

nr 3/2023

# juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

# Soziale Rechte von Migrant:innen

recht & gesellschaft

Psychische Gewalt im Strafrecht  
Sozio-ökologisches Transformationsrecht  
Erneuerbaren-Turbo durch BeschleunigungsVO?  
Mobilitätswende im Straßenplanungsrecht

Für Context herausgegeben von Maximilian Blaßnig, Isabell Doll, Susanne Gstöttner,  
Paul Hahnenkamp, Hanna Palmanshofer, Antonia Reiss, Nikolaus Wieser

verlagoesterreich.at VERLAG  
juridikum.at ÖSTERREICH

# Bleibt die Antragslegitimation Türhüter für Klimaklagen?

Neue höchstgerichtliche Entscheidungen zum Rechtsschutz im Klima- und Umweltrecht

Susanne Gstöttner / Paul Hahnenkamp

---

## 1. Von Kinderrechten und Fischottern

Im Juni 2023 wies der Verfassungsgerichtshof (erneut) eine Klimaklage aus formellen Gründen zurück: Zwölf Kinder stellten einen Individualantrag zur Gesetzesprüfung nach Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-VG und beantragten die Aufhebung von Wortfolgen des Klimaschutzgesetzes (KSG).<sup>1</sup> Sie sahen ihre Kinderrechte auf Schutz und Fürsorge, auf bestmögliche Entwicklung sowie auf die Wahrung ihrer Interessen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Generationengerechtigkeit nach Art 1 BVG Kinderrechte<sup>2</sup> und Art 24 GRC sowie ihre Rechte aus dem Gleichheitssatz (Art 7 Abs 1 B-VG, Art 2 StGG) verletzt.<sup>3</sup> Der VfGH qualifizierte den Antragsumfang allerdings als zu eng gewählt, da die angefochtenen Wortfolgen nicht isoliert von anderen KSG-Bestimmungen betrachtet werden könnten und durch ihre Aufhebung der verbliebene Gesetzestext einen kompetenzwidrigen Sinn erhalten würde.<sup>4</sup>

Bereits im Vorfeld der Entscheidung wurden die Chancen des Individualantrags wegen der engen Antragslegitimation für Normprüfungsverfahren vor dem VfGH als gering eingestuft.<sup>5</sup> Interessanterweise schnitt der VfGH diesen Punkt in seiner Entscheidung zwar an, prüfte aber genau jene Voraussetzungen<sup>6</sup>, nämlich die Behauptung einer unmittelbaren Verletzung durch das potenziell verfassungswidrige KSG, die persönliche (iSv unmittelbarer, aktueller, tatsächlicher, nachteiliger) Betroffenheit einer Rechtsposition der Kinder und die Unzumutbarkeit eines anderen Rechtswegs, letztlich nicht.

---

1 Bundesgesetz zur Einhaltung von Höchstmengen von Treibhausgasemissionen und zur Erarbeitung von wirksamen Maßnahmen zum Klimaschutz BGBl I 2011/106 idF BGBl I 2017/58.

2 Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern (BVG Kinderrechte) BGBl I 2011/4.

3 Zur Verletzung des Gleichheitssatzes brachten sie vor, dass das KSG die Treibhausgas-Reduktionslasten ungleich verteile und es gemessen am eigentlichen Zweck, nämlich der Koordinierung von Klimaschutzmaßnahmen, dem Sachlichkeitsgebot widerspreche, VfGH 27.6.2023, G 123/2023, Rn 20.

4 VfGH 27.6.2023, G 123/2023, Rn 46, 52 f.

5 *Pfllügl/Prager/Kutzler*, Zwölf Kinder und Jugendliche reichen Klimaklage gegen Österreich beim Höchstgericht ein, *der.standard* 21.2.2023, <https://derstandard.at/story/2000143761495> (26.7.2023).

6 Vgl dazu die st Rsp des VfGH, VfSlg 8009/1977.

Gleichzeitig gewährte wiederum der *VwGH* Umweltorganisationen in einer Entscheidung über eine Bescheidbeschwerde indirekt Rechtsschutzmöglichkeiten gegen eine niederösterreichische Verordnung<sup>7</sup>, die den Artenschutz von Fischottern einschränkt.<sup>8</sup> Dass diese zwei Erkenntnisse nicht nur im Sinne der Verschränkung von Klima- und Biodiversitätskrise zusammenhängen, sondern auch juristisch in Verbindung stehen, wird durch die explizite Auseinandersetzung des *VwGH* mit der Antragslegitimation vor dem *VfGH* deutlich.

## 2. Fehlende persönliche Betroffenheit

Die Antragslegitimation, insb das Kriterium der persönlichen Betroffenheit, spielt im Gesetzes- und auch im Verwaltungsprüfungsverfahren (Art 139 Abs 1 Z 3 B-VG) mittels Individualantrag vor dem *VfGH* eine zentrale Rolle und nimmt damit bisher gleichsam die Rolle als Türhüter<sup>9</sup> zu erfolgreichen Klimaklagen vor dem *VfGH* ein.

Die erste österreichische Klimaklage 2020, die sich gegen eine steuerliche Bevorzugung des personenbezogenen Luft- gegenüber dem Bahnverkehr richtete, wies der *VfGH* mangels Antragslegitimation der über 8.060 Antragsteller\_innen zurück.<sup>10</sup> Der *VfGH* lehnte die Argumentation eines Eingriffs in die Rechtssphäre der nicht unmittelbar durch die Norm adressierten Verbraucher\_innen selbst bei Überwälzung der steuerlichen Abgabenglast auf diese ab.<sup>11</sup>

Die gewählte – und an der persönlichen Betroffenheit gescheiterte – Argumentation verdeutlichte ein grundsätzliches Rechtsschutzdefizit<sup>12</sup> in Österreich: (Wie) Kann der (fehlende) Schutz von Allgemeininteressen durch allgemeine Rechtsvorschriften – hier eben insb rechtliche Klima- und Umweltschutzvorgaben – ohne persönliche *rechtliche* Betroffenheit iSd Art 139 und 140 B-VG gerichtlich eingefordert werden?<sup>13</sup>

7 LGBI 2019/98.

8 *VwGH* 13.6.2023, Ra 2021/10/0162.

9 Zur Türhüterparabel von *Kafka* im Recht und der Rechtswissenschaft siehe allgemein das Sammelwerk von *Bezemek*, worin *Lienbacher* den *VfGH* überwiegend als Türöffner auch für die „Mitwirkung des Rechtsunterworfenen an der Überprüfung der ihn betreffenden Rechtsakte“ einordnet; siehe *Lienbacher*, Der Türhüter: Die Perspektive der Verfassungsgerichtsbarkeit, in *Bezemek*, Vor dem Gesetz. Rechtswissenschaftliche Perspektiven zu Franz Kafkas ‚Türhüterlegende‘ (2019) 247 (253).

10 *VfGH* 30.9.2020, G 144-145/2020 ua; siehe dazu auch *Schulev-Steindl*, Klimaklage: *VfGH* weist Individualantrag gegen steuerliche Begünstigung der Luftfahrt zurück, RdU 2021, 256.

11 *VfGH* 30.9.2020, G 144/2020 ua, Rn 67. Die Entscheidung reiht sich damit in die generell restriktive Rechtsprechung des *VfGH* im Klimaschutzkontext ein, wie etwa in der Entscheidung zur dritten Piste des Flughafen Wien – dort ua im Hinblick auf die Staatszielbestimmung im BVG Nachhaltigkeit; *VfSlg* 20.185/2017.

12 Zu den bestehenden Rechtsschutzlücken im Klimaschutzrecht siehe *Ennöckl*, Klimaklagen – Strukturen gerichtlicher Kontrolle im Klimaschutzrecht (Teil II), RdU 2022, 184 (188 f).

13 Die Thematik der individuellen Betroffenheit stellt sich auch in Verfahren vor dem EGMR (vgl zur geforderten „Opfergemeinschaft“ *Kulik*, in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, HK-EMRK<sup>3</sup> (2023) Art 34 Rz 180 ff) oder dem EuGH (zu den strengen Kriterien der sog *Plaumann-Formel* vgl EuGH 25.05.2021, C-565/19 P, *Carvalho ua*, ECLI:EU:C:2021:252); zur Opfergemeinschaft bei Klimaklagen allgemein siehe auch *Keller/Heri*, Klimagerechtigkeit durch Klimaklagen? *juridikum* 2022, 83 (89 ff).

### 3. Der alternative Rechtsschutzweg im unionsrechtlich determinierten Umweltrecht

Die ebenfalls im Juni 2023 ergangene Entscheidung des VwGH reagierte auf die engen Voraussetzungen der Normprüfungsverfahren beim VfGH und beantwortete die Frage der Rechtsschutzmöglichkeiten im Verwaltungsrecht zumindest für Umweltorganisationen<sup>14</sup> im unionsrechtlich determinierten Umweltrecht (erneut) positiv. Die zwei Umweltorganisationen *WWF Österreich* und *Ökobüro – Allianz der Umweltbewegung* beantragten bei der nÖ Landesregierung als verordnungserlassender Behörde eine inhaltliche Überprüfung der nÖ Fischotter-VO<sup>15</sup>, die zur (begrenzten) Tötung von Fischottern zum Schutz der Teichwirtschaft ermächtigt. Die VO stellt iSd § 20 Abs 6 nÖ Naturschutzgesetz<sup>16</sup> eine Ausnahme vom strengen Artenschutz dar, der in Umsetzung der Fauna-Flora-Habitat-RL (FFH-RL)<sup>17</sup> auch für Fischotter gilt. Die Umweltorganisationen sahen die VO als unvereinbar mit der FFH-RL und ihren engen Vorgaben für Ausnahmen des Artenschutzes an, die Landesregierung wies diesen Antrag jedoch mit Verweis auf das alleinige Prüfungsmonopol des VfGH zurück, das LVwG NÖ bestätigte die Zurückweisung.<sup>18</sup>

Der VwGH hob nun die Zurückweisung auf, weil sie den Umweltorganisationen einen unionsrechtsrechtlich gebotenen,<sup>19</sup> effektiven gerichtlichen Rechtsschutz versagte. Dabei wies der VwGH genau darauf hin, dass ihnen vor dem VfGH im Rahmen der „(bisherigen) Rechtsprechung“ nach Art 139 B-VG eben *keine* Antragslegitimation zukommt.<sup>20</sup> Der Verweis auf das alleinige Prüfungsmonopol des VfGH greift hier also nicht, wenn er ins Leere führt! Auch der Umstand, dass bei der innerstaatlichen Verordnungserlassung weder ein im Gesetz vorgesehenes Antragsrecht der Umweltorganisationen noch ein einheitliches Verfahrensrecht vorgesehen ist, kann den Ausschluss des unionsrechtlich gebotenen Rechtsanspruchs nicht rechtfertigen.<sup>21</sup>

Der VwGH entschied lediglich über die Zurückweisung; eine gerichtliche Aufhebung der Fischotter-VO könnte weiterhin lediglich der VfGH aussprechen. Dass die nÖ Landesregierung als zuständige Behörde auf das VwGH-Erk reagieren sowie auf die Verfahrensbeteiligung von Umweltorganisationen bei zukünftigen Erlassungsverfahren achten wird, sollte jedoch naheliegend sein. Der VwGH betont zudem, dass die belangte Behörde – anders als das VwG – auf Basis der gesetzlichen Verordnungsermächtigung zur jederzeitigen Abänderung oder Aufhebung befugt ist.<sup>22</sup>

---

14 Gemäß § 19 Abs 7 UVP-G BGBl 1993/697 idF BGBl I 2023/26.

15 LGBl 2019/98.

16 NÖ Naturschutzgesetz 2000 LGBl 5500-0 idF LGBl 2021/39.

17 Flora-Fauna-Habitat-RL 92/43/EWG ABl L 1992/206, 7.

18 LVwG Niederösterreich vom 11. August 2021, LVwG-AV-730/001-2020.

19 Dieser ergibt sich aus Art 9 Abs 3 Aarhus-Konvention iVm Art 47 GRC, siehe EuGH 25.7.2008, C-237/07, *Janecek*, ECLI:EU:C:2008:447; EuGH 19.11.2014, C-404/13, *Client Earth* ECLI:EU:C:2013:805; EuGH 20.12.2017, C-664/15, *Protect*, ECLI:EU:C:2017:987.

20 VwGH 13.6.2023, Ra 2021/10/0162, Rn 22; vgl *Weber*, Von Richtlinien, Verordnungen und geschützten Arten. Probleme der Entnahmegenehmigung per Verordnung, RdU 2023, 136 (140).

21 Vgl VwGH 13.6.2023, Ra 2021/10/0162, Rn 23-25.

22 VwGH 13.6.2023, Ra 2021/10/0162, Rn 20.

Auch diese höchstgerichtliche Entscheidung kam nicht überraschend, stellte der VfGH bereits in seinen Erk zum damaligen IG-L<sup>23</sup> fest, dass in diesem unionsrechtlich determinierten Bereich Umweltorganisationen ein Antragsrecht auf Erlassung, Ergänzung oder Änderung eines Luftreinhalteplans oder auf Verordnung geeigneter Maßnahmen zukommt bzw bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen ein Recht auf einen negativen Bescheid darüber bestehen muss.<sup>24</sup> Über die Un-Tätigkeit oder unzureichende Tätigkeit des Verordnungsgebers entscheidet im Rahmen der Beschwerde von Umweltorganisationen gegen den negativen Bescheid letztendlich die Verwaltungsgerichtsbarkeit.<sup>25</sup>

#### 4. Antragslegitimation in Zukunft?

Der VfGH hat sich bei der Zurückweisung des jüngsten, von Kindern gestellten Gesetzesprüfungsantrags überraschend zurückhaltend gezeigt und die Frage der persönlichen Betroffenheit offengelassen.<sup>26</sup>

Der VfGH hingegen hat im unionsrechtlich determinierten Umweltrecht gerade unter Hinweis auf die restriktive Handhabe der Antragslegitimation für Umweltorganisationen im Verordnungsprüfungsverfahren die notwendige Wahrnehmung des Rechtsschutzes durch Verwaltungsgerichte eingefordert. Für die Antragslegitimation vor dem VfGH hat dies zunächst keine unmittelbaren Auswirkungen.

Allerdings zeigt der VfGH, wie verfassungsgerichtlich bestehende Rechtsschutzdefizite im Umwelt- und Klimaschutzrecht durch Verwaltungsbehörden und -gerichte ausgeglichen werden können bzw müssen. Die fortlaufende Rsp des VfGH eröffnet verwaltungsgerichtliche Türen auf eine – inhaltlich durch das Umweltunionsrecht und nationale Umsetzungsakte eingegrenzte – *Verordnungsüberprüfung*. Das *Verordnungsaufhebungsmonopol* bleibt weiterhin beim VfGH, VwG könnten aber durch diese indirekte Prüfung bestehender Verordnungen über den bekämpften Bescheid die Behörde selbst zu einem *Tätigwerden* bewegen<sup>27</sup> und eine gewichtigere Rolle im Rechtsschutz gegenüber generellen umweltrechtlichen Normen einnehmen.

23 Immissionsschutzgesetz – Luft BGBl I 1997/115 idF BGBl I 2010/77.

24 VwSlg 19.135 A/2015; VfGH 19.2.2018, Ra 2015/07/0074; auf die Rsp hat der Gesetzgeber mit dem Aarhus-Beteiligungsgesetz 2018 BGBl I 2018/73 reagiert, vgl § 9a IG-L.

25 Einen Ersatz für die rechtswidrige Handlung der Behörde kann die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht erlassen; vgl *Schulev-Steindl*, Subjektives Recht auf Erlassung oder Ergänzung eines Luftqualitätsplanes (Besprechung zu VfGH 28.5.2015 Ro 2014/07/0096), RdU 2015, 203 (211).

26 Das Potenzial der auf Kinderrechte gestützten Argumentation, ein aktives Tätigwerden des Gesetzgebers einzufordern, bleibt damit vorerst unausgeschöpft. Zur aktiven Verpflichtung des Gesetzgebers, Kindesinteressen intergenerationell zu wahren siehe auch *Fister*, Intertemporale und intergenerationelle Grundrechtswirkungen – Am Beispiel des Klimaschutzrechts, JRP 2022, 460 (463 ff).

27 Eine wiederholte negative behördliche Entscheidung über Anträge von Umweltschutzorganisationen auf Verordnungsüberprüfung in Missachtung vorhergehender verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen, bliebe wohl politisch wie auch rechtlich nicht folgenlos – zu denken wäre etwa an Verfahren wegen Amtsmissbrauch gem § 302 StGB; vgl *Müller*, Ansprüche auf Erlass genereller Verwaltungsakte und ihre Durchsetzung, ZöR 2020, 295 (310).

Wird der VfGH auf diese Entwicklungen reagieren oder seine bisherige Rsp zur Antragslegitimation weiter hüten? Andere nationale Gerichte wie das deutsche BVerfG in seinem „Klimabeschluss“ legten zugunsten des Klimaschutzes das Kriterium der Betroffenheit bereits weiter als bisher aus.<sup>28</sup> In naher Zukunft werden Entscheidungen des EGMR zu mehreren Klimaklagen insbesondere im Hinblick auf das Kriterium der individuellen Betroffenheit mit Spannung erwartet.<sup>29</sup> Nicht zuletzt wird auch der gesellschaftliche Druck auf alle staatlichen Akteur\_innen aufgrund der drastisch fortschreitenden Klimakrise<sup>30</sup> immer größer.

Mit der Betonung, der VfGH habe „in seiner (*bisherigen*) Rechtsprechung anerkannten Umweltorganisationen keine Parteistellung“<sup>31</sup> eingeräumt, scheint schließlich selbst der VfGH eine künftige Änderung der Rechtsprechung des VfGH zu antizipieren oder zumindest für möglich zu halten. Eine Abkehr von der restriktiven Handhabung des Kriteriums der Antragslegitimation ist jedenfalls nicht ausgeschlossen. Werden wir bei der nächsten Klima-<sup>32</sup> oder Umweltschutzklage<sup>33</sup> überrascht?

Mag.<sup>a</sup> Susanne Gstöttner und Dr. Paul Hahnenkamp, BA sind Mitherausgeber\_innen des juridikum;  
susanne.gstoettner@jus.sfu.ac.at; paul.hahnenkamp@tuwien.ac.at

---

28 BVerfG 24.3.2021, 1 BvR 2656/18 ua, Rn 108, 129 ff; einer solchen weiten Auslegung scheint der VfGH mit einem zweiten im Juni 2023 zurückgewiesenen Antrag aber entgegenzutreten: Er verneinte die Antragslegitimation auf Basis der (stark an die Argumentation im dt Klimabeschluss erinnernden) vorgebrachten Ausführungen, da die Eingriffe in grundrechtliche Positionen nicht präzise genug dargelegt seien; VfGH 27.6.2023, G 139/2021.

29 Siehe die laufenden Verfahren EGMR, 53600/20, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ua/Schweiz*; 39371/20 *Duarte Agostinho ua/Portugal ua*.

30 ORF, Pariser Klimaziele nicht mehr erreichbar, orf.at 27.7.2023, <https://orf.at/stories/3325440/> (31.7.2023).

31 Hervorhebung durch die Autor\_innen.

32 *Red*, VfGH weist Klimaklage von Kindern zurück – Rechtsanwältin strebt weitere Verfahren an, derstandard.at 7.7.2023, [www.derstandard.at/story/3000000177929](http://www.derstandard.at/story/3000000177929) (31.7.2023).

33 *Red*, Oberösterreichische Wolfsverordnung beschäftigt jetzt Verfassungsgerichtshof, derstandard.at 9.8.2023, <https://derstandard.at/story/3000000182351> (9.8.2023).

# NEXT GENERATION

✧ Unserer Jugend steht die Welt offen wie nie zuvor. ✧

Bernd wird Bäcker.



Judith möchte Juristin werden.  
Oder Journalistin ...



Sophie will an der Boku studieren.



Maries Traumberuf ist Influencerin.



Alexander ist noch unerschlossen.



Kati Danielczyk

# Inhaltsverzeichnis

## vor.satz

- 277 Bleibt die Antragslegitimation Türhüter für Klimaklagen?  
*Neue höchstgerichtliche Entscheidungen zum Rechtsschutz im Klima- und Umweltrecht*  
 Susanne Gstöttner / Paul Hahnenkamp

## vor.bild

- 282 Next Generation. Unserer Jugend steht die Welt offen wie nie zuvor  
 Kati Danielczyk

## merk.würdig

- 285 Einkommensabhängige Entschädigung von Erwachsenenvertreter\*innen nach § 276 ABGB  
*Finanzielle Belastungen und mögliche Interessenskonflikte im aktuellen Entschädigungsmodell*  
 Leokadia Grolmus
- 290 „He is for the time being the slave of the state“  
*Prisoners Rights und ihr Verhältnis zum US Supreme Court*  
 Sebastian Sperner
- 294 Eine neue Ära des kollektiven Rechtsschutzes?  
 Silke Schusser
- 297 Desiderat PolizeiMeldeStellen  
*Eine erste Erhebung zu unverhältnismäßiger Polizeigewalt aus Betroffenenperspektive in Österreich durch das Antirepressionsbüro*  
 Vedrana Čović / Marija Cubalevska / Tim Pfundstein

## recht & gesellschaft

- 306 Psychische Gewalt  
*Strafrechtlicher Handlungsbedarf?*  
 Kristina Altrichter
- 316 Sozio-ökologisches Transformationsrecht  
*Öffentlich-rechtliche Überlegungen zu einer öko-sozialen Transformation in Österreich*  
 Konrad Lachmayer / Christoph Müller
- 326 Verordnete Beschleunigung beim Erneuerbaren-Ausbau  
*Eine Analyse der VO (EU) 2022/2577*  
 Nikolaus Handig
- 336 Schaffung rechtlicher Rahmenbedingungen im Straßenplanungsrecht als Motor für die  
 Mobilitätswende  
 Theresa Tisch

## thema

- 345 Vorwort der Gastherausgeber:innen  
 Kevin Fredy Hinterberger / Johannes Peyrl / Michaela Windisch-Graetz / Lukas Winkler
- 350 Regeln und Grenzen der Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft und des Bezuges  
 sozialer Leistungen von Unionsbürger:innen  
 Johannes Peyrl
- 361 Migrationsspezifische Rechts- und Praxisprobleme in der „24h-Betreuung“  
*Sozialrechtliche Herausforderungen zirkulärer Care Migration*  
 Maria Sagmeister
- 372 Die Arbeits- und Lebensbedingungen in der saisonalen Landwirtschaft  
*Von Erdbeeren, Spargel und dem Ringen um die Rechte der Saisonarbeiter\*innen auf den  
 österreichischen Erntefeldern*  
 Lukas Winkler
- 384 International Schutzberechtigte und ihr Recht auf Familienzusammenführung  
*Wurzeln und aktuelle Entwicklungen*  
 Julia Bauer

395 Die Indexierung von Familienleistungen  
*Eine unionsrechtliche Bewertung*  
Erika Kovács

406 Gleiche Sozialhilfe (gleich) für alle?  
Michaela Windisch-Graetz

## nach.satz

416 Bad Romance für den Gesetzgeber  
*Wie die LGBTQ Community vom Gleichbehandlungsgesetz ausgeschlossen wird*  
Emily Koch

## 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 Blafñig, Isabell Doll, Susanne Gstöttner,  
Paul Hahnenkamp, Hanna Palmanshofer, 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 Präsenzdienere: Euro 25,-  
Einstiegsabo: Euro 11,-  
Einzelheft: Euro 22,-  
(Alle Preise inkl MWSt, exkl Versandkosten)  
Erscheinungsweise: vierteljährlich

### Redaktion:

Angelika Adensamer, Maximilian Blafñig, Isabell Doll,  
Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Karol Felsner, Judith  
Fitz, Jakob Fux, Umma Gencer, Jana Germ, Susanne  
Gstöttner, Paul Hahnenkamp, Kevin Fredy 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  
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 Main), Bea Verschraegen (Wien/  
Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager  
(Wien), Michaela Windisch-Graetz (Wien), Ingeborg  
Zerbes (Wien)

### Autor:innen dieser Ausgabe:

Kristina Altrichter, Julia Bauer, Vedrana Čović, Marija  
Cubalevska, Kati Danielczyk, Leokadia Grolmus,  
Susanne Gstöttner, Paul Hahnenkamp, Nikolaus  
Handig, Kevin Fredy Hinterberger, Erika Kovács, Emily  
Koch, Konrad Lachmayer, Christoph Müller, Johannes  
Peyrl, Tim Pfundstein, Maria Sagmeister, Silke Schusser,  
Sebastian Sperner, Theresa Tisch, Michaela Windisch-  
Graetz, Lukas Winkler

### Gastherausgabe des themas:

Kevin Fredy Hinterberger, Johannes Peyrl, Michaela  
Windisch-Graetz, Lukas Winkler

## 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  
Zeitungen und Zeitschriften).

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

Maximilian Blafñig: maximilian.blassnig@univie.ac.at  
Isabell Doll: isabell.doll.id@gmail.com  
Susanne Gstöttner: susanne.gstoettner@jus.sfu.ac.at  
Paul Hahnenkamp: paul.hahnenkamp@univie.ac.at  
Hanna Palmanshofer: hanna.palmanshofer@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.

# Einkommensabhängige Entschädigung von Erwachsenenvertreter\*innen nach § 276 ABGB

Finanzielle Belastungen und mögliche Interessenskonflikte im aktuellen Entschädigungsmodell

Leokadia Grolmus

---

## 1. Einleitung

Am 1. Juli 2018 löste das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz (2. ErwSchG)<sup>1</sup> das alte Sachwalterschaftsrecht ab und brachte eine Anpassung des österreichischen Erwachsenenschutzrechts an die UN-Behindertenkonvention. Aus den Sachwalter\*innen wurden gerichtliche Erwachsenenvertreter\*innen, die neue Differenzierung von vier Typen der Erwachsenenvertretung sollte die größtmögliche Entscheidungsfreiheit trotz Vertretung gewährleisten.<sup>2</sup> Nur sofern keine Vollsorgevollmacht besteht, keine gewählte Erwachsenenvertretung möglich ist und keine nahen Angehörigen für eine gesetzliche Erwachsenenvertretung zur Verfügung stehen, ist für die betroffene Person nach § 271 ABGB<sup>3</sup> seitens des Gerichts ein\*e gerichtliche\*r Erwachsenenvertreter\*in zu bestellen.

Die Reduktion der Anzahl der gerichtlichen Erwachsenenvertretungen – vormals Sachwalterschaften – gehörte zu den zentralen Zielen des 2. ErwSchG.<sup>4</sup> Die Anzahl sank stetig von einem Höchststand von etwa 52.700 Sachwalterschaften 2018 auf 36.500 gerichtliche Erwachsenenvertretungen im Jahr 2022.<sup>5</sup> Dennoch stellen gerichtliche Erwachsenenvertretungen weiterhin die Mehrheit der Anfang 2023 insgesamt bestehenden 66.570 Erwachsenenvertretungen dar.<sup>6</sup>

Die laufende Entschädigung und der Aufwandsersatz der gerichtlichen Erwachsenenvertreter\*innen ist dabei von den vertretenen Personen selbst zu tragen, die Basis hierfür bildet § 276 ABGB.

---

1 2. Erwachsenenschutz-Gesetz BGBl I 2017/59.

2 ErläutRV 222 ME 25. GP.

3 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) JGS 946/1811 idF BGBl I 2017/59.

4 ErläutRV 222 ME 25. GP.

5 *Vertretungsnetz*, Die Zahl der gerichtlichen Erwachsenenvertretungen sinkt, [vertretungsnetz.at](https://vertretungsnetz.at/blog-g/detail/zahl-der-gerichtlichen-erwachsenenvertretungen-sinkt) 24.3.2022, <https://vertretungsnetz.at/blog-g/detail/zahl-der-gerichtlichen-erwachsenenvertretungen-sinkt> (17.7.2023).

6 *Wiener Zeitung*, Zahl der Erwachsenenvertretungen steigt, [wienzeitung.at](https://wienzeitung.at/nachrichten/politik/oesterreich/2178255-Zahl-der-Erwachsenenvertretungen-steigt.html) 14.02.2023, <https://wienzeitung.at/nachrichten/politik/oesterreich/2178255-Zahl-der-Erwachsenenvertretungen-steigt.html> (27.7.2023).

## 2. Entschädigung nach § 276 ABGB

### 2.1. Geltendes Recht

§ 276 ABGB legt für die Entschädigung von gerichtlichen Erwachsenenvertreter\*innen eine dynamische Vergütung fest, die grundsätzlich 5% der gesamten Einkünfte der vertretenen Person zuzüglich 2% des Vermögens über 15.000 Euro beträgt (Abs 1). Für die Bemessung des Vermögens ist nach überwiegender Rsp das Nettovermögen heranzuziehen.<sup>7</sup> Der tatsächliche Aufwand, der mit der Vertretung verbunden ist, wird nur eingeschränkt berücksichtigt, insofern als das Gericht aus besonderen Gründen die Entschädigung mindern oder auf bis zu 10% des Einkommens und 5% des Vermögens erhöhen kann. Bei Einsatz besonderer beruflicher Kenntnisse und Fähigkeiten kann den Erwachsenenvertreter\*innen zusätzlich ein Entgelt gewährt werden (Abs 3). Dies ist für Erwachsenenvertreter\*innen aus den Rechtsberufen (Rechtsanwält\*innen, Notar\*innen), welche zusätzlich zu der Tätigkeit als Erwachsenenvertreter\*in bspw anwaltliche Leistungen erbringen, von großer Relevanz.

### 2.2. Der Weg zum geltenden Recht

Diese Form der einkommens- und vermögensabhängigen Entschädigung war bereits im Kindschaftsrecht verankert, welches vor dem Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 (SWRÄG 2006)<sup>8</sup> auch geschäftsunfähige Erwachsene umfasste. § 266 ABGB aF<sup>9</sup> sah eine jährliche Entschädigung von 5% des Einkommens vor, welche bei „besonders umfangreichen und erfolgreichen Bemühungen“ auf maximal 10% erhöht werden konnte. Nur bei besonderen Verdienstlichkeiten der betrauten Person kamen bis zu 2% des € 10.000 übersteigenden Vermögens zur Entschädigung hinzu.

Mit dem SWRÄG 2006 wurde die Sachwalterschaft und Kuratel bei Erwachsenen vollständig vom Kindschaftsrecht abgekoppelt. Die bisherige Regelung zur Entschädigung wurde im § 276 ABGB großteils übernommen<sup>10</sup>, eine wesentliche Änderung bestand jedoch darin, dass der Anspruch auf Entschädigung aus Vermögen nun auch ohne Erfüllung von zusätzlichen Voraussetzungen bestand.

Im Rahmen des 2. ErwSchG wurde die Regelung zur Entschädigung der Erwachsenenvertreter\*innen nahezu wortgleich übernommen. Änderungen ergaben sich im Bereich der Umsatzsteuer, deren Verrechnung nun im § 276 Abs 1 ABGB ausdrücklich festgehalten wurde. Da die Leistungen der Erwachsenenschutzvereine nicht mit einer Umsatzsteuer belastet sind, hat diese Regelung insb bei der Vertretung durch Personen aus den Rechtsberufen Relevanz.

<sup>7</sup> Weitzenböck in Deixler-Hübner/Schauer, HB Erwachsenenschutzrecht (2018) 268.

<sup>8</sup> Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 – SWRÄG 2006 BGBl I 2006/92.

<sup>9</sup> BGBl I 2001/98.

<sup>10</sup> BGBl I 2006/92.

### 3. Kritik an der Entschädigung der gerichtlichen Erwachsenenvertreter\*innen

Obleich die Gesetzeslage nach dem 2. ErwSchG hinsichtlich der Entschädigung der Erwachsenenvertreter\*innen weitgehend mit der vorherigen Fassung übereinstimmt, führte die Gesetzesänderung, die grundsätzlich auf breite Zustimmung stieß, zu umfangreicher Kritik von Betreuungseinrichtungen und Vertretungen der Betroffenen bezüglich § 276 ABGB. Beanstandet wurde, dass die Regelung die prekäre finanzielle Situation der Betroffenen nicht berücksichtigt, zu einer fortlaufenden Verteuerung der Erwachsenenvertretung führt und häufig Interessenskonflikte aufwirft.

#### 3.1. Mangelnder Freibetrag der Entschädigung aus Einkommen

§ 276 Abs 1 ABGB sieht keinen Einkommensfreibetrag vor, unterhalb dessen der Anspruch auf Aufwandsentschädigung aus Einkommen gegenüber den Betroffenen entfällt. Selbst Personen, welche eine Mindestpension beziehen oder aus anderen Gründen unter der Armutsgrenze leben, haben 5% ihres jährlichen Einkommens an den\*die Erwachsenenvertreter\*in zu entrichten. Obwohl der Ministerialentwurf des 2. ErwSchG in § 276 Abs 5 ABGB eine Härtefallklausel vorsah, die die Entschädigung gemäß Abs 1 bei Gefährdung der Lebensbedürfnisse der vertretenen Person ausschloss,<sup>11</sup> wurde diese in der Endfassung des Gesetzes gestrichen.

Gem § 137 Außerstreitgesetz<sup>12</sup> idF nach dem 2. ErwSchG sind die Ansprüche der Erwachsenenvertreter\*innen vom Gericht unabhängig von den Lebensbedürfnissen bzw der finanziellen Situation zu gewähren. Lediglich die Entnahme der ermittelten Ansprüche kann versagt werden, sofern damit der notwendige Lebensunterhalt iSd § 63 ZPO<sup>13</sup> gefährdet wird. Der notwendige Lebensunterhalt hat nach stRsp über dem Existenzminimum bzw der Lohnpfändungsgrenze zu liegen,<sup>14</sup> etwaige Unterhaltsansprüche werden hierbei berücksichtigt.<sup>15</sup> Der so ermittelte notwendige Lebensunterhalt kann aber unter der Armutgefährdungsschwelle liegen.

In ihrer Stellungnahme zum Ministerialentwurf forderte ua die *Sozialwirtschaft Österreich*, welche als Interessensvertretung der Sozial- und Gesundheitseinrichtungen in Österreich fungiert, die Einführung einer Einkommensuntergrenze, unter welcher von den Betroffenen selbst keine Aufwandsentschädigung zu leisten ist<sup>16</sup>. Ein Alternativvorschlag findet sich in der Stellungnahme nicht; denkbar wäre aber bspw die Möglichkeit eines Regresses des\*der gerichtlichen Erwachsenenvertreter\*in bei einer staatlichen Stelle.

---

11 222/ME 25. GP.

12 Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz – AußStrG) BGBl I 2003/111 idF BGBl I 2017/59.

13 Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung – ZPO) RGBl 1895/113 idF BGBl I 2022/61.

14 Siehe eine Übersicht der stRsp bei *Klauser/Kodek*, JN – ZPO<sup>18</sup> § 63 ZPO E 26 f.

15 OGH 19.05.2022, 3 Ob 67/22g.

16 *Sozialwirtschaft Österreich*, 46. SN 222/ME 25. GP.

Ebenso setzte sich *pro mente*, der Dachverband der Vereine und Gesellschaften für psychische und soziale Gesundheit, für eine Einkommensuntergrenze ein. Die Entschädigung treffe Personen mit geringem Einkommen, die einen Großteil der von *pro mente* betreuten Klient\*innen ausmachen, besonders hart.<sup>17</sup>

### 3.2. Interessenskonflikt zwischen dem\*der Erwachsenenvertreter\*in und der zu vertretenden Person

Viel Kritik gab es auch im Bezug auf mögliche Interessenskonflikte zwischen Erwachsenenvertreter\*innen und der vertretenen Person. Durch die Koppelung der Höhe der Entschädigung an das Vermögen würden für die Vertreter\*innen Anreize entstehen, das Vermögen der zu vertretenen Person auch gegen ihre Wünsche möglichst sparsam einzusetzen.<sup>18</sup> Fehlt es an zusätzlicher Entschädigung aus dem Vermögen, kann dies bei Personen ohne Vermögen dazu führen, dass die Übernahme der Vertretung weniger attraktiv erscheint.

Der Anwalt für Gleichbehandlungsfragen für Menschen mit Behinderung berichtet in seiner Stellungnahme zum Ministerialentwurf des 2. ErWSchG aus seiner Erfahrung: „Tatsächlich sieht sich der Behindertenanwalt in seiner Beratungstätigkeit immer wieder mit Beschwerden besachwalteter Personen konfrontiert, welche eine – möglicherweise zu – restriktive Finanzgebarung beklagen. Daher regt der Behindertenanwalt an, die [...] Entschädigungsansprüche [...] nicht in Zusammenhang mit dem zu verwaltendem Vermögen zu stellen.“<sup>19</sup> Ähnlich sah auch die Caritas Österreich in ihrer Stellungnahme in der gesetzlichen Regelung „den Anreiz, Vertretungen für wohlhabende Personen [...] zu übernehmen“<sup>20</sup>. Im Gegenzug kann dies zu Schwierigkeiten führen, wenn eine gerichtliche Erwachsenenvertretung für mittellose Personen übernommen werden soll.

### 4. Pauschalisierte Vergütung als Alternative?

Auf der Suche nach Alternativen, welche die vorliegenden Problemstellungen beheben können, bietet sich eine pauschale Entschädigung an, die nicht auf der Einkommens- und Vermögenssituation basiert. Deutschland hat sich für eben diesen Weg entschieden: Nach dem Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz werden den rechtlichen Betreuer\*innen fixe Pauschalbeiträge gewährt, welche von der Qualifikation der Betreuer\*innen, der Dauer der Betreuung und dem gewöhnlichen Aufenthaltsort abhängen; bei Mittellosigkeit steht ein geringerer Betrag zu (§ 8 dtVBVG).<sup>21</sup> Im Fall der Mittellosigkeit sieht das

<sup>17</sup> *Pro mente*, 95. SN 222/ME 25. GP.

<sup>18</sup> Siehe beispielsweise die Stellungnahme Caritas; *Caritas Österreich*, 72/SN-222/ME 25. GP 3.

<sup>19</sup> *Anwalt für Gleichbehandlungsfragen für Menschen mit Behinderung*, 64. SN 222/ME 25. GP 4.

<sup>20</sup> *Caritas Österreich*, 72/SN-222/ME 25. GP 3.

<sup>21</sup> Gesetz über die Vergütung von Vormündern und Betreuern v 4.5.2021 (VBVG), BGBl I S 882, 925 idF des Gesetzes v 24.6.2022, BGBl I S 959.

Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz die Möglichkeit eines Regresses bei der Staatskasse vor (§ 2 dtVBVG).

Allerdings steht auch diese Lösung, insbesondere vonseiten der Berufsbetreuer\*innen, in der Kritik: Auf die Bedürfnisse der betroffenen Personen könne nicht ausreichend eingegangen werden.<sup>22</sup> Der tatsächliche Aufwand, welcher sich ua aus der Komplexität der zu behandelnden Geschäfte sowie der Kommunikation mit der zu vertretenen Person ergibt, würde bei der Entschädigung nicht berücksichtigt werden. Als Alternative gefordert wird eine Entschädigung, welche sich an dem tatsächlichen zeitlichen Aufwand der rechtlichen Betreuer\*innen orientiert<sup>23</sup>. Diese Forderung wird auch in Österreich geteilt, bspw in der oben erwähnten Stellungnahme des Dachverbands *pro mente*.<sup>24</sup>

## 5. Fazit

Obwohl das 2. ErwSchG positive Veränderungen im Erwachsenenschutzrecht in Österreich bewirkt hat, zeigen die Entschädigungsregelungen, welche im Zuge der Gesetzesänderung übernommen wurden, Anpassungsbedarf. Insbesondere die Verknüpfung der Entschädigung mit dem Einkommen und Vermögen der Betroffenen birgt sowohl finanzielle Belastungen für einkommensschwache Personen als auch potenzielle Interessenskonflikte bei finanziell besser gestellten Vertretenen. Ein ausgewogenes Modell der Entschädigung sollte die finanzielle Situation der Betroffenen berücksichtigen und Interessenskonflikte minimieren. Um dieses Ziel zu erreichen, ist besonderes Augenmerk auf die finanzielle Lage, sowohl im Hinblick auf das Einkommen, als auch auf das Vermögen und adäquate Berücksichtigung des tatsächlichen Betreuungsaufwandes der Erwachsenenvertreter\*innen erforderlich.

Leokadia Grolmus, BA studiert Rechtswissenschaften und Sozialwirtschaft in Wien; leokadia.grolmus@gmail.com

---

22 *Bundesverband der Berufsbetreuer/innen*, Schriftliche Stellungnahme des BdB e.V. zur „Vergütung von Berufsbetreuern“, <https://landtag.nrw.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST17-898.pdf> (27.7.2023) 3.

23 *Bundesverband der Berufsbetreuer/innen*, Forderungen, [reform-auf-sand-gebaut.de o.D.](https://www.reform-auf-sand-gebaut.de/forderungen/), <https://www.reform-auf-sand-gebaut.de/forderungen/> (27.7.2023).

24 *Pro mente*, 95. SN 222/ME 25. GP.

# „He is for the time being the slave of the state“

## Prisoners Rights und ihr Verhältnis zum US Supreme Court

Sebastian Sperner

---

### 1. Einleitung<sup>1</sup>

Auf welche Grundrechte können sich inhaftierte Menschen während ihrer staatlich sanktionierten Freiheitsentziehung berufen? Mit dieser Frage setzen sich US-amerikanische Gerichte seit dem 19. Jahrhundert auseinander. Dabei wurde anfangs die Existenz sogenannter *Prisoners Rights* gänzlich negiert. Knapp sechs Jahre nachdem durch den dreizehnten Zusatzartikel zur Verfassung der USA die Sklaverei landesweit verboten wurde, bediente sich der Supreme Court des Bundesstaates Virginia 1871 in einem Urteil gegen eine ehemals versklavte Person erneut dieses Instituts: Häftlinge seien für die Zeit ihrer Haftstrafe als *Sklav\*innen des Staates* anzusehen und können folglich keinerlei (Grund-) Rechtsverletzungen geltend machen.<sup>2</sup>

### 2. Entwicklung kasuistischer Grundrechtsstandards

Diese Rechtsansicht verlor im Laufe der Zeit zunehmend an Popularität. Ab den 1950er Jahren nutzten progressive Anwält\*innen – allen voran Mitglieder der National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) – erfolgreich das Gerichtssystem, um gegen strukturellen Rassismus anzukämpfen. Daran anknüpfend wurde ab den 1960er Jahren zunehmend auch versucht, die menschenunwürdigen Haftbedingungen in amerikanischen Gefängnissen durch das Beschreiten des Rechtsweges zu verbessern.<sup>3</sup> 1964 hielt der US Supreme Court erstmals ausdrücklich fest, dass auch inhaftierte Menschen die Verletzung bundesverfassungsrechtlich garantierter Grundrechte vor Bundesgerichten geltend machen können.<sup>4</sup> In den folgenden Jahren entwickelte sich in der Rechtsprechung der Bundesgerichte ein uneinheitliches und kasuistisches Sammelsurium an

---

1 Dieser Artikel baut auf dem großartigen Kurs „Criminal Procedure: Post Conviction“ von Prof Emma Kaufman an der NYU School of Law auf; vgl auch *Driver/Kaufman*, *The Incoherence of Prison Law*, in *Harvard Law Review* 2021, 515.

2 Supreme Court of Virginia, *Ruffin v. Commonwealth*, 62 Va. 790, 21 Gratt. 790 (1871); *McLennan*, *The Convict's Two Lives: Civil and Natural Death in the American Prison*, in *Garland/Meranze/McGowen*, *America's death penalty: between past and present* (2011) 191.

3 *Tushnet*, *Some Legacies of Brown v. Board of Education*, *Virginia Law Review* 2004, 1693.

4 US Supreme Court, *Cooper v. Pate*, 378 U.S. 546 (1964).

verfahrensrechtlichen und materiellen Standards, die oftmals hinter dem Grundrechtsschutzniveau von in Freiheit lebenden Menschen zurückblieben.

Ob bzw wie eine behauptete Verletzung eines Grundrechts gerichtlich geltend gemacht werden kann, hängt beispielsweise davon ab, in welcher Art von Haftanstalt (Bundesgefängnis, Landesgefängnis oder privat verwaltete Haftanstalt) die betroffene Person inhaftiert ist.<sup>5</sup> In materieller Hinsicht entwickelten sich verschiedene Standards für die diversen Grundrechte. Besonders drakonische Sanktionierungen durch Gefängniswärter\*innen, wie beispielsweise die körperliche Züchtigung durch Peitschenhiebe,<sup>6</sup> wurden erstmals für verfassungswidrig erklärt. Gleichzeitig ordneten Bundesgerichte ab den 1970er Jahren umfangreiche Reformen in Gefängnisssystemen einzelner Bundesstaaten an, um die dort herrschenden Haftbedingungen grundlegend zu verbessern.<sup>7</sup> Des Weiteren wurde durch den Supreme Court auch klargestellt, dass inhaftierte Menschen – im Gegensatz zu Menschen in Freiheit – während ihrer Freiheitsentziehung ein Recht auf Gesundheitsversorgung genießen.<sup>8</sup>

Hinsichtlich anderer zentraler Grundrechte, wie etwa der Meinungs- bzw Religionsfreiheit, entwickelten sich ebenfalls sehr kasuistische Standards. Beispielsweise können Bestrebungen, eine Gefangenengewerkschaft zu gründen, unterbunden werden,<sup>9</sup> während bei der Einschränkung der Religionsfreiheit von Häftlingen eine sehr hohe Hürde besteht.<sup>10</sup>

### 3. Backlash – Verschärfungen und Rückzug der Judikative

Die umfassende Einbindung von Gerichten in die Administration von Haftanstalten war von Anfang an vehementer Kritik ausgesetzt. Zum einen stellen Klagen von Häftlingen einen sehr großen Anteil an bundesgerichtlich anhängigen Fällen dar, den es nach Ansicht einiger Richter\*innen zu limitieren gilt.<sup>11</sup> Zum anderen bestehen Bedenken, dass die Judikative durch umfangreiche Eingriffe in die Ausgestaltung des Gefängniswesens zu weit in einen der Exekutive obliegenden Bereich eingreift und dadurch das Prinzip der Gewaltentrennung verletzt.<sup>12</sup>

Der Supreme Court griff diese Bedenken 1987 auf und begann mit dem seitdem andauernden Rückzug der Judikative aus diesem Rechtsgebiet. In *Turner v Safley* hielt das Höchstgericht fest, dass jede seitens einer Haftanstalt erlassene Maßnahme grundrechtskonform sei, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zu legitimen Interessen des

---

5 *Tiknoff*, A Final Frontier in Prisoner Litigation: Does Bivens Extend to Employees of Private Prisons Who Violate the Constitution, *Suffolk University Law Review* 2007, 981.

6 US Court of Appeals, Eight Circuit, *Jackson v. Bishop*, 404 F.2d 571 (1968).

7 Vgl bspw US District Court, Eastern District of Arkansas, *Holt v. Sarver*, 309 F. Supp. 362 (1970).

8 US Supreme Court, *Estelle v. Gamble*, 429 U.S. 97 (1976).

9 US Supreme Court, *Jones v. North Carolina Prisoners' Labor Union*, 433 U.S. 119 (1977).

10 US Supreme Court, *Holt v. Hobbs*, 574 U.S. 352 (2015).

11 *Schlanger*, Trends in Prisoner Litigation, as the PLRA Enters Adulthood, *UC Irvine Law Review* 2015, 153.

12 *Schlanger*, *UC Irvine Law Review* 2015.

Strafvollzugs stehe.<sup>13</sup> Ohne konkret darzulegen, was solche legitimen Interessen sind, führte diese Entscheidung in der Praxis dazu, dass Exekutivbeamte\*innen bei der Einschränkung von Grundrechten ein sehr weites Spielraum eingeräumt wird.

Auch die Legislative griff 1996 regulierend ein und führte mit dem *Prison Litigation Reform Act*<sup>14</sup> weitere Hürden bei der Geltendmachung von Grundrechtsverletzungen ein. Neben anderen gravierenden Verschärfungen wurde eine sogenannte *three strikes rule* eingeführt, wonach inhaftierte Personen nach drei erfolglosen Klagen keine neuerliche Grundrechtsverletzung geltend machen können.<sup>15</sup>

#### 4. Ausblick

Aktuelle Entwicklungen, wie der derzeit gerichtsanhängige Streit um ein bereits seit Jahrzehnten zugelassenes und umfassend geprüftes Abtreibungsmittel,<sup>16</sup> sowie neue Mehrheitsverhältnisse am Supreme Court, deuten darauf hin, dass Gerichten wieder eine größere Rolle bei der Kontrolle von Behördenentscheidungen und der Exekutive im Allgemeinen eingeräumt werden könnte.<sup>17</sup> Angesichts der konservativen Mehrheit am Höchstgericht sowie der von einigen Supreme Court Richter\*innen zum Ausdruck gebrachten Skepsis, ob Grundrechte bei der Beurteilung von Lebensverhältnissen in Haftanstalten überhaupt eine Rolle zu spielen haben, erscheint es jedoch fragwürdig, ob sich diese Entwicklungen positiv auf die Kontrolle des Gefängniswesens auswirken würden.<sup>18</sup> Die heutige Situation in US-amerikanischen Haftanstalten wirft zudem die Frage auf, ob Gerichte überhaupt ein adäquates Forum bieten, um eine Verbesserung der Lebensverhältnisse von Häftlingen zu erwirken. Trotz der oben skizzierten Verbesserungen bleibt das Gefängnisystem der USA weiterhin sowohl aufgrund der enorm hohen Anzahl an Häftlingen, als auch der anhaltend schrecklichen Haftbedingungen, weit hinter den in anderen Demokratien herrschenden Standards zurück.<sup>19</sup> Gerade die sogenannte *mass incarceration* kann aufgrund einer Entscheidung des Supreme Court, welche die Doppelbelegung von Gefängniszellen als zulässig festgeschrieben hat,<sup>20</sup> neben anderen Faktoren auch als Folge der Judikatur des Höchstgerichts begriffen werden. Ohne die Mög-

13 US Supreme Court, *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987) 89.

14 Title VIII of Public Law 104–134, 110 Stat. 1321 ff.

15 *Clark*, You’re Out!: Three Strikes against the PLRA’s Three Strikes Rule, *Georgia Law Review*, Vol 57, No 2 (2023) 779.

16 *VanSickle/Belluck*, Appeals Court Seems Skeptical of F.D.A.’s Approval and Regulation of Abortion Pill, *nytimes.com* 17.5.2023, <https://www.nytimes.com/2023/05/17/us/politics/abortion-pill-case-arguments.html?smid=url-share> (17.7.2023).

17 *Millhiser*, A new Supreme Court case seeks to make the nine justices even more powerful, *vox.com* 2.5.2023, <https://www.vox.com/politics/2023/5/2/23706535/supreme-court-chevron-deference-loper-bright-raimondo> (17.7.2023).

18 Vgl US Supreme Court, *Overton v. Bazzetta*, 539 U.S. 126 (2003), J. Thomas concurring, 138.

19 *Widral/Herring*, States of Incarceration: The Global Context 2021, *prisonpolicy.org* September 2021, <https://www.prisonpolicy.org/global/2021.html> (17.7.2023).

20 US Supreme Court, *Rhodes v. Chapman*, 452 U.S. 337 (1981).

lichkeit des *double-celling* hätten etliche neue Gefängnisse errichtet und dadurch hohe Ausgaben getätigt werden müssen.

Als marginalisierte Gruppen werden Häftlinge auch in Zukunft auf den Schutz von Gerichten angewiesen sein. Aufgrund der restriktiven Haltung von Gerichten und drohender negativer Konsequenzen sollte jedoch nicht vernachlässigt werden, auch außerhalb des Gerichtssaals bessere Lebensbedingungen für inhaftierte Menschen zu fordern.

Sebastian Sperner ist Jurist und lebt in Wien; [sebastian.sperner@posteo.net](mailto:sebastian.sperner@posteo.net)

# Eine neue Ära des kollektiven Rechtsschutzes?

Silke Schusser

---

Rezension zu: *Matthias Dangel*, Die Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher. Inhalte und Optionen zur Umsetzung in das österreichische Recht, Jan Sramek Verlag, Wien 2023, 326 Seiten, ISBN 978-3-7097-0333-5

Bereits in den vergangenen Jahren gab es immer wieder Bemühungen, den kollektiven Rechtsschutz in Europa zu reformieren. Dabei wirkte vor allem der VW-Dieselskandal als Katalysator für Diskussionen und Reformbewegungen.<sup>1</sup> Die im Rahmen des „New Deal for Consumers“ präsentierte VerbandsklagenRL<sup>2</sup>, welche von den Mitgliedstaaten bis zum 25. Dezember 2022 umzusetzen war, soll der Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen im Kollektivinteresse der Verbraucher:innen zu einer neuen Wirksamkeit verhelfen und dabei ein Mindestniveau an kollektivem Rechtsschutz innerhalb der Mitgliedstaaten sicherstellen.<sup>3</sup> Jedoch hat ein Großteil der Mitgliedstaaten (24!) – darunter auch Österreich – diese Umsetzungsfrist nicht zeitgerecht wahrgenommen, weshalb die Europäische Kommission Anfang des Jahres ein Vertragsverletzungsverfahren initiiert hat.<sup>4</sup> Die VerbandsklagenRL sieht dabei neben einer Verbandsunterlassungsklage auch eine Abhilfeklage vor, welche eine kollektive Durchsetzung von Leistungsansprüchen ermöglichen soll. Die Klagebefugnis wird dabei in beiden Fällen sog qualifizierten Einrichtungen eingeräumt; bei der Abhilfeklage können geschädigte Verbraucher:innen direkt aufgrund eines stattgebenden Urteils Abhilfe in Form von beispielsweise Schadenersatz, Reparatur oder Erstattung des gezahlten Preises erhalten.<sup>5</sup>

---

1 Vgl *Meller-Hannich*, Die Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher, VbR 2021, 40 (41).

2 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG v 11.4.2018, COM(2018) 184 final; Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates v 25.11.2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, ABl L 2020/409, 1; ausf zur Entstehungsgeschichte siehe *Melzer*, Entstehungsgeschichte, Zweck und Anwendungsbereich der Verbandsklagen-Richtlinie, in *Anzenberger/Klauser/Nunner-Krautgasser* (Hrsg), Kollektiver Rechtsschutz im Europäischen Rechtsraum (2022) 71 ff.

3 *Leupold*, Die neue Verbandsklagen-Richtlinie – ausgewählte Auslegungs- und Umsetzungsfragen, in *Reiffenstein/Blaschek* (Hrsg), Konsumentenpolitisches Jahrbuch 2021, 71 (72); *Gsell*, Europäische Verbandsklage zum Schutz kollektiver Verbraucherinteressen – Königs- oder Holzweg? BKR 2021, 521 (523).

4 *Scholz-Berger/Hotter*, Verbandsklagen-RL: Kommission geht gegen säumige Mitgliedstaaten vor, <https://collective-redress.univie.ac.at/news/detailansicht/news/verbandsklagen-rl-kommission-geht-gegen-saumige-mitgliedstaaten-vor/> (2.6.2023).

5 Vgl Art 9 Abs 1 VerbandsklagenRL.

Im Rahmen des Umsetzungsprozesses stellen sich eine Vielzahl von Fragen, darunter die Eingliederung der von der RL vorgegebenen Instrumente in das bestehende nationale System. Mit vielen dieser Fragen setzt sich *Matthias Dangl* in dem vorliegend rezensierten Werk „Die Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher“ auseinander. Dabei analysiert der Autor die RL-Bestimmungen und diskutiert Optionen zur Umsetzung in das nationale Recht.

Bevor er sich im Konkreten mit den Instrumenten der Abhilfeverbandsklage und Unterlassungsverbandsklage beschäftigt, nimmt der Autor im ersten Teil seines Werkes eine kompetenzrechtliche Analyse der VerbandsklagenRL vor. Dabei erläutert er mögliche Kompetenzgrundlagen für den Erlass der RL und kommt zum Schluss, dass diese nicht kompetenzkonform erlassen wurde; die RL hätte nicht auf Art 114 iVm Art 169 AEUV gestützt werden dürfen, stattdessen wären Art 81 AUEV (sowie Art 352 AEUV für die Einbeziehung rein innerstaatlicher Verstöße) heranzuziehen gewesen (13 ff).

Was ihren Anwendungsbereich betrifft, ist die VerbandsklagenRL in zweifacher Hinsicht beschränkt: Zum einen findet die VerbandsklagenRL nur Anwendung auf Verbandsklagen gegen Verstöße durch Unternehmer:innen, zum anderen ist sie nur bei bestimmten Verstößen gegen die in Anhang I aufgezählten Vorschriften des Unionsrechts anwendbar. Dabei befürwortet der Autor eine Erweiterung des Anwendungsbereichs im Rahmen der Umsetzung; auf subjektiver Ebene sollten ihm zufolge sowohl B2B- als auch C2C-Konflikte erfasst werden. Dabei scheint es allerdings fraglich, ob eine solche Ausweitung kollektiver Rechtsschutzmechanismen mit dem Modell der VerbandsklagenRL erreicht werden sollte.<sup>6</sup> Hingegen ist die Einschränkung des objektiven Anwendungsbereichs auf Verstöße gegen taxativ aufgezählte Verbraucherschutzrechtsakte nicht sinnvoll und sollte dabei – wie vom Autor vorgeschlagen – fallengelassen werden.

In Kapitel 3 nimmt der Autor eine dogmatische Einordnung der Unterlassungs- und Abhilfeverbandsklage vor: Dabei sieht er die Rechtsnatur der auf Unterlassung abzielenden Verbandsklage als rein prozessrechtliches Institut eigener Art und nicht als Geltendmachung eines eigenen materiell-rechtlichen Anspruches des Verbandes (47 ff). Die Abhilfeverbandsklage folgt einem anderen Konzept: Hier kommt dem Verband keine originäre Interventionskompetenz zu, stattdessen prozessiert dieser als Prozessstandschafter im eigenen Namen über die Rechte der Verbraucher:innen (71 ff). Neben der dogmatischen Einordnung dieser Instrumente widmet der Autor einen großen Teil seines Werkes den Problemstellungen, welche sich iZm der Unterlassungs- sowie Abhilfeverbandsklage stellen. Darunter zu nennen ist beispielsweise die vieldiskutierte Frage, ob von den Verbraucher:innen zur Teilnahme an einer Abhilfeverbandsklage ein aktives Tun (Opt-in) gefordert wird, oder ob diese erfasst werden, sofern sie einer Miteinbeziehung nicht ausdrücklich widersprechen (Opt-out). Hier befürwortet der Autor eine Opt-in-Lösung mit einem Beitrittszeitpunkt, der vor Erlass der Abhilfeentscheidung liegt (Kapitel 6, 157 ff).

---

6 *Scholz-Berger/Schusser*, Kollektiver Rechtsschutz nur für Verbraucherinnen und Verbraucher? NZ 2023, 239 (242 f).

Die Frage, welche Voraussetzungen ein Verband erfüllen muss, um als qualifizierte Einrichtung iSd Verbandsklagen-RL zur Klageerhebung zugelassen zu werden, thematisiert der Autor in Kapitel 5 seines Werkes. Die Benennungskriterien für qualifizierte Einrichtungen sind für grenzüberschreitende Verbandsklagen<sup>7</sup> vollständig harmonisiert und müssen ins nationale Recht übernommen werden. Für innerstaatliche Verbandsklagen können die Mitgliedstaaten weitgehend autonom Kriterien festlegen, jedoch ist eine Konzessionierung durch den Gesetzgeber unzulässig.

Ein weiterer Teil ist dem – praktisch wohl sehr relevanten – Abhilfevergleich gewidmet. Die Kosten- und Finanzierungsfragen der Verbandsklage behandelt der Autor im Folgekapitel. Dabei hebt er zutreffend die Wichtigkeit der Finanzierung für die tatsächliche Wirksamkeit der Verbandsklage hervor und befürwortet den Einsatz von Prozessfinanzierern neben der Schaffung eines staatlichen Klagefonds als ergänzende Finanzierungsmöglichkeit (227 ff).

Der Autor thematisiert zudem die Unklarheit hinsichtlich des Umsetzungsbedarfs der RL-Bestimmung zur Offenlegung von Beweismitteln, welche durch bereits bestehende nationale Regelungen nicht ausreichend erfüllt wird. Hierbei zieht der Autor Parallelen zu §37j KartG 2005, wonach die Beantragung der Offenlegung erst im Zuge der Klageerhebung oder einem späteren Verfahrenszeitpunkt, nicht jedoch vor Erhebung der Klage möglich ist (242 f). Zuletzt werden auch die Themen der internationalen Zuständigkeit sowie des auf die Unterlassungs- und Abhilfeverbandsklage anwendbaren materiellen Rechts aufgegriffen.

Der Autor war mit der äußerst schwierigen Aufgabe befasst, das sehr dynamische Feld des kollektiven Rechtsschutzes anhand der VerbandsklagenRL aufzuarbeiten, ohne auf den – bis dato immer noch nicht vorhandenen – österreichischen Umsetzungsvorschlag Bezug nehmen zu können. Nichtsdestotrotz bereitet er die Kernprobleme der RL auf und gibt dabei Impulse zu einer möglichen Umsetzung ins nationale Recht. Dabei bleibt zu hoffen, dass derartige Impulse im Rahmen des noch laufenden Umsetzungsprozesses Berücksichtigung finden werden.

Mag.<sup>a</sup> Silke Schusser ist Projektmitarbeiterin im Rahmen des vom Jubiläumsfonds der Oesterreichischen Nationalbank geförderten Projekts „Organisation und Gestaltung kollektiver Rechtsdurchsetzung“ am Institut für Zivilverfahrensrecht der Universität Wien; silke.schusser@univie.ac.at

---

7 Gem Art 3 Z 7 VerbandsklagenRL liegt eine grenzüberschreitende Verbandsklage vor, wenn eine qualifizierte Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat Verbandsklage erhebt als in dem Mitgliedstaat, in dem sie benannt wurde.

# Desiderat PolizeiMeldeStellen

Eine erste Erhebung zu unverhältnismäßiger Polizeigewalt aus Betroffenenperspektive in Österreich durch das Antirepressionsbüro

Vedrana Čović / Marija Cubalevska / Tim Pfundstein

---

## 1. Einleitung<sup>1</sup>

Rechtsstaatlichkeit ist einer der zentralen Werte der Polizei, die Rechtsordnung stellt „Grundlage, Maßstab und auch Grenze“ der Polizeiarbeit dar.<sup>2</sup> Doch im Gegensatz zu diesen Grundlagen gibt es bereits seit den frühen 1990er Jahren immer wieder schwerwiegende Vorwürfe des Amtsmissbrauchs und unverhältnismäßiger Gewalt.<sup>3</sup> Daher stellt sich die Frage, ob die heutige Polizeiarbeit diesen Grundsätzen gerecht wird und wie eine staatliche Kontrollinstanz selbst auf ihre Rechtschaffenheit überprüft werden kann. Die kürzlich geschaffene Ermittlungs- und Beschwerdestelle für Polizeigewalt in Österreich ist ein erster Schritt zur Schaffung einer Kontrollinstanz, als dem Innenministerium angegliederte Einrichtung ist sie jedoch institutionell nicht unabhängig von der Polizei, was bereits mehrfach unter Kritik stand.<sup>4</sup> Daher bleibt eine ausreichend finanzierte und gesellschaftlich anerkannte Kontrollinstanz nach wie vor ein Desiderat.<sup>5</sup> Hier setzt unsere Arbeit als *Antirepressionsbüro* an.<sup>6</sup> Ein Kernstück dieser Arbeit stellt die Dokumentation von Polizeigewalt aus der Perspektive von Betroffenen und Zeug:innen dar, deren Ergeb-

---

1 Ein besonderer Dank geht an alle Mitarbeiter:innen des Antirepressionsbüros, ohne die dieser Artikel nicht hätte erscheinen können.

2 Vgl. *Ö Polizei*, Karriere bei der Polizei: Unsere zentralen Werte, <http://www.polizeikarriere.gv.at/Karriere.html> (10.12.2022).

3 Vgl. *Council of Europe*, Report to the Austrian Government on the visit to Austria carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1991).

4 *Parlament Österreich*, Nationalrat: Neue Ermittlungs- und Beschwerdestelle soll Misshandlungsvorwürfe gegen die Polizei aufklären; [https://www.parlament.gv.at/aktuelles/pk/jahr\\_2023/pk0808](https://www.parlament.gv.at/aktuelles/pk/jahr_2023/pk0808) (7.7.2023); siehe das die Ermittlungs- und Beschwerdestelle begründende *Bundesgesetz, mit dem das Gesetz über das Bundesamt zur Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung geändert wird* BGBl I 2023/107. Vgl. *Amnesty International*, Amnesty-Kritik an Gesetzesentwurf für Ermittlungsstelle bei Polizeigewalt: Unabhängigkeit nicht sichergestellt; <https://www.amnesty.at/presse/amnesty-kritik-an-gesetzesentwurf-fuer-ermittlungsstelle-bei-polizeigewalt-unabhaengigkeit-nicht-sichergestellt/> (6.3.2023).

5 *Amnesty International*, Polizeigewalt: Ermittlungsstelle im Ministerrat; <https://www.amnesty.at/news-events/polizeigewalt-ermittlungsstelle-im-ministerrat-einige-verbesserungen-im-geaenderten-gesetz-doch-unabhaengigkeit-weiterhin-nicht-sichergestellt/> (15.6.2023).

6 Das Antirepressionsbüro wird vom *Verein zur Dokumentation staatspolitischer Handlungen im privaten und öffentlichen Raum* betrieben und setzt sich aus ehrenamtlich arbeitenden Personen zusammen, die sich aus unterschiedlichen Zusammenhängen kommend organisiert haben. Die wissenschaftliche Aufarbeitung wird durch ein Team an interdisziplinären Wissenschaftler:innen durchgeführt. Mehr Information unter: <https://antirepressionsbuero.at/>

nisse in regelmäßigen Abständen veröffentlicht werden sollen. Der erste Bericht über den Erhebungszeitraum März 2021 – März 2023 ist auf der Homepage verfügbar, die Ergebnisse werden auch im vorliegenden Artikel vorgestellt und diskutiert. Die Analyse erscheint besonders relevant, da bisher kaum Erhebungen zum Verhalten und vor allem Fehlverhalten der österreichischen Polizei existieren. In diesem Artikel wird in der Einleitung ein Abriss zu Kontrollinstanzen für die Polizei sowie zum aktuellen Forschungsstand gegeben und Untersuchungsfragen sowie die Erhebungsmethode des Berichts erläutert. Daraufhin werden die Ergebnisse des Berichts präsentiert, die sich aus quantitativen sowie aus qualitativen Daten zusammensetzen. Abschließend werden die Ergebnisse in einer kurzen Konklusion aufbereitet sowie ein Ausblick auf die zukünftige Arbeit des Büros gegeben.

### 1.1. Internationale und nationale Berichts- und Kontrollinstanzen der Polizeiarbeit

Institutionen oder Organisationen zur Kontrolle der Polizei, sowie behördliche oder zivilgesellschaftliche Untersuchungen in dem Themenbereich sind auf internationaler Ebene spärlich gesät. Auf europäischer Ebene untersucht und berichtete neben der *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA)<sup>7</sup> auch der Europarat<sup>8</sup> zu Missständen in der österreichischen Polizei. Eine Untersuchung des Europarats stellte bereits in den 1990er Jahren schwerste Misshandlungsvorwürfe der Polizei gegen Personen in Untersuchungshaft fest – Asphyxie (=drohender Erstickungszustand) durch einen Plastiksack auf dem Gesicht, Androhung von Waterboarding in Badewannen oder Elektroschocks sind nur einige wenige wörtlich genannte Vorwürfe. In den Berichten und Erhebungen der FRA wird der österreichischen Polizei vor allem rassistisches Verhalten in Form von „racial profiling“ vorgeworfen. Amnesty International beschäftigt sich auf inhaltlicher Ebene mit der Thematik, mittels Stellungnahmen, Berichten und Analysen und kommt zu ähnlichen Schlüssen.<sup>9</sup>

In Österreich selbst werden die Aufgaben und Befugnisse der Polizei vor allem durch das Sicherheitspolizeigesetz<sup>10</sup> (SPG) geregelt. Die Richtlinien- und die Maßnahmenbeschwerde<sup>11</sup> sind neben einer direkten Strafanzeige hier die einzigen Möglichkeiten, polizeiliches Fehlverhalten zur Anzeige zu bringen, wobei in diesen Fällen (mit Ausnahme der Maßnahmenbeschwerde) die Beschwerde bei der Polizei selbst eingebracht werden kann und zunächst durch die Polizei (als Dienstaufsichtsbehörde bei der Richtlinienbeschwerde

7 FRA, EU-MIDIS – Erhebung der Europäischen Union zu Minderheit und Diskriminierung – Bericht über die wichtigsten Ergebnisse (2011); FRA, EU-MIDIS 2 – Erhebung der Europäischen Union zu Minderheit und Diskriminierung – Bericht über die wichtigsten Ergebnisse (2017); FRA, Your Rights matter: police stops. Fundamental rights survey (2021).

8 Council of Europe, Report.

9 Vgl. *Amnesty International*, Polizeigewalt in Österreich, <https://amnesty.at/themen/polizeigewalt/polizeigewalt-in-oesterreich/> (11.12.2022)

10 Bundesgesetz über die Organisation der Sicherheitsverwaltung und die Ausübung der Sicherheitspolizei (SPG) BGBl 1991/566 idF BGBl I 2022/147.

11 Siehe §§ 88, 89 SPG.

oder unter Leitung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren nach der StPO) ermittelt und untersucht wird. Die neu eingerichtete Ermittlungs- und Beschwerdestelle für Misshandlungsvorwürfe gegen die Polizei ist bei genauerer Betrachtung ebenfalls nicht von der Polizei unabhängig, da sie im Innenministerium angesiedelt und damit Mitarbeiter:innen gegenüber dem Innenminister weisungsgebunden sind.<sup>12</sup>

## 1.2. Forschungsstand zum Thema Polizeigewalt in Österreich

Auch auf Forschungsebene gibt es kaum breite Diskussionen oder gehaltvolle Untersuchungen zur Lage in Österreich. Eine Studie des *Austrian Center for Law Enforcement Sciences* (ALES)<sup>13</sup> an der Universität Wien kam bei der Auswertung staatsanwaltschaftlicher Ermittlungsakten zu dem Schluss, dass von über 1.500 Strafanzeigen gegen Polizeibeamt:innen in den Jahren 2012–2015 in Wien und Salzburg lediglich im Zusammenhang von 30% der Vorwürfe überhaupt ermittelt wurde und nur bei sieben Fällen ein strafgerichtliches Verfahren eingeleitet wurde. Die Studie zeigt daher vor allem eines: Polizeiliches Fehlverhalten und Polizeigewalt werden nicht geahndet.<sup>14</sup> Anzumerken ist, dass es sich bei den untersuchten Fällen um tatsächlich bei der Polizei angezeigte Fälle handelt – unklar bleibt, wie hoch die Dunkelziffer ist. Vermutlich ist diese jedoch hoch, da eine Gegenanzeige durch die Polizei nicht ausgeschlossen werden kann: Die ALES-Studie zeigte, dass bei etwa 10% der Anzeigen ein gerichtliches Verfahren wegen Verleumdung gegen die betroffenen Personen eingeleitet wurde.

Zur unverhältnismäßigen Polizeigewalt und Repression aus *Betroffenenperspektive* gibt es bisher in Österreich keine und im deutschsprachigen Raum kaum Untersuchungen. Eine wichtige Ausnahme stellt hierzu die im Jahr 2021 erschienene Studie von *Abdul-Rahman, Grau* und *Klaus* dar. Die Autor:innen kommen zu dem Ergebnis, dass Polizeigewalt besonders häufig im Umfeld von Großveranstaltungen (meist auf politischen Demonstrationen oder Fußballspielen) vorkommt. In diesem Zusammenhang gab über ein Drittel der Befragten an, der Grund für das polizeiliche Einschreiten sei ihnen nicht ersichtlich.<sup>15</sup>

## 1.3. Das Antirepressionsbüro und die Dokumentation von unverhältnismäßiger Polizeigewalt und Repression seit 2021

Wirkungslose und unpräzise Maßnahmen bei Misshandlungsvorwürfen, eingeschränkte bzw mangelnde Dokumentationen bei Fällen von Polizeigewalt sowie die fehlende For-

---

12 Vgl *Amnesty International*, Ermittlungsstelle, <https://amnesty.at>.

13 ALES, Studie über den Umgang mit Misshandlungsvorwürfen gegen Exekutivbeamte (2018).

14 Vgl *Exenberger*, Außer Kontrolle? Misshandlungsvorwürfe gegen die Polizei: Herausforderungen einer menschenrechtskonformen Umsetzung einer unabhängigen Ermittlungsstelle, *juridikum* 2020, 237.

15 *Abdul-Rahman/Grau/Klaus*, Übermäßige Polizeigewalt aus Betroffenenperspektive: Einsatzsituationen, Diskriminierungswahrnehmung und Anzeigeverhalten, *Siak-Journal. Zeitschrift für Polizeiwissenschaft und polizeiliche Praxis* 2021 (2), 12 (16).

schung und Diskussion zur Polizeiarbeit auf wissenschaftlicher Ebene waren 2021 der Ausgangspunkt, ein Projekt zur Erfassung und Beseitigung der Missstände innerhalb der österreichischen Polizei zu starten. Als unabhängige Meldestelle für Misshandlungsvorfälle gegen die Polizei und zivilgesellschaftliche Kontrollinstanz wurde das Antirepressionsbüro<sup>16</sup> gegründet – als zentrale und vor allem unabhängige Anlaufstelle für alle Betroffenen von unverhältnismäßiger Polizeigewalt oder Amtsmissbrauch. Der inhaltliche Schwerpunkt deckt sich mit den Handlungsfeldern der Polizei, das Handlungsfeld des Antirepressionsbüros bezieht sich auf die Dokumentation und Analyse des polizeilichen Verhaltens. Die Aufarbeitung umfasst das Herausgeben des regelmäßig erscheinendem Antirepressionsberichts sowie der aus dieser Arbeit resultierenden Stellungnahmen, Berichte und Empfehlungen zur Polizeiarbeit. Damit untrennbar verknüpft ist die Vermittlung des gewonnenen Wissens in Form von Workshops zu Repression, Polizeigewalt und ihrer Dokumentation, sowie die Zusammenarbeit mit weiteren Organisationen, die sich mit Repression und Polizeigewalt beschäftigen.

## 2. Methoden

Im Versuch, eine unverfängliche Darstellung zum Thema Polizeigewalt und Unverhältnismäßigkeit in Österreich zu erhalten, gründet sich unsere Dokumentation auf die Auswertung von Berichten der Betroffenen und Zeug:innen selbst. Sie können auf der Webseite des Antirepressionsbüros einen Fragebogen zu den Erlebnissen auszufüllen. Hierbei stellt die offene und freie Beschreibung der Erlebnisse, neben einigen wenigen geschlossenen Fragen, die größte und wichtigste Datenquelle dar.

Da unsere Erhebungsmethode auf Eigeninitiative der Betroffenen erfolgt, muss berücksichtigt werden, dass sowohl das Bewusstsein über die Möglichkeit einer Meldung als auch die Hemmschwelle sich über die Exekutive zu beschweren, die Generierung von großen Datenmengen beeinflussen kann. Zu berücksichtigen sind auch andere mögliche Opportunitätskosten, wie Sprach- oder Bildungsbarrieren, die ebenfalls eine deutliche Hemmschwelle darstellen können. Darüber hinaus haben wir natürlich auch keinen Einfluss auf die Inhalte der Meldungen. So besteht selbstverständlich immer die Möglichkeit, dass die Tatsachen in einer solchen Meldung verfälscht wiedergegeben wurden. Nichtsdestotrotz werden alle Meldungen zunächst als valide Daten angesehen. Durch die noch geringe Bekanntheit des Antirepressionsbüros ist anzunehmen, dass trotz oder gerade aufgrund der Hemmschwellen Meldungen mit Bedacht getätigt werden.

Eingaben und die Zusendung der Meldungen verläuft *end-to-end* verschlüsselt. Abgefragt wurden Ort, Zeit und Betroffenheit, nähere Angaben zum Zusammenhang (Öffentlich, Privat, Arbeit, etc), zu den wahrgenommenen Gründen für die Amtshandlung, sowie zu demographischen Angaben wie Alter oder Geschlecht. Wie bereits erwähnt stellt

---

16 Weitere Informationen unter [www.antirepressionsbuero.at](http://www.antirepressionsbuero.at).

die freie Beschreibung des Vorfalls das Hauptfeld des Fragebogens dar. Die eingegangenen Meldungen wurden durch eine breite qualitative Inhaltsanalyse, sowie eine kurze quantitative Analyse ausgewertet.

Die Methode einer Dokumentation mit Eigeninitiative bringt, wie bereits erwähnt, einige Vorteile, wie die Betroffenenperspektive über die Wahrnehmung der Polizei,<sup>17</sup> aber auch gewisse Nachteile. Es kann nicht von einer vollständigen Erfassung aller Misshandlungsvorfälle die Rede sein. Auch gibt es keine Gegendarstellung zur Sicht der Polizei zu den Vorfällen. Von Vorteil ist hier aber, dass durch die Unabhängigkeit unserer Meldestelle angenommen wird, dass vor allem heikle Fälle eher zur Dokumentation kommen, als wenn die Polizei oder eine andere staatliche Institution solche Untersuchungen durchführen würden.

### 3. Ergebnisse des ersten Berichts

Insgesamt hat die Meldestelle im Untersuchungszeitraum März 2021 – März 2023 54 Meldungen verzeichnet. Allerdings wurden einige Fälle mehrfach von der gleichen Person gemeldet – diese wurden nachträglich zusammengefasst. Die qualitative Inhaltsanalyse zeigt auch, dass einige dieser Meldungen zwar denselben Fall betreffen, aber von verschiedenen Zeug:innen gemacht wurden – diese Fälle wurden nicht zusammengefasst, da nicht ausnahmslos ausgeschlossen werden konnte, dass es sich dabei um verschiedene Fälle handelt. Insgesamt kommen wir zu dem Schluss, dass in den erwähnten 54 Meldungen 46 verschiedene Fälle von polizeilicher Gewalt gemeldet wurden. Es wird aufgrund der örtlichen Angaben sehr schnell deutlich, dass sich das Zentrum der Arbeit des Antirepressionsbüros in Wien befindet, was unter anderem auf die mangelnde Bekanntheit im Rest des Landes zurückzuführen ist.<sup>18</sup>

#### 3.1. In welchem Kontext sind die Vorfälle passiert und wer ist betroffen?

Die meisten Vorfälle ereigneten sich im öffentlichen Raum. 35 Fälle sind auf der Straße oder in Parks bzw an öffentlichen Plätzen passiert – zehn davon im Zuge von politischen Veranstaltungen, Demonstrationen und anderen Protestaktionen. Fünf Vorfälle wurden in einer Privatwohnung, einer an der Staatsgrenze, sowie zwei am Arbeitsplatz gemeldet. Drei Fälle blieben ohne Angabe des Zusammenhangs oder waren mehreren Kategorien bzw nicht eindeutig zuordenbar (Bericht 26). Physische Gewalt wurde in all diesen Zusammenhängen gemeldet; Festnahmen bzw Festsetzungen, Kontrollen sowie psychische Gewalt fanden hauptsächlich im öffentlichen Raum statt (Bericht 27 ff).

---

<sup>17</sup> Abdul-Rahman/Grau/Klaus, Siak-Journal 2021.

<sup>18</sup> Vgl Verein zur Dokumentation staatspolitischer Handlungen im privaten und öffentlichen Raum (Antirepressionsbüro), Polizeigewalt und Repression in Österreich – 1. Bericht des Antirepressionsbüros 2021–2023 (2023) 21, abrufbar unter: <https://antirepressionsbuero.at/2023/06/13/684/> (19.7.2023).

Aus den Meldungen lassen sich vier Kategorien von Personen herausarbeiten, die von Polizeigewalt verstärkt betroffen sind (Bericht 31 f):

1. *Jugendliche*: Bei fünf Fällen kam es zu sehr ähnlichen Vorfällen mit einer Gruppe von Jugendlichen. Sie wurden an zentralen Orten in Wien (Praterstern, Reumannplatz, Millennium City, Yppenplatz) von der Polizei kontrolliert oder festgesetzt. Hierbei ist auffällig, dass in diesen Fällen hauptsächlich Jugendliche mit Migrationshintergrund genannt werden, die einer mutmaßlich unbegründeten Kontrolle unterzogen wurden (Bericht 30).
2. *Drittstaatsangehörige/Flüchtlinge/Migrant:innen*: In vier Fällen wurde gemeldet, dass ein Drittstaatsangehöriger bzw Flüchtling von Polizeigewalt betroffen war. Hierbei waren vor allem Männer bzw männliche gelesene Personen betroffen, die in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen (in der Öffentlichkeit, am Arbeitsplatz, im privaten Raum, etc) von Repression und Polizeigewalt betroffen waren. In neun weiteren Meldungen konnte aufgrund des Inhaltes bzw Kontextes oder Selbstangaben auf eine rassistisch motivierte Amtshandlung geschlossen werden. Insgesamt wird deutlich, dass gerade bei Kontrollen auffällig oft migrantische Personen von Repressionen betroffen sind – von insgesamt 16 Meldungen im Zusammenhang mit Kontrollen waren in neun Fällen Drittstaatsangehörige/Flüchtlinge/Migrant:innen betroffen (Bericht 31).
3. *Beeinträchtigte Personen*: In sechs Fällen wurde deutlich, dass es sich bei der betroffenen Person um jemanden gehandelt hat, der:die eine psychische oder kognitive Beeinträchtigung aufwies. Diese Fälle gehören zu den komplexen Sachverhalten, die in den Ergebnissen noch im Detail dargestellt werden. Bei vier weiteren Meldungen waren die Betroffenen alkoholisiert. Die insgesamt zehn Fälle haben sich hauptsächlich im öffentlichen Raum ereignet und waren mit schwerer physischer Gewalt oder Festnahmen verbunden (Bericht 31).
4. *Linke Demonstrationen*: Acht Fälle stehen im Zusammenhang mit politischen Demonstrationen, wovon sechs Fälle im Zuge der 1. Mai Demonstration (Internationaler Kampftag der Arbeiter:innenklasse) gemeldet wurden. Die anderen beiden Fälle ereigneten sich auf einer Demonstration zum 8. Mai und gegen Abtreibungsgegner:innen. In allen Fällen kam es zur physischen Gewaltausübung seitens der Polizei (Bericht 31).

### 3.2. Was ist genau vorgefallen und wie stellt sich das Verhalten der Polizei dar?

Die konkreten Misshandlungen in Form von physischer Gewalt wurden folgendermaßen in den Meldungen dargestellt: Tritte (in den Bauch oder in die Kniekehle); Stöße; Schläge (ins Gesicht) oder auf Hände (auch um Handys aus der Hand zu schlagen); Kopf gegen das Auto schlagen; während der Fahrt vom Fahrrad reißen oder stoßen; an die Wand drücken oder werfen; zu Boden reißen, ringen oder werfen; am Boden fixieren, teilweise am Randstein und mit vollem Gewicht von einem oder mehreren Polizist:innen auf der liegenden Person; Einsatz von Handschellen (bei Jugendlichen) und Verdrehen von Fingern oder Händen; in den

Polizeiwagen bzw Transporter werfen sowie grobes Fahren beim Transport von Gefangenen; Einsatz von Pfefferspray (in die Menge oder direkt ins Gesicht von Einzelperson); Einsatz des Schlagstockes (Schläge in den Bauch, auf die Brust, auf die Arme oder Hände); Einsatz der Dienstwaffe (Schuss ins Bein) (vgl Bericht 28). In 27 der 46 Fälle würde physische Gewalt ausgeübt und war damit die am häufigsten gemeldete Form von Gewalt (Bericht 27). Es wird vermutet, dass diese schwerwiegende Art von Gewalt Personen eher dazu bewegt Vorfälle zu melden. Sie betrifft alle Menschen, vor allem aber marginalisierte Gruppen, wie Migrant:innen, beeinträchtigte Personen und Obdachlose (Bericht 28).

Die konkrete verbale bzw psychische Gewalt äußerte sich laut Meldungen wie folgt: Beleidigungen und Beschimpfungen; rassistische Äußerungen oder Beleidigungen bzw Beschimpfungen; Drohungen mit körperlicher Gewalt, Klage, Anzeige, tw mittels aggressiver Körperhaltung oder gezogenem Schlagstock oder Pfefferspray; respektloses Verhalten oder lautstarkes Zurechtweisen; Eindringen in die Privatsphäre; Mitführen von aggressiven Polizeihunden. Bei insgesamt 23 Fällen kam es zu Anwendung von psychischer Gewalt. Deutlich wird, dass vor allem marginalisierte Gruppen von dieser Form von Gewalt betroffen sind: Migrant:innen, psychisch beeinträchtigte Personen, Obdachlose und Jugendliche (Bericht 28).

Des Weiteren wurden insgesamt 23 Fälle von Festnahmen oder Festsetzungen (inkl Kessel) gemeldet sowie 16 Fälle, die sich im Zuge einer Kontrolle ereignet haben (Bericht 27). Jugendliche und Migrant:innen sind besonders häufig von Kontrollen betroffen, die auch oft mit schwerwiegenden Folgen, wie physischer Gewalt oder Festnahmen bzw Festsetzungen, verbunden sind (Bericht 27).

Das Verhalten der Polizei wird aufgrund der Schwere der Vorwürfe alles andere als positiv aufgefasst: In den Meldungen wird sie wörtlich und im übertragenen Sinne als gewaltsam, unmenschlich, aggressiv, grausam, brutal, grob, verletzend und beleidigend beschrieben. Oft wird davon berichtet, dass die Polizei sowohl die Betroffenen als auch Zeug:innen grundlegend respektlos behandelt. Vor allem wird jedoch deutlich, dass Polizist:innen nicht kommunikativ und unkooperativ seien: Ihre Handlungen und angegebenen Gründe für die durchgeführte Amtshandlung erscheinen den Großteil der Personen nicht nachvollziehbar und willkürlich. Dementsprechend wird oft vermutet, dass es sich um rassistisch motivierte Amtshandlungen handelt. In sechs der 46 Fälle kam es zu einer Gegenanzeige durch die Polizei (Bericht 30 ff).

### 3.3. Besonders schwerwiegende Vorwürfe

Besonders erwähnenswert sind drei gemeldete Fälle massivster Polizeigewalt, die sich gegen *verwirrte Personen*<sup>19</sup> richtete. In einem Fall wurde ein Mann im 20. Wiener Ge-

---

<sup>19</sup> Gemeint sind Personen, die von Zeug:innen als „verwirrt/verstört wirkend“ bzw wahrscheinlich in einem unzurechnungsfähigen/berauschten/beeinträchtigten Zustand beschrieben werden.

meindebezirk von einer Gruppe Polizist:innen bei einer scheinbar entspannten Situation plötzlich „mit voller Wucht zu Boden geworfen“, wodurch er zumindest das Bewusstsein verlor und von der Rettung abtransportiert werden musste. Der Zeuge bzw die Zeugin betonte, dass von dem Mann keine sichtbare Gefahr ausging und er sich zum Zeitpunkt der Tat auch nicht aggressiv verhielt (Bericht 38 f).

Ein weiterer Augenzeugenbericht handelt von einem als geistig verwirrt oder benebelt beschriebenen Mann – „Der Jammernde klang für mich außer sich oder sogar nicht zurechnungsfähig“ –, der direkt vor dem Unfallkrankenhaus Lorenz-Böhler im 20. Wiener Gemeindebezirk aus einem Polizeiwagen gezerrt und so lange am Boden fixiert wurde, bis er völlig verstummte und sein Darm sich entleerte. Nach einer Herzmassage wurde er ins Krankenhaus eingeliefert. Leider liegen darüber hinaus keine Informationen vor (Bericht 39).

Bei der versuchten Einlieferung einer Person mit psychotischer Episode in eine psychiatrische Station kam es zu einer Auseinandersetzung mit der Polizei, die mit dem Schusswaffengebrauch endete. Dabei wurde die psychotische Person von ihren Arbeitskolleg:innen als nicht gefährlich sowie als „sehr lieber, wertgeschätzter, ruhiger und hilfsbereiter Mensch“ beschrieben (Bericht 38).

Abgesehen von diesen schwerwiegenden Fällen wird allgemein das Verhalten der Polizei in den Polizeianhaltezentren bemängelt: Von der Verweigerung von Essen, Medikamenten, der Gang zur Toilette und ärztlichen Hilfe bis hin zu brutaler Gewalt in Schubhaft und sexuellen Belästigung wurden Fälle gemeldet. Auch der Umgang mit Zeug:innen erscheint erschreckend: Mittels verbaler Gewalt oder Drohungen werden Zeug:innen laut Meldungen von Amtshandlungen verjagt oder ihnen die Sicht bzw das Festhalten auf Video und Fotos verweigert (Bericht 40 f).

#### 4. Conclusio und Ausblick

Der Bericht des Antirepressionsbüros kommt im ersten Erhebungszeitraum zu folgenden Schlussfolgerungen:

- In Österreich gibt es schwere Misshandlungsvorwürfe, Berichte von diskriminierenden Amtshandlungen, Menschenrechtsverletzungen und Meldungen von potentiell tödlicher Gewalt durch die Polizei. Maßnahmen dagegen oder die Aufarbeitung dieser Fälle polizeiintern oder gerichtlich scheint es nicht zu geben.
- Schwere physische Gewalt richtet sich in erster Linie an besonders vulnerable Gruppen, wie psychisch verwirrte oder beeinträchtigte Menschen, Drittstaatsangehörige, Flüchtlinge oder Migrant:innen. Die Polizei scheint Bürger:innen nicht wie vorgesehen gleichgestellt zu behandeln.
- Repressionen richten sich gehäuft gegen Personen, die von ihrem Recht auf Versammlungsfreiheit und öffentliche Meinungsäußerung Gebrauch machen, insbesondere aus dem politisch linken Spektrum. Dies ist besonders im Hinblick auf das Demonstrationsrecht und die Meinungsfreiheit kritisch zu betrachten.

- Amtshandlungen werden nicht ausreichend begründet und erscheinen willkürlich oder rassistisch motiviert. Hinzu kommt in den Meldungen die Verweigerung ziviler Kontrolle bei Amtshandlungen durch anwesende Zeug:innen zur Sprache, wodurch die rechtswidrige Natur und Art der Amtshandlungen nur weiter nahegelegt wird.
- Die Brutalität der Vorfälle, sowie schlicht das durch Betroffene gemeldete Verhalten der Polizei kann nur als menschenverachtend bezeichnet werden und ruft allgemein zur Besorgnis auf.

Die Rolle der Polizei in der Gesellschaft ist dringend einer gründlichen Evaluierung zu unterziehen und entsprechend der heutigen Gesellschaft anzupassen.

Aufgrund mangelnder Dokumentation und Aufarbeitung von unverhältnismäßiger Polizeigewalt ist eine Auseinandersetzung mit der Thematik aus politischer und wissenschaftlicher Sicht überaus relevant. Tragend wird die Möglichkeit einer Meldestelle auch, wenn man bedenkt, dass aufgrund der Angst vor Verfolgung und dem mangelnden Vertrauen in die Justiz eine hohe Dunkelziffer zu vermuten ist. Dabei ist die Diskussion zur Verhältnismäßigkeit und der Rolle der Polizei in der Gesellschaft von zentraler Rolle. Das Antirepressionsbüro versucht, dahingehend einen Beitrag zu leisten, indem die Betroffenenperspektive in den Vordergrund gerückt wird und nicht öffentlich bekannte Fälle von Polizeigewalt ins Licht gerückt werden. Ein Bewusstsein für das Thema zu schaffen ist ein wichtiger erster Schritt, um Polizeiarbeit innerhalb der Gesellschaft kritisch zu diskutieren und neue Konzepte für die Polizeiarbeit zu entwerfen.

Das Antirepressionsbüro ist langfristig darauf ausgerichtet, jährliche Berichte über Polizeigewalt in Österreich herauszugeben und mit der interessierten Öffentlichkeit sowie der wissenschaftlichen Community zu diskutieren, aber vor allem Vorschläge zur Verbesserung der Polizeiarbeit zu liefern. Das mittelfristige Ziel ist es, den Bekanntheitsgrad sowie das Vertrauen zu erhöhen, um eine größere Datenmenge zu generieren, wodurch wiederum ein repräsentatives Bild der Lage in Österreich entstehen kann. Es ist gewünscht und im Sinne der Dokumentationsarbeit, wenn andere Initiativen unseren Fragebogen – auch an andere nationale Kontexte angepasst – verwenden wollen, um die Perspektive Betroffener sowie jene von Zeug:innen von Polizeigewalt zu erheben. Bestenfalls würde dadurch eine repräsentative Statistik für Österreich, den deutschsprachigen Raum oder gar die EU entstehen.

Vedrana Čović ist Humanökologin; vedrana.covic@gmx.at

Marija Cubalevska ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Bremen; cubalevskamarija@proton.me

Tim Pfundstein ist Student im Master Soziologie an der Universität Wien; tim.pfundstein@web.de

Die drei Autor:innen sind Mitglieder des Antirepressionsbüros und waren maßgeblich an der Erstellung des 1. Berichts beteiligt.

# Psychische Gewalt

## Strafrechtlicher Handlungsbedarf?

Kristina Altrichter

---

### 1. Gewalt kann auch eine diffizile sein

„Permanente telefonische Kontrolle, wo ich mich gerade befinde“; „Oft hat er mich behandelt wie Luft, manchmal sogar eine Woche lang“; „Mein Mann hat mich ausgesperrt und mich von [den] Kindern und persönlichen Gegenständen getrennt, ich musste mir einen Schlafplatz suchen“; „Wenn ich rausgehen wollte, musste ich lügen.“<sup>1</sup> Es sind Aussagen wie diese, welche einerseits die Breite psychischer Gewalt erahnen lassen, andererseits zeigen sie auch die dahinterstehende psychische Komplexität sowie die oft mangelnde Sichtbarkeit, die dazu führt, dass auch ein strafrechtlicher Zugang ein differenzierter zu sein hat. Der Beitrag geht daher nicht nur der Frage nach, inwieweit das Strafrecht Abhilfe schaffen kann, sondern untersucht auch, welche flankierenden Maßnahmen Schutz für Opfer psychischer Gewalt bieten. Abschließend wird auch danach gefragt, inwiefern ein bereits gefordertes Tätigwerden des Strafgesetzgebers hinsichtlich scheinbar strafwürdiger aber derzeit nicht erfasster Verhaltensweisen zielführend sein könnte.

### 2. Zum Begriff psychischer Gewalt

Es ist auf den öffentlichen Diskurs, die Enttabuisierung der Auseinandersetzung etwa mit häuslicher und sexualisierter Gewalt sowie auf bisher vorgenommene rechtliche, praktische<sup>2</sup> und finanzielle Schutzmaßnahmen gegen Gewalt im familiären Bereich zurückzuführen, dass auch psychische Gewalt mehr in das gesellschaftliche Bewusstsein rückt. Der Begriff fällt häufig im Kontext des Mobbings im schulischen Bereich und am Arbeitsplatz, aber insbesondere im Bereich der häuslichen Gewalt bzw der Gewalt gegen Frauen allgemein.<sup>3</sup> Psychische Gewalt ist ein vielschichtiger Begriff, die möglichen Handlungsweisen oft subtil und die existierenden Beschreibungen daher vielfältig. So sind das „systematische, zielgerichtete und anhaltende Zufügen seelischer Verletzungen“<sup>4</sup>, „ver-

---

1 Verein Wiener Frauenhäuser (VWF), Psychische Gewalt gegen Frauen – eine empirische Untersuchung (2014) 28 f, verfügbar unter [www.frauenhaeuser-wien.at/dokumente/studie\\_psychische\\_gewalt.pdf](http://www.frauenhaeuser-wien.at/dokumente/studie_psychische_gewalt.pdf) (30.6.2023).

2 Damit angesprochen sind die in der Praxis bestehenden Angebote und Projekte z.B. durch Opferhilfeinstitutionen, Beratungszentren und Notrufe, uvm.

3 VWF, Psychische Gewalt 9.

4 *Frauenservice Wien*, Was ist psychische Gewalt, [www.youtube.com/watch?v=d4q9ht1rmWo](https://www.youtube.com/watch?v=d4q9ht1rmWo) (30.6.2023).

bales und emotionales Misshandeln“<sup>5</sup> oder Formen „seelischen Drucks“<sup>6</sup> ein paar unterschiedliche Charakterisierungen. Abgegrenzt werden kann sie von physischer Gewalt, bei der es grds (eher) um die physische Einwirkung auf den Körper eines:r anderen geht. Frauen sind stärker von psychischer Gewalt betroffen als Männer. So hat die Befragung im Rahmen einer österreichischen Prävalenzstudie ergeben, dass 85,6 % der Frauen und 78,4 % der Männer zumindest einmal psychische Gewalt erfahren haben. Diese wurde von 39,8 % der Frauen und 30,6 % der Männer als bedrohlich bewertet.<sup>7</sup>

Darüber hinaus sind Frauen auch unverhältnismäßig stark von häuslicher Gewalt betroffen,<sup>8</sup> weshalb die geschlechtsspezifischen Unterschiede insbesondere im sozialen Nahraum ebenso sehr deutlich sind. So werden Frauen zu 44,6 % Opfer psychischer Gewalt in Partnerschaften, Männer hingegen zu 28,2 %.<sup>9</sup> Psychische Gewalt wurde im Rahmen dieser Studie durch unterschiedliche Erscheinungsformen wie wiederholtes Beleidigen, aggressives Anschreien, Demütigen, Hänkeln, Bedrohen, finanzielle Kontrolle, Auflauern, Kontaktverbote zu Familie und/oder Freund:innen oder Zwang dargestellt.<sup>10</sup> Ohne eine bestimmte Erheblichkeit scheinen manche der angeführten Handlungsweisen jedoch nicht strafrechtlich relevant. Daher folgt zuerst ein allgemeiner Abgrenzungsversuch, (ab) wann von psychischer Gewalt ausgegangen werden könnte, und wann es sich im Gegensatz dazu um andere, diese Schwelle nicht erreichende Konflikte handelt, die auch psychisch belastend sein können.

### 3. Eine mögliche Grenze zur psychischen Gewalt

Streitigkeiten können in jedem Zusammenleben oder sozialen Gefüge vorkommen; speziell im Beziehungskontext ist jedoch oft ein Missverhältnis von Macht erkennbar, das (auch psychische) Gewalt begünstigen kann. Psychische Gewalt als solche zeichnet sich häufig durch die Vornahme wiederkehrender Handlungen aus. Sie kann sich zudem schleichend entwickeln, was die Erkennbarkeit psychischer Gewaltstrukturen oftmals erschweren und zu einer Art „Normalisierung“ der Situation bei den Betroffenen führen kann.<sup>11</sup> Eine mögliche Grenze zur psychischen Gewalt könnte – auch in Hinblick auf

---

5 *österreich.gv.at*, Formen von Gewalt an Frauen, [www.oesterreich.gv.at/themen/gesundheits\\_und\\_notfaelle/gewalt\\_in\\_der\\_familie/2/Seite.290600.html](http://www.oesterreich.gv.at/themen/gesundheits_und_notfaelle/gewalt_in_der_familie/2/Seite.290600.html) (30.6.2023).

6 *österreich.gv.at*, Gewalt an Frauen, [oesterreich.gv.at](http://oesterreich.gv.at).

7 *Österreichisches Institut für Familienforschung (ÖIF)*, Gewalt in der Familie und im nahen sozialen Umfeld – österreichische Prävalenzstudie zur Gewalt an Frauen und Männern (2011) 80 ff.

8 *Council of Europe*, Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt – und erläuternder Bericht zu Art 2 und Art 3 (2011) 5, <https://rm.coe.int/1680462535> (30.6.2023); *Wiener Interventionsstelle*, Statistik 2022 der Gewaltschutzzentren Österreichs, [www.interventionsstelle-wien.at/download/?id=850](http://www.interventionsstelle-wien.at/download/?id=850) (30.6.2023).

9 *ÖIF*, Gewalt in der Familie 62.

10 *ÖIF*, Gewalt in der Familie 83 ff; siehe vollständige Item-Liste der Studie und weitere Resultate.

11 Vgl *Hirigoyen*, Von psychischer Unterdrückung zu erkennbarer Gewalt in *Verein Wiener Frauenhäuser*, 35 Jahre Verein Wiener Frauenhäuser (2014) 19 (21).

eine mögliche neue strafrechtliche Regelung – demnach dort gezogen werden, wo es um ein fortgesetztes psychisches Quälen eines anderen geht.<sup>12</sup>

#### 4. Mögliche Konsequenzen psychischer Gewalt

Folgen psychischer Gewalthandlungen können, gleich wie bei physischer Gewalt, von fortdauerndem Leidensdruck oder psychischen Beeinträchtigungen bis hin zu schweren psychischen Erkrankungen reichen. Eine deutsche Prävalenzstudie zeigt dazu, dass gerade psychische Gewalt in besonders hohem Ausmaß mit psychischen Beeinträchtigungen einhergehen kann.<sup>13</sup> Konkrete Auswirkungen können zB Depressionen, Angststörungen, Suchterkrankungen, Resignation und Suizidgedanken sein. Die aus der Gewalt resultierenden und häufig individuellen Folgen sind jedoch aufgrund der Vielfältigkeit der psychischen Gewalthandlungen an sich allgemein empirisch schwer messbar.<sup>14</sup> Daran anknüpfend soll nun beleuchtet werden, inwieweit bestimmte Tathandlungen sanktionierbare psychische Gewalt sind/sein können und inwiefern das Strafrecht Opfer auch vor psychischen Beeinträchtigungen als konkretem Erfolg schützen kann.

#### 5. Psychische Gewalt im Strafrecht

Das StGB kennt keine Legaldefinition von Gewalt und damit auch nicht von psychischer Gewalt. Lehre und Rsp verstehen Gewalt im strafrechtlichen Sinn grundsätzlich als „Anwendung nicht unerheblicher physischer Kraft zur Überwindung eines wirklichen oder auch nur erwarteten Widerstands“.<sup>15</sup> Gemeint ist der physische, also tatsächlich körperliche Krafteinsatz des/der Täter:in mit oder ohne „Werkzeug“ gegen die körperliche Sphäre des Opfers wie zB durch Faustschläge oder Tritte.<sup>16</sup> Gewalt im StGB meint also vorwiegend Körperlichkeit. Allerdings können auch Formen verbaler oder gestischer Gewalt, die sich nicht unbedingt körperlich manifestieren und damit Akte psychischer Gewalt sein könnten, zB die Drohung, strafrechtlich sanktioniert werden.<sup>17</sup>

Wesentliche Voraussetzung für die strafrechtliche Relevanz psychischer Gewalt ist das Erreichen einer bestimmten, deliktsspezifischen Erheblichkeit. Da auch die im StGB erfassten Erscheinungsformen von Gewalt teils sehr unterschiedlich sind, werden folgend die Erheblichkeitsschwellen der hier vorrangig relevanten Delikte der Körperverletzung, gefährlichen Drohung, fortgesetzten Gewaltausübung, beharrlichen Verfolgung, fort dau-

12 Vgl VWF, Psychische Gewalt 10.

13 *BM für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland – Ergebnisse der repräsentativen Untersuchung zu Gewalt gegen Frauen in Deutschland<sup>5</sup> (2013) 32.

14 Vgl VWF, Psychische Gewalt 21.

15 OGH 28.2.1984, 10 Os 14/84; *Schwaighofer*, WK<sup>2</sup> StGB § 105 Rz 17 f.

16 *Tipold* in *Leukauf/Steininger*, StGB<sup>4</sup> § 105 Rz 5 ff; zu vereinzelt Tendenzen einer Vergeistigung des Gewaltbegriffs des OGH siehe aber OGH 15 Os 5/96 zum Querstellen eines Fahrzeuges auf der Straße, die jedoch nicht soweit gehen wie in Deutschland.

17 *Sautner*, Gewaltschutz durch Kriminalstrafrecht, Zak 2015, 88 (89).

ernden Belästigung im Wege einer Telekommunikation oder eines Computersystems sowie des Quälens Unmündiger, Jüngerer oder Wehrloser näher betrachtet.

## 6. Eine strafrechtliche Einordnung psychischer Gewalt...

### 6.1. ... als Körperverletzung gem § 83 Abs 1 StGB?

In das Delikt der Körperverletzung gem § 83 Abs 1 StGB findet psychische Gewalt insoweit potenziell Eingang, als dass der relevante Erfolg neben der Körperverletzung auch die Schädigung an der Gesundheit sein kann. Eine solche meint die „Herbeiführung oder Verschlimmerung einer Krankheit“, womit auch psychische Beeinträchtigungen als potenzieller Erfolg mitumfasst werden, sofern sie nicht nur vorübergehend oder gänzlich unerheblich sind.<sup>18</sup> Die Beeinträchtigung bedarf zunächst eines medizinischen Krankheitswerts, welcher wohl vorliegt, wenn eine psychische Störung oder eine Verhaltensstörung gem der ICD-Klassifikation<sup>19</sup> diagnostiziert werden kann.<sup>20</sup> Weiters notwendig ist wohl eine sehr „hohe Intensitätsschwelle“, wie dies etwa für eine „reaktive Depression“ oder „Suizidgefährdung“ der Fall sein könnte. Eine ungewollte Ausdehnung des § 83 StGB hinsichtlich nur geringer Beeinträchtigungen soll dadurch vermieden werden.<sup>21</sup> Da es sich um ein „Erfolgsverursachungsdelikt“<sup>22</sup> handelt, kommt der konkreten Tathandlung hier an sich insoweit weniger Bedeutung zu, als dass sie vorwiegend – in sozial-inadäquat gefährlicher Weise<sup>23</sup> – den Erfolg verursachen muss. Somit sind auch rein „psychische Tathandlungen“ denkbar, solange sie nur erfolgsverursachend sind – also die daraus resultierende Gesundheitsschädigung die gerade beschriebene Erheblichkeitschwelle überschreitet.<sup>24</sup> Mobbinghandlungen oder Psychoterror, die zu einer zumindest bedingt vorsätzlichen Gesundheitsschädigung mit Krankheitswert führen, könnten bei erheblicher Intensität einen Erfolg iSd § 83 Abs 1 herbeiführen und damit den Tatbestand der Körperverletzung erfüllen.<sup>25</sup>

18 *Burgstaller/Schütz* WK<sup>2</sup> StGB § 83 Rz 9 f; *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari*, StGB<sup>14</sup> § 83 Rz 3; kritisch *Messner in Triffeter/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK zum StGB § 83 Rz 61 ff.

19 *BMSGPK*, ICD-10 BMSGPK 2022 – Systematisches Verzeichnis – Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme, 10. Revision – BMSGPK-Version 2022+ (2022) 201 ff; ICD Klassifikation ist die international anerkannte Klassifikation für medizinische Diagnosen, die von der WHO herausgegeben wird.

20 Vgl *Burgstaller/Schütz* WK<sup>2</sup> § 83 Rz 9 mwN; *Tipold* in *Birklbauer/Hilf/Konopatsch/Messner/Schwaighofer/Seiler/Tipold*, StGB: Praxiskommentar (2017) § 83 Rz 7.

21 *Messner* SbgK § 83 Rz 62 mwN.

22 Bei Erfolgsdelikten ist über die Tathandlung hinaus der Eintritt eines bestimmten Erfolgs erforderlich, während sich bei schlichten Tätigkeitsdelikten der Tatbestand durch ein bestimmtes Tun erschöpft; siehe *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht AT<sup>16</sup> (2020) 43.

23 Zu sozial-inadäquat gefährlichem Handeln als Erfordernis, um das deliktstypische Unrecht zu begründen, siehe *Hollaender*, Sozialadäquanz und die Grenzen der Strafbarkeit, JSt 2020, 313 (317).

24 Vgl *Tipold* in *Birklbauer/Lehmkuhl/Tipold*, Strafrecht BT<sup>6</sup> (2022) § 83 Rz 1; *Burgstaller/Schütz* WK<sup>2</sup> § 83 Rz 15.

25 Vgl *Messner* SbgK § 83 Rz 62, wenn auch wahrscheinlich sehr theoretisch; ob und inwieweit eine Misshandlung nach den §§ 83 und 107b ebenfalls unter psychische Gewalt fallen könnte, wird hier (aus Platzgründen) nicht weiter diskutiert.

## 6.2. ... als gefährliche Drohung gem § 107 StGB?

Im Kontext der psychischen Gewalt zentral ist außerdem die gefährliche Drohung gem § 107 StGB. Es geht um die objektiv gefährliche Ankündigung eines zukünftigen Übels derartiger Beschaffenheit, die:den Bedrohte:n damit in Furcht und Unruhe versetzen zu können.<sup>26</sup> Konkret handelt es sich gem § 74 Abs 1 Z 5 StGB um „eine Drohung mit einer Verletzung an Körper, Freiheit, Ehre, Vermögen oder des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Zugänglichmachen von Tatsachen [...], die geeignet ist, der:dem Bedrohten mit Rücksicht auf die Verhältnisse und seine persönliche Beschaffenheit oder die Wichtigkeit des angedrohten Übels begründete Besorgnis einzuflößen [...]“.<sup>27</sup> Nicht ohne Grund bezeichnen Teile der Lehre die Drohung als „Psychoterror“<sup>28</sup>, soll das Opfer dadurch doch in „einen nachhaltigen, das ganze Gemüt ergreifenden, peinvollen Seelenzustand, eben ausgelöst durch massive Erwartungsangst“ versetzt werden.<sup>29</sup> Die Tathandlung stellt hier die psychische Gewalt dar. Ob der:die Bedrohte letztendlich aber wirklich in Furcht und Unruhe versetzt wird oder bloß besorgt ist, ist aufgrund der Ausgestaltung als schlichtes Tätigkeitsdelikt für die mögliche Strafbarkeit nicht notwendig. Es genügt, wenn sie dem:der Bedrohten zugeht und unter Berücksichtigung der konkreten Situation als objektiv gefährlich wahrzunehmen ist.<sup>30</sup> Beispielsweise könnte die Ankündigung, dem Kind des Opfers etwas anzutun, insb wenn dieses zuvor bereits Schlägen ausgesetzt war, daher ggf unter die gefährliche Drohung zu subsumieren sein.<sup>31</sup> Drohungen können sich nur auf die bestimmten Rechtsgüter beziehen, wobei die psychische Integrität hier kein solches darstellt. Demnach wäre die Ankündigung, jeden Kontakt zu Familie oder Freund:innen in Zukunft zu verhindern, oder sonstige „emotionale Erpressung“ wohl nicht tatbestandsmäßig.<sup>32</sup> Schließlich kommt es auch immer auf die Beschaffenheit der konkreten Situation an, um die Erheblichkeitsschwelle zu erreichen. Manche Drohungen können in bestimmten Kreisen zum täglichen Sprachgebrauch gehören und daher mangels Ernsthaftigkeit oder Gefährlichkeit ggf nicht strafbar sein.<sup>33</sup> Als eigene Tathandlung, aber auch als Tatmittel anderer Delikte, wie bei der Nötigung durch Drohung gem § 105 StGB oder der fortgesetzten Gewaltausübung gem § 107b StGB, kommt ihr im Schutz vor psychischer Gewalt Relevanz zu.

26 Vgl *Schwaighofer* WK<sup>2</sup> StGB § 105 Rz 44, 61.

27 *Birklbauer* in *Birklbauer/Lehmkuhl/Tipold*, Strafrecht BT<sup>6</sup> (2022) § 107 Rz 5; § 74 Abs 1 Z 5 StGB.

28 Vgl *Tipold* in *Leukauf/Steinger*, StGB<sup>4</sup> § 107 Rz 9; *Birklbauer* in *Birklbauer/Lehmkuhl/Tipold*, Strafrecht BT<sup>6</sup> (2022) § 107 Rz 1.

29 Vgl *Schwaighofer* WK<sup>2</sup> StGB § 107 Rz 4, 11; *Birklbauer* in *Birklbauer/Lehmkuhl/Tipold*, Strafrecht BT<sup>6</sup> (2022) § 107 Rz 7.

30 Vgl *Birklbauer* in *Birklbauer/Hilf/Konopatsch/Messner/Schwaighofer/Seiler/Tipold*, StGB: Praxiskommentar (2017) § 107 Rz 7; *Schwaighofer* WK<sup>2</sup> § 107 Rz 1/2, 4, 5, 6, 9; *Tipold* in *Leukauf/Steinger*, StGB<sup>4</sup> § 107 Rz 8.

31 Vgl *Schwaighofer* WK<sup>2</sup> StGB § 107 Rz 4, 10.

32 *K. Beclin*, Strafrechtliche Ahndung von psychischer Gewalt in Österreich – Status quo und mögliche Perspektiven in *Verein Wiener Frauenhäuser (Hrsg)*, 35 Jahre Verein Wiener Frauenhäuser (2014) 37 (44); vgl *Seiler* SbgK<sup>13</sup> § 107 Rz 9.

33 Vgl *Schwaighofer* WK<sup>2</sup> § 107 Rz 5; *Seiler* SbgK § 107 Rz 4; anzumerken ist, dass kulturelle Bräuche, Riten usw, die in Österreich verboten sind, damit nicht gemeint sind.

### 6.3. ... als beharrliche Verfolgung gem § 107a StGB?

Daneben sanktioniert das Delikt der Beharrlichen Verfolgung gem § 107a StGB, welches wie die Drohung als schlichtes Tätigkeitsdelikt ausgestaltet ist, bestimmte Stalking-Handlungen, durch die ein starker Leidensdruck bei Betroffenen ausgelöst werden kann.<sup>34</sup> Das Strafrecht verfolgt psychische Gewalt demnach auch hier insoweit, als diese durch eine oder mehrere der im Gesetz genannten Handlungsalternativen, wie etwa das Aufsuchen räumlicher Nähe, ausgeübt wird.<sup>35</sup> Da zB ein einmaliges Kontaktaufnehmen (sofern nicht rechtswidrig) aber per se noch nicht unerlaubt oder sozial-inadäquat ist, bedarf es für die strafrechtliche Erheblichkeit das mehrmalige Vornehmen dieses Verhaltens, wie immer wieder vor der Wohnung aufzulauern, obwohl klar ist, dass dies dem Opfer widerstrebt.<sup>36</sup> Letztendlich müssen diese beharrlichen Handlungen objektiv geeignet sein, die Lebensführung des konkreten Opfers unzumutbar zu beeinträchtigen; etwa weil es gezwungen wird, seine Lebensumstände dadurch maßgeblich zu verändern, wie zB nicht mehr alleine aus der Wohnung gehen zu können oder sonstige Schutzmaßnahmen treffen zu müssen. Eine tatsächliche Beeinträchtigung ist aber nicht erforderlich.<sup>37</sup>

### 6.4. ... als fortgesetzte Gewaltausübung gem § 107b StGB?

Das Delikt der fortgesetzten Gewaltausübung gem § 107b StGB sanktioniert hingegen die fortgesetzte Begehung von Delikten gegen Leib und Leben oder gegen die Freiheit sowie von körperlichen Misshandlungen. Ziel der Bestimmung ist „eine Art Zusammenrechnung von mehreren Gewalthandlungen zu einem schweren Delikt, um Personen vor fortdauernden Gewaltbeziehungen zu schützen“.<sup>38</sup> Psychische Gewalt kann daher auf unterschiedliche Weise tatbestandsmäßig sein.<sup>39</sup> Es liegt hier ein spezieller Gewaltbegriff vor, nicht zuletzt deshalb, weil auf sämtliche Vorsatzdelikte des ersten und dritten Abschnitts des StGB (Delikte gegen Leib und Leben bzw die Freiheit) und damit nicht nur auf physische, sondern gleichzeitig auch unterschiedliche Formen fortgesetzter psychischer Gewalt Bezug genommen wird.<sup>40</sup> Wenn also einerseits die deliktsspezifischen Erheblichkeitsschwellen und Voraussetzungen einschlägiger Delikte erreicht werden und andererseits durch deren wiederholte Ausübung über einen längeren Zeitraum die Eig-

34 *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari*, StGB<sup>14</sup> § 107a Rz 2; *Schwaighofer* WK<sup>2</sup> § 107a Rz 2 f.

35 *K. Beclin* in *Verein Wiener Frauenhäuser* 37 (42); vgl *Tipold* in *Leukauff/Steininger*, StGB Update 2020 § 107a Rz 4 f.

36 Vgl *Birklbauer* in *Birklbauer ua*, StGB: Praxiskommentar (2017) § 107a Rz 6; *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari*, StGB<sup>14</sup> § 107a Rz 7 f.

37 Vgl *Schwaighofer* WK<sup>2</sup> § 107a Rz 11 f (potenzielles Gefährdungsdelikt); *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari*, StGB<sup>14</sup> § 107a Rz 8 ff.

38 *Schwaighofer* WK<sup>2</sup> StGB § 107b Rz 1, mwN; *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari*, StGB<sup>14</sup> § 107b Rz 1; siehe FN 25.

39 Vgl *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari*, StGB<sup>14</sup> § 107b Rz 2; *Schwaighofer* WK<sup>2</sup> StGB § 107b Rz 8; kritisch hinsichtlich eines schlichten Tätigkeitsdelikts *Winkler* SbgK § 107b Rz 11; *Birklbauer* in *Birklbauer ua*, StGB: Praxiskommentar (2017) § 107b Rz 2.

40 Vgl *Winkler* SbgK<sup>22</sup> § 107b Rz 25; *Schwaighofer* WK<sup>2</sup> § 107b Rz 9, 11, 12f; *Birklbauer* in *Birklbauer/Lehmkuhl/Tipold*, Strafrecht BT<sup>6</sup> (2022) § 107b Rz 8.

nung besteht, die freie Lebensgestaltung des Opfers unzumutbar zu beeinträchtigen, etwa weil beim Opfer ein dauerhafter Angstzustand entsteht, kann § 107b StGB erfüllt sein. Praktisch relevant sind in diesem Zusammenhang wohl va Nötigungen oder Drohungen.<sup>41</sup>

### 6.5. ... als Fortdauernde Belästigung im Wege einer Telekommunikation (...) gem § 107c StGB?

Der sog Cyber-Mobbing-Paraph § 107c StGB pönalisiert die fortdauernde Belästigung im Internet. Es soll das Verbreiten kompromittierender oder diffamierender Inhalte über eine Person zB durch Ehrenbeleidigungen, Nacktfotos udgl verhindert werden. Solch schwere Eingriffe in die Persönlichkeitsphäre können massive Auswirkungen auf Opfer haben und gravierende psychische Belastungen bewirken.<sup>42</sup> Gleich wie § 107a StGB soll vor psychischer Gewalt geschützt werden, wobei diese dann unter Strafe gestellt wird, wenn sie einerseits im Internet stattfindet und sich andererseits ihre Wirkung erst durch Einbindung einer bestimmten Öffentlichkeit entfaltet. Im Vergleich zu § 107b werden hier Sanktionen nicht erst durch fortgesetztes Verhalten ausgelöst, stattdessen reicht eine einmalige Begehung, die einige Zeit anhält, aus.<sup>43</sup> Je schwerer die Tat und je größer daher auch das Potenzial, die freie Lebensführung eines Opfers schwerwiegend zu beeinträchtigen, zB durch das Veröffentlichen von Nacktbildern vor einer größeren Öffentlichkeit, desto kürzer muss die Zeitspanne der Wahrnehmbarkeit ausfallen.<sup>44</sup>

### 6.6. ... als Quälen oder Vernachlässigen Unmündiger, Jüngerer, Wehrloser gem § 92 Abs 1 StGB?

Den deliktsspezifischen Blick abschließend, ist auf das Sonderdelikt § 92 Abs 1 StGB einzugehen, das das Quälen oder Vernachlässigen Unmündiger, Jüngerer oder Wehrloser sanktioniert. Als Erfolgsdelikt verlangt der Tatbestand seelische (oder körperliche) Quälen als Erfolg, die aber hier direkt mit dem seelischen Quälen als Tathandlung zusammenhängen.<sup>45</sup> Nur Personen, die einer bestimmten Fürsorge- oder Obhutspflicht unterliegen, zB durch Elternschaft, einen Pflegekindvertrag oder (auch temporäre) Beaufsichtigungs- und Betreuungsverhältnisse, können tatbestandsmäßig handeln. Die Fürsorgepflicht, welche auch die Sorge um das psychische Wohlbefinden des anderen mitumfasst, schränkt daher den potenziellen Täter:innenkreis ein. Durch das Abstellen auf „seelische Quälen“ wird psychische Gewalt hier explizit strafbewehrt. Teile der Lehre sehen darin

41 Vgl *Schwaighofer* WK<sup>2</sup> § 107b Rz 9f, 22; *Winkler* SbgK<sup>22</sup> § 107b Rz 11 f.

42 Vgl *Birklbauer* in *Birklbauer/Lehmkuhl/Tipold*, Strafrecht BT<sup>6</sup> (2022) § 107c Rz 1; *Schwaighofer* WK<sup>2</sup> § 107c Rz 2 ff.

43 Vgl *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari*, StGB<sup>14</sup> § 107c Rz 3, 6; vor dem 2021 in Kraft getretenen Hass-im-Netz-Bekämpfungsgesetz verlangte auch § 107c eine fortgesetzte Begehung, siehe *Schwaighofer* WK<sup>2</sup> § 107c Rz 1.

44 Vgl *Schwaighofer* WK<sup>2</sup> § 107c Rz 18/1, 18/2; *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari*, StGB<sup>14</sup> § 107c Rz 6.

45 *Jerabek/Ropper* WK<sup>2</sup> § 92 Rz 12; *Tipold* in *Birklbauer ua*, StGB: Praxiskommentar (2017) § 92 Rz 1.

sogar ein Rechtsgut der „seelischen Integrität“.<sup>46</sup> Die Rechtsprechung konkretisiert den Begriff der Qualen als „einen gewissen Zeitraum andauernde oder sich wiederholende Schmerzen, Leiden, aber auch Angstzustände, die mit einer erheblichen Beeinträchtigung des physischen oder psychischen Wohlbefindens verbunden sind“<sup>47</sup>. Psychische Gewalt erreicht in diesem Zusammenhang demnach strafrechtlich relevante Erheblichkeit, als zB das Zufügen auch verbaler und gestischer Ausschreitungen, etwa durch Bedrohungen, Beschimpfungen, Demütigungen bzw sonstige Erniedrigungen, solch seelische Qualen beim Opfer auslösen können.<sup>48</sup> Darüber hinaus ist auch eine Strafbarkeit gem § 92 Abs 1 StGB wegen Unterlassen des gebotenen Tuns, der angemessenen und zu erwartenden Fürsorge oder Obhut, die auch die gebotene Zuwendung von Aufmerksamkeit und Sorge um das Wohl des Schutzbefohlenen umfasst, unter den Voraussetzungen des § 2 StGB denkbar.<sup>49</sup> Fälle wie zB dauerndes oder anhaltendes Ignorieren eines Kindes könnten als Akte psychischer Gewalt daher ggf dann auch von strafrechtlicher Relevanz sein, wenn das Kind dadurch seelische Qualen erleidet.

## 7. Flankierende Maßnahmen als zugänglichere Schutzkomponente?

Neben einigen einschlägigen Delikten, die Schutz vor psychischer Gewalt bieten können, haben Schutzmaßnahmen gegen Gewalt außerhalb des Strafrechts einen zentralen Stellenwert. Österreichweit gibt es ein breites Angebot an Opferhilfeinstitutionen, Beratungszentren und Notrufen, die Betroffenen jederzeit und unabhängig von schwerfälligen und formalen Strafverfahren unterstützend zur Seite stehen. Der grundsätzlich auf Eigeninitiative beruhende Zugang zur Hilfe erweist sich – gerade in Fällen häuslicher Gewalt – aber oft als schwierig. Kommt es zu einem polizeilichen Einschreiten, kann diese mittels Wegweisung oder einem Betretungs- und Annäherungsverbot nach § 38a f SPG rasch die – auch nur drohende – Gewalt unterbinden. Der:die Gefährder:in wird unverzüglich entfernt und zu einer Gewaltpräventionsberatung verpflichtet.<sup>50</sup> Zudem informieren Behörden immer auch die Gewaltschutzzentren sowie die Kinder- und Jugendhilfe, was zumindest in diesen Fällen den Zugang zu Betroffenen und weitere Unterstützung ermöglicht.<sup>51</sup>

Realität ist, dass in über 90 %<sup>52</sup> der Betretungsverbote auch eine Strafanzeige erstattet wird, da zu diesem Zeitpunkt bereits strafrechtlich relevante physische oder psychische

---

46 Vgl Zagler SbgK § 92 Rz 3; *Tipold* in *Birklbauer ua*, StGB: Praxiskommentar (2017) § 92 Rz 1, 4f; *Jerabek/Ropper* WK<sup>2</sup> § 92 Rz 3 f.

47 OGH 17.12.1987, 12 Os 70/87, RIS-Justiz RS0093099; *Jerabek/Ropper* WK<sup>2</sup> § 92 Rz 12.

48 Vgl *Nimmervoll* in *Leukauf/Steininger*, StGB<sup>4</sup> § 92 Rz 7 mwN; *Zagler* SbgK § 92 Rz 11.

49 Vgl *Jerabek/Ropper* WK<sup>2</sup> § 92 Rz 13; *Tipold* in *Birklbauer/Lehmkuhl/Tipold*, Strafrecht BT<sup>6</sup> (2022) § 92 Rz 8.

50 § 38a SPG; § 16 SPG; VWF, Psychische Gewalt 13, 15, 22; *Interventionsstelle Wien*, Recht auf Schutz und Hilfe für Opfer von Gewalt (2013) 1, verfügbar unter [www.interventionsstelle-wien.at/download/?id=gewaltschutzfolder\\_deu.pdf](http://www.interventionsstelle-wien.at/download/?id=gewaltschutzfolder_deu.pdf) (30.6.2023); *Nachbaur*, Gewaltkreislauf beenden, ÖFFENTLICHE SICHERHEIT (2022), (27) 28.

51 *Nachbaur*, Gewaltkreislauf(2022), (27) 28.

52 *Wiener Interventionsstelle*, Tätigkeitsbericht der Wiener Interventionsstelle(2019) 24, verfügbar unter [www.interventionsstelle-wien.at/download/?id=taetigkeitsbericht-2019.pdf](http://www.interventionsstelle-wien.at/download/?id=taetigkeitsbericht-2019.pdf) (30.6.2023).

Gewalthandlungen gesetzt wurden. Darüber hinaus handelt es sich dann zumeist auch nicht um den ersten Vorfall. Es ist anzunehmen, dass erst eine Eskalation in den meisten Fällen Grund für das Einschreiten sein wird, was auch darauf zurückzuführen ist, dass Opfer oft nicht wissen, bereits bei befürchteter Gewalt diesen Schritt setzen zu können.<sup>53</sup> Daneben besteht auch die Möglichkeit, Einstweilige Verfügungen zu beantragen, um Gefährder:innen (auch weiterhin) fernzuhalten, wenn Drohungen oder ein die psychische Gesundheit erheblich beeinträchtigendes Verhalten das weitere Zusammenleben (§ 382b EO) oder weitere Zusammentreffen (§ 382c EO) unzumutbar machen. Gerichte haben hier schnell zu entscheiden und auch psychische Gewalt muss nur bescheinigt und nicht bewiesen werden. Dazu reichen die Aussagen, Atteste oder Berichte von Psycholog:innen, Sozialarbeiter:innen oder der Polizei aus.<sup>54</sup>

## 8. Notwendiger Handlungsbedarf?

Das Bestreben, Schutz vor psychischer Gewalt zu gewährleisten, ist insgesamt erkennbar. Einerseits, weil der Gesetzgeber bereits konkrete (straf-)rechtliche Vorkehrungen getroffen hat. Andererseits, weil auch zentrale flankierende Maßnahmen eingerichtet wurden und werden. Es stellt sich abschließend daher die Frage, inwieweit neue strafrechtliche Regelungen zielführend sein können.

Das Strafrecht findet aufgrund der eingriffsintensiven Sanktionen und den oft schweren Nebenfolgen nicht ohne Grund als ultima ratio gegen gesellschaftlich unerwünschtes Verhalten Anwendung. Die daher notwendigerweise hohen strafrechtlichen Erheblichkeitsschwellen betreffend psychische Gewalt lassen dennoch sanktionsfreien Raum offen, um psychisch zu misshandeln. So machen strafrechtlich nicht erfasste Verhaltensweisen wie fortgesetzt, auch vor (zu wenigen) anderen herabgewürdigt und gedemütigt oder im Fall der Trennung mit der Abschiebung verängstigt, die restliche Zeit ignoriert oder kontrolliert zu werden, wohl Handlungsbedarf sichtbar, insbesondere aufgrund möglicher schwerer Folgen für Opfer.

Einer neuen strafrechtlichen Regelung, so wie sie insb seitens der Gewaltschutzzentren und Frauenhäuser schon länger gefordert wird, würde eine maßgebliche bewussteinbildende Wirkung zukommen.<sup>55</sup> Psychische Gewalt ist insgesamt schwer fassbar und darstellbar. Ein rechtliches Sichtbarmachen wäre daher nicht nur in Hinblick auf die präventive Wirksamkeit relevant, sondern auch, um Opfern gleichkommende Reaktionsmöglichkeiten an die Hand zu geben und möglichst schon vor dem Eintreten schwerer Eskalationen einen Ausstieg aus der (psychischen) Gewaltspirale zu schaffen.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> *Wiener Interventionsstelle*, Tätigkeitsbericht 24.

<sup>54</sup> *Interventionsstelle Wien*, Recht auf Schutz 4, 6.

<sup>55</sup> Vgl K. Beclin in *Verein Wiener Frauenhäuser* 37 (40); *Gewaltschutzzentren Interventionsstellen Österreich*, Reformvorschläge (2018) 23, verfügbar unter [www.gewaltschutzzentrum.at/ooe/cms/wp-content/uploads/2019/07/Reformvorschläge\\_2018.pdf](http://www.gewaltschutzzentrum.at/ooe/cms/wp-content/uploads/2019/07/Reformvorschläge_2018.pdf) (30.6.23).

<sup>56</sup> Vgl VWF, *Psychische Gewalt* 10,11,13; *Nachbaur*, *Gewaltkreislauf* (2022), 27 (28).

Gerade im Bereich häuslicher Gewalt herrscht aber eine niedrige Anzeigenbereitschaft vor<sup>57</sup>, weshalb die Vermutung nahe liegt, dass ein neuer Straftatbestand nur wenig Effekt hätte. Allerdings könnte die damit einhergehende Sichtbarmachung und Bewusstseinsbildung des Themas gerade auch zu einer erhöhten Zahl an Anzeigen führen.

Höhere Strafdrohungen spielen dafür, ob sich Täter:innen von der Begehung einer strafbaren Handlung abhalten lassen, eine viel geringere Rolle als die Wahrscheinlichkeit, dafür verurteilt zu werden.<sup>58</sup> Dem könnte ggf durch eine erhöhte Anzeigebereitschaft in Folge gesteigerten Bewusstseins durch neue strafrechtliche Regelungen und damit einer Erhöhung dieser Wahrscheinlichkeit Rechnung getragen werden.

Eine weitere Schwierigkeit könnte darin bestehen, dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz ausreichend Folge zu leisten. Die schier unfassbare Breite psychischer Gewalt bliebe demnach für die Schaffung allfälliger neuer Regelungen an sich herausfordernd. So geht es meist nicht nur um eine Überschreitung individueller und persönlicher Grenzen, sondern oft auch um subtilere Handlungsweisen<sup>59</sup>, die sich dogmatisch sowohl als Erfolgs-, als auch als Tätigkeitsdelikt ausgestalten lassen. Eine konkrete Bestimmung oder Erweiterung bestehender Straftatbestände zum Schutz vor strafwürdigen psychischen Gewalthandlungen ist dennoch kein unüberwindbares Hindernis, wie sich auch darin zeigt, dass es bei den bisher schon sanktionierten Handlungsweisen psychischer Gewalt (zB Quälen Unmündiger, Drohung oder Stalking) gelungen ist, ein ausreichendes Maß an Bestimmtheit zu erreichen.

Jedoch kann auch mit der allfälligen Schaffung eines neuen Straftatbestands dem Strafrecht nicht die gänzliche Lösung „eines der schillerndsten und zugleich schwierigsten sozialen Phänomene“ auferlegt werden.<sup>60</sup> Das Strafrecht wird hier kein alleinig zielführendes Mittel sein, um psychischer Gewalt (präventiv) entgegenzuwirken. Zudem braucht es weitere flankierende und informellere Maßnahmen sowie Sensibilisierungsarbeit allgemein.

Kristina Altrichter, LL.M., ist Universitätsassistentin für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Sigmund Freud Privat-Universität Wien; kristina.altrichter@jus.sfu.ac.at

---

57 K. Beclin in *Verein Wiener Frauenhäuser* 37 (39); K. Beclin, „Aussage gegen Aussage“ – häufige Pattstellung bei Strafverfolgung häuslicher Gewalt? *juridikum* 2014, 360.

58 Vgl. *Birklbauer SbgK* § 46 Rz 65; K. Beclin in *Verein Wiener Frauenhäuser* (37) 39.

59 Vgl. *Vökl-Kernstock*, Kinder und psychische Gewalt in *Verein Wiener Frauenhäuser (Hrsg)*, 35 Jahre Verein Wiener Frauenhäuser (2014) 32 (33).

60 *Heitmeyer/Hagan*, Internationales Handbuch der Gewaltforschung (2002) 15.

# Sozio-ökologisches Transformationsrecht

## Öffentlich-rechtliche Überlegungen zu einer öko-sozialen Transformation in Österreich

Konrad Lachmayer / Christoph Müller

---

### 1. Notwendigkeit und Zweck des Transformationsrechts

#### 1.1. Der sozio-ökologische Zusammenhang im Klimaschutz

Die NGOs *Oxfam* und *Stockholm Environment Institute* veröffentlichten im Jahr 2020 eine Studie zum Thema „Confronting carbon inequality. Putting climate justice at the heart of the COVID-19 recovery“.<sup>1</sup> Bei einem Rückblick auf die Jahre 1990 bis 2015, in denen sich der CO<sub>2</sub>-Gehalt in der Erdatmosphäre verdoppelte, kam die Studie zu folgenden Ergebnissen: „Die reichsten 10 Prozent der Menschen waren für mehr als die Hälfte (52 Prozent) der Emissionen verantwortlich, wobei das reichste eine Prozent für 15 Prozent der Emissionen verantwortlich war.“ Während die reichsten 10 Prozent beinahe ein Drittel des verbleibenden globalen Kohlenstoffbudgets für einen Anstieg der Erdtemperatur um nicht mehr als 1,5 °C verbrauchten, wurden von der ärmsten Hälfte der Bevölkerung nur 4 Prozent verbraucht. „Der Gesamtanstieg der Emissionen des reichsten einen Prozents war dreimal so hoch wie der der ärmsten 50 Prozent.“<sup>2</sup> Die Ergebnisse der Studie werden in dem jüngst erschienenen *Climate Inequality Report 2023* bestätigt.<sup>3</sup> Die obersten 10% der Emittent\*innen sind weiterhin für fast die Hälfte der globalen Kohlenstoffemissionen und die weltweit top 1% der Emittent\*innen sind für mehr Emissionen als die gesamte „untere“ Hälfte der Weltbevölkerung verantwortlich. Die Studien zeigen auf, dass Fragen des Klimaschutzes und der Möglichkeiten von Verhaltensänderungen in Gesellschaften<sup>4</sup> zentral mit Fragen der sozioökonomischen Ungleichheit verknüpft sind.<sup>5</sup> Dies betrifft nicht nur die Verursachung von CO<sub>2</sub>-Emissionen, sondern bezieht sich auch auf die Möglichkeiten der Einführung von ökologischen Maßnahmen, die für einkommensstarke Personen leichter umzusetzen sind. Transformations-

---

1 Siehe *Gore*, *Confronting Carbon Inequality*, Oxfam Media Briefing 21.9.2020, <https://oxfam.org/en/research/confronting-carbon-inequality> (31.7.2023); alle Übersetzungen in diesem Beitrag erfolgten durch die Autoren unter Zuhilfenahme von *deepl.com*.

2 Siehe *Gore*, *Carbon Inequality*, *oxfam.org*.

3 Siehe *Chancell/Bothe/Voituriez*, *Climate Inequality Report 2023*, <https://wid.world/wp-content/uploads/2023/01/CBV2023-ClimateInequalityReport-2.pdf> (18.8.2023).

4 *Remm*, *Anforderungen an ein tragfähiges Konzept der Nachhaltigkeitsforschung*, *NR* 2022, 6.

5 In diesem Sinne auch *Marhold/Schranz/Weinberger*, *Klimagerechtigkeit in Österreich*, *juridikum* 2022, 106.

mative Maßnahmen der Gesellschaft werden dabei zentral durch das Recht (mit)gesteuert.<sup>6</sup>

Der nachfolgende Beitrag untersucht ausgehend von den bestehenden ökologischen Herausforderungen, die Möglichkeiten des Rechts zu einer sozio-ökologischen Transformation beizutragen. Während im ersten Teil den allgemeinen rechtlichen Herausforderungen nachgegangen wird, fokussiert sich der zweite Teil auf die Möglichkeiten des öffentlichen Rechts in Österreich einen Beitrag zu leisten.

## 1.2. Nachhaltige Lebens- und Wirtschaftsweisen als Herausforderung des 21. Jh.

Die Einführung und Sicherung langfristiger und global umwelt- und sozialverträglicher Lebens- und Wirtschaftsweisen ist neben der Sicherung des (Welt)Friedens die größte Herausforderung im 21. Jh. Da sich das konsumorientierte Wachstumsmodell immer stärker ausbreitet, verschärft sich der Handlungsbedarf mit Blick auf die langfristige Einhaltung bzw Nichtüberschreitung der erstmals 2009 vom *Stockholm Resilience Center* identifizierten neun planetarischen Belastungsgrenzen (*planetary boundaries*) Klimawandel, Versauerung der Ozeane, stratosphärischer Ozonabbau, Aerosolbelastung, Phosphor- und Stickstoffkreislauf, (Süß)Wasserverbrauch, Landnutzungsänderung, Unversehrtheit der Biosphäre und Einbringung neuartiger Substanzen.<sup>7</sup>

Angesichts des fortschreitenden Klimawandels und Artensterbens stellt sich die Frage, warum das Umweltrecht, das sich seit Anfang der 1970er Jahre<sup>8</sup> qualitativ und vor allem auch quantitativ entwickelt hat, die massive und mehrdimensionale ökologische Krise bisher nicht verhindern konnte. Zentrale Ursachen für diese Entwicklung und welche Schlüsse daraus für effektive Reformen des Rechts auf nationaler, europäischer, inter- und transnationaler Ebene gezogen werden können, bleiben unklar. Zur Disposition stehen neben dem klassischen Umweltrecht vor allem wesentliche Teile des Wirtschaftsrechts<sup>9</sup> sowie die unions- und verfassungsrechtliche Festschreibung fundamentaler sozio-ökonomischer Strukturen.<sup>10</sup>

---

6 Siehe *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit: Ethische, rechtliche, politische und transformative Zugänge – am Beispiel von Klimawandel, Ressourcenknappheit und Welthandel (2021); *Beckert*, Verkaufte Zukunft: Dilemmata des globalen Kapitalismus in der Klimakrise, Discussion Paper 22/7 Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung (2022).

7 *Rockström et al*, A safe operating space for humanity, *Nature* 2009, 472; *Rockström/Gupta/Qin et al*, Safe and just Earth system boundaries, *Nature* 2023, 102.

8 Als „offizieller“ Startschuss für die moderne Umweltpolitik und -rechtsetzung gilt gemeinhin die UN-Konferenz über die Umwelt des Menschen (*United Nations Conference on the Human Environment*) im Juni 1972 in Stockholm; kritisch zu dieser Erzählung *Boysen*, Die postkoloniale Konstellation: Natürliche Ressourcen und das Völkerrecht der Moderne (2021).

9 Siehe grundlegend und visionär *Wimmer*, Einbettung der Ökonomie in den ökologischen Rahmen: Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Ökologie, in *Bundesministerium für Umwelt, Jugend und Familie*, Umweltpolitik durch Recht – Möglichkeiten und Grenzen (1992) 87.

10 *Renner/Kindt*, Wirtschaftsrecht und Politische Ökonomie, *JZ* 2023, 313; *Kampourakis*, Bound by the Economic Constitution: Notes for “Law and Political Economy” in Europe, *Journal of Law and Political Economy* 2021, 301.

Das traditionelle Umweltrecht versucht Infrastruktur, Produktionsprozesse, Produkte und Dienstleistungen umweltverträglich zu gestalten, indem es der Gesellschaft und Wirtschaft Grenzen setzt, wo diese (zu sehr) in die natürlichen Ressourcen und Ökosysteme eingreifen. Dabei wird jedoch das Problem der im permanenten Wirtschaftswachstum angelegten Steigerung der produzierten Mengen nicht adressiert. Die qualitative Verbesserung der Infrastruktur bzw von Produktionsprozessen und Produkten in ihrer Nachhaltigkeitsbilanz kann die wachsende Menge aber nicht kompensieren. In diesem Sinne unterläuft das mehrheitlich quantitative Wirtschaftswachstum nicht nur die einschlägigen Teile der Rechtsordnung, sondern wird durch diese im Wesentlichen gefördert und gestützt.<sup>11</sup>

Dies geschieht konkret wie etwa bei der dritten Piste am Flughafen Wien-Schwechat<sup>12</sup> durch das Bestehen von Abwägungs- und Ermessensspielräumen, durch Verlagerung von umweltschädlichen Produktionen in andere Länder oder von einem Umweltmedium in ein anderes<sup>13</sup>. Der Zusammenhang von Wirtschaftswachstum und Vernutzung der natürlichen Ressourcen indiziert, dass die erforderliche Transformation sich nicht auf Instrumente der Umweltverträglichkeit beschränken kann, sondern sich auch auf das Wachstumskonzept selbst beziehen muss.<sup>14</sup>

In diesem Kontext kann festgestellt werden, dass das 1987 im Brundtland-Bericht formulierte<sup>15</sup> und bei der UN-Konferenz von Rio de Janeiro (1992) über Umwelt und Entwicklung weiter konkretisierte Leitbild der Nachhaltigen Entwicklung nicht den gewünschten Erfolg erzielte. Der Internationale Gerichtshof (IGH) bezeichnete 1997 im *Gabcikovo-Nagymaros-Fall* die nachhaltige Entwicklung zwar als Konzept,<sup>16</sup> das aber nicht zuletzt durch seinen unklaren rechtlichen Gehalt<sup>17</sup> bzw seine geringe normative Steuerungskraft<sup>18</sup> weitgehend gescheitert ist.

---

11 *Winter*, Rechtsprobleme im Anthropozän: Vom Umweltschutz zur Selbstbegrenzung, ZUR 2017, 267; *Viñuales*, Law and the Anthropocene (2016); *ders*, A Concise Research Agenda for Environmental Law (2018).

12 VfSlg 20.185/2017; siehe dazu kritisch *Merli*, Ein seltsamer Fall von Willkür: Die VfGH Entscheidung zur dritten Piste des Flughafens Wien, wbl 2017, 682.

13 Der Begriff Umweltmedium bezieht sich auf „Elemente (Subsysteme) der natürlichen Umwelt, die Lebensraum für Organismen abgeben (Ökosystem): Atmosphäre (Luft), Hydrosphäre (Gewässer) und Lithosphäre (Boden)“, so *Günther*, Umweltmedien, in *Springer*, Gabler Wirtschaftslexikon Online, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/umweltmedien-48847/version-272094> (31.7.2023).

14 Siehe *Winter*, ZUR 2017, 267.

15 *World Commission on Environment and Development*, Our Common Future (1987): „Nachhaltige Entwicklung ist eine Entwicklung, die die Bedürfnisse der heutigen Generation befriedigt, ohne die Möglichkeit künftiger Generationen zu gefährden, ihre eigenen Bedürfnisse zu befriedigen.“

16 *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgement, ICJ Reports 1997, 7, „This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development“; vgl *Eblotzky*, Zielhierarchien, Konvergenzen und Konflikte im Völker- und Unionsrecht, in *Breitenlechner/Kalteis et al*, Sicherung von Stabilität und Nachhaltigkeit durch Recht (2014) 35.

17 Siehe *Herdegen*, Völkerrecht<sup>16</sup> (2017) 408: „Seine normativen Konturen bleiben im Ungewissen.“

18 *Kersten*, Die dritte Revolution. Plädoyer für ein ökologisches Grundgesetz, Blätter für deutsche und internationale Politik 6/2022, 91 (94).

### 1.3. Transformationsrecht

Die disruptiven Effekte des Klimawandels auf das Rechtssystem verlangen nach einer „zügigen Neuadjustierung“.<sup>19</sup> Aufgrund des Scheiterns des klassischen Umweltrechts gilt es tieferliegende Strukturprobleme des Rechts zu adressieren. In diesem Sinne betont etwa *Isabel Feichtner*, dass es für „das Ziel einer großen sozial-ökologischen Transformation entscheidend ist, zu erkennen, wie dieses Recht der Transformation im Wege steht, und alternative Rechtsvorstellungen zu gewinnen. Transformatives Recht kann nicht mehr vom Gleichen bedeuten: mehr Umweltregulierung oder mehr internationale Verträge zum Schutz von Menschenrechten. Vielmehr muss transformatives Recht die Institutionen und Infrastrukturen, die den Kern der politischen Ökonomie bilden, wie Eigentum, Geld und Unternehmen, überdenken und neu gestalten.“<sup>20</sup> In diesem Sinne gilt es eine Transformation auch von Recht und Rechtswissenschaft zu erreichen, die Lebensgrundlagen erhält und dabei materielle Gleichheit herstellt.<sup>21</sup>

## 2. Transformationsrechtliche Potentiale in Österreich

### 2.1. Verfassungsrechtliche Ausgangssituation

Gemeinhin werden der österreichischen Bundesverfassung je nach Zählweise vier bis sechs Baugesetze zugeschrieben. Jedenfalls unstrittig sind dabei Demokratie, Republik, Bundesstaat und Rechtsstaat. Typischerweise werden auch das gewaltenteilende und das liberale Prinzip zu den Baugesetzen gezählt.<sup>22</sup> *Theo Öhlinger* und *Harald Eberhard* behandeln die Frage, ob die freie Marktwirtschaft und die Sozialstaatlichkeit Baugesetzcharakter haben.<sup>23</sup> Unter Verweis auf die VfGH-Judikatur der späten 1960er Jahre,<sup>24</sup> kann mit *Franz Merli*<sup>25</sup> und *Thomas Müller*<sup>26</sup> festgehalten werden, dass aufgrund der Grundrechte die Verfassung ein gewisses (keineswegs nur geringes) Maß an marktwirtschaftlichen Zügen der faktischen Wirtschaftsordnung garantiert. Eine Sozialstaatlichkeitsklausel wie in Deutschland besteht jedenfalls nicht.<sup>27</sup>

---

19 Siehe *D. Wagner*, Ein zukunftsfähiges Recht der gebauten Umwelt? Status Quo und aktuelle Impulse, *juridikum* 2023, 112 (112).

20 Siehe *Feichtner*, The Law Clinic Transformation Law. A modest attempt to democratize law and legal education for social-ecological change (2022) <https://thenew.institute/en/media/promoting-democracy-through-universities/the-law-clinic-transformation-law> (31.7.2023).

21 Siehe *Feichtner*, The Law Clinic Transformation Law, <https://thenew.institute>.

22 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>13</sup> (2022) Rz 63.

23 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>13</sup> Rz 77 f.

24 VfSlg 5831/1968, 5966/1969.

25 *Merli*, Hat das öffentliche Wirtschaftsrecht ein System und leitende Prinzipien? *ÖZW* 2015, 32.

26 *Tb. Müller*, Wettbewerbsrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, *ÖZW* 2015, 97.

27 Siehe *Rebhahn/Pfalz*, Verteilungsgerechtigkeit im Sozialrecht, in *Baumgartner* ua, Verteilungsgerechtigkeit im Recht (2017) 339 (364 f); siehe aber zu Ausprägungen des Sozialstaats auf einfachengesetzlicher Ebene ebenda.

Der VfGH und der VwGH haben sich mehrmals mit dem Staatsziel umfassender Umweltschutz bzw Nachhaltigkeit<sup>28</sup> beschäftigt.<sup>29</sup> In seiner Entscheidung zur dritten Piste am Flughafen Wien hat der VfGH ausdrücklich auf seine lange Tradition Bezug genommen, das BVG Umweltschutz zur Prüfung von Gesetzen und Verordnungen heranzuziehen.<sup>30</sup> Der VfGH betonte dabei, dass aus diesem Staatsziel kein absoluter Vorrang von Umweltschutzinteressen gegenüber anderen Entscheidungskriterien abgeleitet werden könne, die die Verwaltung zu beachten habe.<sup>31</sup> Vor dem Hintergrund dieses Erk verbleibt derzeit normativ nicht viel vom BVG Nachhaltigkeit.<sup>32</sup> Es stellt weder ein verfassungsrechtliches Grundprinzip im Sinne des Art 44 Abs 3 B-VG noch eine Kompetenzbestimmung dar, es begründet weder ein Grundrecht auf Umweltschutz noch schafft es unmittelbar anwendbares Recht.<sup>33</sup>

Insoweit ist auch zu allererst der Verfassungsgesetzgeber selbst gefordert Weichen zu stellen, wofür es – im Lichte nationaler, europäischer, internationaler und transnationaler Entwicklungen – umfangreiche Möglichkeiten gibt.<sup>34</sup> Ausgehend von einer wesentlich stärkeren Verankerung eines öko-sozialen Verfassungsprinzips über kompetenzrechtliche Weichenstellungen und die institutionelle Stärkung durch Einrichtung bestimmter Organe bis hin zur Erweiterung und Vertiefung der Grundrechte stehen bereits auf verfassungsrechtlicher Ebene vielfältige Konzepte zur Verfügung.

---

28 Siehe *Lachmayer*, Der Schutz zukünftiger Generationen in Österreich. Möglichkeiten der Institutionalisierung, RdU 2016, 137; das BVG über die Nachhaltigkeit, den Tierschutz, den umfassenden Umweltschutz, die Sicherstellung der Wasser- und Lebensmittelversorgung und die Forschung, BGBl I 2013/111 idF BGBl I 2019/02, verankert die im Titel genannten Staatsziele als Bekenntnisse der Republik Österreich (Bund, Länder, Gemeinden), Vorläufer war das BVG über den umfassenden Umweltschutz, BGBl 1984/491; siehe auch *Sander/Schlatter*, Das Bundesverfassungsgesetz über die Nachhaltigkeit, den Tierschutz, den umfassenden Umweltschutz, die Sicherstellung der Wasser- und Lebensmittelversorgung und die Forschung, in *Baumgartner*, Jahrbuch Öffentliches Recht 2014 (2014) 235.

29 Siehe etwa VfSlg 11.990/1989, 12.009/1989, 12.485/1990, 12.486/1990, 13.102/1992, 13.718/1994, 14.551/1996, 19.584/2011; siehe auch VwSlg 14.323 A/1995: „Durch das Bundesverfassungsgesetz über den umfassenden Umweltschutz, BGBl 1984/491, hat der Verfassungsgesetzgeber dem Umweltschutz einen besonderen Stellenwert verliehen“.

30 VfSlg 20.185/2017, Rz 206.

31 VfSlg 20.185/2017, Rz 206.

32 Siehe demgegenüber das dt BVerfG 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, das die Staatszielbestimmung des Art 20a GG normativ auflud.

33 *Raschauer N./Ennöckl*, Umweltrecht Allgemeiner Teil, in *Ennöckl/N. Raschauer/Wessely*, Handbuch Umweltrecht<sup>3</sup> (2019) 19; *Schmelz*, Der VfGH zur dritten Piste – Klimaschutz im Widerspruch zu Rechtsstaat und Demokratie? ZVG 2017, 292; aA *Kirchmair/Krempelmeier*, Das Klimaschutzprinzip im BVG Nachhaltigkeit: Ein schlafender Riese – Zur Verfassungswidrigkeit klimaschädlicher Gesetze in Österreich, JRP 2023, 74.

34 So legte *Kersten* 2022 mit „Das ökologische Grundgesetz“ einen umfassenden Vorschlag zur Ökologisierung der deutschen Verfassungsordnung vor. Siehe auch *Bosselmann*, Im Namen der Natur. Der Weg zum ökologischen Rechtsstaat (1992); *Steinberg*, Der ökologische Verfassungsstaat (1998); *Kloepfer*, Langzeitverantwortung im Umweltstaat (1993); *Appel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge – Zum Wandel der Dogmatik des Öffentlichen Rechts am Beispiel des Konzepts der nachhaltigen Entwicklung im Umweltrecht (2005); *W. Kahl*, Nachhaltigkeitsverfassung – Reformüberlegungen (2018); *Boysen*, Die postkoloniale Konstellation: Natürliche Ressourcen und das Völkerrecht der Moderne (2021); *Fischer-Lescano*, Natur als Rechtsperson. Konstellationen der Stellvertretung im Recht (2018); *Gutmann*, Hybride Rechtssubjektivität. Die Rechte der „Natur oder Pacha Mama“ in der ecuadorianischen Verfassung von 2008 (2021); *Calliess*, Vorsorgeprinzip, planetare Grenzen und Climate Engineering (2022).

In Hinblick auf bestehendes Verfassungsrecht bieten sich dem VfGH insbesondere im Rahmen grundrechtlicher Auslegung wie etwa des Gleichheitssatzes, anderer klassischer Grundrechte oder von Kinderrechten<sup>35</sup> Möglichkeiten einer stärkeren sozial-ökologischen Interpretation, die aber ohne Initiative des Verfassungsgesetzgebers sehr beschränkt bleiben. So hat der VfGH im Jahr 2020 einen Individualantrag zur Prüfung der steuerlichen Begünstigungen des Luftverkehrs wegen fehlender Antragslegitimation zurückgewiesen.<sup>36</sup> Im Juni 2023 erfolgte die Zurückweisung eines von 12 Kindern eingebrachten Antrags zum Klimaschutzgesetz.<sup>37</sup> Auch den Antrag eines Rechtsanwaltes, § 3 Klimaschutzgesetz aufzuheben, der sich mit der Festlegung von Vorgaben bei Treibhausgasemissionen außerhalb des EU-Emissionshandels auseinandersetzt, wies der VfGH<sup>38</sup> als unzulässig zurück.

## 2.2. Verwaltungsrechtliche Möglichkeiten

### 2.2.1. Allgemeines

Unterhalb des Verfassungsrechts können aber auch zahlreiche verwaltungsrechtliche Rechtsgebiete zu einer sozio-ökologischen Transformation in vielfältiger Weise beitragen. An dieser Stelle kann keine umfassende Potentialanalyse erfolgen. Es sollen, im Gegenteil, nur exemplarisch einige zentrale Bereiche angerissen und die diesbezüglichen Möglichkeiten thematisiert werden. Diese beziehen sich auf das Steuerrecht, das Verkehrsrecht, und das Raumordnungsrecht.<sup>39</sup> In all diesen Bereichen besteht aus ökologischer Sicht Handlungsbedarf, wobei der Dimension sozialer (Un-)Gleichheit eine besondere Bedeutung zukommt.

---

35 Siehe etwa *Fister*, Intertemporale und intergenerationelle Grundrechtswirkungen – Am Beispiel des Klimaschutzrechts, JRP 2022, 460.

36 VfGH 30.9.2020, G 144-145/2020; die Antragsteller\*innen wollten die Aufhebung der steuerlichen Begünstigungen von Luftverkehrsunternehmen bewirken, da diese das weniger klimaschädliche Verkehrsmittel Bahn benachteiligen würden. Sie beriefen sich auf Art 2 (Recht auf Leben) und Art 8 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) EMRK, die korrespondierenden Art 2 und Art 7 GRC und die daraus ableitbaren Schutzpflichten des Staates.

37 VfGH 27.6.2023, G 123/2023; die Kinder hatten vorgebracht, das Klimaschutzgesetz verpflichte lediglich zur Verhandlung über Maßnahmen zur Treibhausgasreduktion und nicht dazu, Ergebnisse zu erzielen. Dadurch habe der Gesetzgeber seine auch aus Art 1 BVG über die Rechte von Kindern folgende Pflicht verletzt, für den Schutz der Antragsteller\*innen vor schwerwiegenden Beeinträchtigungen durch den Klimawandel zu sorgen und auf eine über die Generationen hinweg gerechte Lastenverteilung Bedacht zu nehmen. Der VfGH qualifizierte den Antrag als zu eng gefasst, weil er nur Teile des Klimaschutzgesetzes betraf. Siehe in diesem Heft *Gstöttner/Habnenkamp*, Bleibt die Antragslegitimation Türhüter für Klimaklagen? jurdikum 2023, 277.

38 VfGH 27.6.2023, G 139/2021; der Rechtsanwalt führte aus, dass zukünftig notwendige dramatische Klimaschutzmaßnahmen seine Erwerbsfreiheit, sein Recht auf Eigentum und auf Achtung des Privatlebens einschränken würden. Für den VfGH war entscheidend, dass er nicht dargelegt hatte, welche der Maßnahmen in welche grundrechtlich geschützte Position eingreifen würden.

39 Siehe dazu etwa *Marhold/Schranz/Weinberger*, juridikum 2022, 110. Andere zentrale Bereiche stellen etwa das Energierecht oder das Vergaberecht dar; siehe dazu etwa *Heid/Hofbauer*, Die Nachhaltigkeit in der öffentlichen Vergabe: Das Green Public Procurement, RPA 2021, 6.

### 2.2.2. Ökosoziale Steuerreform

Ein zentraler Schritt einer sozio-ökologischen Transformation besteht in einer ökosozialen Steuerreform. Dabei werden in Hinblick auf die Klimawende jene finanziell belastet, die aufgrund erhöhten Verbrauchs wesentlich zum Klimawandel beitragen und gleichzeitig aufgrund der erhöhten Steuereinnahmen diejenigen unterstützt, die sich die notwendigen Klimaschutzmaßnahmen finanziell nicht selbst leisten können.<sup>40</sup> Die ökosoziale Steuerreform in Österreich<sup>41</sup> betrifft ein System jährlich steigender CO<sub>2</sub>-Bepreisung bei gleichzeitiger Entlastung von Geringverdiener\*innen, darüber hinaus ua einen Investitionsfreibetrag (IFB) mit Öko-Zuschlag, eine steuerfreie Gewinnbeteiligung von Arbeitnehmer\*innen oder die Besteuerung von Einkünften aus Kryptowährungen. Ebenso findet sich ein Abzug von privaten Ausgaben zur thermisch-energetischen Sanierung von Gebäuden.<sup>42</sup>

Der beschrittene Weg der ökosozialen Steuerreform zeigt erste Möglichkeiten einer Transformation des österreichischen Steuerrechts, das in vielen anderen Bereichen, wie dem Mobilitätssektor oder im Bereich der Bodennutzung, ebenso verstärkt Anwendung finden könnte. Entscheidend ist dabei, dass innerhalb der steuernden und umverteilenden Wirkung des Steuerrechts auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und die Dimension des mehr oder weniger ökologisch belastenden Verhaltens Rücksicht zu nehmen ist, damit es zu einer progressiven Besteuerung kommt bei gleichzeitiger Entlastung der unteren Einkommenschichten im Rahmen der Klima- und Energiewende.

### 2.2.3. Mobilitätswende im Verkehrsrecht

Das Verkehrs- und Mobilitätsrecht steht ebenso im Zentrum einer Klimawende. Das sich im letzten Jahrhundert entwickelte Mobilitätsverhalten stand primär unter dem Anspruch der Ermöglichung maximaler Mobilität, wobei die Erhöhung des Individualverkehrs mit hohen Ressourcen verbunden war. Verantwortungsvolle und nachhaltige Mobilität war keine Priorität. Eine Mobilitätswende verlangt daher nach alternativen Verkehrskonzepten, die sich auch beim forcierten Ausbau öffentlicher Verkehrsmittel niederschlägt. Ein sozial formulierbares Recht auf Mobilität<sup>43</sup> steht einer stärkeren Nachhaltigkeit des Verkehrs nicht entgegen.

---

40 Siehe *Marhold/Schranz/Weinberger*, *juridikum* 2022, 111 f.

41 Siehe das Ökosoziale Steuerreformgesetz 2022 – ÖkoStRefG 2022 BGBl I 2022/10, BGBl I 2022/12 sowie das Klimabonusgesetz BGBl I 2022/11; als Teil des Pakets findet sich das Nationale Emissionszertifikatehandelsgesetz 2022, mit dem die stufenweise Einführung eines nationalen Handelssystems mit Treibhausgasemissionszertifikaten vorgesehen wird.

42 Siehe einen Überblick dazu bei *Mayr*, *Die Ökosoziale Steuerreform*, RdW 2022, 122; kritisch zur Reform siehe *Marhold/Schranz/Weinberger*, *juridikum* 2022, 111 f.

43 Darüber hinaus gehend kann ein Recht auf Zugang zur Natur formuliert werden. Siehe *Pechtl*, *Freier Zugang zur Natur. Die Landschaftsnutzung im Zuge der Ausübung von Freizeitaktivitäten aus rechtlicher Sicht* (2022) 234 ff.

So sieht etwa der *Mobilitätsmasterplan* des Bundesministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie (BMK)<sup>44</sup> ein Konzept der „Verkehrsvermeidung, Verkehrsverlagerung und Effizienzverbesserung“ vor. Maßnahmen betreffen dabei ein neues Verständnis im Umgang mit dem Neubau von Straßen<sup>45</sup> und die stärkere straßenpolizeiliche Steuerung von Verkehr zugunsten nachhaltigen öffentlichen Verkehrs. Die 33. StVO-Novelle<sup>46</sup> zeigte etwa auf, wie die Stärkung des Fahrradverkehrs bestehende Prioritätensetzungen zu Gunsten von Kfz schrittweise verändern kann, um über Aspekte der Verkehrssicherheit hinaus auch zur Ökologisierung des Straßenpolizeirechts beizutragen.<sup>47</sup>

Aus sozial-ökologischer Sicht besteht die Notwendigkeit eines stärkeren Eingriffs in jene Mobilitätsformen, die ohnedies bzw primär jenen Personen zur Verfügung stehen, die über mehr finanzielle Mittel verfügen. Diesbezüglich sind Formen stärkerer Reglementierung des Flugverkehrs zu nennen. Die isolierte Förderung der Elektrifizierung des Individualverkehrs erweist sich weder als sozial noch als ökologisch sinnvoll.<sup>48</sup> Es bedarf vielmehr einer Reduktion des Individualverkehrs und des Ausbaus von sharing-Möglichkeiten, die durch entsprechende rechtliche Maßnahmen zu erreichen sind.

#### 2.2.4. Raumordnungsrecht

Das Thema Bodenversiegelung ist insbesondere in Österreich von besonderer Relevanz.<sup>49</sup> Aus juristischer Sicht steht dabei das Raumordnungsrecht im Zentrum. Die Zersiedelung von Gemeinden, etwa durch Ansiedelung von Einkaufszentren an Stadt- und Gemeindegrenzen, führt dabei nicht nur zur Bodenversiegelung, sondern auch zu einem erhöhten Mobilitätsverhalten samt Abhängigkeit von Kfz. Permanenter Neubau anstatt der Sanierung des vorhandenen Wohnbestandes sowie die Leerstände vorhandener Wohnkapazitäten tragen zur Verschlechterung der Situation bei. Die soziale Dimension spiegelt

---

44 Siehe *BMK*, *Mobilitätsmasterplan 2030 für Österreich. Der neue Klimaschutz-Rahmen für den Verkehrssektor. Nachhaltig – resilient – digital* (2021) <https://www.bmk.gv.at/themen/mobilitaet/mobilitaetsmasterplan/mmp2030.html> (31.7.2023). Der halbseitige rechtliche Rahmen des Mobilitätsmasterplans bietet diesbezüglich keine Anhaltspunkte.

45 Siehe dazu nur die Debatte um den Lobautunnel, etwa *Damjanovic*, *Lobautunnel – rechtswidriger Baustopp oder sachentsprechende Entscheidung angesichts geänderter Voraussetzungen?* ÖZW 2021, 146; *Lachmayer/L. Wieser*, *Rechtliche Rahmenbedingungen der ministeriellen Weisungserteilung an die ASFINAG. Weiterführende Überlegungen zu Weisungsmöglichkeiten der BMK*, in *Baumgartner*, *Jahrbuch Öffentliches Recht 2022* (2022) 263; *Wieser*, „Baustopp“ für die ASFINAG, ZVR 2023, 52.

46 BGBl I 2022/122.

47 Siehe einen Überblick bei *Pepelnik*, *Ausgewählte Aspekte der 33. StVO-Nov.*, ZVR 2023, 94.

48 Siehe etwa *Kalt*, *E-Mobilität auf Kosten anderer?* in *Brunnengrüber/Haas*, *Baustelle Elektromobilität* (2020) 307; *Prause/Dietz*, *Die sozial-ökologischen Folgen der E-Mobilität*, in *Brunnengrüber/Haas*, *Baustelle Elektromobilität* (2020) 329.

49 Siehe etwa *Häusler*, *Raumentwicklung und Bodenschutz in den jüngsten Novellen der Landesgesetzgeber (Teil I)*, RdU 2021, 117; *dies*, *Raumentwicklung und Bodenschutz in den jüngsten Novellen der Landesgesetzgeber (Teil II)*, RdU 2021, 161.

sich dabei etwa iZm der Errichtung neuer Einfamilienhäuser wider, die auch aus ökologischer Sicht kein Zukunftskonzept darstellen.<sup>50</sup>

Im Raumordnungsrecht<sup>51</sup> sind Bund, Länder und Gemeinden gleichermaßen gefordert, wie im Juni 2023 das Scheitern der Verhandlungen zur österreichweiten Bodenschutzstrategie für sparsameren Flächenverbrauch mit Zielpfad zur Reduktion des Flächenverbrauchs im Rahmen der ÖROK erneut gezeigt hat. Inwieweit – in Betracht der komplexen klima- und umweltrechtlichen Situation im Sinne der Nachhaltigkeit – weiterhin die Eignung der Gemeinden gem Art 118 Abs 3 Z 9 B-VG besteht das örtliche Raumplanungsrecht zu vollziehen, muss hinterfragt werden.<sup>52</sup> Damit sind die inhaltlichen Probleme des bestehenden Rechtsbestandes aber nicht gelöst. Die konkrete bundes- und landesgesetzliche Ausgestaltung des Raumordnungsrechts bedarf aus dem Blickwinkel einer sozio-ökologischen Transformation jedenfalls einer grundlegenden Reform.

### 2.3. Effektivierung der Transformation

Die Bandbreite und der Aktionsradius sind groß, um eine sozial-ökologische Transformation auf öffentlich-rechtlicher Ebene anzustoßen. Dabei zeigt sich, dass unterschiedliche verwaltungsrechtliche Rechtsbereiche, wie etwa das Steuerrecht, das Verkehrsrecht und das Raumordnungsrecht zusammenspielen. Eine Mobilitätswende ist nicht nur aus verkehrsrechtlicher, sondern auch aus steuerrechtlicher und raumordnungsrechtlicher Sicht möglich. Eine Änderung des Raumordnungsrechts verlangt andere Mobilitätskonzepte. Eine rechtskonzeptionelle Betrachtungsweise, die *de lege ferenda* rechtswissenschaftliche Vorschläge auf Basis des bestehenden Rechtsrahmens entwickelt, gebietet es, transformative Konzepte umfassend in bestehende Rechtsstrukturen zu integrieren, um auf diese Weise rechtliche Effektivität gewährleisten zu können. Anstöße aus dem Unionsrecht gäbe es diesbezüglich zahlreiche,<sup>53</sup> diese abzuwarten bzw nur diese umzusetzen wäre aber keine ausreichende Vorgangsweise,<sup>54</sup> da aufgrund der unionsrechtlichen Kom-

50 Zu gebäudebezogenem Klimaschutzrecht siehe *Wagner*, *juridikum* 2023, 113 ff.

51 Zur Bedeutung des Planungsrechts siehe *Damjanovic*, *Renaissance des Planungsrechts*, *juridikum* 2023, 66.

52 *Giese* in *Kahl/Khazkadeh/Schmidt*, *Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2021)* Art 118 Rz 3 hält fest: „Einschränkungen des eigenen Wirkungsbereiches aufgrund einer Änderung der Interessenlagen sind nicht von vorneherein auszuschließen [...] Hierfür müssen sich aber faktische Umstände geändert haben (vgl zB zu den geänderten personellen und technischen Erfordernissen für ein modernes Rettungswesen die RV 318/09 zum Tir RettungsdienstG 2009, LGBl 2009/69).“ Diese Situation ist in Hinblick auf den Klimawandel und die damit verbundene Expertise zur Einschätzung der raumplanerischen Situation gegeben.

53 Siehe ua *Maaß*, *Der Europäische Green Deal als Grundlage nachhaltigen Klimaschutzes*, NR 2022, 18; *Madner/Hollaus*, *Ein neuer Aktionsplan für die Kreislaufwirtschaft „Für ein saubereres und wettbewerbsfähigeres Europa“*, RdU 2020, 112; *Falke*, *Neue Entwicklungen im Europäischen Umweltrecht*, ZUR 2022, 507; *Calliess*, *Umweltrecht und Klimarecht der Europäischen Union (EU) – Kompetenzen, Leitprinzipien und Regelungsstrategien im europäischen Umweltverbund*, *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht 2022*, 8; *Nimmerfall*, *Fit-for-55: Das neue Klimapakete der Europäischen Kommission*, RdW 2021, 417.

54 Siehe auch *Schneider*, *Verfassungs- und europarechtliche Grundlagen und Schranken einer österreichischen Klimaschutzpolitik*, ÖZW 2021, 95; *Saurer*, *Klimaschutz global, europäisch, national – was ist rechtlich verbindlich?* NVwZ 2017, 1574.

petenzen und Schwerpunktsetzungen nur teilweise klimaschutzrelevante Impulse für die innerstaatliche Rechtsordnung erfolgen.

### 3. Schlussfolgerungen

Die sozio-ökologische Transformation der Gesellschaft ist unausweichlich, um die Bedrohungen durch Klimawandel, Biodiversitätsverlust und Ressourcenverbrauch noch in einem schadenmindernden Modus verkraften zu können. Je länger die entsprechende Transformation ausbleibt, umso dramatischer werden die gesellschaftlichen Folgen sein. Die Verantwortung des Staates und der Gesellschaft in einer Demokratie diese Transformation voranzutreiben ist enorm.<sup>55</sup> Das Recht kann einen entscheidenden Beitrag zur gesellschaftlichen Umsetzung leisten.

Wie gezeigt, gibt es ein breites Anwendungs- und Betätigungsfeld für das öffentliche Recht, durch konkrete Maßnahmen und Reformen zur sozial-ökologischen Transformation beizutragen. Deren Umsetzung hängt aber davon ab, dauerhaft die demokratische Mehrheit zu gewinnen. Dies setzt aber voraus, dass auch mehr als 50% der Gesellschaft erkennt, dass derartige Maßnahmen sowohl kurz- als auch langfristig zu ihrem Vorteil dienen. In diesem Sinne bedarf eine ökologische Reform auch der Berücksichtigung der sozialen Dimension, die es erst ermöglicht auch weiterhin auf demokratischer Basis die notwendige Transformation zu erreichen.

Dr. Konrad Lachmayer ist Professor für Öffentliches Recht und Europarecht an der Sigmund Freud PrivatUniversität; [konrad.lachmayer@jus.sfu.ac.at](mailto:konrad.lachmayer@jus.sfu.ac.at)

Dr. Christoph Müller lehrt im WU-Programm Zukunftsfähiges Wirtschaften für Jurist\*innen sowie EU-Recht an der Sigmund Freud PrivatUniversität; [mail@christophmueller.at](mailto:mail@christophmueller.at)

---

55 Siehe grundlegend *Heidenreich*, Nachhaltigkeit und Demokratie – Eine politische Theorie (2023).

# Verordnete Beschleunigung beim Erneuerbaren-Ausbau

Eine Analyse der VO (EU) 2022/2577

Nikolaus Handig

---

## 1. Einleitung

Ihr Ziel trägt die VO zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien<sup>1</sup> (im Folgenden: BeschleunigungsVO<sup>2</sup>) bereits im Namen. Durch einen raschen Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien sollten nach der Absicht des europäischen Gesetzgebers in erster Linie die Auswirkungen der Energiekrise abgefedert werden, die der Angriffskrieg Russlands gegen die Ukraine ausgelöst hat.<sup>3</sup> Aber der Erneuerbaren-Ausbau ist auch unentbehrlich für die Energiewende, einen zentralen Pfeiler der unionalen Klimaschutzpolitik.<sup>4</sup>

Um zu einem beschleunigten Erneuerbaren-Ausbau beizutragen, legt die VO laut Eigendefinition „vorübergehende Notfallvorschriften“ fest.<sup>5</sup> Sie hat zwei Stoßrichtungen: Allgemeine Regelungen gelten für sämtliche Verfahren zur Genehmigungserteilung für die Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen, besondere Bestimmungen fokussieren sich auf bestimmte Technologien. Die BeschleunigungsVO ist am 30. Dezember 2022 in Kraft getreten und gilt für insgesamt eineinhalb Jahre.

## 2. Kompetenz, Notfall und Normalfall

Rechtsgrundlage für den Erlass der BeschleunigungsVO war Art 122 Abs 1 AEUV. Dieser erlaubt es dem Rat, auf Vorschlag der EK – ohne Beteiligung des EP – „die der Wirtschaftslage angemessenen Maßnahmen [zu] beschließen, insbesondere falls gravierende

---

1 VO (EU) 2022/2577 des Rates v 22.12.2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien, ABl L 2022/335, 36.

2 Die VO wird mit verschiedenen Abkürzungen bedacht, mitunter als EU-Notfall-VO oder EU-Beschleunigungs-VO bezeichnet; siehe dazu bereits *Bergthaler*, Gut für Nordwind-Energie: Die EU-Beschleunigungs-VO wirkt! RdU-U&T 2023/1, 2 FN 2. Ein „EU“ im Titel erübrigt sich allerdings ob der Rechtsaktbezeichnung „VO“; der bloßen Bezeichnung als „Notfall-VO“ fehlt die Spezifikation, weil es auch andere auf Notfallkompetenzen gestützte VO gibt (siehe nur jüngst die VO [EU] 2022/1369 des Rates v 5.8.2022 über koordinierte Maßnahmen zur Senkung der Gasnachfrage, ABl L 2022/206, 1).

3 ErwGr 1 ff BeschleunigungsVO.

4 Vgl Mitteilung der EK, Der europäische Grüne Deal, COM (2019) 640 final 6 ff.

5 Art 1 UAbs 1 BeschleunigungsVO.

Schwierigkeiten in der Versorgung mit bestimmten Waren, vor allem im Energiebereich, auftreten.“ Die Bestimmung ist Teil der europäischen Notstandsverfassung<sup>6</sup> und enthält eine Befugnis zum Krisenmanagement im Ausnahmefall.<sup>7</sup> Sie räumt dem Rat weites Ermessen ein, einerseits bei der Beurteilung, ob ein Krisenfall vorliegt, und andererseits bei der Wahl der Maßnahmen zur Reaktion auf denselben.<sup>8</sup>

Dass Art 122 Abs 1 AEUV die „Versorgung mit Waren [...] im Energiebereich“ als ausdrückliches Beispiel vorsieht, lässt ihn als prädestinierte Grundlage zur Bekämpfung der vorliegenden Energiekrise erscheinen. Dennoch gibt es mitunter Zweifel an der Kompetenzkonformität der BeschleunigungsVO. Auch deshalb haben die beiden Umwelt-NGOs „Ökobüro – Allianz der Umweltbewegung“ und „CEE Bankwatch Network“ gemeinsam einen Antrag<sup>9</sup> auf interne Überprüfung der VO gem Art 10 Aarhus-VO<sup>10</sup> an den Rat gestellt. Darin argumentieren sie ua, dass die beschlossenen Bestimmungen nicht auf Art 122 Abs 1 AEUV gestützt werden hätten dürfen, sondern vielmehr die Umweltrechtskompetenz nach Art 192 AEUV und das ordentliche Gesetzgebungsverfahren unter Beteiligung des EP anzuwenden gewesen wären. Die Notfallkompetenz erlaube nur ökonomische Maßnahmen, aber keine mit Auswirkungen auf das Umweltrecht der Union, wie es hier der Fall sei. Außerdem sei die für Maßnahmen gem Art 122 Abs 1 AEUV notwendige Einstweiligkeit nicht gegeben, weil die BeschleunigungsVO zur Genehmigung von Anlagen führen könne, die dann auf Jahrzehnte bestünden. In seiner Antwort<sup>11</sup> hat der Rat die vorgebrachten Argumente als unzulässig bzw unzutreffend qualifiziert. Die Antwort des Rates auf den Überprüfungsantrag und die dort vorgebrachten Argumente kann hier nicht ausführlich behandelt werden. Wichtig ist jedoch, dass für die Beurteilung der Kompetenzkonformität bzw -widrigkeit des Rechtsakts auf den Zeitpunkt seiner Erlassung abzustellen ist. In Anbetracht der zu dieser Zeit gegebenen und sich noch abzeichnenden Energiekrise, des weiten Ermessensspielraums des Rates und der zeitlich beschränkten Geltung – unabhängig von den länger andauernden Wirkungen – der VO war die Inanspruchnahme von Art 122 Abs 1 AEUV mE primärrechtskonform.<sup>12</sup>

6 Darunter sind primärrechtliche Normen zu verstehen, die in Ausnahmezuständen eine rasche Abwehr akuter Gefahren ermöglichen sollen. Zur Notstandsverfassung zu zählen ist etwa auch Art 347 AEUV, der ua auf den Fall einer „schwerwiegenden innerstaatlichen Störung der öffentlichen Ordnung“ sowie auf den „Kriegsfall“ abstellt.

7 *Tb. Müller in Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV Art 122 AEUV Rz 1 und 6 (Stand 1.9.2020, rdb.at); *Bandilla in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union Art 122 AEUV Rz 9 (44. Lfg 2011).

8 *Tb. Müller in Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV Art 122 AEUV Rz 9.

9 *CEE Bankwatch Network/Ökobüro – Allianz der Umweltbewegung*, Request for Internal Review under Title IV of the Aarhus Regulation, [www.bankwatch.org/wp-content/uploads/2023/03/Request-for-an-Internal-Review-of-Council-Regulation-EU-2022\\_2577-of-22-December-2022\\_consolidated.pdf](http://www.bankwatch.org/wp-content/uploads/2023/03/Request-for-an-Internal-Review-of-Council-Regulation-EU-2022_2577-of-22-December-2022_consolidated.pdf) (29.6.2023).

10 VO (EG) 1367/2006 des EP und des Rates v 6.9.2006 über die Anwendung der Bestimmungen des Übereinkommens von Århus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten auf Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft, ABl L 2006/264, 13.

11 *Rat*, Antwort auf die Anträge auf interne Überprüfung, 10026/23, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10026-2023-INIT/en/pdf> (20.7.2023).

12 Für die Kompetenzkonformität der Erlassung der BeschleunigungsVO ausgesprochen hat sich auch *Tb. Müller* bei der durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Innsbruck veranstalteten Online-Tagung „Erneuerbare auf der Überholspur: EU-Notfallverordnung, Erneuerbare Energien-Ausbau-Gesetz, UVP-G-Novelle 2023“ am 27.4.2023.

Eine Verlängerung der Anwendbarkeit der BeschleunigungsVO, etwa um weitere eineinhalb Jahre, wäre allerdings allein aufgrund des weiteren Ausschlusses des EP vom Rechtssetzungsverfahren problematisch. Darüber hinaus müsste sich die VO den Vorwurf gefallen lassen, dass sie keine „angemessenen Maßnahmen“ für die Notfallsituation bietet, wenn die Situation nach 18 Monaten immer noch besteht. Überhaupt stellt sich die Frage, wann ein Notfall zum Normalfall wird: Wie lange muss die Energiekrise dauern, um nicht mehr von einer Krise, sondern einer neuen Realität zu sprechen? Liegt kein Ausnahmezustand mehr vor, kann die BeschleunigungsVO nicht verlängert werden. Daran ändert auch die in der VO ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit, dass die EK die Verlängerung der Geltungsdauer des Rechtsakts vorschlagen kann,<sup>13</sup> nichts. Die entsprechende Bestimmung erübrigt sich insofern, als die Verlängerungsmöglichkeit ohnehin bestünde und jedenfalls eines erneuten Rechtssetzungsverfahrens gem Art 122 Abs 1 AEUV bedürfte.

### 3. Zeitlicher Anwendungsbereich

Die BeschleunigungsVO begrenzt ihren Geltungszeitraum mit 18 Monaten.<sup>14</sup> Hinter dieser zeitlichen Beschränkung stehen mutmaßlich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz<sup>15</sup> sowie die Überlegung, dass bis zum Ende der eineinhalb Jahre eine weitere Änderung der Erneuerbare-Energien-RL<sup>16</sup> (EE-RL) beschlossen und in Kraft getreten sein sollte, die ähnliche Ziele verfolgt und Regelungen nutzt wie die BeschleunigungsVO.<sup>17</sup>

Die VO gilt für alle Verfahren, deren Beginn innerhalb ihrer Geltungsdauer liegt,<sup>18</sup> womit auf das Datum des Antrags auf Genehmigungserteilung abgestellt wird. Stichtag ist damit grundsätzlich der 30. Dezember 2022, weil die VO an diesem Datum in Kraft getreten ist. Allerdings besteht die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, den Anwendungsbereich der VO auch auf laufende Verfahren zu erweitern: Die Voraussetzungen einer solchen Ausdehnung des zeitlichen Anwendungsbereichs sind, dass erstens noch keine endgültige Entscheidung ergangen ist, zweitens eine Verfahrensverkürzung bewirkt wird und drittens „bereits bestehende Rechte Dritter gewahrt werden“.<sup>19</sup> Es können die ganze VO oder auch nur einzelne Bestimmungen in laufenden Verfahren für anwendbar erklärt werden. Dieser Möglichkeit kommt deshalb Bedeutung zu, weil der Erneuerbaren-

13 Siehe dazu Art 9 BeschleunigungsVO.

14 Art 10 BeschleunigungsVO.

15 ISd Art 5 Abs 4 EUV, wonach Maßnahmen der Union nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinausgehen. Siehe ErwGr 24 BeschleunigungsVO.

16 RL (EU) 2018/2001 des EP und des Rates v 11.12.2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, ABl L 2018/328, 82.

17 So *Schlacke/Thierjung*, Krisenbewältigung durch EU-Ratsverordnung zur Beschleunigung des Ausbaus erneuerbarer Energien: Überbrückung durch Notfallrecht, EnK-Aktuell 2023, 01011. Siehe dazu den entsprechenden Vorschlag der EK: COM (2022) 222 final 20 ff.

18 Art 1 UAbs 2 BeschleunigungsVO.

19 Art 1 UAbs 3 BeschleunigungsVO.

Ausbau freilich nicht erst am 30. Dezember 2022 begonnen hat, sondern zahlreiche Verfahren für einschlägige Projekte zu diesem Zeitpunkt bereits anhängig waren.

Die Ausdehnung des zeitlichen Anwendungsbereichs der VO erweist sich als nicht unkompliziert. Denn es obliegt jenem nationalen Gesetzgeber, der für die betroffene Materie zuständig ist, die Verordnungsbestimmung(en) in seinem Kompetenzbereich auf laufende Verfahren für anwendbar zu erklären.<sup>20</sup> Daher ist zB für die Anwendung von Art 3 Abs 1 BeschleunigungsVO in bereits laufenden Naturschutzverfahren der jeweilige Landesgesetzgeber, für seine Anwendung in wasserrechtlichen Verfahren dagegen der Bundesgesetzgeber zuständig. Um Stückwerk zu vermeiden, böte sich eine einheitliche Lösung an, die für Österreich etwa im geplanten Erneuerbaren-Ausbau-Beschleunigungsgesetz (EABG) vorgesehen werden könnte. Dessen Eckpunkte hat die Bundesregierung zwar schon im Jänner 2023 fixiert,<sup>21</sup> ein Entwurf oder gar Gesetz lag jedoch jedenfalls bis Anfang Juni 2023 (dem Redaktionsschluss für diesen Beitrag) nicht vor. Ein praktisches Hindernis beim Beschluss dieses Gesetzes könnten die erforderlichen Verfassungsmehrheiten in NR und BR sein, die nicht nur für Teile der zeitlichen Ausdehnung der BeschleunigungsVO,<sup>22</sup> sondern auch für andere Inhalte des EABG – insb den One-stop-shop<sup>23</sup> mit Konzentration sämtlicher relevanter Bundes- und Landesgesetze – notwendig wären. Im Übrigen unterläge der Gebrauch der in der VO vorgesehenen Möglichkeiten, ihren Anwendungsbereich zu beschränken, ähnlichen Hürden wie die Ausdehnung ihrer zeitlichen Anwendbarkeit.

#### 4. Instrumente im Einzelnen

Die BeschleunigungsVO knüpft begrifflich an die EE-RL an.<sup>24</sup> Unter jenen erneuerbaren Energien, deren Nutzung vorangetrieben werden soll, ist deshalb „Energie aus erneuerbaren, nichtfossilen Energiequellen, das heißt Wind, Sonne (Solarthermie und Photovoltaik), geothermische Energie, Umgebungsenergie, Gezeiten-, Wellen- und sonstige Meeresenergie, Wasserkraft, und Energie aus Biomasse, Deponiegas, Klärgas und Biogas“ zu

---

20 Vgl *Bußjäger*, EU-Notfallverordnung und nationales Anlagenrecht, NR 2023, 146 (147). AA ist *Berl*, Die EU-Beschleunigungs-VO und ihre Auswirkungen auf Genehmigungsverfahren, ÖZW 2023, 13 (14), für den „kein Zweifel [daran besteht], dass die allgemeinen Bestimmungen der EU-Beschleunigungs-VO – wie insbesondere die widerlegbare Vermutung, wonach Projekte im Bereich der erneuerbaren Energien von überwiegendem öffentlichen Interesse sind und der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit iSd einschlägigen Rechtsvorschriften der Union im Bereich Umwelt dienen – auch auf anhängige Genehmigungsverfahren bzw Vorhaben anzuwenden sind“.

21 *BMK/BMAW*, Ministerratsvortrag 11.1.2023, 43a/16, Erneuerbaren-Ausbau-Beschleunigungsgesetz („EABG“), [www.bundeskanzleramt.gv.at/medien/ministerraete/ministerraete-seit-dezember-2021/ulb-43a-11-jan.html](http://www.bundeskanzleramt.gv.at/medien/ministerraete/ministerraete-seit-dezember-2021/ulb-43a-11-jan.html) (Stand 27.4.2023).

22 Die Ausdehnung der Anwendung des überwiegenden öffentlichen Interesses am Erneuerbaren-Ausbau iSd Art 3 BeschleunigungsVO auf zum Stichtag bereits laufende naturschutzrechtliche Verfahren wäre ein Eingriff in die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder, weshalb Art 44 Abs 2 B-VG greifen würde.

23 Ein One-stop-shop ist eine einzige Behörde, die alle für die Genehmigung einer Anlage relevanten Materien (Baurecht, Naturschutzrecht etc) in einem einzigen Verfahren behandelt und abschließend einen einzigen Bescheid erlässt. Das ist eine Abweichung vom grundsätzlich geltenden Kumulationsprinzip (wonach unterschiedliche Behörden nebeneinander verschiedene Verfahren führen und Genehmigungen erteilen), die vollumfänglich nur im UVP-G verwirklicht ist.

24 Art 2 BeschleunigungsVO.

verstehen.<sup>25</sup> Sämtlichen Anlagen zur Erzeugung, Speicherung und zum Transport solcher erneuerbaren Energien (im Folgenden: Erneuerbaren-Anlagen) steht der Genuss dreier allgemeiner Beschleunigungsinstrumente der VO offen, nämlich die Rechtsvermutung eines überwiegenden öffentlichen Interesses (4.1.), eine Ausnahme von der UVP-Pflicht und artenschutzrechtlichen Verboten (4.2.) und eine Repowering-Privilegierung (4.3.). Für zwei bestimmte Anlagentypen – Solaranlagen (4.4.1.) und Wärmepumpen (4.4.2.) – sind darüber hinaus besondere Bestimmungen vorgesehen.

#### 4.1. Überwiegendes öffentliches Interesse

Eine bemerkenswerte Regelung der BeschleunigungsVO stellt Art 3 dar. Dieser sieht in Abs 1 vor, dass Erneuerbaren-Anlagen im Zuge bestimmter Interessenabwägungen im Rahmen der FFH-RL<sup>26</sup>, Vogelschutz-RL<sup>27</sup> und Wasserrahmen-RL<sup>28</sup> „im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit dienen“. Die Formulierung ist als Rechtsvermutung zu deuten. Auch wenn sich im Verordnungstext kein Hinweis darauf findet, lässt der Unionsgesetzgeber in den Erläuterungen wissen, dass es sich um eine widerlegbare Vermutung handelt.<sup>29</sup> Eine Widerlegung bedürfte demnach „eindeutige[r] Beweise dafür [...], dass diese Projekte erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben, die nicht abgemildert oder ausgeglichen werden können“.<sup>30</sup> Es kommt sohin zu einer Beweislastverteilung:<sup>31</sup> Erneuerbaren-Anlagen gelten in bestimmten Abwägungen als im überwiegenden öffentlichen Interesse und der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit liegend, sofern nicht das Gegenteil bewiesen wird, wobei die Behörde keine amtswegigen Nachforschungen anzustellen hat.

Konkret betroffenen sind (i) Ausnahmen vom Natura 2000-Gebietsschutz<sup>32</sup>, (ii) Ausnahmegewilligungen für die Erfüllung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände<sup>33</sup> und (iii) Ausnahmen vom wasserrechtlichen Verschlechterungsverbot<sup>34</sup>. In den angeführten Fällen ist das Ergebnis der anzustellenden Interessenabwägung ex lege vorweggenommen, sofern nicht entweder eine zur Geltendmachung von Umweltschutzvorschriften berechnigte Partei die Rechtsvermutung widerlegt oder die Behörde auf anderem Weg Kenntnis eines entsprechenden Gegen(teils)beweises erlangt. Das ergibt sich schon aus dem Wort-

25 Art 2 Z 1 EE-RL.

26 RL 92/43/EWG des Rates v 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl L 1992/206, 7.

27 RL 2009/147/EG des EP und des Rates v 30.11.2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl L 2010/20, 7.

28 RL 2000/60/EG des EP und des Rates v 23.10.2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl L 2000/327, 1.

29 ErwGr 8 BeschleunigungsVO.

30 ErwGr 8 BeschleunigungsVO.

31 Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 45 Rz 6 f (Stand 1.3.2023, rdb.at).

32 Art 6 Abs 4 FFH-RL.

33 Art 16 Abs 1 lit c FFH-RL und Art 9 Abs 1 lit a Vogelschutz-RL.

34 Art 4 Abs 7 Wasserrahmen-RL.

laut der Bestimmung: Ein „überwiegendes“<sup>35</sup> Interesse wiegt eben schwerer als alle anderen Interessen, sonst würde es ja nicht überwiegen. Anders als ein „hohes“ Interesse, dass von einem noch höheren Interesse überwogen werden könnte.

Die größte Unklarheit der BeschleunigungsVO bringt ihr Art 3 Abs 2 Satz 1 – und sein Verhältnis zu Abs 1 leg cit – mit sich. Er lautet: „Die Mitgliedstaaten stellen zumindest bei Projekten, die als Projekte von überwiegendem öffentlichen Interesse anerkannt wurden, sicher, dass [...] [Erneuerbaren-Anlagen] bei der fallweisen Abwägung der Rechtsinteressen Priorität erhalten.“ Das Wort „zumindest“ deutet darauf hin, dass die Mitgliedstaaten Erneuerbaren-Anlagen über Abs 1 hinaus auch in Interessenabwägungen jenseits der Anwendungsbereiche der FFH-, Vogelschutz- und Wasserrahmen-RL „Priorität“ einräumen können. Ob „Priorität“ mit dem „überwiegenden öffentlichen Interesse“ gleichzusetzen ist, bleibt offen, ist aber mE naheliegend. Fraglich ist allerdings, was damit gemeint ist, dass Projekte als von überwiegendem öffentlichen Interesse „anerkannt“ wurden – was also unter der Anerkennung zu verstehen ist.

Neben dieser Erweiterung des Anwendungsbereichs des überwiegenden öffentlichen Interesses kann die Bestimmung aber auch als Gebrauchsanleitung zur Handhabung von Art 3 Abs 1 BeschleunigungsVO gelesen werden. Darauf deutet Abs 2 Satz 2 leg cit hin, der sich auf den Artenschutz bezieht und bestimmt, dass die Priorität in der Interessenabwägung diesfalls nur dann und so weit Anwendung findet, als „geeignete Artenschutzmaßnahmen, die zur Erhaltung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands der Populationen der Art beitragen, ergriffen werden und für diesen Zweck ausreichende Finanzmittel und Flächen bereitgestellt werden“.

Nicht außer Acht zu lassen ist, was dem überwiegenden öffentlichen Interesse am (Aus-) Bau von Erneuerbaren-Anlagen gegenübersteht: das (ebenso öffentliche!) Interesse am Arten-, Gewässer- und Lebensraumschutz. Weil Art 3 BeschleunigungsVO Eingriffe in die Umwelt erleichtert und das Prinzip der Einzelfallprüfung verwässert, wird die Bestimmung aus ökologischer Sicht kritisiert.<sup>36</sup> Da neben der Energie- und Klima- auch eine Biodiversitätskrise besteht, ist Skepsis durchaus nachvollziehbar. Die Widerlegbarkeit des überwiegenden öffentlichen Interesses an einem Projekt bei erheblichen nachteiligen Umweltauswirkungen sollte ökologische Härtefälle jedoch vermeiden; die Notwendigkeit von Ersatz- oder Ausgleichsmaßnahmen bleibt ohnedies unberührt.

#### 4.2. Ausnahme von UVP-Pflicht und artenschutzrechtlichen Verboten

Mitgliedstaaten haben die umsetzungsbedürftige (!) Möglichkeit, Erneuerbaren-Anlagen einerseits von einer UVP-Pflicht und andererseits von den Verbotstatbeständen der Art 12

---

<sup>35</sup> In der englischen Fassung „overriding“, in der französischen „supérieur“.

<sup>36</sup> Siehe zB *Ökobüro – Allianz der Umweltbewegung*, EU-Notfallmaßnahmenverordnung ist umweltschädlich und undemokratisch, [www.oekobuero.at/files/884/positionspapier\\_eu\\_notfallmassnahmenverordnung\\_zur\\_energieuende\\_2022.pdf](http://www.oekobuero.at/files/884/positionspapier_eu_notfallmassnahmenverordnung_zur_energieuende_2022.pdf) (29.6.2023).

Abs 1 FFH-RL und Art 5 Vogelschutz-RL (die ua ein Tötungs- und Störungsverbot enthalten) auszunehmen, sofern diese Anlagen in einem für erneuerbare Energien oder Stromnetze vorgesehenen Gebiet errichtet werden. Voraussetzung dafür ist, dass der jeweilige Mitgliedstaat ein solches Gebiet ausgewiesen hat und dass dieses einer strategischen Umweltprüfung<sup>37</sup> unterzogen wurde. Die Ausweisung derartiger Gebiete hat durch Planungsakte zu geschehen,<sup>38</sup> konkret durch sektorale Raumordnungsprogramme, wie das steirische Entwicklungsprogramm für den Sachbereich Windenergie<sup>39</sup> eines ist.<sup>40</sup> Doch auch wenn Art 6 BeschleunigungsVO vorsieht, dass die genannten Verbotstatbestände keine Genehmigungshindernisse mehr sein müssen, so hat die zuständige Behörde doch sicherzustellen, dass geeignete und verhältnismäßige Minderungsmaßnahmen iSv Art 12 Abs 1 FFH-RL und Art 5 Vogelschutz-RL ergriffen werden. Nur falls solche Maßnahmen nicht verfügbar sind, ist ein finanzieller Ausgleich an Artenschutzprogramme zu leisten, um den Erhaltungszustand betroffener Arten zu sichern oder zu verbessern. Durch diese subsidiären Ausgleichsmaßnahmen ist gewissermaßen artenschutzrechtlicher Ablasshandel erlaubt.

### 4.3. Repowering-Privilegierung

Der Begriff Repowering bezeichnet „die Modernisierung von Kraftwerken, die erneuerbare Energie produzieren, einschließlich des vollständigen oder teilweisen Austauschs von Anlagen oder Betriebssystemen und -geräten zum Austausch von Kapazität oder zur Steigerung der Effizienz oder der Kapazität der Anlage“.<sup>41</sup> Ein Beispiel hierfür wäre der Einbau effizienterer Turbinen bei einer Windkraftanlage. Genehmigungsverfahren für das Repowering von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Quellen dürfen gem Art 5 Abs 1 BeschleunigungsVO nicht länger als sechs Monate dauern. Eine tatsächliche Fristenverkürzung bietet das aber wohl selten: Die grundsätzliche Entscheidungsfrist für Behörden beträgt in Österreich ebenfalls sechs Monate,<sup>42</sup> für Verfahren zu Betriebsanlagen nach der GewO sind grundsätzlich sogar nur vier Monate vorgesehen.<sup>43</sup> Vereinfachte UVP-Verfahren – gerade beim Repowering von Windkraftanlagen relevant<sup>44</sup> –

37 ISd RL 2001/42/EG des EP und des Rates v 27.6.2001 über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme, ABl L 2001/197, 30.

38 Zu Planungsakten und Photovoltaik- bzw Windkraftanlagen siehe *Häusler*, Photovoltaik- und Windkraftanlagen ja, aber wo? NR 2022, 50 (53 ff).

39 Verordnung der Steiermärkischen Landesregierung vom 20.6.2013, mit der ein Entwicklungsprogramm für den Sachbereich Windenergie erlassen wird LGBl 2013/72.

40 Vgl *T. Weber*, REPowerEU und Renewable Go-To Areas: Kompetenzrechtsfragen einer Umsetzung, NR 2022, 434 (436 ff).

41 Art 2 Z 10 EE-RL.

42 § 73 Abs 1 AVG und § 8 Abs 1 VwGVG.

43 § 359a Abs 1 GewO. Verlängert werden Entscheidungsfristen durch die BeschleunigungsVO freilich nie, sie lässt kürzere Verfahrensfristen ausdrücklich unberührt (Art 1 UAbs 2 leg cit).

44 Siehe Z 6 Anh 1 UVP-G.

sind ebenfalls ohnehin binnen sechs Monaten zu entscheiden.<sup>45</sup> Dafür bedeutet die Bestimmung für UVP-Vorhaben, die im ordentlichen Verfahren zu genehmigen sind, eine Herabsetzung der Entscheidungsfrist von neun auf sechs Monate.<sup>46</sup> Ob diese allerdings praktisch zu einer Verfahrensbeschleunigung führt, ist mehr als fraglich.

Letztlich sind Antragsteller:innen nämlich auf die allgemeinen Säumnisbehelfe verwiesen. Das sind die Säumnisbeschwerde an ein VwG und im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde (sofern der administrative Instanzenzug nicht ausgeschlossen ist) der Devolutionsantrag an die Berufungsbehörde.<sup>47</sup> Deren beschleunigende Wirkung ist in der Praxis freilich gering.<sup>48</sup> Ganz abgesehen davon, dass die Rechtsbehelfe abzuweisen sind, „wenn die Verzögerung nicht auf ein überwiegendes Verschulden der Behörde zurückzuführen ist“.<sup>49</sup>

Ob durchsetzbar oder nicht: Netzanschlüsse sind binnen drei Monaten zu genehmigen, sofern die Kapazitätssteigerung durch das Repowering maximal 15 % beträgt und keine begründeten Sicherheitsbedenken oder technische Inkompatibilitäten mit Netzkomponenten bestehen.<sup>50</sup> Darüber hinaus ist für Repowering-Vorhaben vorgesehen, dass UVP-Einzelfallprüfungen und UVP-Verfahren auf die erheblichen Umweltauswirkungen im Vergleich zum ursprünglichen Projekt zu beschränken sind.<sup>51</sup>

Ferner entbindet die BeschleunigungsVO beim Repowering nicht von der Pflicht, Anlagen an den Stand der Technik anzupassen, was insb bei der Wiederverleihung von Bewilligungen für Wasserkraftwerke notwendig ist (zB betreffend Fischaufstiegshilfen).<sup>52</sup>

#### 4.4. Erleichterungen der Genehmigung bestimmter Anlagentypen

Neben den für sämtliche Erneuerbaren-Anlagen vorgesehenen Bestimmungen sind Erleichterungen für zwei Typen von Anlagen normiert: Solarenergieanlagen und Wärmepumpen. Im Fokus stehen dabei relativ kurze Verfahrensfristen.

Für fast alle Verfahren, in denen die nachfolgend dargestellten Bestimmungen (aber auch jene zum Repowering) anzuwenden sind, fordert die BeschleunigungsVO, dass sie „im Einklang mit bestehenden Verpflichtungen veröffentlicht“ werden. Wie und warum, das lässt die VO offen. Dazu ist anzumerken, dass Genehmigungsbescheide für Anlagen(änderungen) in Österreich grundsätzlich nicht veröffentlicht werden.<sup>53</sup> Bei „bestehenden

---

45 § 7 Abs 3 UVP-G.

46 § 7 Abs 2 UVP-G. Die Frist von zwölf Monaten bei Vorhaben des 3. Abschnitts des UVP-G ist hier nicht einschlägig.

47 Siehe dazu bloß *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>11</sup> Rz 571 ff, 909 ff.

48 Die Langwierigkeit illustrativ nachvollziehend *Laimgruber*, *EU-Beschleunigungs-VO – Turbo und/oder Leerlauf?* RdU-UT 2023, 16 (17).

49 § 8 Abs 1 VwGVG; § 73 Abs 2 AVG.

50 Art 5 Abs 2 BeschleunigungsVO.

51 Art 5 Abs 3 BeschleunigungsVO.

52 Vgl VwGH 7.12.2006, 2004/07/0124.

53 Eine prominente Ausnahme bilden freilich UVP-Genehmigungsbescheide, die gem § 43 Abs 1 UVP-G im Rahmen der UVP-Dokumentation im Internet zur Verfügung zu stellen sind.

Verpflichtungen“, die bei einer Veröffentlichung zu wahren wären, ist insb an datenschutzrechtliche Bestimmungen zu denken.

#### 4.4.1. Solarenergieanlagen

Unter Solarenergieanlagen sind Anlagen zur Umwandlung von Sonnenenergie in thermische oder elektrische Energie, einschließlich Solarthermie- und Photovoltaikanlagen, zu verstehen.<sup>54</sup> Verfahren zur Genehmigungserteilung für Solarenergieanlagen, die sich auf Dächern befinden oder sonst in Gebäuden oder anderen „künstlichen Strukturen“ – mit Ausnahme künstlicher Wasserflächen – integriert sind, dürfen nicht länger dauern als drei Monate. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Erzeugung von Solarenergie nur ein Nebenaspekt ist: Liegt das Hauptziel einer Anlage in der Solarenergieerzeugung, gilt die dreimonatige Frist nicht. Im Ergebnis sind damit Photovoltaikanlagen auf Freiflächen und Gewässern („floating PV“) nicht erfasst. Das wiegt jedoch wohl insofern nicht besonders schwer, als nach Ablauf der drei Monate erneut lediglich die allgemeinen Säumnisbehelfe zur Verfügung stehen.

Dass Solarenergieanlagen mit den oben genannten Voraussetzungen außerdem von einer (bedingten) UVP-Pflicht ausgenommen werden,<sup>55</sup> hat für Österreich keine Relevanz, weil sie ohnehin nicht UVP-pflichtig sind. Nicht viel relevanter ist die Genehmigungsfiktion für Solarenergieanlagen mit einer Kapazität von höchstens 50 kW: Bei solchen gilt die Genehmigung als erteilt, wenn sie die Kapazität des Verteilernetzanschlusses nicht übersteigen und die zuständigen Behörden innerhalb eines Monats nach der Antragstellung „keine Antwort übermittelt haben“.<sup>56</sup> Unter einer solchen „Antwort“ ist eine inhaltliche Reaktion zu verstehen.<sup>57</sup> Eine bloße Eingangsbestätigung der Behörde wäre sohin keine „Antwort“,<sup>58</sup> ein behördlicher Verbesserungsauftrag dagegen würde die Genehmigungsfiktion verhindern. Praktisch wenig bedeutend ist die Regelung für Österreich deshalb, weil Solarenergieanlagen von derart geringer Kapazität in aller Regel ohnehin genehmigungsfrei gestellt sind.<sup>59</sup>

#### 4.4.2. Wärmepumpen

Wärmepumpen dienen der Erzeugung erneuerbarer Wärme und Kälte aus Umgebungsenergie und geothermischer Energie sowie der Nutzung von Abwärme und -kälte.<sup>60</sup> Ihre

54 Art 2 Abs 2 BeschleunigungsVO.

55 Art 4 Abs 1 BeschleunigungsVO.

56 Art 4 Abs 3 BeschleunigungsVO.

57 Dafür spricht ErwGr 12 BeschleunigungsVO („auf der Grundlage einer hinreichend begründeten Antwort“).

58 So *Bußjäger*, NR 2023, 149.

59 Siehe zB § 5 Abs 2 Z 2 und 3 NÖ ElektrizitätswesenG, § 17 Z 14 NÖ BauO. Im Einzelfall kann Art 4 Abs 3 BeschleunigungsVO aber anzuwenden sein, so hätte die Behörde etwa gem § 6a Abs 1 und 5 Wr ElektrizitätswirtschaftsG nach einer Errichtungsanzeige einer Photovoltaikanlage mit einer Engpassleistung von maximal 50 kW acht (nicht nur vier) Wochen Zeit, ehe die Genehmigungsfiktion greift.

60 Vgl ErwGr 17 BeschleunigungsVO.

Genehmigung und Anzeige richtet sich va nach den jeweiligen Baurechtsbestimmungen. Für Wärmepumpen mit einer elektrischen Leistung von unter 50 MW gilt, dass Verfahren zur Genehmigungserteilung nicht länger als einen Monat dauern dürfen.<sup>61</sup> Bei Erdwärmepumpen hat eine Entscheidung binnen drei Monaten zu ergehen. In beiden Fällen ist bei einer Fristüberschreitung jedoch keine Genehmigungsfiktion normiert: Antragsteller:innen müssen sich wieder einmal mit den allgemeinen Säumnisbehelfen begnügen. Daneben reicht für zwei Arten von Wärmepumpen eine Anzeige für den Netzanschluss: Bei solchen mit einer elektrischen Leistung von bis zu 12 kW (das umfasst die Wärmepumpe eines durchschnittlichen Einfamilienhauses) und bei bestimmten Eigenversorgungswärmepumpen mit einer elektrischen Leistung von bis zu 50 kW.<sup>62</sup> Eine Revolution birgt auch diese Vorschrift nicht, sind doch etwa in NÖ Wärmepumpen mit einer Nennleistung von bis zu 70 kW überhaupt baurechtlich bewilligungs-, anzeige- und meldefrei.<sup>63</sup>

## 5. Schlusswort

Die BeschleunigungsVO ist zwar kein Gamechanger, aber auch kein Papiertiger. Sie bringt insb mit der widerlegbaren Rechtsvermutung des überwiegenden öffentlichen Interesses an Erneuerbaren-Anlagen ein nützliches Instrument, selbst wenn einige andere ihrer Bestimmungen zumindest in Österreich keinen großen Erneuerbaren-Turbo zünden dürfen. Das liegt auch daran, dass die Rechtsform der VO trägt,<sup>64</sup> weil sie hinkt: Zentrale Bestimmungen bedürften zu ihrer (umfassenden) Anwendung nationaler Umsetzungsakte. So und überhaupt gilt: Verfahrensbeschleunigung lässt sich nur schwer herbeinormieren.

Mag. Nikolaus Handig ist Universitätsassistent am Institut für Rechtswissenschaften der Universität für Bodenkultur Wien; nikolaus.handig@boku.ac.at

---

61 Art 7 Abs 1 BeschleunigungsVO.

62 Art 7 Abs 2 BeschleunigungsVO.

63 § 17 Z 7 NÖ BauO.

64 *Laimgruber*, RdU-UT 2023, 16 vermeint gar „Elemente einer Mogelpackung“ zu erkennen.

# Schaffung rechtlicher Rahmenbedingungen im Straßenplanungsrecht als Motor für die Mobilitätswende

Theresa Tisch

---

## 1. Besserer Modal Split durch Reduktion der Straßeninfrastruktur

Der Verkehr ist und bleibt das heimische Sorgenkind der Nachhaltigkeitswende. Laut Umweltbundesamt gibt es im Verkehrssektor aktuell keine Trendumkehr, was die Reduktion des Ausstoßes an Treibhausgasemissionen betrifft. Diese haben innerhalb der letzten Jahre sogar zugelegt: Zwischen 1990 und 2021 haben sich diese um 57% erhöht, wobei der größte Anteil an Emissionen wiederum auf den Straßenverkehr, insbesondere den Pkw-Verkehr, zurückfällt. Allein die Inlandsemissionen im Straßenverkehr haben zwischen 2020 und 2021 nochmals um 3,3% zugenommen.<sup>1</sup>

Um im Sektor Verkehr einen nachhaltigen und effizienten Wandel zu bewältigen, bedarf es ein Umdenken dahingehend, wie Mobilität zukünftig gelebt wird. Eine Reduktion an THG-Emissionen zur Erreichung der Klimaneutralität lässt sich vor allem dann erzielen, wenn man Instrumente zur Umsetzung heranzieht, welche sich an der stets rezipierten Maxime der Verkehrsvermeidung, -verlagerung sowie -verbesserung orientieren.<sup>2</sup> Eine Zunahme – insbesondere des motorisierten Individualverkehrs – sollte vornehmlich vermieden werden. Bestenfalls wird das Angebot an nachhaltigeren Verkehrsträgern, insbesondere des Schienenverkehrs auf Mittel- und Langstrecken, sowie des Öffentlichen-Personennahverkehrs entsprechend ausgebaut, sodass Mobilitätsbedürfnisse der Bevölkerung weiterhin vollends gedeckt werden können. Wo für gewöhnlich in der Klimapolitik ein *Top-down-Ansatz* verfolgt wird, lohnt es sich in der Verkehrspolitik einen *Bottom-up-Ansatz* in den Fokus zu rücken.<sup>3</sup> Wichtige Steuerungselemente zu Verkehrsvermeidung sowie -verlagerung finden sich insbesondere in der Verkehrsplanung sowie Infrastrukturbereitstellung, welche kompetenzrechtlich meist auf kommunaler sowie Landesebene abzuwickeln sind. Vermieden werden sollte dabei

---

1 Umweltbundesamt, Verkehr beeinflusst das Klima, <https://umweltbundesamt.at/umweltthemen/mobilitaet/mobilitaetsdaten/verkehr-treibhausgase> (2.6.2023).

2 Bundesministerium für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie (BMK), Mobilitätsmasterplan 2030 (2021) 8 f, <https://bmk.gv.at/themen/mobilitaet/mobilitaetsmasterplan/mmp2030.html> (1.6.2023).

3 Knoflacher, Verkehr ist kein Schicksal – Der öffentliche Verkehr in Wien (2017) 32; Böhler/Bongardt, Sorgenkind Verkehr – Maßnahmen zum Klimaschutz, Bundeszentrale für politische Bildung, bpb.de 5.7.2007, <https://bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/30351/sorgenkind-verkehr-massnahmen-zum-klimaschutz?p=all> (2.6.2023).

natürlich, das österreichische Verkehrswegenetz in einen „Fleckerlteppich“ zu verwandeln. Dazu braucht es eine koordinierende Funktion seitens des Bundes und entsprechende (auch rechtliche) Rahmenbedingungen, um die österreichische Gesamtverkehrsplanung einheitlich auszugestalten.<sup>4</sup>

Bezieht man dies nun auf die Straßeninfrastruktur, kommt man zum Ergebnis, dass ein Straßenausbau erwiesenermaßen nicht zwingend zu einer Entlastung bestehender Straßen führt. Langfristig erzielt man dadurch keine bessere Verteilung des Verkehrsaufkommens, sondern bewirkt eine Zunahme des Straßenverkehrs aufgrund einer Verkehrsverlagerung durch die gesteigerte Attraktivität der Verkehrsverbindung sowie durch zusätzlich induzierten Verkehr, der direkt aus der Verbesserung des Angebots resultiert. Ein Mehr an Infrastruktur bietet somit keine Lösung für Staus und bedeutet langfristig keinen Zugewinn an Verkehrsfunktionalität.<sup>5</sup>

Das soll im Umkehrschluss nicht bedeuten, der Straßenbau sei per se einzustellen, jedoch ist mittlerweile klar, dass eine stärkere Gewichtung von ökologischen Aspekten innerhalb des Trassengenehmigungsregimes dringend angebracht ist. Dementsprechend sollte bereits auf Planungsebene bei der strategischen Verkehrsprüfung nach dem Bundesgesetz über die strategische Prüfung im Verkehrsbereich (SP-V-G)<sup>6</sup> offen diskutiert werden, wie Trassengenehmigungsverfahren abgehandelt werden, welche Methoden zum Einsatz kommen, wie man den Rechtsschutz bei Verstoß gegen – insbesondere umweltschutzrelevante – gesetzliche Vorgaben in entsprechenden Verfahren verbessern kann und wie der Faktor Klimaschutz und Umwelt als wichtiges öffentliches Interesse entsprechend gewichtet werden kann.

## 2. Das Bundesstraßengenehmigungsregime als Ausgangslage für den Ausbau des höherrangigen Verkehrswegenetzes

Umfasst ist die Prüfung und Abwicklung des höherrangigen Verkehrswegenetzes im Straßenverkehrssektor vom Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG, nämlich unter „Angelegenheiten der wegen ihrer Bedeutung für den Durchzugsverkehr durch Bundesgesetz als Bundesstraßen erklärten Straßenzüge außer der Straßenpolizei“. Die einfachgesetzliche Grundlage findet sich im Bundesstraßengesetz 1971 (BStG 1971)<sup>7</sup>. Danach ist ein Straßenzug als Bundesstraße zu qualifizieren, wenn dieser im Anhang des BStG 1971 als solcher bezeichnet wird. Die Entscheidungshoheit darüber zu verfügen,

---

4 BMK, Mobilitätsmasterplan 2030, 27 f.

5 Siehe dazu weiterführend *Duranton/Turner*, The Fundamental Law of Road Congestion: Evidence from US Cities, *American Economic Review* 2011, 2616; *Fuhrer*, Mehr Mobilität – immer mehr Verkehr? *Zukunftsblog ETH Zürich* 21.10.2016, <https://ethz.ch/de/news-und-veranstaltungen/eth-news/news/2016/10/mehr-mobilitaet-immer-mehr-verkehr.html> (4.8.2023); VCO, Ausbau der Infrastruktur auf Klimakurs bringen, Schriftenreihe „Mobilität mit Zukunft“ (2021).

6 Bundesgesetz über die strategische Prüfung im Verkehrsbereich (SP-V-G) BGBl I 2005/96 idF BGBl I 2014/25.

7 Bundesstraßengesetz 1971 BGBl 1971/286 idF BGBl I 2022/123.

welcher Straßenzug dem Bund zuzurechnen ist und somit als Teil des höherrangigen Straßenverkehrswegenetzes gilt, obliegt allein dem einfachen Bundesgesetzgeber selbst.<sup>8</sup> Alle übrigen Straßenabschnitte fallen nach Art 15 Abs 1 B-VG in die Kompetenz der Länder und sind als Landes- bzw Gemeindestraßen zu qualifizieren. Für deren Instandhaltung, Ausbau, Rückbau etc sind somit Länder und Gemeinden zuständig und entsprechende Landesgesetze einschlägig.<sup>9</sup>

Der einfache Bundesgesetzgeber hat nach Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG zwar eine Kompetenz-Kompetenz, darüber zu entscheiden, welche Straßenabschnitte zum Bundesstraßenregime zählen. Jedoch hat es sich bei dem entsprechenden Abschnitt um eine Straße zu handeln, die *für den Durchzugsverkehr von Bedeutung* ist. Vorausgesetzt wird hierfür ein *überregionales Verkehrsaufkommen*.<sup>10</sup>

Der Ausbau bzw die Auflassung von Straßenabschnitten im höherrangigen Verkehrswegenetz ist in § 4 BStG geregelt, die Genehmigung der Strecken erfolgt in einem bescheidförmigen Trassenfestlegungsverfahren.<sup>11</sup> Es handelt sich dabei um ein antragsbedürftiges Verwaltungsverfahren, auf welches das AVG<sup>12</sup> anwendbar und bei dem die zuständige Genehmigungsbehörde die Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie (BMK) ist. Ziel ist die Festlegung des Straßenverlaufs, ein konkreter Umsetzungsplan des Gesamtprojekts erfolgt allerdings nicht. Prüfgegenstand des Trassengenehmigungsverfahrens ist eine grobe Umschreibung von (Teil-)Abschnitten der Straßenführung. Konkretere Entscheidungen im Hinblick auf die detaillierte Projektrealisierung verbleiben bei der Bundesstraßenverwaltung (konkret der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft – ASFINAG)<sup>13</sup>, welche auch Antragstellerin des zu ergehenden Trassengenehmigungsbescheides ist.<sup>14</sup> Der Antrag auf Genehmigung kann sowohl auf den gesamten im Anhang des BStG 1971 befindlichen Abschnitt der Bundesstraße lauten oder sich bloß auf etwaige Teilabschnitte beziehen.<sup>15</sup>

Beim Planungsspielraum der Trassenfestsetzung ergeben sich nach dem BStG insbesondere drei wesentliche Kriterien: Die zuständige Verkehrsministerin hat auf die technischen Aspekte (Verkehrsfunktionalität), die Umweltverträglichkeit und die Wirtschaftlichkeit des Bauprojekts zu achten. Die Antragsunterlagen sind so auszugestalten, dass

8 *Muzak*, B-VG<sup>6</sup> (2020) Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG, Rz 40; *Rosenkranz in Kabl/Khakhzadeh/Schmid*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte (2021) Art 10 (1) Z 9 B-VG Rz 28, 33; *Kneibs*, Verfassungsfragen der Neuregelung der Trassenfestlegung im Bundesstraßengesetz, ZfV 2007, 2.

9 Siehe dazu beispielsweise Steiermärkisches Landes-Straßenverwaltungsgesetz 1964, LGBl-St 1964/154 (WV) idF 2021/80.

10 *Öblinger*, Zur Kompetenzlage auf dem Gebiet des Straßenverkehrs II – Insbesondere zu den „Straßenangelegenheiten“, ZVR 1979, 257 (258).

11 Vgl *Pürgy/Hofer in Houlubek/Potacs*, Öffentliches Wirtschaftsrecht Band I<sup>4</sup> (2019) 1053 (1084).

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

13 Vgl § 34b BStG.

14 *Damjanovic*, Lobautunnel – rechtswidriger Baustopp oder sachentsprechende Entscheidung angesichts geänderter Voraussetzungen? ÖZW 2021, 146.

15 *Raschauer/Friedrich in Altenburger*, Kommentar zum Umweltrecht, Band 2<sup>2</sup> (2020) § 4 BStG, Rz 8 (9).

diese alle für eine sachliche Entscheidungsfindung erforderlichen Grundlagen für die Beurteilung der in § 4 BStG iVm § 7 Abs 1 BStG angeführten Kriterien beinhalten:<sup>16</sup>

## 2.1. Umweltverträglichkeit

Im Zusammenhang mit einem Genehmigungsverfahren nach § 4 BStG 1971 ist seitens des BMK die Erstellung eines Umweltberichts erforderlich.<sup>17</sup> Eine Trassenfestlegung mangels Bedachtnahme auf die Umweltverträglichkeit iSd § 4 Abs 1 BStG 1971 gilt nur dann als gesetzwidrig, wenn im Zuge des Planungsverfahrens dieser Faktor nicht hinreichend erhoben sowie gegenüber sonstigen Kriterien nicht eingehend abgewogen wurde.<sup>18</sup> Eine Verpflichtung im Rahmen der gebotenen Interessensabwägung, Pläne mit der Infrastrukturbereitstellung alternativer Verkehrsträger zu vergleichen und ökologischere Projekte vorrangig zu behandeln, besteht nicht.

Prinzipiell soll unter dem Kriterium der „Umweltverträglichkeit“ eine allgemeine Verpflichtung normiert werden, die mittelbaren und unmittelbaren Auswirkungen der Straßenerrichtung auf die Umwelt entsprechend zu berücksichtigen. Diese Beurteilung kann jedenfalls durch eine Umweltverträglichkeitsuntersuchung ermöglicht werden.<sup>19</sup>

Unter unmittelbaren Auswirkungen versteht man vor allem die entstehende Lärmbelastung, Smog etc. Mittelbare Auswirkungen sind Folgewirkungen, die durch vom Infrastrukturvorhaben hervorgerufene Vorgänge verursacht wurden. Dazu zählen insbesondere auch die langfristige Zunahme des motorisierten Individualverkehrs durch den Infrastrukturausbau und die damit einhergehende Zunahme an ausgestoßenen THG-Emissionen.<sup>20</sup>

Bei einem Straßenbauvorhaben nach dem BStG kann es sich um ein Vorhaben iSd UVP-G<sup>21</sup> handeln; das Ausmaß der Prüfung der Umweltverträglichkeit nach dem BStG und dem UVP-G deckt sich nicht. Die Prüfung der Umweltverträglichkeit nach dem BStG ist insbesondere dann wesentlich, wenn das Straßenbauprojekt als Vorhaben eben nicht in den Bundesstraßen und Hochleistungsstrecken betreffenden dritten Abschnitt des UVP-G fällt und somit § 24f Abs 1 UVP-G nicht zur Anwendung kommt.<sup>22</sup> Auch im dritten Abschnitt des UVP-G kann ein Vorhaben verpflichtend einer UVP im ordentlichen Verfahren (§ 23a Abs 1) oder im vereinfachten Verfahren (Abs 2) zu unterziehen sein.

---

16 Pürgy/Hofer in Houlubek/Potacs 1070.

17 Raschauer/Friedrich in Altenburger § 4 BStG Rz 16.

18 VfSlg 19.126/2010, 17.896/2006.

19 RV 1204 BlgNR 15. GP 13.

20 Raschauer/Friedrich in Altenburger § 4 BStG Rz 17.

21 Bundesgesetz über die Prüfung der Umweltverträglichkeit BGBl 1993/697 idF BGBl I 2023/26.

22 Raschauer/Friedrich in Altenburger § 4 BStG Rz 14.

## 2.2. Verkehrsfunktionalität

Der Verlauf der Trasse ist nach § 4 BStG auf die funktionelle Bedeutung des Straßenzuges zu prüfen. Die Erarbeitung ausreichender Entscheidungsgrundlagen ist einerseits sachliche Voraussetzung rationaler Planungsentscheidungen und andererseits eine zentrale Rechtmäßigkeitsvoraussetzung, da die finale und ausgereifte Determinierung der Planungen ebenso der Absicherung des rechtsstaatlichen Prinzips dient.<sup>23</sup> Bei den verkehrsplanerischen Erwägungen werden raum- und strukturpolitische Gesichtspunkte wie das überregionale Verkehrsaufkommen und die Erforderlichkeit der Bundesstraße für den Durchzugsverkehr und als Anschlussstelle berücksichtigt.<sup>24</sup> Zudem normiert § 4 Abs 1 eine Bedachtnahme auf §§ 7 und 7a BStG, also ua die Rücksichtnahme auf alle straßenpolizeilichen und kraftfahrrechtlichen Regelungen sowie die Einhaltung der Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs.<sup>25</sup>

## 2.3. Wirtschaftlichkeit

Die Behörde hat zur Feststellung der Wirtschaftlichkeit des Straßenbauvorhabens außerdem eine Kosten-Nutzen-Analyse durchzuführen. Notwendig ist dafür, dass ein Kostenvergleich unterschiedlicher Trassenvarianten erfolgt und eine Gesamtprognose der zu erwartenden Kosten erstellt wird. Zweck ist insbesondere die Eruierung und Darlegung der objektiven Kostenstruktur der zu vergleichenden Trassenvarianten.<sup>26</sup> Das Kriterium der *Wirtschaftlichkeit des Bauvorhabens* führt nur dann zu einer Gesetzeswidrigkeit im Planungsverfahren, wenn auf dieses bei der Trassenfestlegung keine Bedachtnahme erfolgte und der Faktor nicht hinreichend erhoben und/oder nicht hinreichend gegenüber den sonstigen gesetzlichen Entscheidungskriterien abgewogen wurde.<sup>27</sup> Zudem führt eine Zunahme des Verkehrs durch den Ausbau der Straßeninfrastruktur zur Erhöhung der externen Kosten im Verkehrsbereich. Dazu zählen insbesondere Umwelt- und Gesundheitsbeeinträchtigungen durch übermäßigen Lärm an verkehrsreichen Straßen oder verringerte Bodenqualität sowie höherer Reinigungsaufwand verschmutzter Gewässer.<sup>28</sup> Im Unionsgebiet betragen die von Pkws im Personenverkehr verursachten externen Kosten 7,8 Cent pro Personenkilometer, wohingegen sich diese im Schienenpersonenverkehr im Schnitt auf rund 2,8 Cent pro Personenkilometer belaufen. Im

23 *Pernthaler*, Raumordnung und Verfassung – 2. Band: Raumordnung, demokratischer Prozess und Rechtsschutz (1978) 37.

24 *Pürgy/Hofer* in *Houlobek/Potacs* 1053.

25 Vgl auch Straßenverkehrsordnung 1960 (StVO), BGBl 1960/159 idF BGBl I 2022/122.

26 *Pürgy/Hofer* in *Houlobek/Potacs* 1094.

27 *Hiesel*, Die Rechtsprechung des VfGH zum Bundesstraßengesetz, ZVR 2015, 40.

28 Näheres dazu siehe *Bünger/Matthey*, Methodenkonvention 3.0 zur Ermittlung von Umweltkosten – Methodische Grundlage, Umweltbundesamt Dessau-Roßlau 2018, <https://umweltbundesamt.de/publikationen/methodenkonvention-30-zur-ermittlung-von-0>, umweltbundesamt.de (14.4.2023); *Litmann*, Generated Traffic and Inducted Travel (2023); *Rathmayer*, Fehlende Kostenwahrheit im Straßenverkehr, *juridikum* 2019, 544; VCÖ, Ausgeblendete Kosten des Verkehrs, VCÖ-Schriftenreihe „Mobilität mit Zukunft“ (2017) 11 ff.

Güterverkehr sind die externen Kosten auf der Straße innerhalb der Europäischen Union rund 2,6-mal höher als auf der Schiene.<sup>29</sup> Das zeigt, wie teuer eine übermäßige Straßenbenutzung auch den Verkehrsteilnehmer\*innen als Steuerzahler\*innen kommt. Ein Pkw verursacht in Österreich rund zwölf Cent externe Kosten pro Personenkilometer, im Vergleich dazu sind es im Bahnverkehr mit 1,7 Cent um 86 Prozent weniger. In Österreich belaufen sich die externen Kosten des Verkehrs insgesamt auf rund 13 Milliarden Euro pro Jahr. Die Übernahme ebendieser durch Steuermittel entspricht einer indirekten Subvention für klima- und gesundheitsschädliche Verkehrsmittel.<sup>30</sup> Ebenso wie eine rechtlich genauer determinierte Prüfung der Umweltschutzaspekte innerhalb des Trassengenehmigungsverfahrens nach dem BStG, bedarf es auch einer detaillierteren Gegenüberstellung aller anfallenden zukünftigen Kosten bei der Wahl des Infrastrukturausbaus und ein Mitbedenken aller möglichen alternativen Strecken im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung. Auch das *Umweltbundesamt* kam bei einer Evaluierung hochrangiger Straßenbauvorhaben in Österreich zu dem Ergebnis, dass die Berücksichtigung rein betriebswirtschaftlicher Aspekte von Einreichprojekten in Österreich und das Außerachtlassen von volkswirtschaftlichen Faktoren wie Klimakosten als Evaluierungskriterium zu bemängeln ist.<sup>31</sup>

### 3. Die Strategische Umweltprüfung für den Verkehrssektor

#### 3.1. Ablauf der Strategischen Verkehrsprüfung

Das SP-V-G dient als Grundlage für die strategische Umweltprüfung für den Verkehrsbereich und entspricht der nationalen Umsetzung der SUP-Richtlinie<sup>32</sup>. Die *Strategische Prüfung Verkehr* ist der Umweltverträglichkeitsprüfung und dem Trassengenehmigungsverfahren vorgelagert und soll entsprechend der Intention des europäischen Gesetzgebers die Umweltprüfung eines Projekts dahingehend vervollständigen, dass eine ebensolche bereits auf Planungsebene erfolgt. Die hierfür erlassene SUP-Richtlinie wurde für den jeweiligen Sektor (Wasserwirtschaft, Abfallwirtschaft etc) in einschlägigen Materiengesetzen umgesetzt.<sup>33</sup> Da die SUP-RL inhaltlich überwiegend ins Raumordnungsrecht und dieses hinsichtlich der Fachplanungskompetenz mehrheitlich in Landeskompetenz fällt, wurden die europäischen Vorgaben zur strategischen Umweltprüfung mehrheitlich in

---

29 *Wijngaarden/Schroten/Essen/Sutter/Andrew*, European Commission, Directorate-General for Mobility and Transport, Sustainable transport infrastructure charging and internalization of transport externalities: executive summary (2019); *Rathmayer*, Fehlende Kostenwahrheit im Straßenverkehr, *juridikum* 2019, 544.

30 VCÖ, VCÖ-Factsheet: Klimaverträgliche Mobilität senkt Kosten des Verkehrs, <https://vcoe.at/news/details/vcoe-factsheet-2017-05-klimavertraegliche-mobilitaet-senkt-kosten-des-verkehrs> (31.7.2023).

31 *Umweltbundesamt*, Evaluierung hochrangiger Straßenbauvorhaben in Österreich – Fachliche Würdigung des Bewertungsansatzes sowie generelle Umwelt- und Planungsaspekte im Zusammenhang mit aktuellen Vorhaben (2022) 56.

32 Richtlinie 2001/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.6.2001 über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme, ABl L 2001/197, 30.

33 *Bußjäger*, Strategische Umweltprüfung in Österreich – eine Bilanz, RdU 2016, 5.

den Raumordnungsgesetzen der Länder<sup>34</sup> umgesetzt. Für die Prüfung von Plänen und Programmen iSd Art 2 lit a SUP-RL im Bereich des höherrangigen Verkehrswegenetzes wurde zur nationalen Umsetzung der SUP-RL das SP-V-G erlassen.

Durchzuführen ist eine strategische Verkehrsprüfung von Plänen und Programmen bei allen vorgeschlagenen Netzveränderungen des höherrangigen Verkehrswegenetzes.<sup>35</sup> Das österreichische Bundesverkehrswegenetz setzt sich aus allen Bundesstraßen zusammen, die sich im Anhang des BStG 1971 befinden. Weiters zählen alle Binnenwasserstraßen iSd § 15 Abs 1 SchFG<sup>36</sup> und alle Eisenbahntrassen, die in Hochleistungsstreckenverordnungen iSd § 1 HIG<sup>37</sup> genannt werden, zum höherrangigen Verkehrswegenetz.<sup>38</sup> Die im Rahmen einer Netzveränderung zu erstellenden Planungsunterlagen sind einer strategischen Verkehrsprüfung zu unterziehen.<sup>39</sup>

Nachdem ein *Screening-* (und) *Scopingverfahren* auf Antrag eines Initiators iSd § 2 Abs 6 SP-V-G vom BMK durchgeführt wurde und eingereichte Plandokumente sowie allfällige Alternativpläne auch im Hinblick auf die Möglichkeit eines Netzausbaus für alternative Verkehrsträger zum Straßenverkehr geprüft wurden, kommt es zum Abschluss des Verfahrens im Rahmen einer zu veröffentlichenden Erklärung der zuständigen Verkehrsministerin zu dem evaluierten Planungsdokument. Wesentliches Kernelement der SP-V ist der *Umweltbericht*<sup>40</sup>, welcher die erheblichen Auswirkungen einer vorgeschlagenen Netzveränderung auf die Umwelt enthält sowie alternative Lösungsansätze aufzeigt. Eben dieser wird seitens des *Initiators*<sup>41</sup> auf Basis der Feststellung in Koordination mit dem BMK und etwaigen Stellungnahmen, welche im Rahmen des Scopingverfahrens ergangen sind, erstellt<sup>42</sup> und gemeinsam mit der Erklärung seitens des BMK veröffentlicht.

### 3.2. Rechtsschutz im SUP-Verfahren

Die SUP-Richtlinie lässt im Hinblick auf die nationale Umsetzung die Form des in Betracht kommenden Rechtsschutzes offen. Aus dem SP-V-G geht nicht klar hervor, welchen Rechtsakt die finale Erklärung der Prüfung der Verkehrsministerin aus formalrechtlicher Sicht darstellt. Es bleibt fraglich, ob es sich bei dieser um eine Entscheidung iSd SUP-RL handelt. Möglichkeiten ein Rechtsmittel gegen die Erklärung zu erheben, bestehen grundsätzlich keine. Entsprechende Akteur\*innen wie anerkannte Umweltschutzorganisationen, Bürgerinitiativen oder Umwelthanwaltschaften verfügen nicht über aus-

34 Bspw Steiermärkisches Raumordnungsgesetz 2010 (StROG 2010) LGBl 2010/49 idF LGBl 2011/111.

35 Vgl § 4 SP-V-G.

36 Bundesgesetz über die Binnenschifffahrt BGBl I 1997/62 idF BGBl I 2021/230.

37 Bundesgesetz über Eisenbahn-Hochleistungsstrecken BGBl I 1999/81 idF BGBl I 2004/154.

38 *Jantschi* in *Altenburger*, Kommentar zum Umweltrecht Band I<sup>2</sup> (2019) § 1 SP-V-G Rz 1.

39 Vgl § 3 Abs 1 SP-V-G.

40 Vgl Art 5 SUP-RL.

41 Initiator ist gem § 2 Abs 6 SP-V-G, wer eine Netzveränderung vorschlägt. Dazu berechtigt sind das BMK, die Länder, ÖBB Infra, via donau, ASFINAG sowie sonstige mit Verwaltungsaufgaben beauftragte Errichtungsgesellschaften.

42 BMK, Strategische Prüfung im Verkehrsbereich – Leitfadens Screening, Scoping und Umweltbericht (2023).

reichend Beteiligungs- und Rechtsschutzmöglichkeiten, um die Wahl des Planungsdokuments zu beanstanden oder auf formelle Fehler im Rahmen des Prüfungsprozesses aufmerksam zu machen. Einzig ersichtliche Möglichkeit wäre es, einen Verstoß gegen die im SP-V-G normierten Verfahrensvorschriften im, der SP-V nachfolgenden, Trassengenehmigungsverfahren nach dem BStG 1971 bzw im Umweltverträglichkeitsprüfungsverfahren nach dem UVP-G vorzubringen.<sup>43</sup>

Folglich könnte man auch davon ausgehen, dass das SP-V-G der Aarhus Konvention (AK)<sup>44</sup> dahingehend widerspricht, dass die Umsetzung der SUP-RL auf eine Weise gestaltet wurde, welche Akteur\*innen keine Möglichkeiten bietet, ein Rechtsschutzmittel zu ergreifen. Relevant für Verfahren zur Strategischen Verkehrsprüfung ist vor allem die zweite Säule der AK. Diese räumt der betroffenen Öffentlichkeit die Möglichkeit zur Partizipation bei Entscheidungsverfahren, welche umweltrelevante Fragestellungen betreffen, ein.<sup>45</sup>

### 3.3. Verkehrsplanung und Legalitätsprinzip im Spannungsfeld

Die Rechtmäßigkeit der Durchführung des Trassengenehmigungsverfahrens soll nicht nur darauf basieren, dass ausreichend Unterlagen als Bemessungsgrundlage iSd Art 18 B-VG<sup>46</sup> erstellt wurden. Umweltschutzaspekten sollte dabei in Zeiten der Klimakrise zur Verhinderung einer Klimakatastrophe eine wesentlichere Rolle zugesprochen werden. Zusätzlich bedarf es dahingehende Maßnahmen zur Bekämpfung, welche eine aktive Rolle des Staates fordern. Damit die in Regierungsprogrammen und Strategien wie etwa im Mobilitätsmasterplan proklamierten klimaschutzrelevanten Ziele auch eine verbindliche Form annehmen, bedarf es in diesem Zusammenhang einer Bindungswirkung der Verwaltung iSd Art 18 B-VG. Hierfür ist es unerlässlich, dass Klimaschutz als öffentliches Interesse in einschlägigen sektorspezifischen Materiengesetzen verankert wird.<sup>47</sup> Hinzukommt, dass der Wortlaut des BStG teils nicht ausreicht, um Klarheit dahingehend zu schaffen, welche rechtlichen Rahmenbedingungen vorliegen, falls ein Rückbau von Straßenabschnitten aus klimaschutzrelevanten Gründen in Erwägung gezogen wird.<sup>48</sup> Auch hier kommt man zum Ergebnis, dass der Bundesgesetzgeber klare Voraussetzungen schaffen könnte.

---

43 *Alge*, Die Berücksichtigung der Öffentlichkeitsbeteiligung und der SUP in Österreich im Vergleich zu Tschechien, Ungarn und Estland, in *Mitterndorfer*, Die strategische Umweltprüfung im Verkehrsbereich (2008) 31 (34 f).

44 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 2014/58.

45 *Alge* in *Mitterndorfer* 36 f.

46 *Muzak*, B-VG<sup>6</sup>, Art 18 B-VG Rz 9.

47 Vgl *Bertel*, Klimaschutz und Klimawandelanpassung – Verfassungsrechtliche Aspekte mit Bezug zur Mobilität in Österreich, ZVR 2023, 42 (44).

48 *Schulev-Steindl/Romirer/Liebenberger*, Mobilitätswende: Klimaschutz im Verkehr auf dem rechtlichen Prüfstand (Teil I), RdU 2021, 237.

#### 4. Fazit

Angebracht wäre eine gesamtstaatliche Evaluierung des höherrangigen Verkehrswebsites, um Ergebnisse zu gewinnen, welche Auskunft darüber geben, wo sich durch vernünftige Verkehrsplanung alternative und nachhaltige Verkehrsträger in das Verkehrswebsites besser einspeisen lassen. Dies wird dem Ministerium sowie der ASFINAG ebenso vom Rechnungshof empfohlen.<sup>49</sup> Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Durchführung einer solchen Prüfung sollten sich im SP-V-G befinden.

Das österreichische Trassengenehmigungsregime zur Realisierung von Straßenbauprojekten ist auf eine Weise ausgestaltet, dass die Infrastrukturplanung (insbesondere) auf Bundesebene in unverbindliche Strukturen gebettet ist und politischen Entscheidungsträger\*innen bei der Gestaltung aufgrund der fehlenden Verfahrensregulierung bei der Trassenfestlegung ein breiter Handlungsspielraum zugestanden wird. Dadurch konnten Projekte in der Vergangenheit effizient durchgesetzt werden. Dies geschah auch vor dem verkehrspolitisch entscheidenden Hintergrund, auf ein steigendes Mobilitätsbedürfnis seitens der Bevölkerung und auf ein stetig anwachsendes Verkehrsaufkommen einzugehen, die bestehende Nachfrage zu decken und Verkehrsfunktionalität zu gewährleisten. Gerade die Frage der Berücksichtigung klimaschutzrelevanter Aspekte kam bisher oft zu kurz und wird in der Öffentlichkeit teils als sehr ideologisch behaftet wahrgenommen. Jedoch sollten klimaschutzrelevante Aspekte sowie Boden- und Naturschutz im Zusammenhang mit örtlichen Siedlungs- und Mobilitätsbedürfnissen als Entscheidungsgrundlage im Trassengenehmigungsverfahren verpflichtend herangezogen werden müssen und in entsprechende rechtliche Rahmenwerke als wichtiges öffentliches Interesse einverleibt werden.<sup>50</sup> Ebenso sollten Abwägungen der Prüfkriterien des BStG, insbesondere die Umweltverträglichkeit und Wirtschaftlichkeit eines Straßenbauvorhabens, anderen Maßstäben unterliegen. Die Prüfung der Umweltverträglichkeit sollte im Ergebnis auch eine Folgeabschätzung der Auswirkung bei einer Einspeisung alternativer Verkehrsträger anstelle eines Ausbaus des Straßennetzes enthalten. Die Wirtschaftlichkeitsprüfung sollte dahingehend erweitert werden, dass Umweltfolgekosten verpflichtend neben den betriebswirtschaftlichen Aspekten des Straßenbauprojekts zu prüfen sind.

Mag.<sup>a</sup> Theresa Tisch ist Universitätsassistentin an der Fakultät für Rechtswissenschaften der Sigmund Freud PrivatUniversität Wien; [theresa.tisch@jus.sfu.ac.at](mailto:theresa.tisch@jus.sfu.ac.at)

---

49 Weiterführend siehe *Rechnungshof*, Verkehrsinfrastruktur des Bundes – Strategie, Planung, Finanzierung; Follow-up-Überprüfung, Bund 2021/33, [https://rechnungshof.gv.at/rh/home/home/home\\_3/Berichte\\_des\\_Rechnungshofes\\_im\\_Jahr\\_2021.html](https://rechnungshof.gv.at/rh/home/home/home_3/Berichte_des_Rechnungshofes_im_Jahr_2021.html) (6.6.2023) 31 f.

50 Vgl dazu auch *Hochreiter*; Rechtliche Lücken in der mobilitätsbezogenen Klimaschutzpolitik – Anlassfall Lobautunnel-Entscheid, RdU-UT 2023, 34 (36).

# Thema:

## Soziale Rechte von Migrant:innen

### Vorwort der Gastherausgeber:innen

Kevin Fredy Hinterberger / Johannes Peyrl / Michaela Windisch-Graetz /  
Lukas Winkler

---

#### 1. Einleitung

Die verschiedenen Formen der Migration fordern die österreichische Gesellschaft heraus und werden diese auch in Zukunft herausfordern. Für all diese Migrationsformen stellt sich die Frage, inwieweit zuwandernde Personen in den Arbeitsmarkt integriert werden und welche soziale Absicherung sie erfahren sollen. Einige Formen der Migration sind ausdrücklich erwünscht: So hat Österreich ua aufgrund seiner demografischen Entwicklung einen dringenden Bedarf an Arbeitskräften. Ausländische Arbeitskräfte werden inzwischen auf allen Qualifikationsniveaus gesucht. Mit Instrumenten wie der Rot-Weiß-Rot-Karte oder grenzüberschreitenden Arrangements im Pflegesektor sollen qualifizierte Personen aus Drittstaaten in einem globalen Wettbewerb um Arbeitskräfte nach Österreich geholt werden. In der Land- und Forstwirtschaft sind Saisoniers und Erntearbeiter:innen unentbehrlich. Mit anderen Formen der Migration tut sich Österreich dagegen schwer: Gesetzgebung und Verwaltung haben in den letzten Jahren versucht, die Arbeits- und Sozialrechtsordnung so zu gestalten, dass Personen aus Drittstaaten möglichst wenig motiviert werden, nach Österreich zu migrieren. Das gilt insb für schutzsuchende Personen. Ein möglichst effektiver Ausschluss von Asylwerber:innen vom Arbeitsmarkt und eine möglichst niedrige soziale Absicherung von Asylwerber:innen und subsidiär Schutzberechtigten sollen verhindern, dass Österreich als Asylland attraktiv scheint.

Aus dem Bedürfnis, den komplexen Schnittstellenbereich von Migration, Arbeit und Sozialem aus rechtswissenschaftlicher Perspektive besser zu verstehen und einige der vielen bestehenden Forschungslücken zu schließen, haben wir – Michaela Windisch-Graetz, Kevin Fredy Hinterberger und Johannes Peyrl – ein von der Arbeiterkammer Wien finanziertes Drittmittelprojekt am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien ins Leben gerufen. Zwei Jahre haben wir unter Einbeziehung vieler Expert:innen aus dem Bereich des Migrationsrechts Ringvorlesungen und Seminare zum Themenbereich Migration, Arbeitsmarkt und soziale Absicherung veranstaltet. Die im vorliegenden

Schwerpunkt abgedruckten Beiträge sind ein Teil der Ergebnisse dieser erkenntnisreichen zwei Jahre. An dieser Stelle sei ganz herzlich allen Kolleg:innen gedankt, die ihr Wissen mit uns und mit einer großen Zahl interessierter Studierender geteilt haben.

Im Zuge des Projekts wurde deutlich, dass Österreich mit Migrant:innen und deren Zugang zu sozialen Rechten – darunter verstehen wir in einem weiten Sinn „klassische“ soziale Rechte wie die Sozialhilfe und die Einbindung in das Sozialversicherungssystem, aber auch steuerfinanzierte Leistungen wie die Familienbeihilfe und den Zugang zum Arbeitsmarkt – ambivalent umgeht. Selbst bei jenen Arbeitskräften aus dem Ausland, die dringend gesucht werden, werden Ausschlusstendenzen sichtbar. So hat der österreichische Gesetzgeber etwa versucht, die Familienbeihilfe nach den Lebenshaltungskosten am Wohnort der Kinder zu indexieren, und hat damit insb jene Frauen getroffen, die als 24-Stunden-Pflegekräfte ihre Arbeitskraft österreichischen Haushalten zur Verfügung stellen. Österreich definiert sich nach wie vor nicht als Einwanderungsland. Jegliches Signal, dass Migration nach Österreich eine Option für Fremde sein könnte, soll unterbunden werden. Ebenfalls als ambivalent kann man die Haltung Österreichs deuten, sich einerseits völker-, unions- und verfassungsrechtlich an gleichheitsrechtliche Standards gebunden zu sehen, in der gesetzlichen Umsetzung dagegen dennoch beständig zu versuchen, insb schutzsuchende Personen an einer gleichberechtigten Integration in den Arbeitsmarkt und in das Sozialsystem zu hindern. Es liegt allerdings auch an der Rechtsordnung der Europäischen Union und dem Rechtsverständnis des EuGH, dass nicht alle Migrant:innen vollen Zugang zu den Sozialsystemen der Aufnahmestaaten bekommen müssen. Migrant:innen, die wirtschaftlich nicht aktiv sind – sei es als Wanderarbeitnehmer:innen, sei es als Selbständige – erwerben bei sozialer Bedürftigkeit grundsätzlich kein Aufenthaltsrecht in einem anderen Mitgliedstaat und damit keinen Anspruch auf sozialhilferechtliche Absicherung.

Der Leitgedanke der wirtschaftlichen Optimierung, der schon die Vorläuferinnen der nunmehrigen EU getragen hat, verleiht der Union in vielen Bereichen bis heute ihr charakteristisches Gepräge als Wirtschaftsunion, das sich bereits an den EU-Kompetenzen ablesen lässt (Art 2 ff AEUV). Ein monokausales Erklärungsmodell für den ambivalenten Umgang gerade mit jenen Arbeitskräften, die in der Union und ihren Mitgliedstaaten in zunehmendem Maße benötigt werden, vermag dieser Leitgedanke indessen nicht zu bieten. So war es in vielen Fällen gerade der EuGH, der so manchem mitgliedstaatlichen Bestreben Einhalt geboten hat, die sozialen Rechte von Nicht-Staatsbürger:innen direkt oder indirekt unter Verweis auf den Subsidiaritätsgedanken und die begrenzte Sozialrechtskompetenz der Union einzuschränken. Hinzu tritt der Befund, dass das Zuständigkeitsgefüge der EU in den letzten Jahrzehnten ausgerechnet in den Bereichen des Sozial- und Migrationsrechts entscheidende Ausweitungen erfahren hat und auch um eine umfassende (positivrechtliche) Grundrechtsbindung ergänzt wurde. Die Lage ist entsprechend komplex. Die Auswahl der Beiträge, die wir in diesen Schwerpunkt aufgenommen haben, verfolgt insofern in erster Linie das Ziel, einige Schlaglichter auf die konfliktieren-

den Interessenlagen zu werfen, die die Dynamik der Rechtsentwicklung in besonderem Maße ausmachen, anheizen und manchmal unverständlich erscheinen lassen.

## 2. Aufbau des Schwerpunkts

Der Aufbau des Schwerpunkts soll es ermöglichen, den Widerstreit von Inklusions- und Exklusionstendenzen nachzuvollziehen: Österreich braucht, wie sich in den Abhandlungen von *Maria Sagmeister* und *Lukas Winkler* zeigt, gerade in Branchen mit defizitären Beschäftigungsbedingungen dringend Arbeitskräfte aus dem Ausland, seien es solche von inner- oder außerhalb der EU. Diesbezüglich existieren durchaus Regeln und Mechanismen, auch wenn diese ihr volles Potenzial noch nicht entfaltet haben mögen. Allerdings werden die Rahmenbedingungen vielfach bewusst unattraktiv gestaltet, die Herstellung von Familieneinheit verunmöglicht und soziale Rechte beschränkt, was wiederum Gegenstand der letzten drei Beiträge von *Julia Bauer*, *Erika Kovács* und *Michaela Windisch-Graetz* ist. Sie zeigen auch, wie im Übrigen alle Beiträge, die besondere Rolle der Höchstgerichte – neben jener des EuGH insb auch die des EGMR, des VfGH und des VwGH – auf, denen es nicht selten zukommt, den (Grund-)Rechtsschutz auf weiter Flur allein wahrzunehmen.

Der erste Beitrag von *Johannes Peyrl* beleuchtet einige Problemfelder in den Randbereichen der Arbeitnehmer:innenfreizügigkeit, einem der wesentlichen Eckpfeiler des EU-Binnenmarktes. An der Qualifikation als Arbeitnehmer:in hängen in vielen Fällen das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht von EU-Bürger:innen und in weiterer Folge der Anspruch auf Gleichbehandlung mit Staatsbürger:innen des Aufnahmemitgliedstaats beim Bezug von sozialen Leistungen. Nun genießen Personen, die unselbständig arbeiten (von engen Ausnahmen abgesehen), den Schutz der Grundfreiheit des Art 45 AEUV. Die Erwerbstätigeneigenschaft kann aber in bestimmten Fällen auch nach Ende einer Erwerbstätigkeit aufrechterhalten bleiben. Im Fokus stehen bislang kaum beachtete Abgrenzungsfragen aus diesem Bereich, insb zur Karenzierung im Fall der Elternschaft.

*Maria Sagmeister* geht im zweiten Beitrag auf die prekären Arbeitsbedingungen von 24-Stunden-Pflegekräften ein und skizziert die umfangreichen Rechts- und Praxisprobleme im Bereich der häuslichen Betreuung in Österreich. Gerade im Sektor der (häuslichen) Pflege wird händeringend um Arbeitnehmer:innen geworben, wie als allgemein bekannt vorausgesetzt werden darf. Die institutionellen Vorzeichen, unter denen diese Entwicklungen stehen, weisen Mängel auf: Der Beitrag führt anschaulich vor Augen, dass diese die Förderung und Verfestigung zirkulärer Migrationsmuster nach sich ziehen. Großen Personalmangel, schwierige Arbeits- und Lebensbedingungen oder mangelhaften Schutz vor Ausbeutung gibt es jedoch nicht nur im Pflegebereich: *Lukas Winkler* widmet sich der besonders schutzbedürftigen Lage von Saisonarbeitskräften in der Landwirtschaft und stellt dabei einige der rechtlichen Garantien der SaisonarbeitsRL 2014/36/EU auf den Prüfstand der Rechtswirklichkeit: darunter einerseits das Erfordernis „an-

gemessener“ Unterkünfte (Art 20) und andererseits den aus Inklusionssicht zentralen Grundsatz der Gleichbehandlung mit Inländer:innen in Fragen der Beschäftigungsbedingungen und der sozialen Sicherheit (Art 23). Wie die vorangegangenen Beiträge geht auch diese Analyse der Frage nach, wie es um die faktische Situation steht, mit der sich eine Gruppe von Beschäftigten konfrontiert sieht, die sich des offensichtlich Unbequemen annehmen: in diesem Fall der Arbeit auf den Erntefeldern.

Die Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte hat Folgewirkungen: Entgegen der Wahrnehmung in weiten Teilen der Bevölkerung, aber auch in Politik und Medien, erfolgt ein Gutteil der Migration nach Österreich zum Zweck der Gründung oder Wiederherstellung der Familieneinheit. Bereits in der ersten Gastarbeiter:innengeneration war Familienzusammenführung (formell, aber auch oft informell) ein wichtiges Thema. Nach wie vor gibt es viele Normen, die das – oft unausgesprochene – Ziel haben, Familiennachzug zu beschränken. Dass es sich bei der staatlichen Unterstützung von „ausländischen“ Familien um ein besonders kontrovers diskutiertes Thema handelt, ergibt sich bereits aus dem ersten Beitrag des Schwerpunkts und wird im vierten Beitrag unmittelbar angesprochen: *Julia Bauer* untersucht das Recht auf Familienzusammenführung, wie es international Schutzberechtigten, also Flüchtlingen (bzw Asylberechtigten) und subsidiär Schutzberechtigten gewährt wird, und zeigt, wie über die Definition des „Familienangehörigen“ der Kreis von zu begünstigenden Personen enger oder weiter gezogen werden kann. Die Autorin bezieht sich dabei auf die jüngere Rechtsprechung des EuGH und des EGMR, die dem Recht auf Familienzusammenführung neue Konturen verleiht. Sie analysiert die Auswirkungen dieser Judikatur auf das nationale Recht und legt besonderes Augenmerk auf die unterschiedliche Rechtsstellung von Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten.

Die Indexierung der Familienbeihilfe durch den österreichischen Gesetzgeber, deren rechtliches Schicksal *Erika Kovács* analysiert, war ein Versuch, im Ausland lebende Familienangehörige von in Österreich tätigen Arbeitsmigrant:innen gegenüber in Österreich lebenden Familienangehörigen ungleich zu behandeln. Im einschlägigen Urteil *Europäische Kommission gegen Republik Österreich (C-328/20)* hat der EuGH festgestellt, dass die Einführung eines Anpassungsmechanismus bei der Familienbeihilfe und bei mehreren steuerlichen Vorteilen für Wanderarbeitnehmer:innen gegen die Sozialrechts-Koordinierungsverordnung VO 883/2004/EG und die Durchführungsverordnung VO 492/2011/EU verstößt. Die Autorin unterzieht dieses Urteil einer kritischen Analyse. Wenn schon die Frage zu Verwerfungen führt, ob wirtschaftlich aktive Migrant:innen mit im Ausland wohnhaften Kindern die gleichen Leistungen (für diese Kinder) erhalten sollen, oder ob diese nicht im Fall geringerer Lebenshaltungskosten im Ausland niedriger ausfallen sollten, und wenn bei wirtschaftlich *inaktiven* Unionsbürger:innen gar die Entstehung von Sozial- oder längerfristigen Aufenthaltsrechten ausgeschlossen ist, dann verwundert es nicht, dass die Diskussion um Sozialleistungen an wirtschaftlich *nicht aktive* Fluchtmigrant:innen besonders hitzig geführt wird. Das führt in der öffentlichen

Wahrnehmung zu Verzerrungen, die oft vermeidbar wären, wenn sie nicht ohnedies bewusst erzeugt oder immerhin genutzt werden.

Klare Signale, dass Österreich kein Einwanderungsland ist und auch Fluchtmigration in Schranken gehalten werden soll, sendeten die Mindestsicherungs- und Sozialhilfegesetze seit dem Jahr 2016. Der Ausländer:innenanteil unter den Sozialhilfebezieher:innen übersteigt inzwischen jenen der österreichischen Staatsbürger:innen. *Michaela Windisch-Graetz* analysiert im sechsten und letzten Beitrag die Ambitionen des österreichischen Bundes- und einiger Landesgesetzgeber, soziale Unterstützung für neu zugewanderte Drittstaatsangehörige gegenüber Personen, die bereits länger in Österreich wohnhaft sind, zu kürzen. Leistungskürzungen für Neuzugewanderte sollen abschreckend wirken und damit einer der angenommenen Pull-Faktoren für Migration beseitigt werden. Der VfGH und der EuGH zeigten diesen Versuchen jedoch ihre rechtlichen Grenzen auf.

Kevin Frey Hinterberger ist Redaktionsmitglied des *juridikum* und juristischer Referent in der Arbeiterkammer Wien; kevin.hinterberger@akwien.at

Johannes Peyrl ist Migrationsrechtsexperte und arbeitet in der Arbeiterkammer Wien; johannes.peyrl@akwien.at

Michaela Windisch-Graetz ist Universitätsprofessorin für Arbeits- und Sozialrecht sowie Europäisches Wirtschaftsrecht an der Universität Wien; michaela.windischgraetz@univie.ac.at

Lukas Winkler war zwischen 2019 und 2023 als Studienassistent am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien tätig; lukas.winkler@univie.ac.at

# Regeln und Grenzen der Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft und des Bezuges sozialer Leistungen von Unionsbürger:innen

Johannes Peyrl

---

## 1. Einleitung<sup>1</sup>

Soziale Rechte von Unionsbürger:innen stehen immer wieder im Fokus der juristischen Debatte, insb die Urteile des EuGH zu Sozialhilfe,<sup>2</sup> Ausgleichszulage und unionsrechtlichem Aufenthaltsrecht<sup>3</sup> sind in der Literatur breit diskutiert worden.<sup>4</sup> An der Schnittstelle von unionsrechtlichem Aufenthaltsrecht zu sozialen Leistungen gibt es aber andere Problemkreise, die deutlich weniger Aufmerksamkeit erfahren. Daher sollen im Folgenden Rechtsfragen der Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft von Unionsbürger:innen im Fall der Elternschaft sowie generell nach Ende eines Arbeitsverhältnisses beleuchtet werden.

Arbeitnehmer:innenfreizügigkeit ist ein wesentlicher Grundpfeiler der EU. An der Qualifikation als Arbeitnehmer:in hängt in vielen Fällen das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht von Unionsbürger:innen, schließlich ist Erwerbstätigkeit idR Voraussetzung für ein Aufenthaltsrecht von mehr als drei Monaten. In weiterer Folge ist der Anspruch auf Gleichbehandlung mit Staatsbürger:innen des Aufnahmemitgliedstaats beim Bezug von sozialen Leistungen ebenfalls an einen rechtmäßigen Aufenthalt geknüpft.<sup>5</sup> Nun genießen Personen, die unselbständig arbeiten (von Abgrenzungsfällen wie völlig untergeordneter Erwerbstätigkeit abgesehen<sup>6</sup>), den Schutz der Arbeitnehmer:innenfreizügigkeit des Art 45 AEUV. Gleiches gilt im Wesentlichen für arbeitsuchende Personen.<sup>7</sup> Die Erwerbs-

---

1 Bei diesem Beitrag handelt es sich um eine überarbeitete und aktualisierte Version des Beitrags „Regeln und Grenzen der Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft und des Bezuges sozialer Leistungen“, erschienen in *Egger/Raffener/van Staa*, Arbeitsrecht, Gesellschaftspolitik und Europa, Liber amicorum Johann Egger (2022), 167.

2 Siehe hierzu den Beitrag von *Windisch-Graetz* in diesem Schwerpunkt: *Windisch-Graetz*, Gleiche Sozialhilfe (gleich für alle? *juridikum* 2023, 406.

3 EuGH 19.9.2013, C-140/12, *Brey*, ECLI:EU:C:2013:565; EuGH 11.11.2014, C-333/13, *Dano*, ECLI:EU:C:2014:2358; EuGH 15.9.2015, C 67/14, *Alimanovic*, ECLI:EU:C:2015:597.

4 Siehe anstatt vieler *Niksova*, Zugang zu Sozialleistungen für wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger, *ZAS* 2017, 305 bzw *Karl*, Sozialversicherung und Auslandsbezug: positive und negative Entwicklungen, *DRdA* 2018, 371.

5 Art 7 VO (EU) 492/2011 des EP und des Rates v 5.4.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl L 2011/141, 1.

6 *Junker*, Der europäische Arbeitnehmerbegriff und seine Auswirkungen auf das nationale Arbeitsrecht, in *GedS Rebhahn*, 2019, 177–190 (180 f).

7 EuGH 26.02.1991, C-292/89, *Antonissen*, ECLI:EU:C:1991:80.

tätigeneigenschaft kann aber in bestimmten Fällen auch nach Ende einer Erwerbstätigkeit aufrechterhalten bleiben, wobei gem Art 7 Abs 3 RL 2004/38/EG<sup>8</sup> nach Dauer der vorangegangenen Erwerbstätigkeit bzw dem Zweck der Unterbrechung differenziert wird.

## 2. Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft bei Unterbrechung aus Gründen der Elternschaft

### 2.1. Problemstellung

Zu untersuchen ist, für welchen Zeitraum Unionsbürger:innen, die noch kein Daueraufenthaltsrecht erworben haben,<sup>9</sup> für die Zeit nach Aufgabe der Erwerbstätigkeit aus Gründen der Elternschaft ihre Eigenschaft als Arbeitnehmer:innen iSd Art 45 AEUV behalten und daher gem Art 7 VO 492/2011 Anspruch auf gleiche soziale Vergünstigungen<sup>10</sup> sowie gem Art 24 RL 2004/38/EG Anspruch auf Gleichbehandlung mit eigenen Staatsbürger:innen haben.

Gem Art 7 Abs 3 RL 2004/38/EG wird die Erwerbstätigeneigenschaft in einzelnen Fällen, insb bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit,<sup>11</sup> aber auch nach Arbeitsunfällen und Krankheit auch nach dem Ende eines Arbeitsverhältnisses aufrechterhalten. Elternkarenz bzw vorübergehende Aufgabe einer Erwerbstätigkeit aufgrund Elternschaft ist nicht explizit als solcher Grund in Art 7 Abs 3 RL 2004/38/EG festgehalten.

### 2.2. Das EuGH Urteil *Saint Prix*

Der EuGH hat in der Rs *Saint Prix*<sup>12</sup> klargestellt, dass die Arbeitnehmer:inneneigenschaft auch in anderen als den explizit in der RL festgehaltenen Fällen aufrechterhalten werden kann und ausgesprochen, dass Art 45 AEUV dahin auszulegen ist, dass eine Frau, die ihre Erwerbstätigkeit oder Arbeitssuche wegen der körperlichen Belastungen im Spätstadium ihrer Schwangerschaft und nach der Geburt des Kindes aufgibt, die Arbeitnehmer:inneneigenschaft behält, sofern sie innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der Geburt ihres Kindes ihre Beschäftigung wieder aufnimmt oder eine andere Stelle findet.<sup>13</sup> Der EuGH verweist zunächst auf die nach stRsp weite Auslegung des Arbeitnehmer:innenbegriffs des Art 45 AEUV<sup>14</sup> und darauf, dass die Arbeitnehmer:inneneigen-

---

8 Richtlinie 2004/38/EG des EP und des Rates v 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten geändert durch VO (EU) 492/2011 des EP und des Rates v 5.4.2011, ABl L 2011/141,1.

9 IdR nach fünf Jahren rechtmäßiger Niederlassung, vgl Art 16 f RL 2004/38/EG.

10 Siehe hierzu auch den Beitrag von Kovács in diesem Schwerpunkt: Kovács, Die Indexierung von Familienleistungen. Eine unionsrechtliche Bewertung, *juridikum* 2023, 395.

11 Siehe dazu unten Pkt 4.3.

12 EuGH 19.6.2014, C-507/12, *Saint Prix*, ECLI:EU:C:2014:2007.

13 EuGH *Saint Prix* Rn 47.

14 Hinweis auf EuGH 21.02.2013, C 46/12, N, ECLI:EU:C:2013:97, Rn 39.

schaft nicht in allen Fällen vom tatsächlichen Bestehen oder Fortbestehen eines Arbeitsverhältnisses abhängt.<sup>15</sup> Daher kann diese auch im Fall einer Elternschaft weiter vorliegen, sofern Unionsbürger:innen innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der Geburt des Kindes ihre Beschäftigung wieder aufnehmen oder eine andere Beschäftigung finden.<sup>16</sup> Gleiches gilt auch für die Aufrechterhaltung einer selbständigen Erwerbstätigkeit, wie der EuGH im Urteil *Daknėviciute* festgehalten hat.<sup>17</sup> Bei gemeinsamer Betrachtung der Urteile *Saint Prix* und *Daknėviciute* wird klar, dass der EuGH offenbar nicht Art 7 Abs 3 RL 2004/38/EG als demonstrative Aufzählung versteht, sondern weitere Möglichkeiten der Beibehaltung bzw Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft in einer primärrechtskonformen Auslegung des Art 7 Abs 1 RL 2004/38/EG begründet sieht.<sup>18</sup>

### 2.3. Restriktive Auslegung des VwGH

Der VwGH hat unter Bezugnahme auf dieses Urteil eine mE deutlich zu restriktive Herangehensweise gewählt und ausgesprochen, dass die Erwerbstätigeneigenschaft nur während der Zeit des Mutterschutzes, nicht aber für die Zeit einer Elternkarenz vorliegt und aus diesem Grund einen Mindestsicherungsanspruch (im Anlassfall nach dem Salzburger MindestsicherungsG) verneint.<sup>19</sup> Für die Anwendung im österreichischen Recht bleibt daher die Frage zu klären, welcher Zeitraum in Österreich als angemessen zu betrachten ist, innerhalb dessen wieder eine Erwerbstätigkeit (bzw uU Arbeitsuche) aufgenommen werden muss, um die Erwerbstätigeneigenschaft nicht zu verlieren.

Der EuGH nennt keinen expliziten Zeitraum und judiziert in Rn 42 des Urteils *Saint Prix*, dass zur Beurteilung dieses Zeitraumes nationales Recht (in Einklang mit dem geltenden Unionsrecht) relevant sei. Umgelegt auf das österreichische Recht kommen grundsätzlich folgende Möglichkeiten zur Festsetzung eines „angemessenen Zeitraums“ in Betracht: Zeiten des Beschäftigungsverbotese iSd MSchG<sup>20</sup> bzw Zeiten einer Elternkarenz und/oder des Bezuges von Kinderbetreuungsgeld (in seinen unterschiedlichen Varianten). Weiters ist fraglich, ob bzw in welcher Form Väter sich ebenfalls auf die Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft stützen können.

Unstrittig ist, dass jedenfalls für die Zeit des Beschäftigungsverbotese gem §§ 3 und 5 MSchG die Erwerbstätigeneigenschaft aufrechterhalten wird.<sup>21</sup> Im Erk Ro 2015/10/0019 hat der VwGH ausgesprochen, dass über die Zeit des Mutterschutzes hinaus keine Auf-

15 EuGH *Saint Prix* Rn 37 mit Hinweis auf EuGH 21.6.1988, 39/86, *Lair*, EU:C:1988:322, Rn 31 und 36.

16 EuGH *Saint Prix* Rn 41 mit Verweis auf EuGH 29.04.20004, C-482/01 und C-493/01, *Orfanopoulos und Oliveri* EU:C:2004:262, Rn 50.

17 EuGH 19.9.2019, C-544/18, *Daknėviciute*, ECLI:EU:C:2019:761, Rn 34.

18 EuGH *Daknėviciute* Rn 27 ff unter Hinweis auf EuGH *Saint Prix*, Rn 30.

19 VwGH 11.08.2017, Ro 2015/10/0019.

20 Mutterschutzgesetz 1979 – MSchG BGBl 1979/21 idF BGBl I 2020/160.

21 Gleiches muss auch bei verlängertem Beschäftigungsverbot zB bei Kaiserschnitt bzw bei einem früher eintretenden Verbot gem § 3 Abs 3 MSchG gelten.

rechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft iSd Art 7 Abs 1 bzw 3 RL 2004/38/EG möglich sei. Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass der EuGH judiziert habe, dass körperliche Belastungen während der Schwangerschaft und unmittelbar nach der Geburt des Kindes, die eine Frau zur vorübergehenden Aufgabe ihrer Erwerbstätigkeit zwingen würden, nicht zum Verlust der Arbeitnehmer:inneneigenschaft führen könnten; der VwGH schließt daraus, dass von der Aufrechterhaltung der Erwerbstätigkeit nur Zeiten des Mutterschutzes, nicht aber der nachfolgenden Elternkarenz umfasst seien.<sup>22</sup> Der VwGH vertritt die Auffassung, dass der EuGH im Urteil *Saint Prix* die Voraussetzungen der Beibehaltung der Arbeitnehmer:inneneigenschaft „eng gefasst“ habe und begründet dies mit dem Verweis des EuGH auf Art 8 RL 92/95/EWG<sup>23</sup> sowie der Wortfolge „kurzzeitigen Aufgabe ihrer Erwerbstätigkeit“.<sup>24</sup>

#### 2.4. Rechtsansicht des VwGH ist nicht mit Unionsrecht vereinbar

Gegen diese enge Auslegung lassen sich aber mehrere Argumente vorbringen. Der EuGH betont in stRsp, dass in Fragen der Arbeitnehmer:innenfreizügigkeit eine weite Auslegung geboten sei, da diese eine im AEUV festgelegte Grundfreiheit betreffen würden.<sup>25</sup> Die Ausführungen in Rn 42 und 44 des Urteils *Saint Prix*, auf die der VwGH Bezug nimmt, sind mE schlicht dem Ausgangssachverhalt geschuldet,<sup>26</sup> da die Betreffende im sechsten Schwangerschaftsmonat ihre Beschäftigung aufgegeben, den Antrag auf Beihilfe elf Wochen vor dem errechneten Entbindungstermin gestellt und schon drei Monate nach der vorzeitigen Geburt neuerlich eine Erwerbstätigkeit aufgenommen hat. Der Zeitraum der nach den Worten des vorlegenden Gerichts „vernünftigen“ freiwilligen Aufgabe der Erwerbstätigkeit war aber trotzdem länger als die in § 3 MSchG vorgesehene 16-Wochenfrist. Daraus wird klar, dass selbst in dem EuGH Urteil, das der VwGH (richtigerweise) zur Lösung der Frage heranzieht, die Erwerbstätigeneigenschaft länger als 16 Wochen erhalten blieb. Ein bloßes Abstellen auf das Beschäftigungsverbot gem § 3 MSchG bleibt somit hinter dem EuGH Urteil zurück. Zwar ist richtig, dass der EuGH auf Art 8 RL 92/95/EWG verweist und diese Bestimmung Mindestzeiten des Mutterschaftsurlaubs vor und nach Entbindung regelt, dh tatsächlich ein Beschäftigungsverbot normiert, es sprechen aber mE gute Gründe dafür, diesen Verweis nicht als abschließend zu betrachten: Der EuGH verweist mehrfach auf die weite Auslegung des Art 45 AEUV,

22 VwGH Erk 11.8.2017, Ro 2015/10/0019, Rn 20.

23 Richtlinie 92/85/EWG des Rates v 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz, ABl L 92/348, 1.

24 EuGH *Saint Prix* Rn 44.

25 *Windisch-Graetz* in *Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV Art 45 Rn 1 und 9 (Stand 9/2019).

26 Zwar formuliert der EuGH durchaus Vorlagefragen um (*Windisch-Graetz*, Zugang zu Sozialleistungen unter Berücksichtigung des Aufenthaltsstatus, DRdA 2015, 444), muss aber eine Antwort auf die Rechtsfrage des konkreten Ausgangssachverhalts geben, siehe EuGH 4.9.2014, C-119/13 und C-120/13, *Eco Cosmetics und Raiffeisenbank*, ECLI:EU:C:2014:2144, Rn 32.

weitere ist im britischen Recht der Regelmutterschaftsurlaub deutlich länger als das Beschäftigungsverbot gem § 3 MSchG.<sup>27</sup>

Wesentlich ist, dass der EuGH explizit auf die Bestimmung des Art 16 Abs 3 RL 2004/38/EG verweist, in der geregelt wird, dass für die Erlangung eines Daueraufenthaltsrechts in einem anderen Mitgliedstaat eine Abwesenheit von höchstens zwölf aufeinanderfolgenden Monaten aus wichtigen Gründen wie Schwangerschaft und Geburt unschädlich ist. Damit dieser Verweis nicht ins Leere gehen soll, muss er so verstanden werden, dass par analogiam eine Nichtausübung der Erwerbstätigkeit aus diesen Gründen für bis zu einem Jahr die Erwerbstätigeneigenschaft nicht erlöschen lässt. Umgekehrt machen die Verweise des EuGH auf Art 8 RL 92/95/EWG und Art 16 Abs 3 RL 2004/38/EG mE aber deutlich, dass im Unionsrecht eine zeitliche Grenze der Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft begründet wird. Es wird daher (von Ausnahmefällen abgesehen) jedenfalls möglich sein, für ein Jahr diese Erwerbstätigeneigenschaft aufrechtzuerhalten. Liegt aber wie im Ausgangssachverhalt des oa VwGH Erk ein aufrechtes (wenn auch karenziertes) Dienstverhältnis vor, wäre mE nicht einzusehen, dass während eines aufrechten Dienstverhältnisses die Arbeitnehmer:inneneigenschaft verloren gehen kann, wenn diese Karenz zum einen zeitlich klar begrenzt ist und zum anderen aus von der Rechtsordnung ausdrücklich anerkannten Grund angetreten wird.<sup>28</sup>

Das Ergebnis wird auch dadurch gestützt, dass bei der engen, vom VwGH gewählten Auslegung es für Väter gänzlich ausgeschlossen wäre, die Erwerbstätigeneigenschaft aufrechtzuerhalten, wenn diese eine Elternkarenz gem § 2 ff VKG<sup>29</sup> in Anspruch nehmen und/oder Kinderbetreuungsgeld beziehen. Zwar besteht gem § 1a VKG unter bestimmten Voraussetzungen auch für Väter für die Dauer von einem Monat Anspruch auf Freistellung anlässlich der Geburt eines Kindes, diese Freistellung ist aber nicht mit dem Beschäftigungsverbot gem § 3 ff MSchG vergleichbar.<sup>30</sup> Selbst wenn davon ausgegangen werden muss, dass jedenfalls für die Dauer dieser Freistellung auch für Väter eine Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft gegeben ist, bliebe bei einer solchen Auslegung das Gleichbehandlungsproblem bestehen, da ein Beschäftigungsverbot von idR 16 Wochen nicht mit einem von diversen Voraussetzungen abhängigen<sup>31</sup> Anspruch auf Freistellung für Väter zu vergleichen ist.<sup>32</sup>

27 Siehe dazu GA *Wahl*, SA v 12.12.2013 zu C-507/12, *Saint Prix*, ECLI:EU: C:2013: 841, Rn 10.

28 Beachte in diesem Zusammenhang auch Art 15 und 16 RL 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl L 2006/204, 23 über Rechte bei Rückkehr aus Mutterschafts- oder Vaterschaftsurlaub.

29 Bundesgesetz, mit dem Karenz für Väter geschaffen wird (Väter-Karenzgesetz – VKG), BGBl 1989/651 idF BGBl I 2020/153.

30 Außerdem trat diese Bestimmung am 1.9.2019 in Kraft (BGBl I 2019/73), zum Zeitpunkt dieses VwGH Erk gab es diese daher noch gar nicht.

31 Insb gemeinsamer Haushalt mit dem Kind, vgl § 1a Abs 1VKG.

32 Offenbar aA *Gerhartl*, Ausschluss von Unionsbürgern von Sozialleistungen, ASoK 2018, 64, demzufolge die Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft nur aus einer „besonderen Schutzbedürftigkeit von Frauen“ resultiert.

## 2.5. Ergebnis

Die mE auf Basis der EuGH Urteile *Saint Prix* sowie *Daknevičiute* korrekte Lösung für die Rechtsfrage ist, dass die Erwerbstätigeneigenschaft während Elternkarenz und/oder Kinderbetreuungsgeldbezug (allerdings höchstens für die Dauer eines Jahres) aufrechterhalten wird. Eine völlige Außerachtlassung des Verweises auf Art 16 RL 2004/38/EG wäre schon deshalb nicht sachgerecht, weil der EuGH diese Regelung klar erkennbar als Interpretationshilfe heranzieht. Hätte der EuGH nur die bloßen Fälle des Mutterschaftsurlaubs als Aufrechterhaltung erfasst wissen wollen, hätte es dieses Verweises nicht bedurft.

Die Ableitung des VwGH, dass die Arbeitnehmer:inneneigenschaft nur während des Zeitraums des Beschäftigungsverbots gem MSchG, aber nicht während eines weiterhin aufrechten, wenn auch aus Gründen der Elternschaft karenzierten Dienstverhältnisses aufrechterhalten wird, lässt sich aus diesem EuGH Urteil nicht begründen. Aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art 45 AEUV und der Pflicht von nationalen Gerichten, die subjektiven Rechte von Unionsbürger:innen zu wahren, hätte der VwGH mE dem EuGH diese Frage zur Vorabentscheidung gem Art 267 AEUV vorlegen müssen; ein *acte clair*<sup>33</sup> liegt keinesfalls vor.

In einem thematisch verwandten Fall hat der VwGH (mE zu Recht) genau gegenteilig entschieden: Gemäß § 3 Abs 4 FLAG<sup>34</sup> erhalten subsidiär schutzberechtigte Personen lediglich ua dann Familienbeihilfe, wenn sie unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind. Der VwGH hat ausgesprochen, dass unter Erwerbstätigkeit in diesem Sinn auch ein karenziertes Dienstverhältnis anzusehen ist.<sup>35</sup> Begründet hat der VwGH dies ua damit, dass das Dienstverhältnis schließlich unverändert aufrecht bliebe, nur die Arbeitspflicht sowie die Entgeltspflicht als Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis würden ruhen.<sup>36</sup> Natürlich sind die Rechtsfragen nicht gänzlich gleichzusetzen, aber dennoch vergleichbar, geht es doch in beiden Fällen um die Rechtswirkungen eines aufrechten, aber karenzierten Dienstverhältnisses. Dieses Erk spricht daher mE dafür, dass die Erwerbstätigeneigenschaft auch während einer Elternkarenz innerhalb der oa Grenzen erhalten bleiben muss, da aufgrund des Verweises des EuGH auf innerstaatliches Recht<sup>37</sup> dieses Erk auch für die hier gegenständliche Frage relevant ist.

---

33 Grundsätzlich besteht eine Vorlageverpflichtung bei jeder sich stellenden Auslegungsfrage des Europarechts (EuGH 6.10.1982, C-283/81, *CILFIT*, ECLI:EU:C:1982:335, Rn 11 f), keine Vorlagepflicht besteht nur dann, wenn eine Auslegungsfrage nicht entscheidungserheblich oder bereits entschieden ist oder die Auslegung des Europarechts offenkundig erscheint, Mayer, Verfassungsgerichtsbarkeit, in *von Bogdandy/Bast*, Europäisches Verfassungsrecht<sup>2</sup> (2009) 559 (563).

34 Familienlastenausgleichsgesetz BGBl 1967/367 idF BGBl I 2020/135.

35 VwGH 18.10.2022, Ro 2021/16/0008.

36 VwGH 18.10.2022, Ro 2021/16/0008 unter Verweis auf *Wolfsgruber-Ecker* in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2018) § 15 MSchG Rz 3.

37 EuGH *Saint Prix* Rn 42.

Diese Frage hat auch praktische Auswirkungen: Sozialhilfe muss nach der mittlerweile verfestigten Judikatur des EuGH idR nur dann gewährt werden, solange Erwerbstätigeneigenschaft nach Art 7 RL 2004/38/EG aufrechterhalten wird.<sup>38</sup> Relevant ist die Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft aber nicht nur für Sozialhilfe, sondern insb auch für die Gewährung von Kinderbetreuungsgeld und Familienbeihilfe: Gem § 3 Abs 1 FLAG und § 2 Abs 1 Z 5 KBGG<sup>39</sup> jeweils iVm § 9 NAG<sup>40</sup> ist für den Bezug dieser Leistungen ein rechtmäßiger Aufenthalt nötig. Dieser wird durch Erteilung einer Anmeldebescheinigung bestätigt.<sup>41</sup> Der EuGH hat nicht nur im Bereich der Sozialhilfe, sondern auch für die Leistungen im Anwendungsbereich der VO 883/2004<sup>42</sup> nationale Regelungen akzeptiert, nach denen nur aufenthaltsberechtigzte Personen Familienleistungen in einem anderen Mitgliedstaat beziehen können.<sup>43</sup>

In vielen Fällen wird zwar unabhängig von der hier besprochenen Frage ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht vorliegen, etwa weil schon ein Daueraufenthaltsrecht erworben wurde, weil die:der Ehegatt:in zB ebenfalls aufenthaltsberechtigzte:r Unionsbürger:in ist oder weil aufgrund ausreichender Unterhaltsmittel und Krankenversicherung gem Art 7 Abs 1 Z 2 RL 2004/38/EG ein Recht auf Aufenthalt gegeben ist. Aber insb für alleinerziehende Mütter/Väter oder in Konstellationen, in denen nur ein:e Partner:in erwerbstätig ist und diese:r eben die Erwerbstätigkeit aufgrund Elternschaft unterbricht, ist die Frage der Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft auch praktisch enorm wichtig.

### 3. Rechtsfragen in Zusammenhang mit Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft nach Ende eines Arbeitsverhältnisses

#### 3.1. Beschränkung der Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft nach kurzem Dienstverhältnis möglich?

Fraglich kann sein, ob die Erwerbstätigeneigenschaft auch im Anschluss an ein sehr kurzes Arbeitsverhältnis für mindestens sechs Monate aufrechterhalten wird oder ob für diese Aufrechterhaltung eine gewisse Nachhaltigkeit der vorangegangenen Erwerbstätigkeit nötig ist. Der EuGH hat in stRsp zum Begriff der unselbständigen Arbeit als wesentlichstes Merkmal definiert, dass während einer bestimmten Zeit für eine:n anderen

38 Siehe dazu anstatt vieler *Devetzi/Schreiber*, Diskriminierungsfreier Zugang zu Sozialleistungen – nur noch nach Maßgabe der Unionsbürger-Richtlinie, Zesar 01/16, 15.

39 Kinderbetreuungsgeldgesetz (KBGG) BGBl I 2001/103 idF BGBl 2022/225.

40 Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG) BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2022/221.

41 Da sich das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht unmittelbar aus Europarecht ergibt, müssen diese Leistungen letztlich auch ohne konkretes Vorliegen einer Anmeldebescheinigung möglich sein (etwa wenn diese aus Behördensäumnis nicht erteilt wird), solange ein Aufenthaltsrecht vorliegt.

42 VO (EG) 883/2004 des EP und des Rates v 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit geändert durch VO (EU) 2019/1149 des EP und des Rates v 20.6.2019, ABi L 2019/186, 21.

43 EuGH 14.6.2016, C-308/14, *EK/UK*, ECLI:EU:C:2016:436, Rn 68 ff, zu Recht kritisch *Felten*, Beschränkter Zugang zu Sozialleistungen für Unionsbürger, DRdA 2017, 97.

nach dessen:deren Weisung Leistungen erbracht werden, für die als Gegenleistung eine Vergütung bezahlt wird.<sup>44</sup> Explizit unschädlich für diese Begriffsdefinition ist, wenn lediglich eine geringe Anzahl von Wochenstunden gearbeitet wird<sup>45</sup> oder die betreffende Person nur eine geringe Vergütung erhält.<sup>46</sup> Außer Betracht bleiben lediglich Tätigkeiten, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen.<sup>47</sup>

Wenn ein solches kurzes Dienstverhältnis in diesem Sinn von der Arbeitnehmer:innen-freizügigkeit gem Art 45 AEUV umfasst ist, bleibt die Frage, ob gem Art 7 Abs 3 lit c RL 2004/38/EG die Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft für mindestens sechs Monate davon abhängig gemacht werden darf, dass diese Tätigkeit eine gewisse Nachhaltigkeit hatte. Art 7 Abs 3 RL 2004/38/EG kennt zwei Abstufungen der Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft und differenziert, ob eine Erwerbstätigkeit länger oder kürzer als ein Jahr gedauert hat: Im ersten Anwendungsfall bleibt die Erwerbstätigeneigenschaft grundsätzlich unbefristet aufrecht, hat die Erwerbstätigkeit kürzer als ein Jahr gedauert, wird diese für mindestens sechs Monate aufrechterhalten. Der EuGH hat klar ausgesprochen, dass auch nach einem kurzen Dienstverhältnis (hier: zwei Wochen) die Erwerbstätigeneigenschaft unter den Voraussetzungen des Art 7 Abs 3 lit b RL 2004/38/EG (insb unfreiwillige Arbeitslosigkeit und Meldung bei der Arbeitsmarktverwaltung) aufrechterhalten bleibt.<sup>48</sup> Es gibt daher keine Mindestbeschäftigungsdauer für die Frage der Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft,<sup>49</sup> sodass diese – bei Erfüllung der Voraussetzungen – auch nach einer sehr kurzen Erwerbstätigkeit eintritt.<sup>50</sup> An diesem Ergebnis kann auch ErwGr 10 RL 2004/38/EG nichts ändern, wonach Unionsbürger:innen die Sozialhilfe nicht „unangemessen“ in Anspruch nehmen sollen.<sup>51</sup>

### 3.2. Wann muss die Meldung an die Arbeitsmarktverwaltung erfolgen?

Die Rechtsfolge der Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft nach Ende des Arbeitsverhältnisses tritt wie ausgeführt nur ein, wenn sich die Unionsbürger:innen dem

---

44 EuGH 3.7.1986, C-66/85, *Lawrie Blum*, Rn 17; EuGH 11.9.2008, C-228/07, *Petersen*, ECLI:EU:C:2008:494, Rn 45.

45 EuGH 4.2.2010, C-14/09, *Hava Genc*, ECLI:EU:C:2010:57, Rn 26 zu einer Arbeit von lediglich 5,5 Stunden pro Woche.

46 EuGH *Lawrie Blum* Rn 21.

47 Siehe dazu anstatt vieler EuGH 4.2.2010, C-14/09, *Hava Genc*, Rn 26. Siehe aber EuGH 26.2.1992, C-357/89, *Raulin*, ECLI:EU:C:1992:87, Rn 14, wonach im Rahmen eines Vertrags über Gelegenheitsarbeit die tatsächlich erbrachten Leistungen zu berücksichtigen sind und diese ein Anhaltspunkt dafür sein können, dass die ausgeübten Tätigkeiten nur untergeordnet und unwesentlich sind.

48 EuGH 11.4.2019, C-483/17, *Tarola*, ECLI:EU:C:2019:309, Rn 58, siehe auch GA *Szpunar*, SA v 15.11.2018 zu C-483/17, ECLI:EU:C:2018:919, Rn 58.

49 Zur Geltung bei selbständiger Erwerbstätigkeit siehe EuGH 20.12.2012, C-442/16, *Gusa*, ECLI:EU:C:2017:1004, Rn 43 ff.

50 Allerdings weist der EuGH explizit darauf hin, dass Sozialleistungen in diesem Fall nur gewährt werden müssen, wenn diese auch eigenen Staatsbürger:innen nach sehr kurzem Dienstverhältnis zustehen (EuGH *Tarola* Rn 56); zur Kritik bzgl möglicher mittelbarer Diskriminierung *Peyrl*, Unionsrechtliches Aufenthaltsrecht durch Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft auch nach kurzem Dienstverhältnis, zu EuGH C-483/17, DRdA 2019, 513.

51 In diesem Sinn GA *Szpunar*, SA v 15.11.2018 zu C-483/17, *Tarola*, ECLI:EU:C:2018:919, Rn 53 ff.

zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung stellen.<sup>52</sup> Welches zeitliche Naheverhältnis für die Meldung nach Ende des Dienstverhältnisses vorliegen muss, bestimmt explizit weder die RL noch die (unbedenkliche) Umsetzung in § 51 NAG.

Mit dem Argument, es handle sich um eine „Aufrechterhaltung“ und nicht um ein „nachträgliches Wiedererleben“ der Erwerbstätigeneigenschaft hat der VwGH judiziert, dass eine Meldung beim Arbeitsmarktservice erst zwei Wochen nach Ende des (im Anlassfall aber sehr kurzen) Dienstverhältnisses keine Aufrechterhaltung bewirken könne.<sup>53</sup> In diesem Fall hätte die Meldung beim AMS (viel) zeitnäher erfolgen müssen. Allerdings betont der VwGH, dies sei eine „fallbezogene“ Entscheidung, auf Abgrenzungsfragen müsse in diesem Judikat nicht eingegangen werden.<sup>54</sup>

Somit ist zu klären, wann noch von einer Aufrechterhaltung ausgegangen werden kann und ab wann (mangels Wiedererleben) eine Meldung beim AMS zu spät erfolgt. Bei wörtlicher Betrachtung des VwGH Erkenntnisses (der EuGH hat sich bislang nicht zu diesem Problemfeld geäußert) müsste davon ausgegangen werden, dass die Meldung stets am nächsten Werktag erfolgen müsse; das kann aber mE nicht in allen Fällen gelten:

Es ist kaum zu beanstanden, dass ein „Loch“ von 14 Tagen nach einem sehr kurzen Dienstverhältnis keine Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft bewirkt. Eine Meldung innerhalb von 14 Tagen nach etwa einem vierjährigen Dienstverhältnis wird dagegen (insb wenn die Gründe für die leichte Verzögerung nachvollziehbar sind<sup>55</sup>) mE durchaus eine Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft bewirken. Eine andere Auslegung, insb wenn in allen Fällen eine nicht am nächsten Tag erfolgte Meldung beim Arbeitsamt als zu spät betrachtet würde, wäre mE mit der gebotenen weiten Auslegung der Arbeitnehmer:innenfreizügigkeit und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht zu vereinbaren.

Die Meldung, mit der Betroffene sich daher nach Ende ihres Dienstverhältnisses beim Arbeitsamt zur Verfügung stellen, muss daher zeitnah erfolgen. Eine Beurteilung, wann eine Meldung noch als rechtzeitig erkannt werden kann, ist aber nur im jeweiligen Einzelfall möglich.

### 3.3. Bedeutung des Terminus „unfreiwillige Arbeitslosigkeit“

Die Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft (je nach Dauer des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses) wird gem Art 7 Abs 3 lit b und c RL 2004/38/EG jeweils nur dann aufrechterhalten, wenn sich die Unionsbürger:innen bei „ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit“ auch dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung

52 Gem § 51 Abs 2 Z 2 bzw 3 NAG ist dies in Österreich die zuständige regionale Geschäftsstelle des AMS.

53 VwGH 30.4.2019, Ra 2017/10/0050, Rn 18. Ähnlich LVwG Tirol 28.8.2019, LVwG-2019/45/1404-1, wonach eine Meldung einen Monat nach einer Lösung des Dienstverhältnisses im Probemonat und damit „nach einem Sechstel des Zeitraumes der Aufrechterhaltung“ der Erwerbstätigeneigenschaft nicht ausreichend sei.

54 VwGH 30.4.2019, Ra 2017/10/0050, Rn 19.

55 ZB ein länger geplanter Urlaub.

stellen. Diese Personen müssen sich beim AMS zumindest arbeitsuchend melden,<sup>56</sup> das Vorliegen eines Arbeitslosengeldanspruchs ist dagegen nicht nötig. Nicht klar ist aber, was unter dem Begriff „unfreiwillige Arbeitslosigkeit“ zu verstehen ist. Zwei Deutungen scheinen möglich und auch vom Wortlaut der Bestimmungen gedeckt zu sein: Unfreiwillige Arbeitslosigkeit kann bedeuten, dass das letzte Dienstverhältnis vor Eintritt dieser Arbeitslosigkeit aus Gründen gelöst wurde, die der Dispositionsfähigkeit der Arbeitnehmer:innen entzogen sind (idR Kündigung durch Arbeitgeber:in). Es kann aber auch auf die Unfreiwilligkeit des Zustandes der Beschäftigungslosigkeit abgestellt werden.

Nach der innerstaatlichen Judikatur scheint ausschließlich ersteres Kriterium relevant zu sein: Die VwG judizieren in stRsp, dass weder eine Arbeitnehmer:innenkündigung noch eine einvernehmliche Lösung des Dienstverhältnisses den Begriff der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit erfüllen würde.<sup>57</sup> Der VwGH hat zwar erkennbar ebenfalls auf die Beendigungsart abgestellt, sich aber mit möglichen anderen Argumenten nicht befassen müssen, da der zugrundeliegende Bescheid schon aus diesem Grund aufgehoben wurde.<sup>58</sup> Nicht jede einvernehmliche Lösung bzw Arbeitnehmer:innenkündigung führt aber dazu, dass eine unfreiwillige Arbeitslosigkeit ausgeschlossen ist: Wenn die einvernehmliche Lösung des Arbeitsverhältnisses de facto nicht infolge eines freien Willensentschlusses der Arbeitnehmer:innen erfolgte (im Anlassfall: aus Gründen der Covid-19-Pandemie), folgt daraus nicht das Fehlen einer unfreiwilligen Arbeitslosigkeit iSd § 51 NAG.<sup>59</sup> Weiters sind insb Gründe beachtlich, die gem § 11 ALVG auch zu einer Nachsicht von der 28-tägigen Ausschlussfrist vom Bezug des Arbeitslosengeldes bei freiwilliger Lösung des Dienstverhältnisses führen können (zB Entgeltvorenthalt).<sup>60</sup> Bei einvernehmlicher Lösung kommt zudem eine Sperre des Arbeitslosengeldbezuges für 28 Tage idR nicht in Betracht.<sup>61</sup>

Auch die EB zu BGBl I 2009/122 stellen offenbar auf die Beendigungsart ab, da sie die Behörden quasi anleiten, bei der Beurteilung der Unfreiwilligkeit auf den Abmeldegrund bei der Sozialversicherung zurückzugreifen.<sup>62</sup>

Auch wenn es zu dieser Frage bislang keine explizite Judikatur des EuGH vorliegt, gibt es Hinweise, dass der EuGH dies ähnlich beurteilt – in der Rs *Gusa* führt dieser als Zweck des Art 7 Abs 3 RL 2004/38/EG an, dass dieser die Aufrechterhaltung der Erwerbstätigkeit für jene Personen sichern solle, die „ihre Berufstätigkeit wegen eines Mangels an Arbeit aufgegeben haben, der auf von ihrem Willen unabhängigen Umständen beruht“.<sup>63</sup>

---

56 LVwG Tirol 28.8.2019, LVwG-2019/45/1404-1: Das Abschicken von Bewerbungen anstelle einer Meldung beim AMS ist nicht ausreichend.

57 VwG Wien 10.5.2016, VGW-141/023/1633/2016; VwG Wien, 20.4.2016, VGW-141/081/15242/2015.

58 VwGH 22.4.2015, 2012/10/0218.

59 VwGH 28.6.2021, Ra 2021/22/0054.

60 Vgl das oa VwGH Erk 2012/10/0218.

61 *Sdoutz/Zechner*, ALVG, § 11, Rn 295 (Stand 2020). Ausnahme von dieser Regel ist, wenn die einvernehmliche Lösung von der:dem Arbeitnehmer:in initiiert wurde, vgl VwGH 22.4.2015, 2012/10/2018.

62 ErläutRV 330 BlgNR 24 GP zu § 51 NAG.

63 EuGH *Gusa*, Rn 42.

In der Rs *Tarola* bezieht GA *Szupnar* Art 7 Abs 3 RL 2004/38/EG auf den „unfreiwilligen Verlust seines Arbeitsplatzes (Buchst. b und c)“.<sup>64</sup>

Trotzdem bleiben mE Zweifel, dass sich die Wortfolge „unfreiwillige Arbeitslosigkeit“ ausschließlich auf die Beendigungsart des letzten Dienstverhältnisses bezieht: Während wie besprochen in Art 7 Abs 3 lit b und c RL 2004/38/EG von „bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit“ gesprochen wird, heißt es in lit d leg cit, dass die Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft bei Beginn einer Berufsausbildung einen Zusammenhang zur früheren Erwerbstätigkeit voraussetzt, „es sei denn, der Betroffene hat zuvor seinen Arbeitsplatz unfreiwillig verloren.“ Diese unterschiedlichen Formulierungen dürfen nicht gänzlich unbeachtet bleiben. Allerdings soll nicht unerwähnt bleiben, dass sowohl in der englischen als auch in der französischen Sprachfassung in allen Litera sehr ähnliche bis idente Formulierungen verwendet werden („involuntary unemployment“ bzw „chomage involontaire“ in lit Art 7 Abs 3 b, c, aber auch d RL 2004/38/EG).

Aufgrund dieser Überlegungen bietet sich als Ausweg eine Lösung an, die beide Aspekte einbezieht: Die Personen müssen bestrebt sein, ihre Arbeitslosigkeit zu beenden und in diesem Sinn unfreiwillig arbeitslos sein. Die Beendigungsart muss ebenfalls berücksichtigt werden, aber es ist kein zu strenger Maßstab anzulegen und darf nicht ausschließlich auf diese abgestellt werden.

#### 4. Conclusio

Nicht zum ersten Mal zeigt sich, dass auch Fragen, die nicht den Kern der Arbeitnehmer:innenfreizügigkeit betreffen, sondern eher am Rande der Grundfreiheiten angesiedelt sind, ganz wesentliche praktische Auswirkungen haben können. Ob im Fall einer Elternkarenz in den ersten fünf Jahren der Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat noch ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht vorliegt, kann für eine Entscheidung, eine Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat aufzunehmen, entscheidend sein: Schließlich ist das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht quasi die Eintrittskarte für den Anspruch auf Gleichbehandlung mit Staatsbürger:innen des Aufnahmemitgliedstaats. Wie gezeigt wurde, bleibt die Erwerbstätigeneigenschaft von Arbeitnehmer:innen, deren Arbeitsverhältnis aufgrund Elternschaft karenziert ist, auch nach Ablauf des Mutter-schutzes für die Dauer der Karenz, längstens aber bis zu einem Jahr, erhalten – für Väter in Elternkarenz gilt dies sinngemäß. Die innerstaatliche Judikatur des VwGH ist damit deutlich zu eng. Die Schnittstellen von Aufenthaltsrecht und dem Zugang zu sozialen Leistungen werden auch weiterhin Judikatur und Literatur beschäftigen.

Johannes Peyrl ist Migrationsrechtsexperte und arbeitet in der AK Wien; johannes.peyrl@akwien.at

---

<sup>64</sup> GA *Szupnar*, SA zu C-483/17 Rn 32.

# Migrationspezifische Rechts- und Praxisprobleme in der „24h-Betreuung“

## Sozialrechtliche Herausforderungen zirkulärer Care Migration

Maria Sagmeister

---

Vormals unbezahlt in der Familie erbrachte Care-Arbeit wird zunehmend an Dienstleistungserbringer\*innen ausgelagert, die oft in prekären Arbeitsverhältnissen im Kontext von Migration stehen.<sup>1</sup> In der sozialwissenschaftlichen Literatur ist von „global care chains“ sowie von einem „care drain“ die Rede,<sup>2</sup> und auch der österreichische Betreuungsmarkt ist auf die „billigen“ Arbeitskräfte aus Osteuropa angewiesen. Diese Abhängigkeit wurde im Kontext der COVID-19 Pandemie besonders deutlich, als Reisebeschränkungen die Ein- und Ausreise von osteuropäischen Betreuer\*innen nach Österreich erschwerten.<sup>3</sup> In familialen Care Regimes, zu denen insbesondere der europäische Süden aber auch der deutschsprachige Raum gezählt werden, ist zwar nach wie vor die Angehörigenpflege die wichtigste Säule der häuslichen Betreuung, so auch in Österreich.<sup>4</sup> Doch zeichnet sich gerade in diesen Ländern ein Trend zum „migrant in the family“-Modell ab, bei dem sog Live-Ins, also in den Haushalt aufgenommene Arbeitskräfte, die Betreuung älterer Menschen im Privathaushalt übernehmen.<sup>5</sup>

Im Jahr 2022 waren in Österreich 59.488 selbstständige Personenbetreuer\*innen und 917 Unternehmen zur Organisation der Personenbetreuung, das heißt Vermittlungsagenturen, registriert.<sup>6</sup> Über 90% der Betreuer\*innen sind Frauen, der Großteil stammt aus Rumänien und der Slowakei.<sup>7</sup> Als Pendelmigrant\*innen verbringen sie mehrwöchige

- 
- 1 Van Hooren/Apitzsch/Ledoux, The Politics of Care Work and Migration, in *Weinar/Bonjour/Zhyznomirska*, The Routledge Handbook of the Politics of Migration in Europe, London/New York (2019) 363 (363).
  - 2 Der Begriff *Care Chains* geht auf *Arlie Hochschild* zurück, *Global Care Chains and Emotional Surplus Value*, in *Hutton*, On the edge: living with global capitalism (2001) 130; zum Begriff *Care Drain* im Kontext europäischer Migration vgl zB *Lutz/Palenga-Möllenbeck*, *Care Workers, Care Drain, and Care Chains: Reflections on Care, Migration, and Citizenship*, *Social Politics* 2012, 1.
  - 3 Vgl *Leiblfinger/Prieler/Schwiter/Steiner/Benazha/Lutz*, Impact of COVID-19 Policy Responses on Live-In Care Workers in Austria, Germany, and Switzerland, *Journal of Long-Term Care* 2020, 144.
  - 4 *Nagl-Cupal et al*, Angehörigenpflege in Österreich. Einsicht in die Situation pflegender Angehöriger und in die Entwicklung informeller Pflegernetze 2018, Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz 2018, <https://broschuere.service.sozialministerium.at/Home/Download?publicationId=664> (25.7.2023).
  - 5 *Van Hooren/Apitzsch/Ledoux* in *Weinar/Bonjour/Zhyznomirska* 367.
  - 6 *WKO Abteilung für Statistik*, Personenberatung und Personenbetreuung, Branchendaten, Februar 2022, [http://wko.at/statistik/BranchenFV/B\\_127.pdf](http://wko.at/statistik/BranchenFV/B_127.pdf) (25.5.2023).
  - 7 *Aulenbacher/Lutz/Schwiter* (Hrsg), *Gute Sorge ohne gute Arbeit? Live-in-Care in Deutschland, Österreich und der Schweiz* (2021).

Arbeitszyklen in den Privathaushalten der betreuten Personen, zwischen denen sie für ähnlich lange Perioden nachhause zurückkehren. Der Begriff zirkuläre Migration, oder auch Pendelmigration, beschreibt Migrationsmuster, bei denen Personen wiederholt für bestimmte Arbeitsperioden ins Zielland reisen, der Lebensmittelpunkt aber im Herkunftsland bleibt, in das sie zwischen Arbeitsperioden zurückkehren. Die meisten osteuropäischen Personenbetreuer\*innen in Österreich streben keine permanente Migration an.<sup>8</sup> Diese Arbeitsrealität zirkulärer Migration birgt Herausforderungen bezüglich des Zugangs zu den Systemen sozialer Sicherheit in beiden Ländern. Während dies für zirkuläre Migrant\*innen unabhängig vom konkreten Arbeitsbereich gilt, weist die migrantische Pflegearbeit einige Besonderheiten auf, die gerade im Kontext sozialer Rechte eine genauere Betrachtung erfordern. So ist die Arbeit von „care providers“ direkt in das System des Sozialstaats eingebunden.<sup>9</sup> Ihre Leistungen ersetzen oftmals sozialstaatliche Leistungen oder werden sozialstaatlich gefördert. Häusliche Pflegekräfte sind in vielen europäischen Staaten zudem nicht vollständig in die Systeme des Arbeits- und Sozialversicherungsschutzes einbezogen.<sup>10</sup> Lange Arbeitszeiten, niedrige Löhne und ein Mangel an Kontrolle am Arbeitsplatz kennzeichnen den Sektor. Die Arbeit ist stark geschlechtsspezifisch geprägt und wird sozial abgewertet.<sup>11</sup> Der Privathaushalt als Arbeitsplatz verstärkt die Isolation, die zirkuläre im Vergleich zu permanenter Migration mit sich bringt, da die Integration im Aufnahmestaat durch die häufigen Unterbrechungen erschwert ist. Dieser Beitrag wirft Schlaglichter auf die im Kontext temporärer Migration entstehenden Rechts- und Praxisprobleme häuslicher Betreuung in Österreich. Eingangs werden die österreichischen Rechtsgrundlagen der sog 24h-Betreuung skizziert und herausgearbeitet, wie deren Gestaltung zirkuläre Migrationsmuster fördert. Zuerst wird das Hausbetreuungsgesetz (HBeG)<sup>12</sup> dargestellt, auf dem die Ausgestaltung der Betreuung in vierzehntägigen Arbeitszyklen mit ebenso langen Unterbrechungen fußt (1). Zweitens werden die flankierenden sozialrechtlichen Maßnahmen besprochen, die als „Cash-for-Care“-Leistungen Live-In Arrangements mit Pendelmigrant\*innen für betreuungsbedürftige Personen nahelegen (2). Österreich ist nicht das einzige Land, in dem solche Arrangements zur Betreuung älterer Menschen weitverbreitete Praxis sind, es wird daher anschließend näher auf den internationalen Forschungsstand zu zirkulärer Care Migration eingegangen, der

8 *Österle/Bauer*, The Legalization of Rotational 24-hour Care Work in Austria: Implications for Migrant Care Workers, *Social Politics* 2016, 192 (206).

9 Orig: „as care providers, migrants directly enter the sphere of the welfare state“, *Van Hooren/Apitzsch/Ledoux* in *Weinar/Bonjour/Zbyznomirska* 363.

10 Vgl allg *Pavlou*, Migrant Domestic Workers in Europe (2021); für D zB *Scheiwe*, Arbeitszeitregulierung für Beschäftigte in Privathaushalten – entgrenzte Arbeit, ungenügendes Recht? in *Scheiwe/Krawietz*, (K)Eine Arbeit wie jede andere? Die Regulierung von Arbeit im Privathaushalt (2014) 60; *Kocheb*, Die Ungleichbehandlung von Hausangestellten in der 24-Stunden-Pflege gegenüber anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern – eine Frage des Verfassungsrechts, in *Scheiwe/Krawietz*, (K)Eine Arbeit 85.

11 *Leiblfinger*, „Wie liebevoll kümmernde Angehörige“: Die Vergeschlechtlichung von Care und deren Entnennung als Arbeit am Beispiel der 24-Stunden-Betreuung, in *Pfeil/Reichel/Urnik*, Pflege und Betreuung – Who cares? (2020) 1.

12 Hausbetreuungsgesetz (HBeG) BGBl I 2007/33 idF BGBl I 2008/57.

auf den häufig erschwerten Zugang zu sozialen Rechten für zirkuläre Migrant\*innen hinweist (3). Diese These aufgreifend bespricht der Beitrag abschließend vor dem Hintergrund der entsprechenden europäischen und österreichischen Rechtsnormen pensionsversicherungsrechtliche Herausforderungen im Bereich der 24h-Betreuung (4).

## 1. Rechtsgrundlagen und Kontext der migrantischen Personenbetreuung in Österreich

Auf Grundlage des § 1 Abs 1 HBeG kann die Personenbetreuung in Österreich seit 2007 entweder auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages mit einem öffentlichen Träger oder direkt mit einem Haushalt, oder aber in Form einer selbstständigen Tätigkeit erfolgen. Bis dahin war der Sektor stark von Informalität geprägt, der Verrechtlichungsprozess orientierte sich an der gängigen Praxis von Live-In Arrangements mit Pendelmigrant\*innen.<sup>13</sup>

Das HBeG regelt arbeitsrechtliche Besonderheiten im Hinblick auf Zeit und Lohn für Arbeitsverhältnisse in bzw mit Privathaushalten. So normieren HBeG und Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz (HGHAngG)<sup>14</sup> besondere Arbeitszeiten für in den Haushalt aufgenommene Personen. Dabei stellt das HBeG ausdrücklich auf mehrwöchige Arbeitszyklen ab: Die Bestimmungen des zweiten Abschnittes gelten gemäß § 1 Abs 2 HBeG nur, wenn neben anderen Voraussetzungen nach einer Arbeitsperiode von höchstens 14 Tagen eine ununterbrochene Freizeit von mindestens der gleichen Dauer gewährt wird, und die Betreuungskraft für die Dauer der Arbeitsperiode in die Hausgemeinschaft der zu betreuenden Person aufgenommen wird. In zwei Dritteln der Fälle wechseln sich zwei Betreuer\*innen ab.<sup>15</sup> Im Mindestlohntarif für Hausangestellte<sup>16</sup> sind die Löhne für in die Hausgemeinschaft aufgenommene Personen niedriger angesetzt als für extern wohnende Personen. Während die Anrechnung von Kost und Logis auf den Lohn nicht ungewöhnlich ist, wird dies in Bezug auf die 24h-Betreuung kritisch gesehen.<sup>17</sup> Die ständige Verfügbarkeit und die Isolation, die diese Hausgemeinschaften mit pflegebedürftigen, oftmals dementen älteren Menschen mit sich bringen, werden als Erschwernis gesehen, die entsprechend entlohnt werden und nicht zu Lohnverkürzungen führen sollten. Gemäß dem ILO-Übereinkommen 189 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte, das Österreich bislang nicht ratifiziert hat, kann die Zahlung eines begrenzten Entgelt-

---

13 *Kretschmann*, Mit Recht regieren? Zur Verrechtlichung transmigrantischer 24-Stunden-Carearbeit in österreichischen Privathaushalten, in *Scheiwe/Krawietz*, Transnationale Sorgearbeit (2010) 199.

14 Bundesgesetz v 23.7.1962 über die Regelung des Dienstverhältnisses der Hausgehilfen und Hausangestellten (Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz) BGBl 1962/235 idF BGBl I 2018/100.

15 *Leiblfinger/Prieler*, Elf Jahre 24-Stunden-Betreuung in Österreich (Linzer Beiträge zu Wirtschaft – Ethik – Gesellschaft 9), [https://ku-linz.at/fileadmin/user\\_upload/Publikationen/WiEGe/WiEGe\\_Band9\\_Leiblfinger-Prieler.pdf](https://ku-linz.at/fileadmin/user_upload/Publikationen/WiEGe/WiEGe_Band9_Leiblfinger-Prieler.pdf) (27.7.2023) 8.

16 Verordnung des Bundeseinigungsamtes beim Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft, mit der der Mindestlohntarif für im Haushalt Beschäftigte für Österreich festgesetzt wird, BGBl II 2022/477.

17 *Blackett*, Everyday Transgressions. Domestic Workers' Transnational Challenge to International Law (2019) 63 f; *Albin*, From ‚Domestic Servant‘ to ‚Domestic Worker‘, in *Fudge/McCrystal/Sankaran*, Challenging the Legal Boundaries of Work Regulation (2012) 231 (248).

teils in Form von Sachleistungen vorgesehen sein, soweit diese nicht ungünstiger sind als für andere Gruppen von Arbeitnehmer\*innen und sichergestellt wird, dass der\*die Arbeitnehmer\*in mit solchen Sachleistungen einverstanden ist, dass sie deren persönlichem Gebrauch und Nutzen dienen und der zugemessene Geldwert fair und angemessen ist.<sup>18</sup> Die ergänzende Empfehlung 201 schlägt zudem vor, dass, wenn ein\*e Hausangestellte\*r in einer vom Haushalt bereitgestellten Unterkunft wohnen *muss*, kein Abzug vom Entgelt in Bezug auf diese Unterkunft vorgenommen werden darf, es sei denn, der\*die Arbeitnehmer\*in stimmt zu.<sup>19</sup>

Die selbstständige Tätigkeit ist im Rahmen des freien Gewerbes der Personenbetreuung nach § 159 GewO auszuüben, das zeitgleich mit dem HBeG geschaffen wurde.<sup>20</sup> 2015 wurde mit § 161 GewO ein eigenständiges Gewerbe „Organisation der Personenbetreuung“ geschaffen.<sup>21</sup> Diese Gewerbeberechtigung umfasst die Vermittlung von selbstständigen Personenbetreuer\*innen an betreuungsbedürftige Personen. Auch im Selbstständigenmodell ist als Arbeitsort der Privathaushalt im Rahmen eines Live-In Arrangements vorgesehen. Dies liegt sowohl für die Pendelmigrant\*innen nahe, da diese über keinen eigenen Wohnsitz in Österreich verfügen, als auch für die Haushalte aufgrund der faktischen Angewiesenheit der Betreuungsbedürftigen und der Ausgestaltung der Förderlandschaft, da § 21b Bundespflegegeldgesetz (BPGG)<sup>22</sup> im Anwendungsbereich des HBeG, also bei Aufnahme in die Hausgemeinschaft, finanzielle Unterstützung gewährt. Bevor näher auf diese Förderung der „24h-Betreuung“ eingegangen wird, sollen hier ein paar Praxisprobleme skizziert werden.<sup>23</sup> Das Selbstständigenmodell dominiert in der Praxis völlig, nur 0,2% der Betreuungsverhältnisse sind Anstellungsverhältnisse,<sup>24</sup> wobei in vielen Fällen der Verdacht auf Scheinselbstständigkeit naheliegt.<sup>25</sup> Die Verträge werden idR von den Agenturen zur Verfügung gestellt, die auch die wesentlichen Vertragsinhalte vorgeben und Honorare festlegen. Die mehrwöchigen Pausen zwischen den Turnussen sind idR unbezahlt und müssen mit dem Honorar der Arbeitsphasen überbrückt werden. Vertragssprache ist meist Deutsch und nicht immer wird der Forderung der Betreuer\*innen nach Übersetzung nachgekommen. Da die Verträge oft erst am Arbeitsort in Österreich, dh am Wohnsitz der zu betreuenden Person, vorgelegt werden, überwiegt meist der Druck zu unterschreiben. Zudem wird der Transport häufig von den Agenturen organisiert und Betreuer\*innen vertraglich zur Nutzung bestimmter Angebote ver-

18 Art 12, ILO Übereinkommen 189 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte v 16.6.2011, 2955 UNTS.

19 Empfehlung 14 lit d, ILO, Empfehlung 201 betreffend menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte v 16.6.2011, [https://ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:R201:NO\(5.8.2023\)](https://ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R201:NO(5.8.2023)).

20 §§ 159-161 Gewerbeordnung 1994, BGBl 33/2007.

21 Seveso III – Novelle und Änderung des Emissionsschutzgesetzes für Kesselanlagen, BGBl I 2015/81.

22 Bundesgesetz, mit dem ein Pflegegeld eingeführt wird (Bundespflegegeldgesetz — BPGG), BGBl 1993/110.

23 Vgl dazu auch *Sagmeister/Matei*, Die „Pflegekrise“ als Krise der Arbeit sichtbar machen, *juridikum* 2021, 395.

24 *Famira-Mühlberger*, Die Bedeutung der 24-Stunden-Betreuung für die Altenbetreuung in Österreich. Österreichisches Institut für Wirtschaftsforschung (WIFO) 2017, [www.hc24.at/files/HC24/WIFO-Studie%202017.pdf](http://www.hc24.at/files/HC24/WIFO-Studie%202017.pdf) (23.3.2022), 24.

25 Vgl statt Vieler: *Kaltenegger*, Personenbetreuung als selbstständige Tätigkeit? (2018).

pflichtet, anstatt die Anreise beliebig organisieren zu können.<sup>26</sup> Zudem birgt der Privathaushalt als Arbeitsort Risiken, die sich im Kontext der Migration verschärfen. So machen der Haushalt als Arbeitsplatz und die Körperlichkeit der Tätigkeit Personenbetreuer\*innen besonders vulnerabel für sexualisierte Übergriffe.<sup>27</sup> Als Pendelmigrant\*innen, insb im ländlichen Raum, verfügen sie über kein soziales Netzwerk und es gibt oft keinen Ort, an den sie ausweichen können.

## 2. „Cash for Care“-Leistungen und die Förderung der migrantischen „24h-Betreuung“

Förderungen für die Inanspruchnahme von privaten häuslichen Pflegediensten bei gleichzeitigem Mangel an öffentlichen Diensten sind ein wesentlich begünstigender Faktor für den zunehmenden Einsatz von migrantischen Pflegekräften in Privathaushalten. Zusätzlich wurde die Entwicklung auch durch die Verfügbarkeit von relativ billigen Arbeitskräften in den benachbarten mittel- und osteuropäischen Ländern vorangetrieben.<sup>28</sup> Ab den 1990er Jahren wird in der Organisation des Care Sektors in Europa ein Trend hin zur Privatisierung, zu „Cash for Care“-Leistungen und zu Steuererleichterungen beobachtet.<sup>29</sup> Mit „Cash for Care“ werden Leistungen beschrieben, bei denen den Empfänger\*innen öffentliche Förderungen zugesprochen werden, mit denen sie Care Angebote auf dem Markt erwerben können.<sup>30</sup> Darunter lassen sich auch das österreichische Pflegegeld sowie der Pflegezuschuss für die „24h-Betreuung“ fassen.

Das Pflegegeld soll gemäß § 1 BPGG pflegebedürftigen Personen seit 1993 die notwendige Betreuung und Hilfe sichern und dadurch ihre Möglichkeiten verbessern, ein selbstbestimmtes und bedürfnisorientiertes Leben zu führen. Es wird nach dem erforderlichen Pflegebedarf unabhängig von Einkommen und Vermögen in sieben Stufen ausbezahlt.<sup>31</sup> Im Jahresdurchschnitt 2022 bezogen 468.942 Personen ein Bundespflegegeld.<sup>32</sup> Ergänzend zum HBeG wurden 2007 Zuschüsse zum Pflegegeld eingeführt, welche die sozialversicherungsrechtlichen Kosten für die Auftrag- bzw Arbeitgeber\*innen bei der 24h-Betreuung abfangen sollen: Wenn eine Person rund um die Uhr betreut werden muss, Pflegegeld ab Stufe 3 bezieht und ihr monatliches Nettoeinkommen 2.500 € nicht übersteigt, kann gemäß § 21b BPGG und den darauf basierenden Richtlinien des Sozialmi-

26 *Durisova*, Warum sich Betreuer\_innen organisieren und vor Gericht ziehen wollen, Frauensolidarität 2021, [www.zeitschrift.frauensolidaritaet.org/artikel/24-stunden-betreuung-in-oesterreich/](http://www.zeitschrift.frauensolidaritaet.org/artikel/24-stunden-betreuung-in-oesterreich/) (5.5.2023).

27 *Pavlou*, Domestic work in EU law: the relevance of EU employment law in challenging domestic workers' vulnerability, *European Law Review* 2016 41(3) web 16.

28 *Österle/Bauer*, Home Care in Austria: The Interplay of Family Orientation, Cash-for-care and Migrant Care, *Health & Social Care in the Community* 2012, 265 (270).

29 *Van Hooren/Apitzsch/Ledoux* in *Weinar/Bonjour/Zbyznomirska* 365; *Da Roit/Le Bihan/Österle*, Long-term care policies in Italy, Austria and France: variations in cash-for-care schemes, *Social Policy & Administration* 2007, 653.

30 *Van Hooren/Apitzsch/Ledoux* in *Weinar/Bonjour/Zbyznomirska* 365.

31 Höhe des Pflegegelds nach Stufen für 2023 siehe BGBl 2022/459.

32 *Statistik Austria*, Bundespflegegeld, [www.statistik.at/statistiken/bevoelkerung-und-soziales/sozialleistungen/bundespflegegeld](http://www.statistik.at/statistiken/bevoelkerung-und-soziales/sozialleistungen/bundespflegegeld) (2.5.2023).

nisteriums Anspruch auf eine Förderung für die Beschäftigung eines\*iner Betreuer\*in bestehen.<sup>33</sup> Bedingung für die Förderwürdigkeit ist die Anwendbarkeit des HBeG und die Qualifikation des\*der Betreuer\*in. Die Förderungen wurden im Zuge der 2. Pflege-reform 2023 erneut erhöht. Es werden im Fall von selbstständigen Personenbetreuer\*innen ab 1. 9. 2023 bis zu 800 € monatlich (bislang 640 €) bzw bei zwei Selbstständigen bis zu 1.600 € und von Unselbstständigen bis zu 1.600 € monatlich (bislang 1.280 €) gewährt.<sup>34</sup> Es zeigt sich, dass die eingangs erwähnte Beobachtung von *Franca Van Hooren* zutrifft: Die Tätigkeiten der Care-Migrant\*innen sind stark mit dem österreichischen Sozialstaat verwoben. Sie ersetzen Leistungen, die andernfalls die öffentliche Hand oder die Familien privat erbringen, und ihre Leistungen werden sozialstaatlich gefördert. Ein Nachteil solcher „Cash for Care“-Maßnahmen ist allerdings, dass der Staat wenig Kontrolle darüber hat, wie die privat angebotenen Dienstleistungen ausgestaltet sind.<sup>35</sup> Die Rechtsgrundlagen sehen zwar Mindeststandards, etwa für die Qualifikation der Betreuer\*innen, vor, „Cash for Care“-Leistungen geben allerdings auch Anreiz für Pflegebedürftige, die Kosten für Care Arbeit gering zu halten, etwa indem niedrige Löhne bezahlt werden. Mit schlechten Arbeitsbedingungen im Care Bereich geht ein erhöhter Bedarf nach migrantischen Arbeitskräften einher, die oftmals eher bereit sind, solche Bedingungen zu akzeptieren bzw im Herkunftsland von geringeren Löhnen leben können.<sup>36</sup> Neben Pull-Faktoren wie der Verfügbarkeit von Arbeit und höheren Löhnen in Westeuropa sind auch Push-Faktoren in den Herkunftsländern zu beachten.<sup>37</sup> Weitere Faktoren sind gezielte Anreizpolitiken. Nach der EU Osterweiterung 2004 und 2007 führten sowohl Österreich als auch Deutschland Übergangsmaßnahmen ein, die Migration für den häuslichen Care Sektor vor anderen Formen von Arbeitsmigration ermöglichte.<sup>38</sup>

### 3. Zirkuläre Care Migration und der Zugang zu sozialen Rechten

Die skizzierte österreichische Rechtslage begünstigt demnach den Einsatz von Pendelmigrant\*innen zur häuslichen Betreuung älterer Menschen in Österreich. Im Folgenden wird auf den Begriff der zirkulären Migration und den Zugang solcher Migrant\*innen zu sozialen Rechte eingegangen. Zirkuläre Migration ist dadurch gekennzeichnet, dass Migrant\*innen in dem Land, in das sie zu Arbeitszwecken migrieren, nicht sesshaft werden und dies häufig auch nicht wollen. Die 2010–2011 am EUI durchgeführte METOIKOS Studie untersuchte entstehende Muster zirkulärer Migration in Europa. Im Zuge dessen wurden vier Dimensionen zur Charakterisierung des Phänomens er-

33 Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz (BMSGPK), Richtlinien zur Unterstützung der 24-Stunden-Betreuung (§ 21b des Bundespflegegeldgesetzes) (2023).

34 BMSGPK, Pflegereform, [www.sozialministerium.at/Themen/Pflege/Pflegereform.html](http://www.sozialministerium.at/Themen/Pflege/Pflegereform.html) (29.5.2023)

35 Van Hooren/Apitzsch/Ledoux in *Weinar/Bonjour/Zhbyznomirska* 366.

36 Van Hooren/Apitzsch/Ledoux in *Weinar/Bonjour/Zhbyznomirska* 366.

37 Lutz, *The New Maids: Transnational Women and the Care Economy* (2011).

38 Van Hooren/Apitzsch/Ledoux in *Weinar/Bonjour/Zhbyznomirska* 368.

arbeitet: „space, time, repetition and scope“. <sup>39</sup> Die räumliche Dimension bezieht sich auf das Überschreiten einer Grenze, während die zeitliche Dimension der zirkulären Migration Aufenthalte von begrenzter Dauer umfasst, die von einigen Wochen bis zu mehreren Jahren reichen können, aber nicht für Aufenthalte von einem Jahrzehnt oder mehr gelten. In Bezug auf die Wiederholung wird eine mindestens zweimalige Hin- und Herbewegung zwischen Herkunftsland und Zielland als Mindestanforderung definiert, wobei der Rahmenzeitraum stark variieren kann. <sup>40</sup> Zuguterletzt muss die Migration auf eine wirtschaftliche Betätigung zielen, wobei nicht ausschließlich abhängige Beschäftigung, sondern sämtliche wirtschaftliche Aktivitäten umfasst sind. <sup>41</sup>

Die pendelnden Mobilitätsmuster von Hausangestellten und Pflegekräften werden in vielen Fällen von ihnen selbst initiiert. Diese Beobachtung wird in den Zusammenhang mit der Feminisierung von Migration gestellt, da es von den Migrant\*innen als Vorteil erlebt werde, regelmäßig zur Familie im Herkunftsland zurückkehren und die Arbeitsmigration dadurch besser mit eigenen Betreuungspflichten vereinbaren zu können. <sup>42</sup> Freilich ist aber auch der migrationspolitische und rechtliche Rahmen ausschlaggebend. Für die Zunahme der Pflegemigration von Frauen zwischen ost- und westeuropäischen Staaten war die EU-Freizügigkeit maßgeblich. <sup>43</sup> Entsprechend sind derzeit die meisten Betreuer\*innen in Österreich Unionsbürger\*innen. *Sabrina Marchetti* und *Anna Triandafyllidou* problematisieren, dass durch zirkuläre Migration zwar insb aus Sicht des Ziellandes einige Integrationsprobleme vermieden werden, zugleich aber Probleme in Bezug auf den Zugang zu sozialen Rechten auftreten. <sup>44</sup> Im Folgenden wird konkret für den Bereich der 24h-Betreuung auf einige Probleme im Kontext sozialer Rechte eingegangen, wozu zunächst der Rechtsrahmen für die Anwendung kollidierender Sozialrechtssysteme dargestellt werden muss.

Zentrale Norm für die Bestimmung der anzuwendenden Sozialrechtsordnung in grenzüberschreitenden Fällen ist Art 48 AEUV. Danach sind das Europäische Parlament und der Rat verpflichtet, auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für die Herstellung der AN-Freizügigkeit notwendige Maßnahmen zu beschließen und insb ein System einzuführen, das zu- und abwandernden Arbeitnehmer\*innen und Selbstständigen sowie deren Angehörigen die Zusammenrechnung aller nach den verschiedenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften berücksichtigten Zeiten für den Erwerb und die Aufrechterhaltung des Leistungsanspruchs zu sichern. Die entsprechenden Koordinierungsvorschriften finden sich in den VO (EG) 883/2004<sup>45</sup> (GV)

---

39 *Triandafyllidou*, Towards a Better Understanding of Circular Migration. METOIKOS Concept Paper, European University Institute 2010, <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/19716/METOIKOSConceptPaper1July2010.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (2.5.2023).

40 *Triandafyllidou*, METOIKOS, <http://cadmus.eui.eu>, 15.

41 *Triandafyllidou*, METOIKOS, <http://cadmus.eui.eu>, 14 f.

42 *Triandafyllidou/Marchetti* (Hrsg) Migrant Domestic and Care Workers in Circularity. Special Issue of the Journal of Immigrant & Refugee Studies 2013, 340.

43 *Marchetti/Triandafyllidou* Journal of Immigrant & Refugee Studies 2013, 340.

44 *Marchetti/Triandafyllidou* Journal of Immigrant & Refugee Studies 2013.

45 Verordnung (EG) 883/2004 des EP und des Rates v 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl L 2004/166, 1.

und (EG) 987/2009 (DV).<sup>46</sup> Welche nationalen Rechtsvorschriften anwendbar sind, bestimmt sich nach Titel II der GV: Art 11 Abs 3 lit a normiert als Grundregel das Prinzip der *lex loci laboris*, wonach eine Person, die in einem Mitgliedstaat (MS) eine Beschäftigung oder eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften dieses MS unterliegt. Nicht entscheidend ist dagegen der Wohnsitz.<sup>47</sup>

Das Beispiel Deutschland zeigt, dass die Zuordnung von Arbeitnehmer\*innen in transnationalen Pflegearrangements zu einem System der sozialen Sicherheit trotz grds bestehender Regelungen Schwierigkeiten aufwerfen kann. *Barbara Bucher* problematisiert mit Blick auf die Entsendung von Arbeitskräften durch ausländische Agenturen in deutsche Haushalte, dass sowohl von den Haushalten als auch von den Agenturen idR die Zuordnung zum Entsendestaat gewünscht ist, da dies in der typischen Konstellation mit geringeren Beiträgen verbunden ist.<sup>48</sup> Grundsätzlich gilt aber das Land als zuständig, in dem die Tätigkeit ausgeführt wird, wobei Ausnahmebestimmungen für die kurzfristige Entsendung gelten.<sup>49</sup> Es ist *Bucher* folgend zu verneinen, dass diese Ausnahme auf transnationale Pflegearrangements zur Anwendung kommt, weil die gewöhnliche Tätigkeit so gut wie ausschließlich im Ausland erfolgt.<sup>50</sup> Es bestehen allerdings andere Möglichkeiten, die gewünschte Zuordnung zum Herkunftsstaat zu erreichen, von denen auch weitläufig Gebrauch gemacht wird: Beispielsweise die Ausstellung einer A1 Bescheinigung nach Art 19 Abs 2 DV, durch die der zuständige Träger des MS, dessen Rechtsvorschriften nach der GV anzuwenden sind, die Anwendung sowie deren Dauer und etwaige Voraussetzungen bescheinigt. Konflikte um Gültigkeit und Bindungswirkung kommen allerdings regelmäßig vor.<sup>51</sup> Mittels A1 Bescheinigungen werden häusliche Pflege- und Betreuungskräfte in der deutschen Praxis dem sozialen System des Entsendestaats zugeordnet, wodurch den Agenturen geringere Lohnnebenkosten entstehen und sie ihre Leistungen in Deutschland günstig anbieten können.<sup>52</sup>

#### 4. Konkrete Herausforderungen in Österreich: Niedrige Pensionen für Personenbetreuer\*innen

Auch in Österreich finden sich Beispiele für im Kontext transnationaler Pflegearrangements entstehender Herausforderungen im Zusammenhang mit den sozialen Rechten

---

46 Verordnung (EG) 987/2009 des EP und des Rates v 16.9.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl L 2009/284, 1.

47 *Schrämmel*, Zum anwendbaren Sozialversicherungsrecht bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, in *GedS Robert Rebhahn* (2019) 560.

48 *Bucher*, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung durch ausländische Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten. Eine kritische Analyse (2018) 52 ff, 223 ff.

49 Art 11,12 Verordnung (EG) 883/2004.

50 *Bucher*, 24-h-Betreuung 250.

51 S dazu *Windisch-Graetz*, Aktuelle Probleme von Entsendungen, in *Schrattbauer/Pfeil/Mosler*, Migration, Arbeitsmarkt und Sozialpolitik (2018) 225.

52 *Bucher*, 24-h-Betreuung 249.

von Care Migrant\*innen. Ein bekannt gewordenes Beispiel für den versuchten Ausschluss migrantischer AN von österreichischen sozialrechtlichen Ansprüchen ist die inzwischen als unionsrechtswidrig erkannte Indexierung der Familienbeihilfe,<sup>53</sup> an dem sich zeigt, dass zirkuläre Migrant\*innen sich in Bereichen mit Fragen der Zuordnung konfrontiert sehen, die sich stark auf ihre Lebensrealität auswirken können. Ein weiterer solcher Bereich ist das Pensionsversicherungsrecht.

Die Koordinierungsregelungen für die Alters- und Hinterbliebenenpension finden sich in den Art 50 bis 60 VO (EG) 883/2004. Diese normieren die Zusammenrechnung der in verschiedenen MS zurückgelegten Versicherungszeiten. Ist in einem MS der Anspruch davon abhängig, dass bestimmte Versicherungszeiten zurückgelegt worden sind, so sind die in anderen MS zurückgelegten Zeiten zu berücksichtigen. Die versicherte Person kann beim zuständigen Versicherungsträger in einem MS einen Antrag auf Leistung stellen, der sodann die Anträge an die anderen in Betracht kommenden Träger weiterleitet, wodurch in allen MS, in denen Versicherungszeiten zurückgelegt worden sind, ein Feststellungsverfahren ausgelöst wird. Art 52 VO (EG) 883/2004 regelt die Berechnung der Leistungen: Sind die Anspruchsvoraussetzungen bereits nach nationalem Recht erfüllt, so sind allein diese für die Berechnung der „autonomen Leistung“ gem Art 52 Abs 1 lit a VO (EG) 883/2004 heranzuziehen. Art 52 Abs 1 lit b bestimmt die Berechnung der „anteiligen Leistung“ anhand eines theoretischen und anschließend eines tatsächlichen Betrags. Der theoretische Betrag ist der Betrag, der nach nationalem Recht zustehen würde, wenn alle Versicherungszeiten dort zurückgelegt worden wären; davon gebührt dann jener Teil tatsächlich, der dem Verhältnis der eigenen zur Summe aller Versicherungszeiten entspricht („Pro-rata-temporis Leistung“).<sup>54</sup> Gem Art 52 Abs 1 Abs 3 besteht gegenüber dem zuständigen Träger jedes MS Anspruch auf den höheren der Leistungsbeträge, die nach diesen beiden Methoden berechnet wurden.

Personenbetreuer\*innen sind oft über Jahrzehnte in Österreich tätig und erwerben je nach Tätigkeit einen Pensionsanspruch nach § 236 Abs 1 Z 2 lit a ASVG<sup>55</sup> oder – in der Praxis häufiger – nach § 120 Abs 3 Z 2 lit a GSVG<sup>56</sup>. Zudem werden Versicherungszeiten aus Erwerbstätigkeiten im Herkunftsland oder anderen MS zusammengerechnet. Als Selbstständige zahlen sie relativ hohe Sozialversicherungsbeiträge. Für unselbstständig Beschäftigte werden gemäß § 51 ASVG 22,8% der Beitragsgrundlage als Pensionsversicherungsbeiträge bezahlt, davon sind 12,55% Dienstgeberanteil. Auch Selbstständige gem § 27 GSVG zahlen 22,8% ein, allerdings sind gem § 27 Abs 2 Z 1 GSVG 18,5% selbst zu entrichten, der Rest wird durch eine Leistung aus dem Steueraufkommen der Pflichtversicherten aufgebracht. Aufgrund der niedrigen Löhne bzw Honorare in der

---

53 Vgl dazu Kovács in diesem Heft, *juridikum* 2023, 395.

54 *Spiegel*, Die geheime Welt der Pensionsberechnung nach dem EU-Recht – können Versicherungszeiten „untergehen“?, *JAS* 2021, 176 (182).

55 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz BGBl 1955/189 idF BGBl I 2023/82.

56 Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz BGBl 1978/560 idF BGBl I 2023/101.

Branche und der häufigen Unterbrechungen im Zuge ihrer Migration, sind die erworbenen Pensionsansprüche der Personenbetreuer\*innen allerdings meist sehr niedrig. Der „Pension Gap“ zwischen Männern und Frauen ist in Österreich generell groß, 2021 lag er bei 41,6%.<sup>57</sup> Anlässlich der 2024 beginnenden stufenweisen Anpassung des Frauenpensionsantrittsalters<sup>58</sup> zeigt eine Studie der Arbeiterkammer (AK), dass neben den durch das geringere Antrittsalter und via Zeiten der Erwerbsunterbrechung bedingten kürzeren Pensionszeiten, vorrangig hohe Teilzeitbeschäftigung, die niedrigen Löhne in frauendominierten Branchen und Lücken zwischen Beschäftigungsbeendigung und Pensionsantritt ausschlaggebend für niedrige Frauenpensionen sind.<sup>59</sup> Gerade die letzten beiden Punkte betreffen Care Bereiche wie Pflege, Betreuung und Reinigungsarbeit stark.<sup>60</sup> Grundsätzlich erhalten Pensionsbezieher\*innen in Österreich eine aus allgemeinen Steuermitteln finanzierte Ausgleichszulage zur Aufstockung des Gesamteinkommens, wenn die Bruttopension, sonstige Nettoeinkommen und eventuelle Unterhaltsansprüche unter dem gesetzlichen Richtsatz liegen. Dieser Anspruch nach § 292 Abs 1 ASVG bzw § 149 Abs 1 GSVG steht allerdings nur zu, wenn die Person ihren rechtmäßigen und gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat. Die VO (EG) 883/2004 ist gem Art 3 Abs 3 iVm Art 70 zwar auch auf beitragsunabhängige Sonderleistungen (besondere beitragsunabhängige Geldleistungen) anzuwenden, diese sind aber vom Exportgebot ausgenommen, wenn sie Merkmale der Sozialhilfe gemäß Art 70 VO aufweisen und in Anhang X zur VO genannt sein. Die österreichische Ausgleichszulage wurde durch die Nennung in Anhang X von der Exportpflicht ausgenommen.<sup>61</sup> Wenn Betreuer\*innen ihren Ruhestand im Herkunftsland verbringen, haben sie demnach keinen Anspruch auf Ausgleichszulage. Auch für in Österreich aufhältige ausländische Pensionist\*innen gestaltet sich der Zugang mitunter schwierig. So legt der OGH die Aufenthaltsvoraussetzungen für die Ausgleichszulage restriktiv aus. *Johannes Peyrl* kritisiert eine „deutlich einschränkende Interpretation der Wortfolge ‚rechtmäßigen [...] Aufenthalt im Inland‘“, wonach entgegen dem Wortlaut von § 292 ASVG nicht jedes Aufenthaltsrecht zum Bezug einer Ausgleichszulage berechtigt, sondern zusätzlich ausreichende Unterhaltsmittel verlangt werden.<sup>62</sup> Der Ausschluss vom Aufenthalt aufgrund des Erhalts von Sozialleistungen nach § 51 Abs 1 Z 2 NAG ist allerdings nur für derivative Aufenthaltstitel (Angehörige) beachtlich. Betreuer\*innen haben in der Regel aber als Unionsbürger\*innen aufgrund ihrer Erwerbstätigkeit einen originären Aufenthaltstitel. Im Kontext der Pendelmigration kön-

57 *Statistik Austria*, Geschlechtsspezifische Pensionslücke, [www.statistik.at/statistiken/bevoelkerung-und-soziales/gender-statistiken/pensionen](http://www.statistik.at/statistiken/bevoelkerung-und-soziales/gender-statistiken/pensionen) (10.4.2023).

58 Bundesverfassungsgesetz über unterschiedliche Altersgrenzen von männlichen und weiblichen Sozialversicherten BGBl 1992/832.

59 *Mayrhuber/Lutz/Mairhuber*, Erwerbsaustritt, Pensionsantritt und Anhebung des Frauenpensionsantrittsalters ab 2024. Potentielle Auswirkungen auf Frauen, Branchen und Betriebe (2021) 16.

60 *Arbeiterkammer OÖ*, Arbeitsklima Index Februar 2020, [https://ooe.arbeiterkammer.at/service/infosundzeitschriften/arbeitsklimaindex/aki2020/AKI\\_2020\\_1\\_Februar.pdf](https://ooe.arbeiterkammer.at/service/infosundzeitschriften/arbeitsklimaindex/aki2020/AKI_2020_1_Februar.pdf) (15.5.2023).

61 *Windisch-Graetz* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 48 AEUV (Stand 15.8.2019, rdb.at) Rn 17-19.

62 *Peyrl* OGH 10 Obs 110/20d DRdA 2021, 496; OGH 10 Obs 53/21y DRdA 2022/23, 341.

nen Fragen um den gewöhnlichen Aufenthalt auftreten, da dieser wiederholt unterbrochen wird. Erst kürzlich wurde im Fall einer ehemaligen 24h-Betreuerin, die in Wien lebt, aber festgestellt, dass ein Anspruch auf Ausgleichzulage besteht, da sie für die Begründung des erforderlichen gewöhnlichen Aufenthalts nicht fünf Jahre durchgängig in Österreich gewesen sein musste, sondern jährlich zumindest sechs Monate ausreichen.<sup>63</sup> § 53a Abs 2 Z1 NAG stellt klar, dass ein bis zu sechs-monatiger Aufenthalt in einem anderen Land den Aufenthalt nicht unterbricht. In der Praxis kommt es aber häufig zu Problemen betreffend die Nachweisbarkeit des Aufenthalts gegenüber dem Sozialversicherungsträger, wenn im Lauf der Jahre unterschiedliche Personen betreut wurden und mitunter keine Meldungen am Arbeitsplatz erfolgt sind und keine EU Anmeldebescheinigung beantragt wurde.

## 5. Fazit

In den allermeisten Fällen wollen Betreuer\*innen, die als zirkuläre Care Migrant\*innen in Österreich tätig waren, ihren Ruhestand aber gar nicht in Österreich verbringen. Diesfalls besteht kein Anspruch auf Ausgleichzulage, selbst dann nicht, wenn ausreichend Pensionsversicherungszeiten alleine in Österreich erworben wurden. Abseits der rechtlichen Beurteilung zeigt sich hier, was einfürend zum Entfall von Integrationsleistungen des Ziellandes im Fall von temporärer Migration beschrieben wurde, wobei davon ausgegangen wird, dass gerade diese Temporalität der Migration auch vom Zielland gewünscht ist. Betreuer\*innen leisten temporär in Österreich dringend benötigte aber gering bewertete Care Arbeit, schließen damit eine Lücke im Sozialstaat und zahlen als Selbstständige verhältnismäßig hohe Sozialabgaben. Dennoch erhalten sie geringe Pensionen und mitunter keinen Zugang zur Ausgleichzulage. Arbeits- und sozialrechtliche, vergeschlechtlichte sowie migrationspolitische Faktoren wirken im Kontext der zirkulären Care-Migration von 24h-Betreuer\*innen nach Österreich zusammen und erschweren den Zugang zu sozialen Rechten.

Dr. MMag. Maria Sagmeister ist Universitätsassistentin (Post Doc) bei der Forschungsplattform GAIN – Gender: Ambivalent In\_Visibilities an der Universität Wien und Redakteurin der Zeitschrift *juridikum*; maria.sagmeister@univie.ac.at

---

63 OGH 22.6.2021, 10 Obs 62/21x.

# Die Arbeits- und Lebensbedingungen in der saisonalen Landwirtschaft

Von Erdbeeren, Spargel und dem Ringen um die Rechte der Saisonarbeiter\*innen auf den österreichischen Erntefeldern

Lukas Winkler

---

## 1. Einleitung: „Säen ist nicht so beschwerlich als ernten“<sup>1</sup>

Die COVID-19-bedingten Mobilitätsbeschränkungen – insb in den Jahren 2020 und 2021 – und die daraus resultierenden Personalengpässe in div Saisonbranchen<sup>2</sup> legten eine Vielzahl durchaus altbekannter<sup>3</sup> Missstände in der landwirtschaftlichen Saisonarbeit offen. So führten sie der Öffentlichkeit die prekären, teils ausbeuterischen Arbeitsbedingungen vor Augen, denen Erntehelfer\*innen geradezu typischerweise ausgesetzt sind.<sup>4</sup> Häufig anzutreffende Formen der Ausbeutung sind, so berichtet etwa die *Wiener Zeitung*, „die Unterbezahlung, Schein-Teilzeit, Scheinselbständigkeit, massive Überschreitung der Höchst-arbeitszeit, Nichteinhaltung von Ruhezeiten und zu hohe Abzüge für Kost und Logis.“<sup>5</sup> Zum Verständnis der ökonomischen Rahmenbedingungen scheint ein Blick auf Gesamtsituation und Entwicklung der Landwirtschaft in den letzten Jahrzehnten hilfreich: Die volkswirtschaftliche Bedeutung des österreichischen Agrarsektors ist in den letzten Jahrzehnten stark gesunken. Standen Land- und Forstwirtschaft zur Mitte der 1960er Jahre noch für 16 % des BIP,<sup>6</sup> so hatte der sog „primäre Sektor“ zum EU-Beitritt 1995 noch zu rund 2,4 %<sup>7</sup> und im Jahr 2020 gar nur mehr zu ca 1,3 % Anteil an der nationalen Bruttowertschöpfung; davon entfielen 0,8 % auf die Landwirtschaft.<sup>8</sup> Die Anzahl land-

---

1 *Goethe*, Die Wahlverwandtschaften (Reclam 1956) 165.

2 Der Mangel an Hilfskräften besteht allerdings weiterhin; vgl zuletzt die Presseausendung von *Land schafft Leben*, Kein Spargel ohne Erntehelferinnen und Erntehelfer, OTS0184 (4.5.2023).

3 *ZB Arte Journal*, Aktuelles und Gesellschaft – Italiens Erntesklaven (Reportage vom 9.8.2018).

4 Explizit zB *BMI/BKA*, Lagebericht Schlepperei und Menschenhandel 2020 (2021) 29 (30), wo etwa auch auf die steigenden Fallzahlen im Bereich der Arbeitsausbeutung hingewiesen wird; auch der Jahresbericht 2022 weist auf „äußerst bedenkliche Arbeitsbedingungen“ hin, vgl *BMI/BKA*, Lagebericht 2022 (2023) 32.

5 *Stegmaier*, Schandfleck Erntehilfe, *wienerzeitung.at* 15.10.2020, <https://tagblatt-wienerzeitung.at/nachrichten/wirtschaft/oesterreich/2079403-Schandfleck-Erntehilfe.html> (8.8.2023).

6 *Red*, Zahlen-Daten-Fakten, Arbeit&Wirtschaft 2017/9, 24.

7 Eigene Berechnung auf Basis von *Statistik Austria*, Verteilung des Bruttoinlandsprodukts, <https://www.statistik.at/fileadmin/pages/224/VerteilungDesBruttoinlandsprodukts.ods> (15.5.2023).

8 *Statistik Austria*, Statistik der Landwirtschaft 2020 (2021) 67; für das Jahr 2022 weist die Wirtschaftskammer Österreich (WKO) einen Wert von immerhin 1,5 % aus; vgl *WKO*, Wertschöpfung nach Sektoren, <https://wko.at/statistik/eu/europa-wertschoepfung.pdf> (15.5.2023).

und forstwirtschaftlicher Arbeitskräfte in Österreich sank von über 1,6 Mio in den 1950er Jahren auf rund 420.000 Personen im Jahr 2020.<sup>9</sup> Von den ca 84.000 familienfremden Arbeitskräften waren im Jahr 2020 fast 50.000 unregelmäßig<sup>10</sup> tätig (im Schnitt 24,4 Tage). Umgekehrt wuchs die durchschnittliche Nutzfläche landwirtschaftlicher Betriebe von 18,8 ha im Jahr 1951 auf 45,7 ha im Jahr 2016 auf das Zweieinhalbfache an.<sup>11</sup> Etwas überspitzt lautet die Tendenz daher: Aus vielen kleinen Familienbetrieben wurden wenige, dafür größere und ungleich produktivere Betriebe, die zunehmend auf familienfremde Arbeitskräfte angewiesen sind.

Die Gruppe der unregelmäßig beschäftigten „Familienfremden“ wuchs seit 2010 um über 60 % an; zu dieser Gruppe zählen auch die Saisoniers in der Erntehilfe.<sup>12</sup> Besonders deutlich fällt der Befund für Deutschland aus: Dort waren im Jahr 2020 rund 275.000 Saisoniers in der Landwirtschaft tätig (fast 30 % der rund 940.000 Beschäftigten).<sup>13</sup> Begreift man die Saisonarbeit weiter, nämlich als Wiedereinstellung bei früheren AG nach weniger als einem Jahr, machen die saisonal Beschäftigten in der Land- und Forstwirtschaft gar über die Hälfte der Einstellungen aus. Von 100 saisonal wiederingestellten Landarbeiter\*innen hatten im Jahr 2016 in Österreich rund 72 keinen inländischen Wohnsitz.<sup>14</sup>

## 2. Arbeits- und Lebensbedingungen

### 2.1. Diskriminierungsfreie Arbeits- bzw Beschäftigungsbedingungen

Es darf als hinlänglich bekannt und in vielen Fällen bereits als nachgewiesen gelten, dass Saisoniers unter teils katastrophalen Bedingungen arbeiten müssen. Um herauszufinden, wo dieser Umstand herrührt, muss zunächst der Frage nachgegangen werden, ob er *aufgrund* oder doch eher *trotz* entsprechender Regelungen besteht.

#### 2.1.1. Recht auf Gleichbehandlung (Art 23 SaisonarbeitsRL)

Saisonarbeiter\*innen haben gem Art 23 Abs 1 lit a SaisonarbeitsRL<sup>15</sup> einen umfassenden Anspruch auf Gleichbehandlung in Bezug auf die Beschäftigungsbedingungen.<sup>16</sup> Darunter fällt – neben Fragen des Entgelts oder der Beendigung des DV – auch

---

9 Statistik Austria, Agrarstrukturerhebung 2020 – Land- und forstwirtschaftliche Betriebe und deren Strukturdaten (2022) 29.

10 Dh Personen, die nur im Zuge bestimmter Produktionsprozesse (zB Ernte) hinzugezogen werden.

11 Red, Arbeit&Wirtschaft 2017/9, 24.

12 Statistik Austria, Agrarstrukturerhebung 34.

13 Vgl dt Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft, Wie viele Menschen leben von der Landwirtschaft? <https://bmel-statistik.de/landwirtschaft/landwirtschaftliche-arbeitskraefte> (15.5.2023); für das Bundesland Rheinland-Pfalz weist die Statistik den höchsten Anteil – ganze 50 % – aus.

14 Statistik Austria/Rüdt, Infografik: Saisonarbeit 2016, Falter 21/19, 35.

15 RL 2014/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 26.2.2014 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zwecks Beschäftigung als Saisonarbeiter, ABl L 2014/94, 375.

16 Die Single Permit-RL 2011/98/EU ist gem Art 3 Abs 2 lit e und ErwGr 9 nicht auf Saisoniers anwendbar.

das AN-Schutzrecht iS von Gefahren-, Verwendungs- und Arbeitszeitschutz (inkl Feiertage und Urlaub).<sup>17</sup> Zusätzlich sollen nach den ErwGr „auch Schiedssprüche sowie Tarifverträge und Verträge, die [...] auf allen Ebenen geschlossen werden, zu denselben Bedingungen wie für Staatsangehörige des AufnahmeStaats gelten“.<sup>18</sup>

Im Gegensatz zum Feld der sozialen Sicherheit erlaubt die RL in diesen Fragen keinerlei Einschränkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes,<sup>19</sup> sondern spricht vielmehr in ErwGr 43 von einer uneingeschränkten Garantie unter Befolgung des Konzepts des gleichen Lohns für die gleiche Arbeit am gleichen Arbeitsplatz. ErwGr 52 stellt weiter fest, die RL stünde im Einklang mit der GRC, worauf eine eigentümliche Auswahl von GRC-Bestimmungen folgt, denen „insbesondere“ entsprochen würde.<sup>20</sup> Die konkrete Auswahl von Charta-Bestimmungen, denen die RL zu genügen vermeint, darf freilich weder über die vollumfängliche Grundrechtsbindung der Union noch über jene der MS bei Durchführung des Unionsrechts hinwegtäuschen, die davon völlig unabhängig ist.<sup>21</sup>

### 2.1.2. Umsetzung in Österreich

Entsprechend der uneingeschränkten Gleichbehandlungspflicht gem der SaisonarbeitsRL besteht hinsichtlich der erfassten Bereiche kein nennenswerter Ermessensspielraum des nationalen Gesetzgebers. Konsequenterweise finden sich im innerstaatlichen Recht auch keine Differenzierungen: Der Normalfall besteht – unabhängig vom aufenthalts- bzw beschäftigungsrechtlichen Status – in der Anwendung des Landarbeitsgesetzes 2021<sup>22</sup> (LAG 2021): Erntehelfer\*innen und sonstige Saisonarbeitskräfte in der Agrarwirtschaft sind als „Personen, die auf Grund eines Arbeitsvertrages Dienstleistungen in Betrieben der Land- und Forstwirtschaft verrichten“, Landarbeiter\*innen iS des § 1 Abs 2 LAG 2021 und als solche von den meisten arbeitsrechtlichen Gesetzen ausgenommen.<sup>23</sup>

17 Vgl statt vieler *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II<sup>11</sup> (2020) 131 mwN.

18 ErwGr 45 SaisonarbeitsRL; vgl auch ErwGr 43, der von „Tarifverträge[n] und andere[n] Vereinbarungen über die Arbeitsbedingungen“ spricht. Konsequenterweise räumt Art 23 Abs 1 lit b SaisonarbeitsRL den Saisoniers ein Recht auf Gewerkschaftszugehörigkeit und die Aushandlung und den Abschluss von Tarifverträgen ein; vgl dazu auch Art 28 GRC.

19 *E contrario* aus Art 23 Abs 2 SaisonarbeitsRL; vgl auch *Dewhurst*, Directive 2014/36/EU, in *Ales/Bell/Deinert/Robin-Olivier*, International and European Labour Law (2018) 826.

20 Art 7 (*Achtung des Privat- und Familienlebens*), Art 15 Abs 3 (*Gleichwerte Arbeitsbedingungen für Drittstaatsangehörige*), Art 17 (*Eigentumsrecht*), Art 27 (*Recht auf Unterrichtung und Anhörung der AN im Unternehmen*), Art 28 (*Recht auf Kollektivverhandlungen und -maßnahmen*), Art 31 (*Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen*) und Art 33 Abs 2 (*Elternurlaub und elterlicher Bestandschutz*).

21 Art 6 EUV sowie Art 51 Abs 1 GRC; vgl dazu EuGH C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, Rn 17; C-258/14, *Florescu ua*, ECLI:EU:C:2017:448, Rn 44.

22 Bundesgesetz über das Arbeitsrecht in der Land- und Forstwirtschaft BGBl I 2021/78 idF BGBl I 2022/167.

23 ZB aus dem AZG BGBl 1969/461 idF BGBl I 2022/58 (§ 1 Abs 2 Z 2), dem ARG BGBl 1983/144 idF BGBl I 2022/58 (§ 1 Abs 2 Z 6 lit d), dem ASchG BGBl 1994/450 idF BGBl I 2022/115 (§ 1 Abs 2 Z 3), dem EFZG BGBl 1974/399 idF BGBl I 2018/100 (§ 1 Abs 2 Z 5), dem AVRAG BGBl 1993/459 idF BGBl I 2023/85 (§ 1 Abs 2 Z 2), dem GIBG BGBl I 2004/66 idF BGBl I 2020/16 (§ 1 Abs 2 Z 1) uvm. Dagegen beziehen das APSG BGBl 1991/683 idF BGBl I 2021/78 (§ 1 Abs 3) und zT auch das LSD-BG BGBl I 2016/44 idF BGBl I 2022/111 (§ 1 Abs 3) die Landarbeiter\*innen (aus kompetenzrechtlichen Gründen per Verfassungsbestimmung) mit ein; vgl ErläutRV 687 BlgNR 27. GP 1.

Dafür ergeben sich die einschlägigen Arbeitszeit-<sup>24</sup> und Gesundheitsschutzvorschriften<sup>25</sup> sowie die Entgelt-, Entgeltfortzahlungs- und Kündigungsschutznormen (ua), deren Anwendung bei (idZ anzunehmendem) Vorliegen eines objektiven österr Arbeitsrechtsstatus aus Gründen des IPR<sup>26</sup> grds nicht abbedungen werden kann, aus dem LAG 2021 und den dazu ergangenen (arbeitsministeriellen) Verordnungen. All diese Bestimmungen müssen sich, ungeachtet der *prima vista* richtlinienkonformen Implementierung, weiterhin (auch, aber nicht nur) an der GRC messen lassen: Gebunden ist schließlich nicht nur die Legislative, sondern auch die gesamte Vollziehung, die für eine effektive Durchführung des Unionsrechts und die Gewährung geeigneten und wirksamen Rechtsschutzes verantwortlich zeichnet.<sup>27</sup> Eine solche exekutive Intervention könnte bspw in der Regelung des § 32 Abs 4 der Land- und forstwirtschaftlichen Arbeitsstättenverordnung (LF-AStV)<sup>28</sup> gesehen werden, die für Arbeiten auf Feldern oder sonstigen auswärtigen Arbeitsstätten die Bereitstellung von Trinkwasser verlangt,<sup>29</sup> während § 202 Abs 2 LAG 2021 solche Arbeitsstätten von der Pflicht zur Bereitstellung von Trinkwasser (oÄ)<sup>30</sup> ausnimmt und damit zumindest in Hitzeperioden eine erhebliche potenzielle Gesundheitsgefährdung geradezu provoziert.

## 2.2. Angemessene Unterbringung

Von herausragender Praxisrelevanz ist die Unterbringung der Saisonarbeitnehmer\*innen, die sich bisweilen als ganz besonders defizitär präsentiert hat.<sup>31</sup>

### 2.2.1. Unterkunft (Art 20 SaisonarbeitsRL)

Im Anwendungsbereich der SaisonarbeitsRL bestimmt Art 20 Abs 1<sup>32</sup>, dass im Verfahren zur Zulassung von Saisoniers der Nachweis zu erbringen ist, dass diesen „eine Unterkunft zur Verfügung steht, die während der Dauer des Aufenthalts einen angemessenen Lebensstandard entsprechend dem nationalen Recht und/oder den nationalen Gepflogenheiten gewährleistet“.<sup>33</sup>

24 §§ 29 ff LAG 2021.

25 Insb §§ 185 ff LAG 2021.

26 Vgl mwN *Lurger/Melcher*, IPR<sup>3</sup> (2020) Rz 4/95; *Musger* in KBB<sup>5</sup> Art 8 Rom I-VO Rz 4; *Zöchling-Jud/Aspöck*, IPR<sup>3</sup> (2015) 10, 34.

27 Statt vieler *Holoubek/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC<sup>2</sup> Art 51 Rz 15 ff (insb Rz 20) mwN.

28 Land- und forstwirtschaftliche Arbeitsstättenverordnung BGBl II 2023/122; vgl § 216 LAG 2021.

29 Alternativ kann – als Mindeststandard – die Möglichkeit geboten werden, vorab Trinkgefäße aufzufüllen und mitzunehmen.

30 § 211 Abs 8 LAG 2021.

31 ORF, Erntehelferin übt Kritik an Spargelbetrieb, noe.orf.at 17.6.2020, <https://noe.orf.at/stories/3053565/> (23.7.2023).

32 Jeweils iVm Art 5 Abs 1 lit c oder Art 6 Abs 1 lit c SaisonarbeitsRL.

33 Vgl auch ErwGr 41 zur SaisonarbeitsRL, der auf die vor Ort geltenden allgemeinen Gesundheits- und Sicherheitsnormen verweist und – wie auch Art 20 der RL – eine Unterkunft verlangt, „die einen angemessenen Lebensstandard gewährleistet“.

Art 20 Abs 2 SaisonarbeitsRL führt dazu aus, dass in jenen Fällen, in denen die Unterkunft vom AG bereitgestellt wird, die Leistung eines Mietzinses gefordert werden darf, der jedoch „im Vergleich [zur] Nettovergütung und [...] zur Qualität der Unterkunft nicht übermäßig hoch sein“ und „nicht automatisch vom Lohn [...] abgezogen werden“ darf (lit a). Die konkreten Mietbedingungen müssen überdies schriftlich festgehalten werden (lit b). Zuletzt fordert die RL ein, dass der AG die Einhaltung der innerstaatlichen „allgemeinen Gesundheits- und Sicherheitsnormen“ (lit c) gewährleistet.

### 2.2.2. Umsetzung in Österreich

Die entsprechenden Regelungen finden sich im LAG 2021 und in der LF-AStV: So müssen Unterkünfte, die Arbeitnehmer\*innen (AN) „für Wohnzwecke oder auch nur zur vorübergehenden Nächtigung zur Verfügung gestellt werden, [...] für ihren Verwendungszweck entsprechend bemessen und eingerichtet [sein], den Anforderungen der Gesundheit und Sittlichkeit sowie baupolizeilichen Vorschriften entsprechen [und] mit Einrichtungen zur ortsüblichen Beleuchtung sowie mit den hygienischen Anforderungen entsprechendem Trinkwasser“ versehen sein (§ 213 Abs 1 LAG 2021).<sup>34</sup> Konkretisiert wird dies in § 37 LF-AStV, der Mindestanforderungen für derartige Wohnräume definiert: Sie müssen etwa in hygienisch einwandfreiem Zustand, beheizbar und absperbar sein, eine lichte Höhe von zumindest 2,5 m und ein Fenster ins Freie aufweisen, mit gewöhnlichen Betten (keine Etagen- bzw Stockbetten), einer Sitzgelegenheit und einer Steckdose pro AN ausgestattet sein und eine Kochstelle samt Külschrank beinhalten;<sup>35</sup> weiters müssen Waschgelegenheiten mit einwandfreiem Wasser sowie versperrbare Duschen und Toiletten bereitgestellt werden.<sup>36</sup>

Als Unterkünfte können dabei nicht nur Wohngebäude, sondern auch Container herangezogen werden, in denen pro AN gerade einmal 5 m<sup>2</sup> Bodenfläche zur Verfügung stehen müssen;<sup>37</sup> in Standardcontainern (13,88 m<sup>2</sup>) dürfen grds zwei AN (6,94 m<sup>2</sup> pro Person), unter „außergewöhnlichen Umständen“ und für bis zu drei Wochen pro Jahr allerdings sogar drei AN (4,63 m<sup>2</sup> pro Person) untergebracht werden.<sup>38</sup> An dieser Stelle drängen sich zwei – durchaus drastische, wohl aber anschauliche – Vergleiche auf: Für Anhalteräume der Polizei, „die in Einzelbelegung für Aufenthalte von mehr als einigen Stunden Dauer vorgesehen sind“, fordern die Richtlinien des Anti-Folter-Komitees des Europarats (CPT) eine Raumgröße von 7 m<sup>2</sup>.<sup>39</sup> Die 2. Tierhaltungsverordnung<sup>40</sup> fordert für die Zwingerhaltung eines Hundes sogar eine uneingeschränkt nutzbare Mindestfläche von 15 m<sup>2</sup> (ohne Hundehütte).<sup>41</sup> Im Lichte

34 Vgl auch § 20 LAG 2021.

35 § 37 Abs 1 Z 1, 2, 3, 4, 6 und 8 LF-AStV.

36 § 37 Abs 1 Z 12 iVm §§ 32–34 LF-AStV; § 213 Abs 1 LAG 2021.

37 § 37 Abs 1 Z 15 lit a LF-AStV.

38 § 37 Abs 1 Z 15 lit b LF-AStV.

39 *Europarat/CPT*, Auszug aus dem 2. Jahresbericht des CPT (1992) Rz 43.

40 BGBl II 2004/486 idF BGBl II 2018/341.

41 § 3 Abs 1 iVm Anlage 1.4 Abs 2 leg cit.

dessen, dass Saisonarbeiter\*innen über Wochen, teils monatelang in Containern leben, die nicht einmal den beiden vorgenannten räumlichen Anforderungen entsprechen müssen, wird mE deutlich, dass die Verheißung eines „angemessenen Lebensstandards“ aus derzeitiger Sicht noch „Luft nach oben“ für künftige Fortschritte lässt.

### 2.3. Kollektivvertrag für NÖ, Bgld, Wien (2023)

Auf Basis der §§ 117 ff LAG 2021 wurde zwischen dem AG-Verband der Land- und Forstwirtschaft in NÖ und dem ÖGB bzw der Gewerkschaft PRO-GE ein Kollektivvertrag für Saisonarbeiter\*innen in den landwirtschaftlichen Betrieben der Bundesländer NÖ, Bgld und Wien abgeschlossen, der an dieser Stelle als Anschauungsbeispiel dient. Seine Bestimmungen sind zugunsten der Arbeitnehmer\*innen (AN) relativ zwingend, soweit sie das Rechtsverhältnis zwischen ihnen und den Arbeitgeber\*innen (AG) betreffen.<sup>42</sup>

In § 6 legt der KV einen Stundenlohn von zumindest € 11,14 für Erntehelfer\*innen und sonstige Saisonarbeitskräfte fest. Besteht die Arbeit allerdings im Maisentfahnen und überschreitet die Beschäftigungsdauer nicht sechs Wochen, werden € 10,19 als ausreichend definiert, was auf eine (Brutto-)Entlohnung von rund € 1.765,- (netto in etwa € 1.430,-) hinausläuft: eine Erhöhung um 8,85 % ggü dem zuvor geltenden KV-Lohn. Es sei hier nur angemerkt, dass die Armutsgefährdungsschwelle für Einpersonenhaushalte (äquivalisiertes Nettohaushaltseinkommen unterhalb von 60 % des Medians) in Österreich im Jahr 2022 bei rund € 1.400,- lag. Für einen Haushalt mit einer erwachsenen Person und einem Kind betrug der Wert bereits über € 1.800,-.<sup>43</sup>

Zu den Unterkünften besagt § 13 des KV, dass Saisoniers und Erntehelfer\*innen diese „sorgfältig zu behandeln“ hätten und in Schadensfällen nach den Bestimmungen des DHG haftbar seien. Erst im letzten Satz der Bestimmung wird die Qualität der Unterbringung (vage) thematisiert, wenn es heißt, die Wohnungen müssten den Anforderungen von Hygiene und Gesundheit und den baupolizeilichen Vorschriften entsprechen. Von einem angemessenen Lebensstandard ist an dieser Stelle von vornherein keine Rede; vielmehr wird bloß ein ohnedies überall zwingender Mindeststandard in leicht veränderter Terminologie wiederholt. Einen über die bereits angeführten Standards hinausgehenden Regelungsgehalt zugunsten der betroffenen AN besitzt die KV-Bestimmung entsprechend nicht.

## 3. Rechtsschutz und Rechtsschutzdefizite<sup>44</sup>

Zu den größten Problemen in Bezug auf die Durchsetzung der Rechte der Saisoniers zählen zweifelsohne mangelnde Kontrollen und die kommunikativen Schwierigkeiten, die

---

42 § 117 Abs 3 LAG 2021.

43 *Statistik Austria*, EU-SILC 2022 (2023) 4, 9.

44 Vgl Art 24 SaisonarbeitsRL zu Kontrollen bzw Inspektionen der Arbeitsstätten und Unterkünfte durch die nationalen Arbeitsinspektorate und Art 25 zur Verpflichtung der MS, wirksame Verfahren zur Geltendmachung von Verstößen einzurichten und die Einreichung von Beschwerden sowie die Übernahme der Prozessführung durch „berechtigte Dritte“ zu ermöglichen.

sich noch weit abseits sprachlicher Barrieren – etwa aus der Art und Weise der Unterbringung und damit einhergehenden Segregationserscheinungen – ergeben.

Wenn die EU daher wirksame Verfahren zur Geltendmachung ihrer Rechte einfordert, ist ihr auch dahingehend beizupflichten, dass sie der Rechtspraxis in den ErwGr zur SaisonarbeitsRL insofern Rechnung trägt, als sie festhält, dass auch die Möglichkeit bestehen muss, Rechtsmittel und -behelfe „über einschlägige Dritte, wie Gewerkschaften oder andere Vereinigungen“, einzulegen: „Dies wird für Situationen als notwendig erachtet, in denen [Saisoniers] das Bestehen von Durchsetzungsmechanismen nicht bekannt ist oder in denen sie zögern, diese in ihrem eigenen Namen zu nutzen, weil sie mögliche Konsequenzen befürchten.“<sup>45</sup>

Ein zentrales Problem iZm in der Praxis häufig angetroffenen Lohndumping-Sachverhalten ergibt sich aus dem korrespondierenden Beschäftigungsrecht: Wird nämlich die Beschäftigungsbewilligung, die dem AG erteilt wurde, aufgrund von Unterentlohnung widerrufen, entfällt auch das darauf beruhende Recht der AN, die (vormals) bewilligte Beschäftigung auszuüben.<sup>46</sup> Dasselbe gilt im Ergebnis, wenn AN die Sache selbst in die Hand nehmen und berechtigt vorzeitig austreten: Auch dann erlischt die Bewilligung.<sup>47</sup> Dass so aus einem regulären ein irregulärer Aufenthalt werden kann, ist offensichtlich. Dementsprechend merkt *Peyrl* zutreffend an, dass es in vielen Fällen nahe liegt, dass Saisoniers aufgrund ihrer prekären Situation lieber darauf verzichten, ihre Gleichbehandlungsrechte durchzusetzen: „Sie sind ja vielfach davon abhängig, dass die AG in der nächsten Saison wieder eine Beschäftigungsbewilligung für sie beantragen – eine arbeitsrechtliche Auseinandersetzung wird hier wohl kaum förderlich sein.“<sup>48</sup>

## 4. Sozialschutz

### 4.1. Art 23 SaisonarbeitsRL

Erntehelfer\*innen, die nicht von der EU-Sozialrechtskoordinierung, sondern vom Regime für Drittstaatsangehörige ohne EU-Wohnsitz und damit von der SaisonarbeitsRL erfasst werden, haben nach deren Art 23 Abs 1 lit d ein Recht auf Gleichbehandlung mit Staatsangehörigen in Bezug auf die Zweige der sozialen Sicherheit iS des Art 3 VO 883/2004<sup>49</sup>, wobei es den MS nach Art 23 Abs 2 ii SaisonarbeitsRL unbenommen bleibt, die Gleichbehandlung mit Blick auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit und Familienleistungen einzuschränken.

45 ErwGr 50 SaisonarbeitsRL.

46 § 9 Abs 2 lit a AuslBG BGBl 1975/218 idF BGBl I 2023/84.

47 § 7 Abs 6 Z 1 AuslBG.

48 *Peyrl*, Der mangelhafte Schutz von drittstaatsangehörigen ArbeitnehmerInnen vor Lohndumping und Arbeitsausbeutung, in FS Pfeil (2022) 247 (252).

49 VO (EG) 883/2004 des EP und des Rates v 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, geändert durch VO (EU) 2019/1149 des EP und des Rates v 20.6.2019, ABl L 2019/186, 21.

*E contrario* bleibt es bei einer vollwertigen Gleichbehandlungspflicht hinsichtlich aller übrigen Leistungszeige (Krankheit, Elternschaft, Invalidität, Alter, Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten sowie Leistungen an Hinterbliebene und Vorruhestandsleistungen).

#### 4.2. Umsetzung in Österreich<sup>50</sup>

Tatsächlich sind nicht nur Saisonarbeitskräfte nach § 5 Abs 1 Z 1 AuslBG, sondern auch Erntehelfer\*innen iS des § 5 Abs 1 Z 2 AuslBG nach der allgemeinen Regel des § 4 ASVG<sup>51</sup> in Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung (voll-)versichert.

Das war nicht immer so: Noch bis zum 31.12.2018 galt die Sonderregelung des § 7 Z 1 lit f ASVG, wonach „Erntehelfer\*innen“ idS nur in KV und UV (teil-)versichert waren, während bspw Österreicher\*innen oder EWR-Bürger\*innen, die die gleiche Tätigkeit ausübten, vollversichert waren. Dass es sich dabei spätestens seit dem Ablauf der Umsetzungsfrist der SaisonarbeitsRL (30.9.2016)<sup>52</sup> um eine unionsrechtlich verbotene Diskriminierung handeln musste, war dem Gesetzgeber nicht unbekannt geblieben.<sup>53</sup> Dennoch entschied man sich im Mai 2017<sup>54</sup> dazu, noch anderthalb Jahre verstreichen zu lassen, bevor die Beseitigung der Unionsrechtswidrigkeit in Kraft treten sollte; erst seit dem 1.1.2019 findet sich daher ein Umsetzungshinweis in § 3b ASVG (vgl § 706 ASVG). Österreich hat von der Möglichkeit, Saisonarbeitnehmer\*innen von Leistungen bei Arbeitslosigkeit auszuschließen,<sup>55</sup> umfassend Gebrauch gemacht: So besagt § 7 Abs 6 AIVG, dass sich Erntehelfer\*innen und sonstige Saisonarbeitskräfte „nach Beendigung ihrer Beschäftigung nicht berechtigt im Bundesgebiet [aufhalten]“, weshalb sie der Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung stehen und keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld haben,<sup>56</sup> und das obwohl ihre Beschäftigung grds der Arbeitslosenversicherung unterliegt.<sup>57</sup> Diese Bestimmung ist in bestimmten Fällen im Wege verfassungskonformer Interpretation<sup>58</sup> teleologisch zu reduzieren,<sup>59</sup> da sie zu Unrecht davon auszugehen scheint, dass die Beendigung einer Beschäftigung nach § 5 AuslBG notwendigerweise den Entfall des Aufenthaltsrechts nach sich zöge.<sup>60</sup>

---

50 Zur Situation in Deutschland vgl *Kohle/Rabe-Rosendahl*, Grenzüberschreitende Beschäftigung in der Erntehilfe, ZESAR 2021, 371.

51 BGBl 1955/189 idF BGBl I 2023/110.

52 Art 28 Abs 1 SaisonarbeitsRL.

53 ErläutRV 1516 BlgNR 25. GP 12.

54 BGBl I 2017/66.

55 Art 23 Abs 2 ii SaisonarbeitsRL; ErwGr 46 begründet dies mit dem befristeten Charakter des Aufenthalts.

56 § 7 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 und Abs 3 Z 2 AIVG; s BGBl I 2004/28 idF BGBl I 2017/66.

57 § 1 Abs 1 lit a AIVG.

58 Vgl aber auch VwGH 9.9.2009, 2007/08/0335, wo der Gerichtshof im Anschluss an die E vom 7.9.2005, 2005/08/0019, und unter Verweis auf die Mat zu BGBl I 2004/28 festhält, dass sich die in § 7 Abs 6 AIVG „enthaltene unwiderlegliche gesetzliche Vermutung, dass jemand ab Beendigung seiner Beschäftigung nicht mehr dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht [...], sachlicherweise nur auf einen Personenkreis beziehen [kann], bei dem das Fehlen einer Berechtigung zu einem weiteren Inlandaufenthalt (sic) tatsächlich vorausgesetzt werden kann“.

59 Vgl zB *Pejrl*, Zuwanderung und Zugang zum Arbeitsmarkt (2018) 253.

60 Dazu *Zechner* in *Scoutz/Zechner*, AIVG § 7 Rz 188 (20. Lfg/2022).

Auch die Möglichkeit, Saisoniers von Familienleistungen auszuschließen, wurde in Österreich nicht ungenutzt gelassen: § 3 Abs 1 FLAG besagt, dass Personen, die nicht österreichische Staatsangehörige sind, nur dann einen Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie sich nach den §§ 8 und 9 NAG oder nach § 54 AsylG rechtmäßig in Österreich aufhalten. Das trifft auf Saisoniers aus Drittstaaten in aller Regel<sup>61</sup> gerade *nicht* zu.<sup>62</sup>

## 5. Fazit: „Hart, aber fair“?

Dass Saisonarbeiter\*innen dringend benötigt werden, steht fest: Ohne Saisoniers sei „Österreichs Landwirtschaft kaum mehr vorstellbar“.<sup>63</sup> Doch es stellt sich weiterhin die Frage: Spiegelt sich dieser Bedarf im Umgang mit Erntehelfer\*innen wider?

### 5.1. Inklusionstendenzen: „Rights for all Seasons“<sup>64</sup>

Die Tatsache, dass die Ausbeutung von Saisonkräften, die Jahr für Jahr von dies- und jenseits der EU-Außengrenzen anrücken, um körperlich anstrengende Arbeiten zu erledigen, für die in Österreich kaum Arbeitnehmer\*innen zu finden sind,<sup>65</sup> scheint von der Bereitschaft dieser Menschen zu zeugen, für wenig Geld große Mühen auf sich zu nehmen, um ihre sozioökonomische Situation zu verbessern oder zumindest zu stabilisieren. Dennoch gilt: „In den meisten EU-Mitgliedstaaten sind die Bedarfe der [AG] nach Arbeitskräften in der Entscheidung über Zuzug maßgebend; Arbeitsmigration wird also oft nachfrageorientiert gestaltet.“<sup>66</sup> So spricht ErwGr 5 der SaisonarbeitsRL im Anschluss an den Europäischen Pakt zu Einwanderung und Asyl vom 16.10.2008 von einer „gerechte[n], wirksame[n] und kohärente[n] Politik“, die „nicht nur im Interesse der Aufnahmeländer, sondern auch der Herkunftsländer und der [Migrant\*innen] selbst“ sei. In ErwGr 6 wird das Stockholmer Programm vom 11.12.2009 in Bezug genommen, in dem betont wird, „wie wichtig es ist, eine gerechte Behandlung von Drittstaatsangehörigen zu gewährleisten [...], um einen möglichst optimalen Zusammenhang zwischen Migration und Entwicklung herzustellen“.

61 Vgl aber § 8 Abs 1 Z 1 NAG idF BGBl I 2022/106; s unten 5.1. zur neuen Stammmitarbeiter\*innen-Regelung.

62 Vgl dazu *Wanke* in *Lenneis/Wanke*, FLAG<sup>2</sup> (2020) Rz 119 (134).

63 *Maier*, Hart, aber fair – Das Leben der Erntehelfer, Die Presse 25.8.2020.

64 Vgl die gleichnamige Kampagne der ELA (*European Labour Authority*), [www.ela.europa.eu/en/campaigns/rights-for-all-seasons](http://www.ela.europa.eu/en/campaigns/rights-for-all-seasons) (25.5.2023).

65 Vgl bereits die Textierung des § 5 Abs 1 AuslBG: „Der Bundesminister für Arbeit [...] kann im Falle eines vorübergehenden zusätzlichen Arbeitsbedarfs, der weder aus dem im Inland verfügbaren Arbeitskräftepotenzial noch mit EWR-BürgerInnen [...] und [Stammsaisoniers] abgedeckt werden kann, durch Verordnung zahlenmäßige Kontingente [...] festlegen. Er hat dabei die allgemeine Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes, insbesondere des betreffenden Teilmarktes, zu berücksichtigen.“ Sohin belegt schon das Vorhandensein einer Kontingentverordnung, dass (immerhin) der Verordnungsgeber von einem nicht aus dem Inland heraus abdeckbaren Arbeitskräftebedarf ausgeht. Dass dennoch eine Arbeitsmarktprüfung durchgeführt wird, scheint mE unverständlich und verzichtbar.

66 *Roos*, § 17 EU-Migrationsrecht – politikwissenschaftliche Betrachtung, in *Wollenschläger*, Europäischer Freizügigkeitsraum – Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht (2021) 593 (604).

Das würde allerdings für viele die Möglichkeit einer Aufenthaltsverfestigung voraussetzen. Im Gegensatz zur Stammsaisonier-Regelung, die bis 2022 die einzige Tendenz in diese Richtung dargestellt hat, in Wahrheit aber mangels Brücke ins gewöhnliche Aufenthaltsrecht keine war,<sup>67</sup> könnte die neue Stammmitarbeiter\*innen-Regelung (§ 12d AuslBG) einen Schritt in Richtung Inklusion verheißen: So heißt es in den Mat zu BGBl I 2022/106, dass „langjährig in Österreich beschäftigten Mitarbeiter[\*]innen in den Saisonbranchen Tourismus und Landwirtschaft die Möglichkeit des dauerhaften Arbeitsmarktzugangs im Wege der Rot-Weiß-Rot – Karte eröffnet werden [soll].“<sup>68</sup> Zu den Voraussetzungen zählen allerdings neben einem (alternativlosen) *Deutsch*-Sprachniveau von A1 auch ein unbefristetes Arbeitsplatzangebot<sup>69</sup> und eine zumindest siebenmonatige Tätigkeit als Stammsaisonier gem § 5 Abs 6a oder 7 AuslBG innerhalb der letzten beiden Jahre. Die besonders benachteiligten Erntehelfer\*innen iS des § 5 Abs 1 Z 2 AuslBG sind damit wieder ausgeschlossen.

## 5.2. Exklusionstendenzen: „Schandfleck Erntehilfe“<sup>70</sup>

Wenn *Peyrl* sagt, Saisonarbeit sei „die unsozialste Form der Zuwanderung“,<sup>71</sup> und dabei etwa auf die Fehler verweist, die bereits vor Jahrzehnten iZm den Gastarbeiter\*innen gemacht wurden, dann ist er damit keineswegs allein. Auch *Zoeteweyj* konstatiert: „[T]he lack of right to family reunification stands out immediately. This aspect of the Seasonal Workers Directive especially bears resemblance to guest worker programmes, implemented throughout Europe in the 1960s and 1970s, which left a bitter aftertaste for all parties involved“.<sup>72</sup> Beide verweisen auf die kaum existenten Chancen zur Aufenthaltsverfestigung. In ErwGr 7 zur SaisonarbeitsRL klingt das Ganze dagegen so: „Diese Richtlinie sollte zur wirksamen Steuerung saisonal bedingter Migrationsströme und zur Gewährleistung menschenwürdiger Arbeits- und Lebensbedingungen [...] beitragen, indem sie faire [...] Aufenthaltsvorschriften und die Rechte der [Saisoniers] festlegt und gleichzeitig Anreize und Garantien schafft, um zu verhindern, dass die zulässige Aufenthaltsdauer überschritten oder aus einem befristeten Aufenthalt ein Daueraufenthalt wird.“ Diese „Anreize“ dürften sich im vereinfachten Zugang zu wiederholter Saisontätigkeit erschöpfen, sieht die RL doch gerade keine relevanten Maßnahmen vor, die vom Konzept der „zirkulären Migration“<sup>73</sup> abweichen, sondern bereitet zB höchstselbst den Weg für den Ausschluss dieser Personen von Familienleistungen und Sozialhilfe- oder Arbeitslosengeldbezug.

67 Vgl nur *Peyrl*, Zuwanderung und Zugang zum Arbeitsmarkt 253.

68 ErläutRV 1528 BlgNR 27. GP 1.

69 Genauer: „[wenn] der Arbeitgeber ein unbefristetes Arbeitsverhältnis *in Aussicht stellt*“, vgl § 12d Z 3 AuslBG.

70 *Stegmaier*, Erntehilfe, *wienerzeitung.at*.

71 *Peyrl*, Zuwanderung und Zugang zum Arbeitsmarkt 253 f.

72 *Zoeteweyj*, The Seasonal Workers Directive – Another Vicious Circle? in *Rijken/de Lange*, Towards a Decent Labour Market for Low Waged Migrant Workers (2018) 129 (134).

73 Vgl insb *Kommission*, Mitteilung vom 16.5.2007 – Zirkuläre Migration und Mobilitätspartnerschaften zwischen der Europäischen Union und Drittstaaten, KOM(2007) 248 endg.

### 5.3. »Wohl dem, der sagen darf: *Der Tag der Aussaat war der Tag der Ernte!*«<sup>74</sup>

*Dauvergne* und *Marsden* beschreiben das Problem, an dem auch der Diskurs um die SaisonarbeitsRL zu krankem scheint, folgendermaßen: „The insistence on economic paradigms is at its most acute when talking of temporary labour migration, because the insistence on temporariness attempts to turn people into ‘pure’ economic inputs who will depart when their labour is no longer necessary. Temporary labour migration programmes are driven by employer demand and mediated by state policy, which matches migrants to defined gaps in the national labour market.“<sup>75</sup> *Zoetewij* greift diesen Gedanken auf und schreibt: „The Directive can therefore be regarded as the schoolbook example of migration law that transforms people into economic inputs who depart when their labour is no longer necessary.“<sup>76</sup>

Es sollte aber nicht unerwähnt bleiben, dass trotz des Scheiterns eines einheitlichen Ansatzes in Fragen der Arbeitsmigration<sup>77</sup> und der damit verknüpften Scheinlösung, manche eben „gleicher als andere“ zu behandeln, auch Teilerfolge erzielt werden konnten. Diese sind nicht zuletzt der Einbindung des Europäischen Parlaments in den Legislativprozess zu verdanken und haben bspw dazu geführt, dass es das Recht auf Gleichbehandlung nach Art 23 der SaisonarbeitsRL überhaupt gibt, das umfassend die Arbeitsbedingungen mit einschließt und auch das Streikrecht anführt.<sup>78</sup>

Alle Gleichbehandlungsrechte nützen aber doch nichts, wenn sie nicht „wirksam und angemessen“ kontrolliert werden und in „wirksame Verfahren“ im Geiste einer „wirksamen Zusammenarbeit der zuständigen Behörden“ münden, die einen „wirksamen Schutz“ bzw „wirksamen Sozialversicherungsschutz“ der Saisoniers sicherstellen und durch „wirksame Sanktionen“ klarmachen, dass die Union und ihre MS die Sache mit der Wirksamkeit ernst meinen (ErwGr 36, 37, 43, 46, 49, 50 zur SaisonarbeitsRL). Das Ziel einer „wirksam gesteuerten Politik der legalen Zuwanderung“ (ErwGr 4) und die „gerechte Behandlung von Drittstaatsangehörigen“ sind grundvernünftig, gerade „vor dem Hintergrund der großen demografischen Herausforderungen, die sich der Union in der Zukunft stellen und die mit einer steigenden Nachfrage nach Arbeitskräften einhergehen werden“ (ErwGr 6). Dass ein Menschenbild, das diesen Anforderungen gerecht zu werden beansprucht, nicht aus dem Blick verlieren darf, dass Menschen eben keine bloßen Rechengrößen und Kostenstellen sind, lässt mE nur den Schluss zu, dass die Ziel-

<sup>74</sup> *Ebner-Eschenbach*, Aphorismen (Reclam 2022) 91.

<sup>75</sup> *Dauvergne/Marsden*, The ideology of temporary labour migration in the post-global era, *Citizenship Studies* 2014, 224 (232).

<sup>76</sup> *Zoetewij* in *Rijken/de Lange* 132.

<sup>77</sup> Vgl zB *Zoetewij-Turhan*, The Seasonal Workers Directive – but some are more equal than others, *European Labour Law Journal* 2017, 28.

<sup>78</sup> Zur Entwicklung der Bestimmungen seit dem RL-Entwurf, den die Kommission im Juli 2010 eingebracht hatte, vgl zB die Übersicht bei *Lazarowicz*, A success story for the EU and seasonal workers’ rights without reinventing the wheel, *Policy Brief* (28.3.2014) 3, oder ausf mwN *Tóttós*, The Past, the Present and the Future of the Seasonal Workers Directive, *Pecs Journal of International and European Law* 2014, 45.

setzungen, die insb die Erwägungen zur SaisonarbeitsRL anführen, durch die ergangene RL und die Art und Weise ihrer Umsetzung in den MS der Union nicht erreicht werden können: Sie sind ungeeignet. Dass das Problem tiefer verwurzelt zu sein scheint, zeigt schon der Umstand, dass die Defizite im Bereich der Arbeits- und Lebensbedingungen und des Sozialschutzes saisonale Arbeitskräfte aus EU-MS und solche aus Drittstaaten oft sehr ähnlich treffen, scheinbar ungeachtet der anwendbaren Rechtsregime.

Lukas Winkler war zwischen 2019 und 2023 als Studienassistent am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien tätig; [lukas.winkler@univie.ac.at](mailto:lukas.winkler@univie.ac.at)

# International Schutzberechtigte und ihr Recht auf Familienzusammenführung

## Wurzeln und aktuelle Entwicklungen

Julia Bauer

---

### 1. Einleitung

International Schutzberechtigte sind Personen, denen der Status eines:r Asylberechtigten (aufgrund drohender Verfolgung iSd Art 1 A GFK) oder der Status eines:r subsidiär Schutzberechtigten (aufgrund einer drohenden Art 2 oder 3 EMRK-Verletzung) zuerkannt wurde.<sup>1</sup> Mit der Reform der Status-RL 2011 wollte der europäische Gesetzgeber die Rechtsstellung von subsidiär Schutzberechtigten und von Asylberechtigten weitestgehend angleichen und einen „einheitlichen Status“ schaffen.<sup>2</sup> Dennoch unterscheiden sich die Rechte, die diesen Personengruppen zustehen; nicht zuletzt ihr Recht auf Familienzusammenführung.<sup>3</sup>

Urteile des EGMR und des EuGH aus den letzten Jahren stellen neue Anforderungen an das Recht auf Familienzusammenführung von international Schutzberechtigten. Die Rsp beschäftigt sich mit dem berechtigten Personenkreis an Familienangehörigen, der unterschiedlichen Behandlung von Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten sowie mit verfahrensrechtlichen Anforderungen bei der Familienzusammenführung. Dies aufgreifend skizziert der vorliegende Beitrag zunächst die Wurzeln des Rechtes auf Familienzusammenführung gem Art 8 EMRK und geht auf aktuelle Entwicklungen in der Rsp des EGMR ein. Anschließend folgt eine Darstellung der unionsrechtlichen Vorgaben sowie des österreichischen Rechts in Bezug auf das Recht auf Familienzusammenführung von international Schutzberechtigten. Dabei interessiert insb, inwieweit die innerstaatliche Rechtslage den grundrechtlichen und unionsrechtlichen Anforderungen entspricht.<sup>4</sup>

---

1 Art 2 lit b, d, f Status-RL 2011/95/EU ABl L 2011/337, 9; §§ 3, 8 Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (AsylG 2005) BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2022/221.

2 Walter, § 24 Das Recht auf Familienzusammenführung, in *Wollenschläger et al*, Europäischer Freizügigkeitsraum – Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht (2021) 885 (Rz 24); Bast, Vom subsidiären Schutz zum europäischen Flüchtlingsbegriff, ZAR 2018, 41.

3 Vgl *Immervoll/Frühwirth*, Statusdifferenzierung in der Familienzusammenführung, in *Salomon*, Der Status im europäischen Asylrecht (2020) 161; *Kaspar*, Differenzierungen zwischen Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten, NLMR 2020, 5, die auch unterschiedliche sozialrechtliche Ansprüche behandelt.

4 Eine eingehende Aufarbeitung zu den Unterschieden zwischen dem Status der Asylberechtigten und dem Status der subsidiär Schutzberechtigten ist im Rahmen dieses Beitrages nicht möglich, dazu etwa: *Baumgartl*, Internationaler Schutz im unionsrechtlichen Kontext – die Status-RL auf dem Prüfstand, in *Bauer/Baumgartl*, 70 Jahre Genfer Flüchtlingskon-

## 2. Recht auf Familienzusammenführung nach der EMRK

### 2.1. Positive Verpflichtung zur Familienzusammenführung gem Art 8 EMRK

Prämisse für einen Anspruch auf Familienzusammenführung aufgrund von Art 8 EMRK ist das Vorliegen eines Familienlebens, das das Vorhandensein von Familie voraussetzt.<sup>5</sup> Der EGMR kennt keine abschließende Definition von Familienangehörigen. Es ist vielmehr im Einzelfall festzustellen, ob eine „Familie“ und ein geschütztes „Familienleben“ iSd Art 8 EMRK vorliegt. Ob ein Familienleben der Familienangehörigen besteht, beurteilt der EGMR im Einzelfall und stellt auf das Vorhandensein von tatsächlich gelebten zwischenmenschlichen Beziehungen ab. Als wesentlichen Aspekt des Familienlebens erachtet der EGMR die Möglichkeit von „mutual enjoyment of each other’s company“; darunter ist die Möglichkeit zu verstehen, beisammen zu sein.<sup>6</sup> Das Vorliegen von Familie und Familienleben ist bei rechtlich formalisierten Beziehungen – etwa im Fall einer Ehe – sowie bei Beziehungen zwischen Eltern und minderjährigen Kindern anzunehmen (sogenannte „de iure“-Familien).<sup>7</sup> Darüber hinaus können auch Lebensgemeinschaften als Familie geschützt sein: Nach Ansicht des EGMR können ein gemeinsamer Haushalt, Zusammenleben, das Vorhandensein gemeinsamer Kinder sowie eine insgesamt stabile Beziehung für eine Familie iSd Art 8 EMRK sprechen.<sup>8</sup> Die Beziehung zu weiteren Verwandten kann ebenso im Einzelfall eine geschützte familiäre Beziehung darstellen, wenn ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Beteiligten vorliegt. Solche Abhängigkeitsverhältnisse bestehen etwa in Fällen der Pflegebedürftigkeit oder wenn Verwandte eine elternähnliche Rolle für Kinder übernehmen. In solchen Konstellationen spricht man von „de facto“-Familien.<sup>9</sup>

Dass Art 8 EMRK unter Umständen eine positive Verpflichtung zur Gewährung von Familienzusammenführung verbürgen kann, hielt der EGMR erstmals im Fall *Abdulaziz* fest.<sup>10</sup> Gleichzeitig betont der EGMR, dass die Konventionsstaaten keine generelle Verpflichtung haben, die Wahl des Wohnortes von Ehepaaren zu akzeptieren und eine Familienzusammenführung zu ermöglichen.<sup>11</sup> Ob eine positive Verpflichtung zur Gewährung von Familienzusammenführung besteht, ist laut EGMR nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen, wobei ein gerechter Ausgleich zwischen den individuellen Interessen der betroffenen Personen und dem öffentlichen Interesse zu finden ist.<sup>12</sup> Diese In-

---

vention – altbewährt? (2021) 105; *Hasel/Salomon*, Differenzierungen zwischen Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten: Zu einem einheitlichen Schutzstatus, in *Salomon*, Der Status im europäischen Asylrecht (2020) 113.

5 EGMR 28.5.1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich*, Rn 62.

6 EGMR 26.5.1994, 16969/90, *Keegan/Irland*, Rn 50; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>7</sup> (2021) § 22 Rz 19.

7 *Caroni*, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration (1999) 24.

8 EGMR 22.4.1997, 21830/93, *X, Y und Z/Vereinigtes Königreich*, Rn 36 f.

9 EGMR 13.7.1995, 19465/92, *Nasri/Frankreich*; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup> § 22 Rz 16.

10 EGMR 28.5.1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich*, Rn 68.

11 EGMR 9.7.2021, 6697/18, *M.A./Dänemark*, Rn 132.

12 EGMR 19.2.1996, 23218/94, *Gül/Schweiz*, Rn 38; 28.11.1996, 21702/93, *Abmut/Niederlande*, Rn 67.

teressenabwägung erfolgt vor dem Hintergrund, dass es grundsätzlich das souveräne Recht des Staates ist, die Einreise und den Aufenthalt von Nicht-Staatsangehörigen zu kontrollieren. Dabei kommt den Konventionsstaaten ein weiter margin of appreciation zu.<sup>13</sup>

Welche Umstände konkret ein Recht auf Familienzusammenführung begründen können, ist aus der Judikatur des EGMR nicht eindeutig zu beantworten. Gewisse Abwägungskriterien gehen aus der Judikatur hervor, die entweder auf der Seite der individuellen Person oder auf der Seite des Staates schwerer wiegen (können).<sup>14</sup> Von besonderer Bedeutung ist das „Bestehen unüberwindbarer Hindernisse“, die ein Fortführen des Familienlebens im Herkunftsstaat verhindern.<sup>15</sup> Solche unüberwindbaren Hindernisse bestehen jedenfalls dann, wenn der Herkunftsstaat durch Flucht verlassen wurde oder dort eine unmenschliche Behandlung iSv Art 3 EMRK droht.<sup>16</sup> Ein weiteres gewichtiges Abwägungskriterium ist das Kindeswohl, das vorrangig zu beachten ist, wenn Kinder betroffen sind.<sup>17</sup> Fehlt eine Bindung zum Herkunftsstaat – etwa weil die betroffene Person kaum oder nur kurze Zeit dort lebte und nicht über die entsprechenden Sprach- und Kulturkenntnisse verfügt – kann dieser Umstand ebenso das individuelle Interesse an der Familienzusammenführung stärken.<sup>18</sup> Weitere Abwägungskriterien sind etwa die tatsächlichen Auswirkungen auf das Familienleben (inwieweit kann das Familienleben ohne die Familienzusammenführung fortgeführt werden?),<sup>19</sup> die Bindung zum Aufnahmestaat,<sup>20</sup> die Umstände, unter denen sich die Familienangehörigen trennten, und wie lange die Trennung anhielt, die Einhaltung migrationsrechtlicher Vorschriften sowie generell Unbescholtenheit der betroffenen Personen.<sup>21</sup>

## 2.2. Verfahrensrechtliche Anforderungen gem Art 8 EMRK

Zum Anspruch auf Familienzusammenführung gem Art 8 EMRK leitet der EGMR auch verfahrensrechtliche Anforderungen ab und fordert einen flexiblen, raschen und wirkamen Entscheidungsfindungsprozess – insb dann, wenn Asylberechtigte oder Kinder vom Verfahren betroffen sind. Auch eine überlange Verfahrensdauer kann Art 8 EMRK nach der Rsp des EGMR verletzen.<sup>22</sup>

13 EGMR 9.7.2021, 6697/18, *M.A./Dänemark*, Rn 131, 141 ff.

14 Vgl *Czech*, Das Recht auf Familienzusammenführung nach Art. 8 EMRK in der Rsp des EGMR, EuGRZ 2017, 229 (231).

15 EGMR 21.12.2001, 31465/96, *Sen/Niederlande*, Rn 40.

16 EGMR 10.7.2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich*, Rn 74.

17 EGMR 3.10.2014, 12738/10, *Jeunesse/Niederlande*, Rn 109, 118; *Czech*, EuGRZ 2017, 229 (237 mwN).

18 EGMR 21.12.2001, 31465/96, *Sen/Niederlande*, Rn 40.

19 EGMR 10.7.2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich*, Rn 66.

20 EGMR 9.10.2001, 47042/99, *Mensab/Niederlande*; 31.1.2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande*, Rn 39 f.

21 EGMR 5.4.2005, 43786/04, *Benamar/Niederlande*; 4.12.2012, 47017/09, *Butt/Norwegen*, Rn 89.

22 EGMR 10.7.2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich*, Rn 75, 82.

Kürzlich stellte der EGMR in den Fällen *M.A. und M.T. ua* fest, dass die für Asylberechtigte aufgestellten verfahrensrechtlichen Anforderungen grundsätzlich in gleicher Weise für subsidiär Schutzberechtigte gelten.<sup>23</sup> Kernfrage der Fälle war, ob eine Wartefrist bzw eine temporäre Aussetzung der Familienzusammenführung für subsidiär Schutzberechtigte (oder einen vergleichbaren Status) mit Art 8 EMRK vereinbar ist. Während eine zweijährige Wartefrist laut EGMR grundsätzlich zulässig ist, wiegen bei einer darüber hinausgehenden Wartefrist die Interessen der individuellen Person schwerer. Besteht etwa bei einer dreijährigen Wartefrist keine Möglichkeit, die Umstände des Einzelfalls gem Art 8 EMRK zu prüfen oder wird die entsprechende Abwägung unterlassen, liegt nach der Ansicht des EGMR kein gerechter Interessensausgleich und somit eine Verletzung von Art 8 EMRK vor.<sup>24</sup> Ist die Wartefrist bzw die temporäre Aussetzung Reaktion auf besondere Herausforderungen, wie etwa steigende Antragszahlen auf internationalen Schutz, so kann sie aufgrund des öffentlichen Interesses gerechtfertigt sein. Allerdings ist die Wartefrist/Aussetzung der Familienzusammenführung mit Blick auf die Herausforderung zu beurteilen: Sinken die Antragszahlen, sinkt das entsprechende öffentliche Interesse; die Wartefrist kann zwar zu Beginn gerechtfertigt gewesen sein, aber unter veränderten Umständen Art 8 EMRK verletzen.<sup>25</sup>

### 2.3. Erweitertes Recht auf Familienzusammenführung gem Art 14 iVm Art 8 EMRK

Eine potenzielle Erweiterung erfährt das Recht auf Familienzusammenführung durch das akzessorisch wirkende Diskriminierungsverbot gem Art 14 EMRK, das eine Diskriminierung im Anwendungsbereich der Konventionsrechte aufgrund bestimmter Merkmale grundsätzlich untersagt. Als Merkmale nennt Art 14 EMRK etwa das Geschlecht, die „Rasse“, politische oder sonstige Anschauung oder „den sonstigen Status“; die Aufzählung in Art 14 EMRK ist nicht abschließend.<sup>26</sup> Nach der stRsp des EGMR erfasst Art 14 EMRK ebenso die sexuelle Orientierung sowie den Migrationsstatus als „sonstiger Status“.<sup>27</sup> Befinden sich zwei Personengruppen in einer vergleichbaren Situation und werden sie aufgrund eines Merkmales iSd Art 14 EMRK unterschiedlich behandelt, muss die Diskriminierung sachlich gerechtfertigt sein, also ein legitimes Ziel verfolgen und verhältnismäßig sein.<sup>28</sup>

Räumt der Staat einer Personengruppe ein Recht auf Familienzusammenführung ein, so muss die Regelung dementsprechend frei von sachlich ungerechtfertigter Diskriminierung aufgrund der Merkmale gem Art 14 EMRK sein. Andernfalls hat auch der ausge-

23 EGMR 9.7.2021, 6697/18, *M.A./Dänemark*, Rn 137 f; 20.10.2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden*, Rn 58.

24 EGMR 9.7.2021, 6697/18, *M.A./Dänemark*, Rn 192 ff; 20.10.2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden*, Rn 80, 84.

25 EGMR 9.7.2021, 6697/18, *M.A./Dänemark*, Rn 173 ff; 20.10.2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden*, Rn 64 ff.

26 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup> § 26 Rz 11 f.

27 EGMR 7.11.2013, 29381/09, 32684/09, *Vallianatos ua/Griechenland*, Rn 77 mwN; 6.11.2012, 22341/09, *Hode und Abdi/Vereinigtes Königreich*, Rn 45 ff.

28 EGMR 6.11.2012, 22341/09, *Hode und Abdi/Vereinigtes Königreich*, Rn 45 ff.

schlossenen Personengruppe ein Recht auf Familienzusammenführung gem Art 14 iVm Art 8 EMRK zuzukommen, auch wenn allein aufgrund von Art 8 EMRK kein Anspruch auf Familienzusammenführung besteht.<sup>29</sup>

Auch eine unterschiedliche Rechtsstellung bei der Familienzusammenführung aufgrund des Migrationsstatus hat gem Art 14 EMRK sachlich gerechtfertigt zu sein. Im Fall von *M.T. ua* setzte sich der EGMR auch mit Art 14 iVm Art 8 EMRK auseinander und prüfte, ob die unterschiedliche Behandlung von Asylberechtigten, denen unmittelbar nach der Statuszuerkennung das Recht auf Familienzusammenführung zukam, und subsidiär Schutzberechtigten, deren Recht auf Familienzusammenführung vorübergehend ausgesetzt war, sachlich gerechtfertigt war. Nach dem EGMR kann nicht allgemein gesagt werden, dass Asyl- und subsidiär Schutzberechtigte in einer vergleichbaren Situation sind; für die Beurteilung des Ausgangsfallles nahm er aber eine vergleichbare Situation an.<sup>30</sup> Im konkreten Fall erachtete der EGMR die unterschiedliche Behandlung als sachlich gerechtfertigt, da die schwedische Rechtslage eine Interessenabwägung zu Gunsten von Art 8 EMRK ermöglichte, die von den schwedischen Behörden auch konventionskonform vorgenommen wurde.<sup>31</sup>

### 3. Recht auf Familienzusammenführung von international Schutzberechtigten

#### 3.1. Familienzusammenführungs-RL und Umsetzung in Österreich

Mit der Familienzusammenführungs-RL<sup>32</sup> kam es zu einer gewissen Umkehr hinsichtlich des Rechts auf Familienzusammenführung: Während nach Art 8 EMRK nur unter Umständen ein Recht auf Familienzusammenführung besteht, das im Einzelfall zu beurteilen ist, räumt die Familienzusammenführungs-RL ein subjektives Recht auf Familienzusammenführung ein, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen.<sup>33</sup>

Die Familienzusammenführungs-RL begünstigt Personen, denen der Status eines:r Asylberechtigten zuerkannt wurde:<sup>34</sup> Diese müssen keine weiteren Erteilungsvoraussetzungen wie ortsübliche Unterkunft, feste und regelmäßige Einkünfte oder Krankenversicherung für die Zulässigkeit der Familienzusammenführung vorweisen, sofern der Antrag innerhalb von drei Monaten nach Zuerkennung des Status des Asylberechtigten gestellt wird. Nach drei Monaten steht es den Mitgliedstaaten (MS) frei, ob sie die genannten Erfordernisse verlangen.<sup>35</sup>

Die Bestimmungen zur Familienzusammenführung mit Asylberechtigten sind im AsylG 2005 umgesetzt: Gem § 35 AsylG 2005 können Familienangehörige im Ausland

29 EGMR 23.2.2016, 68453/13, *Pajić/Kroatien*; *Czech*, Die Neuerungen des Asylrechtspakets 2016, FABL 2016, 15 (18).

30 EGMR 22105/18, *M.T. ua/Schweden*, insb Rn 111.

31 EGMR 22105/18, *M.T. ua/Schweden*, Rn 116 ff; vgl auch Kapitel 2.2.

32 RL 2003/86/EG des Rates v 22.9.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl L 2003/251, 12.

33 EuGH 27.06.2006, C-540/03, *EP/Rat*, ECLI: EU:C:2006:429, Rn 60; *Walter in Wollenschläger et al* 885 (Rz 5).

34 ErwGr 8 Familienzusammenführungs-RL.

35 Art 12 iVm Art 7 Familienzusammenführungs-RL.

einen Einreisepass beantragen, um anschließend im Inland einen Antrag auf internationalen Schutz zu stellen und ein Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 zu führen. Nach dem Familienverfahren gilt der Antrag der Familienangehörigen als Antrag auf Gewährung desselben Schutzes: Familienangehörigen eines:r Asylberechtigten ist dadurch ebenso der Status von Asylberechtigten zuzuerkennen. Stellen die Familienangehörigen den Antrag gem § 35 Abs 1 AsylG 2005 erst drei Monate nach Zuerkennung, sind die Voraussetzungen des § 60 Abs 2 AsylG 2005 (ortsübliche Unterkunft, Krankenversicherung und ausreichendes Einkommen iSd § 11 Abs 5 NAG<sup>36</sup>) zu erfüllen, außer es handelt sich bei der antragstellenden Person um eine:n unbegleitete:n Minderjährige:n<sup>37</sup> oder es ist aus Gründen des Art 8 EMRK davon abzusehen.<sup>38</sup> Ist die Antragstellung nach drei Monaten auf objektiv entschuld bare Umstände zurückzuführen, dürfen die Voraussetzungen nach der Rsp des EuGH ebenso nicht verlangt werden.<sup>39</sup>

Die Regelung des § 35 iVm § 34 AsylG 2005 sieht auch ein Recht auf Familienzusammenführung zu subsidiär Schutzberechtigten<sup>40</sup> vor – nach der geltenden Rechtslage allerdings erst drei Jahre nach Zuerkennung.<sup>41</sup> Die Voraussetzungen gem § 60 Abs 2 AsylG 2005 sind in diesem Fall grundsätzlich zu erfüllen, wobei aus denselben Gründen wie bei Asylberechtigten davon abzusehen ist.

Im Gegensatz zu Asylberechtigten sind subsidiär Schutzberechtigte vom Anwendungsbereich der Familienzusammenführungs-RL ausgenommen. Es ist daher unionsrechtlich nicht determiniert, inwieweit subsidiär Schutzberechtigten ein Recht auf Familienzusammenführung zukommt; die MS sind grundsätzlich (unter Einhaltung der grundrechtlichen Anforderungen) frei, die Rechtsstellung von subsidiär Schutzberechtigten bei der Familienzusammenführung zu regeln.<sup>42</sup> In Fällen, in denen MS auf Basis der Familienzusammenführungs-RL subsidiär Schutzberechtigten ein Recht auf Familienzusammenführung einräumen und die RL für subsidiär Schutzberechtigte unmittelbar und unbedingt für anwendbar erklären, erachtet sich der EuGH auch bei der Familienzusammenführung von subsidiär Schutzberechtigten für die Auslegung der RL für zuständig.<sup>43</sup> Der österr Gesetzgeber hat in den Materialien ausdrücklich darauf hingewiesen, dass subsidiär Schutzberechtigten keine Rechte zur Familienzusammenführung aufgrund der RL erwachsen.<sup>44</sup> Insofern hat der österr Gesetzgeber die RL für subsidiär Schutzberechtigte

---

36 Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (NAG) BGBl I 2005/157 i d F BGBl I 2022/221. 37 § 35 Abs 2a AsylG 2005.

38 § 35 Abs 4 Z 3 AsylG 2005.

39 EuGH 7.11.2018, C-380/17, *K und B*, ECLI:EU:C:2018:877.

40 Gem § 8 AsylG 2005.

41 § 35 Abs 2 AsylG 2005, verankert seit dem BGBl I 2016/24; davor war eine Familienzusammenführung nach der ersten Verlängerung des Aufenthaltstitels und somit ca ein Jahr nach der Statuszuerkennung möglich; vgl *Czech*, FABL 2016, 17.

42 Vgl *Walter in Wollenschläger et al* 885 (Rz 24).

43 EuGH C-380/17, Rn 34 ff.

44 ErläutRV 996 BlgNr 25. GP 5.

nicht für anwendbar erklärt, weshalb die Auslegung der Familienzusammenführungs-RL durch den EuGH für subsidiär Schutzberechtigte in Österreich nicht maßgeblich ist. Dass die Familienzusammenführungs-RL subsidiär Schutzberechtigte nicht adressiert, hat vor allem historische Gründe: Zum Zeitpunkt der Verhandlungen zur RL war der Status von subsidiär Schutzberechtigten noch unregelt; ein entsprechender Rechtsakt wurde erst 2004 mit der ersten Fassung der Status-RL<sup>45</sup> erlassen.<sup>46</sup> Die Kommission plädierte mehrfach für eine Gleichbehandlung von Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten bei der Familienzusammenführung<sup>47</sup>; eine Anpassung der RL blieb dennoch bisher aus.<sup>48</sup>

### 3.2. Der Familienbegriff und seine Grenzen

Anders als Art 8 EMRK enthält § 35 Abs 5 AsylG 2005 eine abschließende Definition, welchen Familienangehörigen ein Recht auf Familienzusammenführung zu Asyl- bzw subsidiär Schutzberechtigten zukommt. Umfasst sind minderjährige Kinder, Eltern minderjähriger Kinder und Eheleute bzw eingetragene Partner:innen, sofern die Ehe bzw eingetragene Partnerschaft bereits vor der Einreise bestanden hat. Erhielt die asyl- bzw subsidiär schutzberechtigte Person ihren Status selbst im Rahmen eines Familienverfahrens, ist nur für minderjährige Kinder ein Antrag auf Familienzusammenführung zulässig.<sup>49</sup>

Der Kreis der berechtigten Familienangehörigen für die Familienzusammenführung nach § 35 AsylG 2005 beschränkt sich also auf die Kernfamilie. Eine erweiternde Auslegung der Bestimmung zur Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK lehnt der VwGH in stRsp ab, da es sich nur um eine von mehreren Möglichkeiten der Familienzusammenführung im österreichischen Recht handle, mit dem asylspezifischen Zweck ein Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 zu führen. Ist ein Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 mangels Familienangehörigeneigenschaft nicht möglich, ist auf die Möglichkeiten der Familienzusammenführung des NAG zu verweisen.<sup>50</sup>

Grundsätzlich ist das NAG nicht anzuwenden, wenn das AsylG 2005 anwendbar ist. Gem § 46 Abs 1 Z 2 lit c NAG ist für Asylberechtigte eine Familienzusammenführung nach dem NAG aber zulässig, wenn ein Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 und somit auch eine Familienzusammenführung nach § 35 AsylG 2005 nicht möglich sind. Nach dem NAG sind gem § 2 Abs 1 Z 9 NAG minderjährige Kinder, Eheleute und eingetragene Partner:innen, sofern sie zum Zeitpunkt der Antragstellung das 21. Lebensjahr vollendet haben, als Familienangehörige zur Familienzusammenführung berechtigt. Nach

45 Status-RL (alt) 2004/83/EG, ABl L 2004/304, 12.

46 Vgl EuGH C-380/17, Rn 29.

47 ZB Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 2003/86/EG, KOM(2008) 610 endg, 5; Leitlinien zur Anwendung der Richtlinie 2003/86/EG, COM(2014) 210 fin, 29.

48 Vgl Walter in *Wollenschläger et al* 885 (Rz 24).

49 § 35 Abs 1 bzw 2 iVm § 34 Abs 6 Z 2 AsylG 2005.

50 VwGH 3.5.2018, Ra 2017/19/0609; kritisch bereits *Bauer*, Verfassungs- und unionsrechtskonforme Interpretation des Familienangehörigenbegriffs im NAG durch „Abkoppelung“? *migraLex* 2022, 34 (40 f).

dem Wortlaut wirkt es so, als würde das NAG keinem über das AsylG 2005 hinausgehenden Personenkreis die Familienzusammenführung ermöglichen und im Unterschied zum AsylG 2005 auch nur Fälle erfassen, in denen die eingetragene Partnerschaft bzw Ehe nach der Einreise geschlossen wurde.

Der VwGH geht jedoch in stRsp davon aus, dass es zur Vermeidung eines unions- bzw verfassungswidrigen Ergebnisses geboten sein kann, den Begriff des „Familienangehörigen“ in § 46 NAG von der Legaldefinition gem § 2 Abs 1 Z 9 NAG „abzukoppeln“ und eigenständig auszulegen. Dies ermöglicht eine Familienzusammenführung in Fällen, in denen eine positive Verpflichtung iSd Art 8 EMRK besteht, die jeweilige Person aber nach dem Wortlaut von § 46 iVm § 2 Abs 1 Z 9 NAG von der Familienzusammenführung ausgenommen wäre. Ungeachtet der Legaldefinition könne der Begriff des Familienangehörigen iSd Art 8 EMRK ausgelegt werden und somit auch „de-facto“-Familien umfassen.<sup>51</sup>

Weiters wird die „Abkoppelung“ genutzt, um der Rsp des EuGH Rechnung zu tragen, nach der minderjährige asylwerbende Personen, die während des laufenden Asylverfahrens die Volljährigkeit erreichen, weiterhin als Minderjährige iSd FamilienzusammenführungsRL gelten und ihnen bzw ihren Eltern weiterhin ein Recht auf Familienzusammenführung zukommt.<sup>52</sup> Festhaltend am Zugang, dass § 35 AsylG 2005 nicht erweiternd auszulegen sei, ist nach dem VwGH auch in Fällen, in denen minderjährige Asylwerbende vor Zuerkennung des Asylstatus die Volljährigkeit erreichen, die Familienzusammenführung nach dem NAG zu beantragen. Dort ist der Familienangehörigenbegriff gem § 46 NAG wiederum losgelöst von § 2 Abs 1 Z 9 NAG auszulegen, da ein Familiennachzug von Eltern zu „Minderjährigen“ nach dem NAG grundsätzlich nicht vorgesehen ist.<sup>53</sup>

Für subsidiär Schutzberechtigte gibt es mangels ausdrücklicher Regelung<sup>54</sup> keine Möglichkeit, eine Familienzusammenführung nach dem NAG zu beantragen. Sie haben prinzipiell die Dreijahresfrist gem § 35 Abs 2 AsylG 2005 abzuwarten und die Familienzusammenführung nach dem AsylG 2005 zu begehren.<sup>55</sup>

### 3.3. Rechtmäßige Reglementierung der Familienzusammenführung zu international Schutzberechtigten?

Die dargestellte Rechtslage erweckt Zweifel daran, ob die unterschiedliche Behandlung von Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten sachlich gerechtfertigt ist. Der VfGH befasste sich 2018 mit dieser Frage und betrachtete die unterschiedliche Behandlung aufgrund

51 Grundlegend VwGH 17.11.2011, 2010/21/0494; näher *Bauer*, *migraLex* 2022, 34 mwN.

52 EuGH 12.4.2018, C-550/16, *A und S*, ECLI:EU:C:2018:248.

53 VwGH 3.5.2018, Ra 2017/19/0609; *Bauer*, *migraLex* 2022, 40 f; *Hinterberger*, Die umgekehrte Familienzusammenführung von nachziehenden Eltern zu unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen, *NLMR* 2018, 205.

54 iSd § 1 Abs 2 Z 1 NAG; § 46 Abs 1 Z 2 lit c NAG gilt nur für Asylberechtigte.

55 Nur nach einem Umstieg auf „Daueraufenthalt EU“ wäre eine Familienzusammenführung gem § 46 Abs 1 Z 2 lit a NAG möglich.

des „vorübergehenden, provisorischen Charakters“ des Status „subsidiärer Schutz“ als sachlich gerechtfertigt.<sup>56</sup> Wie bereits erwähnt, verneinte auch der EGMR eine generelle Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK durch die unterschiedliche Rechtsstellung von Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten bei der Familienzusammenführung. Dabei ging auch der EGMR davon aus, dass die Situation, vor der subsidiär Schutzberechtigte fliehen, „vorübergehender“ sein *könne*; allerdings erwog der EGMR diesen Aspekt mit Blick auf die Vergleichbarkeit der Situation von Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten und nicht hinsichtlich der sachlichen Rechtfertigung.<sup>57</sup>

In derselben Entscheidung wies der VfGH explizit darauf hin, dass die generelle dreijährige Wartefrist ohne Möglichkeit, die Umstände im Einzelfall zu berücksichtigen, verfassungsrechtlich unbedenklich sei.<sup>58</sup> Diese Ansicht scheint den jüngsten Entscheidungen des EGMR entgegenzustehen, wonach bei einer Wartefrist von über zwei Jahren eine Möglichkeit bestehen muss, die Umstände des Einzelfalls mit Blick auf Art 8 EMRK zu prüfen.<sup>59</sup> Auf Grund dieser Entwicklung hatte sich der VfGH vor Kurzem erneut mit der Frage zu befassen, ob die Wartefrist auch in Anbetracht des Urteils *M.A.* als verfassungskonform zu beurteilen ist. Der VfGH bejahte dies mit der Begründung, dass sich das BVwG im Anlassfall mit den konkreten Umständen auseinandersetzte und darlegte, warum die Verweigerung der Familienzusammenführung keine Verletzung von Art 8 EMRK darstellte.<sup>60</sup> Die Begründung des VfGH legt nahe, dass nun – in Abweichung zur Vorjudikatur und entgegen dem Wortlaut der Norm – doch eine Interessenabwägung im Einzelfall zu erfolgen hat, ob die Verweigerung der Familienzusammenführung aufgrund der Dreijahresfrist Art 8 EMRK verletzt.

Da der VfGH die weitere Behandlung der Beschwerde ablehnte<sup>61</sup>, erscheint eine Prüfung der Verfassungskonformität von § 35 AsylG AsylG 2005 in nächster Zukunft unwahrscheinlich. In der Vergangenheit hob der VfGH andere fremdenrechtliche Bestimmungen auf, die dem Wortlaut nach keine Interessenabwägung gem Art 8 EMRK ermöglichten.<sup>62</sup> Im Interesse der Rechtssicherheit wäre eine dahingehende Prüfung auch hinsichtlich § 35 AsylG 2005 wünschenswert gewesen. Es bleibt abzuwarten, ob der VfGH in Zukunft eine Verletzung von Art 8 EMRK feststellen wird, wenn eine Familienzusammenführung aufgrund der noch nicht verstrichenen Dreijahresfrist ohne eine Interessenabwägung verweigert wird.

Weitere verfassungsrechtlichen Bedenken an der ungleichen Behandlung von subsidiär Schutzberechtigten ergeben sich mit Blick auf die im Zuge des russischen Angriffskrieges

---

56 VfSlg 20.286/2018.

57 EGMR 20.10.2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden*, Rn 98.

58 VfSlg 20.286/2018, Rn 49.

59 Vgl Punkt 2.2.

60 VfGH 13.12.2022, E 933/2022.

61 Mangels Aussicht auf Erfolg lehnte er die weitere Behandlung mit Beschluss ab.

62 Etwa VfSlg 17.013/2003, 18.517/2008, 19.713/2012.

auf die Ukraine aktivierte Massenzustrom-RL<sup>63</sup> und die entsprechende gem § 62 AsylG 2005 erlassene VertriebenenVO<sup>64</sup>: Nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Verordnung gewährt diese ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht, welches nach Verlängerung nunmehr bis zum 4.3.2024 befristet ist.<sup>65</sup> Familienangehörigen von Vertriebenen kommt wie Vertriebenen selbst gem § 1 Z 1 und 2 VertriebenenVO ex lege ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht zu. Dabei ist der Familienangehörigenbegriff weiter als jener des § 35 Abs 5 AsylG 2005: Berechtig sind nicht nur Angehörige der Kernfamilie, sondern darüber hinaus auch enge Verwandte, die vor der Vertreibung mit Vertriebenen gem § 1 Z 1 und 2 VertriebenenVO in einer häuslichen Gemeinschaft lebten und zumindest größtenteils von diesen Vertriebenen abhängig waren.<sup>66</sup>

Nimmt man an, dass die Situation von Vertriebenen und die von subsidiär Schutzberechtigten vergleichbar iSv Art 14 iVm Art 8 EMRK bzw iSd Gleichheitssatzes gem Art I BVG-RD<sup>67</sup> sind, stellt sich die Frage, ob die ungleiche Behandlung von ihnen sachlich gerechtfertigt ist: Obwohl es sich (nach dem ausdrücklichen Wortlaut) „nur“ um ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht handelt, kommt den Familienangehörigen von Vertriebenen selbst ein Aufenthaltsrecht unmittelbar durch ihre Familienangehörigeneigenschaft zu; eine Wartefrist besteht nicht. Vor diesem Hintergrund, dass bei Vertriebenen der vorübergehende Charakter des Aufenthaltsrechts einem sofortigen Aufenthaltsrecht für Familienangehörige nicht entgegensteht, sind Zweifel berechtigt, ob der „vorübergehende, provisorische Charakter“ des Aufenthalts eines subsidiär Schutzberechtigten tatsächlich die unterschiedliche Behandlung von Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten sachlich rechtfertigen kann.

#### 4. Fazit

Die Familienzusammenführungs-RL sieht ein Recht auf Familienzusammenführung für bestimmte Familienangehörige vor, das ihnen – soweit die Voraussetzungen erfüllt sind – jedenfalls zukommt; dabei werden Asylberechtigte begünstigt. Diese Regelung geht über Art 8 EMRK insofern hinaus, als Art 8 EMRK nur im Einzelfall ein Recht auf Familienzusammenführung verleiht. Gleichzeitig ergänzt Art 8 EMRK die Rechtslage weiterhin:

---

63 RL 2001/55/EG des Rates v 20. 7.2003 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten, ABl L 2001/212, 12; Durchführungsbeschluss (EU) 2022/282 des Rates zur Feststellung des Bestehens eines Massenzustroms von Vertriebenen aus der Ukraine im Sinne Artikels 5 der Richtlinie 2001/55/EG und zur Einführung eines vorübergehenden Schutzes ABl L 2022/71, 1.

64 Verordnung der Bundesregierung über ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht für aus der Ukraine Vertriebene, BGBl II 2022/92.

65 VertriebenenVO idF BGBl II 2023/27.

66 § 1 Z 3 iVm § 2 VertriebenenVO.

67 Bundesverfassungsgesetz vom 3. Juli 1973 zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung, BGBl 1973/390.

Steht Personen etwa mangels Familienangehörigeneigenschaft nach der gesetzlichen Definition kein Anspruch auf Familienzusammenführung bzw Aufenthalt zu, können unter Umständen Art 8 EMRK oder unionsrechtliche Anforderungen einen solchen Anspruch begründen. Während sich auf Art 8 EMRK Asyl- sowie subsidiär Schutzberechtigte gleichermaßen stützen können, sind letztere vom Anwendungsbereich der Familienzusammenführungs-RL ausgenommen. Da in Österreich subsidiär Schutzberechtigten keine Rechte auf Basis der Familienzusammenführungs-RL zukommen, ist die Auslegung der RL durch den EuGH für die Rechtsposition subsidiär Schutzberechtigter nach nationalem Recht nicht maßgeblich.

Die jüngste Rsp von EGMR und EuGH hat zu weiteren rechtlichen Fragen geführt, die noch nicht abschließend geklärt sind. Insgesamt wirken besonders der EGMR und der EuGH durch ihre teilweise progressive Rsp als „Mobilitätsverstärker“.<sup>68</sup> Mit Spannung ist abzuwarten, ob die Benachteiligung von subsidiär Schutzberechtigten in der bestehenden Form aufrecht bleibt. Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre ein gesetzlich verankerter Ermessenspielraum bei der Wartefrist zu Gunsten von Art 8 EMRK wünschenswert. Weiters hat die Rsp des EuGH zum Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit bzw die darauffolgenden Reaktionen des VwGH zu noch komplexeren Überschneidungen von NAG und AsylG 2005 und zu vielen Folgefragen geführt. Viele Rechte, die sich aus dieser EuGH-Rsp ergeben, spiegeln sich im Gesetzeswortlaut nicht wider. Auch hier bleibt es spannend, ob und wie der Gesetzgeber reagieren wird.

Mag.<sup>a</sup> Julia Bauer ist Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; ju.bauer@univie.ac.at

---

68 Vgl Pöschl in 19. ÖJT, Migration und Mobilität I/2 – Referate und Diskussionsbeiträge (2016) 17.

# Die Indexierung von Familienleistungen

## Eine unionsrechtliche Bewertung

Erika Kovács

---

### 1. Einleitung

Der EuGH hat im Urteil *Europäische Kommission gegen Republik Österreich* (C-328/20)<sup>1</sup> festgestellt, dass der Anpassungsmechanismus bei der Familienbeihilfe und beim Kinderabsetzbetrag für Wanderarbeitnehmer\*innen gegen Art 4 und 67 der VO 883/2004<sup>2</sup> sowie gegen Art 7 Abs 2 der VO 492/2011<sup>3</sup> verstößt. Die Indexierung des Familienbonus Plus, des Alleinverdienerabsetzbetrages, des Alleinerzieherabsetzbetrages und des Unterhaltsabsetzbetrages für Wanderarbeitnehmer\*innen verstößt ebenfalls gegen Art 7 Abs 2 der VO 492/2011. Der Beitrag untersucht, welche neuen Aussagen dieses Urteil enthält. Zunächst werden die Besonderheiten der Koordinierung von Familienleistungen und die bisherige Rechtsprechung des EuGH skizziert. Der Schwerpunkt des Beitrags liegt auf der Erläuterung der Vergleichbarkeit von Wanderarbeitnehmer\*innen mit in Österreich ansässigen Arbeitnehmer\*innen sowie auf der kritischen Auseinandersetzung mit den möglichen Rechtfertigungsgründen.

### 2. Die Besonderheiten der Koordinierung von Familienleistungen

Die Gleichstellung von ausländischen und inländischen Arbeitnehmer\*innen in Bezug auf Sozialleistungen wird in der VO 883/2004 durch verschiedene Gleichbehandlungskonzepte gewährleistet. Art 4 verankert ein personenbezogenes Gleichbehandlungsgebot, während Art 5 eine Sachverhaltsgleichstellungspflicht festschreibt. Die Besonderheit der Koordinierung der Familienleistungen liegt darin, dass die Gleichstellung nicht an die sog Wanderarbeitnehmer\*innen, sondern an ihre Familien als Einheiten anknüpft. Der Gleichstellungsanspruch bei den Familienleistungen besteht zugunsten der Familienangehörigen iSd Art 1 lit i VO 883/2004.<sup>4</sup> Art 67 Satz 1 VO 883/2004 begründet für alle

---

1 EuGH 16.6.2022, C-328/20, *Europäische Kommission gegen Republik Österreich*, ECLI:EU:C:2022:468.

2 VO (EG) 883/2004 des EP und des Rates zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit geändert durch VO (EU) 2019/1149 des EP und des Rates v 20.6.2019, ABL L 2019/186, 21.

3 VO (EU) 492/2011 des EP und des Rates über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union geändert durch VO (EU) 2019/1149 des EP und des Rates v 20.6.2019, ABL L 2019/186, 21.

4 Zum Begriff der Familie und der Familienangehörigen siehe *Strban/Spiegel/Schoukens*, Analytical legal report 2019 – The application of the social security coordination rules on modern forms of family, Report prepared for the European Commission (2020) 53 ff; sa – noch hinsichtlich der VO 1408/71 – *Spiegel*, Familienleistungen aus der Sicht des europäischen Gemeinschaftsrechts, in *Mazal*, Die Familie im Sozialrecht (2009) 89 (99 ff).

Familienleistungen die Wohnsitzfiktion der Familie.<sup>5</sup> Die VO 987/2009 konkretisiert, dass für den Leistungsanspruch die Situation der gesamten Familie so zu berücksichtigen ist, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen (sog Familienbetrachtungsweise).<sup>6</sup> Darüber hinaus können nicht nur die Anspruchsberechtigten Familienleistungen beanspruchen, sondern auch die anderen Elternteile Familienleistungen für die in einem anderen Mitgliedstaat wohnenden Familienangehörigen beantragen.<sup>7</sup>

Die Sonderregelungen für Familienleistungen (Art 67 ff VO 883/2004) beruhen auf der Annahme, dass allen Familienleistungen ein Mehrpersonenverhältnis zugrunde liegt, dh der Anspruch auf eine bestimmte Familienleistung nicht einer Person, zB der Mutter oder dem Vater, sondern der Familie als solcher zusteht.<sup>8</sup> Nach Auffassung des EuGH ist der zuständige Träger daher verpflichtet, „die Situation der Familie insgesamt zu prüfen, um die Ansprüche auf Familienleistungen zu ermitteln, da diese schon aufgrund ihrer Natur nicht als Ansprüche betrachtet werden können, die einem Einzelnen unabhängig von seiner familiären Situation zustehen.“<sup>9</sup> Dass die Solidargemeinschaft der europäischen Koordinierungsregelungen neben den Erwerbstätigen<sup>10</sup> auch deren Familienangehörige umfasst, ist im Grunde nichts Neues.<sup>11</sup> Die Loslösung des Anspruchs auf Familienleistungen von der Person des\* der ursprünglich Anspruchsberechtigten und seine Ausdehnung auf die Familienangehörigen hat zu einer erweiterten Auslegung des Gleichbehandlungsgrundsatzes geführt, da dieser weder personenbezogen noch ortsbezogen (im Sinne einer ausschließlichen Zuständigkeit des Beschäftigungs- oder Wohnmitgliedstaates) interpretiert wird.<sup>12</sup>

In Wirklichkeit gibt es Unterschiede zwischen den Familienleistungen, je nachdem, ob sie an das Kind (die Familie) oder an einen Elternteil gebunden sind. Im ersten Fall steht die Leistung der Person zu, die für den Unterhalt des Kindes aufkommt, im zweiten Fall der Person, deren Einkommen ausfällt. In Österreich haben zB beide Elternteile (uU Großelternteile) einen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn ihr Kind (Enkelkind) mit ihnen im gemeinsamen Haushalt lebt oder wenn sie für den Unterhalt des Kindes (Enkelkinds) überwiegend aufkommen.<sup>13</sup> Der Anspruch steht jedoch nicht der Familie, sondern einem Elternteil – nach der Wahl der Eltern – zu. Zweck der Leistung ist die finan-

5 *Felten in Spiegel*, Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht (2017), Art 67 VO 883/2004, Rz 5.

6 Art 60 Abs 1 S 2 VO (EG) 987/2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl L 2018/54, 1.

7 Art 60 Abs 1 S 3 VO 987/2009; auch EuGH 22.10.2015, C-378/14, *Trapkowski*, ECLI:EU:C:2015:720, Rn 35 ff.

8 *Felten in Spiegel*, Art 67 VO 883/2004, Rz 5 f und Art 60 VO 987/2009, Rz 1.

9 EuGH 13.10.2022, C-199/21, *DN gegen Finanzamt Österreich*, ECLI:EU:C:2022:789, Rn 52.

10 Siehe hierzu auch den Beitrag von *Peyrl* in diesem Schwerpunkt: *Peyrl*, Regeln und Grenzen der Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft und des Bezuges sozialer Leistungen, *juridikum* 2023, 350.

11 Vgl *Mosler*, Sozialpolitik zwischen Solidarität und Wettbewerb, in FS Pfeil (2022) 507 f.

12 Siehe hierzu im Detail *Kovács*, Gleichbehandlungskonzepte in der sozialen Koordinierung am Beispiel der Familienleistungen, *ZESAR* 2022, 51.

13 § 2 Abs 2 und 3 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 BGBl 1967/376 idF BGBl I 2022/226.

zielle Entlastung des tatsächlich betreuenden Elternteils.<sup>14</sup> Noch deutlicher kommt der personenbezogene Charakter bei den Leistungen zum Ausdruck, die als Einkommensersatz für Kindererziehungszeiten gewährt werden.<sup>15</sup>

Eine weitere Besonderheit der Koordinierung der Familienleistungen besteht darin, dass eine Familie die Höchstleistung gleichartiger paralleler Familienleistungen aus mehreren Mitgliedstaaten beziehen kann, wobei unklar ist, ob sich diese Höchstgrenze zB nur auf die Dauer oder auch auf die Gesamthöhe der Leistung bezieht.<sup>16</sup> Die Regelungen führen häufig dazu, dass die Familie insgesamt höhere Familienleistungen erhält, als sie in einem Mitgliedstaat erhalten würde. Hier gilt das Prinzip der „Meistbegünstigung“<sup>17</sup>.

Die Frage, ob die Indexierung, also der Anpassungsmechanismus für die Berechnung der Familienbeihilfe und diverser steuerlicher Begünstigungen, mit der VO 883/2004 und der Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit vereinbar ist, wurde in der österreichischen Literatur ausführlich diskutiert.<sup>18</sup>

### 3. Das Urteil zur Indexierung im Lichte der bisherigen Judikatur des EuGH

Das Urteil des EuGH zum Mechanismus der Anpassung der Familienleistungen sowie der steuerlichen Absetzbeträge an das Preisniveau des Mitgliedstaates, in dem sich das Kind ständig aufhält, bringt keine bahnbrechenden Neuerungen, sondern bestätigt und festigt die bisherige Rechtsprechung des EuGH.<sup>19</sup> Der EuGH hat in dem Verfahren betreffend die österreichischen Regelungen festgestellt, dass die Indexierung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags gegen Art 4 und 67 VO 883/2004 sowie gegen Art 7 Abs 2 VO 491/2011 verstößt, während der Anpassungsmechanismus für Steuervergünstigungen gegen Art 7 Abs 2 VO 492/2011 verstößt.

Dieses Ergebnis ist nicht überraschend. Der EuGH vertritt seit langem die Auffassung, dass die Nichtgewährung oder Kürzung einer Familienleistung das Recht auf Freizügigkeit unmittelbar beeinträchtigt, da sie Arbeitnehmer\*innen davon abhalten kann, von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen.<sup>20</sup> Der Umstand, dass Wanderarbeit-

14 Siehe zB OGH 16.4.2020, 10 ObS 16/20f, DRdA-InfAS 2020/121, 257.

15 In den MISSOC (Mutual Information System on Social Protection) *Comparative tables* unter dem Begriff „Elternzeit“ sind solche Leistungen zu finden: <https://www.missoc.org/missoc-database/comparative-tables/> (23.7.2023).

16 Vgl bereits *Spiegel in Mazal* 130 f.

17 *Becker in Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar<sup>4</sup> (2019) Art 48 AEUV Rz 56.

18 Siehe insb *Bräumann*, Umfassende Reformen der steuerlichen Familienförderung, iFamZ 2018, 186; *Kühbacher*, Die geplante Indexierung der Familienbeihilfe aus unionsrechtlicher Sicht, ASoK 2018, 82; *Lang/Langer*, Unionsrechtliche Überlegungen zur länderweisen Indexierung des „Familienbonus Plus“, SWK 2018, 667; *Marhold/Ludvik*, Dürfen die Behörden die Indexierung der Familienleistungen anwenden? iFamZ 2018, 199; *Mayr*, Quod licet Iovi, non licet bovi? Die Indexierung der Familienbeihilfe aus unionsrechtlicher Sicht, ZöR 2018, 317.

19 EuGH C-328/20.

20 Insb EuGH 5.10.1995, C-321/93, *Imbernon Martínez*, ECLI:EU:C:1995:306, Rn 21 f; EuGH 10.10.1996 verb Rs C-245/94 und C-312/94, *Hoever und Zachow*, ECLI:EU:C:1996:379, Rn 34; vgl auch schon EuGH 15.1.1986, C-41/84, *Pinna*, ECLI:EU:C:1986:1, Rn 24 f; EuGH 22.2.1990, C-228/88, *Bronzino*, ECLI:EU:C:1990:85, Rn 12; bestätigt EuGH 25.11.2021, C-372/20, *Finanzamt Österreich* (Familienbeihilfe für Entwicklungshelfer), ECLI:EU:C:2021:962, Rn 76.

nehmer\*innen am Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats teilnehmen, stellt grundsätzlich eine ausreichende Verbindung zu dessen Gesellschaft her, um sich auf den Grundsatz der Gleichbehandlung mit inländischen Arbeitnehmer\*innen im Bereich der sozialen Vergünstigungen berufen zu können.<sup>21</sup> Diese Verbindung „ergibt sich insbesondere daraus, dass Wanderarbeitnehmer\*innen mit den Steuern und Sozialabgaben, die sie im Aufnahmemitgliedstaat aufgrund der dort von ihnen ausgeübten unselbständigen Erwerbstätigkeit entrichten, zur Finanzierung der sozialpolitischen Maßnahmen dieses Staates beitragen. Daher müssen ihnen diese Maßnahmen unter den gleichen Bedingungen zugutekommen wie inländischen Arbeitnehmer\*innen.“<sup>22</sup>

Auch das Urteil *Moser*<sup>23</sup> weicht nicht von dieser Auffassung ab, da es in diesem Fall um eine andere Familienleistung ging, nämlich um das einkommensabhängige Kinderbetreuungsgeld. Die Höhe des Kinderbetreuungsgeldes hing vom früheren Einkommen des Arbeitnehmers und nicht vom Wohnort ab, sodass die Aussagen des EuGH in diesem Urteil nicht auf die pauschal gewährte Familienbeihilfe übertragen werden können.<sup>24</sup>

#### 4. „Familienleistungen“ iSd VO 883/2004 und „soziale Vergünstigungen“ iSd VO 492/2011

##### 4.1. Begriffsbestimmung und Geltungsbereich

Das vorliegende Urteil konkretisiert nicht nur den Begriff der Familienleistungen, sondern auch die Frage, ob steuerliche Vergünstigungen iSd Art 7 Abs 2 VO 492/2011 unter diesen Begriff fallen. Die VO 883/2004 geht Art 7 Abs 2 VO 492/2011 vor; so dass letztere grds für Leistungen zurücktritt, die in den sachlichen Anwendungsbereich der VO 883/2004 fallen. Art 7 Abs 2 VO 492/2011 erfüllt jedoch eine wichtige Auffangfunktion, da er auch dann herangezogen werden kann, wenn eine soziale Leistung nicht von der VO 883/2004 erfasst wird.<sup>25</sup>

Der Begriff der Familienleistungen iSd Art 1 lit z VO 883/2004 ist einerseits weit und erfasst unabhängig von der Bezeichnung auch solche Leistungen, die nach ihrem Zweck und ihrer Ausgestaltung einer Familienleistung entsprechen. Der EuGH hat bereits die österreichische Familienbeihilfe<sup>26</sup> und das Kinderbetreuungsgeld<sup>27</sup> als exportierbare Familienleistungen beurteilt. Im Urteil über die Indexierung der Familienbeihilfe stellte er

21 Gem Art 4 VO 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl L 2007/204, 1.

22 EuGH 10.7.2019, C-410/18, *Aubriet*, ECLI:EU:C:2019:582, Rn 32 f; so schon EuGH 7.2.2013, C-20/12, *Giersch*, ECLI:EU:C:2013:411, Rn 63.

23 EuGH 18.9.2019, C-32/18, *Moser*, ECLI:EU:C:2019:752.

24 Auch so GA *Jean Richard de la Tour*, SA v 20.1.2022 zu C-328/20, *Europäische Kommission gegen Republik Österreich*, ECLI:EU:C:2022:45, Rn 75 f.

25 Auch so *Steinmeyer in Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2020), VO 492/2011/EU, Art 7 Rz 17.

26 EuGH 26.11.2009, C-363/08, *Slanina*, ECLI:EU:C:2009:732.

27 EuGH 7.6.2005, C-543/03 *Dodl und Oberhollenzer*, ECLI:EU:C:2005:364.

fest, dass auch der Kinderabsetzbetrag als Familienleistung iSd Art 1 lit z der VO 883/2004 anzusehen ist.<sup>28</sup> Alle genannten Leistungen stellen gleichzeitig soziale Vergünstigungen iSd Art 7 Abs 2 VO 492/2011 dar.<sup>29</sup> Mit dieser Aussage hat der EuGH das Verhältnis zwischen der VO 883/2004 und der VO 972/2011 klargestellt und zum kohärenten System der unionsrechtlichen Regelung von sozialen Leistungen beigetragen.

Der Begriff der sozialen Vergünstigung umfasst nach ständiger Rechtsprechung alle Leistungen sozialer Natur, die „den inländischen Arbeitnehmern hauptsächlich wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnorts im Inland gewährt werden.“<sup>30</sup> Daraus folgt, dass zum einen auch die in Art 3 VO 883/2004 geregelten Sozialleistungen unter diesen Begriff fallen, wie zB das deutsche Erziehungsgeld.<sup>31</sup> Zum anderen ist der Begriff der VO 492/2011 weiter zu verstehen, da er nicht auf die von der VO 883/2004 erfassten Risiken (Krankheit, Mutterschaft, Vaterschaft, Invalidität, Arbeitsunfall, Arbeitslosigkeit etc) beschränkt ist. So stellen zB ein Überbrückungsgeld für Schulanfänger,<sup>32</sup> Geburtsbeihilfen<sup>33</sup> oder zinslose Geburtsdarlehen<sup>34</sup> eine soziale Vergünstigung iSd Art 7 Abs 2 VO 883/2004 dar. Dementsprechend hat der EuGH im Urteil *Leclere* betont, dass der Ausschluss der besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen vom Anwendungsbereich der VO 883/2004 die Mitgliedstaaten nicht von der Verpflichtung entbindet, sich zu vergewissern, dass die VO 492/2011 der Aufstellung eines Wohnsitzerfordernisses nicht entgegensteht.<sup>35</sup>

Die österreichische Indexierung betraf neben der Familienbeihilfe auch den Familienbonus Plus, den Alleinverdienerabsetzbetrag, den Alleinerzieherabsetzbetrag und den Unterhaltsabsetzbetrag. Nach Ansicht des EuGH handelt es sich bei diesen Maßnahmen nicht um Familienleistungen, sondern um steuerliche Vergünstigungen, da sie die Höhe der Einkommensteuer mindern und dabei voraussetzen, dass der\*die Begünstigte in Österreich steuerpflichtig ist.<sup>36</sup> Sie unterliegen daher dem Gleichbehandlungsgebot des Art 7 Abs 2 VO 492/2011.<sup>37</sup>

## 4.2. Gleiche Exportpflicht?

Da Art 7 Abs 2 VO 492/2011 weitgehend in Übereinstimmung mit der VO 883/2004 ausgelegt wird, stellt sich die Frage, welche Exportpflicht für soziale Vergünstigungen iSd Art 7 Abs 2 VO 492/2011 gilt. Die Grenzen der Exportpflicht nach Art 7 Abs 2 VO 492/2011 entsprechen grundsätzlich dem System der VO 883/2004, so dass Wohnsitzerfordernisse

---

28 So schon *Spiegel* in *Mazal* 89, 94.

29 EuGH C-328/20 Rn 96 ff.

30 EuGH 12.5.1998, C-85/96, *Martinez Sala*, ECLI:EU:C:1998:217, Rn 25.

31 EuGH C-85/96 Rn 24 f; EuGH 18.7.2007, C-212/05, *Hartmann*, ECLI:EU:C:2007:437, Rn 25 f.

32 EuGH 11.7.2002, C-224/98, *D'Hoop*, ECLI:EU:C:2002:432, Rn 17.

33 EuGH 10.3.1993, C-111/91, *Kommission/Luxemburg*, ECLI:EU:C:1993:92.

34 Siehe auch: EuGH 14.1.1982, C-65/81, *Reina*, ECLI:EU:C:1982:6.

35 EuGH 31.5.2001, C-43/99, *Leclere*, ECLI:EU:C:2001:303, Rn 31.

36 EuGH C-328/20 Rn 42, 61, 97.

37 EuGH C-328/20 Rn 97; ebenso GA *de la Tour* zu C-328/20 Rn 124.

bei der Sozialhilfe<sup>38</sup> und bei den besonderen beitragsabhängigen Geldleistungen wegen des Bezugs dieser Leistungen zum sozialen und wirtschaftlichen Umfeld zulässig sein können, sofern sie einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten. Die sozialen Vergünstigungen iSd Art 7 Abs 2 VO 492/2011 stehen der gesamten Familie zu, dh, auch die in einem anderen Mitgliedstaat wohnenden Familienangehörigen können im Beschäftigungsstaat ihrer Eltern oder ihres\*r (Ehe-)Partners\*in einen Anspruch auf Familienleistungen geltend machen. Im Urteil *Hartmann* hat der EuGH aus Art 7 Abs 2 VO 492/2011 die Familienbetrachtungsweise abgeleitet.<sup>39</sup> Er hat betont, dass Familienleistungen auch der Ehefrau eines Grenzgängers, unabhängig von ihrem Wohnsitz zu gewähren sind. Ein Wohnsitzerfordernis für die Gewährung von Familienleistungen stellt eine mittelbare Diskriminierung von Wanderarbeitnehmer\*innen dar und verstößt daher gegen Art 7 Abs 2 VO 492/2011. Die sozialen Vergünstigungen iSd Art 7 Abs 2 VO 492/2011 weisen jedoch einen wesentlichen Unterschied zur Koordinierung der Familienleistungen gemäß der VO 883/2003 auf: Weder räumt die VO 492/2011 den Anspruchsberechtigten einen Anspruch auf Differenzzahlungen ein, noch ist der parallele Bezug identischer Leistungen aus zwei Mitgliedstaaten grds ausgeschlossen. Das Fehlen von Differenzzahlungen liegt in der Natur der Regelung, schließlich gilt Art 7 Abs 2 VO 492/2011 für verschiedenste Sozialleistungen, nicht nur für Familienleistungen.

## 5. Vergleichbarkeit

Der Kern des Problems der Indexierung liegt in der Frage der Vergleichbarkeit, insbesondere in der Bestimmung der Vergleichspersonen und der vergleichbaren Sachverhalte. Der Indexierung liegt die Überlegung zugrunde, dass zwei in Österreich unselbständig Erwerbstätige nicht miteinander vergleichbar sind, wenn die Familie des\*r einen in Österreich und die des\*r anderen in einem anderen Mitgliedstaat lebt. Würden ungleiche Sachverhalte unterschiedlich behandelt, läge keine Diskriminierung vor. Nach dem Vorbringen der Republik Österreich sei die Situation von Arbeitnehmer\*innen, deren Kinder in Österreich wohnten, wegen der unterschiedlichen Lebenshaltungskosten in den Mitgliedstaaten objektiv nicht mit der Situation von Arbeitnehmer\*innen vergleichbar, deren Kinder im Ausland wohnten. Der Anpassungsmechanismus, der auf wertgleiche Leistungen abstelle, behandle daher ungleiche Sachverhalte entsprechend differenziert.<sup>40</sup> Da der Anpassungsmechanismus die Lebenshaltungskosten widerspiegele, stelle er sicher, dass für alle Kinder eine wertmäßig gleiche Leistung und damit materiell die gleiche Entlastung gewährt werde.<sup>41</sup>

---

38 Siehe hierzu auch den Beitrag von *Windisch-Graetz* in diesem Schwerpunkt: *Windisch-Graetz*, Gleiche Sozialhilfe (gleich) für alle? *juridikum* 2023, 406.

39 EuGH C-212/05.

40 EuGH C-328/20 Rn 72.

41 EuGH C-328/20 Rn 40.

Bereits in der *Pinna*-Entscheidung<sup>42</sup> hatte der EuGH die Vergleichbarkeit der beiden genannten Arbeitnehmer\*innengruppen bejaht, andernfalls hätte er die Diskriminierung gar nicht geprüft. In der Indexierung-Entscheidung betonte der EuGH, dass der Anpassungsmechanismus eine unmittelbare Verbindung zum Wohnort der Kinder von in Österreich beschäftigten Arbeitnehmer\*innen aufweist. Ein Unterscheidungskriterium, das an den Wohnort anknüpft, ist im Lichte der Arbeitnehmerfreizügigkeit grds rechtfertigungsbedürftig. Schließlich begründet Art 67 VO 883/2004 gerade die Wohnsitzfiktion, wonach Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, als im zuständigen Mitgliedstaat wohnhaft anzusehen sind. Unterschiedliche Unterhalts- oder Wohnbedürfnisse sowie Kaufkraftunterschiede werden durch die Fiktion des Familienwohnsitzes bewusst ausgeblendet.<sup>43</sup> Wanderarbeitnehmer\*innen, die in einem Mitgliedstaat Sozialabgaben und Steuern entrichten, müssen daher die gleichen Leistungen erhalten können wie die Staatsangehörigen dieses Staates.<sup>44</sup>

Von dem Unterscheidungsmerkmal des Wohnsitzes sind in erster Linie Wanderarbeitnehmer\*innen betroffen, die infolgedessen von den sozialen und steuerlichen Vergünstigungen in weitaus geringerem Maße profitieren als inländische Arbeitnehmer\*innen. Der Anpassungsmechanismus stellt daher eine mittelbare Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar, die nur zulässig ist, wenn sie objektiv gerechtfertigt ist.<sup>45</sup>

## 6. Mögliche Rechtfertigungsgründe

### 6.1. Kaufkraftunterschiede

Das Hauptargument für die Indexierung der Familienleistungen war, dass die finanzielle Unterstützung und die damit verbundene Entlastung der Familien wertmäßig den Leistungen für in Österreich wohnhafte Kinder entsprechen sollte. Die Gleichbehandlung sollte nicht auf eine betragsmäßige, sondern auf eine wertmäßige Gleichstellung abzielen.<sup>46</sup> Die finanziellen Verpflichtungen seien in den einzelnen Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich und eine Indexierung würde diesen Unterschieden Rechnung tragen.<sup>47</sup> Wenn die Familienleistungen in allen Mitgliedstaaten in gleicher Höhe exportiert werden, erfolgt die Entlastung nicht so, „als ob“ das Kind in Österreich wäre, sondern je nach Kaufkraftparität zu Österreich mehr oder weniger.<sup>48</sup>

---

42 EuGH C-41/84.

43 Auch so *Kühbacher*, ASoK 2018, 87 f, 89.

44 GA *de la Tour* zu C-328/20 Rn 68.

45 EuGH C-328/20 Rn 99 ff.

46 ErläutRV 111 BlgNR 26. GP 4.

47 *Lang/Langer*, SWK 2018, 672 f.

48 *Mazal*, Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Familienbeihilfe für Kinder, die im EU-Ausland leben, Wien 20.2.2017, 37. Vgl auch *Obwexer*, Kurzstellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das FLAG 1967 und das EstG 1988 geändert werden, Innsbruck 16.2.2018, 139/SNME XXVI. GP.

Diese Diskussion berührt den Kern des Gleichbehandlungsgrundsatzes und wirft die Frage auf, welches Gleichbehandlungskonzept den europäischen Koordinierungsregelungen zugrunde liegen soll. In der Literatur ist seit langem anerkannt, dass formale Gleichheit allein nicht ausreicht und durch materielle (de facto) Gleichheit ergänzt werden muss.<sup>49</sup> Formale Gleichheit sollte mit Chancengleichheit und sogar Ergebnisgleichheit kombiniert werden. Auf den ersten Blick scheint die Indexierung von der formalen (betragsmäßigen) zur materiellen (wertmäßigen) Gleichheit überzugehen und damit das Ziel der Ergebnisgleichheit zu verfolgen.<sup>50</sup> Die absolut gesehen betragsmäßig unterschiedliche Leistung soll relativ gesehen allen Anspruchsberechtigten die gleiche Entlastung bringen.<sup>51</sup> Wenn aber mit den angepassten Familienleistungen die gleichen Produkte und Dienstleistungen wie in Österreich gekauft und in Anspruch genommen werden können, dann wird damit de facto das Wohlstandsgefälle zwischen den Mitgliedstaaten zementiert. Ob dies dem Prinzip der Ergebnisgleichheit entspricht, ist fraglich. Es ist aber auch fraglich, ob die Koordinierung der Sozialleistungen das (richtige) Instrument ist, um den Wohlstand in den ärmeren Mitgliedstaaten zu erhöhen.

Weiters wird übersehen, dass die Preisniveaunterschiede bei Konsumgütern und Dienstleistungen in den einzelnen Mitgliedstaaten je nach Warenkorb sehr unterschiedlich sind. Gerade bei Waren, die mit höheren Kosten für eine Familie verbunden sind, wie zB Bekleidung oder Lebensmittel, sind die Preisunterschiede wesentlich geringer.<sup>52</sup> Österreich hat die Anpassung auf der Grundlage der von Eurostat veröffentlichten Preisniveaivergleiche für die einzelnen Staaten vorgenommen. Der Unterschied zwischen dem allgemeinen Index der Kaufkraftunterschiede und den tatsächlichen Mehrkosten einer Familie lässt sich anhand der Preisunterschiede für Windeln veranschaulichen. Im Jahr 2019 zahlte Österreich für Kinder mit Wohnsitz in Rumänien 49,29% der in Österreich gezahlten Familienbeihilfe (statt € 114,- nur € 56,-), während Windeln in Rumänien 65,07% des österreichischen Preises kosteten. Für Kinder in Ungarn wurde im selben Jahr Familienbeihilfe in Höhe von € 64,07,- ausbezahlt, was 56,20% des Betrags für Kinder in Österreich entspricht. Für Windeln mussten in Ungarn jedoch 87,21% des österreichischen Windelpreises bezahlt werden.<sup>53</sup>

Die Tatsache, dass es sich bei Wanderarbeitnehmer\*innen um eine geschützte Personengruppe handelt, ist eine Notwendigkeit für die Verwirklichung der Freizügigkeit. Die Familienbetrachtungsweise ist weiter gefasst, da sie die Familie so behandelt, als würde diese in ihrer Gesamtheit in dem Mitgliedstaat wohnen, in dem der\*die Wanderarbeit-

49 Siehe statt vieler *Fredman*, Discrimination law<sup>3</sup> (2022) 5 ff; sa *Mangold/Payandeh* in *Mangold/Payandeh*, Handbuch Antidiskriminierungsrecht (2022) § 1 Rz 98 ff.

50 Siehe *Obwexer*, Kurzstellungnahme 3.

51 Vgl *Kübbacher*, ASoK 2018, 84, 86 f.

52 Siehe Eurostat Pressemitteilung, 99/2020, 19. Juni 2020, Verbraucherpreisniveaus im Jahr 2019.

53 Eigene Berechnung auf Basis der Daten von statista.com, Statista Consumer Market Insights, Baby Diapers, price per unit in 2019. Der Preis für eine Einheit Windeln betrug 2019 in Österreich € 9,62,- in Ungarn € 8,39,- und in Rumänien € 6,26,-.

nehmer\*in beschäftigt ist. Auf diese Weise wird eine Solidargemeinschaft von Familien gebildet, die in verschiedenen Mitgliedstaaten leben. Insbesondere die Ausgleichszahlungen dienen letztlich dem Ziel der Wohlstandsgleichheit.<sup>54</sup> Um dieses Ziel zu erreichen, wurden die Familienbetrachtungsweise und insb die Differenzzahlungen als eine Art positive Maßnahme eingeführt, die ihre Rechtfertigung in der Bevorzugung benachteiligter Gruppen findet. *Spiegel* vertritt zu Recht die Auffassung, dass die koordinierenden Regelungen der Familienleistungen der sozialen Umverteilung von den reicheren zu den ärmeren Mitgliedstaaten dienen.<sup>55</sup>

Nach Auffassung des EuGH verlangt Art 67 VO 883/2004, dass Familienleistungen in genau der gleichen Höhe gezahlt werden, wie an Erwerbstätige, deren Familienangehörige in Österreich leben. Unterschiede in der Kaufkraft können eine unterschiedliche Leistungshöhe nicht rechtfertigen. In diesem Zusammenhang verweist der EuGH auf das Urteil *Moser*, in dem er betont, dass die Anwendung der Antikumulierungsvorschriften gewährleisten soll, dass der Gesamtbetrag der Leistungen der Höhe der höchsten Leistung entspricht, auf die er nach den Rechtsvorschriften eines einzigen Staates Anspruch hat. Art 68 Abs 2 VO 883/2004 legt somit ein Günstigkeitsprinzip zwischen den in Betracht kommenden Familienleistungen mehrerer Mitgliedstaaten fest. Daher kommt es nach Ansicht des EuGH bei diesen Leistungen nicht auf die Kaufkraft und das Preisniveau am Wohnort an, sondern allein auf die Höhe der Leistung.<sup>56</sup>

Allerdings werden die Familienleistungen nicht nach den tatsächlichen Kosten für den Unterhalt der Kinder festgesetzt, sondern pauschal gewährt; eine Differenzierung erfolgt nur nach Anzahl und Alter der Kinder. Die tatsächlichen Lebenshaltungskosten bzw die tatsächlichen Aufwendungen für den Unterhalt der Kinder werden nicht berücksichtigt. Daher kann dieses Argument zu Recht auch nicht für die Freizügigkeit gelten. Eine Anpassung wäre daher nur dann gerechtfertigt, wenn sie auch innerhalb Österreichs erfolgen würde.<sup>57</sup> Die Preisniveauunterschiede zwischen den Regionen sind ähnlich oder sogar größer als zwischen Österreich und Italien oder Österreich und Deutschland.<sup>58</sup> Die mangelnde Kohärenz der Regelung widerspricht ihrer Zielsetzung.

## 6.2. Finanzierbarkeit des Sozialsystems?

Nach Ansicht der österreichischen Regierung wäre selbst eine mittelbare Diskriminierung durch das Ziel der Ausgewogenheit des Sozialsystems und das Ziel der Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit der Begünstigten gerechtfertigt.<sup>59</sup>

---

54 *Dworkin*, Sovereign virtue – The theory and practice of equality (2002) 11–119.

55 *Spiegel* in *Mazal* 89, 156.

56 EuGH C-328/20 Rn 47 ff.

57 EuGH C-328/20 Rn 102, 105.

58 EuGH C-328/20 Rn 52, 67, 105.

59 EuGH C-328/20 Rn 26.

Im luxemburgischen Fall *Caisse pour l'avenir des enfants (Zukunftskasse) gegen FV, GW*<sup>60</sup> hat der EuGH geprüft, ob die Entlastung der Haushalte der Sozialversicherungsträger ein legitimes Ziel zur Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung darstellen könnte. Die Einschränkung des persönlichen Geltungsbereichs der Familienleistungen könnte demnach mit dem Argument gerechtfertigt werden, eine unverhältnismäßige Belastung der Familienleistungen zu vermeiden. Der Gerichtshof verneinte jedoch die Geeignetheit und Erforderlichkeit dieser Beschränkung, um das angebliche Problem des Exports der luxemburgischen Familienleistungen zu lösen. Er wies darauf hin, dass dieses Ziel auch durch Maßnahmen erreicht werden könne, die inländische Arbeitnehmer\*innen und Grenzgänger\*innen gleichermaßen betreffen. Ein unterschiedlich weiter persönlicher Geltungsbereich verstößt daher gegen Art 7 Abs 2 VO 492/2011.<sup>61</sup> Die Rechtfertigung mit dem Ziel, eine Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit zu vermeiden, setzt voraus, dass diese Gefährdung erheblich und der Anpassungsmechanismus geeignet ist, sie abzuwenden. Dies sei hier nicht der Fall. Der Familienlastenausgleichsfonds weist seit dem Jahr 2000 überwiegend Abgänge auf, die vom Bund vorfinanziert worden sind; der Reservefonds für Familienbeihilfen verzeichnet seit dem Jahr 2016 einen Fehlbetrag in Milliardenhöhe. Der Gesetzgeber hat dieser finanziellen Situation nicht entgegengewirkt.<sup>62</sup> Zudem machten die Familienleistungen für Kinder, die sich in einem anderen Mitgliedstaat aufhielten, nur rund 6% der Gesamtausgaben für Familienleistungen aus.<sup>63</sup> Laut Rechnungshof wurden 2016 nur 14% der Familienbeihilfen und Kinderabsetzbeträge an EU-Bürger\*innen/EWR-Bürger\*innen ausbezahlt, die damit eine deutliche Minderheit darstellen. Darüber hinaus hat der Rechnungshof darauf hingewiesen, dass das Fortbestehen der Anspruchsvoraussetzungen nicht systematisch überprüft wurde, obwohl dies zu erwarten gewesen wäre, wenn die Finanzierbarkeit des Systems tatsächlich gefährdet gewesen wäre.<sup>64</sup> Der EuGH kam daher zu dem Schluss, dass die durch den Anpassungsmechanismus eingeführte Ungleichbehandlung je nach dem Wohnort des Kindes des\*der betroffenen Arbeitnehmers\*in weder geeignet noch erforderlich ist, um die Ausgewogenheit des Sozialsystems zu gewährleisten.<sup>65</sup>

### 6.3. Die Finanzierung von Familienleistungen (Versicherungs- oder Versorgungsprinzip)

Es stellt sich die Frage, ob die Art der Finanzierung der Familienleistungen für die Rechtfertigung eine Rolle spielt. Diese Frage wird dadurch begründet, dass beitragsunabhän-

60 EuGH 2.4.2020, C-802/18, *Caisse pour l'avenir des enfants (Zukunftskasse) gegen FV, GW*, ECLI:EU:C:2020:269.

61 EuGH C-802/18 Rn 62 ff.

62 *Rechnungshof Österreich*, Bericht des Rechnungshofes, Familienbeihilfe – Ziele und Zielerreichung, Kosten und Kontrollsystem, Reihe BUND 2018/36, <https://www.rechnungshof.gv.at/rh/home/home/Familienbeihilfe.pdf> (18.4.2023) 12, 14 f, 25 ff.

63 EuGH C-328/20 Rn 69, 106 ff.

64 *Rechnungshof Österreich*, Bericht Reihe BUND 2018/36, 12 f.

65 EuGH C-328/20 Rn 111.

gige Sonderleistungen von der Exportpflicht ausgenommen sind. Diese Ausnahme erweckt den Eindruck, dass bei steuerfinanzierten Leistungen die Solidargemeinschaft auf die Einwohner\*innen des betreffenden Staates beschränkt ist.

Die Familienbeihilfe wird aus Dienstgeberbeiträgen und zu einem geringeren Teil aus der Einkommensteuer finanziert, während der Kinderabsetzbetrag aus den allgemeinen Steuermitteln finanziert wird.<sup>66</sup>

Der EuGH hat zu Recht betont, dass Arbeitnehmer\*innen aus anderen Mitgliedstaaten in gleicher Weise zur Finanzierung des österreichischen Sozial- und Steuersystems beitragen wie österreichische Arbeitnehmer\*innen. Ihr Wohnort oder der Wohnort ihrer Familie spielt dabei keine Rolle.<sup>67</sup> Sie müssen daher unter den gleichen Bedingungen wie inländische Arbeitnehmer\*innen in den Genuss von Sozialleistungen kommen.<sup>68</sup> Der EuGH betonte, dass die Dienstgeberbeiträge auf der Grundlage des Gesamtbetrags der Löhne der bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmer\*innen berechnet werden. Der Familienbonus Plus und die anderen Absetzbeträge, die dem Anpassungsmechanismus unterliegen, werden aus der Einkommensteuer der Arbeitnehmer\*innen finanziert.<sup>69</sup> Die fehlende Gegenseitigkeit kann daher nicht mit dem Ziel des sozialen Ausgleichs gerechtfertigt werden.<sup>70</sup>

## 7. Fazit

Das Urteil überrascht nicht, da der EuGH seit langem die Auffassung vertritt, dass die Kürzung einer Familienleistung unmittelbar das Freizügigkeitsrecht beeinträchtigt. Art 7 und Art 67 der VO 883/2004 stehen der Indexierung schon vom Wortlaut her entgegen. Darüber hinaus sei die Indexierung bereits primärrechtswidrig, da Art 7 Abs 2 VO 492/2011 „eine besondere Ausprägung“ des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art 45 Abs 2 AEUV darstellt und daher im Einklang mit diesem auszulegen ist. Den Gleichbehandlungskonzepten beider Verordnungen liegt der zutreffende Gedanke zugrunde, dass ein Mitgliedstaat, der auf Wanderarbeitnehmer\*innen angewiesen ist und von ihnen profitiert, ihnen die gleichen Vorteile gewähren muss wie seinen eigenen Staatsangehörigen.

Dr. Erika Kovács ist Assoziierte Professorin an der Wirtschaftsuniversität Wien; erika.kovacs@wu.ac.at

---

66 § 39 FLAG 1967.

67 EuGH C-328/20 Rn 69 f.

68 EuGH C-328/20 Rn 109; auch schon EuGH C-410/18 Rn 33.

69 EuGH C-328/20 Rn 110.

70 So zu Recht GA *de la Tour* zu C-328/20 Rn 143 ff.

# Gleiche Sozialhilfe (gleich) für alle?

Michaela Windisch-Graetz

---

## 1. Das Problem

In Österreich dient die Sozialhilfe/Mindestsicherung (SH/MS) als subsidiäres Auffangnetz für jene, die sich aus eigenen Kräften keine ausreichenden Mittel zum Lebensunterhalt verschaffen und auch keine Leistungen Dritter beanspruchen können. Sie wird aus allgemeinen Steuermitteln finanziert und soll die existenziellen Grundbedürfnisse der Bezieher\_innen befriedigen.<sup>1</sup> Die Solidargemeinschaft wird über die territoriale Verbundenheit<sup>2</sup> begründet: Sie umfasst jene Personen, die im jeweiligen Bundesland ihren Wohnsitz haben und die somit in einer gewissen regionalen Nahebeziehung zueinander stehen. Seit geraumer Zeit besteht darüber hinaus mit der Grundversorgung für Asylwerber\_innen ein weiteres steuerfinanziertes, allerdings betragsmäßig niedrigeres Existenzsicherungssystem. Dessen Leistungen gelten für Personen, für die nicht sicher ist, dass sie nach Abschluss des Asylverfahrens in Österreich bleiben können. Das Solidaritätsband zwischen den ansässigen Steuerzahler\_innen und diesen Personen ist offenkundig nur schwach ausgeprägt.

Ein massiver Anstieg von Asylanträgen und Asylberechtigungen in Folge der Migrationsbewegungen des Jahres 2015 nach Europa stellte Österreichs Behörden vor organisatorische und finanzielle Herausforderungen.<sup>3</sup> Die existenzsichernden Systeme wurden intensiver als in den Jahren davor in Anspruch genommen.<sup>4</sup> Die bestehenden Solidargemeinschaften wurden damit konfrontiert, neu zuwandernde Personen in größerer Zahl aufnehmen zu müssen. Nach einer Phase der Hilfsbereitschaft begannen sich in Teilen der Bevölkerung Angst und Neid breit zu machen:<sup>5</sup> dass die Sozialhilfebudgets überlastet werden könnten; dass daher für die schon länger ins System integrierten Sozialhilfe-

---

1 Vgl etwa VwGH 5.5.2003, 2002/10/0195 (zum WSHG 1973, vgl FN 10).

2 *Rebbahn*, Bedürftigkeitsabhängige Sozialleistungen – Bedingungen, Pauschalierungen, Differenzierungen, DRdA 2017, 431 (435).

3 Vgl zB *Franzke*, Integration von Zuwanderern: Kapazitäten und Herausforderungen für die lokalen Gebietskörperschaften in Europa, in *Franzke/Ruano de la Fuente*, Politik zur lokalen Integration von Migranten – Europäische Erfahrungen und Herausforderungen (2022) 335.

4 So sind insb die Ausgaben für MS und SH im Zeitraum 2012–2021 um 69 % gestiegen; die stärksten Zuwächse wurden 2015/16 verzeichnet (14,4 %); vgl *Statistik Austria*, Mindestsicherungs- und Sozialhilfestatistik 2021 (2022) 28.

5 ZB *Bozay*, Symbolische Ordnung, Klassifikationen und Definitionsmacht im Fokus der Fluchtdiskurse, in *Arslan/Bozay*, Symbolische Ordnung und Flüchtlingsbewegungen in der Einwanderungsgesellschaft (2019) 31 (50) sowie *Bozay/Mangitay*, Rassistische (Dis-)Kontinuitäten und Symbolische Ordnung im Zeichen der „Flüchtlingskrise“ in *Arslan/Bozay* 167 (180).

bezieher\_innen Leistungen gekürzt werden könnten; dass Flüchtlingsfamilien mit vielen Kindern mehr Geld im Monat zur Verfügung hätten als „ehrlieh arbeitende“ Österreicher\_innen; dass Flüchtlingsfamilien damit keinen Anreiz hätten zu arbeiten und sich in die soziale Hängematte legen würden.

Das Kippen der Stimmung in Medien und an Stammtischen veranlasste einige Landesgesetzgeber – und später auch den Bund als SH-Grundsatzgesetzgeber –, Regelungen zur Reduktion der SH/MS für diese neu zuwandernden Personengruppen einzuführen. Diese Maßnahmen sollten Mitglieder der bestehenden Solidargemeinschaften – jene, „die schon länger da sind“, „die sich bereits integriert haben“ – möglichst nicht treffen. Eine derartige gesetzliche Differenzierung zwischen „wir“ und „die anderen“ ist allerdings aus rechtlicher Sicht nicht unproblematisch. Österreich hat sich völker-, unions- und verfassungsrechtlich zur Einhaltung gleichheitsrechtlicher Vorgaben verpflichtet.

## 2. Paradigmenwechsel in der Zielsetzung des Sozialhilferechts

Die öffentliche Armenversorgung wurde erstmals durch das Heimatgesetz 1863<sup>6</sup> und in dazu ergangenen Landesgesetzen eingehender geregelt. Diese Gesetze folgten dem Grundsatz, dass die Heimatgemeinde für den notwendigen Lebensunterhalt und die Verpflegung im Falle der Erkrankung von Armen aufzukommen hatte, die sich den „notwendigen Unterhalt nicht mit eigenen Kräften zu schaffen“ vermochten.<sup>7</sup> Die Gemeinde als kleinste territoriale Einheit wurde als am geeignetsten für die Armenversorgung angesehen<sup>8</sup> – wohl, weil man einander kannte und die soziale Kontrolle dort am effektivsten möglich war. Zuständig für die Armenversorgung war nicht der Ort, an dem man wohnte, sondern die Heimatgemeinde, in der man das Heimatrecht hatte, begründet insb durch Geburt und Heirat. Das Konzept war also, dass man im Fall einer Notlage zurück in die Heimat ziehen musste, wollte man sich versorgen lassen.

Die in den 1970er Jahren erlassenen SH-Gesetze der Länder<sup>9</sup> modernisierten und erweiterten Begriff und Leistungen der SH. Nach § 1 Abs 1 WSHG 1973<sup>10</sup> etwa hat die SH jenen Menschen die Führung eines menschenwürdigen Lebens zu ermöglichen, die dazu der Hilfe der Gemeinschaft bedürfen. Der VwGH hielt in einem Verfahren zu konkreten Leistungsansprüchen fest, dass die SH-Gesetze lediglich „existenzielle Grundbedürfnisse“ zu befriedigen haben, zu denen allerdings – im Gegensatz zum früheren Armenrecht – in einem angemessenen Ausmaß „auch die Pflege der Beziehungen zur Umwelt und die Teilnahme am kulturellen Leben“ gehören;<sup>11</sup> insofern gehe der Lebensunterhalt über die

---

6 Gesetz vom 3. Dezember 1863 betreffend die Regelung der Heimatverhältnisse RGBl 1863/105.

7 Vgl § 26 HeimatG 1863.

8 *Kaspar*, Mindestsicherung und Migration (2021) 10.

9 Da der Bund kein Grundsatzgesetz gem Art 12 B-VG erließ, konnten die Länder die Sozialhilfe selbständig regeln.

10 Gesetz vom 19. Dezember 1972 über die Regelung der Sozialhilfe (Wiener Sozialhilfegesetz – WSHG) LGBl 1973/11.

11 So ausdrücklich etwa § 12 Abs 1 Oö SHG 1973 LGBl 1973/66; § 8 Abs 1 Stmk SHG LGBl 1977/1.

Sicherung des physischen Existenzminimums hinaus.<sup>12</sup> Den SH-Gesetzen liegt dementsprechend eine Armutsbestimmung zugrunde, die sich nicht nur am Subsistenzniveau orientiert und auf Vermeidung von Prekarität zielt (absolute Armutsbestimmung), sondern auch Teilhabe und Partizipation ermöglichen will (relative Armutsbestimmung).<sup>13</sup> Im Jahr 2019 erlässt der Bund erstmals ein SH-Grundsatzgesetz (SH-GG)<sup>14</sup> gem Art 12 Abs 1 B-VG und verschiebt gegenüber den früheren SH-Gesetzen den Schwerpunkt der Normziele. Neben der Unterstützung hinsichtlich des Lebensunterhalts und des Wohnbedarfs will das Gesetz nunmehr auch integrationspolitische und fremdenpolizeiliche Ziele berücksichtigen sowie die (Wieder-)Eingliederung in das Erwerbsleben und die optimale Funktionsfähigkeit des Arbeitsmarktes fördern.<sup>15</sup> Die neu eingeführten Intentionen, Betroffene so rasch wie möglich zur (Re-)Integration in den Arbeitsmarkt zu führen<sup>16</sup> und Anreize zur Zuwanderung in das österreichische Sozialsystem einzudämmen, zielen speziell auf die Gruppe neu zugewanderter Personen und hier insb auf Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte ab. Die Materialien betonen die wachsende Zahl der Leistungsbezieher\_innen<sup>17</sup> in den Jahren vor der Schaffung des SH-GG und die daraus resultierenden Folgekosten. Diese seien der gestiegenen Arbeitslosigkeit in der Wirtschaftskrise und der steigenden Zuwanderung in den österreichischen Sozialstaat geschuldet.<sup>18</sup>

Aber schon vor der Erlassung des SH-GG hatten einige Landesgesetzgeber damit begonnen, die Sozialhilfesätze für neu Zugewanderte zu reduzieren. Die Materialien zu den jeweiligen Landesgesetzen verweisen ebenfalls auf das Ziel, den Zuzug von Fremden in die Sozialhilfesysteme bzw zu hohe Geldleistungen an neu Zugewanderte zu verhindern. So begründete etwa der oö Landesgesetzgeber die Absenkung der MS für Asylberechtigte mit befristetem Aufenthaltsrecht damit, keine Anreize für eine Wohnsitznahme von Flüchtlingen in OÖ setzen zu wollen.<sup>19</sup> Eine Kürzung der MS um 32 % für kürzlich Zugewanderte in NÖ begründete der Gesetzgeber damit, es solle „der Anreiz zur Integra-

---

12 VwGH 30.9.2015, 2015/10/0103 (zum Vfbg MSG 2010 LGBl 2010/64); 5.5.2003, 2002/10/0195 (zum WSHG 1973) mit einem Verweis auf die Erläuternden Bemerkungen zum Entwurf eines Landesgesetzes über die Regelung der Sozialhilfe, Beilage Nr 17/72.

13 Vgl *Rebhabn*, DRdA 2017, 437; *Till-Tenschert*, Was ist Armut? in *Tomandl/Schrammel*, Sicherung von Grundbedürfnissen (2007) 1 ff mwN.

14 Bundesgesetz betreffend Grundsätze für die Sozialhilfe (Sozialhilfe-Grundsatzgesetz) BGBl I 2019/41.

15 § 1 Z 1 bis 3 SH-GG.

16 ErläutRV 514 BlgNR 26. GP 1. Dass der Kompetenztatbestand „Armenwesen“ auch Regelungen umfasst, die auf die Förderung der (Wieder-)Eingliederung der Bezugberechtigten in das Erwerbsleben abzielen, hat der VfGH in G 164/2019 (VfSlg 20.359/2019) ausdrücklich bestätigt.

17 Tatsächlich hat sich die Inanspruchnahme der Sozialhilfebezieher\_innen in den letzten Jahren in ihrer Zusammensetzung verändert. Im Jahr 2021 standen 45 % österreichischen Staatsbürger\_innen 47 % Drittstaatsangehörige gegenüber, der Rest waren EU-Bürger\_innen. Innerhalb der Gruppe der Drittstaatsangehörigen waren 38 % Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte (vgl *Statistik Austria*, Mindestsicherungs- und Sozialhilfestatistik 2021 [2022] 3).

18 ErläutRV 514 BlgNR 26. GP 1.

19 AB 171/2016 BlgOöLT 28. GP 1 f.

tion, aber auch zur Arbeitsaufnahme verstärkt“ werden.<sup>20</sup> Die nÖ Landesregierung argumentierte in einem Verfahren vor dem VfGH, dass aufgrund der Kostenanstiege für die MS von € 47 Mio im Jahr 2013 auf € 74 Mio im Jahr 2016 eine „Redimensionierung der sozialrechtlichen Leistungen unabweislich“ geworden sei. Die Absenkung der SH solle „ein klares Zeichen nach außen setzen, um die Attraktivität Österreichs als Zielregion für Flüchtlinge einzudämmen“. <sup>21</sup> In der wirkungsorientierten Folgenabschätzung zum SH-GG wurde mit Gerechtigkeitserwägungen begründet, dass Neuzugewanderten nicht von Anfang an das gleiche Leistungsniveau wie bereits seit längerer Zeit in Österreich befindlichen Personen zustehen solle.<sup>22</sup> Darin drückt sich der Gedanke aus, dass Neuzugewanderte noch keine Vorleistungen an die Solidargemeinschaft erbracht haben<sup>23</sup> und sie eine vollwertige Zugehörigkeit erst im Lauf der Zeit erwerben können sollen. Man könnte es so verstehen, dass Neuankömmlinge für einen bestimmten Zeitraum lediglich jenen Teil der SH/MS erhalten sollen, der ihre Subsistenz sichert und damit absolute Armut vermeidet, und – mangels Verbundenheit mit der Solidargemeinschaft – noch nicht jenen Teil, der auf Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben abzielt und damit relative Armut vermeiden will.

### 3. Kriterien für die Differenzierung

Bundes- und Landesgesetzgeber bedien(t)en sich bei ihren Reduktionsbestrebungen seit 2016 verschiedener Kriterien, um die SH/MS für neu zuwandernde Fremde zu senken. Maßnahmen, die unmittelbar den Personenkreis der Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten betrafen, differenzierten nach der zeitlichen Geltung der Aufenthaltsberechtigung für Asylberechtigte (befristet bzw unbefristet) und nach dem Status (Reduktion der SH für subsidiär Schutzberechtigte). Andere Regelungen präsentierten sich auf den ersten Blick als „nicht diskriminierend“, da weder an die Staatsangehörigkeit noch an den Status von Asylberechtigten angeknüpft wurde, sondern an die Dauer des Aufenthalts in Österreich. Die Stammfassung des SH-GG knüpfte für die intendierte Reduktion der SH für Neuzugewanderte insb an Sprachkenntnisse und die Erfüllung der integrationsrechtlichen Verpflichtungen gem § 16c Abs 1 IntG<sup>24</sup> an. Die subtilste Form der Reduktion der SH/MS für Asylberechtigte liegt in Differenzierungen nach der Haushaltszusammensetzung.

Alle genannten Unterscheidungskriterien waren in den letzten Jahren Gegenstand höchstgerichtlicher Judikatur. Inwieweit nach diesen Kriterien differenziert werden und den

---

20 Antrag betreffend Änderung des NÖ MSG vom 20.10.2016, Ltg.-1146/A-1/79-2016, 7.

21 VfSlg 20.244/2018.

22 Vgl Vorblatt und WFA Art I + II, ErläutRV 514 BlgNR 26. GP 7.

23 Vgl dazu *Rebbahn*, Solidarität in der Wirtschafts- und Währungsunion, ZÖR 2015, 363 (364), der davon ausgeht, dass Solidarität einen reziproken Charakter aufweist.

24 Bundesgesetz zur Integration rechtmäßig in Österreich aufhältiger Personen ohne österreichische Staatsbürgerschaft (Integrationsgesetz – IntG) BGBl I 2017/68 idF BGBl I 2019/41.

betreffenden Personen damit ein reduziertes Existenzminimum zugemutet werden darf, wird im Folgenden diskutiert.

#### 4. Grundsätze des VfGH in Sozialhilfesachen

Nach Ansicht des VfGH steht dem Gesetzgeber bei der Beurteilung sozialer Bedarfslagen und bei der Ausgestaltung der daran anknüpfenden sozialen Maßnahmen ein weiter rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zu.<sup>25</sup> Der Gesetzgeber ist allerdings durch den Gleichheitssatz gebunden, der ihm gebietet, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln und ihm insofern inhaltliche Schranken setzt, als er es verbietet, andere als sachlich begründbare Differenzierungen zwischen den Normadressat\_innen zu schaffen.<sup>26</sup> Der Gleichheitssatz verlangt darüber hinaus, dass eine Regelung zur Zielerreichung geeignet ist: Kann ein vom Gesetzgeber eingerichtetes System, das auf die Sicherung eines gewissen Mindeststandards für ein menschenwürdiges Leben abzielt, nicht (mehr) garantieren, dass den Betroffenen ein entsprechendes Existenzminimum tatsächlich gewährt wird, dann verfehlt es seine Aufgabenstellung und ist insofern – aufgrund seiner unsachlichen Ausgestaltung – mit Verfassungswidrigkeit belastet.<sup>27</sup> Eine besondere Ausformung des Gleichheitsgebots findet sich in Art 1 Abs 1 BVG-RD<sup>28</sup>. Nach der stRsp des VfGH enthält dieses das allgemeine, sowohl an die Gesetzgebung als auch an die Vollziehung gerichtete Verbot, sachlich nicht begründbare Unterscheidungen zwischen Fremden vorzunehmen. Diese Verfassungsnorm enthält ein – auch das Sachlichkeitsgebot einschließendes – Gebot der Gleichbehandlung von Fremden untereinander. Deren Ungleichbehandlung ist nur dann und insoweit zulässig, als hierfür ein vernünftiger Grund erkennbar und die Ungleichbehandlung nicht unverhältnismäßig ist.<sup>29</sup>

#### 5. Die Maßnahmen auf dem Prüfstand

##### 5.1. Reduzierte Sozialhilfe für Asylberechtigte mit befristetem Aufenthaltsrecht

Gem § 4 Abs 3 Oö BMSG<sup>30</sup> sollten nur mehr Asylberechtigte, die ein dauerndes Aufenthaltsrecht hatten, bezüglich der Mindestsicherung österreichischen Staatsangehörigen gleichgestellt sein. Asylberechtigte, die lediglich ein befristetes<sup>31</sup> Aufenthaltsrecht hatten,

25 VfSlg 18.885/2009; 20.244/2018.

26 VfSlg 17.315/2004; 17.500/2005; 19.791/2013; 20.244/2018.

27 Vgl VfSlg 19.698/2012; 20.177/2017; vgl *Rebhahn*, DRdA 2017, 433, der daraus überzeugend ableitet, dass damit ein gewisses Minimum gesichert sein müsse, sofern der Gesetzgeber die SH/MS nicht gänzlich abschaffen wolle.

28 Bundesverfassungsgesetz zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung BGBl 1973/390.

29 VfSlg 13.836/1994; 14.650/1996; 16.080/2001; 17.026/2003; 20.177/2017.

30 Landesgesetz, mit dem das Gesetz über die bedarfsorientierte Mindestsicherung in Oberösterreich erlassen wird (Oö BMSG) LGBl 2011/74 idF 2017/52.

31 Das befristete Aufenthaltsrecht von Asylberechtigten hatte der Bundesgesetzgeber mit § 3 Abs 4 AsylG BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2016/24 ebenfalls im Jahr 2016 eingeführt.

wurden auf eine Basisleistung zur Deckung des Lebensunterhalts- und Wohnbedarfs verwiesen, deren Höhe etwas über jener der Grundversorgung lag.<sup>32</sup>

Bereits anlässlich der Erlassung dieser Regelung monierten verschiedene Autor\_innen deren Unionsrechtswidrigkeit.<sup>33</sup> Art 29 Abs 1 RL 2011/95/EU (Status-RL)<sup>34</sup> verlangt im Hinblick auf „notwendige Sozialleistungen“ eine Gleichstellung von Asylberechtigten und Staatsbürger\_innen. Eine Differenzierung nach der Dauer der Aufenthaltsberechtigung sieht die RL nicht vor. Der EuGH erkannte in diesem Sinn und erteilte Rechtfertigungsversuchen der österreichischen Regierung, dass sich Flüchtlinge, die sich seit mehreren Jahren in einem Mitgliedstaat aufhalten, in einer objektiv unterschiedlichen Lage befänden als Flüchtlinge, die erst vor Kurzem in das Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats eingereist seien, eine Absage.<sup>35</sup> Zu Recht hebt der EuGH hervor, dass eine Beschränkung der Sozialhilfeleistungen für kürzlich in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats eingereiste Flüchtlinge nicht geeignet sei, Abhilfe für deren – gegenüber sich schon länger im Land befindenden Personen – prekärere Lage zu schaffen.<sup>36</sup>

## 5.2. Beschränkung der Sozialhilfe für subsidiär Schutzberechtigte

Der nÖ Landesgesetzgeber schloss im Jahr 2016 — nach dem Vorbild anderer Landesgesetzgeber<sup>37</sup> – subsidiär Schutzberechtigte aus dem Geltungsbereich des NÖ MSG aus und verwies diese auf die Grundversorgung.<sup>38</sup> Der VfGH hatte gegen diese Regelung keine verfassungsrechtlichen Bedenken.<sup>39</sup> Daher konnte der Grundsatzgesetzgeber im Jahr 2019 beruhigt eine entsprechende Regelung treffen: Gem § 4 SH-GG dürfen subsidiär Schutzberechtigten ausschließlich Kernleistungen der SH gewährt werden, die das Niveau der Grundversorgung (BGBl I 2004/80) nicht übersteigen.

---

32 *Windisch-Graetz*, Gleichbehandlung von Flüchtlingen bei Sozialhilfeleistungen, GPR 2019, 201.

33 *Pfeil*, Erwerbsarbeit und Mindestsicherung – ein schwieriges Verhältnis, wbl 2016, 679 (682); *Windisch-Graetz*, Migration – Chance oder Gefahr für den österreichischen Sozialstaat, in *ÖJK*, Migration – Gefährdung oder Rettung des sozialen Netzes? (2017) 5.

34 RL 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl L 2011/337, 9.

35 EuGH C-713/17, *Ayubi*, ECLI:EU:C:2018:929.

36 EuGH C-713/17, *Ayubi*, ECLI:EU:C:2018:929, Rn 30-34.

37 Vgl § 4 Abs 1 Z 5 Bgld MSG (Gesetz vom 28. Oktober 2010 über die bedarfsorientierte Mindestsicherung im Burgenland) LGBl 2010/76; § 4 Abs 3 Z 3 Sbg MSG (Gesetz vom 7. Juli 2010 über die bedarfsorientierte Mindestsicherung im Bundesland Salzburg) LGBl 2010/63 iVm § 5 Abs 3 Z 2 Sbg GrundversorgungG (Gesetz vom 14. März 2007 zur Sicherstellung der vorübergehenden Grundversorgung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden in Salzburg) LGBl 2007/34; dann auch § 4 Abs 3 Oö BMSG idF 2017/52.

38 Gem § 5 Abs 3 Z 4 NÖ MSG (NÖ Mindestsicherungsgesetz) LGBl 9295-0 idF LGBl 2016/24 fallen subsidiär Schutzberechtigte nicht mehr in den Kreis der anspruchsberechtigten Personen.

39 VfSlg 20.177/2017; krit dazu *Kaspar*, Sozialhilferechtliche Differenzierung aufgrund des Aufenthaltsstatus von subsidiär Schutzberechtigten? juridikum 2017, 476.

Der VfGH prüfte die Regelung des NÖ MSG lediglich im Hinblick auf Art 3 EMRK<sup>40</sup> und das BVG-RD. Eine Verletzung von Art 3 EMRK sei durch die Verweisung auf Leistungen der Grundversorgung nicht gegeben, da diese jedenfalls die zu einem menschenwürdigen Leben erforderlichen Grundbedürfnisse abdeckten. Im Hinblick auf das BVG-RD sei eine sachliche Rechtfertigung für eine unterschiedliche sozialhilferechtliche Behandlung Asylberechtigter und subsidiär Schutzberechtigter gegeben, da zwischen diesen Gruppen in ausreichendem Maße Unterschiede bestünden, die eine derartige Differenzierung zu rechtfertigen vermochten: Im Gegensatz zu Asylberechtigten erhielten subsidiär Schutzberechtigte nur ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht von einem Jahr, welches bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen verlängert werden könne. Anders als dies bei Asylberechtigten im Allgemeinen der Fall ist, sei der Aufenthaltsstatus bei subsidiär Schutzberechtigten „eher von provisorischer Natur“.<sup>41</sup>

Überraschend ist der Umgang des VfGH mit den unionsrechtlichen Vorgaben. Gem Art 29 Abs 2 Status-RL dürfen die Mitgliedstaaten die SH für subsidiär Schutzberechtigte „auf Kernleistungen beschränken, die sie im gleichen Umfang und unter denselben Voraussetzungen wie für eigene Staatsangehörige gewähren.“<sup>42</sup> Die Diskussion in der Lit, ob der Begriff der „Kernleistungen“ leistungsbezogen oder umfangbezogen zu verstehen sei, wurde vom VfGH nicht aufgegriffen.<sup>43</sup> Der VfGH hält vielmehr lapidar fest, dass es in „keinem offenkundigen Widerspruch zur Richtlinie“ stehe, „die einheitliche Leistung der Mindestsicherung an subsidiär Schutzberechtigte bedarfsmäßig auf deren Kern zu beschränken“.<sup>44</sup> Erstaunlich ist die damit verbundene Feststellung, dass die Grundversorgung jenen *Kernleistungen* entspreche, die vom Staat „*im gleichen Umfang und unter denselben Voraussetzungen wie für eigene Staatsangehörige*“ gewährt werden.<sup>45</sup> Das ist nämlich nicht nur faktisch unrichtig, sondern auch rechtlich gar nicht möglich. Denn die Grundversorgung ist ausschließlich eine Leistung für Asylwerber\_innen, die österr Staatsbürger\_innen gar nicht beantragen können. Und die Staatsbürger\_innen gewährte SH/MS ist umfangmäßig wesentlich höher als die Grundversorgung.

---

40 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl 1958/210.

41 VfSlg 20.177/2017; vgl zur Kritik dazu *Kaspar*, Mindestsicherung und Migration 110 f.

42 VfSlg 20.177/2017.

43 Insb *Rebhahn* vertritt überzeugend die Auffassung, dass der Normtext und die ErwGr der Status-RL für einen leistungsbezogenen Ansatz sprechen: *Rebhahn/Stella/Pfalz*, Sozialleistungen an „international Schutzberechtigte und Schutzsuchende“ – Möglichkeiten zur Differenzierung gegenüber Staatsangehörigen, Gutachten für die Österreichische Bundesregierung (2016) 79 ff; *Kaspar*, Mindestsicherung und Migration 206; *Kaspar*, Aufenthalt und soziale Gerechtigkeit – Der Aufenthaltsstatus von Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten als Differenzierungsgrund in der Mindestsicherung, in *Kronschläger ua*, Recht vielfältig – Perspektiven des Öffentlichen Rechts (2018) 135 (140 ff); *Rebhahn*, DRdA 2017, 431 (444); *Sußner*, Warten auf ...? *juridikum* 2017, 207 (208 ff); *Pfeil*, wbl 2016, 679 (683).

44 VfSlg 20.177/2017.

45 VfSlg 20.177/2017; Hervorhebungen hinzugefügt.

### 5.3. Kürzung der Sozialhilfe für kürzlich Zugewanderte („Mindeststandards – Integration“)

§ 11 NÖ MSG normierte im Jahr 2016 „Mindeststandards“, die sich am Ausgleichszulagenrichtsatz gem § 293 Abs 1 lit a sublit bb ASVG<sup>46</sup> orientierten. § 11a NÖ MSG normierte demgegenüber für Personen, die sich innerhalb der letzten sechs Jahre weniger als fünf Jahre in Österreich aufgehalten haben, unter dem Titel „Mindeststandards – Integration“ um ca 32 % verminderte Sätze. Obwohl sich die Regelung auf den ersten Blick nicht diskriminierend präsentiert, zielt sie dennoch primär auf Asylberechtigte ab, da das gewählte Aufenthaltskriterium des § 11a NÖ MSG weitaus häufiger auf diese zutrifft als auf österr Staatsbürger\_innen. Der bglG Gesetzgeber erließ im Jahr 2017 eine annähernd gleiche Regelung.<sup>47</sup>

Der VfGH hob § 11a NÖ MSG<sup>48</sup> und § 10a BglG MSG<sup>49</sup> als verfassungswidrig auf. Die Anknüpfung an die Aufenthaltsdauer war für den VfGH insb im Hinblick auf Asylberechtigte unsachlich. Im Unterschied zu Unionsbürger\_innen und anderen Drittstaatsangehörigen, die unter bestimmten Umständen rechtmäßigerweise für die ersten fünf Jahre ihres Aufenthalts von der SH ausgeschlossen werden dürfen,<sup>50</sup> könnten Asylberechtigte nicht aus freien Stücken in ihr Herkunftsland zurückreisen.<sup>51</sup> Dies begründe einen Unterschied im Tatsächlichen, der es verbiete, Asylberechtigte ohne sachliche Rechtfertigung gleich wie die vorhin umschriebene Personengruppe zu behandeln, die jederzeit in ihren Herkunftsstaat zurückkehren könne.<sup>52</sup>

### 5.4. Sozialhilfe-Grundsatzgesetz: Arbeitsqualifizierungsbonus

Der SH-Grundsatzgesetzgeber nahm sich das NÖ MSG in einigen Punkten zum Vorbild. Zentral für die vorliegende Thematik ist die Regelung eines „Arbeitsqualifizierungsbonus“ in § 5 Abs 6 bis 9 SH-GG. Auch das SH-GG orientiert sich bei den Höchstbeträgen für die SH am Ausgleichszulagenrichtsatz. § 5 Abs 6 SH-GG verpflichtete aber die Landesgesetzgeber, davon einen Mindestanteil in Höhe von 35 % der SH für Erwachsene von der Voraussetzung der Vermittelbarkeit am österreichischen Arbeitsmarkt abhängig zu machen. Die Vermittelbarkeit von Drittstaatsangehörigen war anzunehmen, wenn diese das Sprachniveau B1 (Deutsch) oder C1 (Englisch) und die Erfüllung der integra-

46 Bundesgesetz vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG) BGBl 1955/189 idF BGBl I 2023/69.

47 §§ 10a und 10b BglG MSG (Gesetz vom 28. Oktober 2010 über die Bedarfsorientierte Mindestsicherung im Burgenland) LGBl 2010/76 idF 2017/20.

48 VfSlg 20.244/2018.

49 VfSlg 20.297/2018.

50 EuGH C-333/13, *Dano*, ECLI:EU:C:2014:2358; C-67/14, *Alimanovic*, ECLI:EU:C:2015:597.

51 Vgl sinngemäß EGMR 27.9.2011, 56328/07, *Bah/Vereinigtes Königreich*, Rn 45; 6.11.2012, 22341/09, *Hode und Abdi/Vereinigtes Königreich*, Rn 47.

52 VfGH 7.3.2018, G 136/2017; idS auch VfSlg 20.297/2018.

tionsrechtlichen Verpflichtungen (§ 16c Abs 1 IntG) nachweisen konnten. Österr Staatsbürger\_innen und Unionsbürger\_innen mussten dagegen den Abschluss einer geeigneten beruflichen Qualifizierungsmaßnahme nachweisen. Vom Erfordernis der Vermittelbarkeit am österreichischen Arbeitsmarkt waren gem § 5 Abs 8 SH-GG ua Bezugsberechtigte ausgenommen, die über einen Pflichtschulabschluss mit Deutsch als primärer Unterrichtssprache verfügten. Diese Ausnahme hatte den Effekt, dass im Ergebnis primär Personen, die aus dem Ausland zugewandert waren, in den Geltungsbereich der Regelung fielen.

Die Regelung des Arbeitsqualifizierungsbonus in § 5 Abs 6 bis 9 SH-GG war nach Ansicht des VfGH unsachlich ausgestaltet: Das verlangte hohe Sprachniveau sei für viele Beschäftigungsmöglichkeiten auf dem Arbeitsmarkt nicht erforderlich. Außerdem sei die Regelung eines Arbeitsqualifizierungsbonus im Hinblick auf Asylberechtigte nicht geeignet, den Gesetzeszweck, die Zuwanderung in das österreichische Sozialsystem zu dämpfen, zu erreichen: Asylberechtigte hätten ihr Herkunftsland nicht aus freiem Entschluss verlassen und ihren Wohnsitz in Österreich nicht frei gewählt.<sup>53</sup>

### 5.5. Mittelbare Leistungskürzungen für Migrant\_innenhaushalte

Die in § 5 Abs 2 und 3 SH-GG normierte, stark degressive Regelung von Zuschlägen für minderjährige Kinder hob der VfGH ebenfalls als verfassungswidrig auf. Das SH-GG knüpft zwar grds am Ausgleichszulagensystem an, wich aber in Bezug auf die Bemessung der SH für Kinder davon ab. Für den VfGH war kein sachlicher Grund für das vorliegende Missverhältnis zwischen der Anknüpfung der Sozialhilfehöchstsätze für Erwachsene an das System der Ausgleichszulage einerseits und der davon abweichenden Gestaltung der Höchstsätze für Kinder andererseits ersichtlich. Der Grundsatzgesetzgeber habe das System der Höchstsätze unsachlich ausgestaltet, da eine gleichwertige Bedarfsdeckung bei Mehrkindfamilien im Verhältnis zu Haushaltskonstellationen mit weniger Personen nicht gewährleistet werden könne.<sup>54</sup>

## 6. Fazit

Trotz der von Österreich eingegangenen völker- und unionsrechtlichen Verpflichtungen zur Gleichbehandlung von Flüchtlingen im Sozialhilferecht und ihrer vollen Einbeziehung in die Solidaritätsgemeinschaft versuchten einige SH-Gesetzgeber, die SH für diese Gruppe – direkt oder indirekt – zu reduzieren. Einiger gesetzlicher Kreativität zum Trotz hielten diese Versuche, jedenfalls für Asylberechtigte, vor den Höchstgerichten nicht stand. Dennoch wurden dieselben Ideen vom amtierenden Bundeskanzler gerade erneut

---

<sup>53</sup> VfSlg 20.359/2019.

<sup>54</sup> VfSlg 20.359/2019.

zur Diskussion gestellt.<sup>55</sup> Vor dem VfGH erfolgreich war demgegenüber die Absenkung der SH für subsidiär Schutzberechtigte auf das Niveau der Grundversorgung. Dass diese Regelung auch vor dem EuGH Bestand haben würde, ist mE allerdings im Hinblick auf die Vorgaben des Art 29 Abs 2 Status-RL nicht zu erwarten. Das Sozialhilferecht bietet somit wenig Spielraum für populistische Maßnahmen und sollte vielmehr für seine ureigenste Zielsetzung genutzt werden: Um Armut und damit unerwünschte Nebenwirkungen für die gesamte Solidargemeinschaft wie Kriminalität und Schattenwirtschaft zu vermeiden.

Univ.-Prof. Mag. Mag. Dr. Michaela Windisch-Graetz ist Professorin für Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Wien; michaela.windischgraetz@univie.ac.at

---

55 ZB Rosner, Alter Plan mit bekannten Hindernissen, wienerzeitung.at 13.3.2023, [www.tagblatt-wienerzeitung.at/nachrichten/politik/oesterreich/2181374-Alter-Plan-mit-bekanntem-Hindernissen.html](http://www.tagblatt-wienerzeitung.at/nachrichten/politik/oesterreich/2181374-Alter-Plan-mit-bekanntem-Hindernissen.html) (25.7.2023).

# Bad Romance für den Gesetzgeber

Wie die LGBTQ Community vom Gleichbehandlungsgesetz ausgeschlossen wird

Emily Koch

---

## 1. „Einzelfälle“

Dezember 2022, ein Ehepaar will von einer Weihnachtsfeier nach Hause und bestellt sich ein Taxi. Wie viele Paare geben sie sich im Taxi einen Kuss und werden dafür aus dem Taxi geworfen, weil sie schwul sind.<sup>1</sup> Es gibt viele solcher Ereignisse<sup>2</sup> und immer wieder wird mehr Rechtsschutz gefordert.<sup>3</sup> Denn das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG), ein tragender Pfeiler des österreichischen Antidiskriminierungsrechts im Bereich der Privatwirtschaft, bietet für die LGBTQ Community insbesondere beim Diskriminierungsgrund der sexuellen Orientierung keinen Schutz in sonstigen Lebensbereichen außerhalb der Arbeitswelt.

## 2. Geschlechtsidentität und sexuelle Orientierung

Generell regelt das Gleichbehandlungsgesetz 2004 (GIBG)<sup>4</sup> den Diskriminierungsschutz in verschiedenen Teilen. Teil I regelt die Gleichbehandlung von Frauen und Männern im Bereich der Arbeitswelt, Teil II bestimmt im gleichen Bereich die Gleichbehandlung bezogen auf die übrigen durch das Gesetz geschützte Diskriminierungsmerkmale. Darunter fallen ethnische Zugehörigkeit, Religion, Weltanschauung, Alter und sexuelle Orientierung. Im Teil III geht es um das Diskriminierungsverbot außerhalb der Arbeitswelt, hier werden aber als Gründe nur Geschlecht und ethnische Zugehörigkeit genannt. Die Geschlechtsidentität ist rechtlich also von der sexuellen Orientierung zu unterscheiden. Obwohl im ersten Teil im Titel spezifisch Männer und Frauen genannt werden, fallen auch Transgender und Intergeschlechtliche sowie andere alternative Geschlechtsidentitäten unter den Begriff „Geschlecht“ iSd GIBG.<sup>5</sup> Während das Merkmal Geschlecht innerhalb und außerhalb

- 
- 1 *Haider/Rebenwein*, Homophobie-Vorwurf: Wiener Arzt wegen Kusses aus Taxi geschmissen, *kurier.at* 27.12.2022, <https://kurier.at/chronik/wien/homophobie-vorwurf-wiener-arzt-wegen-kusses-aus-taxi-geschmissen/402272778> (7.5.2023).
  - 2 *Der Standard*, Café Prückel: Tausende Demo-Zusagen nach Rauswurf eines lesbischen Paares, *derstandard.at* 13.1.2015, <https://www.derstandard.at/story/2000010319661/tausende-demo-zusagen-nach-rauswurf-eines-lesbischen-paares> (7.5.2023).
  - 3 Siehe GAW, Gesammelte Forderungen der Gleichbehandlungsanwaltschaft Verbesserter Diskriminierungsschutz, höhere Wirksamkeit & Rechtssicherheit (2020); *Purth/Wieser*, Eine Frage des Niveaus – Oder: A kiss is just a kiss, *juridikum* 2020, 1; *Schmölzer*, Novelle des Gleichbehandlungsgesetzes, *juridikum* 2013, 165.
  - 4 Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz – GIBG) 2004 BGBl I 2004/66 idF BGBl I 2020/16.
  - 5 *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG § 3 GIBG Rz 5 ff (Stand 1.1.2021, rdb.at).

der Arbeitswelt in Teil I und Teil III geschützt wird, findet man den Diskriminierungsgrund „sexuelle Orientierung“ nur im Teil II, der sich auf die Arbeitswelt beschränkt. Es zeigt sich daher, dass das GIBG nur einen Teil der LGBTQ Community vor Diskriminierung in Lebensbereichen außerhalb der Arbeitswelt schützt und andere wie beispielsweise Homosexuelle von diesem umfassenderen Schutz ausschließt.

### 3. Don't be a Drag, just be a Queen – aber nur am Arbeitsplatz

Österreich geriet im Hinblick auf die Schaffung eines gesetzlichen Rahmens zur Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund bestimmter Merkmale wie der sexuellen Orientierung in Bedrängnis, als im Jahr 2000 die EU-Richtlinie 2000/78<sup>6</sup> Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung und anderen Merkmalen in Beschäftigung und Beruf adressierte. Ein Erwägungsgrund für diese Richtlinie war, „einen Arbeitsmarkt zu schaffen, der soziale Eingliederung fördert“.<sup>7</sup> Die EU-Richtlinie deckt somit nur Diskriminierung am Arbeitsplatz und in der Beschäftigung ab. Bereits im Unionsrecht ergeben sich Unterschiede im Schutz der verschiedenen Diskriminierungsmerkmale. Während Religion, Weltanschauung, Alter und sexuelle Orientierung mit der RL 2000/78 nur in der Arbeitswelt geschützt sind, genießen Geschlecht und ethnische Herkunft einen viel umfangreicheren Schutz ua durch die Antirassismus-RL 2000/43 oder auch Art 157 AEUV. 2001 wurde der erste Entwurf des Gleichbehandlungsgesetzes im Juridicum Wien präsentiert. Dieser Entwurf war ein wichtiger Schritt zu mehr Rechtsschutz für die LGBTQ Community. Andererseits gehört auch erwähnt, dass es keine Eigeninitiative von Österreich war, ein Gleichbehandlungsgesetz zu erlassen, sondern man verpflichtet war, die RL 2000/78 in nationales Recht umzusetzen. Trotzdem ist jeder Schritt zu mehr Rechtsschutz ein großer Schritt, wenn es davor überhaupt keinen Schutz gab. Zur Situation von gleichgeschlechtlichen Paaren liest man angesichts der verbreiteten Diskriminierung nüchtern in der Stellungnahme der HOSI (Homosexuellen Initiative Österreich), dass diese „oft eine ‚vorausseilende Diskretion‘ an den Tag [legen]“<sup>8</sup>. Schon damals forderte HOSI daher weitergehende Regelungen über den Geltungsbereich der EU-Richtlinie hinaus, in der nur der Arbeits- und Beschäftigungsbereich genannt wird.<sup>9</sup>

Verspätet aber doch kam das Gleichbehandlungsgesetz 2004, die Bedenken aus der Stellungnahme wurden jedoch nicht berücksichtigt. Es erfüllt für das Merkmal der sexuellen Orientierung die Mindestanforderungen, geht aber nicht darüber hinaus. Bundesweit gibt es damit nur Diskriminierungsschutz in der Arbeitswelt sowie in Bewerbungsverfahren (§ 17 GIBG). Bis heute gibt es kein Bundesgesetz, das sexuelle Orientierung als

---

6 RL 2000/78/EG des Rates v 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung, ABIL 2003/303, 16.

7 ErwGr 8 zur RL 2000/78/EG.

8 HOSI, HOSI Wien Stellungnahme, hosi.at 2001 <https://www.hosiwien.at/antidiskriminierungsgesetz/hosi-stellungnahme/> (31.7.2023).

9 HOSI, Stellungnahme.

verbotenen Diskriminierungsgrund im sozialen Bereich, worunter auch Bildung und Gesundheitsdienste fallen, oder beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen anerkennt.

### 3.1. Kompetenzverteilung und die Folgen

Neben dem GIBG erließ jedes Bundesland eigene „Landes-GIBGs“, zum Beispiel in Wien das Wiener Antidiskriminierungsgesetz 2004, in welchem – innerhalb der Landeskompetenzen – der Schutz vor Diskriminierung im Sozialen-, Gesundheits-, Bildungsbereich sowie beim Zugang zu Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum ausgebaut wurde.<sup>10</sup> Das österreichische Antidiskriminierungsrecht ist daher auch durch die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern vorstrukturiert.

Wenn man als Beispiel zum dem oben genannten Fall mit dem schwulen Paar im Taxi nun eine Gesetzesgrundlage finden möchte, um gegen die Diskriminierung durch den homophoben Fahrer vorzugehen, würde man zuerst klären, welcher Gesetzgeber für die Regelung dieser Materie zuständig ist. Auch wenn das Wiener Antidiskriminierungsgesetz im Bereich der Dienstleistungen keine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung erlaubt, liegt die Regelung des vorliegenden Sachverhalts in der Kompetenz des Bundes.<sup>11</sup> Da der Bundesgesetzgeber über das GIBG, in welchem sexuelle Orientierung nicht im Bereich der Dienstleistungen geschützt ist, hinaus bisher nicht gesetzgeberisch tätig wurde, gibt es keine Gesetzesgrundlage, um sich gegen diesen Vorfall rechtlich zur Wehr zu setzen.

### 3.2. Levelling-Up

Im Kontext dieses Problemfelds hat die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) einen Katalog an Forderungen herausgebracht und damit die Situation von verschiedenen diskriminierten Gruppen dargestellt. In dem Bericht wird ein „Levelling-Up“, also die Angleichung des Diskriminierungsschutzes für alle marginalisierten Gruppen gefordert. Für Personen, die aufgrund ihrer sexuellen Orientierung diskriminiert werden, würde das somit ein bundesweites Antidiskriminierungsgesetz über den Arbeitsbereich hinaus bedeuten, damit auch Bereiche, die in die Kompetenz des Bundes fallen, geschützt sind.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Gesetz zur Bekämpfung von Diskriminierung (Wiener Antidiskriminierungsgesetz) 2004 LGBI 35/2004.

<sup>11</sup> Die Kompetenz, Regelungen für zivilrechtliche Rechtsverhältnisse (wie den Beförderungsvertrag), zu treffen, liegt beim Bund (Kompetenztatbestand „Zivilrechtswesen“ gem Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG); siehe zur Abgrenzung des Kompetenztatbestandes *Wimmer*, in *Korinek/Holoubek* Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 10/1 Z 6 1.Tb Rz 1 ff (16. Lfg 2021). Auch im Hinblick auf die Festlegung von Ausübungsvorschriften für das Taxigewerbe als „gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen“ (§ 1 GelVerkG, BGBl 1996/112 idF BGBl I 2022/18) liegt die Regelungskompetenz für „Angelegenheiten des Gewerbes“ gem Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG beim Bund; siehe *Th. Müller*, in *Kneihls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht Art 10 Abs 1 Z 8 1. Tb B-VG Rz 41 (16. Lgf 2015).

<sup>12</sup> GAW, Forderungen (2020).

Eine der wichtigsten Forderungen der GAW ist der Abbau der Zersplitterung. Die GAW hat sich in den letzten Jahren auf Clearinggespräche fokussiert, in denen über die Rechtslage aufgeklärt wird. Das GIBG, das Bundes-GIBG<sup>13</sup> und die verschiedenen „L-GIBG“ schützen allesamt das Merkmal der sexuellen Orientierung in verschiedenen Regelungsbereichen mehr oder weniger umfassend. Für juristische Lai\*innen sind diese verschiedenen Ebenen des Diskriminierungsschutzes kompliziert und es besteht große Verwechslungsgefahr. Nicht alle Bundesländer haben eine eigene Anlaufstelle für Betroffene oder verschiedene Anlaufstellen.<sup>14</sup>

#### 4. Equinet – Österreich im Europäischen Vergleich

Wenn man die österreichische Lage nun im europäischen Kontext mit anderen Staaten vergleicht, erkennt man, wo noch unausgeschöpftes Potential für den Ausbau des Diskriminierungsschutzes besteht. Das europäische Netzwerk der Gleichbehandlungsstellen *Equinet* erfasst, welche EU-Mitgliedsstaaten eine landesweite Anlaufstelle für Diskriminierungen anbieten. Österreich reiht sich hier im europäischen Vergleich zu den Schlusslichtern bei Diskriminierungsschutz, weil Alter, Religion, Weltanschauung und sexuelle Orientierung außerhalb der Arbeitswelt von keiner staatlichen Anlaufstelle bundesweit bearbeitet werden.<sup>15</sup>

#### 5. Fazit

Eine Ausweitung des Diskriminierungsschutzes aufgrund der sexuellen Orientierung im GIBG wäre nicht nur, ein rechtlicher Hebel für bessere Gleichstellung der LGBTQ Community vor dem Gesetz, sondern auch ein wichtiges gesellschaftspolitisches Signal. Die Rechtsordnung erklärt nicht nur, was verboten ist, sondern wie die Gesellschaft zu gewissen Dingen steht. Was verboten ist, ist in der Gesellschaft verpönt. Was verboten ist, kann ernsthafte Konsequenzen nach sich ziehen. Seit 2000 hat es der Gesetzgeber verabsäumt das Gesetz im Sinne eines „Levelling-Up“ diesbezüglich zu verbessern, obwohl Fälle wie jener des Paares im Taxi verdeutlichen, dass es dringenden Anlass dazu gäbe. Diese Untätigkeit ist ein Zeichen der Ignoranz der Republik Österreich gegenüber der LGBTQ Community.

Emily Koch studiert Rechtswissenschaften als Diplomstudium an der Universität Wien, arbeitet bei einer NGO für wirtschaftliche Bildung von Jugendlichen und lebt in Wien; emily.koch@outlook.com

---

13 Dieses schützt vor Diskriminierungen im Bereich von Arbeitsverhältnissen zum Bund; Bundes-Gleichbehandlungsgesetz BGBl 1993/00 idF BGBl I 2022/205.

14 GAW, Forderungen, 2020.

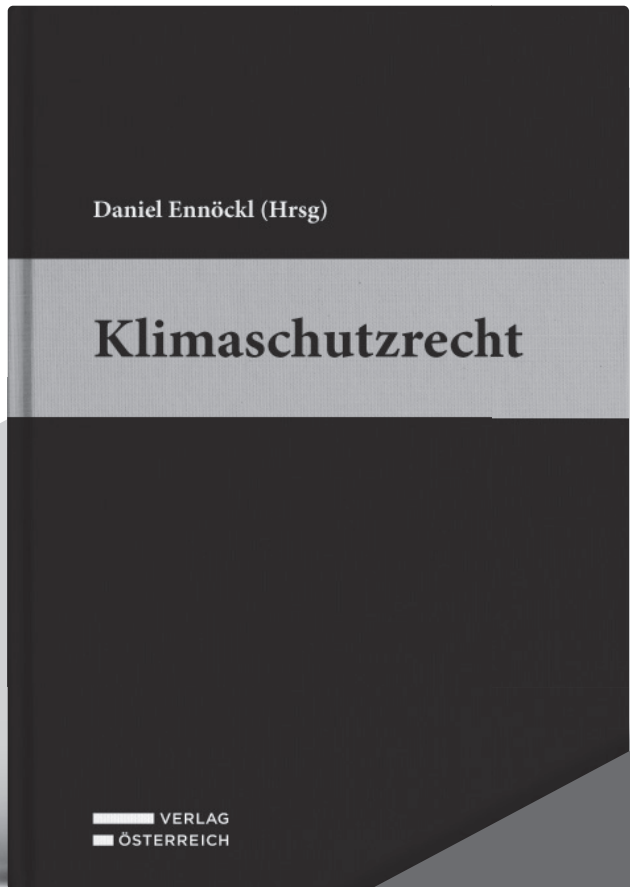
15 *Equinet*, Equality Bodies and Equinet, [https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2020/03/Equinet\\_brochure\\_2020.pdf](https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2020/03/Equinet_brochure_2020.pdf) (8.5.2023).

# Klimaschutzrecht im Querschnitt von Wissenschaft und Praxis

Umfassende, fundierte Aufbereitung  
des Klimaschutzrechts

Die Rolle des Klimaschutzes im  
Recht: von den völker-, unions- und  
verfassungsrechtlichen Grundlagen,  
über Emissionshandel bis hin zu  
Klimaklagen und Zivilgesellschaft

Für Rechtsanwender\*innen, Wissen-  
schaftler\*innen und Studierende



Ennöckl (Hrsg)  
Klimaschutzrecht

Handbuch  
637 Seiten, gebunden  
ISBN 978-3-7046-9252-8  
Erscheinungsdatum: 20.9.2023  
129,00 €  
Auch als eBook erhältlich

