

nr 1/2023

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Renaissance des Planungsrechts

recht & gesellschaft

Rechtssubjektivität der Natur?

Parlamentarische Untersuchungsrechte und Parteienfinanzierung

Wer ist das Volk?

Für Context herausgegeben von Maximilian Blaßnig, Isabell Doll, Paul Hahnenkamp,
Antonia Reiss, Nikolaus Wieser

verlagoesterreich.at
juridikum.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Vorbilder

Isabell Doll / Nikolaus Wieser

Wer oder was ist ein Vorbild? Auf diese Frage wird wohl jede Person eine andere Antwort geben. Ehren- und tugendhafte Menschen, integre Politiker*innen, unbestechliche Amtsträger*innen und auch unabhängige Institutionen des Rechtsstaats können darunterfallen. Vorbilder setzt uns aber auch das aktuelle juridikum.

Vorbilder sind für uns jene, die sich für den Klima- und Umweltschutz einsetzen.

Die Klimakrise ist keine Glaubensfrage, sondern ein Faktum. Ebenso sind Klimaklagen Tatsache und bringen wiederum neue Herausforderungen für Betroffene, deren Anwält:innen und Gerichte mit sich.¹ *Samantha Pechtl* untersucht, ob eine mögliche Rechtssubjektivität der Natur ein Hirngespinnst oder eine Notwendigkeit ist.² Bejaht man Letzteres, kann etwa Ecuador als Vorbild dienen: In seiner Verfassung ist die Natur bereits seit 2008 mit Eigenrechten ausgestattet.

Klimaschutz ist (endlich) auch eine Frage für Unternehmen und ihre Geschäftsführung geworden. Auch wenn oftmals das liebe Kapital der Antrieb dafür ist, bleibt die Stoßrichtung die richtige. In seinem Buch *Die Klimakrise und Ihre Verantwortung als Geschäftsführung* geht *Armin Assadi* ua der Frage nach, welche nationalen und internationalen klimapolitischen Rahmenbedingungen es gibt und wie sich diese auf unternehmerisches Handeln auswirken. *Patrick Nutz* hat dieses für das juridikum rezensiert und findet darin Vorbilder für die:den moderne:n „ehrbare:n Kauffrau:mann“.³

Vorbilder sind für uns Parteien, die sich an rechtsstaatliche Vorgaben halten.

„Die Demokratie ist notwendig und unvermeidlich ein Parteienstaat.“⁴ Nach *Kelsen* sind Parteien in einer Demokratie somit unabdingbar – unabdingbar ist aber auch, dass sich diese an die demokratischen Spielregeln halten: Nach dem Ibiza-Video sind das insb Spendenobergrenzen und Meldepflichten. *Teresa Radatz* geht den jüngsten Änderungen im Parteienrecht in der Form eines klassischen Dramas nach und beurteilt die Frage, ob dieses als Komödie oder Tragödie aufzulösen ist anhand der Regelung zu den „nahestehenden Organisationen“.⁵

1 Vgl dazu im juridikum: Die Vizepräsidentin des VfGH, *Verena Madner* und die deutsche Verfassungsrichterin *Susanne Baer* im Interview mit *Petra Sußner*, *Ida Westphal* und *Eva Pentz*, juridikum 2022, 68.

2 *Pechtl*, Zu den Rechten der Natur, juridikum 2023, 20.

3 *Nutz*, Es grünt so grün, juridikum 2023, 6.

4 *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie (1929/2018) 30.

5 *Radatz*, Parteienfinanzierung „am Rechnungshof vorbei“ – die Krux mit der nahestehenden Organisation. Ein Stück in fünf Akten, juridikum 2023, 40.

Vorbilder sind für uns Demokratien, die Kontrollrechte leben.

Demokratie braucht Kontrolle und Kontrolle braucht wirksame Instrumente. Wie parlamentarische Untersuchungsrechte in föderalistischen Strukturen ausgestaltet sind, untersucht *Franziska Pupeter* in einem kontextuellen Vergleich zwischen Europäischem Parlament und österreichischem Nationalrat.⁶

Vorbilder sind für uns Gesetzgeber, die Selbstbestimmung ernst nehmen und hochhalten.

Als gutes Vorbild könnte der österreichische Gesetzgeber voranschreiten, wenn er den von *Hubert Niedermayr* ausgearbeiteten Entwurf verabschiedet: In seinem Buch *Sterbehilfe in Österreich* zeigt er auf, „wie Sterbehilfe rechtlich belastbar und ethisch wohlbe-gründet geregelt werden kann“, so *Charlotte Reiff* in ihrer Rezension.⁷

Felicitas Rachinger befasst sich ua mit der Frage nach einer zeitgemäßen Neuregelung von Elternschaft. Auf Geheiß des VfGH hat der Gesetzgeber bis Ende des Jahres Zeit, tätig zu werden, und könnte so auch im Bereich des Abstammungsrechts glänzen. Vorbildliche Ansätze, die Geschlechtsidentität und Familienrealität zusammendenken und in ihrer Vielfalt anerkennen, gibt es schon.⁸

Viel diskutiert wurde auch der deutsche Entwurf für ein Selbstbestimmungsgesetz. Was nach den ersten Veröffentlichungen zu erwarten ist und ob Deutschland damit ein Vorbild für Österreich sein kann, beleuchtet *Susanna Roßbach* im nach.satz.⁹

Vor.bilder sind für uns Bilder, die herausfordern und hinterfragen.

Unseren Leser:innen setzen wir deshalb auf der übernächsten Seite ein Bild, genauer einen Comic(strip), vor: *Kati Danielczyk* gestaltet mit ihrem „Sonntagsspaziergang“ erstmals unser „vor.bild“ und lässt eine Tradition der ersten Stunde wiederaufleben.¹⁰ Das Juridikum wird weiterhin Vor.bilder setzen und herausfordern.¹¹

Mag.^a Isabell Doll und Mag. Nikolaus Wieser sind Mitherausgeber:innen des Juridikum; isabell.doll.id@gmail.com, nikolaus.wieser@univie.ac.at

6 *Pupeter*, Kontrolldefizit? Das parlamentarische Untersuchungsrecht im Föderalismus, Juridikum 2023, 30.

7 *Reiff*, Ein Plädoyer für die Selbstbestimmung, Juridikum 2023, 9.

8 *Rachinger*, Abstammungsrecht im Umbruch. Der Verfassungsgerichtshof fordert den Familienrechtsgesetzgeber erneut heraus, Juridikum 2023, 16. Vgl etwa auch *Schreiner*, Geschlecht und Abstammungsrecht. Zur BGH Entscheidung v. 6.9.2017, XII ZB 660/14, Juridikum 2018, 456 (464 f).

9 *Roßbach*, Geschlechtliche Selbstbestimmung – endlich! Was das deutsche Selbstbestimmungsgesetz vorsieht, Juridikum 2023, 124.

10 Vgl Juridikum 1989, 18 – Erstausgabe; der dort erschienene Comic hat leider nichts an Aktualität eingebüßt.

11 Wenn Sie uns ein „vor.bild“ setzen (bzw zeichnen) wollen, freuen wir uns auf ihre Kontaktaufnahme mit der Redaktion unter organisation@juridikum.at.

SONNTAGSSPAZIERGANG

Oder: Der Preis der Anerkennung



Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 1 Vorbilder
Isabell Doll / Nikolaus Wieser

vor.bild

- 3 Sonntagsspaziergang. Oder: Der Preis der Anerkennung
Kati Danielczyk

merk.würdig

- 6 Es grünt so grün
Patrick Nutz
- 9 Ein Plädoyer für die Selbstbestimmung
Charlotte Reiff
- 12 Zugang zum Asylverfahren für Vertriebene aus der Ukraine
Sebastian Frik
- 16 Abstammungsrecht im Umbruch
Der Verfassungsgerichtshof fordert den Familienrechtsgesetzgeber erneut heraus
Felicitas Rachinger

recht & gesellschaft

- 20 Zu den Rechten der Natur
Rechtssubjektivität der Natur – Hirngespinnst oder Notwendigkeit?
Samantha Pechtl
- 30 Kontrolldefizit?
Das parlamentarische Untersuchungsrecht im Föderalismus
Franziska Pupeter
- 40 Parteienfinanzierung „am Rechnungshof vorbei“ – die Krux mit der nahestehenden Organisation
Ein Stück in fünf Akten
Teresa Radatz
- 48 Neutralität und Selbstverteidigung
Russlands Angriff zwischen Recht und Moral
Ralph Janik
- 54 Wer ist das Volk?
Zur Notwendigkeit der Auseinandersetzung mit dem Volksbegriff
Simela Papatheophilou

thema

- 63 Vorwort der Gastherausgeber
Paul Hahnenkamp / Dominik Wagner
- 66 Renaissance des Planungsrechts
Dragana Damjanovic
- 79 Planer:innen und Eigentümer:innen – verfreundet in der Bodenpolitik
Benjamin Davy
- 93 Der zivilrechtliche Vertrag als Planungsinstrument
Arzu Sedef

102 Der rechtliche Rahmen für die Mobilitätswende
Oliver Peck

112 Ein zukunftsfähiges Recht der gebauten Umwelt?
Status Quo und aktuelle Impulse
Dominik Wagner

nach.satz

124 Geschlechtliche Selbstbestimmung – endlich!
Was das deutsche Selbstbestimmungsgesetz vorsieht
Susanna Roßbach

Impressum

juridikum

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

Herausgeber:innen:

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

Medieninhaber und Verleger:

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

Preis:

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

Redaktion:

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

Wissenschaftlicher Beirat:

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

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

Autor:innen dieser Ausgabe:

Dragana Damjanovic, Kati Danielczyk, Benjamin Davy,
Isabell Doll, Sebastian Frik, Paul Hahnenkamp, Ralph
Janik, Patrick Nutz, Felicitas Rachinger, Teresa Radatz,
Charlotte Reiff, Susanna Roßbach, Arzu Sedef, Simela
Papatheophilou, Samantha Pechtl, Franziska Pupeter,
Oliver Peck, Dominik Wagner, Nikolaus Wieser

Gastherausgabe des themes:

Paul Hahnenkamp, Dominik Wagner

Offenlegung

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

Layout und Satz: Datagroup Int. Timisoara

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

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

Maximilian Blaßnig: maximilian.blassnig@univie.ac.at
Isabell Doll: isabell.doll.id@gmail.com
Paul Hahnenkamp: paul.hahnenkamp@univie.ac.at
Antonia Reiss: antonia.reiss@univie.ac.at
Nikolaus Wieser: nikolaus.wieser@univie.ac.at

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

Es grünt so grün

Patrick Nutz

Rezension zu: *Armin Assadi*, Die Klimakrise und Ihre Verantwortung als Geschäftsführung – Politischer Rahmen, rechtliche Pflichten und Standards, Austrian Standards plus GmbH, 2022, 116 Seiten, ISBN 978-3-85402-440-8.

Nachhaltiges Wirtschaften, oftmals in den *Environmental, Social and Governance-Kriterien* (ESG-Kriterien) zusammengefasst, die auf eine Berücksichtigung der Bereiche *Environment* (Umwelt), *Social* (Soziales) und *Governance* (Unternehmensführung) abzielen, ist in diesem Jahrzehnt wohl das bedeutendste Thema; dies über die Grenzen verschiedener rechtswissenschaftlicher Disziplinen hinweg. Die ESG-Kriterien gewinnen damit auch für eine zukunftsorientierte Ausrichtung von Gesellschaften (und damit deren Verwaltungsorgane) stets an Bedeutung. Es folgen in rascher Abfolge – insb auf Unionsebene – zahlreiche Regelwerke, die durch Durchführungsrechtsakte und delegierte Rechtsakte ergänzt werden. Ein prominentes Beispiel stellt etwa die sogenannte Taxonomie-VO (EU) 2020/852 dar, die versucht, diverse Kriterien einer nachhaltigen Wirtschaftstätigkeit vergleichbar zu machen und Greenwashing am Kapitalmarkt hintanzuhalten. In Anlehnung an die kapitalmarktrechtliche Regulierung nach der Finanzkrise 2008 könnte überspitzt von einem neuerlichen „Regulierungstsunami“¹ durch ESG-Regulierung gesprochen werden.

Impulsgeber für den Umwelt- und Klimaschutz ist dabei insb der Kapitalmarkt, wo Investitionsentscheidungen institutioneller Investor:innen vermehrt unter dem Blickwinkel der ESG-Kriterien erfolgen und Nachhaltigkeit den neuen Investmentstandard bilden soll. Adressat:innen dieser Regulierung sind vordergründig große Unternehmen, die in zunehmendem Maß überwacht und denen Berichterstattungspflichten auferlegt werden. Übergeordnete Strategien für das Thema ESG nehmen aber auch bei kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) zunehmend Bedeutung ein. Welche Gesellschaft und welche Geschäftsleitung wollen sich schließlich – trotz möglicher abweichender Satzungsregelung – dem Vorwurf aussetzen, nicht nachhaltig zu wirtschaften?

Die hinter diesen Begrifflichkeiten schlummernde Frage des Gesellschaftsinteresses und der Handlungspflichten für die Geschäftsleiter:innen stellen dabei – was oftmals zu kurz kommt – die Kernfragen des Gesellschaftsrechts dar. Wie soll das Gesellschaftsinteresse, ausgehend von der alleinigen Förderung der Interessen der Gesellschafter:innen zu einer Berücksichtigung der Belange sämtlicher *stakeholder*, näher definiert werden (*shareholder*

1 So zur Finanzkrise *Mülbart*, Regulierungstsunami im europäischen Kapitalmarktrecht, ZHR 2012, 369.

value – enlightened shareholder value – stakeholder value)? Vor dem Hintergrund denationalisierter Problemlagen wie dem Klimawandel ist die zunehmende Diskussion über diese Fragestellungen unabdingbar.

Mit der Verantwortung von Geschäftsleiter:innen setzt sich auch *Armin Assadi* in dem vorliegend rezensierten Werk auseinander. Die auf seiner Masterarbeit basierende Schrift will auf interdisziplinärer Basis, unter Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher Aspekte, ein erstes Informationswerk für die Geschäftsleitung von Unternehmen bieten, welche Konsequenzen sich aus der zunehmenden Bedeutung von CSR (*Corporate Social Responsibility*) – und damit der gesellschaftlichen Verantwortung von Unternehmen für nachhaltiges Wirtschaften – für das gesellschaftsrechtliche Pflichtenprogramm ergeben. Diesem selbst gesteckten Rahmen einer „Quickinfo“ für Unternehmen und Geschäftsleitung wird das vorliegende Werk – soviel sei bereits an dieser Stelle vorweggenommen – völlig gerecht. An einleitende Worte zu Aufbau und Inhalt dieses Werks, in der die wichtigsten Begrifflichkeiten abgehandelt werden, schließt sich auf übersichtliche Weise eine Orientierung über den weiteren Plan der Untersuchung und die Fragen, die auf den folgenden Seiten behandelt werden sollen. Neben den klimapolitischen Rahmenbedingungen wird auf die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben für Geschäftsleiter:innen iZm CSR-Vorgaben abgezielt. Kapitel 2 befasst sich im hier interessierenden Bereich prägnant mit einem aktuellen Befund zur Klimakrise. Ferner fasst auch der „klimapolitische Rahmen“ in Kapitel 3 in gebotener Kürze die bedeutendsten klimapolitischen Entwicklungen zusammen. Dabei wird der Bogen über das Kyoto-Protokoll bis zum europäischen Green-Deal gespannt. Etwas überraschend werden unter dieser Kapitelüberschrift bereits erstmals die Auswirkungen auf das unternehmerische Handeln angeführt (43 ff). Positiv hervorzuheben ist die übersichtliche Darstellung einzelner ÖNORM-Standards, die auf freiwilliger Basis zu einer erforderlichen Standardisierung beitragen.

Anschließend skizziert der Leitfaden in Kapitel 4 den Begriff des „ehrbaren Kaufmanns“ und damit die Frage, wie ethische Ansprüche mit dem Handeln Wirtschaftstreibender verbunden sind. Dabei wird die Parallele zur gesellschaftsrechtlichen Unternehmensverantwortung deutlich dargestellt. Herzstück der Arbeit ist die daran anschließende Untersuchung, ob das unternehmensethische Leitbild eines „ehrbaren Kaufmanns“ die rechtliche Verpflichtung von Vorstand und Geschäftsführung beeinflusst, die Sorgfalt ordentlicher Geschäftsleiter:innen (§ 84 AktG, § 25 GmbHG) walten zu lassen (68 ff). Völlig zutreffend wird herausgearbeitet, dass der vielschichtige Begriff CSR grundsätzlich freiwilliger Natur ist, § 70 AktG allerdings nach hL einen interessenpluralistischen Rahmen vorgibt. Zusätzlich zum vorwiegend zu berücksichtigenden Unternehmensinteresse sind durch die Verwaltungsorgane die Interessen der Aktionär:innen sowie weiterer Stakeholder zu achten.² § 70 Abs 1 AktG bietet damit eine taugliche Grundlage für die Be-

2 Ausführlich zur Debatte der aktienrechtlichen Zielvorgaben und einem interessenpluralistischen Verständnis *Fleischer*, ZGR 2017, 412 ff; *ders*, ZGR 2018, 724 ff.

rücksichtigung von ESG-Kriterien durch den Vorstand, eine konkrete Rechtspflicht lässt sich daraus aber nicht in jedem Fall ableiten. Zwar lassen sich aus bestimmten CSR-Aktivitäten/-Maßnahmen ebenso Pflichtverletzungen der Geschäftsleitung begründen. Aus dem vagen Bild des „ehrbaren Kaufmanns“ lässt sich aber – wie *Assadi* als schönes Ergebnis einer Detailsdiskussion darlegt – keine unmittelbare rechtliche Bedeutung ableiten (94 ff). Abschließend werden auch die im öffentlichen Diskurs besonders bedeutenden Klimaklagen und die damit einhergehenden Herausforderungen für Geschäftsleiter:innen übersichtlich dargestellt. Derartige Klagen gegen Unternehmen bilden immer wieder ein medienwirksames Einfallstor für aktivistische Aktionär:innen oder sonstige Stakeholder, wie etwa die Klimaklage gegen den Energiekonzern RWE (*Lliuya v. RWE AG*) zeigt.

Der Autor hat in einem Rechtsgebiet, das aufgrund der aktuellen Entwicklungen von einem dynamischen Entwicklungsfluss geprägt ist, ein aktuelles Werk geschaffen, in dem die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben für Geschäftsleiter:innen übersichtlich und prägnant dargelegt werden. Der Anspruch eines Leitfadens liegt nicht in einer abschließenden Durchdringung sämtlicher Fragestellungen. Die maßgebliche Leistung des vorliegenden Buches besteht in der Sammlung der umfangreichen Aspekte und der kompakten Darstellung für die interessierten Leser:innen, derer es aufgrund der Bedeutung dieses Themas zahlreiche geben wird.

Dr. Patrick Nutz, LL.M. ist Jurist der bei der Wiener Börse eingerichteten Übernahmekommission. Zuvor war er als Universitätsassistent am Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht der Universität Wien tätig; patrick.nutz@wienerboerse.at

Ein Plädoyer für die Selbstbestimmung

Charlotte Reiff

Rezension zu: *Hubert Niedermayr*, *Sterbehilfe in Österreich. Ein liberaler Gesetzesentwurf und dessen ethische Erörterung anhand ausgewählter Fragestellungen*, Jan Sramek Verlag, Wien 2022, 516 Seiten, ISBN 978-3-7097-0308-3

Aus der Debatte über das Recht auf ein selbstbestimmtes Sterben hielt sich der österreichische Gesetzgeber lange weitgehend heraus. 2015 hatte sich die Bioethikkommission¹ für eine Reform des § 78 StGB ausgesprochen. Den entscheidenden Anstoß für eine Neuregelung gab aber erst die richtungsweisende Entscheidung des VfGH aus dem Jahr 2020.² Dieser urteilte, dass die „Strafbarkeit der Mitwirkung am Selbstmord“ gegen das verfassungsmäßig gewährleistete Recht auf Selbstbestimmung verstoße und gestand dem Gesetzgeber in der Folge einen Gestaltungsspielraum bei der Neuregelung der Sterbehilfe zu. Das daraufhin auf den Weg gebrachte Sterbeverfügungsgesetz (StVfG)³ trat am 1.1.2022 in Kraft und regelt die rechtlichen Voraussetzungen für den legalen assistierten Suizid.

Diesen juristischen Veränderungen gehen jahrzehntelange gesellschaftliche Entwicklungen voraus, deren argumentative Grundlagen *Hubert Niedermayr* in *Sterbehilfe in Österreich* umfassend reflektiert. Er leistet die notwendige Begriffsarbeit und zeichnet die zentralen Streitfragen im weltanschaulichen Diskurs um Sterbehilfe nach. Der Autor hat sich dabei explizit zum Ziel gesetzt, darzustellen, wie Sterbehilfe rechtlich belastbar und ethisch wohlbegründet geregelt werden kann. Um zu diesem Punkt zu gelangen, analysiert er die Rechtslage, erarbeitet einen eigenen Gesetzesentwurf („Sterbehilfe-Begleitgesetz“)⁴ und hinterfragt zentrale Festlegungen ethisch.

Der erste Teil des Buches widmet sich dem vom Autor erarbeiteten Gesetzesentwurf. Es wird schnell sichtbar, dass sich dieser wesentlich vom StVfG unterscheidet. Ausgehend vom Erkenntnis des VfGH⁵ hat sich der österreichische Gesetzgeber auf die Frage beschränkt, unter welchen Voraussetzungen es zulässig sein soll, jemandem bei seinem Sui-

1 *Österreichische Bioethikkommission*, *Sterben in Würde: Empfehlungen zur Begleitung und Betreuung von Menschen am Lebensende und damit verbundene Fragestellungen*. Stellungnahme der Bioethikkommission (2015) 31.

2 VfGH 11.12.2020, G 139/2019.

3 Bundesgesetz über die Errichtung von Sterbeverfügungen (Sterbeverfügungsgesetz – StVfG), BGBl I 2021/242.

4 „Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz zur Regelung der Sterbehilfe (Sterbehilfe-Gesetz – StHG) erlassen wird und das Strafgesetzbuch, das Patientenverfügungs-Gesetz, das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, die Jurisdiktionsnorm, das Außerstreitgesetz, das Ärztesgesetz und das Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz geändert werden (Sterbehilfe-Gesetz Begleitgesetz)“, 30.

5 VfGH 11.12.2020, G 139/2019.

zid Hilfe zu leisten. Darüberhinausgehende Formen der Sterbehilfe werden hingegen ausgeklammert. Die aktive Sterbehilfe bleibt somit als vorsätzliche Tötung zu bestrafen, wenn nicht die Strafbarkeit ausschließende Privilegien im Einzelfall vorliegen. *Niedermayr* geht in seinem Entwurf deutlich weiter und gibt darin die Sterbehilfe weitgehend frei (§§ 3 ff Sterbehilfe-Begleitgesetz, 32 ff, 458). So werden aktive und passive Sterbehilfe sowie ärztliche Suizidassistenten von ihm grundsätzlich gleichbehandelt. Eine Differenzierung sei nicht pauschal zu rechtfertigen: „Liegt ein darauf bezogener klarer, aufgeklärter stabiler Wille bei Vorliegen der medizinischen Voraussetzungen vor, ist Sterbehilfe sowohl als ärztliche Suizidassistenten, passive wie aktive gleichermaßen zulässig.“ Diese Ausgestaltung ist ein zentraler Ausgangspunkt für die später folgende ethische Reflexion. *Niedermayr* hat auch ausführliche Erläuterungen zum Entwurf erstellt, die einen Überblick über die Probleme des geltenden Rechts, die Rechtsentwicklung auf diesem Gebiet und einen knappen internationalen Rechtsvergleich enthalten (47 ff).

Die zwei weiteren Schwerpunkte des Buchs reflektieren die durch den Entwurf aufgeworfenen ethischen Fragestellungen. Das ist einerseits die Frage, ob Sterbehilfe prinzipiell rechtlich und/oder ethisch zulässig ist und ein Mensch berechtigt ist, über die Beendigung seines Lebens selbst zu entscheiden. *Niedermayr* stellt in der Folge liberale und pflichtenethische Positionen gegenüber: Autonomie als Wahlfreiheit der Selbstbestimmung und Autonomie als Bindung an das moralische Gesetz. Während sich beide Auffassungen auf das individuelle Recht zur Selbstbestimmung berufen, messen sie dem Begriff Autonomie nicht denselben Bedeutungsgehalt zu. Beide Positionen werden vom Autor analysiert und nach Kohärenz und Überzeugungskraft gewürdigt. Hervorzuheben ist die Darstellung der aktuellen Rezeption von *Kant*. Gerade in Deutschland hat in den letzten Jahren ein Rückgriff auf deontologische Überlegungen in Zusammenhang mit der Sterbehilfe stattgefunden, die *Niedermayr* anhand aktueller Publikationen darlegt (263 ff).

Der dritte Teil des Buches reflektiert die rechtlich oder ethisch gebotene Differenzierung von verschiedenen Formen der Sterbehilfe und ob eine Ungleichbehandlung von aktiver und passiver Sterbehilfe gerechtfertigt werden kann. Diese Bruchlinie von aktivem Tun und passivem Geschehenlassen hat in der Judikatur immer wieder einen zentralen Stellenwert eingenommen.⁶ *Niedermayr* arbeitet in der Folge die in der Ethik gängige Unterscheidung zwischen Signifikanz- und Äquivalenzthese aus. Während erstere einen evaluativen Unterschied zwischen aktiven und passiven Handlungen argumentiert und oftmals von intuitiver Plausibilität profitiert, bestreitet letztere einen solchen Unterschied. Der Autor analysiert Begründungen der Signifikanzthese – Intuition und „verborgene Parameter“⁷ nach *Birnbacher* – und geht dann über zu einer Gruppe von Argumenten, die auch im öffentlichen Diskurs eine zentrale Rolle bei Bedenken gegenüber liberaler

⁶ Vgl etwa dt BGH 25.6.2010, 2 StR 454/09.

⁷ *Niedermayr* bezieht sich auf *Birnbacher*, Tun und Unterlassen (2015) 117–185.

Sterbehilfepaxis einnehmen. Dabei handelt es sich um sogenannte „Dambruch-Argumente“ bzw die „Slippery-Slope-These“. Sie behaupten, dass wenn die Praxis der aktiven Sterbehilfe einmal erlaubt und praktiziert werde, das zu einem Prozess führe, der nicht mehr gestoppt werden könne und die Gefahr der Entwertung menschlichen Lebens in sich trage. Bei der Diskussion logischer und empirischer Argumentationsformen von Dambruchgefahren widmet sich der Autor zwei wichtigen Diskursbeispielen, nämlich den historischen Lehren aus der Zeitspanne des Sozialdarwinismus bis hin zum Nationalsozialismus und Erkenntnissen aus der konkreten Handhabung von Sterbehilfepaxiken in den Niederlanden. *Niedermayr* argumentiert, dass weder logische noch empirische Slippery Slopes konzeptuell oder historisch überzeugend konstruiert oder festgestellt werden können. Es gäbe keine Kausalverläufe im sozialen Gefüge, die unweigerlich zu bestimmten Ergebnissen führen müssten, noch konnten solche anhand konkreter historischer Beispiele ausgemacht werden (432).

Mit dem Buch, das auf seiner Dissertation an der Universität Innsbruck basiert, bereitet *Niedermayr* ein kontroverses Thema umfassend auf. Zwar ist Sterbehilfe schon vielfach bearbeitet worden, durch das VfGH-Urteil wurde nun aber sichtbar, welch große Bedeutung das Selbstbestimmungsrecht für die höchstgerichtliche Judikatur hat. Der individuellen Entscheidung wird Vorrang vor pauschalen staatlichen Schutzerwägungen eingeräumt. Selbstbestimmung wird zum zentralen Gedanken – auch für *Niedermayr*, der mit folgenden Worten das Buch schließt und eine Brücke zu weiteren Auseinandersetzungen schlägt:

„Es bleibt abzuwarten, ob sich dieser Trend auch in gesetzgeberischem Handeln verfestigt. Der mündige Mensch des 21. Jahrhunderts hätte sich solches verdient.“ (490)

MMag.^a Dr.ⁱⁿ Charlotte Reiff ist Juristin und Philosophin und leitet aktuell den Bereich Innovation und Vernetzung an der TU Wien Bibliothek; charlotte.reiff@tuwien.ac.at

Zugang zum Asylverfahren für Vertriebene aus der Ukraine

Sebastian Frik

1. Der Vertriebenenstatus und die Umsetzung in Österreich

Aus der Ukraine geflohene Personen erhalten in Österreich einen Aufenthaltstitel als „Vertriebene“. Sollten sie einen Antrag auf internationalen Schutz (AaiS) stellen, wird dieser für die Dauer des Vertriebenenstatus nicht bearbeitet. Der vorliegende Beitrag zeigt auf, dass diese Vorgangsweise unionsrechtlich fragwürdig ist.

Mit der RL 2001/55/EG (MassenzustromRL)¹ eröffnete die europäische Gesetzgebung die Möglichkeit, im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen aus einem Drittstaat vorübergehende Aufenthaltstitel ohne Einzelfallprüfung zu erteilen. Mit Durchführungsbeschluss vom 4.3.2022 hat der Europäische Rat erstmals das Bestehen eines Massenzustroms iSd RL 2001/55/EG von aus der Ukraine Geflohenen festgestellt² und damit die Mitgliedstaaten verpflichtet, den Beschluss im innerstaatlichen Verfahren anzuwenden oder umzusetzen. Gestützt auf § 62 Abs 1 AsylG³ wurde innerstaatlich die VertriebenenVO⁴ erlassen: Durch diese wird ukrainischen Staatsangehörigen, ihnen gleichgestellten Personen sowie deren Familienangehörigen, die ab dem Stichtag 24.2.2022 aus der Ukraine vertrieben worden sind, ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht in Österreich bis zum 3.3.2023 erteilt. Diese Personen halten sich gem § 31 Abs 1 Z 2 FPG⁵ *ex lege* rechtmäßig im Bundesgebiet auf und haben gem § 62 Abs 4 AsylG Anspruch auf einen Ausweis für Vertriebene.

Der vorübergehende Schutz darf gem ErwG 10 und Art 3 Abs 1 MassenzustromRL nicht die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft im Rahmen der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)⁶ berühren. Vielmehr sollen im Einklang mit internationalen Verpflichtungen Regeln für den Zugang zum Asylverfahren im Rahmen des vorübergehenden Schutzes festgelegt werden (ErwG 18). Aus dem Wortlaut der MassenzustromRL geht somit her-

1 MassenzustromRL 2001/55/EG ABl L 212/12.

2 Durchführungsbeschluss (EU) 2022/382 des Rates v 4.3.2022 zur Feststellung des Bestehens eines Massenzustroms von Vertriebenen aus der Ukraine im Sinne des Art 5 der RL 2001/55/EG und zur Einführung eines vorübergehenden Schutzes ABl L 71/1.

3 Asylgesetz 2005 BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2022/83.

4 Vertriebenenverordnung BGBl II 2022/92.

5 Fremdenpolizeigesetz 2005 BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2022/106.

6 Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge 189 UNTS 2545.

vor, dass die Erteilung von vorübergehendem Schutz der Gewährung von Asyl oder dem Zugang zum Asylverfahren nicht entgegenstehen darf.⁷

2. Der Zugang zum Asylverfahren

Der Zugang zum Asylverfahren soll grundsätzlich in einer möglichst niederschweligen Weise ausgestaltet sein. § 2 Abs 1 Z 13 AsylG definiert einen AaiS als ein – auf welche Weise auch immer artikuliertes – Ersuchen eines Fremden, sich dem Schutz Österreichs unterstellen zu dürfen. Weiters normiert § 51 Abs 2 FPG, dass ein Feststellungsantrag von Fremden auf Unzulässigkeit der Abschiebung gem § 50 FPG – also im Wesentlichen wegen einer drohenden Refoulement-Verletzung – als AaiS zu werten ist, wenn sich der Antrag auf das Herkunftsland der jeweiligen antragsstellenden Person bezieht. Es muss somit auch für Personen aus der Ukraine davon ausgegangen werden, dass jedes Vorbringen einer drohenden Art 2 oder 3 EMRK-Verletzung vor einem Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes oder einer Sicherheitsbehörde als AaiS zu werten ist.

Die einfachgesetzliche Regelung für die Zuerkennung des Status der*s Asylberechtigten findet sich in § 3 AsylG, der auf Art 1 Abschnitt A Z 2 GFK verweist. Die unionsrechtliche Grundlage von § 3 AsylG findet sich in Art 13 StatusRL.⁸ Wenn eine Verfolgung iSd GFK glaubhaft gemacht wird, ist der antragstellenden Person der Status der*s Asylberechtigten zuzuerkennen. Neben der StatusRL finden sich aber auch in der Grundrechtecharta der EU (GRC) Regelungen, die Auswirkungen auf das Asylverfahren haben; insb sind hier Art 18 (Asylrecht) und Art 19 GRC (Refoulement-Verbot) zu nennen. Art 18 GRC normiert, dass das Recht auf Asyl nach Maßgabe der GFK und des AEUV⁹ gewährleistet wird. Die Frage, ob Art 18 GRC ein subjektives Grundrecht auf Asyl beinhaltet, ist in der Literatur nicht abschließend geklärt, wobei *Matti* überzeugende Argumente dafür vorbringt, dass ein subjektives Grundrecht anzunehmen ist.¹⁰ Eingriffe in dieses Grundrecht sind gem Art 52 Abs 1 GRC nur soweit zulässig, als sie gesetzlich vorgesehen sind und den Wesensgehalt des Asylrechts achten. Der Wesensgehalt des Art 18 GRC ist die Einhaltung der GFK, weshalb Einschränkungen mit dieser in Einklang zu stehen haben.¹¹ Eingriffsmöglichkeiten zum Schutz vor Überlastungen des Asylsystems oder zur Effizienzsteigerung staatlicher Verfahren sind in der GFK nicht normiert. Es ist daher davon auszugehen, dass solche Erwägungen einen Grundrechtseingriff in Art 18 GRC nicht rechtfertigen würden. Anderer Ansicht ist hier *Zwins*, die einen Eingriff in

7 Art 19 MassenzustromRL eröffnet jedoch die Möglichkeit, dass sich aus den Status als Asylwerber*in und Vertriebene ergebende Rechte nicht kumuliert werden können.

8 StatusRL (Neufassung) 2011/95/EU ABl L 337/9.

9 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

10 *Matti* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Kommentar² Art 18 Rz 50-52; aA *Bernsdorff* in *Meyer*, Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁴ (2014) Art 18 Rz 11.

11 *Matti*, Art 18 GRC Rz 45.

den Wesensgehalt der GFK nur bei Verletzung des Art 33 Abs 1 GFK – dem Refoulement-Verbot – sieht.¹²

Die für das Asylverfahren zuständige Behörde – das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (BFA) – ist gem § 73 Abs 1 AVG¹³ grundsätzlich verpflichtet, über Anträge ohne unnötigen Aufschub, spätestens aber sechs Monate nach deren Einlangen, einen Bescheid zu erlassen. § 22 Abs 8 AsylG normiert davon abweichend, dass im Falle der Erlassung einer Verordnung gem § 62 AsylG oder einer MassenzustromsVO durch die EU, der Fristenlauf für diese Verfahren für die Dauer des vorübergehenden Schutzes gehemmt ist. In seinen FAQs für Vertriebene aus der Ukraine erklärt das BFA diesbezüglich, dass ein AaiS von Vertriebenen für die Dauer des temporären Aufenthaltsrechts nicht bearbeitet wird.¹⁴ Diese Vorgangsweise der Behörde findet wohl in § 22 Abs 8 AsylG einfache gesetzliche Deckung.

3. Fristenhemmung als Zugangsbeschränkung

Die Fristenhemmung des § 22 Abs 8 AsylG führt derzeit dazu, dass AaiS von Vertriebenen aus der Ukraine in Österreich nicht behandelt werden. Ob eine etwaige Säumnisbeschwerde nach Ablauf der sechsmonatigen Entscheidungsfrist zielführend wäre, ist aufgrund der klaren Regelung des § 22 Abs 8 AsylG fraglich, da der Behörde wohl keine Säumnis vorgeworfen werden kann.

Jedoch ist die Unionsrechtskonformität bzw die Möglichkeit einer unionsrechtskonformen Auslegung des § 22 Abs 8 AsylG zu bezweifeln. Der *telos* der MassenzustromRL sowie der Fristenhemmung des § 22 Abs 8 AsylG ist die Sicherstellung eines funktionsfähigen Asylsystems.¹⁵ Im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen soll rasch und unbürokratisch Schutz geboten werden, ohne Individualprüfverfahren durchführen zu müssen. Dieser vorübergehende Schutz darf jedoch nicht die Anerkennung des Flüchtlingsstatus iSd GFK berühren (Art 3 Abs 1 MassenzustromRL). Kapitel IV MassenzustromRL regelt den Zugang zum Asylverfahren im Rahmen des vorübergehenden Schutzes und muss als unionsrechtliche Grundlage für etwaige Einschränkungen beachtet werden; zudem müssen diese möglichen Einschränkungen auch an Art 18 GRC gemessen werden. Als Grundlage für eine Fristenhemmung könnte uU Art 17 Abs 2 MassenzustromRL in Frage kommen: Dieser normiert, dass die Prüfung bei Ablauf des vorübergehenden Schutzes noch nicht bearbeiteter Asylanträge nach Ablauf des vorübergehenden Schutzes zum Abschluss zu bringen ist. Aus dieser Bestimmung kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass Asylverfahren Betroffener grundsätzlich nicht bearbeitet werden

12 *Zwins*, Begründet Art 18 Charta der Grundrechte der Europäischen Union ein subjektives Recht auf Asyl? *migraLex* 2014, 38–46 (39).

13 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 BGBl 1991/51 idF BGBl I 2018/58.

14 BFA, FAQs für Vertriebene aus der Ukraine, bfa.gv.at 14.3.2022, www.bfa.gv.at/news.aspx?id=455643766D7646497145673D (21.11.2022).

15 Vgl Art 2 lit a RL 2001/55/EG.

sollen.¹⁶ Gemessen am subjektiven Grundrecht auf Asyl nach Art 18 GRC scheint eine völlige Nichtbearbeitung der AaiS, gerade in Anbetracht des Umstandes, dass die MassenzustromRL eine Beeinträchtigung des Asylverfahrens nicht vorsieht, unionsrechtswidrig.

4. Fazit

Während das Ziel der MassenzustromRL der Schutz der nationalen Asylsysteme vor Überforderung durch einen Massenzustrom Vertriebener ist,¹⁷ lässt sich aus ihr keine unionsrechtliche Grundlage für eine Nichtbehandlung der Asylanträge Betroffener ableiten. Das in Art 18 GRC garantierte subjektive Grundrecht auf Asyl muss in Kombination mit den Regelungen der MassenzustromRL dahingehend ausgelegt werden, dass eine unbefristete Fristenhemmung, die den effektiven Zugang zum Asylverfahren verhindert, unionsrechtlich unzulässig ist.

Mag. Sebastian Frik, BA MA ist Universitätsassistent am Institut für Rechtsgeschichte, Universität Wien und Rechtsberater in der NGO Deserteurs- und Flüchtlingsberatung; sebastian.frik@univie.ac.at

¹⁶ Vgl dazu *Skordas*, Temporary Protection Directive 2001/55/EC, in *Hailbronner/Thym*, EU Immigration and Asylum Law (2016) 1055–1108 (1090 f), der ausführt, dass Art 17 im Gegensatz zum Art 16 des ursprünglichen Kommissionsentwurfs die förmliche Hemmung des Verfahrens nicht mehr vorsieht.

¹⁷ Vgl Art 2 lit a RL 2001/55/EG.

Abstammungsrecht im Umbruch

Der Verfassungsgerichtshof fordert den Familienrechtsgesetzgeber erneut heraus¹

Felicitas Rachinger

1. Einleitung

Anlässlich einer aktuellen Entscheidung des VfGH im Bereich des Familienrechts steht dem Gesetzgeber eine Neuregelung der Elternschaft bevor: Im Juni 2022 hob der VfGH § 144 ABGB (Abstammung vom Vater und vom anderen Elternteil) und Teile des § 145 ABGB (Anerkennung des Vaters und des anderen Elternteils) und somit zentrale Bestandteile des österreichischen Abstammungsrechts als verfassungswidrig auf.² Bis Ende 2023 hat der Gesetzgeber Zeit, eine Neuregelung zu finden, die nicht in die durch Art 8 EMRK geschützte reproduktive Autonomie von Eltern eingreift und die auch nicht unzulässig nach der sexuellen Orientierung der Eltern differenziert. Es ist unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber keine Neuregelung trifft, da ansonsten der österreichischen Rechtsordnung zentrale Regelungen zur Elternschaft fehlen würden. In welche Richtung der Gesetzgeber bei einer Neugestaltung gehen wird, ist allerdings offen. Denkbar ist die Verfolgung eines Ansatzes, der die Vielfalt tatsächlich gelebter Familienrealitäten umfassend berücksichtigt. Solche Ansätze eines Abstammungsrechts unter Berücksichtigung vielfältiger Familienkonstellationen und queerer Lebensrealitäten wurden in den vergangenen Jahren immer wieder vorgestellt.³ Im Folgenden wird zunächst das Erkenntnis des VfGH zusammengefasst; daran anknüpfend werden zwei Aspekte aufgegriffen, die im Sinne einer zeitgemäßen Neuregelung diskutiert werden sollten.

1 Für hilfreiche Anmerkungen und Feedback danke ich *Caroline Voithofer* und *Matthias C. Kettemann*.

2 VfGH 30.6.2022, G 230/2021-20; dazu ausführlich *Voithofer*, Die Chance für ein zukunftstaugliches Abstammungsrecht, *iFamZ* 6/2022; zu Überlegungen anlässlich der in diesem Beitrag nicht explizit aufgegriffenen Frage der Neuregelung des Anerkennnisses s *Fischer-Czermak*, Reform des Anerkennnisses der Vaterschaft/Elternschaft: Überlegungen aus Anlass VfGH 30.6.2022, G 230/2021-20, *ÖJZ* 2022, 1035.

3 *Schreiner*, Geschlecht und Abstammungsrecht, *juridikum* 2018, 456; *Cottier*, Ein Recht der Elternschaft jenseits von Heteronormativität und Zweigeschlechtlichkeit, in *Schnegg/Tschuggnall/Voithofer/Auer*, Inter- und multidisziplinäre Perspektiven der Geschlechterforschung. Innsbrucker Gender Lectures IV (2022) 39-56; *Guerrero*, Jenseits der Kernfamilie: „Funktionale Elternschaft“, eine progressive Alternative aus den USA, *juridikum* 2010, 143; einen Überblick des bereits bestehenden Schutzes der sozialen Familie im österreichischen Familienrecht bietet *Voithofer*, Eltern-Kind-Verhältnisse im Spannungsfeld genetischer und sozialer Beziehungen: Ein Streifzug durch das österreichische Familienrecht, *FamPra.ch* 2016, 422.

2. Die Entscheidung des VfGH

Im Februar 2020 wurde der Antrag der in einer gleichgeschlechtlichen eingetragenen Partnerschaft (EP) lebenden Antragstellerin auf Eintragung ihrer Elternschaft vom Magistrat Wien abgewiesen. Ihre Partnerin hatte zuvor ein Kind zur Welt gebracht, das nicht im Wege medizinisch unterstützter Fortpflanzung (muF) gezeugt worden war. Nach Ansicht des Magistrats war der Fall somit nicht von § 144 Abs 2 ABGB erfasst, was im weiteren Verfahrensgang vom VwG Wien bestätigt wurde.⁴

§ 144 Abs 2 ABGB wurde mit dem Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 (FMedRÄG 2015)⁵ eingeführt,⁶ da mit der Öffnung von muF für gleichgeschlechtliche Partnerinnen eine Regelung der Elternschaft notwendig wurde. Demnach ist die Elternschaft des anderen Elternteils – also jener Partnerin, die das Kind nicht gebiert – nur möglich, wenn ein Kind durch muF gezeugt wurde. Für das Anerkenntnis der Elternschaft ist nach § 145 Abs 1 ABGB die Vorlage eines Nachweises über die an der Mutter durchgeführte muF erforderlich. Die Erlangung der rechtlichen Elternschaft von Kindern, die auf andere Weisen gezeugt wurden (der VfGH bezieht sich hier etwa auf „Heiminsamination“⁷), verlangt die Durchführung einer Adoption. Im Vergleich dazu kommt es nach § 144 Abs 1 ABGB für die Erlangung der Vaterschaft in verschiedengeschlechtlichen Ehen nicht auf die Art der Zeugung an, sondern lediglich darauf, dass der Mann mit der Frau, die das Kind geboren hat, im maßgeblichen Zeitpunkt verheiratet war. Ein entsprechender Nachweis über die Art der Zeugung ist nicht vorzulegen. Der VfGH erkannte in dieser Differenzierung zwischen gleich- und verschiedengeschlechtlichen Paaren eine verfassungswidrige Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung.⁸ Darüber hinaus sah der VfGH auch eine Verletzung der nach Art 8 EMRK geschützten reproduktiven Autonomie der Frau, die das Kind gebiert, als verwirklicht an. Wolle diese den „Schutz der sozialen Familie [...] verwirklichen“⁹, so hätte sie, wenn sie in einer gleichgeschlechtlichen Beziehung lebt, keine andere Möglichkeit, als auf muF zurückzugreifen. Der VfGH hob dementsprechend § 144 ABGB zur Gänze sowie jene Teile des § 145 ABGB, die sich auf den Nachweis der muF beziehen, auf. Der Gesetzgeber ist daher gefordert, eine verfassungskonforme Neuregelung bis zum Außerkrafttretensdatum der Bestimmungen am 31.12.2023 zu treffen.

4 VwG Wien 22.10.2020, VWG-101/050/4909/2020-8.

5 BGBl I 2015/35.

6 Vgl bereits kritisch zur Verfassungskonformität von § 144 Abs 2 ABGB: *Gottschamel/Kratz-Lieber*, Verfassungsrechtliche Fragen im Abstammungsrecht nach dem FMedRÄG 2015: Ungleichbehandlung bei der Erlangung der automatischen Elternschaft, ÖJZ 2015, 917.

7 VfGH 30.6.2022, G 230/2021-20, Rz 27.

8 VfGH 30.6.2022, G 230/2021-20, Rz 29 f.

9 VfGH 30.6.2022, G 230/2021-20, Rz 33.

3. „Mutter“ und „Vater“ als rechtliche Begriffe

Mit Blick auf eine Neugestaltung der Elternschaft ist zunächst – einem nicht-binären Verständnis von Geschlecht folgend – die Verwendung der Begriffe „Mutter“ und „Vater“ in der Rechtsordnung zu hinterfragen. Spätestens seit der VfGH-Entscheidung zur Intergeschlechtlichkeit aus 2018¹⁰ ist der österreichischen Rechtsordnung ein Geschlechterverständnis jenseits der binären Vorstellung von Geschlecht nicht mehr fremd. Es wäre nur konsequent, die darin anerkannte geschlechtliche Vielfalt nicht nur im Personenstandsrecht anzuerkennen, sondern auch in Bezug auf Elternschaft auf die geschlechtsspezifischen Begriffe „Mutter“ und „Vater“ zu verzichten und stattdessen die geschlechtsneutralere Bezeichnung „Elternteil“ stringent zu verwenden. So würde vermieden, dass Personen eine Bezeichnung ihrer Elternrolle hinnehmen müssen, die nicht der eigenen Geschlechtsidentität entspricht.¹¹

4. Anerkennung mehrpersonaler Elternschaft

Die aktuelle Rechtslage geht grundsätzlich davon aus, dass ein Kind maximal zwei rechtliche Elternteile haben kann. Die Elternschaft kann zwar in beschränktem Ausmaß wechseln¹², jedoch nicht bei mehr als zwei Personen gleichzeitig liegen. Mehrpersonale Elternschaft ist aber durchaus soziale Realität, wenn etwa gleichgeschlechtliche Paare ein Kind gemeinsam mit den Keimzellspender_innen großziehen, oder auch in polyamoren Beziehungen. Auch in Fällen getrennt lebender Elternteile kann mehrpersonale Elternschaft relevant sein, wenn Stiefelternteile eine elternähnliche Rolle einnehmen, die zusätzlich zur bereits bestehenden Elternschaft rechtlich anerkannt werden soll.¹³ Soll rechtliche Elternschaft möglichst viele gelebte Realitäten abbilden, muss die soziale Familie gegenüber der biologischen Abstammung im Vordergrund stehen und wäre eine Erfassung auch mehrpersonaler Elternschaft notwendig.¹⁴

5. Conclusio

Mit der Aufhebung wesentlicher Teile des Abstammungsrechts hat der VfGH die Tür zu einer umfassenden Neuregelung geöffnet. Abzuwarten bleibt, wie umfangreich diese ausfällt, ob etwa mehrpersonale Elternschaft berücksichtigt wird oder lediglich die mini-

¹⁰ VfGH 29.6.2018, G 77/2018.

¹¹ So auch *Schreiner*, *Geschlecht*, juridikum 2018, 456, anlässlich einer Entscheidung des deutschen BGH, der zufolge ein Trans-Mann vom Standesamt im Geburtenregister als „Mutter“ zu führen war, BGH 6.9.2017, XII ZB 660/14.

¹² ZB durch Adoption oder durch spätere Feststellung der Vaterschaft eines Anderen.

¹³ In diesen Fällen ist bisher eine Stiefkindadoption möglich, die allerdings die Elternschaft des anderen, der Stiefkindadoption zustimmenden, Elternteils ersetzt und nicht parallel zu dieser bestehen kann.

¹⁴ *Cottier* erwähnt als Vorbild die kanadische Provinz Ontario, die Elternschaft von bis zu vier Personen ermöglicht: *Cottier*, Ein Recht der Elternschaft jenseits von Heteronormativität und Zweigeschlechtlichkeit, in *Schnegg/Tschuggnall/Voithofer/Auer*, *Inter- und multidisziplinäre Perspektiven der Geschlechterforschung*, Innsbrucker Gender Lectures IV (2022) 39.

malsten Änderungen vorgenommen werden, die abgesehen von der Beseitigung der aktuell bestehenden Verfassungswidrigkeit keine neuen Ansätze verwirklichen. Wünschenswert erscheint eine Regelung, die Menschen sowohl in ihrer Geschlechtsidentität als auch in ihrer Rolle als Elternteil vollständig anerkennt.

Mag.^a Felicitas Rachinger arbeitet als Universitätsassistentin am Institut für Theorie und Zukunft des Rechts der Universität Innsbruck; felicitas.rachinger@uibk.ac.at

Zu den Rechten der Natur

Rechtssubjektivität der Natur – Hirngespinnst oder Notwendigkeit?

Samantha Pechtl

In Anbetracht der Dringlichkeit und Wichtigkeit des Klimaschutzes soll im vorliegenden Beitrag dieses Thema unter dem Aspekt von Eigenrechten der Natur aufgegriffen und analysiert werden, ob der Klimawandel allenfalls verlangsamt werden kann, wenn der Natur in ihrer Gesamtheit eigene Rechte zugestanden werden. Zudem soll der Beitrag insbesondere einen Denkanstoß hinsichtlich eines veränderten Umgangs mit natürlichen Ressourcen liefern.

1. Rechtssubjekt vs Rechtsobjekt

Wer rechtsfähig ist, kann Träger:in von Rechten und Pflichten sein. Diese Fähigkeit haben alle natürlichen Personen von Geburt an (§ 16 ABGB).¹ Neben natürlichen Personen sind auch sogenannte juristische Personen (etwa Vereine, GmbH oder Stiftungen) rechtsfähig.² Als Rechtssubjekte verfügen sie über bestimmte subjektive Rechte, welche sich entweder direkt auf konkrete Rechtsobjekte (Sachen) beziehen oder gegen andere Rechtssubjekte gerichtet werden können.³ Rechtsobjekte sind hingegen passive Bezugspunkte von Rechten und Pflichten, die den Rechtssubjekten zustehen. Eigene Rechte oder Pflichten kommen diesen nicht zu.⁴

Mag „die Natur“ zwar mangels Beherrschbarkeit nicht als Sache iSd § 285 ABGB qualifiziert werden,⁵ so kann sie – da sie weder eine natürliche noch eine juristische Person ist – wohl dennoch nicht als Rechtssubjekt angesehen werden und unterliegt daher als Rechtsobjekt der Macht von Rechtssubjekten.

Die Natur ist derzeit demnach bloßes Rechtsobjekt und verfügt somit über keine eigenen Rechte, welche sie – mittels natürlichen Personen – durchsetzen könnte.

1 Ausführlicher zur Rechtsfähigkeit siehe etwa *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 16 Rz 6 ff (Stand 1.3.2017, rdb.at) oder *Posch* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ (2018) § 16 Rz 9 ff.

2 *Stegner/Merzo*, Juristische Person, Lexis Briefings Zivilrecht (2022); *Koch* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar ABGB⁶ (2020) § 26 Rz 12 ff.

3 *Barta*, Online Lehrbuch Zivilrecht Kapitel 4, www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/kap4_0.xml?section=1;section-view=true (16.11.2022).

4 *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht AT⁹ (2021) Rz 2/1 ff; *Welser/Kletečka*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts AT¹⁵ (2018) Rz 171 ff.

5 S allgemein *Zoppel* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 285 Rz 3; *Holzner* in *Rummell/Lukas*, ABGB⁴ § 285 Rz 5 (Stand 1.7.2016, rdb.at).

2. Eigene Rechte der Natur

Die vorliegende Thematik war bereits vielfach Gegenstand (rechts)wissenschaftlicher Diskurse.⁶ Nun sollen, zumal die Klimakrise unaufhörlich voranschreitet, die wichtigsten Überlegungen bezüglich der Etablierung von Eigenrechten der Natur nochmals überblicksmäßig dargestellt und daraus neue subjektive Einsichten gewonnen werden.

2.1. Was dafür spricht...

In Anbetracht der fortschreitenden Zerstörung der Ökosysteme, des weltweiten Artensterbens sowie der eingetretenen und prognostizierten Klimaveränderung kann die Rechtssubjektivität der Natur durchaus als rechtspolitische Notwendigkeit deklariert werden.⁷ Zudem entspricht die Anerkennung von Eigenrechten der Natur dem überwiegenden Interesse der (europäischen) Bevölkerung⁸ und ist notwendig, wenn man eine Gleichwertigkeit mit den Rechten der Personen und Unternehmen gewährleisten will. Hierfür trat auch der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss 2020 in einer Initiativstellungnahme ein.⁹

Da das Rechtssystem in gewisser Weise das Weltbild der Bevölkerung widerspiegelt, können durch Gesetze gesellschaftliche Beziehungen geregelt bzw verändert werden. Die Verankerung von Eigenrechten der Natur in unserer Rechtsordnung kann sohin durchaus zu einem Umdenken der Gesellschaft in Bezug auf die (Aus- oder Be-)Nutzung der Natur respektive zu einem nachhaltigeren Verhältnis des Menschen zur Natur führen. Dadurch könnte ein wesentlicher Beitrag zur Verlangsamung der globalen Erwärmung und des Artensterbens, sowie der gerechten Verteilung der Lasten unter den Menschen geleistet werden.¹⁰

6 S etwa *Deutscher Bundestag*, Zur Diskussion über die Anerkennung einer eigenen Rechtspersönlichkeit der Natur und Umwelt, WD 8-3000-089/21 mwN; *Stone*, Should Trees have Standing – Towards Legal Rights for Natural Objects, *Southern California Law Review* 1972, 450 ff; *Gutmann*, Pachamama als Rechtssubjekt? Rechte der Natur und indigenes Denken in Ecuador, ZUR 2019, 611 ff; *Gelinsky*, Mutter Erde als Rechtsperson, *Frankfurter Allgemeine* 16.10.2021, 14; *Fischer-Lescano*, Natur als Rechtsperson, Konstellationen der Stellvertretung im Recht, ZUR 2018, 205; *Darpö*, Can Nature Get it Right? A Study on Rights of Nature in the European Context, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/689328/IPOL_STU\(2021\)689328_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/689328/IPOL_STU(2021)689328_EN.pdf); *Knauß*, Rechte der Natur und ihre umweltethische Rechtfertigung sowie das Konzept des Buen Vivir, Vortrag vom 29.6.2021, www.uni-leipzig.de/newsdetail/artikel/rechte-der-natur-und-ihre-umweltethische-rechtfertigung-2021-06-29; *Bertel*, Rechte der Natur in südamerikanischen Verfassungen, *juridikum* 2016, 451 ff.

7 So etwa *Fischer-Lescano*, Natur als Rechtsperson, Konstellationen der Stellvertretung im Recht, ZUR 2018, 205 (205 ff).

8 Eine vom Meinungsforschungsinstitut IPSOS im Jahr 2021 durchgeführte Umfrage ergab, dass der Großteil der europäischen Bevölkerung eine Anerkennung der Rechte der Natur befürwortet, s www.marietoussaint.eu/sondage-droits-de-la-nature (16.9.2022).

9 *Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss*, Stellungnahme v 11.12.2020, „Eine EU-Strategie für nachhaltigen Konsum“ (2020/C 429/08), ABl C 429/51, eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020IE1596&from=EN (16.9.2022).

10 Vgl dazu *Knauß/Gutmann/Zenetti/Bosselmann*, Die Rechte der Natur im deutschen Feuilleton. Eine Presseschau, www.praefaktisch.de/002e/die-rechte-der-natur-im-deutschen-feuilleton-eine-presseschau (26.9.2022).

Aus diesem Blickwinkel und vor dem Hintergrund, dass Recht Macht verleiht, erscheint der Gedanke, der Natur eigene Rechte zuzuerkennen, durchaus verfolgenswert. *Krömer* resümiert etwa, dass es „keine naive Illusion“ sei, die Natur als eigenständiges Rechtssubjekt anzuerkennen. Nach ihr könne, „die Anerkennung der Natur als Rechtssubjekt [...] ein wichtiger Grundstein für einen ‚grünen Wiederaufbau‘ sein und bestehende Rechtsdefizite korrigieren.“ Es sei schließlich „Zeit, diese faktische Interpendenz auch rechtlich anzuerkennen.“¹¹

Der Einwand, dass der „Wille der Natur“ nicht eindeutig festgestellt und daher vom Menschen bloß vermutet und repräsentiert werden könne, ist nicht geeignet, die Rechtssubjektivität der Natur an sich abzulehnen, zumal Rechtsvermutungen der Rechtsordnung keineswegs fremd, sondern vielmehr ein unvermeidliches „Arbeitsmittel“ darstellen. Ferner wäre auch die stellvertretende Interessenwahrnehmung kein Novum in der österreichischen Rechtsordnung. Es kann durchaus die Annahme getroffen werden, dass ein dauerhafter Naturbestand und eine ausgeglichene Ökobilanz im Interesse der Natur ist und dieses Interesse vom Menschen ausreichend wahrgenommen und durchgesetzt werden kann. Da die Nachhaltigkeit der Natur ein schützenswertes Gut darstellt, sollte dieses Interesse grundrechtlich geschützt und erhebliche Natureingriffe strengen Vorbehalten unterstellt werden.¹²

Bloße Staatszielbestimmungen zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen sind hingegen nicht ausreichend, zumal Ökosystemen dadurch keine durchsetzbare Rechtsposition verschafft wird und auch nicht alle umweltrechtlichen Normen gerichtlich geltend gemacht werden könnten.¹³

Die Gewährleistung verfassungsgesetzlich verankerter Eigenrechte der Natur und die Durchsetzbarkeit dieses Rechts durch jede Person etwa gegen naturschädigende und dadurch rechtsmissachtende Unternehmen könnte durchaus ein möglicher Ansatzpunkt sein, um das Massenaussterben der Tierwelt und die Klimakrise ein wenig abzumildern.¹⁴ Letztendlich spricht viel dafür, dass die Anerkennung von Eigenrechten ein Katalysator sein könnte, der Integrität der Natur und der Existenz ihrer Ökosysteme einen höheren Stellenwert zu geben.¹⁵

11 *Krömer*, Warum hat die Natur eigentlich keine Rechte? Addendum 10.7.2020, www.addendum.org/debatte-recht/natur-als-rechtssubjekt-kroemer (23.02.2023).

12 *Ganner/Pechtl/Stock/Weber*, Recht auf Natur – Freier Zugang zur Natur, AK Wien, Informationen zur Umweltpolitik Nr 204 (2022) 55 f.

13 *Suljak/Zenetti*, Interview zu Eigenrechten der Natur: Sollten Wälder und Flüsse selbst klagen dürfen? Legal Tribune Online 9.7.2021, www.lto.de/recht/hintergruende/h/eigenrechte-natur-klimawandel-oekosystem-fluesse-waldklagebefugnis-rechtspersoenelichkeit-klimaschutz-umweltschutz (29.9.2022).

14 So gewährt die ecuadorianische Prozessordnung (Art 38) bereits allen (Rechts-)Personen und der Volksanwaltschaft (amtswegig) die Möglichkeit, das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht der Natur geltend zu machen. Die Zulässigkeit der Geltendmachung erfordert im Zivilverfahren – im Gegensatz zum Strafverfahren – sohin keinen Nachweis einer unmittelbaren Rechtsverletzung. Vgl *Krömer/Wagner/Bergthaler/Grabmair*, Eigenrechtsfähigkeit der Natur, JKU 6 mWn, www.ooe-umweltanwaltschaft.at/Mediendateien/1Eigenrecht_NaturHP.pdf (18.1.2023).

15 *Knauß/Gutmann/Zenetti/Bossemann*, Die Rechte der Natur im deutschen Feuilleton. Eine Presseschau, www.praefaktisch.de/002e/die-rechte-der-natur-im-deutschen-feuilleton-eine-presseschau (26.9.2022).

2.2. ... und was dagegen

Als Kritikpunkt wird zumeist vorgebracht, dass die mit der Ausdehnung subjektiver Rechte auf Pflanzen, Tiere und Ökosysteme beabsichtigte „Aushebelung der anthropozentrischen Rechtsordnung deren Wesen und Bedeutung“¹⁶ verkennt und die ökologischen Probleme nicht lösen würde. Vielmehr würden Rechte der Natur zu einer Verletzung der Menschenwürde führen.¹⁷

Die Verleihung von Rechten an die Natur überwinde die Trennung zwischen Mensch und Natur nicht, sondern verstärkt diese vielmehr. Es geraten sodann Rechte des Menschen mit jenen der Natur in Konflikt, womit eine Abgrenzung bzw Abwägung zwischen den einzelnen Rechtspositionen erforderlich wird.¹⁸

Kritiker:innen¹⁹ des Eigenrechte-Ansatzes bemängeln also die Unmöglichkeit einer echten ökozentrischen Sicht. Aufgrund des Umstandes, dass die Natur ihre subjektiven Rechte nicht selbst definieren und wahrnehmen kann, bedingt die Notwendigkeit des menschlichen Tätigwerdens für die Natur eine anthropozentrische Rechtswahrnehmung.²⁰

Gegen die von Befürworter:innen vorgebrachte Parallele zur Rechtsfähigkeit juristischer Personen wird, da juristische Personen – nicht wie die Natur – gerade vom Mensch entsprechend seinen Zielen und Interessen erschaffen und definiert werden, die fehlgeleitete Vergleichbarkeit eingewendet. Auch die Parallele zur Vertretung der Interessen Unmündiger scheitere, weil die Anerkennung deren Rechtsfähigkeit bereits wegen ihrer menschlichen Würde und der Gleichheit aller Menschen erforderlich ist. Schließlich birgt ein absoluter Schutz von Natur und Umwelt die Gefahr in sich, gegen vitale Interessen des Menschen zu verstoßen und kann mit der Subjektivierung der Natur ohnedies nichts erreicht werden, was nicht auch durch den Ausbau der Klagebefugnis (etwa von Verbänden) zu erreichen ist.²¹

Kurzum kann festgehalten werden, dass es nach dieser Argumentation mangels einer festen Naturgröße nur schwer möglich ist, „die Natur“ als ein einheitliches Rechtssubjekt zu erfassen und dieses vom Rechtssubjekt Mensch abzugrenzen bzw deren Interessen gegeneinander abzuwägen.²² Auch eine vom Europäischen Parlament in Auftrag gegebene Studie²³, welche ermitteln sollte, ob subjektive Rechte der Natur tatsächlich einen

16 *Gelinsky*, Mutter Erde als Rechtsperson: Wieso ein Klagerecht für die Natur keine Lösung ist, FAZ 16.10.2021, www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/wieso-ein-klagerecht-fuer-die-natur-keine-loesung-ist-17587065.html (27.9.2022).

17 *Gelinsky*, FAZ 16.10.2021, www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/wieso-ein-klagerecht-fuer-die-natur-keine-loesung-ist-17587065.html (27.9.2022).

18 Vgl *Gutmann*, Pachamama als Rechtssubjekt? Rechte der Natur und indigenes Denken in Ecuador, ZUR 2019, 611 (616).

19 S etwa *Mangold/Klein/Starck*, Kommentar zum Grundgesetz II⁷ (2018) Art 20a GG Rz 27 (Fn 30).

20 S zum Begriffsverständnis und zur bereits geführten Diskussion um die Eigenrechte der Natur *Petersen*, Anthropozentrik und Ökozentrik im Umweltrecht, ARSP 1997, 361 (361 ff).

21 *Mangold/Klein/Starck*, Grundgesetz II⁷ Art 20a Rz 27 (Fn 30).

22 *Gutmann*, ZUR 2019, 616.

23 *Darpö*, Can Nature Get it Right? A Study on Rights of Nature in the European Context (2021), [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/689328/IPOL_STU\(2021\)689328_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/689328/IPOL_STU(2021)689328_EN.pdf) (29.9.2022).

Mehrwert für die Umwelt darstellen könnten, kreidete im Wesentlichen den bloß symbolischen Charakter derartiger Rechte an. Neben der mangelnden Nachweisbarkeit eines tatsächlichen Paradigmenwechsels wurde auch die schwache Durchsetzbarkeit kritisiert und bietet die Rechtspersonlichkeit „keine systematischen Vorteile gegenüber dem EU-Modell zum Schutz von Umweltinteressen durch im Umweltschutz tätige nichtstaatliche Organisationen.“²⁴

3. Exkurs: Ausreichende Wahrung der Naturinteressen durch die Landesumweltschutzbehörden?

Ein bereits etabliertes Beispiel für die Vertretung von Interessen der Natur sind die Umweltschutzbehörden. Diese vertreten in den einzelnen Bundesländern die öffentlichen Interessen des Natur- und Umweltschutzes und überprüfen die Einhaltung umweltrelevanter Rechtsvorschriften bzw. machen allfällige Verletzungen dieser verfahrensrechtlich geltend.²⁵

Sie werden von den Bundesländern also speziell zur Wahrung der Interessen des Natur-/Umweltschutzes eingerichtet,²⁶ wobei sie im Einzelnen über sehr unterschiedliche verfahrensrechtliche Befugnisse verfügen.²⁷ Grundsätzlich können die Landesumweltschutzbehörden das zu wahrende Interesse der Natur (Umweltschutzvorschriften) durch Parteirechte geltend machen. Allerdings ist die Durchsetzung der Naturinteressen nicht durchwegs möglich: So kommt zB der Naturschutzanwältin in Vorarlberg ein Beschwerderecht bei der Erschließung von Skigebieten mit Seilbahnen oder Schleppliften etwa nur dann zu, wenn damit ein Flächenverbrauch durch Pistenneubau mit Geländeänderungen von über 10 ha verbunden ist.²⁸ Zumeist besteht jedoch nur ein Recht auf Akteneinsicht, auf Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhaltes und auf Stellungnahme zur Beweisaufnahme.²⁹

Da die Landesumweltschutzbehörden nicht durchwegs in allen die Natur berührenden Verfahren Parteistellung haben und bestehende Mitwirkungsrechte oftmals bloß begrenzt sind (zB kein Recht auf eine Entscheidung, Verfahrenseinleitung, keine umfassende Beschwerdelegitimation, fehlende Antragsrechte oder Ähnliches) ist ein umfassender Naturschutz durch diese Institutionen nicht gewährleistet.

24 Vgl. *Deutscher Bundestag*, Auswirkungen des Klimawandels auf die Menschenrechte erörtert, 20.5.2021, www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw20-pa-menschenrechte-klimakrise-840384 (14.9.2022).

25 Vgl. § 2 Abs 4 und § 19 Abs 3 Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000 – UVP-G 2000, BGBl 1993/697 idGF.

26 Die natürliche Umwelt soll als Lebensgrundlage für den Menschen bewahrt, schädliche Einwirkungen auf die Umwelt vermieden bzw. reduziert und das Landschaftsbild bzw. der Naturhaushalt soll nicht/kaum beeinträchtigt werden. Vgl. etwa § 1 LUA-G Sbg, LGBl 1998/67 idGF.

27 Zu den Befugnissen der Salzburger Landesumweltschutzbehörden vgl. wiederum § 7 Abs 1 LUA-G Sbg.

28 § 46c Abs 2 lit a VbG Naturschutz- und Landschaftsentwicklungsg, LGBl 1997/22 idGF.

29 Vgl. *Meyer*, Die Landesumweltschutzbehörden, RdU 2003, 4 (4 ff).

4. Rechtsvergleich: Wie geht man in anderen Ländern mit dieser Thematik um?

4.1. Verfassungsrechtliche Gewährleistung subjektiver Naturrechte

Im Allgemeinen ist ein überregionaler Trend in Richtung Rechtsträgerschaft der Natur zu konstatieren.³⁰ Die meisten Verfassungsrechtsordnungen nennen den Umweltschutz zwar bereits als Zielvorgabe, ein subjektives Recht der Natur an sich kennt jedoch nur die Verfassung Ecuadors.³¹ Dieses Naturrecht ist gegenüber bloßen Zielbestimmungen weitreichender und effizienter, da der Umweltschutz von jeder Person durchgesetzt werden kann.³² In Ecuador verfügt die Natur bereits seit 2008 über verfassungsgesetzlich gewährleistete Eigenrechte.³³ Alle Personen, Gemeinschaften, Völker und Nationen können sich gemäß Art 71 der ecuadorianischen Verfassung (Constitución de la República del Ecuador) an öffentliche Stellen wenden, um die Rechte der Natur durchzusetzen. Dies geschah auch in mehreren Verfahren, welche überwiegend zugunsten der Rechte der Natur entschieden wurden.³⁴ Obzwar die ecuadorianische Verfassung als einzige Verfassung weltweit die Natur per se zum Rechtssubjekt erhebt, werden auch in anderen Ländern gewissen sensiblen Ökosystemen eigene Rechte zuerkannt.³⁵ Durch die partielle Berücksichtigung der Tier- bzw. Naturrechte, unter anderem in den Verfassungen von Argentinien³⁶, Kolumbien³⁷, Indien³⁸,

30 So *Bertel*, *juridikum* 2016, 451 unter Berufung auf *Emmenegger/Tschentscher*, Taking Nature's Rights Seriously: The Long Way to Biocentrism in Environmental Law, *The Georgetown International Environmental Law Review* 1994, 545. Vgl auch *Knauß/Gutmann/Zenetti/Bosselmann*, Die Rechte der Natur im deutschen Feuilleton, praefaktisch.de. Eine Übersicht über die mehr als 100 Initiativen in 24 verschiedenen Ländern, Rechte der Natur in geltendes Recht zu integrieren, findet sich in *Triml-Chiffllard*, Te Awa Tupua – Der Ahne Fluss, *Wissenschaft & Frieden* (2021) 12, sowie auf diesen verweisend der *Deutsche Bundestag*, Zur Diskussion über die Anerkennung einer eigenen Rechtspersönlichkeit für Natur und Umwelt, WD 8-3000-089/21, 11 mwN.

31 Ecuador ist das erste (und nach wie vor einzige) Land weltweit, welches ein generelles Recht der Natur verfassungsrechtlich verbrieft und die Natur in ihrer Gesamtheit als Rechtsperson anerkennt. So der *Deutsche Bundestag*, WD 8-3000-089/21, 12. Für ausführliche Erläuterungen der einzelnen entwicklungs- und umweltpolitischen Diskurse darf auf die Untersuchung des Deutschen Umweltbundesamtes von *Richerzhagen/Bauer/Espinosa/Pregernig*, *Entwicklungspolitisch sensible Umweltpolitik* (2019) verwiesen werden, www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/1410/publikationen/2019-03-11_texte_20-2019_sensible-umweltpolitik.pdf (30.9.2022).

32 Siehe dazu *Bertel*, *juridikum* 2016, 452 mwN.

33 *Kersten*, Natur als Rechtssubjekt: Für eine ökologische Revolution des Rechts, *APuZ* 6.3.2020, www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/305893/natur-als-rechtssubjekt/#footnote-target-1 (16.9.2022); *Krömer*, Warum hat die Natur eigentlich keine Rechte? addendum.org.

34 NN, Protest im Namen der Natur: Eine junge Frau verklagt den Staat Ecuador, *Frankfurter Rundschau* 3.3.2022, www.fr.de/wirtschaft/protest-im-namen-der-natur-eine-junge-frau-verklagt-den-staat-ecuador-91386705.html (16.9.2022).

35 *Kersten*, Natur als Rechtssubjekt, bpd.de; *Krömer*, Warum hat die Natur eigentlich keine Rechte? addendum.org.

36 Art 41 Constitución de la Nación Argentina 1994.

37 Art 79 Constitución Política de Colombia 1991.

38 Im Jahr 2017 wurden die Flüsse Ganges und Yamuna zu Personen des Rechts erklärt und für diese eine treuhänderische Stellvertretungsstruktur etabliert; vgl High Court of Uttarakhand in *Nainital* 20.3.2017, 126/2014 Rz 11, www.nonhumanrights.org/content/uploads/WPPIL-126-14.pdf (30.9.2022).

39 Seit 2017 verfügt der Whanganui-Fluss über eigene Rechte; s hiezu Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 12.4.2017, www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html (30.9.2022).

40 In den Vereinigten Staaten haben 29 lokale Gesetzgeber Eigenrechte der Natur anerkannt. So räumt etwa die Orange County Charta gewissen Gewässern Rechtssubjektivität ein und gibt den einzelnen Bürger:innen die Befugnis, die Rechte der Gewässer gerichtlich geltend zu machen. Der Präsident einer Umweltbewegung hat dieses Recht in Anspruch genommen und die Rechte der betreffenden Gewässer vor Gericht eingeklagt. Das (Berufungs-)Verfahren ist

Neuseeland³⁸ oder den USA³⁹, wird die Natur zumindest in Ansätzen als Rechtssubjekt qualifiziert.

4.2. Bisherige Vorschläge de lege ferenda und Auslegungsversuche de lege lata

Die Wichtigkeit der Anerkennung der Natur als eigenständiges Rechtssubjekt wurde von der Lehre längst erkannt. Bereits in den 1970er Jahren hat sich der amerikanische Rechtsprofessor *Stone* federführend mit der Debatte um eigene Rechte der Natur beschäftigt.⁴¹ Auch im deutschsprachigen Raum spricht sich etwa *Kersten* für die Gewährleistung subjektiver Naturrechte aus: „Noch sehen wir in der Natur nur ein Objekt des Umweltschutzes.“⁴² Doch wir sollten die Natur als ein Rechtssubjekt begreifen, das seine ökologischen Interessen selbst wahrnimmt und durchsetzt. Dies wäre nicht nur eine rechtliche, sondern auch eine soziale, ökonomische und ökologische Revolution.⁴³

Auf politischer Ebene wurde (vom Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss) die Anerkennung von Rechten der Natur zur Erzielung einer Gleichwertigkeit mit den Rechten von Personen und Unternehmen gefordert.⁴⁴ Ähnlich in der Schweiz, wo im März vergangenen Jahres eine Adaptierung der geltenden Rechtsordnung angeregt wurde. Im Konkreten soll die schweizerische Bundesverfassung den Schutz der Umwelt und Natur stärken, indem zum einen ein Grundrecht des Menschen auf eine gesunde Umwelt zu verankern ist und zum anderen der Natur selbst zumindest partiell der Status eines Rechtssubjekts verliehen wird.⁴⁵

Ferner ist bezüglich (subjektiver) Rechte der Natur ein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH anhängig.⁴⁶ Im Ausgangsverfahren erwarb die klagende Käuferin 2017 einen Pkw (Mercedes-Benz) und begehrte von der beklagten Daimler AG Schadenersatz wegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung (temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung führt bei bestimmten Außentemperaturen zu einem höheren Stickstoffoxidaus-

derzeit jedoch noch nicht abgeschlossen. S hiezu Orange County 2020 Charter Review Commission, Final Report, www.occompt.com/wordpress/wp-content/uploads/2020/06/2020-CRC-Final-Report.pdf (30.9.2022); *Tiffany Moore Russell*, Orange County Clerk, Court Records Search, Case Number 2021-CA-004420-O, myeclerk.myorangeclerk.com (30.9.2022); *Zenetti*, Eigenrechte der Natur: wegweisende Gesetze, Gerichtsentscheidungen und ausgewählte aktuelle Entwicklungen, Natur und Landschaft 2022, 54.

41 *Stone*, Should Trees have Standing? – Towards Legal Rights for Natural Objects, *Southern California Law Review* 1972, 45, 450 ff.

42 Vgl dazu die in Deutschland gestellte Forderung eines einklagbaren Rechts auf Umweltschutz respektive Schutz vor Verletzungen von Menschenrechten durch Klimafolgen: *Deutscher Bundestag*, Auswirkungen des Klimawandels auf die Menschenrechte erörtert, www.bundestag.de.

43 *Kersten*, Natur als Rechtssubjekt, bpd.de. S auch Klimaschutz als Grundrecht der Zukunft, *Wiener Zeitung* 15.5.2021, www.wienerzeitung.at/nachrichten/politik/oesterreich/2104288-Klimaschutz-als-Grundrecht-der-Zukunft.html (19.10.2022) zu den Bestrebungen der französischen Nationalversammlung zur Aufnahme des Klimaschutzes in die Verfassung.

44 *Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschusses*, EU-Strategie für nachhaltigen Konsum, eur-lex.europa.eu.

45 S hiezu die Parlamentarischen Initiativen „Recht auf gesunde Umwelt und Rechte der Natur“, 21.436 ff, welche vom schweizerischen Nationalrat jedoch bis dato noch nicht behandelt wurden, www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20210436 (30.9.2022).

46 Vorabentscheidungsersuchen des Landgerichts Erfurt (Deutschland) v 18.8.2021, *UM/Daimler AG*, C-506/21.

stoß). Das mit diesem „Dieselskandalfall“ beschäftigte Landgericht Erfurt (Deutschland) legte daraufhin im August 2021 dem EuGH unter anderem die Frage vor, ob es das Recht der Union, insbesondere der Effektivitätsgrundsatz und die europäischen Grundrechte wie Grundsätze sowie Eigenrechte der Natur, gebietet, dass sich ein zivilrechtlicher Schadenersatzanspruch der Klägerin unmittelbar aus dem Unionsrecht – unabhängig von seinem Charakter als Schutzgesetz – ableite.⁴⁷ Das vorlegende Gericht ist der Ansicht, dass aus der Grundrechtecharta und dem Primärrecht Eigenrechte der Natur – etwa im Wege der Analogie – abgeleitet werden können und zahlreiche (Grund-)Rechte ihrem Wesen nach auf Ökosysteme bis hin zu einzelnen Bäumen oder Pflanzen anwendbar sind. Die Anerkennung von spezifischen Rechten der Natur durch Auslegung und Anwendung des geltenden Rechts sei aufgrund der Wichtigkeit und Dringlichkeit der ökologischen Herausforderungen und angesichts drohender irreversibler Schäden geboten. Die Rechtssubjektivität von Ökosystemen stelle nach der Anerkennung von juristischen Personen als Rechtssubjekten den nächsten konsequenten Schritt in der Logik der Rechtsentwicklung dar.⁴⁸

5. Fazit

Die Frage nach Eigenrechten der Natur ist bereits seit längerem Gegenstand gesellschaftlicher, rechtswissenschaftlicher und politischer Diskussionen.⁴⁹ Da die Natur aktuell – sowohl in Österreich als auch in anderen EU-Mitgliedstaaten – mangels Rechtssubjektivität nicht Trägerin von Rechten ist, so kann – im Blickwinkel anderer Rechtsordnungen – durchaus die Überlegung angestellt werden, ob der Standpunkt der österreichischen Rechtsordnung nicht noch einmal überdacht und die Natur selbst mit subjektiven Rechten ausgestattet werden soll.

Es wird zwar längst – so etwa durch die §§ 1 und 3 des BVG Nachhaltigkeit⁵⁰ oder Art 20a dt GG⁵¹ – die Pflicht des Staates zum nachhaltigen Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen und Tiere normiert, allerdings kann weder die Natur selbst noch der Mensch aus diesen deklarativen Staatszielbestimmungen subjektive Rechte ableiten.⁵²

47 LG Erfurt 15.6.2020, 8 O 1045/18, openJur 2020, 31202 Rz 3.

48 Vorabentscheidungsersuchen in der Rs C-506/21 und vgl auch *Deutscher Bundestag*, Auswirkungen des Klimawandels auf die Menschenrechte erörtert, www.bundestag.de.

49 So *Deutscher Bundestag*, Zur Diskussion über die Anerkennung einer eigenen Rechtspersönlichkeit für Natur und Umwelt, WD 8- 3000 – 089/21, 4 mwN.

50 BVG über die Nachhaltigkeit, den Tierschutz, den umfassenden Umweltschutz, die Sicherstellung der Wasser- und Lebensmittelversorgung und die Forschung, BGBl I 2013/111.

51 Art 20a dt GG: „Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.“

52 Vgl *Deutscher Bundestag*, 12. Wahlperiode, Drucksache 12/6000, 65 ff (insb 67: „Der Umweltschutz wird als objektivrechtliches Staatsziel ausgestaltet; die von der Gemeinsamen Verfassungskommission empfohlene Formulierung enthält keinen subjektiven Anspruchstatbestand. Es wird daher nicht möglich sein, aufgrund der empfohlenen Staatszielbestimmung bestimmte Umweltentscheidungen einzuklagen oder aus ihr konkrete Leistungsansprüche abzuleiten.“).

Immerhin versuchen bereits jetzt die im Exkurs angesprochenen Landesumweltanwaltschaften der österreichischen Natur eine Stimme zu geben und leisten dadurch einen wichtigen Beitrag zur Erhaltung sensibler Ökosysteme.⁵³

Im Allgemeinen können meiner Meinung nach aus dem Rechtsverständnis anderer Länder einige lohnenswerte Einsichten gewonnen und kann im Besonderen vom südamerikanischen Naturverständnis gelernt werden. Die meisten südamerikanischen Verfassungen betrachten die Natur in ihrer Gesamtheit als lebendigen Kosmos. Da der Mensch ohne die Natur nicht existieren kann, kann auch keine Trennung zwischen Mensch und Natur stattfinden.⁵⁴

Das Konzept eines „Guten Lebens“ – *buen vivir* – ist in Ecuador seit 2008 und in Bolivien seit 2009 verfassungsrechtlich verankert. Demnach ist ein gemeinschaftliches Leben in Vielfalt und Harmonie mit der Natur höchstes (Verfassungs-)Ziel. Die Natur soll auf gleicher Ebene mit dem Menschen und den jeweiligen Bedürfnissen im Mittelpunkt stehen. Die Wirtschaft hat sich diesen unterzuordnen. Als sogenannte vierte Staatsgewalt soll der „Rat zur Bürgerbeteiligung und sozialen Kontrolle“ die Partizipation der Bevölkerung sowie demokratische Freiheiten stärken. Dem Konzept des *buen vivir* entsprechend wird zwischen dem Recht des Menschen auf eine saubere und intakte Umwelt und dem Recht der Natur auf Erhaltung und Entfaltung differenziert. Der Eigenwert der Natur wird dadurch ausdrücklich und unabhängig vom Nutzen für den Menschen anerkannt. Die Natur ist nämlich nicht (wie im vorherrschenden marktwirtschaftlichen Verständnis) bloße Ressource, sondern „Partnerin [des Menschen] und lebendige Mitwelt“.⁵⁵

Das vor allem in Ecuador und Bolivien auch auf politischer Ebene gelebte *buen vivir* ist freilich nicht frei von Konflikten respektive Widersprüchen und steht in der Umsetzung oftmals vor großen Schwierigkeiten. Trotz aller Kritik beinhaltet die Debatte um ein „gutes Leben“ jedenfalls wertvolle „Denkanstöße wie Wirtschaft, Gesellschaft und Natur besser in Einklang gebracht werden könnten.“⁵⁶

Das Argument, dass die Menschenwürde durch die Etablierung eines verfassungsgesetzlich geschützten subjektiven Rechts der Natur verletzt werden würde, ist meines Erachtens nicht sehr überzeugend, zumal intakte Naturräume ein menschenwürdiges Leben erst ermöglichen. Das grundsätzlich vergleichbare römisch-rechtliche Konzept der Rechtsperson und auch die Rechtsentwicklung in Neuseeland mit der Anerkennung von Fluss- und Land-

53 S zur Tätigkeit der (Tiroler) Umweltschutzbehörde, welche als Vertretung der Natur deren Interessen wahrt, etwa deren Tätigkeitsbericht 2019/2020, www.tiroler-umweltschutz.at/uploads/media/TB_LUA_19_20_final.pdf (10.9.2022). Eine vom Europäischen Parlament initiierte Studie lobt dieses österreichische Modell als beispielhaft, s dazu *Deutscher Bundestag*, Diskussion Anerkennung Rechtspersönlichkeit 16 f.

54 *Gutmann*, ZUR 2019, 613 f.

55 *Gann*, Das Konzept des Buen Vivir in der ecuadorianischen Verfassung aus feministischer Perspektive, *Femina Politica* 2013, 81 (84).

56 So das Fazit der im Auftrag des dt Umweltbundesamtes durchgeführten Untersuchung von *Richerzhagen/Bauer/Espinosa/Pregernig*, Entwicklungspolitisch sensible Umweltpolitik (2019) 47, www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/1410/publikationen/2019-03-11_texte_20-2019_sensible-umweltpolitik.pdf (30.9.2022).

schaftsrechten und der Integrität von Ökosystemen als Leitprinzip des Umweltrechts bieten Ansatzpunkte für eine Übertragung dieser Rechte der Natur in unsere Rechtsordnung. Vor dem Hintergrund der Rechtspersönlichkeit von Kapital- und Personengesellschaften ist es ferner, zumindest aus juristischer Sicht, nicht undenkbar Ökosystemen Rechtspersönlichkeit zu verleihen. Der Kreis der anerkannten Rechtspersonen wurde in der Vergangenheit mehrfach erweitert und geht mit der Anerkennung von Rechtspersönlichkeit auch eine gesellschaftliche Veränderung einher. Denn „die Anerkennung von Rechtspersönlichkeit ‚ausgegrenzter Gruppen‘ ist historisch stets eng mit einem Anstieg der gesellschaftlichen Achtung der neuen Rechtspersönlichkeit verbunden.“⁵⁷

Jedenfalls kann das Argument, dass die Rechtspersönlichkeit der Natur in Konflikt mit der Rechtspersönlichkeit des Menschen gerät und dadurch eine Trennung beider Rechtsbereiche gerade verstärken würde, meiner Ansicht nach nicht überzeugen, ist es doch gerade Aufgabe der Rechtsordnung, widerstreitende Interessen bestmöglich zu vereinen und sollten bei einer nachhaltigen Einstellung gegenüber Ressourcen und Umwelt ohnedies kaum Kontroversen auftreten.

Freilich können selbst Eigenrechte der Natur das enorme Problem der Klimakrise nicht allein aus der Welt schaffen. Aber sie könnten unter Umständen zu einem Umdenken in der Gesellschaft führen und dadurch einen nennenswerten Beitrag zur Verlangsamung der Klimakrise leisten. Dieser Hoffnungsschimmer muss bereits Grund genug sein, die Natur verfassungsrechtlich stärker zu schützen.⁵⁸

Dr. Samantha Pechtl ist Universitätsassistentin (post-doc) am Institut für Zivilrecht der LFU Innsbruck und arbeitete als juristische Mitarbeiterin bei der Fink Rechtsanwälte GesbR; Samantha.Pechtl@uibk.ac.at

57 Vgl. *Knauß/Gutmann/Zenetti/Bosselmann*, Die Rechte der Natur im deutschen Feuilleton, praefaktisch.de.

58 Kritisch dazu *Knauß/Gutmann/Zenetti/Bosselmann*, Die Rechte der Natur im deutschen Feuilleton, www.praefaktisch.de: „Es gilt abzuwarten und kritisch zu prüfen, ob die Rechte der Natur einen wesentlichen Beitrag zur normativen Hegung der Herausforderungen des 21. Jahrhunderts leisten können.“

Kontrolldefizit?

Das parlamentarische Untersuchungsrecht im Föderalismus

Franziska Pupeter

Im Juni 2022 lud der vom Nationalrat eingesetzte ÖVP-Korruptions-Untersuchungsausschuss¹ den Vorarlberger Landeshauptmann zu einer Befragung vor.² Im Raum standen Vorwürfe versteckter Parteienfinanzierung durch den Wirtschaftsbund Vorarlberg.³ Doch bereits im Vorfeld der Befragung wurde ihre Zulässigkeit angezweifelt. Der ÖVP Fraktionsvorsitzende argumentierte, dass die „Causa Wirtschaftsbund Vorarlberg durch den Untersuchungsgegenstand auf Bundesebene nicht abgedeckt“ sei. Auf Bundesebene seien die Vollziehungshandlungen des Bundes und nicht die der Länder zu untersuchen.⁴ Die Vorwürfe seien „ausschließlich auf Ebene des Landes Vorarlberg angesiedelt,“ insbesondere da auch kein Fall von mittelbarer Bundesverwaltung vorliege.⁵

Einleitung und Methodik

Der geschilderte Sachverhalt verweist auf verfassungsrechtliche Fragen: Reicht das Untersuchungsrecht des Nationalrats nur bis an die Grenzen der Bundesländer? Wie wirkt sich die bundesstaatliche Kompetenzverteilung auf die Arbeit der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse aus? Im folgenden Beitrag wird aufgezeigt, dass sich ähnlich gelagerte Fragen auch in Hinblick auf das Untersuchungsrechts des Europäischen Parlaments (EP) stellen. Zu diesem Zweck widmet dieser Beitrag dem parlamentarischen Untersuchungsrecht eine vergleichende Analyse, wobei der österreichische Nationalrat und das EP in Hinblick auf das Operieren von U-Ausschüssen verglichen werden. Vergleichsgegenstand sind in erster Linie die Rechtsvorschriften die das Untersuchungsrecht regeln. In Österreich ist das Recht des Nationalrats, Untersuchungsausschüsse zu

-
- 1 Veröffentlichung der Feststellung der Einsetzung gem § 33 Abs 9 GOG (3/FVUS) www.parlament.gv.at/ausschuss/XXVII/A-USA/3/00906 (20.1.2023).
 - 2 Veröffentlichung des wörtlichen Protokolls über die öffentliche Befragung der Auskunftsperson Landeshauptmann Markus Wallner in der 20. Sitzung v 1.6.2022 (545/KOMM) www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/A-USA/A-USA_00003_00906/index.shtml#tab-VeroeffentlichungenBerichte (26.8.2022).
 - 3 *Hagen*, Welche Firmen warum für zehntausende Euro im Wirtschaftsbund-Magazin inserierten, derstandard.at 20.5.2022, www.derstandard.at/story/2000135809256 (26.8.2022).
 - 4 Veröffentlichung des wörtlichen Protokolls (545/KOMM) 6.
 - 5 *Böhmer*, U-Ausschuss: Vorarlberg ist für die Justiz nicht Thema, kurier.at 31.5.2022, www.kurier.at/politik/inland/u-ausschuss-vorarlberg-ist-fuer-die-justiz-nicht-thema/402026852 (26.8.2022).

gründen, in Art 53 B-VG⁶ verankert. Detaillierte Bestimmungen zu deren Umfang und Befugnisse finden sich in der Verfahrensordnung für parlamentarische Untersuchungsausschüsse (VO-UA)⁷ als Anlage zur Geschäftsordnung des Nationalrats. Das Europäische Parlament hat gem Art 226 AEUV ebenfalls die Möglichkeit, Untersuchungsausschüsse einzusetzen. Die Untersuchungsausschüsse des EP werden durch ein inter-institutionelles Abkommen zwischen dem EP, der Europäischen Kommission und dem Rat der Europäischen Union (Rat) geregelt.⁸

Im Sinne eines kontextuellen Vergleichs werden diese Bestimmungen nicht isoliert betrachtet, sondern unter Bezugnahme auf die Einbettung des Untersuchungsrechts im Gewaltenteilungssystem bzw im System des institutionellen Gleichgewichts. *Jackson* schreibt über den kontextuellen Vergleich: „[S]cholarship in this vein does emphasize [...] the ways in which particular institutional contexts may limit the ability to draw conclusions from the practices of other systems.“⁹ Dementsprechend ist hervorzuheben, dass das Untersuchungsrecht des EP nicht in einer staatlichen Struktur eingebettet ist. Es ist zu berücksichtigen, inwiefern der spezielle institutionelle Kontext der EU dem Vergleich des parlamentarischen Untersuchungsrechts entgegensteht.¹⁰

Dass das Untersuchungsrecht des Nationalrats mit dem des EP in diesem Beitrag trotzdem verglichen wird, basiert auf der Annahme, dass die EU eine föderale Struktur hat und bis zu einem gewissen Grad mit einem Bundesstaat verglichen werden kann. Laut *Piattoni* und *Schütze* kann die EU als föderale Struktur oder föderale Einheit bezeichnet werden.¹¹ Sie argumentieren, dass es den Föderalismus schon gab bevor sich Nationalstaaten formten. Seine Bedeutung habe sich im Laufe der Zeit verändert.¹² Bevor der Föderalismus auf das Konzept des Nationalstaates ausgerichtet wurde, galt er als „mixed structure between international and national organisation“. ¹³ Laut *Schütze* ist auch die EU als ein solches Mittelding anzusehen.¹⁴

Dieser Annahme folgend, ist es das Anliegen dieses Beitrags, den Fokus auf die föderalen Aspekte des Untersuchungsrechts zu legen. In Bundesstaaten gibt es neben der *horizontalen* Gewaltenteilung (Exekutive, Legislative und Judikative) auch eine *vertikale* Kompetenzaufteilung zwischen der Bundes- und Länderebene. Ebenso gibt es in der EU eine ho-

6 Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1 (WV) idF BGBl I 1999/194.

7 BGBl I 2014/99 idF BGBl I 2021/63.

8 Beschluss des EP, des Rates und der Kommission v 6.3.1995 über Einzelheiten der Ausübung des Untersuchungsrechts des EP (95/167/EG, Euratom, EGKS), ABl L 113 v 19.5.1995.

9 *Jackson*, Comparative Constitutional Law: Methodologies, in *Rosenfeld/Sajo*, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law (2012) 67.

10 Auch *Kischel* spricht von dem Kontext des EU Rechts und verweist darauf, dass Legislative und Exekutive nicht klar den jeweiligen Organen zugewiesen sind und an Stelle der Gewaltenteilung das sogenannte institutionelle Gleichgewicht tritt. *Kischel*, Rechtsvergleichung (2015) 957, 967.

11 *Schütze*, From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law (2009). *Piattoni*, Federalism and the EU, in *John Loughlin et al*, Routledge Handbook of Regionalism and Federalism (2013).

12 *Piattoni* in *Loughlin et al* 552. *Schütze*, Cooperative Federalism 69.

13 *Schütze*, Cooperative Federalism 69.

14 *Schütze*, Cooperative Federalism 58.

horizontale Aufteilung von Kompetenzen zwischen den EU-Institutionen, und eine vertikale Aufteilung zwischen der supranationalen Ebene und den Mitgliedstaaten (MS). Auf dieser Parallele fußt der folgende Vergleich. Ziel ist es, die daraus resultierenden Ähnlichkeiten hervorzuheben – ohne die kontextuellen Unterschiede außer Acht zu lassen.

1. Horizontaler Kontext & die Einsetzung der Untersuchungsausschüsse

Zunächst sei vorangestellt, dass das parlamentarische Untersuchungsrecht in erster Linie die horizontale Gewaltenteilung betrifft, nämlich das Verhältnis der Legislative zur Exekutive. In der österreichischen Verfassungsliteratur wird es als Instrument der politischen Kontrolle beschrieben, mit dem das Parlament die Exekutivorgane zur Verantwortung ziehen kann.¹⁵ Da der Nationalrat, nicht aber die Bundesregierung, direkt gewählt wird, leitet die Regierung ihre Legitimierung vom Parlament ab. Dementsprechend statet das B-VG den Nationalrat mit Kontrollinstrumenten aus, die eine Rückbindung der nur indirekt demokratisch legitimierten Regierung an das Parlament bewirken sollen.¹⁶ Die politische Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament wird vielfach als Merkmal des parlamentarischen Regierungssystems beschrieben, in dem das Parlament die Regierung auch durch ein Misstrauensvotum des Amtes entheben kann.¹⁷

In parlamentarischen Regierungssystemen stützt sich die Regierung auf eine Mehrheit im Parlament und die politischen Gräben liegen nicht zwischen Regierung und Parlament, sondern zwischen der Opposition und den Regierungsparteien. Dementsprechend wird dem Untersuchungsrecht in diesem Regierungssystem eine höhere Effektivität zugeschrieben, wenn es als Minderheitenrecht ausgestaltet ist, sprich wenn weniger als die Hälfte der Abgeordneten die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses bewirken können.¹⁸ So wurde auch das Untersuchungsrecht des Nationalrats im Jahr 2015 als Minderheitenrecht ausgestaltet:¹⁹ „Der Nationalrat kann durch Beschluss Untersuchungsausschüsse einsetzen. Darüber hinaus ist auf Verlangen eines Viertels seiner Mitglieder ein Untersuchungsausschuss einzusetzen.“²⁰

Im Sinne des angestrebten kontextuellen Vergleichs muss hinterfragt werden, ob das Untersuchungsrecht des EP eine vergleichbare Funktion erfüllt wie jenes des Nationalrats. Zielt es ebenfalls darauf ab, das nur indirekt legitimierte Exekutivorgan an das direkt gewählte Parlament zu binden? Dafür spricht, dass das EP, vergleichbar wie der Nationalrat, als einzige EU-Institution direkt von den EU-Bürger*innen gewählt wird.

15 *Berka*, Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium (2021) 289.

16 *Berka*, Verfassungsrecht 185. *Gamper*, Staat und Verfassung. Einführung in die Allgemeine Staatslehre (2014) 223.

17 In präsidentiellen Systemen sind hingegen sowohl das Parlament als auch die Regierung direkt gewählt und unabhängig voneinander demokratisch legitimiert. *Bradley/Pinelli*, Parlamentarism, in *Rosenfeld/Sajo*, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law (2012) 657.

18 *Berka*, Verfassungsrecht 188.

19 *Scholz*, Zum zulässigen Gegenstand parlamentarischer Untersuchungsausschüsse nach der Untersuchungsausschuss-Reform 2014, JRP 2015, 3 (233), zuletzt mit BGBl I 2014/101 und BGBl I 2014/99.

20 Art 53 Abs 1 B-VG.

Dafür spricht auch die Tatsache, dass die Mitglieder der Europäische Kommission, welche in erster Linie die Rolle des Exekutivorgans wahrnimmt,²¹ vom EP gewählt werden²² und dieses der Kommission auch das Vertrauen entziehen kann.²³

Dagegen spricht allerdings, dass legislative und exekutive Funktion in der EU nicht eindeutig im nationalstaatlichen Sinn jeweils einem Organ zugeordnet werden können.²⁴ Die legislative Funktion wird zwar zunächst vom EP und dem Rat als Mitgesetzgeber ausgeübt. Die Kommission kann allerdings ebenfalls Gesetze (im materiellen Sinn) verabschieden, sogenannte delegierte Rechtsakte.²⁵ Im Gegenzug wirkt der Rat auch auf die Ausübung der Exekutivgewalt durch die Kommission ein²⁶ sowie auf die Politikgestaltung.²⁷ *Craig/De Burca* betonen, dass der Rat auf vielfache Weise seine Macht ausübt und noch zusätzlich dadurch gestärkt wird, dass die Komplexität des europäischen Entscheidungsprozesses zu einem erhöhten Bedarf an informellen Verhandlungen führt.²⁸ Diese institutionellen Verflechtungen spiegeln sich auch in den theoretischen Grundlagen wider. Bezeichnenderweise wird das Prinzip der Gewaltenteilung auf EU-Ebene durch das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts ersetzt (Art 13 EUV), demzufolge jede EU-Institution die ihr in den Verträgen übertragenen Kompetenzen ausübt ohne in die der anderen einzugreifen.²⁹

Geht man davon aus, dass das parlamentarische Untersuchungsrecht dazu dient, die Exekutivgewalt durch die Kontrolle des Parlaments zu binden, so sei betont, dass der Rat eine gehörige Portion der Exekutivgewalt auf EU-Ebene ausübt. Anders als in Österreich, liegen die politischen Gräben nicht nur zwischen den Parteien im Parlament, sondern auch zwischen den supranationalen Institutionen (dem EP und der Kommission) einerseits und dem Rat als Vertreter der nationalstaatlichen Interessen andererseits. Tatsächlich ist das Untersuchungsrecht des EP kein Werkzeug der Oppositionsparteien, denn es ist nicht als Minderheitenrecht ausgestaltet. Zwar kann ein Viertel der EU-Abgeordneten einen Untersuchungsausschuss beantragen, zur Einsetzung bedarf es trotzdem der einfachen Mehrheit.³⁰ Daraus lässt sich ableiten, dass das Untersuchungsrecht des EP vor allem als Kontrollinstrument gegenüber den nicht direkt demokratisch legitimierten Institutionen dient.

21 Gem Art 17 EUV übt die Kommission „Koordinierungs-, Exekutiv- und Verwaltungsfunktionen“ aus und hat die Gesetzesinitiative.

22 *Craig/De Burca*, EU Law. Text, Cases and Materials (2020) 84.

23 Art 234 AEUV.

24 *Kischel*, Rechtsvergleichung 967.

25 *Craig/De Burca*, EU Law 146 f.

26 Durchführungsakte der Kommission unterliegen auch nach dem Vertrag von Lissabon noch dem Komitologieverfahren, bei dem ein Ausschuss aus Vertreter*innen der MS die jeweiligen Akte bearbeitet. Vgl *Craig/De Burca*, EU Law 174 f.

27 Art 16 EUV.

28 *Craig/De Burca*, EU Law 74. Vgl *Damm*, European Parliament and Executive Federalism: Approaching a Parliament in a Semi-Parliamentary Democracy, *European Law Journal* 2003, 9 (554).

29 Art 13 Abs 2 EUV: „Jedes Organ handelt nach Maßgabe der ihm in den Verträgen zugewiesenen Befugnisse nach den Verfahren, Bedingungen und Zielen, die in den Verträgen festgelegt sind. Die Organe arbeiten loyal zusammen.“

30 Art 226 Abs 1 AEUV. *Díaz Crego*, The European Parliament's Investigative Powers: Committees of Inquiry in Context (2021) 5.

2. Vertikale Aspekte & Umfang der Untersuchungsausschüsse

Das vorangegangene Kapitel beschäftigte sich mit dem Verhältnis von Exekutiv- und Legislativorganen, sprich mit dem horizontalen Kontext in den das parlamentarische Untersuchungsrecht eingebettet ist. Im Folgenden wird auf die Frage eingegangen, inwiefern die vertikale Aufteilung von Kompetenzen die Wahl des Untersuchungsgegenstandes limitiert.

Das B-VG teilt sowohl Gesetzgebungs- als auch Vollzugskompetenzen zwischen Bund und Ländern auf und unterscheidet, im Groben, die folgenden Kategorien: Angelegenheiten in denen der Bund sowohl für Gesetzgebung als auch Vollziehung zuständig ist (Art 10 B-VG), Materien die vom Bundesgesetzgeber geregelt aber von den Ländern vollzogen werden (Art 11 f B-VG) und Materien, die laut Generalklausel in Art 15 B-VG, sowohl in Gesetzgebung und Vollziehung Ländersache sind. Bezüglich der ersten Kategorie, den Art 10 Materien, sei hinzuzufügen, dass die Landeshauptleute gem Art 102 B-VG grundsätzlich, sofern nicht eigene Bundesbehörden bestehen, die Vollziehung von Bundesgesetzen in mittelbarer Bundesverwaltung besorgt. Dabei operieren die Landesbehörden funktionell als Bundesbehörden und bleiben an die Weisungen des*der zuständigen Bundesministers*in gebunden.

Inwiefern ist die Kompetenzverteilung für das parlamentarische Untersuchungsrecht relevant? Gem Art 53 Abs 2 B-VG kommt als Untersuchungsgegenstand ausschließlich „ein bestimmter abgeschlossener Vorgang im Bereich der Vollziehung des Bundes“ in Frage. Demnach können die Vollziehungshandlungen der Länder nicht zum Gegenstand eines Untersuchungsausschusses des Nationalrats gemacht werden.³¹ Sehr wohl aber kann der Nationalrat jene Bereiche untersuchen, die im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung durch die Länder vollzogen werden, weil die politische Verantwortlichkeit bei dem*r fachzuständigen Bundesminister*in bleibt.³²

Im Gegensatz zur bundesstaatlichen Kompetenzverteilung beziehen sich die in Art 2 bis 6 AEUV enthaltenen Bestimmungen zu den Kompetenzen der EU ausschließlich auf die Gesetzgebung: Hinsichtlich der in Art 2 AEUV aufgelisteten ausschließlichen Kompetenzen der EU können die MS nur Rechtsnormen erlassen soweit ein EU-Akt sie dazu ermächtigt. In den Bereichen der geteilten Zuständigkeit (Art 4 AEUV) können sowohl die EU als auch die MS Rechtsvorschriften erlassen, letztere jedoch nur sofern die EU dies nicht tut. Schließlich gibt es noch die Bereiche der unterstützenden Zuständigkeiten, in denen die Union zwar keine Rechtsvorschriften erlassen, aber die Maßnahmen der MS unterstützen, koordinieren und ergänzen kann (Art 6 AEUV). Vollziehungskompetenzen werden in diesen Bestimmungen allerdings nicht erwähnt. Tatsächlich wird der

31 Die Landesvollziehung kann aber Gegenstand der Untersuchungsausschüsse der Landtage sein. *Leitl-Staudinger*, Die Parlamentarischen Kontrollrechte Der Landtage – Bedeutung und Perspektiven, in *Bußjäger et al*, Das Februarpatent 1861: Zur Geschichte und Zukunft der österreichischen Landtage (2011) 196.

32 *Berka*, Verfassungsrecht 129; *Scholz*, JRP 2015, 236.

überwiegende Teil von EU-Vorschriften durch die MS vollzogen (sofern nicht eigens Agenturen für bestimmte Bereiche geschaffen wurden).³³

Wäre das Untersuchungsrecht des EP auf die Bereiche der direkten Vollziehung durch EU-Organen und Agenturen beschränkt, wie das Untersuchungsrecht des Nationalrats auf die Bundesvollziehung, wäre es weitgehend gegenstandslos. Der Wortlaut des Art 226 AEUV weicht diesbezüglich, wenig überraschend, von Art 53 B-VG ab: Ein Untersuchungsausschuss des EP kann „behauptete Verstöße gegen das Unionsrecht oder Missstände bei der Anwendung desselben“ prüfen. Demnach bezieht sich diese Untersuchungskompetenz potentiell auf alle Bereiche, die von der EU-Gesetzgeber geregelt werden.

Nichtsdestotrotz wird das Untersuchungsrecht auf andere Weise eingeschränkt: Gemäß Art 226 AEUV kann es seine Untersuchungen nur „unbeschadet der Befugnisse, die anderen Organen oder Einrichtungen durch die Verträge übertragen sind“ durchführen. Dadurch, so scheint es, wurde das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts bekräftigt. Allerdings dient die etwas vage Formulierung auch als Vorwand, das Untersuchungsrecht nicht nur zugunsten anderer EU-Institutionen, sondern auch zugunsten der MS zu beschränken.³⁴

3. Die Ausgestaltung des Untersuchungsrechts und die Untersuchungspraxis

Wie der eingangs skizzierte Sachverhalt zeigt, stellen sich kompetenzrechtliche Fragen nicht nur bei der Wahl des Untersuchungsgegenstandes, sondern auch bei der Ausübung der Befugnisse durch den U-Ausschuss. Wenn der U-Ausschuss des Nationalrats ein Mitglied der Landesregierung zur Befragung vorlädt oder Unterlagen von Landesbehörden anfordert, stellt sich die Frage, ob die angestellte Untersuchung im Rahmen der (zumindest indirekten) Bundesvollziehung bleibt. Eine ähnliche Problematik ergibt sich für U-Ausschüsse des EP, wenn diese Regierungsmitglieder der MS vorladen wollen oder Unterlagen von Behörden der MS einfordern.

Gemäß § 28 VO-UA kann ein U-Ausschuss des Nationalrats jede in Österreich aufhältige Person zur Befragung vorladen. Weigert sich die geladene Person, kann der U-Ausschuss beim Bundesverwaltungsgericht die Verhängung einer Beugestrafe beantragen oder beschließen, dass die jeweilige Person zwangsweise vorzuführen ist (§ 36 VO-UA). Allerdings kann ein Viertel der Mitglieder des U-Ausschusses die Ladung anfechten, etwa mit der Begründung, dass sie nicht im Zusammenhang mit dem Untersuchungsgegenstand steht.³⁵ Über eine solche Anfechtung entscheidet der VfGH gem Art 138b Abs 1 Z 5 B-VG.

33 *Andersen*, The Enforcement of EU Law: The Role of the European Commission (2012) 13. *Berka*, Verfassungsrecht 129.

34 Vgl Pkt 4.

35 *Konrath et al*, Das Neue Untersuchungsausschussverfahren im Nationalart, JRP 2015, 216 (229).

Das Recht des U-Ausschusses, Unterlagen anzufordern, ergibt sich schon aus dem Text der Verfassungsbestimmung: Gemäß Art 53 Abs 3 B-VG sind „alle Organe des Bundes, der Länder, der Gemeinden und der Gemeindeverbände“ auf Verlangen des Ausschusses zur Vorlage von Unterlagen und Akten verpflichtet. Zugleich beschränkt die Verfassung die Vorlagepflicht, sie besteht nur „im Umfang des Gegenstandes der Untersuchung“. Demnach müssen nur Unterlagen vorgelegt werden, die Teil jenes abgeschlossenen Vorgangs im Bereich der Bundesvollziehung sind, der den Untersuchungsgegenstand bildet.³⁶ Das Verlangen auf Aktenvorlage kann sowohl von einem Viertel der Mitglieder des U-Ausschusses als auch von dem informationspflichtigen Organ angefochten werden. Über diesbezügliche Meinungsverschiedenheiten entscheidet gem Art 138b Abs 1 Z 4 B-VG wiederum der VfGH.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Befugnisse der U-Ausschüsse des Nationalrats sowohl mit Durchsetzungs- als auch mit Rechtsschutzmechanismen ausgestattet sind. Die Beschränkung der parlamentarischen Untersuchungen auf die Vollziehungsmaterien des Bundes ergibt sich daraus, dass sowohl die Ladung von Auskunftspersonen als auch das Anfordern von Unterlagen vom Untersuchungsgegenstand gedeckt sein müssen. Der Untersuchungsgegenstand kann wiederum nur im Bereich der Bundesvollziehung liegen. So kann sich eine Anfechtung von konkreten Untersuchungshandlungen beim VfGH theoretisch darauf beziehen, dass sie in den Bereich der Landesvollziehung fallen.³⁷

Wie sieht es mit den Untersuchungsbefugnissen des EP aus? Eine interinstitutionelle Vereinbarung zwischen dem Rat, dem EP und der Kommission (Beschluss 95/167/EG) regelt das Funktionieren der U-Ausschüsse im Detail und erfüllt damit einen ähnlichen Zweck wie die VO-UA. Darin enthalten ist jedoch keine generelle Befugnis, jede in der EU aufhältige Person verbindlich vorzuladen. Stattdessen wird zwischen drei Kategorien von Auskunftspersonen unterschieden: Mitglieder der EU-Organe und Regierungsmitglieder der MS können nicht verpflichtend vorgeladen werden. Der U-Ausschuss kann lediglich ein Ersuchen an das jeweilige Organ richten, ein Mitglied zur Teilnahme zu entsenden (Art 3 Abs 2 Beschluss 95/167/EG). Im Hinblick auf Bedienstete und Beamt*innen sind die MS und EU-Institutionen verpflichtet, auf Antrag des U-Ausschusses, diese zu entsenden (Art 3 Abs 3 Beschluss 95/167/EG). Allerdings kann sich der U-Ausschuss den* die Bedienstete nicht aussuchen und konkret vorladen.³⁸ Jede andere in der EU aufhältige Person kann von dem EP U-Ausschuss vorgeladen werden (Art 3 Abs 8 Beschluss 95/167/EG).

Ein weiterer Unterschied zur innerstaatlichen Regelung ist, dass das EP keine Sanktionsmöglichkeiten bei Nichterscheinen einer Auskunftsperson hat. Obwohl EU-Institutionen

³⁶ *Konrath et al*, JRP 2015, 219.

³⁷ Obwohl der VfGH bereits Entscheidungen auf Grundlage von Art 138b Abs 1 Z 4 und 5 B-VG getätigt hat, ist der Autorin keine Anfechtung bekannt, die sich explizit auf die Frage der Abgrenzung der Bundes- und Landesvollziehungsmaterien bezog. Vgl jedoch den Fall *Neue Heimat*, der vom dt Bundesverfassungsgerichtshof entschieden wurde: BVerfG 1.10.1987, 2 BvR 1178, 1179, 1191/86.

³⁸ *Díaz Crego*, The European Parliament's Investigative Powers 7 f.

und MS zwar iSd Wortlaut des Beschlusses 95/167/EG verpflichtet sind, Bedienstete zu entsenden, bleibt der U-Ausschuss letztlich auf deren Kooperationsbereitschaft angewiesen. Das Erscheinen jeder anderen natürlichen Person, die der Ausschuss konkret vorladen kann, kann ebenfalls weder durch eine zwangsweise Vorführung noch durch eine Beugestrafe erzwungen werden.³⁹ Es gibt auch keine Bestimmung über eine Anfechtung der Ladung bzw einer gerichtlichen Zuständigkeit (etwa des EuGH) dafür.

Ein ähnliches Bild zeichnet sich bei der Pflicht zur Aktenvorlage: Zwar verpflichtet Art 3 Abs 4 des Beschlusses 95/167/EG sowohl die Organe der EU als auch die Behörden der MS auf Ersuchen des U-Ausschusses die „für die Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen Dokumente“ vorzulegen. Für den Fall, dass diese sich widersetzen, sieht der Beschluss jedoch keinen Durchsetzungsmechanismus und keine Zuständigkeit des EuGH vor.

Laut Studien des EP, zeigt die Kommission mehr Kooperationsbereitschaft mit den U-Ausschüssen des EP als die Organe der MS.⁴⁰ Seit Kodifizierung des Untersuchungsrechts in den Verträgen der EU (1993) schlossen insgesamt sechs U-Ausschüsse ihre Arbeit ab. Einige von ihnen bemängelten, dass die MS nicht oder nur mit erheblicher Verzögerung den Informationersuchen nachkamen. Als Beispiel: Der 1996 eingesetzte Ausschuss zur Untersuchung administrativer Verfehlungen in Bezug auf die BSE-Krise betonte in seinem Abschlussbericht, dass sich der britische Landwirtschaftsminister weigerte, vor dem Ausschuss zu erscheinen.⁴¹ Auch der 2016 eingesetzte U-Ausschuss zum Thema Geldwäsche, Steuerhinterziehung und Steuerflucht bemängelte, dass Ungarn den an die Finanz- und Justizminister der MS ausgesendeten Fragenkatalog nicht beantwortete und, dass sich Malta „particularly uncooperative“ zeigte.⁴²

Ob der derzeit aktive U-Ausschuss betreffend der missbräuchlichen Verwendung von Spionagesoftware mit ähnlichen Hindernissen zu kämpfen hat, wird sich spätestens nach Erstellung des Abschlussberichtes zeigen. Es ist jedoch bemerkenswert, dass der Ausschuss explizit die Verwendung von Spionagesoftware durch die MS, insbesondere (aber nicht ausschließlich) durch die ungarische und polnische Regierung untersucht.⁴³ Darin spiegelt sich die Absicht des EP, U-Ausschüsse als politisches Kontrollinstrument gegenüber den nationalen Regierungen zu verwenden und sich nicht auf die Kontrolle der EU-Institutionen zu beschränken.

39 *Díaz Crego*, The European Parliament's Investigative Powers 7 f.

40 *Fromage*, The European Parliament's right of inquiry in context. A comparison of the national and the European legal frameworks (2020) 22.

41 *EP*, Report on alleged contraventions or maladministration in the implementation of Community law in relation to BSE (7.2.1997) 5, www.europarl.europa.eu/comparl/tempcom/bse/final_report/report_part_ai_ain_en.pdf (20.1.2023).

42 *EP*, Report on the inquiry into money laundering, tax avoidance and tax evasion (2017/2013(INI)) 37, www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0357_EN.pdf (19.1.2023).

43 *EP*, European Parliament Decision on Setting up a Committee of Inquiry to Investigate the Use of the Pegasus and Equivalent Surveillance Spyware (3.3.2022) 4, www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0071_EN.html (20.1.2023).

4. Zusammenfassung & Ausblick: Neugestaltung des Untersuchungsrechts des Europäischen Parlaments?

Die wesentlichen Unterschiede zwischen dem Untersuchungsrecht des Nationalrats und des EP lassen sich folgendermaßen zusammenfassen: Während das Untersuchungsrecht in Österreich als Minderheitenrecht ausgestaltet ist, bedarf die Einsetzung eines U-Ausschusses durch das EP einen Mehrheitsbeschluss. Zum Gegenstand einer Untersuchung des Nationalrats kann allein ein abgeschlossener Vorgang im Bereich der Bundesvollziehung gemacht werden. Eine entsprechende Einschränkung auf den Bereich der direkten Vollziehung der EU ist für das EP nicht vorgesehen. Allerdings stoßen die U-Ausschüsse des EP an die Grenzen der MS, wenn diese ihre Kooperation verweigern. Im Gegensatz zum Nationalrat hat das EP nämlich keine Durchsetzungsmöglichkeiten.

Das EP hat bereits Anstrengungen unternommen, letzteres zu ändern: Art 226 AEUV sieht vor, dass das EP eine Verordnung initiieren kann, die die Einzelheiten der Ausübung des Untersuchungsrechts regelt. Bereits im Jahr 2012 schlug das EP einen Text für eine Stärkung des Untersuchungsrechts vor.⁴⁴ Allerdings bedarf es zum Inkrafttreten der Verordnung der Zustimmung des Rats und der Kommission. Nach dem Scheitern des ersten Vorschlags erarbeitete der Ausschuss für konstitutionelle Fragen einen neuen Entwurf, der den Verhandlungen zwischen den Institutionen Rechnung tragen sollte. Das Resultat war ein sogenanntes „Third Working Document“, welches 2018 durch den Ausschuss verabschiedet wurde.⁴⁵ Abweichend von der derzeit geltenden Rechtslage (aber durchaus ähnlich wie die VO-UA) enthält der Vorschlag eine generelle Befugnis, jede in der EU aufhältige Person vorzuladen (Art 18 des im „Third Working Document“ enthaltenen Entwurfs). Zudem sollen die U-Ausschüsse die Möglichkeit haben, von den Organen der EU, den Behörden der MS sowie von jeder natürlichen und juristischen Person Dokumente einzufordern und bei unberechtigter Weigerung sollen die gleichen Sanktionsmechanismen wie einem nationalen U-Ausschuss zustehen (Art 19 und Art 21 Abs 2 „Third Working Document“).

Allerdings wird wohl auch dem jüngsten Vorschlag die notwendige Zustimmung durch den Rat und der Kommission verwehrt bleiben:⁴⁶ In der Plenardebatte im Juni 2021 bemängelten die Vertreter*innen des Rats und der Kommission, dass eine dem jüngsten Entwurf entsprechende Ausgestaltung des Untersuchungsrechts mit dem Prinzip des in-

44 Vorschlag des EP v 23.5.2012 für eine VO des EP über Einzelheiten der Ausübung des Untersuchungsrechts des EP und zur Aufhebung des Beschlusses 95/167/EG, Euratom, EGKS des EP, des Rates und der Kommission (2009/2212(INI)), P7_TA(2012)0219.

45 Third Working Document on a proposal for a regulation of the EP on the detailed provisions governing the exercise of the European Parliament's right of inquiry and replacing Decision 95/167/EC, Euratom, ECSC of the EP, the Council and the Commission of 19 April 1995, PE630.750v01-00, www.europarl.europa.eu/doceo/document/AFCO-DT-630750_EN.pdf (5.9.2022).

46 *Díaz Crego*, The European Parliament's Investigative Powers 22.

stitutionellen Gleichgewichts unvereinbar wäre.⁴⁷ Gemeint ist damit, dass ein Ausbau der Untersuchungsbefugnisse das institutionelle Machtverhältnis zugunsten des Parlaments verschieben würde. Es zeigt sich, dass durch Berufung auf das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts letztlich den Interessen der MS Rechnung getragen wird. Diese haben kein Interesse daran, dass die U-Ausschüsse des EP Sanktionsmechanismen gegenüber den Regierungen und Behörden der MS anwenden können.

Trotz der kontextuellen Unterschiede gibt es ein vergleichbares Spannungsverhältnis in Österreich und in der EU, das der föderalen Struktur geschuldet ist. Inwiefern das Parlament die Handlungen der Exekutive kontrollieren kann, ist letztlich auch eine Machtfrage zwischen Bund und Ländern bzw zwischen EU und MS. In Österreich gibt es eine explizite Einschränkung der parlamentarischen Untersuchungen auf die Bundesvollziehung. In der EU verhindert der Widerstand der Mitgliedstaaten eine effektivere Ausgestaltung des parlamentarischen Untersuchungsrechts. Da die Kommission und der Rat, sprich die Vertreter*innen der MS, einer Reform des Untersuchungsrechts des EP zustimmen müssten, lässt diese wohl noch lange auf sich warten.

Mag.^a Franziska Pupeter, LL.M. (CEU) ist Doktoratsstudentin an der Central European University in Wien; pupeter_franziska@phd.ceu.edu

47 Plenardebatte zum Untersuchungsrecht des EP v 8.6.2021, PV 08/06/2021 – 24, www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-9-2021-06-08-ITM-024_DE.html (5.9.2022).

Parteienfinanzierung „am Rechnungshof vorbei“ – die Krux mit der nahestehenden Organisation

Ein Stück in fünf Akten

Teresa Radatz

1. Exposition: Einleitung¹

Mit der Neuregelung des Parteiengesetzes (PartG)² im Jahr 2012 ließ man die Bevölkerung glauben, dass Umgehungsstrukturen im Bereich der Parteienfinanzierung der Vergangenheit angehören. In der damaligen Sitzung des Nationalrates wurde verkündet, das „Unwesen, [...] über dunkle Kanäle, auf intransparente Art und Weise“ Parteien zu sponsern und zu fördern, „mit heutigem Tage“ abzuschaffen.³ Weiters sollte das neue Gesetz dafür sorgen, dass „Spenden an Parteien [...] nicht im Dunkeln passieren“, sondern „transparent und offen an Parteien gewährt werden“.⁴ Ein gewisser Parteiobmann, der später der Hauptakteur im sogenannten „Ibiza-Video“ wurde, wies in oben genannter Sitzung andere Abgeordnete darauf hin, dass ein Missbrauch mancher Spendenregelungen weiterhin möglich sei.⁵ Sieben Jahre später legt dieser Parteiobmann in besagtem Video die Umgehungsmöglichkeiten des PartG über private Vereine „am Rechnungshof vorbei“ in detaillierterer Form dar. Der Gesetzgeber hat daraufhin in zwei Anläufen – 2019 und kürzlich 2022 – versucht, den berüchtigten Umgehungsstrukturen ein Ende zu bereiten. Gelingen ist ihm dies, trotz nicht zu unterschätzender Fortschritte in anderen Bereichen des PartG, im Bezug auf private Vereine bedauerlicherweise nicht. Die Schwierigkeit der Verhinderung von Umgehungsstrukturen der Parteienfinanzierungsregelungen über private Vereine und die Versuche des Gesetzgebers, diese endgültig einzustellen, werden im Folgenden dargestellt und analysiert.⁶

1 Die Einteilung des Beitrags erfolgt anhand eines Fünf-Akt-Schemas des klassischen Dramas, da die bisherigen Ereignisse und miteinander verketteten Schritte des Gesetzgebers an ein solches erinnern. Einteilung der Akte nach *Freitag*, Die Technik des Dramas¹⁰ (1863) 102 ff und 174 ff: 1. Akt Exposition (Einleitung), 2. Akt Steigerung, 3. Akt Peripetie (Höhepunkt), 4. Akt Retardation (Hinauszögerung bzw Umkehr), 5. Akt Lösung (Komödie) oder Katastrophe (Tragödie); vgl dazu *May*, Literarische Grundbegriffe (2021) 68 f.

2 Bundesgesetz über die Finanzierung politischer Parteien (PartG) BGBl I 2012/56.

3 163 StProtNR 24. GP 30 (so die Abg der Grünen *Eva Glawitschnig-Piesczek*).

4 163 StProtNR 24. GP 26 (Abg der ÖVP *Karlheinz Kopf*).

5 163 StProtNR 24. GP 29 (Abg der FPÖ *Heinz-Christian Strache*).

6 Zur umfassenderen Analyse der PartG-Novelle BGBl I 2022/125 s *Radatz*, Regulierung ist gut, Kontrolle ist besser: Österreichische Parteienfinanzierung und ihre tückischen Lücken (im Erscheinen).

2. Steigerung: Ausgangslage und PartG-Novelle 2019

Nach der ursprünglichen Fassung des PartG konnte man, bis auf ein paar Ausnahmen,⁷ unbegrenzt an eine politische Partei⁸ spenden. Es waren jedoch gewisse Transparenzregelungen vorgesehen: Spenden mussten ab einem Gesamtbetrag von 3.500 Euro pro Jahr im Rechenschaftsbericht der Partei unter Angabe von Name und Adresse der Spender:innen ausgewiesen werden. Sobald Spenden den Betrag von 50.000 Euro überschritten, waren sie von der Partei dem Rechnungshof unverzüglich zu melden und von diesem unter Angabe der erwähnten Daten auf seiner Homepage zu veröffentlichen.⁹ Spenden an „nahestehende Organisationen“ einer Partei waren nach denselben Regelungen offenzulegen.¹⁰ Unter diesen Begriff fällt indes nicht jede Organisation, mit der eine Partei zusammenarbeitet oder ein sonstiges Naheverhältnis pflegt. Als „nahestehende“ gelten nur jene Organisationen, deren parteipolitische Zusammenarbeit mit der Partei in den Rechtsgrundlagen der Organisation oder in der Satzung der Partei festgelegt ist.¹¹ Private Vereine, die statutarisch nicht mit einer Partei verbunden sind, werden von der Definition und somit von den Transparenzregelungen nicht umfasst – selbst wenn diese faktisch eng mit einer Partei zusammenarbeiten.

Im „Ibiza-Video“ wurde der Öffentlichkeit bekannt, dass mittels Spenden an einen privaten Verein die Meldepflicht an den Rechnungshof umgangen werden kann. So können potentielle Spender:innen eine größere Summe an Geld über einen als „Zwischenmann“ fungierenden Verein der politischen Partei zukommen lassen. Spender:innen müssen dabei weder ihre politische Affinität noch die Höhe der Spende der Allgemeinheit offenlegen. Transparenzregelungen können somit umgangen werden.

Der Gesetzgeber führte 2019 als Reaktion auf das „Ibiza-Video“ eine Spendengrenze ein, welche juristischen und natürlichen Personen die Möglichkeit, an eine Partei zu spenden, auf maximal 7.500 Euro jährlich beschränkt. Außerdem wurde eine Spendenobergrenze beschlossen, nach welcher eine Partei maximal 750.000 Euro an Spenden pro Kalenderjahr entgegennehmen darf.¹² Ein privater Verein darf demnach nicht mehr unbegrenzt direkt an eine Partei spenden, sondern lediglich 7.500 Euro pro Kalenderjahr. Bei den Transparenzregelungen wurde geändert, dass einzelne Spenden über 2.500 Euro nun schon unverzüglich unter Nennung von Spender:in und Spendenhöhe gemeldet und

7 Spendenannahmeverbote waren jeweils ab einem gewissen Betrag ua bei anonymen Spenden, ausländischen Spenden oder Barspenden vorgesehen, s § 6 Abs 6 PartG (ab PartG idF BGBl I 2012/56).

8 Der Begriff politische Partei ist nach § 2 Z 1 PartG idGF umfassend zu verstehen und erfasst alle territorialen und nicht-territorialen Gliederungen einer politischen Partei.

9 § 6 Abs 4 und 5 PartG idF BGBl I 2012/56.

10 § 6 Abs 9 PartG idF BGBl I 2012/56.

11 § 2 Z 3 PartG idF BGBl I 2012/56; von der Definition nicht umfasst sind parlamentarische Klubs und Parteiakademien – für diese gelten Spendenverbote nach § 6 Abs 6 Z 1 und 2 PartG.

12 § 6 Abs 1a und 5 PartG idF BGBl I 2019/55; für neu zu einer Wahl antretende Parteien gelten höhere Grenzen. Für eine umfassendere Analyse der PartG-Novelle BGBl I 2019/55 sowie zur möglichen Verletzung der Meinungsfreiheit nach Art 10 EMRK durch die Spenden(ober)grenze s *Stelzer/Radatz*, Österreichische Parteienfinanzierung nach „Ibiza“: Transparenz oder Kartell? MIP 2020, 10 (passim und 13), vgl dazu VfGH 14.6.2022, G 372/2021.

veröffentlicht werden müssen; im Rechenschaftsbericht auszuweisen sind sie ab derselben Höhe, gemeinsam mit der Adresse des:r Spenders:in.¹³

Für Spenden an private Vereine gelten diese Transparenzregelungen nicht, weshalb Umgehungsmöglichkeiten bestehen bleiben. So wie man in der Vergangenheit Transparenzregelungen umgehen konnte, können nun zudem Spendengrenzen umgangen werden. Spenden können so noch immer unbemerkt „am Rechnungshof vorbei“ den Parteien zukommen.¹⁴ Der Rechnungshof hat in die Finanzen und Ausgaben privater Vereine, die faktisch eng mit einer Partei zusammenarbeiten, keine Einsicht.

3. Peripetie: PartG-Novelle 2022

Mit der PartG-Novelle 2022 sollte potenziellen Umgehungsstrukturen ein für alle Mal ein Ende gesetzt werden.¹⁵ Das bisherige System des PartG wurde so verändert, dass die Partei und alle ihr nahestehenden Organisationen bei sämtlichen Spendenregelungen als wirtschaftliche Einheit zu verstehen sind. Spenden von dritter Seite an nahestehende Organisationen zählen nunmehr als Spenden an die politische Partei. Zuwendungen einer nahestehenden Organisation an eine Partei fallen somit nicht mehr unter den Spendenbegriff, da es sich dabei künftig um Vermögensverschiebungen innerhalb der Parteistruktur handelt.¹⁶ Die Spendenobergrenze gilt in Zukunft für eine politische Partei inklusive aller ihr nahestehenden Organisationen.¹⁷ Ferner ist dem Rechenschaftsbericht eine Liste aller der politischen Partei nahestehenden Organisationen anzuschließen.¹⁸ Für nahestehende Organisationen einer Partei gelten nun ebenso Übermittlungspflichten in Bezug auf Unterlagen, welche die Parteien für die Erstellung ihrer Wahl- und Rechenschaftsberichte benötigen.¹⁹

An der Definition, wer als nahestehende Organisation einer Partei gilt, wurde allerdings trotz der bisherigen Kritik und konstruktiver Vorschläge (zu diesen sogleich) nicht viel geändert. Neu ist, dass nun nahestehende Organisationen von nahestehenden Organisationen zum inneren Kreis einer Partei zu zählen sind.²⁰ Somit gelten auch jene Vereine

13 § 6 Abs 4 und 5 PartG idF BGBl I 2019/55.

14 *Eisner/Kogler/Ulrich*, Recht der politischen Parteien² (2019) XXXIX.

15 ÖVP/Die Grünen, Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020–2024, bundeskanzleramt.gv.at 10.3.2020, www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/die-bundesregierung/regierungsdokumente.html 18 (5.1.2023).

16 § 2 Z 5b lit c PartG, s ErläutAB 1637 BlgNR 27. GP 5; vgl dazu die alte Rechtslage, nach welcher Zuwendungen einer nahestehenden Organisation an die Partei unter den Spendenbegriff des PartG fielen (§ 2 Z 5 PartG bis zur Fassung BGBl I 2022/84), s *Eisner/Kogler/Ulrich*, PartG² § 2 Z 5 Rz 24.

17 § 6 Abs 1 PartG; ErläutAB 1637 BlgNR 27. GP 5.

18 § 5 Abs 6 und § 10 Abs 3 PartG, diese Liste ist vom Rechnungshof zu veröffentlichen.

19 § 4 Abs 4 und § 5 Abs 7 PartG; bei unzureichender Übermittlung drohen einer nahestehenden Organisation Geldbußen, s § 12 Abs 2 und 3 PartG.

20 § 2 Z 3 PartG; ob hier nahestehende Organisationen von nahestehenden Organisationen von nahestehenden Organisationen ebenso umfasst sind, geht aus den Gesetzesmaterialien nicht hervor. Jedoch ist dies aufgrund der Änderungen der Definition und des Zwecks der Regelung anzunehmen, da ansonsten erneut Hintertüren offenblieben.

als nahestehende Organisationen, die zwar nicht direkt mit einer Partei statutarisch verbunden sind, jedoch mit einer nahestehenden Organisation einer Partei statutarisch verbunden sind. In Reaktion auf die Transparenzregelungen des PartG hatten 2012 bekanntlich manche Organisationen neue Vereine als Zwischenorganisation gegründet, um selbst formal nicht mehr als „nahestehende Organisation“ zu gelten.²¹ Dadurch mussten sie etwa keine Spendengelder offenlegen. Die Neuregelung der Definition verhindert die „Flucht“ dieser Organisationen aus den Rechenschaftsberichten.²² Indes gibt es seit 2012 noch unzählige – von der neuen Definition nicht umfasste – Vereine, die zweifellos bestimmten Parteien sehr nahestehen und diese aktiv unterstützen.²³

Der Rechnungshof schlug in seinem Entwurf zum PartG daher vor, die Definition zu erweitern.²⁴ Die Zusammenarbeit zwischen Partei und nahestehender Organisation, welche derzeit rechtlich verbürgt sein muss, solle fortan anhand der „faktischen Ausprägung“ der Zusammenarbeit festzumachen sein. Gemessen werden solle die faktische Ausprägung einerseits an organisatorischen Kriterien, die mit jenen der Partei übereinstimmen (etwa dem Sitz oder der Identität von Organen und Mitgliedern) und andererseits an inhaltlichen Kriterien (beispielsweise an der Art und Intensität der Unterstützung und der parteipolitischen Zusammenarbeit). Wenn ein privater Verein regelmäßig parteipolitische Aktivitäten für eine Partei setzt, sei eine faktische Ausprägung gegeben. Bei divergierender Beurteilung der faktischen Ausprägung zwischen einer Partei und dem Rechnungshof habe der *Unabhängige Parteien-Transparenz-Senat (UPTS)* das letzte Wort. Auch von anderer Seite wurde ein Abstellen auf die „tatsächliche“ Unterstützung bzw Zusammenarbeit postuliert, um Umgehungskonstruktionen „à la Ibiza“ auszuschalten.²⁵

Gescheitert ist eine solche umfassende Definition an den Bedenken mancher Parteien an der „Rechtssicherheit“, da man beim Abstellen auf eine „faktische“ oder „tatsächliche“ Unterstützung bzw Zusammenarbeit im Vorhinein nicht erkennen kann, welche Organisation nun als „nahestehende“ gelte und welche nicht.²⁶ Geeinigt hat man sich letztlich darauf, den Verfassungsdienst mittels Entschließungsantrag darauf anzusetzen, eine rechtssichere Formulierung auszuarbeiten bzw zu prüfen, ob eine „Vorabfeststellung“ möglich sei. Ein Ergebnis ist bis dato nicht bekannt, birgt eine umfassende Definition zugegebenermaßen Schwierigkeiten in sich, die nicht zuletzt mit dem Begriff der „Spende“ zusammenhängen.

21 S dazu zB APA, SPÖ-Pensionisten drücken sich vor Transparenzregeln, diepresse.at 11.10.2012, www.diepresse.com/1300160/spoe-pensionisten-druecken-sich-vor-transparenzregeln (5.1.2023).

22 *Forum Informationsfreiheit*, 273890/SN BlgNR 27. GP 2 und 4.

23 *Forum Informationsfreiheit*, 273890/SN BlgNR 27. GP 2.

24 S dazu *Rechnungshof*, Entwurf zum Parteiengesetz (Oktober 2021) 9 ff; vgl dazu *Radatz*, Regulierung ist gut, Kontrolle ist besser: Österreichische Parteienfinanzierung und ihre tückischen Lücken (im Erscheinen).

25 *Forum Informationsfreiheit*, 273890/SN BlgNR 27. GP 4 f, als mögliche Kriterien für das Festmachen der „Tatsächlichkeit“ werden hier ähnlich etwa „eine hohe personelle Überschneidung bei den Mitgliedern oder Organen der Organisation mit der Partei, ihr Sitz (nicht selten ist dieser in Räumlichkeiten der Partei), ein aus den Statuten oder Organbeschlüssen hervorgehendes programmatisches Selbstverständnis oder auch die konkrete Zusammenarbeit z.B. bei Kampagnen“ genannt.

26 168 StProtNR 27. GP (s den Abänderungsantrag des Abg der NEOS *Nikolaus Scherak* und die Ausführungen der Abg der Grünen *Sigrid Maurer*).

4. Retardation: Definition „Spende“

Trotz der Neuregelungen durch die PartG-Novelle 2022 ist es weiterhin möglich, dass über private Vereine Spendengelder für Parteien „am Rechnungshof vorbei“ gesammelt werden. Der Partei kommen diese über Umwege zugute, etwa, indem Kostenstellen (wie zB Kosten für Wahlkampagnen) aus der Parteibuchhaltung ausgelagert werden.²⁷ Mit dem gesammelten Spendengeld kann ein Verein nämlich rein rechtlich gesehen einer Partei zuarbeiten und all jene Tätigkeiten verrichten, solange man ein konkretes Handeln nicht als Spende an die Partei iSd PartG qualifizieren kann.

Eine Spende an eine Partei ist „jede Zahlung, Sachleistung oder lebende Subvention (zur Verfügung gestelltes Personal), die natürliche oder juristische Personen“ einer politischen Partei „ohne entsprechende Gegenleistung gewähren“.²⁸ Sachleistungen können einerseits jede Art von Naturalien sein, andererseits ist darunter die Kostenübernahme Dritter zu qualifizieren, soweit der Partei dadurch ein ökonomischer Vorteil entsteht.²⁹ Eine Spende muss von den Empfänger:innen außerdem im weitesten Sinne „angenommen“ werden bzw diesen als Vorteil zugerechnet werden können.³⁰ Flyer, Plakate, Werbung auf Social-Media, Spenden von Sachmitteln für ein Fest einer politischen Partei, die Organisation einer Veranstaltung zur Bewerbung einer politischen Partei etc können grundsätzlich Sachleistungen darstellen. Für eine Qualifikation als Spende iSd PartG ist es indes notwendig, dass die Sachleistung tatsächlich an eine Partei geleistet wird bzw der Partei „zumindest im weitesten Sinne einer ‚Annahme‘ zugerechnet werden“ kann.³¹ In der Literatur wird für eine „Annahme“ verlangt, dass die Spende „in den Verfügungsbereich der politischen Partei gelangt“, diese also „rechtlich und tatsächlich“ Zugriff auf die Spende hat sowie über deren „Einsatz und Verwendung bestimmen kann“.³² Das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) teilt diese Ansicht im Hinblick auf das Abstellen auf die Verfügungsgewalt nicht, denn bei einer solchen Auslegung „würden sich Umgehungen nahezu aufdrängen“.³³ Vielmehr sei die Grenze dort zu ziehen, „wo eine politische Partei von einer zu ihren Gunsten gesetzten Aktivität wusste (etwa durch Zurechnung des Wissens von Funktionsträgern), bei Aufwendung der gebotenen Sorgfalt davon hätte wissen müssen (etwa durch Erkundigungen oder wirksame Anweisungen an die Organisationsstruktur, Wahlkampfaktivitäten mitzuteilen) oder wo sie die Möglichkeit gehabt

27 S zB *Winter*, Parteienfinanzen: Drei Tricks bleiben trotz geplantem Gesetz legal, profil.at 2.3.2022, www.profil.at/oesterreich/parteifinanzen-drei-tricks-bleiben-trotz-geplantem-gesetz-legal/401922250 (5.1.2023).

28 § 2 Z 5 PartG; eine Spende liegt ua zudem vor, wenn diese nicht direkt der politischen Partei, sondern etwa ihren Abgeordneten oder einer nahestehenden Organisation gewährt wird.

29 Vgl ErläutAB 1844 BlgNR 24. GP 4; *Eisner/Kogler/Ulrich*, PartG² § 2 Z 5 Rz 19; BVwG 9.9.2020, W271 2230242-1/24E, 29 f.

30 BVwG 9.9.2020, W271 2230242-1/24E, 30, das diese Voraussetzungen aus §§ 6 Abs 1 und 12 Abs 2 Z 2 PartG idF BGBl I 2022/84 herleitet. Aus dem Gesetz geht nicht hervor, was unter einer „Annahme“ einer Spende zu verstehen ist; s auch *Eisner/Kogler/Ulrich*, PartG² § 2 Z 5 Rz 17.

31 BVwG 9.9.2020, W271 2230242-1/24E, 33.

32 So *Eisner/Kogler/Ulrich*, PartG² § 2 Z 5 Rz 17.

33 BVwG 9.9.2020, W271 2230242-1/24E, 36.

hätte, Tätigkeiten zu unterbinden (etwa durch parteiinterne Weisung an einen Funktioniär, der gleichzeitig für die politische Partei als auch für die ihr nahestehende Organisation tätig ist).³⁴

Wenn eine Partei den Druck von Wahlkampfflyern beauftragt, die Flyer von Dritten gedruckt und verteilt werden, muss dies laut BVwG als Spende angesehen werden, selbst wenn die Partei nicht tatsächlich über die Flyer verfügt.³⁵ Hingegen kann die Aktivität eines:r Anhängers:in einer politischen Partei, der:die ohne ihr Zutun oder Wissen Flyer unter der Verwendung des Logos der Partei druckt und diese verteilt, nicht als Spende iSd PartG qualifiziert werden.³⁶

Die Ausführungen des BVwG betreffen im konkreten Fall die potentielle Spendenqualifikation von Handlungen einer nahestehenden Organisation vor der Novelle BGBl I 2022/125. Sie lassen sich jedoch auf die potentielle Spendenqualifikation von Handlungen eines privaten Vereins ummünzen. Die Beweislage gestaltet sich dabei als schwierig. Einer Partei muss nachgewiesen werden, von den Handlungen Dritter gewusst zu haben, bei Aufwendung der gebotenen Sorgfalt von diesen gewusst haben zu müssen oder die Möglichkeit gehabt zu haben, die Tätigkeit zu unterbinden. Ansonsten ist sie – wie es sprichwörtlich heißt – aus dem Schneider. Eine solche Auslegung ist notwendig, da die Qualifikation einer Handlung oder Zuwendung als Spende an weitere Rechtsfolgen geknüpft ist, welche die Partei in der Folge beachten muss (Meldepflichten, Weiterleitungspflichten, Einhaltung der Grenzen bei der Annahme von Spenden und der Ausgaben im Wahlkampf³⁷). Daher muss zumindest die „abstrakte Möglichkeit“ gegeben sein, eine Spende abzulehnen bzw eine Annahme und damit eine Qualifikation als Spende iSd PartG zu verhindern.³⁸ Eine „abstrakte Möglichkeit“ zur Spendenablehnung hat eine Partei aufgrund der dafür notwendigen Verflechtungen in diesen Fällen allenfalls nur, wenn ein gewisses Naheverhältnis zwischen der Partei und dem privaten Verein vorliegt. Ein solches Naheverhältnis ist, wie in der Vergangenheit, bei einer „nahestehenden Organisation“ gegeben – aber muss wohl auch gegeben sein, wenn ein privater Verein der Partei „faktisch“ oder „tatsächlich“ nahesteht. Bestimmte eigenständige und autonome Handlungen eines privaten Vereins zu Gunsten einer Partei, mit welcher der Verein keinerlei offizielle oder faktische Beziehungen pflegt, können somit nie als Spende iSd PartG qualifiziert werden.³⁹

34 BVwG 9.9.2020, W271 2230242-1/24E, 37.

35 Vgl BVwG 9.9.2020, W271 2230242-1/24E, 36.

36 Vgl BVwG 9.9.2020, W271 2230242-1/24E, 36.

37 Im Rahmen der sogenannten Wahlwerbungsaufwendungsobergrenze darf eine Partei gemäß § 4 PartG maximal 7 Millionen Euro (valorisiert nach § 14 PartG) für die Wahlwerbung während eines Wahlkampfs zum Nationalrat oder zum Europäischen Parlament aufwenden.

38 Vgl BVwG 9.9.2020, W271 2230242-1/24E, 37.

39 Vgl in diesem Zusammenhang *Stelzer/Radatz*, MIP 2020, 14, wo auf die Schwierigkeit hingewiesen wird, einen privaten Verein in der Form eines Personenkomitees einer politischen Partei zuzurechnen, da die Zurechnung als Personenkomitee von der Zustimmung der Partei abhängig war (§ 11 Abs 5a PartG idF BGBl I 2019/55). Neuerdings ist eine Zustimmung als solche für eine Registrierung nicht mehr notwendig, jedoch kann eine Partei der Unterstützung durch ein Personenkomitee widersprechen (§ 10a PartG idGF), s zu den Hintergründen der Regelung ErläutAB 1637 BlgNR 27. GP 17.

5. Lösung (Komödie) oder Katastrophe (Tragödie)?

Obwohl die Novelle BGBl I 2022/125 ohne Zweifel für Verbesserungen auf Ebene der Transparenz- und Kontrollregelungen sorgt,⁴⁰ hat man es im zweiten Anlauf nach dem Schnellschuss der Novelle BGBl I 2019/55 immer noch nicht geschafft, jene Umgehungs-konstruktionen zu unterbinden, die der Hauptdarsteller des „Ibiza-Videos“ illustriert hat. Nach der geltenden Rechtslage fällt ein privater Verein, der einer Partei zwar faktisch nahesteht, dessen Nähe zur Partei indes keine rechtliche Verbürgung kennt, nicht unter die Definition der „nahestehenden Organisation“ und die daran anknüpfenden Folgen des PartG. Dadurch kann ein solcher Verein jegliche Handlungen zu Gunsten einer Partei setzen, die nicht als Spende zu qualifizieren sind. Derartige Handlungen fallen dabei weder in die Transparenzvorgaben oder die Wahlwerbungsaufwendungsobergrenze der Partei, noch fallen Spenden an den privaten Verein in die Spendenobergrenze der Partei. Erwähnenswert ist, dass es selbst, wenn man die Definition der nahestehenden Organisation um das Kriterium der „faktischen Ausprägung“ erweitert hätte, immer noch „Umgehungsmöglichkeiten“ gäbe. Diese wird es immer dann geben, wenn ein privater Verein eigenständig und autonom ohne Wissen einer Partei zu deren Gunsten tätig wird, solange er der Partei faktisch nicht zurechenbar ist. Dies ist nicht zuletzt der Vereinigungsfreiheit nach Art 11 EMRK und der Meinungsfreiheit nach Art 10 EMRK geschuldet.⁴¹

Die Aufnahme „faktisch“ oder „tatsächlich“ der Partei nahestehenden Vereine wäre jedenfalls möglich und notwendig gewesen und hätte jene Umgehungs-konstruktionen verhindern können, die rechtlich regelbar sind. Die angesprochenen Hindernisse, die in der parlamentarischen Debatte laut Aussagen mancher Parlamentarier:innen gegen eine Erweiterung der Definition gesprochen hatten, erscheinen zwar schlüssig, jedoch nicht unlösbar. Die besorgniserregende „Rechtsunsicherheit“ hätte es nicht für sämtliche Vereine in Österreich gegeben, sondern nur für jene, die sich ohnehin schon in einer Grauzone befinden. Jene Vereine, über die im „Ibiza-Video“ gesprochen wurde, wären zumindest umfasst gewesen.⁴² Ein örtlicher Musikverein, Sportverein etc hätte durch eine solche Regelung keine Rechtsunsicherheit erfahren müssen, sofern eine parteipolitische Zusammenarbeit nicht gegeben ist. Und sofern eine solche vorliegt, muss man sich ohnehin die Frage stellen, ob es im Sinne der Transparenz nicht geradezu notwendig ist, dass solche Vereine eine gewisse Rechtsunsicherheit verspüren und sich um die zweckmäßige Einordnung ihrer selbst kümmern.

Der Vorschlag des Rechnungshofes, dies im Streitfall durch den UPTS prüfen zu lassen, verbunden mit der Möglichkeit einer Vorabfeststellung, erscheint als die am wenigsten

40 S Radatz, Regulierung ist gut, Kontrolle ist besser: Österreichische Parteienfinanzierung und ihre tückischen Lücken (im Erscheinen).

41 Vgl dazu Stelzer/Radatz, MIP 2020, 17.

42 168 StProtNR 27. GP, s die Ausführungen des Abg der NEOS *Nikolaus Scherak*; vgl Listen von bestimmten parteinahen Vereinen, die aktuell nicht als nahestehende Organisation gelten, zB *Melichar/Hametner*, Ibiza-Causa: Die Liste der Vereine, addendum.org 10.7.2019, www.addendum.org/parteienfinanzierung/vereine/ (10.1.2023).

eingreifende und sinnvollste Möglichkeit, um Umgehungen künftig effektiv zu begegnen. Wieso dieser Lösungsvorschlag nicht aufgegriffen wurde, könnte neben grundrechtlichen Überlegungen daran liegen, dass die mit einer Prüfung bzw Vorabprüfung zu befassenden Stellen schon aufgrund anderer Neuregelungen der rezenten Novelle mit einem Mehraufwand rechnen müssen.⁴³ Ohne die Bereitstellung zusätzlicher Budgetmittel oder Ressourcen hätte dies möglichenfalls zu einer nur mehr schwer bewältigbaren Überlastung geführt. Schließlich geht die Auflösung des Dramas wohl in Richtung Tragödie, da dem Gesetzgeber die „Lösung“ der Krux mit der nahestehenden Organisation nicht gelungen ist.

Mag.^a Teresa Radatz, MA arbeitet als Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; teresa.radatz@univie.ac.at

43 Vgl die Stellungnahmen des UPTS und des Rechnungshofes aufgrund des zu erwartenden Mehraufwands durch die Regelungen der PartG-Novelle 2022, *UPTS*, 273777/SN BlgNR 27. GP 7 und 9; *Rechnungshof*, 273799/SN BlgNR 27. GP 12 ff.

Neutralität und Selbstverteidigung

Russlands Angriff zwischen Recht und Moral

Ralph Janik

1. Back to Basics: Neutralität zwischen Politik und Recht, 1955–2022

Russlands Krieg gegen die Ukraine hat in Österreich eine – freilich verhaltene und letztlich ergebnislose – Neutralitätsdebatte ausgelöst. Bundeskanzler *Nehammer* sprach in der Regierungserklärung vom 24.2.2022 davon, dass „die Stärke des Rechts und nicht das Recht des Stärkeren“ gelte, was „für uns als kleines Land, ja und auch Land, das sich Neutralität ins Stammbuch geschrieben hat [heißt], dass Völkerrecht für uns essenziell ist“.¹ Außenminister *Schallenberg* betonte später, dass militärische Neutralität etwas anderes sei als „Werteneutralität“² und Bundespräsident *Van der Bellen* bekundete seine Bereitschaft, „darüber zu diskutieren“.³

Allzu viel gab es dann aber doch wieder nicht zu besprechen. Die Neutralität gilt nach wie vor als eine Art heiliger Gral, als Identitätsstifterin – gibt es doch eine auffällige Korrelation zwischen dem Gefühl, dass Österreich eine Nation sei und der Zustimmung zur Neutralität⁴ – und auch als Garantin für Frieden. Daran hat auch der russische Angriff nichts geändert: Ein „Ukraine-Effekt“ oder gar eine Mehrheit für einen NATO-Beitritt, wie man sie in den vormals bündnisfreien Ländern Schweden und Finnland beobachten konnte, ist ausgeblieben. Im Gegenteil, laut einer Gallup-Umfrage vom Juni 2022 waren 71 % der Befragten der Meinung, dass die Beibehaltung der Neutralität Österreichs Sicherheit besser diene als ein NATO-Beitritt (16 % Zustimmung), während 86 % der Aussage, dass die Neutralität „Teil der österreichischen Identität“ sei, „sehr“ (54 %) oder zumindest „eher“ (32 %) zustimmten.⁵ Dementsprechend schnell ist die dahinge-

1 Regierungserklärung von BK Karl Nehammer zur aktuellen Krise zwischen Russland und der Ukraine im Nationalrat, 24.2.2022, www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/bundeskanzler-karl-nehammer/reden-bundeskanzler-nehammer/regierungserklaerung-von-bundeskanzler-karl-nehammer-zur-aktuellen-krise-zwischen-russland-und-der-ukraine-im-nationalrat.html (18.12.2022).

2 Außenminister Schallenberg: Ukraine-Krieg ist Angriff auf unser Lebensmodell, ots.at 8.3.2022, www.ots.at/presseaussendung/OTS_20220308_OTS0184 (18.12.2022).

3 *Van der Bellen* im Interview mit *Schmidt/Schüller/Rauth*, Van der Bellen über möglichen Nato-Beitritt: „Denken wir nicht immer so bellizistisch“, derstandard.at/24.5.2022, www.derstandard.at/story/2000136025560 (18.12.2022).

4 *Kramer*, Strukturentwicklung der Außenpolitik (1945–2005), in *Dachs/Gerlich/Gottweis/Kramer/Lauber/Müller/Tálos*, Politik in Österreich: Das Handbuch (2006) 807.

5 *Gallup-Institut*, Zwei-Länder-Umfrage zum Thema Neutralität: Österreich und Schweiz, gallup.at 2.6.2022, www.gallup.at/de/unternehmen/studien/2022/zwei-laender-umfrage-zum-thema-neutralitaet-oesterreich-und-schweiz (18.12.2022).

hende Diskussion auch wieder verhallt. Österreich wird auf absehbare Zeit weder seine Neutralität aufgeben noch der NATO beitreten. Vielmehr wird es weiter darum gehen, einen Ausgleich zu den Grundregeln des Völkerrechts und der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union zu finden. Hierzulande will man eben doch alles und nichts so wirklich.

So hat Österreich bekanntlich 1955 per Bundesverfassungsgesetz seine „immerwährende Neutralität“ beschlossen und diese gegenüber allen anderen Staaten, mit denen es damals diplomatische Beziehungen unterhielt, mit der Bitte um Anerkennung notifiziert.⁶ Österreich hat also nicht nur nach innen, sondern auch nach außen ausdrücklich klar gestellt, weder einem Militärbündnis beizutreten noch fremde Militärbasen auf dem eigenen Staatsgebiet zuzulassen. Völkerrechtlich handelt es sich hierbei um eine einseitige Erklärung, die (nur) Österreich verpflichtet.⁷

Seit damals wurde und wird die Neutralität in der politischen Praxis unterschiedlich gehandhabt, rechtlich vielfach neu interpretiert und letztlich auch adaptiert. Ist doch viel passiert, unmittelbar nach dem Ende der Besatzungszeit folgte der Beitritt zu den Vereinten Nationen, im darauffolgenden Jahr kritisierte Österreich die sowjetische Niederschlagung des Ungarnaufstands, 1965 trug es die vom Sicherheitsrat verhängten Sanktionen gegen Südrhodesien mit, gegen Ende des Kalten Krieges wurde die internationale Unterstützung für Kuwait nach dem irakischen Angriff 1990 aufgrund der Autorisierung durch den Sicherheitsrat nicht als „Krieg“ im neutralitätsrechtlichen Sinn verstanden und dementsprechende Anpassungen im Kriegsmaterialengesetz und dem Strafgesetzbuch vorgenommen,⁸ 1995 folgte mit dem Beitritt zur EU die vorläufig letzte große Zäsur.

Aus all diesen (und vielen weiteren) Ereignissen folgen ungeachtet der zahlreichen unterschiedlichen Meinungen zur Neutralität – es gibt hierzulande ähnlich viele Neutralitätsexpert:innen wie Teamchefs (hier bewusst nicht gegendert) – einige Punkte, bei denen allgemeiner Konsens herrscht: Zunächst kann man die – rechtlich gesehen – militärische Natur der österreichischen Neutralität nicht oft genug betonen. Kritik an der aggressiven Außenpolitik anderer Staaten ist ebenso erlaubt wie die Beteiligung an Wirtschaftssanktionen jedweder Art, also unabhängig davon, ob sie vom UN-Sicherheitsrat verhängt wurden oder nicht.⁹ Österreich war und ist nicht ideologisch oder friedenspolitisch neutral.

Dabei muss man auch die Ursprünge des Neutralitätsrechts bedenken. Geht es doch auf die Phase des späten 18. Jahrhunderts und die Schriften *de Vattels* bis zum frühen 20. Jahrhundert zurück, in der das Paradigma des Krieges als legitime *Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln* (um die berühmte Definition von *Clausewitz*’ zu bemühen)

6 Bundesverfassungsgesetz v 26.10.1955 über die Neutralität Österreichs BGBl 1955/211.

7 Aus der Fülle an Literatur zur Rechtsqualität der Notifikation des BVG Neutralität sei hier beispielsweise – als besonders prominente frühe Stimme zu den völkerrechtlichen Aspekten – *Zemanek*, *Neutral Austria in the United Nations, International Organization* 1961, 408 (409), genannt.

8 S allgemein dazu *Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten* (Hrsg), *Jahrbuch der österreichischen Außenpolitik*. Außenpolitischer Bericht 1991, 211 ff.

9 *Zemanek*, IO 1961, 417.

vorherrschte. Seit der Verabschiedung des Antikriegspakts 1928 und später des Gewaltverbots in Art 2 Abs 4 Satzung der Vereinten Nationen gibt es keine *rechtliche* Grundlage für *moralische* Äquidistanz zwischen Aggressor und sich verteidigenden Staaten.¹⁰ Daraus folgt außerdem, dass die Neutralität seit jeher nur bei bewaffneten Auseinandersetzungen zwischen den Streitkräften zweier oder mehrere Staaten zur Anwendung kommt.¹¹ Gewaltsame Ausschreitungen, Terroranschläge und Bürgerkriege sind also nicht erfasst.

Ebenso wenig kommt die Neutralität bei Maßnahmen des Sicherheitsrats – von der Unterstützung angegriffener Staaten über Friedensmissionen bis hin zu Interventionen zum Schutz der Menschenrechte – zur Anwendung, womit Truppenbewegungen oder Überflüge durch österreichisches Gebiet kein Problem darstellen.¹²

Hier endet der Konsens allerdings auch schon wieder, wirft Russlands Angriff auf die Ukraine doch eine bis heute nicht restlos geklärte Frage auf: Den Umgang mit der Neutralität in eindeutig gelagerten Fällen kollektiver Selbstverteidigung. Zur Klarstellung eines vorneweg: An der Völkerrechtswidrigkeit des russischen Angriffs besteht kein Zweifel. Es mag seltene Fälle geben, in denen die Abgabe des „ersten Schusses“ und das Vorliegen eines „bewaffneten Angriffs“ im Sinne von Art 51 Satzung der Vereinten Nationen umstritten ist.¹³ Ein solcher liegt hier allerdings nicht vor. Wer eine andere Meinung vertritt, kann sich die Lektüre der weiteren Zeilen sparen.

So hat die UN-Generalversammlung eine Woche nach Beginn des russischen Angriffs im Rahmen einer (Dringlichkeits-)Sitzung mehrheitlich (mit 141 Ja-Stimmen, dazu unten mehr) die russische Aggression klar verurteilt und Russland unter anderem dazu aufgefordert, die Kampfhandlungen einzustellen und seine Truppen abzuziehen.¹⁴ Ähnliche Verpflichtungen wurden kurz darauf auch von Seiten des Internationalen Gerichtshofs im Zuge eines von der Ukraine eingeleiteten Verfahrens angeordnet.¹⁵

2. Terrorismus und kollektive Selbstverteidigung

Damit ergibt sich für Österreich eine doppelt neuartige Situation: Erstens haben sich neutralitätsrechtliche Fragen, wie die Möglichkeit von Waffenlieferungen oder Überfluggenehmigungen, in der jüngeren Vergangenheit nur verhältnismäßig selten gestellt. Der „klassische“ Krieg iSd Neutralitätsrechts ist seit 1945 schließlich zur Ausnahme und in-

10 S dazu unter anderem *Kelsen*, *Collective Security under International Law* (1958) 154 ff.

11 *Westlake*, *International Law, Vol II War* (1912) 1.

12 *Kelsen*, *Collective Security* 154 ff; Zu Österreich im Speziellen s *Hummer*, *Der internationale Status und die völkerrechtliche Stellung Österreichs seit 1918*, in *Reimisch*, *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts* (2021) 726 (757).

13 So etwa der Sechs-Tage-Krieg, s dazu ua *Sabel*, *International Law and the Arab-Israeli Conflict* (2022) Kapitel 10 oder *Quigley*, *The Six-Day War and Israeli Self-Defense* (2013).

14 Generalversammlung, Resolution A/RES/ES-11/1, *Aggression against Ukraine*, 18.3.2022.

15 IGH 16.3.2022, *Ukraine/Russian Federation*, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*.

nerstaatliche bewaffnete Konflikte zur Regel geworden.¹⁶ Noch 2021 gab es laut *Heidelberger Institut* keinen einzigen internationalen und neun innerstaatliche Kriege.¹⁷

Folglich wurden sicherheitspolitische Debatten mit den Anschlägen vom 11. September 2001 vom „War on Terror“ und damit von nicht-staatlichen Gewaltakteuren dominiert. Dabei sah Österreich weder bei „Operation Enduring Freedom“ in Afghanistan im Oktober 2001, noch später beim Kampf gegen den sogenannten Islamischen Staat (IS) in Syrien und dem Irak einen Berührungspunkt zur Neutralität. Im ersten Fall richteten sich die Angriffe schließlich gegen einen nicht-internationalen bewaffneten Akteur (*al-Kaida*) und bloße *de facto*-Gewalthaber (die *Taliban*), die international isoliert waren.¹⁸ Insofern lag ein *nicht-internationaler* Konflikt im Sinne des humanitären Völkerrechts vor.¹⁹ Hinzu kam, dass der Sicherheitsrat zwar nicht ausdrücklich die Anwendung von Waffengewalt autorisierte, wohl aber ausdrücklich das Recht auf Selbstverteidigung (der USA als unmittelbar angegriffenem Staat) betonte.²⁰

Das Außenministerium betonte daher, dass Österreich sich „von Anfang an mit dem von den USA geführten Kampf gegen den internationalen Terrorismus solidarisiert“²¹ hatte. Ob ein „Krieg“ zwischen den USA und dem Vereinigten Königreich auf der einen und den Taliban und damit Afghanistans auf der anderen Seite vorlag, der entsprechende neutralitätsrechtliche Auswirkungen gehabt hätte, wurde von offizieller Seite – allen voran dem Außenpolitischen Bericht 2001 – in diesem Zusammenhang nicht diskutiert. Die österreichische Beteiligung an der „International Security Assistance Force“ (ISAF)²² mit 75 Personen stellt jedenfalls kein Problem dar, weil sie mit einer Resolution des UN-Sicherheitsrats eingerichtet wurde.²³ Die Möglichkeit zur Teilnahme an UN-Missionen wurde bereits anno 1960 im Zusammenhang mit der *Operation der Vereinten Nationen im Kongo (Opération des Nations Unies au Congo*, kurz ONUC) diskutiert und geklärt.²⁴ Österreich betont traditionell – und mit Recht – seine aktive Rolle im Rahmen derartiger Einsätze.²⁵ Ähnlich erfolgte der österreichische Umgang mit der Bekämpfung des IS: Zunächst schloss Österreich sich auf einer symbolischen Ebene der internationalen Allianz gegen

16 *Davies/Pettersson/Öberg*, Organized violence 1989-2021 and drone warfare, *Journal of Peace Research* 2022, 593.

17 *Heidelberger Institut für Konfliktforschung*, *Conflict Barometer* 2021 (19).

18 Zwischen 1996 und 2001 hatten lediglich drei Regierungen die Taliban „anerkannt“ (sofern man diesen Begriff im Zusammenhang mit Regierungen überhaupt verwenden möchte): Pakistan, Saudi-Arabien und die Vereinigten Arabischen Emirate.

19 S dazu die Entscheidung des US Supreme Court 29.6.2006, *Salim Ahmed Hamdan/Donald H Rumsfeld et al*, 548 U.S. 557 (2006) No 05.184.

20 Sicherheitsratsresolution 1368, S/RES/1368 (2001) 12.9.2001; Sicherheitsratsresolution 1373, S/RES/1373 (2001) 28.9.2001.

21 *Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten*, Außenpolitischer Bericht 2001. Bericht der Bundesministerin für auswärtige Angelegenheiten (2002) 47.

22 *Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten*, Außenpolitischer Bericht 2001, 48.

23 Sicherheitsratsresolution 1386, S/RES/1386 (2001) 20.12.2001.

24 Köck, A Permanently Neutral State in the Security Council, *Cornell International Law Journal* 1973, 137 (157).

25 *Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten*, Außenpolitischer Bericht 1988. Bericht des Bundesministers für auswärtige Angelegenheiten (1989) 129 ff. *Bundesheer*, Österreich: 60 Jahre Teilnahme an internationalen Einsätzen, *bundesheer.at* 2020, www.bundesheer.at/ausle/pdf/60_jahre_ausle.pdf (12.1.2023).

den IS an. Nach Frankreichs „Aktivierung“ der Beistandspflicht nach Art 42 Abs 7 EUV aufgrund der Anschläge von Paris 2015 folgten Unterstützungsleistungen des Bundesheeres (allerdings nicht direkt gegen den IS, sondern – wie von Frankreich selbst gefordert – zur Entlastung der französischen Friedenstruppen in Mali).²⁶

Neutralitätsrechtlich bestanden hier keinerlei Einwände, schließlich zweifelte ungeachtet der (eigenen) Namensgebung des IS niemand daran, dass es sich hier um keinen Staat iSd Völkerrechts handelte. Damit lag trotz seines staatsähnlichen Charakters – verfügte er doch, im Gegensatz zu *al-Kaida*, über eine territoriale Verankerung in Syrien, von wo aus er irakisches Staatsgebiet angegriffen und erobert hatte – auch hier letztlich ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt vor. Wer wollte, konnte zwar auch hier einmal mehr andiskutieren, inwiefern ein gewisses zwischenstaatliches Element vorlag, zumal Syriens Machthaber, *de iure*-Staatschef *Baschar al-Assad* nur Russland und dem Iran sein Einverständnis für Militärschläge auf syrischem Gebiet erteilt hatte.²⁷ Resolution 2249, die zur „Beseitigung“ der territorialen Basis des „Islamischen Staats“ aufrief, beinhaltete aufgrund des pauschalen Verweises auf die „Einhaltung des Völkerrechts“ schließlich keine eigene Autorisierung zur Gewaltanwendung nach Kapitel VII der Satzung der Vereinten Nationen.²⁸ Das genaue Ausmaß einer möglichen österreichischen Beteiligung bei den Luftangriffen und sonstigen militärischen Maßnahmen gegen den IS in Syrien blieb allerdings ungeklärt, ein Einsatz des Bundesheeres stand zu keinem Zeitpunkt im Raum.

3. Die Rückkehr des Krieges: Neutralität und Aggression

Russlands Angriffskrieg fordert die Neutralität damit auf zweierlei Art und Weise heraus: Zum einen hat Österreich im Kampf gegen den Terrorismus allen zwischenstaatlichen Berührungspunkten zum Trotz aktiv Stellung bezogen und jedwede neutralitätsrechtliche Einschränkung ausdrücklich verneint.²⁹ Zum anderen erfolgt die Unterstützung der Ukraine nicht nur bilateral, sondern auch im Rahmen der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik (GSVP). Die Bundesregierung kann sich also nicht einfach so „heraushalten“. Vielmehr steht die Neutralität in einem Spannungsverhältnis zu einem geschlossenen außenpolitischen Vorgehen der EU.³⁰ Österreich hat dementsprechend von der „konstruktiven Ent-

26 APA, Wie hilft Österreich Frankreich im Kampf gegen den Terror? sn.at 19.12.2015, www.sn.at/politik/weltpolitik/wie-hilft-oesterreich-frankreich-im-kampf-gegen-den-terror-1879429 (12.1.2023). Zur allgemeinen Beteiligung des Bundesheeres in Mali s *Bundesheer*, Bundesheer in Mali, bundesheer.at, www.bundesheer.at/ausle/mali/index.shtml (12.1.2023).

27 S dazu *Janik*, IS und Neutralität: UN-Resolution lässt Fragen offen, *diepresse.com* 22.11.2015, www.diepresse.com/4872022 (18.12.2022).

28 *Tichy/Bühler/Bittner/Köhler*, Recent Austrian practice in the field of international law. Report for 2016, ZÖR 2017, 121 (164); zur Satzung der Vereinten Nationen vgl BGBl 1956/120 idgF.

29 Gegen die „Barbaren“ des IS gäbe es, wie der damalige Außenminister *Sebastian Kurz* es formulierte, keine Neutralität, siehe *NN*, Kurz erstmals bei Treffen der Anti-IS-Allianz, kleinezeitung.at, 19.7.2016 www.kleinezeitung.at/politik/ausenpolitik/5052877 (18.12.2022).

30 Dazu näher *Janik*, Neutralität und der österreichische Beitrag zur EU-Sicherheitspolitik, oegfe.at 5.10.2022, www.oegfe.at/policy-briefs/neutralitaet-und-der-oesterreichische-beitrag-zur-eu-sicherheitspolitik/ (12.1.2023).

haltung“ Gebrauch gemacht, also Beschlüsse weder aktiv unterstützt noch verhindert. Das Ergebnis war und ist ein Drahtseilakt mit typisch „österreichischen Lösungen“, wie dem „Mascherl“ für Österreichs Beiträge zur im März 2022 eingerichteten Europäischen Friedensfazilität zur Unterstützung der Ukraine. Damit soll verhindert werden, dass österreichische Gelder nicht für Waffenkäufe, sondern ausschließlich für zivile Zwecke, wie humanitäre Hilfe und den Wiederaufbau, verwendet werden.³¹ Bei der bilateralen Unterstützung hat die Bundesregierung wiederum eine Trennlinie zwischen letaler und „nicht tödlicher militärischer Ausrüstung“ – Helme oder Schutzwesten – gezogen.³²

Allerdings hat Österreich Waffenlieferungen in die Ukraine durch österreichisches Gebiet zugelassen. Rechtlich war das möglich, weil der EU-Beitritt und die späteren Änderungen des europäischen Primärrechts sowie des Bundes-Verfassungsgesetzes bekanntermaßen dem Neutralitätsgesetz derogiert haben.³³ *Cede*, unter anderem ehemaliger Leiter des Völkerrechtsbüros im Außenministerium, hat hier klare Worte gefunden: „Es wäre ja absurd, wenn Österreich im Rahmen der GASP zustimmt, dass die EU Geldmittel für Waffenkäufe zugunsten der Ukraine in die Hand nimmt, es jedoch die Durchfuhr eben dieser Waffen unter Berufung auf das Neutralitätsrecht untersagt“.³⁴

Ob das – gemeinsam mit den eindeutigen Stellungnahmen einzelner Regierungsvertreter:innen – ausreicht oder Österreich mehr tun sollte, ja müsste, sei an dieser Stelle dahingestellt. Im Zusammenhang mit der Ausbildung ukrainischer Soldat:innen bei *defensiven* Tätigkeiten wie der Entminung gab es jedenfalls keine Bestrebungen, die neutralitätsrechtlichen Grenzen auszuloten.³⁵

Daher sei zum Abschluss einmal mehr betont, dass das Recht bei der Unterstützung der Ukraine eine ungleich kleinere Rolle als die Politik spielt. Selbst Russland hatte Österreich in der Vergangenheit offen zugestanden, seine Neutralität selbst definieren zu können.³⁶ Sie kann insofern nicht als Ausrede für Passivität oder falsch verstandene Äquidistanz dienen: Der Krieg wurde bereits 1928 allgemein geächtet, 1945 folgte mit der Schaffung der Vereinten Nationen ein weitergehendes Verbot jeglicher zwischenstaatlicher Gewalt. Wer schweigt und/oder nichts tut, unterstützt damit, indirekt, aber doch, den Aggressor.

Mag. Dr. Ralph Janik, LL.M. ist Universitätsassistent (post doc) an der Sigmund Freud PrivatUniversität Wien; ralph.janik@jus.sfu.ac.at

31 S dazu *Obwexer*, Interview mit *Weiser*, Wie leicht man die Neutralität aufheben kann, diepresse.com 1.3.2022, www.diepresse.com/6105905/wie-leicht-man-die-neutralitaet-aufheben-kann (12.1.2023).

32 Vgl 9824/AB 1 von 2 v 3.5.2022 zu 10088/J (XXVII. GP).

33 Vgl Art 23j B-VG.

34 *Cede*, Sicherheitspolitische Standortbestimmung Österreichs 2022, AIES Kommentar Nr 2/2022, aies.at 30.5.2022, www.aies.at/publikationen/2022/aies-kommentar-02.php (12.1.2023) 7.

35 Im Gegensatz zum ebenfalls neutralen Irland, das sich an dieser Ausbildung beteiligt, s *O'Leary/Gallagher*, Ireland set to provide training for Ukraine to clear Russian landmines, irishtimes.com 17.10.2022, www.irishtimes.com/world/europe/2022/10/17/ireland-may-provide-training-for-ukraine-to-clear-russian-landmines/ (12.1.2023).

36 *Krylow* in Die Presse v 17.10.1995, 4, zitiert in *Neubold/Hummer/Schreuer*, Österreichisches Handbuch des Völkerrechts 2. Materialenteil (1997) 540.

Wer ist das Volk?

Zur Notwendigkeit der Auseinandersetzung mit dem Volksbegriff

Simela Papatheophilou

Die Frage nach der Definition des Volkes stellt sich im Kontext der Demokratie als Volksherrschaft sowie im Kontext des Selbstbestimmungsrechts der Völker und anderer kollektiver Rechte. Doch der Begriff ist schwer fassbar,¹ von Rechtspopulist_innen vereinbart,² und geht notwendigerweise mit einer Ausschlusswirkung einher.³ Im folgenden Artikel geht es um die unterschiedlichen Definitionen des Begriffs ‚Volk‘. Da sich diese, wie im Folgenden gezeigt, auf die Rechtsordnung auswirken, ist eine Auseinandersetzung mit dem Volksbegriff trotz dieser Schwierigkeiten geboten. Die Auseinandersetzung zeigt auf, wie das Verständnis der Idee ‚Volk‘ das Staatsbürgerschaftsrecht prägt und welche gebotenen Änderungen sich daraus ergeben.

1. Das Volk – verstaubt und problematisch?

Die zunehmende Mobilität durch die Globalisierung verleitet zur Annahme, der Begriff ‚Volk‘ hätte seine Wichtigkeit verloren.⁴ Doch das Volk ist weiterhin eine „soziale Rea-

-
- 1 *Anderson*, Die Erfindung der Nation, Zur Karriere eines folgenreichen Konzepts² (1996) 12 ff; mwN *Fröblich*, Nationalismus und Nationalstaat in Entwicklungsländern. Probleme der Integration ethnischer Gruppen in Afghanistan (1970) 5 f, 12; insb im Völkerrecht wird das thematisiert durch *Cristescu*, The right to self-determination. Historical and current development on the basis of united nations instruments (1981) Rz 274; *Kaculevski*, Selbstbestimmungsrecht der Völker und Minderheitenschutz. Fallstudie zur FYROM (2007) 67 ff; *Meissner*, Der Nationsbegriff und die Frage nach dem Subjekt oder Träger des Selbstbestimmungsrechts, in *Fiedler et al* (Hrsg), Nation und Selbstbestimmung in Politik und Recht, Abhandlungen des Göttinger Arbeitskreises Bd 6 (1984) 34; *Nichelmann/Paquée*, Schutz nationaler Minderheiten und das Prinzip der Selbstbestimmung der Völker: Zeitbindung durch Recht oder Risiko? Zeitschrift für Rechtssoziologie 2007, 54 f; *Schilling*, Zur Rechtfertigung der einseitigen gewaltsamen humanitären Intervention als Repressalie oder als Nothilfe, Archiv des Völkerrechts 1997, 447; *Schöningh*, Föderale Intervention als Instrument zur Bewahrung eines Bundesstaats (2008) 90; vgl Völkerrechtsinstrumente, die ‚Völkern‘ Rechte zuerkennen, ohne ‚Völker‘ zu definieren: Art 1 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte BGBl 591/1978; Art 1 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte BGBl 590/1978; Art 1 (2) Satzung der Vereinten Nationen BGBl 120/1956; UN GA Res 61/295, Erklärung der Vereinten Nationen über die Rechte der indigenen Völker.
 - 2 *Zick/Küpper*, Volkes Stimme? Rechtspopulistische Überzeugungen der Mitte, Aus Politik und Zeitgeschichte 40/2015, 10; vgl *Francis*, Ethnos und Demos. Soziologische Beiträge zur Volkstheorie (1965) 38, 43, 59; *Heckmann*, Ethnische Minderheiten, Volk und Nation. Soziologische inter-ethnische Beziehungen (2016) 49.
 - 3 Zur immanenten Ausschlusswirkung eines jeden Volksbegriffs *Anderson*, Erfindung 16; *Heckmann*, Ethnische Minderheiten 37; *Hirsch*, Materialistische Staatstheorie. Transformationsprozesse des kapitalistischen Staatensystems (2005) 72; *Pohrt*, Kreisverkehr, Wendepunkt. Über die Wechseljahre der Nation und die Linke im Widerstreit der Gefühle: Pamphlete und Glossen (1984) 16; zu den Ausschlusswirkungen des von Rechtspopulist_innen gebrauchten Volksbegriff siehe *Zick/Küpper*, Volkes Stimme? 10 ff.
 - 4 Den „Gewichtsverlust der Nation“ vorhersahen ua weniger explizit *Hobsbaum*, Nations and Nationalism since 1780. Programme, Myth, Reality² (1992) 181 ff; explizit *Hartfield*, Wörterbuch der Soziologie (1972) 464; nicht derselben

lität, die sich im Alltag eines jeden Menschen manifestiert“, eine „reale Fiktion“. ⁵ „Die Vorstellung einer Welt aus Völkern und Nationen prägt die Wahrnehmung der Menschen ebenso wie die Institutionen moderner Staatlichkeit.“ ⁶ Volksbewusstsein wird für die Bildung stabiler Staaten und das Durchlaufen von Modernisierungs- und Demokratisierungsprozessen als positiv oder gar notwendig erachtet, ⁷ war doch die Demokratie maßgeblich an der Erschaffung des Konstrukts ‚Volk‘ beteiligt. ⁸ Bis heute stellt der Nationalstaat „den Geltungsbereich der Bürgerrechte und den Rahmen der politischen Partizipation dar.“ ⁹ Von einem Verschwinden des Volkes kann also keinesfalls die Rede sein. Der Volksbegriff ist nicht durch die Moderne obsolet geworden, sondern selbst ein Phänomen der Moderne: ¹⁰

„An die Stelle ineinander geschachtelter Räume sozialer Zugehörigkeit tritt das ‚Volk‘ als der nur noch abstrakte Gegenpol der persönlichen Identität. Es rekonstruiert auf einer letztlich ideologischen Ebene die soziale Einbettung, die beim Übergang von der segmentär zur funktional differenzierten Gesellschaft verloren gegangen ist.“ ¹¹

Als „Ersatzkonstruktion gesellschaftlicher Einheit“ ¹² dient der Volksbegriff als Selbststabilisation im Übergang zur funktional differenzierten Gesellschaft. ¹³ Ohne Volksbegriff, der als kollektive Identität taugt, droht ein „Rückzug [...] in immer enger abgesteckte Identitäten, was die Möglichkeit der Gesamtgesellschaft, zu überlegen und kollektiv zu handeln, bedroht“ (eigene Übersetzung). ¹⁴ Ein solcher Rückzug in immer enger

Ansicht, aber mwN für diese Ansicht Heckmann, *Ethnische Minderheiten* 34 ff; Landshut, in Bernsdorf (Hrsg), *Wörterbuch der Soziologie* (1969) 738; Luhmann, *Soziologische Aufklärung* Bd 2 (1975) 89; darüber, weshalb Marx und Engels auch von einem Ende des Nationalismus ausgingen Meissner, *Der Nationsbegriff* 25; Radtke, „Kinder mit Migrationshintergrund“. Das Lösungswort der aktuellen Integrationsdebatte, in Ariëns/Richter/Sicking (Hrsg), *Multikulturalität in Europa. Teilhabe in der Einwanderungsgesellschaft* (2012) 83; Schlau, *Nation und Volk in soziologischer Sicht*, in Fiedler et al (Hrsg), *Nation und Selbstbestimmung in Politik und Recht, Abhandlungen des Göttinger Arbeitskreises* Bd 6 (1984) 60.

5 Mense, *Kritik des Nationalismus* (2016) 20, 21.

6 Mense, *Kritik* 7 f; vgl zur wichtigen Rolle des Volkes selbst wenn klassische staatliche Strukturen nur sehr schwach ausgeprägt sind, Hagmann/Péclard, *Negotiating Statehood. Dynamics of Power and Domination in Africa, Development and Change* 2010, 554.

7 Vgl Fröblich, *Nationalismus* 4; Fukuyama, *Identity. Contemporary Identity Politics and the Struggle for Recognition* (2019) 126; Goetze/Guzina, *Peacebuilding, Statebuilding, Nationbuilding – Turtles All the Way Down? Civil Wars* 2009, 320; Rustow, *Transitions to Democracy: Towards a Dynamic Model, Comparative Politics* 1970, 351.

8 Francis, *Interethnic Relations. An Essay in Sociological Theory* (1976) 73; Heckmann, *Ethnizität* 42; Mann, *The Dark Side of Democracy. Explaining Ethnic Cleansing* (2004); Wimmer, *Who owns the state? Understanding ethnic conflict in post-colonial societies, Nations and Nationalism* 1997, 634, 651.

9 Mense, *Kritik* 92; vgl auch Manent, *Democracy without Nations? Journal of Democracy* 1997, 94.

10 Imhof, *Nationalismus, Nationalstaat und Minderheiten. Zu einer Soziologie der Minoritäten, Soziale Welt* 1993, 328, 344; Jerusalem, *Über den Begriff der Nation* (1932) 6 f.

11 Hoffmann, *Das ‚Volk‘. Zur ideologischen Struktur eines unvermeidbaren Begriffs, Zeitschrift für Soziologie* 1991, 198.

12 Fröblich, *Nationalismus* 35; ähnlich Heckmann, *Ethnizität* 35 und Hobsbawm, *Nations* 173.

13 Kittel, *Die Selbstbeschreibung der Gesellschaft: Der Begriff der Nation als Missing Link der Systemtheorie? IHS Political Science Series Working Paper* 4 (1993) 21; Nassebi, *Zum Funktionswandel von Ethnizität im Prozeß gesellschaftlicher Modernisierung. Ein Beitrag zur Theorie funktionaler Differenzierung, Soziale Welt* 1990, 265.

14 Fukuyama, *Identity* 165: „The retreat on both sides into ever narrower identities threatens the possibility of deliberation and collective action by the society as a whole“.

abgesteckte Identitäten zeigt sich in den *identity politics* des linken politischen Spektrums und in der Ethnisierung und Konfessionalisierung migrantischer Communities, am dramatischsten aber im völkischen Volksverständnis des rechten politischen Spektrums. Die Zugehörigkeit zu einem Volk wurde weder von der Zugehörigkeit zur Menschheit als Ganzes abgelöst noch von der Zugehörigkeit zu anderen Kollektividentitäten wie Religion oder Klasse.¹⁵ Die Nationalismusforschung betont die Rolle des Staates und des Kapitalismus bei der Kreation des Volkes als der maßgeblichen Kollektividentität.¹⁶ Die Rolle, die die Kreation des Volkes darin spielt, Klassenunterschiede zu verschleiern, führt zu erheblicher und wichtiger Kritik am Konzept ‚Volk‘, allerdings bisher nicht zu praktikablen Alternativkonzepten.¹⁷ Die These, die Moderne würde dem Konzept ‚Volk‘ schon bald ein Ende bereiten, hat jedenfalls an Glaubwürdigkeit verloren.¹⁸ Dies gilt trotz des zerstörerischen Potentials des Nationalismus.¹⁹ Nur selten wird die Auffassung vertreten, sich einem Volk zuzurechnen, sei nicht problematisch, solange es sich nicht um einen ethnischen Volksbegriff handelt, der die Zugehörigkeit anhand biologischer Merkmale (Abstammung) festsetzt und es zu keiner Überhöhung des eigenen Volkes im Verhältnis zu anderen Völkern kommt.²⁰ Manchmal führt die problematische Geschichte des Begriffs (insb im deutschen Sprachraum) dazu, ihn als soziologisch wie rechtlich unbeachtlich zu betrachten – eine Ansicht, die von jenen vertreten wird, die davon ausgehen, dass das ‚Volk‘ immer eine Abstammungskomponente haben muss.²¹ Gerade wegen des Missbrauchspotentials des Begriffs heißt die Verweigerung der Behandlung des Begriffs Volk jedoch, diesen den Ideolog_innen zu überlassen.²²

2. Soziologischer Volksbegriff

Unterschieden werden der subjektive (auch existentielle) und der objektive (auch deskriptive) Volksbegriff.²³ Während der objektive Volksbegriff auf unterschiedliche Merk-

15 Vgl *Anderson*, Erfindung 16; *Mense*, Kritik 55; Erklärungen dafür bieten *Hoffmann*, Das ‚Volk‘ 199 und *Wimmer*, State 641 f mwN.

16 Dies tun ua *Balibar/Wallerstein*, Rasse – Klasse – Nation. Ambivalente Identitäten² (1992) 115; *Francis*, Ethnos 94; *Hirsch*, Materialistische Staatstheorie 66 ff; *Mense*, Kritik 100 ff, 189; *Radtke*, Kinder 74.

17 *Hirsch*, Materialistische Staatstheorie 66; *Mense*, Kritik 197 f bringt pointiert den Mangel an Alternativen auf den Punkt.

18 Vgl *Heckmann*, Ethnizität 34 ff; *Mense*, Kritik 8.

19 *Fröhlich*, Nationalismus 1 ff; *Kriele*, Einführung in die Staatslehre (1975) 103.

20 *Fukuyama*, Identity 128; als Beschreibung einer Art „Nationalismus-kritischer Volkszugehörigkeit“ siehe *Schlau*, Nation 65.

21 Anders letztlich *Francis*, Ethnos 43, 51, 59, der sich aber intensiv mit der Frage auseinandersetzt, ob man den Begriff aufgrund der historischen Belastung fallenlassen soll; ablehnend *Kriele*, Einführung 99 ff; nicht als unbeachtlich betrachtet *Mense*, Kritik 102 f den Begriff, lehnt ihn aber mit derselben Begründung ab.

22 *Heckmann*, Ethnizität 49.

23 Vgl *Jerusalem*, Über den Begriff 9 f; *Richter*, Collapsed States: Perspektiven nach dem Wegfall von Staatlichkeit. Zugleich ein Beitrag zu den Grundlagen des Selbstbestimmungsrechts der Völker und zur Struktur des völkerrechtlichen Staatsbegriffs (2011) 185 f; *Rumpf*, Die Nation in rechtlicher Sicht, in *Fiedler et al* (Hrsg), Nation und Selbstbestimmung in Politik und Recht, Abhandlungen des Göttinger Arbeitskreises Bd 6 (1984) 11.

male – Territorium, Sprache, Kultur, Religion, Abstammung oder Geschichte – abstellt, versteht der subjektive Volksbegriff unter einem Volk „eine Gruppe von Menschen [...], die sich selbst als Volk mit eigener Identität verstehen“.²⁴

Die Soziologie ist vom Versuch abgegangen, objektive Kriterien zu formulieren, anhand derer abgeprüft werden kann, ob eine Gruppe von Menschen ein Volk ist und ob ein Individuum diesem Volk zugerechnet werden kann.²⁵ Moderne Versuche kombinierter Definitionen zeigen durch die bloß deklarative Aufzählung möglicher Gemeinsamkeiten, dass es sich auch bei solchen vermeintlich „subjektiv-objektiven“ Volksbegriffen letztlich um subjektive Volksbegriffe handelt. Denn jede Gruppe könnte entscheiden, gerade ihre Sprache, Kultur oder Abstammung zu jenen Eigenschaften zu erheben, deren Gemeinsamkeit sie zu einem Volk macht. Die subjektive Komponente – der Wille, sich als ein Volk zu identifizieren – bleibt maßgeblich.²⁶ Heute verwendete Definitionen sind also subjektive (dh existenzielle) Volksbegriffe, die auf das Bewusstsein der Zusammengehörigkeit und den Willen, ein Volk zu sein, abstellen (Bekennnisprinzip).²⁷

Maßgeblich für das Bewusstsein der Zusammengehörigkeit ist der Begriff des Volks als *Gemeinsamkeitsglaube*.²⁸ Die Gemeinsamkeiten, an die geglaubt wird, die sog *sekundären Objektivationen*, können ethnischer, sprachlicher, religiöser, politischer oder kultureller Natur sein. Erst die subjektive Vorstellung, ein Volk zu sein, erhebt diese Merkmale zu denjenigen, die die Gemeinsamkeit schaffen. Das Bewusstsein der Zusammengehörigkeit erschafft die Notwendigkeit, diese mit angeblichen empirischen Gegebenheiten zu begründen, also Gemeinsamkeiten zu finden. Erst der Glaube daran, ein gemeinsames Volk zu sein, führt zur Abgrenzung der Geschichte, Werte und Kultur dieses Volkes von anderen Völkern.²⁹ Das „kollektive Gedächtnis“ ist nichts anderes als die Wahrnehmung der Geschichte als die des eigenen Volkes in Abgrenzung zu anderen Völkern.³⁰

Ein eindringliches Beispiel hierfür stammt von einem kleinen Minderheitenvolk Pakistans: Das Volk der *Kalasha* ist der Überzeugung, Nachfahren der Armee *Alexanders des Großen* zu sein, allen genetischen und linguistischen Analysen zum Trotz. Als „Beweis“

24 *Schöning*, Förderale Intervention 87 f.

25 krit *Nichelmann/Paquée*, Schutz 55; Beispiele objektiver Volksbegriffe: *Bauer*, Die Nationalitätenfrage und die Sozialdemokratie (1907) 140; *Spann*, Kurzgefaßtes System der Gesellschaftslehre (1914) 200.

26 Beispiele solcher vermeintlich subjektiv-objektiver Definitionen: *Decker*, Das Selbstbestimmungsrecht der Völker (1955) 63; UNESCO, International Meeting of Experts on Further Study of the Concept of the Rights of Peoples, Paris 27–30.11.1989, SHS-89/CONF.602/7, Rz 22.

27 *Nichelmann/Paquée*, Schutz 54 f.

28 Vgl *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie I (1956) 235 ff. Dieser bezieht sich zwar auf die Ethnie als Gemeinsamkeitsglauben, zieht aber als potenzielle Gemeinsamkeiten nicht nur ethnische Gemeinsamkeiten ins Heran, sondern auch politische, sprachliche, religiöse und in der „Lebensführung des Alltags“ gelegene Gemeinsamkeiten und wendet den Begriff des Gemeinsamkeitsglaubens auch auf „Stamm“, „Volk“ oder „Nation“ an, vgl *Weber*, Wirtschaft 241 ff; mit der Frage auseinandergesetzt, unter welchen Voraussetzungen es zum Gemeinsamkeitsglauben kommt, hat sich *Gellner*, Nations and Nationalism² (2006) 54 ff.

29 *Hoffmann*, Das ‚Volk‘ 199 ff.

30 Vgl *Deutsch*, Nationalism and social communication. An inquiry into the foundations of nationality² (1962) 19; Beispiele bei *Nagel*, Constructing Ethnicity: Creating and Recreating Ethnic Identity and Culture, Social Problems 1994, 163 f.

nur historische Funde im Gepäck haben die *Kalasha* mit dieser Überzeugung einst mit britischen Eroberern und heute mit griechischen NGOs Allianzen geschlossen und versucht, sich gegen Assimilierung zu wehren.³¹ Wer das als außergewöhnliche Notlüge eines 3.000 Menschen umfassenden Bergvolks am Hindukusch abtut, verkennt, dass derselbe Abstammungsmythos zur nordmazedonischen „politischen Mythologie“ geworden ist.³² Die „Beweise“ sind auch dort dieselben; der Erfolg im Erschaffen eines Gemeinsamkeitsglaubens, der die ethnischen, sprachlichen und religiösen Unterschiede der Bevölkerung überbrückt, spricht aber für sich. Wenn *Nietzsche* beklagt, die Nationen Europas seien eher gemacht als geboren,³³ so ist dem entgegenzuhalten, dass das auf *jedes* Volk zutrifft. Wenn die Rede ist von „der fiktiven Idee eines ‚europäischen Volkes‘, das nur künstlich geschmiedet werden könnte“,³⁴ so ist dem zu entgegnen, dass jedes Volk eine „fiktive Idee“ und maßgeblich durch Staaten geschmiedet ist.³⁵ Kurzum: „Nations as a natural, God-given way of classifying men [...] are a myth”.³⁶

Der Übergang der Soziologie vom objektiven zum subjektiven Volksbegriff ist geprägt von der Erkenntnis, dass bisher Ursache und Wirkung verwechselt worden waren – nicht eine gemeinsame Geschichte, Abstammung oder Kultur schafft das Volk, sondern das Volk sich die gemeinsame Geschichte, den Glauben an eine gemeinsame Abstammung und eine gemeinsame Kultur.³⁷ Kein objektiver Grad an Differenz begründet zwei unterschiedliche Völker, sondern das Maß an Glaube an die Differenz zwischen ihnen.³⁸

Der Kritik, die Definition des Volkes als Gemeinsamkeitsglaube eliminiere die objektiven Komponenten des Volksbegriffs,³⁹ ist nicht zuzustimmen, da die sekundären Objektivationen sehr wohl Teil dieses Volksbegriffs sind.⁴⁰ Wenngleich das Fehlen eines von den Rechtswissenschaften geforderten „Kriterienkatalogs“ zu Problemen führt,⁴¹ ist das im Wesen des Volkes als *existenziellem, nicht deskriptivem Begriff* begründet:

„Daß Menschen unter dem Begriff ihres ‚Volkes‘ sich selbst gegeben sind [...] macht [...] den Kern seiner eigentümlichen Bedeutung aus. Sie besteht darin, daß der Begriff

31 *Autheman, Wazir* der Griechen. Wie die Kalasha in Pakistan zu Nachfahren Alexanders wurden, in: *Le monde diplomatique* 14.5.2010, <https://monde-diplomatique.de/artikel/436183> (1.5.2022).

32 *Topalova*, North Macedonia, Greece: Rewriting History after Prespa, in: *Balkan Insight* 17.6.2020, <https://balkaninsight.com/2020/06/17/north-macedonia-greece-rewriting-history-after-prespa/> (1.5.2022).

33 *Nietzsche*, *Jenseits von Gut und Böse*¹⁰ (2005) Rz 251.

34 *Hillgruber*, Minderheitenschutz und Volksbegriff in der ideengeschichtlichen Diskussion, in *Blumenwitz/Gornig/Murswiek* (Hrsg), *Minderheitenschutz und Demokratie* (2004) 38.

35 So bereits *Bluntschli*, *Allgemeines Staatsrecht*² (1863) 81 ff; *Francis*, *Ethnos* 94; *Radtke*, *Kinder* 74.

36 *Gellner*, *Nations and Nationalism* (1983) 48; ähnlich *Anderson*, *Erfindung* 20.

37 *Frölich*, *Nationalismus* 13 zu Geschichte und Kultur; vgl *Gellner*, *Thought and Change* (1964) 169: „Nationalism is not the awakening of nations to self-consciousness: it invents nations where they do not exist“; *Hirsch*, *Materialistische Staatstheorie* 71 zu Geschichte und Abstammung.

38 Vgl *Wimmer*, *State* 632, 641.

39 *Nichelmann/Paquée*, *Schutz* 55 ff.

40 *Hoffmann*, *Das ‚Volk‘* 199.

41 *Schöningh*, *Föderale Intervention* 88 mwN; für das Völkerrecht hält *Richter*, *Collapsed States* 185 ff den subjektiven Volksbegriff trotzdem für anwendbar.

ein Volk nicht zunächst beobachtend beschreibt, um dann in einem zweiten Schritt die Individuen ihm zuzuordnen, sondern daß durch ihn das Volk überhaupt erst existent wird.“⁴²

3. (Vermeintlich) formaler Volksbegriff

Die Rechtswissenschaft umgeht die Unschärfe des Begriffs des Volkes nur scheinbar, indem eine Art „formaler Volksbegriff“ verwendet wird. Das Volk sind schlicht die Staatsbürger_innen.⁴³ Auf den ersten Blick entpolitisiert dies die Debatte. Auf den zweiten Blick ist das Ideologische einfach vorverlagert worden, nämlich auf die Frage, wer Staatsbürger_in sein darf. Die Frage, welche sekundären Objektivationen des Volksbegriffs ein Volk heranzieht, wird zur Frage, welche Merkmale ein Mensch aufweisen muss, um die Staatsbürgerschaft zu erhalten. Ein *ius sanguinis*-Staatsbürgerschaftssystem, wie in Österreich, zieht das Ethnische als sekundäre Objektivation des Volksbegriffs heran.⁴⁴ Ein solchermaßen implizit ethnischer Volksbegriff führt einerseits zu einem Demokratiedefizit und wird andererseits der identitätsstiftenden Funktion des Volkes nicht gerecht.

3.1. Demokratiedefizit

Das Demokratiedefizit entsteht dadurch, dass Migrant_innen (und deren Kinder) von der Staatsbürgerschaft – und damit dem Wahlrecht – ausgeschlossen sind, sofern sie nicht die Bedingungen einer Verleihung⁴⁵ erfüllen,⁴⁶ während durch Abstammung zum Volk gehörende Menschen, selbst wenn sie nicht im entsprechenden Land leben, ein Wahlrecht haben.⁴⁷ Sekundär beeinflussen die Kriterien des Staatsbürgerschaftsrechts auch die Mitbestimmungsrechte anderer demografischer Gruppen: Wenn Migrant_innen überwiegend junge Arbeiter_innen in Städten sind,⁴⁸ heißt ihr Ausschluss von der politischen Partizipation, dass junge Menschen, Arbeiter_innen und Städter_innen politisch unterrepräsentiert sind. Das Demokratiedefizit wirkt sich also mannigfaltig aus.

Ist das Volk die Summe der Staatsbürger_innen, so ergibt sich durch einen implizit ethnischen Volksbegriff, der bestimmt, wer Staatsbürger_in sein darf, ein Auseinanderklaffen von Volk und Gesellschaft. Wenn der Volksbegriff nicht dem Gesellschaftsbegriff

42 Hoffmann, Das ‚Volk‘ 196.

43 Vgl krit zu Deutschland Hoffmann, Die unvollendete Republik² (1992) 104 f; Kriele, Einführung 99; implizit Muzak, B-VG⁸ Art 1 (Stand 1.10.2020, rdb.at); Oberndorfer in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2000) Art 1 B-VG.

44 Zu den absurd anmutenden Auswirkungen davon Pelinka, Zur intellektuellen Widersprüchlichkeit des ethnischen Nationsbegriffs in Burger/Klein/Schrader (Hrsg), Gesellschaft, Staat, Nation (1996) 30.

45 §§ 10 ff StaatsbürgerschaftsG 1985 BGBl 1985/311 idF BGBl I 2022/49.

46 Steinberg, Die Repräsentation des Volkes. Menschenbild und demokratisches Regierungssystem (2013) 9.

47 Richtigerweise von einem fehlenden *Verantwortungszusammenhang* spricht hier die deutsche Verfassungsrichterin Lübbe-Wolff in ihrer abweichenden Meinung zum Beschluss BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 4.7.2012, 2 BvC 1/11, Rz 66.

48 Statistik Austria, Statistisches Jahrbuch Migration & Integration (2021) 10, 15, 30.

entspricht, wird der Volksbegriff zur Quelle von Diskriminierung, was eine emanzipative Gegenwehr provoziert, die darauf abzielt, den Volksbegriff zu erweitern.⁴⁹ Ein zeitgemäßes Staatsbürgerschaftssystem wäre hierfür eine Lösung, wobei Österreich großes Handlungspotenzial hat. Nur zwei der 56 untersuchten Staaten im *Migrant Integration Policy Index 2020* weisen noch schwierigere Zugänge zur Staatsbürgerschaft auf als Österreich – die Vereinigten Arabischen Emirate und Saudi-Arabien.⁵⁰

Man kann diese Divergenz zwischen Volk und Gesellschaft auch als Divergenz zwischen Aktivvolk (Volk als Subjekt; Staatsvolk) und Adressatenvolk (Volk als Objekt; der Staatsgewalt Unterworfenen) beschreiben.⁵¹ Während Nicht-Staatsbürger_innen im Inland als Aktivvolk nicht an der Staatsgewalt mitwirken dürfen, sind sie den Akten dieser Staatsgewalt als Mitglieder des Adressatenvolks unterworfen. Nachdrücklich illustrieren die Zahlen aus Wien das Ausmaß dieses Phänomens: 3 von 10 Wiener_innen dürfen mangels Staatsbürgerschaft nicht auf Bundes-, Landes- oder Gemeindeebene wählen.⁵²

3.2. Identitätsstiftende Funktion der Volkszugehörigkeit

Was ein Volk ausmacht, ist nicht nur sein Staatsbürgerschaftsrecht, sondern welche Narrative wir uns über uns – im Geschichtsunterricht, in der Kunst, in Filmen etc – erzählen.⁵³ Pointiert formuliert es *Tibi* (in Bezug auf Deutschland, aber übertragbar auch auf Österreich):

„In Deutschland gibt es keine Tradition des Citoyen [wie in Frankreich]. Aus diesem Grund macht es keinen Unterschied, ob diese Menschen [mit Migrationshintergrund] einen deutschen Pass besitzen oder nicht; sie bleiben – wie ich – Ausländer. [...] Wir gelten als ‚Passdeutsche‘.“⁵⁴

Was hier beschrieben ist, ist nichts anderes als ein Unterschied in den sekundären Objektivationen des Volksbegriffs. Diese sind in Frankreich überwiegend politisch⁵⁵ und

49 Vgl. Hoffmann, Das ‚Volk‘ 202; vgl. Geschichte der so entstandenen Ausdehnung des Volksbegriffs skizziert bei Krüger, Allgemeine Staatslehre² (1966) 158.

50 Solano/Huddleston, Migration Integration Policy Index 2020 (2020), <https://www.mipex.eu/access-nationality> (31.3.2022).

51 Vgl. Jelinek, Allgemeine Staatslehre³ (1966) 406 f; Kriele, Einführung 99; Müller, Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie – Elemente einer Verfassungstheorie VI (1997) 13 f.

52 Stadt Wien, MA 17, 5. Wiener Integrationsmonitor (2020) 55, zit. in Günay/Dzihic, Politische Teilhabe im transnationalen Kontext. Türkische und serbische MigrantInnen in Wien (2021) 8.

53 Fukuyama, Identity 142: „stories of peopleness“; vgl. die Erkenntnis, dass das Volk bloß eine Idee ist u. a. bei Anderson, Erfindung 15 ff; 146 ff; Francis, Ethnos 32; Gellner, Thought 169; Goldschneider, Population, Ethnicity, and Nation-Building (1995) 8; Heckmann, Ethnizität 37; Richter, Multikulturalität und Demokratie. Zuwanderung und die konzeptionellen sowie praktischen Probleme der politischen Integration, in Ariëns/Richter/Sicking (Hrsg.), Multikulturalität in Europa. Teilhabe in der Einwanderungsgesellschaft (2012) 45, 55.

54 *Tibi*, Europa ohne Identität? Europäisierung oder Islamisierung (2016) 77; vgl. Formulierungen wie „Ausländer mit fremdem Pass“ in Richter, Multikulturalität 49.

55 Fröhlich, Nationalismus 22; Hillgruber, Minderheitenschutz 22 ff; Jung, Volk – Staat – (Welt-)Gesellschaft, Zur Konstruktion und Rekonstruktion von Kollektivität in einer globalisierten Welt (Diss Ludwig-Maximilians-Universität München, 2010) 66 ff; Mense, Kritik 32, 47.

sprachlich⁵⁶, in Deutschland überwiegend kulturell⁵⁷ und ethnisch⁵⁸.⁵⁹ MaW, es unterscheidet sich, worin diese Völker ihre Gemeinsamkeiten sehen. Während jeder Volksbegriff sekundäre Objektivationen aufweist (siehe 2.), unterscheiden sich diese in unterschiedlichen Volksbegriffen.⁶⁰ Welche Merkmale als sekundäre Objektivationen herangezogen werden, ist veränderlich.⁶¹ Aufgrund der maßgeblichen Funktion des Staates in der Schaffung des Gemeinsamkeitsglaubens ‚Volk‘ beruht auch die Veränderung der sekundären Objektivationen oft auf staatlicher Intervention.⁶²

Ein inklusiver Volksbegriff – der nicht ethnisch oder religiös besetzt ist – braucht als Gemeinsamkeit, an die geglaubt wird, *Werte*, ohne diese an religiöse oder ethnische Merkmale zu knüpfen und die *Ausübung* dieser Werte. So wird Zugehörigkeit ohne Abstammung (oder Konvertierung) ermöglicht. So ermöglicht man „creedal understanding of identity“, also Identität als Bekenntnis [zu gemeinsamen Werten] zu verstehen.⁶³

Ein solch inklusiver Volksbegriff kann nicht der „rechte Volksbegriff“ sein, der ethnisch definiert ist oder die Abkoppelung der ihn ausmachenden Werte von ethnischen oder religiösen Merkmalen ablehnt. Das krasse Gegenteil eines so exklusiven Volksbegriffs ist das Maximum an Universalismus im reinen Abstellen auf das Gebiet, sodass alle Menschen, die sich innerhalb eines Gebiets befinden, diesem Volk zugehörig seien.⁶⁴ Dieses Konzept scheitert daran, dass es nicht auf gemeinsame Werte abstellt, somit mit beliebigen Werten gefüllt werden kann.⁶⁵ Da der Begriff des Volkes aber extrem anfällig für Vereinnahmung durch Populist_innen ist, zeigt sich hier das Missbrauchspotential.⁶⁶ Dieser multikulturalistische Volksbegriff ignoriert die Wichtigkeit von gemeinsamen Werten und Integration in diese Werte.⁶⁷ Damit vernachlässigt er die Notwendigkeit einer *Leitkultur*, die die Grundideen der liberalen Demokratie hochhält und vermittelt.⁶⁸ Ein Volksbegriff, der seiner identitätsstiftenden Zugehörigkeitsfunktion gerecht wird, ist notwendigerweise ein Volksbegriff, der diese Werte in sich verankert, der Universalismus als Maßstab der sekundären Objektivationen festlegt.⁶⁹

56 Hillgruber, Minderheitenschutz 25 f; *Jerusalem*, Über den Begriff 20; *Mense*, Kritik 33.

57 Hillgruber, Minderheitenschutz 26 ff; *Jerusalem*, Über den Begriff 22; *Mense*, Kritik 47.

58 Heckmann, Ethnizität 43 f; *Mense*, Kritik 32, 47; siehe auch 3.2.

59 Dass auch der französische Volksbegriff ethnische Elemente aufweist, belegen *Imhof*, Nationalismus 335 und *Mense*, Kritik 47 f; *Hirsch*, Materialistische Staatstheorie 72 kritisiert die Unterscheidung, weil letztlich jeder Volksbegriff ausschließend wirkt.

60 Hoffmann, Das ‚Volk‘ 205.

61 *Francis*, Ethnos 32; *Kriele*, Einführung 102 f (mit Beispielen zu Österreich); *Richter*, Collapsed 192 ff; *Richter*, Multikulturalität 45.

62 Vgl *Heckmann*, Ethnizität 48 ff; *Heller*, Staatslehre (1963) 165; *Radtke*, Kinder 74.

63 *Fukuyama*, Identity 158.

64 Hoffmann, Das ‚Volk‘ 206.

65 Als Beispiele siehe die „offene Interpretation“ des Volksbegriffs bei *Schubert/Klein*, Das Politiklexikon⁴ (2006) 202.

66 Zu dieser Problematik *Mannheim*, Man and society in an age of reconstruction. Studies in modern social structure (1997) 86 ff.

67 *Fukuyama*, Identity 166.

68 Eine Aufzählung dieser bei *Tibi*, Europa 295.

69 Hoffmann, Das ‚Volk‘ 205.

Der erste Versuch einer Einbettung solcher Werte als Kategorie der Zugehörigkeit für Staatsbürger_innen wurde 2006 mit der Aufnahme der „Orientierung [...] an den Grundwerten eines europäischen demokratischen Staates und seiner Gesellschaft“ als Faktor bei der Entscheidung der Verleihung von Staatsbürgerschaft in § 11 StbG⁷⁰ unternommen.⁷¹ In der Praxis hat diese Verankerung bisher wenig Auswirkungen gehabt, insbesondere weil die Kriterien des § 11 StbG nur dann Berücksichtigung finden, wenn die zwingenden Verleihungsvoraussetzungen des § 10 StbG vorliegen.⁷²

Der andere Versuch einer Verankerung eines Wertekanons für das Zusammenleben in Österreich ist im 2017 geschaffenen Integrationsgesetz⁷³ zu sehen, welches sich aber für die Bildung einer Kollektividentität schon deswegen nicht eignet, weil sein Geltungsbereich sich nur auf bestimmte Drittstaatsangehörige erstreckt.⁷⁴ Damit spiegelt dieses Gesetz den me wesentlichen Kritikpunkt an der Umsetzung der Idee der Leitkultur wider, nämlich, dass die Umsetzung nur darauf abzielt, Migrant_innen (insbesondere aus Drittstaaten) Werte zu vermitteln, ohne das Volksverständnis nicht-migrantischer Bürger_innen zu berühren.⁷⁵ Die Gefahr des Weiterbestehens eines implizit ethnisch verstandenen Volksbegriffs besteht somit selbst, wenn man das Gelingen solcher iSe Leitkultur gesetzten Maßnahmen annimmt.

4. Fazit

Das österreichische Staatsbürgerschaftsrecht geht von einem ethnisch-determinierten Volksbegriff aus. Dieser wird seiner identitätsstiftenden Funktion nicht gerecht und schafft ein Demokratiedefizit. Die Soziologie zeigt, dass die Gemeinsamkeiten, an die ein ‚Volk‘ glaubt, veränderlich und durch den Staat geprägt sind. Durch diese Erkenntnisse ist es geboten, den österreichischen Volksbegriff, der auf Basis ethnischer Kriterien Menschen, die der Staatsgewalt unterworfen sind, von der Mitwirkung an dieser Staatsgewalt ausschließt, zu überdenken, denn die dadurch geschaffene Ausschlusswirkung ist nicht legitim. Solche Bedingungen führen zur Erosion der Legitimität staatlicher Institutionen und zu einem „Rückzug in immer enger abgegrenzte Identitäten“⁷⁶ sowie zum „Viruswertwerden von Ethnizität“⁷⁷.

Simela Papatheophilou absolviert ein Masterstudium in Konflikt- und Entwicklungsstudien in Gent (Belgien); simela.papatheophilou@gmail.com

70 BGBl I 2006/37.

71 Seit BGBl I 2009/122 formuliert als „Bekanntnis zu den Grundwerten eines europäischen demokratischen Staates und seiner Gesellschaft“.

72 VwGH 16.12.2009, 2006/01/0888.

73 BGBl I 2017/68.

74 § 3 IntG BGBl I 2017/68 idF BGBl I 2022/76.

75 Vgl *Radtke*, Kinder 72 ff; *Richter*, Multikulturalität 54.

76 Vgl *Fukuyama*, Identity 165.

77 *Nichelmann/Paquée*, Schutz 66.

Thema: Renaissance des Planungsrechts

Vorwort der Gastherausgeber

Paul Hahnenkamp / Dominik Wagner

1. Das 50-jährige Jubiläum des Forschungsbereichs Rechtswissenschaften am Institut für Raumplanung der TU Wien

Unter dem Titel *Renaissance des Planungsrechts* lud der *Forschungsbereich Rechtswissenschaften* des *Instituts für Raumplanung* der *Technischen Universität Wien* am 28. April 2022 zu einer halbtägigen Konferenz im Zuge seines 50-jährigen Jubiläums. Ziel der Tagung war es, gemeinsam zurück und vor allem in die Zukunft planungsrechtlicher Herausforderungen zu blicken und sich mit den notwendigen¹ sozioökonomischen² Transformationsprozessen sowie ihren Auswirkungen auf unser Rechtssystem auseinanderzusetzen. Sowohl die Vorträge der Konferenz, als auch die abschließende Podiumsdiskussion³ widmeten sich der oft gestellten, aber stets aufs Neue zu sondierenden Frage, inwieweit das Recht als Bremse oder Motor hinsichtlich Klima-, Energie- und Mobilitätswende fungiert. Das vorliegende *thema* greift die Vorträge der Konferenz sowie die gemeinsame Auseinandersetzung auf.

Bereits im *thema* „Rechtsstaat und Demokratie unter Druck“⁴ stand die Frage, wie eine „gesellschaftliche Kehrtwende – mit der Unterstützung des Rechts – zu schaffen“ sei, im Fokus.⁵ Schlussendlich knüpfen auch die hier versammelten Beiträge an diese Problematik an. Aus einer anwendungsorientierten Perspektive werden darin unterschiedliche Aspekte der nachhaltigen Neuausrichtung im Raumordnungs-, Bau- und Mobilitätsrecht behan-

1 Der letzte Bericht des IPCC (Intergovernmental Panel on Climate Change) legt ausführlich dar, dass für eine Begrenzung des globalen Temperaturanstiegs und eine Milderung der Klimakrisenfolgen sofortiges Handeln notwendig ist, vgl. *Umweltbundesamt*, IPCC-Bericht: Sofortige globale Trendwende nötig, [umweltbundesamt.de](https://umweltbundesamt.de/themen/ipcc-bericht-sofortige-globale-trendwende-noetig), <https://umweltbundesamt.de/themen/ipcc-bericht-sofortige-globale-trendwende-noetig> (26.1.2023).

2 *Parrique/Barth/Briens/Kerschner/Kraus-Polk/Kuokkanen/Spangenberg*, Decoupling Debunked. Evidence and arguments against green growth as a sole strategy for sustainability (2019), <https://eeb.org/wp-content/uploads/2019/07/Decoupling-Debunked.pdf> (1.2.2023).

3 *Gregor Schamschula* (Ökobüro) moderierte die Podiumsdiskussion, an der *Iris Eisenberger* (Universität Wien), *Verena Madner* (Wirtschaftsuniversität Wien und Vizepräsidentin des VfGH), *Benjamin Davy* (Technische Universität Dortmund) und *Jürgen Streitner* (Wirtschaftskammer Österreich) teilnahmen.

4 *S* *juridikum* 2022, 335–410.

5 *Hahnenkamp/Sagmeister*, Vorwort der Gastherausgeber*innen, *juridikum* 2022, 335 (336).

delt. Diese scheint ohne eine staatliche Planung, die in methodischer und vorsorgender Weise den Rahmen künftigen Handelns definiert und Eckpunkte für die intendierten Ziele vorgibt,⁶ nur schwer realisierbar. Gleichzeitig braucht es aber auch eine rechtswissenschaftliche Perspektive, die geltende Dogmen im Rechtssystem im Hinblick auf notwendige Transformationsprozesse kritisch hinterfragt, wie die Beiträge auch aufzeigen.

So beschränkt etwa das gewohnte Erfassen von Grundrechtseingriffen die Sicht auf den Wesensgehalt von *Eigentum* und seiner sozialen Dimension in einer Gesellschaft, übersetzen die eingesessenen Prinzipien des Verkehrsrechts die Dominanz von motorisiertem Individualverkehr auf die Regulierung alternativer und klimaschonender Mobilitätsformen oder zeigen ausgelagerte Normsetzungen die Versäumnisse des Staats, überhaupt auf die Regelungsressource *Recht* ausreichend zuzugreifen.

2. Ist die Zeit reif für eine „Renaissance des Planungsrechts“?

Der Beitrag von *Dragana Damjanovic* zu offenen Fragen des Planungsrechts in Zeiten drängender Aufgaben nimmt im vorliegenden *thema* eine zentrale Rolle ein, wie bereits aus dem gleichnamigen Titel *Renaissance des Planungsrechts* zu erahnen ist. Ihr Beitrag kann daher auch im Hinblick auf die übrigen Teile dieses *themas* als umschließende Klammer verstanden werden. In ihrem Beitrag richtet *Damjanovic* ihren Blick bewusst in die Vergangenheit und zieht die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit Fragen und Grundproblemen des Planungsrechts in historisch-analytischer Weise nach. Hierbei beleuchtet sie die enge Verwobenheit von Recht und Rechtswissenschaften mit dem über die Jahrzehnte unterschiedliche Phasen durchlaufenden gesellschaftspolitischen Diskurs betreffend staatliches Planungsvermögen bzw. -unvermögen. Gerade die sich aus den aktuellen Krisen ergebenden Herausforderungen an die staatliche Steuerung lassen das durch neoliberale Ideologie geprägte kategorische Misstrauen gegenüber einer zentraleren staatlichen Planung als unzeitgemäß erscheinen. Trotz der Renaissance der Planung scheinen jedoch „alte Problemlagen des Planungsrecht“ – so eine Kernaussage des Beitrags – bis heute nicht geklärt zu sein.

Der Beitrag von *Benjamin Davy* befasst sich mit dem komplexen Verhältnis zwischen Raumplanung, Bodenpolitik und Bodeneigentum. Planer:innen und Eigentümer:innen – verstanden als zentrale Akteur:innen in diesem Gefüge – begegnen sich hierbei in „verfreundeter“ Weise. *Davy* veranschaulicht zunächst, wie das Recht die wechselseitige und vielschichtige Abhängigkeit dieser als Idealtypen zu verstehenden Gruppen in zumeist exklusiver Weise unter der Figur der „Eigentumsbeschränkung“ deutet und rekonstruiert. Er bietet jedoch unter Bezugnahme auf die französischen Denker *Émile Durkheim* und *Léon Duguit* auch alternative Erklärungsmuster an: Vielmehr sei es in diesem Sinne

⁶ Für einen definitorischen Überblick hinsichtlich „Planung“ s etwa (mwN) *Köck*, Pläne und andere Formen des propektiven Verwaltungshandelns, in *Voßkuhle/Eifert/Möllers*, Grundlagen des Verwaltungsrechts II³ (2022) Rz 10 ff.

zutreffender, die Interdependenzen als Bestimmung und Erfüllung der sozialen Funktion des (Boden-)Eigentums in der gesellschaftlichen Arbeitsteilung zu verstehen. Die dem Beitrag zugrundeliegenden Gedanken scheinen von äußerster Relevanz für die aktuelle rechtswissenschaftliche Debatte rund um das Institut des Eigentums zu sein. Sie lassen insb die kontingente Struktur der derzeitigen Ausgestaltung des Eigentumsschutzes in Erscheinung treten und eröffnen den Raum für weitere Reflexion.

Arzu Sedef bewegt sich in ihrem Beitrag an der Schnittstelle zwischen öffentlicher Planungstätigkeit und privatrechtlicher Dogmatik. Die staatliche Verwaltung greift zunehmend auf zivilrechtliche Verträge als Planungsinstrument und somit zur Verwirklichung öffentlicher Aufgaben zurück. Als Beispiele werden Raumordnungs- und Mobilitätsverträge sowie entsprechende Verträge im Bereich der Energieraumplanung behandelt. In ihrem Beitrag stellt *Sedef* Vorteile des Einsatzes derartiger zivilrechtlicher Verträge dar, geht jedoch auch auf potentielle Fallstricke ein, die sich aus bisher ungeklärten rechtsdogmatischen Problemlagen – insb im Bereich des Privatrechts – ergeben.

Auch im Bereich der Mobilität steht das Recht vor großen Herausforderungen, die entschlossene staatliche Interventionen – insb in Form der Planung – unausweichlich erscheinen lassen. *Oliver Peck* richtet in seinem Beitrag die Aufmerksamkeit jedoch darauf, was noch nicht ist. Er beschreibt anhand von Beispielen aus dem Straßenverkehrs-, Straßenplanungs- und Personenbeförderungsrecht, in welchem Ausmaß das Recht bis dato eher als Hemmnis denn Katalysator für die notwendigen Transformationsprozesse agiert. Dies mündet letztlich in der Forderung nach einer Neuausrichtung und Umgestaltung der rechtlichen Grundlagen von Mobilitätsformen.

Dominik Wagner setzt sich in seinem Beitrag schließlich mit dem geltenden Rechtsrahmen des gebäudebezogenen Klimaschutzes auseinander. Sollen Energie- und Klimaziele erreicht und planetare Ressourcen geschont werden, braucht es eine Neuausrichtung dieses vielschichtigen Regelungsrahmens zur Durchsetzung von Klimaschutzmaßnahmen innerhalb der gebauten Umwelt. Innovative Rechtsinstrumente sollten hierbei bereits in der Planung und Konzeption von Gebäuden ansetzen und die soziale Dimension des Wohnens ausreichend reflektieren.

Allen Beiträgen ist gemein, dass sie nicht bloß eine Adjustierung einzelner Regelungen behandeln, sondern sich mit strukturellen Defiziten und Herausforderungen auseinandersetzen – mit Bedacht auf die Verfasstheit des Rechts und seiner Leistungsfähigkeit im Rahmen gesellschaftlicher Transformationsprozesse. Eine in den Raum gestellte Renaissance des Planungsrechts ist für ihre Verwirklichung auf genau jene Perspektiven mehr denn je angewiesen.

Dr. Paul Hahnenkamp, BA ist Universitätsassistent (post doc) am Forschungsbereich Rechtswissenschaften des Instituts für Raumplanung an der Technischen Universität Wien und Mitherausgeber des *juridikum*; paul.hahnenkamp@tuwien.ac.at

Mag. iur. Dominik Wagner, BA ist Universitätsassistent (prae doc) am Forschungsbereich Rechtswissenschaften des Instituts für Raumplanung an der Technischen Universität Wien; dominik.wagner@tuwien.ac.at

Renaissance des Planungsrechts

Dragana Damjanovic

1. Einleitung

„Planung ist der große Zug unserer Zeit“ schreibt der deutsche Rechtswissenschaftler *Joseph Kaiser* 1965 im Vorwort des ersten Bandes¹ seiner mehrbändigen Reihe „Planung“². Planung versteht er sehr umfassend, weit über die Raumplanung hinausgehend, als Gesamt- bzw Entwicklungsplanung der Gesellschaft und des Wirtschaftssystems,³ „geboren aus der sozialstaatlich begründeten Notwendigkeit umfassender Daseinsvorsorge“⁴, mit der Vorstellung, damit gesellschaftliche Entwicklungen optimal steuern zu können. Die „Planungseuphorie“ der 1960er und frühen 1970er ebbt allerdings bald ab; das Konzept einer umfassenden Entwicklungsplanung wird zunehmend in Frage gestellt und als Illusion verworfen.⁵ Ab den 1990ern erfolgt mit dem Erstarken neoliberaler Ideologien in Europa, sohin im Vertrauen auf die Kräfte des freien Marktes und im Kontext von Liberalisierung und Deregulierung schließlich ein zunehmender Rückzug des Staates aus der Planung (Stichwort „Schlanker Staat“).⁶ Die vielen Krisen unserer heutigen Zeit, allen voran die Klimakrise, und die Diskussion über die große Transformation unserer Gesellschaft⁷ verlangen allerdings nach einer neuen Staatlichkeit und aktiven Zukunftsgestaltung, was zur Wiederentdeckung der Planung und des Planungsrechts führt.⁸

1 *Kaiser* (Hrsg), Planung I (1965) 7 (7).

2 *Kaiser* (Hrsg), Planung I (1965) – Planung VI (1972).

3 Zum Konzept der Entwicklungsplanung, im Besonderen im Unterschied zur Raumplanung, die als bloß abwehrende Planung bezeichnet wird s *Ossenbühl*, Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit, dargestellt am Beispiel der Entwicklungsplanung? Gutachten B zum 50. Deutschen Juristentag (1974) 30 ff; weiters *Lendi*, Recht und Politik der Raumplanung² (1997) 18 f.

4 *Ossenbühl*, Die planende staatliche Tätigkeit 61.

5 Für einen Überblick dieser Entwicklungen und weiterführender Literatur dazu: *Ruck*, Planung, in *Voigt*, Handbuch Staat (2018) 1071 (1072).

6 Vgl *Miosga*, Herausforderungen und Ansätze für eine zukunftsfähige Raumordnung in Bayern, in *Miosga/Dudek/Klee*, Neue Perspektiven für eine zukunftsfähige Raumordnung in Bayern (2022) 3 (4 ff); vgl auch die Überlegungen zum Abschlussbericht des von der deutschen Bundesregierung 1995 eingerichteten Sachverständigenbeirats „Schlanker Staat“ bei *Scholz/Littmann/Spahn*, Wege zur Verschlinkung des Staates, Wirtschaftsdienst (1997) 619; für eine globale Perspektive vgl *Harvey*, Spaces of Capital. Towards a Critical Geography (2002/2022) 122 ff.

7 S etwa *Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung – Globale Umweltveränderungen (WBGU)*, Welt im Wandel. Gesellschaftsvertrag für eine Große Transformation (2011), <https://wbgu.de/de/publikationen/publikation/welt-im-wandel-gesellschaftsvertrag-fuer-eine-grosse-transformation> (13.1.2023).

8 So auch *Miosga* in *Miosga/Dudek/Klee* 15.

Vor diesem Hintergrund und aus Anlass des 50-jährigen Bestehens des Forschungsbereichs Rechtswissenschaften am Institut für Raumplanung der TU Wien⁹ will dieser Beitrag – ganz bewusst auch mit Blick in die Vergangenheit – Grundfragen und Grundprobleme des Planungsrechts, wie sie schon in den 1960ern und 1970ern thematisiert, allerdings mit Rückzug des planenden Staates nie angemessen beantwortet und gelöst worden sind, systematisch aufarbeiten und analysieren. Mit Blick in die Zukunft und auf die drängenden Aufgaben, vor welchen unsere Gesellschaft steht, sollen die Handlungserfordernisse im Planungsrecht nochmals nachgezeichnet und klar konturiert werden.

Die Analyse erfolgt dabei auf Grundlage deutschsprachiger Literatur. Sofern grundsätzliche Themen der Einordnung von Planung in die rechtsstaatlichen Strukturen angesprochen werden, wird insb auch auf Schriften oder Judikatur aus der deutschen Rechtswissenschaft Bezug genommen. Ansonsten bezieht sich die Analyse zum Planungsrecht auf die österreichische Rechtsordnung, im Besonderen im Bereich der Raumplanung und Raumordnung.

2. Planungseuphorie und Planung im Rechtsstaat: die Problemlagen (1960–1970)

Die vertiefte rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Planung beginnt – zunächst vorwiegend in Deutschland – mit dem Bedeutungszuwachs ebendieser in den 1960ern.¹⁰ Der erste Befund dieser Befassung zeichnet ein schwieriges Verhältnis von Planung und Recht: Die Verfassung habe die Rechtsordnung und die Frage, wie die Institutionen (insb Gesetzgebung und Verwaltung) zusammenwirken, welche Rechtsformen zur Verfügung stehen oder wie der Rechtsschutz ausgestaltet ist, an den Denkvorstellungen des liberalen Rechtsstaats – eines Ordnungsstaats, dem der planende Staat fremd ist¹¹ – orientiert und danach ausgebildet.¹² Der Plan wird in der damaligen Literatur daher als ein „rechtsstaatliches Irregulare“, als „aliud“,¹³ das keine dogmatische Vergangenheit hat, bezeichnet. Mit dieser Ausgangslage – so fasst es *Ossenbühl* 1974 zusammen – „hat der Jurist gar keine andere Möglichkeit als den Planern lästig zu fallen“.¹⁴

So werden im Ringen um die Einordnung der Planung in die rechtsstaatlichen Strukturen auch eine Reihe von Fragen und Problemlagen herausgearbeitet: Zum einen wird

9 Der Forschungsbereich Rechtswissenschaften, vormals Institut für Rechtswissenschaften, ist im Studienjahr 1971/72 gegründet worden. Zu den aktuellen Schwerpunkten und Tätigkeiten des FOB Rechtswissenschaften s <https://tuwien.at/ar/rechtswissenschaften> (13.1.2023).

10 *Ossenbühl*, Die planende staatliche Tätigkeit 19 dazu: „Betrachtet man die Literatur, so mag der Eindruck entstehen, als ob ein jahrelang mühsam zurückgehaltener ‚Planungsstau‘ nun ungehemmt abgelassen werden kann.“

11 Zur deutschen Planungsgeschichte im internationalen Kontext und der Tatsache, dass politische Planung im Sinne rationaler Gestaltung zukünftiger gesellschaftlicher Verhältnisse ein Phänomen der Hochmoderne ist, s *Ruck* in *Voigt* 1073 f.

12 So etwa *Ossenbühl*, Die planende staatliche Tätigkeit 160; *Redeker*, Staatliche Planung im Rechtsstaat, JZ 1968, 537 (538).

13 Vgl *Imboden*, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDStRL 18 (1959) 113 (114).

14 *Ossenbühl*, Die planende staatliche Tätigkeit 21.

sehr grundlegend die Frage gestellt, in welcher Rechtsform Pläne zu erlassen sind und wem die Plangewalt zukommen soll – denn die Verfassung schweigt zu dieser Frage.¹⁵ *Imboden* legt in diesen Anfangszeiten der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit der Planung überzeugend dar, dass etwa beim Raumplan¹⁶ weder die Einordnung als generell-abstrakte Norm noch als individueller Rechtsakt passend ist: Denn diese Pläne erfüllen eigentlich das „Abstraktheits-Erfordernis“ einer generell-abstrakten Norm nicht (eine einheitliche Regel für eine Vielzahl konkreter Sachverhalte aufzustellen). Vielmehr bietet sich ein solcher Plan als „Summierung von Einzelverfügungen“ dar.¹⁷ Für Planungen von politischem Gewicht wird von manchen mit Verweis auf das Demokratiegebot die legislative Ebene als die richtige angeführt; dem wird entgegnet, dass allein aus sachlichen und institutionellen Gründen das Parlament als „Herr der Planung“ ausscheide. Nur die Regierung verfüge – von der Arbeitsweise, der Arbeitskapazität und dem bürokratischen Apparat her – über die tatsächlichen Möglichkeiten, größere Plankonzeptionen zu entwickeln.¹⁸ Andere wiederum sehen in der Planung eine staatliche Handlungsform außerhalb des Rechts,¹⁹ was manchen dann aber wieder mit einer „rechtsstaatlichen Ordnung unverträglich“ erscheint.²⁰

Die Zuordnung der Planung als primäre Aufgabe der Verwaltung bringt eine weitere Irregularität im Rechtsstaat hervor: Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung lässt sich in diesem Bereich nicht wie sonst umsetzen,²¹ weil – so formuliert es das dt BVerwG bereits 1969 treffend – „Planung ohne Gestaltungsfreiheit ein Widerspruch in sich wäre.“²²

Weiters wird das Spannungsverhältnis der Planung zu grundrechtlich geschützten individuellen Freiheitsrechten – bei der Planung der Bodennutzung im Besonderen der Eigentumsgarantie – thematisiert. Es ist von einer „Verplanung“ subjektiver Rechte²³ und zuweilen von einem „unlösbaren Widerspruch“²⁴ die Rede.

Schließlich wird aufgezeigt, dass der herkömmliche Rechtsschutz bei der Planung zu weiten Teilen versagt, weil er individualistisch geprägt ist, die Individualpositionen aber in einem generellen Plan aufgehen, der als solcher nur beschränkt bekämpfbar ist,²⁵ bzw bei politischen Planungen „die individuelle Betroffenheit sich erst in späteren Planungsstufen manifestiert.“²⁶

15 Für einen guten Überblick dieser Diskussion in Deutschland mit vielen weiteren Hinweisen: *Ossenbühl*, Die planende staatliche Tätigkeit 61 ff.

16 In Österreich: Flächenwidmungs- und Bebauungsplan der Gemeinden.

17 *Imboden*, VVDStRL 1959, 121 ff.

18 *Ossenbühl*, Die planende staatliche Tätigkeit 63, 65 f.

19 Dazu *Lendi*, Raumplanung 17 f.

20 *Redeker*, JZ 1968, 538.

21 Für den Problemaufriss: *Dreier*, Die normative Steuerung der planerischen Abwägung (1995) 31 ff.

22 BVerwGE 30.4.69, DVBl 1969, 697, 699.

23 Für die Verwendung dieser Begrifflichkeit, *Di Fabio*, Die Struktur von Planungsnormen, in FS Hoppe (2000) 75 (86).

24 *Huber*, Nutzungsplanung und Eigentumsgarantie, SJZ 1945, 313 (314).

25 *Ossenbühl*, Die planende staatliche Tätigkeit 164.

26 *Ossenbühl*, Die planende staatliche Tätigkeit 166.

In Österreich erfolgt die rechtswissenschaftliche Aufarbeitung zu diesen grundlegenden Themen der Einordnung von Planung in die rechtsstaatlichen Strukturen – 1. der Rechtsform von Planung und der Plangewalt; 2. der Gesetzesbindung der planenden Verwaltung; 3. dem Spannungsverhältnis zu den Freiheitsverbürgungen sowie 4. dem Rechtsschutz bei der Planung – erst später, insb durch die grundlegenden Werke von *Peter Pernthaler* zu Raumordnung und Verfassung in den 1970ern.²⁷

3. Planungsernüchterung: pragmatische Umsetzung der Planung im Rechtsstaat (1980–1990)

Nicht zuletzt aufgrund der vielfach aufgezeigten Problemlagen, aber im Besonderen aufgrund der Einsicht in unüberwindbare Begrenzungen, folgt der anfänglichen Planungseuphorie schon relativ bald (bereits Ende der 1970er) eine gewisse Planungsernüchterung. Das ursprüngliche Konzept der Gesamt- und Entwicklungsplanung wird – sowohl in Deutschland als auch Österreich – aufgegeben. Planung fokussiert im Wesentlichen auf die Bereiche der Bodennutzung, der Infrastrukturplanung im Rahmen der Daseinsvorsorge²⁸ sowie die Haushaltsplanung und entwickelt sich dabei zu einer „Stückwerk-Technik“ in einem zunehmend unüberschaubaren Planungsgeschehen im Mehrebenensystem.²⁹

Die Umsetzung der Planung in den sachgegenständlichen Feldern erfolgt dabei relativ pragmatisch,³⁰ zu weiten Teilen in unverbindlicher Form.³¹ Dort wo der Plan in verrechtlichter Form auftritt, wird er sowohl in Form eines Gesetzes (zB im Rahmen der Haushaltsplanung³²), als Verordnung (diese gilt generell als idealtypische Form der Planung³³), aber auch als Bescheid (zB bei der Trassenfestlegung von Bundesstraßen nach dem BStG³⁴) erlassen.

Das Problem der naturgemäß nur eingeschränkt möglichen gesetzlichen Determinierung der Planung durch die Verwaltung wird in Österreich mit dem bekannten Rechtskonstrukt der finalen Determinierung und dem sogenannten differenzierten Legalitätsprin-

27 *Pernthaler*, Raumordnung und Verfassung: Band 1: Raumplanung als Funktion und Schranke der Gebietshoheit (1975); Raumordnung und Verfassung. 2. Band: Raumordnung, Demokratischer Prozess und Rechtsschutz (1978). Die Themen werden insb in Band 2 behandelt.

28 Der Begriff der Infrastruktur wird hier weit verstanden, sowohl die großen Netzwerkindustrien (Kommunikation, Energie, Bahn, etc) als auch die kommunalen Infrastrukturen (Wasser, Abwasser, Abfall, etc) sowie die sozialen Infrastrukturen (Gesundheit, Bildung, etc) umfassend.

29 Zu diesen Entwicklungen im Detail, *Ruck* in *Voigt* 1071, 1072, 1074 f.

30 Vgl *Ruck* in *Voigt* 1076: „als Domäne politisch pragmatischen Handelns“.

31 Der Wiener Stadtentwicklungsplan, der für 10 Jahre die Stadtentwicklung auf strategischer Ebene vorgibt – zu diesem s <https://wien.gv.at/stadtentwicklung/strategien/step/step2025> (13.1.2023) – wird zB als unverbindlicher Plan erlassen.

32 Dazu *Wallnöfer*, Der Gesetzgebungsprozess bei Bund und Ländern in der Finanzverfassung, in *Bußjäger/Eller*, Handbuch der österreichischen Verfassung (2022) 125 ff.

33 Vgl *Grimberger*, Staatliche Planung, in *Schmid et al*, Auf dem Weg zum hypermodernen Rechtsstaat? (2010) 215 (224).

34 Bundesgesetz betreffend die Bundesstraßen (Bundesstraßengesetz 1971 – BStG 1971) BGBl 1971/286 idF BGBl I 2022/123.

zip gelöst. Danach hat der Gesetzgeber das Handeln der Verwaltung durch die Vorgabe von Zielen und Mitteln final festzulegen, wenn eine konditionale Vorherbestimmung im klassischen Wenn-Dann Schema nicht möglich ist.³⁵

Dem Spannungsverhältnis der Planung zu den grundrechtlich verbürgten Freiheiten begegnet man wiederum mit dem Konzept der Negativplanung, dh zB auf die Raumplanung bezogen: die Pläne legen die möglichen Bodennutzungen fest, sie verpflichten die Grundstückseigentümer*innen aber nicht zur Verwirklichung der planerisch vorgesehenen Nutzung (also zB Bauland auch tatsächlich zu bebauen).³⁶ Zudem wird durch die Gerichte nicht nur eine Enteignung als solche, sondern auch eine Beschränkung der zuvor (zB durch die Widmung Bauland) gewährten privatnützigen Verwendung im Grundsatz als ausgleichspflichtige Sozialbindung (Stichwort „materielle Enteignung“) begründet.³⁷

Mittels des Individualantrags gemäß Art 139 Abs 1 Z 3 B-VG und Art 140 Abs 1 Z 3 B-VG besteht gegen den Plan als allgemein-gültiger Norm (Verordnung oder Gesetz) zwar grundsätzlich auch für Einzelne ein Rechtsmittel, dies allerdings nur in einer sehr eingeschränkten Form.³⁸ Diese Einschränkungen versucht man in einzelnen Planungsverfahren durch die gesetzliche Verankerung einer Bürger*innenbeteiligung bei der Planerstellung zu kompensieren: zB mittels Stellungnahmerechten im Verfahren bei der Erlassung eines Flächenwidmungsplans. Aufgrund des nur konsultativen Charakters dieser Beteiligung – den Bürger*innen kommt formal keine Stellung als Verfahrensparteien zu und steht damit auch kein Rechtsweg offen – bleibt die Möglichkeit der Beeinflussung der Planentscheidung aber gering.³⁹ Viele Planungsverfahren sehen zudem nicht einmal die Möglichkeit einer solchen Bürger*innenbeteiligung vor.

4. Rückzug des planenden Staates (1990–2010)

Ab den 1990ern kommt es schließlich, mit dem Erstarken neoliberaler Ideologien in Europa und der Liberalisierung sehr weiter Bereiche der Daseinsvorsorge,⁴⁰ zu einem zunehmenden Rückzug des planenden Staates: Planung erfolgt nur mehr dort, wo dies absolut unerlässlich ist (um knappe Ressourcen, wie Boden oder Finanzen, zu verwalten) und orientiert sich zunehmend an den Logiken des Marktes. Denn mit der Einführung von Wettbewerb in weiten Bereichen der Daseinsvorsorge wird jede Steuerung des Staa-

35 Dazu s etwa *Pernthaler*, Raumordnung 2, 91 ff; im Überblick (mwN) *Grimberger* in *Schmid et al* 225 ff.

36 Vgl *Rill*, Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, VVDStRL 51 (1992) 177 (195): „Die Raumplanung als Positivplanung zu gestalten, steht im grundsätzlichen Widerspruch zur Eigentumsgarantie.“

37 Dazu im Überblick, *Pernthaler* Raumordnung 2, 304 ff; *Papier*, Eigentum in der Planung, in FS Hoppe (2000) 213 (215 ff); differenzierend dazu allerdings *Auer*, Zur Entschädigung bei Rückwidmung – OGH versus VfGH, bbl 2011, 168 (171 ff). S dazu auch VfSlg 13282/1992.

38 Dazu s etwa *Muzak*, B-VG⁶ (2020) Art 139.

39 S *Pernthaler*, Raumordnung 2, 229 ff.

40 *Gilbert*, Transformation of the Welfare State. The Silent Surrender of Public Responsibility (2002); *Harvey*, A Brief History of Neoliberalism (2007).

tes in der Daseinsvorsorge nunmehr auch als Einmischung in den Markt konstruiert, der sich an den Grundsätzen des EU-Wettbewerbs- und insb Beihilfenrechts zu messen hat.⁴¹ Das wirkt sich auch auf die Raumplanung aus, die nun – weit entfernt von einer Konzeptionierung als umfassende Entwicklungsplanung – im Grunde auf die Planung der Ermöglichung von Projekten reduziert wird.⁴² „Planung ist in einem weitesten Sinn stets projektbezogen“, schreibt etwa *di Fabio* im Jahr 2000.⁴³

In Österreich wird das Konzept der finalen Determinierung in den Raumordnungsgesetzen der Länder so umgesetzt, dass es – durch eine Aneinanderreihung einer Vielzahl miteinander in Konflikt stehender noch dazu sehr vage formulierter Zielsetzungen und durch Belegung der formulierten Grundsätze mit einer Reihe von Ausnahmen – in Wahrheit auf einen Steuerungsverzicht hinausläuft.⁴⁴ Dieser zeigt sich auch in den damals nur sehr spärlich erlassenen Sach- oder Fachprogrammen der Landesverwaltungen, wodurch die Verantwortung für die Raumgestaltung weitestgehend auf die Gemeinden übertragen wird. Deren politische Willensbildung wird dann wiederum – insb durch Gestaltung der Kommunalsteuer und das System des Finanzausgleichs – in Richtung einer wettbewerbsorientierten Standortpolitik (Marktorientierung und Projektrealisierung) gelenkt. Auch wenn man sich der Beschränktheit der Planung in Form der Negativplanung bewusst ist, verzichtete man – zumindest in Österreich – noch lange Zeit weitestgehend auf indirekte Instrumente der Planverwirklichung. Widmungsabschöpfung, Leerstandsabgabe oder Abgabe auf ungenutztes Bauland werden erst in den letzten Jahren wieder ernsthaft als Instrumente der Raumordnung diskutiert.⁴⁵ Eine Korrektur von Fehlplanungen oder eine Anpassung der Planung an geänderte Umstände ist aufgrund der Konstruktion der Rückwidmung von Bauland in Grünland als entschädigungspflichtige materielle Enteignung kaum bzw nur mit großem finanziellen Aufwand möglich.⁴⁶

Angesichts eingeschränkter Rechtsschutzmöglichkeiten der Bürger*innen ist zudem die Rechtskontrolle in diesem Bereich verdünnt. Auch die Aufsicht der Landesregierungen in Bezug auf die Raumplanungsentscheidungen der Gemeinden bleibt angesichts der nur sehr vagen gesetzlichen Determinierungen dieser Entscheidungen relativ zahnlos.⁴⁷

41 Dazu *Damjanovic*, The EU Market Rules as Social Market Rules: Why the EU can be a Social Market Economy, CMLRev 2013, 1685 ff.

42 Dazu bereits kritisch *G Weber*, Mehr quantitativer Bodenschutz! Aber wie? in SIR-Mitteilungen und Berichte, Band 36 (2018) 7 (8, 11 f), die darauf hinweist, dass die Raumordnungsgesetze von ihrer Grundkonzeption primär darauf ausgerichtet sind, zu regeln, wie Grünland in Bauland umzuwidmen ist. Alle Instrumente der örtlichen Raumplanung sind „auf die Umwandlung der grünen Wiese in bebauten Land fixiert“. Um tatsächlich ein Umdenken zu erreichen, bedarf es eines grundlegenden Paradigmenwechsels von der „Baulandmehrung zur Baulandreduktion“.

43 *Di Fabio* in FS Hoppe 78 f.

44 Vgl etwa *Wimmer*, Raumordnung und Umweltschutz, Verh 6.ÖJT (1976) I/1.A, 38: „leerformelhafte Zielvorstellungen“.

45 Zu diesen und anderen Vorschlägen s etwa ÖROK-Empfehlung Nr 56: „Flächensparen, Flächenmanagement & aktive Bodenpolitik“ (2017), <https://oerok.gv.at/raum/themen/flaechensparen-flaechenmanagement-und-aktive-bodenpolitik> (13.1.2023).

46 S oben FN 37.

47 S auch *Kleewein*, Raumplanung im Spannungsfeld zwischen Recht, Sachverstand und Gestaltungsspielraum, bbl 2019, 213 (222 ff).

In dieser Phase entwickelt sich zwar das Umweltrecht stark fort, es basiert in dieser Zeit aber va noch auf dem klassischen ordnungsrechtlichen Konzept der Gefahrenabwehr (insb in Form des Anlagenrechts) und ist weniger als Umweltplanungsrecht ausgestaltet.⁴⁸ Die Folgen des Rückzugs staatlicher Planung, die vielen Fehlentwicklungen in der Raumplanung, wie übermäßiger Flächenverbrauch oder Zersiedelung, sind bekannt.⁴⁹ Zudem haben die globale Wirtschafts- und Finanzkrise (2007–2009) und die damit zusammenhängenden extremen Preissteigerungen auf den Immobilienmärkten im letzten Jahrzehnt die nur begrenzt ausgleichende Funktion von Marktmechanismen nachdrücklich aufgezeigt. Die außergewöhnlichen Übergewinne von Energieunternehmen⁵⁰ bei gleichzeitig sehr hohen Preissteigerungen für Endkund*innen im letzten Jahr sind ein weiterer Beleg dafür. Fehlende staatliche Planung und nicht ausreichende oder falsche Steuerung bzw Regulierung, gerade in Daseinsvorsorgebereichen wie Wohnen oder Energie, haben zu negativen gesamtgesellschaftlichen Entwicklungen geführt.⁵¹ Gerade auch mit Blick auf Klima- und Umweltschutz zeigen sich die Nachteile nicht ausreichend regulierter Marktmechanismen, die aus dem Unvermögen von Unternehmen auf freien Märkten resultieren, die langfristigen Dimensionen ihrer Geschäftsmodelle (wie etwa die externen Kosten für die Umwelt) zu berücksichtigen.⁵²

5. Renaissance des Planungsrechts

Dieses Unvermögen der freien Marktkräfte sowie die vielen Krisen, allen voran die Klimakrise, und die Diskussion über die große Transformation der Gesellschaft und Wirtschaft hin zur Klimaneutralität, haben in den letzten zwei Jahrzehnten zunehmend zur Forderung einer neuen Staatlichkeit⁵³ und aktiven Zukunftsgestaltung geführt, wodurch auch die Planung und das Planungsrecht wiederentdeckt worden sind.⁵⁴ Denn die festgelegten Klimaschutzziele – die Reduktionspfade bis 2030 und Klimaneutralität bis 2050⁵⁵ – werden sich gewiss nicht allein durch die freien Marktkräfte einstellen. Ihre

48 Zum Wandel der Schutzkonzepte des Umweltrechts und im Besonderen zur klassischen Konzeption der Gefahrenabwehr, *Reese*, Leitbilder des Umweltrechts, ZUR 2010, 339 (339 ff).

49 Zu den genauen Daten s *Umweltbundesamt*, Flächeninanspruchnahme, <https://umweltbundesamt.at/umweltthemen/boden/flaecheninanspruchnahme> (13.1.2023).

50 ZB schreibt der Öl-, Gas- und Chemiekonzern OMV im Jahr 2022 einen Gewinn von 5,2 Milliarden Euro. S *Die Presse*, OMV schreibt Milliardengewinne, Aktie fällt um fünf Prozent, [diepresse.at](https://diepresse.com/6246183/omv-schreibt-milliardengewinne-aktie-faellt-um-fuenf-prozent) 2.2.2023, <https://diepresse.com/6246183/omv-schreibt-milliardengewinne-aktie-faellt-um-fuenf-prozent> (2.2.2023).

51 Zu den negativen Entwicklungen auf den Wohnungsmärkten s etwa *Schönig*, Sechs Thesen zur wieder mal ‚neuen‘ Wohnungsfrage – Plädoyer für ein interdisziplinäres Gespräch, in *Schönig/Kadi/Schipper*, Wohnraum für alle?! Perspektiven auf Planung, Politik und Architektur (2017) 11 ff.

52 *WBGU*, Große Transformation 215.

53 Die Begrifflichkeit wird von der *WBGU* (Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen), Große Transformation 185, verwendet: „Neue Problemlagen, neue Staatlichkeit“.

54 S etwa *Miosga* in *Miosga/Dudek/Klee* 15; *WBGU*, Große Transformation 198 f; *Franzius*, Ziele des Klimaschutzrechts, ZUR 2021, 131 (134): „[...] so führt uns eine zielbezogene Bewirtschaftungsordnung in das Planungsrecht als einer vorgelagerten Stufe für die Auswahl konkreter Maßnahmen, die in klassischen Ge- oder Verboten, aber auch in ökonomischen Anreizen – wie dem Emissionshandel – gefunden werden können.“

55 Zu diesen Zielsetzungen auf EU-Ebene: Art 2 und Art 4 VO (EU) 2021/1119 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnungen (EG) 401/2009 und (EU) 2018/1999 („Euro-

Verwirklichung verlangt vielmehr nach umfassender staatlicher Planung und Steuerung und im Besonderen der Raumplanung als dem räumlichen Regulativ dieser gesellschaftlichen Entwicklungen. So verpflichtet nunmehr auch die GovernanceVO der EU⁵⁶ die Mitgliedstaaten Langfrist-Strategien und integrierte nationale Energie- und Klimafahrpläne zu erarbeiten. Es ist in diesem Kontext von einer „zielorientierten Bewirtschaftungsordnung“⁵⁷ respektive einem „Bewirtschaftungsmodell des Umweltrechts“⁵⁸ die Rede, wonach der Staat den Verbrauch knapper natürlicher Ressourcen, die bis 2040 bzw 2050 in unserer Gesellschaft noch verfügbaren CO₂-Emissionen (ausgedrückt im CO₂-Budget) zu planen und zu steuern hat.⁵⁹ Gleichzeitig wird allerdings vor einer Planungsillusion – wie sie dem Konzept der umfassenden Entwicklungsplanung in den 1960ern zugrunde lag – gewarnt: „Der Staat kennt selbst nicht die besten Optionen, vielmehr muss er die in Unternehmen, in der Zivilgesellschaft und im politisch administrativen System liegenden Potenziale aktivieren und sich dabei auch nicht länger – wie für pluralistische Verhandlungsdemokratien typisch – auf eine rein moderierende und nachsorgende Rolle beschränken. Ohne also die Risiken einer interventionistischen Politik zu unterschätzen und ohne einer neuerlichen Steuerungsillusion anzuhängen, regt der WBGU [Wissenschaftlicher Beirat der dt Bundesregierung – Globale Umweltveränderungen] eine Weiterentwicklung des moderierenden zum ‚gestaltenden‘ Staat an, der selbst eine proaktive Transformationspolitik betreibt.“⁶⁰

In Deutschland hat das BVerfG mit seinem viel beachteten Klimabeschluss⁶¹ den Staat zu einer Langfrist-Planung zuletzt sogar verfassungsrechtlich verpflichtet. In progressiver Lesart hat es den klassischen Freiheitsrechten eine intertemporale Dimension hinzugefügt – demnach gewährleisten sie die Freiheitssicherung auch für die Zukunft bzw die zukünftigen Generationen (auch als Prinzip der intertemporalen Generationengerechtigkeit bezeichnet).⁶² Auf dieser Grundlage hat das BVerfG sodann das damalige Klimaschutzgesetz, weil es keine Planung und Regelung über die Reduktionserfordernisse nach

päisches Klimagesetz“), ABl L 2021/243, 1; auf innerstaatlicher Ebene konnte bislang bekanntlich kein neues Klimaschutzgesetz beschlossen werden, weshalb verbindliche Pfade und Zielsetzungen fehlen. Es gilt er an die Europäische Kommission übermittelte „Nationale Energie- und Klimafahrplan“ (NEKP), der allerdings nur Reduktionsziele bis 2030 anführt, abrufbar unter: https://bmk.gv.at/themen/klima_umwelt/klimaschutz/nat_klimapolitik/energie_klimaplan.html (13.1.2023).

56 Verordnung (EU) 2018/1999 über das Governance-System für die Energieunion und für den Klimaschutz, zur Änderung der Verordnungen (EG) 663/2009 und (EG) 715/2009 des EP und des Rates, der Richtlinien 94/22/EG, 98/70/EG, 2009/31/EG, 2009/73/EG, 2010/31/EU, 2012/27/EU und 2013/30/EU des EP und des Rates, der Richtlinien 2009/119/EG und (EU) 2015/652 des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EU) 525/2013 des EP und des Rates, ABl L 2018/328, 1.

57 *Franzius*, ZUR 2021, 134.

58 *Winter*, Von der Bewahrung zur Bewirtschaftung. Ein Kommentar zum zweiten Klimabeschluss des BVerfG, ZUR 2022, 215 (216).

59 Zum Budgetansatz als neuem Instrument des Umweltrechts s auch *Franzius*, ZUR 2021, 131.

60 *WBGU*, Große Transformation 215.

61 BVerfG 24.3.2021, 1 BvR 2656/18.

62 Vgl *Rutloff/Freiboff*, Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser „intertemporale Systemgerechtigkeit“? – auf Konturensuche, NVwZ 2021, 917.

2030 enthielt, um das völkerrechtlich verbindlich anerkannte 1,5–2 Grad-Ziel zu gewährleisten, als grundrechtswidrig angesehen.⁶³ Diesem Ergebnis liegt der überzeugende Leitgedanke zugrunde, dass die Realisierung der Klimaschutzziele unweigerlich mit Einschnitten in die grundrechtsgeschützten Freiheiten der Bürger*innen einhergehen wird, die umso drastischer ausfallen müssen, je länger mit geeigneten Maßnahmen zugewartet wird. Daher folgt – in Verbindung mit dem Staatsziel des Art 20a GG⁶⁴ – die Pflicht des Gesetzgebers, die „notwendigen Reduktionen von CO₂-Emissionen bis hin zur Klimaneutralität vorausschauend in grundrechtsschonender Weise über die Zeit zu verteilen“.⁶⁵ Die Entscheidung ist in der Öffentlichkeit zu weiten Teilen enthusiastisch aufgenommen, aus verfassungsdogmatischer Perspektive aber durchaus auch kritisiert worden.⁶⁶ In einer polemisch besonders zugespitzt formulierten Kritik tritt ua auch die im marktwirtschaftlichen System und ordnungsrechtlichen Denken der letzten Jahrzehnte verhaftete Aversion gegen die Planung wieder augenscheinlich zutage. In Auseinandersetzung mit dem Klimabeschluss schreibt *Meßerschmidt* etwa: „Die Verbindung von Planungseuphorie mit Zahlenfetischismus erinnert nachgerade an das vor Jahrzehnten gescheiterte maoistische und kubanische Planungsmodell.“⁶⁷

Das ist freilich sehr überzeichnet⁶⁸ – im Besonderen angesichts der Dringlichkeit zum Handeln – und verkennt die Tatsache, dass die verbindlich festgelegten Ziele hin zur Klimaneutralität ohne ein Bewirtschaftungsregime schlicht nicht verwirklichtbar sind.⁶⁹ Offen bleibt aber, ob in Österreich der VfGH der Sicht des BVerfG folgt und für den österreichischen Gesetzgeber ähnliche Vorgaben im Hinblick auf ein Klimaschutzgesetz⁷⁰ und zur Ausgestaltung eines CO₂-Budgets macht. Dafür müsste er seine bisher restriktive Rechtsprechung zu Klimaklagen (hinsichtlich der Zulässigkeit von Individualanträgen gegen allgemeine Normen) öffnen.⁷¹

63 Der entscheidende Gesichtspunkt der Entscheidung ist, dass kontingentierte Vorgaben durch den Gesetzgeber nur bis 2030 (und nicht bis 2050) unmittelbar fixiert worden sind, wodurch nicht ausgeschlossen sei, dass für die Zeit von 2031 bis 2050 übermäßige Belastungen auf die zukünftigen Bürger*innen und auf Wirtschaft und Gesellschaft zukommen. Vgl *Neetz*, Zwei Dimensionen zur Verteilung der Emissionsrechte, 14.7.2021, <https://verfassungsblog.de/klimaschutz-oder-sozialstaat> (13.1.2023).

64 Art 20a GG lautet wie folgt: „Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.“

65 BVerfG 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, Rn 256 ff.

66 Vgl ua *Beckmann*, Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der „intertemporale Freiheitsschutz“, UPR 2021, 241; *Calliess*, Das „Klimaurteil“ des Bundesverfassungsgerichts: „Versubjektivierung“ des Art. 20a dGG?, ZUR 2021, 355. *Rutloff/Freiboff*, NVwZ 2021, 921 f und *Buser*, Die Freiheit der Zukunft. Zum Klima-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, 30.4.2021, <https://verfassungsblog.de/die-freiheit-der-zukunft> (13.1.2023).

67 *Meßerschmidt*, Der Karlsruher Klimaschutzbeschluss – kein Vorbild!, ÖZW 2021, 109 (116).

68 Dass man in der Bewirtschaftungsordnung kein Aufziehen der Planwirtschaft sehen kann, s schon *Franzius*, ZUR 2021, 133.

69 Vgl schon *Reese*, ZUR 2010, 345.

70 Das im Übrigen erst zu erlassen wäre.

71 Er könnte dabei an seine Entscheidung zur Klimaklage anknüpfen (VfGH 30.9.2020, G 144/2020): „Es ist den Ast zwar einzuräumen, dass der VfGH nach Zweck und Inhalt von angefochtenen Regelungen auch nicht unmittelbar von einer Regelung adressierte Rechtspersonen als Normadressaten angesehen hat, wenn durch die Regelung nicht

6. Alte Problemlagen vor neuen Herausforderungen

Mit der Renaissance der Planung kehren die alten Problemlagen des Planungsrechts, wie sie zu Zeiten der Planungseuphorie intensiv diskutiert, aber mit dem weitgehenden Rückzug des Staates nie angemessen beantwortet oder gelöst worden sind, zurück:

6.1. Rechtsform und Plangewalt

So ist zu beobachten, dass in Bezug auf die vielen neuen Pläne, die im Rahmen des Klimaschutzrechts erlassen werden (zB die auf Grundlage der EU-GovernanceVO von den Mitgliedstaaten zu erarbeitenden Langfristig-Strategien oder die integrierten nationalen Energie- und Klimapläne) wieder die Diskussion geführt wird, ob und welche rechtliche Bedeutung und Wirkkraft diesen Dokumenten zukommen kann; ob und wie bei einem unzureichenden Ambitionsniveau der Pläne bzw bei ihrer unzureichenden Umsetzung rechtlich vorgegangen werden kann.⁷² Auch die Frage, wem die Plangewalt für derartige strategische Planungen zukommen soll, wird wieder gestellt. Zurecht wird kritisch hinterfragt, dass etwa die auf Grundlage der GebäudeRL⁷³ zu erarbeitende nationale langfristige Renovierungsstrategie in Österreich auf das *Österreichische Institut für Bautechnik (OIB)* übertragen wurde – einem durch die Bundesländer gegründeten gemeinnützigen Verein zur Ausarbeitung und Herausgabe von an sich technischen Richtlinien und Regeln. Das ist angesichts der sozio-ökonomischen Tragweite der Strategie vor allem aufgrund der intransparenten Strukturen und Arbeitsabläufe des Vereins demokratiepolitisch in Frage zu stellen.⁷⁴

Hinzu kommt der zunehmende, wenn nicht gar inflationäre Einsatz von Vertragskonstruktionen als Instrument der Planung bzw Planverwirklichung (zB in Form von Raumordnungsverträgen oder städtebaulichen Verträgen). Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass Planverwirklichung so quasi in einem *Co-Creation-Ansatz* mit der Zustimmung der Privaten erfolgt und dadurch das flexiblere und gelindere Mittel zur von oben angeordneten Positivplanung darstellt. Der Einsatz dieser primär für privatwirtschaftliches Handeln des Staates vorgesehenen Rechtsform bringt allerdings im Bereich der Planung, einer genuin öffentlichen Aufgabe, auch viele Rechtsunsicherheiten (Stichwort Kopplungsverbot)⁷⁵ und Rechtsfragen in Bezug auf transparentes staatliches Handeln und Rechtsschutz

nur deren persönliche Situation berührt wird, sondern auch in die – insb auch durch verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte geprägte – Rechtssphäre eingegriffen wird (VfSlg 19.892/2014 ua).“ Durch die Verknüpfung mit den auch für die Zukunft gewährten Freiheitsrechten, würden die Regelungen – so könnte man argumentieren – nicht nur die persönliche Situation der ASt berühren, sondern „auch in die – insb auch durch verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte geprägte – Rechtssphäre“ eingreifen.

72 Dazu ausführlich *Schlacke/Knodt*, Das Governance-System für die Europäische Energieunion und für den Klimaschutz, ZUR 2019, 404 (406 ff).

73 RL 2010/31/EU über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, ABl L 2010/153, 13 (idF ABl L 2018/328, 1).

74 Vgl *D. Wagner*, Klimaschutz im Gebäudesektor mittels langfristiger Planung, NR 2022, 183 (187).

75 VfSlg 15625/1999.

mit sich.⁷⁶ Es besteht so gesehen Handlungsbedarf, zum einen dahingehend Langfrist-Strategien und Pläne mit einer entsprechenden Rechtsverbindlichkeit auszustatten und sicherzustellen, dass diese von entsprechend demokratisch legitimierten Einrichtungen und in entsprechend demokratisch legitimierten Prozessen erarbeitet werden – nur so können sie tatsächlich zu einem Kerninstrument des Klimaschutzrechts werden. Zum anderen ist der Einsatz von vertraglichen Konstruktionen zur Planverwirklichung – die aufgrund ihrer Flexibilität grundsätzlich zu begrüßen sind – auf eine neue rechtliche Grundlage zu stellen, um entsprechende Rechtssicherheit, Transparenz und Rechtsschutz zu gewährleisten.

6.2. Gesetzesbindung der planenden Verwaltung

Es ist davon auszugehen, dass sich das Grundsatzproblem der nur eingeschränkt möglichen Gesetzesbindung der planenden Verwaltung in Zukunft noch ein Stück weit verschärfen wird: Zum einen allein aufgrund des längeren Planungshorizonts, der nun anzulegen ist,⁷⁷ zum anderen aufgrund der Notwendigkeit der Anpassungs- und Innovationsfähigkeit bei derartigen Langfristplanungen sowie zur Gewährleistung der Resilienz von Planungssystemen.⁷⁸ Die Rechtsstreitigkeiten um den Lobautunnel verdeutlichen dieses Problem in aller Schärfe:⁷⁹ im Kern stand die Frage im Raum, ob die Bundesministerin für Klimaschutz dieses Planungsprojekt nach erfolgten Genehmigungen nochmals evaluieren und mit dem Argument der geänderten Voraussetzungen dessen Realisierung aussetzen darf, um Alternativen zu erarbeiten, oder ob sie damit rechtswidrig handelt und gegen rechtsstaatliche Grundsätze verstößt. Dieses Grundproblem ist in vielen anderen Bereichen der Planung gleichermaßen zu verorten, wie allein die Grundsatfrage zeigt, ob und unter welchen Voraussetzungen eine einmal erfolgte Baulandwidmung wieder rückgängig gemacht werden kann, um Zersiedelung und übermäßigen Flächenverbrauch zu vermeiden oder naturschutzfachlich relevante Flächen zu erhalten.⁸⁰ Hier ist der Gesetzgeber gefordert, einen klaren Rahmen dafür festzulegen, wie Anpassungen von einmal erarbeiteten Planungen erfolgen können. Die *Neuen Verwaltungswissenschaften* haben hierfür verschiedene steuerungstheoretische Ansätze entwickelt: von Selbstbeobachtungspflichten, die das Recht reflexiv werden lassen, sowie Berichts-

76 S auch *Sedef*, Der zivilrechtliche Vertrag als Planungsinstrument, in diesem Heft, S 93–101.

77 S zur verfassungsrechtlichen Verpflichtung laut BVerfG die Planung der Treibhausgasreduktion bis 2050 fortzuschreiben, oben Pkt 5.

78 Die Frage der Möglichkeit der Anpassung von Planungen ist allerdings auch schon in den 1970ern unter dem Titel des Plangewährleistungsrechts gestellt worden. Dazu etwa *Oldiges*, Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts (1970). Sie erreichen heute allerdings eine neue Dimension.

79 Zu den damit verbundenen Rechtsfragen im Detail *Damjanovic*, Lobautunnel – rechtswidriger Baustopp oder sachentsprechende Entscheidung angesichts geänderter Voraussetzungen?, ÖZW 2021, 146.

80 Dazu im Überblick *Onz/Mendel*, Rückwidmungen von Bauland in Grünland in Burgenland und in Niederösterreich – Rechtliche Voraussetzungen und Folgen, 2017, https://planungsgemeinschaft-ost.at/fileadmin/root_pgo/Studien/Raumordnung/Rueckwidmungen_von_Bauland_in_Gruenland.pdf (13.1.2023).

und Evaluationspflichten, die eine Reversibilität des Rechts zum Ausdruck bringen und die Planung als Erfahrungslernen ermöglicht, sowie freilich dem verstärkten Einbezug von Fachwissen bei den Planungsentscheidungen.⁸¹ Abseits der gesetzlichen Strukturierung der Entscheidungsfindung zeigt aber auch gerade der ziel- und mengenbezogene Ansatz der Klimaschutzrechts (Stichwort Klimabudget), dass eine finale Determinierung der Verwaltung nicht unbedingt vage bleiben muss. Auch in der Raumplanung könnte man an Stelle vage gehaltener Grundsätze (wonach zB auf eine Reduzierung der Flächeninanspruchnahme hinzuwirken sei) gesetzlich konkrete Mengenangaben festlegen (zB eine bestimmte ha-Zahl festlegen, die in einer Gemeinde verbaut werden darf).⁸²

6.3. Planung im Spannungsverhältnis zu Freiheitsverbürgungen

Die Wirtschaftsgrundrechte, allen voran das Eigentumsgrundrecht, haben in den letzten Jahrzehnten eine erhebliche Ausdehnung ihres Schutzbereichs durch die Gerichte erfahren.⁸³ Damit einher ging eine Einschränkung der Gestaltungsmöglichkeiten des Staates in die Wirtschaft steuernd einzugreifen, im Besonderen auch des planenden Staates.⁸⁴ Das BVerfG hat in seinem Klimabeschluss nun sehr deutlich gemacht, dass davon auszugehen ist, dass die Realisierung der Klimaschutzziele unweigerlich mit Einschnitten in die grundrechtsgeschützten Freiheiten der Bürger*innen einhergehen wird. Denn die Verwirklichung der Klimaschutzziele erfordert notwendigerweise staatliche Planung und Steuerung wirtschaftlicher Abläufe, die sich grundsätzlich als rechtfertigungsbedürftige Eingriffe in wirtschaftliche Freiheitsverbürgungen darstellen. Die Literatur geht davon aus, dass mit der Festlegung klarer Zielvorgaben auf den unterschiedlichen Regelungsebenen allerdings die Rechtfertigungslast für umzusetzende Maßnahmen und Eingriffe sinkt.⁸⁵ Zudem hat das BVerfG, indem es die klassischen Freiheitsrechte als intertemporale Freiheitsverbürgungen konstruiert hat, den Eingriffen in Freiheitsrechte der heutigen Generation nicht nur das abstrakte Interesse am Klimaschutz gegenübergestellt, sondern auch den Schutz der Freiheitsrechte der zukünftigen Generation. Das stärkt zusätzlich den Handlungsspielraum des Staates und die Legitimation auch einschneidender Maßnahmen in Freiheitsrechte der heutigen Generation. Damit gewinnt das historisch durchaus bedeutsame Konzept der Sozialbindung des Eigentums, das in der jüngeren juristischen

81 Zu den Neuen Verwaltungsrechtswissenschaften s etwa *Franzius*, Die neue Verwaltungsrechtswissenschaft – eine vorläufige Bilanz, JÖR 2017, 441.

82 Die gesetzlich fixierte Mengenangabe (die sich aus politischen Zielen zur Reduktion des Flächenverbrauchs ableiten könnte) könnte mit einem Modell des Handels mit Flächenzertifikaten kombiniert werden. Überlegungen zu diesem stellt etwa das dt Umweltbundesamt an, vgl Umweltbundesamt, Flächensparen – Böden und Landschaften erhalten, 21.3.2022, <https://umweltbundesamt.de/themen/boden-landwirtschaft/flaechensparen-boeden-landschaften-erhalten/handel-flaechenzertifikaten#modellprojekt-handel-mit-flaechenzertifikaten> (13.1.2023).

83 Für die Entwicklungen in Österreich s insb *Wiederin*, Die Unverletzlichkeit des Eigentums – Metamorphosen einer verfassungsgesetzlichen Gewährleistung, in FS Rill (2010) 273 ff.

84 *Wiederin* in FS Rill 293.

85 So etwa *Franzius*, ZUR 2021, 134.

Literatur aber zumeist ignoriert oder kleingeredet wurde,⁸⁶ wieder an Stellenwert. Davon zeugen auch jüngste Reformen der Raumordnungsgesetze in Österreich, die abweichend vom Konzept der Negativplanung zunehmend Elemente der Positivplanung (zB Baupflicht innerhalb einer bestimmten Frist⁸⁷) oder der Sozialbindung des Eigentums (zB Widmungskategorie geförderter Wohnbau nach der Wr BauO⁸⁸) festschreiben.

6.4. Planung und Rechtsschutz

Angesichts des Stellenwertes von Planungen und Strategien im Rahmen eines Bewirtschaftungsmodells zur Verwirklichung der Klimaschutzziele und damit zur Sicherung unserer Lebensgrundlage und jener der zukünftigen Generation, sind die in Österreich eingeschränkten bzw im Grunde gar nicht vorhandenen Rechtsschutzmöglichkeiten gegen solche Planmaßnahmen für Umweltschutzorganisationen⁸⁹ oder Bürger*inneninitiativen rechtspolitisch kritisch zu betrachten. Diese Rechtsschutzlücke lässt sich klarerweise nicht durch freiwillige Partizipation oder weiche Konsultationsmaßnahmen in Planungsverfahren ausgleichen. Es sollten die verfassungsrechtlichen Grundlagen geschaffen werden, um Umweltschutzorganisationen die Möglichkeit der Rechtskontrolle von Plänen einzuräumen – so wie es Standard in vielen anderen Mitgliedstaaten ist und der Aarhus-Konvention⁹⁰ entsprechen würde.⁹¹ Visionärer wäre es freilich darüber nachzudenken, unmittelbar der Natur Rechte zuzuerkennen, also etwa Bäumen, Flüssen, Gebirgsketten, Landschaften etc Rechtsstellung im Planungsprozess zu geben und damit Rechtsschutz einzuräumen.⁹² Der*die durchschnittliche Jurist*in wird diese Idee reflexhaft wohl als zu abstrakt oder gar esoterisch abtun. Doch braucht es vielleicht gerade derart radikaler Neuansätze, um die große Transformation in unserer Gesellschaft zu schaffen.

Dragana Damjanovic arbeitet als Universitätsprofessorin für Öffentliches Recht am Forschungsbereich Rechtswissenschaft des Instituts für Raumplanung der TU Wien; dragana.damjanovic@tuwien.ac.at

86 Kritisch dazu *Davy*, Planer:innen und Eigentümer:innen – verfreundet in der Bodenpolitik, in diesem Heft, S 79–92.

87 S etwa das Sbg ROG, LGBl 2009/30 idF LGBl 2022/103; *Stegmayer*, Raumordnung – Salzburgs neue Wege, bbl 2018, 45 ff.

88 Mit der Bauordnungsnovelle 2018 (LGBl 2018/69) in § 6 Abs 6a Wr BauO eingefügt.

89 Zum Status Quo s etwa *T. Weber*, Umweltschutz durch Rechtsschutz? Internationale und europäische Vorgaben für den Rechtsschutz im Umweltrecht und ihre Umsetzung in Österreich – analysiert am Beispiel des Wasserrechts (2015).

90 Übereinkommen von Aarhus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten samt Erklärung, BGBl III 2005/88 idF BGBl III 2022/128.

91 Vgl *Franzius*, ZUR 2021, 140, der davon ausgeht, dass Art 9 Abs 3 Aarhus-Konvention und Art 47 GRCh dahingehend auszulegen sind, dass Verbandskläger*innen in stande sein müssen, „jede unionsrechtlich determinierte Zielerreichungsmaßnahme einer gerichtlichen Überprüfung unterziehen zu können“. S dazu auch *Schulev-Steindl*, Klimaklage: VfGH weist Individualantrag gegen steuerliche Begünstigung der Luftfahrt zurück, RdU 2020, 251 (256).

92 *Buocz/Eisenberger*, Demystifying Legal Personhood for Non-Human Entities: A Kelsenian Approach, Oxford Journal of Legal Studies 2022, 1.

Planer:innen und Eigentümer:innen – verfreundet in der Bodenpolitik

Benjamin Davy

Das Verhältnis zwischen Raumplanung, Bodenpolitik und Bodeneigentum ist vielschichtig.¹ Planer:innen und Eigentümer:innen sind weder gut befreundet noch bitter verfeindet, wenn es um die räumliche Entwicklung und Nutzung des Bodens geht. Planer:innen und Eigentümer:innen sind, so könnte man sagen, verfreundet.² Dazu drei aktuelle Eingangsbeispiele:

- In den letzten Jahren wurden Schottergärten in Einfamilienhausgebieten immer beliebter. Steinbrocken und Kies sind pflegeleichter als Sträucher und Blumenbeete, meinen viele Eigentümer:innen. Die Nachteile von Schottergärten für das Kleinklima und die Artenvielfalt sind beträchtlich, weshalb Raumplaner:innen ein Verbot der Anlage von Vorgärten aus anorganischem Material fordern.³
- Zur Entlastung von Abstellflächen im öffentlichen Raum trifft Bodeneigentümer:innen in vielen Städten eine Garagenpflicht. Solche Garagen eignen sich bestens zur Unterbringung von Altmöbeln, Sportgeräten, Werkzeug und anderen Haushaltsgegenständen.⁴ Die Kraftfahrzeuge, die in den privaten Garagen abgestellt werden sollten, werden in der Folge am Straßenrand geparkt – häufig auf eine Weise, die Fußgehende und Radfahrende behindert.

1 Aus der umfangreichen Literatur greife ich Titel heraus, die mich inspiriert haben: *Aicher*, Enteignung durch Raumplanung, JBl 1975, 393–406; *Alterman* (Hrsg), Takings international (2010); *Bernoulli*, Die Stadt und ihr Boden (1946); *Bökemann*, Theorie der Raumplanung (1982); *Breuer*, Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie (1976); *Damaschke*, Die Bodenreform¹⁹ (1902/1922); *Dittus*, Baurecht im Werden (1951); *Franck*, Raumökonomie, Stadtentwicklung und Umweltpolitik (1992); *George*, Fortschritt und Armut (1880/1892); *Hartmann/Needham* (Hrsg), Planning by law and property rights reconsidered (2012); *Howard*, Gartenstädte von morgen (1898/1968); *Needham/Buitelaar/Hartmann*, Planning, law and economics² (2019); *Pernthaler*, Raumordnung und Verfassung I–III (1975, 1978, 1990); *Rill*, Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, VVDStRL 51 (1992) 177–210; *Schmidt-Assmann*, Grundfragen des Städtebaurechts (1972); *Thiel*, Strategisches Landmanagement (2008); *van der Walt*, Constitutional property clauses (1999); *van der Walt*, Constitutional property law (2005); *van der Walt*, Property in the margins (2009); *Wachter*, Bodenmarktpolitik (1993); *Wiederin*, Die Unverletzlichkeit des Eigentums: Metamorphosen einer verfassungsgesetzlichen Gewährleistung, in FS Rill (2010) 273.

2 Ich leihe mir die Wortschöpfung von *Matzner-Holzer*, Verfreundete Nachbarn. Österreich – Deutschland² (2005). Als Wiener Arbeitsmigrant in Dortmund konnte ich diese „Gebrauchsanweisung“ immer wieder gut nutzen.

3 *Voglhuber/Salzer*, „Gärten des Grauens“ und kein Ende, Kurier 12.3.2021, <https://kurier.at/freizeit/gaerten-des-grauens-und-wie-es-natuerlich-anders-geht-steingarten-kies-ulf-soltau-thuje/401216352> (1.9.2022). Vgl auch NN, Erstes Bundesland verbietet Schottergärten, Gärtner + Florist 18.8.2020, <https://gaertner-und-florist.at/gartenbau/2020/08/erstes-bundesland-verbietet-schottergaerten.html> (1.9.2022).

4 Die Nutzung einer Garage als Lagerraum ist zwar verboten, die Umnutzungspraxis gleichwohl verbreitet. Vgl *Benecke*, Garage: Welche Nutzung ist erlaubt?, adac.de 5.11.2021, <https://adac.de/verkehr/recht/verkehrsvorschriften-deutschland/garagen-nutzung/> (1.9.2022).

- Wenn Anlagemärkte unsicher sind, werden Immobilien in begehrten Lagen oft nicht zum Wohnen, sondern als Kapitalanlage genutzt.⁵ Zur Schonung der Vermögensanlage bevorzugen die Eigentümer:innen, ihre Wohnungen nicht zu vermieten. Der freiwillige Leerstand entzieht den städtischen Bodenmärkten dringend benötigten Wohnraum und entspricht auch nicht der planerisch festgesetzten Wohnnutzung. Die drei Beispiele weisen folgende Gemeinsamkeit auf: Einerseits benötigen die betroffenen Eigentümer:innen die Unterstützung der Raumplanung, um ihre Grundstücke nutzen zu dürfen. Oft ist die Unterstützung durch die Raumplanung sogar mit beträchtlichen Steigerungen des Verkehrswerts baulich nutzbarer Grundstücke verbunden. Andererseits bestehen vermeintliche Widersprüche zwischen den privaten Interessen der Eigentümer:innen und den kollektiven Interessen, die von den Planer:innen vertreten werden. Aus diesen Widersprüchen folgt oft der Ruf nach weiteren Eingriffen (zB Verbot der Schottergärten, Garagennutzungspflicht, Leerstandsabgabe etc). Verfreundete Beziehungen können dysfunktional werden,⁶ können sich aber auch produktiv entwickeln. Vor diesem Hintergrund möchte ich den Einfluß von Planer:innen und Eigentümer:innen auf Bodenpolitik und Raumentwicklung besprechen.

1. Private und gemeinschaftliche Eigentumsbeziehungen

Raumplaner:innen haben selten die Macht zur Zuteilung von Eigentum an Boden oder anderen räumlichen Gütern (wie zB Sonnenlicht, Luft, Grundwasser). Zudem dürfen Raumplaner:innen nicht definieren, *was* unter Bodeneigentum zu verstehen ist, sondern müssen mit den Eigentumsbeziehungen arbeiten, die sie in ihrem Zuständigkeitsbereich vorfinden. Was ist unter Eigentumsbeziehungen zu verstehen? Aus der Sicht der Eigentumstheorie und vergleichenden Bodenpolitik ist unter Bodeneigentum ein Netzwerk an rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Beziehungen zur Verteilung der Nutzungen des Bodens und anderer räumlicher Güter zu verstehen.⁷ Die einzelnen Eigentümer:innen (bei privatem Bodeneigentum) oder die Gemeinschaftseigentümer:innen (das sind die Mitglieder der Nutzungsgemeinschaft bei gemeinschaftlichem Bodeneigentum) haben das Recht oder genießen ein Privileg auf Bodennutzung. Alle anderen sind von der Nutzung des Bodens und anderer räumlicher Güter ausgeschlossen.⁸ Juristisch betrachtet, bildet Bodeneigentum ein Individualrecht und ein Rechtsinstitut. Je nach der Rechtsquelle handelt es sich um ein internationales Menschenrecht,⁹ ein ver-

5 UN *Special Rapporteur on Adequate Housing*, Report on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context, A/HRC/34/51 (2017) 9–10.

6 Ein Beispiel bildet das Baulandparadoxon: B. Davy, Baulandsicherung: Ursache oder Lösung eines raumordnungs-politischen Paradoxons? ZfV 1996, 193–208.

7 B. Davy, Land policy. Planning and the spatial consequences of property (2016) 141–145.

8 B. Davy, Land policy 10–11.

9 Art 1 des 1. ZPMRK; Art 17 EU Grundrechte-Charta.

fassungsgesetzlich gewährleistetes Recht (Grundrecht),¹⁰ ein zivilrechtlich¹¹ oder ein im Verwaltungsrecht¹² verankertes Recht. Inhalt und Umfang des Bodeneigentums hängt dabei stark von den Regelungsdetails im jeweiligen Rechtssystem ab. Nur auf einer sehr abstrakt-theoretisierenden Ebene kann man das *fee simple absolute*¹³ nach englischem *Common Law* mit dem kodifizierten Grundstückseigentum nach deutschem oder österreichischem Privatrecht als „Bodeneigentum“ verallgemeinern. Zudem beschäftigen sich zahlreiche Disziplinen außerhalb der Rechtswissenschaften mit dem Bodeneigentum. Für die politische Ökonomie ist Bodeneigentum als Akkumulation von Wohlstand eine Grundlage des Kapitalismus.¹⁴ In der politischen Philosophie wird Bodeneigentum als Garant der persönlichen Freiheit¹⁵ oder als Ursache der Ungleichheit zwischen Menschen¹⁶ beschrieben. Die politische Geographie versteht Bodeneigentum als territoriale Machtbeziehungen, durch die knappe räumliche Güter kontrolliert und ungleich verteilt werden.¹⁷ In der Soziologie bildet Bodeneigentum eine jener sozialen Beziehungen, durch die Menschen in die Gemeinschaft einbezogen oder aus der Gemeinschaft ausgeschlossen werden.¹⁸ Für die ökonomische Analyse des Rechts bildet das Bodeneigentum ein Instrument zum effizienten Ressourcenmanagement.¹⁹ Im Lichte dieser inhomogenen Sichtweisen und Erkenntnisinteressen muß eine vergleichende Analyse des Bodeneigentums ihren Gegenstand stets vorsichtig und vorläufig umschreiben.

Zwischen der Art der Bodennutzung und den Eigentumsbeziehungen, die diese Bodennutzung ermöglichen, besteht ein enger Zusammenhang²⁰ (Tabelle 1). Privates Bodeneigentum ermöglicht die ausschließende Nutzung von bebauten oder unbebauten Grundstücken. Die Eigentümer:innen dürfen den Boden unter dem Schutz und im Rahmen der Gesetze nutzen, die Erträge der Bodennutzung einstreichen, das Grundstück als Kredit-

10 Art 5 StGG; Art 14 und 15 GG.

11 §§ 353 und 354 ABGB; § 903 BGB.

12 Vgl zB §§ 14 ff Straßen- und WegeG des Landes Nordrhein-Westfalen (NRW) (Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen); § 8 Wasserrechtsgesetz (WRG) 1959 (Gemeingebrauch an öffentlichen und privaten Gewässern). Statt vieler Merli, Öffentliche Nutzungsrechte und Gemeingebrauch (1995).

13 *Fee simple absolute* (auch: *freehold*) entspricht dem deutschen oder österreichischen Grundstückseigentum, hat sich aber vor dem Hintergrund der englischen Feudalrechtsordnung entwickelt. An diesen Umstand erinnert die Bezeichnung *eminent domain* (eigentlich: Obereigentum [der Krone]) für das staatliche Enteignungsrecht.

14 *De Soto*, The mystery of capital (2000); *Gaffney*, The role of land markets in economic crises, *American Journal of Economics and Sociology* 2009 (68/4) 855–888; *Heinsohn/Steiger*, Eigentum, Zins und Geld² (2002); *Heinsohn/Steiger*, Eigentumsökonomik (2006); *Marx*, Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie III (1894/1989) 627–821.

15 *Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung (1889/1977) 215–231; *Hayek*, Recht, Gesetzgebung und Freiheit. Band 1: Regeln und Ordnung (1980) 147–154.

16 *Rousseau*, Abhandlung über den Ursprung und die Grundlagen der Ungleichheit unter den Menschen (1755/1998) Teil 2.

17 *Arday*, The territorial imperative (1975); *Ericksen*, The territorial experience (1980); *Harvey*, Justice, nature & the geography of difference (1996) 161–162; *Ratzel*, Der Lebensraum (1901/1966); *Sack*, Human territoriality (1986).

18 *Carruthers/Arionovich*, The sociology of property rights, *Annual Review of Sociology* 2004 (30) 23–46; *Oppenheimer*, Das Bodenmonopol, in *Schoeps/Silbermann/Süssmuth*, Franz Oppenheimer – Gesammelte Schriften III (1917/1998) 105–110; *Simmel*, Soziologie (1908/1992) 512–555; *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft³ (1921/1976) 201–203.

19 *Assmann/Kirchner/Schanze*, Ökonomische Analyse des Rechts (1993); *Barzel*, Economic analysis of property rights² (1997); *Cooter/Ulen*, Law and economics⁴ (2004) 74–187; *Posner*, Economic analysis of law⁷ (2007).

20 *B. Davy*, Land policy 246 (Tabelle 2).

sicherung anbieten oder den Boden verkaufen oder vererben.²¹ Typische Beispiele ausschließender Bodennutzungen sind Bauernhöfe, Einfamilienhäuser, Eigentumswohnungen, Bürogebäude, Geschäftslokale, Industrieanlagen. Die Eigentümer:innen müssen ihre Immobilien nicht selbst nutzen. Sie dürfen (als Vermieter:innen oder Verpächter:innen) ihr Eigentum an andere Personen (als Mieter:innen oder Pächter:innen) zu Wohn- oder Geschäftszwecken vermieten oder verpachten. Manche Rechtssysteme unterwerfen den Raum unterhalb und oberhalb der Grundstücksoberfläche, das Grundwasser, Uferbereiche oder Oberflächengewässer privaten Eigentumsbeziehungen.²²



Abb 1: Martin Luther Denkmal als opportunistische Allmende
© 2022 B. Davy (Dresden, Sachsen)

Gemeinschaftliches Bodeneigentum ermöglicht den Gemeingebrauch von bebauten oder unbebauten Grundstücken (Abb 1). In Anlehnung an traditionelle Gemeindeweiden wird im übertragenen Sinne auch von Allmendenutzungen oder *Common Pool Resources* ge-

21 Clarke/Kohler, Property law (2005); Freyfogle, On private property (2007); Radin, Reinterpreting property (1993); Singer/Berger/Davidson/ Peñalver, Property law⁸ (2021); Waldron, The right to private property (1988); Wieling, Sachenrecht I² (2006).

22 Vgl zB § 3 Abs 1 WRG 1959 (Grundwasser und andere Privatgewässer als Zugehör der Grundstücke).

sprochen.²³ Gemeinschaftseigentümer:innen (zB die Teilhaber:innen eines Gemeinschaftsgartens, alle Autofahrenden beim Gemeingebrauch an Straßen) nutzen das räumliche Allmendegut nach rechtlich festgesetzten oder gesellschaftlich vereinbarten Gemeingebrauchsregeln.²⁴ Ein Hauptzweck dieser Regeln ist die Verhinderung der „Tragödie der Allmende“²⁵ oder Allmende-Klemme,²⁶ der zerstörerischen Übernutzung des gemeinschaftlichen Bodeneigentums. Typische Beispiele für räumliche Allmendegüter sind alle für den öffentlichen Verkehr gewidmeten Straßen, Wege und Plätze, öffentliche Parkanlagen, die Stadtvegetation (insbesondere der städtische Baumbestand), öffentliche Schwimmbäder, die kommunale Wasserver- und Abwasserentsorgung, Gratis-WLAN im öffentlichen Raum, die Stadtsilhouette und städtische Dachlandschaft und allgemein zugängliche Umweltgüter (zB Sonnenlicht, Umgebungsluft, Regenwasser). In manchen Rechtssystemen werden räumliche Güter, die zumeist als Privatgüter eingestuft werden, als Allmendegüter genutzt (zB Gemeinschaftsfarmen wie der *ejido* in Mexiko oder der *moshav* in Israel; urbane Gemeinschaftsgärten in Europa und Nordamerika).

Art der Bodennutzung	Eigentumsbeziehungen	typische Beispiele	atypische Beispiele
ausschließende Bodennutzung	privates Bodeneigentum	Einfamilienhaus, Geschäftslokale	Grundwasser, Privatstraße
gemeinschaftliche Bodennutzung	gemeinschaftliches Bodeneigentum	Verkehrsflächen, grüne Infrastruktur	urbane Gemeinschaftsgärten

Tabelle 1: Bodennutzung und Eigentumsbeziehung (eigene Darstellung)

Im globalen Süden beruhen ausschließende und gemeinschaftliche Bodennutzungen häufig auf informalen Beziehungen. Mitunter sind die Bodennutzungen illegal, werden aber von den Behörden toleriert oder aufgrund von Bestechungszahlungen oder angedrohter Gewalt nicht geahndet. Den Bewohner:innen informeller Siedlungen „gehören“ ihre Behausungen aufgrund eines Gesellschaftsvertrags des Informellen.²⁷ Die Bodennutzenden vermögen mangels rechtsgültiger Titel „ihre“ Grundstücke nicht zur Kreditsicherung und

23 *Dahlmann*, The open field system and beyond (1980); *B. Davy*, Parzellen, Allmenden, Zwischenräume – Raumplanung durch Eigentumsgestaltung, in *Bernhardt/Kilper/Moss*, Im Interesse des Gemeinwohls (2009) 293–329; *Ostrom*, Governing the commons. The evolution of institutions for collective action (1990); *Ostrom*, Design principles of robust property rights institutions: What have we learned? in *Ingram/Hong*, Property rights and land policies (2009) 25; *Ostrom/Dietz/Dolšak/Stern/Stonich/Weber* (Hrsg), The drama of the commons (2002); *Ostrom/Dolšak* (Hrsg), The commons in the new millennium (2003); *Stevenson*, Common property economics (1991).

24 Die Rechtssprache bietet nur ansatzweise ein sprachliches Instrumentarium, um über Commons oder Allmendegüter zu sprechen (zB „freystehende Sachen“ – § 287 ABGB; „Gemeindegut“ – § 288 ABGB; „Gemeineigentum“ – Art 15 GG). Zumeist betonen die gesetzlichen Grundlagen des Gemeingebrauchs, auf seine Aufrechterhaltung bestünde „kein Rechtsanspruch“ (zB § 14 Abs 1 S 2 Straßen- und WegeG NRW).

25 *Hardin*, The tragedy of the commons, Science 1968 (New Series 162/3859) 1243–1248.

26 *Diekmann*, Umweltverhalten zwischen Egoismus und Kooperation, Spektrum der Wissenschaften 1994 (Juni) 20–25 (22); *Gawel*, Die Allmendeklemme und die Rolle der Institutionen. Aus Politik und Zeitgeschehen 2011 (61) 27–33.

27 *B. Davy/Pellissery*, The citizenship promise (un)fulfilled: The right to housing in informal settings. International Journal of Social Welfare 2013 (S1) S68–S84 (S77).

Kapitalbildung zu nutzen.²⁸ Ob eine Formalisierung informeller Bodennutzungen zum Vorteil oder Nachteil der Nutzenden reichen würde, ist in der Literatur umstritten.²⁹ Die formale regulatorische Planung kommt mit informellen Bodennutzungen kaum zurecht.

2. Eigentumsbeziehungen und Raumentwicklung

Libertären und neoliberalen Eigentumstheorien gilt nur das private Bodeneigentum als „echtes“ Eigentum.³⁰ Privates Bodeneigentum bildet für diese Theorien eine Erscheinung der individuellen Freiheit im vermögensrechtlichen Bereich. Auf der anderen Seite des eigentumstheoretischen Spektrums stehen Vertreter:innen der Architektur und der Soziologie, die sich auf den öffentlichen Raum als unverzichtbares städtebauliches Gestaltungselement beziehen, aber dem Privateigentum wenig oder keine Aufmerksamkeit schenken.³¹ Beide Sichtweisen sind unnötig eng und erklären nicht, wie erst durch die Verzahnung ausschließender und gemeinschaftlicher Bodennutzungen eine brauchbare Grundlage der Raumentwicklung geschaffen wird: Privates *und* gemeinschaftliches Bodeneigentum bilden das institutionelle Fundament funktionierender Städte und ländlicher Räume.³² Private Grundstücke sind erst nützlich, wenn sie durch ein Netzwerk öffentlicher Straßen erschlossen und miteinander so verbunden werden, daß die privaten Eigentümer:innen beliebige städtische Orte erreichen. Allerdings wäre ein Netzwerk öffentlicher Straßen grotesk, wenn dadurch nicht Wohn- und Geschäftsgebäude erschlossen und erreichbar gemacht würden. Obzwar als Begründung des Bodeneigentums häufig die Unterscheidung zwischen Mein und Dein genannt wird, liegt die eigentliche Begründung des Bodeneigentums in der Ermöglichung zweckverschiedener Bodennutzungen.³³ Plurale Eigentumsbeziehungen definieren nicht bloß Mein und Dein, sondern gestalten Eigentum als soziale Funktion.³⁴ Eine öffentliche Straße oder eine städtische Kanalisation können nicht aufgrund desselben Eigentums-

28 *De Soto*, *Mystery*. Ironisierend auch *de Soto*, Are Africans culturally unsuited to property rights and the rule of law? in *Banik*, *Rights and legal empowerment in eradicating poverty* (2008) 155.

29 *Bromley*, Formalising property relations in the developing world, *Land Use Policy* 2008 (26) 20; *Gilbert*, On the mystery of capital and the myths of Hernando de Soto. What difference does legal title make? *International Development Planning Review* 2002 (24/1) 1–19; *Lesorogol*, Transforming institutions among pastoralists: inequality and land privatization, *American Anthropology* 2003 (105/3) 531–542; *Sjaastad/Cousins*, Formalisation of land rights in the South: an overview, *Land Use Policy* 2008 (26) 1–9.

30 *Coase*, The problem of social cost, *Journal of Law & Economics* 1960 (3) 1–69; *Hayek*, *Recht, Gesetzgebung und Freiheit I*; *Lai*, The ideas of Ronald H. Coase. Market failure and planning by contract for sustainable development (2011); *Webster/Lai*, *Property rights, planning and markets* (2003).

31 *Carmona/Heath/OcTisdell*, *Public places, urban spaces* (2003); *Carr/Francis/Rivlin/Stone*, *Public space* (1992); *Gehl*, *Life between buildings* (2006); *Low/Smith* (2006) *The politics of public space* (2006); *Madanipour*, *Design of urban space* (1996); *Madanipour*, *Public and private spaces of the city* (2003); *Madanipour* (Hrsg) *Whose public space?* (2010); *Mitchell*, *The right to the city* (2003).

32 *B. Davy*, *Land policy* 231–236.

33 *B. Davy*, Polyrationale property: rules for the many uses of land, *International Journal of the Commons* 2014 (8/2) 472–492; *B. Davy*, Plurale Bodennutzungen und polyrationales Bodeneigentum, in *Freedden/Rummel*, *Handbuch der Geodäsie III* (2015), online verfügbar: https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-3-662-46900-2_85-1 (7.12.2022).

34 Dazu unten 4.

regeln genutzt werden wie ein Einfamilienhaus oder ein Supermarkt. Die Regeln für private und gemeinschaftliche Eigentumsbeziehungen – die Ausgestaltung ihrer sozialen Funktion – sind nicht nur im Zivilrecht enthalten. Eigentumsgestaltende Regeln finden sich auch in verwaltungsrechtlichen Bundes- und Landesgesetzen, kommunalen Verordnungen (Satzungen), dem Gewohnheitsrecht und der Eigentumskultur, allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Nutzungsverträgen. Erst fundiertes Wissen über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen des Bodeneigentums eines Landes erlaubt Raumplaner:innen, eine Vielzahl an Bodennutzungen zu koordinieren. Bodennutzungen sind, was Bodennutzer:innen tun, nicht notwendigerweise das, was Raumplaner:innen für richtig halten. Häufig dürfen Raumplaner:innen nur kommunikative Planung betreiben und die Kraft der Information und Inspiration einsetzen, um Bodennutzungskonflikte zu vermeiden.³⁵

Information und Inspiration sind zwar wichtige, aber vergleichsweise schwache Instrumente zur Vermeidung von Bodennutzungskonflikten. Regulatorische Raumplanungssysteme ermächtigen daher zur verbindlichen „Widmung“ (zB § 15 NÖ ROG 2014) oder „Festsetzung“ (§ 9 BauGB) erlaubter Bodennutzungen. Dadurch werden gegenwärtige Nutzungen legitimiert, erwünschte Nutzungen angestoßen und unerwünschte Nutzungen unterbunden. Raumplanerische Widmungen oder Festsetzungen haben gewichtige Wirkungen auf den Bodenmärkten. Werden bislang landwirtschaftlich genutzte Grundstücke oder Grünland als Bauland gewidmet oder festgesetzt, ist damit eine erhebliche Wertsteigerung für die privaten Eigentümer:innen verbunden. In manchen Planungssystemen dürfen Kommunen die Wertsteigerungen ganz oder teilweise abschöpfen. Durch die Raumplanung können auch Wertverluste verursacht werden. Werden Baulandgrundstücke entwidmet oder wird Gemeingebrauch festgesetzt, mindert die Planung den Tauschwert der Grundstücke. In manchen Planungssystemen müssen die Eigentümer:innen für den Wertverlust oder Planungsschaden entschädigt werden.³⁶

Der Gebrauchswert des Bodens hängt von öffentlichen Erschließungsleistungen, der Qualität grüner und grauer Infrastruktur und Leistungen der Daseinsvorsorge ab.³⁷ Bezeichnet ein Plan eine ausschließende oder gemeinschaftliche Bodennutzung als wünschenswert, können die Bodennutzenden von plankonformem Verhalten profitieren und öffentliche Leistungen und Förderungen erwarten. Raumplanung mittels einer „Politik der goldenen Zügel“³⁸ fördert plankonformes Verhalten finanziell (zB Zahlungen an Eigentümer:innen, die Steingärten durch biologisch wertvolle Sträucher ersetzen). Nicht

35 Beispielhaft für kommunikative Planung in Deutschland *Selle*, Mit den Bewohnern die Stadt erneuern. Der Beitrag intermediärer Organisationen zur Entwicklung städtischer Quartiere. Beobachtungen aus sechs Ländern (1991); *Selle*, Was ist bloß mit der Planung los? Dortmunder Beiträge zur Raumplanung 69³ (1999); *Selle*, Über Bürgerbeteiligung hinaus. Stadtentwicklung als Gemeinschaftsaufgabe? (2013); *Selle/Bischoff/Sinning*, Informieren. Betiligen. Kooperieren. Kommunikation in Planungsprozessen. Eine Übersicht zu Formen, Verfahren, Methoden und Techniken⁴ (2005).

36 Vgl zB § 27 NÖ ROG 2014; §§ 39–44 BauGB.

37 *Bökemann*, Theorie; *B. Davy*, Land policy.

38 *Baestlein/Hunnius/Jann/Konukiewitz*, Der „Goldene Zügel“ und die Kommunen, in *Wollmann*, Politik im Dickicht der Bürokratie, Leviathan 1980 (Sonderheft 3) 103–129.

der Gehorsam gegenüber den hoheitlichen Plänen, sondern der Wettbewerb um öffentliche Förderungen bestimmt sodann das plankonforme Verhalten der Eigentümer:innen.

3. Raumplanung und Bodeneigentum

In vielen Ländern planen Raumplaner:innen „auf gestohlenem Land“.³⁹ Historisches Unrecht des Feudalismus und Kolonialismus, geopolitische Verwerfungen oder Landraub durch erzwungene oder verfälschte Volksabstimmungen beschäftigen Raumplaner:innen gleichwohl selten. Allerdings wird die Raumplanung häufig als dem Privateigentum gegenüber feindselig angesehen, als kommunale Hoheitsverwaltung, die den Eigentümer:innen ihren mühsam erworbenen Boden „stiehlt“. Schuld daran sind nicht nur negative Presseberichte. Zahlreiche Gerichtsurteile betonen eine antagonistische Beziehung zwischen Raumplaner:innen und Eigentümer:innen. In vielen Verfassungsrechtsordnungen wird das Eigentumsgrundrecht als Freiheitsrecht betrachtet, das vor staatlichen Eingriffen zu schützen ist. Das gilt etwa für *regulatory takings* in den USA. In der Leitentscheidung des US Supreme Court stellte der Richter *Oliver Wendell Holmes* den regulierenden Eigentumseingriff, der „zu weit“ gehe, mit der Enteignung gleich: „The general rule at least is, that while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking.“⁴⁰ In seiner Leitentscheidung zu Raumplanung und Eigentumsgrundrecht betrachtete auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die schwedische Stadtplanung als Eigentumseingriff. Das Gericht hielt eine vieljährige Veränderungssperre und ein Bauverbot in Stockholm für eine Lage, in der kein fairer Ausgleich („fair balance“) zwischen dem Schutz des Eigentumsrechts und dem öffentlichen Interesse gegeben sei.⁴¹ Die Rechtsprechung des VfGH zu Art 5 StGG und „Eigentumsbeschränkungen“⁴² folgt dem Interventionsnarrativ.

Eine wichtige Ausnahme vom Interventionsnarrativ höchster Gerichte bildet der sogenannte Naßauskiesungsbeschuß des deutschen BVerfG aus dem Jahr 1981.⁴³ Die im Jahr 1976 in Deutschland bundesweit neu eingeführte Bewilligungspflicht für Einwirkungen auf das Grundwasser und die Verweigerung einer solchen Bewilligung wurden vom BVerfG nicht als „Eingriff“ oder gar Enteignung eingeschätzt, sondern als Inhalts- und Schrankenbestimmung gemäß Art 14 Abs 1 Satz 2 GG. Das BVerfG begründet seine Einschätzung mit der autonomen Bedeutung des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs.⁴⁴ Nicht nur sei

39 Roy, Planning on stolen land, *Planning Theory & Practice* 2021 (22/1) 116–121.

40 Vgl United States Supreme Court (1922), *Pennsylvania Coal v Mahon*, 260 U.S. 393 (415).

41 EGMR 23.9.1982, 7151/75 und 7152/75, *Sporrong und Lönnroth gegen Schweden*.

42 ZB VfSlg 3666/1959 – Grundabtretung; 8195/1977 – Wiener Baumschutzgesetz; 8981/1980 – Rückübereignung; 9911/1983 – Atomsperrgesetz.

43 BVerfGE 58, 300 – Naßauskiesung.

44 „Der Begriff des von der Verfassung gewährleisteten Eigentums muß aus der Verfassung selbst gewonnen werden. Aus Normen des einfachen Rechts, die im Range unter der Verfassung stehen, kann weder der Begriff des Eigentums im verfassungsrechtlichen Sinn abgeleitet noch kann aus der privatrechtlichen Rechtsstellung der Umfang der Gewährleistung des konkreten Eigentums bestimmt werden“ (BVerfGE 58, 300 [335]).

der Ausschluß des Grundwassers vom privaten Grundstückseigentum kein Eingriff, der Gesetzgeber erfülle mit dem Ausschluß sogar den „Auftrag“ des Art 14 Abs 1 Satz 2 GG: „Das Grundgesetz hat dem Gesetzgeber den Auftrag zugewiesen, eine Eigentumsordnung zu schaffen, die sowohl den privaten Interessen des Einzelnen als auch denen der Allgemeinheit gerecht wird [...] Ihm obliegt hierbei eine doppelte Aufgabe: Einerseits muß er im Privatrecht [...] die für den Rechtsverkehr und die Rechtsbeziehungen der Bürger untereinander maßgeblichen Vorschriften schaffen (zum Beispiel für die Übertragung oder Belastung von Eigentum, das Nachbarrecht sowie das Ersatzrecht bei Beeinträchtigung des Eigentums durch Dritte); andererseits hat er den Belangen der Allgemeinheit – in die vor allem jeder Grundstückseigentümer eingebunden ist – in den (meist) öffentlich-rechtlichen Regelungen Rechnung zu tragen.“⁴⁵

Aus der Sicht der Eigentumstheorie und vergleichenden Bodenpolitik bietet der Naßauskiesungsbeschluß des BVerfG eine faszinierende Einsicht: Raumplanung steht dem Bodeneigentum mitnichten feindselig gegenüber, sondern gestaltet das Bodeneigentum sozialverträglich aus.⁴⁶ Den Eigentümer:innen von ausschließlich genutzten Grundstücken, aufgrund ihres Tunnelblicks, mag ein räumlicher Plan als Beschränkung ihrer Eigentumsmacht vorkommen. Das Verhältnis zwischen Raumplanung und Bodeneigentum ist indes vielschichtiger und kann nicht auf Eigentumsbeschränkungen verengt werden. Ein Hauptzweck der Raumplanung ist die Koordinierung benachbarter und potentiell konfligierender Nutzungen. In vielen Planungssystemen folgen Raumplaner:innen – oft unbewußt – dem *Bentham* zugeschriebenen utilitaristischen Prinzip, das „größte Glück der größten Zahl“ herzustellen.⁴⁷ Eigentümer:innen, deren Interessen sich nicht mit dem „größten Glück der größten Zahl“ decken, fühlen sich durch eine utilitaristische Raumplanung benachteiligt. Das Benachteiligungsgefühl läßt sich aus gesellschaftlicher Perspektive jedenfalls dann nicht nachvollziehen, wenn die planerisch ausgeschlossenen Bodennutzungen schädlich, gefährlich oder belästigend sind. Giftige Emissionen einer Betriebsanlage oder schädliche Umweltauswirkungen durch die Übernutzung von Privatgrundstücken sind Beeinträchtigungen, die von privaten Grundstückseigentümern privatrechtlich ohnedies nicht verursacht werden dürfen (zB § 364a ABGB, § 906 BGB). Raumplaner:innen, die durch Flächenwidmungs- und Bebauungspläne schädliche Bodennutzungen verhindern, verstärken und ergänzen den privatrechtlichen Nachbartschutz.⁴⁸

45 BVerfGE 58, 300 (335) – Naßauskiesung.

46 *B. Davy*, Eigentum machen – Grundstückseigentum und Nassauskiesungsbeschluss (BVerfGE 58, 300), ZöR 2022 (77) 513–519. Aus verfassungsdogmatischer Sicht kann der Naßauskiesungsbeschluß so nicht eingeordnet werden, weil das BVerfG ausdrücklich von einem grundgesetzlichen Auftrag an den *Gesetzgeber* spricht, nicht an die planende Verwaltung. Ob ein dem Legalitätsprinzip entsprechendes, ausreichend inhaltlich determiniertes Gesetz den verfassungsrechtlichen Auftrag zur Eigentumsausgestaltung an die planende Verwaltung weitergeben dürfte, wird hier nicht untersucht.

47 *Bentham*, An introduction to the principles of morals and legislation (1789/1948). *Bentham* verwendet die ihm als „Prinzip“ zugeschriebene Formulierung nicht, allerdings ist *Bentham*, Introduction zweifellos ein Haupttext des Utilitarismus.

48 *Epstein*, The private law connections to public nuisance law: some realism about today’s intellectual nominalism, Journal of Law, Economics & Policy 2022 (17/2) 282–313; *Huffman*, Public nuisance: public rights, private rights, and the common good, Journal of Law, Economics & Policy 2022 (17/2) 314–346.

Ein weiterer Hauptzweck der Raumplanung ist die Ermöglichung gemeinschaftlicher Bodennutzungen. Rechtsverbindliche Pläne reservieren Flächen für den öffentlichen Verkehr, öffentliche Parkanlagen, Erholungsräume und graue und grüne Infrastruktur. Solche Pläne unterstützen die Entstehung gemeinschaftlichen Bodeneigentums. Dadurch werden sichere und flüssige Verkehrsströme, Begegnungen im öffentlichen Raum, der Schutz von und vor Gewässern oder ein gesundes Kleinklima gewährleistet. Gewiß bauen Raumplaner:innen selbst ebensowenig Straßen, wie sie auch keine Gemeinschaftsgärten pflegen oder die Wasserver- und -entsorgung unterhalten. Allerdings setzen gemeinschaftliche Bodennutzungen ausreichend Flächen für öffentliche Zwecke voraus. Alle berühmten Stadtpläne – London (*Wren*), Washington, D.C. (*L'Enfant*), Berlin (*Hobrecht*), Paris (*Hausmann*), Brasilia (*Niemeyer*), Canberra (*Griffin*) – begannen mit der Reservierung von Boden für gemeinschaftliche Nutzungen, insbesondere für das Straßennetz und andere öffentliche Zwecke.⁴⁹



Abb 2: Die entfremdete Garage – Symbol für dysfunktionales Privateigentum
© 2019 B. Davy (Düsseldorf, NRW)

⁴⁹ *Hall*, *Cities in civilization* (1998); *Kostof*, *The city assembled* (1992); *Mumford*, *The city in history* (1961).

Für die verfreundete Beziehung der Raumplanung und des Bodeneigentums sind alle Entscheidungen und Handlungen wichtig, die von privaten Eigentümer:innen und Gemeinschaftseigentümer:innen getroffen werden. Ich komme auf meine Eingangsbeispiele zurück.

- Natürlich können Raumplaner:innen eine Vorgartenlandschaft anregen, indem ein Raum zwischen Grundstücksgrenze und Bau(flucht)linie reserviert wird. Eine ökologisch wertvolle Vorgartenlandschaft entsteht aber nur, wenn die Eigentümer:innen ihre Vorgärten nicht mit Schotter und Steinbrocken füllen, sondern blütenreiche Vegetation anpflanzen. Erst aus der Anpflanzung und Pflege entstehen ökologische Vorteile (für Insekten, das Kleinklima, das Regenwassermanagement) und ein angenehmer Anblick (für alle, die vorübergehen). Finden die Eigentümer:innen die Gartenarbeit zu langweilig und bevorzugen sie Schottergärten, verkümmert die planerisch vorbereitete Vorgartenlandschaft zum Dürrestreifen.
- Ein anderes Beispiel für die verfreundete Beziehung zwischen Raumplaner:innen und Eigentümer:innen bildet das spannungsreiche Verhältnis zwischen der abschließenden Nutzung von Garagen (Abb 2) und dem knappen Raum zum Abstellen von Kraftfahrzeugen am Straßenrand. Ein Flächenwidmungsplan (Ö) oder Bebauungsplan (D), der für jede Wohneinheit eine bestimmte Anzahl an Garagenboxen vorschreibt, strebt die Entlastung des Straßenraums an. Wenn aber die privaten Bodeneigentümer:innen, die zugleich Gemeinschaftseigentümer:innen beim Gemeingebrauch des Straßenraums sind, ihre Garagenboxen lieber als Möbellager oder Werkzeugschuppen nutzen und ihre Autos am Straßenrand abstellen, wird die vorausblickende Planungsabsicht zunichte gemacht.
- Urbaner Wohnraum hat nicht nur einen Gebrauchswert, der angibt, wie viele Menschen welchen Wohnnutzen ziehen können, sondern auch einen Tauschwert und die Fähigkeit, ökonomische Werte zu speichern (und gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt mit beträchtlichen Wertsteigerungen zu verkaufen). Diese Eigenschaft lässt urbanen Wohnraum gerade in Zeiten wirtschaftlicher Unsicherheit als ideale Anlageform erscheinen. Wird urbaner Wohnraum in größerem Umfang von Investor:innen (nur) als Wertanlage behandelt, werden dringend für Wohnzwecke benötigte und nur zu diesem Zweck erlaubte Wohnbebauungen den Wohnungsmärkten entzogen.

Die drei Beispiele können unterschiedlich bewertet werden. Einerseits könnte man darin eine anschauliche Beschreibung der Rücksichtslosigkeit und des Egoismus der privaten Bodeneigentümer:innen sehen, andererseits einen Vorwurf gegen die Raumplanung, sich dauernd in die Nutzungsentscheidungen mündiger Bürger:innen einzumischen. Beide Vorwürfe machen sich ein Missverständnis über das Eigentum als individuelles Recht zunutze und ignorieren das Eigentum als soziale Funktion. In den drei Beispielen handeln die Eigentümer:innen nicht egoistisch, sondern verstoßen gegen die soziale Funktion, die ihnen spezifische Rollen innerhalb der gesellschaftlichen Arbeitsteilung zuweist.

Und die Planer:innen bevormunden nicht, sondern bestimmen den Inhalt der sozialen Funktion. Ohne diese Bestimmung existiert Bodeneigentum überhaupt nicht. Meine zugegebenermaßen ungewöhnliche Sichtweise bedarf der Erläuterung.

4. Raumplanung und das Eigentum als soziale Funktion

Bodeneigentum ist keine natürliche Erscheinung wie die Schwerkraft oder das Wetter. Bodeneigentum ist eine soziale Konstruktion.⁵⁰ Seit *Hans Kelsens* scharfsinniger Analyse sollte niemand mehr von der ideologischen Durchdrungenheit aller Eigentumsbeziehungen überrascht sein.⁵¹ Ähnlich argumentierte *Karl Renner*, der das Privateigentum mit einer verheerenden Lawine verglich und eine „soziale Funktion“ des Eigentums einforderte.⁵² Was man sich unter einem angemessenen Umgang mit ideologisiertem Eigentum vorstellen kann, ließen *Kelsen* und *Renner* unbeantwortet. Die Antwort lieferte *Léon Duguit*, ein Verfassungsrechtsprofessor an der Rechtsfakultät der Universität Bordeaux, dessen wegweisende Theorie im deutschsprachigen Raum fast gänzlich unbeachtet blieb.⁵³

Duguit präsentierte 1911 in mehreren Vorlesungen in Buenos Aires seine gesellschaftsbasierte Rechtstheorie,⁵⁴ darunter auch eine Eigentumstheorie, die er „Eigentum als soziale Funktion“ nannte: „Mais la propriété n’est pas un droit; elle est une fonction sociale.“⁵⁵ Auf Deutsch: Das Eigentum ist kein Recht, es ist eine soziale Funktion. *Duguit* stützte seine Eigentumstheorie auf soziologische Konzepte, insbesondere auf *Emile Durkheims* soziale Arbeitsteilung.⁵⁶ *Durkheim* stellte die mechanische der organischen Solidarität gegenüber. Mechanische Solidarität beruhe auf Ähnlichkeit, organische Solidarität sei die Folge der Arbeitsteilung. *Durkheim* diagnostizierte für moderne Gesellschaften eine deutliche Zunahme der organischen Solidarität, weil „die soziale Solidarität dazu neigt, rein organisch zu werden. Die Arbeitsteilung übernimmt immer mehr die Rolle, die früher das Kollektivbewußtsein erfüllt hatte. Sie hauptsächlich hält die sozialen Aggregat der höheren Typen zusammen.“⁵⁷

Duguit erblickte im Eigentum die Verkörperung des durch soziale Arbeitsteilung geschaffenen Wohlstands. Eigentum zu haben sei an die Verpflichtung geknüpft, die der sozialen Arbeitsteilung entsprechenden Leistungen zu erbringen. Die produktive Bodennutzung nannte *Duguit* als Beispiel. Kritisch wandte sich *Duguit* gegen Eigentum an kapitalisti-

50 *B. Davy*, Land policy 10.

51 *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1934) 44–46.

52 *Renner*, Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion (1929/1965) 78–103, 94.

53 Vgl aber *B. Davy*, „Dehumanized housing“ and the ideology of property as a social function, *Planning Theory* 2020 (19/1) 38–58 (47–54); *Grimm*, Solidarität als Rechtsprinzip. Die Rechts- und Staatslehre Léon Duguits in ihrer Zeit (1973); zur *Nedden*, Wohnraumversorgung und Freiraumschutz: Stand und Perspektiven, *ZUR* 2022, 74 (81).

54 *Duguit*, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon² (1912/1920).

55 *Duguit*, Transformations 21.

56 *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung (1933/2012)

57 *Durkheim*, Arbeitsteilung 228.

schen Produktionsmitteln und ihre Nutzung gegen das kollektive Interesse.⁵⁸ Seine Kritik stützte *Duguit* auf *Auguste Comte* und seine Theorie des Eigentums als gesellschaftliches Produkt: „Da kein Eigentum ohne die unumgängliche öffentliche, sowohl spezielle als auch allgemeine, Kooperation geschaffen und nicht einmal durch seinen alleinigen Besitzer übertragen werden kann, darf sein Gebrauch nie rein individuell sein. Immer und überall ist die Gemeinschaft dabei mehr oder weniger beteiligt, um es den sozialen Bedürfnissen unterzuordnen.“⁵⁹ Eine Hilfsfunktion des Eigentums, die etwa neben seine ökonomische oder ökologische Funktion träte,⁶⁰ ist die soziale Funktion für *Duguit* nicht. Vielmehr wird Eigentum erst durch seine soziale Funktion begründet.⁶¹

Was folgt aus der Theorie des Eigentums als sozialer Funktion für die drei Eingangsbeispiele? Eigentümer:innen, die ihre Vorgärten zuschottern, ihre Privatgaragen als Lagerraum nutzen und den öffentlichen Straßenraum zuparken oder ihre Luxuswohnungen als bloßes Anlagevermögen leer stehen lassen, genießen nach dieser Theorie keinen Schutz. Da sie die Erfüllung der ihnen zgedachten sozialen Funktion verweigern, erfüllen sie eine notwendige Bedingung nicht, um weiterhin ihr Bodeneigentum genießen zu dürfen.

Die Theorie *Duguits*, so radikal sie auch zu Beginn des 20. Jahrhunderts erschienen sein mochte, geht geistesgeschichtlich auf die Policywissenschaft des 18. Jahrhunderts zurück, etwa auf *Johann Heinrich Gottlob von Justi*.⁶² *Von Justi* sah in der „Aufsicht der Policy auf die Nutzung der Privatgüther“ das zentrale Steuerungsmittel einer effizienzbewußten Bodenpolitik: „Es liegt dem Staate gar viel daran, daß die unbeweglichen Güther, und überhaupt der Boden des Landes auf die bestmögliche Weise genutzt werde.“⁶³ Die Frage, die *von Justi* wie auch die heutige Raumplanung beschäftigt, ist, wie man Staatsinterventionen organisieren müßte, um zur bestmöglichen Bodennutzung zu gelangen. *Von Justi* befürwortete Privateigentum am landwirtschaftlich genutzten Boden. Die Privatisierung der Allmende müsse aber Schranken haben. Man solle zwar „so viel möglich das Eigentum der Oberfläche des Landes in die Hände der besondern Privatpersonen bringen“,⁶⁴ es dürfe aber „die Landespolicy nicht gestatten, daß jemand seine Aecker und Grundstücke ohne alle Cultur und Nutzung liegen läßt.“⁶⁵ Deshalb müsse die Landespolicy einen Bodennutzungsplan erstellen, den *von Justi* als „Tabelle“ bezeichnete.⁶⁶ In dieser „Tabelle“ sollten alle Grundstücke erfaßt und ihre Nutzungser-

58 *Duguit*, Transformations 147–178.

59 *Comte*, System der positiven Politik, Band 1.1 (1851/2004) 207.

60 *Foster/Bonilla*, The social function of property: A comparative perspective. Introduction, Fordham Law Review 2011 (80) 1003–1015; *Ondetti*, The social function of property, land rights and social welfare in Brazil, Land Use Policy 2016 (50) 29–37.

61 *B. Davy*, Dehumanized housing 53.

62 Ausführlich dazu *B. Davy*, Boden und Planung – Zwischen Privateigentum und Staatsintervention, in *Schmals*, Was ist Raumplanung? (1999) 101–122 (110 f); *B. Davy*, Land policy 89 und 205–208.

63 *Von Justi*, Die Grundfeste zu der Macht und Glückseligkeit der Staaten I (1760/1965) 120.

64 *Von Justi*, Grundfeste 122.

65 *Von Justi*, Grundfeste 128.

66 *Von Justi*, Grundfeste 129 ff.

fordernisse festgesetzt werden. Falls private Eigentümer ihre Äcker nach Fristsetzung nicht kultivierten, sollte der „wohleingerichtete Staat“ den ungenutzten Boden an den „Meistbiethenden“ versteigern oder jemandem übertragen, der zur plankonformen Nutzung – zur Erfüllung der sozialen Funktion (*Duguit*) – bereit sei.⁶⁷

Von Justi und *Duguit* weisen der Raumplanung eine Richtung, die in der Diskussion über Bodeneigentum eher ungewöhnlich ist.⁶⁸ Woran liegt dies? Weder das Konzept der sozialen Arbeitsteilung noch die Verknüpfung des Bodeneigentums mit Pflichten der Nutzungsberechtigten erscheinen abwegig.⁶⁹ Allerdings werden die Sozialpflichtigkeit des Bodeneigentums oder die Solidarität der Eigentümer:innen mit Nicht-Eigentümer:innen in der juristischen Literatur zumeist ignoriert oder kleingeredet.⁷⁰ Und in der raumplanerischen und bodenpolitischen Literatur ist der Respekt vor rechtswissenschaftlichem Sachverstand meist groß. Die immer drängenderen Krisen – Immobilien- und Finanzkrise, Klimakrise, Fluchtcrise, Pandemiekrise, Energiekrise – machen deutlich, daß das Konzept eines absoluten Privateigentums am Boden wenig zur Lösung gesamtgesellschaftlicher Probleme beiträgt. *Von Justi* und *Duguit* könnten durchaus als Inspiration für eine Solidarisierung und Ökologisierung der Bodenordnung aufgegriffen werden.

Universitätsprofessor Dr. Benjamin Davy war Inhaber des Lehrstuhls Bodenpolitik, Bodenmanagement und kommunales Vermessungswesen, Fakultät Raumplanung, TU Dortmund, und ist seit 2019 Gastprofessor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität von Johannesburg.

⁶⁷ *Von Justi*, Grundfeste 128.

⁶⁸ Vgl aber § 387 ABGB: „In wie fern Grundstücke wegen gänzlicher Unterlassung ihres Anbaues, oder Gebäude wegen der unterlassenen Herstellung für verlassen anzusehen, oder einzuziehen seyn, bestimmen die politischen Gesetze.“ Im Jahr 1811 war der (österreichische) Gesetzgeber gegenüber dem spekulativen Leerstand und anderen Formen der asozialen Eigentumsverwendung aufgeschlossener als heute. Ähnlich lautete es im Ersten Teil, Achter Titel, § 34 des Preußischen Allgemeinen Landrechts (1794): „So weit die Benutzung einer Sache zur Erhaltung des gemeinen Wohls erforderlich ist, kann der Staat diese Benutzung befehlen, und die Unterlassung derselben durch Strafgesetze ahnden.“

⁶⁹ Ausdrücklich sogar Art 14 Abs 2 GG.

⁷⁰ Statt vieler *Depenheuer*, Entwicklungslinien des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes in Deutschland 1949–2001, in *von Danwitz/Depenheuer/Engel*, Bericht zur Lage des Eigentums (2002) 109–213.

Der zivilrechtliche Vertrag als Planungsinstrument

Arzu Sedef

1. Einleitung

In den letzten Jahren ist die Tendenz erkennbar, dass der Staat für seine Planungsaufgaben zunehmend den zivilrechtlichen Vertrag nutzt.¹ Vor allem wenn es um Transformationsprozesse zur ökologischen Nachhaltigkeit geht, wird der Vertrag immer öfter als Planungsinstrument eingesetzt.

Für die Raumplanung werden zB sogenannte *Raumordnungsverträge* (bzw städtebauliche Verträge) herangezogen. Dabei handelt es sich um einen zivilrechtlichen Vertrag, der zwischen der öffentlichen Hand (Stadt/Gemeinde) und einem Privaten (idR Grundeigentümer*innen oder Bauträger*innen) im Zusammenhang mit der Änderung von Flächenwidmungs- und/oder Bebauungsplänen abgeschlossen wird.² Solche Verträge können etwa eine Bebauungspflicht der Grundeigentümer*innen vorsehen oder die Bauträger*innen verpflichten, sozialen Wohnraum zu schaffen.³ Sie können aber auch vorsehen, dass die Bauträger*innen die Kosten für Infrastruktur, wie Straßen, Schulen oder Parks, die wegen der Umwidmung neu hergestellt werden muss, übernehmen müssen.⁴ Die bekanntesten Projekte in Wien, im Rahmen derer solche Verträge abgeschlossen wurden, sind *Danube Flats*, *Triüple*⁵ und das umstrittene *Heumarkt-Projekt*⁶.

Aktuell werden auch sogenannte *Mobilitätsverträge* zwischen Gemeinden und Bauträgern*innen im Zuge der Erlassung oder Änderung von Bebauungsplänen abgeschlossen. Sie dienen dazu, die durch das Bauvorhaben erwartete Steigerung des Kfz-Verkehrs zu reduzieren.⁷ Im Rahmen solcher Verträge werden die Bauträger*innen zB verpflichtet, ausreichende Radabstellplätze und Lademöglichkeiten für E-Autos zu errichten, Jahreskarten für den öffentlichen Verkehr an Erstbezieher*innen auszugeben oder Car-

1 Vgl *Diebäcker*, Städtebauliche Verträge und öffentliche Räume, *Der öffentliche Sektor – The Public Sector* 2019, 7 (8).

2 *Madner/Mayr/Grob*, Positionspapier der österreichischen Städte zu städtebaulichen Verträgen (2020) 1.

3 LG – 02618.2013/0001, Beilage 9/2014, Erläut 5; *Schüßler-Datler*, Städtebauliche Verträge (2020) 84 ff.

4 LG – 02618.2013/0001, Beilage 9/2014, Erläut 5; *Schüßler-Datler*, Städtebauliche Verträge 104 ff.

5 *Putschögl*, Wien schließt erstmals städtebauliche Verträge mit Entwicklern, *derstandard.at* 20.5.2015, <https://derstandard.at/story/2000016120304> (7.12.2022).

6 Vertrag gemäß § 1a der Bauordnung für Wien über die Errichtung und Erhaltung von Infrastrukturmaßnahmen und sonstige Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben „InterContinental Wien“, <https://wien.gv.at/stadtentwicklung/projekte/wev/pdf/vertrag-heumarkt.pdf> (7.12.2022).

7 *Stadt Graz*, Mobilitätsverträge, Abteilung für Verkehrsplanung, <https://graz.at/cms/beitrag/10265468/7760054/> (7.12.2022).

Sharing-Angebote bereitzustellen.⁸ Ein entsprechender Mobilitätsvertrag wurde mit dem Bauträger des Projekts *The Marks* im dritten Wiener Gemeindebezirk abgeschlossen.⁹ Möglich sind solche Verträge aber auch im Bereich der *Energieraumplanung*.¹⁰ Mit diesen könnte die öffentliche Hand Bauträger*innen beispielsweise dazu verpflichten, Solarenergie-Anlagen, Biomassezentralheizungen oder Regenwassernutzungsanlagen einzubauen und zu betreiben oder bestimmte Anforderungen an die energetische Gebäudequalität einzuhalten.¹¹ In Deutschland werden solche Verträge bereits abgeschlossen.¹² In Österreich gibt es – soweit ersichtlich – noch keine Praxisbeispiele. Das mag daran liegen, dass in Deutschland § 11 Abs 1 Z 4 und Z 5 dt BauGB¹³ Maßnahmen der Energieraumplanung explizit als möglichen Inhalt von solchen privatrechtlichen Vereinbarungen anführt.

2. Besonderheit des zivilrechtlichen Vertrags als Planungsinstrument

Der Umstand, dass die öffentliche Hand zivilrechtliche Verträge mit Privaten abschließt, ist nichts Außergewöhnliches und kommt in der Praxis häufig vor. Wird der Vertrag aber als Planungsinstrument eingesetzt, weist er eine Besonderheit auf, die ihn von den übrigen zivilrechtlichen Verträgen, die idR zwischen der öffentlichen Hand und Privaten abgeschlossen werden, unterscheidet.

Diese Eigenheit wird sichtbar, wenn man die Grundsystematik, nach welcher der Staat handelt, näher betrachtet. Grundsätzlich hat der Staat öffentliche Aufgaben wahrzunehmen, für deren Erfüllung ihm primär hoheitliche Instrumente, wie Verordnungen (VO) und Bescheide, zur Verfügung stehen. Solche Hoheitsakte erlässt der Staat einseitig und sie dienen der Verwirklichung von Allgemeininteressen.¹⁴ Andererseits darf der Staat aber auch am Wirtschaftsleben teilnehmen und zivilrechtliche Verträge abschließen. Er darf zB Büromaterial kaufen oder Wohnungen vermieten und mit dieser Tätigkeit sogar Gewinn machen.¹⁵ Der zivilrechtliche Vertrag regelt zwar das Verhältnis zwischen zwei Privaten, da der Staat in den zuvor genannten Beispielen aber wie ein Privater agiert, ist dieses Rechtsinstrument passend.

Im Bereich der staatlichen Planung gilt diese Grundkonstellation allerdings nur zum Teil. Besonders klar ersichtlich wird dies in der Raumplanung: Die Raumplanung ist eine öffentliche Aufgabe, die der Staat mit Hilfe von hoheitlichen Mitteln erfüllt, indem zB der zuständige Gemeinderat einen Flächenwidmungsplan in Form einer VO erlässt. Schließt der Staat aber

8 *Urban*, Mobilitätsverträge in der Stadt Graz. Privatrechtliche Verträge als Steuerungsinstrumente für die Mobilitätswende im Wohnbau (2021) 8.

9 *Wiltshcko*, Städtebauliche Verträge (mit Mobilitätsbezug) aus Bauträgersicht, ÖGUT-Vortrag 23.1.2019, 6 f, https://oegut.at/downloads/pdf/mmbautraeger-2019-01/20190130_05_Wiltshcko.pdf?m=1549291046 (7.12.2022).

10 *Madner/Parapatics*, Energieraumplanung in Wien. Aufbereitung rechtlicher Aspekte (2016) 68 f.

11 *Madner/Parapatics*, Energieraumplanung 63.

12 Entsprechende Bsp finden sich in *Madner/Parapatics*, Energieraumplanung 64.

13 Baugesetzbuch dt BGBI I 2017/72 idF BGBI I 2023/6.

14 Vgl *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ (2021) Rz 684 ff.

15 Art 17 B-VG für Bund und Länder; Art 116 Abs 2 B-VG für Gemeinden; *Raschauer*, Verwaltungsrecht⁶ Rz 715.

zivilrechtliche Verträge – sogenannte *Raumordnungsverträge* – mit Grundeigentümer*innen ab, dann verfolgt er etwa keine erwerbswirtschaftlichen Interessen, sondern möchte mit diesen Verträgen die in den Raumordnungsgesetzen festgelegten Raumplanungsziele (zB § 1 Abs 2 Wr BauO¹⁶) umsetzen.¹⁷ In solchen Fällen erfüllt der Staat demnach *genuine öffentliche Aufgaben* nicht mehr mit Hoheitsakt, sondern privatrechtlichen Verträgen.¹⁸ Das darf die öffentliche Hand grundsätzlich auch solange keine Kernaufgaben des Staates betroffen sind, wie zB die Landesverteidigung, oder das Gesetz nicht explizit den Einsatz von hoheitlichen Mitteln vorschreibt.¹⁹ Bei Raumordnungsverträgen bedarf es laut VwGH außerdem noch einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung für die jeweilige Gemeinde.²⁰ Die verfassungsrechtliche Ermächtigung des Art 116 Abs 2 B-VG²¹ allein ist demnach nicht ausreichend.²² Folglich weichen solche Verträge von dem eben beschriebenen Grundsystem ab und das macht den zivilrechtlichen Vertrag als Planungsinstrument so besonders.²³

3. Gründe für den Einsatz von zivilrechtlichen Verträgen als Planungsinstrument

Der Staat könnte seine Planungsziele demnach grundsätzlich mit hoheitlichen Mitteln umsetzen und dem*der Privaten die dafür notwendigen Maßnahmen einseitig anordnen. Es stellt sich daher die Frage, wieso die öffentliche Hand bei der Planung immer mehr auf den zivilrechtlichen Vertrag zurückgreift, einem Instrument, bei dem sich die öffentliche Hand zuerst mit dem*der Privaten einigen muss, damit der Vertrag überhaupt zustande kommt und die entsprechende Verpflichtung entsteht.

3.1. Kooperationsgedanke

Einer der Gründe ist der *Kooperationsgedanke*, wie etwa im Bereich des Vertragsnaturschutzes^{24, 25} Während hoheitliche Mittel einseitige Pflichten auferlegen, kann der Staat

16 Wiener Stadtentwicklungs-, Stadtplanungs- und Baugesetzbuch (BO für Wien) LGBl 1930/11 idF LGBl 2021/70.

17 Vgl LG – 02618.2013/0001, Beilage 9/2014, Erläut 1.

18 Kolmasch in Schwimann/Neumayr, ABGB § 879 Rz 3.

19 Weber in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2016) zu Art 116 Rz 13 ff; Weber, Staat im Schafspelz der Privatwirtschaftsverwaltung (2016) 1; OGH 23.2.1995, 2 Ob 511/95; OGH RS0017891; OGH RS0049882.

20 VwSlg 13.625 A/1992.

21 Bundesverfassungsgesetz (B-VG) BGBl 1930/1 idF BGBl I 2022/222.

22 Madner/Parapatics, Energieraumplanung 68; Kleewein, Überwälzung von Raumplanungskosten auf Private? bbl 2006, 139 (144); Eisenberger/Steineder, Privatrechtliche Vereinbarungen mit der Gemeinde zur Beseitigung von Umwidmungshindernissen, bbl 2011, 157 (162).

23 Vgl Raschauer, Verwaltungsrecht⁶ Rz 720 f.

24 Der Vertragsnaturschutz dient der Erreichung von natur- und umweltpolitischen Zielen. Dabei schließen Naturschutzbehörden mit Grundeigentümer*innen privatrechtliche Vereinbarungen, in denen sich die Grundeigentümer*innen ua verpflichten bestimmte Naturräume auf ihrem Grundstück zu erhalten. Für diese Nutzungseinschränkung erhalten sie eine finanzielle Abgeltung. Näheres Müller/Wachter, Schwerpunkt Infrastruktur III: Natur- und Nationalparks im Fokus des Beihilfenrechts, Jahrbuch Beihilfenrecht 2019, 411 (417 f).

25 Brandl, Der Vertragsnaturschutz als Instrument des Landschaftsnaturschutzes (1994) 14 f.

die geplanten Maßnahmen mit den Privaten im Zuge der Vertragsverhandlungen abstimmen. Das wiederum kann dazu führen, dass diese Maßnahmen nicht nur besser akzeptiert werden, sondern auch tatsächlich umgesetzt werden, weil sie auf die konkreten Einzelfälle zugeschnitten sind.²⁶

3.2. Fehlen hoheitlicher Mittel

In manchen Fällen muss der Staat sogar auf den Vertrag zurückgreifen, weil ihm überhaupt *keine hoheitlichen Mittel* zur Verfügung stehen, um das Ziel zu erreichen. Mit einem Flächenwidmungsplan beispielsweise ist nur eine Negativplanung möglich. Das bedeutet, dass Flächenwidmungspläne nur eine Bebauung erlauben können, die Grundeigentümer*innen aber nicht dazu verpflichten können, tatsächlich zu bauen.²⁷ Gesetzliche Bebauungspflichten in Raumordnungsgesetzen fehlen, so etwa in der Wr Bauordnung.²⁸ Der Vertrag stellt daher die einzige Möglichkeit dar, eine solche Pflicht vorzusehen und damit eine Positivplanung zu erreichen.²⁹ Das gilt auch für die Verpflichtung zur Erhaltung und Wartung von Freiräumen oder zu einer bestimmten Nutzung (zB von Erdgeschoßzonen). Diese können ebenfalls nicht mit dem Flächenwidmungs- oder Bebauungsplan festgelegt werden.³⁰

3.3. Fehlendes Know-How der öffentlichen Hand

Manchmal liegt es aber auch daran, dass der öffentlichen Hand das *Know-How* fehlt, um bestimmte öffentliche Aufgaben zu erfüllen. Dies lässt sich anhand der sogenannten Innovationspartnerschaft im Vergaberecht gut aufzeigen (§§ 118 ff BVerG 2018³¹). Die Innovationspartnerschaft kann insb eingesetzt werden, wenn der Staat eine innovative Leistung erwerben möchte, die am Markt noch nicht verfügbar ist (§ 119 Abs 2 BVerG 2018) und für deren Entwicklung der staatlichen Institution selbst die Expertise fehlt. In solchen Fällen kann die Behörde – vereinfacht gesagt – das Problem ausschreiben und private Personen bzw Unternehmen auffordern, ihm ein Angebot zur Entwicklung einer umsetzbaren Lösung zu liefern.³² Mit dem* der Bieter*in, der* die das wirtschaftlich günstigste Angebot legt, schließt die öffentliche Hand einen privatrechtlichen Vertrag über die Entwicklung und den anschließenden Erwerb der daraus hervorgehenden innovativen Leistung ab.³³

26 Brandl, Vertragsnaturschutz 19.

27 Ua Kleewein, Vertragsraumordnung in der Praxis. Privatrechtliche Verträge und deren Grenzen, RFG 2005, 52 (52).

28 Beachte aber die befristete Baulandwidmung wie etwa in § 27 Abs 7 Sbg ROG; näheres Stegmayer, Raumordnung – Salzburgs neue Wege, bbl 2018, 45 (45 ff und 125); Gesetz v 17.12.2008 über die Raumordnung im Land Salzburg (ROG 2009) LGBl 2009/30 idF LGBl 2022/103.

29 Ua Kleewein, RFG 2005, 52.

30 Schremmer, Anforderungen der Stadtentwicklung und städtebauliche Verträge, immolex 2019, 70 (72).

31 Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (BVerG 2018) BGBl I 2018/65 idF BGBl II 2019/91.

32 Vgl § 119 Abs 2 BVerG.

33 § 142 Abs 1 BVerG.

3.4. Finanzielle Entlastung der öffentlichen Hand

Ein simpler, aber praktisch wichtiger Grund sind natürlich auch *finanzielle Aspekte*.³⁴ Im Bereich der Raumplanung etwa führen Umwidmungen in Bauland regelmäßig dazu, dass entweder neue Infrastruktur (zB Straßen, Kindergärten, Schulen) geschaffen oder die bestehende ausgebaut werden muss. Daher sehen Raumordnungsverträge oftmals vor, dass die Bauträger*innen sich an den anfallenden Infrastrukturkosten beteiligen oder die erforderlichen Anlagen selbst herstellen. Damit muss die öffentliche Hand weniger aufwenden, was zu einer finanziellen Entlastung führt.³⁵

4. Probleme beim Einsatz des zivilrechtlichen Vertrags als Planungsinstrument

Obwohl der zivilrechtliche Vertrag als Planungsinstrument viele Vorteile hat, bringt dessen Einsatz auch einige Probleme mit sich, die sich vor allem aus der Kombination von Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit *zivilrechtlichen Mitteln* ergeben. Einige davon sollen hier aufgezeigt werden.

4.1. Rechtliche Komplexität und Rechtsunsicherheiten

Ein Thema ist die *rechtliche Komplexität*. Auf diese Verträge ist das Zivilrecht anzuwenden. Das Problem ist aber, dass die öffentliche Hand an umfassende öffentlich-rechtliche Vorgaben gebunden ist,³⁶ die wiederum Auswirkungen auf den Vertrag haben und letztlich zu komplizierten zivilrechtlichen Konstruktionen führen.

Ein Beispiel dafür ist das *Kopplungsverbot*. Der VfGH³⁷ hat in seiner Entscheidung zum Sbg ROG aF³⁸ ua die zwingende gesetzliche Verknüpfung des Raumordnungsvertrags, einer privatwirtschaftlichen Maßnahme, mit dem Flächenwidmungsplan, einer hoheitlichen Maßnahme, als verfassungswidrig angesehen. Begründet hat das der VfGH damit, dass die Gemeinde gesetzlich gezwungen werde, das Grundstück im Flächenwidmungsplan in Bauland zu widmen, sobald der*die Grundstückseigentümer*in einen Raumordnungsvertrag mit der Gemeinde abschließt. Folglich werde der Flächenwidmungsplan (ein Hoheitsakt) ausschließlich aufgrund dieser privatrechtlichen Vereinbarung erlassen bzw geändert. Umgekehrt verbiete das Raumordnungsgesetz der Gemeinde beim Nichtzustandekommen einer Vereinbarung das Grundstück dennoch als Bauland auszuweisen, selbst wenn an deren Verbauung ein raumordnungsfachliches Interesse bestehe.³⁹ In Folgeerkenntnissen hat der VfGH die Vorschriften in den verfahrensgegenständlichen Raum-

34 Vgl *Stolzlechner/Bezemek*, Einführung in das öffentliche Recht⁷ (2018) Rz 759.

35 *Madner/Mayr/Grob*, Positionspapier 1 f.

36 Zu diesen Fragen genauer *Berka/Kletečka*, Gutachten zu Rechtsfragen der Vertragsraumordnung in Österreich, ÖROK 2014, 77 (89 ff).

37 VfSlg 15.625/1999.

38 Sbg ROG LGBl 1998/44.

39 VfSlg 15.625/1999, 9 f.

ordnungsgesetzen, welche die Gemeinden zum Abschluss raumordnungsrechtlicher Verträge berechtigen, nicht beanstandet.⁴⁰ Diese Judikatur führte und führt nach wie vor zu kontroversen Diskussionen in der Lehre, wobei von der Ansicht, dass jede Form der Verknüpfung verfassungswidrig ist bis zum Standpunkt, dass selbst eine gesetzliche Verpflichtung der Gemeinde zum Abschluss eines Raumordnungsvertrags zulässig ist, wenn der Vertrag nicht die einzige Rechtfertigung für die Umwidmung ist, alles vertreten wird.⁴¹ Das allein führt schon zu Rechtsunsicherheiten und oft zum Unterbleiben des Einsatzes solcher Verträge in der Praxis.⁴²

Diese Rechtsprechung hat aber auch zivilrechtliche Auswirkungen: Demnach darf sich die Gemeinde in einem Raumordnungsvertrag aufgrund des Kopplungsverbots nicht zu einer Umwidmung verpflichten. Zivilrechtlich bedeutet das, dass die Umwidmung keine Gegenleistung etwa zur Herstellung von Infrastruktur durch den*die Grundeigentümer*in sein darf. Erfolgt aber eine Leistung, ohne dass eine Gegenleistung gefordert wird, könnte der Vertrag als unentgeltlich einzuordnen sein. Das Problem wäre, dass zB Verzug oder Gewährleistung zivilrechtlich nur geltend gemacht werden kann, wenn der Vertrag entgeltlich ist (§§ 917 ff ABGB⁴³).⁴⁴ Die Lehre versucht daher das Kopplungsverbot zivilrechtlich so zu interpretieren, dass dennoch ein entgeltlicher Vertrag vorliegt.⁴⁵ So wird beispielsweise argumentiert, dass zwar kein synallagmatisches Austauschverhältnis vorliege, die Entgeltlichkeit sich aber aus der konditionalen Verknüpfung ergebe. Demnach sei die Widmung keine vertragliche Gegenleistung der Gemeinde, sondern nur eine Bedingung, bei deren Eintritt die Pflicht des*der Grundeigentümers*in zB zur Kostenübernahme erst entsteht.⁴⁶ Im Ergebnis ist die Widmung zwar nicht synallagmatisch, sondern nur konditional mit der Leistung des*der Vertragspartners*in verknüpft; verknüpft ist sie aber trotzdem. Deshalb sind die Lösungen nicht nur kompliziert, sondern führen in der Praxis zu noch mehr Rechtsunsicherheiten.

4.2. Fehlende Transparenz

Ein weiteres Problem ist die *fehlende Transparenz*. Raumordnungsverträge werden idR nicht öffentlich zugänglich gemacht, weil darin enthaltene vertragliche Regelungen vor-

40 VfSlg 16.199/2001; VfSlg 18.413/2008; VfSlg 20.009/2015.

41 Näheres *Schöndorfer-Haslauer*, Vertragsraumordnung in Salzburg, ZfV 2021, 129 (132 f); *Berka/Kletečka*, ÖROK 2014, 91 ff; *Stegmayer*, bbl 2018, 133 f.

42 AK Salzburg, Raumordnungsinstrumente zur Unterstützung des förderbaren Wohnbaus, 2019, 17, https://sbg-arbeiterkammer.at/service/broschueren/wirtschaftsdaten/AK-Studie_Praktische_Anwendung_von_Raumordnungsinstrumenten.pdf (7.12.2022).

43 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie JGS 1811/946 idF BGBl I 2022/145.

44 Vgl *Hödl* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB § 917 Rz 1 ff.

45 Ua *Kleewein*, Infrastrukturverträge im Bau- und Raumordnungsrecht, bbl 2017, 117 (119).

46 Näheres in *Binder*, Zivilrechtliche Aspekte der Vertragsraumordnung unter besonderer Berücksichtigung der Salzburger Situation, ZfV 1995, 609 (612); *Berka/Kletečka*, ÖROK 2014, 112 ff; *Dullinger*, Vertragsraumordnung aus privatrechtlicher Sicht, ZfV 1997, 11 (13).

sehen, dass einer (gänzlichen) Veröffentlichung beide Vertragsparteien zustimmen müssen.⁴⁷ Im Zivilrecht ist die Nichtveröffentlichung eines Vertrags nichts Ungewöhnliches, weil der Inhalt grundsätzlich nur die beiden Vertragspartner*innen betrifft. Bei Raumordnungsverträgen ist das anders, weil mit diesen Verträgen der öffentliche Raum gestaltet wird und das betrifft nicht nur die Vertragspartner*innen, sondern alle Bürger*innen und damit die Allgemeinheit. Außerdem ist die Nichtveröffentlichung insofern systemwidrig, da andere Raumplanungsinstrumente, wie Bebauungs- und Flächenwidmungspläne zu veröffentlichen sind (zB § 2 Abs 6 Wr BauO), und folglich die Planung – im Unterschied zu Raumplanungsverträgen – nicht hinter verschlossenen Türen erfolgen darf. Zudem geht es bei diesen Verträgen um die Einnahme und den Einsatz von Steuergeldern in Millionenhöhe. Bedenkt man, dass allein in Wien mindestens 49 solcher Verträge abgeschlossen wurden, und bisher nur der *Heumarkt-Vertrag* veröffentlicht wurde, wird das Ausmaß der Intransparenz klar.⁴⁸ Einen Leitfaden bzw einen Kriterienkatalog für städtebauliche Verträge, wie im Koalitionsprogramm der Wiener Stadregierung angekündigt,⁴⁹ gibt es bisher nicht.⁵⁰

Eine Lösung könnte aber das geplante Informationsfreiheitsgesetz (IFG)⁵¹ bringen. Mit diesem Gesetz würden öffentliche Stellen dazu verpflichtet werden, Verträge, die sie abschließen und die von allgemeinem Interesse sind, zu veröffentlichen (§ 2 iVm § 4 Abs 1 IFG).⁵² Da Raumordnungsverträge einen allgemeinen Personenkreis betreffen oder für einen solchen relevant sind, würden sie als „Informationen im allgemeinen Interesse“ gelten und müssten grundsätzlich veröffentlicht werden.⁵³ Die Veröffentlichungspflicht wäre aber insofern eingeschränkt, als Verträge oder Teile hiervon nicht veröffentlicht werden dürften, wenn sie zB private Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse beinhalten (§ 6 Abs 1 Z 7 IFG). Das würde in der Praxis bedeuten, dass wichtige Teile der Raumordnungsverträge oder gar der gesamte Vertrag wieder aus der Veröffentlichungspflicht herausfallen würden. Unklar ist zudem, ob und wann dieses Gesetz beschlossen wird.

Aber selbst, wenn das IFG nicht beschlossen werden sollte, ist eine Publikationspflicht auch dem Zivilrecht nicht fremd. Im Gesellschaftsrecht müssen etwa bestimmte Gesellschaftsverträge im Firmenbuch veröffentlicht werden und sind damit für jedermann*frau zugänglich.⁵⁴ Eine solche Veröffentlichungspflicht könnte der Gesetzgeber demnach auch

47 *Madner*, Positionspapier 14; vgl Vertrag InterContinental, wien.gv.at, Pkt 13.

48 Vgl *Rachbauer/Putschögl*, Wiens städtebauliche Verträge: Ein 45,6 Millionen Euro schweres Geheimnis, derstandard.at 15.11.2022, <https://derstandard.at/story/2000138486378> (7.12.2022); Vertrag gemäß § 1a der Bauordnung für Wien über die Errichtung und Erhaltung von Infrastrukturmaßnahmen und sonstige Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben „InterContinental Wien“, <https://wien.gv.at/stadtentwicklung/projekte/wev/pdf/vertrag-heumarkt.pdf> (7.12.2022).

49 *Wiener Stadregierung*, Regierungsabkommen: Die Fortschritts Koalition für Wien (2020) 200.

50 *Rachbauer/Putschögl*, Wiens städtebauliche Verträge, derstandard.at.

51 IA 631/A 26. GP.

52 § 4 Abs 1 IFG; ErläutME IFG, 95/ME 27. GP 5.

53 Vgl *Tischitz*, Was bringt das geplante Informationsfreiheitsgesetz? RFG 2021, 77 (77 f).

54 ZB Gesellschaftsvertrag einer GmbH oder Satzung einer AG; *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht I (2020) 39.

für zivilrechtliche Verträge, die von der öffentlichen Hand als Planungsinstrument eingesetzt werden, vorsehen. Am einfachsten wäre es natürlich, wenn die Stadt/Gemeinde mit dem*der Vertragspartner*in standardmäßig eine Veröffentlichung vereinbaren würde. Dies würde anderen Vertragspartner*innen nicht nur eine gewisse Vergleichbarkeit der Verträge ermöglichen, sondern auch die von Verfassung wegen (Fiskalgeltung der Grundrechte) und in speziellen Gesetzen festgelegte Gleichbehandlungspflicht (zB § 1a Abs 2 Wr BauO) der öffentlichen Hand überprüfbar machen. Die Allgemeinheit könnte wiederum nachvollziehen, ob der Abschluss fair zustande kam und die Privaten ihre Leistungen tatsächlich erbringen (zB Öffnung der City-Ikea Dachterrasse).⁵⁵

4.3. Faktische Hindernisse beim Rechtsschutz

Ein großes Thema ist auch der Rechtsschutz, der in der Literatur häufig und aus verschiedenen Blickwinkeln diskutiert wird.⁵⁶ Wird zB ein Raumordnungsvertrag nicht eingehalten, muss dieser vor einem Zivilgericht eingeklagt werden.⁵⁷ Im Unterschied zum Verwaltungsverfahren sind die Mitwirkungspflichten der Parteien weitgehender: Die klagende Partei muss zB alles vorbringen und beweisen, was ihren Anspruch legitimiert.⁵⁸ Außerdem kann das Kostenrisiko in einem Zivilgerichtsverfahren sehr hoch sein.⁵⁹ Verliert eine Partei den Prozess, muss sie die gesamten Verfahrenskosten tragen, dh nicht nur die Gerichtskosten, sondern auch die Kosten des*der gegnerischen Anwalts*Anwältin und freilich die eigenen Anwaltskosten.⁶⁰ Je nach Streitwert kann das mehrere tausend Euro ausmachen. Ein solches Kostenrisiko mag zwar für Zivilverfahren üblich sein, kann in der Praxis aber dazu führen, dass der Vertrag gar nicht eingeklagt wird. Diese prozessverhindernde Wirkung ist nicht nur für die*den Private*n ein Problem, sondern auch für die öffentliche Hand, vor allem dann, wenn der Vertrag mit der*dem Private*n abgeschlossen wurde, um Kosten einzusparen.⁶¹ Damit ist aber die Einhaltung der in solchen Verträgen festgelegten Leistungen durch die Privaten nicht gesichert.

5. Conclusio

Bereits anhand dieser wenigen Beispiele erkennt man ganz deutlich, dass der zivilrechtliche Vertrag, der eigentlich das Verhältnis zwischen Privaten regeln soll, Schwächen hat, wenn es darum geht, eine Zusammenarbeit zwischen dem Staat, der Planungsaufgaben

⁵⁵ Vgl *Rachbauer/Putschögl*, Wiens städtebauliche Verträge, derstandard.at.

⁵⁶ *Berka/Kletečka*, ÖROK 2014, 103 f mwN.

⁵⁷ Vgl *Krapf*, Rechtsschutz und Grenzen des Rechtsschutzes in der Verwaltung und in der Verfassung (2012) 73 ff.

⁵⁸ StRsp OGH RS0106638.

⁵⁹ VfGH 13.10.1999, G77/99, V29/99; der VfGH erachtete den zivilrechtlichen Rechtsschutz des*der Grundeigentümers*in, den er*sie als Vertragspartner*in des Raumordnungsvertrags genoss, ua wegen des erheblichen Kostenrisikos als nicht ausreichend und sah darin eine Verletzung des Rechtsstaatsprinzips.

⁶⁰ Vgl *Bydliński* in *Fasching/Konecny*³ II/1 § 41 ZPO Rz 1 ff (Stand 1.9.2014, rdb.at).

⁶¹ Vgl *Schüßler-Dattler*, Städtebauliche Verträge 122; *Weber*, Staat 6; VfGH 13.10.1999, G77/99.

erfüllen muss, und einem*r Privaten, der*die Eigeninteressen verfolgt, zu regeln. Er hat aber auch enormes Potential, vor allem wenn es darum geht, nachhaltige Transformationsprozesse voranzutreiben, insb weil mit diesem auf den Einzelfall angepasste und mit hoheitlichen Mitteln nicht erzielbare Verpflichtungen des*der Privaten festgeschrieben werden können. Damit dieses Rechtsinstrument aber rechtssicher genutzt werden kann, bedarf es klarer gesetzlicher Regelungen. So könnte etwa in den Raumordnungsgesetzen ausdrücklich festgehalten werden, dass Raumordnungsverträge als entgeltliche Verträge zu behandeln und zu veröffentlichen sind, wobei ein angemessener Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu gewährleisten sein wird.

Mag.^a iur. Dr.ⁱⁿ iur. Arzu Sedef, LL.M., Univ.-Ass.ⁱⁿ (post doc), Forschungsbereich Rechtswissenschaften, Technische Universität Wien; arzu.sedef@tuwien.ac.at

Der rechtliche Rahmen für die Mobilitätswende

Oliver Peck

1. Dimensionen der Nachhaltigkeitstransformation im Mobilitätsbereich

Mit einem Anteil von 44,6 % für das Jahr 2020 ist der Verkehrssektor, bedingt in erster Linie durch den in hohem Anteil nach wie vor von fossiler Energie abhängigen motorisierten Personen- und Güterverkehr auf der Straße, der größte Verursacher von Treibhausgasemissionen in Österreich¹ und steht daher vor drängenden Herausforderungen. Die Klimaschutzziele sind hoch gesteckt, etwa durch den *European Green Deal* der Europäischen Kommission mit dem Ziel einer klimaneutralen EU bis 2050² oder aber durch das ambitionierte Ziel der Klimaneutralität in Österreich bereits 2040, das sich die aktuelle Bundesregierung in ihrem Regierungsprogramm gesetzt hat.³ Eine rechtsverbindliche Verankerung von Klimaschutzmaßnahmen durch ein neues Klimaschutzgesetz ist allerdings nach wie vor ausständig.⁴ Für den Verkehrssektor wurden in dem rechtlich unverbindlichen Mobilitätsmasterplan 2030 des Bundesministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie (BMK) Zielsetzungen und Wege für eine Nachhaltigkeitstransformation der Mobilität erarbeitet.⁵ Eine Mobilitätswende steht vor der Herausforderung, zahlreiche Dimensionen und Zielsetzungen vereinen zu müssen und erfordert ein abgestimmtes Paket an unterschiedlichen Maßnahmen:

Unabdingbar zur Dekarbonisierung des (Personen-)Verkehrs ist eine Reduktion des motorisierten Individualverkehrs durch Verkehrsbeschränkungen (zB Fahrverbote, Geschwindigkeitsbeschränkungen) sowie die Weiterentwicklung alternativer Antriebsarten, allen voran der E-Mobilität, aber auch von „Zukunftstechnologien“ wie dem Wasserstoffantrieb.

Zugleich bedarf es einer Verkehrsverlagerung („Modal Shift“) und -verbesserung, um die Deckung des auch weiterhin in einer vernetzten Welt bestehenden Bedarfs an Mobilität zu sichern. Dies umfasst die verstärkte Verlagerung vom PKW- auf den „klassischen“

1 BMK, Fortschrittsbericht 2022 nach § 6 Klimaschutzgesetz, 17, 28, https://bmvit.gv.at/dam/bmvitgvat/content/themen/klima/klimaschutz/recht/ksg/KSG-Fortschrittsbericht_2022.pdf (29.12.2022).

2 *Europäische Kommission*, Der europäische Grüne Deal, COM (2019) 640, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?qid=1588580774040&curi=CELEX%3A52019DC0640> (29.12.2022).

3 *Österreichische Bundesregierung*, Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020–2024, 73, <https://bundeskanzleramt.gv.at/dam/jcr:7b9e6755-2115-440c-b2ec-cbf64a931aa8/RegProgramm-lang.pdf> (29.12.2022).

4 Das derzeit geltende Bundesgesetz zur Einhaltung von Höchstmengen von Treibhausgasemissionen und zur Erarbeitung von wirksamen Maßnahmen zum Klimaschutz BGBl I 2011/106 wurde zuletzt 2017 novelliert BGBl I 2017/58.

5 BMK, Mobilitätsmasterplan 2030 für Österreich (2021) https://bmk.gv.at/dam/jcr:6318aa6f-f02b-4eb0-9eb9-1ffabf369432/BMK_Mobilitaetsmasterplan2030_DE_UA.pdf (29.12.2022).

öffentlichen (Linien-)Verkehr, aber insb auch die Weiterentwicklung sogenannter alternativer bzw innovativer Mobilitätsdienstleistungen, wie etwa bedarfsorientierte Angebote im öffentlichen Verkehr, Fahrgemeinschaften oder Sharing-Konzepte. Außerdem kommt der Verbesserung bzw dem Umbau der öffentlichen Infrastruktur für aktive Mobilität (Fahrrad- und Fußverkehr) eine wichtige Rolle zu.

Zu ergänzen sind die genannten Maßnahmen schließlich um die Dimension der Multi-modalität: Für die Herstellung von Verknüpfungen zwischen den unterschiedlichen Arten und Angeboten von Mobilität sind insb digitale Mobilitätsplattformen von Bedeutung. Durch sie soll ein integriertes Gesamtangebot geschaffen und den Nutzer*innen zugänglich gemacht werden.

2. Recht als Hemmnis für die Mobilitätswende

In vielen Bereichen ist die Wende zumindest partiell bereits im alltäglichen Leben ange- langt: Die Zahl an PKWs mit Elektroantrieb wächst, wie ein Anteil von derzeit rund 20 %⁶ bei Neuzulassungen zeigt, und als „neue Mobilitätsdienstleistungen“ bezeichnete Angebote wie zB Leih-E-Scooter oder Carsharing-Fahrzeuge gehören zumindest in den Städten wie Wien zum Straßenbild. Um den Transformationsprozess zu befördern, zu ordnen und sinnvoll zu gestalten, ist allerdings nicht nur die Entwicklung und Verbrei- tung neuer Technologien, sondern auch deren rechtliche Implementierung unter Berück- sichtigung ökologischer und sozialer Anforderungen notwendig. Technologischen Neue- rungen und politischen Strategien muss daher eine konsequente Aus- bzw Umgestaltung des rechtlichen Rahmens folgen.

Gegenwärtig zeigt sich allerdings im Verkehrsbereich die Problematik, dass die rechtli- chen Regelungen den rasanten Entwicklungen und Neuerungen stets einen Schritt hin- terher zu sein scheinen und der Gesetzgeber vielfach erst reagiert, wenn Veränderungen bereits geschehen sind. Im Spannungsfeld zwischen Ökologisierung als Beitrag zum Kli- maschutz und Deckung von Mobilitätsbedürfnissen als Teil staatlicher Daseinsvorsorge erweist sich das Recht im Mobilitätsbereich an zahlreichen Punkten als Hemmnis für die Transformationsprozesse: für Fortentwicklung und Innovation, insb aber für die Um- setzung und breite Etablierung neuer Lösungen.

Im Verkehrs- bzw Mobilitätsrecht, das sich aus einer komplexen Vielzahl von äußerst unterschiedlichen (nationalen und unionsrechtlichen) Regelungen zusammensetzt⁷, be-

6 *BMK/Austriatech*, Elektromobilität in Österreich. Zahlen, Daten & Fakten (2022) https://bmk.gv.at/dam/jcr:0fd8ded8-1e3c-458b-8ce4-b82bba54a1d7/ZahlenDatenFakten_2022_02.pdf (30.12.2022).

7 Für das Rechtsgebiet, welches durch die vorherrschende „sektorale Betrachtungsweise“ zersplittert und einigerma- ßen unübersichtlich ist, ist der Sammelbegriff „Verkehrsrecht“ allgemein gebräuchlich, während es ein „Mobilitäts- recht“ als solches (zumindest bislang) genaugenommen gar nicht gibt. Im rechtswissenschaftlichen Diskurs wird dies als Weiterentwicklung des „klassischen“ Verkehrsrechts gesehen, welches in integrativer Weise Zusammenhänge zwischen den einzelnen Mobilitätsträger*innen berücksichtigt und auf das Spannungsverhältnis Mobilität und Um- welt- bzw Klimaschutz sowie Aspekte der Digitalisierung der Mobilität Bezug nimmt. Vgl *Brandt*, Vorstudien zum Mobilitätsrecht (2016) V, 10 f, 12.

stehen Probleme in verschiedenen Teilbereichen. Mitunter ist der gegenwärtige Rechtsrahmen nicht in der Lage, neue Entwicklungen hinreichend zu erfassen, wie etwa im Personenbeförderungsrecht, was zu Rechtsunsicherheit in der Praxis führt und die Umsetzung neuer Lösungen erschwert. Andererseits ist es aber auch die grundlegende Ausrichtung von Rechtsbereichen, wie etwa des Straßenverkehrsrechts, auf den motorisierten Individualverkehr, die eine Stärkung klimaverträglicher Mobilität hemmt.

3. Ausgewählte Problemfelder des rechtlichen Rahmens für die (Personen-)Mobilität in Österreich

Die Problematik soll im Folgenden durch die ausgewählten Beispiele aus den Bereichen des Straßenverkehrsrechts, Straßen- und Planungsrechts sowie Personenbeförderungsrechts exemplarisch aufgezeigt werden.

3.1. Verkehrsbeschränkungen

Einfahrtsbeschränkungen bzw Fahrverbote im innerstädtischen Bereich sind in vielen europäischen (Groß-)Städten schon lange Realität. In Österreich beschränken sich bestehende Maßnahmen der Verkehrsreduktion bislang im Wesentlichen auf die Schaffung bzw Ausweitung von Fußgänger- und Begegnungszonen,⁸ Wohn- und nunmehr auch Schulstraßen⁹. Die schon seit Jahrzehnten diskutierte Verkehrsberuhigung der Wiener Innenstadt aber scheint nun ihrer Realisierung näherzukommen.¹⁰

Zunächst gilt es zu betrachten, ob Fahrverbote zur Schaffung „autofreier Zonen“ auf Grundlage der StVO¹¹ in rechtskonformer Weise umgesetzt werden können. § 43 Abs 1 lit b StVO stellt allgemein Grundlage und Verordnungsermächtigung für die Erlassung von Verkehrsverboten oder -beschränkungen (zB Fahrverbote, Geschwindigkeitsbeschränkungen, Halte- oder Parkverbote etc) dar. Der generellen Ausrichtung des Straßenverkehrsrechts entsprechend¹² sind solche Maßnahmen schon dem Wortlaut nach an die Ziele der „Sicherheit, Leichtigkeit oder Flüssigkeit des sich bewegenden oder die Ordnung des ruhenden Verkehrs“¹³ gebunden. Ob weitreichende Verkehrsverbote, die alleine durch Umwelt- bzw Klimaschutzberwägungen begründet werden, auf dieser Grundlage erlassen werden können, wird daher bezweifelt.¹⁴ Vielmehr müsste bei der Erlassung einer VO zur Schaffung eines Fahrverbots in der Innenstadt auf dieser gesetz-

8 Vgl *Vladar*, Verkehrsberuhigung im innerstädtischen Bereich, ZVR 2014, 448.

9 Diese haben durch die 33. StVO Novelle BGBl I 2022/122 in das Gesetz Einzug gefunden, s § 76d StVO.

10 *Stadt Wien*, Verkehrsberuhigung der Inneren Stadt, <https://wien.gv.at/verkehr-stadtentwicklung/verkehrsberuhigung-innere-stadt.html> (20.12.2022).

11 Straßenverkehrsordnung 1960 BGBl 1960/159 idF BGBl I 2022/122.

12 *Grubmann*, Straßenverkehrsordnung⁴ (2021) § 1 Rz 1.

13 § 43 Abs 1 lit b StVO.

14 *Frankl-Templ*, Wann kommt die Umweltzone? RdU 2017, 142 (143); *Schulev-Steindl/Romirer/Liebenberger*, Mobilitätswende: Klimaschutz im Verkehr auf dem rechtlichen Prüfstand, RdU 2021, 237 (240).

lichen Grundlage auf den „Umweg“ mittels Begründung zu erzielender verkehrlicher Wirkungen – wie Reduktion von Stau, Parkplatznot usw – zurückgegriffen werden.¹⁵

Dahingegen enthält § 43 Abs 2 StVO eine Ermächtigung zu Verkehrsbeschränkungen „zur Fernhaltung von Gefahren oder Belästigungen, insbesondere durch Lärm, Geruch oder Schadstoffe [...] insoweit es zum Schutz der Bevölkerung oder der Umwelt oder aus anderen wichtigen Gründen erforderlich ist“. Auch hier ist allerdings zweifelhaft, inwieweit diese bestehende Möglichkeit zu Beschränkungen aus *Umweltschutzgründen*¹⁶ auch aus *Klimaschutz*erwägungen, die „klassische“ Umweltschutzziele wie Schadstoffreduktion oder Luftreinhaltung zwar mitumfassen, sich aber nicht auf die Abwehr konkreter Gefahrensituationen beschränken, herangezogen werden kann.¹⁷

Zu klären gilt es außerdem, ob Regelungen zur Verkehrsbeschränkung, mit denen nicht bloß verkehrssichernde, sondern klimapolitische, den Verkehr steuernde und umgestaltende Wirkungen beabsichtigt sind, noch vom Kompetenztatbestand „Straßenpolizei“ gem Art 11 Abs 1 Z 4 B-VG umfasst sind. Konkret gefahrenabwehrende Maßnahmen – wie zB Geschwindigkeitsbeschränkungen oder ein sektorales Lkw-Fahrverbot im Interesse des Schutzes der Bevölkerung vor Belästigungen durch Verkehrslärm bzw der Umwelt vor Schadstoffimmissionen – sind nach der Rsp des VfGH von der Straßenpolizeikompetenz erfasst.¹⁸ Eine präventive Klimaschutzwirkung straßenpolizeilicher Verkehrsbeschränkungen bzw -verbote kann allerdings grds nur „bloßer Nebeneffekt“¹⁹ sein, da ein Abstellen einer VO auf Klimaschutz als *spezifische* Gefahrensituation nicht denkbar erscheint.²⁰

Nicht zuletzt stellt sich die Frage der Grundrechtskonformität. Wenngleich unter dem Schlagwort eines „Grundrechts auf Autofahren“ im Zusammenhang mit Tempolimits und Fahrverboten diskutiert, garantieren Grundrechte, wie etwa das Recht auf persönliche Bewegungsfreiheit²¹ im Ergebnis keine freie Verkehrsmittelwahl und damit völlig unbeschränkte Nutzung des privaten PKW.²² Aus dem Eigentumsgrundrecht²³ und dem

15 Dies entspricht anscheinend den Absichten der Stadt Wien, wie aus der Machbarkeitsstudie hervorgeht, vgl *Fürst et al*, Verkehrsberuhigung Wien 1., Innere Stadt. Machbarkeitsstudie Zufahrtsregelungsmodell (2022) 48, <https://wien.gv.at/verkehr-stadtentwicklung/pdf/machbarkeitsstudie-verkehrsberuhigung-langfassung.pdf> (20.12.2022).

16 *Geringer/Romirer*, Fahrverbote und Umweltzonen aus Klimaschutzgründen: gangbarer Weg oder rechtliche Sackgasse? ZVR 2021, 168 (171); *Schnedl*, Umweltrecht (2020) 252.

17 Vgl etwa *Schulev-Steindl/Romirer/Liebenberger*, RdU 2021, 243; *Geringer/Romirer*, ZVR 2021, 172; *Hiesel*, Die Rechtsprechung des VfGH zur Straßenverkehrsordnung seit 2018, ZVR 2022, 354 (365).

18 *Horvath*, Klimaschutz und Kompetenzverteilung (2014) 91 mwN; *Grubmann*, StVO⁴ §§ 1 Rz 1, 43 Rz 17. Zu beachten und in der Lit umstr ist weiters das „Nebeneinander“ dieser VO-Ermächtigung im Verhältnis zur Möglichkeit von Verkehrsbeschränkungen aufgrund des Immissionsschutzgesetz-Luft (IG-L) BGBl I 1997/115. Dieses wurde auf Grundlage der Kompetenz der Luftreinhaltung gem Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG erlassen, vgl *Hauer*, Luftreinhaltung und Straßenpolizei, ZVR 2017, 363 mwN.

19 *Horvath*, Klimaschutz 95.

20 *Geringer/Romirer*, ZVR 2021, 172.

21 Art 4 Abs 1 StGG; Art 2 Abs 1 4. ZPEMRK.

22 *Röthel*, Grundrechte in der mobilen Gesellschaft (1997) 192 ff; *Potacs*, Grundrechtsschutz für motorisierten Individualverkehr in Österreich?, ZfV 1994, 553 ff; *Weber*, Staatsziele – Grundrechte – Umwelt- und Klimaschutz, juridikum 2019, 514 (519).

23 Art 5 StGG; Art 1 1. ZPEMRK.

Recht auf freie Erwerbstätigkeit²⁴ lässt sich jedoch ableiten, dass eine verfassungskonforme Ausgestaltung von Fahrverboten gewisse Ausnahmen, zB für Anrainer*innen und Gewerbetreibende, erfordert.²⁵ Im Zusammenhang mit einer Umsetzung von Fahrverbotszonen mittels Kameraüberwachung, wie in Wien geplant, stellen sich zudem datenschutzgrundrechtliche Fragen.

3.2. Carsharing-Parkplätze

Untersuchungen zeigen, dass Carsharing-Angebote Potential zur Reduzierung des privaten PKW-Besitzes und Änderung des Mobilitätsverhaltens haben.²⁶ Da die begrenzte Anzahl an Stellplätzen insb im städtischen Raum ein Hemmnis für die breite Etablierung solcher Angebote darstellt, werden Möglichkeiten der Bevorrechtigung von Sharing-Fahrzeugen im Straßenverkehr durch Schaffung exklusiver Stellplätze diskutiert.

Während baurechtliche Regelungen der Länder²⁷ Verpflichtungen zur Schaffung von Stellplätzen für individuell genutzte PKW vorsehen, mangelt es an einer rechtlichen Grundlage für die Einrichtung spezieller Carsharing-Parkplätze. In der Systematik des Straßenverkehrsrechts ist eine exklusive Zuweisung von Straßenraum an bestimmte Verkehrsteilnehmer*innen nur ausnahmsweise vorgesehen. In Betracht kommen lediglich Halte- und Parkverbote, von denen Carsharing-Fahrzeuge dann ausgenommen werden. Dass § 43 Abs 1 lit b Z 1 StVO als allgemeine VO-Grundlage zur Erlassung von Halte- und Parkverboten durch Aufnahme entsprechender Ausnahmebestimmungen in die VO auch zur (verkehrs-)politisch gewollten „Reservierung“ von Stellplätzen für bestimmte Nutzer*innen(gruppen) herangezogen werden kann, wird in der Literatur mit Verweis auf die Rsp des VfGH grundsätzlich abgelehnt.²⁸ Eine Umsetzung auf Grundlage des § 43 Abs 2 lit a StVO mit der Begründung der Klimawirksamkeit ist mangels spezifischer Verkehrs- und Gefahrensituationen, wie bezüglich innerstädtischer Fahrverbote ausgeführt, ebenso kaum denkbar.²⁹

In der Praxis werden aufgrund der unklaren Rechtslage Carsharing-Stellplätze häufig in den halböffentlichen Raum verlagert oder durch zivilrechtliche Vereinbarungen mit den

²⁴ Art 6 StGG.

²⁵ *Piska/Cepic*, Umweltzonen als Grundrechtseingriff, RdU-U&T 2019 (81); *Röthel*, Grundrechte 187.

²⁶ VCÖ (Hrsg), Sharing und neue Mobilitätsangebote, VCÖ-Schriftenreihe „Mobilität mit Zukunft“ 3/2018, 16.

²⁷ Vgl bpsw § 63 NÖ Bauordnung LGBl 2015/1 idF LGBl 2022/20; § 48 Wiener Garagengesetz LGBl 2009/34 idF LGBl 2020/61; § 89 Steiermärkisches Baugesetz LGBl 1995/59 idF LGBl 2022/45; zur Übersicht über Regelungen zu KFZ-Stellplätzen in planungs- und baurechtlichen Vorschriften im Ländervergleich s *Kanonier/Weninger*, Studie über das „Stellplatzregulativ in Niederösterreich“ (2018) 5 ff, https://krems2030.at/wp-content/uploads/2019/01/Stellpl%C3%A4tze_N% C3%96_Studie_22102018-1.pdf (7.1.2023).

²⁸ *Raab*, Zivilrechtlicher Schutz vor „Falschparkern“, ZVR 2015, 220; *Frankl-Templ*, Das Elektromobilitätspaket 2017, ZVR 2017, 159; *Piska/Schock*, Anwohnerparken nach der StVO, ZVR 2016, 502 (505) mwN; die Schaffung von Anwohner*innenparkzonen auf Grundlage des § 43 Abs 1 lit b Z 1 StVO erklärte der VfGH jedoch in VfGH 12.12.2016, E 1997/2015 für rechtmäßig, vgl *Raab*, AnwohnerInnenparkzonen vor dem Verfassungsgerichtshof, ZVR 2017, 329.

²⁹ *Schulev-Steindl et al*, RdU 2021, 240 f.

Betreiber*innen Flächen zur ausschließlichen Nutzung zur Verfügung gestellt.³⁰ Ob diese Flächen damit dem öffentlichen Verkehr und somit der Anwendbarkeit der StVO tatsächlich entzogen werden, ist allerdings umstritten und hat insb Konsequenzen auf die Möglichkeiten des Schutzes vor „Falschparker*innen“.³¹ Zur rechtssicheren Schaffung exklusiver Standplätze für Sharing-Fahrzeuge ist daher die Einführung einer ausdrücklichen Grundlage in der StVO, etwa in Anlehnung an die VO-Ermächtigung zur Schaffung von Taxistandplätzen gem § 96 Abs 4 StVO, erforderlich. In Deutschland hat der Gesetzgeber ebendieser Problematik Rechnung getragen und im eigens geschaffenen Carsharinggesetz³² eine Ermächtigungsgrundlage für Gemeinden zur Schaffung exklusiver Stellplätze verankert.³³

3.3. Fahrradinfrastruktur

Zur Förderung aktiver Mobilität (Fuß- und Radverkehr) bedarf es nicht nur einer rad- und fußverkehrsfreundlicheren Gestaltung der Fahrregeln der StVO, wie sie in Ansätzen durch die 33. StVO-Novelle 2022³⁴ umgesetzt wurde, sondern auch eines Korrektivs in der Verteilung von Straßenflächen durch Um- bzw Ausbau der öffentlichen Infrastruktur.³⁵

Die bauliche Gestaltung und daraus resultierende Verteilung des Straßenraums zwischen den unterschiedlichen Verkehrsteilnehmer*innen ist Angelegenheit des Straßenplanungsrechts. In Bezug auf die Fußgänger*innen- und Fahrradinfrastruktur sind insb die Fachplanungen der Länder betreffend Landesstraßen³⁶ von Bedeutung. Entsprechende Planungsgrundsätze in den Straßengesetzen der Länder sind idR aber nur allgemeiner und programmatischer Natur. Dies ist im Grundsatz der finalen Determinierung im Planungsrecht³⁷ begründet: Erst die Ausführung der Planungsakte durch die zuständigen Verwaltungsbehörden konkretisiert gesetzlich verankerte Ziele und setzt diese um.

Das Vorarlberger Straßengesetz³⁸ bspw nennt den Schutz der schwächeren Verkehrsteilnehmer*innen, wie Fußgänger*innen, Radfahrer*innen und Menschen mit Behinderung

30 VCÖ (Hrsg), „Mobilität mit Zukunft“ 3/2018, 39.

31 Raab, ZVR 2015, 220; Frankl-Templ, ZVR 2017, 156 (159 f); Schulev-Steindl et al, RdU 2021, 241; Pürstl, Schutz vor „Falschparkern“ mangelhaft, ZVR 2015, 221.

32 Gesetz zur Bevorrechtigung des Carsharing v 5.7.2017 dBGBl I 2017/2230 idF dBGBl I 2021/3091.

33 Hübnermann, CsgG § 5 Rz 2, in Burmann/Heiß/Hübnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht²⁷ (2022).

34 BGBl I 2022/122; vgl übersichtsweise Hoffer/Nagler/Unger/Wolf, Die 33. Novelle der Straßenverkehrsordnung 1960 (StVO), ÖAMTC-FI 2022/4; kritisch Nedbal-Bures, Autofahrer – Verkehrsteilnehmer zweiter Klasse?, ZVR 2022, 123.

35 Schwedes/Ringwald, Daseinsvorsorge und Öffentliche Mobilität: Die Rolle des Gewährleistungsstaats, in Schwedes (Hrsg), Öffentliche Mobilität (2021) 23 (47).

36 Das sind grds alle (öffentlichen) Straßen, die keine Bundesstraßen iSd BStG sind; vgl bspw § 1 Abs 1 Steiermärkisches Landes-Straßenverwaltungsgesetz LGBl 1964/154 idF LGBl 2020/95.

37 Hauer in Hauer/Nußbaumer (Hrsg), Raum- und Fachplanungsrecht (2006) 1 (16); Fröbler/Binder, Bodenordnung und Planungsrecht (1990) 110 f.

38 Gesetz über den Bau und die Erhaltung öffentlicher Straßen sowie über die Wegfreiheit (Vorarlberg) LGBl 2012/79 idF LGBl 2022/4.

sowie die attraktive Gestaltung der Straßen für nicht motorisierten Verkehr ausdrücklich als bei der Planung zu berücksichtigende Aspekte.³⁹ Solch allgemeine Grundsätze und Ziele könnten noch konkreter formuliert und etwa die Schaffung eines durchgängigen Netzes an Fahrrad- oder Fußwegen sowie Radschnellverbindungen gesetzlich verankert werden.⁴⁰ Derartige gesetzliche Vorgaben verpflichten die Behörden zum Tätigwerden, was durch außergesetzliche Zielvorgaben wie Mobilitäts- bzw Landesverkehrskonzepte nicht erreicht werden kann, da diesen bloße Orientierungsfunktion zukommt.⁴¹ Als Vergleich kann das Berliner Mobilitätsgesetz⁴² dienen, das durch das kooperative Vorgehen von zivilgesellschaftlichen Initiativen, Politik und Verwaltung entstanden ist⁴³ und hinsichtlich Umfang und Zeitrahmen konkrete Zielvorgaben für die Verbesserung der Radinfrastruktur in Berlin vorsieht.

Zur Infrastruktur für den Radverkehr zählt neben Radwegen auch die Verfügbarkeit von Radabstellinrichtungen. Die gesetzliche Grundlage für deren Errichtung erweist sich in der Praxis insb für private Initiativen als hinderlich. Nach der Systematik der StVO sind Fahrradständer sogar „Einrichtungen zu verkehrsfremden Zwecken“ iSd § 82 StVO. Für die Errichtung muss daher eine Genehmigung, wie sie etwa auch für Verkaufsstände, Werbeplakate oder Schanigärten nötig ist, eingeholt werden.⁴⁴ Um die Errichtung von Radabstellanlagen nicht nur durch die Verwaltung, sondern auch durch Private zu erleichtern, bedarf es daher einer neuen Rechtsgrundlage.

3.4. Mikro-ÖV

Als Sammelbegriff fasst „Mikro-ÖV“ (Mikro Öffentlicher Verkehr) unterschiedliche bedarfsorientierte Betriebsformen der Personenbeförderung im Nah- und Regionalverkehr zusammen, die im Unterschied zum klassischen, bedarfsunabhängigen Linienverkehr nur nach vorheriger Anmeldung der Fahrt und je nach Ausgestaltung mit flexibler Fahrzeit- und Routengestaltung verkehren. Dazu zählen zB Sammeltaxis, Shuttle-Services, Rufbusse, Gemeindebusse, Bürger*innenbusse uvm.⁴⁵ Obwohl es in Österreich derzeit bereits 263 solcher Angebote in über 700 Gemeinden gibt⁴⁶, ist die Regelung des Marktzugangs für diese Personenbeförderungsdienste weitgehend unklar, was zu erheblicher Rechtsunsicherheit für die Betreiber*innen führt.

39 § 3 Abs 2 lit a-b VlbG Straßengesetz.

40 So schon Wagner, Verkehrsverlagerung auf das Fahrrad in Kerschner (Hrsg), Österreichisches und Europäisches Verkehrsrecht (2001) 385.

41 Hauer/Nußbaumer, Österreichisches Raum- und Fachplanungsrecht (2006) 9 f.

42 Berliner Mobilitätsgesetz v 5.7.2018 GVBl 2018/464 idF GVBl 2021/1117.

43 Schwedes, Mobilität 12.

44 Damjanovic/Bürbaumer/Peck/Zeitlhofer/Berger, Radabstellanlagen – Einrichtungen zu verkehrsfremden Zwecken? ZVR 2022, 127 (129) mwN.

45 Ostermann/Röllinger (Hrsg), Handbuch ÖPNV (2016) 221.

46 Mobyome, Statusreport Bedarfsverkehr 2022, https://bedarfsverkehr.at/w/images/f/f1/Statusreport_Bedarfsverkehr_2022.pdf (7.1.2023).

Das (Straßen-)Personenbeförderungsrecht ist in Österreich durch die Unterteilung in Linien- und Gelegenheitsverkehr geprägt: Das Kraftfahrliniengesetz (KfLG)⁴⁷ regelt den öffentlichen Linienverkehr auf der Straße, das Gelegenheitsverkehrs-Gesetz (GelverkG)⁴⁸ in erster Linie Taxis und vergleichbare Beförderungsdienste. Diese Kategorisierung macht die rechtliche Einordnung „neuer“ Mobilitätsdienstleistungen schwierig. Die Anwendbarkeit des KfLG ist bei Mikro-ÖV Diensten mit flexibler Routen- und Fahrplangestaltung idR auszuschließen. Lediglich auf Rufbusse, die der gesetzlichen Definition des § 38 Abs 3 Z 1 KfLG entsprechen, sind entsprechende Sonderregelungen des KfLG anwendbar.⁴⁹ Damit wird aber nur ein kleiner Ausschnitt möglicher Ausgestaltungen von Mikro-ÖV Diensten erfasst.⁵⁰ Diskutiert wird daher insb für Angebote ohne vorab festgelegte Fahrtstrecke die Anwendbarkeit des GelverkG. Dabei stellt sich in erster Linie die Frage, wann die Beförderungsdienste als gewerbsmäßig gelten, wobei das Vorliegen des Kriteriums der Ertragserzielungsabsicht nur im Einzelfall durch Analyse des jeweiligen Betriebs- und Finanzierungsmodells beurteilt werden kann.⁵¹ Gegebenenfalls ist eine Konzession für das „Personenbeförderungsgewerbe mit Pkw – Taxi“ gem § 3 Abs 1 Z 3 GelverkG erforderlich. Kann ein Mikro-ÖV Angebot weder unter das KfLG noch unter das GelverkG eingeordnet werden, ist ein gewerbsmäßiger Betrieb im Grunde gar nicht zulässig,⁵² da es der Gesetzessystematik folgend zwischen Kraftfahrlinien- und Taxiverkehr „keine Mischformen“ geben kann.⁵³ Möglich ist hingegen ein nichtgewerbsmäßiger, bloß kostendeckender Betrieb ohne Ertragserzielungsabsicht, der wiederum gar keinen Marktzugangsregelungen unterliegt.

In den bestehenden Rechtsrahmen für Personenbeförderungsdienste lassen sich somit diese „neuen“ Verkehrsarten kaum einordnen. Statt punktueller Versuche der rechtlichen Einpassung von Unpassendem, wäre hier wohl Mut zu einer umfassenden Neuregelung der Marktzugangs- und Ausübungsregelungen angebracht. Damit bedarfsorientierte Angebote den „klassischen“ Öffentlichen Verkehr sinnvoll ergänzen, ist zusätzlich eine Einbeziehung in die Systematik der Planung, Bestellung und Finanzierung des öffentlichen Verkehrs nach dem Öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrsgesetz (ÖPNRV-G)⁵⁴ erforderlich, um die derzeit bestehenden unterschiedlichen Angebote überwiegend privater oder kommunaler Anbieter*innen „in eine gemeinwohlorientierte [...] Gesamtstrategie“⁵⁵ einzubinden. Wesentlich erscheint insb die Integration in die Angebotsplanung der Verkehrsverbünde zur Verknüpfung mit dem Linienverkehr sowie eine flächendeckende Integration in die Tarifsysteme.

47 Kraftfahrliniengesetz BGBl I 1999/203 idF BGBl I 2022/18.

48 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz BGBl 1996/112 idF BGBl I 2022/18.

49 Vgl AB 2047 BlgNR 20. GP 16; *Grubmann/Punz/Vladar*, Personenbeförderungsdienstleistungen (2014) 97 (zu § 38 GelverkG, Rz 1).

50 *Lachmayer/Eisenberger/Rehrl*, Extra Law-Mobility. Experimentierräume im Verkehrs- und Mobilitätsrecht, Teil 1 (2019) 151.

51 Vgl dazu bspw *Frankl-Templ*, Die rechtliche Qualifikation von kommunalen Fahrtendiensten, ZVR 2020, 8.

52 VwGH 20.3.1996, 94/03/0309.

53 AB 2047 BlgNR 20. GP 16.

54 Öffentlicher Personennah- und Regionalverkehrsgesetz BGBl I 1999/204 idF BGBl I 2015/59.

55 *Schwedes*, Mobilität 10.

4. Fazit und Perspektiven

Eine Umgestaltung bzw Neuordnung bestimmter Rechtsbereiche erweist sich, wie die Beispiele zeigen, als dringend erforderlich zum Abbau rechtlicher Barrieren, die eine Nachhaltigkeitstransformation im Mobilitätsbereich hemmen.

Im Personenbeförderungsrecht besteht mit Blick auf die „neuen Mobilitätsdienstleistungen“ Handlungsbedarf bei Marktzugangsregelungen und Ausübungsvorschriften, aber auch Regelungen zur Integration in das System der Planung, Organisation und Bestellung des Öffentlichen Verkehrs.⁵⁶ Im Spannungsfeld zwischen der Gewährleistung eines freien Marktes und Erfüllung des Daseinsvorsorgeauftrags der Bereitstellung von ÖPNV sollte das Ziel eine gesamthafte Weiterentwicklung des „klassischen“ Öffentlichen Verkehrs kombiniert mit „neuen“ Mobilitätsdienstleistungen zu einer „Öffentlichen Mobilität“⁵⁷ sein. Dem Recht kommt dabei vorrangig die Aufgabe zu, „sinnvolle Rahmenbedingungen“ für private Initiativen zu setzen und alle Mobilitätsangebote in ein Gesamtkonzept einzubinden.⁵⁸

Im Bereich der Mobilitätsinfrastruktur kann die Umverteilung des öffentlichen Straßenraumes weg vom Autoverkehr hin zur aktiven Mobilität einen Beitrag leisten. Dies erfordert eine Ergänzung bzw Konkretisierung von Zielsetzungen der Klima- bzw Umwelt- und Sozialverträglichkeit in den raumplanungs- und straßenrechtlichen Rechtsgrundlagen.⁵⁹

Im Straßenverkehrsrecht mangelt es an einer ausdrücklichen Grundlage für verkehrsbeschränkende Maßnahmen wie Fahrverbotszonen aus Klimaschutzgründen. Die Forderung nach einer Umorientierung des Straßenverkehrsrechts durch Aufnahme eines Umweltverträglichkeitsgebots in die StVO ist nicht neu. Nunmehr wäre ein umfassendes „Klimaschutzgebot“ erforderlich, um „justiziable Vorgaben“ für die Erlassung von Verkehrsbeschränkungen zu schaffen.⁶⁰

In Bezug auf die Straßeninfrastruktur und Bereitstellung von öffentlichen Mobilitätsdienstleistungen bedarf es zudem einer integrierenden Planung, die sich an den Bedürfnissen der Gesellschaft ausrichtet und sie in ihrem „nachhaltigen Mobilitätsverhalten“ unterstützt.⁶¹ Dies erfordert neben der rechtlichen Festlegung klimaverträglicher Planungsziele auch eine stärkere Verknüpfung mit anderen Sektoren wie Bauen, Wohnen und Arbeit und die Einbeziehung unterschiedlicher Fachdisziplinen. Nicht zuletzt gilt es im Interesse einer breiten gesellschaftliche Akzeptanz, auch die Zivilgesellschaft in die

56 Eine Reformierung dieses Systems, va bezüglich Zuständigkeitsverteilung und Finanzierungssystem, wird ohnehin schon lange gefordert, vgl *Wagner*, Verkehrsverlagerung auf den ÖPNV in *Kerschner* (Hrsg), Österreichisches und Europäisches Verkehrsrecht (2001) 258 mwN.

57 *Schwedes*, Integration und Öffentliche Mobilität: Die Rolle der Planung in *Schwedes*, Öffentliche Mobilität (2021) 53 (68).

58 *Schwedes/Ringwald* in *Schwedes* 39.

59 *Weber*, Menschengerechter Verkehr. Möglichkeiten eines umwelt- und sozialverträglichen Verkehrsrechts in *Pernthaler/Weber/Wimmer*, Umweltpolitik durch Recht – Möglichkeiten und Grenzen (1992) 149 (150).

60 Vgl dazu schon *Weber* in *Pernthaler/Weber/Wimmer* 150.

61 *Schwedes* in *Schwedes* 61.

Transformationsprozesse einzubinden und Möglichkeiten verstärkter Öffentlichkeitsbeteiligung in den Planungsprozessen zu erwägen.

Der rechtliche Rahmen sollte schließlich auch für die Zukunft eine gewisse Flexibilität ermöglichen, um auf neue Entwicklungen besser reagieren zu können. Gesamthafte (Neu-)Regelungen, etwa in Form eines Mobilitätsgesetzes, erscheinen sinnvoll, damit das Verkehrs- bzw Mobilitätsrecht Ordnungsrahmen und zugleich Antrieb für die anstehenden Transformationsprozesse wird und diese in eine sinnvolle Richtung lenkt.

Mag.iur. Oliver Peck, B.A. ist Projektassistent (prae doc) am Institut für Raumplanung, Forschungsbereich Rechtswissenschaften, Technische Universität Wien; oliver.peck@tuwien.ac.at

Ein zukunftsfähiges Recht der gebauten Umwelt?

Status Quo und aktuelle Impulse

Dominik Wagner

1. Transformation der gebauten Umwelt

Die Bedrohung durch die Klimakatastrophe entfaltet disruptive Effekte auf unser Rechtssystem. Die ökologischen Fakten konfrontieren den auf Stabilität ausgerichteten Rechtsrahmen mit der Notwendigkeit einer zügigen Neuadjustierung.¹ Vor diesem Hintergrund ist auch die Nachhaltigkeitstransformation der gebauten Umwelt als ein Thema zu verstehen, das Rechtswissenschaftler:innen mit ganz unterschiedlichen Frage- und Problemstellungen konfrontiert und wohl auch noch in den kommenden Jahren mit ausreichend Arbeit versorgen wird. Der Gebäudesektor ist verantwortlich für rund 30 % des globalen Energieverbrauchs und rund 27 % der energiebedingten CO₂-Emissionen.² Derzeit befinden sich die Dekarbonisierungsbestrebungen mit Hinblick auf das Jahr 2050 *off track*.³ Die bisherigen gesetzlichen Ansätze scheinen demnach nicht Schritt mit den Zielvorgaben zu halten. Es ist jedoch evident, dass wir in Zukunft nicht bauen und wohnen können wie bisher.

Aus rechtswissenschaftlicher Sicht macht es Sinn, die nötigen Transformationsprozesse aus einer Governance-Perspektive zu betrachten.⁴ Hierbei gilt es, sich nicht auf einzelne Regelungen der tangierten Rechtsbereiche zu versteifen, sondern die Frage zu adressieren, unter welchen Bedingungen, mit Hilfe welcher Instrumente und gemäß welcher Prinzipien jene Nachhaltigkeitstransformation im Kontext komplexer Regierungs- und Regierungsstrukturen normativ sichergestellt werden kann. Insbesondere gilt es auszumachen, weshalb sich ein steuernder Zugriff des Rechts auf die unter Veränderungsdruck befindlichen Sektoren als derart schwierig gestaltet.

1 *Fisher/Scotford/Barritt*, The Legally Disruptive Nature of Climate Change, *Modern Law Review* 2017, 173 (177); *Luhde-Thompson*, Why Reality and Truth Matter in Environmental Law, in *Boeve et al*, *Environmental Law for Transition to Sustainability* (2021) 79 (83).

2 *United Nations Environment Programme*, 2022 Global Status Report for Buildings and Construction: Towards a zero-emission, efficient and resilient buildings and construction sector (2022) 26; dem Gebäudesektor sind sowohl Bautätigkeiten, als auch der Betrieb von Gebäuden iS der Zurverfügungstellung von ausreichend Energie und insb Wärme zuzuzählen.

3 *United Nations Environment Programme*, Global Status Report 32.

4 Zu den Zielen und Leistungsfähigkeit der Governance-Perspektive, s *Vofskuble*, Sachverständige Beratung des Staates als Governanceproblem, in *Botzem et al*, *Governance als Prozess. Koordinationsformen im Wandel* (2009) 547 (550).

Gerade die rasant ansteigenden Energiepreise lassen aber auch erkennen, dass Energieeffizienzmaßnahmen im Gebäudesektor nicht nur dem Klimaschutz dienen, sondern auch als Mittel im Kampf gegen Energiearmut verstanden werden müssen.⁵ Dem Recht kommt hierbei die Aufgabe zu, den Regulierungsrahmen auch sozial gerecht auszugestalten. Der folgende Beitrag möchte das Recht der gebauten Umwelt unter besonderer Berücksichtigung der notwendigen Transformationsprozesse erfassen. Hierfür werden die relevanten Schlüsselbereiche der Rechtsordnung betreffend Neubautätigkeiten, den Gebäudebestand und die darüber liegende Ebene von Quartieren dargestellt. Im Zuge des Zusammentragens des normativen Materials und aktueller Initiativen auf Unionsebene werden Problemfelder und kritische Momente der zugrundeliegenden Prozesse aufgezeigt.

2. Zukunftsfähige Visionen für den Neubau

Aus Nachhaltigkeitsperspektive bestehen tiefgreifende Unterschiede zwischen Neubautätigkeiten und Gebäudebestand. Im Neubau (so scheint es) wurde schon einiges erreicht. So müssen Neubauten in Österreich in Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben des Art 9 GebäudeRL⁶ seit dem 1.1.2021 als Niedrigstenergiegebäude ausgeführt werden. Gem Art 2 Z 2 GebäudeRL ist darunter ein Gebäude zu verstehen, das eine „sehr hohe“ Gesamtenergieeffizienz aufweist. Der fast bei null liegende oder sehr geringe Energiebedarf sollte zu einem ganz wesentlichen Teil durch Energie aus erneuerbaren Quellen gedeckt werden. Umgesetzt wird diese unionsrechtliche Vorgabe in Österreich durch die Länder, die sich auf die vom Art 15 B-VG umfasste Kompetenz in Bauangelegenheiten stützen. So enthalten beispielsweise § 4 Z 15 NÖ BO 2014⁷ und § 4 Z 48a Stmk BauG⁸ mit der GebäudeRL idente Legaldefinitionen des Niedrigstenergiegebäudes und legen in § 44 Abs 5 NÖ BO 2014 und § 80a Stmk BauG klare gesetzliche Gebote fest. In anderen Bundesländern ist der Gesetzeswortlaut jedoch nicht entsprechend klar. Hier werden nur sehr allgemeine Anforderungen definiert, wie zB dass „Bauwerke und all ihre Teile [...] so geplant und ausgeführt sein [müssen], dass die bei der Verwendung benötigte Energiemenge nach dem Stand der Technik begrenzt wird.“⁹ Die BO für Wien¹⁰ gibt daher beispielsweise keine Auskunft, was unter Niedrigstenergiegebäude zu verstehen ist und lässt entsprechende Gebote vermissen.

5 Vgl EK, Eine Renovierungswelle für Europa – umweltfreundlichere Gebäude, mehr Arbeitsplätze und bessere Lebensbedingungen, COM(2020) 662 final 8.

6 Richtlinie 2010/31/EU des EP und des Rates v 19.5.2010 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden ABl L 2018/328, 1.

7 Niederösterreichische Bauordnung 2014 LGBl 2015/1 idF LGBl 2022/20.

8 Steiermärkisches Baugesetz LGBl 1995/95 idF LGBl 2022/45.

9 Vgl § 118 Abs 1 Wiener Stadtentwicklungs-, Stadtplanungs- und Baugesetzbuch (Bauordnung für Wien) LGBl 1930/11 idF LGBl 2021/70.

10 § 118 Abs 1 BO für Wien.

Die rechtliche Pflicht zur Errichtung als Niedrigstenergiegebäude ergibt sich in jenen Ländern ohne entsprechend klaren Gesetzeswortlaut erst durch die Auslegung der in den Gesetzen enthaltenen „Technikklauseln“¹¹, einer Zusammenschau der bautechnischen VO der Landesregierungen (LReg) und der relevanten baulichen Richtlinien.¹² Das Gesetz allein genügt daher nicht, um festzustellen, was unter nachhaltigen und zukunftsfähigen Gebäuden zu verstehen ist. Es muss auf tieferliegende Regulierungsschichten zurückgegriffen und auf außerrechtliche Normtexte abgestellt werden, die zumeist eine ausgeprägte technische Dimension aufweisen. Damit wird jedoch die eng mit dem gesellschaftspolitischen Diskurs verwobene rechtliche Steuerung von der Adjustierung technischer Parameter durch Expert:innen verdrängt. Hierbei spielt die OIB-Richtlinie 6 – „Energieeinsparung und Wärmeschutz“¹³ – eine zentrale Rolle. Dieses Regelwerk entstammt den hybriden Strukturen des *Österreichischen Instituts für Bautechnik (OIB)* und ist zwischen öffentlicher Normsetzung und privater Selbstregulierung zu verorten. Das OIB wurde von den Ländern als Verein gegründet und fußt auf einer Art 15a-Vereinbarung.¹⁴ Zwar ist anzunehmen, dass in erster Linie Expert:innen der LReg mit der Definition der Nachhaltigkeitsstandards an die gebaute Umwelt betraut sind. Aufgrund der intransparenten Strukturen und Arbeitsabläufe des Vereins ist jedoch nicht ersichtlich, welche sonstigen Institutionen – gegebenenfalls der Bauindustrie zugehörig – in welchem Ausmaß Einfluss auf diese Regulierungsprozesse nehmen.¹⁵ Das könnte wiederum den Transformationszielen zuwider laufen.

Die OIB-Richtlinien dienen zwar der Harmonisierung des Bauordnungsrechts der Länder, dieses Ziel wird jedoch nicht vollends erreicht. In den Landesgesetzen befinden sich zusätzliche Gebote und Ausnahmen,¹⁶ die ein einheitliches und aus Perspektive des Klimaschutzes ambitioniertes Vorgehen konterkarieren. Eine zentrale Übernahme der Regelungsverantwortung (durch den Bundesgesetzgeber) erscheint daher sinnvoll. Ein Teil der Lehre sieht dies aus verfassungsrechtlicher Perspektive auch als zulässig an: demnach seien Angelegenheiten der Energieeffizienz von Gebäuden nicht unter die Baukompetenz der Länder zu subsumieren, sondern von der grundsätzlich umfassenden Luftreinhaltekompetenz des Bundes gem Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG erfasst.¹⁷ Würde diesem durchaus plausiblen Ansatz gefolgt werden, könnte die Nachhaltigkeitstransformation der gebau-

11 Zur Interpretation dieser „unbestimmten Gesetzesbegriffe“, s *Forster*, Der „Stand der Technik“ als Instrument des Umweltrechts (2015) 68.

12 Für einen Überblick über die einschlägigen Gesetzes- und Verordnungsstellen, s *Häusler/Schlenk*, Nachhaltiger Wohnbau, immolex 2021, 366 (368 f).

13 *Österreichisches Institut für Bautechnik*, OIB-Richtlinie 6, April 2019, www.oib.or.at/de/oib-richtlinien/richtlinien/2019/oib-richtlinie-6 (1.12.2022).

14 Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG über die Zusammenarbeit im Bauwesen sowie die Bereitstellung von Bauprodukten auf dem Markt und deren Verwendung, exemplarisch Wien LGBl 1993/24.

15 Art 5 Abs 4 der Art 15a-Vereinbarung legt lediglich fest, dass das OIB zur Durchführung seiner Aufgaben, „instituts-eigenes Personal, personelle Ressourcen der Vertragsparteien sowie externe Sachverständige“ heranziehen kann.

16 So existiert in NÖ zB eine Ausnahmeregelung im Falle einer negativen Kosten-Nutzen-Analyse, vgl § 44 Abs 5 NÖ BO 2014.

17 *Horvath*, Klimaschutz und Kompetenzverteilung (2014) 232, 237.

ten Umwelt zentral gesteuert und die politische Debatte auf die Bundesebene gehoben werden. Dadurch entstünde eine neue breitere Öffentlichkeit, die die zugrundeliegenden Problemlagen aus ihrer bisherigen Konstellation herauslösen und neu formulieren könnte.¹⁸

2.1. Vom nZEB zum ZEB

Die zentrale Vision des Niedrigstenergiegebäudes (englisch *nearly zero energy building – nZEB*) wurde zuletzt durch den Vorschlag der Europäischen Kommission (EK) für eine Novellierung der GebäudeRL (Vorschlag GebäudeRL)¹⁹ um die Idee des Nullemissionsgebäudes (englisch *zero emission building – ZEB*) erweitert. Beim ZEB handelt es sich um ein Gebäude mit einer sehr hohen Gesamtenergieeffizienz, bei dem im Einklang mit dem „energy efficiency first-Prinzip“²⁰ die noch benötigte sehr geringe Energiemenge vollständig durch am Standort erzeugte Energie aus erneuerbaren Quellen, durch eine Erneuerbare-Energie-Gemeinschaft iSd Erneuerbaren-EnergieRL²¹ oder durch Fernwärmesysteme gedeckt wird.²² Nullemissionsgebäude sollen zum neuen Standard für Neubauten werden und zu einem gehobenen Nachhaltigkeitsniveau führen. Das ZEB stellt somit das zentrale Leitbild für die Transformation des europäischen Gebäudesektors bis 2050 dar. Auch alle bereits bestehenden Gebäude sollen bis zur Mitte des Jahrhunderts in ZEB verwandelt werden.²³ Derzeit befindet sich diese europäische Vision noch in Ausverhandlung zwischen der EK, dem Europäischen Parlament und dem Europäischen Rat. Im Zuge dieses Trilogs geht es jedoch um mehr als die bloße Standardfestlegung für die thermische Dämmung von Gebäuden. Durch die legisistische Erfassung des ZEB werden energiewirtschaftliche Impulse gesetzt und zentrale Belange der Energiewende mitentschieden. Einfach ausgedrückt geht es um die Frage, mit welchen Energieträgern und Technologien unsere Gebäude künftig warmgehalten werden sollen. Aus dem derzeitigen Vorschlag kann zB abgeleitet werden, dass der (erneuerbare) Strom für den Betrieb von Wärmepumpen nicht aus dem allgemeinen Netz stammen darf, sondern vollständig am Standort erzeugt oder durch Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften bereitgestellt werden muss. Alternativ kann die Energie bzw Wärme aus effizienten Fernwärme- und Fernkältesystem stammen.²⁴ Dieser Regelungsansatz impliziert somit eine Priorisierung dezentraler Energieversorgung vor dem Strombezug aus dem Netz, sowie die Begünstigung gemeinwohlorientierter und nicht auf finanziellen Gewinn ausgerichteter Energieproduktion in Form der Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften.²⁵ Nur in Fällen, in denen

18 Vgl *Boyd*, *The Poverty of Theory: Public Problems, Instrument Choice, and the Climate Emergency*, *Columbia Journal of Environmental Law* (2021) 399 (474).

19 EK, Vorschlag für eine Richtlinie über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden (Neufassung), COM(2021) 802 final.

20 Vgl Art 2 Z 18 GovernanceVO 2018/1999 ABl L 2021/243, 1.

21 Erneuerbaren-EnergieRL 2018/2001 ABl L 2022/139, 1.

22 Vgl Art 2 Z 2 Vorschlag GebäudeRL.

23 ErwG 19 Vorschlag GebäudeRL.

24 Vgl Anhang III Vorschlag GebäudeRL.

25 Vgl Definition der Erneuerbaren-Energie-Gemeinschaft in Art 2 Z 16 Erneuerbaren-EnergieRL 2018/2001.

diese Art der Energieversorgung „technisch nicht realisierbar“ ist oder der Zugang zu Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften und geeigneten Fernwärmesystemen fehlt, darf auf Energie aus dem Netz zurückgegriffen werden.

2.2. Integration von Whole-Life-Carbon-Ansätzen in das gebäudebezogene Klimaschutzrecht

Bestehende Regelungsansätze, die auf den Energiebedarf und die Beschaffenheit des Energieträgers (erneuerbare Quellen, Standortnähe, etc) abstellen, lassen sich aus Nachhaltigkeitsperspektive insb dahingehend kritisieren, dass sie ausschließlich auf die Nutzungsphase des bereits fertiggestellten Gebäudes gerichtet sind. Unter dieser Oberfläche verbergen sich jedoch negative Klimaeffekte, die sich in Form ressourcen- und emissionsintensiver Bauprodukte und -materialien widerspiegeln. Sie werden bisher durch bestehende gesetzliche Regelungen nicht entsprechend adressiert. Klimaschützende Maßnahmen in der gebauten Umwelt fußen somit auf einem nur verzerrten Bild der Wirklichkeit. Der tatsächlichen Klimawirkung eines Gebäudes entspricht ein Regulativ erst dann, wenn die graue Energie bzw die grauen Emissionen – also die CO₂-Emissionen, die sich aus der Errichtung des Gebäudes unter Einbezug der Produktion und des Transports der Bauprodukte und -materialien, sowie der Konstruktion und Montage ergeben – miteinbezogen werden. Energieeffizienz alleine ist daher nicht gleichzusetzen mit Ressourcenschonung und einem umfassenden Klimaschutz. Vielmehr müssen die normativen Vorgaben an sogenannte Whole-Life-Carbon-Ansätze angepasst werden, die in erster Linie die Lebenszykluskosten im Visier haben.²⁶ Die europäische Bauindustrie ist für rund 12 % der jährlichen THG-Emissionen und 35 % des gesamten europäischen Abfallaufkommens verantwortlich.²⁷ Es überrascht daher nicht, dass ressourcenintensive Neubautätigkeiten durch die Zivilgesellschaft kritisch betrachtet werden.²⁸ Die Rede ist von Overbuilding²⁹ und Rufe werden laut nach mehr Suffizienz. Dieses Thema weist eine hohe politische Brisanz auf, da die europäische Bauindustrie für ca 18 Millionen Jobs steht und ca 9 % des gesamten BIP der EU ausmacht.³⁰ Die EK geht wiederum davon aus, dass Neubautätigkeiten in ökologisch nachhaltige Bahnen umgeleitet und zugleich arbeitsmarkt- und wirtschaftspolitische Impulse im Sinne eines green growth gesetzt werden können.³¹

26 *Buildings Performance Institute Europe*, Eine Lebenszyklusperspektive für Gebäude (2022); *Buildings Performance Institute Europe*, Bausteine einer Lebenszyklusperspektive für mehr Klimaschutz und Ressourcenschonung im Gebäudesektor (2022).

27 EK, Ein neuer Aktionsplan für die Kreislaufwirtschaft. Für ein saubereres und wettbewerbsfähigeres Europa, COM(2020) 98 final.

28 *Architects 4 Future*, Stellungnahme zur Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie Weiterentwicklung 2021, 31.10.2020, <https://architects4future.de/wissen/stellungnahme-a4f-deutsche-nachhaltigkeitsstrategie> (1.12.2022).

29 *Ness*, *The Impact of Overbuilding on People and the Planet* (2021).

30 EK, Construction sector, https://single-market-economy.ec.europa.eu/sectors/construction_en (1.12.2022).

31 Vgl EK, COM(2020) 662 final 17 f.

Der Vorschlag GebäudeRL könnte auch hier eine Wende einleiten, da er erste Schritte in Richtung einer tieferegreifenden Ökobilanzierung von Gebäuden setzt. So soll gem Art 7 Abs 2 Vorschlag GebäudeRL ab 2030 für alle neuen Gebäude gelten, dass das Lebenszyklus-Treibhauspotenzial berechnet und offengelegt werden muss. Dieses soll laut Anhang III Vorschlag GebäudeRL als numerischer Indikator in kg CO₂eq/m² Nutzfläche³² für jede Lebenszyklusphase über einen Bezugszeitraum von 50 Jahren ausgedrückt und gemäß dem LEVEL(S)-Rahmens³³ der Union dargestellt werden. Diese instrumentelle Neuausrichtung greift somit zentrale Forderungen von NGOs auf und versucht bereits bestehende mitgliedstaatliche Regelungsansätze – insb in den skandinavischen Ländern³⁴ und Frankreich³⁵ – in einen einheitlichen unionsrechtlichen Rahmen zu überführen. Diesem rein informationellen Instrument (Erstellung und Offenlegung des Lebenszyklus-Treibhauspotenzials) sollen, sobald sich die Verwaltung und der Markt an diese neue „Sprache“ gewöhnt haben, konkrete Mindestanforderungen folgen.

2.3. Baukultureller Wandel durch kreislaufwirtschaftliche Ansätze und Integration erneuerbarer Energieträger

Neben der Gefahrenabwehr und dem Schutz der Umwelt weist das Bauordnungsrecht auch eine kulturelle Zieldimension auf, die durch den Begriff des Baugestaltungsrechts erfasst wird.³⁶ Hierbei spielen Fragen der Baukultur und Ästhetik eine Rolle. Durch die Verfolgung recyclingorientierter Agenden und die Integration erneuerbarer Energie scheint sich auch dieses tradierte Verständnis von Baukultur wandeln zu müssen. So setzt *Urban Mining* auf den umsichtigen Rückbau an Stelle des Abbruchs bestehender Gebäude und die sinnvolle Wiederverwendung von Bauelementen und -materialien.³⁷ Durch die Beibehaltung von Sekundärrohstoffen im Kreislauf soll der Ressourcenverbrauch eingedämmt werden. Damit einher geht eine Neukonzeptionierung des Neu- bzw Umbaus und eine gewisse Absage an luxuriös anmutende Immobilienprojekte, die immer auch ideologiebesetzte Repräsentation des Glaubens an ein grenzenloses Wirtschaftswachstum sind. Ersetzt werden würden diese durch zum Teil inhomogene und wilde Strukturen, die die Zukunftsfähigkeit der gebauten Umwelt durch *bricolage* (Bastelei)³⁸ zu gewährleisten suchen.

32 Emittierte Kilogramm Kohlenstoffdioxid-Äquivalente (inkl andere Gase, wie Lachgas, Methan, und Fluorwasserstoff) je Quadratmeter Nutz- bzw Wohnfläche.

33 EK, LEVEL(S). Maßnahmen zu den Gesamtauswirkungen des Bausektors ergreifen (2019), https://ec.europa.eu/environment/eussd/pdf/LEVELS_REPORT_de.pdf (1.12.2022).

34 Für Schweden, s *Boverket*, Regulation on climate declarations for buildings (2020).

35 *Ministère de la Transition écologique*, Guide RE 2020 Réglementation Environnementale (2020).

36 Vgl *Erbguth/Schubert*, Öffentliches Baurecht⁶ (2015) 372.

37 *Allesch et al*, Energie- und Ressourceneinsparung durch Urban Mining-Ansätze, 2019, https://nachhaltigwirtschaften.at/resources/sdz_pdf/berichte/schriftenreihe_2019-14_urban-mining.pdf (1.12.2022) 20.

38 „Der Bastler [...] macht [...] seine Arbeiten nicht davon abhängig, ob ihm die Rohstoffe oder Werkzeuge erreichbar sind, die je nach Projekt geplant und beschafft werden müßten: die Welt seiner Mittel ist begrenzt, und die Regel seines Spiels besteht immer darin, jederzeit mit dem, was ihm zur Hand ist, auszukommen [...]“, *Lévi-Strauss*, *Das wilde Denken* (1973) 30.

An dieser Stelle sei erwähnt, dass in Österreich knapp 50 % des gesamten Rohstoffverbrauchs dem Baubereich zuzuschlagen sind.³⁹ Durch das Abstellen auf „anthropogene Lager“ und Sekundärrohstoffe rückt somit die End-of-Life-Phase von Gebäuden in den Fokus der Aufmerksamkeit. Zwar sieht § 4 Abs 3 der Recycling-Baustoffverordnung⁴⁰ bereits jetzt vor, dass im Zuge von Abbruchsarbeiten Bauteile zu dokumentieren sind, welche einer Wiederverwendung zugeführt werden können, und ist gem § 5 Abs 1 leg cit sicherzustellen, dass diese so ausgebaut und übergeben werden, dass die nachfolgende Wiederverwendung nicht erschwert wird. Trotzdem ist ein mangelndes Bewusstsein der politisch Verantwortlichen und insb der Bauindustrie für einen nachhaltigen Rückbau von Gebäuden und die Wiederverwendung von Baumaterialien und -elementen festzustellen.⁴¹ Vollzugsdefizite innerhalb der Verwaltung tun ein Übriges. Damit *Urban Mining* Realität wird, müssen vielmehr Ausschreibungsverfahren und Planung die End-of-Life-Phase von Gebäuden mitbedenken. Es fehlt auch an Fachkräften und Logistik im Sinne von Plattformen und Infrastruktur, um Lagerung, Veräußerung und Ab- bzw Antransport der Bauteile zu organisieren. Angesichts dieser Herausforderungen scheinen Digitalisierungsprozesse nötige Hilfestellungen leisten zu können. Durch den Einsatz von *BIM-Tools* (englisch *building information modeling*) könnten in Zukunft alle nötigen Informationen zu verbauten Teilen im Sinne einer „digitalen Inventur“⁴² des Gebäudes zusammengetragen werden.

Dass nachhaltige Gebäude in Zukunft wohl eine andere äußere Gestalt annehmen werden müssen, zeigt sich auch hinsichtlich der Integration erneuerbarer Energie. Um Sonnenenergie voll ausnutzen zu können und Innenräume vor Überhitzung zu schützen, gilt es Bauweisen (Ausrichtung, Dachform, etc) entsprechend anzupassen. Auch diesbezüglich setzt die EK erste Schritte. So wurde der Vorschlag GebäudeRL um Art 9a erweitert, der vorsieht, dass Neubauten künftig derart geplant werden müssen, dass die Integration von Energie aus erneuerbaren Quellen optimal verlaufen kann.⁴³

3. Transformation des Gebäudebestands

Alle relevanten Stakeholder:innen stimmen darin überein, dass die eigentliche Mammutaufgabe im Bereich des Gebäudebestandes zu suchen ist. Die energetische Sanierung bestehender Gebäude ist essentieller Bestandteil einer gelungenen Energiewende, da sonst der Umstieg auf erneuerbare Energieträger die bestehende Stromnetzinfrastuktur an technische Leistungsgrenzen bringen würde. Darüber hinaus werden die zur Erzeugung

39 *Allesch et al*, Urban Mining-Ansätze, 102.

40 Recycling-Baustoffverordnung – RBV BGBl II 2015/181 idF BGBl II 2016/290.

41 *IG Lebenszyklus Bau*, Das Quartier der Zukunft: So leben wir 2035 (2021) 11 f.

42 *IG Lebenszyklus Bau*, Quartier der Zukunft 15.

43 *EK*, Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, der Richtlinie 2010/31/EU über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden sowie der Richtlinie 2012/27/EU zur Energieeffizienz, COM(2022) 222 final.

von Fernwärme verwendeten (Siedlungs-)Abfälle und fossilen Energieträger (insb Gas) in Zukunft nicht mehr im bisherigen Ausmaß zur Verfügung stehen. Außerdem sind mit der Produktion von Wind-, Wasser- und Sonnenenergie zT gravierende Eingriffe in den Natur- bzw Gewässerhaushalt und in das Landschaftsbild verbunden. Es gilt also den Energiebedarf mit Hilfe der energetischen Bestandssanierung zu drosseln. Diese schreitet jedoch nicht mit der erhofften Geschwindigkeit voran. Innerhalb der EU sind ca 75 % des Gebäudebestands als ineffizient zu bezeichnen, wobei rund 85-95 % davon auch noch 2050 existieren werden. Die gewichtete jährliche Quote der energetischen Renovierungen liegt innerhalb der EU jedoch lediglich bei rund 1 %. „Beim derzeitigen Tempo würde die Dekarbonisierung des Gebäudesektors Jahrhunderte dauern.“⁴⁴

3.1. Renaissance klassischer Command-and-Control Ansätze?

Vor diesem Hintergrund setzt die EK in Umsetzung des European Green Deals⁴⁵ nicht mehr wie bisher auf rein informationelle Instrumente, wie dem Energieausweis-System⁴⁶, sondern trachtet danach, wieder vermehrt auf Command-and-Control Ansätze⁴⁷ zurückzugreifen. So legt der Vorschlag GebäudeRL *Minimal Energy Performance Requirements*⁴⁸ (MEPR) fest, die letztlich auf eine die Eigentümer:innen treffende Sanierungspflicht betreffend den Gebäudebestand hinauslaufen. Gem Art 9 Vorschlag GebäudeRL müssten demnach bis 2030 bzw 2033 alle bestehenden Gebäude mindestens die Gesamtenergieeffizienzklasse F bzw E erreichen. Durch diese Vorgabe soll das derzeitige Nutzer-Investor-Dilemma hinsichtlich Mietobjekten und die Beschlussfassung hemmende Miteigentümer:innenstrukturen überwunden und indirekt auch die Energiearmut bekämpft werden, da in erster Linie Gebäude mit der schlechtesten Gesamtenergieeffizienz von der Sanierungspflicht betroffen wären.⁴⁹ An die nationale Umsetzung derartiger ordnungsrechtlicher Instrumente knüpft sich eine Reihe rechtlicher Fragestellungen. Etwai-ge Sanierungspflichten müssen im Baurecht der Länder integriert und mit planungsrechtlichen Instrumenten in intelligenter Weise kombiniert werden. In diesem Kontext kann das Vorarlberger Baugesetz (Vbg BauG)⁵⁰ als Beispiel dienen, welches bereits jetzt nachträglich Auflagen an Bestandsgebäude ermöglicht: § 15 Abs 4 Vbg BauG sieht vor, dass die LReg mittels VO statuieren kann, dass auch bereits rechtmäßig bestehende Bauwerke (zusätzlichen) Anforderungen der Energieeinsparung entsprechen müssen. Bisher wur-

44 ErwG 21 Vorschlag GebäudeRL.

45 EK, Der europäische Grüne Deal, COM(2019) 640 final.

46 Vgl Art 11 GebäudeRL.

47 Zu dieser Regulierungstechnik, s *Kingston/Heyvaert/Cavoski*, *European Environmental Law* (2017) 129 ff.

48 *Sunderland/Santini*, *Case studies: Minimum energy performance standards for European buildings* (2020).

49 Vgl ErwG 22 u 23 Vorschlag GebäudeRL.

50 Vorarlberger Baugesetz LGBl 2011/52 idF LGBl 2022/42.

de von dieser Regelung zwar kein Gebrauch gemacht, sie ermächtigt jedoch grundsätzlich zu einer Durchbrechung des rechtskräftigen Baukonsenses.⁵¹

3.2. Grundrechtliche Dimension

Derartige staatliche Gebote geraten selbstverständlich schnell in Berührung mit individuellen Grundrechtspositionen. Im Mittelpunkt steht hierbei der Eigentums-⁵² und Vertrauensschutz.⁵³ Es muss daher vorab geklärt werden, welche zusätzlichen Pflichten Eigentümer:innen übernehmen können und unter welchen Bedingungen ein einmal erreichter Baukonsens nachträglich durch zusätzliche Gebote ergänzt werden darf. In welchem Ausmaß kann bzw muss der Staat finanzielle Unterstützung anbieten und wann wären zusätzliche Pflichten als verhältnismäßig anzusehen? Hierbei macht es aus gesellschaftspolitischer Perspektive einen Unterschied, ob es sich bei den Normadressat:innen um verschuldete Wohnungseigentümer:innen oder Immobilienunternehmen handelt. Derartige Regelungsansätze sollten daher auf die komplexen Eigentümer:innenstrukturen eingestellt werden, um treffsicher und verhältnismäßig zu sein. Es geht also insb auch um die Frage, wer und in welchem Ausmaß die mit den Transformationsprozessen verbundenen Kosten zu tragen hat und inwieweit öffentliche Mittel zur Verfügung gestellt werden müssen.

4. Das Quartier als Dreh- und Angelpunkt der Dekarbonisierung des Gebäudebestands

Die Dekarbonisierung der gebauten Umwelt verlangt darüber hinaus einen Perspektivenwechsel, wodurch die Grenzen des einzelnen Gebäudes überwunden und das Quartier als Hauptbezugspunkt klimaschützender Maßnahmen definiert werden kann. Quartiere – verstanden als Handlungsräume zur abgestimmten Entwicklung von Siedlungsstrukturen, Infrastrukturen (Mobilität und Energie) und Gebäuden – werden somit zum zentralen Feld staatlicher Intervention, die letztlich ihren Endpunkt in sogenannten Plus-Energie-Quartieren finden sollen.⁵⁴ Die Sanierung des Bestandes muss in möglichst effizienter Weise mit dem Umbau der Wärme- und Energienetze verzahnt und die Sektoren Wohnen, Mobilität und Industrie in sinnvoller Weise miteinander gekoppelt werden.⁵⁵ Quartierslösungen versprechen hierbei einen höheren Effizienzgrad

51 *Tschofen in Lampert/Tschofen, Vorarlberger Baugesetz*, § 15 Rz 6.

52 Art 5 StGG und Art 1 1. ZP-EMRK.

53 Mit Bedachtnahme auf den Gleichheitsgrundsatz müssen Differenzierungen sachlich gerechtfertigt und angemessene Übergangsbestimmungen vorgesehen werden; zu Vertrauensschutz allg s *Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht*¹² (2019) Rz 786 ff.

54 *Shnapp/Paci/Bertoldi, Enabling Positive Energy Districts across Europe: energy efficiency couples renewable energy* (2020).

55 *Sachverständigenrat für Umweltfragen, Quartiersebene als Infrastrukturverbund – Klimaschutzpotenziale und Synergien mit dem Umweltschutz* (2020).

der getätigten Investitionen und Skaleneffekte.⁵⁶ Das Zusammenwirken einer Vielzahl der im Quartier involvierten Akteur:innen⁵⁷ und die dadurch entstandenen Interdependenzen machen ein zentralplanerisches Vorgehen der öffentlichen Hand unumgänglich. Es bedarf daher auch hinsichtlich des Quartiers eines „möglichst kohärenten regulatorischen Rahmens“, der die Wärmewende planerisch zu steuern im Stande ist.⁵⁸ Legistische Ansätze, die einen derartigen räumlichen Ansatz verfolgen, begrenzen sich bisher auf die Energieraumplanung.⁵⁹ So wurde zB in Wien mit der Novelle der BO für Wien 2018⁶⁰ die Möglichkeit geschaffen, mittels VO gem § 2b bestimmte Stadt(entwicklungs)gebiete auszuweisen, in denen der Anschluss an die bestehende Fernwärmeinfrastruktur oder vergleichbare Nahwärmenetze effizient möglich erscheint. In diesen Gebieten kann dann für die Energiebereitstellung für Heizungs- und Warmwasserbereitungsanlagen im Neubau die zwingende Verwendung alternativer Systeme gem § 118 Abs 3 BO für Wien vorgeschrieben werden. Möchte die öffentliche Hand eine rasche Dekarbonisierung des Wärmesystems bewerkstelligen, müssen diese Planungsinstrumente auf Bestandsquartiere ausgeweitet und Wege einer tiefgehenden Kooperation abseits der klassischen Eingriffsverwaltung eingeschlagen werden. Hierbei bieten sich ua auch privatrechtliche Instrumente – wie der städtebauliche Vertrag – an, um die individuellen Begebenheiten und zur Verfügung stehenden Energiepotentiale auf Quartiersebene (Geothermie, Abwärme, Kraft-Wärme-Kopplung, etc) in optimaler Weise zu orchestrieren. Schließlich gilt es weitere Anreize im geltenden Recht zu schaffen, die das Quartier als zentrales Handlungsfeld ausformen. So ermöglicht zB die Innovationsklausel des § 102 Abs 3 und 4 dt Gebäudeenergiegesetzes⁶¹ die „gemeinsame Erfüllung“ der Mindestanforderungen an die Energieeffizienz von Gebäuden. Dadurch wird ein Perspektivenwechsel eingeleitet, der die bilanzielle Erfassung des Energiebedarfs von Gebäuden auf die Quartiersebene zieht und somit die individuellen Gebäudeeinheiten überschreitet.⁶²

5. Conclusio

Die rechtliche Steuerung der Transformationsprozesse innerhalb der gebauten Umwelt sieht sich mit einer Vielfalt an instrumentellen Ausrichtungen konfrontiert. Neben den

56 Sachverständigenrat für Umweltfragen, Quartiersebene 15.

57 Vgl Dunkelberg/Knoefel/Weiß, Akteure und ihre Rolle für die Energiewende im Quartier, Ökologisches Wirtschaften (2019) 16.

58 Maaß, Wärmeplanung: Grundlagen einer neuen Fachplanung, ZUR 2020, 22 (26).

59 Für einen Überblick der bestehenden Regelungen dieser neuen Planungsmaterie s Madner/Parapatics, Energieraumplanung in Wien. Aufbereitung rechtlicher Aspekte (2016) 49 ff.

60 LGBl 37/2018.

61 Gesetz zur Vereinheitlichung des Energieeinsparrechts für Gebäude und zur Änderung weiterer Gesetze, BGBl I 2020/37.

62 Für eine kritische Auseinandersetzung mit dieser Innovationsklausel, s Leymann, Das neue Gebäudeenergiegesetz und seine Bedeutung im Recht der Wärmewende, ZUR 2020, 666 (673 ff).

soeben dargestellten Regelungsansätzen innerhalb des Bau- und Raumordnungsrechts, muss das Ziel der Energie- und Ressourceneffizienz in einer Vielzahl anderer Rechtsmaterien eingearbeitet werden. Hierzu zählen insb das Bauproduktrecht,⁶³ Miet- und Wohnungseigentumsrecht⁶⁴ oder das Wohnbauförderungsrecht.⁶⁵ Möchte man noch tiefer gehen, so rücken beispielsweise auch Bestimmungen der TaxonomieVO⁶⁶ in das Blickfeld, die definieren, welche Bau- und Sanierungstätigkeiten in Zusammenhang mit Investitionsentscheidungen als nachhaltig gelten sollen. Für viele dieser Regelungsbereiche gilt, dass sich Jurist:innen idR nicht in der Lage befinden, die nötigen technischen Lösungen für die soeben aufgezeigten Problemfelder anzubieten. Das Recht ist vielmehr angewiesen auf externen Sachverstand und den Dialog mit den übrigen wissenschaftlichen Disziplinen. Die Rechtswissenschaften können dabei den Blick darauf schärfen, an welcher Stelle es zu normativen Entscheidungen kommt, die eben keine Regelung technischer Details darstellen, sondern eine ausgewiesene politische Dimension beinhalten. Derzeit ist jedoch nicht klar, welche staatlichen Institutionen die tatsächliche Regulierungsverantwortung für diese Transformationsprozesse übernehmen. Die so bedeutende Festlegung von Nachhaltigkeitsstandards an Energie- und Ressourceneffizienz von Gebäuden erfolgt beispielsweise ohne eine korrespondierende öffentliche Debatte.

In diesem Kontext scheint es wichtig, sich der zentralen Rolle bewusst zu werden, die die Wahl rechtlicher Instrumente spielt. In diesem Sinne sind Umweltprobleme nicht als etwas a priori Gegebenes zu verstehen, das sozusagen „außerhalb“ des Rechts existiert. Vielmehr entscheidet erst die Formulierung rechtlicher Regelungsansätze darüber, wie diese Problemlagen kognitiv erfasst werden, und determiniert bereits im Vorfeld die in Frage kommenden Antwortmöglichkeiten.⁶⁷ Hinsichtlich des Gebäudesektors ist hierbei festzuhalten, dass bisherige Regelungsansätze das Kriterium der Energieeffizienz als einzigen zulässigen Rahmen zur Problemanalyse und -lösung zulassen.⁶⁸ Dieser Wahl inhärent ist die unausgesprochene Überzeugung, mittels technischen Fortschritts die negativen Klimaeffekte einzudämmen. Dadurch werden aber zugleich rechtliche Lösungsansätze verunmöglicht, die nicht auf die technische Optimierung von

63 Insb die Vorschriften für die Erklärung der Umwelt- und Nachhaltigkeitsleistung von Bauprodukten; vgl *EK*, Vorschlag für eine Verordnung für die Vermarktung von Bauprodukten, COM(2022)144 final (insb ErwG 5 und Art 22).

64 Hierbei stehen insb Rechtsfragen betreffend die verpflichtende Durchführung von Energiesparmaßnahmen durch Vermieter:innen, der Kostentragung bzw Duldungspflicht von Mieter:innen (vgl § 8 Abs 2 Z 1 MRG) oder Zustimmungserfordernisse der Wohnungseigentümer:innengemeinschaft im Mittelpunkt, vgl *Madner/Parapatics*, Energie-raumplanung 10.

65 In diesem Kontext gilt es, die staatlichen Förderprogramme in einem größeren Ausmaß auf die energetische Sanierung des Bestands auszurichten.

66 TaxonomieVO (EU) 2020/852 ABL L 198/2020, 13.

67 Vgl *Boyd*, *Columbia Journal of Environmental Law* 2021, 467 ff.

68 Man kann daher „Energieeffizienz“ als Stellvertreterin (englisch *proxy*) für das angestrebte Niveau an Nachhaltigkeit im Gebäudesektor ansehen, vgl *Boyd*, *Ways of Seeing in Environmental Law: How Deforestation Became an Object of Climate Governance*, *Ecology Law Quarterly* (2010) 843 (904 f).

Gebäuden gerichtet sind, sondern auf mehr Suffizienz und Praktiken des Alltags abstellen, die zu einer radikaleren Emissionsreduktion führen könnten.⁶⁹ Soll die Neukonzeptionierung der gebauten Umwelt und die von der EK angekündigte Renovierungswelle für Europa gelingen, müssen bestehende Ansätze wohl um progressivere Rechtsinstrumente erweitert werden.

Mag. iur. Dominik Wagner, BA ist Universitätsassistent (prae doc) am Forschungsbereich Rechtswissenschaften des Instituts für Raumplanung an der Technischen Universität Wien; dominik.wagner@tuwien.ac.at

⁶⁹ *Shove*, What is wrong with energy efficiency? *Building Research & Information* 2018, 779 (786); für suffizienzorientierte Regelungsansätze, s. *Lorek/Spangenberg*, Identification of promising instruments and instrument mixes to promote energy sufficiency (2019).

Geschlechtliche Selbstbestimmung – endlich!

Was das deutsche Selbstbestimmungsgesetz vorsieht

Susanna Roßbach

1. Einleitung

„Wir werden das Transsexuellengesetz abschaffen und durch ein Selbstbestimmungsgesetz ersetzen.“¹ So kündigte es die deutsche Ampel-Regierung aus SPD, Grünen und FDP im letzten Jahr in ihrem Koalitionsvertrag an. 2023 soll das Selbstbestimmungsgesetz nun in Kraft treten. Dieser Beitrag erklärt, was geschlechtliche Selbstbestimmung meint, was in dem neuen Gesetz – voraussichtlich – geregelt sein wird und was die Aufgabe kritischer Jurist_innen im aktuellen Diskurs sein kann.

2. Der rechtliche Status Quo: Pathologisierung und Fremdbestimmung

Kommt in Deutschland ein Kind zur Welt, löst das idR viel Freude, aber auch viel Verwaltungshandeln aus, denn jede Geburt muss vom Standesamt im Geburtenregister beurkundet werden. Zum Eintrag gehören dabei nicht nur Kindsname, Geburtsort und -zeit, sondern nach § 21 Abs 1 Z 3 dt Personenstandsgesetz (PStG) auch das Geschlecht. In Deutschland gibt es vier Möglichkeiten, das Geschlecht zu beurkunden: „männlich“, „weiblich“, „divers“ oder ein Offenlassen des Eintrags. Welcher Eintrag nach der Geburt erfolgt, entscheidet üblicherweise allein ein Blick auf die Genitalien des Kindes. Die erste Zuordnung zu einem Geschlecht erfolgt also von vornherein immer fremdbestimmt.

Für viele Menschen spielt der Geschlechtseintrag im Geburtenregister im weiteren Verlauf ihres Lebens eine eher geringe Rolle. Anders ist das etwa für trans Personen, also Menschen, deren Geschlecht – ihre Geschlechtsidentität – von dem Geschlecht abweicht, das ihnen bei der Geburt zugewiesen wurde. Sie müssen dann nämlich bei Ausweiskontrollen oder Grenzübertritten erklären, warum ihre Dokumente und ihr Aussehen auseinanderfallen und sind gezwungen, in diesen vulnerablen Situationen ihre Transgeschlechtlichkeit offenzulegen. Auch im Alltag kann es belasten, wenn auf der Bankomatkarte oder dem Impfnachweis nur der *Deadname*, also der ursprünglich von den Eltern ausgesuchte, nun aber nicht mehr verwendete Name, steht. Im Grundsatz ist in der dt bundesverfassungsrechtlichen Rsp daher seit Jahrzehnten anerkannt, dass alle Menschen als Teil ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art 2 Abs 1 iVm Art 1 Abs 1 dt GG) das

1 Koalitionsvertrag 2021-2015, 95, 7.12.2021, www.spd.de/koalitionsvertrag2021 (16.12.2022).

Recht haben, ihre Geschlechtsidentität zu finden und in ihr anerkannt zu werden.² Dieser Schutz erstreckt sich auch auf nicht-binäre Geschlechtsidentitäten,³ also auf Personen, die nicht (nur) weiblich oder nicht (nur) männlich sind, sondern beides oder keines von beidem. Die staatliche Anerkennung erfolgt dann dadurch, dass die Angaben im Geburtenregister korrigiert werden.

Bisher können trans Personen ihren Vornamen und Geschlechtseintrag in Deutschland nur im gerichtlichen Verfahren nach dem sogenannten Transsexuellengesetz (TSG)⁴ korrigieren. Dieses 1981 in Kraft getretene Gesetz sah ursprünglich sehr hohe – und wie in den folgenden Jahren entschieden werden sollte – zum Großteil verfassungswidrige Voraussetzungen für die Korrektur des Geburtenregisters vor, etwa die Ehelosigkeit, geschlechtsangleichende Operationen oder eine Sterilisation.⁵ Heute setzt das TSG-Verfahren materiell noch voraus, dass die antragstellende Person sich „auf Grund ihrer transsexuellen Prägung“ nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag, sondern „dem anderen“ Geschlecht als zugehörig empfindet und seit mindestens drei Jahren „unter dem Zwang steht, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben“, und mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass sich ihr Zugehörigkeitsgefühl nicht mehr ändern wird (§ 1 Abs 1 Z 1 und 2 TSG). Diese Voraussetzungen muss die betroffene Person vor Gericht durch zwei (!) Sachverständigen-gutachten beweisen (§ 4 Abs 3 TSG). Die doppelte Begutachtungspflicht als im dt Recht einzigartige Hürde sorgt nicht nur dafür, dass Verfahrenskosten und -dauer steigen, sondern birgt auch ein enormes Diskriminierungspotential: Trans Personen berichten von übergriffigen und entwürdigenden Fragen im Begutachtungsprozess, etwa nach ihrer Unterwäsche oder sexuellen Vorlieben, sowie von pathologisierenden Unterstellungen.⁶ Insgesamt ist das dt Recht – und vergleichbar im Übrigen auch die Rechtslage in Österreich⁷ – also noch stark von Fremdbestimmung und Pathologisierung durchdrungen.

3. Das Selbstbestimmungsgesetz: Was wir schon wissen

Das soll das neue Selbstbestimmungsgesetz nun ändern. Einen Entwurf zum Gesetz – obwohl für das Jahresende 2022 angekündigt – gibt es dazu bisher noch nicht. Die we-

2 Ständige Rsp seit BVerfGE 49, 286.

3 BVerfGE 147, 1.

4 Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen vom 10.9.1980, dt BGBl I S 1654.

5 Dazu die Rsp des dt Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 121, 175 und BVerfGE 128, 109.

6 *Adamietz/Bager*, Gutachten: Regelungs- und Reformbedarfe für transgeschlechtliche Menschen (2016) 11 f.

7 In Österreich gibt es keine dem TSG vergleichbare einheitliche gesetzliche Regelung. Rechtsgrundlage ist vielmehr die Rsp des VwGH, der als Voraussetzungen für eine Personenstandsänderung – dem TSG ähnlich – formuliert hat, dass ein Zugehörigkeitsempfinden zum „anderen“ Geschlecht besteht, dieses aller Voraussicht nach weitgehend irreversibel ist und zusätzlich eine deutliche Annäherung an das äußere Erscheinungsbild „des anderen“ Geschlechts zum Ausdruck kommt (VwGH 15.9.2009, VwSlg 17746 A/2009). Zum Nachweis dieser Voraussetzungen gelten in den Bundesländern, in deren Entscheidungskompetenz die Personenstandsänderung fällt, unterschiedliche Anforderungen. In Wien ist etwa ein Gutachten von Fachärzt_innen der Psychiatrie, von Psychotherapeut_innen oder von klinischen Psycholog_innen erforderlich.

sentlichen Inhalte lassen sich aber aus einem Eckpunktepapier⁸ ableiten, das im Juni 2022 veröffentlicht wurde.

3.1. Kern des Eckpunktepapiers

Kern des geplanten Selbstbestimmungsgesetzes ist ein neues Verfahren zur Korrektur des Geschlechtseintrags und Vornamens. In Zukunft soll es möglich sein, diese Angaben in den Personenstandsregistern durch eine selbstbestimmte Erklärung beim Standesamt zu korrigieren. Sachverständigengutachten oder ärztliche Bescheinigungen sind dann nicht mehr notwendig. Auch das unverhältnismäßig teure und zeitaufwändige gerichtliche Verfahren entfällt. Das Verfahren wird vielmehr an andere Behördengänge angepasst. Das neue Verfahren kann im Verlauf des Lebens grundsätzlich mehrmals in Anspruch genommen werden. Nach der Korrektur soll aber eine Sperrfrist von einem Jahr gelten.

3.2. Regelungen für Minderjährige

Rechtspolitisch umstritten sind die Aussagen des Eckpunktepapiers zu Minderjährigen. Grundsätzlich sieht es für die Korrekturmöglichkeit keine Altersgrenze vor. Allerdings sollen für Minderjährige bis 14 Jahren ihre Sorgeberechtigten, idR beide Eltern, die Erklärung abgeben.⁹ Minderjährige ab 14 Jahren sollen die Erklärung zwar selbst abgeben können, dafür aber die Einwilligung ihrer Sorgeberechtigten benötigen. Wenn die Sorgeberechtigten sich weigern, soll die Einwilligung durch eine Entscheidung des Familiengerichts ersetzt werden können.

Betroffenenverbände befürchten, dass unter dieser Regelung insbesondere Minderjährige aus nicht unterstützenden Familien zu leiden hätten. Sie diskutieren daher, ob Minderjährige ab 14 Jahren die Entscheidung – parallel zur Religionsmündigkeit – selbst treffen können sollen, wie es ein Entwurf der Grünen aus der letzten Legislaturperiode vorsah.¹⁰

3.3. Weitere Vorhaben

Neben der Einführung des neuen Verfahrens sieht das Eckpunktepapier auch Anerkennungsleistungen für trans und intergeschlechtliche Personen vor, die aufgrund der früheren Gesetzeslage von Körperverletzungen oder Zwangsscheidungen betroffen waren.¹¹

8 Eckpunkte des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und des Bundesministeriums der Justiz zum Selbstbestimmungsgesetz, Juni 2022, www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/alle-meldungen/eckpunkte-fuer-das-selbstbestimmungsgesetz-vorgestellt-199378 (16.12.2022).

9 Bei gemeinsamem Sorgerecht müssen beide Eltern die Erklärung abgeben bzw einwilligen. Können sich die Eltern nicht einigen, überträgt das Familiengericht die Entscheidung einem Elternteil (§ 1628 dt BGB). Dabei handelt es sich um eine bereits existierende familienrechtliche Bestimmung, so dass im Eckpunktepapier dazu nichts geregelt ist.

10 Gesetzesentwurf vom 10.6.2020, BT-Drucks. 19/19755.

11 § 8 Abs 1 Z 2, 3 und 4 TSG aF.

Zudem soll ein bußgeldbewehrtes Offenbarungsverbot eingeführt werden, also ein Verbot, die Transgeschlechtlichkeit einer Person offenzulegen. Zur Ausgestaltung von Tatbestand und Rechtsfolge dieser Ordnungswidrigkeit äußert sich das Eckpunktepapier allerdings noch nicht.

4. Ein Blick über die Grenze

Mit dem geplanten Selbstbestimmungsgesetz befindet sich Deutschland im europäischen Vergleich in guter Gesellschaft. Belgien, Dänemark, Irland, Luxemburg, Malta und Portugal haben bereits entsprechende Regelungen, in Spanien, Finnland und Schottland sind Gesetzesänderungen in Arbeit. Auch die Parlamentarische Versammlung des Europarats hat die Mitgliedsstaaten in einer im Jahr 2015 beschlossenen Resolution dazu aufgefordert, schnelle, transparente und zugängliche Verfahren zur Änderung von Namen und Geschlechtseintrag zu entwickeln, die auf Selbstbestimmung beruhen.¹² Diese europäischen Entwicklungen können auch für die Rechtslage in Österreich Vorbildwirkung haben.

Begleitet wird die Einführung des Selbstbestimmungsgesetzes in Deutschland – wie auch in anderen Ländern¹³ – von einer Kaskade an Falschinformationen und transmisogynen Narrativen.¹⁴ Gerade kritische Jurist_innen sollten sich auf diesen Versuch der Diskursverschiebung nicht einlassen, sondern Menschenfeindlichkeit als solche aufgreifen und adressieren. Die Missstände der aktuellen Rechtslage und der Sinn des Selbstbestimmungsgesetzes dürfen nicht aus dem Blick geraten: Es geht darum, ein entwürdigendes Verfahren abzuschaffen, was aus menschenrechtlicher Perspektive klar geboten und längst überfällig ist. Es ist daher gut, dass das Selbstbestimmungsgesetz 2023 – endlich – in Kraft treten soll.

Susanna Roßbach ist Doktorandin an der Bucerius Law School in Hamburg und lebt in Lübeck; susanna.rossbach@law-school.de

12 Discrimination against transgender people in Europe, Resolution 2048 (2015) der Parlamentarischen Versammlung vom 22.4.2015.

13 Analytisch dazu *Faye*, *The Transgender Issue* (2021) 14 ff.

14 Dazu BVT*/LSVD, *Soll Geschlecht jetzt abgeschafft werden*, 2022, www.bundesverband-trans.de/publikationen/soll-geschlecht-abgeschafft-werden (16.12.2022); ausführlich auch *Roßbach*, *Support your Sisters!*, *Forum Recht* 2022, 19.

Umfassende Recherche und rasche Lösungen in einem einzigen Werk

Die 2. Auflage des Kommentars
zum Ehe- und Partnerschaftsrecht
beinhaltet umfassende
Kommentierungen zu:

dem materiellen und for-
mellen Recht der Eheleute,
eingetragenen Partner*innen und
Lebensgefährt*innen

EheG, EPG sowie den ein-
schlägigen Bestimmungen
des ABGB, WEG 2002, MRG,
Sozialversicherungsrechts, AußStrG,
ZPO, EO und des internationalen
Familienrechts, jeweils auf dem
Stand von Herbst 2021

den Neuerungen im Bereich des
Gewaltschutzes durch die Gesamt-
reform des Exekutionsrechts (GREx)



Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg)
Ehe- und Partnerschaftsrecht

Kommentar
2. Auflage
1831 Seiten, gebunden
ISBN 978-3-7046-8667-1
Erscheinungsdatum: 31.1.2022
299,00 €
Auch als eBook erhältlich

