderem auf eine Bestimmung des Fremdenpolizeigesetzes zur Altersfeststellung:[115] Auch in § 12 Abs 4 FPG wird jedoch weder eine Informationspflicht statuiert, noch sehen die einschlägigen Erläuterungen eine solche vor.[116] Es ist daher gesetzlich weder normiert, dass über die medizinische Altersfeststellung und ihre Konsequenzen aufzuklären ist noch in welcher Form eine solche Aufklärung zu erfolgen hat. Es stellt sich die Frage, ob diese fehlende Informationspflicht im Rahmen der Altersfeststellung im

109 § 13 Abs 3 BFA-VG.

110 § 49 Abs 3 BFA-VG normiert, dass die Rechtsberatung als gesetzliche Vertreterin bzw gesetzlicher Vertreter von unbegleiteten Minderjährigen eingesetzt wird.

111 § 13 BFA-VG ErlRV 1803 XXIV. GP, 15 f. Siehe zur Berücksichtigung der Weigerung, an der medizinischen Altersfeststellung mitzuwirken VwGH 16.04.2007, 2005/01/0463; vgl *Strasser,* FABL 2/2016, 45. Zur Verletzung von Mitwirkungspflichten gemäß § 15 AsylG siehe *Zimmermann,* migraLex 2009/3, 87 f.

112 Art 25 Abs 5 lit a AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

113 Art 25 Abs 5 lit a letzter Satz AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

114 § 13 BFA-VG ErlRV 1803 XXIV. GP, 15 f.

115 § 13 BFA-VG ErlRV 1803 XXIV. GP, 15 f. In Zusammenhang mit der Altersfeststellung wird in den Materialien unter anderem auf § 12 Abs 4 FPG verwiesen.

116 § 12 Abs 4 FPG; ErlRV 952 XXII. GP, 80.

österreichischen Recht nicht ohnehin abgedeckt wird. Die Unterstützung von Rechtsberaterinnen und -beratern als gesetzliche Vertretung im Verfahren,[117] die erhöhte Manuduktionspflicht gegenüber Minderjährigen[118] sowie ein eigenes Informationsblatt über die Altersdiagnose,[119] können den Zugang zu Informationen garantieren. Fraglich ist aber jedenfalls, ob das Fehlen dieser Informationspflicht mit den unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist. Nach Art 25 Abs 5 AsylverfahrensRL haben die Mitgliedstaaten insbesondere über die Konsequenzen der Weigerung der Mitwirkung an der Altersfeststellung aufzuklären. § 13 Abs 3 BFA-VG sieht jedoch keine Informationspflicht vor, eine solche wird auch in keiner anderen Bestimmung normiert, was mit Art 25 Abs 5 AsylverfahrensRL nicht vereinbar ist.

V. Sprachliche Anforderungen an Informationen

Die Sprache ist während des gesamten Asylverfahrens, wie etwa in der mündlichen Einvernahme, entscheidend dafür, ob Asylsuchende effektiv am Verfahren teilnehmen können. Dieser Beitrag setzt jedoch schon zu einem früheren Zeitpunkt an: Ihm liegt die Annahme zu Grunde, dass die effektive Teilnahme am Verfahren den frühzeitigen Zugang zu Informationen voraussetzt. Dieser kann wiederum nur dann gewährleistet werden, wenn Sprachbarrieren ebenfalls so früh wie möglich überwunden werden.

A. Die Form der Information

Um einen effektiven Zugang zu Informationen garantieren zu können, ist nicht nur relevant, in welcher Sprache Informationen zur Verfügung gestellt werden (V. B.), sondern zunächst in welcher Form, also etwa schrift-

117 Zumindest im Rahmen des Zulassungsverfahrens siehe § 10 Abs 3 BFA-VG.

118 § 13a AVG. Zur Rechtsprechung des AsylGH, wonach gegenüber Minderjährigen eine erhöhte Manuduktionspflicht zu beachten ist, vgl AsylGH 11.8.2010, A5 414.153-1/2010; AsylGH 11.8.2010, A5 414.153-1/2010; AsylGH 22.8.2012 B1 428257-1/2012.

119 *Reisinger* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 135.

lich oder mündlich, dies erfolgt. In diesem Zusammenhang ist fraglich, ob und wie gegenüber Asylsuchenden, die nicht alphabetisiert sind, im Unionsrecht und österreichischen Recht ebenfalls der Zugang zu Informationen gewährleistet wird.

1. Zum Unionsrecht

Die AsylverfahrensRL konkretisiert die Form, in der Informationen zur Verfügung gestellt werden müssen, nur in manchen Fällen: Art 12 AsylverfahrensRL normiert nicht, ob Informationen schriftlich oder mündlich bereitgestellt werden müssen. Die Behörde hat der Entscheidung über den Antrag auf internationalen Schutz hingegen eine schriftliche Belehrung darüber beizufügen, welche Rechtsbehelfe gegen die Entscheidung zur Verfügung stehen.[120]

Art 5 AufnahmeRL sieht vor, dass die Informationen schriftlich zu erteilen sind. Diese können »gegebenenfalls« auch mündlich erfolgen.[121] Den Erläuterungen des Vorschlags der Kommission zur AufnahmeRL 2001[122] ist weiters zu entnehmen, dass die Informationen so zu formulieren sind, dass sie auch Personen ohne juristische Kenntnisse verstehen können.[123]

In der Dublin III-VO lassen sich indes konkretere Vorgaben bezüglich der Form der Informationen finden. So sind Informationen nach Art 4 Abs 1 Dublin III-VO schriftlich zur Verfügung zu stellen. Dies soll durch ein einheitliches Informationsblatt erfolgen, um gleiche Mindeststandards in den Mitgliedstaaten zu garantieren.[124] Es sind zwei Informationsblätter zu erstellen: ein Informationsblatt über das allgemeine Verfahren sowie ein weiteres für unbegleitete Minderjährige.[125]

---

120 Art 11 Abs 2 AsylverfahrensRL 2013/32/EU normiert eine Ausnahme; wörtlich: »Die Mitgliedstaaten brauchen der ablehnenden Entscheidung keine schriftliche Belehrung darüber beizufügen, wie eine solche Entscheidung angefochten werden kann, wenn diese Information dem Antragsteller zuvor entweder schriftlich oder auf ihm zugänglichem elektronischem Wege mitgeteilt worden ist«.

121 Art 5 Abs 2 AufnahmeRL 2013/33/EU.

122 KOM(2001) 181, 10.

123 KOM(2001) 181, 10.

124 Art 4 Abs 2 Dublin III-VO 604/2013 wörtlich: »Die Informationen nach Absatz 1 werden schriftlich in einer Sprache mitgeteilt, die der Antragsteller versteht oder von der vernünftigerweise angenommen werden darf, dass der Antragsteller sie versteht. Die Mitgliedstaaten verwenden hierzu das zu diesem Zweck gemäß Absatz 3 erstellte gemeinsame Merkblatt«.

125 Art 4 Abs 3 Dublin III-VO 604/2013.

Art 4 Dublin III-VO normiert Besonderes für Personen, die schriftliche Informationen nicht verstehen können, also nicht alphabetisiert sind. Wenn es erforderlich ist, damit die bzw der Asylsuchende Informationen verstehen kann, hat eine mündliche Aufklärung, etwa in dem persönlichen Gespräch, welches Art 5 der Dublin III-VO anordnet, zu erfolgen.[126] Zu beachten ist dabei, dass in diesem persönlichen Gespräch auf das Verständnis der geleisteten Informationen hinzuwirken ist.[127] Es kann argumentiert werden, dass damit implizit eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten normiert wird, gesetzlich vorzusehen, dass sich die Behörde im persönlichen Gespräch vergewissern muss, ob die asylwerbende Person die Informationen zum Dublin III-System verstanden hat und sie andernfalls mündlich aufzuklären.[128] Damit kann auch sichergestellt werden, dass gegenüber Personen, die nicht alphabetisiert sind, der Zugang zu Informationen gewahrt wird. Fraglich bleibt, wie vorzugehen ist, wenn eine asylsuchende Person schriftliche Informationen nicht verstehen kann und kein persönliches Gespräch stattfindet.[129] Da Art 4 Dublin III-VO das persönliche Gespräch nur beispielhaft nennt, um mündliche Informationen zur Verfügung zu stellen,[130] kann daraus geschlossen werden, dass die Mitgliedstaaten auch andere gesetzliche Vorkehrungen treffen müssen, um sicherzustellen, dass nicht alphabetisierte Personen Zugang zu Informationen bekommen. Die Dublin III-VO sieht außerdem vor, dass ein eigenes Informationsblatt für Minderjährige zu erstellen ist. Dieses soll zumindest jene Informationen enthalten, die nach Art 4 Abs 1 Dublin III-VO (siehe IV.A.) gewährt werden müssen. Art 6 Dublin III-VO normiert weitere Verfahrensgarantien für Minderjährige: Wiederum wird hier normiert, dass der Zugang zu Informationen für unbegleitete Minderjährige durch seinen Vertreter bzw ihre Vertreterin gewahrt wird. Dieser bzw diese muss Zugang zum Informationsblatt für Minderjährige haben und hat ein Recht auf Akteneinsicht.[131]

126 Art 4 Abs 2 letzter Satz Dublin III-VO 604/2013.

127 *Hruschka/Maiani* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, Art 5 Rz 2.

128 *Hruschka/Maiani* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, Art 5 Rz 2.

129 Nach Art 5 Abs 1 Dublin III-VO 604/2013 kann das Gespräch entfallen, wenn a) »der Antragsteller flüchtig ist« oder bereits b) »alle sachdienlichen Angaben gemacht hat«. Hier ist der zweite Fall betroffen.

130 Art 4 Abs 1 Dublin III-VO 604/2013.

131 Art 6 Abs 2 Dublin III-VO 604/2013.

Im Zusammenhang mit der Form von Information kann festgehalten werden, dass in den unionsrechtlichen Vorgaben *Schriftlichkeit* bevorzugt wird. Nur in Ausnahmefällen wird Mündlichkeit als Alternative genannt.[132] Für manche Informationspflichten gibt es keine Vorgaben bezüglich der Form der Zurverfügungstellung von Informationen – dies betrifft insbesondere Art 12 AsylverfahrensRL. In diesen Fällen liegt es im gesetzlichen Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung, ob Informationen schriftlich oder mündlich bereitgestellt werden und wenn schriftlich, ob dies durch ein Informationsblatt erfolgt. Hervorzuheben ist vor allem ein Aspekt: Abgesehen von Art 4 Abs 2 Dublin III-VO werden bezüglich der Form von Information *keine konkreten Vorkehrungen für Nichtalphabetisierte* getroffen. Werden Asylsuchenden, die nicht lesen oder schreiben können, ausschließlich schriftliche Informationen zur Verfügung gestellt, so wird ihnen uU kein adäquater Zugang zu Informationen ermöglicht und die effektive Teilnahme am Verfahren verhindert.[133]

2. Zum österreichischen Recht

Auch im österreichischen Recht wird der Zugang zu Information in erster Linie *schriftlich, in Form von Informationsblättern,* gewährleistet. Über die Mitwirkungspflichten gemäß § 15 AsylG klären Informationsblätter in einer Sprache auf, welche die asylsuchende Person versteht.[134] Nach den Erläuterungen werden auch Vorkehrungen für Asylsuchende, die nicht alphabetisiert sind, getroffen:[135] Diese sind mündlich zu belehren, dafür ist eine Dolmetscherin oder ein Dolmetscher beizuziehen. Zudem ist über die mündliche Belehrung eine Niederschrift zu erstellen.[136] Wenngleich sowohl § 15b als auch § 15c AsylG eine Informationspflicht statuieren,[137] geht weder aus den Bestimmungen selbst, noch aus den Materialien hervor, in welcher Form (schriftlich oder mündlich) und zu welchem Zeitpunkt die Aufklärung

132 Art 4 Abs 2 letzter Satz Dublin III-VO 604/2013.

133 Siehe zur österreichischen Rechtslage *Reisinger* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 145; sowie *Merli/Pöschl* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 212.

134 § 15 Abs 4 AsylG.

135 ErlRV 952 XXII GP, 41 ff.

136 ErlRV 952 XXII GP, 41 ff.

137 § 15b Abs 5 AsylG; § 15c Abs 3 AsylG.

zu erfolgen hat.[138] Zudem erfolgen keine Vorgaben hinsichtlich der Wahl der Sprache und der Vorgehensweise bei Personen, die nicht alphabetisiert sind. Aus der Systematik der Mitwirkungspflichten des Asylgesetzes ergibt sich, dass dieselben Vorgaben, die § 15 AsylG anordnet, zwangsläufig auch für die (speziellen) Mitwirkungspflichten gemäß § 15b und § 15c AsylG gelten müssen; dies umso mehr als die Verletzung der Anordnung der Unterkunftnahme und der Wohnsitzbeschränkung gravierende Konsequenzen hat: Neben den Folgen, die auch an die Verletzung der Mitwirkungspflichten gemäß § 15 AsylG knüpfen,[139] können zudem hohe Verwaltungsstrafen drohen.[140] Daher ist davon auszugehen, dass über die Anordnung der Unterkunftnahme und die Wohnsitzbeschränkung ebenfalls schriftlich, mittels Informationsblatt, in einer Sprache, welche die asylsuchende Person versteht oder, falls dies notwendig ist, mündlich, unter Beiziehung eines Dolmetschers, aufzuklären ist.

Für manche Verfahrensabschnitte ist zusätzlich vorgesehen, dass Informationen *mündlich durch Rechtsberaterinnen bzw Rechtsberater* zur Verfügung gestellt werden.[141] Dies erfolgt durch zwei Rechtsberatungseinrichtungen: die ARGE Rechtsberatung (Diakonie Flüchtlingsdienst und Volkshilfe) und den Verein Menschenrechte Österreich. Im Zulassungsverfahren besteht ein Rechtsanspruch auf kostenlose Rechtsberatung unter anderem, wenn geplant ist, den Antrag auf internationalen Schutz zurückzuweisen.[142] Im zugelassen erstinstanzlichen Verfahren besteht jedoch *kein gesetzlicher Anspruch auf kostenlose Rechtsberatung.* Zwar besteht grundsätzlich die Möglichkeit eine »beratende Unterstützung«[143], welche von den Rechtsberatungseinrichtungen

138 IA 2285/A XXV. GP, 78–82.

139 § 76 Abs 3 Z 8 FPG; § 18 Abs 3 AsylG. Siehe dazu IV.B.

140 § 121 Abs 1a FPG.

141 Vgl § 48 bis § 52a BFA-VG.

142 § 49 Abs 1 und 2 BFA-VG; gemäß § 49 Abs 2 BFA-VG besteht der gesetzliche Anspruch auf Rechtsberatung dann, wenn geplant ist, einen subsidiären Schutzstatus zu erteilen (§ 29 Abs 3 Z 3 AsylG) und den Antrag auf internationalen Schutz hinsichtlich des Asylstatus abzuweisen; weiters, wenn die Zurückweisung (Z 4) oder Abweisung des Antrags (Z 5) sowie die Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes (Z 6) geplant ist. Siehe dazu auch *Hinterberger,* Asyl- und Fremdenpolizeirecht, 20; *Kittenberger,* Asylrecht, 109.

143 § 50 BFA-VG: Die beratende Unterstützung im zugelassenen erstinstanzlichen Verfahren gemäß § 50 BFA-VG entspricht der Vorgängerbestimmung § 65 AsylG 2005. Siehe dazu RV 1803 XXIV. GP, 32.

nach Möglichkeit zu leisten ist,[144] in Anspruch zu nehmen. Dabei gilt es jedoch einige Hindernisse zu überwinden: Erstens wird diese »beratende Unterstützung«, nur in den Außenstellen des BFA angeboten.[145] Daher kann der Zugang zu diesem Beratungsangebot für Asylsuchende, deren Unterkunft weit entfernt oder abgelegen ist, eingeschränkt oder gar nicht möglich sein.[146] Ein zweites Hindernis stellt, wie *Verena Plutzar* ausführt, die mangelnde Verfügbarkeit von Dolmetscherinnen bzw Dolmetschern außerhalb der gesetzlichen Rechtsberatung dar.[147] Dies kann dazu führen, dass sprachliche Barrieren bei der Zurverfügungstellung von Informationen nicht überwunden werden können. Insgesamt ist daher die »beratende Unterstützung« kein adäquater Ersatz für eine individuelle Rechtsberatung.[148] Der Zugang zu Information wird daher im zugelassen erstinstanzlichen Verfahren in erster Linie über Informationsblätter gewährleistet.[149] Die meisten Asylsuchenden haben erstmals ab der negativen Entscheidung über ihren Antrag auf internationalen Schutz einen Zugang zu individueller Beratung: Ab dem Beschwerdeverfahren besteht nämlich ein gesetzlicher Rechtsanspruch auf kostenlose Rechtsberatung gemäß § 52 BFA-VG. Diese umfasst einerseits eine rechtliche Beratung sowie eine Vertretung im Beschwerdeverfahren vor dem BVwG.

Soweit sprachliche Erfordernisse des Zugangs zu Informationen von unbegleiteten Minderjährigen betroffen sind, gelten weitestgehend dieselben Voraussetzungen, die schon für erwachsene Asylsuchende erläutert worden sind. Unterschiede bestehen jedoch im Hinblick auf die Form der Information: Wenngleich auch schriftliche Informationsblätter zum Einsatz kommen,[150] so setzt der Gesetzgeber dennoch verstärkt auf die mündliche Aufklärung. Dies erfolgt von Beginn des Verfahrens an durch gesetzliche Vertreterinnen bzw Vertreter.[151] Hier kann also verstärkt Vorsorge dafür getroffen werden, dass

144 *Kittenberger,* Asylrecht, 109.
145 Vgl *UNHCR,* Qualitätsstandards, 44.
146 Siehe dazu *UNHCR,* Qualitätsstandards, 44–45.
147 *Plutzar,* Kommunikationssituation, 150.
148 Vgl *UNHCR,Qualitätsstandards,* 44–45.
149 *Plutzar,* Kommunikationssituation, 151.
150 *Reisinger* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 135: Ein Informationsblatt soll unbegleitete Minderjährige über das Dublin III Verfahren aufklären. Weitere informieren in kindgerechter Sprache über Rechte und Pflichten sowie über die medizinische Altersfeststellung.
151 § 49 BFA-VG.

Asylsuchende, die weder lesen noch schreiben können, über das Verfahren aufgeklärt werden.

In Bezug auf die Form, in der Informationen zur Verfügung gestellt werden, ist abschließend Folgendes zu vermerken: Im erstinstanzlichen Verfahren sieht das österreichische Asylrecht in erster Linie *Schriftlichkeit,* in Form von Informationsblättern, vor. Dabei ist jedenfalls zu betonen, dass der Einsatz schriftlicher Informationsblätter gegenüber Personen, die nicht alphabetisiert sind, den Zugang zu Information nicht ausreichend gewährleisten kann.[152] Hier bedarf es zusätzlich der mündlichen Aufklärung und Strategien, um feststellen zu können, ob eine Asylwerberin oder ein Asylwerber alphabetisiert ist.[153] Dass der Zugang zu Information im erstinstanzlichen Verfahren in erster Linie durch Informationsblätter gewährleistet wird, ist aus einem anderen Grund noch problematisch: Asylsuchende haben in den meisten Fällen erst ab der Beschwerdeinstanz einen Rechtsanspruch auf gesetzliche Rechtsberatung.[154] Die erste individuelle Aufklärung über Verfahrensablauf, Rechte, Pflichten sowie Unterstützung unter *Berücksichtigung des konkreten Einzelfalls,* erfolgt meist erst nach der Abweisung des Antrags auf internationalen Schutz durch die gesetzliche Rechtsberatung. Damit setzt die erste individuelle Aufklärung jedenfalls zu spät an:[155] Zunächst wurde das Vorbringen meist schon als unglaubwürdig erachtet.[156] Außerdem gilt im Beschwerdeverfahren ein eingeschränktes Neuerungsverbot, sodass neue Vorbringen nur noch eingeschränkt möglich sind.[157] Diese Einschränkung wird durch die Tatsache verstärkt, dass gemäß § 19 Abs 4 AsylG früher gemachten Angaben verstärkte Glaubwürdigkeit zukommt.[158] Dies kann insgesamt dazu führen, dass eine vorliegende Schutzbedürftigkeit nicht festgestellt wird. Diesem Problem kann auch die Manuduktions-

152 Vgl *Merli/Pöschl* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 212.

153 Vgl unter anderem *Reisinger* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 145; *Matti/Rienzner,* migraLex 2013, 10; *Klaushofer* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 169.

154 § 52 BFA-VG; vgl *Ammer/Köhler,* Stichproben 2010, 166.

155 Siehe *Stern,* Rechtsberatung für Asylsuchende, 278 f; vgl *Groschedl* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 70.

156 Vgl *Groschedl* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 70; *Stern,* Rechtsberatung für Asylsuchende, 279.

157 § 20 Abs 1 BFA-VG; zum Problem des Neuerungsverbots bei Kommunikationsproblemen siehe *Schumacher,* Das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens; *Schumacher/Pöllabauer,* migraLex 2004, 20.

158 Vgl *Stern,* Rechtsberatung für Asylsuchende, 279.

pflicht im erstinstanzlichen Verfahren keine Abhilfe verschaffen:[159] Denn diese hat nur über konkrete Verfahrenshandlungen zu erfolgen und ermöglicht daher in der Regel keine individuelle Vorbereitung auf die mündliche Einvernahme oder Verhandlung. Außerdem muss nach den unionsrechtlichen Vorgaben im erstinstanzlichen Verfahren zumindest eine Aufklärung über »rechts- und verfahrenstechnische« Auskünfte erfolgen, wobei jedenfalls die besonderen Umstände der asylsuchenden Person zu berücksichtigen sind.[160] Im österreichischen Asylverfahren werden Informationspflichten, wie gezeigt wurde, im erstinstanzlichen Verfahren im Grunde durch schriftliche Informationsblätter erfüllt (zur kritischen Betrachtung dieser siehe IV. A.). Da diese standardisiert sind, kann hier noch nicht auf besondere Umstände der bzw des einzelnen Asylsuchenden eingegangen werden. Daher muss festgehalten werden, dass die Gewährleistung des Zugangs zu Information alleine durch Informationsblätter mit den unionsrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar ist und die effektive Teilnahme am Verfahren nicht sichern kann.

B. Die Wahl der Sprache

Weiters ist für die Gewährleistung des Zugangs zu Information die Wahl der Sprache bedeutend: Dies betrifft insbesondere die Frage, welche Sprache eine Dolmetscherin bzw ein Dolmetscher spricht, die bzw der dem Verfahren beigezogen wird – nicht zuletzt, da diese Sprache meist über das gesamte Verfahren beibehalten wird.[161]

1. Zum Unionsrecht

In den unionsrechtlichen Vorgaben ist (bis auf wenige Ausnahmen) durchwegs ein einheitlicher Standard bezüglich der Wahl der Sprache normiert. Der Vorgängerrechtsakt zur AsylverfahrensRL 2013,[162] die

159 Siehe auch *Stern,* Rechtsberatung für Asylsuchende, 279: *Stern* argumentiert, dass behördliche Informationspflichten nicht ausreichend sind, um asylrelevante Schutzbedürftigkeit in erster Instanz richtig feststellen zu können.

160 Art 19 AsylverfahrensRL 2013/32/EU normiert für das erstinstanzliche Verfahren eine Aufklärungspflicht, wonach über bestimmte Mindestinformationen, wie etwa Verfahrensablauf, Rechte und Pflichten aufzuklären ist.

161 *Matti/Rienzner,* migraLex 2013, 3.

162 AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

AsylverfahrensRL 2005, normierte zu den »Garantien für Antragsteller« noch, dass diese »in einer Sprache, deren Kenntnis vernünftigerweise vorausgesetzt werden kann, über den Verlauf des Verfahrens und über ihre Rechte und Pflichten während des Verfahrens« aufzuklären sind.[163] Mit der Neuformulierung der AsylverfahrensRL wurden die Anforderungen an die Wahl der Sprache erhöht.[164] Nunmehr normiert Art 12 AsylverfahrensRL,[165] dass Asylsuchende »in einer Sprache, die sie verstehen oder von der vernünftigerweise angenommen werden darf, dass sie sie verstehen, über den Verlauf des Verfahrens und über ihre Rechte und Pflichten während des Verfahrens [...]«[166] aufzuklären sind. Weiters statuiert Art 12 AsylverfahrensRL, dass ein Dolmetscher oder eine Dolmetscherin beigezogen werden muss, wenn dies notwendig ist, damit Asylsuchende ihr Vorbringen erstatten können.[167] In den unionsrechtlichen Dokumenten finden sich jedoch keine konkreten Vorgaben, zu welchem Zeitpunkt eine Dolmetscherin oder ein Dolmetscher dem Verfahren beizuziehen ist, um den Zugang zu Informationen sicherzustellen. Zu berücksichtigen ist, dass Art 12 Abs 1 lit a AsylverfahrensRL vorsieht, dass Informationen zum Verfahren so früh wie möglich gegeben werden müssen, damit Antragstellerinnen und Antragsteller ihre Rechte und Pflichten wahrnehmen und einhalten können.[168] Daher muss notwendigerweise auch die Dolmetscherin bzw der Dolmetscher zu diesem Zeitpunkt beigezogen sein, wenn die Informationen mündlich zur Verfügung gestellt werden. Erfolgt die Information schriftlich, so ist eine Sprache zu wählen, die den Anforderungen von Art 12 AsylverfahrensRL entspricht. Weiters müssen Informationen, die nach Art 4 Abs 1 Dublin III-VO zur Verfügung gestellt werden, in einer für Asylsuchende verständlichen Sprache erteilt werden.[169] Damit diesem Erfordernis des

163 RL 2005/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, ABl L 2005/326, 13, Art 10 Abs 1 lit a; siehe auch *Vedsted Hansen* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, Art 12 Rz 3.

164 AsylverfahrensRL 2013/32/EU; siehe auch *Vedsted Hansen* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, Art 12 Rz 3.

165 Vormals Art 10 AsylverfahrensRL 2005.

166 Art 12 Abs 1 lit a AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

167 Art 12 Abs 1 lit b AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

168 Art 12 Abs 1 lit a AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

169 Art 4 Abs 2 Dublin III-VO 604/2013; die Formulierung lautet wiederum, dass eine Sprache zu wählen ist »die der Antragsteller versteht oder von der vernünftigerweise angenommen werden darf, dass der Antragsteller sie versteht.«

Art 4 Abs 2 Dublin III-VO entsprochen werden kann, folgt zwangsläufig, dass die Informationsblätter, die nach Art 4 der Dublin III-VO zu erstellen sind, in ausreichend viele Sprachen übersetzt werden müssen.[170] Schließlich sind unbegleitete Minderjährige in einer ihnen verständlichen Sprache über die ärztliche Untersuchung zur Altersfeststellung zu informieren.[171]

Strengere (und konkretere) Vorgaben finden sich lediglich für die persönliche Anhörung gemäß Art 15 AsylverfahrensRL: Bei der Anhörung ist jedenfalls, wenn notwendig, eine Dolmetscherin bzw ein Dolmetscher beizuziehen. Es ist dabei die Sprache zu wählen, welche die Asylsuchende bzw der Asylsuchende bevorzugt. Alternativ kann eine andere Sprache gewählt werden, welche für die asylsuchende Person verständlich ist und in der sie sich klar verständigen kann.[172]

Zwei Aspekte der Wahl der Sprache sind in den unionsrechtlichen Vorgaben problematisch: Erstens ist eine für die Asylsuchenden verständliche Sprache zu wählen. Die Vorgaben zur Wahl der Sprache bleiben allerdings vage: Weder aus dem Entwurf zur AsylverfahrensRL 2013 noch aus der Literatur geht hervor, welche *Kriterien für die Beurteilung der Verständlichkeit* heranzuziehen sind, ob hierbei vorwiegend die bevorzugte Sprache Asylsuchender zu wählen ist (wie dies etwa Art 15 AsylverfahrensRL vorsieht) oder ob es allein im Ermessen der Behörde liegt, festzustellen, welche Sprache »verständlich« ist. Der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten in Bezug auf die gesetzliche Ausgestaltung der Sprachwahl im Asylverfahren bleibt daher ein weiter. Im Zusammenhang mit der Wahl der Sprache ist zweitens fraglich, ob sprachliche Variationen oder Dialekte zu berücksichtigen sind. Dies betrifft vor allem Sprachen, die starke regionale Unterschiede aufweisen, wie dies zB bei Arabisch der Fall ist. Wird für die Zurverfügungstellung von Informationen eine Dolmetscherin oder ein Dolmetscher aus Ägypten für Asylsuchende aus dem Irak bereitgestellt, so ist die adäquate Verständigung und somit auch der Zugang zu Informationen ob der sprachlichen Unterschiede nicht ohne Weiteres gewährleistet.[173]

---

170 *Hruschka/Maiani* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, Art 4 Rz 2.

171 Art 25 Abs 5a AsylverfahrensRL 2013/32/EU: Gewählt werden muss wiederum eine »Sprache, die sie verstehen oder von der vernünftigerweise angenommen werden darf, dass sie sie verstehen«.

172 Art 15 AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

173 Vgl zur österreichischen Rechtslage *Reisinger* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 142–143.

2. Zum österreichischen Recht

Auch auf nationaler Ebene ist die Wahl der Sprache ausschlaggebend dafür, ob der Zugang zu Information ermöglicht wird. Für die *schriftliche Aufklärung* bestehen folgende Vorgaben: In Österreich werden wie bereits erwähnt verstärkt Informationsblätter eingesetzt. Diese sind etwa gemäß § 17 Abs 9 AsylG in den Sprachen aufzulegen, von welchen angenommen werden kann, dass Asylsuchende sie verstehen. Derzeit gibt es die Informationsblätter in ungefähr 40 Sprachen.[174] Eine zentrale Vorgabe ist, dass *Informationsblätter in einer verständlichen Sprache zur Verfügung zu stellen sind.*[175] Fraglich ist daher, ob die eingesetzten Informationsblätter dem Erfordernis der verständlichen Sprache gerecht werden:[176] Bereits mehrfach wurde kritisiert, so beispielsweise in den Studien des *Netzwerks SprachenRechte*[177] und der *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA),*[178] dass die österreichischen Informationsblätter allgemein gehalten und sehr technisch formuliert sind, sodass sie zum Verständnis von Asylsuchenden nicht beitragen können.[179] Es muss daher festgehalten werden, dass die Informationsblätter als alleinige Informationsquelle nicht ausreichen,[180] um den Zugang zu rechtlichen Informationen zu gewährleisten.[181]

---

174 Vgl *Klaushofer* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 169.

175 § 17 Abs 9 AsylG. Problematisch ist jedoch, dass sich weder aus § 17 Abs 9 AsylG noch aus den Materialien konkrete Vorgaben für Beurteilung der Verständlichkeit einer Sprache ableiten lassen; siehe § 19 Abs 4 ErlRV 952 XXII. GP, 44.

176 Vgl *Krainz,* Stichproben 2010, 137.

177 *Netzwerk SprachenRechte,* Ergebnisse der Studie komm weg; *Plutzar,* Zwischen »Angst« und »Zeit«. Zur Kommunikationssituation und Informationsweitergabe im Asylverfahren, 151; *Plutzar,* Stichproben 2010, 175.

178 *FRA,* Aufklärung von Asylbewerbern, 21–22: So konnten sich Asylsuchende, die nicht in einem Erstaufnahmezentrum untergebracht worden waren, nicht daran erinnern überhaupt ein Informationsblatt bekommen zu haben. Andere kritisierten, dass die Informationen »unzulänglich und zu allgemein« waren.

179 Siehe *Plutzar,* Kommunikationssituation, 151; *Plutzar,* Stichproben 2010, 176 f.

180 Siehe VfSlg 15.218/1998: Der VfGH hielt fest, dass es im konkreten Fall zur Aufklärung des Asylsuchenden nicht ausgereicht hat, ihm ein Informationsblatt auszuhändigen: »Das nach § 26 Abs 2 AsylG dem Asylwerber zu übergebende, in einer ihm verständlichen Sprache abgefaßte Merkblatt, auf das sich die Bundesregierung beruft, kann nur eine allgemeine Information über die Voraussetzungen der Asylgewährung bieten und vermag daher nicht die konkrete persönliche Hilfe zu ersetzen, deren der Asylwerber als Bescheidadressat in seiner speziellen Lage regelmäßig bedarf.« Vgl *Ammer/Köhler,* Stichproben 2010,168.

181 *Plutzar,* Stichproben 2010, 175.

In Verfahrensabschnitten, wo die *Aufklärung mündlich durch Rechtsberaterinnen bzw Rechtsberater* erfolgt, bedarf es unter Umständen des Einsatzes von Dolmetscherinnen bzw Dolmetschern. Im Zulassungsverfahren ist die Dolmetscherin bzw der Dolmetscher vom Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl zu bestellen.[182] Anderes gilt für die Rechtsberatungseinrichtungen:[183] Diese ziehen selbst eine Dolmetscherin bzw einen Dolmetscher bei.[184] Hinsichtlich der Wahl der zu dolmetschenden Sprache nehmen die zuvor erläuterten Informationspflichten teilweise die Formulierung der unionsrechtlichen Vorgaben auf, sodass eine Sprache zu wählen ist, die die Antragstellerin bzw der Antragsteller versteht.[185] Diese verständliche Sprache wird erstmals bei der polizeilichen Erstbefragung eruiert.[186] Das Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes stellt daher fest, ob und in welcher Sprache dem Verfahren eine Dolmetscherin bzw ein Dolmetscher beizuziehen ist.[187] Dies geschieht entweder durch die Überprüfung von Herkunftslandlisten, um festzustellen, welche Sprache(n) im Herkunftsland gesprochen wird (werden)[188] oder durch Nachfrage bei der asylsuchenden Person.

In der Praxis können sich bei der Wahl der Sprache der Dolmetscherin bzw des Dolmetschers und beim Dolmetschen selbst einige *Problemfelder* ergeben, die dazu führen können, dass der Zugang zu Informationen nicht ausreichend gewahrt werden kann. Zunächst zeigte *Julia Reisinger* sehr deutlich, dass regionale sprachliche Unterschiede bei der Wahl der Sprache oftmals keine Berücksichtigung finden:[189] Als Sprache, welche die Asylsuchende bzw der Asylsuchende versteht, wird zum Beispiel Englisch vermerkt. Dabei wird jedoch nicht berücksichtigt, ob es sich etwa um eine Variation von Englisch, wie Pidgin-Englisch, handelt.[190] Zwischen der Standardsprache und der Variation kann es sehr

182 Siehe *Reisinger* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 133.
183 Gemäß § 50 und § 52 BFA-VG.
184 *Reisinger* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 133.
185 Siehe zu den menschenrechtlichen Anforderungen in Zusammenhang mit der Verständlichkeit der Sprache *Ammer/Köhler,* Stichproben 2010,163 f.
186 *Reisinger* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 134.
187 *Matti/Rienzner,* migraLex 2013, 3; siehe auch *Ammer/Köhler,* Stichproben 2010, 170.
188 *Reisinger* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 135.
189 *Reisinger* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 143.
190 *Reisinger* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 143; siehe dazu auch *Rittsteuer,* Stichproben 2010, 105; *Matti/Rienzner,* migraLex 2013, 5. *Matti/Riezner* nennen als Beispiel eine Dolmetscherin, die Englisch als Fremdsprache in Großbritannien gelernt hat, im Vergleich zu einer Asylsuchenden aus Benin City in Nigeria.

große Unterschiede geben. So kann die Sprache, die die asylsuchende Person versteht (etwa Pidgin-Englisch), von der Sprache, welche für sie vermerkt wird und die dolmetschende Person spricht, abweichen.[191] Weitere Probleme können sich in Zusammenhang mit der Qualität des Dolmetschens,[192] der Ausbildung und Qualifizierung von Dolmetscherinnen bzw Dolmetschern[193] sowie durch die Verfügbarkeit bestimmter Sprachen für das konkrete Verfahren[194] und die generelle Verfügbarkeit von Dolmetscherinnen bzw Dolmetschern unter anderem für die beratende Unterstützung nach § 50 BFA-VG ergeben.[195] Wird man sich der besonderen Rolle bewusst, die Dolmetscherinnen bzw Dolmetscher im Verfahren einnehmen, wird klar welche Konsequenzen mit diesen Problemen einhergehen können: Der Einsatz von Dolmetscherinnen bzw Dolmetschern ist wesentlich für die Ermittlung des Sachverhalts,[196] da sie der mündlichen Einvernahme der asylsuchenden Partei, welche meist die zentrale Grundlage für die Entscheidungsfindung darstellt,[197] erst Wirkung verschaffen können.[198] Können also Sprachbarrieren trotz des Einsatzes von Dolmetscherinnen bzw Dolmetschern nicht überwunden werden, weil zum Beispiel fehlerhaft oder nicht in einer verständlichen Sprache gedolmetscht wird,[199] kann der Zugang zu Information scheitern. Das kann zur Folge haben, dass die Inklusion von Asylsuchenden in das Verfahren nachhaltig beeinträchtigt wird und eine allenfalls vorliegende Schutzbedürftigkeit nicht festgestellt werden kann.[200]

---

191 *Reisinger* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 142–143; dieses Problem wird oft im Fall von Arabisch vorgebracht, da es hier sehr starke regionale Unterschiede gibt. Siehe dazu auch die Ausführungen von *Reisinger* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 143.

192 Vgl *Plutzar,* Kommunikationssituation, 159; problematisch ist nach *Plutzar* auch, dass es oftmals zum Einsatz von sogenannten »LaiendolmetscherInnen« kommt, die zwar sprachkundig aber nicht rechtskundig sind; siehe auch *Reisinger* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 140.

193 Siehe *Reisinger* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 140.

194 Siehe *Reisinger* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 141.

195 Vgl *Plutzar,* Kommunikationssituation, 152.

196 Zu den Problemen, die sich bei der Ermittlung des Sachverhalts im Asylverfahren stellen, siehe *Klaushofer* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 147 ff.

197 *Merli* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 1, 7; *Plutzar,* Kommunikationssituation, 21; *Schumacher/Pöllabauer,* migraLex 2004, 20; *Reisinger* in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld, 129.

198 *Perl* in Österreichische Juristenkommission, Recht und Sprache, 100.

199 *Perl* in Österreichische Juristenkommission, Recht und Sprache, 100.

200 *Perl* in Österreichische Juristenkommission, Recht und Sprache, 100.

VI. Conclusio

Die Ausführungen zu den unionsrechtlichen und österreichischen Anforderungen an Informationspflichten zeigen die Bedeutung der Form und Wahl der Sprache bei der Gewährleistung von Informationen. Der Zugang zu Informationen im österreichischen Recht ist weitgehend im Einklang mit Unionsrecht: So ist auch im nationalen Recht die Aufklärung über *allgemeine Informationspflichten,* wie etwa Mitwirkungspflichten und Rechte vorgesehen; in bestimmten Verfahrensabschnitten besteht zudem ein gesetzlicher Anspruch auf Rechtsberatung. Mit der Manuduktionspflicht und dem Einsatz von Dolmetscherinnen bzw Dolmetschern sind außerdem zentrale Verfahrensgarantien eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens anwendbar. Auch in Hinblick auf *besondere Informationspflichten* gegenüber unbegleiteten Minderjährigen sind in Österreich mit der gesetzlichen Vertretung Vorkehrungen getroffen worden. Die fehlende Informationspflicht über die medizinische Altersfeststellung wird, wenngleich dies nicht mit unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist, durch nationale Inklusionsstrategien, wie die gesetzliche Vertretung, grundsätzlich ausgeglichen.

Es zeigt sich aber, dass vor allem *drei Aspekte* in Zusammenhang mit der Sprache den Zugang zu Informationen einschränken oder verhindern können. Erstens können sich bei der *Wahl der Sprache und dem Einsatz von Dolmetscherinnen bzw Dolmetschern Probleme* ergeben. Bei der Wahl der Sprache finden regionale Unterschiede meist keine Berücksichtigung, sodass die Sprache, für welche die Dolmetscherin bzw der Dolmetscher eingesetzt wird, von der für die Asylsuchenden verständlichen Sprache abweichen kann. Weiters kann die Qualität des Dolmetschens, die Qualifizierung und die Verfügbarkeit von Dolmetscherinnen bzw Dolmetschern ausschlaggebend dafür sein, ob von Beginn des Verfahrens an Sprachbarrieren überwurden werden können. Zweitens erfolgt der *Zugang zu Informationen im erstinstanzlichen Verfahren in erster Linie über schriftliche Informationsblätter.* Dies schließt einerseits Personen, die nicht alphabetisiert sind, von grundlegenden Informationen aus. Andererseits wurden die Informationsblätter etwa aufgrund ihrer Komplexität und technischen Sprache als unverständlich für viele Asylsuchende kritisiert, sodass sie als alleinige Informationsquelle jedenfalls nicht ausreichen. Drittens ist als problematisch zu erachten, dass in den meisten Fällen ein gesetzlicher *Anspruch auf Rechtsberatung erst in zweiter Instanz* besteht – also erst, wenn der Antrag

auf internationalen Schutz hinsichtlich der Gewährung von Asyl bereits abgewiesen wurde. Aufgrund des eingeschränkten Neuerungsverbots im Beschwerdeverfahren und der oftmals bereits beschädigten Glaubwürdigkeit ist dieser Zeitpunkt zu spät, um eine erstmalige individuelle Aufklärung über Verfahrensablauf, Rechte und Pflichten zu erhalten. Eine solche Aufklärung, die die besonderen Umstände der Asylsuchenden bzw des Asylsuchenden berücksichtigt, ist nach der AsylverfahrensRL schon für das erstinstanzliche Verfahren vorgesehen, was nach der derzeitigen Rechtslage nur eingeschränkt oder nicht ermöglicht wird. Daher ist der Zugang zu Informationen im erstinstanzlichen Verfahren in Österreich derzeit nicht so gestaltet, dass die effektive Teilnahme Asylsuchender am Verfahren jedenfalls garantiert werden kann.

Literaturverzeichnis

- *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA),* Pflicht zur Aufklärung von Asylbewerbern über das Asylverfahren: Aus der Sicht der Asylbewerber (2010).
- *Ammer Margit/Köhler Katharina,* Kommunikation im Asylverfahren aus menschenrechtlicher Sicht, Stichproben. Wiener Zeitschrift für kritische Afrikastudien 2010, 153.
- *Aspden Jane,* Evaluation of the Solihull Pilot (2008).
- *Baldaccini Anneliese/Guild Elspeth/Toner Helen* (Hrsg), Whose Freedom, Security and Justice?: EU Immigration and Asylum Law and Policy (2007).
- *Groschedl Anna,* Die Einbeziehung Privater in die Asylverwaltung, in Merli/Pöschl (Hrsg), Das Asylrecht als Experimentierfeld. Eine Analyse seiner Besonderheiten aus vergleichender Sicht (2017) 65.
- *Handoll John,* Directive 2003/09 on Reception Conditions of Asylum Seekers: Ensuring ›Mere Subsistence‹ or a ›Dignified Standard of Living‹?, in Baldaccini/Guild/Toner (Hrsg), Whose Freedom, Security and Justice?: EU Immigration and Asylum Law and Policy (2007) 195.
- *Hailbronner Kay/Thym Daniel* (Hrsg), EU Immigration and Asylum Law. A Commentary[2] (2016).
- *Hengstschläger Johannes/Leeb David,* Verwaltungsverfahrensrecht[6] (2018).
- *Hinterberger Kevin Fredy,* Asyl- und Fremdenpolizeirecht, Migrationsrecht II (2017).
- *Hruschka Constantin/Maiani Francesco,* Dublin III Regulation (EU) No 604/2013, in Hailbronner/Thym (Hrsg), EU Immigration and Asylum Law. A Commentary[2] (2016).
- *Filzwieser Christian/Frank Michaela/Kloibmüller Mariella/Raschhofer Julia Ramona,* Asyl- und Fremdenrecht, Kommentar (2016).
- *Kittenberger Norbert,* Asylrecht kompakt (2016).
- *Klaushofer Reinhard,* Probleme bei der Ermittlung des Sachverhalts, in Merli/Pöschl (Hrsg), Das Asylrecht als Experimentierfeld. Eine Analyse seiner Besonderheiten aus vergleichender Sicht (2017) 147.
- *Krainz Klaus,* Dolmetschen im Asylverfahren. Schwierigkeiten in der Kommunikation aus Sicht der Asylbehörde, Wiener Zeitschrift für kritische Afrikastudien 2010, 137.
- *Lukits Daniela/Lukits Rainer,* Die medizinische Altersuntersuchung im österreichischen Asylrecht, EF-Z 2013, 196.
- *Lukits Daniela/Lukits Rainer,* Grundrechtliche Vorgaben der medizinischen Altersuntersuchung im Asylverfahren, EF-Z 2014, 56.

- *Matti Emanuel/Rienzner Martina,* Dolmetschen und Übersetzen im Asylverfahren, migraLex 2013, 2.
- *Merli Franz,* Einführung, in Merli/Pöschl (Hrsg), Das Asylrecht als Experimentierfeld. Eine Analyse seiner Besonderheiten aus vergleichender Sicht (2017) 1.
- *Merli Franz/Pöschl Magdalena* (Hrsg), Das Asylrecht als Experimentierfeld. Eine Analyse seiner Besonderheiten aus vergleichender Sicht (2017).
- *Merli Franz/Pöschl Magdalena,* Schlussfolgerungen, in Merli/Pöschl (Hrsg), Das Asylrecht als Experimentierfeld. Eine Analyse seiner Besonderheiten aus vergleichender Sicht (2017) 205.
- *Netzwerk SprachenRechte,* Ergebnisse der Studie komm.weg. Kommunikationswege in Erstaufnahmestellen für AsylwerberInnen (2008).
- *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Recht und Sprache (2009).
- *Peek Markus/Tsourdi Lilian,* Asylum Reception Conditions Directive 2013/33/EU, in Hailbronner/Thym (Hrsg), EU Immigration and Asylum Law. A Commentary[2] (2016).
- *Perl Harald,* Die Bedeutung der Sprache im Asylwesen, in Österreichische Juristenkommission (Hrsg), Recht und Sprache (2009) 99.
- *Plutzar Verena,* »Sie brauchen RICHTIGE Information, von jemand, dem sie vertrauen.«, Eine Analyse der Weitergabe rechtlicher Informationen im Asylverfahren, Stichproben. Wiener Zeitschrift für kritische Afrikastudien 2010, 175.
- *Plutzar Verena,* Zwischen »Angst« und »Zeit«. Zur Kommunikationssituation und Informationsweitergabe im Asylverfahren: eine empirische Studie in der Erstaufnahmestelle Ost des Bundesasylamtes, Dissertation, Universität Wien (2010).
- *Raschauer Nicolas/Sander Peter/Schlögl Martina,* Art 47, in Holoubek/Lienbacher (Hrsg) GRC-Kommentar (2014).
- *Rathler Martina,* Die Umsetzung der Asylverfahrensrichtlinie in das österreichische Recht, Dissertation, Universität Wien (2007).
- *Reisinger Julia,* Kommunikationsprobleme, in Merli/Pöschl (Hrsg), Das Asylrecht als Experimentierfeld. Eine Analyse seiner Besonderheiten aus vergleichender Sicht (2017) 129.
- *Reneman Marcelle,* EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy (2014).
- *Rittsteuer Bettina,* »Stolpersteine« in der Kommunikation. Erfahrungen einer Gerichtsdolmetscherin mit Englisch als Dolmetschsprache bei Gericht, Stichproben. Wiener Zeitschrift für kritische Afrikastudien 2010, 103.
- *Schindler Benjamin,* Das Asylrecht als Experimentierfeld: Der Blick in die Schweiz, in Merli/Pöschl, Das Asylrecht als Experimentierfeld. Eine Analyse seiner Besonderheiten aus vergleichender Sicht (2017) 189.

- *Schulev-Steindl Eva,* Verwaltungsverfahrensrecht[6] (2018).
- *Schumacher Sebastian,* Das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens, Dissertation, Universität Wien (2006).
- *Schumacher Sebastian/Pöllabauer Sonja,* Kommunikationsprobleme und Neuerungsverbot im Asylverfahren, migraLex 2004, 20.
- *Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR),* Externe Evaluation der Testphase für die Neustrukturierung im Asylbereich. Rechtsschutz: Beratung und Rechtsvertretung, Schlussbericht (17.11.2015).
- *Stern Joachim,* Rechtsberatung und Rechtsvertretung im Asylverfahren, Dissertation, Universität Wien (2011).
- *Stern Joachim,* Rechtsberatung für Asylsuchende. Völkerrecht, Unionsrecht und Grundrechtecharta, Verfassungsrecht (2012).
- *Strasser Victoria-Sophie,* Die verfahrensrechtliche Qualifikation der medizinischen »Alterfeststellung« im Asylverfahren, FABL 2/2016, 41.
- *Tampere Europäischer Rat,* 15. und 16. Oktober 1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm> (22.11.2018).
- *UNHCR,* Quality Initiative Project. Key Observations and Recommendations (April 2009).
- *UNHCR,* Erhebungen zu Qualitätsstandards der Rechtsberatung im österreichischen Asylverfahren, Abschlussbericht (2013).
- *Vedsted Hansen Jens,* Asylum Procedures Directive 2013/32/EU, in Hailbronner/Thym (Hrsg), EU Immigration and Asylum Law. A Commentary[2] (2016).
- *Zimmermann Daniela,* Verletzung der Mitwirkungspflichten gem § 15 AsylG, migraLex 2009/3, 85.

Sandra Saywald-Wedl

Deutschkurse für Flüchtlinge

I. Einleitung

Österreich war seit 2015 und in den darauffolgenden Jahren mit den größten Flüchtlingsbewegungen seit dem Zerfall Jugoslawiens Anfang der 1990er Jahre konfrontiert. Seit dem Beginn der sogenannten »Flüchtlingskrise« im Jahre 2015 bis Ende des Jahres 2017 wurden 155.360 Asylanträge gestellt.[1] Im selben Zeitraum belief sich die Zahl der Gewährungen von internationalem Schutz auf beinahe 72.000. Es handelt sich hierbei insbesondere um Migranten und Migrantinnen aus Afghanistan, Syrien und dem Irak.[2]

Diese Migrationsbewegungen haben den österreichischen Staat vor viele neue Aufgaben gestellt, vor allem aber auch vor jene der gesellschaftlichen Eingliederung dieser Menschen. In diesem Zusammenhang sind es immer wieder Deutsch-Sprachkenntnisse für Flüchtlinge, die ein Thema der öffentlichen Diskussion darstellen. Insbesondere da die meisten Flüchtlinge dauerhaft im Land bleiben wollen, wird das Beherrschen der deutschen Sprache nicht nur als unabdingbar für die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben gesehen, sondern auch als Schlüssel für den Erfolg der Migrantinnen und Migranten am Arbeitsmarkt. Dass beides notwendig ist, um den bedrohten gesellschaftlichen Zusammenhalt zu fördern (Stichwort gespaltene Gesellschaft), ist offenkundig.

Der Beitrag versteht sich dabei als Überblicksbeitrag, mit dem unterschiedlichste rechtliche Anknüpfungspunkte an das Thema »Deutschkurse für Flüchtlinge« und sich diesbezüglich stellende Rechtsprobleme

1 *Bundesministerium für Inneres,* Asylstatistik 2017, 4.

2 Siehe die Jahresstatistiken zum Asylwesen 2015, 2016 und 2017: *Bundesministerium für Inneres,* Jahresstatistiken.

aufgezeigt werden. Viele der aufgeworfenen einzelnen Fragen verdienen weitere, noch mehr ins Detail gehende Forschungsbemühungen, die hier aus Platzgründen nicht möglich sind.

Zum einen soll in diesem Beitrag untersucht werden, ob auf verfassungsrechtlicher, europarechtlicher oder auch völkerrechtlicher Ebene rechtliche Normen existieren, welche den Spracherwerb von Flüchtlingen regeln. Es stellt sich die Frage, ob allgemeine Verpflichtungen des Staates bestehen, Flüchtlingen den Spracherwerb zu ermöglichen, oder aber auch, ob es ein Recht der Flüchtlinge auf Spracherwerb der (Amts-)Sprache des Aufnahmestaates oder gar eine Verpflichtung zu diesem gibt. Weiters soll die Ausgestaltung der einfachgesetzlichen Grundlagen in Österreich, welche den Spracherwerb für »Flüchtlinge« regeln, analysiert werden. Es soll auch hier nach einer allfälligen staatlichen Verpflichtung, Sprachkurse zur Verfügung zu stellen, und nach Rechten und Pflichten hinsichtlich des Spracherwerbs durch Flüchtlinge gefragt werden. Ebenso soll untersucht werden, welche rechtlichen Konsequenzen an den Erwerb bzw Nicht-Erwerb der deutschen Sprache geknüpft sind.

II. Verfassungsrechtliche, europarechtliche und völkerrechtliche Grundlagen des Spracherwerbs von Flüchtlingen

A. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Die österreichische Verfassung kennt so etwas wie ein explizites »Grundrecht auf Spracherwerb« bekanntlich nicht. Zu prüfen ist daher, ob sich aus anderen Grundrechten, – obwohl sie grundsätzlich als Abwehrrechte konzipiert sind – Handlungspflichten des Staates bzw subjektive Rechte der Flüchtlinge ergeben können.

Art 2 des 1. ZPEMRK[3] statuiert das Recht auf Bildung.[4] Insofern sich Fremde rechtmäßig in einem Vertragsstaat der EMRK aufhalten, können

3 1. ZPEMRK, BGBl 210/1958 idF III 139/2018.

4 Das Grundrecht auf Bildung ist auch in Art 17 und 18 StGG verankert, allerdings ist hier der persönliche Anwendungsbereich auf Staatsbürger beschränkt.

auch sie sich auf das Recht auf Bildung berufen.[5] Dieses umfasst zum einen ein individuelles Recht auf Bildung und zum anderen das elterliche Recht gegenüber dem Staat zur Achtung des Erziehungsrechts. Das individuelle Recht auf Bildung wird von der Rechtsprechung als »subjektives Recht auf gleiche, nichtdiskriminierende Teilhabe am jeweils bestehenden Schulsystem« ausgelegt.[6] Von Art 2 1. ZPEMRK nicht umfasst ist jedenfalls ein Recht auf Bildung bzw auf Unterricht in der jeweiligen Muttersprache des Grundrechtsträgers, wenn eine solche bzw ein solcher nicht bereits vom Staat angeboten wird.[7] Ob auch der Zugang zur Erwachsenenbildung von Art 2 1. ZPEMRK geschützt ist, ist nicht abschließend geklärt.[8]

Der Schutzbereich des Rechts auf Bildung erstreckt sich also lediglich auf die Garantie eines diskriminierungsfreien Zugangs zu bestehenden Institutionen. Die Gestaltung des Bildungssystems in inhaltlichen und finanziellen Belangen verbleibt im Ermessen der Mitgliedstaaten.[9] Dass aus Art 2 1. ZPEMRK ein allgemeines Recht von MigrantInnen auf Spracherwerb abzuleiten ist, ist daher zweifelhaft.

Von der Frage eines allgemeinen Rechts auf Spracherwerb ist jene nach dem Spracherwerb, vor allem im Bereich des Pflichtschulunterrichts, zu unterscheiden, der die Voraussetzung für die effektive Teilnahme am Bildungssystem darstellt.

Wie bereits dargestellt, erfasst der Schutzbereich des Rechts auf Bildung grundsätzlich lediglich die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Zugangs zu bereits bestehenden Bildungseinrichtungen Fraglich ist – entgegen dieser einschränkenden Auslegung des Schutzbereichs – ob in Hinblick auf gewisse Personengruppen den Staat dennoch eine Verpflichtung zur Ergreifung zusätzlicher Maßnahmen innerhalb eines bestehenden Bildungssystems treffen kann, wie insbesondere gegenüber jenen Grundrechtsträgern, die ihren dauernden Aufenthalt im Vertragsstaat haben, aber noch nicht über ausreichende Sprachkenntnisse verfügen, um einem Unterricht folgen zu können. Denn ohne ausreichende Sprachkenntnisse ist diesen Grundrechtsträgern das Recht

5 EGMR 13.12.2005, 55762/00, 55974/00 (Timishev gg Russland) para 66.

6 *Gutknecht* in Korinek/Holoubek, B-VG Kommentar, Rz 7 mwN; siehe EGMR 23.7.1968, 1474/26, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 2126/64 (Belgischer Sprachenfall); vgl auch *Rainey/Wicks/Ovey,* Convention, 580 mwN.

7 *Vermeulen/van Roosmalen* in van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, Theory, 907 mwN.

8 *Peters* in Kneihs/Lienbacher, Bundesverfassungsrecht, Rz 17 mwN.

9 *Peters* in Kneihs/Lienbacher, Bundesverfassungsrecht, Rz 18 mwN.

auf Bildung de facto langfristig verwehrt. Zumindest im Rahmen der Grundschulausbildung wird eine solche Verpflichtung zur Sprachförderung bzw ein originärer Anspruch der Grundrechtsträger auf diese zu bejahen sein.[10]

Eine allfällige Verpflichtung des Staates auf Gewährleistung von Sprachförderung oder ein Recht der Flüchtlinge auf diese ist also differenziert zu betrachten. Eine allgemeine und umfassende Verpflichtung des Staates zur Sicherstellung von Integrationsmöglichkeiten in Form von Sprachunterricht ist aus den in der österreichischen Verfassung verankerten Grundrechten nicht abzuleiten. Partiell ergeben sich aber gegenüber gewissen Personengruppen (wie im Bereich des Grundschulunterrichts erläutert) aus den Grundrechten abgeleitete Handlungspflichten des Staates.

Eine Pflicht zum Spracherwerb der Flüchtlinge einschließlich einer allfälligen Sanktionierung kann weiters auch in einem Spannungsverhältnis zu den Grundrechten, wie beispielsweise dem Gleichheitssatz oder aber auch dem Recht auf Privat und Familienleben, stehen. Dies soll noch an späterer Stelle thematisiert werden.

B. Europarechtliche Grundlagen

Bisher wurden zahlreiche europarechtliche Regelungen erlassen, welche eine Harmonisierung des Asylrechts in der EU anstreben. Hinsichtlich der den Flüchtlingen zu gewährenden Rechte, die folglich auch eine staatliche Verpflichtung implizieren, sind insbesondere die Aufnahme-Richtlinie 2013/33/EU, die Status-Richtlinie 2011/95/EU und die Grundrechtecharta von Bedeutung. Auch die Grundrechtecharta der Europäischen Union (GRC) verbürgt in ihrem Art 14 ein »Recht auf Bildung«. Der Schutzbereich des Art 14 GRC entspricht weitgehend dem des Art 2 1. ZPEMRK, weist aber teilweise doch eine umfassendere Tragweite auf. Das Grundrecht wird hier ausgeweitet auf die »berufliche Ausbildung und Weiterbildung«.[11] Es umfasst also auch Bildung, welche auf die Qualifikation für eine Beschäftigung abzielt.[12] Doch auch hier steht die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Zugangs zu

10 *Vermeulen/van Roosmalen* in van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, Theory, 907 mwN.
11 *Jarass* in Jarass, Charta, Rz 2.
12 *Jarass* in Jarass, Charta, Rz 7.

bestehenden Bildungseinrichtungen im Vordergrund. Folglich ist auch hier zweifelhaft, ob der Schutzbereich des Art 14 GRC einen generellen Spracherwerb von MigrantInnen umfasst.

Hinsichtlich eines Rechts auf Spracherwerb für bestimmte Personengruppen (va im Bereich der Grundschulausbildung) sei auf die Ausführungen zu Art 2 1. ZPEMRK verwiesen.

Die Status-Richtlinie regelt in ihrem Art 34 den Zugang zu Integrationsmaßnahmen. Diese Regelung bestimmt, dass die Mitgliedstaaten »[...] den Zugang zu Integrationsprogrammen, die sie als den besonderen Bedürfnissen von Personen mit Flüchtlingsstatus oder subsidiärem Schutzstatus angemessen erachten [gewährleisten], oder [...] die erforderlichen Voraussetzungen [schaffen], die den Zugang zu diesen Programmen garantieren«. Was im Detail unter Integrationsprogrammen zu verstehen ist, lässt sich den Rechtsnormen nicht entnehmen. In den dem Gesetzestext vorangestellten Erwägungsgründen wird indes auf die Integrationsprogramme Bezug genommen. Im ErwG 47 wird Sprachunterricht als eine Integrationsmaßnahme genannt, allerdings mit der Einschränkung, dass diese im Bedarfsfall zu ergreifen ist.[13] Der Norm ist daher nicht konkret zu entnehmen, in welchen Fällen der Staat eine Spracherwerbsmöglichkeit gewährleisten muss.

Es ist daher nicht davon auszugehen, dass Sprachunterricht als unerlässliche oder zwingende Integrationsmaßnahme vorgesehen war. Ein Blick auf den Vorschlag der Kommission für die Status-Richtlinie verfestigt diesen Eindruck. Der endgültige Kommissionsvorschlag sah in seinem Art 34, der die Integrationsmaßnahmen regelt, einen zweiten Absatz vor, welcher ausdrücklich Einführungs- und Sprachkurse als mögliche Maßnahmen (aber auch hier nicht obligatorisch) der Integrationsprogramme nannte.[14] Im Zuge des weiteren Gesetzgebungsverfahrens wurde (im Änderungsantrag A7-0271/001-001) vom Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres des EU-Parlaments dieser zweite Absatz gestrichen.

---

13 »Die besonderen Bedürfnisse und die besondere Situation von Personen, denen der Flüchtlingsstatus oder der subsidiäre Schutzstatus zuerkannt worden ist, sollten so weit wie möglich in den ihnen angebotenen Integrationsprogrammen berücksichtigt werden, die gegebenenfalls Sprachunterricht und Information über ihre Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit ihrem Schutzstatus in dem betreffenden Mitgliedstaat umfassen«.

14 KOM (2009) 551 endg, 84.

Art 14 der Aufnahme-Richtlinie regelt die Grundschulerziehung und weiterführende Bildung minderjähriger Flüchtlinge. Art 14 Abs 1 statuiert, dass die Mitgliedstaaten minderjährigen Asylwerbern bzw den minderjährigen Kindern von Asylwerbern Zugang zum Bildungssystem in ähnlicher Weise wie den eigenen Staatsangehörigen zu gewähren haben. Art 14 Abs 2 bestimmt folgend, dass der Zugang zum Bildungssystem nicht länger als drei Monate ab Stellung des Asylantrags hinausgezögert werden darf. Weiters folgt im Abs 2 2. Absatz: »Bei Bedarf werden Minderjährigen Vorbereitungskurse, einschließlich Sprachkursen, angeboten, um ihnen, wie in Absatz 1 vorgesehen, den Zugang zum und die Teilnahme am Bildungssystem zu erleichtern.«

Obwohl anzunehmen ist, dass die Notwendigkeit einer Sprachförderung von minderjährigen Flüchtlingen regelmäßig gegeben ist, um ihnen eine effektive Teilnahme am Unterricht zu ermöglichen, wird die Regelung des Art 14 Aufnahme-Richtlinie als programmatische Norm[15] verstanden und sieht wie auch Art 34 der Status-Richtlinie ebenso wenig eine obligatorische Sprachförderung vor. Folglich ist auch hier nicht von einer konkretisierbaren Verpflichtung des Staates zur Sprachförderung auszugehen.

Somit gilt auf europarechtlicher Ebene Ähnliches wie zuvor in Bezug auf die verfassungsrechtliche Ebene in Kapitel II.A. erläutert. Eine allfällige Verpflichtung des Staates auf Gewährleistung von Sprachförderung oder auch ein Recht der Flüchtlinge auf dieses, ist differenziert zu sehen. Aus europarechtlicher Perspektive ist eine allgemeine und umfassende Verpflichtung des Staates zur Sicherstellung von Sprachförderung oder ein Recht der Flüchtlinge auf diese den Rechtsquellen nicht zu entnehmen. Für gewisse Personengruppen werden dem Staat dennoch Pflichten hinsichtlich der Sprachförderung auferlegt.

Darüber hinaus kann auch hier eine allfällige Pflicht zum Spracherwerb der Flüchtlinge einschließlich einer Sanktionierung gegen EU-Rechtsnormen, die beispielsweise eine Gleichbehandlung verlangen, verstoßen. Ebenfalls berücksichtigt werden muss die GRC bei Vollziehung des Unionsrechts. Dies soll ebenso unten näher behandelt werden.

15 Vgl die Ausführungen zum Ermessenspielraum der Mitgliedstaaten hinsichtlich der in Art 14 Aufnahme-Richtlinie vorgesehenen Vorbereitungskurse: *Peek/Tsourdi* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, Rz 19.

C. Völkerrechtliche Grundlagen

Wichtigstes völkerrechtliches Übereinkommen im Bereich des Asylrechts ist die Genfer Flüchtlingskonvention aus dem Jahre 1951 (GFK)[16] (inklusive des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge[17]). In dieser Rechtsquelle lassen sich keine Normen finden, welche einen Erwerb der Sprache des Aufnahmestaates durch Flüchtlinge regeln.

Lediglich in rechtlich nicht bindenden Übereinkommen sind – wenn da auch gleich mehrfach – Bestimmungen vorzufinden, die einen Spracherwerb bzw eine Sprachförderung zum Gegenstand haben. So beispielsweise auch in der 2016 durch die UN-Generalversammlung verabschiedeten »New Yorker Erklärung für Flüchtlinge und Migranten«[18], die als Antwort auf die weltweit wachsenden Fluchtbewegungen mit einem Maßnahmenpaket zum Schutz von Flüchtlingen und Migranten beschlossen wurde.[19] Nr 39 statuiert die Verpflichtung zur Verbesserung der Integration und Inklusion, insbesondere in Bezug auf den Zugang zu Sprachunterricht.

Aus der New Yorker Erklärung für Flüchtlinge und Migranten sind zwei weitere UN-Pakte hervorgegangen. Es handelt sich hier zum einen um den »Globalen Pakt für eine sichere, geordnete und reguläre Migration[20]« (UN-Migrationspakt) sowie den »Globalen Pakt zu Flüchtlingen[21]« (UN-Flüchtlingspakt). Die Pakte unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Zielgruppe. Der Migrationspakt bezieht sich in erster Linie auf Migranten ohne Fluchthintergrund.[22]

Der Flüchtlingspakt, der einen Kooperationsrahmen für Maßnahmen zum Flüchtlingsschutz darstellt, enthält in mehreren Punkten Bestimmungen zur Sprachförderung von Flüchtlingen. Diese umfassen Sprachunterricht in Hinblick auf Eingliederung in den Arbeitsmarkt, Sprachunterricht für Kinder und Jugendliche sowie auch Sprachförderung allgemein zum Zwecke der Integration.[23]

---

16 Genfer Flüchtlingskonvention, BGBl 55/1955.
17 Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl 78/1974.
18 GA Res 71/1 (2016).
19 *UNHCR,* Weg.
20 *UN,* Entwurf.
21 *UNHCR,* Draft.
22 Siehe *UN,* Entwurf, Punkt 4 der Präambel.
23 Siehe *UN,* Entwurf, Punkt 71, 84 und 99.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Völkerrecht keine rechtlich verbindlichen Normen, welche den Spracherwerb der Flüchtlinge auf völkerrechtlicher Ebene regeln, vorzufinden sind. Letztlich ist aber doch zu erkennen, dass in neuerer Zeit dem Spracherwerb bzw der Integration im Allgemeinen aus rechtlicher Perspektive mehr Aufmerksamkeit geschenkt wurde.

III. Einfachgesetzliche Grundlagen des Spracherwerbs von Flüchtlingen

Der Fokus dieser Erläuterungen zu den einfachgesetzlichen Regelungen des Spracherwerbs für international Schutzberechtigte liegt auf dem Integrationsgesetz (IntG)[24] und dem Integrationsjahrgesetz (IJG)[25], weil nur diese eine Verpflichtung samt Sanktionen regeln.

Ende des Jahres 2015 wurde der sogenannte 50-Punkte-Plan[26] zur Integration von international Schutzberechtigten (vom Bundesministerium für Europa, Integration und Äußeres unter der Mitwirkung des Expertenrates für Integration) ausgearbeitet und darauffolgend als Grundlagendokument der nationalen Integrationsstrategie von der Bundesregierung angenommen. Das IntG und das IJG wurden vom Gesetzgeber zum Zwecke der – zumindest teilweisen – Umsetzung des 50-Punkte-Plans beschlossen.[27] Beide Gesetze enthalten Normen, welche den Erwerb von Deutschkenntnissen durch Migranten und Migrantinnen regeln und sollen im Folgenden kurz dargestellt werden.[28]

A. Das Integrationsgesetz

Gesetzlich normiertes Ziel des Integrationsgesetzes gem § 1 Abs 1 IntG besteht in der raschen Integration rechtmäßig in Österreich aufhältiger Personen in die österreichische Gesellschaft durch das systematische

24 Integrationsgesetz (IntG), BGBl I 68/2017 idF I 37/2018.
25 Integrationsjahrgesetz (IJG), BGBl I 75/2017.
26 *Bundesministerium für Europa, Integration und Äußeres,* 50-Punkte.
27 ErlRV 1586 BglNR XXV. GP, 1.
28 Vgl zu näheren Ausführungen, insbesondere hinsichtlich der Systematik der beiden Gesetze: *Czech,* FABL 2017/2, 23 ff.

Anbieten von Integrationsmaßnahmen (Integrationsförderung) sowie durch die Verpflichtung, aktiv am Integrationsprozess mitzuwirken (Integrationspflicht).

In den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte. Zu erwähnen ist hier, dass auch Drittstaatsangehörige, die rechtmäßig niedergelassen sind, in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen. Im Gegensatz zu international Schutzberechtigten unterlag diese Personengruppe aber auch schon vorher einer sogenannten Integrationspflicht, welche auch den Nachweis von Sprachkenntnissen erforderte. Neu ist daher die Festlegung einer Integrationspflicht nur in Hinblick auf international Schutzberechtigte.[29] Weil sich aber die Grundlage ihres Aufenthaltes sowohl im Rechtlichen als auch im Tatsächlichen von jener der sogenannten Drittstaatsangehörigen unterscheidet, gilt für die Personengruppe der Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten ein eigenes Integrationsregime.[30]

1. Integrationsförderung

Gem § 4 Abs 1 IntG verpflichtet sich der Bund, Deutschkurse für Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte ab dem vollendeten 15. Lebensjahr zu fördern. Zuständig für die Umsetzung dieser Bestimmung ist gem § 4 Abs 2 IntG zum einen das Bundesministerium für Europa, Integration und Äußeres für Kurse auf dem Sprachniveau A1 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens. Die Abwicklung erfolgt hier durch den Österreichischen Integrationsfonds (ÖIF), welcher Kursträger betrauen kann. Zum anderen werden weiterführende Kurse auf dem Sprachniveau A2 durch das Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz besorgt und durch das Arbeitsmarktservice (AMS) abgewickelt. Das AMS kann sich hier ebenfalls (aufgrund § 32 Abs 3 AMSG[31]) geeigneter Einrichtungen bedienen. Schließlich ist im § 4 Abs 3 IntG festgehalten, dass die in § 4 Abs 2 IntG genannten Kursmaßnahmen international Schutzberechtigten, welche der Arbeitsvermittlung im Sinne des § 7 Abs 2 AlVG[32] zur Verfügung stehen, als

29 Vgl *Czech,* FABL 2017/2, 25.
30 Vgl auch *Taubald,* juridikum 2018, 337.
31 Arbeitsmarktservicegesetz (AMSG), BGBl 313/1994 idF I 32/2018.
32 Arbeitslosenversicherungsgesetz (AlVG), BGBl 609/1977 idF I 30/2018.

Eingliederungsmaßnahmen in den Arbeitsmarkt nach § 12 Abs 5 AlVG anzubieten sind.

Hinsichtlich der statuierten Verpflichtung des Bundes, stellt sich die Frage nach einem allfälligen Rechtsanspruch der Flüchtlinge auf eine solche Förderung. In Erinnerung zu rufen ist, dass zahlreiche objektivrechtliche Normen existieren, die den Staat zu einer bestimmten Handlung verpflichten, aus denen aber keine subjektiven Rechte abzuleiten sind. Eine Regelung muss also auch ein subjektiv-öffentliches Recht einräumen, um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch bejahen zu können. Ein Rechtsanspruch von international Schutzberechtigten auf eine (Integrations-)Förderung wird in diesem Falle zu verneinen sein. Im Falle einer sogenannten Individualförderung erfolgt die Abwicklung durch den ÖIF im Wege eines »Fördervertrages« und so weisen auch die Förderrichtlinien[33] des ÖIF darauf hin, dass kein öffentlich-rechtlicher Anspruch besteht. Weiters besteht für Flüchtlinge die Möglichkeit im Rahmen des sogenannten Projektes »Startpaket Deutsch und Integration« Kurse zu besuchen. Es handelt sich auch hier um Maßnahmen, die im Wege der Privatwirtschaftsverwaltung besorgt werden. Schließlich ist im IntG auch kein Behelf vorgesehen, mittels welchem eine Sprachförderung rechtlich geltend gemacht werden kann. Ein Rechtsanspruch wird auch für Sprachkurse, deren Abwicklung dem AMS obliegt und die gem § 4 Abs 3 IntG als Maßnahmen zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt nach § 12 Abs 5 AlVG angeboten werden, zu negieren sein.[34] Das IntG gewährt also keinen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Sprachförderung für Asylberechtigte sowie subsidiär Schutzberechtigte.[35]

2. Integrationspflicht

Nach § 6 Abs 1 IntG haben sich international Schutzberechtigte im Rahmen einer obligatorischen Integrationsvereinbarung zur Einhaltung der grundlegenden Werte der Rechts- und Gesellschaftsordnung sowie »zur vollständigen Teilnahme, Mitwirkung und zum Abschluss der angebotenen und zumutbaren Kursmaßnahmen nach §§ 4 und 5« zu ver-

33 *ÖIF,* Förderrichtlinie, 3.
34 Vgl §§ 32 ff AMSG.
35 Eine Sprachförderung kann allenfalls im ordentlichen Rechtsweg geltend gemacht werden. Siehe zur Fiskalgeltung der Grundrechte im Zusammenhang mit dem Gleichheitssatz und Förderungen OGH 24. 2. 2003, 1 Ob 272/02k.

pflichten. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung im Kontext des IntG ergibt sich, dass eine Verletzung der Integrationspflicht durch Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte nicht mit dem bloßen Versäumnis des Erwerbs der deutschen Sprache verwirklicht werden kann, weil sich die Pflichtverletzung nur auf »angebotene« Kursmaßnahmen bezieht. Diesem Versäumnis muss also eine entsprechende Handlung des Staates vorausgehen. Die Integrationsförderung – im Sinn einer Bereitstellung von geförderten Kursen bzw eines Zugangs zu diesen – muss also gewährleistet sein, um Rechtsfolgen für die Integrationsverpflichteten auszulösen.

Die Sanktionierung gem § 6 Abs 2 und 3 IntG zielt bei Verletzung der Integrationspflicht auf die sozialrechtlichen Ansprüche der Flüchtlinge ab. Denn aufenthaltsrechtliche Sanktionen sind für Flüchtlinge – im Gegensatz zu Drittstaatsangehörigen[36] –, denen Schutzstatus zukommt, nur in sehr engen Grenzen möglich.[37]

Da dem Bund hier nicht mehr als eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz gem Art 12 B-VG (Armenwesen) zukommt[38], bestimmt § 6 Abs 2 IntG, dass die für die Sozialhilfe oder die bedarfsorientierte Mindestsicherung zuständigen Stellen der Länder, ihre Leistungsempfänger nach Maßgabe landesgesetzlicher Vorgaben, wie sie für die mangelnde Bereitschaft zum Einsatz der Arbeitskraft gelten, zu sanktionieren haben.[39] Die Gruppe der international Schutzberechtigten, welche der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht und Arbeitslosengeld oder Notstandshilfe nach § 6 Abs 1 Z 1 bzw 2 AlVG bezieht, wird gem § 6 Abs 3 mit einer Leistungssperre nach § 10 AlVG sanktioniert.[40]

---

36 Siehe zB § 11 Abs 2 Z 6 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBl I 100/2005 idF I 56/2018.

37 Siehe § 50 Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG), BGBl I 100/2005 idF I 56/2018; vgl auch *Taubald,* juridikum 2018, 338.

38 Vgl *Czech,* FABL 2017/2, 26.

39 Teilweise sahen die Länder auch schon vor Inkrafttreten des IntG in ihren Mindestsicherungsgesetzen eine selbständige Verpflichtung zum Spracherwerb sowie auch eine Sanktionierung vor. Vgl zB §§ 7a, 7b, 7c Burgenländisches Mindestsicherungsgesetz (Bgld MSG), LGBl 76/2010 idF 20/2017; § 11a Oö Mindestsicherungsgesetz (Oö BMSG), LGBl 74/2011 idF 36/2016 iVm §§ 1, 3, 5 Oö Mindestsicherungsverordnung-Integration (Oö BMSV-I 2016) LGBl 47/2016.

40 Die Mindestsicherungsgesetze der Länder sehen in Ausführung der Grundsatzbestimmung des § 6 Abs 2 IntG teilweise 50 %-ige Kürzungen des Mindestsicherungsbetrags hin bis zu einem gänzlichen Entfall vor. Siehe zB § 7 Steiermärkisches Mindestsicherungsgesetz (StMSG), LGBl 14/2011 idF 63/2018; § 7d NÖ Mindestsicherungsgesetz (NÖ MSG), LGBl 9205-0 idF 23/2018.

Die Sanktionsregelungen des § 6 Abs 2 und 3 führen zu einer Situation, die faktisch nur einer bestimmten Gruppe von Flüchtlingen einen (negativen) Anreiz bietet, ihrer Integrationsverpflichtung nachzukommen. Denn die Verletzung der Integrationspflicht hat lediglich für Flüchtlinge, welche Sozialleistungen in Anspruch nehmen, tatsächliche Auswirkungen. Die Ausgestaltung der Sanktionsregelungen lässt vermuten, dass der Gesetzgeber vorrangig die Eingliederung der Flüchtlinge in das Erwerbsleben bezwecken möchte.[41]

B. Das Integrationsjahrgesetz

Das Integrationsjahrgesetz sieht arbeitspolitische Fördermaßnahmen für Asylberechtigte, subsidiär Schutzberechtigte[42] und Asylwerber vor, bei denen ein positiver Ausgang des Verfahrens sehr wahrscheinlich ist.[43] Gem § 2 IJG ist das Vorliegen von Deutschkenntnissen auf dem Sprachniveau A1, die Arbeitsfähigkeit sowie, dass die Personen keiner Schulpflicht mehr unterliegen, Voraussetzung für die Teilnahme am Integrationsjahr. Die Maßnahmen des IJG sind nach § 3 IJG vom AMS abzuwickeln. Zu den im IJG vorgesehen Maßnahmen zählen unter anderem Werte- und Orientierungskurse, ein Berufsorientierungstraining, ein Bewerbungstraining, insbesondere aber auch Deutschkurse zum Erwerb des Sprachniveaus A2.[44]

Eine Verpflichtung zur Teilnahme am Integrationsjahr besteht nicht für alle Personengruppen, welche unter den Geltungsbereich des IJG fallen. An dieser Stelle ist zwischen Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten einerseits und Asylwerbern, bei denen ein positiver Ausgang des Verfahrens sehr wahrscheinlich ist, zu unterscheiden. Im Gegensatz zur ersten Personengruppe sind Asylwerber bloß berechtigt, am IGJ teilzunehmen, verpflichtet werden können sie jedenfalls nicht. International Schutzberechtigte, die arbeitslos sind und denen

41 Vgl *Taubald,* juridikum 2018, 338.

42 Der persönliche Anwendungsbereich ist gem § 2 IJG insofern eingeschränkt, als nur Personen erfasst werden, welche nach dem 31. Dezember 2014 Schutzstatus erlangten. Bei Personen, denen vor diesem Zeitpunkt Schutzstatus gewährt wurde, nimmt der Gesetzgeber an, dass sie sich bereits in einem »fortgeschrittenen Integrationsprozess« befinden, siehe ErlRV 1585 BglNR XXV. GP, 1.

43 Siehe § 1 IJG.

44 Siehe § 5 IJG.

kein Arbeitsplatz vermittelt werden kann, sind hingegen verpflichtet, an Maßnahmen des IJG teilzunehmen, insofern das AMS ihnen solche vorschreibt. Ein Rechtsanspruch auf die im IJG vorgesehenen Fördermaßnahmen besteht schließlich auch hier nicht.[45]

Wie auch das IntG sieht das IJG in § 3 Abs 2 bei Verstoß bzw Nicht-Erfüllung der Vorschreibungen des AMS eine Sanktionierung im Bereich der sozialrechtlichen Ansprüche vor. Die Stellen der Länder, welche für die Erbringung von Sozialhilfe- bzw Mindestsicherungsleistungen zuständig sind, haben folglich Pflichtverletzungen Asyl- und subsidiär Schutzberechtigter nach Maßgabe landesgesetzlicher Vorschriften, wie sie bei mangelnder Bereitschaft zum Einsatz der Arbeitskraft zur Anwendung kommen, in analoger Weise zu sanktionieren. Weiters sind auch vom AMS zuerkannte Beihilfen einzustellen.

C. Asylgesetz

Gem § 68 AsylG kann Asylwerbern, bei denen ein positiver Ausgang des Verfahrens sehr wahrscheinlich ist, nach Maßgabe finanzieller Ressourcen Integrationshilfe gewährt werden. Was unter Integrationshilfe zu verstehen ist, wird in Abs 2 geregelt. Z 1 nennt folglich Sprachkurse als Maßnahme der Integrationshilfe. Die Bestimmungen des IntG für Sprachkurse sind für Sprachkurse im Rahmen der Integrationshilfe sinngemäß anzuwenden.[46] Da in Abs 1 die Gewährung von Integrationshilfe als Kannbestimmung formuliert ist, besteht kein Rechtsanspruch.[47]

D. Grundversorgung

Die Grundversorgung ist in mehreren Rechtsquellen geregelt. Da sie sowohl durch Bundesgesetz als auch durch neun weitere Landesgesetze geregelt ist, kann aus Gründen des Umfangs nur auf die Grundversor-

45 Siehe § 1 IJG welcher bestimmt, dass Fördermaßnahmen »[…] nach Maßgabe vorhandener finanzieller und organisatorischer Ressourcen […]« anzubieten sind; vgl auch *Czech,* FABL 2017/2, 33 f.

46 ErlRV 1586 BglNR XXV. GP, 3.

47 Vgl *Böckler-Winkler* in Schrefler-König/Szymanski, Fremdenpolizei- und Asylrecht, Anm 2.

gungsvereinbarung[48] nach Art 15a B-VG, welche die Koordination der Aufgaben in der Grundversorgung zwischen Bund und Ländern bestimmt, kurz eingegangen werden. In der Grundversorgungvereinbarung besteht keine allgemeine Regelung zum Spracherwerb von Asylwerbern. Lediglich für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge wird in Zusammenhang mit Kostenhöchstsätzen für die Erfüllung der Aufgaben aus der Grundversorgung an Sprachförderungsmaßnahmen angeknüpft.[49] In der Steiermark wurden aber beispielsweise Sprachkurse für Asylwerber im Rahmen der Grundversorgung organisiert, die von der Caritas im Auftrag des Landes abgewickelt und von den für Freizeitaktivitäten der Asylsuchenden vorgesehenen Mittel finanziert wurden.

E. Schulorganisationsgesetz, Schulunterrichtsgesetz

Gem § 1 Schulpflichtgesetz[50] unterliegen grundsätzlich alle sich in Österreich dauernd aufhaltende Kinder der Schulpflicht. Insofern unterliegen nicht nur Asylberechtigte sondern auch Asylsuchende[51] im schulpflichtigen Alter der allgemeinen Schulpflicht bzw haben das Recht auf Schulbesuch.[52] Nach Absolvierung der allgemeinen Schulpflicht sind sie grundsätzlich auch berechtigt zum Besuch weiterführender Bildungseinrichtungen. Für Schüler, die nicht über ausreichende Deutschkenntnisse verfügen, um dem Unterricht zu folgen, ist daher eine Sprachförderung vorgesehen. Das aktuelle Deutschfördermodell wurde 2018 eingeführt und unterscheidet im Wesentlichen zwischen Deutschförderkursen und Deutschförderklassen, abhängig vom Sprachniveau der Schüler. Die gesetzlichen Grundlagen des neuen Deutschfördermodells sind insbesondere im Schulorganisationgesetz[53], dem Schulunterrichtsgesetz[54] sowie dem Schulpflichtgesetz geregelt. Da es sich hier um ein sehr detailreiches aber auch differenziertes Konzept handelt,

48 Grundversorgungsvereinbarung, BGBl I 80/2004.
49 Siehe Art 7 und Art 9 der Grundversorgungsvereinbarung.
50 Schulpflichtgesetz 1985, BGBl 76/1985 idF I 35/2018.
51 Von einem dauernden Aufenthalt ist dann auszugehen, wenn sich diese vorläufig an einem Ort aufhalten bzw erkennbar beabsichtigen, sich dort aufzuhalten. Bei Schutzsuchenden und deren Kindern wird aus der Asylantragstellung eine Bleibeabsicht abgeleitet. Vgl *Bundesministerium für Bildung,* Flucht, 47 mwN.
52 Vgl *Bundesministerium für Bildung,* Flucht, 44 mwN.
53 BGBl 242/1962 idF I 35/2018.
54 BGBl 472/1986 idF I 35/2018.

kann es im Rahmen dieses Beitrags nicht behandelt werden, soll aber um der Vollständigkeit willen nicht unerwähnt bleiben.[55]

F. Einfachgesetzliche Rechtslage: Rechtskonformität aus verfassungs-, europa- und völkerrechtlicher Perspektive?

Wie an vorheriger Stelle bereits ausgeführt, kann eine Verpflichtung für Flüchtlinge zum Spracherwerb einschließlich der Sanktionen in einem Spannungsverhältnis zu völker-, europa- und verfassungsrechtlichen Bestimmungen stehen.[56] Bezüglich der obigen Erläuterungen zu den Spracherwerbsregelungen des IntG und des IJG ist daher fraglich, ob die einfachgesetzliche Rechtslage mit ebendiesen Bestimmungen vereinbar ist.

Hinsichtlich der im IntG verankerten Integrationspflicht für Flüchtlinge ist es in Anbetracht des Grundrechts auf Privat- und Familienleben gem Art 8 EMRK – welches auch das Recht auf eine autonome Lebensgestaltung verbürgt[57] – in der Rechtsprechung noch ungeklärt, ob man international Schutzberechtigte (insbesondere jene, die nicht der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stehen) an sich zu einem Spracherwerb bzw zur Integration verpflichten kann.

Im Hinblick auf die im IntG und IJG vorgesehene Sanktionierung bei Zuwiderhandeln gegen die Integrationspflicht ist auch auf Art 1 1. ZPEMRK zum Schutz des Eigentums hinzuweisen: Der EGMR wertet nämlich auch beitragsunabhängige Sozialleistungen als vermögenswerte Rechte, die vom Schutzbereich des »Rechts auf Eigentum« umfasst sind.[58] Angesichts des Diskriminierungsverbots des Art 14 EMRK, ist im Lichte dieser Rechtsprechung davon auszugehen, dass der Zugang zu gesetzlich vorgesehenen Sozialleistungen nicht aufgrund der Staatsangehörigkeit

55 Siehe Informationsbroschüre des *Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Forschung,* Deutschförderklassen.

56 Vgl auch zu weiteren verfassungs- und unionrechtlichen Fragestellungen, welche sich aus § 6 Abs 2 IntG ergeben: *Kaspar,* juridikum 2018, 361 ff; sowie auch *Czech,* FABL 2017/2, 34 f.

57 Siehe *Wiederin* in Korinek/Holoubek, B-VG Kommentar, Rz 33 mwN.

58 Wenn beitragsunabhängige Sozialleistungen (darunter fallen begrifflich auch Mindestsicherungsbezüge) als vermögenwerte Rechte zu verstehen sind, so muss dies ebenso für Arbeitslosenbezüge als Anwartschaften gelten.

eigeschränkt werden darf.[59] Es ist somit fraglich, ob das IntG sowie das IJG den Anforderungen der EMRK entsprechen.

Weiters ist in Bezug auf europarechtliche Vorgaben Art 29 der Status-Richtlinie zu erwähnen, welcher bestimmt, dass die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen haben, dass »Personen, denen internationaler Schutz zuerkannt worden ist [...], die notwendige Sozialhilfe wie Staatsangehörige des Mitgliedstaates erhalten« sollen. Die Sozialhilfe betreffend verlangt die Status-Richtlinie also bei Flüchtlingen grundsätzlich eine Gleichbehandlung im Verhältnis zu Staatsbürgern. Auch Art 23 GFK bestimmt, dass die vertragsschießenden Staaten den Flüchtlingen[60], die sich erlaubterweise auf ihrem Gebiete aufhalten, die gleiche Behandlung in der öffentlichen Unterstützung und Hilfeleistung gewähren sollen, wie sie ihren eigenen Staatsbürgern zuteil wird«.[61]

Schließlich ist auch auf die Ausgestaltung der Sanktionierung hinzuweisen. Die Kürzung sozialrechtlicher Ansprüche führt – wie bereits erwähnt – dazu, dass lediglich Personen, welche Sozialleistungen in Anspruch nehmen, tatsächliche Nachteile bei Verstoß gegen die Integrationspflicht in Kauf nehmen müssen. Angesichts der Tatsache, dass die Integrationspflicht unabhängig eines allfälligen Bezugs von Sozialleistungen alle international Schutzberechtigten trifft, ergeben sich mit Blick auf diese Regelung gleichheitsrechtliche Bedenken.[62]

IV. Fazit

Anhand dieser Untersuchung lässt sich erkennen, wie differenziert und verwoben die gesetzlichen Regelungen sind bzw wie zersplittert die Rechtslage betreffend die Regelung zum Spracherwerb durch Flüchtlinge ist. Für die Gruppe der Asylwerbenden ist der Zugang zur Sprachförderung stark eingeschränkt. Doch auch für anerkannte Flüchtlinge war in keiner der untersuchten Rechtsquellen eine allgemeine und umfassende Verpflichtung des Staates zur Gewährleistung des Spra-

59 Vgl *Rebhahn,* Sozialleistungen, 22 mwN; EGMR 30.9.2003, 40892/98 (Poirrez gg Frankreich).

60 Subsidiär Schutzberechtigte sind vom Anwendungsbereich der GFK nicht erfasst.

61 Vgl zur Möglichkeit von Kürzung und Entfall von Sozialleistungen sowie daran geknüpfte Obliegenheiten: *Rebhahn,* Sozialleistungen, insbesondere 48 ff.

62 Siehe Art 1 Abs 1 BVG-Rassendiskriminierung, BGBl 390/1973.

cherwerbs durch Schutzberechtigte zu finden. Ebenso wenig konnte ein (öffentlich-rechtlicher) Anspruch der Flüchtlinge – mit Ausnahme (grund-)schulpflichtiger Kinder – ausgemacht werden. Es besteht lediglich eine einseitige Verpflichtung der Personengruppe der Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten, – zum Zwecke der Integration – die deutsche Sprache zu erlernen. Grundsätzlich erscheint eine gesetzlich vorgeschriebene Integrationsverpflichtung der Migranten und Migrantinnen nicht von vornherein problematisch. Doch wirft eine Sanktionierung – wie dargelegt – rechtliche, vor allem grundrechtliche Bedenken auf. Letztlich ist festzuhalten, dass im Hinblick auf die tiefgreifenden Sanktionen, die für die Nichterfüllung der Verpflichtung zum Spracherwerb vorgesehen sind, nach der derzeit in Österreich bestehenden Rechtslage wenig positive Anreize für diesen gesetzt werden.

Literaturverzeichnis

- *Battjes Hemme,* Art 34 Asylum Qualification Directive 2011/95/EU, in Hailbronner/Thym (Hrsg), EU-Migration and Asylum Law: a Commentary[2] (2016) 1280.
- *Böckmann-Winkler Simon*e, § 68 AsylG 2005, in Schrefler-König/Szymanski (Hrsg), Fremdenpolizei- und Asylrecht (Stand 1.6.2016, rdb.at).
- *Böckmann-Winkler Simone/Szymanski Wolf,* § 6 IntG, in Schrefler-König/Szymanski (Hrsg), Fremdenpolizei- und Asylrecht (Stand 1.12.2017, rdb.at).
- *Böckmann-Winkler Simone/Szymanski Wolf,* § 4 IntG, in Schrefler-König/Szymanski (Hrsg), Fremdenpolizei- und Asylrecht (Stand 1.12.2017, rdb.at).
- *Böckmann-Winkler Simone/Szymanski Wolf,* § 3 IntG, in Schrefler-König/Szymanski (Hrsg), Fremdenpolizei- und Asylrecht (Stand 1.12.2017, rdb.at).
- *Czech Jan,* Integriert Euch! Ein Überblick über das Integrationsgesetz und das Integrationsjahrgesetz, FABL 2017/2, 23.
- *Gutknecht Brigitte,* Art 2 1. ZPEMRK, in Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (7. Lfg 2005).
- *Jarass Hans D.,* Art 14 GRCh, in Charta der Grundrechte der Europäischen Union: GRCh – Kommentar[3] (2016) 158.
- *Kaspar Marina,* Integrationspflicht und Sanktionen nach § 6 Abs 2 IntG, juridikum 2018, 361.
- *Peek Markus/Tsourdi Lilian,* Art 14 Asylum Reception Conditions Directive 2013/33/EU, in Hailbronner/Thym (Hrsg), EU-Migration and Asylum Law: a Commentary[2] (2016) 1431.
- *Peters Birgit,* Art 2 1 ZPEMRK, in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (11. Lfg 2013).
- *Poscher Ralf/Rux Johannes/Langer Thomas,* Das Recht auf Bildung (2009).
- *Rainey Bernadette/Wicks Elisabeth/Ovey Clare,* Jacobs, White and Ovey – The European Convention on Human Rights[7] (2017).
- *Taubald Jakob,* Vom Fordern und Fördern im Integrationsgesetz, juridikum 2018, 334.
- *Towara Cécile,* Das Recht auf Bildung gemäß Art 14 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, in Odendahl (Hrsg), Europäische (Bildungs-)Union? (2011) 75.
- *Vermeulen Ben/van Roosmalen Marjolein,* Right to Education, in van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak (Hrsg), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights[5] (2018).

- *Wiederin Ewald* in Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK (5. Lfg 2002).

Internetquellen

- *Bundesministerium für Bildung,* Flucht.Asyl.Integration. – Basisinformation für den Bildungsbereich, <https://bildung.bmbwf.gv.at/schulen/service/fk/fluechtlingskinder.pdf?6kdmhs> (27.11.2018).
- *Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Forschung,* Deutschförderklassen und Deutschförderkurse – Leitfaden für Schulleiterinnen und Schulleiter, <https://bildung.bmbwf.gv.at/schulen/unterricht/ba/deutschfoerderklassen.pdf?6hwy6c> (27.11.2018).
- *Bundesministerium für Europa, Integration und Äußeres,* 50-Punkte-Plan, <https://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/Zentrale/Integration/Nationale_Integrationsfoerderung/50_Punkte-Plan.pdf> (27.11.2018).
- *Bundesministerium für Inneres,* Asylstatistik 2017, <https://www.bmi.gv.at/301/Statistiken/files/Jahresstatistiken/Asyl-Jahresstatistik_2017.pdf> (6.12.2018).
- *Bundesministerium für Inneres,* Jahresstatistiken, <https://www.bmi.gv.at/301/Statistiken/start.aspx#> (6.12.2018).
- *ÖIF,* Förderrichtlinie Individualförderung Deutschkurse, <https://www.integrationsfonds.at/fileadmin/user_upload/20180201_Fo__rderrichtlinie_Individualfo__rderung_Deutschkurse_Extern_IG.pdf> (3.12.2018).
- *Rebhahn Robert,* Sozialleistungen an »international Schutzberechtigte und Schutzsuchende« – Möglichkeiten zur Differenzierung gegenüber Staatsangehörigen, <https://www.sozialministerium.at/site/Service_Medien/Infomaterial/Downloads/Gutachten_Sozialleistungen_an_international_Schutzberechtigte_und_Schutzsuchende> (27.11.2018).
- *UN,* Entwurf des Ergebnisdokuments der Konferenz zur Annahme des Globalen Paktes für eine sichere, geordnete und reguläre Migration, <http://www.un.org/depts/german/migration/A.CONF.231.3.pdf> (4.12.2018).
- *UNHCR,* Auf dem Weg zum Globalen Pakt für Flüchtlinge, <https://www.unhcr.org/dach/de/was-wir-tun/auf-dem-weg-zum-globalen-pakt-fuer-fluechtlinge> (6.12.2018).
- *UNHCR,* Final Draft – The Global Compact on Refugees, <https://www.unhcr.org/5b3295167.pdf> (6.12.2018).

Podiumsdiskussion – Verständlichkeit des Rechts als Voraussetzung für den Zugang zum Recht

Moderation:

Mag.ª Romy Seidl

Diskutant(inn)en:

Mag.ª Franziska Bereuter
Projekt unsereVerfassung

Dr.in Kimbie Humer-Vogl
Abgeordnete zum Salzburger Landtag,
Die Grünen Salzburg

Prof. Reinhard Klaushofer
Universität Salzburg, Leiter des Österreichischen Instituts für Menschenrechte

Dr. Christoph Pinter
Leiter UNHCR Österreich

Dr. Paul Sieberer
Leiter des Legislativ- und Verfassungsdiensts des Landes Salzburg

Zum Thema der Podiumsdiskussion finden sich nachstehend verschriftlichte Statements.

Franziska Bereuter

Recht ist kompliziert. Viele Nicht-Juristinnen und Nicht-Juristen nehmen »das Recht« auf diese Weise wahr. Dass Recht kompliziert sein kann, stimmt in vielen Fällen sicherlich. Häufig ist dies der behandelten Sachmaterie geschuldet, manchmal auch der sprachlichen Umsetzung. In rechtlichen Texten ist die Leserin oder der Leser etwa mit Fachbegriffen, Verweisungen und Abstraktionen konfrontiert. Häufig wird die Kenntnis dahinterliegender Konzepte oder gar der Judikatur vorausgesetzt, um eine konkrete Bestimmung einordnen und verstehen zu können. Noch dazu decken sich viele Fachausdrücke nicht mit der Alltagssprache.

In dieser Wahrnehmung, dass Recht kompliziert ist und ein gewisses Expertenwissen voraussetzt, spiegelt sich auch ein Aspekt wider, der den Zugang zu Recht erschwert: Nämlich eine Scheu vor dem Recht, die sich in einer hohen Hemmschwelle, sich mit rechtlichen Fragen selbständig zu beschäftigen, niederschlägt.

Der Verein *unsereVerfassung* setzt hier an und versucht dazu beizutragen, dass sich Menschen einfacher mit rechtlichen Themen auseinandersetzen können. Zum einen stellt der Verein Texte zu grundlegenden Themen wie Demokratie, Freiheit und Menschenrechten auf der webpage (<www.unsereverfassung.at>) zur Verfügung. Durch die Übersetzung in sechs verschiedene Sprachen soll der Zugang zu rechtlichen Themen auch für Menschen erleichtert werden, deren Muttersprache nicht Deutsch ist. Zum anderen geht *unsereVerfassung* unter »#Sprechen wir drüber« auf aktuelle Diskussionen ein und gestaltet zu diesen spezifische Themenserien (so etwa zum EU-Ratsvorsitz oder der Selbstverwaltung). Wenn verfassungsrechtliche Fragestellungen in Kontext gesetzt werden, verlieren sie an Abstraktion und es wird greifbarer, warum diese Fragen uns alle betreffen und jede und jeder an der Diskussion teilhaben können sollte. Gelingen kann dies, indem Fragestellungen nicht isoliert und abstrakt abgehandelt werden, sondern in Geschichten eingebettet erzählt und anhand konkreter Beispiele veranschaulicht werden. Eine Herausforderung besteht darin, eine einfache und ver-

ständliche Sprache zu finden, die es schafft, das Interesse der Leserin oder des Lesers zu wecken.

Neben dem geschriebenen Wort ist es ebenso wichtig, mit Menschen direkt ins Gespräch zu kommen. Im Rahmen von Diskussionsabenden, Vorträgen und Workshops wird ein Raum für einen offenen Dialog geschaffen. *UnsereVerfassung* legt dabei – wie der Name vermuten lässt – einen Schwerpunkt auf die österreichische Verfassung, die häufig pauschal angesprochen aber nur selten direkt thematisiert wird. Was bedeutet es etwa, wenn von »verfassungswidrigen« Vorhaben oder den »Werten der Verfassung« die Rede ist? *UnsereVerfassung* stellt sich diesen Fragen in verständlicher Sprache und möchte so einen Beitrag leisten, dass mehr Menschen die Scheu vor dem Recht verlieren und die Worte finden, sich an Diskussionen zu beteiligen, die das Zusammenleben von uns allen betreffen.

Foto: Moritz Kopetzki

Mag.ª Franziska Bereuter hat Rechtswissenschaften und Kultur- und Sozialanthropologie an der Universität Wien studiert. Danach war sie als Universitätsassistentin am Institut für Rechtswissenschaften an der Universität für Bodenkultur Wien tätig. Während des Studiums engagierte sie sich im Legal Literacy Project Wien, einem Verein zur Förderung rechtlichen Grundwissens in der Gesellschaft. Derzeit unterstützt sie **unsereVerfassung - Verein zur Förderung politischer Bildung** in der redaktionellen Arbeit.

Kimbie Humer-Vogl

Es gibt Schätzungen, die von 2 Millionen ÖsterreicherInnen ausgehen, die nicht wirklich lesen können!

Wer sind diese Menschen?

- die 25 % SchulabgängerInnen, die trotz Abschluss der Pflichtschulzeit keine altersgemäße Lesekompetenz erreicht haben.
- Menschen mit nicht-deutscher Muttersprache (12 % der Bevölkerung).
- Unter der Gruppe mit nicht-deutscher Muttersprache finden sich im Übrigen auch 9.100 gehörlose bzw hochgradig schwerhörige Menschen, deren Muttersprache die Gebärdensprache ist.
- Menschen, bei denen eine dementielle Entwicklung vorliegt (ca 11.500 Menschen).
- Schwere psychische Erkrankungen erschweren das Erfassen von Texten (80.000 Österreicher[1] – das ist rund ein Prozent der Bevölkerung).
- Und »last but not least« gibt es die Gruppe der Menschen mit Lernschwierigkeiten, denen das Lesen schwer fällt.

Woran merkt man, dass Menschen Schwierigkeiten mit dem Lesen haben? Oft daran, dass sie einfach nicht oder falsch auf schriftliche Information reagieren. Viel öfter als man denkt, hat das nämlich nichts mit Unwilligkeit zu tun! Allerdings ist Zugang zu Information ein Menschenrecht!

Und genau hier kommt »**Leichter Lesen**« ins Spiel. Mit dem Zusatz »**Leichter Lesen**« (**Abkürzung LL**) werden Texte in einfacher Sprache bedacht. Diese Texte richten sich an Menschen mit einem Sprachniveau zwischen A1 und B1 laut dem gemeinsamen Europäischen Referenzrahmen für Sprachen[2]. Professionelle Anbieter von Texten in »Leichter

1 Diese Zahl geht auf eine Schätzung von *Johannes Wancata* von der Wiener Universitätsklinik für Psychiatrie am AKH zurück.

2 <www.europaeischer-referenzrahmen.de> (16. 11. 2018).

Lesen« versehen ihre Texte in der Regel mit den Zusätzen A1, A2 oder B1, um ihre Zielgruppe noch weiter zu präzisieren.

- Die **Stufe A1** steht für die am leichtesten verständliche Stufe. Verwendet werden nur bekannte Wörter, besonders kurze Sätze (5–7 Wörter) und eine sehr einfache Grammatik. Die Information wird auf den wichtigsten Kern reduziert.
- **Informationen in A2** ermöglichen es den LeserInnen, sich mit einem bestimmten Thema so zu beschäftigen, dass die wesentlichen Inhalte verstanden werden. Zum Beispiel: Einen Bescheid oder eine Anweisung lesen, verstehen und danach handeln können (Satzlänge: 10–12 Wörter).
- **Informationen in B1** bauen auf das Vorwissen oder den Wortschatz geübter AlltagsleserInnen auf, vermeiden aber Fremdwörter und komplizierte Satzstellungen. Sie sind daher überall dort hilfreich, wo es darum geht, »Nicht-Fachleute« zu informieren, oder wenn sicher gestellt werden soll, dass die Mehrheit der Bevölkerung tatsächlich erreicht wird.

Ein Sprachniveau zwischen A2 und B1 ist für 95 % der Bevölkerung gut lesbar. Texte, die schwieriger sind als B1, verstehen 65 % der Bevölkerung hingegen nicht mehr. C1 wird nur noch von 5 % der Bevölkerung verstanden. Aber: 68 % des Materials in Firmen oder Behörden ist in C1 verfasst. Will man also, dass möglichst viele Menschen die Information verstehen, die man verbreiten möchte, macht es Sinn, diese auf niedrigeren Sprachniveaus abzufassen. Dies gilt natürlich auch für Gesetzestexte. Wenn wir wollen, dass die Menschen diese verstehen, dann wird es notwendig sein, diese Texte grundsätzlich so leicht verständlich zu formulieren wie nur möglich. Zusätzlich sollten jene Gesetzestexte, von denen wir wissen, dass sie spezielle Zielgruppen betreffen, die Schwierigkeiten mit dem sinnerfassenden Lesen haben, in eine Leichter Lesen-Version übersetzt werden. Das betrifft zum Beispiel das Salzburger Behindertengesetz oder das Salzburger Kinder- und Jugendhilfegesetz.

Foto: Flausen/
Die Grünen Salzburg

Dr.in Kimbie Humer-Vogl wurde 1971 in der Republik Südafrika geboren; seit 1977 wohnhaft in Österreich; 1989 Matura am Halleiner Bundesgymnasium; 1989 bis 1994 Studium der Psychologie in Salzburg; 1999 Promotion; Zusatzausbildungen in den Bereichen Klinische Psychologie, Gesundheitspsychologie, Gerontopsychologie. Sie ist verheiratet und hat vier Kinder. Seit 1995 ist Kimbie Humer-Vogl als selbstständige Psychologin tätig, seit 1995 Mitarbeiterin der psychologischen Beratungsstelle der Universität Salzburg. Bis 2013 war sie überdies Lehrbeauftragte an der Universität Salzburg. Seit 2013 ist sie Abgeordnete zum Salzburger Landtag.

Reinhard Klaushofer

Das Recht wird in deutscher Sprache ausgedrückt (Art 8 B-VG).[1] Es ist in seiner Struktur komplex und oft von Fachausdrücken durchdrungen. Wenn in Österreich knapp eine Million Menschen funktionale Analphabeten sind,[2] dann bestehen für mehr als 10 % der Einwohner bereits auf der Wahrnehmungsebene massive Verständnishürden. Zählt man darüber hinaus fremdsprachige Menschen hinzu, die die deutsche Sprache nicht ausreichend beherrschen, kann man eine weitere Gruppe mit substantiellen Verständnisproblemen ausmachen.

Neben der Sprachfertigkeit spielen soziale Aspekte eine Rolle. Rund 1,5 Millionen Menschen sind in Österreich armutsgefährdet.[3] Das bedeutet, es handelt sich um eine Bevölkerungsgruppe, die allein durch das Prozesskostenrisiko, sei es auch noch so gering, oder lediglich durch Gebühren vor der Beschreitung des Rechtswegs zurückschreckt. Sie können es sich schlicht nicht leisten. Die Suche nach Rechtsschutz ist in dieser Lebenswelt mitunter existenzbedrohend.

Obschon es zwischen armutsgefährdeten Personen und Menschen mit Leseschwierigkeiten einen gewissen Überschneidungsbereich gibt, bilden diese beiden Gruppen eine beträchtliche Menge, die den Zugang zum Recht kaum finden. Erschwerend kommt hinzu, dass sie zumeist am Rande der Gesellschaft stehen und deshalb verstärkt Diskriminierungen und Benachteiligungen ausgesetzt sind.

Das trifft auch auf eine weitere Gruppe zu, nämlich jene der behinderten Menschen.

Den herausgegriffenen Gesichtspunkten kann man entgegenwirken mit einem funktionierenden Bildungssystem, einer Zuwanderungs- und Asylpolitik, die besonders auf Vermittlung von Sprachkenntnissen

1 Dieser Artikel verbürgt bestimmten Minderheiten eigene Garantien.
2 »Die Presse«, Print-Ausgabe, 8.3.2015.
3 <https://derstandard.at/2000056858893/1-5-Millionen-in-Oesterreich-von-Armut-betroffen> (16.11.2018).

setzt, sowie insgesamt einer Politik des sozialen Ausgleichs und der Inklusion.

Foto: Universität Salzburg

Prof. Reinhard Klaushofer ist in Großarl geboren. Er hat seine Schul- und Studienzeit in Land und Stadt Salzburg erlebt. Beruflich war er in unterschiedlichsten Bereichen tätig. Er betrachtet es als vornehme Aufgabe der Wissenschaft einen Beitrag zur gesellschaftlichen Weiterentwicklung zu leisten. Aktuell ist er Professor für Verfassungs- und Verwaltungsrecht an der Universität Salzburg, Leiter des Österreichischen Institutes für Menschenrechte (ÖIM), Leiter der Kommission 2 der Volksanwaltschaft, Mitglied im Runden Tisch Menschenrechte der Stadt Salzburg und Mitglied im Salzburger Kinder- und Jugendhilfebeirat.

Christoph Pinter

Im Asylverfahren ist »Sprache« über alle Instanzen hinweg zentral für das Verfahren und damit maßgeblich für den Zugang von Asylsuchenden zum Recht. Sprache in schriftlicher wie auch mündlicher Form eröffnet Zugang zu Information, ermöglicht Verständigung zwischen den Verfahrensbeteiligten und dient den entscheidungsermächtigten BehördenvertreterInnen als Basis für die Entscheidungsfindung. Die mündliche Einvernahme der Asylsuchenden steht dabei im Zentrum des Verfahrens: Mangels Verfügbarkeit von Schriftdokumenten, die als »Beweise« für das Vorbringen der AntragstellerInnen dienen können, ist das mündliche Vorbringen der Asylsuchenden im Rahmen der Einvernahmen für Behörden meist das wesentlichste Mittel zur Informationsgewinnung, zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit der AntragstellerInnen und letztlich die Basis für die Entscheidungsfindung.

AntragstellerInnen ist die hohe Wertigkeit ihres mündlichen Vorbringens nicht notwendigerweise bewusst. Ihr Wissen über das Verfahren allgemein, den institutionellen Kontext und damit verbundene Abläufe und Anforderungen ist uU gering bzw manchmal auch von extern vermittelten Fehlinformationen geprägt. Ein sachlich fundierter, zugleich jedoch subjektiv adäquater Zugang zu Informationen kann sich sowohl aufgrund der Art der Informationsbereitstellung (Schriftform, Behördensprache mit hohem Grad an Komplexität) als auch der Natur der bereitgestellten Informationen (vielschichtige Rechtsmaterie innerhalb eines unvertrauten Rechtssystems) schwierig gestalten. Der Situationskontext selbst kann sich ebenfalls als verständniserschwerend erweisen: In einem als fremd oder sogar bedrohlich empfundenen behördlichen Umfeld werden sprachlich wie auch sachlich komplexe Informationen geliefert, die an hohe Erwartungen seitens der Behörde (Vollständigkeit, Stringenz, Glaubhaftigkeit), gleichzeitig aber auch an eine hohe Erwartungshaltung seitens der AntragstellerInnen (positiver Verfahrensausgang) gekoppelt sind.

Als Verständigungshürde kommt hinzu, dass AntragstellerInnen Deutsch als Verfahrenssprache in der Regel nicht beherrschen und di-

rekte Kommunikation ausgeschlossen bleibt. Daher kommt DolmetscherInnen im Verfahren eine Schlüsselrolle zu: Sie können Zugang zu Informationen verschaffen, aber auch verhindern. Formal werden DolmetscherInnen als unparteiliche, unbeteiligte SprachmittlerInnen betrachtet. Praxisbeobachtungen zeigen allerdings, dass ihre tatsächliche Rolle keineswegs stets den formalen Anforderungen entspricht und zuweilen widersprüchlich ausgestaltet ist. Infolge der dolmetschgestützten Gesprächskonstellation können spezifische Verständigungshürden auftreten: unvollständige bzw fehlerhafte Wiedergabe des Gesagten; Missverständnisse aufgrund unzureichenden Terminologie- oder Fachwissens oder mangelnder Sprachkompetenz; parteiisches Verhalten der DolmetscherInnen (oder anderer Gesprächsparteien); Misstrauen gegenüber den DolmetscherInnen, dadurch bedingte atmosphärische Missstimmung und/oder unzureichender Informationsfluss. Derartige Probleme entstehen ua dadurch, dass nicht für alle Sprachkombinationen ausgebildete DolmetscherInnen (Gerichts- oder universitär ausgebildete DolmetscherInnen) verfügbar sind und es nur wenige Möglichkeiten für eine asylspezifische Qualifizierung gibt.

Die Regelung derartiger Zugangshürden muss nicht auf gesetzlicher Ebene erfolgen. Vielmehr scheinen konzertierte Qualitätssicherungsmaßnahmen im Rahmen des Verwaltungshandelns zielführend, wie etwa:

- Forcierung einer asylspezifischen Ausbildung der im Verfahren eingesetzten DolmetscherInnen und Verpflichtung dieser zum Ausbildungsnachweis; besonders Ausweitung des von UNHCR initiierten und vom BM.I geförderten asylspezifischen Lehrgangs QUADA (Qualitätsvolles Dolmetschen im Asylverfahren) mit Zertifikatsprüfung (Details siehe <http://www.refworld.org/docid/59c8b5b14.html>). Im Ausbildungszusammenhang des Weiteren sinnvoll:
  - Integration der vom Europäischen Unterstützungsbüro für Asylfragen (EASO) unter Einbindung von ExpertInnen entwickelten Online-Kurse zum Dolmetschen;
  - Priorisierung von DolmetscherInnen mit Ausbildungsnachweis bei der Bestellung;
- Formalisierung des Bestellprozederes (zentraler asylspezifischer Dolmetschpool; Rotationsprinzip bei Bestellung);
- Einführung bzw Vereinheitlichung einer Eingangsqualifikationsüberprüfung für DolmetscherInnen; Ausarbeitung geeigneter Modalitäten in Kooperation mit ExpertInnen;

- Schaffung eines einheitlichen Systems zur Qualitätssicherung (Feedback-System; Aufzeichnung; Monitoring; Rotationsprinzip);
- Schulung der SachbearbeiterInnen des BFA im Umgang mit DolmetscherInnen.

Foto: UNHCR/W. Voglhuber

Dr. Christoph Pinter, geboren am 7.4.1972; 1995 Abschluss des Jusstudiums an der Karl-Franzens-Universität Graz; 1998 Promotion zum Doktor der Rechtswissenschaften. Seit 1998 ist Christoph Pinter Mitarbeiter von UNHCR Österreich, später als Leiter der Rechtsabteilung. Seit August 2011 ist er Leiter von UNHCR Österreich. Außerdem ist er seit 2004 Lehrbeauftragter an der Karl-Franzens-Universität Graz für die Lehrveranstaltung »Flüchtlings- und Asylrecht – die ›Grazer Refugee Law Clinic‹«.

Paul Sieberer

Der leichte Zugang zum Recht im Sinn einer guten Verständlichkeit für breite Bevölkerungskreise wird erfahrungsgemäß sehr häufig dadurch beeinträchtigt, dass die endgültige Festlegung eines Gesetzes- oder Verordnungstextes Ergebnis eines Kompromisses verschiedenster Interessen ist, die – um dem Gesetz bzw der Verordnung breite Akzeptanz zu verleihen – alle textlich ihren Niederschlag finden sollen. Dabei geht es um Kompromisse zwischen Regierungsparteien, zwischen beruflichen Interessensgruppen und anderen Einrichtungen und Personen, die ihre Vorstellungen äußern und denen man irgendwie Rechnung tragen will. Dieser dem Grunde nach sehr demokratische Prozess einer breiten Einbindung von Stakeholdern und Bevölkerung und des Bemühens nach Berücksichtigung von deren Vorstellungen geht oft zu Lasten der Verständlichkeit und Klarheit von Normen, denn – wie heißt es so schön – viele Köche verderben den Brei. Da muss dann eine Ausnahme her, und von der Ausnahme eine Gegenausnahme, vielleicht mit einer weiteren relativierenden Kautele, damit die zweite und dritte betroffene Interessensvertretung auch zufrieden ist und sich ihre Mitglieder – sprich Wählerinnen und Wähler – nur ja nicht von den für das jeweilige Legislativprojekt politisch Verantwortlichen übergangen fühlen.

Nun könnte man meinen, dass dies recht einfach in den Griff zu bekommen wäre, etwa durch einen besonderen sprachwissenschaftlichen Dienst, den es etwa im Rahmen der Bundesgesetzgebung der BRD gibt, und der dafür sorgen könnte, bessere Normenstrukturen und eine leichter verständliche Sprache zu implementieren, ohne dass inhaltliche Einzelaspekte unter den Tisch fallen. Dies scheitert aber am ganz massiven zeitlichen Druck, unter dem die Legistik aktuell in aller Regel steht. Da wird bis zur letzten Sekunde vor einem Zuweisungstermin für eine Parlamentssitzung um Details gefeilscht, oft auch noch intensiv am Übergangsrecht umhergedoktert, sodass einfach keine Zeit mehr bleibt, das Vorhaben als Ganzes mit den zuletzt vorgenommenen Änderungen einer eingehenden sprachlichen Gesamtprüfung zu unterziehen. Freilich ließen sich solche Vorhaben auch auf eine kommende

Landtagssitzung verschieben, nur wollen einfach Politiker die mit dem Gesetz aus ihrer Sicht verbundenen Benefizien möglichst schnell wirksam werden lassen, um gleich – insbesondere in Vorwahlzeiten – den vermeintlichen politischen Erfolg einzufahren. Da ist es einfach viel wichtiger, dass irgendetwas Herzeigbares und als mediale Positivmeldung Vermarktbares im Landesgesetzblatt das Licht der Welt erblickt, als dass der Normtext völlig klar, widerspruchsfrei und bestens verständlich ist. *Speed kills* sozusagen ... .

Eine weitere Hürde ergibt sich aus dem EU-Recht, denn bei der Richtlinienumsetzung wird oft aus »Sicherheitsgründen«, sprich um Vertragsverletzungsverfahren zu vermeiden, die Richtlinienterminologie übernommen, ohne dass sich diese sprachlich in die nationale Rechtsordnung harmonisch einfügt. Verstärkt wird diese Problematik dadurch, dass ein striktes Verbot des sogenannten *Golden Plating,* also der Übererfüllung einer unionsrechtlichen Vorgabe, dem politischen Zeitgeist entspricht, sodass schon die Schaffung von Bestimmungen verpönt ist, die zwar nicht EU-rechtlich zwingend sind, aber die Einbettung der zwingenden Vorschriften ins nationale Recht und dessen Verständlichkeit erleichtern würden.

Natürlich sollte man aber nicht allzu sehr schwarzmalen. Wenn jeder, der an einem Legislativprojekt beteiligt ist, sich wirklich redlich um eine besser verständliche Normensprache bemüht, ist schon viel gewonnen. Jedenfalls sollten etwa Verweisungsketten unterbleiben und Übergangsvorschriften knapp gehalten werden bzw auf sie auch schon im eigentlichen Text Bezug genommen werden. Endlos lange Absätze sollten ebenso unterbleiben wie Schachtelsätze mit diversen aneinandergereihten Gliedsätzen. Der zeitliche und von unterschiedlichsten Seiten ausgeübte inhaltliche Druck, unter dem die Politik und damit die Legistik heute steht, wird es dem Bestreben nach Einfachheit und Klarheit der Normensprache aber immer schwermachen; dies nicht zu erkennen, wäre schlicht eine Illusion.

Foto: Privat

Dr. Paul Sieberer wurde am 30.3.1973 in Salzburg geboren. Nach der Matura am Bundesgymnasium Vöcklabruck absolvierte er das Diplom- und Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Salzburg (1991–1996). Von 1998 bis 2001 war er als Vertragsassistent am Institut für Staatsrecht der Universität Linz tätig. Am 1.3.2001 erfolgte sein Eintritt in den Salzburger Landesdienst, seit 1.9.2001 ist Paul Sieberer dem Legislativ- und Verfassungsdienst zugeteilt, seit 1.10.2014 dessen Leiter sowie seit 1.10.2017 Leiter der übergeordneten Fachgruppe Verfassungsdienst und Wahlen.

Hinweise des Verlags

Dieses Dokument ist die vollständige, unveränderte Fassung des von Helmut Koziol herausgegebenen Werkes »Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Perspektive«. Es ist kein e-book im technischen Sinn, sondern ein PDF. Denn auch wenn die für die Erstellung von e-books derzeit verfügbare Software für die Gestaltung von Romanen und damit idR glatten Satz völlig ausreicht, genügt sie nicht den Ansprüchen für die elektronische Veröffentlichung langer wissenschaftlicher Texte mit zahlreichen Überschriftsebenen (in diesem Buch bis zu dreizehn) und umfassendem Fußnotenapparat – zumindest nicht, wenn diese Tätigkeit auch nur annähernd adäquat entlohnt werden soll.

Wir haben uns daher entschieden, unser Drucklayout auch für die elektronische Ausgabe zu verwenden. Auch wenn es auf einem Smartphone mit einem 4.3-inch Display lesbar ist, komfortabel und ohne Ermüdungserscheinungen hat es sich für uns erst ab einer Display-Größe von 9.7-inch erwiesen.

Das PDF ist zoombar und enthält einige Elemente zur Navigation – die Kapitelüberschriften im Inhaltsverzeichnis führen zum jeweiligen Kapitel und ein Klick auf das Alinea-Zeichen in der Fußzeile jeder Seite führt an den Beginn des Inhaltsverzeichnisses.

Abhängig vom Lesegerät und der verwendeten Software können leichte Unterschiede in Aussehen und dem Gebrauch der Navigationselemente auftreten.

PCs mit Adobe Acrobat X/Reader X:
Alle Navigationselemente sind schwarz. Wird der Mauszeiger über ein solches Element bewegt, wird er zu einer kleinen Hand und ein Linksklick mit der Maus aktiviert das Navigationselement.

iPad mit Adobe Acrobat X/Reader X:
Alle Navigationselemente sind blau. Ein Linksklick mit der Maus aktiviert dieses Element.

iBook Reader on an iPad:
Alle Navigationselemente sind schwarz. Ein kurzer Klick auf ein Element in der Fußzeile blättert zurück bzw vor. Ein längeres Drücken führt zum Inhaltsverzeichnis. Elemente im Inhaltsverzeichnis werden mit einem kurzen Klick aktiviert.

Andere Lesegeräte können andere Abweichungen zeigen.

Sie können dieses Dokument im Rahmen der open-source Lizenz nutzen. (Details finden Sie hier).

Technisch können Sie mit diesem PDF Folgendes tun:

- Speichern und Weiterleitung an Dritte ohne ein Passwort zu verwenden;
- Das PDF drucken, wobei Sie bei Aufforderung das Passwort »none« eingeben müssen (die Anführungszeichen sind nicht Teil des Passworts). Dies scheint ein integraler Bestandteil der Software zu sein, denn wir haben zu unserem Bedauern bislang keinen Weg gefunden, dies zu umgehen;
- Kommentare einfügen und abspeichern; sowie
- Inhalte für die Weiterverwendung kopieren (die korrekte Quellenangabe ist erforderlich).

Technisch ist es mit diesem PDF nicht möglich Änderungen am Text vorzunehmen oder Textteile im PDF zu löschen.

Gerne können Sie uns unter kontakt@jan-sramek-verlag.at Feedback auch zu unserem zweiten Schritt in die Welt des elektronischen Publizierens geben. Wir können nicht versprechen, dass wir alle Nachrichten beantworten oder jede Anregung aufgreifen, aber wir lesen jede Nachricht und beziehen sie gerne in unsere weiteren Überlegungen ein.

Um zur Titelei zurückzukehren, klicken Sie bitte hier.