

nr 1/2019

# juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft



## Jubiläumsausgabe

Für Context herausgegeben von Philipp Hense-Lintschmig, Valerie Purth,  
Maria Sagmeister und Nikolaus Wieser

[www.verlagoesterreich.at](http://www.verlagoesterreich.at)

[www.juridikum.at](http://www.juridikum.at)

VERLAG

ÖSTERREICH

# 30 Jahre juridikum

Ein Grund zum Jubeln!<sup>1</sup>

## Die juridikum-Redaktion

---

1989 erschien die erste Ausgabe des *juridikums* – damals noch mit dem Beinamen „Zeitschrift im Rechtsstaat“. Heuer feiern wir sein 30-jähriges Bestehen. In diesen drei Jahrzehnten hat sich viel getan, sowohl im als auch rund ums Heft. In der ersten Zeit studentisch-selbstorganisiert, zusammenkopiert und im Eigenverlag erschienen, veränderten sich Aussehen und Stil über die Jahre. Doch der im juristischen Spektrum nicht selbstverständliche Anspruch, das Recht stets in seiner Verwobenheit mit gesellschaftlichen Prozessen kritisch zu beleuchten, ist geblieben. Seit 2000 beim *Verlag Österreich* und seit 2010 im neuen Format, verstehen wir uns als juristische Fachzeitschrift abseits des Mainstreams und haben uns zum 30er etwas Besonderes überlegt:

Um den Wandel des Erscheinungsbildes der Zeitschrift nachzuzeichnen, wird jedem Beitrag ein Faksimile eines alten Deckblatts oder Beitrags vorangestellt. Aus diesen ergibt sich auch die dieses Jubiläumsheft strukturierende Chronologie. Die Gegenüberstellung von alt und neu ist nicht rein ästhetischen Überlegungen entsprungen, vielmehr nehmen die neuen Beiträge jeweils den ihnen gegenübergestellten früheren Text zum inhaltlichen Ausgangspunkt oder knüpfen an ähnliche Fragen an, um Kontinuitäten und Brüche in der Entwicklung des Rechts sowie den es begleitenden Wissenschaften und Politiken zu reflektieren. Wir freuen uns ganz besonders, dass wir einige Autor\_innen der ersten Stunde für diese Jubiläumsausgabe gewinnen konnten, die einen früheren Text gewissermaßen „revisiten“. Thematisch zeigt die Jubiläumsausgabe jene Vielfalt an Themen und Autor\_innen, die für das *juridikum* typisch ist.

Den Einstieg macht ein Beitrag von *Isabell Doll*, *Ines Rössl* und *Maria Sagmeister* zu Recht und Geschlecht, eine *tour de force* durch einschneidende Veränderungen im Recht sowie feministische (Rechts-)Kritik(en) der letzten 30 Jahre. Als Wegweiser durch die Jahre und Themen dient dabei ein breiter Fundus an *juridikum*-Beiträgen. Dass wir mit einem Gender-Beitrag eröffnen, kommt nicht von ungefähr – ob *Justitia* ein Mann sei, das fragte sich die Redaktion schon in der allerersten Ausgabe des Gründungsjahres 1989: Eine bärtige *Justitia* zierte das damalige Cover.

---

1 Am 24.5.2019 findet im Dachgeschoss des *Juridicums* eine Festveranstaltung anlässlich des Jubiläums statt, zu der wir herzlich einladen! Details folgen auf [juridikum.at](http://juridikum.at).

Ein fast genauso ungewohnter Anblick ist die Justitia mit Kind, die *Iris Dullnig*, *Julia Ecker* und *Petra Limberger* ihrem Beitrag voranstellen. Diese Zeichnung ist keiner alten Ausgabe entnommen, sondern stammt von *Sonjuschka Golovanova*. In ihrem Beitrag nehmen sich die Autorinnen der Problematik der Vereinbarkeit von Anwaltschaft und Mutterschaft an. Sie stellen die Rechtslage kritisch dar und lassen Anwältinnen, die wie die Autorinnen selbst auch Mütter sind, zu Wort kommen.

Weiter geht es mit einem Plädoyer für einen vernunftgeleiteten Umgang mit Kriminalität: *Andreas Zembaty*, Pressesprecher des Vereins *NEUSTART* und Autor aus frühen *Juridikum*-Zeiten, bereichert das Jubiläumshft mit einer praxisorientierten Einschätzung populistischer Strafverschärfungsforderungen und nimmt dabei sowohl die Medien als auch jede\_n einzelne\_n Bürger\_in in die Verantwortung.

Von Beginn an war es dem *Juridikum* wichtig, die juristische Ausbildung kritisch zu thematisieren und dabei auch Studierende zu Wort kommen zu lassen. Das *Forum kritischer Jurist\*innen* reflektiert in seinem Beitrag den Studienalltag am Wiener Juridikum. Es kritisiert ökonomisch determinierte Studieninhalte sowie die aktuelle Hochschulpolitik und die Förderung einseitiger Karrierebilder.

Ein „Dauerbrenner“ ist im *Juridikum* die Auseinandersetzung mit sicherheitspolizeilichen Angelegenheiten. Gerade im Kontext von Polizeigewalt wird immer wieder eingefordert, Polizist\_innen zur besseren Zuordnung von Amtshandlungen dazu zu verpflichten, ihre Dienstnummer gut sichtbar an der Uniform zu tragen. Eine solche Kennzeichnungspflicht hat in Ö eine lange und wechselhafte Geschichte, die bis in die Zeit *Joseph II* zurückreicht und die *Angelika Adensamer* in ihrem Beitrag bespricht.

Auch die rechtliche Regulierung von Wohnraum beschäftigt Autor\_innen unserer Zeitschrift immer wieder. *Julia Ludwig* bietet in ihrem Beitrag eine (Kurz-)Darstellung der insb das Mietrechtsgesetz betreffenden Gesetzesvorhaben der letzten 30 Jahre und wagt einen kleinen Ausblick.

In ihrem Beitrag wirft *Antonia Wagner* Schlaglichter auf die Volkszählung und daran anknüpfende Entwicklungen der amtlichen Statistik. Bei ihrer Analyse der staatlichen „Lust an Listen“ stellt sie sich in Anlehnung an Artikel aus dem Jahr 1991 die Frage nach Funktion, möglichen Gefahren und Lücken im System der statistischen Erfassung von Bürger\_innendaten und appelliert dabei an die Notwendigkeit der sachlichen Begründung staatlicher Maßnahmen.

Anhand der Entwicklung des Rundfunks zeigt *Herbert Waloschek*, wie politische Verhältnisse die gesellschaftsrelevanten Technikentwicklungen beeinflussen und umgekehrt technologiebedingte Änderungen gesellschaftlicher Zusammenhänge sich auf das Recht auswirken.

*Elisabeth Holzleithner* und *Karin Lukas* nähern sich in ihrem Beitrag der Protagonistin der Serie *The Good Wife* an: *Alicia Florrick*, Anwältin. Sie verbinden in der Besprechung einer Episode, die um einen Vergewaltigungsfall kreist, Perspektiven der Legal Gender Studies mit dem aufstrebenden Fach „Recht und Populärkultur“, das schon von Anbeginn immer wieder im *Juridikum* seinen Platz fand.

*Nikolaus Benke* nimmt in seiner brandaktuellen Analyse der Entwicklungen und Fallstricke des Eingetragene-Partnerschaft-Gesetzes (EPG) Bezug auf einen eigenen Beitrag aus dem Jahr 1993, als die Frage nach der rechtlichen Institutionalisierung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften gerade erst das politische Parkett betreten hatte. Ob der Autor sich damals gedacht hätte, dass er im Jahr 2019 das EPG 2009 als „gewinnbringenden Rohrkrepiere“ bezeichnen würde?

Gleich zwei Beiträge im Jubiläumsheft spiegeln die Beschäftigung des *juridikum* mit umweltrechtlichen Fragestellungen wieder. Zunächst widmet sich *Marlies Meyer* der Beteiligung von Bürger\_innen und Umweltorganisationen an Umweltverträglichkeitsprüfungen. Ausgehend von ihrem eigenen Beitrag aus dem Jahr 1993 analysiert sie die Entwicklungen und stellt das UVP-Verfahren 1994 dem UVP-Verfahren aus 2019 gegenüber. Anschließend rückt *Judith Fitz* den Klimaschutz und Möglichkeiten seiner rechtlichen Durchsetzung in den Mittelpunkt ihres Beitrags. Sie beschäftigt sich mit dem Begriff der „Klimaklagen“, der Palette an juristischen Initiativen, die unter den Begriff fallen können, und deren Unzulänglichkeiten. Als Referenz dient ihr ein Umweltrecht-Schwerpunkt einer *juridikum*-Ausgabe aus dem Jahr 1994.

Ebenfalls im Jahr 1994 ist ein Beitrag von *Alexander Maly* erschienen, auf den der Autor nun abermals reflektiert. 1994 wurde die rechtliche Möglichkeit des Privatkonkurses geschaffen und die damit einhergehenden Erwartungen im *juridikum* diskutiert. Aus seiner eigenen Erfahrung als Schuldner\_innenberater schöpfend, bietet *Maly* einen informierten und kritischen Praxisbericht.

Im Rückblick auf die letzten 30 Jahre zeigt *Lukas Gableitner* in seinem Beitrag, dass Österreich ein historisch schwieriges Verhältnis mit dem Recht auf Meinungsfreiheit hat. 35 einschlägige Verurteilungen des EGMR sprechen für sich. Während erst in jüngster Zeit der Kommunikationsfreiheit größere Bedeutung zugemessen wurde, werden nun ua aufgrund der „Hass-im-Netz“-Debatte Rufe nach einem besseren Persönlichkeitsschutzrecht laut.

Veränderungen in der Arbeitswelt und ihrem Recht geht *Peter C. Schöffmann* nach. Er bildet die Entwicklung der Arbeitszeitregulierung im Übergang von der industriellen in die digitale Gesellschaft ab und zeigt auf, dass der pauschale Schutz von einst nach und nach zugunsten produktionsoptimierter, flexibler Personalplanung aufgegeben wird.

Den Abschluss bildet ein Beitrag von *Theo Öhlinger*. Er behandelt die Entwicklung der verfassungsrechtlichen Fragen, die sich mit Blick auf das Verhältnis zwischen österreichischem und europäischem Recht stellen. Sein Beitrag zeichnet diese vom EU-Beitritt Österreichs bis heute nach.

Unser Dank gilt an dieser Stelle allen Wegbegleiter\_innen des *juridikums*. Viel Vergnügen bei der Lektüre wünscht die Redaktion!

Sie erreichen die *juridikum*-Redaktion unter [organisation@juridikum.at](mailto:organisation@juridikum.at)

# Inhaltsverzeichnis

## VOR.SATZ

- 1 30 Jahre Juridikum  
*Ein Grund zum Jubeln!*  
Die Juridikum-Redaktion
- 7 30 Jahre Genderwahnsinn  
*Kontinuitäten und Brüche in den Legal Gender Studies*  
Isabell Doll / Ines Rössl / Maria Sagmeister
- 19 Ene mene muh und raus bist du! – Trotz Mutterschaft noch mitspielen?  
*Zur Vereinbarkeit von Anwältinnenschaft und Familie*  
Iris Dullnig / Julia Ecker / Petra Limberger
- 31 Umgang mit Kriminalität: Ultima ratio oder populistischer Aktionismus  
Andreas Zembaty
- 37 Marktkonformes Studieren  
*Rechtswissenschaften am Wiener Juridicum*  
Forum kritischer Jurist\*innen
- 45 Dauerbrenner polizeiliche Kennzeichnungspflicht  
*Eine weit über 200 Jahre alte Debatte über sichtbar getragene Dienstnummern*  
Angelika Adensamer
- 53 Das Wohnungswesen  
*Ein chronologischer Rückblick über die Novellierungen der letzten 30 Jahre*  
Julia Ludwig
- 67 Von Listen und Statistiken  
*Schlaglichter auf die Volkszählung und ihre Weiterentwicklungen*  
Antonia Wagner
- 73 Träume von Freiheit  
*Freie Radios, Freies Internet*  
Herbert Waloschek
- 79 Saint Alicia und die Stripperin  
Elisabeth Holzleithner / Karin Lukas
- 83 Das EPG 2009: ein gewinnbringender Rohrkrepiierer  
Nikolaus Benke
- 97 Bürgerinitiativen und Umweltorganisationen im UVP-Verfahren  
Marlies Meyer
- 105 Klimakrise vor Gericht  
*Klagen als ultima ratio im Klimaschutz?*  
Judith Fitz
- 115 Der neue Privatkonkurs funktioniert...  
... jetzt aber noch die Exekutionsordnung reformieren!  
*23 Jahre persönliche Praxiserfahrungen eines Schuldnerberaters*  
Alexander Maly
- 123 Wie meinen?  
*Ein Streifzug durch die schwierige Beziehung Österreichs mit der Meinungsfreiheit*  
Lukas Gahleitner

- 131 Schein und Zeit  
*Arbeitszeitrecht im Wandel*  
Peter C. Schöffmann
- 147 Autonome Geltung und Vorrang des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten aus der Sicht der österreichischen Verfassung  
Theo Öhlinger

## Impressum

### juridikum

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

### Herausgeber\_innen:

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben von: Philipp Hense-Lintschnig, Valerie Purth, Maria Sagmeister, Nikolaus Wieser

### Medieninhaber und Verleger:

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

### Preis:

Jahresabonnement: Euro 64,-  
Abo für Studierende, Erwerbslose,  
Zivil- und Präsenzdiener: Euro 25,-  
Einstiegsabo: Euro 11,-  
Einzelheft: Euro 19,-  
(Alle Preise inkl. MWSt, exkl. Versandkosten)  
Erscheinungsweise: vierteljährlich

### Redaktion:

Angelika Adensamer, Flora Alvorado-Dupuy, Fabiane Baxewanos, Miriam Broucek, Isabell Doll, Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Karol Felsner, Ronald Frühwirth, Paul Hahnenkamp, Philipp Hense-Lintschnig, Kevin Fredy Hinterberger, Matthias C. Kettemann, Andrea Kretschmann, Emanuel Matti, Eva Pentz, Nora Pentz, Marija Petrićević, Valerie Purth, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Christoph Stoll, Petra Sußner, Caroline Voithofer, Antonia Wagner, Nikolaus Wieser, Andreas Wöckinger

### Wissenschaftlicher Beirat:

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

(Wien), Heinz Patzelt (Wien), Arno Pilgram (Wien), Ilse Reiter-Zatloukal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver Scheiber (Wien), Marianne Schulze (Wien), Alexander Somek (Wien), Richard Soyer (Wien/Linz), Heinz Steinert † (Frankfurt am Main), Bea Verschaegen (Wien/Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes (Bremen)

### Autor\_innen dieser Ausgabe:

Angelika Adensamer, Nikolaus Benke, Isabell Doll, Iris Dullnig, Julia Eckert, Judith Fitz, Forum Kritischer Jurist\*innen, Lukas Gahlleitner, Elisabeth Holzleithner, Petra Limberger, Julia Ludwig, Karin Lukas, Alexander Maly, Marlies Meyer, Theo Öhlinger, Valerie Purth, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Peter C. Schöffmann, Antonia Wagner, Herbert Waloschek, Andreas Zembaty

### Gestaltung der Jubiläumsausgabe:

Angelika Adensamer, Nina Eckstein, Kevin Fredy Hinterberger, Eva Pentz, Valerie Purth, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Antonia Wagner, Nikolaus Wieser

### Zeichnungen:

Sonjuscka Golovanova (Justitia), Ella Wagner (Hühner)

## Offenlegung

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

### Layout und Satz:

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

### Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber\_innen:

Philipp Hense-Lintschnig: philipp.hense@riseup.net  
Valerie Purth: valerie.purth@gmail.com  
Maria Sagmeister: maria.sagmeister@univie.ac.at  
Nikolaus Wieser: nikolaus.wieser@univie.ac.at  
Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.



Titelblatt von juridikum 1/1989, Frauen und Recht – Ist Justitia ein Mann?

# 30 Jahre Genderwahnsinn

## Kontinuitäten und Brüche in den Legal Gender Studies

Isabell Doll / Ines Rössl / Maria Sagmeister

---

### 1. Einleitung

Seit der Zeitschriftengründung im Jahr 1989 bilden Beiträge, die das Recht aus feministischer Perspektive betrachten, im *juridikum* eine Konstante. Das heurige Jubiläum ist Anlass, nach Kontinuitäten und Brüchen in der rechtlichen Regulierung der Geschlechterverhältnisse und deren Analyse zu fragen. Ziel dieses Beitrags ist weder eine Genealogie der Legal Gender Studies<sup>1</sup> noch eine geschlechterfokussierte Rechtsgeschichte der vergangenen Jahre. Vielmehr geht es darum, den Blick auf einige einschneidende Veränderungen im Recht sowie innerhalb der feministischen (Rechts-)Kritik zu lenken, die den multiperspektivischen Charakter des Nachdenkens über Geschlecht im Recht mitgeformt haben und weiterhin notwendig machen. Als Wegweiser durch die Jahre und Themen dienen dabei die im *juridikum* erschienenen Beiträge selbst. In den Fußnoten werden daher – tw anstelle anderer einschlägiger Literatur – hauptsächlich diese angeführt.

### 2. Vervielfältigung der Dimensionen von Gleichheit

Seit 1989 hat das Gleichheitsrecht sowohl an Umfang als auch an Gewicht zugenommen. Zu einem bloß formellen tritt ein materielles Verständnis von Gleichheit. Dieses versteht Ungleichheit als Strukturproblem. Es äußert sich bspw in der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung<sup>2</sup> oder in Form von Gender Mainstreaming und Gender Budgeting.<sup>3</sup> Va aber ist die Erkenntnis zentral, dass die Bekämpfung faktischer Ungleichheiten mitunter Ausnahmen vom formellen Gleichbehandlungsgebot rechtfertigt, wie zB Quoten und andere Fördermaßnahmen. Dass Quoten unter bestimmten Voraussetzungen unionsrechtlich zulässig sind, wurde durch den EuGH in zwei legendär gewordenen Entscheidungen ge-

---

1 Vgl *Holzleitner*, Legal Gender Studies: Grundkonstellationen und Herausforderungen, *juridikum* 4/2015, 471.

2 VfGH 1.10.1993, G134/92; 10.12.2013, G74/2013 ua.

3 Art 13 Abs 3, Art 51 Abs 8 u 9 Z 1 B-VG, BGBl I 2008/1 (in Kraft seit 1.1.2009 bzw 1.1.2013). Vgl *Greiff/Ulrich*, Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht (2017) Rz 254–263.

klärt.<sup>4</sup> In Ö wurden Quoten erstmals 1993 eingeführt.<sup>5</sup> Ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit, die seitens der feministischen Rechtswissenschaft ua mit der UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW) argumentiert wurde, blieb umstritten.<sup>6</sup> Explizit verankert wurde ein materielles Gleichheitsverständnis erst 1998 in Art 7 Abs 2 B-VG:<sup>7</sup> „Maßnahmen zur Förderung der faktischen Gleichstellung von Frauen und Männern“ wurden erlaubt und die Geschlechtergleichstellung zum Staatsziel erklärt.<sup>8</sup>

Zudem lässt sich in den vergangenen 30 Jahren eine Vervielfältigung der gleichheitsrechtlich geschützten Merkmale beobachten: Das gilt sowohl für die verfassungs- und menschenrechtliche Ebene<sup>9</sup> als auch für das europäische sowie innerstaatliche Antidiskriminierungsrecht. Dieses schützt nunmehr – wenn auch mit uneinheitlichen Schutzniveaus – vor Diskriminierung aufgrund von Geschlecht, sexueller Orientierung, ethnischer Zugehörigkeit, Religion/Weltanschauung, Behinderung und Alter.<sup>10</sup> Diese Entwicklung wird in Teilbereichen von einer ausgeprägten rechtsprechungsinduzierten Entdiskriminierungsdynamik begleitet. So fielen etwa nacheinander die Unmöglichkeit der Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare,<sup>11</sup> der Ausschluss lesbischer Paare von medizinisch unterstützter Fortpflanzung,<sup>12</sup> die Unmöglichkeit der gemeinsamen Adoption für eingetragene Partner\_innen<sup>13</sup> und schließlich das Verbot der gleichgeschlechtlichen Ehe.<sup>14</sup> Bedingt ist dies ua durch die systematische Prozessführungstätigkeit engagierter Anwält\_innen<sup>15</sup> sowie durch die innere Logik des Gleichheitsrechts: Jeder Dominostein, der im Diskriminierungsgefüge fällt, führt zu Wertungsinkohärenzen und verringert die Plausibilisierungsmöglichkeiten noch bestehender Ungleichbehandlungen.

Das für die Legal Gender Studies so wesentliche Paradigma der Gleichheit bleibt allerdings mit konzeptuellen Unwägbarkeiten verknüpft, wobei die Theoretisierung des „alten“ Differenzdilemmas<sup>16</sup> mit neuen Akzentuierungen und thematischen Anreicherungen

4 EuGH 17.10.1995, C-450/93, *Kalanke/Freie Hansestadt Bremen*; EuGH 11.11.1997, C-409/95, *Marschall/Land Nordrhein-Westfalen*. Dazu *Sporrer*, End of quote? *juridikum* 5/1995, 8; *Holzleithner/Somek*, Die Macht des Bildes. Eine Stichprobe zur juristischen Methode bei Rudolf Thienel, *juridikum* 3/1997, 26.

5 Vgl Bundes-Gleichbehandlungsgesetz BGBl 1993/100; Bundesgesetz über die Organisation der Universitäten (UOG 1993) BGBl 1993/805.

6 Vgl *Ulrich*, Art 4 – Umsetzung Österreich, in *Schläppi/Ulrich/Wytenbach* (Hrsg), CEDAW-Kommentar, Rz 3f.

7 Vgl *Ulrich*, Was schützt der Gleichheitsgrundsatz, *juridikum* 2001/4, 173 (174f).

8 Vgl *Hornjik*, Staatsziele und Glaubensbekenntnisse, *juridikum* 2/1998, 6. Mittlerweile gibt es zwei VfGH-Entscheidungen zur Zulässigkeit positiver Maßnahmen: VfGH 13.3.2014, B 803/2013; 27.9.2014, V 5/2014.

9 Vgl EGMR-Rsp zu Diskriminierung aufgrund sexueller Orientierung EGMR 24.7.2003, 40016/98, *Karner/Österreich*; vgl zur Gleichheit von Menschen mit Behinderung die Novellierung des Art 7 Abs 1 B-VG durch BGBl I 1997/87; sowie das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen BGBl III 2008/155.

10 Vgl *Konstatzky*, Chancen – gleich? Die jüngste Novelle – aktuelle Probleme im Gleichbehandlungsgesetz, *juridikum* 1/2008, 31.

11 EGMR 9.2.2013, 19010/07, *X ua/Österreich*.

12 VfGH 10.12.2013, G 16/2013ua.

13 VfGH 11.12.2014, G 119-120/2014.

14 VfGH 4.12.2017, G 258-259/2017.

15 Vgl Erfolge des Rechtskomitees Lambda, [rklambda.at/index.php/de/groesste-erfolge](http://rklambda.at/index.php/de/groesste-erfolge) (26.11.2018).

16 *Minow*, The Supreme Court 1986 Term, Foreword: Justice Engendered, *Harvard Law Review* 1987, 10 (12).

versehen wurde.<sup>17</sup> Neben queeren Einwänden gegen Kategorisierungen<sup>18</sup> bereichern intersektionale Ansätze die Kritik:<sup>19</sup> Die Bedeutung von Kategorien (wie Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit, etc) resultiere kontextabhängig aus der Verwobenheit verschiedener Herrschaftsverhältnisse. Gleichheitsprobleme könnten daher durch die Brille nur einer einzigen Kategorie nicht adäquat erfasst werden. Die Kritik mündet ua in Versuchen, das Antidiskriminierungsrecht anders, nämlich „postkategorial“,<sup>20</sup> zu fassen. Ein weiterer Einwand lautet, dass „Gleichheit“ ein unzureichender Begriff für substantielle Gesellschaftskritik sei, wenn er lediglich um die Inklusion in bestehende Strukturen kreise.<sup>21</sup> Eine kritisch-feministische Rekonzeptualisierung des Gleichheitsbegriffs, die auf die Schaffung gleicher Handlungsspielräume und die Ermöglichung autonomer Lebensgestaltung für alle zielt, hat aber durchaus eine grundsätzliche Veränderung jener Verhältnisse im Blick, die eben diese Selbstbestimmung hindern.<sup>22</sup> In dieser Verkettung von Gleichheit und Autonomie ist das Potential einer fundamentalen Kritik von Unfreiheit angelegt.

### 3. Alte und neue Debatten über Autonomie

Autonomie ist ein zentraler Begriff für die Legal Gender Studies; die Ermöglichung selbstbestimmten Lebens für alle dient als ein Maßstab für die Beurteilung von Recht. Auch dieser Begriff unterlag Rekonzeptualisierungen, die insb die Vorstellung eines autarken Subjekts<sup>23</sup> kritisieren. Demgegenüber wird Autonomie als soziales Verhältnis sowie als in gradueller Ausprägung abhängig von verschiedensten Faktoren verstanden, darunter auch das Recht: Dieses hat adäquate Optionen zur Lebensgestaltung verfügbar zu halten und die tatsächliche Ergreifung dieser Optionen zu ermöglichen.<sup>24</sup> Doch wie? Ein „Schwanken zwischen Befreiung und Bevormundung“<sup>25</sup> prägt die innerfeministischen Debatten darüber, wie Selbstbestimmung durch das Recht gewährleistet werden kann.

17 Vgl *Klinger*, Gleichheit und Differenz. Von alten Sackgassen und neuen Wegen, *juridikum* 1/2003, 108.

18 Vgl *Holzleithner*, Zwischen Subversion und Normalisierung. Zur Debatte um die rechtliche Institutionalisierung gleichgeschlechtlicher Beziehungen, *juridikum* 2/2011, 210.

19 *Crenshaw*, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, *University of Chicago Legal Forum* 1/1989, 139.

20 Vgl *Lembke/Liebscher*, Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht? – Oder: Wie kommen Konzepte der Intersektionalität in die Rechtsdogmatik? in *Philipp ua* (Hrsg), *Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung. Soziale Realitäten und Rechtspraxis* (2014), 261.

21 Vgl *Demirovic*, Das Geschlechterverhältnis und der Kapitalismus. Ein Plädoyer für ein klassenpolitisches Verständnis des multiplen Herrschaftszusammenhangs, in *Pübl/Sauer* (Hrsg) *Kapitalismuskritische Gesellschaftsanalyse: queer-feministische Positionen* (2018), 258 (271); *Somek*, Das europäische Sozialmodell: Diskriminierungsschutz und Wettbewerb, *juridikum* 3/2008, 118.

22 Vgl *Maibhofer*, Freiheit – Selbstbestimmung – Autonomie, in *Baer/Sacksofsky* (Hrsg), *Autonomie im Recht – geschlechtertheoretisch vermessen* (2018), 31 (39, 44).

23 Vgl *Degener*, Unterstützte gleiche Freiheit: Zum Innovationspotential der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen, in *Baer/Sacksofsky* (2018), 61 (62).

24 Vgl *Holzleithner*, Herausforderungen des Rechts in multikulturellen Gesellschaften. Zwischen individueller Autonomie und Gruppenrechten, in *Sauer/Strasser* (Hrsg), *Zwangsfreiheiten. Multikulturalitäten und Feminismus* (2008), 28.

25 Vgl *Baer/Sacksofsky*, *Autonomie im Recht – geschlechtertheoretisch vermessen*, in *Baer/Sacksofsky* (2018), 11 (15).

Das lässt sich an der Debatte über Sexarbeit in frühen *juridikum*-Ausgaben erkennen: „[V]on freiem Willen kann nur dann gesprochen werden, wenn mehrere Entscheidungsmöglichkeiten vorliegen. Bei der Betrachtung von Biographien von Prostituierten werden jedoch ihre begrenzten Handlungsspielräume deutlich.“<sup>26</sup> Selbstbestimmung ist der Angelpunkt der Debatte: Kann es sein, dass Frauen<sup>27</sup> autonom entscheiden, Sexarbeit zu leisten? Oder ist eine solche Entscheidung nur vor dem Hintergrund ökonomischer Zwänge denkbar? Prägen solche Zwänge nicht jedes Arbeitsverhältnis und auch so manche Intimbeziehung? Kann arbeitsrechtliche Anerkennung und Regulierung die Autonomie von Sexarbeiterinnen fördern? Oder ist Sexarbeit schlicht ein Symptom von Geschlechterungleichheit und gehört verboten?

Die Rechtsentwicklung der letzten 30 Jahre brachte tw Fortschritte; so ist etwa Sexarbeit in Ö nicht mehr sittenwidrig<sup>28</sup>. Gleichzeitig wird auf europäischer Ebene verstärkt das Modell der „Freierbestrafung“ propagiert,<sup>29</sup> obwohl Kriminalisierung, auch jene der „Hurenkunden“, keine Verbesserung für Sexarbeiter\_innen bringt, wie *Pfefferpusch* bereits 1990 im *juridikum* kritisierte.<sup>30</sup> 2016 wurde *Marlen*, selbst als Sexarbeiterin tätig, noch deutlicher, indem sie konkrete Forderungen an die Rahmenbedingungen von Sexarbeit stellte und gängige Opfererzählungen zurückwies.<sup>31</sup>

Die Frage nach Parallelen zu einer aktuell besonders intensiv geführten Debatte drängt sich auf: Über das muslimische Kopftuch wird nämlich zT ganz ähnlich gestritten. Auch hier geht es um Frauen, deren Lebensgestaltung manchen Feminist\_innen als unvereinbar mit Geschlechtergerechtigkeit erscheint.<sup>32</sup> Und auch hier ist die Infragestellung der Autonomie der betreffenden Frauen nicht weit.<sup>33</sup> Auf rechtsnationalistischer und -populistischer Seite findet sie ihre instrumentalisierende, letztlich gegen Muslim\_innen insgerichtete Zuspitzung im dem Slogan „Freie Frauen statt Kopftuchzwang“.<sup>34</sup> Unter Beachtung eines differenzierten Autonomiebegriffs geht es aber gerade nicht um die pauschale Ab- oder Zuerkennung von Autonomie, sondern um die Frage nach den Bedingungen, unter denen Menschen Entscheidungen treffen. Zu diesen zählt freilich auch die

26 *Pfefferpusch*, Kriminalisiert die Freier? Hurenkunden: Normale Männer oder/und Gewaltverbrecher? *juridikum* 4/1990, 22 (22).

27 In den zitierten Beiträgen früherer *juridikum*-Ausgaben zum Thema Sexarbeit sind nur Frauen als Sexarbeiterinnen und Männer nur als Kunden gemeint.

28 Vgl *Krömer*, Sexarbeit nicht mehr sittenwidrig, *juridikum* 3/2012, 382; *Eberharter*, ...und wer ist die „Gesellschaft aller billig und gerecht Denkenden“? Überlegungen zur gesellschaftlichen Inklusion von Sexarbeiter\_innen, *juridikum* 2/2016, 168.

29 Vgl *Koza*, Von blinden Flecken im Umgang mit Sexarbeit. Kritische Betrachtungen zur „Freierbestrafung“, *juridikum* 3/2014, 398.

30 *Pfefferpusch*, *juridikum* 4/1990, 22.

31 Vgl *Marlen*, Frauen kaufen Sex, *juridikum* 3/2016, 398.

32 Vgl *Schwarzer*, Gotteskrieger und die falsche Toleranz (2002); *Holzleitner*, Der Kopftuchstreit zwischen Feminismus und Multikulturalismus, in *Berghahn/Rostock*, Der Stoff aus dem Konflikte sind (2009), 341 (342) mwN.

33 Vgl *Sacksofsky*, „Freiwillige Unterwerfung?“ Anmerkungen zu Recht, Religion und Gender, *juridikum* 4/2016, 461 (467).

34 So plakatierte die FPÖ 2005 im Wiener Wahlkampf und postete Johann Gudenus am 30.7.2018 auf Facebook, facebook.com/jgudenus/posts/freie-frauen-statt-kopftuchzwang/1871745716212252/ (22.11.2018).

Sozialisation. Es ist eine Stärke feministischer Analyse, nicht nur Handlungszwänge, sondern auch unsere scheinbar „freien“ Wünsche mit Blick auf ihre Sozialisationsbedingungen einer Kritik zu unterziehen. Wo eine Entweder-Oder-Logik herrscht, nur freier Wille oder Zwang denkbar ist, kann es nur Verbote oder völlig staatsfreie Sphären geben. Ein differenzierter Autonomiebegriff hingegen nimmt das Recht in die Pflicht, konkrete Handlungsspielräume zu eröffnen. Anders als die aktuelle Rechtsentwicklung<sup>35</sup> beweisen die Legal Gender Studies – vor 30 Jahren wie heute – Ambiguitätstoleranz: Wiewohl in frühen *juridikum*-Texten Sexarbeit als „Gewalt an Frauen“ verurteilt wurde, wurden dennoch Rechte für Sexarbeiterinnen gefordert;<sup>36</sup> und trotz allfälliger Skepsis gegenüber der religiösen Praxis des Kopftuchtragens argumentieren Feminist\_innen vehement gegen paternalistische Politiken und insb gegen ein Verbot.<sup>37</sup> Schließlich zählt die Befreiung von Bevormundung zum „Kerngeschäft“ feministischer Kritik, insb wenn es um Verfügungen über den Frauenkörper geht: „Mein Bauch gehört mir!“ lautet denn auch das Motto, mit dem das Recht auf Abtreibung eingefordert wurde und immer noch wird.<sup>38</sup>

#### 4. Reproduktive Freiheit und die (Re-)Produktion von Normsubjekten

„Abtreibung immer wieder & immer noch Thema“ titelte *Voithofer* 2017 im *juridikum*.<sup>39</sup> Die Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs ist in Form der sog „Fristenlösung“ zwar seit 1974 rechtlich verbürgt (§ 97 StGB),<sup>40</sup> doch ist diese immer wieder massiven Angriffen ausgesetzt.<sup>41</sup> Zudem verhindern faktische Barrieren – wie mangelnde Kostenübernahme durch die Krankenkassen und Anlaufstellen – den niederschweligen Zugang für Frauen.<sup>42</sup>

Eingriffe in die reproduktive Freiheit erfolgen auch durch Verwehrung von Fortpflanzung: EGMR-Entscheidungen dokumentieren Zwangssterilisierungen von Romnija in der Slo-

35 Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz (AGesVG) BGBl I 2017/68; Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern über die Elementarpädagogik für die Kindergartenjahre 2018/19 bis 2021/22 BGBl I 2018/103; NN, Kopftuchverbot an Schulen: Umsetzung ohne Opposition möglich, *derstandard.at* v 5. 4.2018, *derstandard.at/2000077369804/Kopftuchverbot-Rechtliche-Umsetzung-auch-ohne-Opposition-moeglich* (13.12.2018).

36 *Pfefferpusch*, *juridikum* 4/1990, 23.

37 Vgl *Alvarado-Dupuy*, Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz: Zwang zur Entschleierung, *juridikum* 2/2017, 152; *Sacksosky*, *juridikum* 4/2016, 471.

38 Vgl *Sagmeister*, Defensiverfolge. Das Recht auf Abtreibung, *juridikum* 4/2016, 413.

39 *Voithofer*, Abtreibung immer wieder & immer noch Thema, *juridikum* 1/2017, 5.

40 BGBl 1974/60.

41 Vgl *Voithofer*, *juridikum* 1/2017, 5 sowie zum Aktivwerden der „Pro-Life“-Bewegung in Österreich *Dietz*, Pro Choice, *juridikum* 1/1998, 4; Vgl *Luksik*, Sechs Gemeinheiten im Regierungsprogramm, die bisher kaum beachtet wurden, *mosaik.at* v 23.12.2017, *mosaik-blog.at/schwarz-blau-regierungsprogramm-gemeinheiten-mieten-mindestsicherung-abtreibung-zwangsarbeit/* (21.11.2018).

42 Vgl *Greif*, Art 12, Umsetzung Österreich, in *Schläppi/Ulrich/Wytenbach* (Hrsg), CEDAW-Kommentar (2015) Rz 17. Zur aktuellen Situation in Tirol vgl *tt.com/panorama/gesellschaft/14536293/aerzte-verzweifelt-gesucht-in-tirol-bleibt-abtreibung-tabu-thema* (12.11.2018).

wakei,<sup>43</sup> Frauen mit Behinderung wird die Befähigung zur Mutterschaft oft überhaupt abgesprochen,<sup>44</sup> und bis 2009 war in Ö die Entfernung der primären Geschlechtsmerkmale eine Voraussetzung für die Änderung des Geschlechtseintrags von Trans\*-Personen.<sup>45</sup> Im Zuge der Entwicklungen in der Fortpflanzungsmedizin sowie der Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik (PND, PID), die tw rechtlichen Niederschlag im Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)<sup>46</sup> 1992 fanden, haben sich neue Fragen aufgetan. Im *juridikum* wurde die Entwicklung zunächst als „Aneignung von Reproduktion durch das Patriarchat“ kommentiert.<sup>47</sup> Diese Kritik verebbte (abgesehen vom Leihmutterschaftsdiskurs<sup>48</sup>), und der Fokus wurde in Folge auf Diskriminierungen im FMedG gelegt.<sup>49</sup> Die Novelle 2015 brachte schließlich eine „lang ersehnte Liberalisierung“<sup>50</sup> für gleichgeschlechtliche Paare sowie die PID und die Eizellenspende. Eine differenzierte politische Auseinandersetzung, insb mit Blick auf Behinderung, fand nicht statt, obwohl eines der „Hauptanwendungsfelder“ der PID die Prognose potenzieller „Erbkrankheiten“ – so die ideologisch vorbelastete Begrifflichkeit<sup>51</sup> – ist.<sup>52</sup> Die bereits 1995 festgestellte Problematik, dass „der Gesundheitsdiskurs Tür und Tor für [...] eine qualitative Planung des Nachwuchses“ eröffnen könnte,<sup>53</sup> bleibt. Ö hat sich im Jahr 2008 mit Ratifizierung der UN-Behindertenkonvention<sup>54</sup> dazu bekannt, die vielfältigen Interessen behinderter Menschen umfassend miteinzubeziehen.<sup>55</sup> Die (Re-)Produktion von Normsubjekten kann im Übrigen auch nach der Geburt stattfinden: „Geschlechtsanpassende“ Genitaloperationen an intergeschlechtlichen Kindern sind bislang nicht strafbar, sondern gelten (immer noch)

43 EGMR 8.11.2011, 18968/07, V.C./Slowakei; 12.6.2012, 29518/10, N.B./Slowakei; 13.11.2012, 15966/04, I.G., M.K. und R.H./Slowakei.

44 Vgl Wurzinger, Frauen und Mädchen mit Behinderungen: Ein Streifzug durch UNCPRD, CEDAW und Lebenswirklichkeiten in Österreich, *juridikum* 1/2015, 96 (105f); *Bundesministerium für Gesundheit*, Österreichischer Frauengesundheitsbericht 2010/2011 (2011) 369.

45 VwGH 27.2.2009, 2008/17/0054; 15.9.2009, 2008/06/0032; VfGH 3.12.2009, B1973/08.

46 BGBl 1992/275.

47 *Thomasberger*, Let's reproduce! *juridikum* 3/1992, 48.

48 Differenziert *Cottier*, Die instrumentalisierte Frau: Rechtliche Konstruktionen von Leihmutterschaft, *juridikum* 2/2016, 188.

49 Vgl *Voithofer/Thöni*, Let's Go Sperm Shopping. Rechtliche Beschränkungen und faktische Möglichkeiten, *juridikum* 4/2010, 244; vgl auch EGMR (GK) 3.11.2011, 57813/00, S.H. ual/Österreich.

50 *Flatscher-Thöni/Voithofer/Werner-Felmayer*, Fortpflanzungsmedizingesetz. Lang ersehnte Liberalisierung ohne unerwünschte Nebenwirkungen? *juridikum* 1/2015, 26.

51 Vgl *Schmitz-Berning*, Vokabular des Nationalsozialismus (2007) 199f.

52 Krit *Flatscher-Thöni/Voithofer/Werner-Felmayer*, *juridikum* 1/2015, 28f.

53 *Trallori*, Die Technologisierung der Mutterschaft. Anmerkungen zur Vergesellschaftung der Fortpflanzung, *juridikum* 5/1995, 26 (28).

54 BGBl III 2008/155.

55 Vgl *Voithofer*, Unerwünschte Körper? Zur Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik in Österreich im Lichte des UN-Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, *juridikum* 2/2014, 200. Im *juridikum* war das Thema „Behinderung“ in den ersten Jahren bloß vereinzelt präsent. Vgl zB *Steiner*, Der Studienweg körperlich behinderter StudentInnen. Unter anderen Voraussetzungen, *juridikum* 4/1995, 46; *Walch*, Behinderteneinstellung oder Einstellungsbehinderung. Probleme behinderter Menschen im Lichte des BEinStG, *juridikum* 3/1997, 18; *Ennöckl*, Die Geburt als Schadensfall, *juridikum* 1/2002, 2. – 2015 wurde ihm dann ein eigener Heftschwerpunkt gewidmet, der gerade auch die Forderungen behinderter Frauen beleuchtet, vgl *juridikum* 1/2015, thema: Behinderungen, 58.

als Heilbehandlung.<sup>56</sup> Dies ist zunehmend umstritten,<sup>57</sup> auch der VfGH hat kritisch dazu Stellung genommen.<sup>58</sup>

## 5. Gewalt und die Grenzen des Strafrechts

Dass das Verständnis davon, was als strafwürdiger Übergriff gilt, umkämpft und veränderbar ist, zeigt sich besonders deutlich im Bereich sexualisierter Gewalt. Im Jahr 1989 wurde Vergewaltigung (bis dahin „Notzucht“, die nur von Männern an Frauen begangen werden konnte) nach zähem Ringen<sup>59</sup> auch innerhalb der Ehe strafbar.<sup>60</sup> Das Strafrechtsänderungsgesetz 2004 vollzog die Abkehr vom Schutzgut der Sittlichkeit hin zu sexueller Integrität.<sup>61</sup> Und die Strafrechtsreform 2015, die ua Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention<sup>62</sup> umsetzte, erweiterte den Tatbestand der sexuellen Belästigung und stellte die Einvernehmlichkeit sexueller Handlungen in den Vordergrund (§ 205a StGB).<sup>63</sup> 2014 zeigte eine europaweite Studie, dass jede dritte Frau körperliche und/oder sexuelle Gewalt erfahren hat.<sup>64</sup> Schutz vor Gewalt und Stärkung der Opferperspektive sind alte feministische Anliegen. 1997 gelang mit dem 1. Gewaltschutzgesetz<sup>65</sup> ein Meilenstein, der Ö eine „Vorbildrolle“ innerhalb der EU eintrug. Zentrale Instrumente sind etwa Betretungsverbote, welche dem oder der Gewalttäter\_in den Zugang zur (auch gemeinsamen) Wohnung des Opfers für einen befristeten Zeitraum verwehren.<sup>66</sup> In weiteren Novellen wurde der Schutz sukzessive ausgebaut.<sup>67</sup> Im Bereich prozessualer Opferrechte weckte die Strafprozessreform 2004<sup>68</sup> große Hoffnung, nun würde „der Opferschutzzweck genauso wie die Präventionszwecke das gesamte Strafrechtssystem durchfluten“. <sup>69</sup> Doch bestehen weiterhin Probleme, auf die im 2014 erschienenen *juridikum*-Schwerpunkt „Häusliche Gewalt“ hingewiesen wurde: Oft steht Aussage gegen Aussage, Ver-

56 Vgl ErläutME 754 BlgNR. 21. GP, 12–16.

57 Vgl *Petričević*, Zur Legitimität von Geschlechtsnormierungen bei intersexuellen Minderjährigen, *juridikum* 4/2015, 427; *Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt*, Intersexualität und Transidentität. Stellungnahme der Bioethikkommission (2017) 37.

58 Erk, in dem der VfGH „inter“ oä für einen zulässigen Geschlechtseintrag erklärte, VfGH 15.6.2018, G77/2018.

59 Vgl *Sporrer*, Strafrechtsreform: Eine Reform für die Frauen? *juridikum* 1/1989, 15.

60 BGBl 1989/242. Erst mit dem BGBl I 2004/15 wurde Vergewaltigung in der Ehe ein Officialdelikt.

61 BGBl I 2004/15.

62 BGBl III 2014/164.

63 BGBl I 2015/112.

64 Vgl *FRA*, Gewalt gegen Frauen. Eine EU-weite Erhebung (2014). Aktuell dazu: [derstandard.at/2000092112829/Gewalt-gegen-Frauen-Steigende-Zahlen-wenig-Daten](http://derstandard.at/2000092112829/Gewalt-gegen-Frauen-Steigende-Zahlen-wenig-Daten) (27.11.2018).

65 BGBl I 1996/759.

66 Vgl *Haller*, Gewaltschutz in Österreich, *juridikum* 3/2014, 338.

67 Vgl etwa StPO-Novelle 1999, BGBl I 1999/55; 2. Gewaltschutzgesetz 2009, BGBl I 2009/40; Präventions-Novelle 2016, BGBl I 2016/61.

68 BGBl I 2004/19.

69 *Jesionek*, Die Wiederentdeckung des Verbrechensopfers. Ein Paradigmenwechsel im Strafrecht, *juridikum* 4/2005, 173.

urteilungen sind selten<sup>70</sup> und die Beweisaufnahmen mangelhaft.<sup>71</sup> Weitere Probleme zeigen sich bei der Umsetzung der EU-Opferschutz-RL<sup>72</sup> sowie angesichts aktueller Budgetkürzungen für die Arbeit von Opferschutzeinrichtungen.<sup>73</sup>

Das Strafrecht spielt im Rechtsdiskurs rund um die die Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen eine zentrale Rolle. Dies geht mit Spannungsverhältnissen einher,<sup>74</sup> die auch angesichts aktuell diskutierter Phänomene wie „Hass im Netz“<sup>75</sup> sichtbar werden. Auf der einen Seite steht die Forderung, das Strafrecht als eine Art Wertekatalog einer Gesellschaft möge sexualisierte Gewalt verurteilen.<sup>76</sup> Auf der anderen Seite muss es als repressives Herrschaftsmittel *ultima ratio* bleiben und möglichen Alternativen der Vorzug gegeben werden. Als 2015 häusliche Gewalt als eigener Erschwerungsgrund verankert<sup>77</sup> und damit die diversionelle Erledigung ausgeschlossen wurde, folgten kontroverse Diskussionen.<sup>78</sup> Gerade die Erkenntnis des Strukturcharakters von Gewalt im Geschlechterverhältnis macht die Wichtigkeit eines Wandels der Geschlechterrollen deutlich. Denn der Großteil der Täter\_innen sind Männer.<sup>79</sup>

## 6. Männer, Männlichkeiten und Sorgearbeit

Wie Männlichkeiten thematisiert werden, hat sich in den Legal Gender Studies stark gewandelt. Wenn wir in frühe Ausgaben des *juridikums* blicken, begegnen uns Männer va als Gegner feministischer Kämpfe, weniger als Gegenstand der Analyse und kaum als Verbündete. Die Überrepräsentanz von Männern als Gewalttätern markiert eine strukturelle Schiefelage, die ernstgenommen werden soll, ohne Klischees wie jenes des „gefährlichen männlichen Sexualtriebs“ zu befeuern. Dass Männer diesem hilflos ausgeliefert

70 Vgl. *Beclin*, „Aussage gegen Aussage“ – häufige Pattstellung bei Strafverfolgung häuslicher Gewalt? Zwischen Zuweisung von Verantwortung und sekundärer Viktimisierung, *juridikum* 3/2014, 360 (364).

71 Vgl. *Berzlanovich/Schleicher/Rásky*, Häusliche Gewalt aus forensischer Sicht: Wenn das eigene Zuhause zum Tatort wird, *juridikum* 3/2014, 373.

72 RL 2012/29/EU über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten, ABl L 2012/315; Vgl. *Nachbaur/Unterlerchner*, Mogelpackung Opferrechte. Kritische Anmerkungen zur Umsetzung der Opferschutz-RL, *juridikum* 2/2016, 145.

73 Vgl. *juridikum-Redaktion*, Mundtot und regierbar machen, *juridikum* 3/2018, 273.

74 Vgl. *Vana-Kowarzik*, Möglichkeiten und Grenzen des Strafrechts, *juridikum* 4/1998, 14.

75 Derzeit ist noch ungeklärt, ob die Materie ins Straf- oder Zivilrecht kommen soll, vgl. [standard.at/2000089434489/Hass-im-Netz-Task-Force-will-bis-Mitte-2019-Ergebnisse](http://standard.at/2000089434489/Hass-im-Netz-Task-Force-will-bis-Mitte-2019-Ergebnisse) (9.12.2018).

76 Vgl. *Adensamer*, „Ein Nein muss genügen. Zur Reform des StGB im Bereich der Sexualdelikte“, *juridikum* 1/2015, 5 (8f); *Beclin*, *juridikum* 3/2014, 371f.

77 § 33 Abs 3 Z 1 StGB i d F BGBl I 2015/112.

78 Vgl. die SN zur StGB-Reform 2015 (vgl. Weißer Ring für Diversion, Zusammenschluss österr Frauenhäuser dagegen); [parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME\\_00098/index.shtml#tab-Stellungnahmen](http://parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00098/index.shtml#tab-Stellungnahmen) (14.12.2018); differenziert *Adensamer*, Der Strafprozess und seine Alternativen: Die Debatte um die Diversion, [mosaik-blog.at/der-strafprozess-und-seine-alternativen-die-debatte-um-die-diversion/](http://mosaik-blog.at/der-strafprozess-und-seine-alternativen-die-debatte-um-die-diversion/) (4.12.2018). Zur positiven Bewertung des Tauschgleichs durch Beteiligte vgl. *Pelikan*, Die Möglichkeiten und die Bedingungen einer wirksamen Stärkung (Mächtigung) der Opfer von Gewalt in Paarbeziehungen durch den Außergerichtlichen Tauschgleich, *Forschungsbericht* (2009), 51.

79 Vgl. *Scambor*, Zwischenbilanz: „Opferschutzorientierte Täterarbeit“. Stand der Entwicklung in Österreich und offene Fragen, *juridikum* 4/2017, 552 (555).

seien, hatte der OGH noch Ende der 1980er als Argument für die Sittenwidrigkeit von Sexarbeit angesehen.<sup>80</sup> Auch heute ist dieser „Trieb“ im politischen und medialen Diskurs präsent – nämlich dann, wenn es um „fremde“ Männlichkeit geht. Um solchen Diskursformationen wie der „Kulturalisierung sexualisierter Gewalt“<sup>81</sup> auf den Grund zu gehen, lohnt es, Männlichkeiten in ihren intersektionellen Verflechtungen zu thematisieren und sich auf Erkenntnisse der Männlichkeitsforschung zu stützen.<sup>82</sup>

Im *juridikum* wird dies seit den 2010er Jahren vorangetrieben. Zunächst stand die Frage im Raum, ob Männern überhaupt eine Rolle im Feminismus zukommt. „[O]b feministische Anliegen ausschließlich von und durch Frauen vertreten werden sollen oder auch durch Partizipation von Männern“, wurde etwa anlässlich des 100. Frauentages 2011 diskutiert, als tw Männer auf die traditionell geschlossenen Frauentagsdemos eingeladen wurden.<sup>83</sup> Inzwischen hat sich der Raum für die Neu-Verhandlung der Rolle von Männern geöffnet.<sup>84</sup> IdZ werden gerade jene Aspekte einer geschlechtergerechten Gesellschaft betont, die auch Männern zum Vorteil gereichen.<sup>85</sup> Dies betrifft bspw die gerechtere Verteilung von Sorge- und Erwerbsarbeit, wodurch nicht nur die Doppelbelastung von Frauen verringert würde, sondern wovon auch Männer bspw als Väter profitieren würden.<sup>86</sup>

Unterschiedliche Rechtsinstitute geraten idZ in den Blick, darunter die Obsorge. Ursprünglich blieb nach einer Trennung die „väterliche Gewalt“ beim Vater. Erst 1977<sup>87</sup> wurde die alleinige Obsorge der Mutter nach der Scheidung möglich, ab 2001 konnte die gemeinsame Obsorge vereinbart werden,<sup>88</sup> und seit 2013 bleibt diese gs nach Trennung der Eltern, uU auch gegen den Willen eines Elternteils, aufrecht.<sup>89</sup> Im Streit über Für und Wider der gemeinsamen Obsorge zeigt(t)en sich innerfeministische Ambivalenzen gegenüber der Einbeziehung von Vätern. Wiewohl man sich mehr väterliches Engagement wünscht, zweifeln einige an der Eignung der Regelung und sehen in ihr ein Machtinstrument in den Händen kontrollierender Ex-Partner.<sup>90</sup> Der rechtspolitische Fokus auf die Obsorge nach Trennung erscheint als solcher kritikwürdig, da er „zu spät“ ansetzt, nämlich dann, wenn zwischen den Eltern längst eine bestimmte Arbeitsteilung be-

80 OGH 28.06.1989, 3 Ob 516/89. Vgl *Kovacic/Sporrer*, OGH-Entscheidung: „Von der Triebhaftigkeit des Mannes“, *juridikum* 4/1990, 24.

81 *Schuster*, Antirassistischer Feminismus ist nicht automatisch intersektional. Was wir aus „Köln“ lernen können, *juridikum* 2/2017, 281.

82 Vgl *Eckstein*, Krise der Männlichkeit?! Ein längst überfälliger Diskurs, *juridikum* 1/2014, 134 mwN.

83 *Eckstein*, Mit oder ohne Männer – eine anhaltende Kontroverse, *juridikum* 2/2011, 270; vgl auch *Guerrero*, Who may I dance with at the revolution? Männer als Feministen, *juridikum* 4/2011, 534.

84 Vgl *Eckstein*, *juridikum* 2/2011, 270f.

85 Vgl *Rössl*, Zwiespältige Debatten – Ein Tag auf der Konferenz „Männerpolitik. Beiträge zur Gleichstellung der Geschlechter“, *juridikum* 4/2014, 533.

86 Vgl *Appiano Kugler*, Koordinaten männlicher und weiblicher Diskriminierung, *juridikum* 1/2009, 55.

87 Bundesgesetz über die Neuordnung des Kindschaftsrechts BGBl 1977/403.

88 Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 BGBl I 2000/135.

89 Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 BGBl I 2013/15.

90 Vgl *Kolbitsch*, Aus dem Instrumentenkoffer der Männerrechtler. Gemeinsame Obsorge nach Scheidung und das Gerede der VerfechterInnen, *juridikum* 4/1996, 11 (12); *Thomasberger*, Vaterrecht und Kindeswohl, *juridikum* 3/1995, 18.

steht.<sup>91</sup> Wichtig wäre es, die gemeinsame Kinderbetreuung von Geburt an zu ermöglichen und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie für Väter wie für Mütter zu verbessern.

Die Karenz für Männer erschien bereits in den 1980ern als begrüßenswert<sup>92</sup> und ist seit 1990 rechtlich möglich.<sup>93</sup> Im öffentlichen Dienst gibt es seit 2011 zusätzliche Frühkarenzen (Baby-Monat)<sup>94</sup> und seit 2017 auch in der Privatwirtschaft die, wenngleich rechtlich schwach ausgestattete, Familienzeit.<sup>95</sup> Die Aktivierung von Vätern ist als Mittel der Gleichstellung anerkannt worden.<sup>96</sup>

Männer sind vom gegnerischen zum mitstreitenden Gegenüber feministischer Forderungen geworden, welches Mitverantwortung an der Verwirklichung von Geschlechtergerechtigkeit trägt. Sie sollen sich an der Kinderbetreuung beteiligen, werden in der Täterarbeit als Verantwortliche adressiert – und zunehmend auch als Opfer von privater und staatlicher Gewalt anerkannt, was der 2017 erschienene *juridikum*-Schwerpunkt „Männer im Un/Recht“ zeigt. Dieser betont ua die spezifische Vulnerabilität von Männern (zB männlicher Opfer von Menschenhandel)<sup>97</sup> im Migrationskontext, einem Feld, das in letzter Zeit verstärkt in den Fokus der Legal Gender Studies gerückt ist.

## 7. Migration: Zugehörigkeiten und Geschlecht

Die Ursachen für die deutlich gestiegene Präsenz von Migration und Geschlecht im *juridikum*<sup>98</sup> mögen vielfältig sein, zwei Entwicklungen stechen jedenfalls hervor: Erstens, die Legal Gender Studies widmen sich vermehrt der Mehrdimensionalität von Ausschlüssen und Ungleichheit. Dies betrifft auch das Zusammenspiel von Geschlecht und sexueller Orientierung mit Herkunft und Aufenthaltsstatus. IdZ spielt eine Rolle, wie das Migrationsrecht geschlechtsbezogene Zuschreibungen<sup>99</sup> und Unsichtbarkeiten (zB des/der homosexuellen Asylberechtigten)<sup>100</sup> (re-)produziert. Zweitens lässt sich gegenwärtig eine Überlagerung von Ge-

91 Vgl Kugler, Gemeinsame Obsorge – der Test. Was der Gatte nicht lernt, lernt der Ex-Gatte nimmermehr, *juridikum* 2/1997, 48, mVa STREIT 15. Jahrgang, Heft 1.

92 Vgl Freytag, Ist die Diskriminierung sachlich zu rechtfertigen? *juridikum* 1/1989, 16.

93 Bundesgesetz, mit dem Karenz für Väter geschaffen wird, BGBl 1989/651.

94 Budgetbegleitgesetz 2011 BGBl I 2010/111, Art 121.

95 Familienzeitbonusgesetz BGBl I 2016/53.

96 Vgl Sagmeister, Mutterschutz zwischen faktischer Ungleichheit und der Reproduktion von Geschlechterrollen, in Lanser et al (Hrsg), *Social Europe? Tagung junger Europarechtler\*innen* (2018), 125.

97 Vgl Zingerle, Männerhandel. Erfahrungsbericht nach vier Jahren Aufbauarbeit im Opferschutz für eine bislang kaum wahrgenommene Betroffenengruppe, *juridikum* 4/2017, 508.

98 1989 bis 1998 erschien nur ein einziger Artikel, der ein migrationsrechtliches Thema explizit mit einer Geschlechterperspektive verknüpft (Förg-Rob/Jauk, Frauenhandel. Gesetzlich geschützter Markt für die „Ware Frau“, *juridikum* 2/1996, 14), 1998–2000 sieben und 2009–2018 16.

99 Vgl Scheibelhofer, Von Gesundheitschecks zu Muslimtests. Migrationspolitik und „fremde“ Männlichkeit, *juridikum* 3/2011, 326; Messinger, Aufenthaltsehen: Fremdenpolizeiliche Kontrolle und gerichtliche Beurteilung, *juridikum* 4/2011, 425.

100 Vgl Sußner, Totes Recht? – Der asylrechtliche Familiennachzug für gleichgeschlechtliche Partner\_innen, *juridikum* 4/2011, 435.

schlechterpolitik durch die Integrationsdebatte beobachten.<sup>101</sup> Die Legal Gender Studies zeigen die problematischen Annahmen und Konsequenzen dieser Vereinnahmung auf. Sie stellen in Frage, ob Maßnahmen, die vorgeblich dem Schutz von Frauen dienen sollen, dies auch leisten,<sup>102</sup> und inwiefern vorgeschobene Gleichberechtigungsrhetorik primär der rassistisch-nationalistischen Dichotomisierung zwischen einem vermeintlich aufgeklärten „Wir“ und den als rückständig und gewalttätig markierten „Anderen“ dient.<sup>103</sup>

## 8. Fazit

In den letzten 30 Jahren wurden Meilensteine der Geschlechtergerechtigkeit gelegt, und die Legal Gender Studies mauserten sich zu einem eigenen Fach, in dem vielfältige Perspektiven ihren Platz haben. Doch trotz aller juristischen Initiativen und deren zunehmend affirmierender Rezeption im Rechtsdiskurs<sup>104</sup> sind wir noch immer weit entfernt von substantieller Geschlechtergerechtigkeit, etwa von gerechter Arbeits- und Zeitverteilung.<sup>105</sup> Zudem geraten kritische Wissenschaften derzeit zunehmend in Bedrängnis<sup>106</sup> und sind mit großen Herausforderungen konfrontiert. Geschlechterpolitische Fragen stellen sich heute vor dem Hintergrund eines sich zuspitzenden „autoritären Wettbewerbsetatismus“,<sup>107</sup> der auf rassistische Spaltung setzt, um Angriffe auf die soziale Sicherheit und repressiven Einsatz staatlicher Macht zu legitimieren. Die Verwobenheit und notwendige Gleichzeitigkeit sozialer Kämpfe wird im Angesicht dessen besonders drastisch sichtbar. Der Blick zurück zeigt, welche wichtige Rolle feministische Rechtskritik darin spielen kann. Er offenbart auch, dass nicht nur gegen und mit dem Recht gerungen wird, sondern dass damit auch ein Ringen um verschiedene Positionen innerhalb der Legal Gender Studies verbunden ist. Gerade der düstere Befund der Gegenwart verweist auf die Wichtigkeit einer anhaltend kämpferischen Praxis feministischer Rechtskritik, die auch spannungsgeladene Diskussionen im Innenverhältnis aushalten können muss. Auf weitere 30 Jahre!

Isabell Doll, Ines Rössl und Maria Sagmeister sind Universitätsassistentinnen am Institut für Rechtsphilosophie der Universität Wien und in der Redaktion des *juridikum*; isabell.doll@univie.ac.at, ines.roessler@univie.ac.at, maria.sagmeister@univie.ac.at

101 Vgl. *Holzleithner/Rössl*, Ein trojanisches Pferd? Zur Instrumentalisierung von Frauenpolitik in der Integrationsdebatte, in *Blaustrumpf ahoi!* (Hrsg.), „Sie meinen es politisch!“ 100 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich: Geschlechterdemokratie als gesellschaftspolitische Herausforderung (2019, iE).

102 Vgl. zB *Assall/Marxen*, Die Rechtsentwicklung zur Verhinderung von Zwangsehen in Deutschland und Österreich, *juridikum* 2/2011, 170.

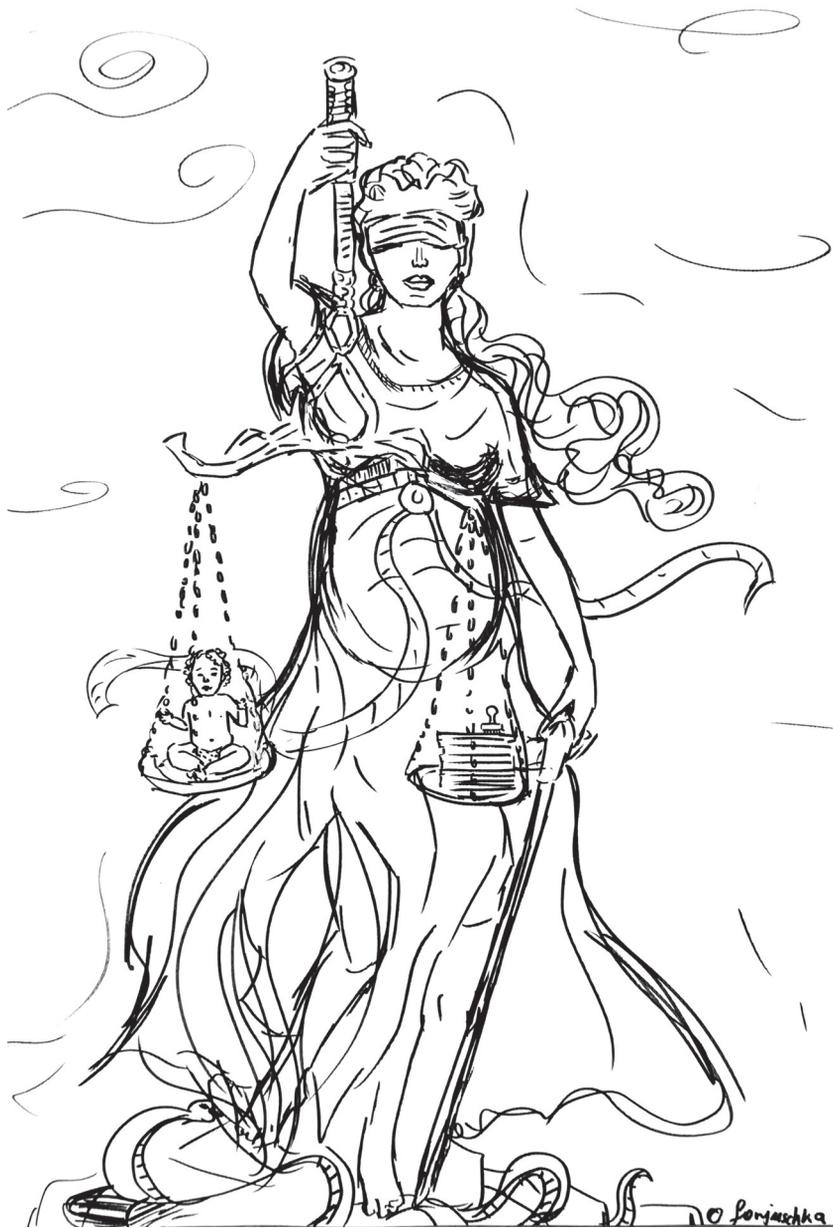
103 Vgl. zB *Alvarado-Dupuy*, Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz: Zwang zur Entschleierung, *juridikum* 2/2017, 152.

104 *Holzleithner/Doll*, Wege zur Geschlechtergleichstellung im Spiegel zeitgenössischer fachjuristischer Kommentare, in *Blaustrumpf ahoi!* (Hrsg.), „Sie meinen es politisch!“ 100 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich: Geschlechterdemokratie als gesellschaftspolitische Herausforderung (2019, iE).

105 Im Gegenteil, vgl. die Novellierung des Arbeitszeitgesetzes („12-Stunden-Tag“) BGBl I 2018/33.

106 *Mayer*, Ungarns Regierung schafft Gender-Studies ab, *derstandard.at* v 17.10.2018, [derstandard.at/2000089555601/Ungarns-Regierung-schafft-Gender-Studies-ab](http://derstandard.at/2000089555601/Ungarns-Regierung-schafft-Gender-Studies-ab) (13.12.2018).

107 *Oberndorfer*, Hegemoniekrise in Europa – Auf dem Weg zu einem autoritären Wettbewerbsetatismus? in Forschungsgruppe Staatsprojekt Europa, *Die EU in der Krise* (2012), 50.



Justitia von Sonjuschka Golanova (2018).

# Ene mene muh und raus bist du! – Trotz Mutterschaft noch mitspielen?

Zur Vereinbarkeit von Anwältinnenschaft und Familie

Iris Dullnig / Julia Ecker / Petra Limberger

---

## 1. Einleitung

*„Lass dir nicht sagen, dass du es nicht kannst. Aber sei drauf gefasst, dass es ein Kampf wird, vor allem finanziell und persönlich.“<sup>1</sup>*

Anwältinnenschaft und Familie – kann das zusammen gehen? Und wenn ja, wie soll es funktionieren? Mit diesen Fragen sahen wir uns in den letzten Jahren immer wieder konfrontiert. Wir alle drei – eine selbständige Rechtsanwältin (RAin) und zwei Rechtsanwaltsanwärtinnen (RAAinnen) – haben in den vergangenen Jahren ein bzw zwei Kinder bekommen und mussten feststellen, dass Schwangerschaft, Geburt, Karenz, Wiedereinstieg und das Dasein als arbeitende Mutter in unserem Berufsfeld teils mit zu erwartenden, teils mit ungeahnten Schwierigkeiten verbunden waren. Dies auch, weil in Österreich Care-Arbeit weiterhin als Aufgabe und ebenso als Hindernis für Frauen, jedoch nicht für Männer gesehen wird. Aufgrund der persönlichen Betroffenheit und des Informationsdefizits, das wir selber erlebten, hatten wir schon seit Längerem angedacht, über die rechtlichen Rahmenbedingungen für als RAAin und RAin tätige Schwangere und Mütter zu berichten und kamen der entsprechenden Anfrage von juridikum gerne nach. Neben einem Gesamtüberblick über die relevante Rechtslage (aus Platzgründen nur bezogen auf Wien) enthält der vorliegende Artikel auch kurze Statements von Kolleginnen und des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages (ÖRAK).

## 2. Zahlen

Mit der Frage: *„Ist Justitia ein Mann?“*<sup>2</sup> betitelte das Juridikum bereits 1989 seine Ausgabe. Die so angesprochene Problematik ist leider nach wie vor aktuell. Erst vor 100 Jahren wurden die rechts- und staatswissenschaftlichen Studien für Frauen geöffnet.<sup>3</sup> Mittlerweile absolvieren mehr Frauen als Männer das Diplomstudium der Rechtswissen-

---

1 Mag.<sup>a</sup> Julia Kolda, selbständige RAin, 1 Kind.

2 Vgl Juridikum 1/89.

3 Vgl Reiter-Zatloukal/Sauer, Die Pionierinnen der österreichischen Rechtsanwaltschaft in AnwBl 2013, 109.

schaften. An der Universität Wien bspw waren im Wintersemester 2018 insg 9.996 Personen für das Diplomstudium inskribiert, davon 5.970 Frauen und 4.026 Männer.<sup>4</sup> Im Sommersemester 2018 gab es 289 Absolvent\*innen, davon 127 männliche und 162 weibliche.<sup>5</sup> Eine mehr oder weniger hälftige Teilung der Geschlechter bleibt auch während der Ausbildungszeit als RAA\*innen erhalten. So gab es österreichweit per 31.12.2017 insg 2.215 RAA\*innen, davon 1.095 weibliche. Erst bei den RA\*innen entsteht „plötzlich“ eine Kluft: Ende 2017 waren 6.238 RA\*innen in Österreich zugelassen, davon waren lediglich 1.375 Frauen, das sind 22 %.<sup>6</sup>

### 3. Rechtsanwaltsanwärterinnen

#### 3.1. Schwangerschaft und Mutterschutz

Eine Schwangerschaft als tiefgreifend lebensveränderndes Ereignis ist auch im besonderen Maße geeignet, eine RAAin auf ihrem Weg zur RAin erst einmal aus der Bahn zu werfen. Schwangerschaft, Geburt und Kind/er stellen für Arbeitgeber\*innen wie -nehmer\*innen eine Herausforderung dar. Im Fall einer Schwangerschaft sind RAA\*innen gem § 3 Abs 4 des Mutterschutzgesetzes (MSchG)<sup>7</sup> verpflichtet, dies dem/der Arbeitgeber\*in zu melden. Danach greifen die MSch-Bestimmungen, wie insb die Beschäftigungsverbote für werdende und stillende Mütter bzw nach der Entbindung (§§ 3ff MschG), der Kündigungs- (§ 10 leg cit) und Entlassungsschutz (§ 12 leg cit) und das Überstundenverbot des § 8 MSchG. RAA\*innen und RA\*innen unterliegen einem anderen Regime der Alters-, Berufsunfähigkeits- und Hinterbliebenenversorgung als andere Berufsgruppen; gem § 49 Abs 1 Rechtsanwaltsordnung (RAO)<sup>8</sup> haben die Rechtsanwaltskammern (RAK) Einrichtungen zu deren Versorgung ua für den Fall des Alters einzurichten. Für Teil A der Versorgungseinrichtung haben RAA\*innen in Wien gem § 9 Abs 1 der Verordnung der Plenarversammlung der RAK Wien über die Höhe der Beiträge zu den Versorgungseinrichtungen (Umlagenordnung 2019)<sup>9</sup> monatlich Beiträge iHv € 253,75 zu entrichten. In den als Zusatzpension konzipierten Teil B der Versorgungseinrichtung sind RAA\*innen nicht eingebunden. Eine der zentralen Verbesserungen für RAAinnen in den letzten Jahren besteht darin, dass sie für die Zeit des MSch – idR acht Wochen vor bis acht Wochen nach der Entbindung (§ 3 Abs 1 iVm § 5 Abs 1 MschG) – von diesen Beiträgen befreit werden können. § 53 Abs 2 RAO normiert, dass die Umlagenordnung der jeweiligen RAK bestimmen kann, RAA\*innen über Antrag für die Dauer der

4 [slw.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/s\\_studienservice/Dokumente/Statistiken/studstat\\_72\\_2018W\\_5.pdf](http://slw.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/s_studienservice/Dokumente/Statistiken/studstat_72_2018W_5.pdf) (25.11.2018).

5 [slw.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/s\\_studienservice/Dokumente/Statistiken/studstat\\_72\\_2018S\\_5.pdf](http://slw.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/s_studienservice/Dokumente/Statistiken/studstat_72_2018S_5.pdf) (25.11.2018).

6 [rechtsanwaelte.at/kammer/kammer-in-zahlen/mitglieder/](http://rechtsanwaelte.at/kammer/kammer-in-zahlen/mitglieder/) (25.11.2018).

7 BGBl Nr 221/1979 idF BGBl I Nr 126/2017.

8 RGBl Nr 96/1868 idF BGBl I Nr 32/2018.

9 [rakwien.at/userfiles/file/Plenarversammlung/Umlagenordnung\\_2019.pdf](http://rakwien.at/userfiles/file/Plenarversammlung/Umlagenordnung_2019.pdf) (29.01.2019).

MSch-Zeit zur Gänze von der Leistung der Umlagen zu befreien. Wo eine Beitragsbefreiung vorgesehen ist, werden die entsprechenden Zeiten bei der Berechnung von Leistungen als Beitragsmonate berücksichtigt (§ 21 Satzung Teil A 2018).<sup>10</sup> In Wien gibt es diese Option für die Dauer eines Beschäftigungsverbots nach dem MSchG seit 2018.<sup>11</sup> Gesetzlich geregelt ist auch die Frage der Anrechenbarkeit der Zeiten des MSch. Um die Eintragungsfähigkeit als RA\*in erreichen zu können, müssen RAA\*innen eine gewisse Zeit der praktischen Verwendung in bestimmten rechtsberuflichen Tätigkeiten (insb bei einem/r RA\*in) aufweisen. Gem § 2 RAO sind Zeiten eines Beschäftigungsverbots nach dem MSchG hierauf anzurechnen. Während der Zeit des MSch besteht für RAAinnen Anspruch auf Wochengeld.

### 3.2. Elternkarenz

Im Anschluss an den MSch besteht gem § 15 MSchG ein Rechtsanspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistung gegen Entfall des Arbeitsentgeltes, die sog Karenz. Die Elternkarenz kann max. zweimal zwischen den Eltern geteilt werden, arbeitsrechtlich besteht Kündigungs- und Entlassungsschutz max. bis zum Tag vor dem 2. Geburtstag des Kindes. Während der Elternkarenz wird kein Gehalt bezogen, jedoch Kinderbetreuungsgeld (KBG) nach dem Kinderbetreuungsgeldgesetz (KBGG)<sup>12</sup>. Die Karenz kann durchaus auch länger dauern als der Bezug des KBG.<sup>13</sup> Anspruch auf Karenz haben Dienstnehmer\*innen, nicht jedoch freie Dienstnehmer\*innen und Selbständige. Für RAA\*innen besteht eine Teilpflichtversicherung in der Kranken- und Unfallversicherung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG)<sup>14</sup> und daher Anspruch auf Karenz und KBG. Leider werden RAA\*innen während der Karenzzeit nicht in das Altersvorsorgesystem der jeweiligen RAK einbezogen. Der ÖRAK verweist idZ auf die schwierige Finanzierbarkeit:

*„Wichtig zu wissen ist, dass die Versorgungseinrichtungen Teil A in der Kompetenz der Rechtsanwaltskammern liegen und daher selbständige Umlagensysteme sind, die von einer sehr kleinen Versicherungsgemeinschaft getragen werden. Jede Solidarleistung muss daher genau überlegt sein und durchgerechnet werden. Selbstverständlich werden laufend Überlegungen zur Verbesserung angestellt und freuen wir uns stets über konstruktive Anregungen.“<sup>15</sup>*

---

10 Verordnung der Vertreterversammlung des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages über die Versorgungseinrichtungen Teil A der österreichischen Rechtsanwaltskammern, [rechtsanwaelte.at/kammer/kundmachungen/oerak/](https://www.rechtsanwaelte.at/kammer/kundmachungen/oerak/).

11 Vgl Umlagenordnung 2018 A.III.2) sowie § 13 Umlagenordnung 2019.

12 BGBl I Nr 103/2001 idF BGBl I Nr 100/2018.

13 Vgl Information auf der Seite der Arbeiterkammer, [arbeiterkammer.at/beratung/berufundfamilie/Karenz/Karenz-Regelung.html#](https://www.arbeiterkammer.at/beratung/berufundfamilie/Karenz/Karenz-Regelung.html#) (25.11.2018).

14 BGBl Nr 189/1955 idF BGBl I Nr 99/2018.

15 Dr. Rupert Wolff, Präsident des ÖRAK aus Mailverkehr mit Autorinnen.

### 3.3. Wiedereinstieg

Vor Ende des MSch bzw der Karenz stellt sich die Frage, in welchem Stundenausmaß wieder zu arbeiten begonnen wird. Wenn die RAAin noch nicht alle Ausbildungsmonate hat, sollte jedenfalls beachtet werden, dass gem § 2 Abs 1 RAO nur eine Teilzeitbeschäftigung nach dem MSchG aliquot auf die Kernzeit anrechenbar ist. Ein Rechtsanspruch nach § 15h MSchG auf Elternteilzeit bis längstens zum Ablauf des 7. Lebensjahres des Kindes besteht nur in Betrieben mit mehr als 20 Arbeitnehmer\*innen, wenn das Arbeitsverhältnis drei Jahre ununterbrochen bestanden hat. Liegt ein solcher Fall nicht vor, gibt es noch die Möglichkeit, eine Teilzeitbeschäftigung gem § 15i MSchG zu vereinbaren; diese ist dann aber längstens bis zum Ablauf des 4. Lebensjahres des Kindes möglich. Ohne umfassenden Entlassungs- und Kündigungsschutz kann jederzeit mit dem/der Arbeitgeber\*in eine Teilzeitbeschäftigung vereinbart werden, diese ist auf die Kernzeit nicht anrechenbar. Vor dem Hintergrund, dass eine Teilzeitbeschäftigung ohnedies mit finanziellen Einbußen einhergeht und eine zusätzliche Belastung des Familienbudgets darstellt, ist zu berücksichtigen, dass auch bei Teilzeitbeschäftigung – unabhängig von der Einkommenshöhe – der Beitrag zur Versorgungseinrichtung Teil A (und der Kammerbeitrag iHv dzt jährlich € 206,-) in Wien in voller Höhe zu entrichten sind.<sup>16</sup> Selbst wenn die Übernahme der Beiträge zur Versorgungseinrichtung durch den/die Ausbildungsanwält\*in vereinbart wurde, ist diese Regelung problematisch, da nicht alle Arbeitgeber\*innen bereit sind, derart hohe Beiträge für eine Teilzeitkraft abzuführen.

*„Die größte Hürde war die Suche nach einer Konzipienten-Anstellung. Einer der potentiellen Arbeitgeber, dem ich in einem persönlichen Gespräch meine familiäre Situation offenlegte, gab unverblümt zu, ich wäre aufgrund meiner Qualifikation für die ausgeschriebene Stelle zwar „perfekt geeignet“, er könne mich jedoch nicht anstellen, weil eine dreifache Mutter als Angestellte für seine Kanzlei ein ‚zu großes Risiko‘ wäre.“<sup>17</sup>*

*„Ich erinnere mich an die absurde Erzählung einer hochqualifizierten Kollegin, die nach ihrer Karenz eine neue Stelle auf Teilzeitbasis suchte: eine größere Kanzlei bot ihr eine solche Stelle ernsthaft an mit: ‚ganz sicher nur 40 Stunden Teilzeit die Woche.‘ Die Kolleg\*innen könnten mehr echte Teilzeitstellen anbieten bzw flexibler hinsichtlich Teleworking sein.“<sup>18</sup>*

*Warum hast du dich gegen den Beruf als RAAin entschieden? „Weil ich mich nicht in die Selbständigkeit begeben wollte, schon gar nicht mit 1 oder 2 Kindern. Ich wollte finanzielle und tatsächliche Sicherheit, die Möglichkeit ohne Probleme Teilzeit zu arbeiten und ggf auch eine betreuungstechnische Absicherung.“<sup>19</sup>*

16 Vgl § 6 Verordnung der Plenarversammlung der Rechtsanwaltskammer Wien über die Höhe der Beiträge (Beitragsordnung 2019), rakwien.at/userfiles/file/Plenarversammlung/Beitragsordnung\_2019.pdf (29.01.2019).

17 *Anonym*, selbständige RAAin, 3 Kinder.

18 *Mag.<sup>a</sup> Nadja Lindenthal*, selbständige RAAin, 2 Kinder.

19 *Mag.<sup>a</sup> Bettina Wladar*, RAAin von 2007 bis 2012, 2 Kinder.

## 4. Rechtsanwältinnen

*„Grundsätzlich muss das Bild von Anwält\*innen, die jederzeit verfügbar sind und von denen erwartet wird, dass sie 60 Stunden und mehr arbeiten, geändert werden. Es ist auch für die anwaltliche Tätigkeit nicht notwendig.“<sup>20</sup>*

*„Ich hätte gerne bessere Infos über die Erleichterungen seitens der RAK erhalten, die man als werdende Mutter bzw als junge Mutter erhält.“<sup>21</sup>*

RA\*innen können nicht nur in den verschiedensten Bereichen, sondern auch in unterschiedlicher Weise (als angestellte RA\*in, Einzel-RA\*in, RA\*in in Regiogemeinschaft, Partner\*in in einer Sozietät) tätig sein. Die Arbeitsform kann an die persönlichen Lebensvorstellungen angepasst werden, sofern es die äußeren Faktoren wie Startkapital, Kinderbetreuungstruktur, sozialer Rückhalt – ein afrikanisches Sprichwort besagt, *um ein Kind zu erziehen, braucht es ein ganzes Dorf* – und Solidarität in der Kolleg\*innenschaft zulassen. Aufgrund der zu verzeichnenden Veränderung des Geschlechterverhältnisses<sup>22</sup> in der RA\*innenschaft engagiert sich auch die Standesvertretung zunehmend für die Schaffung besserer rechtlicher Rahmenbedingungen, um den Beruf der RA\*in mit der Elternschaft besser in Einklang bringen zu können. Leider bestehen aufgrund der föderalistischen Struktur in den Bundesländern weiterhin recht unterschiedliche Regelungen.<sup>23</sup>

### 4.1. Selbständige Rechtsanwältinnen

*„Keine soziale Absicherung, kein Mutterschutz (das führte dazu, dass mein Mann sich in der Zeit zwischen Geburt und de facto Ende des Mutterschutzes/Beginn seiner Karenz Urlaub nehmen musste), ständige Erreichbarkeit für Klient\*innen; Sorge, dass Klient\*innen die RA\*in wechseln.“<sup>24</sup>*

*„Aber die Freiheit, die einem die Selbständigkeit gibt, um sich so viel um sein Kind zu kümmern, wie man sich das einteilt, bleibt einem den Rest des Berufslebens erhalten.“<sup>25</sup>*

#### 4.1.1. Schwangerschaft und Mutterschutz?

Selbständige RA\*innen unterliegen hinsichtlich ihrer Sozialversicherung sowohl bei Kranken- als auch Unfall- und Pensionsversicherung besonderen Bestimmungen. Schon anlässlich der Eintragung in die Liste der RA\*innen besteht die Möglichkeit, zwischen

20 Mag.<sup>a</sup> Barbara Steiner, selbständige RAin, 1 Kind.

21 Anonym, selbständige RAin, 1 Kind.

22 Vgl dazu die Entwicklung der Mitgliederzahlen der letzten Jahre, [rechtsanwaelt.at/kammer/kammer-in-zahlen/mitglieder/](https://rechtsanwaelt.at/kammer/kammer-in-zahlen/mitglieder/); während im Jahr 2004 nur 13,36% der RA\*innen Frauen waren, waren es (nach einem kontinuierlichem Anstieg von etwa 0,5–1,5% pro Jahr) im Jahr 2017 bereits 22,04%.

23 Vgl dazu weiter unten, 4.1.2.

24 Dr.<sup>in</sup> Anja Oberkofler, früher selbständige RAin, 2 Kinder.

25 Dr.<sup>in</sup> Christine Fidler-Faßmann, selbständige RAin, 1 Kind.

drei Varianten der Krankenversicherung zu wählen. Es sind dies der Beitritt zum Gruppenkrankenversicherungsvertrag (GKV) zwischen der RAK und der privaten Versicherungsgesellschaft UNIQA, die Selbstversicherung nach § 14a Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz (GSVG)<sup>26</sup> sowie die Selbstversicherung nach § 16 ASVG.

Während einer Schwangerschaft und für den Zeitraum des Bezugs von Wochengeld besteht grundsätzlich Krankenversicherungsschutz.<sup>27</sup> Das Wochengeld sollte dabei helfen, die wirtschaftliche Situation rund um die Geburt zu entlasten, einen echten Einkommensersatz kann es aber allein aufgrund der hohen Fixkosten des selbständigen RA\*innenberufs nicht darstellen. Schon die Kosten für eine Regiegemeinschaft in Wien belaufen sich derzeit erfahrungsgemäß auf zwischen € 1.000,- plus USt und ca. € 2.500,- plus USt je nach beanspruchten Leistungen. Ohne Kostenteilung ist die erforderliche Infrastruktur idR noch teurer. Zudem laufen der Kammerbeitrag, die Beiträge zu den Versorgungseinrichtungen sowie die Versicherungsbeiträge<sup>28</sup> weiter, sofern nicht ausnahmsweise Befreiungen beantragt werden können. Ob und nach welchen Bestimmungen eine RAin Anspruch auf Wochengeld hat, richtet sich nach der von ihr gewählten Form der Krankenversicherung. Wochengeld gebührt grundsätzlich für acht Wochen vor und acht Wochen nach der Geburt.<sup>29</sup> RAinnen, die im Rahmen des GKV bei der UNIQA versichert sind, können eine wochengeldähnliche Leistung in Höhe von € 54,20 pro Tag (2018) beziehen.<sup>30</sup> Freilich hängen sämtliche Leistungen der UNIQA (ua Refundierung von Behandlungskosten) vom Fortbestand der Versicherung ab; lässt sich eine RAin also anlässlich der Schwangerschaft oder Geburt ihres Kindes aus der Liste der RA\*innen streichen, fällt damit auch automatisch der an die Tätigkeit gekoppelte Versicherungsschutz weg. Arbeitet sie bis zur Entbindung weiter und lässt sich unmittelbar nach der Geburt von der Liste der RA\*innen streichen, verliert sie für den Zeitraum danach den Anspruch auf Wochengeld der UNIQA.<sup>31</sup> IdR kommt es auch nach dem GSVG seitens der Sozialversicherungsanstalt (SVA) zur Gewährung von Wochengeld (im Jahr 2018: € 53,96 pro Tag). Dort besteht unter (ua) der Voraussetzung der Unterbrechung der selbständigen Erwerbstätigkeit die Möglichkeit zur Beitragsbefreiung bei Wochengeldbezug (§ 4 Abs 1 Z 10 GSVG). Da eine Unterbrechung der Erwerbstätigkeit vor der Geburt jedoch schädlich für den Anspruch auf einkommensabhängiges KBG (ea KBG) wäre, ist dies nur für RAinnen empfehlenswert, die lediglich eine pauschale Bezugsvariante desselben wählen. Selbstversicherte gem § 16 ASVG haben keinen Anspruch auf Wochengeld (§ 162 Abs 5

26 BGBl Nr 560/1978 idF BGBl I Nr 7/2019.

27 Vgl ÖRAK, Info Guide für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Selbständig und Familie, rechtsanwaelte.at/buergerservice/infocorner, 6f u 13.

28 Auch für die Haftpflichtversicherung.

29 Vgl ÖRAK, aaO 10ff mit weiterführenden Informationen.

30 Vgl ebd 10f.

31 Durch den Abschluss einer Anwartschaftsversicherung ist zwar eine spätere Rückkehr in den alten Versicherungsvertrag, bis dahin jedoch kein Leistungsbezug möglich; vgl auch S 17 der Broschüre.

Z 2 ASVG).<sup>32</sup> In der Praxis stellen die unterschiedlichen Versicherungskonditionen und die mangelnde Übersichtlichkeit der Wochengeld- und Kinderbetreuungsgeldleistungen ein Problem dar.

#### 4.1.2. Elternkarenz?

Die Schutzbestimmungen des MSchG sind auf Selbständige nicht anwendbar, weswegen es auch keinen Anspruch auf Karenz gibt.<sup>33</sup> Angenommen wird, dass Selbständige grundsätzlich ihre Arbeitsmodalitäten und ihr Arbeitspensum selbst bestimmen könnten, sodass sie nicht schützenswert seien. Diese Hypothese geht an der Arbeitsrealität jedoch vorbei.<sup>34</sup> Theoretisch können Karenzregelungen in Verträge aufgenommen werden, allein die Forderung danach schwächt jedoch va in kleineren Kanzleistrukturen häufig die Verhandlungsposition insb in Bezug auf die finanzielle Stellung.

Nach der Geburt haben selbständige RA\*innen grds Anspruch auf KBG. Zu beachten ist, dass für den Bezug von ea KBG eine Unterbrechung der Erwerbstätigkeit vor Geburt des Kindes nicht erfolgen darf. Da das ea KBG als Einkommensersatz dienen soll, besteht ein Anspruch grundsätzlich nur dann, wenn die Erwerbstätigkeit in den letzten 182 Kalendertagen unmittelbar vor der Geburt des Kindes durchgehend bestand (§ 24 KBGG). Eine Streichung von der Liste der RA\*innen gilt als Unterbrechung der Erwerbstätigkeit und ist damit schädlich für den Anspruch auf ea KBG.<sup>35</sup> Das bedeutet: wer das ea KBG in Anspruch nehmen möchte, muss am Tag der Entbindung noch – mit allen damit verbundenen Kosten – erwerbstätig sein. Durch den Bezug von KBG tritt automatisch eine Pflichtversicherung nach § 14b GSVG ein, sodass eine etwaige kostenpflichtige Versicherung nach § 14a GSVG oder § 16 ASVG endet und nach Ende des KBG-Bezugs wiederauflebt. Auch für privat Versicherte entsteht mit Bezug des KBG voller Krankenversicherungsschutz bei der GKK, sodass sie die Option haben, den GKKV zu kündigen und nach Wegfall des KBG-Bezugs wieder beizutreten.<sup>36</sup> Hinsichtlich der Pensionsversicherung besteht für alle RA\*innen die Pflicht zur Versicherung in der Versorgungseinrichtung Teil A und Teil B der jeweiligen RAK.<sup>37</sup> Die quartalsweise vorgeschriebenen Beitragszahlungen in beträchtlicher Höhe<sup>38</sup> sind nicht von den Einkünften als RA\*in abhängig, sondern es handelt sich um fixe Beträge nach der Umlagenordnung der jeweiligen RAK. Dies bedeutet, dass Großverdiener\*innen grds den gleichen Beitrag zu leisten

---

32 Vgl ÖRAK, aaO 11ff.

33 Vgl ebd 7 u 13.

34 Vgl dazu auch die zitierten Erfahrungen der Kolleginnen. UE sind va die gesundheitlichen Auswirkungen des praktisch fehlenden Schutzes für Mutter und Kind bedenklich, wobei auf die allgemeine Problematik des fehlenden Mutterschutzes für Selbständige zu verweisen ist.

35 Vgl ebd 13ff.

36 Vgl ebd 17 mit weiteren Infos.

37 Vgl insb § 49 RAO sowie die Satzungen des ÖRAK und Umlagenordnungen der jeweiligen RAK.

38 Vgl Umlagenordnung 2019 der RAK Wien: der Beitrag zur Versorgungseinrichtung Teil A beträgt gem § 7 leg cit jährlich € 9.708,- (monatlich € 809,-), der Beitrag zu Teil B gem § 16 leg cit € 5.220,- (monatlich € 435,-).

haben wie RA\*innen, die kaum ihre Fixkosten zu decken vermögen. Sie gelten allgemein auch für die Schwangerschaft und die Zeit nach der Geburt eines Kindes. Das System unterstützt keine „Teilzeit-RA\*innenschaft“ und ist noch immer am uE nicht mehr zeitgemäßen Modell der/des weit mehr als 40 Wochenstunden tätigen RA\*in orientiert.

*„Durch die Geburt ist eine RAin mehr oder weniger kurz nicht einsatzfähig. Dies führt zu Lösungsbedarf auf zwei Ebenen (aus Sicht einer Einzelkämpferin): einerseits laufen die Fixkosten der eigenen Kanzlei weiter, denen kein laufendes Einkommen gegenübergestellt werden kann und andererseits sind laufende Mandate weiter zu betreuen.“<sup>39</sup>*

Erst in den vergangenen Jahren wurden spezifische punktuelle Erleichterungen iZm den Versorgungseinrichtungen anlässlich der Geburt eines Kindes vorgesehen, dies leider nicht gleichermaßen in allen Bundesländern.<sup>40</sup> Seit 2017 ist auch für RAinnen eine gänzliche Beitragsbefreiung für die Beiträge zum Teil A für den der Dauer eines Beschäftigungsverbots nach dem MSchG entsprechenden Zeitraum möglich (§ 53 Abs 2 Z 4 lit b RAO), wenn die Umlagenordnung der RAK des Landes eine entsprechende Regelung vorsieht,<sup>41</sup> was derzeit leider noch nicht österreichweit der Fall ist. Binnen eines Jahres nach der Geburt oder Adoption eines Kindes besteht hinsichtlich Teil A seit 2013 weiters die Möglichkeit der Beantragung einer Beitragsermäßigung; für maximal 12 Monate kann der Beitrag auf jenen von RAA\*innen herabgesetzt werden (§ 53 Abs 2 Z 4 lit a RAO). Dies ist aber nur in jenen Bundesländern möglich, in denen die Umlagenordnung der RAK eine entsprechende Regelung vorsieht und ermäßigte Beitragsmonate werden bei der Berechnung von Leistungen nach der Satzung Teil A 2018 nur aliquot als Beitragsmonate zugrunde gelegt (vgl § 20 der Satzung Teil A 2018), was bedeutet, dass auch der Pensionsanspruch entsprechend gemindert wird.

Für Wiener RA\*innen besteht diese Möglichkeit gem § 12 der Umlagenordnung 2019. In Wien ist ein Elternteil weiters für die Dauer eines Jahres ab dem der Geburt des Kindes folgenden Monatsersten von der Hälfte der Kanzleiabgabe befreit.<sup>42</sup> Für Teil B der Pension gibt es generell eine Möglichkeit einer einkommensabhängigen Reduktion der Beitragszahlungen, welche auch bei Einkommenseinbußen iZm der Geburt eines Kindes genutzt werden kann. Es wird dabei darauf abgestellt, dass der Gewinn oder Einnahmenüberschuss bestimmte Grenzbeträge nicht überschreitet. Es sind mehrere Grenzwerte vorgesehen und kann in Abhängigkeit davon ein Antrag auf Beitragsermäßigung gestellt werden (§ 8 Satzung Teil B 2018).<sup>43</sup> Auch hier ist nur eine aliquote Berücksichtigung der Beitragsmonate vorgesehen (vgl § 20 der Satzung Teil A 2018). Die jeweiligen RAK der Länder bieten weiters unterschiedliche Erleichterungen anlässlich der Geburt eines Kindes wie die Befreiung von der Verfahrenshilfe und die Organisation eines „Sub-

39 Dr.<sup>in</sup> Christine Fidler-Faßmann, selbständige RAin, 1 Kind.

40 Einen Überblick zu den unterschiedlichen Regelungen bietet die Broschüre des ÖRAK, 20ff.

41 Zu dieser auch für RAAinnen möglichen Erleichterung vgl bereits 3.1.

42 Vgl § 12 Verordnung der Plenarversammlung der Rechtsanwaltskammer Wien über die Höhe der Beiträge (Beitragsordnung 2019). Die jährliche Kanzleiabgabe beträgt gem § 5 Abs 1 lit a leg cit € 710,-.

43 Für Wien zB §§ 16ff der Umlagenordnung 2019. Vgl Satzung Teil B, rechtsanwaelt.e.at/kammer/kundmachungen/oerak.

stitutionspools<sup>44</sup> für RA\*innen an, welche jedoch durchwegs antragsbedürftig und bundesweit nicht einheitlich geregelt sind.<sup>45</sup>

### 4.1.3. Wiedereinstieg

Da es keine gesetzlichen Karenz- oder Teilzeitregelungen für Selbständige gibt, bleibt die Frage nach den Modalitäten eines de facto Aus- und Wiedereinstiegs bei Fortbestand der RA\*innenschaft Vereinbarungssache der RA\*in mit ihrer Kanzlei. Es liegt hier im Ergebnis leider an der Einstellung der Kanzlei/der Partner\*innen, inwieweit eine Vereinbarkeit von Beruf und Betreuungspflichten gegeben ist. Damit ist Mutterschaft ganz klar immer noch ein Karrierehindernis. Dem Aspekt der (fehlenden) Solidarität bzw Akzeptanz in der Kolleg\*innenschaft kommt in der Praxis damit große Bedeutung zu. Häufig mangelt es leider an der Bereitschaft, notwendige Kompromisse einzugehen. Sollte einer Frau eine durchgehende Tätigkeit in der Kanzlei aus welchen Gründen auch immer nicht möglich oder zumutbar sein und keine Lösung mit der Kanzlei/den Partner\*innen gefunden werden, besteht wie bereits dargelegt, aus Sicht der RAK jederzeit die Option einer Streichung von der Liste der RA\*innen. In Hinblick auf den Bezug von Wochengeld und ea KBG ist jedoch wie dargelegt Vorsicht geboten, um keine Ansprüche zu verlieren. Keine Erleichterungen sind für den Fall vorgesehen, dass eine Frau nach Zurücklegung der RA\*innenschaft anlässlich der Schwangerschaft/Geburt eines Kindes jene erst nach einiger Zeit wieder aufnimmt, während für Ersteintragungen in die Liste der RA\*innen gewisse Beitragsreduktionen<sup>46</sup> und uU auch Neugründungsförderungen<sup>47</sup> zur Anwendung kommen können.

## 4.2. Exkurs: Angestellte Rechtsanwältinnen

*Was würdest Du einer Frau mit Kinderwunsch, die die Anwält\*innen-Laufbahn einschlagen möchte, gerne mit auf den Weg geben? – „Besser angestellte Anwältin / Konzi bleiben!“<sup>48</sup>*

Auch angestellte RA\*innen unterliegen hinsichtlich der Sozialversicherung besonderen Bestimmungen: Es besteht eine Teilpflichtversicherung in der Kranken- und Unfallversicherung nach dem ASVG, die Pensionsversicherung läuft hingegen verpflichtend über Versorgungseinrichtung Teil A und Teil B der RAK. Die Erleichterungen iZm den Versorgungseinrichtungen der Kammer bei Schwangerschaft und Geburt sind mit jenen für selbständige RA\*innen ident.<sup>49</sup> Auf angestellte RA\*innen kommen weiters die Schutz-

44 Dzt nur in OÖ und Tirol.

45 Vgl ÖRAK, aaO 20ff unter Hinweis auf die Regelungen der jeweiligen Kammern der Bundesländer.

46 ZB § 17 der Wiener Umlagenordnung 2019.

47 Vgl Neugründungs-Förderungsgesetz BGBl I Nr 106/1999 iF BGBl I Nr 40/2017.

48 *Anonym*, selbständige RAin, 2 Kinder.

49 Vgl ÖRAK, Info Guide für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Angestellt und Familie, [rechtsanwaelte.at/buerger-service/infocorner](http://rechtsanwaelte.at/buerger-service/infocorner), 6f.

bestimmungen des MSchG zur Anwendung<sup>50</sup> und besteht Anspruch auf Wochengeld nach dem ASVG wie für RAA\*innen.<sup>51</sup> Zu Elternteilzeit und KBG kann auf die obigen Ausführungen zu angestellten RAA\*innen verwiesen werden, insb auch was die Problematik des Teilzeitwiedereinstiegs betrifft. Zu beachten ist, dass eine Austragung aus der Liste der RAA\*innen als Unterbrechung der Erwerbstätigkeit gilt und somit schädlich für den Anspruch auf ea KBG sein kann.<sup>52</sup>

## 5. Fazit

Trotz merklicher Verbesserungen in den vergangenen Jahren gibt es also immer noch einige Hürden, die die Vereinbarkeit von RA\*innen-Dasein und Familie erschweren. Manche davon gehen wohl unweigerlich mit diesem Beruf einher, wie die hohe Stressbelastung und das notwendig kurzfristige Terminmanagement. Andere ließen sich mit weiteren Verbesserungen der strukturellen Rahmenbedingungen durch Gesetzgebung, Standesvertretung und Kolleg\*innenschaft aus der Welt schaffen. Für eine bessere soziale Absicherung von RAA\*innen wäre eine Einbeziehung in die Vorsorgeeinrichtungen der RAK auch während der Karenzzeiten wünschenswert; um für sie einen gleichberechtigten Zugang zum Beruf der RA\*in zu schaffen, sollten die standesspezifischen Rahmenbedingungen für einen Teilzeitwiedereinstieg verbessert werden. Zu nennen wären hier zB die Möglichkeit einer Reduktion der Beiträge (ohne Verringerung der Alterspension) wie auch eine generelle Akzeptanz von RAA\*innen mit Kind(ern), die den Wunsch nach familienfreundlichen Arbeitszeiten haben. Das würde es auch RAA\*innen, die schon Mütter sind, erleichtern, eine Stelle zu finden. Auch bei RAinnen ließen sich viele der mit Mutterschaft einhergehenden Schwierigkeiten durch finanzielle Erleichterungen lösen. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen für den Bezug des ea KBG sollten dahingehend geändert werden, dass ein Bezug auch dann möglich ist, wenn nicht faktisch bis zum Tag der Geburt des Kindes gearbeitet wird. Hilfreich könnten auch Empfehlungen oder Richtlinien seitens der Standesvertretung sein, was die Aufteilung von Fixkosten oä in Regiegemeinschaften und Partner\*innenschaften betrifft, wenn eine RAin aufgrund von Geburt oder Karenz vorübergehend nicht einsetzbar ist. Dies scheint für den ÖRAK zumindest vorstellbar:

*„In der Praxis werden solche Regelungen derzeit immer sehr individuell von den selbständigen RA/RAinnen bzw. Partner/innen getroffen, da dadurch auf die speziellen Anforderungen konkret und richtig eingegangen werden kann. Ich kann mir aber gut vorstellen, hierzu eine Bedarfserhebung durchzuführen und dann weitere Überlegungen anzustellen.“<sup>53</sup>*

50 Zum Entlassungs- und Kündigungsschutz des MSchG vgl bereits oben.

51 Vgl ÖRAK, aaO 10f.

52 Vgl ebd 12ff.

53 Dr. Rupert Wolff, Präsident des ÖRAK.

Eine generelle Befreiung von den an die Kammer zu zahlenden Beiträgen und Abgaben während der Karenz bei gleichzeitiger Einbeziehung in die Altersversorgung und eine längerfristige Befreiung von der Verfahrenshilfe wären wünschenswert. Für Teilzeitwiedereinsteigerinnen wären die oben erwähnten, auch für RAAinnen wünschenswerten Erleichterungen zu nennen. Im Zuge der Erarbeitung dieses Artikels haben wir einige Kolleginnen mit Kindern befragt, wie es ihnen ergangen ist – vielen Dank ihnen und auch dem ÖRAK für die Unterstützung. Auffällig ist, dass viele der Kolleginnen ihre strukturelle Kritik nicht unter namentlicher Nennung artikulieren wollten. Wir wollten ihnen umso mehr eine Stimme geben. Auf den Punkt gebracht: RAin und Mutter zu sein, ist eine Herausforderung. Es ist anstrengend, erfordert Unterstützung und ein hohes Maß an Organisation, aber es ist machbar. Wir hatten oft das Gefühl, als Mütter in der RA\*innenschaft eher Ausnahmerecheinungen zu sein – sind wir auch in Anbetracht der Zahlen; aber es gab sie und gibt sie, Kolleginnen mit Kindern, und es ist zu hoffen, dass sich trotz aller Hürden immer mehr Frauen und Mütter für den Beruf der RAin entscheiden werden.

*„Einzelne (singuläre) Maßnahmen zur Verbesserung dürfen mE nicht darüber hinwegtäuschen, dass derzeit eher Rückschritte in Richtung einer traditionellen Rollenzuschreibung der Frauen als primär Zuständige für Kinder und Pflege zu gewärtigen sind. Mit dem nachhaltigen Mangel an Frauen in höheren Funktionen in Wirtschaft und Gesellschaft, den (wachsenden!) Einkommensdifferenzen, der endemischen Gewalt an Frauen im sozialen Nahraum seien nur einige der Indikatoren für den gesellschaftlichen Backlash genannt.“<sup>54</sup>*

*„Es ist notwendig durch aktive Maßnahmen zu vermitteln, dass auch Anwälte Väter sind und auch Kinderbetreuung übernehmen können/müssen/sollen. Hier braucht es Werbeinschaltungen der RAK!“<sup>55</sup>*

*„Wir werden mehr. Wir müssen lauter werden.“<sup>56</sup>*

Mag.<sup>a</sup> Iris Dullnig ist RAAin (Teilzeit) in Wien, 2 Kinder, und absolvierte die RA\*innenprüfung mit einem Kind; iris.dullnig@gmx.at

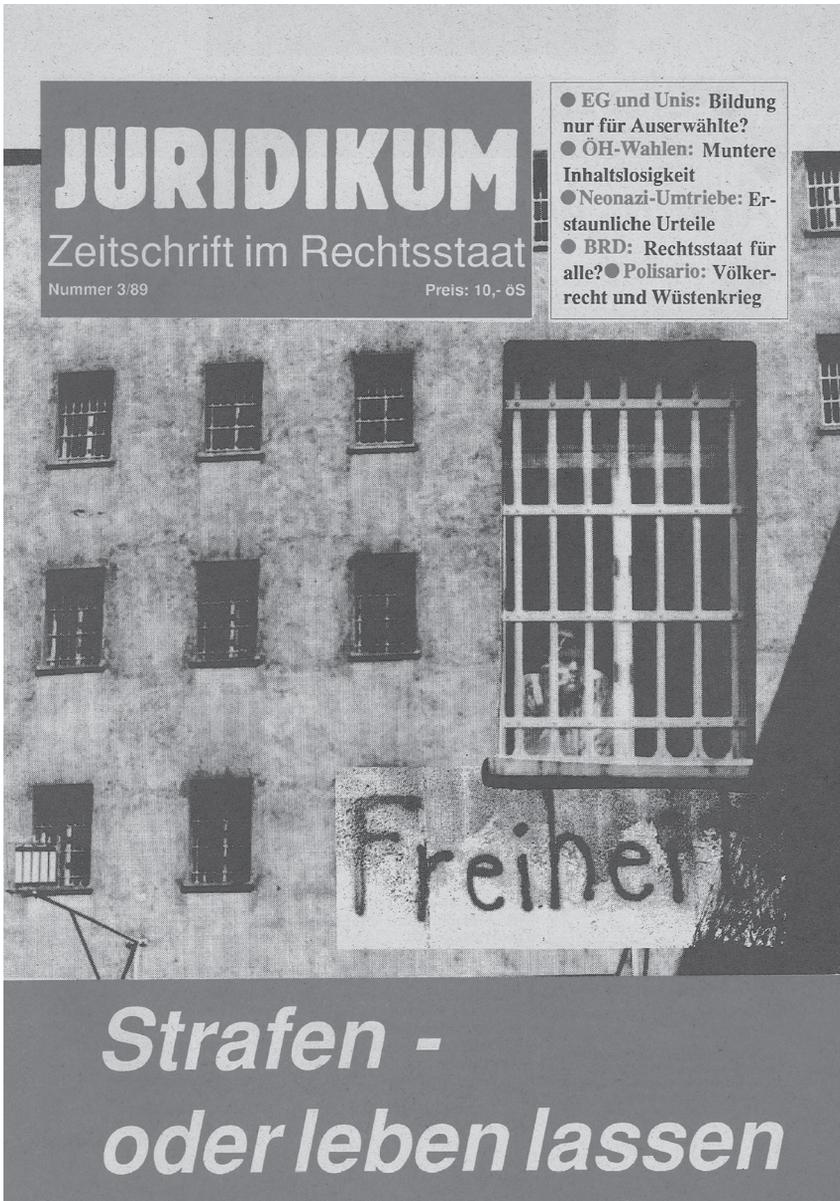
Dr.<sup>in</sup> Julia Ecker ist selbständige RAin in Wien, 2 Kinder, und war bis zur Geburt ihres 2. Kindes Partnerin einer kleinen Kanzlei. Da ihr mitgeteilt wurde, eine weitere Karenz sei für das Büro wirtschaftlich nicht tragbar, verzichtete sie vorübergehend auf die Ausübung der RA\*innenschaft und ist seit Jänner 2019 wieder als RAin tätig; office@immigrationlaw.at

MMag.<sup>a</sup> Petra Limberger ist RAAin (Teilzeit) in Wien, 1 Kind, und verzichtet nach der Karenz trotz Eintragungsfähigkeit aufgrund der in Relation zu einer Teilzeitbeschäftigung hohen Kosten vorläufig auf die Eintragung als RAin; petra.limberger@yahoo.de

<sup>54</sup> Anonym, früher RAin, 1 Kind.

<sup>55</sup> Mag.<sup>a</sup> Barbara Steiner, selbständige RAin, 1 Kind.

<sup>56</sup> Mag.<sup>a</sup> Julia Kolda, RAin, 1 Kind.



Titelblatt von juridikum 3/1989, Strafen – oder leben lassen.

# Umgang mit Kriminalität: Ultima ratio oder populistischer Aktionismus

Andreas Zembaty

---

Kriminalität wird trotz ihres vergleichsweise geringen Stellenwerts hinsichtlich alltäglicher Risikosituationen immer wieder Gegenstand heftiger öffentlicher Diskussionen. Der Autor hält anhand von Ereignissen der jüngeren Vergangenheit ein erneuertes Plädoyer<sup>1</sup> für einen vernunftgeleiteten Umgang mit Kriminalität.

## 1. Zuviel gefürchtet ist auch gestorben

Die Globalisierung von Strategien und Entscheidungsfindungen durch Wirtschaftsunternehmen jenseits nationaler und politischer Verantwortlicher schafft in der Bevölkerung Unsicherheit und den Ruf nach nationalistischen, regionalen, monokausalen Erklärungen und Lösungen. Globale Migrationsbewegungen befördern dazu nationale Abschottungstendenzen, insg. entsteht ein Trend zu populistischer Politik.

Darüber hinaus haben wir als Individuen täglich steigendes Unbehagen zu bewältigen. Multitasking als Alltagsanforderung und die ständige Sensibilität gegenüber der Außenwelt resultiert in einer Hypersensibilität, die wiederum zu wiederkehrenden, scheinbar grundlosen Angstgefühlen führen kann. Es entsteht in uns eine diffuse Angst, die, genährt durch kontinuierliche mediale Darstellungen von Angst-Szenarien, eine als real empfundene Bedrohung in uns aufbaut. Paradox: Wenn wir uns davor schützen wollen, konsumieren wir noch mehr von diesen Medien in der Hoffnung, dann ja gut informiert und damit auch vorbereitet zu sein.

Boulevardmedien und politischer Populismus profitieren von diesen Angstprozessen. Sie intensivieren die Unsicherheitsgefühle und wirken einerseits für die eigene Angst bestätigend und geben andererseits gleichzeitig schnelle, vereinfachende „Lösungen“ vor. Beiden ist gemeinsam, dass sie nie entwarnen, nie deeskalieren sondern gefangen in der eigenen Dynamik immer mehr vom Selben anbieten, um weiterhin bedeutend und va les- und wählbar zu bleiben.

Verstärkt wird dieser Effekt noch durch soziale Medien, in denen wir durch andere Userinnen und User quasi unmittelbare, unverfälschte Informationen von *Tatorten* aller

---

<sup>1</sup> Siehe Beiträge des Autors in den ersten Jahren des *juridikum*: Zembaty, Vollzieht die Resozialisierung, *juridikum* 1992/2, 18; Zembaty, „Bewährungshilfe“: ein kriminalpolitisches Labor, *juridikum* 1989/3, 15.

Art erfahren. Ohne Zwischenschaltung von in die Kritik geratenen Medien, anscheinend authentisch, anscheinend echt. So entsteht das Gefühl, dass es jederzeit und allen passieren kann. Die Distanz zum Geschehen wird scheinbar aufgegeben, die emotionale Reaktion dominiert – und soll dominieren. Am Ende steht ein Realitätsverlust, das reale Risiko wird falsch eingeschätzt. Das subjektive Sicherheitsgefühl widerspricht der objektiven Sicherheitslage.<sup>2</sup>

Wie können wir als Zivilgesellschaft, zB als Mitarbeiter/in einer NGO, all dem entgegenwirken? Ich arbeite seit 39 Jahren in der Straffälligen- und Opferhilfe beim Verein NEUSTART.<sup>3</sup> Wir engagieren uns im Bereich der Resozialisierung, der Opferhilfe und der Prävention. Es gehört zur Aufgabe von NEUSTART, sich gem der Organisationsleitbilder und mit dem Erfahrungshorizont der alltäglichen Praxis öffentlich zu positionieren. Die anschauliche Darstellung unserer Leistungsangebote und nachvollziehbare Wirkungsnachweise schaffen eine Gegenwelt zu den herrschenden Kassandrarufern.

Nicht nur die Konkurrenz unter den Medien schafft Nachfrage für diese „Geschichten“ der anderen Art. Auch der Trend zur Abwehr von „fake news“ schafft Platz für sauber recherchierte Berichte. In einer post-faktischen Zeit braucht es von uns das Engagement, eine faktenorientierte Expertise mit einer gleichzeitig emotional nachvollziehbaren Verpackung (Darstellung menschlicher Schicksale) zu veröffentlichen.

Sicherheit als zentrales Anliegen der Bevölkerung darf nicht auf eine boulevardesk dargestellte Kriminalität reduziert werden. Sicherheit ist primär ein sozialpolitisches Thema: Arbeit, adäquate Wohn- und Gesundheitsversorgung und die Integration in die Gesellschaft sind ihre zentralen Parameter.

## 2. *Lindsay Lohan* – die Zukunft des Strafens?<sup>4</sup>

Wegen Trunkenheit am Steuer und Fahrerflucht bei einem Unfall im Jahr 2007 wurde *Lindsay Lohan* zu zehn Stunden gemeinnütziger Arbeit sowie zu einer Haftstrafe verurteilt. Nach 84 Minuten wurde sie enthaftet. Der Grund: Überfüllung. Nach Nichteinhaltung der Bewährungsauflagen (die elektronische Fußfessel meldete Alkoholkonsum) wurde sie zu einer 90-tägigen Freiheitsstrafe verurteilt.

Es gibt 2,4 Millionen Inhaftierte in den USA. Jeder dritte Inhaftierte ist Afroamerikaner, auch Latinos sitzen überproportional oft im Gefängnis; in den Familien dieser Bevölkerungsgruppen kennen also alle einen, der in Haft war.<sup>5</sup> In Canon City (Colorado) leben 47.500 Menschen. Gleichzeitig sind 7.600 in dieser Stadt in Haft, was 16% der Bevöl-

2 Sicherheitsbericht 2017, Bericht über die Tätigkeit der Strafjustiz BMVRDJ, justiz.gv.at/web2013/file/2c94848525f84a630132fdbd2cc85c91.de.0/sicherheitsbericht%202017%20bmvrdj.pdf?forcedownload=true (4.2.2019).

3 neustart.at (4.2.2019).

4 Erweiterte Überlegungen finden sich in folgendem Beitrag: *Zembaty, Lindsay Lohan – die Zukunft des Strafens*, Neustart, 14.7.2010, neustart.at/at/de/blog/entry/3101 (28.1.2019).

5 *Moll*, Abschied vom Traum einer poststrassistischen Gesellschaft, Zeit Online v 15.8.2014, zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2014-08/usa-rassismus-brown (17.1.2019).

kerung entspricht. Grund: die größte Ansammlung von privaten und öffentlichen Gefängnissen. Darunter das Hochsicherheitsgefängnis *Supermax*, in dem aus Sicherheitsgründen das Bett, der Sessel und der Tisch in der Einzelzelle aus Beton sind und ein zehn Zentimeter breiter Lichtschlitz die einzige Verbindung zur Außenwelt darstellt.<sup>6</sup>

Aber auch viele Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Sicherheitspersonals leiden unter diesen Bedingungen – sie entwickeln eine Art Burnout-Syndrom (*correction fatigue*). In der Alltagskommunikation, ob zu Hause oder mit Häftlingen, werden nur Ja- und Nein-Antworten akzeptiert. Positive Gefühlsäußerungen werden grundsätzlich ausgespart. Pessimismus und Zynismus herrschen vor. Der eigene sowie der Wert anderer wird geringgeschätzt. Isolation und Einsamkeit auch außerhalb der Mauern sind weitere Folgen dieser Erkrankung.

Aber auch Modelle des „Strafvollzugs in Freiheit“ sind in den USA etabliert. 100.000 Personen tragen in den USA eine Fußfessel. Um für Alkohol am Steuer wird die Fußfessel angewendet, die über den Körperschweiß den Verstoß gegen das strikte Alkoholverbot messen und melden kann. Zwölf Dollar pro Tag betragen die Kosten, 18 Dollar werden von den durchwegs privaten Firmen dem Staat verrechnet, die hohen Telefonkosten muss der Proband/die Probandin selbst tragen. Die *probation officer* überwachen die Anwendung und melden Verstöße. Ein anderes Modell lässt die Fußfessel weg – ein Computer ruft den Probanden/die Probandin zu Hause an und erkennt über ein Stimmerkennungsprogramm, ob er/sie selbst das Gespräch führt und somit auch zu Hause ist. Zusätzlich wird in diesem Programm Betreuung in Form von Gruppenarbeit angeboten. „Die Fußfessel erinnert mich dauernd, was ich falsch gemacht habe, sie sagt mir aber nicht, was ich richtigmache und verbessern kann“ formuliert ein Proband seinen Nutzen aus den Betreuungsprogrammen. Die Technik allein schafft es nicht, den Sinn der Strafe zu vermitteln. Sie hilft nicht dabei, Verantwortung für das eigene Leben zu übernehmen. Nach sechsmonatiger Anwendung wird überdies eine mentale Klaustrophobie bei Probandinnen und Probanden beobachtet; selbst in intimen Situationen ist die Fußfessel immer dabei. Auch bei kurzzeitiger Anwendung tritt verstärkt Nervosität und ein Gefühl der Demütigung auf. Auch hier ist ein Betreuungsangebot wichtig, um Rückfällen vorzubeugen.

Hat das alles irgendetwas mit dem in Ö praktizierten elektronisch überwachten Hausarrest zu tun? Auf den ersten Blick: nein. Vielmehr ist der Umgang mit elektronischer Überwachung in Ö angesichts der gelebten Praxis in den USA geprägt von Überwachung *und* Betreuung.

Der österr Weg sieht in den derzeit rund 337 Fällen Betreuung durch Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter vor.<sup>7</sup> Die positiven Erfahrungen mit Betreuung zur psychosozialen Stabilisierung und Deliktbearbeitung geben diesem Modell Recht.

---

6 Lörchner, Das Gefängnis, aus dem noch keiner ausbrach, Spiegel Online v 9.12.2017, [spiegel.de/panorama/justiz/adx-florence-in-colorado-das-gefaengnis-aus-dem-noch-keiner-ausbrach-a-1181648.html](https://www.spiegel.de/panorama/justiz/adx-florence-in-colorado-das-gefaengnis-aus-dem-noch-keiner-ausbrach-a-1181648.html) (17.1.2019).

7 *BM für Verfassung*, Reformen, Deregulierung und Justiz, unveröffentlichter Monatsbericht/Überwachungszentrale 12/2018.

*Lindsay Lohan*, offenbar nur in einer wechselseitig kokett angelegten „Betreuung“ durch die Medien, hätte sich wohl auch eine andere Qualität von Betreuung verdient.

### 3. Wirkt die Strafrechtspflege?

„Der Mann, der das Urteil spricht, sollte auch das Schwert führen“, so *Ned Stark* Protagonist von *Game of Thrones*, kurz vor einer durch ihn zu vollziehenden Hinrichtung. Dieser pointierte Satz aus einer archaischen Fantasywelt kann sicher kein Postulat einer modernen Justiz sein. Zu wichtig sind die Errungenschaften der Gewaltentrennung zwischen Judikative und Exekutive, zu grundlegend die Abkehr von der Todesstrafe in einem demokratischen Rechtsstaat.

Nichtsdestotrotz: Sind nicht auch die Gerichte hinsichtlich der Auswirkungen ihrer Entscheidungen oder Urteile zu evaluieren? Ist nicht auch die Anwendung des Freiheitsentzugs beim stets bekräftigten Prinzip der *ultima ratio* sowie die geringe rückfallspräventive Wirkung zu hinterfragen?

Wenn sich die Justiz bloß auf die rechtmäßig zustande gekommenen Urteile fokussiert und die Reflexion der Auswirkungen von Freiheitsstrafen auf den Strafvollzug oder nachbetreuende Einrichtungen verlagert, kann man keine kritische Reflexion erwarten. Weil Polizei und Justiz nur in der jeweils eigenen (begrenzten) Logik agieren, kann es zu Fehlleistungen kommen.

Wichtig wäre, zu evaluieren, mit welcher gerichtlichen Maßnahme man welchen Erfolg im Sinn der Rückfallsprävention erzielt und diese Ergebnisse in eine Anwendungspraxis zu überführen. Das justizielle Unabhängigkeitsprinzip wäre davon nicht tangiert. Vielmehr könnten notwendige begleitende Maßnahmen vorgeschlagen werden, um damit zu zeigen, dass das Urteil allein nicht für einen Rückfall verantwortlich ist. In diesem Sinn wäre auch die Vorbereitung der gerichtlichen Entscheidung in Form einer Gerichtshilfe durch Sozialarbeit wichtig. Ihre Einschätzung der Risiken und Ressourcen könnte die Qualität der Urteile verbessern, da so auf den Einzelfall abgestimmte Maßnahmen angeordnet werden könnten.

Eine funktionierende Strafjustiz braucht Richterinnen und Richter, die Effektivität und Effizienz der ausgesprochenen Strafmaßnahmen im Blick haben. Sich über den Einzelfall hinaus regelmäßig ein Bild zu machen, Forschungsergebnisse kritisch zu diskutieren und Schlussfolgerungen für das eigene Handeln zu ziehen, gehört zu den richterlichen (Zusatz-) Pflichten. So gesehen sind Richter/innen und Staatsanwält/innen auch die wichtigsten Promotor/innen für eine Strafrechtspolitik jenseits bloßer Straferhöhung zur Beruhigung des Boulevards. Immer wieder erleben wir sie als Fürsprecher im politischen Diskurs, wenn Einsparungen im Vollzug letztlich auch die Qualität ihrer Arbeit gefährden. Das gemeinsame Ziel, ein Mehr an Sicherheit in unserer Gesellschaft durch Rückfallvermeidung, braucht den Schulterschluss zwischen Justiz und Sozialarbeit. Die Qualität des Strafvollzugs wird ebenso durch Anregungen der Justizorgane verbessert. Dabei muss

der kritische Diskurs über die Wirkung von Maßnahmen professionsübergreifend, wertschätzend und konstruktiv geführt werden. Damit wird eine Expertise auch im öffentlichen Auftritt begründet, die es Medien ermöglicht, gegen populistische Strafverschärfungsforderungen journalistisch zu argumentieren. Veränderung ist möglich – lediglich das Tempo der Veränderung wird in Zeiten einer verstärkt populistisch agierenden Politik durch die Art, wie öffentliche Debatten geführt werden, gebremst. Es liegt auch an uns, hier stets wieder einen Neustart zu initiieren.

Andreas Zembaty ist Pressesprecher des Vereins NEUSTART; andreas.zembaty@neustart.at

## AKTUELL

HörerInnenversammlung, Sit-in, Proteste...

# Das Juridicum kommt jetzt in Bewegung

Wien. (mw). Man wird es kaum glauben, auch an chronisch lethargischen Juridicum, haben sich Dinge ereignet, denen man eine gewisse hochschulpolitische Relevanz nicht absprechen kann.

Den aufmerksamen Studierenden dürften noch die Plakate der Fakultätsvertretung in Erinnerung sein, die auf die Rekorddurchfallsquote von 88% beim letzten Einführungstermin hinwiesen, und die, man höre und staune; zu HörerInnenversammlung und Sit-in aufriefen. Der recht großen Anzahl von Interessierten bot sich bei beiden Veranstaltungen ein interessanter Anblick: Die an sich harmoniestichtigen AG-Funkis liefen zu einer kämpferischen Hochform auf. Doch leider konzentrierte sich ihr kämpferischer Elan zu einem guten Teil auf die versammelten VertreterInnen der Linken, die "wieder eine Fraktionsfrage draus machen wollen" (O-Ton Birgit Schwarz, FV-Vorsitzende Jus). Einer jeden gequälten bürgerlichen Seele, die ähnliche Auftritte kennt und fürchtet, entringt sich ein Aufschrei: Was, in Gottes Namen haben diese armen Verhetzten nun schon wieder herumzumäkeln? Nun, erstens ist es gewiß nicht angenehm, darauf hingewiesen zu werden, daß die Aktionen, die man setzt (HV und Sit-in) von der Opposition schon seit langem gefordert wurden.

Zweitens paßt es einem sicherlich nicht ins Konzept, auf übergeordnete Zusammenhänge hingewiesen zu werden, wenn man selber gerade krampfhaft versucht, das Problem (das die "Einführung" sicherlich ist) zu isolieren und dadurch den Blick auf den allgemein untragbaren Zustand unserer Hochschulen zu verwehren. Und drittens und hauptsächlich ist es am wenigsten angenehm, wenn einem vorgehalten wird, daß die eigenen Aktivitäten nicht erfolgreich sind, daß sie nichts fruchten.

In Besinnung auf basisdemokratische Vorstellungen wurde darauf im Anschluß an das Sit-in vor dem Institut eine Arbeitsgruppe Jus Reform gebildet, die es sich zum Ziel machte, eine Protestresolution aufzusetzen, die Mißstände aufzeigt und die dem Minister Busek übergeben werden soll.

Daß die endgültige Fassung dieser Resolution jetzt drei Wochen nach dem ersten Treffen (und vor Redaktionsschluß) noch immer nicht fertig ist, ist nicht nur bezeichnend für die Agilität und Durchsetzungskraft der FV, sondern hat auch andere Gründe, doch davon später.

Man einigte sich in stundenlangem Gespräch

darauf, die besonders augenfälligen Mißstände rund um den Problembereich "Einführungsprüfung" als Aufhänger zu nehmen, sie einer genaueren Analyse zu unterwerfen, hier festzustellen, daß Verschiebungen in der Benotung nur bedingt als Lösung anzusehen wären, daß vielmehr mehrere Gründe zu den schlechten Prüfungsergebnissen führen: Die Lehrveranstaltungen sind didaktisch und was ihre Kapazität anbelangt nicht zur Prüfungsvorbereitung geeignet. Die Koordinierung unter den einzelnen Vortragenden ist mangelhaft und erschwert bis verunmöglicht prüfungsrelevantes Lernen. Auch was die Beurteilung anbelangt, war man sich einig, daß ein gesetzlich verankertes Recht auf Einsichtnahme für die StudentInnenvertretung zu mehr Transparenz führen und damit willkürliche Benotung erschweren würde. Die Voraussetzung für eine Besserung - nicht nur der "Einführungsergebnisse" - ist aber eine Erhöhung des Lehrveranstaltungsangebotes, und die ist, wenn man die Überlastung der Lehrenden betrachtet, nur



durch eine großzügige Aufstockung beim wissenschaftlichen Personal zu erreichen. Gerade Wien hat hier einen enormen Aufholbedarf, hat es doch bundesweit das ungünstigste Verhältnis Lehrende - Studierende aller juristischen Fakultäten. Es wurde auch erwähnt, daß das Budget, wie es zur Verabschiedung kommt, nicht nur die beanstandeten Probleme unberührt läßt und dadurch den Notstand perpetuiert, sondern auch in keiner Weise den Forderungen der Rektorenkonferenz nach zusätzlichen 20 Milliarden für das Wissen-

schaftsbudget nachkommt. Die Rektorenkonferenz meinte, diese Summe wäre der Betrag, der für eine Aufrechterhaltung eines geordneten Wissenschafts- und Lehrbetriebes notwendig wäre.

Es liegt der Schluß nahe, daß der Regierung am Hochschulbetrieb wenig gelegen ist. Bemerkenswert ist, daß gleichzeitig das Heeresbudget um 1,8 Milliarden aufgestockt wird, wird es noch leichter zu erkennen, in welche Richtung hier Schwerpunkte gesetzt werden.

Doch zurück zur Arbeitsgruppe Jus-Reform und deren Forderungen. Der Linken war es ein besonderes Anliegen, die Novellen zum AHSIG und zum UOG zu erwähnen, die (genauer dazumal Seite 5) im Grunde auf eine Entdemokratisierung und auf die Möglichkeit der Einrichtung von Privatuniversitäten hinauslaufen. Da gab es ein Gejammer und Wehklagen auf seiten der AG, man könne doch nicht soviel auf einmal, die Leute wären überfrachtet, das mangelnde Interesse, und überhaupt die endgültige Fassung wäre noch nicht zur Begutachtung beim hocherschafflichen Zentralausschuß eingelangt.

Dabei war von Anfang an die Stoßrichtung der Novellen klar, die Verzögerungstaktik der AG evident und jede neue Arbeitsvorlage, die aus dem Ministerium abgezweigt wurde, bestätigte das. Doch auf einer Mehrheit, wie sie die AG hält, ist gut ruhen. In der nach Redaktionsschluß ausgedienten Zeitschrift "jus-report" (AG) ist kein Sterbenswörtchen über das bisher Angeführte zu finden und das "Uni-Aktuell" geht nur äußerst knapp auf die Novellen ein, die in Wahrheit eine Weichenstellung für die weitere Hochschulpolitik bedeuten. Ist man anfänglich noch geneigt, all das mit der schlechten Unfähigkeit der AG zu erklären, drängt sich bald der Verdacht auf, daß hier vorsätzlich gehandelt wird. Schlamperei, Pallawatsch, das mäßig erfolgreiche Zurückhalten von Informationen, die Initiativlosigkeit regen aber Widerspruchsgest. Beginnen wir außerhalb unserer Fakultät: Zur Organisation und Vorbereitung des bundesweiten Aktions- und Informationstages hat sich das Wiener Aktionskomitee rekonstruiert, zu dessen Besuch wir hiemit anregen möchten. Es trifft sich jeden Dienstag um 12.00 Uhr in der Gruwi-Fak, Wasagasse 12.

Nach der hoffentlich recht breiten und dichten Information der Masse der Studierenden wäre es doch gelacht, wenn man nicht auch am Juridicum Beherzte und Unentwegte zu aktivem Engagement vereinen könnte. Auch dazu ist ein Grundstein gelegt worden: Eben diese ominöse Arbeitsgruppe Jus-Reform, die unter Einbeziehung aller Interessierten, Betroffenen und politisch Aktiven gemeinsam mit der offiziellen ÖH für eine Verbesserung der Studiensituation arbeiten will. Termine werden an den regelmäßig stattfindenden Büchertischen bekanntgegeben. Wir hoffen auf eure rege Teilnahme. ■

Seite 4

JURIDIKUM

Wimmer, Das Juridicum kommt in Bewegung. HörerInnenversammlung, Sit-In, Proteste..., juridikum 5/1989, 4.

# Marktkonformes Studieren

Rechtswissenschaften am Wiener Juridicum

Forum kritischer Jurist\*innen

---

## 1. Einleitung

Die einleitenden Worte des Vortragenden in der Vorlesung „Einführung in die Rechtswissenschaften“ sollten uns noch lange in Erinnerung bleiben. Voller Erwartungen an die erste Lehrveranstaltung und an einen neuen Lebensabschnitt waren wir mit hundert anderen Studierenden in aller Früh in das Audimax der Universität Wien gekommen. „Werte Kollegen, schauen Sie nach links, schauen Sie nach rechts. Ihre Sitznachbarn werden das Studium nicht schaffen.“ Der *werte* Vortragende vertiefte sich danach noch kurz in die Statistiken von Jus-Absolvent\_innen. Seine Worte prägten bereits den ersten Kontakt zu unseren Mitstudierenden: Die Blicke trafen sich unter den Vorzeichen der Konkurrenz und der Selektion. Sollten wir es sein, die es „schaffen“ würden? Und war etwas damit gewonnen, dass es die anderen nicht „schaffen“? Im Wettbewerb manifestiert sich ein Grundgedanke des Jus-Studiums an der Wiener Fakultät. Im folgenden Artikel wollen wir herausarbeiten, wie diese Form der Normierung durch Studieninhalte und Änderungen im Studienplan umgesetzt ist, wie wir sie selbst verinnerlichen und reproduzieren, und welche Auswirkungen sie auf die Studienverhältnisse und das politische Engagement von Studierenden zeitigt.

## 2. Geht's der Wirtschaft gut, geht's den Jurist\_innen gut

Das Jus-Studium folgt der Wirtschaft. Ob das die Frage betrifft, wie wir Eigentümer\_innen der durch Übungsfälle berühmt gewordenen Wurstsemmel werden oder wie wir Gewährleistung einfordern, nachdem Gehilf\_innen des Werkunternehmers ein Fehler bei der Errichtung eines Swimming-Pools unterlaufen ist: Wir lernen, das bürgerliche Wirtschaftsleben in Rechtsnormen zu erörtern und selbst in Recht zu übersetzen. Dass das Recht der Sicherung von Privateigentum und der neoliberalen Wirtschaftsordnung dient, ist keine neue Erkenntnis, sondern Bestandteil marxistischer Gesellschaftskritik.<sup>1</sup> Tatsächlich umfasst der Prüfungsstoff für Studierende im Jahr 2018 reichlich wirtschaftliches Detailwissen: Am Ende des zweiten Studienabschnitts wissen wir nicht nur, welche

---

1 *Buckel*, Zwischen Schutz und Maskerade. Kritik(en) des Rechts, in *Demirovic* (Hrsg), Kritik und Materialität (2008) 110 (111).

Sonderregeln für unternehmensbezogene Geschäfte gelten, sondern auch, welche Rechte Minderheitengesellschafter\_innen bei der Umwandlung einer GmbH in eine AG besitzen oder wie ein Blankoindossament auf einem Wechselschein einzuordnen ist. Ein Angebot, diese didaktischen Präjudizien auf ihren Gehalt zu hinterfragen, findet sich auf Fakultätsebene derzeit kaum. Grundlagenfächer wie Rechtsphilosophie oder Rechtsgeschichte sind zwar im Studienplan verankert, Wissen aus Rechtssoziologie oder politischer Ökonomie müssen wir uns aber in speziellen, spärlich angebotenen Wahlfächern oder im Rahmen von Zweitstudien aneignen.<sup>2</sup> Die bereits von *Immanuel Kant* geäußerte Kritik, Rechtsgelehrte können zwar Auskunft geben, was Gesetze besagen, aber nicht, ob das wirklich Recht sei,<sup>3</sup> lässt sich modifiziert weiterdenken. Jus-Studierende können zwar Auskunft geben, was das Recht besagt, aber nicht seine hegemonialen (und emanzipatorischen) Dimensionen erfassen. Als Studierende muss uns klar sein: Weder ein Akt in der Rechtsvollziehung noch die Entscheidung für die Inhalte eines Studienplans sind unpolitisch.

### 3. Geht's den Jurist\_innen wirklich gut?

Die neoliberale Ordnung wirkt nicht nur von außen auf unser Leben als Studierende, sie dringt auch in unsere Körper ein und wird dort in Subjektivierungsprozessen ständig reproduziert. Macht ist dabei nicht in ihren negativen Formen von Verbot und Unterdrückung zu beobachten.<sup>4</sup> Sie zeigt sich vielmehr in der positiven Selbst-Formierung der Individuen als *homines oeconomici*, welche die vom Markt geforderte Disziplin der Produktivität verinnerlicht haben. Zwang bekommt eine positive Rolle und erscheint uns als freie, individualisierte Entscheidung, sich in den Markt einzugliedern. Wir wollen uns geradezu als nutzbringende und am Markt verwertbare Individuen selbst herstellen.<sup>5</sup> Ein zentraler Subjektivierungsprozess findet im Rahmen der ständigen im Verhältnis zu den Mitstudierenden erfolgenden Selbst-Evaluierung statt. Kriterien, anhand derer diese Evaluierung durchgeführt wird, sind Studienerfolg, Eloquenz, Exaktheit in der Reproduktion von Wissen und nicht zuletzt ein Auftreten, das alle vorgenannten Kriterien schon verspricht. Konkrete Anhaltspunkte bieten besonders die Prüfungen, aber auch Lehrveranstaltungen. In diesen stehen die oder der Vortragende „den Studierenden dafür Modell, wie sie sich in zukünftigen professionellen Rollen zu verhalten haben“.<sup>6</sup> Bei der aktiven Teilnahme an Lehrveranstaltungen geht es aber nicht darum, das eigene Wis-

---

2 Der Wahlfachkorb Rechtssoziologie, einem transdisziplinären Feld, das das Zusammenspiel aus Recht und Gesellschaft und die vielen komplexen Spannungsfelder zwischen diesen beleuchtet, reduziert sich am Juridicum auf eine Lehrveranstaltung zur Statistik.

3 *Kant*, Die Metaphysik der Sitten (1797), *Weischedel* (Hrsg) 2014; *Schröder*, Recht als Wissenschaft (2012) 101f.

4 *Foucault*, Sexualität und Wahrheit. Erster Band. Der Wille zum Wissen (1983) 87.

5 *Foucault*, Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses (1994) 270; *Foucault*, Der Wille zum Wissen 121.

6 *Sagmeister/Wöckinger*, In der Schreckstarre. Habitus-Training im rechtswissenschaftlichen Studium, *juridikum* 2013/4, 478 (485).

sen im geschützten Rahmen der Lehrveranstaltung auszuprobieren. Es geht darum, wie wir den eigenen Marktwert durch eine möglichst bildgetreue Reproduktion wirtschaftlich verwertbaren Verhaltens steigern. Wissen als emanzipatives Gut wird in diesen Prozessen entwertet, während es in einer sterilen und abfragbaren Form als Ware an Bedeutung gewinnt.

#### 4. Ein neuer Studienplan und das Geschäft mit den Rechtskursen

Vor diesem Hintergrund ist der seit 1.10.2017 gültige neue Studienplan für das Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien zu bewerten. Dabei ist die auffallendste Neuerung die Abschaffung der Pflichtübungen, die bisher Voraussetzung für den Antritt zu einer Prüfung im jeweiligen Fach waren.

Die Auswirkungen dieses neuen Studienplans können aus mehreren Perspektiven beleuchtet werden. Seitens der Fakultät wird die „studentische Eigenverantwortung“ betont. Studieren wie *Hans Kelsen*, der den Besuch von Lehrveranstaltungen auf ein Minimum reduzierte, sich stattdessen mit philosophischen Werken beschäftigte und sich im Selbststudium auf Prüfungen vorbereitete, ist theoretisch wieder möglich.<sup>7</sup>

Praktisch stellt der Wegfall von Voraussetzungsketten in Form von Pflichtübungen va für erwerbstätige Studierende eine Erleichterung dar. Der Besuch der Pflichtübungen war oft nicht mit vorgegebenen Arbeitszeiten vereinbar; nur ein geringer Teil der Lehrveranstaltungen findet am Abend statt.

Im Ergebnis beschränkt sich die Reform jedoch nicht darauf, dass der Besuch von Übungen nun auf freiwilliger Basis erfolgt. In mehreren Fächern hat die Anzahl der angebotenen Lehrveranstaltungen seit dem Wintersemester 2017 abgenommen. Diese Lücke füllt die Privatwirtschaft dankbar. Bereits seit vielen Jahren boomt das Geschäft mit den Rechtskursen. Dieses von Privaten angebotene, gezielte Training für die Prüfungssituation muss vor dem Hintergrund des immanenten Effizienz- und Leistungsdenkens gesehen werden. Denn die Kritik am Rechtskursgeschäft darf nicht als Kritik an jenen missverstanden werden, die einen solchen besuchen. Denn auch wenn von Seite der Lehrenden oft der Wunsch geäußert wird, Studierende sollten die Materie mehr durchdringen und verstehen: Die Prüfungen sind auf eine effiziente und punktgenaue Wiedergabe von Gesetzen, Judikatur und Lehrmeinungen fokussiert. Die daran angepasste, hocheffiziente Vorbereitung findet in Rechtskursen statt, sie sind die logische Antwort auf eine bestimmte Prüfungsrealität. Auch die Veränderung der Studierendenrealität im Laufe der vergangenen neoliberalen Jahrzehnte trägt dazu bei. Die Bezugsdauer von Beihilfen wurde gekürzt. Schnelle Abschlüsse, am besten vor dem 24. Geburtstag, werden eingefordert. Verständlich, dass Studierende bei diesen Vorgaben zu vielem bereit sind und mitunter hunderte Euros für Rechtskurse bezahlen, in denen nach dem Kochrezept-Prinzip Lö-

---

7 *Olechowski/Ehs/Staudigl-Ciechowicz*, Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918–1938 (2014) 474.

sungsschemata auswendig gelernt werden. Eine Verlagerung der Prüfungsvorbereitung in den privaten Bereich bringt eine weitere Privilegierung sozio-ökonomisch bessergestellter Studierender mit sich. Hier wäre die Universität gefragt. Ein ausreichendes Angebot an Vorlesungen, Übungen, Repetitorien und Tutorien könnte dem entgegenwirken. 2017 wurde die gegenteilige Richtung eingeschlagen.

## 5. Soziale Selektion

Nach der Studienplanreform steht nun die nächste studienrechtliche Veränderung an. Ab dem kommenden Wintersemester muss am Juridicum ein Aufnahmetest absolviert werden; die Normierung wird bereits dem Studienbeginn vorgelagert. Die Konsequenzen sind absehbar, wenn man einen Blick auf bereits zugangsbeschränkte Studienrichtungen wirft: Der Medizinaufnahmetest ist ohne Vorbereitungskurse kaum zu schaffen. Diese muss man sich aber erst einmal leisten können. Die abschreckende Wirkung, die ein Aufnahmetest laut Befürworter\_innen ausdrücklich haben soll, führt dazu, dass der Anteil von Studierenden, die in erster Generation ihrer Familie eine Hochschule besuchen, sinken wird.<sup>8</sup> Die soziale Durchmischung des Juridicums wird darunter leiden. Aber um soziale Durchmischung oder Chancengleichheit geht es in der aktuellen Hochschulpolitik nicht. Unterm Strich werden auf Ausgabenseite Einsparungen zu vermelden sein. Gleichzeitig werden die formalen Drop-Out-Raten sinken. Ein großer Erfolg ist wirtschaftlichen Primats.

## 6. Traumjob Mann

Die inhaltliche Ausrichtung, die Selbstnormierung und die „Reformpolitik“ werden von der Förderung besonderer Berufsideale begleitet. Der Unterricht von hochspezialisiertem Gesellschaftsrecht und die Wandlung zu eloquenten *homines oeconomici* passen zu Karrieremessen wie der *jus:success*, bei der allen voran Wirtschaftskanzleien die Möglichkeit geboten wird, sich an der Fakultät zu präsentieren. Damit korreliert auch der Vorrang eines männlich konnotierten Habitus. Denn vorgegebene Berufsbilder wie jenes des erfolgreichen Anwalts sind immer noch geprägt von (gesellschaftlich konstruierten) männlichen Qualitäten wie Unerbittlichkeit, Durchsetzungskraft, Spontaneität, Haudrauf-Mentalität – und nicht von (gesellschaftlich konstruierten) weiblichen Qualitäten wie Kooperationsbereitschaft, Nachsicht oder Mitgefühl. Die Übungsfälle tragen ihren Teil dazu bei: Laut einer aktuellen Studie der Universität Hamburg sind die Geschlechterrollen in diesen Fällen klar verteilt, die wirtschaftlich potenten Personen sind in der

---

<sup>8</sup> Friesinger/Palienko/Straner, Zugangsbeschränkungen und Chancen(un)gleichheit im österreichischen Hochschulsystem, Materialien zu Wirtschaft und Gesellschaft 2014/131, 1 (13f).

Regel männlich besetzt.<sup>9</sup> Studierende neigen daher dazu, sich einen solchen männlichen Habitus anzueignen, um ernst genommen zu werden und im Wettbewerb bestehen zu können.

## 7. (A) Politisch sein am Juridicum

Eile und Leistungsdruck im Studium sind keine Freund\_innen des politischen Engagements, denn dieses braucht Zeit und Raum. Selbst während ÖH-Wahlen setzen wahlwerbende Fraktionen am Juridicum immer wieder auf das Apolitische. Die *Junos* etwa plakatierten im letzten ÖH-Wahlkampf „Echte Hochschulpolitik ohne ideologische Grabenkämpfe“, während die *Aktionsgemeinschaft Jus (AG-Jus)* „eine klare Trennung zwischen Gesellschaftspolitik und Studierendenpolitik“ forderte.<sup>10</sup> Die *AG-Jus* stellte über einige Jahre hinweg fünf von fünf möglichen Mandaten der Studienvertretung sowohl im Diplom- als auch im Doktoratsstudium. Sogar bei der ÖH-Wahl 2017, im Zuge derer sexistische, antisemitische und den Nationalsozialismus verharmlosende Nachrichten aus internen Chats der *AG-Jus* an die Öffentlichkeit gelangten,<sup>11</sup> erreichte sie immerhin noch insgesamt fünf von zehn Mandaten.<sup>12</sup>

Diskussionen in Lehrveranstaltungen am Juridicum gibt es regelmäßig, doch lieber als politische Diskussionen werden rechtsdogmatische geführt, und zwar *de lege lata*. Denn da gibt es am Ende vermeintlich nur *eine* richtige Lösung. Für politische und moralische Diskussionen hingegen werden wir am Juridicum recht bald auf andere Foren verwiesen. Wir dürfen das Politische jedoch nicht unter den Tisch fallen lassen. Denn diejenigen, die sich als apolitisch rühmen, akzeptieren nicht nur den Status quo, sondern stärken ihn.<sup>13</sup>

## 8. Form folgt Funktion: Das Juridicum.

Das Jus-Studium an der Wiener Fakultät ist geprägt von dem Ort, an dem es stattfindet. Wir finden uns in fensterlosen Räumen mit einem dunkelorange genoppten Kunststoffboden wieder. Das Juridicum als Gebäude setzt die im Studienplan festgesetzte Normierung fort. Als Beispiel sei die „Best of the Best“-Tafel im Untergeschoss genannt, die alle

9 Valentiner, (Geschlechter)Rollenstereotype in juristischen Ausbildungsfällen, uni-hamburg.de/gleichstellung/download/studie-rollenstereotypen-geschlechterforschung-1.pdf (1.12.2018).

10 Kogelnik, Aktionsgemeinschaft gegen ÖH-Demos, derstandard.at/2000054617659/Aktionsgemeinschaft-fuer-oesterreichweites-Oeffi-Ticket (22.3.2017).

11 Horaczek, Das ist ein Super-GAU, falter.at/archiv/wp/das-ist-ein-super-gau (9.5.2017). Die Fakultät distanzierte sich klar von jeglicher Form von Diskriminierung und Herabsetzung, *Wiener Zeitung*, Fakultät verurteilt Vorfälle aus Schärfste, wienerzeitung.at/nachrichten/oesterreich/politik/891272\_Fakultaet-verurteilt-Vorfaelle-aufs-Schaerfste.html (22.5.2017).

12 Wahlkommission bei der HochschülerInnenschaft an der Universität Wien, Wahlergebnisse der Studienvertretungen 2017, oeh.univie.ac.at/sites/default/files/CMS/Wahlergebnis\_Stv.pdf (22.5.2017).

13 Rössl, Die Rechtspolitik-Keule, *Juridikum* 2013/4, 401 (401).

Studierenden mehrmals wöchentlich, wenn nicht täglich passieren. Die Best of the Best, das sind laut dieser Tafel Studierende aus den Studienjahren 2009/10 bis 2013/14, die „Die besten Studienleistungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät“ erbracht haben. Auch wenn die von einer Wirtschaftskanzlei gesponserte Tafel nicht mehr aktuell ist, so bleibt sie doch ein Indiz dafür, welche Idee in diesem Haus vermittelt werden sollte: jene Studierenden zu ehren, die sich in den Jahren nach der Einführungsvorlesung mit Bestnoten gegen ihre Kolleg\_innen links und rechts durchgesetzt haben.

Ein weiteres Beispiel sind die Lesesäle, wo die Kargheit des Raumes auffällt. Bis auf zwei Garderobenstangen sind in dem weitläufigen Saal nur Einzeltische mit Sesseln aufgereiht, ansonsten gibt es keinerlei Infrastruktur außer ein paar Plakatwänden und Steckdosen. Hier braucht es keine Schnörkel, Ablenkung oder Komfort. Folgerichtig wird 15 Minuten vor Schließung einfach das Licht abgedreht. Das Dekanat fördert zwar von Studierenden organisierte Veranstaltungen: So konnte das *Forum kritischer Jurist\*innen* mit finanzieller Unterstützung der Fakultät hier bereits zweimal die Berufsmesse „*Recht Engagiert*“ veranstalten und wir finden immer ein offenes Ohr für neue Ideen und Projekte. Andererseits fehlen grundsätzlich Räume zum gemeinsamen Verweilen, Diskutieren und Organisieren. Aktuell gibt es dazu etwa nur das Zimmer der Fakultätsvertretung, in dem aber ein Verweilen durch das ständige Kommen und Gehen kaum möglich ist. Solche Räume braucht es auch nicht, könnte man argumentieren, das Studium bestreitet man schließlich in großen Strecken im Alleingang. Gruppenarbeiten wie in anderen Studiengängen sind eine Rarität, Solidarität wird klein geschrieben. Um das zu ändern, müsste man an zwei Punkten ansetzen: Zunächst müsste die Studiengestaltung zu mehr Miteinander einladen, darüber hinaus müssten aber auch konkrete physische Räume geschaffen werden. Dabei ist wohl zuallererst das Dekanat, aber auch die Studierendenvertretung in der Pflicht.

## 9. Resümee: Langer Schatten und existenzielle Lichtblicke

Wir haben nun viel Kritik geübt an den Verhältnissen am Wiener Juridicum. Für uns Studierende ist das Juridicum dennoch ein Ort, an dem wir uns wohlfühlen können, da wenn wir unsere Erfahrungen und Problemlagen miteinander teilen und uns im Studium solidarisieren. Ein angenehmer, nicht leistungsdefinierter Bezug zum Juridicum ist jedoch vielmehr ein Umstand dem Studium zum Trotz als eine Folge des Studiums.

Genauso dürfen wir uns nicht unterkriegen lassen, wenn Recht bloß als Mittel zur Erhaltung des Status Quo unterrichtet wird. Auch wenn unsere Rechtsordnung in die ökonomischen Verhältnisse eingebettet ist, dürfen wir nicht die „relationale Autonomie“ des Rechts verkennen.<sup>14</sup> Das Recht ist gestaltbar, aktuelle soziale Probleme, die in unserer

---

<sup>14</sup> Buckel, Neomaterialistische Rechtstheorie, in *Buckell/Christensen/Fischer-Lescano* (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts* (2006) 117.

Welt tatsächlich existieren, können damit entschärft werden. Die Antwort auf die grundsätzliche Frage, was denn die Aufgabe des Jus-Studiums sei, sehen wir darin, Verantwortung füreinander zu übernehmen und soziale Gerechtigkeit voranzutreiben.

Das *Forum kritischer Jurist\*innen* ist eine Studierendenorganisation am Juridicum der Universität Wien, die sich mit dem Recht und seinen Grundlagen sowie dem Jus-Studium kritisch auseinandersetzt und diese Perspektiven in die öffentliche Diskussion einbringt. Außerdem wollen wir eine Anlaufstelle für all jene sein, die Realitäten wie zunehmendes Konkurrenzverhalten und Erfolgsdruck im Studium gemeinsam reflektieren und meistern möchten; [forumkritjus.at](http://forumkritjus.at); [info@forumkritjus.at](mailto:info@forumkritjus.at)

## RECHT &amp; GESELLSCHAFT

Entwurf zum "SicherheitspolizeiG"

# Erlaubt wird, was der Polizei gefällt

Thomas Büchele/Stefan Freytag

**Das vor 60 Jahren im Verfassungsüberleitungsgesetz 1929 hoffnungsvoll in Aussicht gestellte Polizeibefugnisgesetz soll nun Wirklichkeit werden. Ein Entwurf zu einem "Sicherheitspolizeigesetz" liegt vor und soll offensichtlich noch in dieser Legislaturperiode beschlossen werden.**

Kritik an einem Polizeibefugnisgesetz überhaupt gab es immer und wurde mit sehr unterschiedlichen Argumenten vorgebracht. So zum Beispiel, daß ein solches Gesetz die Position des Bürgers in keiner Weise verbessere, da es zu einer Ausdehnung der Polizeibefugnisse führen würde. Andere bezweifelten die Möglichkeit der Vorausbestimmbarkeit polizeilichen Handelns überhaupt oder fürchteten eine Verminderung der Effizienz. Eine weitere Ansammlung von Generalklauseln und unbestimmten Gesetzesbegriffen, die das in einem Rechtsstaat berechtigte Bedürfnis nach Vorhersehbarkeit und Überprüfbarkeit polizeilichen Handelns scheinbar befriedigt, sei das einzige, was zu erwarten ist.

Viele dieser Vorbehalte stellen sich als nicht unberechtigt heraus. Nicht unproblematisch scheinen jedoch einige neue Befugnisse:

## Erkennungsdienstliche Behandlung

● Jetzt kann niemand zur Ausweisleistung gezwungen werden, wenn nicht gegen ihn der Verdacht einer strafbaren Handlung vorliegt. Der Entwurf sieht nun aber vor, daß nicht nur derjenige, der im Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung steht, zur Identitätsbekanntgabe gezwungen werden kann, sondern auch wer darüber Auskunft erteilen könnte, sich an einem Ort aufhält, von dem aufgrund eines konkreten Hinweises oder sonstiger bestimmter Tatsachen der dringende Verdacht besteht, es würden sich dort entweder Verbrechen ereignen oder Ausländer ohne Aufent-

haltsbewilligung aufhalten oder aber flüchtige Straftäter oder einer Straftat Verdächtige verborgen. Bei Zweifel an der Identität kann der/die Betroffene bis zu einer Stunde festgehalten werden - und das ohne jeglichen Tatverdacht. Man nehme sich daher in Zukunft vor dem Karlsplatz oder von Ausländern frequentierten Lokalen in acht. Die Identität des einschreitenden Polizisten bleibt dafür auch in Zukunft im Dunkeln: Dienstrummer oder Namensschild am Revers sind nicht vorgesehen.

\* Völlig neu ist das Wegweiserecht: Dies würde bedeuten, daß die Polizei Menschen von einem bestimmten Ort wegweisen kann, wenn sowohl feststeht, daß dort wiederholt gegen das Suchtgiftegesetz verstoßen wurde oder sich sonst dort Verbrechen ereigneten, als auch der Betroffene wegen eines solchen Delikts angezeigt wurde oder sich in Gesellschaft eines solchen Menschen befindet. Also wieder Vorsicht auf dem Karlsplatz! Sprechen sie nicht mit den "falschen" Personen, sie könnten sonst des Platzes verwiesen werden.

## Durchsuchungen nach Belieben

● Offiziell erlaubt ist nun auch das Durchsuchen von Personen, Taschen und Fahrzeugen; stark erleichtert das von Räumen - all dies jedoch ohne konkreten Tatverdacht. Was der Verfassungsgerichtshof in den ersten Fällen bisher ohne gesetzliche Grundlage tolerierte, wird nun Gesetz. Wenn Sie also zu finster blicken oder zu verbeulte Taschen haben kann ihnen eine Durchsuchung drohen, wenn Gesundheit und Eigentum von Menschen (...) erheblich gefährdet erscheint, sofern dies für die Klärung des Sachverhalts unerlässlich ist.

● Galt bisher der Grundsatz, daß niemand gezwungen werden kann sich selbst zu beschuldigen, so ist in Hinkunft der/die Betroffene verpflichtet bei seiner/ihrer erkennungsdienstlichen Behandlung mitzuwirken - was neuerdings dann auch mit Bescheid aufgetragen bzw. mit unmittelbarem Zwang durchgesetzt werden kann.

Eine praktikable und rechtlichfreundliche Bestimmung ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Von mehreren zielführenden Maßnahmen soll jene ausgewählt werden, die den Betroffenen am wenigsten beeinträchtigt, der Erfolg muß in einem vertretbaren Verhältnis zum voraussichtlichen Schaden bzw zur Ge-

führung stehen. Die Maßnahme ist zu beanstanden, wenn der Erfolg eingetreten ist oder nicht erreicht werden kann.

Durch konsequente Anwendung dieser Bestimmung kann der polizeiliche Eingriff auf das notwendige Minimum reduziert werden, der Rechtsschutz setzt nicht mehr erst beim Exzess ein. Weiters kann der Innenminister Richtlinien für die Handhabung der Polizeibefugnisse erlassen, die Informationspflichten, spezielle Handlungsformen (ritualisierte Polizeieinsätze) und eine besondere Ausbildung der Organe bei bestimmten Amtshandlungen vorsehen können. Auf die Einhaltung dieser Richtlinien soll der Betroffene allerdings keinen Anspruch haben, was ihren Wert wohl nicht unwesentlich mindert.

Insgesamt ist es sicherlich positiv, wenn Polizeibefugnisse festgeschrieben und kodifiziert werden. Den Gegnern und Skeptikern eines solchen Gesetzes ist jedoch recht zu geben, da nun die Polizei mehr darf als sie es vorher durfte. Sie kann auch unkontrollierter agieren (Erkennungsdienst, Datenschutz). Wenn man nun den langen Katalog an Polizeiaufgaben liest (Hilfeeistungspflichten, Beratung, Verbrechenprävention), stellt sich die Frage, was die Polizei nun eigentlich nicht mehr darf. Vor allem wird sie viel stärker als bis jetzt präventiv tätig werden. Das heißt, daß sie ohne konkreten Tatverdacht bereits bei einer nur sehr unklaren allgemeinen Gefährdung einschreiten kann.

Vieles, was die Polizei im Dienste der Strafschutz zu erledigen hätte, wäre besser bei der kommenden großen Novelle der Strafprozessordnung untergebracht gewesen.



Es werden im Zusammenhang mit dem Sicherheitspolizeigesetz noch viele Diskussionen zu führen sein.

Insbesondere fehlt es an einer Theorie über den Begriff der Gefahr für die allgemeine Sicherheit und somit auch an einer umfassenden Auseinandersetzung über die Aufgaben der Polizei.

Es bleibt zu hoffen, daß ein derart wichtiges Gesetz nicht aus wahltaktischen Überlegungen durchgepeitscht wird. ■

Büchele/Sperlich, Erlaubt wird, was der Polizei gefällt. Entwurf zum „SicherheitspolizeiG“, Juridikum 5/1989, 7.

# Dauerbrenner polizeiliche Kennzeichnungspflicht

Eine weit über 200 Jahre alte Debatte über sichtbar getragene Dienstnummern

Angelika Adensamer

---

Immer wieder gibt es nach Vorfällen von Polizeigewalt eine Diskussion um die Kennzeichnungspflicht der Polizei.<sup>1</sup> Zur besseren Zuordnung von Amtshandlungen zu konkreten Personen, besteht die Forderung, PolizistInnen zu verpflichten, ihre sie eindeutig identifizierende Dienstnummer (DN) gut sichtbar an der Uniform zu tragen. Eine solche Kennzeichnungspflicht wäre in Ö keineswegs neu, sondern hat eine lange und wechselhafte Geschichte hinter sich, die bis in die Zeit Joseph II zurückreicht. Im *juridikum* wird die polizeiliche Kennzeichnungspflicht von Beginn an befürwortet.<sup>2</sup> Dieser Artikel beleuchtet einzelne wiederkehrende Aspekte der Debatte, wie die Aufklärung von Vorwürfen gegen die Polizei, die Menschenwürde, sowie die Verbindung zwischen der polizeilichen Kennzeichnungspflicht und Protesten.

## 1. Kurze Geschichte der polizeilichen Kennzeichnungspflicht

Die Geschichte der Kennzeichnungspflicht in Ö ist nicht vollständig erforscht. Sicher ist aber, dass schon 1776 den Wachmännern<sup>3</sup> in Wien durch eine kaiserliche Verordnung vorgeschrieben wurde, eine Nummer auf ihren Patronentaschen zu tragen.<sup>4</sup> Unklar bleibt, wie lange diese Kennzeichnung Bestand hatte. Auch aus dem 19. Jhd gibt es Zeugnisse von sichtbar getragenen DN. So mussten, wie *Tantner* berichtet, 1866 Prager und Brüner Militärpolizisten, als diese während des Krieges nach Wien berufen wurden, Dienstnummernschilder tragen.<sup>5</sup>

Als 1869 die k.k. Militär-Polizeiwache in Wien durch die zivile Sicherheitswache abgelöst wurde, trugen auch deren Organe Nummern. Diese wurden zunächst auf der Kopfbedeckung getragen.<sup>6</sup> Kurz darauf wurde der Ringkragen – auch „Halbmond“ genannt

---

1 Dank gebührt an dieser Stelle dem Wiener Polizeiarchiv und dem digitalen Zeitschriftenarchiv ANNO der Österreichischen Nationalbibliothek, für ihre Fülle an Materialien.

2 *Bücheler/Freytag*, Entwurf zum „SicherheitspolizeiG“. Erlaubt wird, was der Polizei gefällt, *juridikum* 1989/5, 8; *Sperlich*, Neues vom Sicherheitspolizeigesetz. Ein Mißstand wird Recht, *juridikum* 1991/2, 7.

3 Solange dieser Beruf nur Männern zugänglich war, wird hier nur die männliche Form verwendet. Frauen konnte erst ab 1950 Kriminalbeamtinnen werden. Vgl Frauen im Polizeidienst, *Öffentliche Sicherheit* 11-12/11.

4 Kaiserliches Patent Nr 2229 v 2.3.1776.

5 *Tantner*, Dank dem Wachmann Nummer 261. Zur Kennzeichnungspflicht von Polizisten im Wien des 19. Jahrhunderts, 24.6.2015, [nummer.hypothesen.org/78](http://nummer.hypothesen.org/78) (16.12.2018).

6 *Neue Freie Presse*, Wiener Gemeinderath, 14.7.1869, 13; *Neue Freie Presse*, *Communal-Zeitung*, 24.11.1869, 6.

– der Uniform mit einer Nummer versehen.<sup>7</sup> Auch in einem Beschluss des Innsbrucker Gemeinderats von 1897 wurde für die städtische Polizeiwache das Tragen eines Ringkragens samt DN vorgesehen.<sup>8</sup> Ab 1919 wurde die DN nicht mehr am Kragen, sondern als Kokarde auf der Brust getragen<sup>9</sup> und ab 1928 hatte die Bundessicherheitswache wie auch die Linzer Sicherheitswache die DN neben der Schließe am Leibriemen.<sup>10</sup> 1933 wurde auf Wunsch der Beamten die Kennzeichnungspflicht schließlich wieder abgeschafft.<sup>11</sup>

Vermutlich waren auf den Polizeiuniformen nach 1945 wieder DN angebracht, denn 1963 schaffte der umstrittene SPÖ-Innenminister *Olah* die Kennzeichnungspflicht für die Wiener und Wiener Neustädter BeamtInnen wieder ab. So sind heute seit 1.11.1963 alle PolizistInnen in Ö ohne individuelle Kennzeichnung im Dienst.<sup>12</sup>

Bei der Einführung des Sicherheitspolizeigesetzes (SPG) 1991 schlug der ÖVP-NR-Abg *Graff* eine Kennzeichnungspflicht vor, politische Einigung gab es dafür aber keine.<sup>13</sup> Seitdem ist nach § 30 Abs 1 Z 2 SPG die von einer Amtshandlung betroffene Person auf ihr Verlangen von den DN der einschreitenden Organe in Kenntnis zu setzen. Dies gilt gem § 9 Abs 1 Richtlinien-VO (RL-VO) nicht, solange dadurch die Amtshandlung gefährdet wäre. Gem § 31 Abs 2 Z 2 iVm § 9 Abs 2 RL-VO hat die Bekanntgabe der DN idR durch Aushändigung einer mit der DN, der Bezeichnung der Dienststelle und deren Telefonnummer versehenen Karte zu erfolgen. Bei Amtshandlungen in geschlossenen Einheiten darf das Organ stattdessen auch auf die Kommandantin oder den Kommandanten verweisen (§ 9 Abs 3 RL-VO).

## 2. Zuordenbarkeit von Amtshandlungen

Während Maßnahmenbeschwerden auch ohne die individuelle Identifizierung der BeamtInnen erfolgreich sein können, ist die Zuordenbarkeit bestimmter Amtshandlungen zu einzelnen PolizistInnen im Strafverfahren, wo auf individuelle Schuld abgestellt wird, unumgänglich. Die Kennzeichnungspflicht hat dabei den Vorteil, dass die Identifizierung der BeamtInnen nicht einseitig durch diese verhindert werden kann. Schon 1776 hatte die Kennzeichnung den Zweck, Beschwerden besser nachgehen zu können. So heißt es im betreffenden kaiserlichen Patent, es solle „das Beschwerdeführen vielleicht dadurch, weil der Mann von der Wache dem Beleidigten unbekannt wäre, nicht erschwert, oder unmöglich gemacht“ werden, sondern es solle möglich sein, „anzuzeigen, man sei von

7 *Tantner*, Dank, 2015, mVa Illustriertes Wiener Extrablatt v 21.8.1896; Photographien aus dem Wiener Polizeiarchiv, datiert mit 1869–1874.

8 Innsbrucker Nachrichten, Gemeinderaths-Sitzung am 27. November, 29.11.1897, 4.

9 5 Photographien aus dem Wiener Polizeiarchiv, oder auch das Grazer Volksblatt, Änderung in der Adjustierung der hiesigen Sicherheitswache, 3.12.1913, 7, über die Sicherheitswachorgane in Bruck a d Mur.

10 Linzer Volksblatt, Die neue Ausrüstung der Bundessicherheitswache, 1.8.1928, 3.

11 Kleine Volks-Zeitung, Die Dienstnummern der Sicherheitswache abgeschafft, 14.7.1933, 7.

12 Volksstimme, Ab heute: Wiens Polizeibeamte tragen keine Dienstnummern mehr, 1.11.1963.

13 41. StProtNR 18. GP, 45.

dem sovielten Numero beleidigt worden“.<sup>14</sup> In einem Reisebericht von 1781 schildert auch der dt Schriftsteller *Nicolai*, dass in Wien jeder der ca 300 Polizei-Soldaten, eine Nummer auf dem Hut trug, „damit er, wenn er sich etwas vergehen sollte, kann erkannt und verklagt werden“.<sup>15</sup>

Anfang des 20. Jhdts war es gängige Praxis in Zeitungsberichten zu Polizeigewalt die DN der Polizeibeamten abzudrucken.<sup>16</sup> Dies führte wiederum auch zu Beschwerden über falsche Beschuldigungen seitens der Polizisten. Die DN werde „bei politischen Zusammenstößen [...] häufig missbraucht, um öffentlich unwahre Beschuldigungen zu erheben“<sup>17</sup>, heißt es in einem Zeitungsbericht von 1931. 1933 wird berichtet, dass die Wachbeamten unter ihrer DN Drohbriefe und Beschimpfungen zugesandt bekämen, und obendrein „habe sich in den meisten Fällen herausgestellt, dass die angegebene Nummer falsch war, so dass sich die Beschwerden gegen vollkommen unbeteiligte Beamte richteten.“<sup>18</sup> Auch von 1991 gibt es ähnliche Berichte von der Polizei, so berichtet SPÖ NR-Abg *Achs*: „Die Bundessektion der Sicherheitswache hat [...] darauf hingewiesen, die Exekutivbeamten, [...] nicht zu Geiseln von Psychopathen und Verbrechern zu machen, zumal sie auf leidvolle Erfahrungen in jenen Fällen zurückblickt, wo Bürger den Polizeibeamten, [...] im persönlichen Rachefeldzug verfolgten.“<sup>19</sup>

Die heutige Regelung, die PolizistInnen verpflichtet, bei einer Amtshandlung auf Verlangen ihre DN herauszugeben, ist, mangels gelebter Praxis aber keine Lösung für die fehlende Zuordenbarkeit einer Amtshandlung zu konkreten BeamtenInnen. Der Polizei wird immer wieder vorgeworfen, dieser Pflicht nicht nachzukommen.<sup>20</sup>

In den parlamentarischen Anträgen der Grünen, von 2002 und 2015, die polizeiliche Kennzeichnungspflicht wieder einzuführen, heißt es zB: „In der Praxis werden immer wieder Fälle bekannt, wo Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes die Bekanntgabe ihrer Dienstnummer verweigern oder schlichtweg unrichtige Auskünfte erteilen.“<sup>21</sup> 2015 wurde der Antragsbegründung hinzugefügt, dass Ersuchen um Bekanntgabe der DN oftmals zu einer Eskalation der Amtshandlung führen.<sup>22</sup> Die Pflicht zur Herausgabe der DN kann die rechtsstaatliche Funktion der Kennzeichnungspflicht nicht gleichermaßen gut

14 Kaiserliches Patent Nr 2229 v 2.3.1776.

15 *Nicolai*, Beschreibung einer Reise durch Deutschland und die Schweiz, im Jahre 1781. Bd 3 (1784) 216.

16 ZB bei einer Festnahme nach einer Kundgebung der arbeitslosen Angestellten 1925, Die Rote Fahne, Polizeibrutalitäten bei der Kundgebung der arbeitslosen Angestellten, 17.2.1925, 3; nach einer gewaltvollen Auflösung einer illegalen Nazi-Demo 1925, Reichspost, Schwere Anklagen gegen die Polizei, 18.8.1925, 3; u Vorarlberger Landes-Zeitung, Schwere Anklagen gegen die Polizei, 19.8.1925, 2; Bei Protesten gegen ein streikbrechendes Restaurant am Neuen Markt 1926, Arbeiter Zeitung, Die Polizei schützt den faschistischen Streikbrecherbetrieb! 13.11.1926, 4; oder nach einer schikanösen Polizeikontrolle 1946, Die Weltpresse, Muß das sein? 7.12.1946, 8.

17 Salzburger Volksblatt v 7.5.1931, 7.

18 Innsbrucker Nachrichten, Wiener Sicherheitswache ohne Säbel und Dienstnummer 20.6.1933, 6.

19 41. StProtNR 18. GP, 119.

20 Vgl zB *Hense*, Kennzeichnungspflicht jetzt, derStandard.at v 4.6.2014; 41. StProtNR 18. GP, 29; *Pichler*, Von wegen „volle Versammlungsfreiheit“, juridikum 2012, 340.

21 684/AE v 22.5.2002, 21. GP; 369/UEA v 26.3.2015, 25. GP.

22 369/UEA v 26.3.2015, 25. GP.

erfüllen. Sie kann umgangen werden und setzt außerdem das Wissen der Betroffenen um diese Verpflichtung voraus.

Auf eine parlamentarische Anfrage der SPÖ 2018 antwortete BMI *Kickl*, dass die Nachvollziehbarkeit aller Amtshandlungen durch interne Dokumentationsanordnungen sichergestellt sei: „Nachhaltige Bemühungen zur Intensivierung der Dokumentation von Amtshandlungen haben auch insofern Wirkung erzeugt, als insbesondere beim Einschreiten mehrerer Bediensteter wesentlich verbesserte Zuordnungen zu einzelnen Bediensteten zu verzeichnen sind.“<sup>23</sup> Kontrolle durch interne Dokumentation ist für Verfahren im Fall von Polizeigewalt notwendig und ihre Verbesserung daher zu begrüßen. Interne Vorschriften reichen aber für Betroffene nicht aus, da diese kein subjektives Recht auf ihre Einhaltung und somit bei Regelverstößen selbst keine Handlungsmöglichkeit haben. Gerade bei Verfahren, in denen die Polizei selbst Partei ist, kann es zu Interessenskonflikten bzgl der Dokumentation und der Herausgabe der Dokumente kommen.

### 3. Nummerierung und Menschenwürde

Eine wiederkehrende Frage in der Debatte um die polizeiliche Kennzeichnungspflicht ist, ob die Nummerierung der BeamtInnen mit ihrer Menschenwürde vereinbar ist. Beiden Abschaffungen der Kennzeichnungspflicht 1933 und 1963 gehen diesbezügliche Argumente von Seiten der PolizeivertreterInnen voran. 1931 forderten die Sicherheitswachebeamten des Bundes vom Bundeskanzleramt die Abschaffung der Kennzeichnungspflicht, da sie „die Nummerierung als eines Beamten unwürdig“ empfanden<sup>24</sup> und 1963 argumentierten Polizeivertreter, „die Dienstnummer degradiere den Träger zu einer „Nummer“ und schädige ihn daher in seiner menschlichen Würde“<sup>25</sup> Auch 2014 meint FPÖ-NR-Abg *Lausch* „die Zeiten, wo jemand in Österreich gekennzeichnet wurde, seien lange vorbei“<sup>26</sup>

Tatsächlich gingen und gehen Verletzungen der Menschenwürde, etwa in Lagern und Gefängnissen, oft mit dem *Ersetzen von Namen* durch Nummern einher. Das bedeutet aber nicht, dass jede Zuteilung einer Nummer zu einem Menschen *neben dem Namen* eine solche Würdeverletzung darstellt. Nummern, die der Pseudonymisierung dienen, wie die bereichsspezifischen Personen-Kennzeichen in der ö Verwaltung oder der eindeutigen Identifizierung, wie Versicherungs-, oder Matrikelnummern sind oft notwendig, um Ansprüche zu sichern und die Verwaltung zu vereinfachen. Ebenso ist die sichtbar getragene DN keine Entwürdigung, sondern vielmehr ein Zeichen der Macht der sie tragenden Person und der damit einhergehenden Verantwortung, die in einer Demokratie eben auch ihre Kontrolle erforderlich macht.

---

23 345/AB, v 26.04.2018 zu 356/J, 26. GP.

24 Salzburger Volksblatt v 7.5.1931.

25 Volksstimme v 1.11.1963.

26 Parlamentskorrespondenz v 21.5.2014, parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR\_2014/PK0465 (16.12.2018).

Als die Abschaffung der Kennzeichnung 1963 auf Widerstand der Bevölkerung stieß, war ein Alternativvorschlag von BMI *Olah*, die Polizei stattdessen zum Tragen von Namensschildern zu verpflichten.<sup>27</sup> Dazu kam es jedoch nicht, wohl weil aus Perspektive der PolizistInnen mit dieser Lösung zwar die Würde der BeamtInnen gewahrt wäre, nicht aber das Problem der potentiell falschen Beschuldigungen und der mangelnden Privatsphäre behoben wäre. So teilt auch *Sperlich* die Bedenken gegenüber Namensschildern und führt an, dass die Nummern gerade durch die Anonymisierung einen Vorteil für die BeamtInnen darstellen.<sup>28</sup>

#### 4. Proteste, Kennzeichnungspflicht und Vermummungsverbot

Besonders intensiv wird die Debatte um die Kennzeichnungspflicht geführt, wenn es um gewaltvolle Zusammenstöße zwischen der Polizei und Demonstrierenden geht. Hier operiert die Polizei oft behelmt und in geschlossenen Einheiten, was die Zuordenbarkeit zusätzlich erschwert.<sup>29</sup> Im Zuge der Einführung des Vermummungsverbotes auf Demonstrationen 2002<sup>30</sup> stellten die Grünen einen Antrag auf Einführung der Kennzeichnungspflicht.<sup>31</sup> In der parlamentarischen Debatte zu diesem Antrag wurde von der FPÖ-Abg *Reindl* ein für die Debatte typisches Bild gezeichnet, in dem die angebliche Anonymität der Demonstrierenden mit jener der PolizistInnen verglichen wird: „Auf der einen Seite vermummte, anonyme, gewaltbereite Demonstranten und auf der anderen Seite Exekutivbedienstete mit riesengroßen Namensschildern oder Dienstnummern, vielleicht sogar noch mit der privaten Wohnanschrift oder mit der privaten Telefonnummer.“<sup>32</sup>

2014 wurde nach einer Demonstration der rechtsextremen Gruppe „Die Identitären“, einem antifaschistischen Gegenprotest und der damit einhergehenden Polizeigewalt die Kennzeichnungspflicht erneut diskutiert,<sup>33</sup> während die FPÖ-nahe Gewerkschaftsfraktion *AUF* polemisch eine „Kennzeichnungspflicht für linksextreme Gewalt-Chaoten“ forderte.<sup>34</sup>

Solche Vergleiche zwischen der Polizei, die die Gesetze des Staates zu exekutieren hat und den BürgerInnen, die ihrer Befehls- und Zwangsgewalt unterworfen sind, mögen zwar ein gelungenes rhetorisches Mittel sein, sind aber aus einer juristischen und staats-theoretischen Perspektive unlauter. Hier wird das Ungleichgewicht unterschlagen, dass PolizistInnen gegebenenfalls eine Identitätsfeststellung vornehmen und diese uU auch mit Zwang durchsetzen können, während ihr Gegenüber im selben Moment keine Handhabe gegen BeamtInnen hat, die sich weigern, ihre DN herauszugeben.

---

27 Die Presse, Exekutivbeamte erhalten Namensschilder, 4.10.1963.

28 *Sperlich*, Bravo... Bravo! juridikum 1991/4, 5.

29 Vgl *Hense*, Kennzeichnungspflicht 2014.

30 BGBl I 2002/127.

31 684/A, 22.5.2002, 21. GP.

32 109. StProtNR, 21. GP, 109.

33 S *Knopp/Ullrich*, Kampf um die Bilder. Videoüberwachung und Gegenüberwachung, juridikum 2016, 53 4f.

34 *AUF*, Grüne negieren Gewaltexzesse gegen Polizei und Sachbeschädigung im Zuge des Akademikerballs, 22.06.2014, <http://www.auf.at/auf/aktuelles/detail/news/gruene-negieren-gewaltexzesse/> (27.04.2016) zitiert in *Knopp/Ullrich*, juridikum 2016, 535.

## 5. Ausblick

2017 entschied der EGMR im Fall *Hentschel u Stark/Deutschland*, dass bei Gewaltvorwürfen gegen die Polizei eine Verletzung von Art 3 EMRK in verfahrensrechtlicher Hinsicht vorliegt, wenn die strafrechtliche Verfolgung ua deswegen erschwert wird, dass die PolizistInnen keine individuelle Kennzeichnung tragen. Der Gerichtshof stellte fest, dass „es keine effektiven Ermittlungen gegeben hat, weil der Einsatz behelmter Polizeibeamter ohne Kennzeichnung und die daraus für die Ermittlungen resultierenden Schwierigkeiten nicht hinreichend durch gründliche Ermittlungsmaßnahmen ausgeglichen wurden“. <sup>35</sup> Diese Entscheidung wird auch das ö System auf die Probe stellen. Vom BMI wurde zur Fragestellung, was dieses Urteil bedeutet, ein Fachzirkel eingerichtet. <sup>36</sup>

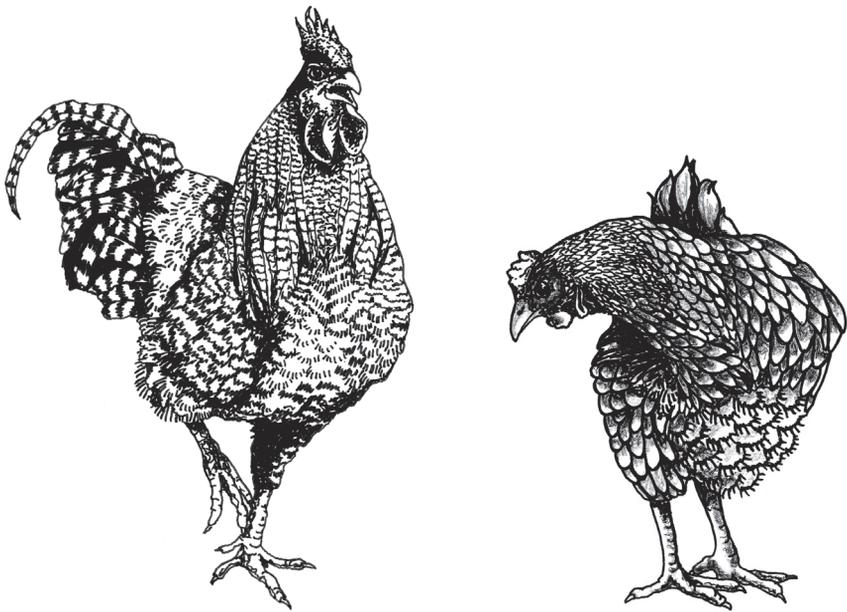
Es hat die Kennzeichnungspflicht seit den Anfängen des Rechtsstaats und der modernen Polizei gegeben. Dass die Zuordnung von Amtshandlungen immer wieder ein Problem darstellt und die Forderung immer wieder kehrt, lässt darauf schließen, dass die Abschaffung der Kennzeichnungspflicht nicht das Ende ihrer Geschichte sein wird. Nicht zuletzt aus menschenrechtlicher Perspektive erfordert die Macht, mit der die Polizei ausgestattet ist, wirksame Kontrolle. Die Kennzeichnungspflicht ist ein wichtiger Bestandteil dieser polizeilichen Verantwortung. Ohne sie entstehen Lücken im Schutz von Betroffenen von Polizeigewalt. Letztendlich bergen Hindernisse bei der Verfolgung von Polizeigewalt auch die Gefahr, Beamten das Gefühl zu geben, ungestraft davonkommen zu können. Das wiederum kann letztendlich bis zu einer Verselbstständigung der Exekutive führen und eine massive Gefahr für die Demokratie darstellen.

Mag.<sup>a</sup> Angelika Adensamer, MSc, ist Juristin und Kriminologin, arbeitet als Policy Advisor für die Grundrechts-NGO epicenter.works und ist Mitglied der juridikum-Redaktion; a.adensamer@posteo.net

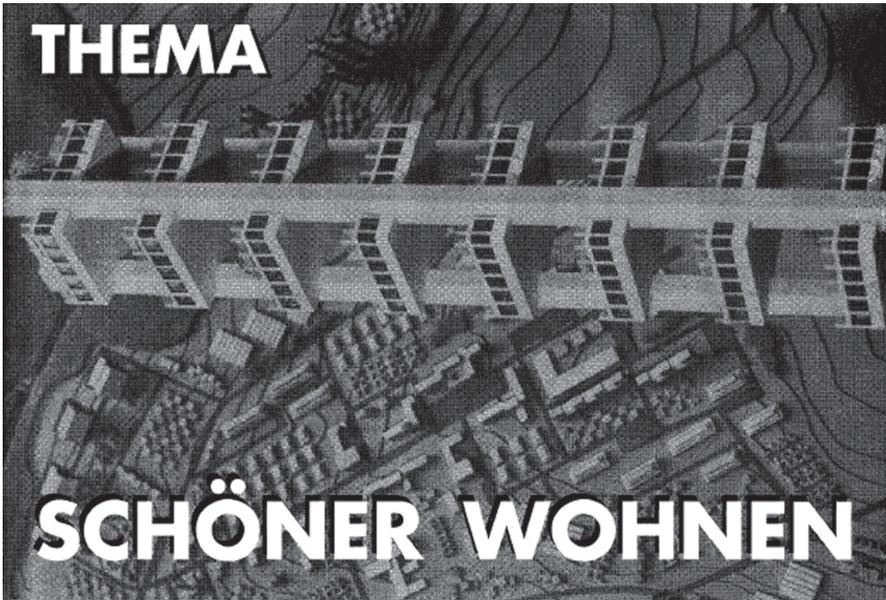
---

<sup>35</sup> EGMR 9.11.2017, 47274/15, *Hentschel u Stark/Deutschland*, Rz 103.

<sup>36</sup> 345/AB, v 26.04.2018 zu 356/J, 26. GP.



Das juridikum 2/1997 war mit Dinosauriern bebildert. Aktuelle Forschungen zeigen, dass die engsten heute noch lebenden Verwandten der Dinosaurier Hühner sind. Vgl *Organ et al*, Molecular Phylogenetics of Mastodon and Tyrannosaurus rex, Science 2008 Vol 320, 499. Wir danken *Ella Wagner* für die Zeichnungen.



## 2. WOHNRECHTSÄNDERUNGSGESETZ:

# Kein adäquates Mittel gegen die Wohnungsnot

Monika Gasser-Steiner

**Am 31. 1. 91 ist das 2. Wohnrechtsänderungsgesetz (2. WÄG) im Parlament beschlossen worden. Es beinhaltet die Änderung des WGG 1979, die Änderung des MRG 1981, die Änderung des Aktiengesetzes 1975, Maßnahmen zur Hilfe für Wohnungssuchende und Übergangs- und Vollzugsbestimmungen. Das WÄG ist mit 1. 3. 1991 in Kraft getreten.**

Gasser-Steiner, Kein adäquates Mittel gegen die Wohnungsnot. 2. Wohnrechtsänderungsgesetz, juridikum 1/1991, 23.

# Das Wohnungswesen

Ein chronologischer Rückblick über die Novellierungen der letzten 30 Jahre

Julia Ludwig

---

## 1. Einleitung

Das Wohnrecht ist eines jener Rechtsgebiete bezüglich derer – auch gerne medienwirksam – umfassende Novellierungen versprochen werden. Im Vordergrund steht jeher der Versuch, das Interesse der\_s Mieter\_in\_s an Bestand- und Preisschutz und jenes der\_s Vermieter\_in\_s, staatliche Eingriffe in ihre Privatautonomie hintanzuhalten, einander gegenüberzustellen und so einen Interessenausgleich zu schaffen. Parallel hierzu erweist sich die Problematik des Schaffens von benötigtem Wohnraum als politischer Dauerbrenner. So ging auch dem am 1.12.1981 in Kraft getretenen Mietrechtsgesetz<sup>1</sup> (MRG) ein Reformprozess voraus, welcher in den 1970er-Jahren, als Forderungen einer Neukodifizierung der gesamten die Rechtsbeziehungen zwischen Vermieter\_innen und Mieter\_innen regelnden Vorschriften sowie einer Einführung eines neuen und zeitgemäßen Bewertungssystems für die gesetzlichen Mietzinse immer lauter wurden, seinen Anfang nahm.<sup>2</sup> Bis ins Jahr 2018 wurde das MRG 29-mal novelliert, wobei die auszugleichenden Interessen wie auch die Ansätze, diesen gerecht zu werden, im Wesentlichen gleich geblieben sind. Anlässlich des Jubiläumsheftes zeichnet der vorliegende Beitrag diese Entwicklungen seit Bestehen des juridikum nach und zeigt damit Entwicklungstendenzen der letzten 30 Jahre auf.

## 2. Die 18. Gesetzgebungsperiode – 5.11.1990 bis 6.11.1994

So hatte – nicht einmal zehn Jahre nach Inkrafttreten des MRG – die rot-schwarze BReg in ihrem Arbeitsprogramm für die Gesetzgebungsperiode 1990–1994 festgehalten, dass es im Bereich Wohnen „nicht nur einen bestehenden qualitativen Bedarf, sondern auch einen bedeutenden differenzierten quantitativen Bedarf zu befriedigen“ gelte, und die Zusammenfassung und Harmonisierung des Wohnrechts zu einem gänzlich neuen Bundeswohnrechtsgesetz (BRWG) in Aussicht genommen. Noch vor der Umsetzung dieses (Groß-)Vorhabens wurden zur Ankurbelung der Wohnbauleistung punktuelle Novellierungen vorgenommen. Am 1.3.1991 trat dann das 2. Wohnrechtsänderungsgesetz<sup>3</sup> in

---

1 Bundesgesetz v 12.11.1981 über das Mietrecht (Mietrechtsgesetz – MRG), BGBl 1981/520.

2 ErlRV 425 BlgNR 15. GP, 27

3 2. Wohnrechtsänderungsgesetz – 2. WÄG, BGBl 1991/68.

Kraft. Schon die erste Juridikum-Ausgabe des Jahres 1991<sup>4</sup> diskutierte dieses Gesetz und analysierte die gesetzten Maßnahmen auf ihre tatsächliche Eignung, leerstehende Wohnungen wieder auf den Markt zu bringen und attestierte diesen – vor dem Hintergrund, dass die Mietzinsbildungsvorschriften des MRG unberührt blieben – nur wenig Erfolg.

## 2.1. Der Entwurf eines Bundeswohnrechtsgesetzes<sup>5</sup>

Eigentlich für das Jahr 1991 veranschlagt, wurde erst 1993 ein Entwurf eines BRWG vorgestellt. Mit diesem Vorhaben sollten das MRG, das Wohnungseigentumsgesetz<sup>6</sup> und das Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz<sup>7</sup> zusammengefasst und eine Vereinheitlichung der Materien geschaffen werden. Man wollte herrschender Wohnungsnot – in erster Linie durch mietrechtliche Bestimmungen – entgegenwirken. Dazu war insb die Neuregelung der zulässigen Höhe des Hauptmietzinses (in Form eines Richtwertmietzinses<sup>8</sup>) vorgesehen.<sup>9</sup> Auch eine umfassende Ausdehnung der Befristungsmöglichkeiten, wobei eventuelle Verlängerungsmöglichkeiten sowohl nach der Art des Mietobjektes als auch des Vertrages differenzieren sollten, sowie ein strikt auf drei Jahre befristetes Vertragsverhältnis ohne jede Verlängerungsmöglichkeit waren angedacht. Das Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht sollte erst nach der Begutachtung des Entwurfes als eigener Abschnitt in diesen aufgenommen werden. Schon im Begutachtungsstadium war die Resonanz auf dieses Vorhaben so negativ<sup>10</sup>, dass der Gesetzesentwurf niemals in Kraft treten sollte.

Kritiker\_innen sahen in diesem Vorhaben eine vollkommen unzeitgemäße Bevormundung der Bürger\_innen sowie eine sachlich nicht gerechtfertigte Einschränkung der Privatautonomie. Insgesamt schien es Mieter\_innen einseitig zu bevorteilen.<sup>11</sup> Die Bestimmungen des MRG sollten nahezu wortwörtlich übernommen werden, jedoch ohne Berücksichtigung der dazu ergangenen Rsp.<sup>12</sup> Das angedachte Richtwertmodell, welches ausgehend von einem angemessenen Hauptzins einer mietrechtlichen Normwohnung Zu- oder Abschläge vorsah, wurde insofern kritisiert, als es einerseits das Ziel von erschwinglichem Wohnraum nicht gewährleisten könne, weil es aufgrund der ungenügend definierten Zu- und Abschläge tatsächlich keine Begrenzung nach oben geben und damit zu Rechtsunsicherheit führen würde.<sup>13</sup> Andererseits könne die Ausnahme aus dem Richtwertsystem betreffend Wohnungen der Kategorie A mit einer 130 m<sup>2</sup> übersteigenden

4 Gasser-Steiner, 2. Wohnrechtsänderungsgesetz: Kein adäquates Mittel gegen die Wohnungsnot, Juridikum 1/1991, 23f.

5 Entwurf eines Bundesgesetzes über das Wohnrecht (Bundeswohnrechtsgesetz – BWRG), 257 ME 18. GP.

6 Wohnungseigentumsgesetz 1975 – WEG 1975, BGBl 1975/417.

7 Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz – WGG, dRGBI I S 1940/438.

8 Das Richtwertgesetz (RichtWG) trat erst zu einem späteren Zeitpunkt mit dem 3. Wohnrechtsänderungsgesetz, BGBl 1993/800, in Kraft (s unten).

9 257 ME 18. GP, 1 f.

10 Tades/Stabentheiner, Das 3. Wohnrechtsänderungsgesetz (Teil I), ÖJZ 1994, 1.

11 9 SN 257 ME 18. GP; Zum Bundesgesetz über das Wohnrecht (Bundeswohnrechtsgesetz – BWRG), AnwBl 1993, 575.

12 22 SN 257 ME 18. GP.

13 19 SN 257 ME 18. GP; 15 SN 257 ME 18. GP.

Nutzfläche die Gefahr der Wohnraumverknappung nicht ausräumen, da der Anreiz, Wohnungen zusammenzulegen, weiterhin bestünde.<sup>14</sup>

In den ausgedehnten Befristungsmöglichkeiten witterte man die Gefahr, dass der die von einer Vertragsverlängerung abhängige Mieter\_in von vielen im Entwurf eingeräumten Rechten keinen Gebrauch machen würde, weil ihm\_ ihr in der Regel die Vertragsverlängerung das wichtigere Anliegen sein würde. Der neu angedachte (starre) „Dreijahresvertrag“ würde ein „Wohnungsnomadentum“ entstehen lassen, auf welches im Zuge erneuter Wohnungssuche in regelmäßigen Abständen hohe Kosten zukommen würden.<sup>15</sup> Vor dem Hintergrund, dass von dem Gesetzesvorhaben die in „veränderten“ förderungsrechtlichen Gesetzen verstreuten zivilrechtlichen Bestimmungen unberührt bleiben sollten, wurde dessen Bereinigungs- bzw Harmonisierungswirkung insgesamt in Frage gestellt.<sup>16</sup>

## 2.2. Das 3. Wohnrechtsänderungsgesetz (3. WRÄG), BGBl 1993/800

Das Vorhaben einer Zusammenfassung und Harmonisierung des Wohnrechts war weiterhin aktuell. Mit dem folgenden 3. WRÄG, dessen Hauptaugenmerk auf dem Mietrecht lag<sup>17</sup>, sollten – die Großteils vermietet\_innenfreundlichen – Vorschläge und Kritik aus dem Begutachtungsverfahren zum BWRG umgesetzt und (Preis-)Entwicklungen insb im Bereich des Mietrechts Einhalt geboten werden, sowie eine spürbare Preisdämpfung bewirkt werden.<sup>18</sup> Die Idee eines Richtwertsystems wurde beibehalten und so traten mit 1.3.1994 das Richtwertgesetz<sup>19</sup> sowie korrespondierende Bestimmungen im MRG in Kraft. Künftig sollte der (höchstzulässige) Mietzins anhand einer mietrechtlichen Normwohnung als (fiktiven) Vergleichsmaßstabes, bestimmter Kriterien, mittels derer die konkret zu beurteilende Wohnung mit dieser Normwohnung zu vergleichen war, und einer Lagekomponente eruiert werden.<sup>20</sup> Um Maßnahmen der Wohnraumbeschaffung anzuregen, waren jedoch diverse Ausnahmen von eben jenem neu in Geltung gesetzten Richtwertsystem vorgesehen, so zB für durch Auf- und Zubau neugeschaffene Mietgegenstände.

Weiters wurde – trotz der an den vergleichbaren Bestimmungen des BWRG geübten Kritik – die Befristungsmöglichkeiten umfassend ausgeweitet. So wurde die Möglichkeit geschaffen, befristete abgeschlossene Mietverträge – welche nach bisheriger Rechtslage lediglich auf unbestimmte Dauer verlängert werden konnten – nunmehr beliebig oft um jede Vertragsdauer zu verlängern. Auch war es nun möglich „Dreijahresverträge“ ohne jegliche befristete Verlängerungsmöglichkeit abzuschließen. Die Gefahr, dass Vermieter\_innen nunmehr ausschließlich diese (fix) auf drei Jahre geschlossenen Verträge abschließen wollten,

14 9 SN 257 ME 18. GP

15 19 SN 257 ME 18. GP.

16 3 SN 257 ME 18. GP.

17 Tades/Stabentheiner, ÖJZ 1994, 27.

18 IA 579 A 18. GP, 42.

19 Richtwertgesetz – RichtWG, BGBl 1993/800.

20 Tades/Stabentheiner, ÖJZ 1994, 27.

meinte man durch einen verpflichtenden 20 %-igen Abschlag vom gesetzlich höchstzulässigen Mietzins gebannt zu haben.

### 3. Die 20. Gesetzgebungsperiode – 15.1.1996 bis 28.10.1999

Die nächste Novellierung des MRG sollte drei Jahre auf sich warten lassen. Im Koalitionsübereinkommen vom März 1996 vereinbarte die folgende rot-schwarze BReg, ihre Reformüberlegungen auf den seit dem 3. WRÄG gewonnenen Erkenntnissen, insb zur Befristung von Mietverträgen, zu gründen.

#### 3.1. Die Novellierung des MRG, des WGG, des WEG 1975 und der ZPO, BGBl I 1997/22

Vor dem Hintergrund, dass die Möglichkeit, die sog „Dreijahresverträge“ befristet zu verlängern, ausgeschlossen war und viele Vermieter\_innen Vorbehalte gegenüber unbefristeten Mietverträgen hatten, waren nunmehr drei Jahre nach Einführung des „Dreijahresvertrages“ viele Mieter\_innen vom Verlust ihrer Wohnung bedroht. So war die umfassende Neuregelung der Befristungsmöglichkeiten von Mietverträgen das Hauptaugenmerk der mit 20.2.1997 kundgemachten Novelle BGBl I 1997/22. Mit der Novellierung sollten die bestehenden Befristungsmöglichkeiten flexibilisiert und liberalisiert werden.<sup>21</sup> Im Wesentlichen sollten generelle Befristungen in einem zeitlichen Rahmen von mind drei und max zehn Jahren möglich gemacht werden. Das Problem der Fristverhältnisse sollte dadurch relativiert werden, dass ohne anderslautende Einigung das Mietverhältnis mit Ablauf von drei Jahren automatisch um ein Jahr verlängert und sich bei einem weiteren Verbleiben der\_s Mieterin\_s in der Mietwohnung in ein unbefristetes wandeln würde. Mit einer Erhöhung des Befristungsabschlages von zuvor 20 % auf nunmehr 30 % sollten Vermieter\_innen insgesamt dazu angeregt werden, bevorzugt andere (unbefristete) Vertragsausgestaltungen zu wählen. Für befristete Mietverträge betreffend Mietgegenstände in einem Gebäude, das aufgrund einer vor dem 8.5.1945 erteilten Baubewilligung neu errichtet wurde, sollte weiterhin nur ein Zinsabschlag von 20 % zur Anwendung kommen.

So war zwar die Gefahr des imminent drohenden Wohnungsverlustes gebannt. Vor dem Hintergrund, dass befristete Verträge weiterhin jedoch beliebig oft verlängert werden konnten, bestand weiterhin die Gefahr, dass ein\_e Mieter\_in, seine\_ihre gesetzlich zugestanden Rechte nicht wahrnehmen würde und somit erpressbar wäre, da eine eventuelle Verlängerung eines (zunächst) befristet abgeschlossenen Mietvertrages von dessen Wohlverhalten abhing.

---

21 ErlRV 555 BlgNR 20. GP, 7ff.

### 3.2. Die Wohnrechtsnovelle 1999 (WRN 1999), BGBl I 1999/147

Im Jahr 1999 sollte es im Wohnrecht zu drei Novellierungen des MRG kommen: Zunächst mussten die Regelungen des MRG zum Schlichtungsstellenverfahren an eine Novellierung des AVG<sup>22</sup> angepasst werden. Bei dieser Gelegenheit wurden einzelne Klarstellungen vorgenommen und insb die erst subsidiäre Anwendung des AVG angeordnet.<sup>23</sup> Weiters wurde die Vergebühung der Mietverträge durch das Abgabenänderungsgesetz 1998<sup>24</sup> adaptiert.

Die WRN 1999, deren initialer Impuls aus den Bereichen der gemeinnützigen Bauvereinigungen und des kommunalen Wohnungswesens kam, betraf insb die Bestimmungen über die Betriebs- sowie sonstigen Bewirtschaftungskosten und deren Aufteilung. Insb sollte es möglich werden, auf Grundlage einer zwischen der\_m Vermieter\_in und mindestens zwei Dritteln der Mieter\_innen geschlossenen schriftlichen Vereinbarung bestimmte Bewirtschaftungskosten nicht nach dem Verhältnis der Nutzflächen, sondern nach dem durch entsprechende Messvorrichtungen ermittelten Verbrauch aufzuteilen.<sup>25</sup> Auch wurde die Möglichkeit geschaffen, eine Rückstellung für die Abfertigung des Hausbesorgers anzusparen.<sup>26</sup>

Die Neuerungen des Jahres 1999 wurden zwar punktuell als sinnvoll erachtet, stellten aber jedenfalls keine umfassenden Neuerungen dar.

## 4. Die 21. Gesetzgebungsperiode – 29.10.1999 bis 19.12.2002

In Folge der NR-Wahlen am 3.10.1999 scheiterten die Koalitionsverhandlungen zwischen den bisher eine Regierung bildenden Parteien, der stimmstärkeren SPÖ und der ÖVP. So kam es am 4.2.2000 zur 1. Auflage einer schwarz-blauen Regierung und wieder wurde der „große Wurf“ angekündigt. Die Erneuerung des Wohnrechts wurde als einen der wichtigsten Schwerpunkte des Regierungsprogramms auf dem Gebiet des Zivilrechts propagiert und wollte man alle Wohnrechtsmaterien einer grds Neuordnung unterziehen.

### 4.1. Die Wohnrechtsnovelle 2000 (WRN 2000), BGBl I 2000/36

Unabhängig von dem Projekt einer umfassenden Reform, wurde – um die vordringlichsten Gesetzgebungsschritte innerhalb der ersten 100 Tage der Legislaturperiode verwirklichen zu können – der Entwurf zur WRN 2000 in Form eines Initiativantrages<sup>27</sup> einge-

22 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), BGBl 1991/51.

23 IA 958 A 20. GP, 3.

24 Abgabenänderungsgesetz 1998 (AbgÄG 1998), BGBl I 1999/28.

25 Wohnrechtsnovelle 99, immolex 1999/270.

26 ErlRV 1674 BlgNR 20. GP, 6f.

27 IA 129 A 21. GP, 5ff.

bracht. Erst iRe Anschlussbegutachtung wurde bestimmten Stellen Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.

Von der mit 1.7.2000 in Kraft getretenen Wohnrechtsnovelle 2000 war insb das MRG betroffen. Der hauptsächliche Gesichtspunkt der Novelle war – neben der erleichterten Begründung von Wohnungseigentum im Bereich des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes – die Neuordnung der Regelungen über die zulässige Befristung von Mietverträgen. Diese wurden liberalisiert, zugleich aber auch vereinheitlicht und vereinfacht.<sup>28</sup> Im Wesentlichen wurde – abgehend von der bisherigen Differenzierung nach Mietobjekt oder Vertragsart, insb auch für Altbauwohnungen und Geschäftsräumlichkeiten – ein genereller Fristvertragstyp mit einer gesetzlich vorgegebenen Mindestdauer von drei Jahren geschaffen, welcher beliebig oft – jedoch jeweils auf mind drei weitere Jahre – verlängert werden konnte. So wurde man zwar dem Anliegen gerecht, die für die\_den Mieter\_in oftmals schwer verständlichen, im Hinblick auf Art des Mietobjekts bzw der Vertragsart unterscheidenden Befristungsbestimmungen zu vereinfachen, jedoch wurde durch einen einheitlichen – nicht nach Dauer des Vertragsverhältnisses gestaffelten – Befristungsabschlag von 25 % jeglicher Anreiz für die\_den Vermieter\_in, zumindest Firstverhältnisse von längerer Dauer einzugehen, eliminiert. Da die Möglichkeit, befristet abgeschlossene Mietverträge beliebig oft und abermals befristet zu verlängern, beibehalten wurde, und hierzu (immer wieder aufs Neue) eine Einigung zwischen den Vertragsparteien notwendig war, sah sich die\_der Mieter\_in uU gezwungen, ihr\_ihm zustehende Rechte im Ernstfall nicht geltend zu machen.

#### 4.2. Die Mietrechtsnovelle 2001 (MRN 2001), BGBl I 2001/161

Als weitere Etappe in der Verwirklichung des Grundanliegens der BReg, der schrittweisen Liberalisierung des Mietrechts und dessen sukzessiver Heranführung an die Gegebenheiten des Immobilienmarktes, sollte mit der ebenfalls als Initiativantrag im NR eingebrachten MRN 2001 insb der Anwendungsbereich des MRG novelliert und so ebenfalls der Versuch unternommen werden, die Bauwirtschaft anzukurbeln.<sup>29</sup> Es wurde in Anbetracht des Zieles, das MRG als ein die Privatautonomie in vielen Punkten beschränkendes Gesetz zunehmend auf die Fälle der gewerblichen oder gewerbeähnlichen Vermietung zu beschränken, die Vermietung von Ein- oder Zweifamilienhäusern – welche bisher in den Teilanwendungsbereich gefallen waren – sowie von Häusern mit nicht mehr als zwei Geschäftsräumlichkeiten bzw mit einer Wohnung und einer Geschäftsräumlichkeit vom Anwendungsbereich des MRG nunmehr gänzlich ausgenommen. Um die Wohnraumbeschaffung anzuregen, erfolgte weiters eine Ausnahme von Dachbodenausbauten aus dem Anwendungsbereich des MRG. Dies hatte zur Folge, dass betreffend die ge-

---

<sup>28</sup> Hausmann, Wohnrechtsnovelle 2000, *ecolex* 2000, 641.

<sup>29</sup> IA 533 A 21. GP, 5.

nannten Mietobjekte unbefristet geschlossene Verträge nunmehr seitens der\_s Vermieterin\_s jederzeit und ohne Angabe eines Kündigungsgrundes, beliebig und formlos aufkündbar waren und die Mietzinsbildungsvorschriften des MRG nicht zur Anwendung kamen.

### 4.3. Das Wohnungseigentumsgesetz 2002 (WEG 2002), BGBl I 2002/70, und das Wohnungseigentumsbegleitgesetz (WEBG), BGBl I 2002/71

Zur Umsetzung des Projektes „Erneuerung des Wohnrechtsgesetzes“ wurden im Bundesministerium für Justiz ein mietrechtlicher und ein wohnungseigentumsrechtlicher Arbeitskreis zur Beratung des Reformvorhabens konstituiert. Es sollten alle Wohnrechtsmaterien unter Einbindung von Expert\_innen und Interessenvertreter\_innen einer grds Neuordnung unterzogen werden. Die Ergebnisse dieser umfassenden Beratungen mündeten zunächst in einem Ministerialentwurf (ME) eines neuen WEG<sup>30</sup>, welcher im Juni 2001 vorgestellt wurde und die Lesbarkeit, Verständlichkeit und Übersichtlichkeit der gesetzlichen Regelungen für das Wohnungseigentum verbessern sollte. In diesem Sinn enthielt der Entwurf eine Zusammenfassung aller Begriffsbestimmungen, darunter auch eine erstmalige, der Jud entsprechende Definition einer „Wohnung“.<sup>31</sup>

Inhaltlich sollten im Wesentlichen bei der Novellierung des WEG Wünsche aus der Praxis umgesetzt werden. Eine der va in gesellschaftspolitischen Belangen bemerkenswerten Neuerungen dieses Vorhabens war die Schaffung einer „Eigentümerpartnerschaft“, wodurch es (nur) zwei natürlichen Personen – unabhängig von einem eventuellen Angehörigenverhältnis – ermöglicht werden sollte, gemeinsam Miteigentümer\_innen eines Mindestanteils zu werden. Hierdurch sollten va Lebensgefährten\_innen die Möglichkeit zum Erwerb von gemeinsamem Wohnungseigentum bekommen<sup>32</sup> und gleichzeitig die schwierige und politisch äußerst umstrittene Grenzziehungen betreffend die Definition der Lebensgemeinschaft (bzw die Frage, ob hiervon gleichgeschlechtliche Partnerschaften mitumfasst sein sollten) vermieden werden.

Die Wohnungseigentumsbegründung an Substandardwohnungen, welche mit dem 3. WRÄG ausgeschlossen wurde, sollte wieder möglich werden. Hatte man zunächst die Meinung vertreten, dass hierdurch uninformierte, ökonomisch nicht gut gestellte Wohnungssuchende vor hohen Erhaltungskosten geschützt würden, kam man zu dem Schluss, dass (schlichte Mit-)Eigentümer\_innen von Substandardwohnungen tatsächlich schlechter gestellt waren, da diese nicht einmal die Position eines Wohnungseigentümers, sondern bestenfalls jene eines schlichten Miteigentümers erlangen könnten. Ausßerdem sah man die Aufnahme von Fremdmitteln zur Vornahme notwendiger Sanierung erschwert,

---

30 231 ME 21.GP.

31 231 ME 21.GP, 67.

32 231 ME 21.GP, 56f.

da Banken uU die Gewährung von Krediten – ohne die Möglichkeit, bei Uneinbringlichkeit direkt auf das Wohnungseigentumsobjekt zu greifen zu können – verweigerten.<sup>33</sup>

Die Idee, eine Möglichkeit zur Bestellung eines\_r Eigentümerversetzers\_in zu schaffen, sollte im Entwurf umgesetzt werden. Dieser sollte zum einen – sofern (noch) kein\_e (neue\_r) Verwalter\_in bestellt wäre – die Eigentümer\_innengemeinschaft nach außen vertreten. Zum anderen sollte er\_sie im Fall einer (gerichtlichen oder außergerichtlichen) Auseinandersetzung zwischen dem\_der Verwalter\_in und der Eigentümer\_innengemeinschaft, diese vertreten.

Unter Verwertung der im Begutachtungsverfahren eingebrachten Anregungen wurde die Regierungsvorlage (RV) zum WEG 2002 ausgearbeitet.<sup>34</sup> Anders als im ME zunächst beabsichtigt – wurde die Forderung nach der Ermöglichung der Begründung von selbständigem Wohnungseigentum an Kfz-Abstellflächen umgesetzt.

Obwohl weder im ME noch der RV vorgesehen,<sup>35</sup> entfiel nach Behandlung des Entwurfes im Justizausschuss die Möglichkeit, nur an einzelnen Objekten eines Hauses Wohnungseigentum zu begründen, was die Neuentstehung sogenannter „Mischhäuser“ unterband. Die Begründung von Wohnungseigentum (zwingend) an allen wohnungseigentumsfähigen Objekten vorzusehen, war ein Vorschlag der Lehre.<sup>36</sup> Ebenfalls erst auf entsprechende Anregung im Begutachtungsverfahren hin wurde dahingehend Rechtsklarheit geschaffen, auf wen im Fall von „Altmietverhältnissen“ die Rechtszuständigkeit auf Vermieter\_innenseite überging. Im Interesse des Mieter\_innenschutzes, va im Hinblick auf die Erhaltung des Haftungsfonds zu Gunsten der\_s Mieterin\_s, sollten im Fall der nachträglichen Begründung von Wohnungseigentum sämtliche Miteigentümer\_innen formal Vermieter\_innen bleiben, die meisten Rechte und Pflichten aus diesem Mietverhältnis aber im Wege ergänzender Vertragsauslegung dennoch auf jene\_n Miteigentümer\_in übergehen, der das Wohnungseigentum am vermieteten Eigentumsobjekt erworben hatte.<sup>37</sup>

Mit dem WEBG<sup>38</sup> 2002, wurden im Hinblick auf die Schaffung des WEG 2002 das ABGB, das MRG, das Erwerbsgesellschaftengesetz, die Exekutionsordnung, das Wohnungsgemeinnützigkeitengesetz und das Heizkostenabrechnungsgesetz geändert. Bei dieser Gelegenheit wurde die Möglichkeit der\_s „Wohnungseigentums-mieters\_in“, liegenschaftsbezogene Ansprüche aus dem Bestandverhältnis nicht nur gegen die\_den Eigentümer\_in des Wohnungseigentumsobjektes sondern auch gegen die Eigentümergemeinschaft geltend zu machen, ausgeweitet.<sup>39</sup>

---

33 231 ME 21.GP, 27f.

34 ErlRV 989 BlgNR 21. GP, 23.

35 ErlRV 989 BlgNR 21. GP, 31f.

36 28 SN 231 ME 21. GP.

37 ErlRV 989 BlgNR 21. GP, 38.

38 Wohnungseigentumsbegleitgesetz (WEBG), BGBl I 2002/71.

39 1059 BlgNR 21. GP, 1.

## 5. Die 22. Gesetzgebungsperiode – 20.12.2002 bis 29.10.2006

Im Jahr 2003 machte die Gesamtreform des Außerstreitverfahrens<sup>40</sup> auch eine Neuordnung des „wohnrechtlichen Außerstreitverfahrens“ erforderlich. Hatte man zu Anfang angedacht, das wohnrechtliche Verfahren iRd geplanten umfassenden Reform des Mietrechtes ebenfalls neuzugestalten, mussten die Adaptierungen im wohnrechtlichen Außerstreitverfahren, um diese gleichzeitig mit der allgemeinen Außerstreitverfahrensreform in Kraft treten zu lassen, mit dem Wohnrechtlichen Außerstreitbegleitgesetz<sup>41</sup> vorgenommen werden.<sup>42</sup>

### 5.1. Die Wohnrechtsnovelle 2006 (WRN 2006), BGBl I 2006/124

Drei Jahre nach Inkrafttreten des WRG 2002 hatte sich offenkundig gewordener Verbesserungsbedarf gezeigt. Mit dem ME einer Wohnrechtsnovelle 2005<sup>43</sup> widmete man sich dem Anliegen, diese zu beseitigen. Weiters wollte man im Mietrecht bestehende Schief lagen und Ungerechtigkeiten in der Interessenbalance zwischen der\_m Vermieter\_in und der\_m Mieter\_in, betreffend welcher man nicht bis zur versprochenen grundlegenden Neuordnung zuwarten wollte, beseitigen. Es wurde unter anderem eine weitere Teilausnahme vom Geltungsbereich des MRG sowie eine Regelung zur Vermeidung eines ungewollt unbefristeten Mietverhältnisses bei einmalig unterbliebener Auflösung eines Fristvertrages nach Ablauf der Vertragsdauer geschaffen. Um die drohende Gefahr der Herabstufung einer vermieteten Wohnung wegen Unbrauchbarkeit (des gesamten Objektes oder eines Ausstattungsmerkmals) im Kategoriesystem abzuschwächen, sollte eine die\_den Mieter\_in treffenden Rügeobliegenheit und folgende kategoriewahrende Verbesserungsmöglichkeit der\_s Vermieterin\_s kommen. Außerdem sollte die dreijährige Präklusionsfrist zur Mietzinsüberprüfung auch auf einen durch einseitiges Gestaltungsrecht der\_s Vermieterin\_s veränderten Mietzins ausgedehnt werden.<sup>44</sup>

Nach Eingliederung des parallel erarbeiteten Entwurfes einer Novelle zum WGG sowie der im Begutachtungsverfahren erstatteten Änderungs- und Ergänzungsanregungen entstand die RV zur WRN 2006<sup>45</sup>, wobei insb die angedachten Novellierungen des MRG trotz der tw sehr kritischen Resonanz unverändert beibehalten wurden. Die Novelle wurde zwar in dritter Lesung im NR angenommen, doch machte der BR von seinem Vetorecht Gebrauch und stimmte nicht zu.<sup>46</sup> Dennoch trat das Gesetz aufgrund des mit 13.7.2006 gefassten Beharrungsbeschlusses des NR in Kraft.

40 Das Außerstreitgesetz (AußStrG), BGBl I 2003/111, wurde mit 12.12.2003 kundgemacht und trat am 1.1.2005 in Kraft.

41 Wohnrechtliches Außerstreitbegleitgesetz (WohnAußStrBeglG), BGBl I 2003/113.

42 ErRV 249 BlgNR 22. GP, 7.

43 242 ME 22. GP.

44 242 ME 22. GP, 32f.

45 1183 RV 22. GP.

46 1183 BlgBR 22. GP.

## 6. Die 24. Gesetzgebungsperiode – 28.10.2008 bis 28.10.2013

Nach den NR-Wahlen im Oktober 2006 wurde abermals eine „große Koalition“ aus SPO und ÖVP gebildet. Trotz der oftmaligen Ankündigung, das Mietrecht umfassend neu zu gestalten, widmete sich erst wieder die am 2.12.2008 angelobte BReg wieder diesem Themenkomplex.

### 6.1. Die Wohnrechtsnovelle 2009 (WRN 2009), BGBl I 2009/25

Mit der Absicht, allzu häufige Mietzinserhöhungen zu vermeiden, und noch vor einer im April 2009 anstehenden Richtwerterhöhung eine Neuregelung der Richtwertvalorisierung zur Entlastung der Mieter\_innen umzusetzen, wurde per Initiativantrag der Entwurf einer Wohnrechtsnovelle eingebracht.<sup>47</sup> Im Wesentlichen sollte eine Änderung der Richtwerte nur noch jedes zweite Jahr erfolgen.

Außerdem war mit Inkrafttreten der WRN 2009 erstmals sowohl im Voll- als auch im Teilanwendungsbereich des MRG eine Regelung zu bestimmten Fragen der Kautionsvorsorge, wobei lediglich jener Anwendungsfall geregelt wurde, in dem es zu einer Übergabe an die\_den Vermieter\_in kommt. Im Wesentlichen wurde die\_der Vermieter\_in verpflichtet, eine übergebene Kautionssumme „fruchtbringend“ zu veranlagen, wobei die Anlage auf einem Sparbuch, das zum Zeitpunkt der Veranlagung und im Hinblick auf die angesichts der Mietvertragsdauer mögliche Bindung branchenübliche Zinsen bietet, ausreichen sollte. Der Gewinn in Form von Zinsen gebührte der\_dem Mieter\_in, soweit der\_m Vermieter\_in bei Ende des Mietvertrags nicht noch Forderungen aus dem Mietverhältnis zustünden.<sup>48</sup> Vorgaben hinsichtlich der zulässigen Höhe einer Kautionssumme gab es jedoch keine<sup>49</sup> und wurde hier weiterhin auf die zu diesem Zeitpunkt ergangene Judikatur verwiesen. Außerdem wurden in der Praxis ersehnte Regelungen über die Handhabung des Energieausweises und vor allem die dafür anfallenden Kosten in den einzelnen Wohnrechtsmaterien aufgenommen und die Überprüfung der Abrechnung im Heizkostenabrechnungsgesetz neu geregelt.

Das Begehren der\_s Mieterin\_s auf Feststellung der Höhe des nach Ende des Mietvertrags von der\_m Vermieter\_in zurückzuzahlenden Betrags sowie das Verlangen einer\_s Mieterin\_s auf Einsicht in den Energieausweis (dessen Kosten als Ausgabe in der Hauptmietzinsabrechnung angesetzt wurden) und auf Aushändigung einer Kopie des Ausweises, wurde nunmehr als iRd mietrechtlicher Streitigkeiten durchsetzbar.

---

<sup>47</sup> IA 513 A 24. GP.

<sup>48</sup> IA 513 A 224. GP, 4.

<sup>49</sup> Rosifka, Die Wohnrechtsnovelle 2009, immolex 2009, 102.

## 7. Die 25. Gesetzgebungsperiode – 29.10.2013 bis 8.11.2017

Im Arbeitsprogramm<sup>50</sup> der rot-schwarzen Koalitionsregierung für die Gesetzgebungsperiode 2013–2018 fand das Anliegen der Wohnraumbeschaffung abermals seinen Niederschlag. Unter der Überschrift „Leistbares Wohnen“ wurde (wie schon so oft) eine umfassende Wohnrechtsreform versprochen und sollten die einzelnen Teilmaterien dieses Rechtsbereichs gerecht, verständlich, möglichst einheitlich und transparent, sowie mit dem prioritären Ziel, neuen und leistbaren Wohnraum zu schaffen, neu gestaltet werden.

### 7.1. Wohnrechtsnovelle 2015 (WRN 2015), BGBl I 2014/100

Mit dem Ende des Jahres 2014 zur Begutachtung ausgesandten Entwurf einer Wohnrechtsnovelle wurde zwar eine notwendige Klärung bestimmter durch die Rsp aufgeworfener Problemfelder in Angriff<sup>51</sup> genommen, betreffend die angekündigte große Wohnrechtsreform war jedoch weiterhin keine Einigung in Sicht. So wurde die schon seit den sog „Klauselentscheidungen“ des OGH<sup>52</sup> schwelende Frage der Erhaltungspflicht für das Innere im Mietobjekt neugeregelt und – vor dem Hintergrund, dass es sich hierbei um Einrichtungen, die für die Bewohnbarkeit oder sonstige Benützbarkeit des Mietobjekts zumeist von unverzichtbarer Bedeutung sind – die\_der Vermieter\_in künftig zu Reparatur und Austausch defekter (mitvermieteter) Wärmebereitungsgeräte verpflichtet. Vor dem Hintergrund, dass diese um Heizthermen und Warmwasserboiler ergänzte Erhaltungspflicht insb unterschied, ob das jeweilige Mietobjekt dem Teil- bzw Vollanwendungsbereiches des MRG unterliegt, wurde hierdurch die Zersplitterung des Mietrechtes verstärkt<sup>53</sup> und damit bestehende Rechtsunsicherheit perpetuiert.

### 7.2. Die Wohnrechtsnovelle 2017

Per Initiativantrag wurde von Seiten der SPÖ Mitte des Jahres 2017 eine weitere Novellierung des MRG und WEG 2002 angestrebt,<sup>54</sup> womit im Wesentlichen der Geltungsbereich des MRG vereinfacht und vereinheitlicht sowie das Mietzinsbildungssystem transparenter gestaltet werden sollte. Im Hinblick auf die für den 15.10.2017 avisierten Neuwahlen wurde das Vorhaben jedoch nicht weiter behandelt.

---

50 Arbeitsprogramm der österr BReg 2013–2018, justiz.gv.at/web2013/file/2c94848642ec5e0d0142fac7f7b9019a.de.0/regprogramm.pdf (28.1.2019).

51 ErlRV 352 BlgNR 25. GP, 1.

52 OGH 7 Ob 78/06f, 1 Ob 241/06g und 5 Ob 17/09z.

53 *Stabentheiner*, Die Wohnrechtsnovelle 2015, JB Wohnrecht 2015, 7.

54 IA 2273 A 25. GP.

## 8. Die 26. Gesetzgebungsperiode – seit 9.11.2017

Die mit 18.12.2017 angelobte schwarz/türkis-blaue BReg kündigte iR ihres Regierungsprogrammes für die Jahre 2017–2022 eine Modernisierung des Wohnrechts an. Obwohl man davon ausgehen kann, dass das Hauptaugenmerk künftiger Vorhaben ganz klar beim Wohnungseigentum liegen wird, sollen iRe „Mietrechtskonvents“ Wohnrechtsexpert\_innen Vorschläge zu einer grundlegenden Reform des Mietrechts erarbeiten. Parallel hierzu wurde von Seiten der nunmehrigen Opposition der Initiativantrag<sup>55</sup> des Vorjahres abermals eingebracht und dieser vom NR bereits iRe Ersten Lesung, wie auch im Bautenausschuss, behandelt.

Es wird sich weisen, welchen Thematiken sich die BReg widmen können bzw wie weit sie ihrem Anliegen, das Wohnrecht umfassend nezugestalten, gerecht werden wird. Jedenfalls schon angekündigt wurde, dass man sich ua mit der Frage beschäftigen werde, ob auch eine drei Jahre unterschreitende Befristung von Mietverträgen möglich sein solle, insb, wenn Sanierungen geplant sind. Dies könne helfen, Leerstände zu vermeiden. Grds soll der Fokus darauf liegen, das Angebot auf dem Wohnungsmarkt durch Neubau und Sanierung zu erhöhen. Einzelmaßnahmen für leistbares Wohnen könnten schon vorher umgesetzt werden.<sup>56</sup>

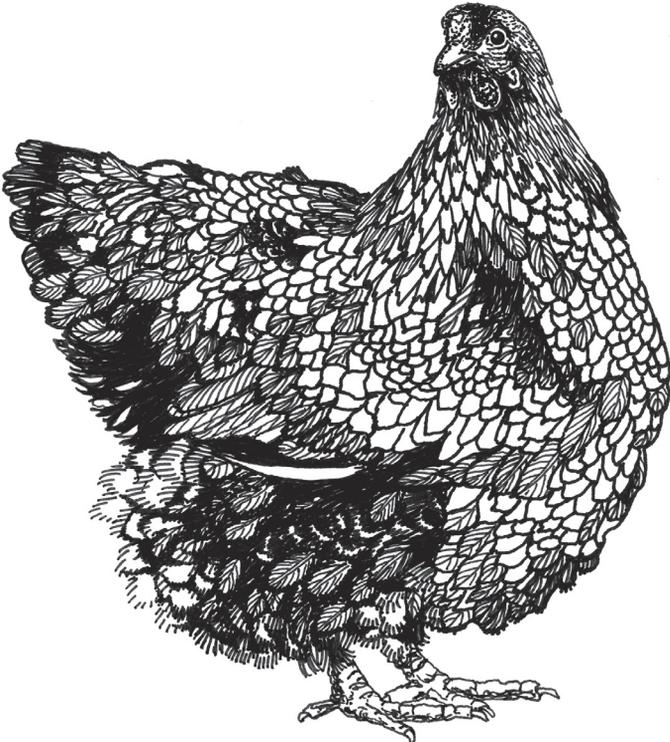
Die grds Problemstellung, einen Ausgleich der Interessen nach Bestand- und Preisschutz bzw uneingeschränkter Privatautonomie zu schaffen, ist in den letzten 30 Jahren die gleiche geblieben. In Anbetracht der vergangenen, jedoch nur punktuellen Reformen, wird man wohl getrost sagen können, dass der „große Wurf“ noch länger auf sich warten lassen wird. Wie auch schon angekündigt – werden sich auch künftige Novellierungen insb auf das Mietrecht und die Frage der Befristungen konzentrieren, wobei hinsichtlich der Befristungsmöglichkeit angenommen werden kann, dass es wohl nicht zu einer Einschränkung kommen wird. Man darf gespannt sein und ich wünsche – mit Blick auf die Novellierungen der letzten Jahre – den Beteiligten viel Geduld.

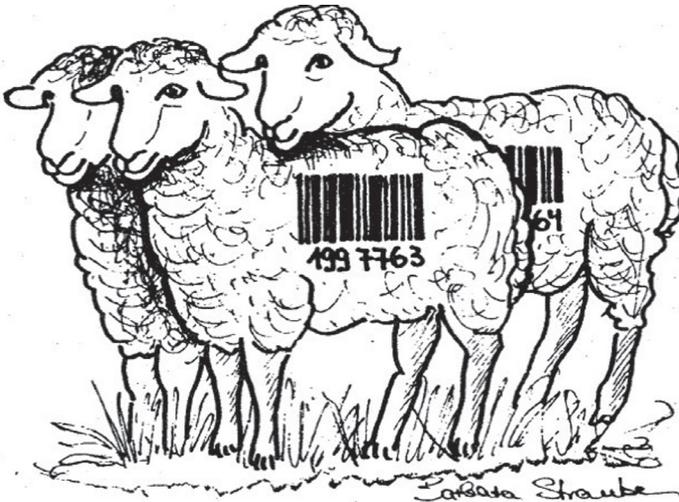
Mag.<sup>a</sup> Julia Ludwig ist juristische Mitarbeiterin am Bundesverwaltungsgericht; julia.ludwig@gmx.at

---

<sup>55</sup> IA 15 A 26.GP.

<sup>56</sup> Parlamentskorrespondenz Nr 768 v 26.6.2018.





AM 15. MAI BEGINNT DIE VOLKSZÄHLUNG

# Enthemmte Datenerfassung

**Gustavo Simsek**

**Der Jurist soll vorab klären, was passiert, wenn am 15.5.91 und danach das eintritt, was das Volkszählungsgesetz (VZG) vorzusehen, und wonach ganz bestimmten Bereichen und Kreisen der Verwaltung der Sinn zu stehen scheint.**

rigkeit, Schulbildung, Berufsausbildung, Beruf, Beschäftigung, Arbeits- und Schulweg, Aufenthalt und Wohnsitz“ (§2 Abs. 2).

Der Novellengeber fügte den bisherigen Bestimmungen zudem die Ermächtigung an den Bundesminister für Inneres ein, per Verordnung, die bei der Zählung zu verwendenden Drucksorten zur Feststellung des ordentlichen Wohnsitzes von Personen, die mehrere Wohnsitze haben, über die oben angeführten Items hinaus, Fragen zu stellen nach:

„Nebenerwerb, Art der Unterkunft, Aufenthaltsdauer, Gemeinde des Arbeitsplatzes, der Ausbildungsstätte, dem Ort, von wo aus die Person den Weg zum Arbeitsplatz

*Simsek*, Enthemmte Datenerfassung. Am 15. Mai beginnt die Volkszählung, *juridikum* 2/1992, 9.

# Von Listen und Statistiken

## Schlaglichter auf die Volkszählung und ihre Weiterentwicklungen

Antonia Wagner

---

### 1. Einleitung

Das Schätzen und Zählen der Bevölkerung war ein schon zu römischen Zeiten beliebtes Mittel, um Ordnung im Staatsgefüge zu schaffen und die Steuerpflichtigen im Reich zu erfassen.<sup>1</sup> Ein Rückblick in die Anfangszeiten des Juridikum zeigt, dass das amtliche Datensammeln stets auf viel Kritik gestoßen ist, welche auch heute noch aktuell ist.<sup>2</sup>

#### 1.1. Die Volkszählung – „Enthemmte Datenerfassung“<sup>3</sup>?

Ziel und Zweck der Volkszählung ist eine Art „Inventur“ der Bevölkerung.<sup>4</sup> Die Summe an persönlichen Daten, die in der Volkszählung erfasst werden, lassen ein Bild von gläsernen Bürger\_innen entstehen.<sup>5</sup> Eine Volkszählung war es auch, die das Oö Bundesverfassungsgericht 1983 dazu brachte, erstmals das „Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung“ zu postulieren.<sup>6</sup> Der staatliche „Datenhunger“ in der Österr Volkszählung 1991 wurde auch im Juridikum kritisch betrachtet.<sup>7</sup> *Benjamin Davy* setzte sich mit den Möglichkeiten, die Volkszählung zu boykottieren bzw sie rechtlich zu bekämpfen, auseinander. *Gustavo Simsek* kritisierte die Erweiterung des Katalogs der zu erhebenden Fragen und hinterfragte deren Nutzen für die Verwaltung. Dennoch lag auch 1991, wie *Davy* feststellte, die Gefahr der Volkszählung gerade nicht in der „Ausspähung“ der individuellen Personen, sondern in der „Verflachung“ ihrer Identität. Denn in der Volkszählung wurden Einzelpersonen letztlich lediglich als „Partikel einer Volksmasse“ erfasst.<sup>8</sup>

---

1 Siehe *Tenney*, Roman Census Statistics from 508 to 225 B.C., *The American Journal of Philology* 1930, 313.

2 *Simsek*, Enthemmte Datenerfassung, *Juridikum* 2/1991, 9; *Davy*, Ihr habt dem Hut nicht Reverenz bewiesen, *Juridikum* 1/1991, 16.

3 *Simsek*, *Juridikum* 2/1991, 9.

4 ErläutRV 1193 BlgNr 22 GP 1 und 3.

5 S für die Auflistung der zu erhebenden Daten die Anlage zum Registerzählungsgesetz (RZG) BGBl I 2006/33 idgF.

6 BVerfGE 65, 1. Inhalt dieses Grundrechtes sei es, so das Gericht, den Einzelnen gegen „unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten“ zu schützen sowie die Befugnis jeder Person „selbst über die Preisgabe und Verwendung [...] [seiner] persönlichen Daten zu bestimmen.“

7 *Simsek*, *Juridikum* 2/1991, 9 (11).

8 *Davy*, *Juridikum* 1/1991, 16 (18).

## 1.2 Lust an Listen

Im Sommer 2018 rückte die amtliche Statistik, die in Zeiten zunehmender staatlicher Überwachung<sup>9</sup> sowie der massenhaften Datensammlung durch Private<sup>10</sup> in den Hintergrund geraten ist, wieder in die öffentliche Wahrnehmung. Viel Kritik erntete etwa der Vorstoß des italienischen Innenministers *Matteo Salvini*, Angehörige der Roma und Sinti zu zählen, um jene ohne gültiges Aufenthaltsrecht ausweisen zu können.<sup>11</sup> Dieser Vorschlag, obwohl heftig umstritten, wurde am 3. Juli 2018 zumindest in der Region Lombardei Realität.<sup>12</sup> Ebenso frisch in Erinnerung ist der Vorschlag des nö Landesrates für Tierschutz *Gottfried Waldhäusl*, die Abgabe von koscherem Fleisch nur mehr an Personen zu erlauben, die nachweislich einer Religionsgemeinschaft angehören, die den Konsum von koscherem bzw halal Fleisch gebietet. Die Möglichkeit einer Liste observant lebender jüdischer und muslimischer Bürger\_innen sorgte für viel Kritik und auch die BReg lehnte diesen Vorschlag ab.<sup>13</sup>

Diese Bsp illustrieren eine Funktion der amtlichen Statistik, die nicht in das nüchterne Bild der Erfassung der Bevölkerung zum Zwecke der Wahrnehmung staatlicher Verwaltungsaufgaben passt. Angesichts der Problematik der Nutzung dieser Daten für politische Zwecke oder gar für Repression ist die Rechtslage zur statistischen Erfassung religiöser und ethnischer Minderheiten zu klären. Weiters sollen diese Bsp Anlass sein, sich mit alter und neuer Kritik am staatlichen Zählen, Registrieren und Katalogisieren auseinanderzusetzen und die Frage nach dem möglichen Mehrwert eines „Mehr an Datensammeln“ va im Bereich der Vermögensverteilung in Ö zu stellen.

## 2. Die amtliche Statistik

Amtliche Statistiken dienen Politik und Verwaltung als Entscheidungsgrundlagen und Planungshilfen, aber auch als Kontrollinstrumente. Es stellt sich die Frage nach Funktion, möglichen Gefahren und Lücken im System. Dieser Beitrag beleuchtet in Folge drei Aspekte der amtlichen Nutzung statistischer Informationen.

9 Vgl *Adensamer/Hanel*, Das Überwachungspaket im Überblick, *juridikum* 3/2018, 292.

10 S etwa *Berka*, Aktuelle Bedrohungen des Grundrechts auf Privatsphäre, *ÖJZ* 2018, 755 und bereits *Schrems*, Facebook: Überwachung auf „freiwilliger“ Basis, *juridikum* 4/2011, 523.

11 *derstandard.at*, Italiens Innenminister Salvini will Roma zählen lassen, 19.6.2018, [derstandard.at/2000081853053/Italiens-Innenminister-Salvini-will-Roma-zaehlen-lassen](http://derstandard.at/2000081853053/Italiens-Innenminister-Salvini-will-Roma-zaehlen-lassen) (12.12.2018).

12 *Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione*, Il Consiglio regionale lombardo approva la mozione per il „censimento rom“, 11.7.2018 [asgi.it/discriminazioni/il-consiglio-regionale-lombardo-approva-la-mozione-per-il-censimento-rom/](http://asgi.it/discriminazioni/il-consiglio-regionale-lombardo-approva-la-mozione-per-il-censimento-rom/) (3.12.2018).

13 *diepresse.at*, Gernot Blümel: Registrierung beim Schächten „völlig indiskutabel“ v 20.7.2018, [diepresse.com/home/innenpolitik/5467221/Gernot-Bluemel\\_Registrierung-beim-Schaechten-voellig-indiskutabel](http://diepresse.com/home/innenpolitik/5467221/Gernot-Bluemel_Registrierung-beim-Schaechten-voellig-indiskutabel) (12.12.2018). *Oskar Deutsch*, der Präsident der Israelitischen Kultusgemeinde Wien nannte das Registrierungsvorhaben einen „negativen Arierparagrafen“, s *Weiss*, Angriff auf die Religionsfreiheit? 17.7.2018, [wienerzeitung.at/meinungen/blogs/juedisch-leben/977446\\_Angriff-auf-die-Religionsfreiheit.html](http://wienerzeitung.at/meinungen/blogs/juedisch-leben/977446_Angriff-auf-die-Religionsfreiheit.html) (12.12.2018).

## 2.1. Die Registerzählung

Die Volkszählung wurde 2001 durch die Registerzählung ersetzt und wird seit 2011 alle zehn Jahre durchgeführt.<sup>14</sup> Dabei werden die Datensätze verschiedener Institutionen, die Informationen über die Bevölkerung enthalten, miteinander verknüpft und mit Vergleichsregistern abgeglichen.<sup>15</sup> Die Vorteile der Registerzählung liegen va in der leichten Durchführbarkeit sowie in der Kostenersparnis.<sup>16</sup> Sie ist va für den Finanzausgleich von Bedeutung.<sup>17</sup> Denn die Aufteilung der Steuereinnahmen auf die Länder und Gemeinden berücksichtigt ua die „Volkszähl“, welche sich nach der Wohnbevölkerung gemäß dem Ergebnis der Registerzählung ergibt.<sup>18</sup> Weiters ist sie für die Mandatsverteilung<sup>19</sup> oder den politischen Entscheidungsprozess, etwa im Bereich der Raumordnung,<sup>20</sup> relevant. Ergänzend wird viermal jährlich der sog Mikrozensus erhoben.<sup>21</sup> Dieser soll Informationen über die wirtschaftliche und soziale Lage der Bevölkerung anhand repräsentativer Haushalte liefern.<sup>22</sup>

## 2.2. Erfassung von Volksgruppen und Religionszugehörigkeit

Die verfassungsgesetzlich garantierte Religionsfreiheit enthält das Recht, nicht zur Offenlegung des eigenen Glaubens gezwungen zu werden.<sup>23</sup> Die Rechte der Volksgruppen sind verfassungsrechtlich gewährleistet sowie einfachgesetzlich geschützt.<sup>24</sup> Gemäß

14 Von der Statistik Österreich, s § 22 Bundesstatistikgesetz (BSG) BGBl I 1999/163 idgF. Zu den Aufgaben s § 4 Abs 1 Z 1 bis 3 leg cit; § 1 RZG.

15 Es sind dies Daten aus dem Melderegister, Sozialversicherungsregister, aus der Schul- und Hochschulstatistik bzw des Bildungsstandregisters, Daten aus dem Steuerregister, des Arbeitsmarktservice Österreich, aus dem Unternehmensregister sowie dem Gebäude und Wohnregister. S zur genauen Erhebungsart § 4 RZG.

16 *Asamer et al*, Quality Assessment for Register-based Statistics – Results for the Austrian Census 2011, Austrian Journal of Statistics 2016, 3.

17 Über den Finanzausgleich werden die Steuereinnahmen des Bundes zwischen Bund, Ländern und Gemeinden aufgeteilt. Dieser ist im Finanzausgleichsgesetz (FAG) BGBl I 2016/116 idgF geregelt.

18 § 10 Abs 7 FAG.

19 Art 26 Abs 2 Satz 2 B-VG BGBl 1930/1 idgF regelt die Aufteilung der Nationalratsmandate auf die Wahlkreise nach den Ergebnissen der letzten Volkszählung.

20 Anhand der Volkszählung lassen sich etwa Ab- und Zuwanderungsgebiete identifizieren.

21 Der Mikrozensus basiert auf unionsrechtlichen Vorgaben, s VO EG 577/98, EG 2494/95 sowie EG 2223/96. Die genaue Regelung der Durchführung findet sich in der Erwerbs- und Wohnungsstatistikverordnung 2010 (EWStV) BGBl II 2010/111. Gemäß § 7 Abs 5 leg cit sind die Befragungen im Wege persönlicher, telefonischer oder schriftlicher Interviews durchzuführen. Der Kreis der Befragten ergibt sich aus einer gem Art 3 der VO EG 577/98 auszuwählenden Stichprobe (§ 6 EWStV).

22 Die Auskunftspflicht iRd Mikrozensus ist grds verwaltungsstrafbewehrt, s § 6 Abs 1 Z 5 iVm § 9 iVm § 66 Abs 1 BSG. Dabei werden jedoch fallweise Daten abgefragt, zu deren Beantwortung keine rechtliche Verpflichtung besteht, etwa die Preisgabe von Konsumgewohnheiten, Hobbys, der politischen Meinung, Religion oder der sexuellen Neigung. Vgl dazu *Arge Daten*, Ist die Mikrozensushebung der Statistik Austria rechtmäßig? [argedaten.at/php-generiert/\\_Ist\\_die\\_Mikrozensushebung\\_der\\_Statistik\\_Austria\\_rechtm%C3%A4%C3%9Fig.html](http://argedaten.at/php-generiert/_Ist_die_Mikrozensushebung_der_Statistik_Austria_rechtm%C3%A4%C3%9Fig.html) (11.12.2018).

23 S EGMR 29.6.2007, 15472/02/02 *Folgero/Norwegen*, Rz 98 wonach die Verpflichtung zur Offenlegung der Religion eine Verletzung von Art 8 und Art 9 EMRK begründen kann sowie EGMR 2.5.2010, 21924/05 *Isik/Türkei*, Rz 52 f. In Österreich ist die Glaubens- und Gewissensfreiheit darüber hinaus in Art 14 StGG sowie Art 63 StV St. Germain verankert.

24 Volksgruppengesetz BGBl 1976/396 idgF. Verfassungsrechtliche Gewährleistungen finden sich darüber hinaus in Art 66-68 StV St Germain; Art 8 B-VG; Art 7 StGG.

§ 1 Abs 3 Volksgruppengesetz (VoGrG) ist etwa das Bekenntnis zu einer Volksgruppe frei. Das alte Volkszählungsgesetz (VZG) sah dennoch als Schätzungsbasis für die Größe der Volksgruppen neben dem Religionsbekenntnis auch die Bekanntgabe der Umgangssprache vor.<sup>25</sup> Seit der Einführung der Registerzählung ist die rechtliche Grundlage für die Erhebung von Daten zu Sprachen und Religion weggefallen. Gem § 1 Abs 3 iVm § 14 Z 2 Registerzählungsgesetz (RZG) kann jedoch jede\_r Bundesminister\_in, soweit dies zur Erfüllung der Bundesaufgaben unbedingt erforderlich ist, die Erhebung der Umgangssprache sowie eine nicht personenbezogene Erhebung des Religionsbekenntnisses anordnen. Dass von dieser Verordnungsermächtigung noch kein Gebrauch gemacht wurde, ist vor dem Hintergrund der Gefahr einer missbräuchlichen Verwendung von Daten über Minderheiten grundsätzlich zu begrüßen.

### 2.3. De lege ferenda – Daten zu Einkommen und Vermögen

Die bisherigen Bsp haben gezeigt, dass die Durchführung amtlicher Erhebungen als Entscheidungsgrundlage für die Verteilung öffentlicher Gelder oder als Entscheidungsgrundlage für politische Vorhaben ein grundsätzlich nützliches Instrument darstellen kann. Allerdings bestehen auch Lücken im System der Datenerfassung. Abgesehen von jenen zum einkommensteuerpflichtigen Einkommen, sind nur begrenzt Daten über Vermögen und Abgabenlast in Ö vorhanden.<sup>26</sup> Der Mangel an verfügbaren Daten stellt im Hinblick auf die ungleiche Verteilung von Vermögen ein Defizit dar und tritt va dort auf, wo „Macht- und Interessenfaktoren“<sup>27</sup> im Spiel sind. Während etwa die Einkommensteuerdaten eine personenbezogene Statistik ermöglichen, ist dies im Bereich der Kapitalertragsteuer aufgrund der Endbesteuerung (Steuern werden direkt von Finanzinstituten abgeführt) nicht möglich.<sup>28</sup> Die Verfügbarkeit von hochqualitativen Daten ist jedoch Voraussetzung für die Analyse der Vermögens- und Einkommensverteilung. Studien belegen, dass der Anstieg der Einkommen in Ö nicht der im internationalen Vergleich „tendenziell egalitären Einkommensverteilung“ entspricht.<sup>29</sup> Während im Bereich der Lohn- und Pensionseinkommen die Verteilung relativ egalitär ist, ist sie im Bereich des Kapitaleinkommens extrem konzentriert, dh nur das oberste 1% der Bevölkerung profitiert signifikant von höheren Kapitaleinkommen.<sup>30</sup> Gleichzeitig weist das oberste Prozent der Haushalte

25 Das VZG idF BGBl 1976/398 enthielt die Möglichkeit der „Geheimen Erhebung der Muttersprache“. Dieses Instrument war höchst umstritten (vgl VfSlg 8061/1977) und wurde nur einmal, im Jahr 1967, eingesetzt. S auch Zinker, Die Schwierigkeit der zahlenmäßigen Erfassung von Volksgruppenangehörigen, 3.9.2013, [neual.com/2013/09/03/die-schwierigkeit-der-zahlenmassigen-erfassung-von-volksgruppenangehoerigen/](http://neual.com/2013/09/03/die-schwierigkeit-der-zahlenmassigen-erfassung-von-volksgruppenangehoerigen/) (12.12.2018).

26 Humer/Moser, Integrierte Steuer- und Abgabenstatistik der privaten Haushalte in Österreich (2016) [wu.ac.at/fileadmin/wu/d/ri/ineq/Publications/GASt/INEQGesamtabgabenstatistik.pdf](http://wu.ac.at/fileadmin/wu/d/ri/ineq/Publications/GASt/INEQGesamtabgabenstatistik.pdf) (12.12.2018).

27 Umfangreiche Kritik an der mangelnden Datenlage findet sich auch im Sozialbericht 2015-2016, Sozialministerium, Sozialpolitische Entwicklungen und Maßnahmen 2015-2016 (2017) [sozialministerium.at/broschureservice](http://sozialministerium.at/broschureservice) (12.12.2018).

28 S Endbesteuerungsgesetz BGBl 1993/11 idGF.

29 Humer/Moser, Integrierte Steuer- und Abgabenstatistik 3.

30 Sozialministerium, Sozialpolitische Entwicklungen 260 f.

eine vergleichsweise geringere Abgabenquote auf.<sup>31</sup> Mit dem *Household Finance and Consumption Survey* (HFCS) der Österr Nationalbank (OeNB) wurde 2010 eine umfassende Erhebung der Einkommens- und Vermögensstruktur eingeführt.<sup>32</sup> Damit wurden erstmals umfassend Daten zu Sachvermögen, Finanzvermögen und Verschuldung der privaten Haushalte erhoben. Als freiwillige Befragung hat die HFCS jedoch den Nachteil, dass speziell einkommensreiche Personen nur ungern Auskunft über ihre Verhältnisse geben. Somit wird die Ungleichheit von Vermögen idR deutlich unterschätzt, laut OeNB geht die Vermögenserhebung der oberen 5% mit „deutlichen Datenunsicherheiten“ einher.<sup>33</sup> Sowohl nach dem alten System der Volkszählung als auch iRd Mikrozensus sind Verletzungen der Mitwirkungspflicht verwaltungsstrafbewehrt.<sup>34</sup> Ebenso ordnen die Rechtsgrundlagen für iRd Registerzählung auszuwertenden Register in der Regel verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen für falsche Angaben an.<sup>35</sup> Hier offenbart sich die Lücke, die in einer unzureichenden staatlichen Vermögenserfassung liegt: In einem auf Freiwilligkeit basierenden System bleibt die Dimension der ungleichen Vermögensverteilung im Dunkeln. Dabei wären gerade vor dem Hintergrund der ungleichen Besteuerung von Einkommen aus Arbeit und Kapital in Ö stichhaltige Daten gefragt.

### 3. Fazit

iRd Beitrags konnten nur Schlaglichter aufgeworfen werden: Die Einführung der Registerzählung hat die statistische Erfassung der österr Bevölkerung einfacher gemacht und zeigt, dass keine Notwendigkeit zur Erhebung von personenbezogenen Daten wie etwa der Volksgruppen- oder Religionszugehörigkeit besteht. Lücken bestehen jedoch bei der amtlichen Erfassung von Vermögen und Einkommen in Ö. Gerade um die Vermögenskonzentration innerhalb der Gesellschaft zu erfassen, werden freiwillige Erhebungen nicht ausreichen. Hier gäbe es Handlungsbedarf, denn, um es mit *Davy* zu sagen, die Pflicht, dem Hut der Obrigkeit Reverenz zu erweisen, entbindet nicht von der Notwendigkeit der sachlichen Begründung staatlicher Maßnahmen.<sup>36</sup>

Mag.<sup>a</sup> Antonia Wagner ist Redaktionsmitglied des *juridikum* und arbeitet als Universitätsassistentin am Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht an der Wirtschaftsuniversität Wien; antonia.wagner@wu.ac.at

31 *Humer/Moser*, Integrierte Steuer- und Abgabenstatistik 3.

32 *S Fessler/Mooslechner/Schürz*, Household Finance and Consumption Survey des Eurosystems 2010. Erste Ergebnisse für Österreich in Geldpolitik und Wirtschaft (G3/12) 26. Mittlerweile ist auch die „zweite Welle“ abgeschlossen, [hfps.at/publikationen.html](https://www.oenb.at/publikationen.html) (12.12.2018).

33 *Fessler/Lindner/Schürz*, Household Finance and Consumption Survey des Eurosystems 2014: Erste Ergebnisse für Österreich (zweite Welle) (2016) 24, [hfps.at/dam/jcr:f1c6641e-f691-426b-a690-1da5cbf0203d/HFCS%20Erste%20Ergebnisse%20Juni\\_16-screen.pdf](https://www.oenb.at/dam/jcr:f1c6641e-f691-426b-a690-1da5cbf0203d/HFCS%20Erste%20Ergebnisse%20Juni_16-screen.pdf) (11.12.2108).

34 § 6 Abs 1 Z 5 iVm § 9 iVm § 66 Abs 1 BSG, s zu den Verwaltungsstrafbestimmungen nach dem VZG *Simsek*, *juridikum* 2/1991, 9.

35 S zB die Verwaltungsübertretung gem § 22 Meldegesetz BGBl 1992/9 idGF für fehlende oder unrichtige Angaben oder auch § 111 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz BGBl 1955/189 idGF.

36 *Davy*, *juridikum* 1/1991, 19.



## DIE FREIHEIT VON INHALT

KOMPROMISSENTWURF DER KOALITIONSPARTEIEN ZUM RUNDfunkGESETZ:

# THEMA Versteigerung des Äthers: Wer bietet mehr?

**Sepp Brugger**

**Jedermann hat Anspruch auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Freiheit der Meinung und die Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten oder Ideen ohne Eingriffe öffentlicher Behörden und ohne Rücksicht auf Landesgrenzen ein ( Art 10 MRK Abs. 1).**

sätzlich an keine strengeren Bestimmungen zu binden als die Herausgabe einer Zeitung. Jedermann/Jederafrau, der/die ein Radio betreiben will, ist der freie Zugang zum Äther zu gewähren. Ein Genehmigungsverfahren (Lizenzvergabe) darf nicht von vornherein Personengruppen oder juristische Personen, die nicht über ausreichende finanzielle Mittel zur Gründung einer Kapitalgesellschaft verfügen, ausschließen. Dies würde eine sachliche Ungleichbehandlung bedeuten und den Verfassungsbestimmungen (Art. 7 B-VG und Art. 10 MRK) widersprechen. Ein Ausschluß von privaten bzw. juristischen Personen ist nur aus sachlichen Gründen möglich. Z.B. Verbot der Beteiligung von Medienunternehmen an Privatradiosendern, da dies eine Bestimmung gegen des bestehenden Medienmonopols darstellen würde.

gen - wobei deren Zahl zumindest 100 betragen müßte - verlangt werden.

Weiters ist in einem Gesetz darauf Bedacht zu nehmen, daß innerhalb der zustehenden Frequenzbereiche die Zuteilung der einzelnen Frequenzen bundesländerweit die nicht kommerziellen Radios und kommerziellen Radios jeweils unter sich regeln.

Wesentlich für das Bestehen von privaten Lokalradios ist die Genehmigung eigene Sendeanlagen errichten zu können. Dabei ist darauf Bedacht zu nehmen, daß nicht typengenehmigte Sender vorgeschrieben werden, sondern lediglich überprüft wird, ob die festgesetzten Richtwerte erfüllt werden. Die Situation in der BRD, in der die Einrichtung eigener Sendeanlagen verboten ist und die Sendeanlagen nur zu überhöhten Preisen angemietet werden können, beweisen, daß

*Brugger, Versteigerung des Äthers: Wer bietet mehr? juridikum 2/1991, 28.*

# Träume von Freiheit

## Freie Radios, freies Internet

Herbert Waloschek

---

### 1. Einleitung

Immer wieder verlocken technologische Neuerungen zu Träumen von Freiheit durch Technik. Digitalisierung, die Verknüpfung von Computerisierung, Miniaturisierung und Vernetzung, ist heute in aller Munde. Emanzipatorische Hoffnungen, bis hin zu Heilsversprechen, begleiten diese Entwicklungen zumeist. Anhand der Entwicklung des Rundfunks zeige ich, wie die technische Entwicklung wenig, politische und Machtverhältnisse aber umso mehr die tatsächlichen gesellschaftsrelevanten Technikentwicklungen beeinflusst haben. Bereits vor 30 Jahren, in Nummer 1989/4, beschäftigte sich das *juridikum* mit technologiebedingten Änderungen von gesellschaftlichen Zusammenhängen und deren Auswirkungen auf das Recht, zB auf die „freien Radios“. <sup>1</sup> Ein weiterer Artikel zu diesem Thema folgte in Nummer 1991/2. <sup>2, 3</sup>

### 2. Die Entwicklung des Rundfunkmonopols

Funktechnik war von Anfang an eine Spielwiese technisch begeisterter EnthusiastInnen, die weit über den Tellerrand herkömmlichen Denkens hinaus blickten. Doch fast von Anfang an war Rundfunk technisch und inhaltlich ein staatliches Monopol. Die Kontrolle (und Begrenzung) von Informationsinhalten wurde politischen Zwecken untergeordnet. Als neue Kommunikationstechnologie verbreitete sich Rundfunk ab den 1920ern rasch. Die ersten Rundfunkstationen wurden noch von Herstellenden von Radioempfangsgeräten betrieben. Etwa in Ö ab 1923 „Radio Hekaphon“, das 1924 von der Radio Verkehrs AG (RAVAG) übernommen wurde. <sup>4</sup> Bald wurde Rundfunk jedoch als „öffentliche Aufgabe“ verstanden. Bestehende Radiostationen wie auch die RAVAG wurden unter staatliche Kontrolle gestellt oder in Staatsbesitz überführt. Schon in den ersten Jahren war der Empfang von Rundfunksendungen an eine behördliche Bewilligung (und Gebühren) gebunden. <sup>5</sup>

---

1 Zöchling, Rundfunkrecht im Umbruch: Vom Nachzügler zum europäischen Vorbild? *juridikum* 4/1989, 9f.

2 Brugger, Versteigerung des Äthers: Wer bietet mehr? *juridikum* 2/1991, 28.

3 [demokratiezentrum.org/wissen/wissenslexikon/regionalradiogesetz.html](http://demokratiezentrum.org/wissen/wissenslexikon/regionalradiogesetz.html) (31.1.2019).

4 OE1, Radio Hekaphon v 14.8.2015, ca. 1 min 40 sek nach Sendungsbeginn, [oe1.orf.at/artikel/412454](http://oe1.orf.at/artikel/412454) (4.2.2019).

5 RAVAG, Radio Wien, Nr. 11/1924, 1; Inserat zur Übernahme der Gebühren für den ersten Monat, [http://dokufunk.org/documentary\\_archive/text\\_collections/index.php?CID=8176&ID=15133](http://dokufunk.org/documentary_archive/text_collections/index.php?CID=8176&ID=15133) (4.2.2019).

Erst als erkannt wurde, dass durch den Inhalt von Rundfunksendungen Massen beeinflusst werden können und der Staat dadurch die Verbreitung von Information besser steuern könnte, wurde der Besitz von Rundfunkempfangsgeräten erleichtert.<sup>6</sup>

Die RAVAG war von 1924 bis 1945, ab 1938 als „Reichssender Wien“, alleiniger Rundfunkanbieter in Ö. Nach 1934 kam es innerhalb der RAVAG zu Veränderungen: Die erste eigenständige Nachrichtenredaktion der RAVAG war eine Propagandaabteilung im austrofaschistischen Ständestaat der Regierung unter *Dollfuß*.<sup>7</sup> Der ö Rundfunk wurde ganz offiziell zum Instrument der autoritären Staatsführung. BMJ *Schuschnigg* beschrieb das Verhältnis folgendermaßen:

*„Selbstverständlich muss das Verhältnis eines autoritär geführten Staates zum Rundfunk ein anderes sein. Mit der Ausstattung des Parteienwesens darf und muss auch der Rundfunk vom Staate zu seinen Zwecken in erhöhtem Maße herangezogen werden. Ein so geleiteter Staat muss sich des Rundfunks bedienen.“*<sup>8</sup>

Der Rundfunk wurde von der NS-Diktatur besonders stark genutzt. Ab 1933 in D bzw ab 1938 in Ö standen alle Medien, damit auch Rundfunk, unter strenger Kontrolle des faschistischen Staates. Im Auftrag des Reichspropagandaleiters *Goebbels* wurde bereits unmittelbar nach der Machtergreifung durch die Hitlerfaschisten ein Radioapparat, der „Volksempfänger“, vorgestellt. Dieser begrenzte den Empfang auf lokale Stationen und gilt als eines der wichtigsten Instrumente der NS-Propaganda.<sup>9</sup> Das Abhören ausländischer Sender wurde streng, in der Regel mit Zuchthaus, bestraft. In „schweren Fällen“ konnte auch die Todesstrafe verhängt werden.<sup>10</sup>

### 3. Wer tritt gegen das Rundfunkmonopol an?

Zivilgesellschaft und politische Bewegungen sind oft vehemente GegnerInnen staatlicher Monopole, sie fordern ihr Recht auf freie Meinungsäußerung.<sup>11</sup> Auch kommerzielle Unternehmen gehen gegen Monopole an, wenn sie sich daraus Gewinne versprechen. Die ersten kommerziellen, werbefinanzierten und gewinnorientierten privaten Rundfunkstationen mit großer internationaler Reichweite entstanden als Konkurrenz zu Staatssendern in Ländern, die Monopole weniger streng handhabten, oder operierten in internationalen Gewässern. In Ö häufig gehörte Sendungen wie Radio Luxemburg<sup>12</sup> und

6 [wikipedia.org/wiki/Geschichte\\_des\\_Hörfunks\\_in\\_Österreich#Hörfunk\\_als\\_Propagandainstrument](https://de.wikipedia.org/wiki/Geschichte_des_Hörfunks_in_Österreich#Hörfunk_als_Propagandainstrument) (29.1.2019). Wikipedia verwende ich als umfassende, offene, der Allgemeinheit zugängliche Enzyklopädie ohne Paywalls und ohne Einschränkung der Weiternutzung von Inhalten. Gerade Wikipedia als zivilgesellschaftliches und emanzipatorisches Projekt zeigt die umfassenden Möglichkeiten für kooperative Projekte.

7 [wikipedia.org/wiki/Geschichte\\_des\\_Hörfunks\\_in\\_Österreich#Hörfunk\\_als\\_Propagandainstrument](https://de.wikipedia.org/wiki/Geschichte_des_Hörfunks_in_Österreich#Hörfunk_als_Propagandainstrument) (29.1.2019).

8 *Egert*, 50 Jahre Rundfunk in Österreich (1974) 131f.

9 [wikipedia.org/wiki/Volksempfänger](https://de.wikipedia.org/wiki/Volksempfänger) (29.1.2019).

10 RGBl I 1939/169; *Reiter*, „Als Radiohören gefährlich war“, Ö1 1989; siehe zur Sendereihe auch [doew.at/neues/als-radiohoeren-gefaehrlich-war](http://doew.at/neues/als-radiohoeren-gefaehrlich-war) (29.1.2019).

11 Art 10 (1) EMRK BGBl 1958/210.

12 [wikipedia.org/wiki/Radio\\_Luxemburg](https://de.wikipedia.org/wiki/Radio_Luxemburg) (29.1.2019).

France Inter<sup>13</sup> waren Vorbild für die Sendungen von Ö3, dem mit der Rundfunkreform 1967 neu entstandenen Sender, der 1977 erstmals Programm rund um die Uhr anbot. Auch in Ö bildeten sich Radios, die trotz des Rundfunkmonopols unabhängig arbeiteten. Diese illegalen freien Radios, die sog „Piratenradios“, waren in Ö ab 1968 aktiv.<sup>14</sup> Versuche der ö Post, der Sender oder der RadiomacherInnen habhaft zu werden, waren nur selten erfolgreich.<sup>15</sup> Die Romantik von „Räuber-und-Gendarm“-Spielen umwehte die BetreiberInnen dieser Piratenradios lange Zeit.

#### 4. Ende des Regierungsmonopols

Nach der Befreiung Österreichs wurde die RAVAG wiedergegründet. Die amerikanischen, britischen und französischen Besatzungsmächte betrieben jeweils eigene Rundfunkstationen.<sup>16</sup> Nach dem Abzug der Alliierten wurden alle Rundfunkdienste im ö Rundfunkwesen in die „Österreichischer Rundfunk Ges.m.b.H.“ überführt<sup>17</sup> Damit bestand in Ö ab 1924 ein Radiomonopol, das erst 1993, im Vorfeld des EU-Beitritts, abgeschafft wurde. *Wukowitsch* schreibt dazu: „Schon in den 1990iger Jahren gehörten Privatradiosender in ganz Europa zur Tagesordnung, auch in kommunistischen Diktaturen. Im Gegensatz zu Österreich, denn hier wurden Radioveranstalter die nicht zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk zählten, von der Polizei verfolgt.“<sup>18</sup>

Der vierköpfige Vorstand dieser Ges.m.b.H. wurde im „Proporzsystem“ der „großen Koalition“ von je zwei Personen der ÖVP und der SPÖ besetzt, der Rundfunk war schwarz (ÖVP), das Fernsehen war rot (SPÖ). Der ö Rundfunk stand damit unter weitgehender Regierungskontrolle. Rundfunk und Fernsehen wurden als Sprachrohre der Parteipolitik gesehen. So wurde in den Koalitionsverhandlungen 1963 vereinbart, jeden Leitungsposten in Rundfunk und Fernsehen doppelt zu besetzen, um den Einfluss der Parteien sicherzustellen.<sup>19</sup>

Dem Kurier wurde der Text dieses Geheimabkommens zugespielt. Als Protest initiierte dieser das Rundfunkvolksbegehren mit dem Versprechen, Rundfunk und Fernsehen von Tagespolitik und den jeweils herrschenden politischen Verhältnissen zu entkoppeln. Es war mit 832.353 Unterschriften im Oktober 1964 äußerst erfolgreich. Das Rundfunkgesetz wurde dennoch in der nächsten Legislaturperiode, am 8. Juli 1966, mit den Stim-

13 [wikipedia.org/wiki/France\\_Inter](https://wikipedia.org/wiki/France_Inter) (29.1.2019).

14 [wikipedia.org/wiki/Piratensender#Österreich](https://wikipedia.org/wiki/Piratensender#Österreich) (29.1.2019).

15 [wikipedia.org/wiki/Piratensender#Österreich](https://wikipedia.org/wiki/Piratensender#Österreich) (29.1.2019).

16 [wikipedia.org/wiki/Geschichte\\_des\\_Hörfunks\\_in\\_Österreich#Die\\_vielfältige\\_Radiolandschaft\\_1945\\_bis\\_1955](https://wikipedia.org/wiki/Geschichte_des_Hörfunks_in_Österreich#Die_vielfältige_Radiolandschaft_1945_bis_1955) (29.1.2019).

17 Sendung 50 Jahre Rundfunk in Österreich auf [tvthek.orf.at/profile/Archiv/7648449/50-Jahre-Rundfunk-in-Oesterreich/10726551](http://tvthek.orf.at/profile/Archiv/7648449/50-Jahre-Rundfunk-in-Oesterreich/10726551) (29.1.2019).

18 *Wukowitsch*, Entwicklung des Privatradios in Österreich seit der Neuregelung im Rundfunkbereich 2001 unter Berücksichtigung des rechtlichen Hintergrundes (2007) [opac.fh-burgenland.at/repository/diplomarbeiten/AC06674496.pdf](http://opac.fh-burgenland.at/repository/diplomarbeiten/AC06674496.pdf) (29.1.2019).

19 *Portisch*, Das Volksbegehren zur Reform des Rundfunks 1964, in *Godler* (Hrsg.), Vom Dampfradio zur Klangtapete: Beiträge zu 80 Jahren Hörfunk in Österreich (2004) 65ff.

men von ÖVP und SPÖ beschlossen. Auch heute ist die Entkoppelung von Rundfunk und Tagespolitik immer noch ein aktuelles Thema.<sup>20</sup>

In England, Frankreich ua Ländern fiel das Rundfunkmonopol bereits im Laufe der 70er und 80er Jahre.<sup>21</sup> In Ö hatten mehrere Privatpersonen und Vereine, ua die Arbeitsgemeinschaft für ein offenes zweisprachiges Radio in Kärnten (AGORA), Beschwerde beim EGMR wegen Verletzung des Rechts auf freie Meinungsäußerung (Art 10 EMRK) durch das Monopol des ORF im Hörfunkbereich eingebracht. Im Urteil vom 24.11.1993<sup>22</sup> gab der EGMR den Beschwerden Folge und verurteilte Ö wegen Verletzung des Art 10 EMRK durch das bestehende Hörfunkmonopol.<sup>23</sup> 1993 wurde der Verband Österreichischer Privatsender (VÖP)<sup>24</sup> und der Verband Freier Radios Österreich<sup>25</sup> gegründet. Im Juli desselben Jahres beschloss der Nationalrat das RRG<sup>26</sup>, welches das ORF-Monopol tw aufhob. In allen Bundesländern außer Salzburg ergingen die ersten Lizenzen an BewerberInnen, an denen die im jeweiligen Bundesland marktbeherrschenden Printmedien beteiligt waren. Im Zuge des Lizenzierungsverfahrens beeinträchtigten unberücksichtigt gebliebene Lizenzwerbende die getroffenen Regelungen, die der VfGH 1995 auch für verfassungswidrig befand.<sup>27</sup> Die Novellierung des RRG erfolgte mit Wirksamkeit vom 1.5.1997.<sup>28</sup> Diese Novelle erlaubt die Zulassung von Lokalradios. Die Beteiligungsmöglichkeiten für Zeitungen war bewusst begrenzt: An Regional- und Lokalradios durften Presseverleger maximal 26% an einem Anbieter und bis zu 10% an zwei Sendern in weiteren Bundesländern halten.<sup>29</sup> Nach dieser Novelle erhielten 43 Anbietende (darunter zwei Minderheitenradios) Lizenzen, am 1.4.1998 nahmen die ersten neuen Rundfunkstationen den Betrieb auf.<sup>30</sup>

2001 wurde das Rundfunkrecht erneut verändert. Nach mehreren Sanierungen des RRG und weiteren Lizenzauhebungen durch den VfGH traten am 1.4.2001 das Privatradiogesetz (PrR-G)<sup>31</sup> und das KommAustria-Gesetz<sup>32</sup> in Kraft. Damit wurde die Kommunikationsbehörde Austria als wettbewerbpolitische Regulierungsbehörde<sup>33</sup> eingerichtet. Mit der 1. Novelle des PrR-G 2001<sup>34</sup> erhielten Privatradios erstmals die Möglichkeit, bundesweit zu senden: Sie konnten Lizenzen zusammenlegen und österreichweite Ketten schaffen.

20 S etwa zu jüngeren Entwicklungen [derstandard.at](http://derstandard.at) v. 10.11.2017, ORF-Redakteure warnen vor politischer Einflussnahme, [derstandard.at/2000067587068/ORF-Redakteursausschuss-warnt-vor-politischer-Einflussnahme](http://derstandard.at/2000067587068/ORF-Redakteursausschuss-warnt-vor-politischer-Einflussnahme) (28.1.2019).

21 *Brugger*, Medienliberalisierung made in Austria, *juridikum* 1998/2, 9.

22 EGMR 24.11.1993, 13941/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89, 17207/90, *Informationsverein Lentia ual/Österreich*.

23 *Brugger*, *juridikum* 1998/2, 10.

24 [wikipedia.org/wiki/Verband\\_Österreichischer\\_Privatsender](http://wikipedia.org/wiki/Verband_Österreichischer_Privatsender) (29.1.2019).

25 [wikipedia.org/wiki/Verband\\_Freier\\_Radios\\_Österreich](http://wikipedia.org/wiki/Verband_Freier_Radios_Österreich) (29.1.2019).

26 BGBl 1993/506.

27 VfSlg 14.256/1995.

28 BGBl I 1997/41.

29 *Steinmayer*, Konzentriert und verflochten. Österreichs Mediensystem im Überblick. Beiträge zur Medien- und Kommunikationsgesellschaft, Bd 10 (2002).

30 [demokratiezentrum.org/wissen/wissenslexikon/regionalradiogesetz.html](http://demokratiezentrum.org/wissen/wissenslexikon/regionalradiogesetz.html) (28.1.2019).

31 BGBl I 2001/20.

32 BGBl I 2001/32.

33 [wikipedia.org/wiki/Kommunikationsbehörde\\_Austria](http://wikipedia.org/wiki/Kommunikationsbehörde_Austria) (29.1.2019).

34 BGBl I 2001/136.

Die erste und einzige österreichweite Zulassung für ein Privatrado wurde 2004 an KroneHit erteilt. Die Nachfolgestationen der „freien Radios“ konnten eine begrenzte und regionale Reichweite nie überschreiten. Vierzehn freie Regionalradios Ös mit dem Selbstverständnis zivilgesellschaftlich betriebener „Bürgerradios“ sind im „Verband freier Radios“ zusammengeschlossen.<sup>35</sup> Bei der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR), der ö Regulierungsinstitution, sind über 60 Rundfunkbetreibende registriert. Medienketten dominieren. Der einzige österreichweite Privatradiosender, KroneHit, gehört dem mächtigsten ö Medienunternehmens, der Kronen Zeitung. Die Hoffnung der zivilgesellschaftlichen Aktiven, mit eigenen Mitteln, mit selbst gestalteten Inhalten die Macht der (Markt-) Herrschaft großer Informationsmonopole zu durchbrechen, hat sich zerschlagen. Sie sind in der Rundfunklandschaft kaum wahrnehmbar.

## 5. Technik-, Technologieentwicklung und gesellschaftlicher Fortschritt

Der Rundfunk wurde zunächst von einigen Wenigen entwickelt, bald staatlicher Hoheit und Zensur unterstellt und als staatliches Informationsmonopol betrieben, bis Medienkonzerne eigene Geschäftsmodelle entwickelten, bei denen Werbeeinnahmen und Gewinn an die Stelle hochwertiger Informationsgestaltung, Bildungsauftrag und „public value“ traten. Diese Geschäftsmodelle erzeugen Druck, der einerseits zur Auflösung staatlicher Monopole und, bedingt durch steigende ökonomische Zwänge, zu wesentlichen Einbußen an inhaltlicher Qualität und Vielfalt führte.

Einzelnen Gruppen der Zivilgesellschaft stehen Teile der entmonopolisierten Technik zur Gestaltung eines eigenen Kultur- und Informationsangebots zur Verfügung. Reichweite und Wirkung dieser zivilgesellschaftlichen Gruppen mit Vorrang für freien Zugang zu Bildung, Kultur und Information bleiben mangels materieller Mittel sehr begrenzt. Sie wirken wie ein Feigenblatt, das man benutzt, solange es politisch opportun ist. Technik- und Technologieentwicklung sind keine „Selbstläufer“, die sich außerhalb der politischen und der Machtverhältnisse, quasi neutral, zu allgemeinem Nutzen entwickeln. Engagement, politische Teilnahme der demokratischen Öffentlichkeit an laufenden Entwicklungen und Aneignung neuen Wissens sind gefordert.

Das Recht zur freien Meinungsäußerung muss als Grundrecht, als demokratisches, zivilisatorisches, emanzipatorisches und als kulturelles Anliegen wahrgenommen und unterstützt werden. Im Umfeld nahezu vollständiger Kommerzialisierung und Politisierung der Medienlandschaft bedürfen zivilgesellschaftlich organisierte freie Radios einer starken Förderung aus dem Budget der öffentlichen Hand als Teil der humanistischen und demokratischen Kultur.

Herbert Waloschek ist Organisationspromotor; oe1hws@raisec.at

---

35 [freie-radios.at/unsere-mitglieder.html](http://freie-radios.at/unsere-mitglieder.html) (28.1.2019). Nach Redaktionsschluss wurde die Dominanz mächtiger Printmedien durch Vergabe einer zweiten österreichweiten Privatradiolizenz an die Fellner-Mediengruppe weiter verstärkt.

**Gestellte Aufnahme**

ZUR DARSTELLUNG DER POLIZISTIN

# Der Stahl der Lämmer

**Juliane Alton**

**“Take the gun and hold it - both hands, two hand grip. Hold your gun! I’ve found my brightness. I have seen that brightness in you!” Drückt der übergeschnappt-perverse Gewaltverbrecher in “Blue Steel” hier die Faszination aus, die auch den Normalverbraucher (die Normalverbraucherin?) ins Kino lockt?**

Worin könnte diese Faszination bestehen, die Ende der achtziger Jahre eine neue Figur auf die Leinwand bringt: ein junges Mädchen aus klein(s)bürgerlicher Familie (die Familie ist dabei wichtig!), das sich in der Ausbildung zur Polizistin befindet und im Verlauf des Films ihr erstes „Abenteuer“ mit der Waffe in den Händen (two hand grip!) zu bestehen hat.

Neu daran ist natürlich nicht die Frau mit der Waffe sondern ihr Status und ihre Darstellung im Film. Eine blutjunge“ Exe-

kutivbeamtin tritt uns entgegen in der Rolle eines special agent (Jodie Foster als Clarice Starling in „The Silence of the Lambs“) oder eines detective (Jamie Lee Curtis als Megan Turner in „Blue Steel“), schlichteste Kleidung, flache Absätze, unauffälliges Make-Up, billiges Parfum.

Beide Filme zeigen im Vorspann die angehende Polizistin beim harten Ausbildungstraining: Jodie Foster beim Joggen im völlig durchschwitzten Jogging-Anzug auf dem FBI-Vita-Parcours und beim Überfall-Training: ein Raum muß gestürmt werden. Natürlich läßt Kollegin Starling eine Ecke unbeachtet, wofür sie im Ernstfall mit dem Leben bezahlen müßte.

„Pang! You’re dead, agent Starling!“ - „Oh, shit!“

Nicht besser geht es Jamie Lee Curtis, die im Training eine Rauferei zwischen einem bewaffneten Mann und seiner Ehefrau beenden soll. Den Mann erwischt sie, doch hat sie nicht mit der Asolidarität der Ehefrau gerechnet, die mit der Pistole ihres Mannes auf die Polizistin feuert.

„Pang!“ - „Shit!“ - „Mmh, you got the husband but the wife got you!“

Wir sehen: Die Frau wird als Polizistin nicht geboren, höchstens kann sie es werden durch harte Arbeit und empfindliche Verluste, doch auch nur dann, wenn die Motivation die richtige ist:

Agent Starling nähert sich durch ihre Berufswahl dem geliebten und unerreichbaren Vater, der in Ausübung seiner Pflicht als Polizist sein Leben ließ. Detective Turner

hofft, als Polizistin endlich zu Hause Ordnung schaffen zu können, wo der Vater die Mutter prügelt. Auf diesen Vater kann sie weder stolz sein, noch kann sie ihn lieben. Und doch bestimmt er ihre Berufswahl. Prompt verhaftet sie ihn einmal, als sie am Körper ihrer Mutter frische Prügelspuren bemerkt, um ihn dann, als er zu winseln beginnt, ungestraft wieder laufen zu lassen (vielleicht hielt sie die Verhaftung allein schon für eine ausreichende Therapie?).

Dementsprechend vaterbestimmt zeigen die Filme die beiden Polizistinnen in ihrem erotischen status quo: Sie bewegen sich jung und gänzlich unberührt in der Männerwelt der Polizeikasernen und Schießstände. Die Männerblicke nehmen sie nicht wahr. Bevor sie „Frau“ werden können, haben sie etwas zu erledigen: Agent Starling muß ihrem Vater den Frieden geben (den sie selbst nicht hat), indem sie in seine Fußstapfen zu treten versucht. Ihre Ausbildung wird sie mit den besten Noten abschließen und in einem schwierigen Fall-ganz allein! - den Durchbruch schaffen. Detective Turner muß ihren Vater erst zum guten Vater machen und ihre elende Familie zu einer harmonischen. Dadurch legitimiert sich auch ihre abwegige Berufswahl (fucking cop). Von Seiten väterlicher Vorgesetzter und Mentoren lassen sie einen geringfügigen persönlichen Kontakt zu.

Außerhalb ihrer Berufswelt werden die Polizistinnen nicht mit Männern sondern im Kreis ihrer Familie oder mit Freundinnen gezeigt. Detective Turner muß es sich sogar gefallen lassen, daß ihre beste Freundin beständig für sie auf Mannersuche ist. Doch die Verbrechen, die die jungen Polizistinnen aufzudecken haben, besitzen natürlich eine starke sexuelle Komponente.

Im Fall agent Starlings geht es um einen Mann („Buffalo Bill“), der junge, korpolente Frauen einfängt, umbringt und sie teilweise enthüetet (um sich aus den Hautstücken eine Frauenhaut zu nähen) - ein Mann, der transsexuell ist (oder sich dafür hält), dem aber die operative Geschlechts- umwandlung mehrmals verweigert wurde.

In „Blue Steel!“ ist es detective Turner selbst, die das Verbrechen auslöst und - mit



Beamten die Verfolgung auf. Doch nicht einmal die ausgebildeten Sicherheitskräfte können den Vorsprung,



den sich der zu allem Entschlossene verschafft hat, einholen. Diesen beiden Beamten, die die Verfol-



gung noch einige Zeit fortsetzen können, verdanken die Ermittlungsbehörden auch eine detaillierte Personenbeschreibung des

Alton, Der Stahl der Lämmer. Zur Darstellung der Polizistin, juridikum 3/1992, 29.

# Saint Alicia und die Stripperin

Elisabeth Holzleithner / Karin Lukas

---

Populärkulturelle Erzeugnisse zu im weitesten Sinne „rechtlichen“ Themen sind im Juridikum praktisch seit Beginn präsent, die Geschlechterverhältnisse ohnehin. Ein Text von *Juliane Alton*, beziehungsreich übertitelt mit „Der Stahl der Lämmer“,<sup>1</sup> setzte sich bereits 1992 mit der Darstellung der Polizistin auseinander, anhand zweier Blockbuster, die heute als Klassiker gelten: „Das Schweigen der Lämmer“ (1991) mit *Jodie Foster* als Special Agent *Clarice Starling*, und „Blue Steel“ (1990) mit *Jamie Lee Curtis* als Detective *Megan Turner*. Die beiden *Detective-Figuren* traten damals gewissermaßen in die Kino-Fußstapfen von zwei Serienheldinnen, die fast während der gesamten 1980er Jahre das Bild weiblicher Polizistinnen prägten: *Cagney & Lacey*. Die TV-Serie wurde auch im österreichischen Fernsehen gezeigt und sorgte dafür, dass unser jeweiliges Bild von Polizist\*innen nicht rein männlich war, wie dies umgekehrt etwa in der Serie „Die Straßen von San Francisco“ nahegelegt wurde. *Altons* Text im Juridikum endet mit der Hoffnung, dass die besprochenen Filme als Eisbrecher dienen können, indem sie „Sphären für handelnde Frauen“ eröffnen, nicht nur als gute, sondern auch als „unanständige oder korrupte Polizistin“.<sup>2</sup> Damit bringt sie den Bedarf nach vielfältigen, komplexen Darstellungen zum Ausdruck, in denen Frauen ihren Erfolg nicht um den Preis der Tugendhaftigkeit erkaufen müssen, in denen sie aber auch nicht als eiskalte, herzlose Monster herhalten, deren Karriere auf Kosten ihrer sogenannten „Weiblichkeit“ geht.

Seit Anfang der 1990er Jahre hat sich im Film wie im Fernsehen einiges getan. Viele qualitativ hochwertige Produkte erfreuen das Herz der Serienaficionada und befriedigen ihren Wunsch nach vielfältigen Persönlichkeiten wie nach spannenden Geschichten, nicht selten mit aktuellen Bezügen. Ein besonders gelungenes Exemplar ist „The Good Wife“ (CBS, 2009 bis 2016) und sein Nachfolger, „The Good Fight“ (CBS All Access, seit 2017). Die Serie erzählt die Geschichte der Anwältin *Alicia Florrick*. Ausgangspunkt ist ihr persönliches Ehedrama: Ihr Mann, *Peter Florrick*, muss als Leiter der Staatsanwaltschaft zurücktreten. Die Vorwürfe kreisen um sexuelle Fehlritte mit einem Call Girl und den Verdacht der Korruption. Seine Frau steht öffentlich zu ihm, daher auch der Titel der Serie, „The Good Wife“, der freilich zunehmend ironisch anmutet, wie auch der Beiname „Saint Alicia“.<sup>3</sup> Denn die Eheleute entfremden sich immer mehr voneinander, und

---

1 *Alton*, Der Stahl der Lämmer. Zur Darstellung der Polizistin, Juridikum 3/1992, 29.

2 *Alton*, Juridikum 3/1992, 30.

3 Siehe auch den Untertitel der Essaysammlung von *Baltzer-Jaray/Arp*, *The Good Wife and Philosophy: The Temptations of Saint Alicia* (2013).

Alicia entzieht sich zunehmend dem Tugendterror, der speziell von ihrer Schwiegermutter ausgeübt wird. Auch sexuelle Affären stellen sich ein. Zu Beginn ist sie aber jedenfalls eine „gute“ Ehefrau. Da ihr Mann ins Gefängnis muss, liegt es an ihr, die finanzielle Verantwortung zu übernehmen, und sie kehrt nach vielen Jahren Pause in ihren Beruf als Anwältin zurück. Sie findet einen Platz in der Kanzlei ihres früheren Studienkollegen *Will Gardner* und dessen Kanzleipartnerin *Diane Lockhart*, die als liberal-demokratisch und feministisch gilt, deren Verhältnis zu aufstrebenden Kolleginnen allerdings nicht ohne Spannungen ist und sich schon gar nicht als ungetrübtes Mentoring entfaltet.

Mit diesem Aufriss ist die Frage von Geschlechterrollen wie auch des Sexuellen von Anfang an in komplexer Weise ins Spiel gebracht. *Alicias* zweiter Fall betrifft eine junge Frau, *Christy Barbosa*, die bei einem Jungesellenabschied als Stripperin getanzt hat und die einen jungen Mann aus reicher und prominenter Familie beschuldigt, sie im Laufe des Abends vergewaltigt zu haben. Angesichts der Person des Opfers hat das Anwaltsbüro zunächst Bedenken, den Fall zu vertreten. Er habe „*Duke Lacrosse written all over it.*“<sup>4</sup> „Duke Lacrosse“ ist in die US-amerikanische Rechtsgeschichte als paradigmatische Falschbeschuldigung angeblicher Täter wegen sexueller Übergriffe eingegangen – erhoben durch eine Frau, die als Stripperin, Escort und Tänzerin tätig war.<sup>5</sup> Schließlich liegt ein Vergleichsangebot auf dem Tisch, im Austausch gegen eine Verschwiegenheitserklärung. *Christy Barbosa* will sich darauf aber nicht einlassen; ihr geht es darum, dass der Täter in der Öffentlichkeit für sein Verhalten zur Verantwortung gezogen wird. Mit dem Schweigegeldd würde der Täter nur wissen, wieviel es kostet, straflos eine Frau zu vergewaltigen.

Der Fall wird *Richter Abernathy* zugeteilt, der gerade berufen wurde und als ebenso liberal wie sensibel gilt. Doch *Abernathy* scheint sich auf die Seite des Beschuldigten zu schlagen. *Will Gardner* hält dies für eine Art Syndrom: „You know how this works. Liberal judge gets on the bench, doesn't want to rule from his bias, he bends over backwards the other way.“ Die Frage nach der richterlichen Voreingenommenheit wird von der Serie übrigens mit einer Reihe von wiederkehrenden Charakteren ganz häufig und auf ebenso unterhaltsame wie nachdenklich machende Weise thematisiert. Letztlich, so insinuiert die Dramaturgie der Folge, scheint alles von der Aussage einer Zeugin abzuhängen. Sie bestätigt vor Gericht, dass *Christy Barbosa* ihr unmittelbar nach der Party von dem Übergriff erzählt hat – und dass der Fahrer des Wagens, der das Gespräch mithörte, den beiden nahelegte, sie sollten gar nicht versuchen, sich zu wehren: „He told us that the McKeons were very rich, and we should all keep our mouths shut.“ *Richter Abernathy* ist, anders als die gefühlte Mehrheit des zusehenden Publikums, nicht überzeugt: „[W]e have a classic he said, she said; and as much as my personal sympathies lie with the plaintiff, the evidence does not warrant a favorable decision. Judgment in favor of the defense.“ Die klassische Falle der mangelnden Beweisbarkeit von sexuellen Über-

4 Alle Zitate aus der Folge: [springfieldspringfield.co.uk/view\\_episode\\_scripts.php?tv-show=the-good-wife&episode=s01e02](http://springfieldspringfield.co.uk/view_episode_scripts.php?tv-show=the-good-wife&episode=s01e02) (19.1.2019).

5 Vgl. *Subotnik*, *The Duke Rape Case Five Years Later: Lessons for the Academy, the Media and the Criminal Justice System*, *Akron Law Review* 2011, 883.

griffen ist zugeschnappt. Aber das ist nicht das Ende der Geschichte. Als der Beschuldigte, *Lloyd McKeon*, gerade dabei ist, triumphierend und erleichtert ein Interview zu geben, wird er festgenommen. Auf mysteriöse Weise hat die Staatsanwaltschaft einen DNA-Beweis aufzutun können und kann nun doch *McKeon* als Täter überführen.

Dieser Ausgang ist kaum repräsentativ. Typischerweise endet ein solcher Fall weniger mit einer überraschenden Überführung als damit, dass ein sexueller Übergriff ungeahndet bleibt. „He said, she said“ ist eine Konstellation, die nur zu häufig einer Verurteilung im Weg steht. Und bekanntlich haben nicht nur Sexarbeiterinnen größte Schwierigkeiten, glaubwürdig dazustehen. Einen Aspekt der Problematik hat *Catharine MacKinnon* nachgerade schmerzhaft präzise auf den Punkt gebracht: Verfahren wegen sexueller Übergriffe seien „live-Pornographie mit dem Opfer als Star“. <sup>6</sup> Eine Frau erzählt, was ihr jemand angetan hat, die Geschichte von Sex und Gewalt wird ihr zugeschrieben. Die Hürden, die das Recht in den Weg legt (Umgang mit der betroffenen Person als Zeugin, Verjährungsfristen) bzw als Gegenangriff ermöglicht (Klagen wegen Verleumdung oder Ehrenbeleidigung) machen die Funktion des Rechts als geschlechterhierarchisiertes Herrschaftsinstrument deutlich. „The Good Wife“ erzählt komplexe Geschichten in diesem Spannungsfeld und entfaltet dabei die Persönlichkeit einer vielfältigen Protagonistin, *Alicia Florrick*, die ihre Entwicklungsgeschichte als Anwältin auch als Prozess einer Desillusionierung zeichnet. Ihre individuellen Herausforderungen werden nicht selten in Fällen gespiegelt, die allgemeine geschlechterpolitische Problemlagen pointiert herausstellen. In ihrem Problemaufriss fokussiert die Folge die komplexe Beziehung zwischen *Alicia* und *Peter*, der ihr den Fall vermittelt hat – eine delikate Angelegenheit angesichts seiner außerehelichen Abenteuer, verdichtet in einer gereizten Frage von *Alicia*: „You thought it was a good idea to send me a *hooker* to represent?“ Peters Antwort zeugt gleichermaßen von jedenfalls gut gespielter Naivität, wie er eine feministische Einsicht enthält: „No, I thought it was a good idea to send you a *rape victim*.“ *Christy Barbosa* selbst stellt im Gespräch mit *Alicia* eine spannungsvolle Parallele her: „I thought you’d understand what it’s like to be misunderstood.“ *Alicia*, die „gute Ehefrau“, und *Christy*, die „Hure“ – sie erscheinen in klassisch feministischer Weise als zwei Seiten einer Medaille, die männliche Macht befestigt. Der Einsatz von Recht, so zeigt die Serie, kann bisweilen befreiend sein; sein Versprechen bleibt aber prekär. Mit dieser zentralen Einsicht landen wir mitten im Feld der Legal Gender Studies, die mit dem aufkeimenden Fach „Recht und Populärkultur“ in einen äußerst produktiven Dialog gebracht werden können.

Elisabeth Holzleithner ist Univ.-Prof. am Institut für Rechtsphilosophie und Sprecherin des Gender & Agency Forschungsverbundes der Universität Wien; elisabeth.holzleithner@univie.ac.at

Karin Lukas ist Senior Researcher und Abteilungsleiterin am Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte sowie Vize-Präsidentin des Europäischen Sozialausschusses des Europarats; karin.lukas@univie.ac.at

---

6 *MacKinnon*, Nur Worte (1994) 69.

## Recht &amp; Gesellschaft



DIE UNERTRÄGLICHE DÜRFITIGKEIT DES ARGUMENTS

# Ehehindernis Gleichgeschlechtlichkeit?

**Nikolaus Benke**

**Vor kurzem ist die Frage nach rechtlich-institutionalisierten Formen gleichgeschlechtlicher Partnerschaften hierzulande ein öffentliches Thema geworden. Wie und was dabei diskutiert wird, wirkt bisweilen recht kurios.**

Ohne sich mit konkreteren Vorschlägen oder gar Forderungen zu belasten, haben Gesundheitsminister, Familienministerin und Justizminister sowie die Justizsprecher einiger Parlamentsparteien erkennen lassen, daß sie hier einen Handlungsbedarf sehen; auch der Bundeskanzler zeigte sich in einem Gespräch mit Vertretern der „Plattform gegen § 209<sup>100</sup>“ für die Entwicklung solcher Partnerschaftsformen aufgeschlossen.

Kurz charakteristisch erscheint die bisherige österreichische Diskussion dem Inhalt

nach weitgehend polarisiert; die Pro-Stellungnahmen sind mehrfach auf empörten Widerstand gestoßen, der sich oft sehr affektgeladen, ja manchmal geradezu hysterisch dargestellt hat; von den „Ergebnissen“ her betrachtet wirkt die Auseinandersetzung insgesamt eher dürftig und verwirrend denn erhellend. Im beschränkten Rahmen dieses Artikels sei auf einige hervorsteckende Merkwürdigkeiten der Diskussion kurz eingegangen.

## Andreas Laun: Abenteuerlich

Der katholische Geistliche und habilitierte Moraltheologe Andreas Laun hat in der „Presse“ vom 12. 12. 1992 einen relativ umfangreichen Artikel zum Thema der Homosexuellenhehe publiziert<sup>99</sup>. Warum soll nun an erster Stelle eine Auseinandersetzung mit dem Opus eines Klerikers erfolgen, das doch kaum zukunftsweisende Gedanken erwarten läßt? Der Grund liegt darin, daß vieles an Launs Argumentation inhaltlich und strukturell eine enge Verwandtschaft mit den anderen Gegenstimmen aufweist.

Wie Laun seine Ablehnung institutionalisierter Partnerschaften zwischen Homosexuellen zu begründen versucht, erinnert an das

Morgenstern'sche Paradoxon, daß „nicht sein kann, was nicht sein darf“. Daß es nicht sein darf, illustriert er mit einigen diffusen, willkürlich gewählten und teils unrichtigen, negativen Bemerkungen. Die Pointe liegt aber in der Aussage, daß es nicht sein kann; damit schafft Laun eine groteske „Überhöhung“: er suggeriert seinen (Hetero-)Ehebegriff auf der Ebene eines gleichsam dinghaften Naturalismus, einer quasi physikalischen Gesetzmäßigkeit, und folgert: *Homosexuelle können nicht heiraten, weil sie es nicht können.* (Man bewundere die magische Kraft des Zirkelschlusses.) *Darum ist es auch sinnlos zu fragen, ob man es ihnen erlauben sollte<sup>99</sup>.*

Was hier geschieht, ist schlicht die Verwechslung von Sein und Sollen. Eine entschuldige Fehlleistung? Braucht ein Moraltheologe nicht zu wissen, was eine Norm ist? Oder fürchtet Laun, daß die methodisch einzig korrekte Argumentation – nämlich die auf normativer Ebene – von vornherein zum Scheitern verurteilt sei, und sucht er deshalb Zuflucht bei einem Realismuspopanz, der sich freilich als absurde Fiktion entpuppen muß? Noch eine Kostprobe: *Man kann es nicht deutlich genug sagen: Nicht ein religiös-weltanschaulicher oder juristischer Grund ist es, der gegen „homosexuelle Ehen“ spricht, sondern die Wirklichkeit, die Realität ist es, die eine Ehe von Homosexuellen als widersprüchlich und unmöglich erweist. Wenn eine Regierung etwa auf die Idee käme, das Recht auf Schwangerschaft und Gebären auch für Männer gesetzlich festzuschreiben, würde dennoch nie und nimmer ein Kind von einem Mann empfangen werden<sup>100</sup>.*

## Launs Wahrheit: Homosexualität ist eine Fehlentwicklung

Wenn Laun die Homosexuellenhehe geradezu allergisch ablehnt, so ist dies als Teil des Problems zu sehen, das er mit Homosexualität überhaupt hat. Sein Hinweis, es solle keine Diskriminierung von Homosexuellen geben (Von „Krankheit“ oder „Perversion“ zu sprechen, wäre der Anfang jeder Diskriminierung...<sup>99</sup>), erweist sich an mehreren verächtlichen, teils mit herablassender Pseudo-Barmherzigkeit verbrämten Äußerungen als glattes Lippenbekenntnis: *Nicht zu vergessen: der Schaden für die Homosexuellen selbst. Überraschenderweise zeigt sich nämlich, daß gesetzlich ermöglichte Homosexuellen-Ehen den Homosexuellen selbst schaden, und zwar deswegen, weil sie – die gesetzlich ermöglichte Homosexuellen-Ehe – die Verdrängung und Umdeutung der Realität begünstigt, statt ihr entgegenzuwirken<sup>100</sup>.* Angesichts der durchgehend positiven Erfahrungen mit den in Dänemark 1989 eingeführten „Registrierten Partnerschaften“ Homosexueller ist diese Behauptung nichts weniger als eine Verleumdung; aber es kommt noch stärker: *Wahrheit macht frei (sic!), und so wäre es ein für die Betroffenen selbst wichtiges Coming-out: zu sagen, „Homosexualität ist eine Fehlentwicklung“<sup>100</sup>.*

Nr 2/93

JURIDIKUM

Seite 9

Benke, Ehehindernis Gleichgeschlechtlichkeit? Die unerträgliche Dürftigkeit des Arguments, juridikum 2/1993, 9.

# Das EPG 2009: ein gewinnbringender Rohrkrepierer\*

Nikolaus Benke

## 1. Intro

1.1. Mit dem Entwurf eines „Lebenspartnerschaftsgesetzes“<sup>1</sup> begannen 2008 die Vorarbeiten zum „Eingetragene Partnerschaft-Gesetz 2009“.<sup>2</sup> Somit weist das Projekt EPG eine zehnjährige Geschichte auf.<sup>3</sup> Dieses Jubiläum lädt ein, wichtige Momente der Entwicklung in den Blick zu nehmen und einige aktuelle Herausforderungen zu erörtern. Stichwort Jubiläum: Vor gut 25 Jahren hat mir *juridikum* die Gelegenheit gegeben, erstmals zum Themenkreis Gleichgeschlechtlichkeit und Ehe zu publizieren.<sup>4</sup>

1.2. Will man das bisherige Schicksal des EPG schlagwortartig beschreiben, so wirkt das Adjektiv abenteuerlich durchaus angebracht. Abenteuerlich erscheint, dass das EPG ab seinem Inkrafttreten einer Veränderungsdynamik unterworfen worden ist, die sich frontal gegen eine Grundintention der maßgeblichen Gesetzesgestalter\*innen gerichtet hat: Den Gesetzesgestalter\*innen war es darum gegangen, die Eingetragene Partnerschaft (EP) als die Legitimationsform für das Zusammenleben gleichgeschlechtlicher Paare gegenüber der Ehe als der Legitimationsform für das Zusammenleben verschiedengeschlechtlicher Paare deutlich herabzusetzen.<sup>5</sup> Diese differenzorientierte Grundintention, die 2009 im Gesetz noch vielfach zum Ausdruck gekommen ist,<sup>6</sup> hat in den folgenden Jahren ein lebhaftes Nivellierungsgeschehen ausgelöst und ist schließlich durch das VfGH-Erk G 258-259/2017 vom 4.12.2017, das die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare und die EP für verschiedengeschlechtliche Paare geöffnet hat, aus dem österreichischen Rechtsdiskurs eliminiert worden.

\* Mein Dank für Kritik und weitere Anregungen gilt *Peter Barth, Michael Binder, Elisabeth Holzleitner, Philipp Klausberger, Valerie Purth, Ines Rössl, David Tritremmel* und *Nicole Zilberszac*. Das Manuskript wurde am 20.1.2019 abgeschlossen. Eine ausführlichere Version dieses Artikels *Benke, Das EPG 2009: Fehlkonzept, Gleichheitsimpuls und offene Baustelle*, *iFamZ* 2019/1 (in Druck).

1 Am 24. April 2008 legte die damalige Justizministerin *Maria Berger* einen Gesetzesentwurf unter dem Titel „Lebenspartnerschaftsgesetz – IPartG“ vor. Ministerialentwurf, Materialien und Stellungnahmen: [parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/ME/ME\\_00189/index.shtml](http://parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/ME/ME_00189/index.shtml).

2 Regierungsvorlage und Erläuterungen: [parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/II\\_00485/fname\\_172332.pdf](http://parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/II_00485/fname_172332.pdf). Eine Übersicht aktueller Literatur zum EPG findet sich in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON § 44 ABGB. Zu den Auswirkungen des Erk VfGH G 258-259/2017-9 s *Deixler-Hübner*, Ehe für alle!?, *Zak* 2018/6 5-9; *Leb*, Ist die traditionelle Ehe vorbei?, *iFamZ* 2018/1, 25-27; *Kathrein/Pesendorfer*, Ehe und eingetragene Partnerschaft für alle, *iFamZ* 2018/6 324-328 mwN.

3 Zum rechtspolitischen Setting am Beginn dieser Geschichte s *Benke*, „Ich glaube nicht, dass es sinnvoll ist, dass wir unsere ganze Wertebasis in Frage stellen“ – Zu den Fragmenten einer österreichischen Debatte über die Ehe für Homosexuelle, in *Strasser/Holzleitner* (Hg), *Multikulturalismus queer gelesen* (2010) 223 ff, bes 233-239.

4 *Benke*, Ehehindernis Gleichgeschlechtlichkeit? Die unerträgliche Dürftigkeit des Arguments, *juridikum* 2/1993, 9-11.

5 *Benke* in *Strasser/Holzleitner* (Hg) 240-246.

6 *Benke*, Weder Ehe noch Familie, *EF-Z* 2010/7, 20-22, 25.

1.3. Zur differenzorientierten Grundintention: Die Erläuterungen zum EPG 2009 betonen, das neue Rechtsinstitut sei keine „Ehe light“ und auch keine „Schmalspurehe“.<sup>7</sup> Dies trifft im Wesentlichen aber nur auf den Umstand zu, dass für die EP fast gleichlautende interne Pflichten und ganz ähnlich aufwendige Modalitäten der Auflösung gelten wie für die Ehe. Angesichts etlicher EPG-Vorschriften der Stammfassung, die bei konkreten Rechtspositionen sowie bei der Zuerkennung von Sichtbarkeit und Wertschätzung eingetragener Partner\*innen markant hinter dem zurückgeblieben sind, was das Eherecht für verschiedengeschlechtliche Ehegatt\*innen vorgesehen hat, wird man die EP des Jahres 2009 im Vergleich als „Ehe inferior“ charakterisieren müssen. Tatsächlich war die EP 2009 teils ein Ehederivat, teils aber geprägt von gravierenden Ausschlüssen und deshalb ein Aliud gegenüber der Ehe.<sup>8</sup> Offensichtlich gründeten die gravierenden Ausschlüsse im EPG 2009 auf der Annahme, es gäbe eine Differenz zwischen verschiedengeschlechtlichen und gleichgeschlechtlichen Lebensweisen, durch die legitimiert werden könnte – und müsste –,<sup>9</sup> die EP gegenüber der Ehe als Institution mit weniger rechtlich-institutioneller Ausstattung, weniger Ansehen und weniger Sichtbarkeit zu gestalten. Diese Annahme haben die mittlerweile erfolgten Änderungen des EPG widerlegt.

## 2. Schritte zur Gleichstellung im Überblick

Weit überwiegend gehen die Änderungen im Bereich des EPG auf Erkenntnisse des Österreichischen Verfassungsgerichtshofes zurück, der seinerseits einigen Neuerungen in der Judikatur des EGMR Rechnung getragen hat. Hingegen sind von Regierungsseite nur ganz wenige Initiativen zur Reform des EPG gesetzt worden.<sup>10</sup>

### 2.1. Namensrecht

Ursprünglich unterschied sich das Namensrecht<sup>11</sup> für eingetragene Partner\*innen in etlichen Punkten vom Namensrecht für Ehegatt\*innen. 2009 bot das EPG eine einzige Variante – § 7 EPG: „Die eingetragenen Partner behalten ihren bisherigen Namen bei“. Die Namensgestaltungsmöglichkeiten des Doppelnamens und des gleichlautenden Nach-

7 ErläutRV 485 BlgNR XXIV. GP 3; parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/II/00485/fname\_172332.pdf Seite 3.

8 Benke in Strasser/Holzleithner (Hg) 240-246; Benke, EF-Z 2010/7, 25.

9 In erster Linie wurde die unterschiedliche Behandlung damit begründet, dass es grundsätzlich nur verschiedengeschlechtlichen Paaren möglich ist, auf „natürlichem“ Weg, also ohne medizinische Unterstützung, Kinder zu bekommen (sog Natürlichkeitsparadigma); s dazu Benke, EF-Z 2010/7, 23; Benke in Strasser/Holzleithner (Hg) 228-230; Benke, Keine Ehe, aber ein Stück Familie, iFamZ 2010/9, 252-253.

10 Erwähnt sei das Adoptionsrechts-Änderungsgesetz (AdRÄG) 2013 (ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA\_2013\_I\_179/BGBLA\_2013\_I\_179.pdfsig), mit dem 2013 die Stiefkindadoption eingeführt worden ist; weiters das Deregulierungs- und Anpassungsgesetz 2016 – Inneres (ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA\_2016\_I\_120/BGBLA\_2016\_I\_120.pdfsig), mit dem 2017 ua der für eingetragene Partner\*innen eingeführte Terminus „Nachname“ eliminiert und die Zuständigkeit des Standesamtes für die Begründung der EP bestimmt worden ist.

11 S Schima, Das Rechtsinstitut der eingetragenen Partnerschaft und das österreichische Namensrecht, in Halbwachs/Reiter-Zatloukal/Schima (Hg), Die Kultur der Namensgebung (2016) 217-231.

namens waren in das Namensänderungsgesetz (NÄG) ausgelagert (§ 2 Abs 1 Z 7a und § 9a NÄG).<sup>12</sup> Durch das Erk VfGH G 131/11 vom 3.3.2012<sup>13</sup> wurde die von der Behörde vertretene Auffassung, in der EP gäbe es den Doppelnamen nur ohne Bindestrich, als verfassungswidrige Interpretation qualifiziert und damit das Setzen eines Bindestriches im Doppelnamen – ganz der betreffenden Namensvorschrift für Ehegatt\*innen entsprechend – für geboten erklärt. Wiewohl diese Gleichbehandlung im Ergebnis zu begrüßen ist, erscheint es methodisch doch befremdlich, § 2 Abs 1 Z 7a NÄG interpretatorisch um eine Phrase zu erweitern, die dort nicht steht – nämlich um die nur auf Ehegatt\*innen bezogenen Worte des § 93 Abs 2 ABGB: „unter Setzung eines Bindestrichs zwischen den beiden Namen“.

Weiters: Von der ursprünglichen Vorschrift des § 2 Abs 1 Z 7a NÄG, die eine Namensänderung ermöglichte, „wenn der Antragsteller einen Nachnamen erhalten will, der gleich lautet wie der seines eingetragenen Partners und dies gemeinsam mit der Begründung der eingetragenen Partnerschaft beantragt“, erkannte der VfGH in G 131/11 vom 3.3.2012 die zeitliche Eingrenzung „und dies gemeinsam mit der Begründung der eingetragenen Partnerschaft beantragt“ für verfassungswidrig.<sup>14</sup> Eine wichtige letzte Korrektur erfolgte schließlich durch das „Deregulierungs- und Anpassungsgesetz 2016 – Inneres“,<sup>15</sup> das durch Streichung von § 2 Abs 1 Z 7a und § 9a NÄG den ganz auf eingetragene Partner\*innen zugeschnittenen Begriff „Nachname“<sup>16</sup> aus der Welt schaffte. Der Begriff „Nachname“ war von den Gestalter\*innen des EPG 2009 als Aliud zum gängigen „Familiennamen“ eingeführt worden, um auszudrücken, dass EPen keine Familien wären.<sup>17</sup> Die Namensgestaltung bei der EP bestimmt sich nunmehr nach § 7 EPG und nach § 25 Abs 3 Personenstandsgesetz (PStG): „Die §§ 93, 93a und 93b ABGB [...] gelten sinngemäß [...]“.

## 2.2. Begründung der EP<sup>18</sup>

§ 47a PStG 1984 sah ursprünglich vor, dass der Begründungsakt der EP in Anwesenheit der Partnerschaftswerber und des Beamten „in den Amtsräumen der Bezirksverwaltungs-

12 Hingegen bestimmte am 1.1.2010 (Inkrafttreten des EPG) das ABGB für Ehegatt\*innen in § 93 Abs 1 Satz 1 ABGB: „Die Ehegatten führen den gleichen Familiennamen“. Weiters sah § 93 Abs 2 ABGB die Möglichkeit vor, aus den Namen der beiden Verlobten unter Setzung eines Bindestriches einen Doppelnamen zu bilden, und schließlich bot § 93 Abs 3 ABGB den Ehegatt\*innen auch die Möglichkeit, jeweils den bisherigen Familiennamen weiterzuführen.

13 S den Anlassfall VfGH 3.3.2012, B 518/11.

14 Gem § 93 Abs 3 ABGB konnten verschiedengeschlechtliche Paare hingegen ihre Namensgestaltung „vor oder bei der Eheschließung“ vornehmen, gem § 2 Abs 1 Z 7 NÄG unter Umständen auch nach der Eheschließung.

15 S Fn 10.

16 Zum Nachnamen s *Schima* in *Halbwachs/Reiter-Zatloukal/Schima* (Hg), 220-222.

17 Seit der Entscheidung EGMR 24.6.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich*, gelten partnerschaftliche Angelegenheiten gleichgeschlechtlicher Paare unter Art 8 EMRK als Angelegenheiten des family life. S *Benke*, iFamZ 2010/9, 245, 250-251.

18 S *Benke* in *Strasser/Holzleithner* (Hg) 247-249.

behörde“ stattzufinden hatte.<sup>19</sup> Diese Einschränkung auf die Amtsräume – kurz genannt „Amtsraumzwang“ –, von der verschiedengeschlechtliche Paare bei der Trauung nicht betroffen waren, erklärte der VfGH mit seinem Erk VfGH B 125/11 vom 19.6.2013 für verfassungswidrig und hob sie mit VfGH G 18-19/2013 vom 19.6.2013 auf.

Angesichts der Tatsache, dass sich der VfGH hier prinzipiell für die gleiche Gestaltung der Begründungsakte von Ehe und EP aussprach, überraschten doch seine Ausführungen, es wäre gleichheitskonform,<sup>20</sup> dass es für die Trauung zwei Zeugen brauchte,<sup>21</sup> während für das Eingehen der EP keine Zeugen vorgesehen waren.<sup>22</sup> Da es im Gleichstellungsdiskurs über das Erlangen von formal definierten Rechtspositionen hinaus immer auch um Respekt, Anerkennung, Wertschätzung geht und diese Haltungen wesentlich über die Qualität des Ideellen, Symbolischen genährt werden, hatte das Absehen von Zeugen sehr wohl diskriminierenden Charakter.<sup>23</sup>

Auch eine andere Frage beantwortete der VfGH über die Annahme legitimer Differenzen: Laut VfGH B 121/11 ua vom 9.10.2012 bestanden keine verfassungsrechtlichen Bedenken mit Blick darauf, dass für die Eheschließung das Standesamt zuständig war, für die Begründung der EP aber die Bezirksverwaltungsbehörde. Erst das „Deregulierungs- und Anpassungsgesetz 2016 – Inneres“ übertrug mit Wirkung vom 1. April 2017 die Zuständigkeit für die Begründung der EP von der Bezirksverwaltungsbehörde auf die Personenstandsbehörde.<sup>24</sup>

19 § 47a Abs 1 PStG 1984 „Der Beamte der Bezirksverwaltungsbehörde hat in Anwesenheit beider Partnerschaftswerber in den Amtsräumen der Bezirksverwaltungsbehörde eine Niederschrift über die Begründung der eingetragenen Partnerschaft aufzunehmen.“

20 VfGH 19.6.2013, G 18-19/2013 Rz 16.

21 Das PStG 1984 sah für die Trauung vor:

§ 47 (1) „Die Personenstandsbehörde hat die Trauung in einer Form und an einem Ort vorzunehmen, die der Bedeutung der Ehe entsprechen.“

(2) „Der Standesbeamte hat die Verlobten in Gegenwart von zwei Zeugen einzeln und nacheinander zu fragen, ob sie die Ehe miteinander eingehen wollen, und nach Bejahung der Frage auszusprechen, daß sie rechtmäßig verbundene Eheleute sind.“

22 § 47a Abs 1 PStG 1984, s Fn 19.

23 Mittlerweile ist diese problematische Unterscheidung beinahe aufgehoben: Die heute aktuellen Vorschriften ermöglichen es den Verlobten, bei der Trauung auf einen oder beide Zeugen (männliche Sprachform im PStG) zu verzichten, und ermöglichen es Partnerschaftswerber\*innen, Zeugen (das Gesetz nennt keine Anzahl) beizuziehen. Vgl § 18 PStG 2013 zur „Trauung“ und § 25 PStG 2013 zur „Begründung der eingetragenen Partnerschaft“. Nicht erledigt hat sich aber die stark das Symbolische betreffende Differenz, dass die Trauung als festliche Zeremonie konfiguriert ist, welche „der Bedeutung der Ehe entsprechen“ muss und in deren Mittelpunkt die Verlobten mit ihrem persönlichen Bekenntnis füreinander stehen. Dagegen hat die Begründung der EP den Charakter eines sachlich-nüchternen Verwaltungsaktes, da der erste Satz von § 25 Abs 1 PStG 2013 die Pflicht des Verwaltungsbeamten in den Vordergrund stellt, „eine Niederschrift über die Begründung der EP aufzunehmen“; erst § 25 Abs 2 Z 2 PStG 2013 nennt „die Zustimmung der beiden Partnerschaftswerber“ als notwendigen Punkt der Niederschrift. Demnach muss aber – anders als bei der Trauung – wohl gar nicht gefragt oder gesprochen werden, denn auch wortlos unterschreibende Partnerschaftswerber geben ihre Zustimmung. Setzt § 18 PStG für die Trauung klare Akzente des Persönlichen und Feierlichen, so normiert § 25 PStG für die Begründung der EP einen auf die bürokratischen Notwendigkeiten konzentrierten Akt. Unklar erscheint die Bedeutung des Hinweises in § 25 Abs 3 PStG: „[...] § 18 Abs. 1 bis 3 gelten sinngemäß [...]“. Laut Erläuterungen zum Deregulierungs- und Anpassungsgesetz 2016 – Inneres (Fn 10) stellt der Hinweis nur die Aufhebung des Amtsraumzwanges sicher; [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME\\_00239/fname\\_563209.pdf](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00239/fname_563209.pdf) 5 (19.1.2019).

24 Deregulierungs- und Anpassungsgesetz 2016 (Fn 10) Artikel 4 Z 11.

### 2.3. Medizinisch unterstützte Fortpflanzung<sup>25</sup>

Auf Antrag von zwei nichtverpartnerten Lebensgefährtinnen wurde mit den Erk VfGH G 16/2013, G 44/2013 vom 10.12.2013 Frauenpaaren die artifizielle Insemination ermöglicht, indem der VfGH teilweise jene Vorschriften des Fortpflanzungsmedizingesetzes 1992 (FMedG) aufhob, welche Methoden der künstlichen Befruchtung auf Ehepaare und verschiedengeschlechtliche Lebensgefährt\*innen beschränkten. Das Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 (FMedRÄG) hat dann eine Rechtslage geschaffen, nach der Frauenpaaren auch die In-Vitro-Fertilisation und die Eizellenspende<sup>26</sup> offen stehen. Unverändert geblieben ist die Ablehnung der Leihmutterchaft, weshalb Männerpaare in Österreich keine Möglichkeit der medizinisch unterstützten Fortpflanzung haben.

### 2.4. Adoption

Die Stammfassung des EPG schloss eingetragene Partner\*innen explizit davon aus, durch Adoption eine Familie zu bilden.<sup>27</sup> Doch dann ebnete der EGMR den Weg zur Stiefkindadoption;<sup>28</sup> in Österreich wurde sie durch das AdRÄG 2013 für Lebensgefährt\*innen wie für eingetragene Partner\*innen möglich gemacht (vgl § 197 Abs 4 ABGB). Einen Schritt weiter ging der VfGH, als er mit dem Erk VfGH G 119/2014 ua vom 11.12.2014 eingetragenen Partner\*innen die Möglichkeit der gemeinsamen Fremdkindadoption eröffnete.<sup>29</sup>

Dieses Erk stellte das für die Zulassung einer Adoption zentrale Element des Kindeswohls in eine neue Perspektive: Der Gerichtshof verwarf die bis dahin fundamentale Annahme, eine gleichgeschlechtliche Paarkonstellation könnte das Kindeswohl nicht gewährleisten, und etablierte stattdessen als relevanten Prüfungsansatz, die Gewähr für das Kindeswohl jeweils mit Blick auf das individuelle Paar zu beurteilen, unabhängig davon, ob dieses verschiedengeschlechtlich oder gleichgeschlechtlich ist.<sup>30</sup>

### 2.5. Öffnung der Ehe und der EP

Mit dem Erk VfGH G 258-259/2017-9 vom 4.12.2017 öffnete der VfGH die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare und die EP für verschiedengeschlechtliche. Das Höchstgericht erachtete diesen Schritt für gleichheitsrechtlich geboten, weil das EPG nach seinen weitgehenden inhaltlichen Angleichungen an das Eherecht im Wesentlichen nur mehr die

25 S Benke in Strasser/Holzleithner (Hg) 249-250.

26 Zur Eizellenspende und zur Verwendung von Spendersamen für In-Vitro-Fertilisation s EGMR 1.4.2010, 57813/00, S.H. ua/Österreich; s Benke, iFamZ 2010/9, 252-253.

27 S Benke, EF-Z 2010/7, 22; Benke in Strasser/Holzleithner (Hg) 250-253.

28 EGMR 19.2.2013, 19010/07, X ua/Österreich.

29 Benke/Klausberger/Nausner/Tritremmel, Wie das Kindeswohl die Familie neu aufstellt, iFamZ 2015/4, 154-160.

30 VfGH 11.12.2014, G 119/2014 Rz 45-49; Benke/Klausberger/Nausner/Tritremmel, iFamZ 2015/4, 157-158.

Funktion hatte, gleichgeschlechtliche Paare gegenüber verschiedengeschlechtlichen als anders zu markieren,<sup>31</sup> was für Homosexuelle auch ein Risiko faktischer Diskriminierungen bedeutete.<sup>32</sup> Im Sinne der erforderlichen Gleichbehandlung verschiedengeschlechtlicher Paare war für diese die EP zu öffnen.

Der VfGH ist mit diesem Erk in der Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebensweisen weiter gegangen als der EGMR, der wiederholt in Judikaten festgehalten hat, den Vertragsstaaten stehe es frei, die traditionelle Ehe verschiedengeschlechtlichen Paaren vorzubehalten.<sup>33</sup>

### 3. Desideratum Übertrittsvorschriften

#### 3.1. Status Quo

3.1.1. Seit 1. Jänner 2019 haben rechtlich ungebundene Paare, die sich binden wollen, die Wahl zwischen Ehe und EP. Wie bereits verpartnerte oder verheiratete Menschen in das andere Partnerschaftsformat wechseln können, hat der Gesetzgeber nicht geregelt.<sup>34</sup> Für gesetzliche Übertrittsvorschriften gibt es derzeit keine versprechenden Aussichten: Da die FPÖ bedauert, dass der Relaunch der exklusiven Hetero-Ehe mangels Verfassungsmehrheit nicht gelungen ist,<sup>35</sup> und die ÖVP vor allem mit dem Hinweis, sie respektiere das VfGH-Erkenntnis, weitere Sachdebatten vermeidet,<sup>36</sup> besteht der Eindruck, die Regierung werde demnächst wohl nichts in Richtung gesetzlicher Übertrittsvorschriften unternehmen.<sup>37</sup>

3.1.2. In diesem Vakuum führt die Frage, wie die zum Wechsel entschlossenen Paare in das andere rechtliche Format gelangen, zu zwei Konzepten: Konzept eins, die Paare beenden das Rechtsband der Ehe bzw der EP durch Scheidung bzw Auflösung und erhalten damit jenen Status der rechtlichen Ungebundenheit, den die einschlägigen Vorschriften regelmäßig verlangen, damit Menschen heiraten oder eine EP begründen können.<sup>38</sup> Konzept zwei, Jurist\*innen entwickeln im Interpretationsweg einen Modus, der es ver-

31 VfGH G 258-259/2017-9 Rz 15: „Diese Differenzierung in zwei Rechtsinstitute lässt sich heute nicht aufrechterhalten, ohne gleichgeschlechtliche Paare im Hinblick auf ihre sexuelle Orientierung zu diskriminieren.“

32 Siehe VfGH 11.12.2017, G 258-259/2017-9 Rz 17.

33 So EGMR 24.6.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich* Rz 62-64; s *Benke*, iFamZ 2010/9, 246-247; EGMR 9.6.2016, 40183/07, *Chapin und Charpentier/Frankreich*.

34 S [pressreader.com/austria/die-presse/20180901/281492162189402](http://pressreader.com/austria/die-presse/20180901/281492162189402) (19.1.2019).

35 S [orf.at/stories/3014381/](http://orf.at/stories/3014381/) vom 12.9.2018 (19.1.2019). Per Verfassungsgesetz wäre es möglich, die alte Trennung wieder zu installieren – also Ehe für verschiedengeschlechtliche Paare, EP für gleichgeschlechtliche Paare. S Fn 33.

36 S [orf.at/stories/3059201/](http://orf.at/stories/3059201/) vom 11.10.2018 (19.1.2019); weiters [ots.at/presseaussendung/OTS\\_20181011\\_OTS0201/woegingerrosenkranz-weder-spoee-noch-neos-wollen-traditionelle-ehe-zwischen-mann-und-frau-mit-23-mehrheit-in-verfassung-verankern](http://ots.at/presseaussendung/OTS_20181011_OTS0201/woegingerrosenkranz-weder-spoee-noch-neos-wollen-traditionelle-ehe-zwischen-mann-und-frau-mit-23-mehrheit-in-verfassung-verankern) (19.1.2019).

37 Solche Übertrittsregelungen gibt es zB in Deutschland, „Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts“ vom 20.7.2017 [bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#\\_\\_bgbl\\_\\_%2F%2F%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl117s2787.pdf%27%5D\\_\\_1542721107004](http://bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s2787.pdf%27%5D__1542721107004).

38 Vgl etwa § 21 Abs 1 Z 3 PStV. Vgl die Ausnahmen zu § 8 EheG und § 5 Abs 1 Z 2 EPG; § 13 Erste Durchführungsverordnung zum Ehegesetz und § 5 Abs 2 EPG.

heirateten bzw verpartnerten Paaren ermöglicht, direkt – also ohne Unterbrechung der rechtlichen Verbundenheit – in das andere rechtliche Format zu wechseln. Es wird zu zeigen sein, dass beide Konzepte erhebliche Schwachstellen aufweisen.

3.1.3. Derzeit wird überwiegend das zweite Konzept vertreten.<sup>39</sup> Medienberichten zufolge sind zwei durch EP verbundene Paare im Herbst 2018 die Ehe eingegangen.<sup>40</sup> Mitte Dezember 2018 kam die Meldung, die Stadt Wien würde das Umwandeln von EPen in Ehen ermöglichen,<sup>41</sup> Ende Dezember war zu lesen, der Innenminister hätte erklärt,<sup>42</sup> dass eingetragene Partner\*innen am Standesamt begehren könnten, als Ehegatt\*innen registriert zu werden, und dem würde, nach Unterschriftenleistung der Partner\*innen, durch eine entsprechende Eintragung in das Personenstandsregister Rechnung getragen (vice versa Gleiches gälte für Ehegatt\*innen).<sup>43</sup>

## 3.2. Konzept eins: wortlautgetreue Anwendung der einschlägigen Vorschriften

3.2.1. Aus den eherechtlichen Vorschriften, dem EPG, dem PStG sowie der Personenstandsverordnung (PStV) ist als gesetzliche Ordnung zu erkennen, dass jeder Mensch bloß einen Status haben kann – ungebunden oder verheiratet oder verpartnert – und dass man/frau sich nur dann verheiraten oder verpartnern kann, wenn frau/man ungebunden ist – also weder verheiratet noch verpartnert. Dieses gesetzlich verankerte Regime setzt demnach voraus, dass rechtlich gebundene Paare, die in das jeweils andere Format wechseln wollen,<sup>44</sup> ihre Ehen durch Scheidung bzw ihre EPen durch Auflösung<sup>45</sup> beenden.<sup>46</sup>

3.2.2. Inhaltlich verlangen Scheidung wie Auflösung das Vorbringen, die Ehe bzw die EP wäre unheilbar zerrüttet.<sup>47</sup> Hier führt das Zerrüttungserfordernis freilich zu einer völlig bizarren Strategie: Um sich erneut binden zu können, müssen diese Personen behaupten, dass sie es gar nicht mehr miteinander aushalten, und dass auch keine Aussicht besteht, die eingetretene Entfremdung zu überwinden.

39 S *Kathrein/Pesendorfer*, iFamZ 2018/6, 327-328.

40 Vgl wien.orf.at, Erste Ehe zwischen Gleichgeschlechtlichen, 12.10.2018, wien.orf.at/news/stories/2941231 (19.1.2019); ein zweites Paar soll am 13. November 2018 in Braunau geheiratet haben; vgl Ehe (doch nicht) für Alle? *JUS AMANDI* 04/2018, 2; rklambda.at/images/Jus\_Amandi\_2018-04\_WEB.pdf (19.1.2019).

41 Vgl wien.orf.at, „Ehe für alle“: Anleitung für Standesämter, 20.12.2018, wien.orf.at/news/stories/2954555 (19.1.2019); Rechtskomitee Lambda, Ehe für Alle: Wien wieder Vorbild für ganz Österreich, 20.12.2018, rklambda.at/index.php/de/372-ehe-fuer-alle-wien-wieder-vorbild-fuer-ganz-oesterreich?fbclid=IwAR1T65HnIXhGcLyjvhskrN-jjX8ngN67cTy4NV3TQeNXJs4EIo0yIndjBqw (19.1.2019).

42 Unklar erscheint, welchen Rechtsquellencharakter die Äußerung des Innenministers hat. S orf.at/stories/3104836/ vom 1.1.2019 (19.1.2019). *Kathrein/Pesendorfer*, iFamZ 2018/6, 324 bezeichnen die Äußerung als „Rundschreiben“.

43 S vorarlberg.orf.at/news/stories/2956217/ vom 31.12.2018 (19.1.2019).

44 Vgl §§ 8 und 9 EheG, § 5 Abs 1 Z 2 EPG. Vgl auch § 192 StGB.

45 Weiters würde eine Nichtigkeitsklärung (bei der Ehe auch eine Aufhebung) das Paar von der rechtlichen Bindung befreien. Zum System der Endigungsgründe s Fn 63.

46 *Leb 27*, geht davon aus, dass die EP aufgelöst werden muss, damit die Eheschließung möglich ist; so wohl auch *Deixler-Hübner*; s *Leb*, iFamZ 2018/1, 27 und *Deixler-Hübner*, *Zak* 2018/6, 9.

47 §§ 49, 50, 55, 55a EheG; § 15 EPG.

Dabei stellt sich auch die Frage, ob das Ansinnen von Menschen, die eine Rechtsfigur durch Einsatz von Lügen für sich nutzbar machen wollen, nicht als unbegründet abgewiesen werden müsste. Eine – zugegebenermaßen gekünstelte – Lösung könnte darin liegen, die übereinstimmende Zerrüttungsbehauptung trennungswilliger Ehegatt\*innen und eingetragener Partner\*innen ohne näheres Hinterfragen als Grundlage der Scheidung bzw. Auflösung heranzuziehen. Dergestalt an der Oberfläche zu bleiben, findet eine Parallele im Konzept von Trauung und Begründung der EP, das zwar auf die erforderliche Geschäftsfähigkeit abstellt, aber nicht näher prüft, ob ein substantiierter, das Wesen des jeweiligen Bindungsformates abschätzender und bejahender Wille vorliegt. Weiters zur Zerrüttung: Leiden die in Frage stehenden Beziehungen zwar nicht unter einer Zerrüttung, die auf Trennung hinausläuft, so sind diese Paare immerhin durch den Umstand belastet, das sie (noch) bindende Format nicht mehr zu wollen.

3.2.3. Die geschilderte Vorspiegelung, das eheliche oder partnerschaftliche Verhältnis wäre unheilbar zerrüttet, ist aber nicht die einzige Zumutung, die das Fehlen von Übertrittsvorschriften zur Folge hat: Bestimmte Berechtigungen hängen ua davon ab, wie lange das Paar verheiratet oder verpartnert gewesen ist. Entschließt sich ein Paar de lege lata zur Auflösung seiner EP bzw. zur Scheidung der Ehe, um das jeweils andere Format zu erlangen, so geht erworbenes „Zeitkapital“ (von Belang etwa für eine Staatsbürgerschaft<sup>48</sup> oder für eine Aufenthaltsberechtigung<sup>49</sup>) verloren und die Fristen beginnen mit dem neuen Format – Ehe oder EP – neu zu laufen. Auch dies bedeutet für die betroffenen Personen eine unangemessene Härte. Demnach braucht es entsprechende Übertrittsvorschriften, um den kontinuierlichen Fristenlauf zu garantieren.<sup>50</sup>

3.2.4. Die gesetzliche Vorgabe, dass ein Mensch rechtlich ungebunden sein muss, um eine Ehe oder eine EP eingehen zu können, wird verstärkt durch das – sogar strafrechtlich bewehrte – Verbot der Bigamie.<sup>51</sup> Jedenfalls umfasst die Formulierung des ersten Halbsatzes von § 192 StGB – „Wer eine neue Ehe schließt oder eine eingetragene Partnerschaft begründet, obwohl er verheiratet ist oder eine eingetragene Partnerschaft führt [...]“ – die in Frage stehenden Fälle.<sup>52</sup>

48 Gem § 11a Abs 1 Z 1 Staatsbürgerschaftsgesetz (StbG) gehört zu den Voraussetzungen, nach denen ein mit einem österreichischen Staatsbürger verheirateter Fremder die Staatsbürgerschaft erwirbt ua, dass er „bei fünfjähriger aufrechter Ehe im gemeinsamen Haushalt mit ihm lebt“ (ihren Anschein der Gleichgeschlechtlichkeit – Staatsbürger, Fremder – verdankt die Vorschrift der Verwendung des generischen Maskulin).

49 So bleibt etwa nach § 54 Abs 5 Z 1 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) das Aufenthaltsrecht der Ehegatt\*innen bzw. eingetragenen Partner\*innen, die Drittstaatsangehörige sind, bei Scheidung oder Aufhebung der Ehe bzw. Auflösung der EP erhalten, wenn „die Ehe bis zur Einleitung des gerichtlichen Scheidungs- oder Aufhebungsverfahrens mindestens drei Jahre bestanden hat, davon mindestens ein Jahr im Bundesgebiet“.

50 Bereits jetzt sehen sozialrechtliche Bestimmungen vor, dass bei Paaren, die sich geschieden, dann aber einander wieder geheiratet haben, die Fristberechnung für die Witwen/Witwerpension durch Zusammenrechnen der Ehezeiten erfolgt; vgl etwa § 14 Abs 4 Pensionsgesetz (PG) 1965.

51 § 192 StGB (Mehrfache Ehe oder EP), § 193 StGB (Ehetäuschung), § 193a StGB (Partnerschaftstäuschung); vgl weiters §§ 8-9 EheG, § 24 EheG und § 5 Abs 1 Z 2 EPG.

52 Gleichermäßen weit formuliert § 5 Abs 1 Z 2 EPG als Begründungshindernis für die EP: § 5 (1) „Eine eingetragene Partnerschaft darf nicht begründet werden [...] 2. mit einer Person, die bereits verheiratet ist [...].“

Zu erwägen ist, den Anwendungsbereich der Bigamievorschriften im Wege einer teleologischen Reduktion<sup>53</sup> auf dreipersonale Konstellationen einzugrenzen. Dafür spricht, dass Bigamieverbote jedenfalls den Zweck haben, den monogamen Charakter von Ehe und EP sicherzustellen sowie verheiratete und eingetragene Personen in deren Vertrauen auf die exklusive rechtliche Bindung mit der/dem Gattin/Gatten bzw der/dem eingetragenen Partnerin/Partner zu schützen.<sup>54</sup>

3.2.5. Allerdings dienen die Bigamievorschriften auch dem Ziel sicherzustellen, dass jeder Mensch eindeutig einen Status hat – rechtlich ungebunden oder verheiratet oder verpartnert.<sup>55</sup> Daraus folgt, dass jede Person nicht mehr als einen Status haben kann. Ganz deutlich für dieses Regelungsziel spricht das Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Könnte eine Person zeitgleich zwei Status haben, so wäre unklar, welche statusbedingten Rechtsvorschriften zur Anwendung kommen und wer im Bedarfsfall aus den Vorschriften des einen Status oder des anderen Status wählt. Dieses zweite Ziel wird generell zu beachten sein und den Schluss nahelegen, dass sich das Bigamieverbot nicht im Wege der teleologischen Reduktion auf dreipersonale Verhältnisse beschränken lässt.<sup>56</sup>

3.2.6. Was ist in dieser Aporie aus Art 12 EMRK zu gewinnen? Art 12 EMRK garantiert, dass Menschen eine Ehe schließen und eine Familie gründen können. Der eingeräumte Ermessensspielraum macht es den Vertragsstaaten möglich, den Zugang zur Ehe regulativ einzuschränken; solch eine Einschränkung muss aber gerechtfertigt sowie verhältnismäßig sein.<sup>57</sup> Diese Qualifikation hat der EGMR etwa hinsichtlich des im UK bestehenden Verbotes der Eheschließung zwischen Schwiegervater und Schwiegertochter (zu Lebzeiten des Sohnes und der Mutter, mit denen Schwiegertochter und Schwiegervater verheiratet gewesen waren) bejaht.<sup>58</sup> Für das Thema des Übertritts spielt wohl eine Rolle, dass der EGMR aus Art 12 EMRK kein Recht auf Scheidung ableitet,<sup>59</sup> doch wird der Unterschied zu würdigen sein, dass die Intention der rechtlich gebundenen Paare nicht auf Scheidung bzw Auflösung gerichtet ist, sondern auf den Wechsel in das andere Format. Als eine Art 12 EMRK verletzende Maßnahme betrachtete der EGMR eine Gebühr von 295 Pfund, welche (auch) von den wenig begüterten Eheschließungswilligen (*needy applicants*) für die Eheschließung entrichtet werden musste.<sup>60</sup> Im Lichte dessen lässt sich das oktroyierte Lösungsprozedere (3.2.2.) als unzumutbare Hürde bewerten und somit ein Verstoß gegen Art 12 EMRK feststellen; dies findet auch Unterstützung in

53 S etwa *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft<sup>6</sup> (1991) 391-397.

54 In diesem Sinne etwa *Markel in Höpfel/Ratz*, WK StGB<sup>2</sup>, § 192 (Stand 1. 6. 2016) Rz 1. Vgl § 24 EheG. Vgl § 13 Erste Durchführungsverordnung zum Ehegesetz und § 5 Abs 2 EPG.

55 Ein doppelter Eintrag im Personenstandsregister ist nicht möglich; vgl § 21 PStV, bes § 21 Abs 1 Z 3 PStV.

56 Teleologische Reduktion ist nur soweit zulässig, als sie die Rechtssicherheit nicht beeinträchtigt: OGH 13.04.1994, 3 Ob17/94; s *Larenz*, Methodenlehre 393.

57 Zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Eheschließungsfreiheit s *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>6</sup> (2016) 344-348.

58 EGMR 13.9.2001, 36536/02, *B. und L./Vereinigtes Königreich*.

59 EGMR 22.11.2016, 8923/12, *Andrzej Piotrowski/Polen*, EGMR 10.1.2017, 1955/10, *Babiarz/Polen*. S *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention 343.

60 EGMR 14.12.2010, 34848/07, *O'Donoghue/Vereinigtes Königreich*.

EGMR-Entscheidungen, die besagen, dass extrem lange Scheidungsverfahren mit Art 12 EMRK nicht vereinbar sind.<sup>61</sup>

### 3.3. Konzept zwei: direkter Wechsel als interpretatorisch entwickelte Lösung

3.3.1. Mangels gesetzlicher Übertrittsvorschriften, welche die zwei Fallkonstellationen des Wechsels mit den Vorgaben des Ehegesetzes und des EPG systemisch abgleichen, lässt sich der direkte Übertritt von einem Format in das andere nur im Wege juristischer Interpretation erreichen. Festgestellt sei, dass es gewagter Interpretationsschritte bedarf, um die Möglichkeit eines direkten Wechsels zu konstruieren. Dazu kommt als zweiter Schwachpunkt, dass Interpretationen insofern nicht verlässlich sind, als sie jeweils den (teils rechtlich nicht determinierten) Ausrichtungen derer unterliegen, denen die Deutungshoheit zukommt.

3.3.2. Die im Deutungsweg entwickelte Lösung beruht entscheidend auf einem Ansatz – auf dem der verfassungskonformen Interpretation:<sup>62</sup> Als maßgebliche Größe gelte das die Ehe und die EP verschiedengeschlechtlichen und gleichgeschlechtlichen Paaren öffnende Erk VfGH G 258-259/2017-9 vom 4.12.2017, im Lichte dessen alle einschlägigen Vorschriften dergestalt umzudeuten seien, dass der Wechsel von einem Bindungsformat in das andere reibungslos – also direkt und wohl auch ohne nachteilige Folgen – geschehe.

Dank dieser Vorgabe erweist sich das Konzept als bemerkenswert kreativ. Gemessen an den bekannten einschlägigen Vorschriften (Eherecht, EPG, Personenstandsrecht) gelangen die Vertreter\*innen des Interpretationskonstrukts zu einem Bündel neuer Begriffsinhalte (was notgedrungen mit systematischen Justierungen einhergeht): begrifflich Neues gibt es demnach bei den Hindernissen, eine Ehe zu schließen oder eine EP zu begründen (rechtliche Gebundenheit ist hier kein Hindernis), bei den Endigungsgründen (der Wechsel beendet augenblicklich die bestehende Ehe oder EP),<sup>63</sup> bei den Endigungsfolgen (abgesehen von der Lösung des rechtlichen Bandes greifen die bekannten gesetzlichen Folgen der Scheidung bzw der Auflösung nicht) und beim Festlegen der Bestandsdauer mit dem Tag, an dem das Paar das erste Format begründet hat (insofern wird das grundsätzlich beendete Format „am Leben erhalten“).<sup>64</sup>

Zwei Umstände seien hier kurz erörtert, welche gegen die auf verfassungskonforme Interpretation abstellende Lösung sprechen:

3.3.3. Gegenstand des Erk VfGH G 258-259/2017-9 vom 4.12.2017 ist das Abschaffen einer diskriminierenden rechtlichen Unterscheidung nach gleichgeschlechtlicher und ver-

61 EGMR 19.7.2007, 43151/04, *Aresti Charalambous/Zypern*, EGMR 27.11.2012, 38380/08, *V.K./Kroatien*.

62 S *Kathrein/Pesendorfer*, iFamZ 2018/6, 327.

63 Das österreichische Recht legt mit Nichtigerklärung, Aufhebung, Auflösung bzw Scheidung und Tod oder Todeserklärung einer der Ehegatt\*innen oder eingetragenen Partner\*innen die Endigungsgründe der Ehe bzw der EP taxativ fest. Vgl §§ 21-25 EheG (Nichtigkeitsgründe), §§ 35-39 EheG (Aufhebungsgründe), 46-55a EheG (Recht der Ehescheidung); §§ 13-15 EPG (Auflösung der eingetragenen Partnerschaft) § 19 EPG (Nichtigkeit der eingetragenen Partnerschaft). Das Interpretationskonstrukt mit direkter Übertrittsmöglichkeit provoziert die interpretatorische Kreation des neuen Endigungsgrundes „Wechsel in das andere Format“, sonst erhalten die ein zweites Mal rechtlich verbundenen Paare einen Doppelstatus.

64 Zu den einzelnen Aspekten s *Kathrein/Pesendorfer*, iFamZ 2018/6, 327-328.

schiedengeschlechtlicher Lebensweise, nicht das Einrichten benutzerfreundlicher Pfade für ehe- bzw partnerschaftswillige Paare. Daher erscheint das Erk wenig geeignet als Quelle für eine Interpretation, die solch eine Benutzerfreundlichkeit anstrebt.<sup>65</sup>

3.3.4. Mit ihrer bemerkenswert kreativen Natur – siehe die mehrfachen begrifflich-systematischen Neuerungen oben in 3.3.2. – gerät diese als verfassungskonform propagierte Interpretation in Widerspruch zu Grundprinzipien der Bundesverfassung, nämlich dem rechtsstaatlichen Prinzip – genauer, dem Legalitätsprinzip – und dem Prinzip der Gewaltenteilung.<sup>66</sup>

Erhebliche regulative Modifikationen von begrifflichen und systematischen Profilen gesetzlicher Vorschriften können nicht von der Behörde im Interpretationsweg bewerkstelligt werden, sondern bedürfen der Gesetzesform.<sup>67</sup> Die „Bindung der Vollziehung an das einfache G[esetz], das dem Bestimmtheitsgebot zu entsprechen hat, darf nicht durch eine unmittelbare Anwendung allgemeinerer und damit unbestimmterer verfassungsrechtlicher Vorschriften überspielt werden [...]“.<sup>68</sup>

Die begrenzte Zulässigkeit verfassungskonformer Interpretation zeigt sich auch daran, dass es keine Kompetenz des VfGH bräuchte, Gesetzesbestimmungen als verfassungswidrig aufzuheben, wenn es bereits im Wege der verfassungskonformen Interpretation möglich wäre, Gesetzesbestimmungen als unverbindlich zu qualifizieren; eben dies geschieht aber mehrfach mithilfe des Interpretationskonstrukts, das Etliches im Kosmos der geltenden Vorschriften zu Ehe, EP und Personenstand für obsolet erklärt<sup>69</sup> – eine Rechtsfindung, die verfassungsrechtlichen Grundprinzipien zuwiderläuft.

3.3.5. Im Ergebnis wird das Argument einer verfassungskonformen Interpretation, die aber den verfassungsrechtlichen Grundprinzipien der Rechtsstaatlichkeit und der Gewaltenteilung widerspricht, keine tragfähige Basis für das vorgestellte Interpretationskonstrukt bieten können.

Greift das Interpretationskonstrukt aber nicht, so fehlt es dem Schreiben des Innenministers und der daran ausgerichteten Behördenpraxis an rechtlicher Deckung. Es sei darauf hingewiesen, dass dieses Manko vor allem dort dramatische Folgen haben kann, wo behördliche Direktiven und Tätigkeiten mit strafrechtlichen Vorschriften kollidieren.<sup>70</sup> Wenn es für Beurkundungen, wie sie das Interpretationskonstrukt abweichend von

65 Auf Art 12 EMRK (Recht auf Eheschließung) ist das Interpretationskonstrukt – soweit ersichtlich – bislang nicht gestützt worden. Art 12 EMRK passt von seinem Gehalt her (s 3.2.6.) besser zur verfassungskonformen Interpretation als das Erk VfGH G 258-259/2017-9, doch wiegen die in den folgenden Abschnitten ausgeführten verfassungsrechtlichen Einwände so schwer, dass auch Art 12 EMRK die mithilfe verfassungskonformer Interpretation entwickelte Lösung nicht zu rechtfertigen vermag.

66 Allgemein dazu etwa *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht, Band 1: Grundlagen<sup>2</sup> (2011) Rz 14.001, 14.013-14.014, 15.003.

67 S dazu etwa *Öhlinger*, Wer und was ist der Gesetzgeber?, ZfV 2015, 210-212.

68 *Mayer/Muzak*, B-VG (2015)5 Art 18 B-VG I.2.

69 *Mayer/Muzak*, B-VG (2015)5 Art 18 B-VG I.2; vgl auch *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>11</sup> (2016) Rz 37: „Die Grenze einer verfassungskonformen Auslegung liegt dort, wo sie dem Wortlaut des Gesetzes eindeutig widerspricht (vgl VfSlg 11.036/1986). Ein solcher Widerspruch kann iS der Rechtssicherheit nur durch die Aufhebung eines Gesetzes im Verfahren nach Art 140 B-VG beseitigt werden.“

70 Überlegungen zur Möglichkeit, das Bigamieverbot teleologisch zu reduzieren, s 3.2.4.-3.2.5.

den gesetzlich formulierten Vorgaben empfiehlt, keine rechtliche Deckung gibt, so kommt bei entsprechenden behördlichen Eintragungen § 311 StGB (Falsche Beurkundung und Beglaubigung im Amt) ins Spiel,<sup>71</sup> und eine auf solche Eintragungen abzielende Weisung wäre von der Weisungsempfänger\*in wohl abzulehnen.<sup>72</sup>

3.3.6. Fazit: Die „abgekürzte“ Vorgehensweise des direkten Umstiegs, wie sie die erwähnte Äußerung des Innenministers propagiert, ist an sich naheliegend und begrüßenswert, doch bedarf sie der Gesetzesform.<sup>73</sup> Solange sie nur auf einem Informationsschreiben, einem Erlass oÄ beruht, wird sie der Kritik ausgesetzt sein, dass sie gesetzliche Vorgaben in ungerechtfertigter Weise übergeht. Wie immer frau/man sich in dieser juristischen Debatte positioniert – niemand wird leugnen können, dass die Situation derzeit in beunruhigender Weise von Rechtsunsicherheit geprägt ist.

#### 4. Ausblick

Neben dem Erlassen gesetzlicher Übertrittsvorschriften stellt sich dem Gesetzgeber die Aufgabe, das Institut der EP durch ein neues Bindungsformat abzulösen, denn nur so lässt sich die weitgehend sinnlose Parallelität von Eherecht und EPG beseitigen und erreichen, dass verschiedengeschlechtliche wie gleichgeschlechtliche Paare eine attraktive Alternative zur Ehe haben. Eine knappe Skizze dessen, wie die institutionelle Architektur dieses neuen Bindungsformates aussehen mag, findet sich an anderer Stelle.<sup>74</sup> Und noch eine Aufgabe steht der Gesetzgebung ins Haus – nämlich jene, dem in wesentlichen Punkten überholten Eherecht eine den Anforderungen des 21. Jahrhunderts Rechnung tragende Gestalt zu geben.

Viel ist also zu tun für uns – die Bürger\*innen, die Jurist\*innen, die Politiker\*innen. Wer mich nun fragt, wie ich derzeit an die Realisierbarkeit dieser anspruchsvollen Projekte glauben kann, der/dem antworte ich mit *Winston Churchill*: „*I am an optimist. It does not seem too much use being anything else.*“

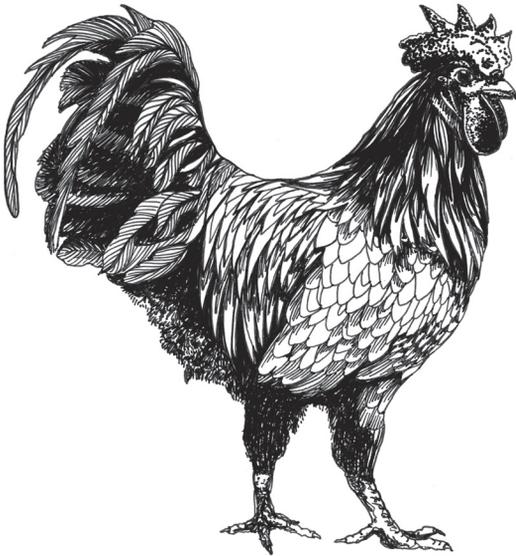
Nikolaus Benke ist Univ.-Prof. am Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte der Universität Wien; nikolaus.benke@univie.ac.at

71 S etwa *Bertel* in *Höpfel/Ratz*, WK2 StGB § 311 (1.5.2010, rdb.at) Rz 4. Das Interpretationskonstrukt sieht etwa vor, dass die Personenstandsbehörde bei der Beurteilung, ob eine Person eine Ehe schließen oder eine EP begründen darf, die rechtlichen Vorgaben des § 21 PStV übergeht.

72 Vgl OGH RS0052590: „Das Ersuchen (= Weisung) des Dienstvorgesetzten, einen inhaltlich unrichtigen Aktenvermerk zu errichten und diesen falsch zu datieren, ist als eine gegen strafgesetzliche Vorschriften (§ 311 StGB, allenfalls § 302 Abs 1 StGB) verstoßende Weisung gemäß § 44 Abs 2 BDG vom untergebenen Beamten abzulehnen und vermag daher an der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Beamten für die dennoch vorgenommene Falschbeurkundung nichts zu ändern.“

73 Für eine korrekte Regelung des Übertritts kommt – als Alternative zum Gesetz – auch eine gesetzlich entsprechend legitimierte Verordnung in Frage.

74 *Benke*, iFamZ 2019/1, Abschnitt III.B.



## DAS UMWELTVERTRÄGLICHKEITSPRÜFUNGSGESETZ

# Umwelt, vertrag Dich!

**Marlies Meyer**

**Das Langzeitvorhaben  
BürgerInnenbeteiligung  
scheint in die Endrunde  
gekommen zu sein.  
Immerhin beschäftigt es  
den Nationalrat bereits die  
dritte Legislaturperiode.<sup>(1)</sup>  
Trotz anders lautender  
Pressemeldungen ist das  
Thema UVP aber  
keineswegs erledigt.**

BB zu unterziehen sind und in einem konzentrierten Verfahren abgehandelt werden, Anlagen, die nur einer BB und den diversen Bewilligungsverfahren zu unterziehen sind und schließlich Anlagen, die wie bisher materiell und verfahrensrechtlich allein nach den einzelnen bestehenden Materiengesetzen abgehandelt werden.

UVP im engeren Sinn ist die gesamthafte Beurteilung der Auswirkungen einer Anlage auf die Umwelt, die von einem von der Behörde bestellten Sachverständigenteam vorgenommen wird. UVP im weiteren Sinn ist die Entscheidung der Behörde, ob und in welcher Weise das eingereichte Projekt in Rücksicht auf den Umweltschutz genehmigt wird. Die BürgerInnenbeteiligung kann fürs erste mit der öffentlichen Auflage der Projektunterlagen, der Entgegennahme von Stellungnahmen und der öffentlichen Erörterung des Projekts skizziert werden.

*Meyer, Umwelt, vertrag dich! Das Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz, juridikum 2/1993, 15.*

# Bürgerinitiativen und Umweltorganisationen im UVP-Verfahren

Marlies Meyer

---

## 1. UmweltverträglichkeitsprüfungsG 1993 – Bürgerinitiativen

Im Geburtsjahr des *juridikum* 1989 lag der Gesetzgeber mit der „Demokratisierung des Verwaltungsverfahrens“ und dem Vorhaben der „Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP)“ noch immer in den Wehen. Infolge der Auseinandersetzungen in Hainburg waren im Jahr 1985 zwei ME<sup>1</sup> zu diesen Themen vorgestellt worden, die aber – wie auch die folgenden Gesetzesentwürfe in der 16. und 17. GP<sup>2</sup> – nicht (bis) zur Beschlussfassung kamen. Ein Durchbruch sollte erst im Zuge der Vorbereitungen zum EU-Beitritt und der Verpflichtung zur Umsetzung der UVP-RL<sup>3</sup> gelingen. In den gemeinsamen parlamentarischen Beratungen zur RV und mehreren IA 1991<sup>4</sup> lebte die schon 1985 vorgeschlagene Parteistellung für Bürgerinitiativen (BI) (in Genehmigungsverfahren) wieder auf, während die in der RV vorgesehene Parteistellung für Umweltorganisationen (UO) vom Parlament fallen gelassen wurde. Das daraus resultierende UVP-G 1993<sup>5</sup> enthielt somit Beteiligungsrechte, gab jedoch den unmittelbar Betroffenen eines geplanten Projekts den Vorzug vor UO. Mindestens 200 Personen, die in der Standort- oder Nachbargemeinde zum Gemeinderat wahlberechtigt waren, mussten eine Stellungnahme (zum Projekt bzw den Einreichunterlagen) unterstützen, um als Verfahrenspartei anerkannt zu werden. Der Beitrag versucht die Entwicklung und die Effekte der BürgerInnenbeteiligung im UVP-G der letzten 30 Jahre nachzuzeichnen.<sup>6</sup> „Wem gehört die Umwelt?“, so lautete schon 1993 meine Frage in dieser Zeitschrift.<sup>7</sup>

Die 1993 geschaffene „Bürgerpartei“ konnte das im jeweiligen UVP-Verfahren zur Anwendung kommende Umweltrecht mit Parteistellung geltend machen und damit die Umwelt – mit allen verfahrensrechtlichen Garantien bis hinauf zu VwGH und VfGH – schüt-

---

1 172/ME u 178/ME 16. GP.

2 Zur Bürgerbeteiligung s RV 841 BlgNR 16. GP, RV 239, 240 u 241 BlgNR 17. GP; zur UVP 207/ME 17. GP.

3 RL 85/337/EWG des Rates v 27.6.1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl L 1985/175, 40.

4 RV 269 BlgNR, 208/A, 209/A u 210/A, alle 18. GP.

5 Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz – UVP-G BGBl 1993/697.

6 Der Beitrag gibt die persönliche Meinung der Autorin wieder.

7 Meyer, Wem gehört die Umwelt? *juridikum* 3/1994, 34, und schon vor Beschlussfassung des UVP-G *diess*, Umwelt, vertrag Dich! *juridikum* 2/1993, 15.

zen. Damit hatte das UVP-G 1993 die Kernelemente der sog Aarhus-Konvention<sup>8</sup>, die Österreich 1998 unterzeichnete und 2005 ratifizierte, vorweg genommen: Die betroffene Öffentlichkeit durfte die Einhaltung aller Umweltvorschriften durch die Behörde bei Gericht einklagen. BürgerInnen waren nicht mehr auf ihre subjektiven Rechte, die gemeinhin für den Schutz ihrer eigenen Gesundheit und ihres Eigentums eingeräumt sind, beschränkt. Abgesehen von den in Natur- oder Umweltschutzgesetzen der Länder<sup>9</sup> bzw im WasserrechtsG (WRG) 1959<sup>10</sup> eingerichteten amtlichen „Anwaltschaften“ hatten bis zu diesem Zeitpunkt nur GrundstückseigentümerInnen, die zugunsten eines Projektes enteignet werden sollten, unter Berufung auf das Grundrecht auf Eigentum in ähnlicher Weise Rechte gehabt.

Das UVP-G 1993 funktionierte. Die Behörde profitierte, musste sie doch nicht mehr massenhaft Einwendungen von NachbarInnen abarbeiten: 55.600 Einwendungen waren es zB bei der Müllverbrennungsanlage (MVA) Ranshofen<sup>11</sup> gewesen. Die ProjektwerberInnen hatten den Vorteil eines „one-stop-shop“ – alle Genehmigungsvorschriften wurden in einem einzigen Verfahren abgewickelt (bei Straßen- und Bahnprojekten gab es allerdings nur eine Teilkonzentration). BürgerInnen konnten zB einen ganzen Grundwasserkörper schützen und nicht nur ihren eigenen Hausbrunnen. Die erste „Bürgerpartei“ formierte sich im Zuge des UVP-Verfahrens über die MVA Zistersdorf/NÖ im Jahr 1997. Ein Beteiligungsergebnis war ua: Der Mülltransport musste zu 70% per Bahn abgewickelt werden.<sup>12</sup>

## 2. Deregulierungsnovelle 2000

Sechs Jahre nach Inkrafttreten des UVP-G wurde 2000 im Zuge von umfangreichen „Verfahrensvereinfachungen“ die „Bürgerpartei“ von einer Reihe von UVP-Verfahren wie zB bei Massentierhaltungen und Rodungen wieder ausgeschlossen.<sup>13</sup> Außerdem profitierten die BI nicht von der unionsrechtlich vorgegebenen beträchtlichen Erweiterung des Anwendungskreises der UVP in Bezug auf Vorhabensarten und Schwellensenkungen. Die Einführung des „vereinfachten UVP-Verfahrens“ reduzierte nicht nur das UVP-Gutachten auf eine „zusammenfassende Bewertung“, sondern verwehrte auch BI in diesem Verfahrenstypus den Zugang zur Rechtsmittelinstanz. Ihre Rolle war auf die Stellungnahme zu den Projektunterlagen und die Teilnahme bei der Verhandlung beschränkt (Beteiligtenstatus). Mehr als die Hälfte der UVP-Verfahren im Zeitraum 2000 bis Februar 2018 wurden in Folge der Deregulierungsnovelle 2000 nur mehr „vereinfacht“ geführt.<sup>14</sup>

8 Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten v 25.6.1998, 37770 UNTS 119, später BGBl III 2005/88.

9 ZB Umweltschutzgesetz nach dem NÖ Umweltschutzgesetz, LGBl 8050-0 idgF.

10 Wasserwirtschaftliches Planungsorgan nach dem WRG, BGBl 1959/215 (WV) idgF.

11 Meyer, Juridikum 1994/3, 34.

12 Umweltsenat 3.8.2000, US 3/1999/5-109.

13 BGBl I 2000/89.

14 BMNT, 7. UVP-Bericht an den Nationalrat 2018 (2018), 19.

### 3. Novelle 2004 – Umweltorganisationen

Mit der UVP-G-Novelle 2004 kamen die UO wieder ins Spiel: „Die vorgesehenen Regelungen zu Parteistellung und Rechtsmittelzugang für Nichtregierungsorganisationen [...] stellen eine zwingende Umsetzung von Gemeinschaftsrecht (Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie 2003/35/EG) dar“, so die ErläutRV.<sup>15</sup> Nichtstaatliche Organisationen, die sich für den Umweltschutz einsetzen, hatten jedenfalls ein ausreichendes Interesse, waren also Teil der betroffenen Öffentlichkeit und daher im Genehmigungsverfahren umwelterheblicher Projekte zu beteiligen. Die E der Behörde musste von ihnen einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden können – so die Aarhus-Konvention, und ähnlich die ÖB-RL. UO wurde – im Unterschied zur bestehenden Regelung für BI – Parteistellung und Rechtsmittelbefugnis in allen UVP-Verfahren, also auch im vereinfachten Verfahren, eingeräumt.

### 4. VwGH 2018 – Gleichbehandlung der BI

Seit der E des VwGH 2018 über die Beschwerde der BI *statt Tunnel*<sup>16</sup>, welche die Anerkennung als Partei im vereinfachten Verfahren zur Genehmigung des Stadttunnels in Feldkirch begehrte, ist die Ungleichbehandlung von BI und UO Geschichte: Auch die BI ist „Teil der betroffenen Öffentlichkeit“ iSd UVP-RL. Sie hat daher im Licht der Auslegung der Aarhus-Konvention durch den EuGH in der Rs *Protect*<sup>17</sup> und der Tatsache, dass im UVP-G nur Verfahrensparteien eine Beschwerde an das BVwG erheben können, „ein Recht auf Beteiligung als Partei, unabhängig davon, ob ein solches Verfahren innerstaatlich als ‚ordentliches‘ Genehmigungsverfahren oder als vereinfachtes Verfahren ausgestaltet [ist]“. <sup>18</sup> Anlassfall war das Begehren der österr UO *Protect*, Parteistellung in einem wasserrechtlichen Verfahren zur Genehmigung einer Beschneigungsanlage zu erhalten.

### 5. BürgerInnenbeteiligung bei Projekten unterhalb der UVP-Schwelle

Mit der Rs *Protect* verliert auch die Problematik der hohen Schwellen des UVP-G an Schärfe<sup>19</sup>, denn auch umwelterhebliche Projekte jenseits der UVP- und IPPC-Schwelle<sup>20</sup> sind nun verfahrensmäßig UO zugänglich.<sup>21</sup> Da der Begriff der „betroffenen Öffentlich-

15 ErläutRV 648 BgNR 22. GP. Die erwähnte Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie 2003/35/EG (ÖB-RL), ABl L 2003/156, 17, änderte in Art 3 die UVP-RL.

16 VwGH 27.9.2018, Ro 2015/06/0008.

17 EuGH 20.12.2017, C 664/15, ECLI:EU:C:2017:987.

18 VwGH 27.9.2018, Ro 2015/06/0008.

19 In diesem Artikel kann aus Platzgründen nicht auf die UVP-Pflicht aufgrund Einzelfallprüfung bzw auf das Feststellungsverfahren und den diesbezüglichen Rechtsschutz von NachbarInnen und UO eingegangen werden.

20 Die Industriemissions-RL, ABl L 2010/334, 17, erfasst bestimmte industrielle Tätigkeiten und sieht die zwingende Verfahrenseinbindung von UO vor. Die entsprechende Umsetzung in Ö erfolgte in der GewO, dem AWG und dem MinRoG.

21 Die durch die E des EuGH ausgelöste, allerdings schon lange anstehende Umsetzung der Aarhus-Konvention im WRG 1959 und im AWG ist allerdings sehr zurückhaltend (Aarhus-BeteiligungsG, BGBl I 2018/73).

keit“ auf die Aarhus-Konvention zurückgeht, wären in Folge der *E statt Tunnel* vom Gesetzgeber mE auch BI zu berücksichtigen, zumal ja für die Anerkennung von UO nach dem UVP-G ein Bestand des Vereins von drei Jahren vorausgesetzt wird. Die oben erwähnte BI gegen die MVA Zistersdorf musste jedenfalls nach einer relativ erfolgreichen Beteiligung im UVP-Verfahren der scheinweisen Erweiterung der MVA Zistersdorf und der Rücknahme von Auflagen via abfallrechtlicher (Anzeige-)Verfahren rechtlos zusehen. Die Verbrennungskapazität wurde beträchtlich erweitert, der Bahnanteil am Mülltransport gekürzt, sodass inzwischen nahezu das Dreifache des im Jahr 2000 erlaubten LKW-Verkehrs von der Zistersdorfer Bevölkerung hinzunehmen ist.<sup>22</sup>

## 6. Auswirkungen der BürgerInnenbeteiligung

Die BI haben von Anbeginn an die Partizipationsmöglichkeiten des UVP-G breit genutzt, auch wenn dies mit hohem zeitlichen und finanziellen Aufwand verbunden ist. Die UO versuchen ihre knappen Ressourcen gezielt einzusetzen. Eine Zusammenarbeit beider mit den (amtlichen) Umweltschutzvereinen in den einzelnen Verfahren ist angesichts des großen Projekt- und Prüfumfanges üblich. Das Ergebnis sind ökologisch verbesserte Projekte. Nur sehr wenige der Ansuchen werden als nicht umweltverträglich abgelehnt (zB das Gasdampfkraftwerk in Klagenfurt). Oft werden derartige Projekte modifiziert und neu beantragt (siehe zB Motorsportzentrum Spielberg/Stmk). Wenn Projekte dauerhaft scheitern, liegt es mE in erster Linie an einer ökonomischen Fehlkalkulation des Projekts und der Zurückziehung des Genehmigungsansuchens aus diesem Grunde. Bsp dafür sind das geplante Braunkohlekraftwerk (Umrüstung von ÖDK III) in Voitsberg/Stmk, die MVA in Heiligenkreuz/Bgld und die Tauerngasleitung in Sbg.<sup>23</sup>

## 7. Kritik aus dem Verkehrssektor und Ursachen

Warum wurde das UVP-G seitens der Wirtschaft, insb der Verkehrswirtschaft in letzter Zeit so scharf kritisiert? Das liegt nicht nur daran, dass das BVwG im Februar 2017 die Genehmigung der 3. Piste am Flughafen Wien aus Klimaschutzgründen in seiner ersten E verweigert hat.<sup>24</sup> Einer der tiefer liegenden Gründe: Für den Sektor Verkehrsanlagen hat das UVP-G 1993 einen Paradigmenwechsel eingeleitet, der seitens der ProjektwerberInnen nicht wirklich akzeptiert wurde. Das UVP-G 1993 brachte für die NachbarInnen

22 Gemeindemagazin der *Grünen Zistersdorf* 2017/1, bezirkgaenserdorf.gruene.at/themen/umwelt-klima/wozu-uvp-zur-situation-der-mva-in-zistersdorf/zistersdorf-2017-03-22-mva-zeitung-maerz-2017.pdf (16.1.2019).

23 Zu den erwähnten Verfahren s die Jahresberichte des *Grün-Alternativen Vereins zur Unterstützung von Bürgerinitiativen* auf buergerinitiativen.at (2.1.2019).

24 BVwG 2.2.2017, W109 2000179-1. Die Beschwerde war von der UO *AFLG Antifluglärmgesellschaft*, vielen BI wie zB der *BI gegen Fluglärm Wien West* oder der *Plattform gegen die 3. Piste* eingebracht worden. Das Verfahren ist derzeit – nach der aufhebenden E des VfGH v 29.6.2017, E 875/2017, E 886/2017, der abermaligen E des BVwG v 23.3.2018, W109 2000179-1 und der E des VfGH v 4.10.2018, E 1818/2018 – beim VwGH anhängig.

nen bzw BI von Verkehrsanlagen einen besonders großen Gewinn an Mitsprache und an Schutz vor Beeinträchtigungen. Das LuftfahrtG kannte (und kennt nach wie vor) keine – der GewO vergleichbare – Parteistellung von NachbarInnen im Genehmigungsverfahren für Flughäfen, ähnlich das EisenbahnG und das BundesstraßenG. Das UVP-G brachte NachbarInnen von Verkehrsanlagen den gleichen Immissionsschutz wie bei anderen Anlagen. Auch wenn diese Gleichbehandlung bei den Genehmigungskriterien schrittweise zurückgenommen wurde<sup>25</sup> und wieder branchenspezifische VO gelten, so bleibt aufgrund der Rsp ein Kern an Gesundheitsschutz bestehen.<sup>26</sup>

Zwei Momente kommen hinzu: Das Institut der „Bürgerpartei“ wurde bei Bahn- und Straßenprojekten wirkmächtiger, nachdem der VwGH 2003 entschieden hatte, dass die UVP aufgrund der RL in einem Bescheidverfahren und nicht bloß im Zuge der Trassenfestlegung im VO-Verfahren durchzuführen sei.<sup>27</sup> Der Gesetzgeber reagierte mit der UVP-G-Novelle 2004. Dies bedeutete eine bessere Prüftiefe und eine bessere Kontrolle der E des BMVIT (durch den VwGH).

Eine weitere Verbesserung erfolgte mit der Einführung der Verwaltungsgerichte 2014, da erst damit bei derartigen Straßen- und Bahnprojekten eine Rechtsmittelinstanz mit voller Kognitionsbefugnis geschaffen war. Im vollkonzentrierten UVP-Verfahren, in dem auch Flughäfen geprüft werden, wurde der (nebenberufliche) Umweltsenat durch das BVwG ersetzt. Volle Tatsachenkognition des Verwaltungsgerichts und Parteienghör bewirkten zB, dass den BI zum Westring Linz<sup>28</sup> die Ausgangsdaten für die Verkehrsprognose und die Rohdaten für die Luftschadstoffprognose, die die Grundlage der Immissionsberechnungen sind, erstmals herausgegeben und damit überprüfbar wurden.

## 8. Novelle 2018

Die UVP-G-Novelle 2018<sup>29</sup> verbindet unionsrechtlich vorgegebene Neuerungen zugunsten des Umweltschutzes mit schon im österr Regierungsprogramm 2017<sup>30</sup> angesagten Neuerungen zu Lasten des Umweltschutzes. So wird die Anerkennung von UO an eine Mitgliederzahl von mindestens 100 gebunden. Die Erfüllung dieses Erfordernisses ist alle drei Jahre nachzuweisen. Der Gesetzgeber versucht, die vorhin im Verkehrsbereich erwähnten rechtsstaatlichen Errungenschaften wieder abzuschaffen. So heißt es in § 6 Abs 2 leg cit: „Der Projektwerber/die Projektwerberin ist nicht verpflichtet, Eingangsdaten für Berechnungen, Beurteilungen oder Modelle vorzulegen, die für die Prüfung der Umweltverträglichkeitserklärung aus fachlicher Sicht nicht erforderlich sind.“ Den Um-

25 Mit den UVP-G-Novellen BGBl 1996/773, BGBl I 2006/149 u BGBl I 2012/77.

26 ZB VwGH 22.10.2012, 2010/03/0014; VwGH 28.11.2013, 2012/03/2013.

27 VwGH 21.10.2003, 2003/06/0078.

28 BVwG 21.8.2017, W143 2017269-2/297E.

29 BGBl I 2018/80.

30 Regierungsprogramm 2017–2022, bundeskanzleramt.gv.at/documents/131008/569203/Regierungsprogramm\_2017-2022.pdf/ (16.1.2019).

weltparteien werden „Standortanwälte“ entgegengesetzt, die die „öffentlichen Interessen an der Verwirklichung des Vorhabens“ vertreten sollen. Die Landes-Wirtschaftskammern sollen diese neue Funktion erfüllen.<sup>31</sup> Anders als die „Umweltvorschriften“, die die Umweltparteien geltend machen können, ist keineswegs klar, in welchen Vorschriften sich öffentliche Interessen an der Verwirklichung des Vorhabens manifestieren. Streng genommen wird den StandortanwältInnen oft die materiellrechtliche Basis fehlen. Das kann auch nicht durch die vorgesehene Weisungsbefugnis der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort gegenüber den StandortanwältInnen und das ebenfalls im Dezember 2018 beschlossene Standort-EntwicklungsG<sup>32</sup> wettgemacht werden. Schlagend werden jedenfalls die verfahrensbeschleunigenden Maßnahmen für „standortrelevante“ UVP-Projekte werden. Eine genaue Darstellung und Beurteilung dieses Gesetzes, das doch wesentlich vom breit kritisierten ME<sup>33</sup> abweicht, und der WKG-Novelle kann hier aus Platzgründen nicht unternommen werden.

## 9. Abschließend

Das UVP-Verfahren 2019 hat nur mehr sehr wenig mit dem UVP-Verfahren 1994 zu tun. Das Völker- und das Europarecht sowie die Jud haben bewirkt, dass UO und BI in allen UVP-Verfahren rechtswirksam mitwirken können. Seit der Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit können sie – bei allen Projektarten – ein Gericht zur Prüfung und allenfalls Korrektur anrufen. Die Anforderungen für diese rechtswirksame Mitwirkung wurden jedoch stetig hinaufgeschraubt. In Anbetracht der Verteilung der finanziellen und zeitlichen Ressourcen stehen sich mehr denn je David und Goliath gegenüber.

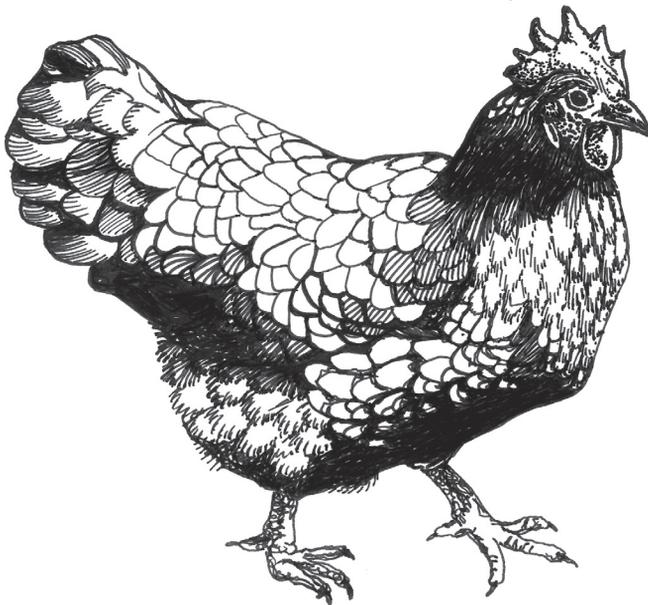
Dr.<sup>in</sup> Marlies Meyer war als Bedienstete der Parlamentsdirektion von Februar 1988 bis Oktober 2017 dem Grünen Parlamentsklub dienstzugehört und ist jetzt im Rechts-, Legislativ- und Wissenschaftlichen Dienst der Parlamentsdirektion tätig. Von September 1991 bis Jänner 2018 war sie Vorstandsmitglied bzw Geschäftsführerin des Grün-Alternativen Vereins zur Unterstützung von Bürgerinitiativen; marlies.meyer@aon.at

---

31 BGBl I 2018/108.

32 BGBl I 2018/110.

33 S Stellungnahmen zu 67/ME 26. GP.



# Vom Wert des Umweltrechts

**S**chwerpunkt dieser Nummer ist eine Thematik, die in Zeiten schwacher Konjunktur eher unpopulär erscheint. Der Eindruck entsteht, daß sie gerade ob ihrer enormen Tragweite mittlerweile unter das politische Tapet gekehrt worden ist, sich in Gemeinplätzen nach dem zu findenden Ausgleich von Ökonomie und Ökologie oder in Wehklagen verlorengegangenen nachhaltigen Wirtschaftens verflüchtigt hat. Die nach wie vor anhaltende Wirtschaftsflaute überdeckt noch immer die ökologische Sprengkraft, dessen Diskussion auch im JURIDIKUM bislang zu wenig Platz gefunden hat.

Seit etwa Mitte der siebziger Jahre wird versucht, mit allerlei Verboten, verschärften Auflagen wie strengeren Bewilligungsverfahren für Betriebsanlagen, der Aufnahme eigener Deliktsbestimmungen in das Strafgesetzbuch und allerlei Sondergesetzen, kurzum mit der gesamten Palette des bürgerlich rechtsstaatlichen Repertoires, der fortschreitenden Umweltzerstörung Einhalt zu gebieten. Sogar eine eigene Staatszielbestimmung, das „Bundesverfassungsgesetz über den umfassenden Umweltschutz“, ein für österreichische Verhältnisse unüblicher Weg, findet sich im unüberschaubaren

Flickwerk von Bestimmungen, die auf den Schutz der natürlichen Ressourcen ausgerichtet sein sollten.

Dennoch, die Bilanz ist negativ. Die Umweltverdrückung hält still an. Die vermeintlich kritische Öffentlichkeit meint, man/frau bräuchte die geltenden Gesetze bloß zu verbessern oder sorgsamer zu verwalten, könne das Grundgerüst behalten.



Eine Ursache für die Unvereinbarkeit des Rechtsstaates mit dem Allgemeinut „natürliche Lebensgrundlagen“ wohnt seinem eigenen Konzept inne. Es ist danach ausgerichtet, Individualrechte zu schützen. Sei es, daß im öffentlichen Recht Individualrechte zum Schutz des

Nr 3/94

JURIDIKUM

Wedl, Vom Wert des Umweltrechts, juridikum 3/1994, 5.

# Klimakrise vor Gericht

## Klagen als ultima ratio im Klimaschutz?

Judith Fitz

---

### 1. Einleitung

Ein Blick auf die Anfangszeiten des juridikum zeigt: Umweltrecht war schon vor 30 Jahren Thema. Von Umweltverträglichkeitsprüfungen (UVP) über Abfallrecht bis hin zur Umwelthaftung – all das war Gegenstand zahlreicher Beiträge und Diskussionen.<sup>1</sup> Das gegenwärtig brennendste Thema, der Klimaschutz, fand damals aber noch kaum Beachtung.

In den letzten Jahrzehnten entwickelte sich der Klimawandel nicht nur vom Zukunftsszenario zur Realität, er verschärfte sich vielmehr zu einer regelrechten Klimakrise. Kaum ein Tag vergeht, an dem uns keine Meldung über Extremwetterereignisse begegnet. Dies schlägt sich auch im Recht nieder: Die Zahl an Klimaschutzvorschriften nimmt stetig zu.<sup>2</sup> Es zeigt sich allerdings, dass sämtliche bisherigen Bemühungen völlig unzureichend sind. 2017 wurde ein globales Rekordhoch an Treibhausgasemissionen verzeichnet.<sup>3</sup> Das Erreichen des 2- bzw 1,5-Grad-Zieles – also die Absicht, den globalen Temperaturanstieg bis zum Ende des Jhd auf 1,5° bzw 2°C zu begrenzen – scheint in weiter Ferne. Werden die bis jetzt iRd Pariser Übereinkommens<sup>4</sup> vorgesehenen nationalen Beiträge nicht ausgeweitet, führt dies mit großer Wahrscheinlichkeit zu einem globalen Temperaturanstieg von über 3°C.<sup>5</sup> Immer mehr NGOs und Einzelpersonen versuchen daher, entsprechende Maßnahmen rechtlich durch sog Klimaklagen durchzusetzen. Ein Bericht von *UN Environment* zeigt, dass die Klimakrise immer häufiger vor Gericht thematisiert wird. Weltweit wurden bereits fast 900 solcher Klimaklagen angestrengt.<sup>6</sup>

---

1 S zB *Wedl*, Vom Wert des Umweltrechts, juridikum 3/1994, 5; *Meyer*, Umwelt, vertrag dich! juridikum 2/1993, 15; *Gagawczuk*, Abfallrecht: Gute Absichten propagiert, juridikum 4/1989, 14; *Hochreiter*, Welche Kriterien für die Verantwortung? juridikum 1/1990, 12.

2 Neben dem Übereinkommen von Paris (Fn 4) finden sich zB das österr Klimaschutzgesetz, BGBl I 2011/106 idF BGBl I 2017/58, oder die Emissionshandelsrichtlinie 2003/87/EG, ABl 2003 L 275, 32 idF RL (EU) 2018/410, ABl 2018 L 76, 3.

3 *UN Environment*, Emissions Gap Report (2018), 5.

4 Das Übereinkommen von Paris wurde am 12.12.2015 auf der UN-Klimakonferenz in Paris verabschiedet und trat am 4.11.2016 in Kraft; für den Originaltext s unfccc.int/meetings/paris\_nov\_2015/items/9445.php (10.12.2018).

5 *UN Environment*, Emissions Gap Report (2018), 21.

6 *UN Environment*, The Status of Climate Change Litigation: A Global Review (2017); s außerdem climatecasechart.com (10.12.2018).

Der folgende Beitrag beleuchtet das Phänomen Klimaklagen. Nach einer Einführung in das zugrundeliegende Konzept wird im zweiten Teil des Beitrags die Möglichkeit von Klimaklagen in Ö untersucht.

## 2. Das Konzept der Klimaklagen

Obwohl der Begriff Klimaklage sowohl medial als auch in der juristischen Lit immer häufiger verwendet wird, scheint er bislang eher diffus. Die Suche nach einer einheitlichen Definition führt ins Leere.<sup>7</sup> Für den medialen Bereich mag dies wenig überraschen, für juristische Fachtexte schon mehr. Der Ausdruck wird weder im nationalen noch im Unions- oder Völkerrecht erwähnt. Bei genauer Betrachtung lässt sich erkennen, dass der Lit unterschiedliche Begriffsverständnisse von Klimaklagen zugrunde liegen, die sich als ein enger bzw ein weiter Ansatz zusammenfassen lassen.

### 2.1. Enges Begriffsverständnis

Nach einem ersten Ansatz werden unter Klimaklagen all jene Anträge auf gerichtliche Entscheidungen verstanden, mit denen entweder ein Staat zu stärkeren Klimaschutzmaßnahmen verpflichtet werden soll, oder die darauf gerichtet sind, Unternehmen für ihr klimaschädigendes Verhalten zu belangen.<sup>8</sup>

Erstere stützen sich dabei meist auf grundrechtliche Schutzpflichten oder völkerrechtliche Verpflichtungen. Das wohl bekannteste Bsp für eine solche Klage ist jene der NGO *Urgenda* gegen die Niederlande, in Folge derer das Bezirksgericht Den Haag die niederl Reg zur Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen bis 2020 um 25% statt der vorgesehenen 16% gegenüber dem Vergleichsjahr 1990 verpflichtet hat.<sup>9</sup> Das niederl Rechtssystem sieht einen eigenen Rechtsbehelf zur Durchsetzung von Gemeinwohlbelangen durch Stiftungen, Vereinigungen und natürliche Personen vor.<sup>10</sup> *Urgenda* hatte diese Möglichkeit aufgegriffen und sich dabei auf verschiedene Rechtsgrundlagen, ua eine staatliche Fürsorgepflicht, eine Umweltschutzklausel in der niederl Verfassung, die EMRK sowie Umweltschutzbestimmungen im AEUV gestützt. Das Gericht gab der Klage statt und behauptete eine Verletzung der staatlichen Fürsorgepflicht durch den niederl Staat.

7 Vgl zB die divergierenden Ausführungen bei *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Rechtliche Grundlagen und Möglichkeiten für Klima-Klagen (2016) 4 und *Schnedl*, Die Rolle der Gerichte im Klimaschutz, in *Kirchengast/Schulev-Steindl/Schnedl* (Hrsg), Klimaschutzrecht zwischen Wunsch und Wirklichkeit (2018) 128 (153).

8 S zB die Einteilung bei *Schanda*, Klimawandel vor Gericht – Klimaklagen in Österreich? *ecolex* 2017, 87; *Schnedl* in *Kirchengast/Schulev-Steindl/Schnedl*; hier mit Verweis auf einen weiteren Typus von Klimaklagen, solchen von Staaten gegen Staaten auf Unterlassung oder Schadenersatz. Dieser fällt mE nicht unter das enge Begriffsverständnis, weshalb nicht weiter darauf eingegangen wird.

9 Ausführliche Informationen zum Verfahren: [urgenda.nl/en/themes/climate-case/](https://www.urgenda.nl/en/themes/climate-case/) (10.12.2018).

10 Grundlage dafür ist Art 3:305a Niederl Zivilgesetzbuch; *Saurer/Purnhagen*, Klimawandel vor Gericht – Der Rechtsstreit der Nichtregierungsorganisation „Urgenda“ gegen die Niederlande und seine Bedeutung für Deutschland, *ZUR* 2016, 16 (17).

Auch gegen die Klimapolitik des Unionsgesetzgebers wurde bereits eine Klage eingebracht.<sup>11</sup> Mehrere besonders vom Klimawandel betroffene Familien forderten, eine Reihe an Unionsrechtsakten zur Treibhausgasemissionsreduktion<sup>12</sup> für rechtswidrig bzw nichtig zu erklären. Darüber hinaus sollten der Rat und das Parlament dazu verpflichtet werden, Maßnahmen zu erlassen, die bis 2030 zu einer Treibhausgasemissionsreduktion um mindestens 50% bis 60% gegenüber 1990 führen würden. Begründend führten die Kläger\_innen aus, die bisherigen Rechtsakte verstießen gegen Völkergewohnheitsrecht und europäisches Primärrecht, konkret Art 191 AEUV sowie Art 2, 3, 15, 17, 20, 21 und 24 GRC. Weiters wurde vorgebracht, dass die festgelegten Reduktionsziele nicht ausreichen, um die Ziele des Pariser Übereinkommens einzuhalten und nicht der technischen und wirtschaftlichen Kapazität der Union zur Emissionsreduktion entsprechen. Gleiches gelte für die bisher gestatteten Emissionen. Dies habe bereits zu materiellen Schäden bei einigen der Kläger\_innen geführt, weitere Schäden seien zu erwarten. Die Klage wurde im August 2018 vom EuG angenommen und das weitere Verfahren eingeleitet.<sup>13</sup>

Mit Klagen gegen Unternehmen, der zweiten Art von Klimaklagen i.e.S., werden in den meisten Fällen zivilrechtliche Schadenersatz- oder Unterlassungsansprüche geltend gemacht. Auch Beseitigungsansprüche kommen in Frage, wie bspw in einem aus Deutschland bekannten Fall: Ein peruanischer Bauer klagt den dt Energiekonzern RWE,<sup>14</sup> der einer der größten CO<sub>2</sub>-Emittenten Europas ist und für 0,47% der globalen historischen CO<sub>2</sub>-Emissionen verantwortlich zeichnet.<sup>15</sup> Das Unternehmen solle anteilig die Kosten für Schutzmaßnahmen gegen eine Sturzflut übernehmen, von der die Stadt Huaraz infolge schmelzender Gletscher in den Anden unmittelbar bedroht ist.<sup>16</sup> Zwar wurde die Klage in erster Instanz abgewiesen,<sup>17</sup> jedoch erachtete das in zweiter Instanz zuständige OLG Hamm die Klage für zulässig und trat im November 2017 in die Beweisaufnahme ein.<sup>18</sup> Der Ausgang des Verfahrens ist noch offen, doch schon das bis jetzt Erreichte wird als Erfolg gewertet, scheint es das Gericht doch prinzipiell für möglich zu halten, dass ein privates Unternehmen für seinen Anteil an der Verursachung klimabedingter Schäden verantwortlich ist.<sup>19</sup>

---

11 Für eine Zusammenfassung der Klage in der Rs *Carvalho ua/Parlament und Rat*, T-330/18, s ABl 2018 C 285, 34.

12 RL (EU) 2018/410, ABl 2018 L 76, 3; VO (EU) 2018/842, ABl 2018 L 156, 26; VO (EU) 2018/841, ABl 2018 L 156, 1.

13 Für Informationen über den Verfahrensablauf sowie die Gerichtsdokumente s [peoplesclimatecase.caneurope.org](http://peoplesclimatecase.caneurope.org) (10.12.2018).

14 Ausführlich dazu *Kling*, Die Klimaklage gegen RWE – Die Geltendmachung von Klimafolgeschäden auf dem Privatrechtsweg, KJ 2018, 213.

15 *Heede*, Carbon Majors: Accounting for carbon and methane emissions 1854-2010 – Methods and Results Report (2014) 27.

16 *Heggin/Huggel*, An Integrated Assessment of Vulnerability to Glacial Hazards. Mountain Research and Development, International Mountain Society (2008) 304.

17 LG Essen 15.12.2016, 2 O 285/15.

18 OLG Hamm 30.11.2017, I-5 U 15/17.

19 S dazu die Pressemitteilung der Umweltorganisation *Germanwatch*, [germanwatch.org/de/14794](http://germanwatch.org/de/14794) (10.12.2018).

## 2.2. Weites Begriffsverständnis

Nach einem zweiten, wesentlich weiteren Ansatz sind – vereinfacht gesagt – all jene Rechtshandlungen in behördlichen oder gerichtlichen Verfahren als Klimaklagen zu bezeichnen, die zum Klimaschutz bzw zur Anpassung an den Klimawandel beitragen sollen.<sup>20</sup> Neben den bereits vom ersten Ansatz erfassten Anträgen kommen damit bspw Interventionen in Rechtsstreitigkeiten über die Anwendung von Klimaschutz- und Klimaanpassungsvorschriften hinzu; außerdem solche, mit denen gesetzgeberische Lücken geschlossen oder Zugang zu klimarelevanten Informationen geschaffen werden sollen. Bsp hierfür sind das UVP-Verfahren zur dritten Piste des Flughafens Wien-Schwechat<sup>21</sup> oder Asylanträge von Menschen, die aufgrund klimatischer Veränderungen gezwungen sind, ihre Herkunftsländer zu verlassen.<sup>22</sup>

Augenscheinlich ist bei diesem Ansatz die Unschärfe des Begriffs Klimaklage, wird doch gerade nicht (ausschließlich) auf den verfahrenseinleitenden Antrag – die Klage – abgestellt, sondern auf die allen Rechtshandlungen gemeinsame Zielsetzung des Klimaschutzes bzw der Anpassung an den Klimawandel. Um diese Unschärfe zu umgehen, wird tw auch schlicht von „Gerichtsverfahren zum Klimawandel“ gesprochen.<sup>23</sup>

Diese Unschärfe mag als Argument gegen ein weites Begriffsverständnis eingewendet werden. Doch auch der engere Ansatz beschreibt nicht eine einzige Antragsart oder eine bestimmte Rechtshandlung. Insofern lässt sich aus diesem Ansatz ebenso wenig eine präzise Begriffsdefinition gewinnen. Gleichzeitig schließt er aber eine Vielzahl an klimabezogenen Rechtsstreitigkeiten aus. Ein breiter Sammelbegriff bietet die Möglichkeit, eine Vielzahl an rechtlichen Interventionen unterschiedlichster Art zusammenzufassen und ein neues Phänomen – den Versuch, Klimaschutz rechtlich zu erzwingen – zu beschreiben. Aus diesem Grund ist der weiteren Begriffsbestimmung der Vorzug zu geben. Sie wird im Folgenden verwendet.

## 3. Österreich

Auf der Grundlage eines weiten Begriffsverständnisses ergeben sich in der österr Rechtsordnung zahlreiche Möglichkeiten für Klimaklagen iwS: Informationsansuchen nach den Umweltinformationsgesetzen, Vorbringen in wasserrechtlichen Verfahren, Vorbrin-

20 Explizit findet sich eine solche Definition nicht. Es ergibt sich daraus, dass Autor\_innen unter Verwendung des Begriffs Klimaklagen bspw auf die Studie von *UN Environment* (FN 6) oder verschiedenste Verfahren verweisen, die nicht unter das engere Begriffsverständnis von Klimaklagen fallen; zB *Will*, Klimawandel – (auch) juristisch keine Blackbox, *NVwZ* 2018, 960 (960); *Stäsche*, Entwicklungen des Klimaschutzrechts und der Klimaschutzpolitik 2017/18, *EnWZ* 2018, 306 (310).

21 S dazu die *EBVwG* 2.2.2017, W109 2000179-1/291E; VfGH 29.6.2017, E 887/2017, E 886/2017; *BVwG* 23.3.2018, W109 2000179-1/350E.

22 ZB *BVwG* 15.9.2017, W159 2161606-1/6E; *Ioane Teitiota v. The Chief of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, [2015] NZSC 107.

23 ZB in der genannten Studie von *UN Environment* (Fn 6). Auch im Englischen wird mehrheitlich der Ausdruck „climate change litigation“ verwendet.

gen in Asylverfahren, Klagen nach dem ABGB etc. Im Folgenden sollen beispielhaft zwei dieser Möglichkeiten erörtert werden: Einwendungen im UVP-Verfahren sowie die Geltendmachung von Grundrechtsverletzungen aufgrund mangelnder Klimaschutzmaßnahmen durch den Gesetzgeber.

### 3.1. Klimarelevante Vorbringen in UVP-Verfahren

Infolge der E des VfGH zur dritten Piste scheint der Eindruck entstanden zu sein, Klimaschutz wäre in UVP-Verfahren nicht relevant.<sup>24</sup> Diese Annahme ist allerdings falsch. Schon die erste UVP-RL aus dem Jahr 1985 führte das Klima unter den zu berücksichtigenden Umweltmedien an.<sup>25</sup> Mit der aktuellsten Novelle wurden die Vorgaben zur Berücksichtigung von Klima und Klimawandel erweitert.<sup>26</sup> In den Erwägungsgründen heißt es, dass mit weiteren klimawandelbedingten Umweltschäden zu rechnen sei und daher die Auswirkungen von Projekten auf das Klima bewertet werden müssten. Dementsprechend müssen bei einer Einzelfallprüfung nun auch klimawandelbedingte Risiken von Projekten berücksichtigt werden.<sup>27</sup> Weiters hat der zu erstellende UVP-Bericht ua eine Beschreibung der möglichen Auswirkungen eines Projekts auf das Klima und eine Beschreibung seiner Anfälligkeit auf Klimawandelfolgen zu enthalten.<sup>28</sup> Gem Art 8 der RL sind diese Angaben beim Genehmigungsverfahren gebührend zu berücksichtigen. Schon im Jahr 2013 veröffentlichte die Kommission einen Leitfaden mit Angaben darüber, wie der Klimawandel in der UVP zu berücksichtigen ist.<sup>29</sup> Ferner hat der EuGH wiederholt festgehalten, dass die UVP-RL einen ausgedehnten Anwendungsbereich und einen sehr weitreichenden Zweck hat.<sup>30</sup> Unionsrechtlich ist es daher zweifelsohne geboten, die Auswirkungen eines Projekts auf den Klimawandel in die UVP einzubeziehen. Die praktische Wirksamkeit der RL-Bestimmungen muss dabei garantiert werden.<sup>31</sup>

Auch das österr UVP-G 2000<sup>32</sup> spiegelt diese Vorgaben wider und führt das Klima schon seit der Stammfassung als zu schützendes Medium an.<sup>33</sup> Weiters muss die zu erstellende Umweltverträglichkeitserklärung gem § 6 Abs 1 Z 1 lit e UVP-G 2000 ein Klima- und

---

24 Krit zur E des VfGH zB *Merli*, Ein seltsamer Fall von Willkür: Die VfGH-Entscheidung zur dritten Piste des Flughafens Wien, *WBl* 2017, 682; *Madner/Schulev-Steindl*, Dritte Piste – Klimaschutz als Willkür? Anmerkungen zu VfGH 29.06.2017, E 875/2017, E 886/2017, *ZÖR* 2017, 589.

25 RL 85/337/EWG, *ABl* 1985 L 175, 40.

26 RL 2014/52/EU, *ABl* 2014 L 124, 1.

27 Art 4 Abs 3 iVm Anhang III Z 1 lit f RL 2014/52/EU.

28 Art 5 Abs 1 iVm Anhang IV Z 5 lit f RL 2014/52/EU.

29 *Europäische Kommission*, Guidance on Integrating Climate Change and Biodiversity into Environmental Impact Assessment (2013), [www.ec.europa.eu/environment/eia/pdf/EIA%20Guidance.pdf](http://www.ec.europa.eu/environment/eia/pdf/EIA%20Guidance.pdf) (10.12.2018).

30 ZB EuGH 24.10.1996, C-72/95, *Kraaijeveld ua*, *ECLI:EU:C:1996:404*, Rz 31; EuGH 28.2.2008, C-2/07, *Abraham ua*, *ECLI:EU:C:2008:133*, Rz 32.

31 ZB EuGH 16.9.2004, C-227/01, *Kommission/Spanien*, *ECLI:EU:C:2004:528*, Rz 53; EuGH 15.10.2015, C-137/14, *Kommission/Deutschland*, *ECLI:EU:C:2015:683*, Rz 48.

32 *BGBI* 1993/697 idF *BGBI* I 2018/80.

33 § 1 Abs 1 Z 1 lit b UVP-G 2000.

Energiekonzept enthalten (inkl Angaben über Treibhausgase und Klimaschutzmaßnahmen). Mit der aktuellsten Novelle<sup>34</sup> wurden die bereits genannten Vorgaben der RL umgesetzt, allerdings erst eineinhalb Jahre nach Ablauf der Umsetzungsfrist und nach Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens.<sup>35</sup>

Die für eine Genehmigung eines Vorhabens maßgeblichen Voraussetzungen des § 17 UVP-G 2000<sup>36</sup> verweisen zunächst auf die Materiengesetze. Soweit ersichtlich, enthalten die in UVP-Verfahren regelmäßig anzuwendenden Materiengesetze keine Genehmigungskriterien, die eine Abweisung wegen mangelnder Klimaverträglichkeit ermöglichen würden. Eine Interpretation, wonach Klimaschutz als öffentliches Interesse anzusehen ist, auch wenn dies nicht explizit normiert ist, hat der VfGH im bereits erwähnten Erkenntnis verworfen. Auch in allfälligen Interessenabwägungen ist der Klimawandel also nicht zu berücksichtigen.<sup>37</sup>

Neben den Materiengesetzen haben UVP-Behörden die in § 17 Abs 2 leg cit angeführten Kriterien zu beachten. Auch diese enthalten keine expliziten Verweise auf das Klima oder den Klimaschutz, jedoch sind erhebliche Belastungen der Umwelt durch nachhaltige Einwirkungen zu vermeiden (Z 2 lit b). In der Lit werden dazu etwa starke Klimaveränderungen als Bsp angeführt.<sup>38</sup> In der Praxis scheint diese Abweisungsmöglichkeit bis jetzt allerdings keine Rolle gespielt zu haben.

Gleiches gilt für die Abweisungsmöglichkeit nach § 17 Abs 5 leg cit. Sind von einem Vorhaben – trotz Vorliegen aller sonstigen Genehmigungsvoraussetzungen nach den Materiengesetzen – mit großer Wahrscheinlichkeit schwerwiegende Umweltbelastungen zu erwarten, hat die Behörde den Antrag abzuweisen. Der Maßstab ist hier äußerst hoch angesetzt, sodass auch diese Bestimmung keine praktische Bedeutung erlangt hat.<sup>39</sup> In Hinblick auf den Klimaschutz judizierte der VwGH (damals noch auf Grundlage der alten UVP-RL 85/337/EWG), dass bei der Prüfung des § 17 Abs 5 UVP-G 2000 nur Umweltauswirkungen auf ein konkret abgrenzbares betroffenes Gebiet zu beachten sind, dh auf das Mikroklima, nicht auf das Makroklima.<sup>40</sup>

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nach der österr Gesetzeslage Auswirkungen auf den Klimawandel im Rahmen der UVP prinzipiell zu berücksichtigen sind und entsprechende Nebenbestimmungen in einem Genehmigungsbescheid, zB Auflagen zur Emissionsreduktion, angeordnet werden können. Klimaklagen iSv klimarelevanten Einwendungen können im Laufe eines UVP-Verfahrens also zB von Umweltorganisatio-

34 BGBl I 2018/80.

35 Vertragsverletzungsverfahren Nr 2017/0281, 151612/EU XXV.GP.

36 Bzw § 24f für Bundesstraßen und Hochleistungsstrecken.

37 In der Praxis wird die Einsparung von CO<sub>2</sub> regelmäßig als Argument für Projekte zur Förderung erneuerbarer Energien berücksichtigt, dies gerade auch bei Projekten in biologisch hoch sensiblen Regionen; vgl statt vieler den Genehmigungsbescheid des Kraftwerks Schwarze Sulm, FA13A-32.99 M 27-07/88.

38 Baumgartner/Petek, UVP-G 2000 Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz Kurzkomentar (2010) § 17, 173; Schmelz/Schwarzer, Kommentar zum Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000 (2011) § 17 Rz 134.

39 Schmelz/Schwarzer, Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz § 17 Rz 193.

40 VwGH 24.8.2011, 2010/06/0002.

nen oder Bürger\_inneninitiativen vorgebracht werden.<sup>41</sup> Allerdings scheint der Maßstab für eine Abweisung eines Genehmigungsantrags mangels Klimaverträglichkeit so hoch zu liegen, dass es in der Praxis noch nie dazu gekommen ist. Ob dies den Zielen der UVP-RL (insb idgF) entspricht, ist mE zu bezweifeln. Nicht mit dem Unionsrecht vereinbar scheint jedenfalls die (ältere) Jud des VwGH, wonach lediglich Auswirkungen auf das Mikro- und nicht auch auf das Makroklima zu beachten seien. Ob die aktuellsten Gesetzesänderungen in der Praxis dazu führen werden, dass bestimmte Projekte mangels Klimaverträglichkeit abgewiesen werden, wird sich erst zeigen.

### 3.2. Klimaschutz als Grundrechtsschutz?

Zuletzt soll untersucht werden, ob sich in Ö eine gesetzgeberische Verpflichtung zu effektiven Klimaschutzmaßnahmen aus bestimmten Grund- und Menschenrechten ableiten lässt. Hier stellt sich einerseits die Frage, ob noch nicht bestehende Regelungen eingefordert werden können; andererseits, ob eine etwaige Verfassungswidrigkeit existierender Maßnahmen bekämpft werden kann.

Zwar kennt der österr Grundrechtekatalog kein Recht auf Umweltschutz oder auf eine intakte Umwelt,<sup>42</sup> doch können sich aus best Grundrechten Schutzpflichten hinsichtlich negativer Umwelteinflüsse ergeben.<sup>43</sup> Zu denken ist hier va an Art 2, 3 und 8 EMRK. Diesbezüglich ist auf die umweltbezogene Jud des EGMR zu verweisen.<sup>44</sup> Der Gerichtshof bejahte bspw eine Verletzung von Art 8 EMRK, weil es staatliche Behörden unterlassen hatten, betroffene Nachbar\_innen ausreichend vor den Emissionen einer Abfallbehandlungsanlage zu schützen.<sup>45</sup> In jenen Fällen, in denen der EGMR eine Rechtsverletzung aufgrund negativer Umwelteinflüsse erkannt hatte, waren die Beschwerdeführer\_innen konkret und unmittelbar von diesen betroffen. Beschwerden, in denen Rechtsverletzungen wegen allgemeiner, nicht unmittelbar drohender Umweltgefahren behauptet wurden, wies der Gerichtshof hingegen zurück oder ab.<sup>46</sup> So zB in einem Fall aus der Schweiz, in dem die von Atomkraftwerken generell ausgehenden Gefahren vorgebracht

41 Zur Parteistellung im UVP-Verfahren s § 19 UVP-G 2000; ausführlich dazu zB *Kager*, Neues zur Parteistellung in der UVP – Teil 1, ZVG 2016, 110; *Kager*, Neues zur Parteistellung in der UVP – Teil 2, ZVG 2016, 214.

42 Zur Frage nach einem Recht auf Umweltschutz in der EMRK s bereits *Ennöckl/Painz*, Gewährt die EMRK ein Recht auf Umweltschutz? *juridikum* 4/2004, 163.

43 Auch das Unionsrecht kennt kein subjektives Recht auf Umweltschutz. Bei Art 37 GRC („Umweltschutz“) handelt es sich um ein objektiv-rechtliches Prinzip bzw eine staatszielartige Bestimmung; vgl *Kahl* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV<sup>3</sup> (2018) Art 191 AEUV Rz 27; *Calliess* in *Calliess/Ruffert*, EUV, AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar<sup>5</sup> (2016) Art 37 GRC Rz 4.

44 Für einen Überblick darüber s [echr.coe.int/Documents/FS\\_Environment\\_ENG.pdf](http://echr.coe.int/Documents/FS_Environment_ENG.pdf) (10.12.2018); s außerdem *Wanke-Jellinek*, Umweltbezogene Rechtsprechung des EGMR – Wesentliches aus zehn Jahren, in *Ennöckl/Niederhuber* (Hrsg), Umweltrecht. Jahrbuch 17 (2017) 281.

45 EGMR 9.12.1994, 16798/90, *López Ostra/Spain*; hins Art 2 und 13 EMRK sowie Art 1 1. ZP EMRK s EGMR 30.11.2004, 48939/99, *Öneryıldız/Turkey*.

46 Vgl dazu die Übersicht über die umweltbezogene Jud des EGMR, FN 44. Die diesbezügliche Rsp des EGMR ist sehr kasuistisch.

wurden. Laut EGMR sei der Umgang mit Atomkraft eine politische Entscheidung, die die Vertragsstaaten selbst zu treffen hätten.<sup>47</sup>

Zwar äußerte sich der EGMR noch nicht zu Fragen in Bezug auf den Klimawandel, doch ist in Anbetracht seiner bisherigen Jud davon auszugehen, dass er eine Rechtsverletzung nur dann bejahen würde, wenn die Beschwerdeführer\_innen konkret und unmittelbar durch Klimawandelfolgeschäden bedroht oder bereits verletzt wären. Könnte dies nachgewiesen werden, scheint es nicht ausgeschlossen, dass der Gerichtshof dem folgen würde. Selbst wenn sich aus einzelnen Grundrechten Schutzpflichten hinsichtlich klimawandelbedingter Schäden ableiten lassen, ergibt sich aus österr Perspektive jedoch das Problem, dass eine Untätigkeit des Gesetzgebers gerichtlich nicht bekämpft werden kann.<sup>48</sup> Dies gilt auch für die aus Grundrechten abgeleiteten Schutzpflichten.<sup>49</sup> Es wäre allerdings zu überlegen, ob bestehende Klimaschutzvorschriften als verfassungswidrig betrachtet werden können, weil sie in Hinblick auf grundrechtliche Schutzpflichten unzureichend sind; so zB die jährlichen Höchstmengen von Treibhausgasemissionen in Anh 2 des Klimaschutzgesetzes. Reichen die darin festgelegten Reduktionen nicht aus, um den iRd Pariser Übereinkommens für Ö vorgesehenen Beitrag einzuhalten, würde sich das Risiko schwerer Umweltkatastrophen zusätzlich erhöhen. Damit drohten nach der dargelegten Argumentation auch Grundrechtsverletzungen. Um die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes geltend zu machen, können Einzelne unter bestimmten Bedingungen einen Individualantrag nach Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-VG stellen. Voraussetzung für die Antragslegitimation ist das Vorliegen eines unmittelbaren, dh eindeutig bestimmten und aktuellen Grundrechtseingriffs.<sup>50</sup> Der VfGH legt diese Voraussetzungen sehr strikt aus, sodass eine Klimaklage zur Einforderung effektiven Klimaschutzes wegen möglicher Grundrechtsverletzungen derzeit wohl nicht zugelassen werden würde. Es bleibt allerdings abzuwarten, wie sich die höchstgerichtliche Rsp weiterentwickeln und auf die zu erwartenden Umweltkatastrophen reagieren wird.

#### 4. Fazit

Die Klimakrise spitzt sich zu. Gleichzeitig mehren sich die Versuche, rechtlich dagegen anzukämpfen. Trotz einzelner Erfolge sind Klimaklagen allein aber insb für jene, die am meisten von der Klimakrise betroffen sind, völlig unzureichend. Noch dazu sind gericht-

47 EGMR 6.4.2000, 27644/95, *Athanassoglou and Others/Switzerland*. Auch im Fall einer Beschwerde wegen Dieselabgasen verwies der Gerichtshof auf den Ermessensspielraum der Vertragsstaaten, EGMR 12.5.2009, 18215/06, *Greenpeace e. V./Germany*.

48 *Robregger in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht I/4, Art 140 Rz 14. In anderen Ländern ist dies hingegen möglich, so wurde zB in D eine Verfassungsbeschwerde wegen Grundrechtsverletzungen durch unzulängliche Klimaschutzmaßnahmen eingereicht; *Döschner*, Kann Karlsruhe das Klima retten? tagesschau online v 23.11.2018, tagesschau.de/inland/klage-klimaschutz-101.html (10.12.2018).

49 *Berka*, Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium<sup>7</sup> (2018) Rz 1077.

50 *Öblinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>11</sup> (2016) Rz 1019.

liche Verfahren meist aufwendig und verlangen entsprechende Kenntnisse und Ressourcen. Nichtsdestotrotz haben Klimaklagen mehr als nur symbolische Wirkung. Sie mobilisieren, generieren Aufmerksamkeit und können Druck auf Entscheidungsträger\_innen erzeugen.

Der Blick auf Ö bringt va ein bestehendes Rechtsschutzdefizit zutage. Zwar können in verschiedensten Verfahren Rechtshandlungen zum Zweck des Klimaschutzes gesetzt werden, die Geltendmachung von Grundrechtsverletzungen wegen genereller Defizite bei der Klimaschutzgesetzgebung scheint – zumindest auf den ersten Blick – aber schwierig. Gerade in Hinblick auf die immer drängendere Notwendigkeit von Klimaschutzmaßnahmen und die bislang wenig ambitionierte Klimapolitik von Ö erweist sich dies als äußerst problematisch. Allerdings gab es bislang noch keine konkreten Versuche, eine solche Klimaklage anzustrengen. Wie der VfGH tatsächlich darauf reagieren würde, ist heute noch nicht vorherzusehen.

Mag.<sup>a</sup> Judith Fitz ist Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht und Mitarbeiterin der Forschungsstelle Umweltrecht der Universität Wien; [judith.fitz@univie.ac.at](mailto:judith.fitz@univie.ac.at)

## Recht &amp; Gesellschaft

## DIE AUSWIRKUNGEN DER KONKURSORDNUNGSNOVELLE

# Herbert ist blank

**Alexander Anton Maly**

**„Eine schöne Bescherung, so kurz nach Weihnachten“, meinte der Leiter der Rechtsabteilung der Bank Austria AG, Dr. Pfaffel. Ursache seiner Unmutsäußerung war der Beschluß des Nationalrates vom 30.12.1993 zur Konkursordnungs-novelle. Gemeint ist damit der mit 1.1.1995 in Kraft tretende „Privatkonkurs“, wie er im Volksmund genannt wird.**

Damit hat allerdings Österreich schneller auf das Problem der gestiegenen Privatverschuldung reagiert, als das benachbarte Deutschland, wo noch Glaubenskriege zwischen Banken, Konsumentenschützern und Gesetzgeber ausgetragen werden, wer denn nun den sinnvollsten Entwurf zu einem ähnlichen Gesetzesvorhaben hat.

Zunächst: Der Hauptzweck ist schon jetzt, also vor dem Inkrafttreten, weitgehend erreicht.

## „Unser Schuldbuch ...

Die größte Gläubigergruppe, die Banken, hat, aus Angst vor übergroßen Ausfällen, eine verschärfte Bonitätsprüfung bei Krediten eingeführt. Das heißt, weitaus mehr, als bisher, wird das Einkommen genau überprüft, werden bereits vorhandene Schulden berücksichtigt und in Einzelfällen werden sogar Haushaltspläne durchgerechnet, wo gemeinsam mit dem Kunden überprüft wird, ob er sich den Kredit im Zusammenhang mit seinen individuellen Fixkosten leisten kann.

Natürlich führt das zu einem Einbruch der Kredite bei den schlecht Verdienenden. Doch das ist auch die Personengruppe, die durch Schulden am meisten in der Existenz gefährdet ist. Daß dies jedoch eine negative

Auswirkung auf die Volkswirtschaft im allgemeinen haben soll, wie dies von Banken behauptet wird, muß sehr bezweifelt werden. Denn Leute, die wenig verdienen und hohe Schulden haben, können diese nur zahlen, wenn sie beim privaten Konsum sparen. Und der ist, da sind sich alle Wirtschaftstheoretiker einig, einer der wichtigsten Konjunkturmotoren.

Mit der Einführung des Gesetzes wird zwangsläufig auf einem anderen Gebiet Handlungsbedarf entstehen:

„Gläubigerschutz“, wie er derzeit betrieben wird, ist sicher nicht ausreichend. Immerhin steigt das Bedürfnis der Gläubiger nach umfassender Information über die Verschuldenslage der Kunden. Derzeit kann sich ein Gläubiger nur selbst ein Bild vom Kunden machen. Reicht ihm das nicht aus, so kann er sich dabei maximal der Hilfe einer der beiden „bevorrechteten Gläubigerschutzverbände“ („Alpenländischer Kreditorenverband“ oder „Kreditschutzverband von 1870“) bedienen. Abgesehen von den Animositäten, die schon traditionellerweise zwischen diesen beiden Verbänden bestehen, ist deren Schwachstelle, daß ihre Daten nur soviel wert sind, als die (freiwilligen) Mitglieder auch (freiwillige) Meldungen und Abfragen tätigen.

## „... sei vernichtet, ...

Für Konsumenten ist es außerdem im höchsten Maß unbefriedigend, daß sie nicht wirklich wissen, nach welchen Regeln diese Verbände Daten über sie sammeln, wie sie sich gegen falsch eingegebene Daten wehren können und vor allem wie sie, einmal abgespeichert, auch wieder gelöscht werden.

Noch sind die Standpunkte bei den Verhandlungen zu einer gesetzlich geregelten „Kleinkreditevidenz“ verhärtet. Da stellen sich einerseits Datenschützer als Hüter der reinen Lehre dar. Sie wollen nicht zur Kenntnis nehmen, daß ohnehin – unkontrolliert – Daten gesammelt werden. Andererseits versuchen Gläubiger, vor allem aber Banken, mittels „Persilschein“ des Kunden, den er bei einem Kreditantrag unterschreiben muß, ungebremsen und möglichst unbefristeten Zugriff auf alle seine Daten zu erhalten. Trotzdem ist zu hoffen, daß, nach der 12. Version zum Entwurf einer Kleinkreditevidenz, der Durchbruch gelingen wird.

Eine andere Auswirkung der Konkursordnungs-novelle wird in der öffentlichen Meinung überschätzt: Zwar ist es richtig, daß sich die Stellung eines Bürgen immer mehr der eines Solidarschuldners annähert. So wird in Zukunft der Bürge, sollte der Hauptkreditnehmer in den „Privatkonkurs“ gehen, nicht gleichzeitig mit entschuldet. Aber erstens sind in der Realität die Banken schon längst dazu übergegangen, nur noch Solidarschuldner unter Vertrag zu nehmen und zweitens stehen dem beschränkt zahlungsfähigen Bürgen die gleichen Möglichkeiten zur Entschuldung offen.

## ... ausgesöhnt die ganze Welt.“ (Goethe)

Wieviele Österreicherinnen und Österreicher den „Privatkonkurs“ in Anspruch nehmen werden, ist eine Frage, die viele interessiert, die aber in Wahrheit noch niemand beantworten kann.

Sicherlich gibt es einen Rückstand aufzuarbeiten. Die „goldenen 80er Jahre“, in denen die Verschuldung der Einkommensschwachen kräftig angeheizt wurde, werden noch ihre Schatten über zwei, drei Jahre werfen. Dann aber wird sich die Zahl der gerichtlichen Schuldenerregulierungsverfahren in Österreich auf maximal Tausend pro Jahr eindampfen – mit fallender Tendenz, da die Gläubiger sicher professioneller bei der Kreditvergabe werden und außergerichtlichen Lösungen eher den Vorzug geben werden.

Nicht alle Probleme werden mit der KO-Novelle 1993 gelöst. Weitgehend unbeindruckt werden zunächst kleine, rabiate Gläubigergruppen, die sich an einen finanzschwachen Kundenkreis orientieren, bleiben. Darunter zählt der Teil des Versandhandels, der seine Waren auf Teilzahlung anbietet, aber auch die klassischen „Türgeschäftsfirmen“ (Zeitschriftenkeller, Haushaltsgerätevertreter,...). Hier wird ein neuer Lernprozeß stattfinden: Die großen Gläubiger werden zunächst erfahren, daß es wegen der kleinen, rabiaten Gläubiger bei manchen Kunden zum „Privatkonkurs“ kommt. Nimmt das bestimmte Ausmaße an, kann sicher damit gerechnet werden, daß die großen Gläubiger (meist Banken) einmal ein Wörtchen mit den „Rabiaten“ reden und – im günstigsten Fall – Einfluß auf deren Geschäftspolitik nehmen. Bleibt insgesamt also zu hoffen, daß der ungeheure Intelligenzapparat der Gläubigerwirtschaft nun auch dafür eingesetzt wird, daß die Gläubiger sich (und damit ihre Kunden) vor finanziellem Schaden schützen.

Und nicht, um noch subtilere Werbelinien zu entwickeln, damit einer Dinge kauft, die er nicht braucht, mit Geld, das er nicht hat.

Alexander Anton Maly ist Dipl. Sozialarbeiter und Schuldnerberater bei der Schuldnerberatung der Stadt Wien.

Maly, Herbert ist blank. Die Auswirkungen der Konkursnovelle, juristikum 3/1994, 12.

# Der neue Privatkonkurs funktioniert... ... jetzt aber noch die Exekutionsordnung reformieren!

23 Jahre persönliche Praxiserfahrungen eines Schuldnerberaters

Alexander Maly

---

## 1. Einleitung

Vor rund 25 Jahren wurde die Konkursordnungsnovelle 1993<sup>1</sup> (Ko-Nov) verabschiedet. Am 1.1.1995 traten die „Sonderbestimmungen für natürliche Personen“ in Kraft, der „Privatkonkurs“ war geboren. Ich berichtete damals im *juridikum* in Heft 3/1994<sup>2</sup> über die Erwartungen an die damalige Novelle. Aus diesem Grund erscheint es durchaus spannend, nachzusehen, ob und wie sich diese erfüllt haben.

Zunächst war da die mehrfach in Zeitungen kolportierte Befürchtung des damaligen Generaldirektors der „Zentralsparkasse“, *René Alfons Haiden*, dass der Privatkonkurs eine „kalte Enteignung“ und ein „legalisierter Betrug an den Geldinstituten“ wäre und die Kreditvergabe an Private zum Erliegen kommen werde.<sup>3</sup> Tatsächlich war im Vorfeld der Gesetzeswerdung eine gewisse Zurückhaltung der Banken spürbar. Diese Zurückhaltung währte nicht lange. Als nach einem Jahr nur 782<sup>4</sup> Privatkonkurse in ganz Ö verzeichnet wurden, wurde schnell wieder auf „business as usual“ geschaltet. Die Zahl der Privatkonkurse stieg die nächsten Jahre an und pendelte sich schon bald bei rund 9.000<sup>5</sup> jährlich ein. Was sehr wohl kontinuierlich anstieg, war die Zahl derjenigen, die Rat bei den Schuldner\_innenberatungen suchten. Schuldner\_innenberatungen gab es ab 1988 als Antwort auf die gestiegene Verschuldung der Privathaushalte.<sup>6</sup>

## 2. Schwächen des neuen Privatkonkurses

Eine Schwäche des neuen Privatkonkurses trat recht bald zutage: Die Konkurszahlen stiegen nicht im selben Verhältnis zur voranschreitenden Überschuldung, was sich aus

---

1 BGBl 3/1994.

2 Vgl *Maly*, Herbert ist blank. Auswirkungen der Konkursordnungsnovelle, *juridikum* 3/1994, 12.

3 Vgl *Klasmann*, *trend* 9/92, 72-73.

4 Vgl [ksv.at/media/712/download?code=LPHER-Standard](http://ksv.at/media/712/download?code=LPHER-Standard) (16.1.19).

5 Regelmäßige Aussendungen der Gläubigerschutzverbände KSV von 1870, AKV, Creditreform, zB [ksv.at/presse/insolvenzentwicklung](http://ksv.at/presse/insolvenzentwicklung) (16.1.19).

6 Vgl [schuldnerberatung-wien.at/ueber\\_uns/](http://schuldnerberatung-wien.at/ueber_uns/); [schuldnerberatung-wien.at/aktuelles/30\\_Jahre\\_Schuldnerberatung.html](http://schuldnerberatung-wien.at/aktuelles/30_Jahre_Schuldnerberatung.html) (16.1.19).

§ 213 Abs 1 Z 2 Insolvenzordnung (IO)<sup>7</sup> erklärt: Wer im „Abschöpfungsverfahren“ (= Lohnpfändung auf die Dauer von sieben Jahren) landete, musste mindestens 10% der festgestellten Schulden innerhalb dieser sieben Jahre „zusammenstopeln“. Diese willkürliche Grenze (wieso gerade 10% Prozent?) und nicht sehr präzise formulierte Ausnahmebestimmungen, die ein Unterschreiten dieser 10% möglich machten, verursachte den Gerichten viel Arbeit. Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsauffassungen der Zivilrechtssenate wurde der Privatkonkurs für zwei – eindeutig überschuldete und konkursreife – Gruppen zunehmend unmöglich.

Das waren zum einen besonders finanzschwache Haushalte, die über längere Zeit nur mit der eigenen Existenzsicherung beschäftigt waren und denen die Kosten und Zinsen buchstäblich davongelaufen waren. Als Extrembeispiel aus meiner Praxis sei eine Frau erwähnt, deren Schuldenstand sich innerhalb von 15 Jahren von 35.000,- auf 820.000,- Euro erhöht hat (ohne neue Schulden gemacht zu haben!). 15 Jahre war sie nur mit ihrem Überleben beschäftigt und als sie endlich eine Pension erhielt, war sie erstmals in der Lage, ein Angebot machen zu können. Allerdings: Als Mindest-Pensionistin hätte sie keine Chance gehabt, auch nur annähernd an die 10%-Grenze zu kommen.

Die zweite Gruppe waren ehemals Selbstständige, die im Schnitt um rund 100% höhere Schulden als nicht-selbstständige Personen hatten und deshalb oft gar nicht versucht hatten, die Schulden der Vergangenheit zu regeln. Ihnen war bewusst, dass sie an der 10%-Hürde scheitern würden.

### 3. Seit der Bankenkrise: 10 Jahre Reformbemühungen

Zugespitzt hat sich diese Problematik mit der Bankenkrise 2007/2008 und der damit einhergehenden Wirtschaftskrise. Zwar sind die Banken sofort auf die „Kreditbremse“ gestiegen, doch die vielen bis zu diesem Zeitpunkt angehäuften „hoffnungslosen“ Fälle konnten auf Grund der nun prekären Wirtschaftslage erst recht nicht aufgearbeitet werden. Es dauerte 10 Jahre harter Verhandlungen der Schuldner\_innenberatungen mit dem Justizministerium und va gegen den Widerstand der drei Gläubiger\_innenschutzverbände Kreditschutzverband (KSV), Alpenländischer Kreditorenverband (AKV) und Creditreform (ÖVC), um dann mit dem Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2017 (IRÄG 2017)<sup>8</sup> endlich die 10%-Hürde zu eliminieren und das Abschöpfungsverfahren von sieben auf fünf Jahre zu verkürzen.<sup>9</sup>

2017 sank die Zahl der Privatkonkurse deutlich. Der Grund war klar: In der Öffentlichkeit wurde das IRÄG 2017 bereits ausführlich diskutiert und es zeichnete sich ab, dass es Erleichterungen für überschuldete Menschen bringen wird. Also zögerten viele – zum Leidwesen der Schuldner\_innenberatungen – ihre Schuldenregulierung hinaus. 2018 war

7 RGeBl 1914/337 idgF.

8 BGBl I 2017/122.

9 Vgl *Riel*, Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2017, AnwBl 2017, 275-278.

dann der Ansturm umso größer und es kam bei den Beratungseinrichtungen zu längeren Wartezeiten. Die jährlichen Statistiken<sup>10</sup> der Gläubiger\_innenschutzverbände werden daher 2018 untypisch viele Konkursanträge aufweisen.

Nach diesem „all time high“ 2018 wird die Zahl der Privatkonkurse wieder zurückgehen und á la longue vermutlich unter das Niveau der vorangegangenen Jahre sinken. Warum das? Die Beobachtungen der Schuldner\_innenberatungen erstrecken sich über 30 Jahre. In diesem Zeitraum konnten diesbezüglich mehrere Erkenntnisse gewonnen werden: Zum einen bleibt der Teil der Bevölkerung, der bereit ist, sich wegen Konsums zu verschulden, weitgehend gleich. Zum anderen existiert seit Beginn der Schuldner\_innenberatungen eine ebenfalls gleichbleibende Gruppe von ca 30% der Ratsuchenden, die auf Grund einer Selbstständigkeit in die Überschuldung gerieten. Nicht gleichbleibend war und ist allerdings das Verhalten der Gläubiger\_innen.

Je aggressiver Kredite an einkommensschwache Menschen verkauft werden, desto höher werden die Ausfälle. Gerade bis 2007 konnte auch in Ö von einer sub-prime-Krise der Banken gesprochen werden: Dh die Kreditvergabe an finanzschwache Private mit äußerst geringer Bonität – teils über Fremdwährungskredite – hatte einen Höhepunkt erreicht, der nachher glücklicherweise nicht wieder überschritten wurde.

Die Banken wurden – als Ergebnis der Bankenkrise 2007 – von den Bankenaufsichten verpflichtet, je nach Ausfallrisiko der Kreditnehmer\_innen deutlich mehr Eigenkapital vorzuhalten. Aus diesem Grund ist die Qualität der Bonitätsprüfung, die bei Kreditanträgen gemacht wird, gestiegen. Resultat: Es werden weniger Kredite vergeben, die schon von Anfang an prekär sind. Da das Verkaufs-Verhalten der Banken die Überschuldung in der Bevölkerung ganz wesentlich bestimmt, sollte daher langfristig die Zahl der überschuldeten Menschen etwas zurückgehen.

#### 4. Gläubiger\_innengruppen kommen und gehen

1995, zu Beginn des Privatkonkurses, waren – nach den Banken, die naturgemäß stets die größte Gläubiger\_innengruppe darstellten – Versandhäuser an zweiter Stelle. Diese Gruppe ist weitgehend unbedeutend geworden, einerseits, weil sie selbst in Schwierigkeiten geriet und vom Markt verschwand (zB der Konkurs der Quelle AG), andererseits, weil das Internet deren Geschäftsmodell obsolet gemacht hat. So trat eine völlig neue Gläubiger\_innengruppe auf den Plan, die sofort den zweiten Platz besetzte, die der Mobilfunkbetreiber\_innen: Wer mit dieser – damals ganz neuen – Technologie nicht auf Anhieb gut umgehen konnte, fand sich oft mit enormen Rechnungen konfrontiert. Zwar wurden zunächst die Gesprächsgebührenfallen und dann die Downloadfallen durch den Gesetzgeber entschärft, doch sind aktuell teure Smartphones ein Problem geblieben. Sie werden mit einem Kaufpreis von Null Euro beworben – der damit verbundene Zwei-

---

10 Vgl zB KSV, Insolvenzstatistik 2018 final, ksv.at/en/node/682 (16.1.19).

jahresvertrag mit monatlichen Zahlungen bringt immer wieder finanzschwache Haushalte und junge Erwachsene in die Bredouille.

Lange Zeit schien es, dass die neuen Einkaufsmöglichkeiten via Internet keinen Einfluss auf die Überschuldung privater Haushalte hatten, da Einkäufe nur funktionierten, wenn auch gleich bezahlt wurde. Erst wenn der\_ die Händler\_in die Sicherheit hatte, dass er\_sie das Geld erhält, wurde geliefert. Dieser simple und sinnvolle Mechanismus „zuerst Geld, dann Ware“ wird leider aus Gründen der Konkurrenz durchlöchert. Immer mehr Händler\_innen senden immer höhere Warenwerte gegen Rechnung, geben also eigentlich einen kurzfristigen „Kredit“ – was, wie immer, die finanzschwachen Haushalte herausfordert und gefährdet.

## 5. Schuldenprävention

Mit der Einführung des Privatkonkurses wurde auch immer wieder diskutiert, ob und wie Überschuldung von Menschen verhindert werden kann.

Fast alle Präventionsmodelle betätigen sich im Bereich der Schulen (zB Finanzführerschein der Schuldner\_innenberatungen<sup>11</sup>). Die Praxis der Schuldner\_innenberatungen zeigt, dass gerade dort, wo Menschen Schwierigkeiten haben, sich ins Berufsleben zu integrieren, der Schulungsbedarf am größten wäre (zB Kurse für Teilnehmer\_innen in überbetrieblichen Lehrwerkstätten). Wie sinnvoll, wirksam und effizient Präventionsarbeit auf diesem Gebiet ist, kann nur schwer oder gar nicht beantwortet werden – immerhin profitiert ja unser Wirtschaftssystem auch sehr von irrationalen Entscheidungen. Dazu kommen Entwicklungen, die über den Einflussbereich des Individuums weit hinausgehen. Zu nennen sind die drastisch gestiegene Volatilität des Arbeitsmarktes und prekäre Beschäftigungsverhältnisse, die jede finanzielle Vorausplanung speziell für Menschen ohne wohlhabenden Hintergrund zu einem Glücksspiel machen. Gerade die Änderungen am Arbeitsmarkt bewirken, dass auch gut qualifizierte Menschen prekäre Jobs annehmen (Stichwort: Generation Praktikum), und dass schlecht Qualifizierte sich selbstständig machen, wenn sie sich nicht „alimentieren“ lassen wollen. Daher wird es zB gescheiterte kleine Selbstständige mit oder ohne Prävention geben, da deren Scheitern zwar mitunter absehbar, aber mangels Alternativen am Arbeitsmarkt nicht vermeidbar sein wird. Gerade dem Problem des Scheiterns kleiner selbständiger Unternehmen („Small Business“) scheint die EU etwas entgegensetzen zu wollen. Im Zusammenhang mit der Initiative „Small Business Act for Europe“<sup>12</sup> wird von der Kommission ein spezielles, sehr kurzes Insolvenzverfahren für Kleinunternehmer\_innen angedacht. Mit drei Jahren Maximaldauer und ohne Mindestquote steht die rasche Integration finanziell gescheiterter

11 Vgl zB OÖ *Finanzführerschein*, schuldnr-hilfe.at/cms/index.php?menuid=12 (14.1.19).

12 Vgl *Mitteilung der Kommission*, Vorfahrt für KMU in Europa. Der „Small Business Act“ für Europa, ABl C 2008/394; vgl auch *Entschließung des Europäischen Parlaments* zum Fortschrittsbericht zum „Small Business Act“, ABl C 2012/377E.

Kleinunternehmer\_innen ins Wirtschaftsleben im Vordergrund. Dagegen haben sich in Ö bis dato va die Gläubiger\_innenschutzverbände in Stellung gebracht. Sie befürchten, dass nicht nur Kleinunternehmer\_innen, sondern auch Nicht-Unternehmer\_innen, also unselbstständige Arbeitnehmer\_innen, in den Genuss der kürzeren Entschuldungsphase kommen könnten. Gesamtwirtschaftlich betrachtet wäre die Unterscheidung ohnehin nicht sinnvoll, da es ja sowohl bei Selbstständigen als auch bei Unselbstständigen um eine möglichst rasche Re-Integration ins Wirtschaftsleben geht.

## 6. Das Problem der „Leistungsschwächsten“

Die Erfahrungen aus 30 Jahren Schuldner\_innenberatung und 23 Jahren Privatkonkurs in Ö haben noch etwas gezeigt: Es gibt am untersten Ende der Einkommenspyramide Menschen, die eindeutig überschuldet sind, aber nicht die Energie oder Fähigkeit haben, einen Privatkonkurs zu beginnen oder durchzustehen, darunter auch psychisch kranke Menschen. Denken wir nur daran, dass psychiatrische Diagnosen, wie bipolare Störung, schwere Depression und Schizophrenie häufig einhergehen mit Jobverlust oder sozialer Desintegration und – leider ebenso häufig – wiederkehrenden Charakter haben.

Weiters gibt es überschuldete Menschen, die eine lange Anlaufzeit benötigen, um ihre Existenz soweit wieder zu ordnen, dass sie den Privatkonkurs ins Auge fassen können. Beiden gemeinsam ist, dass sie sich in den „Fängen“ der Exekutionsordnung (EO)<sup>13</sup> befinden, also nicht als zahlungsunfähige, sondern als zahlungsunwillige Menschen behandelt werden. Halten wir uns vor Augen: Die EO ist für die „Zahlungsunwilligen“ und hat daher ausschließlich die Interessen der Gläubiger\_innen vor Augen, während die IO den Interessensausgleich zwischen Gläubiger\_innen und Schuldner\_innen vorsieht.

Speziell die Handhabung der „Fahrnisexekution“ ist dabei ein großes Problem, das immer wieder an die Schuldner\_innenberatungen herangetragen wird. Es scheint, dass sie de facto als Druckmittel eingesetzt wird, was nicht dem Gesetz entsprechen würde.<sup>14</sup> Mit der Drohung, das TV-Gerät zu pfänden, wenn nicht mit dem\_der Gerichtsvollzieher\_in eine Ratenvereinbarung abgeschlossen wird, zahlen immer wieder Menschen Beträge aus dem Unpfändbaren an ihrem Einkommen. Dass diese Beträge bei näherer Betrachtung oft nicht einmal die Zinsen des gesamten Schuldenberges abdecken, wird gerne übersehen bzw ist es gar nicht Aufgabe der Gerichtsvollzieher\_innen, darüber zu urteilen. Was dann folgt, ist leider Beratungsalltag: Menschen zahlen irgendwelche Schuldennraten aus dem Unpfändbaren und kommen dadurch mit der Miete ins Hintertreffen. Etliche Delogierungsverfahren lassen sich darauf zurückführen, dass statt dem\_der Vermieter\_in nur demjenigen\_derjenigen Gläubiger\_innenvertreter\_in gezahlt wurde, der\_sie sich am effektivsten durchsetzen konnte. Der gesellschaftliche Schaden einer Delo-

---

13 BGBl I 2018/32.

14 Siehe Filmdokumentation „Schulden GmbH“, [schuldengmbh.at/deutsch](http://schuldengmbh.at/deutsch) (16.1.19).

gierung und Obdachlosigkeit ist evident, kümmert aber Gläubiger\_innenvertreter\_innen oftmals nicht.

Da es österreichweit pro Jahr nach Angaben des Justizministeriums<sup>15</sup> etwa 800.000 Anträge auf Fahrnisexekution gibt, ist hier dringender Reformbedarf gegeben. Auch die Lohnpfändung (österreichweit ca 700.000 Anträge pro Jahr) ist stark verbesserungswürdig: So fallen bspw die Kinderzuschläge im Vergleich zu Deutschland recht mager aus.<sup>16</sup> Und gibt es wirklich keine andere Methode der Lohnpfändung als die jetzige, die alle Arbeitgeber\_innen zu unfreiwilligen Inkassobüros und die Gepfändeten zu Arbeitnehmer\_innen zweiter Klasse macht? Last but not least: Die ö EO geht streng nach dem Prioritätsprinzip vor. Ein\_e Gläubiger\_in, der\_die sich als erstes bei einem\_einer Arbeitgeber\_in mit der bewilligten Lohnpfändung meldet, bekommt alle pfändbaren Pensions-, Lohn- oder Gehaltsanteile, und zwar so lange, bis seine\_ihre Forderung samt laufend verrechneten(!) Zinsen ausbezahlt ist. Kommt ein\_e Unterhaltsgläubiger\_in (Kind!) auch nur einen Tag später mit der Unterhaltsforderung zum\_zur Arbeitgeber\_in des\_der Verpflichteten: Pech gehabt! Dass der\_die Unterhaltsgläubiger\_in bei Lohnpfändungen keinen Vorrang gegenüber anderen Gläubiger\_innen hat, ist schlicht beschämend.

## 7. Zusammenfassung und Ausblick

Der Privatkonkurs hat sich bewährt, er ist nach wie vor das einzige taugliche Instrument für eine Schuldenregulierung. Eine Wirtschaft, die Konsum und Wachstum ständig antreibt, kommt offensichtlich ohne „Doping“ durch Konsumkredite nicht aus. Wenn wir daher schon „ja“ zu so einem Wirtschaftssystem sagen, dann müssen die „Krankenstationen“, also Schuldner\_innenberatungen, aber auch die „Notausgänge“ des Gesetzgebers für die „Dopingopfer“ groß genug sein. Diese Funktion erfüllt der Privatkonkurs, insb seit die 10%-Hürde 2017 beseitigt wurde.

Die Risiken, völlig unvermutet und auch unverschuldet in eine Schuldenfalle zu geraten, werden hinkünftig eher größer als kleiner (Stichwort: prekäre Beschäftigungsverhältnisse). Daher erscheint aus heutiger Sicht das Bestreben der EU, den Privatkonkurs weiter zu vereinfachen und zu verkürzen, durchaus sinnvoll.

In liberalen Marktwirtschaften mit ihren zahlreichen finanziellen Fallstricken – als Beispiel möchte ich die USA nennen – gibt es meist eine eher einfache Exekutionsordnung, die lediglich auf tatsächlich vorhandenes Vermögen, nicht jedoch auf Einkommen oder geringfügige Konsumgüter zugreift. Einen Privatkonkurs machen in den USA va dieje-

15 Vgl *ASB Schuldnerberatung*, ASB Schuldenreport 2011, schuldenberatung.at/downloads/infodatenbank/schuldenreport/SR11\_Pfaendungen\_Exekutionen.pdf (14.1.19).

16 Wer zB 12 Monatsgehälter im Jahr bezieht, dem\_der können bei einem Monatsnettoverdienst von 1.800,- Euro bei einem Kind in Deutschland 119,-, in Ö jedoch 336,- Euro gepfändet werden. Mehr als 200,- Euro Differenz ist in diesen Einkommensklassen eine deutliche Summe.

nigen, die – so paradox das klingt – neue Schulden machen wollen, ihre Bonität also „reparieren“ wollen.

Das ö Wirtschaftssystem hat sich – ob man das für gut hält oder nicht – ebenfalls diesem liberalen Zugang angeschlossen: Das Kleinunternehmertum wird propagiert, „Arbeitsplatzsicherheit“ gilt nur noch für beamtete Anstellungsverhältnisse und wo Geld fehlt, wird massiv mit Kreditdienstleistungen geworben.

Der Gesetzgeber hat mit dem Privatkonkurs einen ersten, wichtigen Schritt gemacht, den in diesem System „Gestrauchelten“ einen Neustart zu ermöglichen. Es wird aber auch ein zweiter Schritt notwendig sein, der denjenigen ein menschlicheres Leben ermöglicht, die den Neustart nicht schaffen. Dazu wäre allerdings eine Reform der EO angebracht.

Alexander Maly, Sozialarbeiter, Lektor an der FH-Campus Wien und Gründer sowie langjähriger Geschäftsführer und jetzt Konsulent der Schuldnerberatung Wien; alexander.maly@gmx.at

# Sternstunde der Meinungsfreiheit

VON MARIA WINDHAGER

Was tun Sie, wenn eine Äußerung bei Ihnen heftige Wut und Empörung auslöst? Sie werden wahrscheinlich sehr heftig und wenig differenziert ihren Unmut über die Äußerung bzw über die Person, die diese zu verantworten hat, zum Ausdruck bringen: Sie werden diese (be)schimpfen. Meistens vergehen Wut und Empörung aber wieder sehr schnell. Die Gefüllsaufwallung hat den Geist nur kurzfristig vernebelt, die schlimmen Worte, so stellt sich oft heraus, waren ja nicht so gemeint.

hingehalten“ hatten, hat Haider zugleich mit der überwiegenden Mehrheit der Bevölkerung auch sich selbst vom Recht ausgeschlossen, „die geistige Freiheit in Anspruch zu nehmen“. Oberschlick druckte die gesamte Ulrichsberg-Rede Haider in seiner Zeitschrift FORVM ab und führte unter dem Titel „Trottel statt Nazi“ aus, daß und warum er diese Äußerungen trottelhaft finde.

Haider klagte. Die österreichischen Gerichte, mittlerweile etwas sensibilisiert im Umgang mit der Meinungsfreiheit, auf die sich Oberschlick

geschickten Bemühungen mancher Richter und der Vertreter der Republik erklärbar, sich krampfhaft ein liberales Mäntelchen umhängen zu wollen, um in Straßburg den Schein des korrekten Umgangs mit der Meinungsfreiheit zu wahren.

Die EKMR kam zum Ergebnis, daß die österreichischen Gerichte die Verurteilung Oberschlicks nicht zu rechtfertigen vermochten. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) schloß sich am 1. 7. 1997 dieser Meinung an und wies - wie in seiner bisherigen Rsp - darauf

so keine substanzlose Beschimpfung vor. Der EGMR hob hervor, daß Haider selbst die politische Diskussion provoziert hatte und erinnerte daran, daß Art 10 MRK nicht nur den Inhalt der Ideen und Nachrichten, die geäußert werden, schützt, sondern auch die Form, in der sie vermittelt werden. Diesen Grundsatz hat der Vertreter der EKMR, Loucaides, vor dem EGMR sehr treffend zum Ausdruck gebracht:

„... *We must always bear in mind, in this respect, that freedom of expression does not merely mean freedom of criticism*

Windhager, Sternstunden der Meinungsfreiheit, juridikum 4/1992, 10.

# Wie meinen?

Ein Streifzug durch die schwierige Beziehung Österreichs mit der Meinungsfreiheit

Lukas Gahleitner

---

## 1. Gegenwind

Ö, 2018. Im Mai wird ein führender NGO-Mitarbeiter aufgrund seiner medialen Kritik vom Leiter der Asylbehörde wegen des Verdachts der „Beleidigung einer Behörde“ gem § 116 StGB angezeigt.<sup>1</sup> Im September empfiehlt ein Sprecher des Innenministeriums den Landespolizeidirektionen, die Zusammenarbeit mit namentlich genannten, „kritischen“ Medien auf das nötigste Maß zu beschränken.<sup>2</sup> Ende September werden Radsportfans wegen eines anlässlich der Rad-WM in Tirol aufgehängten Plakates mit dem Text „Kickl Ride to Höll“ wegen Anstandsverletzung verwaltungsstrafrechtlich angezeigt, laut Medienberichten auf „Weisung von oben“<sup>3</sup>.

Nicht zuletzt wegen dieser Entwicklungen im Bereich der Meinungsfreiheit werden die Rahmenbedingungen für die Zivilgesellschaft in Ö von der internationalen NGO Civicus Monitor nicht mehr als *offen*, sondern als *ingeschränkt* beurteilt.<sup>4</sup>

Das Verhältnis zur Meinungsfreiheit ist nicht erst seit kurzem und nicht nur in der Vollziehung, sondern auch in der Gerichtsbarkeit von Spannungen geprägt. Davon zeugen zahlreiche Artikel, die im Laufe der ersten 30 Jahre im juridikum zum Thema Meinungsfreiheit veröffentlicht wurden: Die Beziehung der österr (Höchst-)Gerichte zu Interpretation und Umfang des Rechts auf freie Meinungsäußerung kann bei Betrachtung der einschlägigen Rsp des EGMR in den letzten 30 Jahren bestenfalls als eigentümlich bezeichnet werden.

---

1 *Zach/Lindorfer*, Nach Kurier-Berichten: Asylamt zeigte Kritiker an, [kurier.at/chronik/oesterreich/nach-kurier-berichten-asylamt-zeigte-kritiker-an/400134605](http://kurier.at/chronik/oesterreich/nach-kurier-berichten-asylamt-zeigte-kritiker-an/400134605) (7.12.2018)

2 *ORF.at*, Kickl sieht Fehler bei Mitarbeiter, [orf.at/stories/3034201/](http://orf.at/stories/3034201/) (7.12.2018)

3 *Arora*, Anzeige gegen Rad-WM-Fans wegen provokanten Plakats gegen Kickl, [derstandard.at/2000088503182/Anzeige-gegen-Rad-WM-Fans-wegen-provokanten-Plakates-gegen-Kickl](http://derstandard.at/2000088503182/Anzeige-gegen-Rad-WM-Fans-wegen-provokanten-Plakates-gegen-Kickl) (5.12.2018)

4 *Civicus*, Austria's civic space rating downgraded, [civicus.org/index.php/media-resources/news/3625-austria-s-civic-space-rating-downgraded](http://civicus.org/index.php/media-resources/news/3625-austria-s-civic-space-rating-downgraded) (19.11.2018)

## 2. Rechtsquellen

Die Freiheit der Meinungsäußerung wurde mit der EMRK in Ö 1964 in Verfassungsrang gesetzt<sup>5</sup> und gilt als Teil des unmittelbar anwendbaren Grundrechtskatalogs.<sup>6</sup> Geschützt sind, unabhängig von Inhalt und Medium,<sup>7</sup> alle „offenen Kommunikationsprozesse“.<sup>8</sup> Das sich durch eine Abwägung der gegenläufigen Interessen ergebende Spannungsfeld zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz prägt auch die österr Grundrechtspraxis zu Art 10 EMRK maßgeblich.<sup>9</sup> Die einschlägigen Regelungen zum Schutz des guten Rufes und der Ehre finden sich insb in §§ 111 ff StGB (ua Üble Nachrede, Beschimpfung), §§ 6 ff MedienG, § 78 UrhG (Bildnisschutz) und § 1330 ABGB (Ehrenbeleidigung).

## 3. Meinungsfreiheit und Österreich – eine schwierige Beziehung

Dass der Bedeutungsgehalt des Art 10 EMRK nicht unbedingt der Interpretation der österr Gerichte entspricht, mussten diese durch den Richter\*innenhammer lernen: Seit 1959 gab es 35 Verurteilungen Ös durch den EGMR wegen Verletzung des Rechts auf freie Meinungsäußerung. Nur die Türkei, Russland und Frankreich wurden öfter verurteilt. Zum Vergleich: Deutschland wurde im selben Zeitraum lediglich neunmal verurteilt.<sup>10</sup>

### 3.1. Charakter der Meinungsfreiheit

Meinungen sind Grundessenz von Debatten, aber auch Sand im Justizgetriebe. Der deutsche Rechtspublizist *Maximilian Steinbeis* attestiert der Meinungsfreiheit einen „wilden“ und „anarchischen“ Charakter: Die Justiz mache ihren Job dann gut, „wenn alles schön ineinander greift und vernünftig und wohl geordnet funktioniert.“ Die Meinungsfreiheit, so *Steinbeis*, stehe oft quer zu diesem Bestreben. „Was die Menschen denken und laut sagen, das ist nicht unbedingt immer wohl geordnet und vernünftig. Ihnen platzt der Kragen.“<sup>11</sup>

Unbeschadet des Grundsatzes der Unteilbarkeit der Menschenrechte betont der EGMR regelmäßig die besondere Bedeutung des Art 10 EMRK und lässt dabei Pathos nicht vermissen: Die Meinungsfreiheit sei der Grundpfeiler der Demokratie.<sup>12</sup> Ein in allen ein-

5 *Berka*, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999), RN 67.

6 *Holoubek*, Kommunikationsfreiheit, in: *Merten* ua (Hg), HGR VII/1, 2. Aufl., § 15 RN 2.

7 *Holoubek* in *Merten* ua (Hg) § 15 RN 5.

8 *Berka*, Kommunikationsfreiheit in Österreich, EuGRZ 1982, S 413 (415).

9 *Holoubek* in *Merten* ua (Hg) § 15 RN 27.

10 EGMR, Overview 1959-2017, [echr.coe.int/Documents/Overview\\_19592017\\_ENG.pdf](http://echr.coe.int/Documents/Overview_19592017_ENG.pdf) (7.12.2018).

11 *Steinbeis*, Was wahr ist, darf man sagen (im Prinzip jedenfalls), [verfassungsblog.de/was-wahr-ist-darf-man-sagen-im-prinzip-jedenfalls](http://verfassungsblog.de/was-wahr-ist-darf-man-sagen-im-prinzip-jedenfalls) (7.12.2018).

12 EGMR 07.12.1976, 5493/72, *Handyside/Vereinigtes Königreich*, RN 49.

schlägigen E zitiertes Grundsatz des EGMR lautet: „[d]ie Freiheit der Meinungsäußerung [findet] nicht nur auf ‚Informationen‘ oder ‚Ideen‘ Anwendung, die positiv aufgenommen oder als harmlos oder als indifferent angesehen werden, sondern auch auf solche, die verletzen, schockieren oder beunruhigen.“ Dies verlange „Pluralismus, Toleranz und Aufgeschlossenheit, ohne die es keine ‚demokratische Gesellschaft‘“ gebe.<sup>13</sup> Folglich können auch Meinungen, die heftige Gefühle ausdrücken, geschützt sein, sofern diese auf einem wahren Tatsachensubstrat beruhen und nicht exzessiv sind.<sup>14</sup>

Einige Urteile des EGMR, die auch im *juridikum* besprochen wurden, zeigen eine gehörige Portion Unwillen bzw Unvermögen im Umgang der österr Gerichte mit der „wildem“ Meinungsfreiheit auf.

### 3.2. „Würdeloser Bundeskanzler“

„*Comments are free, but facts are sacred*“ hielt der Journalist *CP Scott* 1921 fest.<sup>15</sup> Erst 80 Jahre und einige EGMR-Verurteilungen später gab die österr Justiz den Widerstand gegen diese Differenzierung in Werturteile und Tatsachenbehauptungen auf und gesteht seither in Berufung auf die Urteile *Oberschlick* und *Lingens* das Selbstverständliche ein: „Das Vorliegen von Tatsachen kann bewiesen werden, während die Wahrheit von Werturteilen einem Beweis nicht zugänglich ist.“<sup>16</sup>

1975 thematisierte *Simon Wiesenthal* in einer Pressekonferenz die Vergangenheit des FPÖ-Obmanns *Friedrich Peter* bei einer SS-Infanteriebrigade, die an Massentötungen beteiligt war. Bundeskanzler *Bruno Kreisky* verteidigte diesen vehement und bezeichnete *Wiesenthals* Tätigkeit bzw Organisation als „Mafiamethoden“ bzw „Politische Mafia“. *Peter Michael Lingens*, *profil*-Chefredakteur, kommentierte die Haltung *Kreiskys*: „Bei einem anderen würde man es wahrscheinlich übelsten Opportunismus nennen“ sowie mit den Worten: „In Wahrheit kann man das, was Kreisky tut, auf rationale Weise nicht widerlegen. Nur irrational: es ist unmoralisch. Würdelos.“<sup>17</sup>

*Lingens* wurde wegen Übler Nachrede verurteilt: Für seine Behauptungen habe *Lingens* keinen Wahrheitsbeweis angeboten bzw sei dieser nicht geglückt. Begründend führte das Berufungsgericht aus, dass der Presse nur eine Informationsaufgabe zukomme, Beurteilung und Wertung sei den Leser\*innen überlassen. Wertende Äußerungen seien nur dann zulässig, wenn dafür der Wahrheitsbeweis erbracht werde.

Der EGMR verurteilte Ö wegen Verletzung des Art 10 EMRK: Da § 111 StGB nicht zwischen Werturteilen und Tatsachenbehauptungen unterscheidet, wurde dem Journalisten die Wahrheitspflicht auferlegt. Die „Wahrheit“ von Werturteilen sei aber einem Be-

13 *Handyside*, RN 49.

14 RIS-Justiz, RS0032201 (T19).

15 *CP Scott*, A Hundred Years, *Manchester Guardian*, 5.5.1921.

16 RIS-Justiz RS0125071; EGMR 8.7.1986, 9815/82, *Lingens/Österreich*; EGMR 23.5.1991, 11662/85, *Oberschlick/Österreich*.

17 *Lingens*, Z 13.

weis nicht zugänglich.<sup>18</sup> Die österr Gerichte sind seitdem „bemüht, der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Rechnung zu tragen.“<sup>19</sup>

### 3.3. Vergleich mit NS-Parteiprogramm

Die unmittelbaren Reaktionen der Gerichte waren weniger *bemüht* als *mühsam* und *widerwillig*: *Gerhard Oberschlick*, Autor in früheren juridikum-Ausgaben, wurde wegen des Abdruckens einer Strafanzeige gegen den FPÖ-Generalsekretär in der von ihm herausgegebenen Zeitschrift *FORVM* im Jahr 1983 wegen Übler Nachrede verurteilt. Anlass der Strafanzeige war der FPÖ-Vorschlag im Wahlkampf 1983, die Familienbeihilfe für österr Frauen um 50 % zu erhöhen und gleichzeitig jene für Ausländerinnen zu kürzen. *Oberschlick* führte aus, dass der Vorschlag den im NSDAP-Programm zu findenden Zielen des Nationalsozialismus entspreche.

Der EGMR stellte erneut eine Verletzung des Art 10 EMRK fest: *Oberschlicks* Meinung beruhe auf einem Vergleich des FPÖ-Vorschlags mit dem NSDAP-Programm. Es handle sich daher um ein Werturteil, dass auf einer wahren Tatsachenfeststellung beruhe.<sup>20</sup>

Zum Zeitpunkt der letztinstanzlichen innerstaatlichen Entscheidung lag das *Lingens*-Urteil noch nicht vor. Wohlwollend könnte argumentiert werden, dass sich die Rsp ja unmöglich am späteren EGMR-Urteil orientieren konnte.

Das Wohlwollen endet bei Betrachtung der weiteren Entwicklungen. Im juridikum 4/92 berichtete *Oberschlick*, dass der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes vom OGH bezüglich der festgestellten Verletzung des Art 10 EMRK nicht Folge gegeben wurde. Der OGH folgte der Rechtsansicht, dass Art 53 EMRK nur die Republik, nicht jedoch den OGH als Organ der Rechtspflege binde. In der Sache urteilte der OGH, dass *Oberschlicks* Äußerung ein Wertungsexzess gewesen sei – „schließlich habe zur Zeit der Verurteilung des Angeklagten das *Lingens*-Urteil noch nicht existiert (...); der OGH sei jedenfalls nicht dazu da, Gerichtsurteile an eine spätere Rechtslage anzupassen,“ fasst *Oberschlick* lakonisch zusammen.<sup>21</sup>

Die Reaktion des OGH war also die Unterscheidung zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen. Es wurde aber in der Folge etwas „genauso gern halt als ‚Wertungsexzess‘“<sup>22</sup> beurteilt. Substantiell änderte sich vorerst wenig.

*Oberschlick* erkannte zurecht weniger ein „Bemühen“ des OGH, sondern eine „genuin österr E“, wie er zynisch kommentierte: „Wir lassen uns vom Ausland nix dabei dreinreden: Was keine Österreicher dreinreden sollen, entscheiden, unfehlbar nach unserem Gusto, wir Richter & R-Innen. Die Verfassung hat einfach geirrt.“<sup>23</sup>

<sup>18</sup> *Lingens*, Z 46.

<sup>19</sup> *Holoubek* in *Merten* ua (Hg) § 15 RN 32.

<sup>20</sup> Vgl *Oberschlick*, Z 63.

<sup>21</sup> *Oberschlick*, Sternstunden der Menschenrechte, juridikum 1992/4, 10.

<sup>22</sup> *Oberschlick*, juridikum 1992/4, 10.

<sup>23</sup> Ebd.

### 3.4. „Trottel statt Nazi“

Fünf Jahre später zeigte neuerlich ein EGMR-Urteil das endenwollende Engagement der österr Gerichte in Sachen Meinungsfreiheit auf.

Jörg Haider hatte in einer Rede 1990 die These aufgestellt, dass die Zulässigkeit, „geistige Freiheit in Anspruch zu nehmen“, sich auf den Kreis jener Personen beschränke, die im Zweiten Weltkrieg für Frieden, Freiheit und Demokratie „den Kopf hingehalten“ hätten. Wiederum war es *Oberschlick*, der im FORVM die Rede druckte und ausführte, dass *Haider* implizit auch sich – gemeinsam mit der Mehrheit der Bevölkerung – vom Recht ausgeschlossen hatte, geistige Freiheit in Anspruch zu nehmen. *Oberschlick* nannte *Haider* deswegen einen „Trottel“ und dessen Äußerungen „trottelhaft“.<sup>24</sup>

Die österr Gerichte sahen in dem Wort „trottelhaft“ ein straffreies Werturteil, das sich nur auf die Äußerung beziehe. „Trottel“ aber sei eine Beschimpfung ohne sachlichen Bezug. *Maria Windhager* kommentierte diese Differenzierung zwischen einer adjektivischen und einer substantivischen Verwendung desselben Schimpfworts als „peinlich“. Sie erklärte sich diese Vorgangsweise mit den „ungeschickten Bemühungen mancher Richter und der Vertreter der Republik (...), sich krampfhaft ein liberales Mäntelchen umhängen zu wollen, um in Straßburg den Schein des korrekten Umgangs mit der Meinungsfreiheit zu wahren.“<sup>25</sup> Auch die Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR), an die sich *Oberschlick* wieder wandte, bezeichnete den „typisch österr Abwägungsvorgang“<sup>26</sup> als „rather artificial“<sup>27</sup>. Der EGMR stellte abermals eine Verletzung des Art 10 EMRK fest.<sup>28</sup>

## 4. Nach *Lingens* und *Oberschlick* – alles gut?

Seit 1998 folgten 29 weitere Verurteilungen Ös wegen Verletzung des Art 10 EMRK.<sup>29</sup> *Windhager/Ennöckl* hielten 2007 fest, dass pointierte bzw satirische politische Kritik oft als herabsetzende Tatsachenbehauptung und nicht als zulässiges Werturteil qualifiziert wurde – was zu einer stetig länger werdenden Liste von Verletzungen des Art 10 EMRK führte.<sup>30</sup>

Bei aller Kritik an der Rsp ist festzuhalten, dass es aufgrund der Kontextabhängigkeit keine allgemeine und scharfe Trennlinie zwischen Tatsachenbehauptung und Werturteil gibt. Die Abwägung, ob die Interessen der Berichtenden oder jener der von Berichterstattung Betroffenen überwiegen, ist ebenso eine Gratwanderung. Noch in einer Phase, in

24 EGMR 1.7.1997, 20834/92, *Oberschlick/Österreich* (Nr 2), Z 7ff.

25 *Windhager*, Sternstunde der Menschenrechte, *juridikum* 1997/3, 41.

26 S ausführlich dazu ebd.

27 *Oberschlick* (Nr 2), Reports of Judgments and Decisions 1997-IV, ECHR.

28 *Oberschlick* (Nr 2), Z 35.

29 *Lehofer*, Übersicht über Urteile zu Art 10 EMRK betreffend Österreich, [blog.lehofer.at/2013/10/Artikel10-AT.html](http://blog.lehofer.at/2013/10/Artikel10-AT.html) (7.12.2018).

30 *Ennöckl/Windhager*, Aktuelle EGMR-Rechtsprechung, *MR* 2007, 11.

der die Rsp bei der Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz meist letzterem die höhere Bedeutung zugemessen hat, wurde im *juridikum* 2/94 bereits zugestanden: „Zugegeben, das Persönlichkeitsschutzrecht ist eine heikle Sache.“<sup>31</sup> – zumal der EGMR im Fall *Pfeifer* betonte, dass es zu den sich aus Art 8 EMRK ergebenden positiven Pflichten des Staates gehöre, den guten Ruf einer in ihrer Ehre angegriffenen Person zu schützen.<sup>32</sup>

Die Zahl an Fällen, in denen die österr Rsp in ihrem Verständnis der Meinungsfreiheit vom EGMR korrigiert werden musste, ist auffällig hoch. Seit zwei Jahren erfolgte aber keine Verurteilung wegen Art 10 EMRK. Die Gründe dafür sind vielfältig: Die in Entscheidungen verstärkt erkennbare Grundrechtssensibilität des OGH samt Einführung der Erneuerung des Strafverfahrens (§§ 363a ff StPO) führte dazu, dass bereits beim EGMR anhängige Verfahren „abgefangen“ und korrigiert wurden.<sup>33</sup> Auch die massive Kritik am EGMR als „Vierter Instanz“<sup>34</sup> zeigt Folgen in dessen merkbarer Zurückhaltung. Zweifellos hat aber auch in Ö das Pendel bei der Interessenabwägung in Richtung Meinungsfreiheit ausgeschlagen. Ein Pyrrhussieg?

## 5. Defizite im Persönlichkeitsrechtsschutz

Gleichzeitig mit der Anpassung der Jud an die Rsp des EGMR erfolgte ein starker Anstieg der Kommunikation auf Internet-Plattformen. Der Diskurs wird nicht mehr nur von einer Handvoll traditioneller Medien bestimmt: Allein auf *Facebook* sind ca vier Mio Personen in Ö aktiv.<sup>35</sup> Das Internet „*magnifies the voice and multiplies the information within reach of everyone who has access to it.*“<sup>36</sup>

Eine Herausforderung der letzten Jahre lag darin, Ansprüche gegen potentiell persönlichkeitsverletzende Äußerungen anonymer Poster\*innen durchsetzen zu können: Die österr Gerichte haben zivilrechtlich geklärt, dass Host-Provider die Herausgabe der Daten von Poster\*innen nicht mit der Berufung auf das Redaktionsgeheimnis verweigern dürfen<sup>37</sup>, in Strafverfahren wurde die Geltung desselben aber bejaht.<sup>38</sup> In Bezug auf das Zivilverfahren ist seit 2015 ein EGMR-Verfahren wegen einer möglichen Verletzung des Art 10 EMRK anhängig.<sup>39</sup>

Die Frage, zu welchem Umfang Betreiber\*innen von Internetplattformen Löschpflichten für Äußerungen Dritter auferlegt werden können, beschäftigt derzeit den EuGH: Der

31 *Windbager*, OGHgewalt(tätig), *juridikum* 2/1994/2, 5.

32 EGMR 15.11.2007, 12556/03, *Pfeifer/Österreich*.

33 OGH 24.6.2009, 15 Os 172/08w.

34 *Kommenda*, EMRK: ‚Straßburg lädt zu Beschwerden geradezu ein‘, *Die Presse*, 25.10.2010.

35 *Mey*, Facebook-Bilanz, [horizont.at/home/news/detail/facebook-bilanz-offizielle-zahlen-fuer-oesterreich.html](http://horizont.at/home/news/detail/facebook-bilanz-offizielle-zahlen-fuer-oesterreich.html), (25.12.2018).

36 Bericht des SdB *Kaye*, 22.5.2015, A/HRC/29/32, 11.

37 OGH 23.1.2014, 6 Ob 133/13x.

38 OLG Wien 26.2.2013, 19 Bs 504/12z.

39 EGMR, 39378/15.

OGH stellt im konkreten Fall die Unterlassungspflicht des Host-Providers bezüglich nicht unverzüglich entfernter Äußerungen Dritter nicht infrage. Der EuGH muss nun klären, ob unionsrechtliche Bestimmungen einer Verpflichtung des Host-Providers zur Löschung *weltweit* bzw. Löschung von auch *sinngleichen* Äußerungen entgegenstehen.<sup>40</sup>

Die Verurteilung von *Sigrid Maurer* und die „Hass-im-Netz“-Debatte<sup>41</sup> haben Missstände beim Schutz der Menschenwürde offen gelegt. Fraglich ist, ob diese in einer Rechtsschutzlücke oder im fehlenden effektiven, weil teuren, Zugang zu Rechtsschutz im Zivilverfahren besteht.

Die unstrittigen Defizite beim Persönlichkeitsrechtsschutz führten zu reflexartigen Rufen nach Klarnamenpflicht und Strafrechtsverschärfungen. Bei der Debatte ist aber menschenrechtlich geboten, das Kind nicht mit dem Bade auszuschütten. In vielen Ländern erfolgt – unter dem Vorwand der Aufrechterhaltung der Ordnung oder Bekämpfung des Terrorismus – eine Einschränkung der Meinungsfreiheit.

## 6. Kanarienvogel im Minenschacht

Früher war es üblich, Kanarienvögel in den Minenschacht mitzunehmen. Starben die Vögel, war dies ein Anzeichen für einen Mangel an überlebensnotwendigem Sauerstoff in der Luft. Lasst uns bei allen notwendigen Verstärkungen des Persönlichkeitschutzes nicht vergessen, dass die Meinungsfreiheit der Kanarienvogel der Demokratie ist.

Mag. Lukas Gahleitner arbeitet als Jurist bei Amnesty International; lukas.gahleitner@amnesty.at

---

40 OGH, 25.10.2017, 6 Ob 116/17b.

41 *Wiener Zeitung*, Sigrid Maurer startet Initiative gegen Hass im Netz, 16.10.2018.



## Einleitung Christian Hiebaum

„Die Menschen haben Rechte, und einiges darf ihnen kein Mensch und keine Gruppe antun (ohne ihre Rechte zu verletzen). Diese Rechte sind so gewichtig und weitreichend, dass sie die Frage aufwerfen, was der Staat und seine Bediensteten überhaupt tun dürfen.“

planmäßige Gestaltung der Gesellschaft nicht zur Verfügung stehe, weil es zu verstreut und oft gar nicht bewusst sei.<sup>2</sup>

Auch *Nozicks* Fragestellung indiziert, dass die größten Gefahren für die Gesellschaft, namentlich für die individuellen Rechte, vom Staat ausgehen. Deshalb dürfe der Staat, man kennt das, nicht mehr als ein Minimalstaat sein, „der sich auf

*Hiebaum*, Einleitung. Das Recht des flexiblen Menschen, *juridikum* 2/2003, 80.

# Schein und Zeit

## Arbeitszeitrecht im Wandel

Peter C. Schöffmann

---

### 1. Einleitung

Im Arbeitszeitrecht manifestiert sich das Verhandlungsungleichgewicht zwischen den Parteien des Arbeitsvertrags, das durch gesetzliche Regulierung zu entschärfen ist. Das Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer\_innen (AN) mag unterschiedlich ausgeprägt sein, dennoch ist es typisch für das Arbeitsverhältnis<sup>1</sup>, weshalb das Arbeitsrecht im Allg und das Arbeitszeitrecht im Bes einen Pauschalschutz<sup>2</sup> vorsieht.

Die Arbeitszeitregulierung wurde aber in den letzten Jahren zugunsten einer Flexibilisierung aufgeweicht. Vorläufige Zuspitzung dieser Entwicklung stellt die Novellierung des Arbeitszeit- und des Arbeitsruhegesetzes dar. Seit 1.9.2018 gilt eine generelle Arbeitszeit-höchstgrenze von 60 Wochenstunden. Zudem wird einer erheblichen Anzahl von AN der Schutz des Arbeitszeitrechts ebenso pauschal entzogen wie einst gewährt.

*Firlei* stellte bereits vor gut 30 Jahren fest, dass das Normalarbeitsverhältnis „beträchtliche Auflösungserscheinungen“ zeige.<sup>3</sup> Dabei geht es nicht nur um eine unverminderte Zunahme atypischer Beschäftigungsverhältnisse, sondern eben auch um die Beschneidung des Kernbereichs arbeitsrechtlicher Schutzpositionen. Einen solchen bedrohten Kernbereich des Arbeitsrechts stellt die Regelung der Arbeitszeit dar.

Das *juridikum* hat sich in den letzten 30 Jahren wiederholt des Arbeitsrechts und seiner Entwicklung angenommen.<sup>4</sup> Der zunehmende Flexibilisierungsdruck wurde dabei krit beleuchtet: „Jener Bereich, dessen Neoliberalisierung die unmittelbarsten Auswirkungen auf die individuelle Lebensgestaltung hat, ist das Arbeitsrecht. Und wie überall, so lautet auch hier die Zauberformel ‚Flexibilisierung‘.“<sup>5</sup> Anlässlich des Jubiläums sollen die Gründe der Arbeitszeitregulierung und ihre wesentlichen Entwicklungslinien nachgezeichnet werden.

---

1 *Rebhahn* in ZellKomm<sup>3</sup> § 1151 ABGB Rz 39.

2 *Kietaibl*, Zur Ausnahme der „leitenden Angestellten“ aus dem Arbeitszeitrecht, in *Kietaibl/Schörghofer/Schrammel*, Rechtswissenschaft und Rechtskunde: liber amicorum für Robert Rebhahn (2014) 35 (36).

3 *Firlei*, Flucht aus dem Arbeitsrecht (Teil I), DRdA 1987, 271.

4 S insb die Schwerpunkte *juridikum* 2/1998 und 2/2003.

5 *Hiebaum*, Das Recht des flexiblen Menschen – Einleitung, *juridikum* 2003, 80f.

## 2. Gründe der Arbeitszeitregulierung

Gegenstand des Arbeitsrechts ist die Leistung unselbständiger, abhängiger Tätigkeiten für andere.<sup>6</sup> Die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft erfolgt dabei „auf eine gewisse Zeit“ (§ 1151 Abs 1 HS 1 ABGB). Es wechseln sich also Zeiten der Arbeitsleistung mit Zeiten ab, während derer keine Arbeitspflicht besteht (Ruhezeiten). Wann Arbeitsleistung geschuldet wird und wann nicht, obliegt grds den Parteien des Arbeitsvertrages im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit.<sup>7</sup> Neben dem Arbeitsausmaß (Voll- bzw Teilzeit) ist auch die Lage der Arbeitszeit Gegenstand der Vereinbarung.

Dies weist bereits auf die erste, wesentliche Funktion des Arbeitszeitrechts hin. Grds sind nur jene Zeiträume, während derer AN ihre Arbeitsleistung entspr der Parteienvereinbarung anbieten, auch zu entlohnen.<sup>8</sup> Sollen die AN auch ohne Erbringung der Arbeitsleistung ein Entgelt erhalten, bedarf es hierfür grds einer besonderen gesetzlichen oder vertraglichen Anordnung; zu denken ist insb an Fälle der Dienstverhinderungen durch „Umstände, die auf Seite des Dienstgebers liegen“ (§ 1155 Abs 1 ABGB), Dienstverhinderung der AN durch Krankheit oder Unglücksfall, Urlaubsanspruch und andere wichtige Gründe.

Die Arbeitsleistung wird im vereinbarten Ausmaß geschuldet, der sog Normalarbeitszeit. AN können sich aber auch zur Überstundenarbeit verpflichten. Aufgrund der – für das Arbeitsverhältnis charakteristischen – wirtschaftlichen Abhängigkeit der AN von den Arbeitgeber\_innen (AG) scheuen AN auch häufig nicht vor überlanger Arbeit zurück.<sup>9</sup> Die Arbeitszeitgesetzgebung versucht, die AN vorrangig gegen eine Gefährdung ihres Lebens, ihrer Gesundheit und gegen die vorzeitige Abnützung ihrer Arbeitskraft zu schützen.<sup>10</sup> Dieses Ziel wird durch den „harten Kern“ des Arbeitszeitrechts gewährleistet. Dazu zählen die Höchstgrenzen der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit, Zuschlagspflicht für Über- bzw Mehrarbeitsleistungen, Mindestruhezeiten usw.

Zudem soll durch diese Regelungen aber auch vorhandene Arbeit auf mehrere Personen verteilt werden.<sup>11</sup> Dieser Effekt trifft jedoch jene hart, die selbst bei Vollzeitarbeit kein Einkommen erzielen können, das ihren Lebensunterhalt deckt (*working poor*).<sup>12</sup> Arbeitszeitregulierung schützt also nicht immer die einzelnen AN, sondern sorgt für einen Pau-

6 Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2016) 1.

7 Risak, Entgrenzte Arbeitszeit: Wunsch, Alptraum oder arbeitsrechtliche Realität?, DRdA 2015 9 (10).

8 Der unentgeltliche Arbeitsvertrag (vgl § 1152 ABGB) ist – aus praktischer Sicht – vernachlässigbar. Dass Arbeitsdauer und Arbeitslohn „in innigstem Zusammenhang“ gesehen wurden, ergibt sich auch aus dem Motivenbericht anlässlich der Novellierung der GewO im Jahre 1869 (s dazu ausführlich Risak, Hintergründe der Arbeitszeitregulierung, ZAS 2015, 127 (128f)).

9 Tatsächlich leisten von jenen AN, die im Jahr 2017 Über- bzw Mehrstunden geleistet haben, 28 % zehn oder mehr Über- bzw Mehrstunden pro Woche. Bei Männern lag dieser Schnitt sogar bei 31 % (Statistik Austria, Unselbständig Erwerbstätige nach wöchentlichen Über- bzw Mehrstunden und Geschlecht: [bit.ly/2A8OawX](http://bit.ly/2A8OawX)).

10 GP XI AB 1463, 3.

11 Rebbahn, Arbeitszeitrecht und Erwerbsfreiheit des Arbeitnehmers – eine Erwiderung, RdW 1996, 56 (57); Franz, Arbeitsmarktökonomik<sup>8</sup> 120.

12 Rebbahn, RdW 1996, 56 (57).

schalschutz. Letztlich soll sie so auch dieselben Bedingungen für alle AG schaffen und damit einen fairen Wettbewerb gewährleisten.<sup>13</sup>

Der Arbeitszeitregulierung (genauer: ihrer Reduzierung) kommt auch ein „emanzipatorischer Charakter“ zu. AN soll neben Arbeit und Schlaf ein Mindestmaß an persönlicher Bestimmungsfreiheit zuteilwerden. Diese Freizeit wird jedoch „paternalistisch“ in Form eines Arbeitsverbots angeordnet und häufig auf andere Arbeitsleistungen (insb Erziehungspflichten) verwendet.<sup>14</sup>

### 3. Entwicklung des Arbeitszeitrechts

Ein Gegensatz zwischen Arbeit und Freizeit bestand zunächst noch nicht zwangsläufig. Arbeit erfüllte oft gleichermaßen ökonomische wie auch kulturelle bzw soziale Funktionen.<sup>15</sup> Die Entwertung der Arbeit zu Mühsal und Unlust, als untergeordnete Tätigkeitform des bloß instrumentellen Handelns,<sup>16</sup> ist vielmehr Produkt eines kulturellen Wandels, dem das Arbeitsrecht Herr\* zu werden versucht. Gerade das Arbeitszeitrecht spielt hier mit seinem – eben erwähnten emanzipatorischen Charakter – eine wesentliche Rolle.

Das Arbeitszeitrecht zählt zu den ersten Schutzbestimmungen des Arbeitsrechts überhaupt und trat dabei neben die Vertragsbestimmungen etwa nach ABGB. Das heutige Arbeitszeitgesetz (kurz „AZG“) trat in seiner Stammfassung mit 5.1.1970 in Kraft.<sup>17</sup> Im Folgenden sollen die wesentlichen Entwicklungslinien des Arbeitszeitrechts in Ö aufgezeigt werden.

Eine Arbeitszeithöchstgrenze von elf Stunden trat erstmals im Juni 1885<sup>18</sup> für gewerbliche Hilfsarbeiter\_innen in „fabrikmäßig betriebenen Gewerbsunternehmungen“ in Kraft.<sup>19</sup> Diese Novelle brachte unter anderem auch eine „angemessene Ruhepause“ von zumindest „anderthalb Stunden“<sup>20</sup> sowie die Sonn- und Feiertagsruhe, wobei sich Letztere auf jene Zeit beschränkte, die nötig war, um den der Konfession entspr „Verpflichtungen zum Besuche des Vormittagsgottesdienstes nachzukommen“<sup>21</sup>.

Die Maßnahme betraf aber nur Fabriksarbeiter\_innen.<sup>22</sup> Eine grundlegende Regelung, die einen Großteil der AN erfasste, erfolgte erst mit Einführung des Gesetzes „vom 17. Dezember 1919 über den achtstündigen Arbeitstag“<sup>23</sup>.

13 *Gableitner*, Möglichkeiten der Arbeitszeitregulierung (Teil I), DRdA 2006, 335.

14 Vgl dazu *Risak*, ZAS 2015, 127 (128) und ausführlich *Risak*, Emanzipatorische Aspekte der Arbeitszeitregulierung, *momentum quarterly* 2016, 75.

15 *Füllsack*, Arbeit 18; vgl dazu auch *Malinowski*, *Argonauts of the Western Pacific* (1922) 58ff.

16 *Negt*, Zur Geschichte der Arbeit, in *Kabsnitz/Ropohl/Schmid*, Handbuch zur Arbeitslehre (1997) 27 (29).

17 § 33 Abs 1 AZG; BGBl I 1969/461.

18 RGBl 1885/22.

19 § 96a GewO 1859 idF RGBl 1885/22.

20 § 74a GewO 1859 idF RGBl 1885/22.

21 § 75 GewO 1859 idF RGBl 1885/22.

22 *Talos*, Sozialgesetzgebung im Zeichen politischer Umbrüche, in *Steindl*, Wege zur Arbeitsrechtsgeschichte (1984) 415 (421).

23 StGBI 1919/581.

Der Achtstundentag wurde als Höchstgrenze vorgesehen.<sup>24</sup> Möglichkeiten, diese Grenze auszuweiten, bestanden grds nur soweit, als diese im Gesetz ausdrücklich angeführt waren.<sup>25</sup> Zur Bewältigung eines erhöhten Arbeitsbedarfes war eine Ausweitung der täglichen Arbeitszeithöchstgrenze auf zehn Stunden erlaubt. Dies war jedoch ausschließlich nach vorheriger Bewilligung durch die polizeilichen Behörden und höchstens an 30 Tagen innerhalb eines Kalenderjahres zulässig.<sup>26</sup> Bei Überschreitung dieser Grenzen stand den AN ein Überstundenzuschlag iHv 50 % zu.<sup>27</sup>

Dieser sozialpolitische Fortschritt war wesentlich auf die angespannte politische Lage nach Ende des Ersten Weltkrieges und der Monarchie zurückzuführen. Während des Krieges gewann die Kriegsindustrie schnell an Bedeutung. 1917 waren beinahe eine Mio Menschen (im heutigen Ö) in der Rüstungs- und Munitionsindustrie beschäftigt. Die Herstellung von Artilleriemunition wurde in durchlaufenden Zwölfstundenschichten vollbracht. Frauen und Kinder wurden zur Arbeitsleistung herangezogen und die Arbeiter\_innen hausten in Barackenlagern.<sup>28</sup>

Nach Kriegsende waren sozialpolitische Zugeständnisse gegenüber den Arbeiter\_innen dringend notwendig. Um die Heimkehrer\_innenarbeitslosigkeit in den Griff zu bekommen, wurde ein tw Einstellungszwang für Betriebe verabschiedet. Die bürgerlichen Fraktionen waren bereit, noch weitere Zugeständnisse zu machen. Die Sozialdemokrat\_innen stellten dabei bewusst die Räterepubliken in Ungarn und Bayern als Drohszenario in Aussicht.<sup>29</sup>

Eine Ablehnung des Achtstundentages würde laut *Hanusch* „soziale Kämpfe auslösen, welche die Volkswirtschaft bitter zu beklagen hätte. [...] Er glaube aber, da[ss] wir zur Zeit, als in Budapest und München die Räterediktatur bestand, vielleicht nicht über die Klippen hinweggekommen wären, wenn das Staatsamt für soziale Verwaltung nicht vorausschauende Arbeit geleistet hätte.“<sup>30</sup>

Während der Zeit des Nationalsozialismus wurde das reichsdeutsche Arbeitszeitrecht auch in Ö eingeführt<sup>31</sup> und blieb auch nach Kriegsende weiter in Kraft.<sup>32</sup> Auf dessen Grundlage wurde 1956 erneut eine V „betreffend die Zulassung von Arbeitszeitverlängerungen beim Nachweis eines dringenden Bedürfnisses“ erlassen, die eine Über-

24 § 1: „In den Betrieben die den Vorschriften der Gewerbeordnung unterliegen, darf die Arbeitszeit des Arbeiters und des Angestellten ohne Einrechnung der Arbeitspausen nicht mehr als höchstens acht Stunden binnen 24 Stunden betragen.“

25 § 3 Gesetz vom 17. Dezember 1919 über den achtstündigen Arbeitstag idF StGBI 1919/581.

26 § 4 Abs 1 Gesetz vom 17. Dezember 1919 über den achtstündigen Arbeitstag idF StGBI 1919/581.

27 § 8 Gesetz vom 17. Dezember 1919 über den achtstündigen Arbeitstag idF StGBI 1919/581.

28 *Bruckmüller*, Sozialgeschichte Österreichs<sup>2</sup> (2001) 355f.

29 *Bruckmüller*, Sozialgeschichte Österreichs<sup>2</sup> (2001) 367f; vgl dazu auch Zeitungsberichte in Neue Freie Presse (v 18. Dezember 1919, 4) und Arbeiter-Zeitung (v 18. Dezember 1919, 1f).

30 Neue Freie Presse v 18. Dezember 1919, 4.

31 Kundmachung der Arbeitszeitverordnung vom 30. April 1938 (RGI 1938/447) durch GBl für das Land Österreich 1939/231.

32 *Risak*, ZAS 2015, 127 (131).

schreitung der Tagesarbeitszeit von acht Stunden nur mit Genehmigung des Arbeitsinspektorats zuließ.<sup>33</sup> Erst die Sozialpartner sorgten für eine umfassende arbeitszeitrechtliche Regelung. Der Generalkollektivvertrag trat mit 1.2.1959 in Kraft und sah eine wöchentliche Normalarbeitszeit von 45 Stunden bei entsprechendem Lohnausgleich vor.

#### 4. Einführung des Arbeitszeitgesetzes

Die Initialzündung für das AZG gab schließlich ein – von der SPÖ 1969 initiiertes – Volksbegehren, welches die schrittweise Einführung der Vierzigstundenwoche sowie eine Regelung der Arbeitszeit und der Arbeitsruhe forderte. Durch die arbeitszeitrechtlichen Regelungen der Kollektivverträge (KV) war die reichsdeutsche Arbeitszeitordnung für Ö ohnehin nur mehr von geringer Bedeutung. Das AZG ersetzte sie restlos, was als dringend gebotene Beseitigung von Rechtsunsicherheiten gesehen wurde.<sup>34</sup> Das Ausmaß der wöchentlichen Normalarbeitszeit wurde bis 1975 schrittweise auf 40 Stunden reduziert,<sup>35</sup> das Entgelt der betroffenen AN durfte nicht gekürzt werden (sog Entgeltsausgleich).<sup>36</sup>

Erst mit 1.7.1984 trat schließlich das Arbeitsruhegesetz in Kraft.<sup>37</sup> Bis zu diesem Zeitpunkt ergaben sich die wesentlichen Schutzvorschriften zur Sonn- und Feiertagsruhe aus dem Gesetz vom 16.1.1895 betreffend die Regelung der Sonn- und Feiertagsruhe im Gewerbebetrieb.<sup>38</sup>

#### 5. Zunehmende Flexibilisierung

Während das AZG für beinahe 20 Jahre relativ konstant blieb, folgten mit Beginn der Neunzigerjahre Gesetzesänderungen, die eine zunehmende Flexibilisierung mit sich brachten. Das Arbeitszeitrecht wurde *peu à peu* mit vertragsrechtlichen Elementen angereichert.

##### 5.1. Teilzeitarbeit

Das AZG war wesentlich als AN-Schutzgesetz konzipiert und entspricht noch immer vorrangig dieser Funktion. Vertragsrechtliche Bestimmungen, wie insb über das Ausmaß

---

33 BGBl 1956/195.

34 *Anonym*, ZAS 1970, 33.

35 § 3 Abs 2 AZG idF BGBl 1969/114.

36 § 3 Abs 4 AZG idF BGBl 1969/114.

37 BGBl 1983/144.

38 RGBl 1895/21; vgl auch RV 1289 BlgNR XV GP 11.

der Arbeitszeit, waren hingegen nicht vorgesehen. Die Teilzeitbeschäftigung wurde daher durch das AZG nicht gesondert geregelt.

Teilzeitbeschäftigung steht in engem Zusammenhang mit der Zunahme der Frauenbeschäftigung.<sup>39</sup> Während Frauen 1951 noch 38,8 % der Berufstätigen ausmachten,<sup>40</sup> waren es 2017 47,1 %.<sup>41</sup> Dass eine Teilzeitbeschäftigung häufig der (ehestmöglichen) Vereinbarkeit von Arbeit und jener Arbeit dient, die nicht den Schutz des Arbeitsrechts genießt (wie insb Haushaltsführung, Kinderbetreuung, Pflege von Familienmitgliedern), blieb lange Zeit ein blinder Fleck der Sozialgesetzgebung.<sup>42</sup> Noch heute ist die Teilzeitbeschäftigung erheblich ungleich verteilt. Während 47,7 % der Frauen einer Teilzeitarbeit nachgehen, trifft dies nur auf 11,9 % der Männer zu. Der Grund liegt für 36,7 % der Frauen in der Notwendigkeit der Betreuung von Kindern oder pflegebedürftigen Erwachsenen. Dies ist hingegen nur für 4,8 % der Männer ausschlaggebend.<sup>43</sup>

Gesetzliche Regelungen zur Teilzeit wurden erstmals mit dem Arbeitsrechtlichen Begleitgesetz am 1.1.1993 vorgesehen.<sup>44</sup> Es sah vor, dass Ausmaß und Lage der Arbeitszeit zu vereinbaren sind und beschränkte die Verpflichtung zur Mehrarbeitsleistung.<sup>45</sup> Zudem wurde ein allg Benachteiligungsschutz für Teilzeitarbeitskräfte vorgesehen,<sup>46</sup> der neben das Verbot der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts tritt.

Ein Zuschlag auf Mehrarbeit bestand zunächst nicht, er wurde erst mit der Arbeitszeitrechtsnovelle von 2007 iHV 25 % eingeführt.<sup>47</sup> Für AG war es zuvor möglich, Zuschläge zu vermeiden, indem – anstatt eines r Vollzeit-AN – mehrere Teilzeit-AN beschäftigt wurden. Zudem wurden Teilzeitbeschäftigte häufig für ein geringeres Stundenausmaß beschäftigt, weil Mehrarbeitsleistungen zuschlagsfrei angeordnet werden konnten. Teilzeitbeschäftigung wurde nämlich aufgrund der fehlenden Zuschläge dazu missbraucht, „Beschäftigung nach Bedarf“ (oder „kapazitätsorientierte Arbeitszeit“)<sup>48</sup> als Arbeitsmodell im Betrieb zu etablieren.<sup>49</sup>

Der geringere Zuschlag von bloß 25 % erscheint jedoch sachlich nicht gerechtfertigt. Nur 20,9 % üben eine Teilzeitbeschäftigung aus, weil sie keine Vollzeitbeschäftigung

39 Schrammel/Windisch-Graetz, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht<sup>2</sup> (2018) 118.

40 Butschek, Frauenbeschäftigung in Österreich, WIFO-Monatsbericht 1965, 21.

41 Statistik Austria, Erwerbstätige nach Alter und Geschlecht seit 1994, bit.ly/2qcWDsZ (6.10.2018).

42 Vgl GP XVIII RV 735, 43.

43 Statistik Austria, Teilzeiterwerbstätige (ILO) nach Grund für Teilzeitarbeit, Alter und Geschlecht – Jahresdurchschnitt 2017, bit.ly/2EIVdjZ (26.10.2018).

44 BGBl 1992/833.

45 § 19c Abs 2 bis 4 AZG idF BGBl 1992/833.

46 § 19c Abs 2 bis 6 AZG idF BGBl 1992/833.

47 BGBl I 2007/141.

48 OGH 22.12.2004, 8 ObA 116/04y = Arb 12.500.

49 Dazu eingehend Risak, Der Mehrarbeitszuschlag, ZAS 2007, 253; Kietaibl, Flexibilisierungsmöglichkeiten im Arbeitsverhältnis, ASoK 2008, 370; Mosler, Beschäftigung nach Bedarf – arbeitsrechtliche Grenzen der flexiblen Teilzeitarbeit, DRdA 2002, 461.

wünschen.<sup>50</sup> Die übrigen AN sehen sich aufgrund anderer Verpflichtungen zu einem geringeren Beschäftigungsausmaß gezwungen. Es ist daher nicht nachvollziehbar, warum die Mehrarbeit eine geringere Belastung darstellen soll als die Überstundenarbeit Vollzeitbeschäftigter. Zweck des Zuschlags ist schließlich auch, AG durch die größere finanzielle Belastung dazu anzuhalten, nur in begründeten Fällen von der Anordnung zusätzlicher Arbeitsleistung Gebrauch zu machen.<sup>51</sup>

## 5.2. Durchrechnungsmodelle als Form der flexiblen Arbeitszeit

Mit 1.7.1994 wurden verschiedene Modelle der Arbeitszeitflexibilisierung in das AZG eingefügt.<sup>52</sup> Während § 3 AZG grds von einer starren Regelung hinsichtlich der Normalarbeitszeit ausgeht – dies betrifft sowohl Lage als auch Ausmaß der Normalarbeitszeit –, sehen die §§ 4 bis 4c AZG mit der Schicht-, Gleitzeit- und Dekadenarbeit verschiedene Durchrechnungsmöglichkeiten vor.

Innerhalb eines Durchrechnungszeitraums sollen längere Arbeitszeiten mit kürzeren ausgeglichen werden. Hierfür wird die tägliche Normalarbeitszeit auf grds neun Stunden verlängert.<sup>53</sup> Erst wenn am Ende des Durchrechnungszeitraums die wöchentliche Normalarbeitszeit im Durchschnitt überschritten wurde, liegt Überstundenarbeit vor. Die Höchstarbeitszeitgrenzen blieben dabei unverändert.

Die verschiedenen Arbeitszeitmodelle wurden schon vor ihrer Aufnahme in das AZG in vielen Betrieben praktiziert. Zweck der Novelle war es daher, durch eine gesetzliche Verankerung für Rechtssicherheit zu sorgen<sup>54</sup> und Durchrechnungsmodelle unmittelbar auf Grundlage des Gesetzes zu ermöglichen, anstatt von einer entspr Zulassung durch den KV abhängig sein zu müssen.<sup>55</sup>

AG waren damit nicht mehr von einer verhandlungsstarken KV-Partei auf AN-Seite oder bes geschützten Belegschaftsvertreter\_innen abhängig. Kollektive Regelungen ermöglichten es der AN-Seite im Gegenzug für eine Arbeitszeitflexibilisierung günstige Regelung für AN durchzusetzen, die zu einem Interessensausgleich führen (wie insb Zuschläge).<sup>56</sup> Viele Vereinbarungen konnten nunmehr individuell mit AN getroffen werden, was zu einer Aufweichung des intendierten Pauschalschutzes führte.

50 *Statistik Austria*, Teilzeiterwerbstätige (ILO) nach Grund für Teilzeitarbeit, Alter und Geschlecht – Jahresdurchschnitt 2017, bit.ly/2EIVdjZ (26.10.2018).

51 Vgl GP XII RV 136, 2; *Felten* in *Grillberger*, AZG<sup>3</sup> (2011) § 10 Rz 1; *Schrank*, Arbeitszeitgesetze<sup>5</sup> (2018) § 10 AZG Rz 2.

52 BGBl 1994/446.

53 §§ 4a bis 4c idF BGBl 1994/446.

54 Dies galt vorrangig für die Gleitzeit, weil unklar war, ob eine einzelvertragliche Regelung ausreicht; Stenographisches Protokoll 166. Sitzung NR XVIII GP 19218.

55 *Grillberger* in *Grillberger*, AZG<sup>3</sup> § 4a Rz 2.

56 Vgl *Klein* in *Heilegger/Klein*, AZG<sup>4</sup> § 1a Rz 2.

## 6.1. Die Arbeitszeitnovelle 2007 – eine Stärkung der betrieblichen Ebene?

Die Möglichkeit, Interessensausgleiche auszuverhandeln, wurde auch durch die Novelle 2007<sup>57</sup> weiter geschwächt. Nunmehr konnten auch Betriebsvereinbarungen – unter bestimmten Voraussetzungen – Regelungen vorsehen, die eigentlich KV vorbehalten waren (§ 1a AZG).

Auch hier besteht die Gefahr, dass die AN-Seite im Gegenzug für die Arbeitszeitflexibilisierung keine Vorteile ausverhandeln kann. Während nämlich den KV alle „gegenseitig aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer“ vorbehalten sind (§ 2 Abs 2 Z 2 ArbVG), ist die Regelungskompetenz von Betriebsvereinbarungen auf jene Gebiete beschränkt, die ihnen durch Gesetz oder KV zugewiesen werden (§ 29 ArbVG).<sup>58</sup> Dass die Regelung tatsächlich zu einer „Stärkung der betrieblichen Ebene“<sup>59</sup> führt, wurde daher vielfach bezweifelt.<sup>60</sup> Insb die Regelung von Entgeltfragen und damit insb von Zuschlägen ist nur sehr eingeschränkt zulässig (vgl § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG).

Im Zuge der Novelle wurde auch die bereits mit 1.5.1997<sup>61</sup> eingeführte Regelung des § 7 Abs 4 AZG erweitert. Diese sieht vor, dass durch Betriebsvereinbarung „[b]ei vorübergehend auftretendem besonderem Arbeitsbedarf“ die Grenzen der Höchstarbeitszeit auf zwölf Stunden täglich bzw 60 Stunden wöchentlich angehoben werden könne, soweit dies „zur Verhinderung eines unverhältnismäßigen wirtschaftlichen Nachteils“ notwendig ist. Schon bisher war also eine Höchstarbeitszeit von zwölf Stunden täglich und 60 Stunden wöchentlich möglich. Unklar war jedoch, wann diese Voraussetzungen tatsächlich erfüllt waren.<sup>62</sup> Laut Regierungsprogramm 2017–2022 war die Regelung der „Sonderüberstunden“ zu restriktiv. Betriebliche Mitbestimmung und arbeitsmedizinische Kontrollen sollten zugunsten einer Anordnungsbefugnis der AG aufgegeben werden.<sup>63</sup>

## 6.2. Arbeitszeitnovelle 2018

Maßnahmen zur „Entbürokratisierung und Flexibilisierung der Arbeitszeitgesetze“<sup>64</sup> wurden schließlich mit der Arbeitszeitnovelle 2018<sup>65</sup> umgesetzt. Die wohl prominentes-

57 BGBl I 2007/61.

58 Vgl auch RIS-Justiz RS0050981.

59 ErläutRV 141 BlgNR XXIII. GP 3.

60 *Gahleitner*, Ausgewählte Rechtsfragen zur Beziehung zwischen Arbeitszeit und Entgelt, DRdA 2012, 123 [124]; *Klein* in *Heilegger/Klein*, AZG<sup>4</sup> § 1a Rz 10; *Pfeil* in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 1a AZG Rz 1.

61 BGBl I 1997/46.

62 LVwGNÖ 24.7.2017, LVwG-S-1367/001-2016; *Kietaibl*, Zwei Fragen zur Zulassung von Sonderüberstunden durch Betriebsvereinbarung, *ecolex* 2018, 61.

63 Zusammen. Für unser Österreich. Regierungsprogramm 2017 – 2022, 138f.

64 Zusammen. Für unser Österreich. Regierungsprogramm 2017 – 2022, 139; Initiativantrag 303/A XXVI. GP 4.

65 BGBl I 2018/53.

te Neuerung ist die generelle Ausweitung der täglichen und wöchentlichen Höchstarbeitszeitgrenzen von zehn auf zwölf bzw 50 auf 60 Stunden. Regelungen, die schon bisher eine Ausweitung der Höchstgrenzen vorsahen, sind damit überholt, wie zB die Sonderüberstunden gem § 7 Abs 4 aF oder die Lenkzeit gem § 20 Abs 6 AZG aF. Die Normalarbeitszeitgrenzen des § 3 AZG blieben hingegen unverändert.

AN sind zur Leistung von Überstundenarbeit nicht ohne weiteres verpflichtet.<sup>66</sup> Es bedarf hierfür vielmehr einer vertraglichen Vereinbarung. Die Zulassung von Überstunden über die alte Höchstgrenze von 50 Wochenstunden war hingegen in weiten Teilen den Instrumenten des Kollektivrechts vorbehalten (iSd § 9 Abs 2 und 3 aF). Durch die Novelle kann die gesamte Bandbreite an möglichen Überstunden mit den einzelnen AN, anstatt mit einer verhandlungsstärkeren KV-Partei bzw betrieblichen Vertretung vereinbart werden, was in Hinblick auf das Verhandlungsungleichgewicht der Arbeitsvertragsparteien bedenklich erscheint.

Nach unveränderter Rechtslage können die AN die Leistung von Überstundenarbeit verweigern,<sup>67</sup> wenn berücksichtigungswürdige Interessen der AN entgegenstehen (§ 6 Abs 2 AZG). Für die Anordnung von Überstundenarbeit über die tägliche zehnte bzw wöchentliche fünfzigste Stunde wurde eine zweite Schranke eingezogen, wonach es den AN freisteht, diese Überstunden ohne Angabe von Gründen zu verweigern (§ 7 Abs 6 AZG). Dieses Leistungsverweigerungsrecht wird durch ein allg Benachteiligungsverbot flankiert, das insb einen eigenen Kündigungsschutz umfasst. Zudem darf die durchschnittliche Wochenarbeitszeit innerhalb eines Durchrechnungszeitraumes von 17 Wochen 48 Stunden nicht überschreiten (§ 7 Abs 1 Satz 1 AZG).

### 6.2.1. Ablehnungsrecht und Freiwilligkeit

Auf den ersten Blick erscheint fraglich, ob dieser bes Kündigungsschutz tatsächlich notwendig ist, da eine Kündigung möglicherweise auch unter Berufung auf den Motivkündigungsschutz (§ 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG) angefochten werden kann.<sup>68</sup> Der Kündigungsschutz des § 105 ArbVG besteht jedoch nur im betriebsratspflichtigen Betrieb. AN in Betrieben mit weniger als fünf Beschäftigten wären dem Kündigungsschutz somit vollkommen entzogen.

Zusätzlich ist zu bedenken, dass in Ö der Grundsatz der Kündigungsfreiheit gilt. Den AG steht es also grds frei, Dienstverhältnisse ohne Grund zu beenden. AN können eine Kündigung nur dann anfechten, wenn dies vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist. Gleiches gilt für die Entlassung. Ist eine Anfechtungsmöglichkeit nicht vorgesehen,

---

66 Grillberger in Grillberger, AZG<sup>3</sup> § 6 Rz 16.

67 Grillberger in Grillberger, AZG<sup>3</sup> § 6 Rz 24.

68 So Peschek/Unterrieder, Die Neuregelung der Überstunden und der Wochenendarbeit, in Köck, Arbeitszeit Neu: Die Arbeitszeitnovelle 2018 (2018) 23 (31).

können AN lediglich ihren Verdienstentgang in Form der Kündigungsentschädigung geltend machen.

Das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs 6 AZG sieht also nur eine Kündigungsanfechtung vor. Nach dem Wortlaut ist eine Bekämpfung der ungerechtfertigten Entlassung aufgrund der Verweigerung der elften und zwölften Stunde hingegen nicht vorgesehen. Entlässt ein\_e AG daher AN, anstatt sie zu kündigen, besteht keine Chance, dass Letztere wieder in den Betrieb aufgenommen werden müssen, soweit die AN nicht dem Anfechtungstatbestand des § 106 ArbVG unterliegen und gleichzeitig eine Kündigung sozial- oder motivwidrig gewesen wäre.<sup>69</sup>

Verneint man also, dass die Kündigung aufgrund der Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts nach § 7 Abs 6 AZG jedenfalls motivwidrig ist, wären AN im Falle der Entlassung auf die Kündigungsentschädigung verwiesen. Schon vor dem Gedanken der Rechtssicherheit geht *Wolf* zutreffend davon aus, dass § 7 Abs 6 AZG eine planwidrige Unvollständigkeit enthält und daher eine Entlassungsanfechtung analog möglich sein muss.<sup>70</sup>

### 6.2.2. Erhöhter Arbeitsbedarf

§ 6 Abs 2 AZG legt neben dem Leistungsverweigerungsrecht zusätzlich fest, dass die Überstundenarbeit nur dann angeordnet werden darf, wenn diese nach dem AZG ausdrücklich zulässig ist. Die bloße Vereinbarung mit den AN reicht somit nicht aus.

Eine besondere Bedeutung hat idZ § 7 AZG, wonach Überstundenarbeit bei erhöhtem Arbeitsbedarf bisher nur iR bestimmter Kontingente angeordnet werden durfte. Die Höchstgrenzen von zehn Stunden täglich und 50 Stunden wöchentlich konnten also (ohne Vorliegen einer anderen Zulassung) nicht durchgehend abgerufen werden. Abs 1 sah vor, dass die Wochenarbeitszeit um fünf Überstunden in der einzelnen Woche und darüber hinaus um höchstens 60 Überstunden innerhalb eines Kalenderjahres verlängert werden konnte. Waren die Kontingente erschöpft, konnten die AN die Überstundenarbeit ablehnen, ohne sich auf das Vorliegen berücksichtigungswürdiger Interessen berufen zu müssen.

Die Bestimmung wurde jedoch dahingehend geändert, dass nunmehr in jeder einzelnen Woche das volle Überstundenmaß von 20 Stunden abgerufen werden kann. Die Änderung sei notwendig gewesen, weil die bisherige Regelung mit den Überstundenkontingenten als „kompliziert empfunden“ wurde.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> Abweichend davon ist selbstverständlich der bes. Entlassungsschutz zu betrachten, wie bspw nach MSchG/VKG oder für Belegschaftsvertreter.

<sup>70</sup> *Wolf*, Der „12-Stunden-Tag“ und das Ablehnungsrecht, *ecolex* 2018, 793 (795f).

<sup>71</sup> Initiativantrag 303/A XXVI. GP 6.

Offenkundig ist nunmehr der innere Widerspruch des § 7 Abs 1 AZG. Einerseits können jede Woche 60 Arbeitsstunden angeordnet werden,<sup>72</sup> andererseits muss der Arbeitsbedarf bei Anordnung der Überstunde „erhöht“ sein. Der erhöhte Arbeitsbedarf kann aber definitionsgem nur vorübergehend und nie Dauerzustand sein.<sup>73</sup> Der Dauerzustand kann also insb bereits dann eintreten, wenn das Kontingent nach § 7 Abs 1 AZG noch nicht erschöpft ist. Überstunden können also – unabhängig von § 7 Abs 1 AZG nF – nicht dauernd angeordnet werden. Vielmehr können AN ohne Berufung auf das bes Ablehnungsrecht und ohne Vorliegen berücksichtigungswürdiger Interessen Überstundenarbeit ablehnen, weil sie bei dauerhafter Anordnung ohnehin unzulässig sind. Bei genauerem Blick auf den Regelungskomplex der §§ 7 bis 9 AZG fällt somit auf, dass viele Regelungen vollkommen redundant und damit komplizierter geworden sind.<sup>74</sup>

### 6.2.3. Einschränkung des Anwendungsbereichs (?)

Viel weniger Beachtung fand die Novellierung des persönlichen Anwendungsbereichs des AZG. Neben der Ausnahmebestimmung für „nahe Angehörige“ wurde auch der Ausnahmetatbestand der „leitenden Angestellten“ um die „sonstigen[n] Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“ mit „maßgebliche[r] selbständige[r] Entscheidungsbefugnis“ erweitert.<sup>75</sup>

Leitende Angestellte waren seit jeher aus dem Anwendungsbereich des AZG ausgenommen.<sup>76</sup> Der Schutz des AZG sollte jenen nicht zu Gute kommen, die „sich auf Grund ihrer einflu[ss]reichen Position aus der gesamten Angestelltenschaft herausheben.“ Entscheidend seien „faktischer Einflu[ss]“ und die Funktion der AN. Die Ausnahmebestimmung umfasse sowohl „Vorstandsmitglieder“ als auch andere AN in leitender Position.<sup>77</sup> Soweit das Arbeitszeitrecht AN vor der übermäßigen und gesundheitsgefährdenden Inanspruchnahme durch die AG schützen soll, erscheint es konsequent, dass jener Gruppe der AN der Schutz des AZG nicht zukommen soll, die sich aus eigener Kraft dieser Drucksituation widersetzen können.<sup>78</sup>

72 Zu beachten ist aber auch weiterhin die Höchstgrenze des § 7 Abs 1 Satz 1 AZG.

73 Grillberger in Grillberger, AZG<sup>3</sup> § 6 Rz 3; Pfeil in ZellKomm<sup>3</sup> §§ 6 bis 8 AZG Rz 23; aA Schrank, der zwar zugestehet, dass Überstundenarbeit „nicht der Normalfall“ sein darf, aber gleichzeitig die Ansicht vertritt, dass Überstundenarbeit nach § 7 Abs 1 AZG auch bei nicht bloß vorübergehendem Mehrbedarf angeordnet werden kann (Arbeitszeitgesetz<sup>5</sup> § 7 AZG 5).

74 Auch Peschek/Unterrieder kritisieren, dass es der Gesetzgeber verabsäumt hat, „die §§ 7-9 AZG zu einer einheitlichen und klaren Regelung der Verlängerung bzw Höchstgrenzen der Arbeitszeit zu vereinheitlichen“ (in Köck 23 (28)).

75 § 1 Abs 2 Z 8 AZG idF BGBl I 2018/53.

76 § 1 Abs 2 Z 8 AZG idF BGBl 1969/114.

77 AB NR 1463 BlgNR XI. GP 4.

78 Kietaihl in Kietaihl/Schörghofer/Schrammel, 35f.

Schon anlässlich des Regierungsprogramms 2013–2018 wurde eine Ausnahme aller AN mit selbständiger Entscheidungsbefugnis aus dem AZG und ARG verhandelt, letztlich jedoch nicht umgesetzt.<sup>79</sup>

*Kietaibl* vertrat dabei, dass schon nach der bisher geltenden Rechtslage AN bereits dann aus dem AZG ausgenommen waren, wenn die Bestimmung des § 1 Abs 2 Z 8 AZG entspr ihrer äußerst möglichen Wortsinngrenze ausgelegt und sämtliche Betriebsführungsaufgaben als „maßgebliche, selbstverantwortliche Führungsaufgaben“ gesehen worden wären. Eine solche Auslegung wäre auch analog unter Berücksichtigung gleichheitsrechtliche Aspekte gefordert.<sup>80</sup>

Tatsächlich entschied sich der Gesetzgeber, nicht auf eine – wenig zu erwartende – Rechtsprechungsänderung bei der Auslegung des § 1 Abs 2 Z 8 AZG zu warten, sondern wurde selbst tätig.

Die Ausnahmebestimmung des § 1 Abs 2 Z 8 AZG umfasst nunmehr leitende Angestellte *oder sonstige Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer*, denen (i) maßgebliche selbständige Entscheidungsbefugnis übertragen ist und (ii) deren gesamte Arbeitszeit auf Grund der bes Merkmale der Tätigkeit (a) nicht gemessen oder im Voraus festgelegt wird, oder (b) von diesen AN hinsichtlich Lage und Dauer selbst festgelegt werden kann.

Auffällig ist dabei zunächst, dass nicht nur „leitende Angestellte“, sondern auch „sonstige Arbeitnehmer\_innen“ angeführt werden. Die Ausnahmebestimmung kann somit jedenfalls auch Arbeiter\_innen erfassen.<sup>81</sup> Zudem werden nicht mehr maßgebliche „Führungsaufgaben“, sondern Entscheidungsbefugnisse vorausgesetzt. Die Abweichungsmöglichkeit des Art 17 Abs 1 lit 1 RL (EG) 2003/88<sup>82</sup> wird damit im Hinblick auf ihren Wortlaut voll ausgereizt.

Der OGH sah den Zweck der Ausnahme leitender Angestellter bereits zuvor ua darin, dass diese ihre Arbeitszeit *weitgehend* selbst einteilen können.<sup>83</sup> Insoweit fasst die Novelle scheinbar den Meinungsstand zur Ausnahmebestimmung der leitenden Angestellten zusammen. Die Europäische Kommission hat jedoch in ihrer Mitteilung zu Auslegungsfragen der Arbeitszeit-RL klargestellt, dass eine Ausnahme nur dann möglich sei, wenn die *gesamte* Arbeitszeit nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den AN festgelegt werden kann.<sup>84</sup> Eine bloß überwiegende Autonomie reicht somit jedenfalls nicht aus.<sup>85</sup>

79 *Heilegger*, Tendenzen im Arbeitszeitrecht, *juridikum* 2014, 80 (86).

80 *Kietaibl* in *Kietaibl/Schörghofer/Schrammel* 35 (42f).

81 *Friedrich*, Neue Geltungsbereichsausnahmen im AZG/ARG, *ZAS* 2018, 273 (274).

82 RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, *ABl L* 2003/299, 9.

83 OGH 8.9.1993, 9 *ObA* 146/93.

84 Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, *ABl C* 2017/165, 44f; s dazu auch die Schlussanträge der GA *Kokott* v 9.3.2006 in *Kommission/Vereinigtes Königreich*, C-484/04, Rn 22 bis 24.

85 *Friedrich* geht daher davon aus, dass die Ausnahmebestimmung – im Hinblick auf ihre Europarechtskonfirmität – zurückhaltender auszulegen ist, *ZAS* 2018, 273 (274).

Sind die Ausnahmebestimmungen auf einzelne AN anwendbar, kommt weder das AZG noch das ARG auf sie zur Anwendung. Sie müssen sich angemessene Arbeitsbedingungen mit den AG selbst aushandeln. Leitende Angestellte und sonstige AN mit maßgeblicher selbständiger Entscheidungsbefugnis sind jedoch regelmäßig von den einschlägigen KV erfasst, die zumindest teilweise Regelung hinsichtlich der Arbeitszeit vorsehen.

Zudem können AN, die nicht den Schutzbestimmungen des AZG unterliegen, nicht unbegrenzt zur Arbeitsleistung herangezogen werden, insb müssen sie nicht ständig erreichbar sein.<sup>86</sup> Auch leitende Angestellte und sonstige AN mit maßgeblicher selbständiger Entscheidungsbefugnis haben Anspruch auf „gleichwertige Ausgleichsruhezeiten“ (Art 17 Abs 2 RL (EG) 2003/88).<sup>87</sup> AG haben auch im Hinblick auf die sie treffende Fürsorgepflicht von einer übermäßigen Inanspruchnahme Abstand zu nehmen.<sup>88</sup>

RL (EG) 2003/88 legt grds eine tägliche Höchstgrenze der Arbeitszeit von 13 Stunden fest. Diese Grenze ist – iSd „gleichwertigen Ausgleichsruhezeiten“ – auch für AN als Richtwert beachtlich, die nicht dem AZG unterliegen. Werden diese AN regelmäßig über diese Arbeitszeitgrenze hinaus zur Arbeitsleistung herangezogen, können sie diese wohl konsequenzlos ablehnen.

## 7. Folgen

Ob die Anhebung der Höchstarbeitszeitgrenzen und die Änderung des persönlichen Geltungsbereichs des AZG tatsächlich zu mehr geleisteten Arbeitsstunden führen wird oder ob sich hingegen Arbeitsspitzen und Zeiten geringerer Belastung lediglich stärker abwechseln werden, bleibt abzuwarten.

Absehbar ist jedoch, dass weniger Verwaltungsstrafen aufgrund der Überschreitung der Höchstarbeitszeitgrenzen verhängt werden (§ 28 AZG). Diesem Aspekt wird auch in der arbeitsrechtlichen Beratung die größte Aufmerksamkeit zuteil.

Diese Erleichterung im Bereich der Strafbarkeit von Arbeitszeitverstößen ist iZm der Novelle des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu sehen.<sup>89</sup> So sieht der neu eingefügte § 33a VStG vor, dass bei Feststellung einer Übertretung von der Behörde keine Strafe zu verhängen, sondern zu beraten ist, soweit die Bedeutung des geschützten Rechtsgutes und die Intensität der Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden der Beschuldigten gering sind. Nur wenn innerhalb der von der Behörde gesetzten Frist der rechts-

---

86 Dauererreichbarkeit zählt zu den typischen Belastungen von Führungskräfte; vgl dazu *Kullmann*, Neue Ausnahmen für leitende Angestellte und Angehörige, in *Köck*, Arbeitszeit Neu: Die Arbeitszeitsnovelle 2018 (2018) 1 (9) mwN.

87 Vgl Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl C 2017/165, 50.

88 *Kullmann*, in *Köck* 1 (9).

89 BGBl I 2018/57.

widrige Zustand nicht beendet wurde oder neue Übertretungen verwirklicht wurden, soll die Behörde strafen. Bisher unklar ist, ob auch bei Verstößen gegen das AZG nur eine geringe Beeinträchtigung anzunehmen ist. Schon bisher wurde aber bei Verstößen gegen AN-Schutzvorschriften tw von der Verhängung einer Strafe abgesehen und lediglich eine Ermahnung gem § 45 Abs 1 Z 4 VStG ausgesprochen.<sup>90</sup>

Das Regierungsprogramm für die Periode 2017–2022 sieht zudem vor, dass der Entgeltbegriff des § 3 LSD-BG grds auf den Grundbezug und Sonderzahlungen eingeschränkt werden soll.<sup>91</sup> Der Vorenthalt von Zuschlägen für Mehr- und Überstundenarbeit würde keine Strafbarkeit gem § 29 LSD-BG mehr nach sich ziehen. Den AN wäre damit ein wesentliches Druckmittel zur Durchsetzung ihrer Ansprüche genommen. Dies gilt insb auch im Hinblick auf die häufig vorgesehenen Verfallsfristen für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, die nach stRsp nicht mehr als drei Monate betragen müssen.<sup>92</sup>

## 8. Fazit

Das Arbeitszeitrecht sah ursprünglich einen Pauschalschutz für weite Kreise der AN vor. Aufgrund der zunehmenden Aufweichung des Schutzcharakters gewinnt die vertragliche Ausgestaltung auf betrieblicher und individueller Ebene an Bedeutung. Das Arbeitszeitrecht verliert damit nach und nach seinen eingangs beschriebenen Charakter und wird verstärkt zum Instrument unternehmerischer Interessen. Zunächst sind viele AN dem Schutz des AZG entzogen, zudem bestehen aber auch für jene, die ihn noch genießen, weitreichende Flexibilisierungsmöglichkeiten.

Die zunehmende Flexibilisierung erschwert die Vorhersehbarkeit der Ruhezeiten für die AN. Das Arbeitsangebot wird schlechter verteilt, weil AG bei Produktionsspitzen auf das vorhandene Personal zurückgreifen können und nicht – iSe vorausschauenden Personalplanung – zur Einstellung zusätzlicher Arbeitskräfte gezwungen sind.

Viele Formen der Verschiebung der Normalarbeitszeit können mittlerweile unmittelbar zwischen AG und AN vereinbart werden. Die Flexibilisierung des Arbeitszeitrechts ist jedoch kein geeignetes Mittel, um das Verhandlungsungleichgewicht<sup>93</sup> aufzulösen, sondern wird dieses vielmehr verstärken. Ein Ausgleich widerstreitender Interessen erscheint so nur schwer möglich. Dieser Effekt wird verstärkt, wenn die verwaltungsstrafrechtliche Flankierung des Arbeitszeitrechts aufgegeben werden soll, wie bspw durch die Einschränkung des Kumulationsprinzips gem § 22 Abs 2 VStG.<sup>94</sup>

<sup>90</sup> LVwG Wien 27.4.2015, VGW-042/013/30040/2014; dazu näher *Hugeneck*, Die Ermahnung im Verwaltungsstrafrecht – eine Judikaturanalyse, ZVG 2016, 407.

<sup>91</sup> Zusammen. Für unser Österreich. Regierungsprogramm 2017–2022, 146.

<sup>92</sup> RIS-Justiz RS0016688 [T1].

<sup>93</sup> Vgl *Rebbahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm<sup>3</sup> § 1151 ABGB Rz 39.

<sup>94</sup> Zusammen. Für unser Österreich. Regierungsprogramm 2017–2022, 18 und 135.

Eine Regelungskompetenz für die individuelle und betriebliche Ebene scheint letztlich nur dort angezeigt, wo sie überwiegend Nutzen für die AN schafft (insb bei der Gleitzeit).<sup>95</sup> Hingegen sollten eingriffsintensive Regelungen, wie die Festlegung der Höchstarbeitszeitgrenzen, jener Ebene vorbehalten sein, wo sich AG und AN gleichberechtigt gegenüberstehen.

Massive Umbrüche in der Arbeitswelt geben sicherlich Anlass, allzu strenge Regulierungen zu hinterfragen. Sie sollten jedoch genutzt werden, um moderne Formen der Arbeitszeitgestaltung iRd Gesetzes zu ermöglichen und sich nicht darauf beschränken, diese bloß auf ungleiche Vertragspartner\_innen auszulagern. Hingegen wirkt sich eine massive Deregulierung des Arbeitsrechts nicht nur auf die AN unmittelbar negativ aus, sondern führt mittelbar auch als „Katalysator“ zu einer Flucht in atypische und häufig prekäre Beschäftigungsverhältnisse.<sup>96</sup>

Mag. Peter C. Schöffmann ist Universitätsassistent am Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht der Wirtschaftsuniversität Wien; peter.schoeffmann@wu.ac.at

---

<sup>95</sup> Heiliger, Tendenzen im Arbeitszeitrecht, *juridikum* 2014, 80 (87).

<sup>96</sup> Firle, Flucht aus dem Arbeitsrecht (Teil I), DRdA 1987, 271.

# juridikum

zeitschrift im rechtsstaat ..... nr 3. 2004

thema



# Brechungen des Liberalismus

recht & gesellschaft

- vergleiche, vergleiche, vergleiche
- Moot Courts
- Wider die Ohnmacht
- Die homepage und die Rechtssicherheit
- Gesamtänderung durch EU-Verfassung

P.b.b. · Verlagspostamt 1030 · 02Z032221 · Euro 9,50 · ISSN 1019-5394

 **VERLAG  
ÖSTERREICH**  
VORMALS VERLAG DER K. U. K.  
HOF- UND STAATSDRUCKEREY

Für Context herausgegeben von  
.....  
Iris Eisenberger · Ronald Faber · Christian Hiebaum

Titelblatt von juridikum 3/2004, Brechungen des Liberalismus.

# Autonome Geltung und Vorrang des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten aus der Sicht der österreichischen Verfassung

Theo Öhlinger

---

Einleitung – verfasst von *Kevin Fredy Hinterberger* und *Nikolaus Wieser*<sup>1</sup>

Zu Beginn des *juridikum* vor 30 Jahren war Ö noch nicht Mitglied der EU. Mit dem geplanten Beitritt wurde auch im *juridikum*<sup>2</sup> diskutiert, wie sich das Europarecht (als EWR- und Gemeinschaftsrecht) auf die österr Rechtsordnung auswirken und insbes ob diesem Vorrang vor nationalem Recht zukommen würde. Der EuGH hatte hier mit der autonomen Geltung und dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts (nunmehr Unionsrecht) schon klare Antworten parat, doch waren diese für die österr Rechtsordnung einfach so zu übernehmen? Würde dies etwa einen absoluten Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht bedeuten?

Diese Diskussion hat *Theo Öhlinger* wie kein anderer geprägt: Sei es der Begriff des „integrationsfesten Kerns“, der Jus-Studierenden aus seinen Lehrbüchern<sup>3</sup> wohl bekannt ist, oder die Frage, ob die Ratifikation des gescheiterten EU-Verfassungsvertrages eine Gesamtänderung der österr Bundesverfassung darstellen würde. *Stefan Hammer* hat im *juridikum* 3/2004 zutreffend festgestellt, es sei „kaum mehr eine Problemstellung denkbar, in der man nicht mehrfach auf [Öhlingers] Werk zurückgreifen muss“, da dieser „das weite Feld des europäischen demokratischen Verfassungsstaates und seine theoretischen Voraussetzungen [derart dicht] durchdrungen hat“.<sup>4</sup> Daher wäre auch kein anderer besser berufen, die Entwicklung der verfassungsrechtlichen Fragen, die sich mit Blick auf das Verhältnis österr Recht und Gemeinschafts- bzw Unionsrecht stellen, von Beginn des österr EU-Beitritts bis heute nachzuzeichnen, als der Autor des folgenden Beitrags.

---

1 *Kevin Fredy Hinterberger* und *Nikolaus Wieser* danken dem Autor, dass er die Publikation dieses Beitrags ermöglicht hat. Der Beitrag basiert auf dem Manuskript eines Vortrags, den Theo Öhlinger am 22.10.2018 im Rahmen einer Tagung am polnischen Verfassungsgericht in Warschau halten sollte, an dem er jedoch aus persönlichen Gründen nicht teilnehmen konnte. Das Manuskript wurde verlesen und war nach einem Bericht Gegenstand der Diskussion.

2 Vgl ua *Ehrnböfer*, EWR-Recht oder Bundesverfassung, *juridikum* 1/1993, 9.

3 Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>11</sup> (2016), das im Frühjahr 2019 in der bereits 12. Auflage erscheinen wird, und *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht<sup>6</sup> (2017).

4 *Hammer*, EU-Verfassungsvertrag, Gesamtänderung der Bundesverfassung und pouvoir constituant, *juridikum* 3/2004, 112.

## 1. Autonome Geltung und Vorrang des Unionsrechts in der Judikatur des EuGH

In seiner epochalen Entscheidung *Van Gend en Loos* (1963) qualifizierte der EuGH das Gemeinschaftsrecht als „eine Rechtsordnung, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind“. In dieser Formulierung kommt der Anspruch des Unionsrechts zum Ausdruck, von sich aus direkt auf private (natürliche und juristische) Personen „durchzugreifen“. Das Unionsrecht beansprucht damit etwas, was bis dahin prinzipiell dem staatlichen Recht vorbehalten war, und ist insofern nicht mehr genuines Völkerrecht. Es ist vielmehr eine autonome Rechtsordnung, die ihren Geltungsgrund in sich trägt und die in den MS neben dem staatlichen Recht und unabhängig von diesem unmittelbar gilt. Pointiert, aber, wie ich meine, durchaus zutreffend formuliert: Unionsrecht gilt in den MS nicht anders als Bundesrecht in den Gliedstaaten eines Bundesstaates gilt.<sup>5</sup> Identifiziert man mit *Kelsen* den Staat mit der Rechtsordnung, so unterscheidet sich die EU nicht mehr von einem Bundesstaat. Dass Europa kein Staat ist, liegt vor allem am fehlenden Gewaltmonopol der Union, nicht aber an seiner rechtlichen Struktur.

Weil sich damit der Adressatenkreis des Unionsrechts mit jenem des staatlichen Rechts überschneidet, bedarf es – wie in einem Bundesstaat – einer Regel, die im Fall eines Konflikts den jeweiligen Anwendungsbereich abgrenzt. Der EuGH hat in seiner zweiten hier grundlegenden Entscheidung – *Costa/ENEL* (1964) – den *Anwendungsvorrang des Unionsrechts* als eine solche Regel postuliert. Demnach ist jedes staatliche Organ verpflichtet, unmittelbar anwendbares Unionsrecht in seinem Wirkungsbereich uneingeschränkt anzuwenden und „jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts, gleichgültig ob sie früher oder später als die Gemeinschaftsnorm ergangen ist, unangewendet zu lassen.“ Unmittelbar anwendbar ist Unionsrecht in jeder Form, sofern es „unbedingt und hinreichend genau“ („vollzugsfähig“) ist: VO und Entscheidungen schon dem Begriffe nach, aber nach der Rsp des EuGH<sup>6</sup> auch (Private begünstigende) RL<sup>7</sup>, die nicht rechtzeitig in nationales Recht umgesetzt wurden, auch wenn ihre Adressaten nach der expliziten Anordnung des Art 288 Abs 3 AEUV nur die MS sind, ebenso das Primärrecht, ferner völkerrechtliche Verträge der Union, sofern sie „unbedingt und hinreichend klar gefasst“ sind.<sup>8</sup>

Staatlichem Recht, das mit einer unmittelbar anwendbaren Norm des EU-Rechts nicht vereinbar ist, wird nicht derogiert. Es darf aber nicht angewendet werden. Allerdings wird es nur soweit zurückgedrängt, als es das Unionsrecht im konkreten Fall erfordert.

5 So schon *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht (1998) 61. Vgl zuletzt auch *Klamert*, EU-Recht<sup>2</sup> (2018) Rz 69, 76ff.

6 Dazu ausführlich *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht 71 ff; *Schroeder*, Grundkurs Europarecht<sup>3</sup> (2017) 97f.

7 Der EuGH spricht in Bezug auf Richtlinien von „unmittelbarer Wirkung“, doch kommt es im hier gegebenen Zusammenhang auf diese terminologische Differenz nicht an; differenzierend allerdings *Holoubek*, Doppelte Bindung und Richtlinienumsetzung, ZÖR 2018, 603 (614).

8 EuGH 30.4.1974, C-181/73, ECLI:EU:C:1974:41, *Haegeman*; EuGH 26.10.1982, C-104/81, ECLI:EU:C:1982:362, *Hauptzollamt Mainz*.

Der VwGH hat dies dahingehend präzisiert, dass umgekehrt auch dann, wenn mehrere unionsrechtskonforme Lösungen eines Falles möglich erscheinen, nur jene angewendet werden darf, „mit welcher die Entscheidung des nationalen Gesetzgebers so weit wie möglich erhalten bleibt“<sup>9</sup>. Die nationale Regelung bleibt insofern in jener Gestalt anwendbar, in der sie nicht in Widerspruch zum Unionsrecht steht. Es besteht also ein *wechselseitiger Verdrängungsmechanismus*.

Der VfGH<sup>10</sup> hat dieses Zusammenspiel auf den Begriff der „doppelten Bedingtheit“ gebracht: Staatliches Recht muss dem Unionsrecht entsprechen. Innerhalb des Spielraums, den das Unionsrecht den staatlichen Organen offen lässt, bleiben diese aber an das höherrangige staatliche Recht, also vor allem an das Verfassungsrecht gebunden.

## 2. Vorrang auch vor dem nationalen Verfassungsrecht?

Nach Ansicht des EuGH gilt der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts (bzw heute: des Unionsrechts) uneingeschränkt auch gegenüber dem nationalen Verfassungsrecht: Es könne „die Gültigkeit einer Gemeinschaftshandlung oder deren Geltung in einem MS nicht berühren, wenn geltend gemacht wird, die Grundrechte in ihrer von der Verfassung dieses Staates gegebenen Gestalt oder die Strukturprinzipien der nationalen Verfassung seien verletzt“<sup>11</sup>. Dem haben freilich mehrere nationale Höchst- bzw Verfassungsgerichte widersprochen.<sup>12</sup> Auf die österr Position zu dieser Frage wird noch zurückzukommen sein.

## 3. Autonome Geltung und Vorrang: eine Rechtsschöpfung des EuGH

Es unterliegt keinem Zweifel, dass sich die autonome Geltung und der Anwendungsvorrang des Unionsrechts nicht einfach aus dem im Zeitpunkt der einschlägigen Jud gültigen Text der Gemeinschaftsverträge ableiten ließen. Es handelt sich vielmehr um eine rechtsschöpferische Leistung des EuGH.

Die MS als die eigentlichen „Herren der Verträge“ sind dem aber nicht, jedenfalls nicht wirksam, entgegengetreten. Dazu hätte es wohl einer Änderung der Grundlagenverträge bedurft. Eine solche Vertragsänderung wäre auch in den Sechzigerjahren des vergangenen Jahrhunderts nicht ganz einfach gewesen, aber – bei sechs MS, wobei offensichtlich in keinem dieser Staaten eine Volksabstimmung über eine solche Vertragsänderung erforderlich gewesen wäre – doch um einiges leichter, als dies heute der Fall ist. Die MS haben diese vom EuGH dem Gemeinschaftsrecht zuerkannten Eigenschaften ohne eine

---

9 VwGH 17.4.2008, 2008/15/0064.

10 VfSlg 15.106/1998, 17.001/2003, 18.642/2008, 19.529/2011 ua.

11 EuGH 17.12.1970, C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rz 3.

12 Dazu zuletzt *Griller*, Diskursvergleich im internationalen und nationalen Recht, VVDStRL 2018/77, 237 (239ff und 258ff mwN).

solche Vertragsänderung praktisch akzeptiert. Die weitere Entwicklung der Grundlagenverträge auf ihrem Weg von der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zur Europäischen Union ist ohne diese Akzeptanz nicht so, wie sie erfolgte, vorstellbar. Die beabsichtigte Positivierung des Vorrangs im Verfassungsvertrag scheiterte zwar mit eben diesem Vertrag. Im Vertrag von Lissabon wurde der Vorrang explizit nicht verankert. Aber die – rechtlich nicht verbindliche, aber eine einhellige Auffassung der Vertragspartner sehr deutlich dokumentierende – Erklärung Nr 17 zu diesem Vertrag hält fest, dass dies „nichts an seiner Existenz und an der bestehenden Rechtsprechung des Gerichtshofs (ändert)“. Er gehört seit langem zum *acquis communautaire*, den neue MS nach dem jeweiligen Beitrittsvertrag zu akzeptieren haben.

Autonome Geltung und Anwendungsvorrang des Unionsrechts sind heute wesentliche und im Prinzip unbestrittene Grundsätze der Rechtsordnung der Union. (Strittig ist lediglich die Reichweite des Vorrangs gegenüber dem staatlichen Verfassungsrecht. Darauf ist noch zurückzukommen.) Eine einschlägige Änderung der Verträge kommt wohl ernsthaft nicht mehr in Betracht.

#### 4. Der Beitritt Österreichs: eine Gesamtänderung der Verfassung

In Ö wurden diese Eigenschaften des Gemeinschaftsrechts schon vor dem Beitritt zur EU (1995) intensiv diskutiert. Die autonome Geltung des Gemeinschaftsrechts und sein Vorrang vor dem gesamten staatlichen Recht einschließlich des Bundesverfassungsrechts waren einer der Gründe dafür, dass der Beitritt als eine „Gesamtänderung der Bundesverfassung“ qualifiziert und daher über jenes Bundesverfassungsgesetz, das die BReg zum Abschluss des Beitrittsvertrages ermächtigte, eine Volksabstimmung abgehalten wurde. Als eine solche „Gesamtänderung“ gilt jede Änderung oder Aufhebung eines der leitenden Grundsätze der Bundesverfassung, und als solche Grundsätze sind die parlamentarische Demokratie, die Republik, der Bundesstaat und der Rechtsstaat allgemein anerkannt.

Der Beitritt betraf jedes dieser Prinzipien (ausgenommen die Republik).<sup>13</sup> Speziell die autonome Geltung und der Vorrang des Gemeinschaftsrechts wurden als eine Veränderung des *Prinzips der parlamentarischen Demokratie* qualifiziert. Dessen Kern wird allgemein darin gesehen, dass die Gesetzgebung durch Parlamente (Nationalrat und Landtage) ausgeübt wird, die vom österr Volk gewählt werden, die vollziehenden Gewalten (Verwaltung und Gerichtsbarkeit) streng an diese Gesetze gebunden und die Mitglieder der BReg sowie der Landesregierungen für die korrekte Beachtung dieser Bindung jenen Volksvertretungen gegenüber verantwortlich sind.<sup>14</sup> Demgegenüber erfolgt in der EU eine in den MS unmittelbar wirksame Rechtsetzung (die überdies Vorrang beansprucht)

<sup>13</sup> S die Literaturhinweise in *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup> (2015) 132.

<sup>14</sup> VfGH Slg 16.241/2001. Zum demokratischen Grundprinzip der Bundesverfassung vgl auch *Oberndorfer in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht-Kommentar (3. Lfg, 2000) Art 1 B-VG Rz 14.

durch Institutionen, die nicht das österr Volk repräsentieren und die, jedenfalls im Beitrittszeitpunkt, nicht in annähernd gleicher Weise wie die staatlichen Parlamente demokratisch legitimiert waren. Darin lag unbestritten eine „Gesamtänderung der Bundesverfassung“.

## 5. Die Öffnung der österreichischen Rechtsordnung gegenüber dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts

Autonome Geltung und Vorrang des Unionsrechts beruhen, wie gesagt, auf der Jud des EuGH; man kann nicht ernsthaft bestreiten, dass es sich dabei um eine freie Rechtsfortbildung dieses Gerichts<sup>15</sup> handelt. Diese Jud bildet nur ein herausragendes Bsp einer insgesamt sehr dynamischen und vielfach rechtsschöpferischen Rsp, wie sie allerdings von den „Gründungsvätern“ durchaus erwartet worden war.<sup>16</sup> (Ein besonders markantes Bsp – das macht ein Vergleich mit der Jud des VfGH zum ähnlichen Typus der Grundsatzgesetze<sup>17</sup> deutlich – ist die Zuerkennung der unmittelbaren Anwendbarkeit von nicht vollständig umgesetzten RL (s zuvor bei Fn 6)).

Es war für die österr Rechtswissenschaft nicht ganz einfach, diese rechtsschöpferische Jud vorbehaltlos zu akzeptieren. Denn es ist geradezu ein Dogma der österr Verfassungslehre, dass die Funktion eines Gerichtes darin besteht, das parlamentarisch gesetzte Recht „gesetzestreu“ anzuwenden. Die Aufgabe der Gerichte sei es ausschließlich, die gesetzlichen Regelungen in enger Bindung an ihren Wortlaut auf den konkreten Fall anzuwenden. Es gilt dies, wie zuvor dargelegt, als eine Facette des demokratischen wie auch des rechtsstaatlichen Grundprinzips der Bundesverfassung.

Eine Bindung an eine strikte Auslegung des Wortlauts des Bundesverfassungsrechts war zunächst uneingeschränkt auch das Selbstverständnis des VfGH.<sup>18</sup> Bemerkenswert ist die Begründung einer frühen Entscheidung dieses Gerichts (Slg 1.123/1928), und zwar nicht nur wegen ihrer sehr pointierten Formulierungen, sondern auch ihres Autors wegen: Es war dies, wie man aus einer handschriftlichen Unterlage in den Akten des Gerichtshofs erkennen kann, *Hans Kelsen*. Es ging dabei um massive gesetzliche Beschränkungen der Vermietung von Wohnungen, sowohl was die Höhe des erlaubten Zinses als auch die Kündigungsmöglichkeiten der/s Vermieterin/s betrifft. Der Gerichtshof bestritt nicht, dass der von der Verfassung vorausgesetzte Eigentumsbegriff derartige Beschränkungen nur im öffentlichen Interesse („allgemeines Wohl“ oder „allgemeines Bestes“<sup>19</sup>) zulasse.

15 So etwa *Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht (1994) 280.

16 S etwa *Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat (1969) 37. Dass der EuGH damit die Mitgliedstaaten und ihre Bürger gelegentlich überfordert, sei hier nicht verschwiegen; s dazu die differenzierten Bemerkungen von *Kabl*, Rezension von Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht, ÖZW 2017, 145 (145ff).

17 Es ist für den VfGH eine Selbstverständlichkeit, dass sich ein Grundsatzgesetz iSd Art 12 B-VG auf grundsätzliche Regelungen beschränken muss, keine Einzelregelungen enthalten darf (VfSlg 16.058 ua) und daher schon deshalb nicht unmittelbar anwendbar sein kann.

18 S dazu *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 30ff.

19 Vgl § 365 ABGB.

Doch sei dies kein juristisch fassbarer Begriff; ihn zu konkretisieren, sei vielmehr ausschließlich Sache des Gesetzgebers:

„Es besteht geradezu die Hauptaufgabe der gesetzgebenden Körperschaften darin, sich über den Wert der vielfach entgegenstehenden Interessen eine Meinung zu bilden, das nach ihrer Ansicht höhere Interesse zu begünstigen oder zwischen widerstreitenden Interessen einen Kompromiss zu schließen. Der Verfassungsgerichtshof muss es aber entschieden ablehnen, in einer solchen Frage eine Meinung zu äußern.“

Im Wesentlichen blieb dieser *judicial self-restraint* des VfGH bis in die 1980er Jahre aufrecht. Er änderte sich erst allmählich, vor allem unter dem Einfluss des EGMR mit seiner „evolutiven“ Interpretation der EMRK, die ein unmittelbar anwendbarer Bestandteil der österr Rechtsordnung im Verfassungsrang ist. Insofern konnte sich der VfGH jenem Auslegungsstil auf Dauer nicht entziehen, wenn er nicht ständige Judikaturdifferenzen mit dem EGMR in Kauf nehmen wollte. Noch 1987<sup>20</sup> erteilte er der extensiven Interpretation des Art 6 EMRK durch den EGMR in fast dramatischen Formulierungen eine Absage und verlangte für eine eventuelle Anpassung der österr Rechtsordnung an diese Jud einen Akt der Verfassungsgesetzgebung. Der in der Folge dann doch an Straßburg angepasste Auslegungsstil blieb denn auch im Wesentlichen auf Grundrechte begrenzt.<sup>21</sup> Im Fall des Beitritts zur EU war es die Volksabstimmung, die die österr Rechtsordnung gegenüber der rechtsschöpferischen Jud des EuGH öffnete und die Produkte dieser richterlichen Rechtsschöpfung – im Besonderen die autonome Geltung des Unionsrechts und sein Vorrang vor dem gesamten staatlichen Recht – legitimierte. Diese Volksabstimmung hat mit der durch sie bewirkten Gesamtänderung der Bundesverfassung das Tor für die judikativ begründeten Eigenschaften des (damaligen) Gemeinschaftsrechts – in einer rechtsvergleichenden Einzigartigkeit<sup>22</sup> – sehr weit, nahezu schrankenlos geöffnet.

## 6. Integrationsschranken

Die Frage, ob es nicht dennoch verfassungsrechtliche Schranken des (Anwendungs-)Vorrangs des Unionsrechts gibt, ist freilich auch in Ö ein Thema rechtswissenschaftlicher Diskussionen. Allgemein ist anerkannt, dass die Grundprinzipien der Bundesverfassung – in ihrem durch den Beitritt modifizierten Gehalt – dem Vorrang des Unionsrechts eine Grenze setzen. Es kann insofern gesagt werden, dass die von diesen Prinzipien gebildete verfassungsrechtliche Grundordnung über dem Unionsrecht steht.

---

20 VfSlg 11.500/1987.

21 Nachweise bei *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 685ff.

22 Von einer „Einzigartigkeit des gesamtändernden Ansatzes in Österreich“ sprechen *Mayer/Wendel*, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Europarechts in *Hatje/Müller-Graf*, Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (2014) 1375 (1380f).

Dieser Vorrang der verfassungsrechtlichen Grundprinzipien setzt jedoch der Integration keine unübersteigbaren Grenzen. Im Verfahren einer „Gesamtänderung der Bundesverfassung“, dh im Wege einer Volksabstimmung über ein vom Nationalrat und allenfalls auch Bundesrat jeweils mit qualifizierter Mehrheit beschlossenes Bundesverfassungsgesetz, wäre selbst die Abschaffung eines Grundprinzips der Bundesverfassung rechtlich zulässig. Eine „Verfassungsidentität“, die auch dem Verfahren einer Gesamtänderung der Bundesverfassung entzogen wäre, wie sie von den Verfassungsgerichten mehrerer MS postuliert wird,<sup>23</sup> hat in der österr Verfassungslehre und -judikatur keine ernsthafte Gefolgschaft gefunden. Es geht vielmehr nur um die Frage, ob eine Vertragsänderung oder aber auch ein Akt des sekundären Unionsrechts einer Volksabstimmung bedürfen und welche Konsequenzen ein negatives Ergebnis einer solchen Volkabstimmung hätte.

### 6.1. Primäres Unionsrecht

Was eine Änderung der Grundlagenverträge der Union betrifft, so sind Volksabstimmungen in den MS nichts Ungewöhnliches. Ein negatives Ergebnis auch nur in einem einzigen MS bedeutet, dass die neue vertragliche Regelung so nicht zustande kommen kann – wie immer die Organe der Union oder die anderen MS darauf reagieren, wie dies in der Realität bereits mehrmals demonstriert wurde.

Kompliziert wird die Sache freilich dann, wenn Folgendes geschieht, was am Bsp des Verfassungsvertrages gezeigt werden kann. Es war strittig, ob der Verfassungsvertrag aus der Sicht der Bundesverfassung als eine „Gesamtänderung“ zu qualifizieren gewesen wäre. Der NR hat dies verneint und den Vertrag mit großer Mehrheit genehmigt, ohne dass eine Volksabstimmung stattfand. In der Rechtswissenschaft war dies jedoch umstritten<sup>24</sup> und es wurde davor gewarnt, dass dies auch der VfGH im Fall einer Prüfung des Vertrages anders sehen könnte. Hätte der VfGH in einem solchen Fall eine oder mehrere Bestimmungen des Verfassungsvertrages nach seinem Inkrafttreten<sup>25</sup> als Verletzung der verfassungsrechtlichen Grundordnung qualifiziert, so hätten diese in Ö nicht mehr angewendet werden dürfen. Eine nachträgliche Volksabstimmung hätte aber, wenn sie negativ ausgegangen wäre, nichts mehr an der Verbindlichkeit dieses Vertrages ändern können. Das bekannte Scheitern des Verfassungsvertrages in Abstimmungen in anderen MS (Frankreich, Niederlande) ersparte das Nachdenken darüber, wie dieses Dilemma hätte gelöst werden können. (Denkbar wäre in einer solchen Situation eine rechtlich unanfechtbare Lösung wohl nur in Form einer Konzession der Union, die aber unter Um-

---

23 Dazu zuletzt *Kadelbach*, Verfassungskrisen in der Europäischen Union in *Kadelbach* (Hrsg), Verfassungskrisen in der Europäischen Union (2018) 9 (11f).

24 Dazu ausführlich *Öhlinger*, Der Vorrang des Unionsrechts im Lichte des Verfassungsvertrages in FS für Georg Ress (2005) 685 (685ff).

25 Der VfGH kann nur einen bereits in Kraft getretenen völkerrechtlichen Vertrag auf seine Verfassungsmäßigkeit prüfen und hat, wenn er eine Verletzung der Verfassung feststellt, seine Anwendung zu untersagen (Art 140a B-VG).

ständen die Zustimmung aller anderen MS und wohl auch eine neuerliche Volksabstimmung in Ö erfordern würde.)

## 6.2. Sekundäres Unionsrecht

Schwierige Rechtsfragen würde die Verletzung eines Grundprinzips der Bundesverfassung durch einen Akt des sekundären Unionsrechts aufwerfen. Es ist zwar strittig, ob die Grundprinzipien der Bundesverfassung für künftiges sekundäres Unionsrecht überhaupt verbindlich sind – dies mit der Begründung, dass sich Ö vorbehaltlos den Geltungsansprüchen des Unionsrechts geöffnet habe.<sup>26</sup> Doch ist dieses Argument in einer rein theoretischen Sicht kaum überzeugend.<sup>27</sup>

Eine rechtliche Möglichkeit, die Entstehung eines solchen sekundären Unionsrechtsaktes zu verhindern, besteht jedenfalls dann nicht, wenn ein solcher Akt nicht einer einstimmigen Beschlussfassung im Rat der EU bedarf oder der/die österr Vertreter/in im Rat die Rechtslage nicht richtig erkennt. Die „Sanierung“ eines (vielleicht erst nachträglich durch ein Gericht „entdeckten“) Widerspruchs zwischen einem solchen Rechtsakt der Union und einem Grundprinzip der österr Bundesverfassung wäre nur durch ein Bundesverfassungsgesetz möglich, das in einer Volksabstimmung eine Mehrheit findet. (Würde diese Mehrheit verfehlt, würde wiederum nur jener Weg einer Sanierung offen stehen, der zuvor skizziert wurde.)

Dabei stellt sich auch die Frage, welches Gericht einen solchen Widerspruch mit Verbindlichkeit feststellen könnte. Der VfGH besitzt keine Kompetenz, darüber zu entscheiden, weil nur österr Rechtsakte seiner Prüfung auf ihre Verfassungsmäßigkeit unterliegen, nicht aber Unionsrecht. Österr Gerichte, die einen solchen Rechtsakt anzuwenden hätten, könnten zwar diese Frage an den EuGH herantragen – aber dieser besitzt wiederum keine Kompetenz, die Rechtmäßigkeit eines solchen Aktes aus der Sicht einer nationalen Verfassung zu beurteilen. Diese Problematik mag sich in der Realität dadurch entschärfen, dass ein die verfassungsrechtliche Grundordnung verletzender Akt des sekundären Unionsrechts in der Regel auch die vertraglichen Grundlagen der Union verletzen wird – dies schon im Hinblick auf Art 4 Abs 2 EUV, dem gemäß die Union die nationale Identität eines jeden MS, die in seinen grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen zum Ausdruck kommt, zu achten hat. Es ist somit das primäre Unionsrecht selbst, das die Respektierung national-verfassungsrechtlicher Grundsätze seitens des sekundären Unionsrechts verlangt. Über den Gehalt eines solchen Grundprinzips – etwa was Rechtsstaat bedeutet – kann es jedoch divergierende Auffassungen geben und insofern bleibt fraglich, wer eine Verletzung dieser Garantie der nationalen Verfassungsidentität letztlich zu beurteilen hat: der EuGH oder jenes staatliche Gericht,

26 Dazu *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht 59f; *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht-Kommentar (12. Lfg, 2016) EU-BeitrittsBVG Rz 81 mwN.

27 Näher *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht 17.

das die entsprechende unionsrechtliche Regelung anzuwenden hätte. Auf dieses – im Vergleich zur Position anderer MS doch sehr eingegrenzte – Problem reduziert sich auch in Ö die Frage, wem in Bezug auf den Rang des Unionsrechts das „letzte Wort“ zukommt.<sup>28</sup> Sie könnte rechtlich wohl nur in einer Art Dialog zwischen den Höchstgerichten geklärt werden.

### 6.3. *Ultra-vires*-Akte der Union

Eine ähnliche Problematik liegt in der Frage, was für Rechtsakte der Union gilt, die in den Grundlagenverträgen keine hinreichende Deckung finden.

Die Kompetenzverteilung zwischen der EU und den MS beruht auf dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art 5 Abs 1 und 2 EUV): Demnach darf die Union nur nach Maßgabe der einzelnen vertraglichen Ermächtigungen tätig werden. Ergänzt wird diese Bestimmung durch Art 4 Abs 1 EUV, dem gemäß alle der Union nicht übertragenen Zuständigkeiten bei den MS verbleiben. Die Entscheidung über die Kompetenzen der Union („Kompetenz-Kompetenz“) liegt somit bei den MS als „Herren der Verträge“. Allerdings beansprucht der EuGH zur Prüfung der Rechtmäßigkeit von sekundärem Unionsrecht nach unionsrechtlichen Maßstäben (wie es die Frage der Kompetenzmäßigkeit ist) ein – im Allgemeinen unbestrittenes – Monopol.<sup>29</sup> Staatliche Gerichte dürfen demnach über die Kompetenzwidrigkeit eines sekundären Rechtsaktes der Union nicht selbständig entscheiden, sondern haben diese Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Der EuGH tendiert bekanntlich zu einer sehr extensiven Interpretation der Kompetenzen der Union. Sofern er die Gültigkeit eines Rechtsaktes, dessen Kompetenzmäßigkeit zweifelhaft ist, bejaht, stellt sich aber die Frage, ob nicht diese seine Entscheidung selbst einen *ultra-vires*-Akt bildet. Angesichts des mit dem Beitritt akzeptierten *acquis communautaire*, zu dem das prinzipielle Auslegungsmonopol der EuGH ebenso gehört wie seine weitreichenden rechtsschöpferischen Befugnisse (s zuvor bei Fn 16f), ist das allerdings nur dann anzunehmen, wenn der Sekundärrechtsakt bzw das diesem die Rechtmäßigkeit bescheinigende Urteil des EuGH einen „ausbrechenden Rechtsakt“ bildet, der die Kompetenzgrenzen der Union ganz offensichtlich – um mit dem BVerfG<sup>30</sup> zu sprechen: evident und drastisch – überschreitet. In diesem (freilich sehr unwahrscheinlichen) Fall wäre ein solches Urteil von österr Gerichten als „absolut nichtig“ zu ignorieren, der Konflikt

---

28 Österr Gerichte, die eine Regelung des Sekundärrechtes anzuwenden haben, müssten wohl ihre Zweifel an deren Vereinbarkeit mit einem Grundprinzip der Bundesverfassung zunächst an den EuGH (zur Prüfung ihrer EU-Konformität) herantragen. Sollte dieser aber die unionsrechtliche Verbindlichkeit bejahen, läge es an ihnen, die Vereinbarkeit dieses Urteils mit den Grundprinzipien der Bundesverfassung zu beurteilen und in letzter Konsequenz das Urteil des EuGH als absolut nichtigen Akt zu ignorieren. Näher *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht 60.

29 EuGH 22.10.1987, C-314/15, ECLI:EU:C:1987:452, *Foto Frost*.

30 BVerfGE 126, 286 (304 ff) zur *Mangold*-Entscheidung des EuGH.

mit der Union somit vorprogrammiert und wohl nur im Verhandlungsweg zwischen den „Herren der Verträge“ und der Union lösbar.

## 7. Unionsrechtliche Grenzen einer Änderung der Bundesverfassung

Das österr Verfassungsrecht setzt, wie gezeigt, dem Vorrang des Unionsrechts keine unüberwindbare Grenze durch eine unantastbare Identität der Verfassung. Es ist aber das Unionsrecht selbst, das nicht jede Änderung oder gar Beseitigung eines der leitenden Verfassungsprinzipien im Verfahren einer Gesamtänderung der Bundesverfassung als rechtlich zulässig erscheinen lässt, sofern Ö Mitglied der Union bleiben will (was nicht ernstlich zur Debatte steht). Die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte sind gemäß Art 2 EUV Werte, auf die sich die Union gründet und die allen MS gemeinsam sind. Ihre Verletzung könnte den Entzug bestimmter Rechte zur Folge haben (Art 7 EUV). In einem solchen Verfahren hätte ausschließlich der EuGH eine rechtliche Prüfungskompetenz (s Art 269 AEUV), der sich ein MS nur durch einen Austritt „im Einklang mit seinen verfassungsrechtlichen Vorschriften“ (Art 50 EUV) entziehen könnte. (In Ö würde dies eine Volksabstimmung erfordern.<sup>31</sup>) Solange ein Staat Mitglied der Union ist, bleibt er dieser und den anderen MS gegenüber für den Fortbestand seiner Verfassungsstaatlichkeit verantwortlich.<sup>32</sup>

So paradox es aus österr Sicht – in der eine uneingeschränkte Abänderbarkeit der Verfassung geradezu ein Dogma darstellt<sup>33</sup> – erscheinen mag: Es ist die EU, die dieser Abänderbarkeit keine „ewige“, aber doch eine nur durch einen Austritt übersteigbare Grenze setzt. Angemerkt sei dazu, dass selbst ein Austritt aus der EU nicht jene Grenzen einer Verfassungsrevision beseitigen könnte, die Ö in einem internationalen, in allen EU-Staaten geteilten Verständnis als „Verfassungsstaat“ qualifizieren. Ö mag seine Verfassung aus innerstaatlicher Sicht beliebig ändern können: eine „Verfassung“ in dem heute üblichen internationalen Verständnis hat es aber dann uU nicht mehr.<sup>34</sup>

## 8. Fazit

Ö hat sich mit der Volksabstimmung über den Beitritt den vom EuGH postulierten rechtlichen Eigenschaften des Unionsrechts sehr weit geöffnet. Das korrespondiert mit der sehr breiten Zustimmung zur europäischen Integration in der österr Bevölkerung, wie sie in der Volkabstimmung am 12.6.1994 zum Ausdruck kam und nach Umfragen heu-

31 S Öhlinger in *Korinek/Holoubek* EU-BeitrittsBVG Rz 88ff.

32 *Kadelbach* in *Kadelbach* 15.

33 Dazu zuletzt *Vašek*, *Unabänderliches Verfassungsrecht und Revisionsschranken in der österreichischen Bundesverfassung* (2013).

34 Das ist der Kern meiner – vielfach missverstandenen – Überlegungen in *Öhlinger*, *Verfassungskern und verfassungsrechtliche Grundordnung. Gedanken zu Peter Pernthalers Verfassungstheorie in FS Pernthaler* (2005) 237 (273ff).

te sogar noch in größerem Ausmaß besteht. Andererseits haben sich aber auch in Ö neuerdings jene Stimmen verstärkt, die nationalistische Abschottungstendenzen auf weltweiter Ebene wie auch in Europa propagieren. Signifikant war etwa die Ablehnung des UN-Migrationspaktes durch Bundeskanzler und Vizekanzler als „Einschränkung der staatlichen Souveränität“. Das ist ein Vokabel, das in Ö seit dem Beitritt zur EU aus der politischen Sprache nahezu verschwunden war. Offensichtlich bestand eine weitgehende Einigkeit darüber, dass dieser Begriff nicht mehr geeignet ist, den rechtlichen Status eines Mitglieds der EU adäquat zu definieren.<sup>35</sup>

Die Renaissance des Souveränitätsdenkens, in anderen MS schon seit Längerem beobachtbar (und im Brexit kulminierend), scheint aber nunmehr auch in Ö angekommen zu sein. Zuletzt hat sogar der Bundespräsident einen nicht mehr verfassungskonformen Zustand des Bundesheeres darin geortet, dass dieses nicht mehr in der Lage sei, „Souveränität gegen jede Bedrohung von außen zu verteidigen“.<sup>36</sup> Wenn sich aber Ö tatsächlich gegen einen militärischen Angriff verteidigen müsste, so könnte dies wohl nur von einer europäischen Armee geleistet werden. Auch angesichts von Herausforderungen wie Migration, Klimawandel oder weltweiten Handelskriegen ist es wohl mehr als zweifelhaft, dass mit dem wieder modisch gewordenen Pochen auf Souveränität eine zukunftssträchtige Perspektive eröffnet wird. Wenn die europäischen Staaten ihre politischen und wirtschaftlich-sozialen Errungenschaften bewahren und selbstbewusst weiterentwickeln wollen, so können sie das wohl nur in einer Union, in der sie auf zumindest einen Teil ihrer Souveränität verzichten haben.

Em. o. Univ.-Prof. Dr. Theo Öhlinger war Universitätsprofessor und Vorstand des Instituts für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; theodor.oehlinger@univie.ac.at

---

35 Näher *Öhlinger*, Staatlichkeit zwischen Integration und Souveränität in *Griller/Kahl/Kneib/Obwexer*, 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs (2015) 111.

36 S etwa NN, Van der Bellen sieht Herr in nicht verfassungskonformen Zustand, *derstandard.at* v 22.12.2018, *derstandard.at/2000094572009/Van-der-Bellen-sieht-Heer-im-nicht-verfassungskonformen-Zustand* (30.1.2019).





