

Wien, am 12. April 2019

### **Stellungnahme zum Entwurf betreffend das BBU-Errichtungsgesetz**

Das Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte (BIM) nimmt hiermit zum Gesetzesentwurf betreffend das BBU-Errichtungsgesetz Stellung und ersucht die folgenden Ausführungen in die weiteren Beratungen einfließen zu lassen.

Nach dem vorliegenden Vorschlag sollen RechtsberaterInnen zwar unabhängig und weisungsfrei gestellt sein, doch erweist sich bei näherer Betrachtung, dass diese Vorgaben von den vordergründigen Zielen des Entwurfs, die durch die organisatorische Ausgestaltung forciert werden, verdrängt werden.

Der Entwurf beabsichtigt in erster Linie, dass durch die Errichtung einer Agentur im Eigentum des Bundes „die faire, realistische und objektive Rechtsberatung als Beitrag zur öffentlichen Aufgabe der effektiven und raschen rechtsstaatlichen Verfahrensführung wiederhergestellt wird“. Im Mittelpunkt stünde dabei die „neutrale Darlegung und Aufklärung über die Erfolgsaussichten im potentiellen Beschwerdeverfahren“ durch eine „unparteiische“ Rechtsberatung, wodurch „Beschwerdeverfahren mit einer sehr geringen Erfolgsaussicht hintangehalten werden“ könnten.<sup>1</sup>

Diesen Zielen entsprechend erhält der Bundesminister für Inneres (BMI), der die Gesellschafterrechte für den Bund als 100%-iger Gesellschafter der Agentur ausüben soll, beträchtlichen Einfluss auf die Arbeit der Agentur: Der BMI schließt nicht nur den Rahmenvertrag mit der Bundesagentur über ua die Auswahl der RechtsberaterInnen ab,<sup>2</sup> gibt die Erklärung über die Errichtung der Bundesagentur (die den Gesellschaftsvertrag ersetzt) ab,<sup>3</sup> legt verbindliche allgemeine Grundsätze der Geschäftspolitik und der Unternehmensführung fest,<sup>4</sup> erlässt als Vertreter des Bundes der Geschäftsführung und dem Aufsichtsrat jeweils eine Geschäftsordnung<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Ministerialentwurf 127/ME, Vorblatt, 5.

<sup>2</sup> § 8 BBU-G idF des Entwurfs.

<sup>3</sup> § 11 BBU-G idF des Entwurfs.

<sup>4</sup> § 12 BBU-G idF des Entwurfs. Soweit Belange der Rechtsberatung vor dem BVwG betroffen sind, ist Einvernehmen mit dem Justizminister herzustellen.

<sup>5</sup> § 10 Abs 3 BBU-G idF des Entwurfs. So gehen die Erläuternden Bemerkungen zu § 10 Abs 3 idF des Entwurfs davon aus, dass durch eine Geschäftsordnung „etwa Informations- oder Berichtspflichten der Geschäftsführung

und bestellt GeschäftsführerInnen.<sup>6</sup> Er hat (als Vertreter des Bundes) auch ein gesellschaftsrechtliches intern wirkendes Weisungsrecht nach § 20 GmbHG, das alle Geschäftsleitungsmaßnahmen betrifft. Darüber hinaus steht ihm zur Unterstützung seiner Leitungs- und Prüfungsrechte gemäß ständiger Rechtsprechung „ein nicht näher zu begründender umfassender (alle Geschäftsangelegenheiten umfassender) Informationsanspruch gegen die Gesellschaft zu“, der über das im Gesetz geregelte Bucheinsichtsrecht (§ 22 GmbHG) hinausgeht.<sup>7</sup>

Wie untenstehend dargelegt, ist diese Konstellation mit dem Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsbehelf nach Art 47 GRC<sup>8</sup> unvereinbar und steht zudem in Widerspruch zu den Bestimmungen der Verfahrensrichtlinie<sup>9</sup>.

### Grundsatz der Unabhängigkeit

Nach der Judikatur des EuGH<sup>10</sup> umfasst das Recht auf ein faires Verfahren nach Art 47 GRC auch das Recht, von RechtsanwältInnen beraten, vertreten und verteidigt zu werden, die unabhängig von öffentlichen Stellen agieren und nicht zur Zusammenarbeit mit denselben oder zur Informationsherausgabe verpflichtet werden können.<sup>11</sup> Der EGMR hat in diesem Sinne betont, dass zu weitreichende staatliche Einflussnahmen auf die Arbeit von RechtsanwältInnen „der wesentlichen Rolle des unabhängigen Rechtsberufs in einer demokratischen Gesellschaft, die auf Vertrauen zwischen Anwälten und ihren Mandanten beruht, schaden würden.“<sup>12</sup>

Als innerstaatlicher Maßstab für die Umsetzung des Prinzips der Unabhängigkeit ist das Konzept der Befangenheit von RechtsanwältInnen heranzuziehen. Diese sind gemäß § 10 Abs 1 RAO<sup>13</sup> verpflichtet, jeden Anschein einer Befangenheit und jeden Zweifel an der ausschließlichen Wahrung der Interessen des Mandanten zu verhindern.<sup>14</sup> Dem Begriff der Befangenheit, der in unmittelbarem Zusammenhang

---

gegenüber dem Gesellschafter sichergestellt, (weitere) Zustimmungsvorbehalte zu Gunsten des Gesellschafters oder des Aufsichtsrates festgelegt“ werden können.

<sup>6</sup> § 9 Abs 3 BBU-G idF des Entwurfs.

<sup>7</sup> Siehe zB OGH 6Ob96/13f (28.08.2013), 2.1; auch OGH 6Ob11/08y (21.02.2008).

<sup>8</sup> Charta der Grundrechte der Europäischen Union, OJ C 326, 26.10.2012, 391-407.

<sup>9</sup> Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes.

<sup>10</sup> Die sich hierbei auf die Interpretation des EGMR zu Art 6 EMRK stützt: EGMR (21.02.1975) *Golder/Vereinigtes Königreich*, Serie A, Nr. 18, §§ 26 bis 40; EGMR (28.06.1984) *Campbell und Fell/Vereinigtes Königreich*, Serie A, Nr. 80, §§ 97 bis 99, 105 bis 107 und 111 bis 113; EGMR (30.10.1991) *Borgers/Belgien*, Serie A, Nr. 214-B, § 24.

<sup>11</sup> EuGH C-305/05 (26.06.2007), §§ 31 und 32; *Stern J.* (2012) Rechtsberatung für Asylsuchende: Völkerrecht, Unionsrecht und Grundrechtecharta, Verfassungsrecht, Nomos, Facultas, 160. Der EuGH führt dann hinsichtlich der notwendigen Trennung zwischen der Arbeit von RechtsanwältInnen und öffentlichen Stellen aus: „Wäre ein Rechtsanwalt im Rahmen eines Gerichtsverfahrens oder im Rahmen von dessen Vorbereitung verpflichtet, mit den öffentlichen Stellen zusammenzuarbeiten und ihnen Informationen zu übermitteln, die er anlässlich einer Rechtsberatung erlangt hat, die im Rahmen eines solchen Verfahrens stattfand, könnte er seinen Aufgaben bei der Beratung, der Verteidigung und der Vertretung seines Mandanten nicht in angemessener Weise gerecht werden, so dass dem Mandanten die ihm durch Art. 6 EMRK gewährten Rechte genommen wären.“

<sup>12</sup> EGMR (22.03.2007) *Staroszczyk gegen Polen*, Nr 59519/00, § 133.

<sup>13</sup> Bzw § 45 Abs 4 RAO für die Vertretung in Verfahrenshilfesachen.

<sup>14</sup> VfGH G1/04 (01.10.2004); auch VfGH 200s9/16y (20.12.2016).

mit der Verschwiegenheitspflicht steht, liegt insbesondere zugrunde, dass der „Rechtsanwalt an der Wahrnehmung seiner Pflichten gegenüber dem Vertretenen – insbesondere der Pflicht, die Rechte der Partei mit Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit zu vertreten ... – nicht durch psychologische Motive gehemmt ist“ und das „Vertrauen der rechtsuchenden Bevölkerung“ nicht erschüttert wird.<sup>15</sup>

Eine Zusammenschau der Bestimmungen der Verfahrensrichtlinie<sup>16</sup> mit Art 47 GRC ergibt, dass die Tätigkeit von RechtsberaterInnen im Asylverfahren am hohen Standard zu messen ist, der für die Beratung und Vertretung durch unabhängige RechtsanwältInnen gilt.<sup>17</sup> Dies gilt umso mehr, als es sich bei Asylsuchenden typischerweise um Personen handelt, die für die Sicherstellung eines fairen Verfahrens aufgrund ihrer besonderen Situation in außerordentlichem Maße auf die Beratung und Vertretung einer ausreichend kompetenten und unabhängigen Person angewiesen sind.

Die hier vorgeschlagene Konstellation, in der RechtsberaterInnen in einer Gesellschaft eingegliedert sind, die organisatorisch und personell sowie hinsichtlich allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik und Unternehmensführung entscheidend dem Einfluss des BMI unterworfen ist,<sup>18</sup> erfüllt trotz Weisungsfreiheit gemäß § 13 Abs 1 BBU-G-Entwurf nicht die notwendigen Kriterien der Unabhängigkeit und erweist sich daher als ungeeignet, eine ausreichende Trennung zwischen Rechtsberatung und öffentlichen Stellen herzustellen, den Anschein der Befangenheit<sup>19</sup> zu verhindern und sicherzustellen, dass psychologische Motive das Beratungs- und Vertretungsverhältnis nicht beeinträchtigen.

Erschwerend kommt hinzu, dass dieselbe Agentur auch mit der Aufgabe der Rückkehrberatung/-hilfe betraut werden würde.<sup>20</sup> Die im Entwurf vorgesehene Trennung – dh Personen dürfen nicht von denselben BeraterInnen Rechts- und Rückkehrberatung/-hilfe erhalten –<sup>21</sup> erscheint im Hinblick auf das für die Rechtsberatung erforderliche Vertrauensverhältnis unzureichend. Nicht ausgeschlossen wird dadurch nämlich die Möglichkeit, dass eine Person bei unterschiedlichen KlientInnen Rechts- und Rückkehrberatung durchführt. Eine deutlichere Abgrenzung wäre daher angezeigt, die am besten durch eine institutionelle Trennung zu bewerkstelligen wäre.

---

<sup>15</sup> VfGH G1/04 (01.10.2004).

<sup>16</sup> Die Verfahrensrichtlinie sieht in Art 21 Abs 2 lit b vor, dass die unentgeltliche Beratung und Vertretung „durch Rechtsanwälte oder sonstige Rechtsberater, die nach nationalem Recht eigens zur Unterstützung und Vertretung von Antragsteller bestimmt wurden“ erfolgen kann. Dabei hat bereits die Richtlinie, wie bereits ihre Vorgängerin, RechtsanwältInnen implizit als Maßstab für die kostenlose Rechtsberatung und -vertretung konzipiert.

<sup>17</sup> *Stern* (2012) 189, 166, 295f; in diesem Zusammenhang ist auf das Prinzip der Vertraulichkeit des Beratungsverhältnisses hinzuweisen, das sich aus Art 8 EMRK ergibt.

<sup>18</sup> Siehe auch §§ 12, 10 Abs 3 und 9 Abs 2 BBU-G idF des Entwurfs.

<sup>19</sup> Dies wird zusätzlich dadurch verstärkt, dass die Bundesagentur berechtigt ist, ihrer Firma das Bundeswappen beizusetzen (§ 1 Abs 6 idF des Entwurfs).

<sup>20</sup> §2 Abs 1 Z3 BBU-G idF des Entwurfs.

<sup>21</sup> § 15 Abs 5 BBU-G idF des Entwurfs.

## Grundsatz der Waffengleichheit

Der Grundsatz der Waffengleichheit (als wesentliches Element des fairen Verfahrens<sup>22</sup>) erfordert, dass jede Partei angemessene Gelegenheit haben muss, ihren Fall unter Bedingungen vorzutragen, die „keinen wesentlichen Nachteil gegenüber ihrem Gegner darstellen“.<sup>23</sup> Eine Verletzung stellte der EGMR zB fest, wenn die Gegenpartei erhebliche Vorteile beim Zugang zu relevanten Informationen und eine dominierende Stellung im Verfahren hatte sowie einen erheblichen Einfluss auf die Beurteilung des Gerichts ausübte.<sup>24</sup> Relevant ist hier ebenfalls bereits der äußere Anschein. Eine Verletzung liegt selbst dann vor, wenn sie sich nicht auf die Entscheidung auswirken konnte.<sup>25</sup> Es kommt also nicht darauf an, „ob die Gegenpartei einen Vorteil tatsächlich ausgenutzt hat, sondern ob ein solcher abstrakt besteht und ob dieser von der Partei ausgenutzt werden könnte“.<sup>26</sup>

Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVwG) hat das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (BFA) durch die Entscheidung in erster Instanz maßgeblichen Einfluss auf den Gang des Verfahrens vor dem BVwG, der durch das Prinzip der Waffengleichheit kompensiert werden muss. Das Gegenteil wäre jedoch durch das vorgeschlagene BBU-G der Fall. Durch die weitreichenden Möglichkeiten der Einflussnahme des BMI, einschließlich des Weisungsrechts und Informationsanspruchs, würde das Ungleichgewicht deutlich verstärkt. Der BMI wäre zB befugt, Informationen über Prozessstrategie oder Inhalte einzelner Rechtsberatungsgespräche zu verlangen und diese dem BFA weiterzugeben. Dieses Ungleichgewicht würde zudem durch einen nicht geringfügigen Interessenskonflikt, wie auch oben dargelegt, intensiviert. Die RechtsberaterInnen würden als ArbeitnehmerInnen dem BMI unterstehen, dem der „Prozessgegner“ BFA als

---

<sup>22</sup> Grundsätze des Art 6 EMRK (zB Prinzip der Waffengleichheit) sind Teil der Prinzipien des Art 47 GRC (Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf). Dabei ist die Rechtsprechung des EGMR als Minimalstandard bei der Auslegung von Art 47 GRC heranzuziehen (Art 52 Abs 3 GRC). Zum Grundsatz der Waffengleichheit als zentralen Bestandteil des Fairnessgebots des Art 6 Abs 1 EMRK siehe *Grabenwarter/Pabel* (2016) Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Auflage, 507ff.

<sup>23</sup> *Grabenwarter/Pabel* (2016), 507, Rz 67. Siehe dazu insb EGMR (19.09.2017) *Regner gegen Tschechien* [Große Kammer], Nr. 35289/11, § 146; EGMR (27.10.1993) *Dombo Beheer B.V. gegen die Niederlande*, Nr. 14448/88, § 33. Zum Prinzip der Waffengleichheit im Rahmen von Art 47 GRC siehe *Meyer* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage, 667f, Rz 34.

<sup>24</sup> EGMR (24.04.2003) *Yvon gegen Frankreich*, Nr. 44962/98, § 37. Im Fall *De Haes und Gijssels gegen Belgien* stellt der EGMR ua eine Verletzung fest, da die gegnerische Partei Positionen oder Funktionen einnahm, die sie begünstigten (EGMR (24.02.1997) *De Haes und Gijssels gegen Belgien*, Nr. 19983/92, §§ 54 und 58).

<sup>25</sup> EGMR (05.10.2000), *APEH Üldözötteinek Szövetsége und Andere gegen Ungarn*, Nr 32367/96, §§ 39ff. Der EGMR stellte fest: „The Court recalls that under the principle of equality of arms, [...] each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a disadvantage vis-à-vis his opponent [...]. In this context, importance is attached to appearances [...]“ (§ 39). Weiters: „As regards the failure to notify the applicants of the submissions by the Attorney-General's Office at second instance, the Court notes the Government's assertion that these submissions had no bearing on the merits of the case. However, it is to be recalled that the principle of equality of arms does not depend on further, quantifiable unfairness flowing from a procedural inequality. [...]“ (§ 42).

<sup>26</sup> *Stern* (2012) 71 mit Verweis auf *Grabenwarter* (1997) Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 596.

Behörde unmittelbar nachgeordnet ist. Motive, die das Dienstverhältnis von RechtsberaterInnen betreffen, könnten die Beratungs- und Vertretungstätigkeiten unangemessen beeinflussen, zumal im Entwurf auch keine Garantien zum Schutz von RechtsberaterInnen vor dienstrechtlichen Konsequenzen enthalten sind.

Obgleich RechtsberaterInnen gemäß des vorgeschlagenen § 13 Abs 1 BBU-G bei der Wahrnehmung der Rechtsberatungstätigkeit unabhängig sein sollen und diese „weisungsfrei wahrzunehmen“ haben<sup>27</sup> sowie die Bereichsleitung für Rechtsberatung durch den Justizminister bestellt werden soll,<sup>28</sup> muss angesichts der intendierten Gesamtkonstellation davon ausgegangen werden, dass das Prinzip der Waffengleichheit nicht ausreichend sichergestellt wäre.

### Parteilichkeit

Aus Art 47 GRC ist zu schließen, dass die Beratung und Vertretung, die Asylsuchenden zukommen muss, parteiischer Natur ist. So hat der EGMR zB eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren konstatiert, da sich ein im Rahmen der Verfahrenshilfe bestellter Rechtsanwalt weigerte, aus Mangel an Erfolgsaussichten eine Klage einzubringen.<sup>29</sup> Besondere Anforderungen bestehen in diesem Kontext zudem an die Vertretung von unbegleiteten Minderjährigen, die nach Art 25 der Verfahrensrichtlinie ihre „Aufgaben im Interesse des Kindeswohls“ wahrnehmen müssen. „Organisationen oder Personen, deren Interessen mit den Interessen des unbegleiteten Minderjährigen in Konflikt stehen oder stehen könnten, kommen als Vertreter nicht in Frage.“

Mit diesem Recht auf parteiliche Beratung und Vertretung und dem Primat des Kindeswohls lässt sich bereits auf prinzipieller Ebene das explizierte Ziel, durch die Bundesagentur eine unparteiliche und neutrale Rechtsberatung einzurichten, um Verfahren zu beschleunigen und aussichtslose Beschwerden zu verhindern, nicht vereinbaren.

### Widerspruch mit Verfahrensrichtlinie

Die im BBU-G vorgeschlagenen Bestimmungen widersprechen auch Art 21 Abs 1 der Verfahrensrichtlinie. „Spezialisierte staatliche Stellen“ könnten demnach zwar eingesetzt werden, um im erstinstanzlichen Verfahren Rechts- und verfahrenstechnische Auskünfte gemäß Art 19 zu erteilen. Doch diese Möglichkeit besteht nicht für Rechtsberatung und -vertretung (nach Art 20) im Rechtsmittelverfahren.<sup>30</sup> In Bezug auf Rechtsberatung und -vertretung verweist die Richtlinie klar auf „Personen“ und nicht auf „spezialisierte staatliche Stellen“. Diese

---

<sup>27</sup> Wie bisher in § 48 Abs 2 BFA-VG festgelegt.

<sup>28</sup> § 9 Abs 1 BBU-G idF des Entwurfs.

<sup>29</sup> Siehe zB EGMR (22.03.2007) *Staroszczyk gegen Polen*, Nr 59519/00; siehe auch *Stern* (2012).

<sup>30</sup> In den Richtlinienvorschlägen bezog sich der Verweis in Art 21 Abs 1 der Richtlinie ursprünglich nicht nur auf Art 19, sondern auch auf 20. Der Verweis auf Art 20 wurde jedoch im Laufe des Gesetzgebungsprozesses entfernt.

Trennung gebietet auch eine grundrechtskonforme Auslegung von Art 21 Abs 1. Wie oben ausgeführt, bedarf Rechtsberatung und -vertretung gegenseitigen Vertrauens, das wiederum nur dann gegeben sein kann, wenn eine klare Trennung zu staatlichen Institutionen besteht. Dies legt nahe, dass Personen, die für „spezialisierte staatliche Stellen“ arbeiten, keine „nach nationalem Recht zugelassene oder zulässige Personen“ (gem Art 21 Abs 1 zweiter Satz) sein können.

### Umfang der Rechtsberatung

Der Gesetzesentwurf beabsichtigt, den Rechtsberatungsanspruch unter anderem im Verfahren vor dem BFA weiter zu beschränken.<sup>31</sup> So soll dieser im Zulassungsverfahren nur dann bestehen, wenn nach einer Mitteilung der beabsichtigten Zurück- oder Abweisung des Antrags eine Einvernahme zur Wahrung des Parteiengehörs innerhalb von max 72 Stunden erfolgt. Entsprechend käme es zu der problematischen Situation, in der es ausschließlich im Ermessen der Behörde läge zu entscheiden, inwieweit Einzelnen ein Anspruch auf Rechtsberatung zukommt. Dieser Eingriff in die Rechte von Asylsuchenden, der zumindest in einem Spannungsverhältnis mit Art 47 GRC und dem Recht auf eine gute Verwaltung nach Art 41 GRC steht, wird im Entwurf nicht sachlich gerechtfertigt.

### Fazit

Art 47 GRC verlangt, dass das Recht auf ein faires Verfahren nicht nur theoretisch, sondern praktisch und wirksam sichergestellt wird. Die intendierte Errichtung einer neutralen, unparteiischen Rechtsberatung im Eigentum des durch den BMI vertretenen Bundes als Beitrag zu einer raschen Verfahrensführung genügt dieser Anforderung nicht und steht zudem in Widerspruch zu den Vorgaben der Verfahrensrichtlinie.

Die legislativ angeordnete Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit kann hier nicht abhelfen, sondern erweist sich als bloß formelles Bekenntnis zu grundrechtlichen Garantien, das im Gesamtgefüge praktisch verdrängt wird. Und selbst unter der Annahme, die inhaltliche Tätigkeit von RechtsberaterInnen könnte ohne direkten Einfluss vonseiten des BMI erfolgen, ist die vorgeschlagene Konstellation geeignet, die Motive von RechtsberaterInnen indirekt zu beeinflussen und einen unzulässigen Anschein der Befangenheit und Waffenungleichheit zu bewirken.

Für das Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte,  
Margit Ammer und Adel-Naim Reyhani

---

<sup>31</sup> § 49 BFA-VG, § 29 Abs 4 AsylG idF des Entwurfs.