

nr 2/2013

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Wohnen

recht & gesellschaft

Die unendlichen Geschichten

vom einheitlichen Jugendschutz,
von der Reform des Gleichbehandlungsgesetzes,
von der Aushöhlung der Versammlungsfreiheit und
von der Verfassungskonformität von Studiengebühren

debatte refugee protest

Das Dublin-System

Für Context herausgegeben von Ronald Frühwirth, Eva Pentz, Ines Rössl
und Brian-Christopher Schmidt

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

VERLAG
ÖSTERREICH

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft



Die juristische Fachzeitschrift,
die nicht dem Mainstream folgt!

Seit mehr als zwanzig Jahren ist das *juridikum* die Fachzeitschrift, die rechtliche Fragen in ihrem gesellschaftlichen und politischen Kontext beleuchtet. Diesem kritischen Anspruch folgend verbindet das *juridikum* theoretische und praktische Perspektiven. Dabei widmet sich die Rubrik „recht & gesellschaft“ aktuellen Themen wie etwa Fremdenrecht, Geschlechterverhältnissen, Polizei- und Strafrecht, sozialen Fragen und menschenrechtlichen Aspekten. Mit dem „thema“ hat jede Ausgabe zusätzlich einen inhaltlichen Schwerpunkt.

Die Aktualität der Beiträge, ihre Praxisrelevanz und Interdisziplinarität machen das *juridikum* zu einer abwechslungsreichen, anspruchsvollen und anregenden Lektüre. Die Zeitschrift erscheint vierteljährlich im hochwertigen Taschenbuchformat.

Jahresabo (4 Hefte) € 60,-

Jahresabo (4 Hefte) für Studierende,
Zivil- und Präsenzdiener € 25,-

Probeabo (2 Hefte) € 11,-

HerausgeberInnen

Ronald Frühwirth, Eva Pentz, Ines Rössl,
Brian-Christopher Schmidt

Internet

www.juridikum.at

Probeabos können bis zwei Wochen nach Erhalt der letzten Ausgabe schriftlich abbestellt werden, andernfalls gehen diese in ein Jahres-Abo über. Alle Preise in Euro inkl. USt, zzgl. Versandkosten (Österreich: Probeabo: € 3,90, Jahresabo € 12,-; Ausland: Probeabo € 9,90, Jahresabo € 20,-)

Tel.: +43-1-680 14-0
Fax: +43-1-680 14-140

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

**VERLAG
ÖSTERREICH**

Höchstgerichtliche Verantwortung

Ronald Frühwirth

Frau B. ist Staatsangehörige von Kamerun. Sie und ihr Ehegatte gehören einer oppositionellen Partei an. Ihr Ehegatte arbeitete als Taxifahrer und war Funktionär der Gewerkschaft. Das Ehepaar war politisch interessiert und engagiert. Schon einmal wurden beide wegen der Teilnahme an einer Demonstration gegen die Regierung festgenommen, ungerechtfertigt mehrere Tage angehalten, geschlagen und von Polizeikräften mit dem Tode bedroht. Wegen eines massiven Preisanstiegs von Lebensmitteln und Benzin und wegen einer vom Staatspräsidenten angekündigten Verfassungsänderung kam es schließlich erneut zu Demonstrationen und Protesten in Kamerun. Diese Proteste wurden unter anderem von der Gewerkschaft organisiert. Es kam zu einem Streik, an dem auch der Ehegatte von B. teilnahm. Die Ehefrauen der Streikenden versorgten diese mit Nahrungsmitteln. Am dritten Tag der Proteste bereitete B. zu Hause gemeinsam mit anderen Frauen gerade Essen für die Streikenden zu, als uniformierte Sicherheitskräfte auftauchten. Die Polizeibeamten fragten die Frauen nach dem Aufenthaltsort einiger Gewerkschaftsfunktionäre. Nachdem sie die gewünschten Auskünfte nicht erhielten, schlugen die Polizeibeamten die Frauen und nahmen sie in Gewahrsam. B. wurde mit anderen Frauen in eine Gefängniszelle gesperrt und erneut nach dem Aufenthaltsort ihres Mannes befragt. Weil sie ihn nicht nannte, wurde sie erneut geschlagen, bis sie dann in eine andere Zelle gebracht wurde, wo man sie allein anhielt. Dort wurde sie von drei Polizeibeamten gestoßen und getreten. Zwei hielten sie schließlich an den Armen fest, während ein dritter sie vergewaltigte. B. war damals schwanger. Sie verlor das Bewusstsein. Die Polizeibeamten warfen den regungslosen Körper der bewusstlosen Frau auf die Straße. Dort wurde B. von einer unbekanntem Frau gefunden und ins Krankenhaus gebracht, wo sie sich vier Wochen lang aufgrund der erlittenen Verletzungen in stationärer Behandlung befand.

Nach ihrer Entlassung aus dem Krankenhaus erfuhr B., dass ihr Ehegatte seit ihrer Verhaftung nicht mehr nach Hause gekommen und verschwunden war. Die Kinder waren bei einer Nachbarin untergekommen. Von der Nachbarin wurde ihr berichtet, dass immer wieder Sicherheitskräfte vorbeikämen und offenbar Ausschau nach ihr beziehungsweise ihrem Ehegatten hielten. B. hielt sich von da an – gemeinsam mit ihren beiden Kindern – versteckt. Aus Angst vor den Sicherheitskräften wagte sie sich nicht in ihre Wohnung zurück. Schließlich entschloss sie sich zur Flucht. Ihre beiden kleinen Töchter musste sie bei einer Freundin zurücklassen.

Diese nüchterne Schilderung ist ein lehrbuchartiger Fall für Furcht vor Verfolgung aus asylrelevanten Gründen nach der Genfer Flüchtlingskonvention. Spitzfindige könnten sich noch Gedanken machen, ob ein Fall von Verfolgung aus Gründen der politischen Überzeugung oder wegen der Zugehörigkeit zu einer sogenannten sozialen Gruppe vorliegt. Jedenfalls braucht für die juristische Falllösung hier nicht viel Aufwand betrieben zu werden; ein klarer Fall für Asylgewährung.

Das Bundesasylamt und der Asylgerichtshof (AsylGH) sahen dies anders. Nicht weil – wie sonst so oft – die Fluchtgeschichte nicht geglaubt wurde. Der AsylGH hielt sogar explizit fest, dass das Vorbringen angesichts der detailreichen und schlüssigen Schilderungen und im Hinblick auf die vorgelegten Belege für Verletzungen und Krankenbehandlung glaubwürdig sei. Zur Lage in Kamerun stellte der AsylGH fest, dass es dort immer wieder zu Menschenrechtsverletzungen und willkürlichen Verhaftungen durch Sicherheitskräfte kommen würde. Dennoch gewährte er Frau B. weder Asyl noch Schutz vor Abschiebung in Form des sogenannten subsidiären Schutzes (= Refoulementschutz). Der AsylGH vermeinte, dass nicht anzunehmen sei, dass B. „in den Fokus staatlicher Behörden geraten und aufgrund ihrer politischen Gesinnung Verfolgungshandlungen ausgesetzt [wäre], die von Art und Intensität geeignet [wären], Asylrelevanz zu entfalten“.

Eine krasse Fehlentscheidung. B. war schließlich massiven Eingriffen in ihre körperliche Integrität ausgesetzt, die von staatlicher Seite ausgingen und ihren Grund darin hatten, dass B. gegen die Regierung aufgetreten war und ihr Mann gewerkschaftlich aktiv gewesen war. Damit liegen materiellrechtlich alle Voraussetzungen für die Gewährung von Asyl vor.

Der Verfassungsgerichtshof (VfGH) wurde bemüht. Aus nicht erfindlichen Gründen hatte dieser an der Abweisung des Asylbegehrens nichts zu beanstanden. Doch zumindest behob er die Entscheidung des AsylGH im Hinblick auf die Refoulementprüfung. Diese erachtete er nämlich für mangelhaft. Der VfGH fand wohltuend klare Worte und rügte, dass der AsylGH es unterlassen habe, sich angesichts der prekären Menschenrechtslage in Kamerun damit auseinanderzusetzen, ob B. eine „willkürliche Verhaftung sowie Misshandlung und in weiterer Folge eine ernsthafte Bedrohung ihres Lebens infolge willkürlicher Gewalt“ drohe. Schließlich ergänzte er: „Dies vor allem angesichts der Tatsache, dass [B.] – wie sie dies schon zweimal getan hat – offensichtlich bereit ist, gegen Missstände in Kamerun zu demonstrieren.“

Der VfGH hielt sodann fest, dass B. und ihr in Österreich geborener Sohn „durch die Nichtzuerkennung des Status eines subsidiär Schutzberechtigten in Bezug auf ihren Herkunftsstaat Kamerun [...] und die Ausweisung aus dem österreichischen Bundesgebiet nach Kamerun [...] im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander verletzt“ worden seien.

Es schmerzte zwar, dass sich der VfGH nicht mit der Asylrelevanz des Falls auseinandersetzen wollte, aber letztlich verhinderte er die Abschiebung von B. nach Kamerun.

Man_frau sollte meinen, der AsylGH hatte damit einen klaren Handlungsauftrag, seine Refoulemententscheidung neu zu treffen und Frau B. subsidiären Schutz zu gewähren. Der AsylGH jedoch tat vorerst einmal nichts. Und das beinahe drei Jahre lang. Und dann wies er die Beschwerde von B. erneut ab; im Grunde mit der völlig identen Begründung wie im ersten Rechtsgang. Gerade zwei Absätze ergänzte er, um zu begründen, dass B. nicht „gezielt“ misshandelt worden sei, sondern „wahllos“ in den Fokus der Sicherheitskräfte geraten war. Ihre Befürchtung, erneut Opfer von Misshandlungen zu werden, hielt er für „spekulativ“.

Der Auftrag des VfGH? Ignoriert, im Grunde mit etwas Hohn zwischen und auf den Zeilen grob umschiff. Die „Gezieltheit“ einer Misshandlung ist kein Kriterium für die Gewährung subsidiären Schutzes. Und die Reaktion des VfGH? Erneut angerufen, setzte er sich nicht mehr mit dem Fall auseinander. Ohne auch nur einen Satz dafür zu verwenden, B. und ihren verdutzten Rechtsvertretern zu erklären, was sich nunmehr für ihn derart geändert habe, dass er gegen eine Abschiebung von B. nach Kamerun nichts mehr einzuwenden habe, lehnte er die Behandlung der Beschwerde ab. Der Beschluss besteht aus floskelhaften Begründungsbausteinen, ohne jeden Bezug zum konkreten Fall. Derartiger Beschlüsse bedient sich der VfGH üblicherweise in Fällen, in denen kein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht tangiert wird. In Asylverfahren ist diese verfassungsgerichtliche Unart der Nichtbegründung von Entscheidungen Usus geworden. Die Gründe für die Ablehnung einer Beschwerde bleiben für die Betroffenen dann unerfindlich.

Was lassen sich aus dem Fall nun für Schlüsse zum Zustand des österreichischen Asylwesens ziehen? Der Befund fällt recht klar aus: Es ist nicht gewährleistet, dass Personen, die aus berechtigten Gründen um Schutz vor (staatlicher) Verfolgung ansuchen, in Österreich diesen Schutz auch erhalten. Entscheidungen wie die gegenständlich beschriebene sind krasse Fehlentscheidungen, die nicht einmal als Einzelfälle (die sie ohnehin nicht sind) ertragbar wären.

Solche Fehlentscheidungen kommen wohl in jedem behördlichen und gerichtlichen System vor. Es ist aber Aufgabe von Höchstgerichten, gerade derartigen Entgleisungen Einhalt zu gebieten. Dass sie beim AsylGH nicht vorkommen dürften, ist das eine, dass sich der VfGH aber einmal dazu berufen fühlt, einzugreifen, das zweite Mal hingegen nicht mehr, bringt den Rechtsstaat gehörig ins Wanken. Auch die regelmäßig beklagte Belastung des Höchstgerichts mit Beschwerden in Asylsachen kann ein solches Vorgehen nicht rechtfertigen. Schließlich haben unrichtige Entscheidungen gerade in diesem Rechtsbereich massive Auswirkungen auf das Leben und die Existenz der betroffenen Personen – nicht zuletzt gilt es zu bedenken, dass das Refoulementverbot des Art 3 EMRK im Verfassungsrang steht.

Der Fall erlaubt noch einen weiteren Befund. In der fremdenrechtlichen Behördenpraxis macht sich eine harte Gangart bemerkbar – nicht nur in Österreich. Ablehnende und abweisende Entscheidungen führen zu deren Anfechtung. Die ständig beklagte Arbeits-

belastung von Höchstgerichten ist dem Umstand geschuldet, dass Behörden abweisen, was nur geht (und das oft in rechtlich sehr schlechter Qualität); Asylanträge, aufenthaltsrechtliche Anträge, Anträge auf Zugang zum Arbeitsmarkt oder auf Familienzusammenführung. Der VfGH wiederholt regelmäßig, dass sein Funktionieren wegen des hohen Beschwerdeanfalls in Asylangelegenheiten bald nicht mehr gewährleistet sein könnte. Auch der EGMR fühlt sich bemüßigt zu betonen, dass er kein europäisches Höchstgericht in Asylsachen ist. Im Fall von Frau B. etwa hat er innerhalb nur eines Tages durch die unanfechtbare Entscheidung eines einzelnen Richters entschieden, die eingebrachte Beschwerde nicht näher zu behandeln.

Die ablehnende Behördenpraxis führt also zu einer hohen Anzahl an anhängigen Beschwerdefällen bei den Höchstgerichten. Die Gesetzgeber reagieren darauf, indem sie den Zugang zu diesen Gerichten erschweren bzw diesen die Möglichkeit einräumen, in immer rascheren Verfahren die Behandlung von Beschwerden abzulehnen. Ab 1.1.2014 wird mit der Einrichtung des Bundesverwaltungsgerichts der Verwaltungsgerichtshof wieder in Asylangelegenheiten angerufen werden können. Auch ihm steht dann – dem Trend folgend – ein rigores Repertoire zur Ablehnung von Beschwerden zur Verfügung.

Die Höchstgerichte selbst reagieren auf ihre hohe Arbeitsbelastung mit zunehmender Härte. Mit ihrer Rechtsprechungspraxis senden sie Signale. Derzeit sagen diese, glaubt nicht, mit euren Anliegen bei uns Gehör zu finden. In fremden- und asylrechtlichen Verfahren geht es für die Betroffenen um Existenzielles. Klarerweise schöpfen sie daher alle ihnen zur Verfügung stehenden Rechtsmittel aus. Eine ablehnende Judikatur wird also bestimmt nicht zu einer Minimierung der Beschwerdefälle führen. Diesem Fehlschluss unterliegen derzeit viele Höchstgerichte. Ihre ablehnende Gangart wird nur mehr Fälle wie den von Frau B. hervorbringen und den Eindruck bestärken, dass auch die Höchstgerichte aufgrund ihrer zunehmenden Strenge so blind geworden sind, dass sie als notwendiges Korrektiv zur Vermeidung untragbarer Fehlentscheidungen versagen.

Frau B. muss trotz all ihrer Erlebnisse fünf Jahre nach ihrer Asylantragstellung in Österreich nun fürchten, von österreichischen Behörden nach Kamerun abgeschoben zu werden. Dieses Ergebnis ist nur schwer zu ertragen.

Mag. Ronald Frühwirth ist Rechtsanwaltsanwarter in Graz und Wien sowie Mitherausgeber des *juridikum*;
r.fuehwirth@kocher-bucher.at

Die Entscheidungen zum besprochenen Fall können im RIS nachgelesen werden:
AsylGH 6.11.2009, A5 405301-1/2009; AsylGH 15.1.2013, A5 405301-1/2009; VfGH 27.4.2010, U 3428/09 ua. Der ablehnende, begründungslose Beschluss des VfGH im zweiten Rechtsgang ist nicht im RIS veröffentlicht.

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 137 Höchstgerichtliche Verantwortung
Ronald Frühwirth

merk.würdig

- 143 Rechtskritik bei Marx und Paschukanis
Bericht über die „Marx Frühjahrsschule“ Berlin 2013
Philipp Hense
- 146 In der Justiz ein Außenseiter geblieben
Gerd Giesen
- 149 Diversity – Menschen mit Behinderungen in Rechtsberufen
Bericht über eine Enquete an der Universität Wien am 3. Mai 2013
Oliver Scheiber

recht & gesellschaft

- 153 Die Crux an der Vereinheitlichung der österreichischen Landes-Jugendschutzgesetze:
Ein kritischer Blick auf die gescheiterten Reformversuche im Jugendschutzrecht
Florian Dunkel
- 165 Novelle des Gleichbehandlungsgesetzes: Die verpasste Chance einer echten Reform
Stephanie Schmölder
- 175 „Audimax besetzt!“ – Der grundrechtliche Schutz der Versammlungsfreiheit in der Praxis.
Oder: kleine Erfolge
Angelika Adensamer/Lorenz Dopplinger/Maria Sagmeister
- 185 Studiengebühren
Eine unendlich verfassungswidrige Geschichte.
Andreas Wöckinger

debatte refugee protest

- 191 Stopp aller Abschiebungen in menschenrechtswidrige Zustände im Zusammenhang
mit der Dublin II-Verordnung
Stephanie Krisper

thema

- 197 Vorwort: Wohnen
Caroline Voithofer/Cornelia Krieglsteiner
- 203 Ein Parlament im Wohnzimmer?
Betreut Wohnen. Demokratisch handeln. Indirekt ist alles möglich
Isabella Krainer
- 211 Der Wohnort als Zuhause – auch für Menschen mit psychischer Erkrankung und
Menschen mit intellektueller Beeinträchtigung?
Irene Müller/Sylvia Weber/Ingrid Jez
- 221 Recht auf Wohnen aus verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Sicht.
Eine Bestandsaufnahme
Niklas Sonntag
- 231 Reformbedarf im Mietrecht – Forderungen an den Gesetzgeber
Elisabeth Eberharter/Mirko Handler

- 249 Familienrechtliche Wohnverhältnisse: Zwischen Faktum und Recht
Cornelia Kriegelsteiner/Caroline Voithofer/

nach.satz

- 261 Get them where it hurts – ein (erster) Meilenstein für Opfer von Menschenhandel
Daniela Krömer/Barbara Unterlerchner

Impressum

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft
www.juridikum.at, ISSN: 1019-5394

Herausgeber_innen:

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben von: Ronald Frühwirth, Eva Pentz, Ines Rössl und Brian-Christopher Schmidt

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: Frau Eva Schnell
Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419
e.schnell@verlagoesterreich.at
Verlagsredaktion: Mag. Ingrid Faber
i.faber@verlagoesterreich.at

Preis:

Jahresabonnement: Euro 60,-
Abo für Studierende, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdiener: Euro 25,-
Probebezug: Euro 11,-
Einzelheft: Euro 16,-
(Alle Preise inkl. MWSt, exkl. Versandkosten)
Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Angelika Adensamer, Flora Alvarado-Dupuy, Miriam Broucek, Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Doris Einwallner, Karol Felsner, Ronald Frühwirth, Philipp Hense, Marion Guerrero, Clemens Kaupa, Matthias C. Kettemann, Ilse Koza, Andrea Kretschmann, Lukas Oberndorfer, Eva Pentz, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Judith Schacherreiter, Brian-Christopher Schmidt, Joachim Stern, Alexia Stuefer, Caroline Voithofer, Alice Wagner, Andreas Wöckinger

Wissenschaftlicher Beirat:

Heinz Barta (Innsbruck), Barbara Beclin (Wien), Katharina Beclin (Wien), Wolfgang Benedek (Graz), Nikolaus Benke (Wien), Alois Birklbauer (Linz), Sonja Buckel (Frankfurt am Main), Ulrike Davy (Bielefeld), Nikolaus Dimmel (Salzburg), Andreas Fischer-Lescano (Bremen), Bernd-Christian Funk (Wien/Linz), Elisabeth Holzeithner (Wien), Eva Kocher (Frankfurt an der Oder), Susanne Krasmann (Hamburg), René Kuppe

(Wien), Nadja Lorenz (Wien), Karin Lukas (Wien), Eva Maria Maier (Wien), Andrea Maihofer (Basel), Ugo Mattei (Turin/Berkeley), Alfred J. Noll (Wien), Heinz Patzelt (Wien), Arno Pilgram (Wien), Ilse Reiter-Zatloukal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver Scheiber (Wien), Marianne Schulze (Wien), Alexander Somek (Iowa), Richard Soyer (Wien/Linz), Heinz Steinert † (Frankfurt am Main), Beata Verschraegen (Wien/Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes (Bremen)

Autor_innen dieser Ausgabe:

Angelika Adensamer, Lorenz Dopplinger, Florian Dunkel, Elisabeth Eberharter, Ronald Frühwirth, Gerd Giesen, Mirko Handler, Philipp Hense, Ingrid Jez, Isabella Krainer, Cornelia Kriegelsteiner, Stephanie Krisper, Daniela Krömer, Irene Müller, Maria Sagmeister, Oliver Scheiber, Stephanie Schmölder, Niklas Sonntag, Barbara Unterlerchner, Caroline Voithofer, Sylvia Weber, Andreas Wöckinger

Offenlegung

Die Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1, 1010 Wien (Geschäftsführung: Mag. Katharina Oppitz, Dkfm. André Caro) ist eine Tochtergesellschaft der Wissenschaftlichen Verlagsgesellschaft mbH Stuttgart, Birkenwaldstraße 44, D-70191 Stuttgart (Geschäftsführer: Dr. Christian Rotta, Dr. Klaus G. Brauer) 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: b+R satzstudio, graz

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

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber_innen:

Ronald Frühwirth: r.fuehwirth@kocher-bucher.at
Eva Pentz: epentz@gmx.at

Ines Rössl: ines.roessl@univie.ac.at

Brian-Christopher Schmidt: brian.schmidt@univie.ac.at

Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

Rechtskritik bei Marx und Paschukanis

Bericht über die „Marx Frühjahrsschule“ Berlin 2013¹

Philipp Hense

„Ähnlich wie der Reichtum der kapitalistischen Gesellschaft die Form einer ungeheuren Anhäufung von Waren annimmt, stellt sich die ganze Gesellschaft als eine unendliche Kette von Rechtsverhältnissen dar“²

Am Wochenende vom 3. bis 5. Mai fand in Berlin der erste von der *AG Rechtskritik* veranstaltete Kongress statt, der sich dem Werk von Eugen Paschukanis verschrieben hatte. Die *AG Rechtskritik* wurde 2009 gegründet, arbeitet zu marxistischer Staats- und Rechtstheorie und besteht aus Jurist_innen (Studierenden, Promovierenden, Referendar_innen, Rechtsanwält_innen) sowie Vertreter_innen anderer Disziplinen (Geschichte, Politik, Geographie).³ Insgesamt nahmen am Kongress ca 160 Personen teil.⁴ Das Wochenende gliederte sich in einen Einführungsteil, die Workshop-Phase und in zwei abschließende Vortrags- bzw Diskussionsveranstaltungen. Die Workshops wurden gleichermaßen für Fortgeschrittene und Einsteiger_innen konzipiert.

Den Einstieg bereitete Freitagabends ein Vortrag von *Andreas Harms*⁵ mit biografischen Angaben über das Leben Eugen Paschukanis' (1891–1937). Bemerkenswert ist dabei unter anderem, dass der in Russland geborene Paschukanis ab 1910 in München Rechtswissenschaften studierte und wohl auch die damals aktuellen Rechtstheoretiker im deutschen Original rezipierte. In der UdSSR war er unter anderem im Außenministerium und in der Kommunistischen Akademie der Wissenschaften tätig. Im stalinistischen Regime musste er seine früheren Ansichten revidieren und wurde dennoch 1937 ermordet. Die Eckpunkte der Rechtstheorie von Paschukanis sind nach *Harms* und den Workshopergebnissen des Wochenendes die These des Absterbens des Rechts im Nachkapitalismus und die damit verbundene Einteilung des aktuellen Rechts in Recht und

1 Eine Dokumentation der Veranstaltung mit Audiomitschnitten findet sich unter: <http://www.rosalux.de/documentation/48148> (9.5.2013).

2 *Eugen Paschukanis*, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus, Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe, 2003, 84.

3 http://linkesdsgruppe1.minuskel.de/ag_kritische_wissenschaft/kritische_arbeitsgruppen/ag_rechtskritik (9.5.2013). Weitere Mitveranstalter_innen des Kongresses waren der Arbeitskreis kritischer Juristinnen und Juristen an der HU Berlin (AKJ Berlin), die Rosa Luxemburg Stiftung, der Verein Helle Panke und „T.O.P. B3erlin/...ums Ganze!“.

4 Leider war der Frauenanteil am gesamten Wochenende niedrig, was wohl dem zur gleichen Zeit auch in Berlin stattfindenden „Feministischen Juristinnentag“ geschuldet war; <http://www.feministischer-juristinnentag.de/> (9.5.2013).

5 Siehe *Andreas Harms*, Warenform und Rechtsform, Zur Rechtstheorie von Eugen Paschukanis, 2009.

bloße technische Regeln, die auch ohne Kapitalismus bestehen müssten (zB der Fahrplan einer Eisenbahn). Er entwickelt den Kern des Rechts aus der Funktionsweise des Warentausches: Damit die Marktteilnehmenden ihre Bedürfnisse in einer warentauschenden Gesellschaft befriedigen können, müssen sie sich gegenseitig als „freie und gleiche“ Subjekte und damit als Rechtssubjekte anerkennen. Falls eine_r die Rechtssubjektivität anderer nicht anerkennt, sorgt der gerichtliche Prozess für die Wiederherstellung der Gesellschaft von „Freien und Gleichen“. Da im Kapitalismus alle Menschen potenzielle Warenbesitzende sind (unabhängig davon, ob sie tatsächlich Waren jenseits der Ware Arbeitskraft besitzen oder nicht), verwandelt sich der „Mensch als zoologisches Individuum in ein juristisches Subjekt“, das Träger von Rechten und Pflichten ist. Aus diesem grundlegenden Verhältnis leitet Paschukanis die Möglichkeit des „Abfärbens“ der Rechtsform auf andere gesellschaftliche Verhältnisse jenseits des Warentausches (bürgerliche Familie etc) und damit alle anderen Rechtsgebiete ab (zB Strafrecht, aber auch den Staat in seiner Form als „neutraler“ Garant der Stellung aller Marktteilnehmenden als „Freie und Gleiche“).

Im nachfolgenden Vortrag versuchte *Andreas Arndt* zuerst eine Einführung zur Rechtsauffassung von Marx zu geben und skizzierte ihn als ausgebildeten Juristen, der wohl stark von der Rechtsphilosophie Hegels beeinflusst war. Anschließend ging er zu einer sehr zugespitzten Analyse von Paschukanis' Rechtstheorie über und kam zum Schluss, dass dieser einer „gigantischen Fehleinschätzung“ unterlegen wäre, einer Form des „Vulgärmaterialismus“ gehuldigt hätte und daher schlussendlich unter Stalin „seinem eigenen Rechtsnihilismus zum Opfer gefallen“ wäre. Dies einerseits, weil das Absterben des bürgerlichen Rechts zwar denkbar sei, aber nicht ein Absterben der Rechtsform als solche, andererseits, weil sich die Menschen nach Paschukanis einer instrumentellen Vernunft unterwerfen würden und die „Grenzen des Ichs verwischt würden“, sodass Individuum und Klasse verschmelzen werden. Mit Marx' Vision des Vereins freier Menschen hat das nach *Arndt* nichts mehr zu tun.

Nachfolgend fanden die Workshops statt, in denen gemeinsam die Allgemeine Rechtslehre Paschukanis' erarbeitet wurde. In verschiedenen Gruppen wurden dabei je nach Vorkenntnislage nah am Text die zentralen Elemente der Allgemeinen Rechtslehre erarbeitet.

Samstagabends fand in den Räumlichkeiten der Humboldt Universität zu Berlin eine Vortragsveranstaltung mit *Ingo Elbe* und *Heide Gerstenberger* statt. *Ingo Elbe*⁶ ging in seinem Vortrag auf „linke Staatsverständnisse“ ein und schälte drei wesentliche Zugänge heraus. Erstens den „Staat im Kapitalismus“ als sozialdemokratisches Staatsverständnis, zweitens den „Staat der Kapitalist_innen“ als leninistisches Staatsverständnis und drittens Paschukanis' Staatsverständnis als „Staat des Kapitals“. Das sozialdemo-

⁶ Siehe zB *Ingo Elbe*, Warenform, Rechtsform, Staatsform. Paschukanis' Explikation rechts- und staats-theoretischer Gehalte der Marxschen Ökonomiekritik, grundrisse. Zeitschrift für linke Theorie und Debatte, 2004, 44.

kratische Staatsverständnis erklärt nach *Elbe* nicht, wieso der Staat Klassen reproduziert, und fokussiert auf die positiven Staatselemente Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaat. Seine Vertreter sind vor allem Ferdinand Lasalle, Otto Bauer, Hans Kelsen und Karl Renner. Das Staatsverständnis nach Lenin ist ein instrumentelles, indem der Staat von „den Kapitalisten“ gelenkt wird und durch das Gewaltmonopol die Klassengegensätze aufrecht erhalten und stabilisiert werden. Paschukanis' Staatsverständnis wiederum stellt den Staat als eine „neutrale“ Instanz dar, der die Reproduktion der kapitalistischen Produktionsverhältnisse sowie die Warenzirkulation garantiert und damit im Bereich des Marktes alle, auch materiell ungleiche, Staatsbürger_innen als formal „Freie und Gleiche“ adressiert und dadurch ihr Gesamtinteresse in Form von Rechtsstaatlichkeit und Zwangsgewalt der Rechtsdurchsetzung vertritt. Der Staat setzt dabei nicht die partikularen Interessen einer bestimmten Bevölkerungsgruppe durch, was wiederum zur Mystifikation der Staatsneutralität führt.

*Heide Gerstenberger*⁷ kritisierte in ihrem Vortrag Paschukanis' Ideen als auf die europäisch-bürgerlichen Staaten gemünztes Modell, das jedoch in vielen ehemaligen Kolonialstaaten nicht zur Anwendung gebracht werden könne und monierte, dass Paschukanis' Ideen aus einem historischen Blickwinkel betrachtet, falsch seien. So schützen viele Staaten die rechtliche Freiheit und Gleichheit ihrer Bürger_innen gar nicht und erfüllen so einen maßgeblichen Zweck des Staates nicht, weswegen die Theorien Paschukanis' empirisch nicht oder nur in begrenztem Ausmaß haltbar seien.

Zum Abschluss diskutierten am Sonntag unter dem Titel „Kritik der Kritik – Kontroversen um Paschukanis“ *Andreas Fisahn*, *Ozren Pupovac* und *Simon Birnbaum* darüber, wie Paschukanis' Ideen angepasst, verworfen oder weiterentwickelt werden könnten und gaben so den Kongressteilnehmer_innen einige Fragen mit auf ihren Weg nach Hause. Gerade durch die kontroverse Herangehensweise an Paschukanis' Werk schaffte es der Kongress, marxistische Rechtszugänge aus der theoretischen Versenkung zu holen und eine kritische Paschukanis-Lektüre schmackhaft zu machen.

DI (FH) Philipp Hense studiert Rechtswissenschaften in Graz und ist Redaktionsmitglied des *juridikum*;
philipp.hense@edu.uni-graz.at

7 Siehe *Heide Gerstenberger*, *Die subjektlose Gewalt, Theorie der Entstehung bürgerlicher Staatsgewalt*, 2006.

In der Justiz ein Außenseiter geblieben

Gerd Giesen

Rezension zu *Irmtrud Wojak: Fritz Bauer 1903–1968. Eine Biographie*. Broschierte Sonderausgabe, München (Verlag C. H. Beck), 2011, 638 S.¹

LG Frankfurt/Main, 4 Ks 2/63 – Wer sich mit dem Wirken Fritz Bauers auseinandersetzt, stößt unweigerlich auf dieses nüchterne Aktenzeichen, hinter dem sich in der Entscheidungssammlung des hessischen Gerichtes jene „Strafsache gegen Mulka und andere“ verbirgt, die als erste von drei Frankfurter Auschwitz-Prozessen in die Justizgeschichte der Bonner Republik eingegangen ist. Vom späten Dezember 1963 bis zur Urteilsverkündung im August 1965 fanden sich in der Großstadt am Ufer des Mains zweiundzwanzig Männer auf den Anklagebänken wieder, die als Angehörige von SS und Lager-Gestapo am millionenfachen Mord im KZ Auschwitz-Birkenau beteiligt waren. Es war Fritz Bauer, hessischer Generalstaatsanwalt, der durch jahrelange akribische Arbeit den Prozess gegen alle zeitgenössischen Widerstände in Gesellschaft und Justiz ermöglicht hatte. Wie kein anderer ist sein Name heute mit der Aufarbeitung des NS-Terrors vor bundesdeutschen Gerichten verbunden. Umso verwunderlicher ist es freilich, dass nach seinem Ableben vier Jahrzehnte vergehen mussten, in denen keine Darstellung seiner Lebensgeschichte im Buchhandel erhältlich war. Diesem Missstand hat die Historikerin *Irmtrud Wojak* mit ihrer Fritz Bauer-Biographie nunmehr abgeholfen. Dabei widmet *Wojak* die ersten sieben der insgesamt sechzehn Kapitel dem Zeitraum von der frühesten Kindheit Bauers bis zum Ende seines skandinavischen Exils. Am 16. Juli 1903 in Stuttgart in eine säkularisierte jüdische Kaufmannsfamilie hineingeboren, wird Bauer in Jugendjahren durch die Erfahrung mit dem verbreiteten Antisemitismus der Gesellschaft des Hohenzollernstaates geprägt. Nach dem Abitur führt ihn ein juristisches Studium mit anschließender wirtschaftsrechtlicher Promotion nach Heidelberg, München und Tübingen und bereits im Jahre 1930 – Bauer ist gerade einmal siebenundzwanzig Jahre alt – tritt er am Amtsgericht Stuttgart als landesweit jüngster Richter in die Justiz ein. Seine politische Sozialisation fällt in die Frühphase der Weimarer Republik, die – wie der Kapp-Putsch und die Ermordung Walther Rathenaus allzu evident zeigten – der steten Bedrohung von rechter Seite ausgesetzt war. Mit dem Impe-

1 Hierbei handelt es sich um die Druckfassung der von der Verfasserin am Fritz Bauer Institut in Frankfurt a. M. angefertigten Habilitationsschrift. Das Werk wird als Band 23 der Schriftenreihe des Instituts geführt und ist erstmals 2009 im genannten Verlag in gebundener Form erschienen.

tus, sich für die Republik und ihre weitere Transformation in einen vom obrigkeitstaatlichen Erbe der Kaiserzeit befreiten Rechtsstaat einsetzen zu wollen, findet er zur Sozialdemokratie und wird zu einem Sozialisten mit humanistischer und radikaldemokratischer Gesinnung. Fasziniert vom Radbruchschen Berufsethos eines „Juristen aus Freiheitssinn“ gehört er zu den Protagonisten des *Republikanischen Richterbundes*², der sich als progressive Alternative zur konservativ und anti-demokratisch ausgerichteten Standesvereinigung des *Deutschen Richterbundes* verstand.

Scheint für den jungen Richter zunächst eine glänzende Karriere vorgezeichnet zu sein, ändert sich mit Beginn der NS-Diktatur Ende Januar 1933 alles. Als Jude und Linker gerät er ins Visier der Gestapo, wird monatelang im KZ misshandelt und aus dem Staatsdienst entlassen. Um dem Zugriff der Nazis zu entgehen, emigriert Bauer 1936 zunächst nach Dänemark, nach dessen Okkupation durch die Wehrmacht schließlich 1943 ins unbesetzte Schweden, wo er verschiedene Funktionen in der Exilorganisation der SPD übernimmt und mit anderen antifaschistischen Emigrant_innen, so auch Willy Brandt, die Politzeitschrift *Sozialistische Tribüne* herausgibt. Besonders aufschlussreich gerät hier *Wojaks* profunde Darstellung der politischen Spannungen zwischen sozialdemokratischen und kommunistischen Exilant_innen (S 155 ff). Bauer, dem an einer breiten Zusammenarbeit unter den NS-Gegner_innen gelegen ist, stößt mit seiner Haltung in den eigenen Reihen oftmals auf Unverständnis.

Noch im Exil publiziert Bauer eine Schrift, in der er die strafrechtlichen Optionen einer Anklage der NS-Funktionseliten aufzeigt.³ Um seine Vorstellungen realisieren zu können, remigriert er vier Jahre nach Kriegsende in die Bundesrepublik. Er wird Landgerichtsdirektor in Braunschweig, ein Jahr darauf dortiger Generalstaatsanwalt und wechselt schließlich 1956 nach Hessen.

In den Kapiteln acht bis sechzehn setzt *Wojak* sich weniger chronologisch, als vielmehr themen- und ereignisbezogen mit Bauers herausragenden Leistungen in diesen zentralen Jahren ab 1949 auseinander. Ausführlich analysiert sie seinen Verdienst um den bekannten „Remer-Prozess“ (S 265 ff), in dem die rechtliche Legitimität des Attentats vom 20. Juli 1944 und damit des Widerstands gegen das NS-Regime erstmals gerichtlich festgestellt wurde. Seine Rolle beim Zustandekommen des Jerusalemer Prozesses gegen Adolf Eichmann, den erst Bauer ermöglichte, indem er dem israelischen Geheimdienst die Information über das argentinische Versteck des flüchtigen NS-Verbrechers geben konnte, thematisiert sie ebenso gründlich (S 284 ff) wie den Auschwitzprozess (S 317 ff) und sein vergebliches Bemühen, die Verantwortlichen der „Euthanasie“-Verbrechen vor Gericht zu stellen (S 363 ff). Vor allem aber gelingt es der Autorin, die leidenschaftliche Motivation Bauers für seine Sache lebendig werden zu lassen. Auch

2 Aufschlussreich zu dessen Wirken *Kempner*, Der Republikanische Richterbund – Eine Kampforganisation für die Weimarer Republik, RuP 1967, 129 ff.

3 *Bauer*, Die Kriegsverbrecher vor Gericht (1945).

wenn Bauer sich nie Illusionen über die begrenzten Möglichkeiten des Strafrechts im Angesicht des millionenfachen Unrechts hingab, so sah er sich doch in der moralischen Pflicht, durch die postume Wiederherstellung des Rechts das Andenken der Opfer der NS-Diktatur zu wahren und ihr Schicksal unwiderruflich im öffentlichen Bewusstsein zu verankern. Nicht zuletzt zeichnet *Wojak* auch ein Bild seines ganz persönlichen Leidenswegs. Als Rückkehrer aus dem politischen Exil sieht sich Bauer im restaurativ-reaktionären gesellschaftlichen Klima der Adenauer-Ära mit Ablehnung konfrontiert. Sein juristisches Engagement verschärft dies noch und macht ihn zur Zielscheibe zahlloser Diffamierungsversuche und Morddrohungen. Da von einer konsequenten Entnazifizierung der Justiz nie die Rede sein konnte, fanden sich zahlreiche Jurist_innen, die aus Überzeugung oder Opportunismus dem NS-Staat willfährig gedient hatten, nach Kriegsende unbehelligt in den bundesdeutschen Staatsanwaltschaften, Gerichtssenaten und Justizministerien wieder. Für nicht wenige blieb er ein Feindbild. Wie verlassen sich Bauer in der Justiz angesichts seines eigenen Lebensweges vorkam, belegt sein sarkastischer Ausspruch: „Sobald ich mein Dienstzimmer verlasse, betrete ich feindliches Ausland“.

Der Mitbegründer der *Kritischen Justiz* und der *Humanistischen Union* stirbt am 1. Juli 1968 im Alter von nur vierundsechzig Jahren unter nie gänzlich aufgeklärten Umständen in seiner Frankfurter Wohnung. *Irmtrud Wojak* hat einem im besten Sinne unbequemen Juristen mit diesem ansprechenden, detailgetreuen und dabei angenehm kurzweilig zu lesendem Werk eine längst überfällige Würdigung zuteilwerden lassen.

Gerd Giesen ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Abteilung Sozialrecht der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; gerd.giesen@jura.uni-freiburg.de

Diversity – Menschen mit Behinderungen in Rechtsberufen

Bericht über eine Enquete an der Universität Wien am 3. Mai 2013

Oliver Scheiber

Justitia, die mit verbundenen Augen Recht spricht, um ohne Ansehen der Person urteilen zu können, ist die Symbolfigur der unabhängigen Rechtsprechung. Nicht nur deshalb mutet es paradox an, dass blinden Menschen in Österreich bislang der Zugang zum Amt der RichterIn oder des Richters verwehrt ist. In den letzten zehn Jahren wandten sich gleich mehrere junge Juristinnen, deren Berufswunsch RichterIn sich nicht erfüllte, an die Medien und sensibilisierten auf diese Weise die Öffentlichkeit für das Thema. Betroffen sind freilich nicht nur blinde und sehbehinderte Menschen; ganz allgemein sind Menschen mit besonderen Bedürfnissen im Personalstand der Justiz und im Amt der RichterIn/des Richters und der StaatsanwältIn/des Staatsanwaltes unterrepräsentiert. Diese mangelnde Vielfalt im Personal ist nicht nur aus Sicht des Antidiskriminierungsrechts, sondern auch im Hinblick auf das daraus resultierende Defizit an Erfahrungen und Wissen innerhalb der Justiz bedauerlich.

Die Gründe dafür, dass es Menschen mit besonderen Bedürfnissen in Österreich so schwer haben, einen Rechtsberuf zu ergreifen, sind vielfältig. Sie liegen zu einem guten Teil im Bildungssystem. Lange Zeit hat man Menschen mit besonderen Bedürfnissen im Schulsystem abgesondert unterrichtet. Das Prinzip der Inklusion hat sich nur langsam durchgesetzt. Auch das Studienrecht wurde erst spät angemessen ausgestaltet. Nunmehr haben Studierende jedoch einen Rechtsanspruch darauf, dass Prüfungsmodalitäten angepasst werden, wenn das im Hinblick auf eine körperliche Einschränkung notwendig ist. Im Richterdienstgesetz (vormals RDG, nunmehr RStDG) war lange die Diskriminierung behinderter Menschen festgeschrieben. Unter den Voraussetzungen für die Ergreifung des RichterInnenamts nannte das Gesetz „die uneingeschränkte persönliche, geistige und fachliche Eignung sowie die körperliche Eignung“, woraus allgemein der Ausschluss von Menschen mit besonderen Bedürfnissen abgeleitet wurde. Erst 2006 wurde durch das Bundes-Behindertengleichstellungs-Begleitgesetz¹ diese diskriminierende Norm beseitigt und fortan nur mehr auf die „uneingeschränkte persönliche und fachli-

1 BGBl I 82/2005, http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2005_I_82/BGBLA_2005_I_82.pdf (Stand 10.5.2013).

che Eignung“ abgestellt. Bereits 1996 war der Gleichheitssatz der Bundesverfassung (Artikel 7) um folgenden Satz ergänzt worden: „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Die Republik (Bund, Länder, Gemeinden) bekennt sich dazu, die Gleichbehandlung von behinderten und nicht behinderten Menschen in allen Bereichen des täglichen Lebens zu gewährleisten“. Die Gesetzesmaterialien zeigen, dass man damals ein verfassungsgesetzlich gewährleistetetes Recht schaffen wollte, das vor dem VfGH durchsetzbar ist. Im Sinne dieser Verfassungsbestimmung sieht das Behindertengleichstellungsgesetz die positive Diskriminierung behinderter Menschen vor. Antidiskriminierungsrichtlinien der EU, die EU-Grundrechte-Charta und die UN-Behindertenkonvention, all diese hochrangigen Regelwerke sichern die rechtliche Stellung von Menschen mit besonderen Bedürfnissen ab. Der Weg für den einzelnen jungen Menschen, der in Österreich einen Rechtsberuf ergreifen will, ist aber steinig geblieben.² Als Hindernisse für den Berufszugang von Behinderten werden von offizieller Seite die Unmittelbarkeit des Verfahrens, im Besonderen Lokalausweise, und die viele Stationen umfassende Ausbildung genannt. Bei näherer Betrachtung wird rasch klar, dass es vor allem am Willen fehlt: so sind etwa das Arbeits- und Sozialgericht Wien sowie das Bezirksgericht Josefstadt nicht barrierefrei und damit für Rollstuhlbenutzer – Parteien wie JuristInnen – nicht oder sehr schwer zugänglich. Was den Bereich der Justiz betrifft, so trat neben die ablehnende Haltung der Ministerialbürokratie bislang bedauerlicherweise auch die Ablehnung der Berufsvertretung der Richterinnen und der Richter und der zuständigen Gewerkschaftssektion. In anderen europäischen Ländern hat sich schon lange eine zeitgemäße Haltung durchgesetzt: in Deutschland sind rund 70 blinde Menschen als Richterinnen und Richter tätig.

Angesichts dieser Ausgangsposition war es bereits ein starkes Signal, dass sich die Vereinigungen aller Rechtsberufe mit der Universität Wien zusammenfanden, um anlässlich des 5. Jahrestages des Inkrafttretens der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen gemeinsam eine Enquete in der Aula am Campus der Universität Wien zu veranstalten. Die rund zweistündige Tagung „Diversity – Menschen mit Behinderungen in Rechtsberufen“ am 3. Mai 2013 lieferte eine Reihe starker Inputs. Am Beginn der Veranstaltung stand die Einspielung eines Kurzportraits des Generalstaatsanwalts von Paris, *Francois Falletti*, der, zu 100 % sehbehindert, ein Team von 360 Staatsanwältinnen und Staatsanwälten im Großraum Paris dirigiert und neben seiner Leitungsfunktion nach wie vor selbst im Gerichtssaal auftritt.

Petra Bungart ist Richterin am Amtsgericht Duisburg. Sie referierte über ihre Arbeitssituation. Durch die heute zur Verfügung stehenden technischen Hilfsmittel ist das Lesen und das Bearbeiten der Akten unkompliziert. Bungart führt aber auch überdurchschnittliche viele Lokalausweise durch. Was andere sehen, ertastet sie mit dem Blin-

2 Scheiber, Wer ist hier blind? Falter 21/2007.

denstock, häufig lässt sie sich Sachverhaltsmerkmale von ihrem Assistenten oder von den Parteien selbst beschreiben.

Alexander Niederwimmer, Polizeijurist in Oberösterreich, ist ebenfalls blind. Er leitet häufig Tatortkommissionen und berichtete, ähnlich wie Bungart, dass seine Sachverhaltsaufnahmen in der Regel mehr Zeit beanspruchen als bei Menschen ohne Sehbehinderungen, dass sie aber wesentlich präziser und detailgetreuer ausfallen.

Eine zweite Diskussionsrunde beschäftigte sich schwerpunktmäßig mit dem Entschließungsantrag des Nationalrats vom Jänner 2013, mit dem ein Pilotprojekt für blinde Richter angeregt wurde.³ Das Parlament fordert einen Pilotversuch für blinde Richterinnen und Richter am Bundesverwaltungsgericht, das im Jänner 2014 seinen Betrieb aufnehmen und ab dann das größte österreichische Gericht sein wird. Sektionschef *Gerhard Hesse* vom Verfassungsdienst des Bundeskanzleramts zeigte sich für einen solchen Pilotversuch aufgeschlossen; er sieht einen Rechtsanspruch für behinderte Menschen auf Zugang zu den Rechtsberufen. Die Statements der weiteren hochrangigen Vertreter aus Verwaltung, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Gesundheits-, Justizministerium und Wissenschaft machten Hoffnung, dass die Tore der Rechtsberufe für Menschen mit besonderen Bedürfnissen tatsächlich bald aufgehen könnten. Beispielhaft ein Zwischenruf von *Univ. Prof. Rechberger*, der auf das Argument, Österreich habe eben keine Kultur der Integration behinderter Menschen in die Rechtsberufe, aus dem Publikum meinte: dann müsse man diese Kultur eben schnell ändern. Mit ähnlichem Nachdruck forderte der Präsident des österreichischen Rechtsanwaltskammertags, *Rupert Wolff*, die Rechte von Menschen mit besonderen Bedürfnissen ein. Die Justizsprecher von ÖVP und Grünen, *Franz-Joseph Huainigg* und *Helene Jarmer*, kämpfen seit Jahren leidenschaftlich für die Öffnung der Rechtsberufe und legten bei der Enquete ihre Position dar. Nicht zuletzt trug die scharfsinnige Moderation von *Peter Resetarits* zum Gelingen der Veranstaltung und zum breiten Medienecho bei.

Soweit überschaubar, war es das erste Mal, dass die Berufsvereinigungen der RichterInnen, StaatsanwältInnen, RechtsanwältInnen und NotarInnen gemeinsam mit der Universität Wien zu einer Fachveranstaltung eingeladen hatten. Dass sie als Thema dafür die Öffnung des Berufszugangs für Menschen mit besonderen Bedürfnissen ausgewählt hatten und dass diese Tagung als erste juristische Fachveranstaltung dieser Art zur Gänze in die Gebärdensprache gedolmetscht wurde, lässt hoffen, dass Menschen mit besonderen Bedürfnissen künftig auf eine aufgeschlossene Haltung der Rechtsberufe treffen werden. Universität Wien und die Vereinigungen aller Rechtsberufe fassten in der Enquete gemeinsame Schlussfolgerungen,⁴ in denen sie unter anderem fordern, dass junge Menschen mit Behinderungen ab sofort ermuntert werden sollen, die rechtswissen-

3 http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/UEA/UEA_00968/fname_286530.pdf (Stand 10.5.2013).

4 http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20130503_OTS0129/enquete-menschen-mit-behinderungen-in-rechtsberufen-konkrete-schlussfolgerungen-als-ergebnis (Stand: 10. 5.2013).

schaftlichen Studien zu inskribieren und die Ausbildung zu einem Rechtsberuf anzustreben.

Ermutigend ist jedenfalls die Meldung, die bei Redaktionsschluss am 31.7.2013 einlangt: Alexander Niederwimmer und Gerhard Höllerer werden ab 1.1.2014 die ersten blinden Personen in Österreich sein, die das Richteramt ausüben – am neuen Bundesverwaltungsgericht.

Dr. Oliver Scheiber ist Richter in Wien und Lehrbeauftragter an der Universität Wien. Er hat an der Organisation der Enquete mitgewirkt; oliver.scheiber@justiz.gv.at

Die Crux an der Vereinheitlichung der österreichischen Landes-Jugendschutzgesetze: Ein kritischer Blick auf die gescheiterten Reformversuche im Jugendschutzrecht

Florian Dunkel

1. Einleitung

Das Jugendschutzrecht soll Kinder und Jugendliche vor bestimmten Gefährdungspotenzialen, wie Alkohol und Tabak, gewissen Medien, sowie Aufenthalt an bestimmten Orten schützen (Kinder und Jugendschutzrecht im engeren Sinn). Abgesehen davon wird das Ziel des Schutzes von Kindern und Jugendlichen vor Gefahren, die sich aufgrund ihrer geringeren Lebenserfahrung bzw ihrer physischen Schwäche und Schutzbedürftigkeit ergeben können, in einer Reihe von anderen Rechtsbereichen verwirklicht (wie etwa im allgemeinen Zivilrecht, Strafrecht, Arbeitsrecht, etc; Kinder- und Jugendschutzrecht im weiteren Sinn).

In Österreich fällt die Gesetzgebung für den Bereich des Jugendschutzes im engeren Sinn nach Art 15 Abs 1 B-VG in die Kompetenz der Länder und wird daher von neun verschiedenen Landes-Jugendschutzgesetzen geregelt.¹ Der Umstand, dass die Gesetzeslage von Bundesland zu Bundesland verschieden ist, wird seit Jahrzehnten kritisiert und hat zuletzt zu einem (mittlerweile als gescheitert erachteten) Reformversuch größeren Ausmaßes geführt, der eine weitgehende Vereinheitlichung der Regelungen mit sich bringen hätte sollen. Der vorliegende Beitrag wirft einen kritischen Blick auf die rechtliche Ausgestaltung des Jugendschutzes in Österreich und die Versuche und Vorschläge, diesen zu reformieren. Als Einstieg in die Materie erfolgen dafür zunächst grundsätzliche Erwägungen zum Konzept des Jugendschutzes und zu seinem historisch gesehen vordergründig repressiven Ansatz. Im Anschluss wird das vorherrschen-

1 Anders als beispielsweise in Deutschland, wo der Jugendschutz auf Bundesebene geregelt ist, vgl deutsches Jugendschutzgesetz 2002 (JuSchG), dBGBl I 2002/2730 idFd BGBl I 2008/2149; der vorliegende Beitrag bezieht sich auf folgende Gesetze: Burgenländisches Jugendschutzgesetz 2002, LGBl 2002/54 idF LGBl 2012/3; Kärntner Jugendschutzgesetz 1997, LGBl 1998/5 idF 2013/12; Niederösterreichisches Jugendgesetz 1983, LGBl 1983/2 idF 2012/58; Oberösterreichisches Jugendschutzgesetz 2001, LGBl 2001/93 idF 2011/67; Salzburger Jugendgesetz 1998, LGBl 1999/24 idF 2009/42; Steiermärkisches Jugendschutzgesetz 1998, LGBl 1998/80 idF 2005/76; Tiroler Jugendschutzgesetz 1994, LGBl 1994/4 idF 2002/150; Vorarlberger Jugendgesetz 1999, LGBl 1999/16 idF 2008/3; Wiener Jugendschutzgesetz 2002, LGBl 2002/17 idF LGBl 2013/10.

de öffentliche Bild jugendlichen Alkoholkonsums in Österreich kritisch hinterfragt. Im nächsten Schritt wird das aktuelle Jugendschutzrecht mit Hauptaugenmerk auf die Regelungsbereiche „Alkohol- und Tabakkonsum“ sowie „Ausgehzeiten“, die in der öffentlichen Diskussion im Vordergrund stehen und auch den Schwerpunkt des jüngsten Reformversuches darstellen, in einer knappen Zusammenfassung dargestellt. In der Folge wird auf die Kritikpunkte am aktuellen Jugendschutzrecht sowie auf die Reformbestrebungen der letzten Jahre eingegangen, die ihren Höhepunkt in einem als „historische Einigung“ gefeierten Memorandum of Understanding im November 2012 ihren Höhepunkt gefunden haben. Auch die Position der Kinder- und Jugendanwaltschaften (KIJAs) soll eine Betrachtung finden. In einem abschließenden Ausblick werden zusammenfassend Möglichkeiten für zukünftige Reformen angedacht.

2. Grundsätzliche Erwägungen zum Jugendschutz

In unterschiedlichen Staaten bestehen sehr divergierende Vorstellungen darüber, vor welchen Gefährdungen Kinder und Jugendliche grundsätzlich geschützt werden sollen. Ebenso variieren die Altersgrenzen für die verschiedenen Schutzbereiche, die klassischerweise als für Heranwachsende kritisch gesehen werden, zum Teil beträchtlich. In der konkreten Ausgestaltung jugendschutzrechtlicher Bestimmungen äußert sich dabei auch ein unterschiedliches Grundverständnis über das Verhältnis zwischen Staat und Individuum.

Es stellt sich insofern insbesondere die Frage, inwieweit Jugendschutz durch gesetzliche Regelungen einerseits vorgeschrieben werden soll und welcher Grad an Verantwortung in dieser Hinsicht andererseits Erwachsenen bzw. Erziehungsberechtigten überlassen bleiben soll. In diesem Zusammenhang ist das grundsätzliche Erziehungsprimat der Eltern zu erwähnen: Nach Art 2 1. ZPMRK „hat [der Staat] bei Ausübung der von ihm auf dem Gebiete der Erziehung [...] übernommenen Aufgaben das Recht der Eltern zu achten, die Erziehung und den Unterricht entsprechend ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen.“ Für Sachverhalte, für die der Staat durch das Jugendschutzrecht keine Regeln bereithält, entscheiden Eltern bzw. Erziehungsberechtigte im Rahmen ihres Obsorgerechtes nach ihren eigenen Vorstellungen. Die gesetzlichen Vorgaben sind daher als Richtwerte zu sehen, die von Jugendlichen jedenfalls einzuhalten sind. Innerhalb dieser Richtwerte bleibt es jedoch den Eltern bzw. Erziehungsberechtigten selbst überlassen, strengere Regeln aufzustellen. Die Ausgestaltung des Jugendschutzes kann daher so gesehen werden, dass die Gesetzgebung durch flankierende Normen gewisse Voraussetzungen schafft, die für die Erziehung notwendig sind. Andererseits müssen diese gesetzlichen Bemühungen des Jugendschutzes mit erzieherischen Maßnahmen einhergehen, um Wirksamkeit entfalten zu können.

Als weiterer Gegenpol zur Erreichung der Ziele des Jugendschutzes durch staatlich verordnete Verbote ist das Prinzip der Berücksichtigung des Kindeswillens nach der für Österreich mit 5. September 1992 in Kraft getretenen Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen (UNKRK)² zu sehen. Nach Art 12 UNKRK ist die Meinung des Kindes in Angelegenheiten, die das Kind berühren, angemessen und seinem Alter und seiner Reife entsprechend zu berücksichtigen.

Die rechtliche Ausgestaltung des Jugendschutzes ist daher immer im Spannungsfeld zwischen staatlichen Eingriffen (vgl dazu ausführlicher im nachfolgenden Abschnitt), erzieherischem Ermessensspielraum der Eltern bzw Erziehungsberechtigten und Eigenverantwortung von Kindern und Jugendlichen zu sehen.

2.1. Die Tradition eines repressiven Ansatzes im österreichischen Jugendschutz

Historisch war Jugendschutz ursprünglich als reine Gefahrenabwehr (Eingriffsverwaltung) konzipiert, welche die Jugend durch polizei- und ordnungsrechtliche Normen und Verbote, also repressive Maßnahmen, vor für sie als schädlich erachteten Einflüssen schützen sollte („negativer“ Jugendschutz).³

Die Tradition eines Jugendschutzverständnisses als rein repressive Einflussnahme reicht bis in die Zeit des Nationalsozialismus zurück. Die aufgrund „der durch den Krieg bedingten veränderten Lebensverhältnisse“ erlassene Polizeiverordnung zum Schutze der Jugend vom 10. Juni 1943⁴ enthielt zum ersten Mal umfassende Regelungen zum Schutz von Jugendlichen in der Öffentlichkeit. Durch diese wurde es Jugendlichen unter 18 Jahren verboten, sich auf öffentlichen Plätzen „herumzutreiben“ (§ 1), Branntwein in Gaststätten zu konsumieren (§ 7) und in der Öffentlichkeit zu rauchen (§ 8). Die pönale Ausgestaltung dieser Jugendschutznormen manifestierte sich in Geldstrafen für Jugendliche, sowie in Jugendarresten (§ 12).⁵

Der restriktive Jugendschutzbegriff im Sinne einer reinen Gefahrenabwehr durch staatliche Eingriffe wurde auch durch den VfGH weitergeprägt, der den Jugendschutz im engeren Sinn in seinem Erkenntnis von 1955 als polizeilich repressive Maßnahmen wertete.⁶

2 Übereinkommen über die Rechte des Kindes, BGBl 1993/7; siehe nun auch Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, BGBl I 2011/4.

3 Vgl *Gernert*, Begründung des Jugendschutzes aus sozialwissenschaftlicher Sicht, in *Tillmann/Gernert* (Hrsg), Jugendschutz in der Jugendhilfe. Eine Arbeits- und Planungshilfe für die örtliche Praxis (1981) 25 (26).

4 RGBl I 1943/349; vgl dazu *Buddrus*, Totale Erziehung für den totalen Krieg. Hitlerjugend und nationalsozialistische Jugendpolitik (2003) 399 ff.

5 Die Polizeiverordnung behielt aufgrund des Rechtsüberleitungsgesetzes vom 1. Mai 1945 (R-ÜG), StGBI 1945/6, in der Zweiten Republik weiterhin Geltung, lediglich eine Bestimmung über NSDAP-Veranstaltungen wurde durch die 4. Kundmachung über die Aufhebung von Rechtsvorschriften des Deutschen Reiches aufgehoben (StGBI 1945/20); erst durch die Erlassung der Landes-Jugendschutzgesetze wurden auch die übrigen Bestimmungen der Polizeiverordnung außer Kraft gesetzt, vgl zB § 18 Wiener Jugendschutzgesetz 1963, LGBl 1963/23.

6 VfSlg 2873/1955.

Auf dieses restriktive Verständnis des VfGH wurde in der Folge auch im Schrifttum der BRD Bezug genommen.⁷

Heute ist weitgehend anerkannt, dass effektiver Jugendschutz neben repressiven Maßnahmen, wie den ordnungsrechtlichen Normen und Verboten der Landes-Jugendschutzgesetze („gesetzlicher“ Jugendschutz) auch präventiv-pädagogische Instrumente, wie fördernde und erzieherische Maßnahmen, umfassen muss („erzieherischer“ Jugendschutz), weswegen bei der gesetzlichen Ausgestaltung von einem ausschließlich polizei- und ordnungsrechtlichen Ansatz abgegangen wurde. Neben die Verbotsnormen sind daher Rechtsvorschriften getreten, welche die Förderung der Jugend durch Einrichtung von Jugendberatungsstellen, Jugendzentren, sowie durch außerschulische Jugendarbeit und dergleichen bezwecken (Jugendförderungsmaßnahmen).⁸

Durch die unterschiedlichen Altersgrenzen und Verbote, die in den Bundesländern gelten, zeigt sich gleichzeitig sehr deutlich das Ausmaß, in dem die Tradition eines repressiven Ansatzes fortgeführt wird.

In Bezug auf Reformbemühungen im Jugendschutz muss wohl davon ausgegangen werden, dass für politische Entscheidungsträger Veränderungen auf der ordnungspolitischen Ebene attraktiver sind, da sie für die Öffentlichkeit fassbarer und greifbarer sind als Maßnahmen des erzieherischen bzw fördernden Jugendschutzes.

2.2. Der Alkoholkonsum österreichischer Jugendlicher in öffentlicher Diskussion und Realität

Die Problematik des steigenden Alkoholkonsums von Kindern und Jugendlichen wurde in den letzten Jahren im öffentlichen Diskurs fest verankert. Nicht nur die Unterhaltungsmedien haben die Zahlen von immer jüngeren Jugendlichen, die immer mehr Alkohol konsumieren, dankbar aufgegriffen und breit getreten. Teilweise haben sich dadurch recht vereinfachte und gleichzeitig überzeichnete Bilder von jugendlichen Lebenswelten im öffentlichen Bewusstsein verfestigt. Ein kritischer Blick auf diesen Diskurs, der möglicherweise auch für die jüngeren Bestrebungen bezüglich Vereinheitlichung und stärkerer Kontrollen bzw Verschärfungen maßgeblich war,⁹ scheint daher angebracht. Auch wenn hier nicht die besonderen Gefahren (exzessiven) Alkoholkonsums im Kinder- und Jugendalter für die physische und psychische Gesund-

7 Vgl *Taubert*, Bundeskompetenz für Jugendschutz? Verfassungsrechtliche Rechtfertigung und rechtspolitischer Sinn der Zuordnung (2003) 36.

8 Die Jugendförderungsbestimmungen sind teilweise zusammen mit den Jugendschutzbestimmungen in gemeinsamen Gesetzen geregelt (wie etwa in den Jugendgesetzen der Bundesländer Niederösterreich, Salzburg und Vorarlberg, sowie im Jugendschutzgesetz von Tirol), in den übrigen Bundesländern jedoch in gesonderten Gesetzen.

9 Zur Reaktion auf die mediale Diskussion über Alkopops von gesetzgeberischer Seite, vgl *Uhl/Bachmayer/Kobrna/Puhm/Springer/Kopf/Beiglböck/Eisenbach-Stangl/Preinsberger/Musalek*, Handbuch Alkohol – Österreich: Zahlen, Daten, Fakten, Trends³ (2009) 308.

heit¹⁰ heruntergespielt werden sollen, lässt sich vielleicht doch das Bild von verantwortungslosen Jugendlichen, die ständige auf einen Rausch aus sind, relativieren bzw etwas zurechtrücken.

Es wurde so zwar festgestellt, dass der regelmäßige Alkoholkonsum bei Jugendlichen in den letzten vierzig Jahren kontinuierlich zugenommen hat.¹¹ Gleichzeitig lässt sich jedoch dafür in den letzten dreißig Jahren ein sehr deutlicher Konsumrückgang in der Gesamtbevölkerung feststellen.¹² Außerdem ist zu beachten, dass das immer jüngere Einstiegsalter für Alkoholkonsum als Ergebnis einer allgemeinen (biologischen und sozialen) Vorverlagerung des Übertritts in die Adoleszenzphase erklärt werden kann.¹³ Weiters lässt sich auch bei der Alkoholkonsumkultur eine „Globalisierung“ feststellen: Die Trinkgewohnheiten in Europa weisen eine sich gegenseitig anpassende Tendenz hin zu einem europäischem Durchschnitt auf. Zudem gleichen sich die Konsumgewohnheiten von weiblichen und männlichen Jugendlichen zunehmend an, was als weiterer Grund für den Zuwachs in den Statistiken zu sehen ist.¹⁴ Was den internationalen Vergleich betrifft, werden die Zahlen zum Trinkverhalten österreichischer Kinder und Jugendlicher unterschiedlich bewertet. Bisweilen wird der Alkoholkonsum der Altersgruppe gegenüber jenem in anderen Ländern als überdurchschnittlich angesehen.¹⁵ Die Ergebnisse der regelmäßig von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) in Auftrag gegebenen Studie „Health Behaviour of School-Aged Children“ (HBSC), in welcher Gesundheitszustand und Gesundheitsverhalten von 11-, 13- und 15-jährigen Schüler_innen in insgesamt 37 Ländern untersucht werden, lassen jedoch eine derartige Feststellung nur eingeschränkt zu. Aus dem letzten Bericht von 2009/2010 ergibt sich, dass Österreich zwar hinsichtlich der Anzahl von Kindern und Jugendlichen mit regelmäßigem (dh zumindest wöchentlichem) Alkoholkonsum bei den 15-Jährigen zwar vergleichsweise weit vorne (Platz 5 bei weiblichen und Platz 6 bei männlichen Jugendlichen), hingegen bei den 11–13-Jährigen relativ weit hinten liegt (Platz 24 bis Platz 26 von insgesamt 37, abhängig von Geschlecht und Altersgruppe).¹⁶

Insgesamt kann also wohl festgehalten werden, dass die Problematisierung des steigenden Alkoholmissbrauchs durch Kinder und Jugendliche in Österreich zwar durchaus in realen Begebenheiten beruht, dass sich die Problematik aber um einiges vielschichtiger zeigt, als bisweilen in den Medien dargestellt.

10 Vgl dazu zB *Dür/Griebler*, Gesundheit der österreichischen SchülerInnen im Lebenszusammenhang. Ergebnisse des WHO-HBSC-Survey 2006, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Gesundheit, Familie und Jugend (2007) 43.

11 Für die Zahlen zum Trinkverhalten österreichischer Jugendlicher, vgl ausführlich *Dür/Griebler*, Gesundheit, 43ff.

12 *Uhl et al*, Handbuch, 166.

13 *Uhl et al*, Handbuch, 165.

14 *Uhl et al*, Handbuch, 168.

15 So etwa *Sting*, Sucht, in *Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend* (Hrsg), Sechster Bericht zur Lage der Jugend (2011) 309 (311).

16 *Currie/Zanotti/Morgan/Currie/de Looze/Roberts/Samdal/Smith/Barnekow* (Hrsg), Social determinants of health and well-being among young people. Health Behaviour in School-aged Children (HBSC) study: international report from the 2009/2010 survey (2012) 151ff; zu einer ähnlichen Einschätzung gelangen auch *Uhl et al*, Handbuch, 170.

3. Der Status Quo – Die Gesetzeslage nach den geltenden neun Landes-Jugendschutzgesetzen

Im Folgenden werden die zum Teil komplizierten Regelungen der Landes-Jugendschutzgesetze mit Schwerpunkt auf die alkohol- und nikotinspezifischen Jugendschutzbestimmungen sowie die generellen Ausgehzeiten knapp zusammenfassend dargestellt.¹⁷

Normadressanten der Jugendschutzgesetze sind einerseits unter unterschiedlichen Bezeichnungen in sämtlichen Bundesländern Personen bis zum vollendeten 18. Lebensjahr (geschützter Personenkreis).¹⁸ Mit Ausnahme der Bundesländer Salzburg und Tirol gelten Verheiratete, sowie Zivil- und Wehrdiener als Erwachsene und sind daher nicht Teil des geschützten Personenkreises (beispielsweise 16- bis 18-Jährige, die gemäß § 1 Abs 2 EheG gerichtlich für ehemündig erklärt werden und eine Ehe eingehen).¹⁹ Spezifische Verpflichtungen treffen nach den Jugendschutzgesetzen andererseits Erziehungsberechtigte und Aufsichts- bzw Begleitpersonen, sowie Unternehmer und Veranstalter (verpflichteter Personenkreis).

Allen Bundesländern ist gleich, dass bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres der öffentliche Konsum von alkoholischen Getränken und Tabakwaren verboten ist.²⁰ Es ist aber darauf hinzuweisen, dass die Verbote in fünf Bundesländern (Burgenland, Niederösterreich, Tirol, Vorarlberg und Wien) an den Tatbestand der Öffentlichkeit gebunden sind. In diesen Bundesländern verbieten die Jugendschutzgesetze daher grundsätzlich nicht den Konsum bzw Besitz von Alkohol und Tabakwaren zuhause. Zudem sind Erwerb, Besitz und Konsum nicht in allen Bundesländern gleichermaßen verboten, dh dass es in einigen Bundesländern zwar verboten ist, Alkohol/Tabakwaren zu erwerben oder zu konsumieren, dass aber der Besitz grundsätzlich erlaubt ist.

In sechs Bundesländern (Kärnten, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Vorarlberg und Tirol) gibt es weitere Beschränkungen für die Altersgruppe der 16- bis 18-Jährigen. Gemeinsam ist diesen, dass Spirituosen (sowie Spirituosen enthaltende Mischgetränke) verboten sind, in der Steiermark bzw Kärnten außerdem alkoholische Getränke, die mehr als 14 bzw 12 Volumsprozent Alkohol enthalten. Weitere Besonderheiten für diese Altersgruppe gelten in den drei Bundesländern Kärnten, Oberösterreich und Salzburg

17 Für eine umfassende und vergleichende Darstellung der Jugendschutzgesetze vgl *Sommerauer*, Handbuch des österreichischen Jugendschutzrechts (2008); *Hindinger*, Jugendschutz, in *Loderbauer* (Hrsg), Kinder- und Jugendrecht⁴ (2011) 207; *Kröll*, Jugendschutz und Jugendförderung, in *Pürgy* (Hrsg), Das Recht der Länder II (2012) 453; eingangs ist zu erwähnen, dass der Gesetzstitel in den drei Bundesländern Niederösterreich, Salzburg und Vorarlberg „Jugendschutzgesetz“ lautet, anders als in den übrigen sechs Bundesländern, in denen er „Jugendschutzgesetz“ heißt. Der Einfachheit halber wird hier bloß der Titel „Jugendschutzgesetz“ verwendet.

18 In den Bundesländern Burgenland Niederösterreich und Wien wird die Zielgruppe der Jugendschutzbestimmungen „junge Menschen bis zum vollendeten 18. Lebensjahr“, in Oberösterreich „Jugendliche“ und in den übrigen fünf Bundesländern „Kinder und Jugendliche“ genannt.

19 Vgl dazu die Polizeiverordnung zum Schutze der Jugend vom 10. Juni 1943 (FN 4), die „Angehörige der Wehrmacht und des Reichsarbeitsdienstes“ ausnimmt (§ 11).

20 Die Landes-Jugendschutzgesetze enthalten zudem Verbote für Rausch- und Suchtmittel bzw Drogen, die nicht unter das Suchtmittelgesetz (SMG) fallen.

insofern, als der einen Blutalkoholgehalt von 0,5 Promille übersteigende Konsum (Kärnten), ein übermäßiger Konsum (Oberösterreich), sowie ein Konsum, der offenkundig einen Rauschzustand hervorruft oder verstärkt (Salzburg), verboten sind.

Hinsichtlich möglicher Gefährdungen von Kindern und Jugendlichen im Zusammenhang mit dem Aufenthalt an bestimmten Orten bzw dem Besuch bestimmter Veranstaltungen greift das Jugendschutzrecht, sobald Jugendliche den privaten Raum verlassen und Aktivitäten außer Haus setzen. Die verschiedenen Jugendschutzgesetze knüpfen dabei an dieselben Gefährdungspotenziale an: Es geht um den Schutz der Jugend vor Bedrohungen bezogen auf spätere Stunden bzw die Nachtzeit (generelle Ausgehzeiten), allgemeine Aufenthaltsverbote für bestimmte Lokalitäten (wie etwa Orte, an denen Sexarbeit angeboten wird oder Spielhallen) und bestimmte öffentliche Veranstaltungen (vor allem menschenverachtenden, rassistischen oder pornografischen Inhalts). Darüber hinaus enthalten einige Landes-Jugendschutzgesetze spezifische Beschränkungen und Verbote, wie etwa das Verbot des Autostoppens oder Beschränkungen im Zusammenhang mit der Nächtigung in Beherbergungsbetrieben.

Die verschiedenen Landes-Jugendschutzgesetze regeln zum einen, wie lange Jugendliche alleine oder in Begleitung einer Aufsichtsperson ausbleiben dürfen. In den drei Bundesländern Burgenland, Niederösterreich und Wien dürfen junge Menschen bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres von 5 bis 22 Uhr (zwischen Vollendung des 14. und Vollendung des 16. Lebensjahres bis 1 Uhr) ausgehen, darüber hinaus nur gemeinsam mit einer Begleitperson oder bei Vorliegen eines rechtfertigenden Grundes (wie zB Heimweg). Ab Vollendung des 16. Lebensjahres gilt eine zeitlich unbegrenzte Ausgehzeit. In den übrigen sechs Bundesländern sind die Bestimmungen für generelle Ausgehzeiten sehr unterschiedlich gestaltet. Für abweichende Regelungen ist etwa Kärnten beispielhaft zu erwähnen, wo Jugendliche bis 14 Jahre sogar bis 23 Uhr ausbleiben dürfen oder etwa Salzburg, wo die gesonderte Altersgruppe der bis zu 12-Jährigen nur bis 21 Uhr ausbleiben darf.

Die Vollziehung der Jugendschutzgesetze obliegt den Bezirksverwaltungsbehörden unter Mitwirkung der Organe der Bundespolizei. Für die Rechtsfolgen bei Verstößen durch Kinder und Jugendliche postulieren fast alle Bundesländer – in unterschiedlicher Formulierung – das Prinzip „Hilfe statt Strafe“.²¹ In diesem Sinne sind die normierten Sanktionen abgestuft. Alle Bundesländer mit Ausnahme von Salzburg sehen bei einem Verstoß als erste pädagogische Maßnahme ein Belehrungsgespräch über Sinn und Zweck jugendschutzrechtlicher Bestimmungen vor, daneben Kärnten, Niederösterreich, Oberösterreich, Steiermark und Vorarlberg auch die Erbringung von Sozialleistungen für das Gemeinwohl. Erst wenn diesen Maßnahmen nicht nachgekommen bzw zugestimmt wird oder diese pädagogisch nicht sinnvoll erscheinen, sollen Geldstrafen ver-

21 Vgl Sommerauer, Handbuch, 120, 127.

hängt werden, die sich zwischen maximal 200 € (Burgenland, Niederösterreich, Oberösterreich und Wien) und 500 € (Vorarlberg) bewegen. Ersatzfreiheitsstrafen für Jugendliche bei Uneinbringlichkeit dieser Beträge sind in keinem Bundesland vorgesehen. Die bei Regelverstößen gegen Erwachsene, Unternehmer und Veranstalter verhängten Geldbußen fallen empfindlich höher aus und erreichen bis zu 20.000 €.

4. Kritik und Reformversuche

Vor allem in den Anfangsjahren nach dem Erlass der Landes-Jugendschutzgesetze, welche die Polizeiverordnung von 1943 ablösten, wurde hinsichtlich restriktiver Jugendchutzregelungen ein Fortleben von Elementen nationalsozialistischer Jugendpolitik kritisiert.²² Auch wenn die Kontinuität des Nationalsozialismus im Zuge der Kritik nicht mehr genannt wird, so zeigen sich auch heute grundsätzliche ideologische Unterschiede bei der Frage, wie liberal oder restriktiv die Jugendschutzgesetze ausgestaltet werden sollen.

Kritisiert wird an der aktuellen Gesetzeslage, dass es sich bei vielen Jugendschutzbestimmungen weitgehend um „totes Recht“ handelt. Gerade in den beiden im vorliegenden Beitrag diskutierten Bereichen „Alkohol und Nikotin“ sowie „Ausgehzeiten“ klaffen Gesellschaftswirklichkeit und Jugendschutzgesetze aufgrund der systematischen Verletzung der geltenden einschlägigen Normen weit auseinander. Gleichzeitig werden Regelverstöße gegen Jugendschutzbestimmungen oftmals nicht geahndet.²³ Die betreffenden Normen büßen in der Folge entscheidend an Autorität ein. Im Zusammenhang mit der Wirkungslosigkeit repressiver Verbotsnormen ist freilich auch zu beachten, dass zum Teil für Jugendliche gerade auch der Reiz in der „gewollten Normverletzung“ besteht und damit das verbotene Verhalten als „Ausdruck sozialen Protests“ gesehen werden kann.²⁴

Ein weiterer Kritikpunkt betrifft die uneinheitliche Gesetzeslage in den neun Bundesländern.²⁵ Die Probleme bei der Anwendung der unterschiedlichen Regelungen werden da-

22 Vgl zB den Landtagsabgeordneten Arnulf Häfele (SPÖ) bei der 3. Sitzung des Vorarlberger Landtages vom 27. April 1977.

23 Vgl *Uhl/Springer/Kobrna/Bachmayer*, Expertise über alkohol- und nikotinspezifische Jugendschutzbestimmungen in Österreich und International (2003) 24; *Sommerauer*, Handbuch, 18; dazu der Landtagsabgeordnete Arnulf Häfele (SPÖ) bei der 3. Sitzung des Vorarlberger Landtages vom 27. April 1977: „Gebote, deren Übertretung nach allgemeiner Lebenserfahrung [...] vorausgesehen werden kann, sind die Bedingung dafür, daß sich Moral als Mittel der Unterdrückung einsetzen läßt. Wer herrschen will, dem geht es gar nicht um die Erfüllung des sittlich Geforderten, sondern darum, die erwarteten Verstöße sorgfältig zu registrieren, um sie im Fall einer Aufsässigkeit des Sünders zielstrebig verwenden zu können.“

24 *Silbereisen/Reese*, Substanzgebrauch Jugendlicher: Illegale Drogen und Alkohol, in *Raitbel* (Hrsg), Risikoverhalten Jugendlicher: Formen, Erklärungen und Prävention (2001) 131 (138).

25 Vgl etwa *Pichler*, Harmonisierungsbedarf, Harmonisierungsphilosophie und Harmonisierungsprämissen im Jugend(schutz)recht, in *Pichler* (Hrsg), Harmonisierungsbedarf der Jugendschutzgesetzgebung der österreichischen Bundesländer im Vergleich (1997) 11ff.

durch deutlich, dass die Mobilität von Jugendlichen in den letzten Jahrzehnten entscheidend gewachsen ist und Bundesländergrenzen immer leichter überquert werden. Dadurch ergeben sich teilweise recht absurde Situationen bei der Anwendung des jeweils anwendbaren Landes-Jugendschutzgesetzes. Nach den aktuellen Gesetzeslage dürfen sich so etwa Jugendliche bisweilen in einem anderen als ihrem Heimatbundesland länger außer Haus aufhalten und dürfen daher nach dem Ausgehen nicht mehr nach Hause fahren, da sie zu dieser Uhrzeit eigentlich nicht mehr unterwegs sein dürften (wie das zB zwischen dem Burgenland und der Steiermark der Fall ist). Als plakatives Beispiel lässt sich außerdem etwa eine Bahnfahrt unbegleiteter Jugendlicher von Wien nach Vorarlberg nennen, während der Alkohol konsumiert wird. Für die Jugendschutzkonformität hinsichtlich Ausgehzeiten und Alkohol sind in einem solchen Fall sechs Landes-Jugendschutzgesetze, sowie das deutsche Jugendschutzgesetz (JuSchG) für den Fall einer Querung des deutschen Ecks einschlägig.

Auch wenn die Reformen der letzten Jahrzehnte nicht mit dem primären Ziel einer Vereinheitlichung stattgefunden haben, kam es vor allem zwischen den Jugendschutzgesetzen der Bundesländer Burgenland, Niederösterreich und Wien zu einer Angleichung.²⁶ Es ist aber zu beachten, dass im Zusammenhang mit der Vereinheitlichung der Landes-Jugendschutzgesetze die wohl berechtigte Befürchtung besteht, dass im Zuge der Harmonisierung liberale Regelungen dem Druck von Bundesländern mit restriktiveren Regelungen zum Opfer fallen.²⁷

Es wird immer wieder beklagt, dass die unterschiedlichen jugendschutzrechtlichen Regelungen aufgrund der Unterschiede nach Bundesländern und der komplizierten Ausgestaltung schwer zu durchblicken seien. Auf der praktischen Ebene haben hier die Kinder- und Jugendanwaltschaften (KIJAs) mit der Zurverfügungstellung der kostenfreien mobilen App „Deine Rechte U18“ einen Beitrag geleistet, um zumindest den geschützten Personenkreis unkompliziert zu informieren.

Die kritische öffentliche Diskussion über die Möglichkeiten des legalen Erwerbs von Alkohol für Kinder hat zur Novellierung der Gewerbeordnung (GewO) geführt, wodurch die Bestimmung gestrichen wurde, die den Verkauf von Alkohol an Kinder und Jugendliche erlaubte, sofern dieser für den Konsum von Erwachsenen bestimmt war.²⁸ Im Zusammenhang mit dieser Änderung der GewO wurden die Bundesländer Burgenland, Oberösterreich, Niederösterreich, Vorarlberg und Wien bewegt, ein ausdrückliches Verbot der Abgabe an unter 16- bzw 18-Jährige festzulegen.

Auch die mediale Diskussion über Alkopops und nicht in flüssiger Form angebotene Produkte mit Alkoholgehalt (wie etwa Pulver und Pasten) kann als ausschlaggebend für

26 Vgl *Sommerauer*, Handbuch, 21.

27 Vgl zB die Landtagsabgeordnete Claudia Smolik (Grüne) bei der 4. Sitzung des Wiener Landtages vom 30. März 2006.

28 Gewerbeordnungsnovelle 2008, BGBl I 2008/42.

einige Länder gesehen werden, ihre Landes-Jugendschutzgesetze entsprechend anzupassen. In diesem Sinne haben Oberösterreich, Salzburg und Tirol den Begriff „Alkohol mit anderen Trägerstoffen“, sowie Niederösterreich den Begriff „Alkopops“ in ihre Schutzbestimmungen integriert. Die Notwendigkeit einer gesonderten Erwähnung dieser Begriffe kann aber wohl angezweifelt werden.²⁹

4.1. Memorandum of Understanding

Bei einem Jugendschutzgipfel trafen sich am 28. November 2012 mit Ausnahme von Tirol und Vorarlberg die Jugendlandesrät_innen der übrigen sieben Bundesländer und kamen über die Kernpunkte einer künftigen Vereinheitlichung des Jugendschutzes überein. Da eine besonders weitreichende Harmonisierung der jugendschutzrechtlichen Regelungen vorgesehen war, wurde das Memorandum of Understanding als „historische Einigung“ im Jugendschutzrecht gefeiert.

Hinsichtlich der Ausgehzeiten für Jugendliche einigten sich die Bundesländer zu folgender Regelung: Bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres sollen Jugendliche in Zukunft bis 23 Uhr ausgehen dürfen, zwischen Vollendung des 14. und 16. Lebensjahres bis 1 Uhr morgens. Ab dem vollendeten 16. Lebensjahr soll es keine zeitliche Beschränkung mehr geben (wie etwa nach der aktuellen Gesetzeslage in der Steiermark bis 2 Uhr morgens). In Bezug auf Alkohol und Tabakwaren einigte man sich, dass in Zukunft Erwerb, Besitz und Konsum von alkoholischen Getränken und Tabakwaren bis zum vollendeten 16. Lebensjahr gleichermaßen verboten sein sollen. Darüber hinaus soll bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres der Erwerb, Besitz und Konsum von Getränken mit „gebranntem Alkohol“ sowie Mischgetränken mit ebensolchem verboten werden.³⁰

Schließlich gelang es jedoch nicht, den politischen Kompromiss aufrecht zu erhalten und der historische Reformversuch kann mit der Abkehr der Steiermark und Oberösterreichs im März 2013³¹ als gescheitert angesehen werden.

4.2. Die Position der Kinder- und Jugendanwaltschaften (KIJAs)

In Umsetzung der UNKRK wurden zur Wahrung der besonderen Interessen von Kindern und Jugendlichen in den Bundesländern die weisungsfreien Kinder- und Jugendanwaltschaften (KIJAs) eingerichtet. Den Aufgaben, mit denen die KIJAs hierfür durch die Jugendwohlfahrtsordnungen der Länder betraut sind, haben einerseits die Beratung von Kindern und Jugendlichen gemeinsam. Andererseits sollen sämtliche KIJAs Interessens-

²⁹ *Uhl et al* sehen darin etwa eher „populistisch motivierte Verkomplizierungen“ als sinnvolle Novellierungen, *Uhl et al*, Handbuch, 308.

³⁰ Vgl APA OTS0283, 29. November 2012.

³¹ Vgl APA OTS0176, 15. März 2013.

vertretung durch Informationsarbeit und Begutachtungen von Gesetzen betreiben.³² Daher zahlt sich ein Blick auf die Position dieser Institution hinsichtlich einer Jugendschutzrechtsreform aus.

Hier ist interessant, dass der von der Ständigen Konferenz der österreichischen Kinder- und Jugendanwält_innen erarbeitete Vorschlag zur Harmonisierung der wichtigsten Jugendschutzbestimmungen vergleichsweise liberale Vorgaben bei Alkoholkonsum und Ausgehzeiten vorsieht. Nach dem Positionspapier sollen zwar Alkohol- und Tabakkonsum für unter 16-Jährige weiterhin in allen Bundesländern verboten sein. Jedoch sieht der Vorschlag der Kinder- und Jugendanwält_innen keine weitere Abstufung für die Altersgruppe der 16- bis 18-Jährigen mit einer Differenzierung hinsichtlich Alkoholvolumsprozent (wie das Verbot derzeit in Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, und Tirol besteht) vor. Nach dem Basispapier sollen daher über 16-Jährige uneingeschränkt Alkohol trinken dürfen. Auch hinsichtlich der Ausgehzeiten wird ein liberales Modell favorisiert, nach dem 16-Jährige keiner Beschränkung mehr unterworfen sein sollen. Für die jüngeren Altersgruppen sieht das Positionspapier vor, dass sich nach dem Schema „Lebensalter+10“ die erlaubte Ausgehzeit ergibt. Demnach dürften sich Jugendliche mit Vollendung des 12. Lebensjahres bis 22 Uhr (12 Jahre + 10) außer Haus aufhalten, 15-Jährige hingegen bis 1 Uhr morgens.³³

5. Schlussbetrachtung – Ausblick

Es hat sich gezeigt, dass seitens der Gesetzgebung ein grundsätzlich positiv anzusehendes Bemühen existiert, neu auftretenden Gefahrenquellen für Kinder und Jugendliche wirksam zu begegnen. Aufgrund der rasant fortschreitenden technischen und technologischen Entwicklungen und den damit immer vielfältiger werdenden Gefährdungspotenzialen ist es dabei aber wohl kaum möglich, im gleichen Tempo mit der Schaffung immer neuer Gefährdungstatbestände in den Jugendschutzgesetzen zu reagieren. Gesetzesänderungen werden außerdem mitunter mehr durch die mediale Öffentlichkeit als nach sachlichen Gesichtspunkten vorangetrieben. Gleichzeitig gelingt es nicht, Jugendschutzbestimmungen den geänderten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen anzupassen, wodurch diese immer mehr im Widerspruch zur Realität stehen und teilweise zu „totem Recht“ werden. Was von den nicht exekutierten Regeln des Jugendschutzrechtes bleibt, ist eine moralisierende Botschaft der Gesetzgebung, die wohl wenig geeignet ist, Kinder und Jugendliche vor Gefahren zu bewahren.

Nicht zuletzt im Hinblick auf die genannten neuen Gefahrenphänomene und die schwierige Kontrollierbarkeit des privaten Raumes erscheint es daher sinnvoll und wichtig,

32 Vgl etwa § 10 Wiener Jugendwohlfahrtsgesetz 1990, LGBl 1990/36 idF LGBl 2013/3.

33 Vgl Harmonisierung österreichischer Jugendschutzbestimmungen, Positionspapier der Kinder- und JugendanwältInnen Österreichs (2003), abrufbar unter: http://www.ktn.gv.at/201795_DE (1. Mai 2013).

abseits von Verbotsnormen verstärkt bei der Eigenverantwortung von Kindern und Jugendlichen anzusetzen. Jugendförderungsmaßnahmen wie außerschulische Jugendarbeit und die Einrichtung von Jugendzentren sind daher als unverzichtbare Begleitinstrumente zur effektiven Erreichung der Ziele des Jugendschutzes anzusehen.

Das Scheitern des jüngsten Reformversuches im Jugendschutzrecht, der eine Harmonisierung der österreichischen Landes-Jugendschutzgesetze in den wichtigsten Punkten herbeiführen hätte sollen, hat die nach wie vor bestehenden unterschiedlichen Vorstellungen darüber, wie restriktiv oder liberal die Gesetzgebung in ihren Vorgaben sein soll, offenbart. Positiv im Hinblick auf eine zukünftige Vereinheitlichung kann gesehen werden, dass es zumindest den Kinder- und Jugendanwält_innen der Bundesländer gelungen ist, über die föderalen Grenzen hinweg einen gemeinsamen Vorschlag für eine Vereinheitlichung auszuarbeiten.

Während die Problematik des Alkoholmissbrauchs durch Jugendliche in den letzten Jahren durch eine starke Medialisierung Eingang in das Bewusstsein einer breiten Öffentlichkeit gefunden hat, wird gleichzeitig die Schutzbedürftigkeit von Jugendlichen in anderen Bereichen, wie etwa in der Arbeitswelt, wenig problematisiert. So sind Kinder und Jugendliche bis zum 18. Lebensjahr in Österreich durch die Sonderregeln des Kinder- und Jugendlichen-Beschäftigungsgesetzes³⁴ geschützt. Eine Beschäftigung kann nach diesem etwa erst ab dem 15. Lebensjahr bzw ab der Beendigung der Schulpflicht aufgenommen werden (grundsätzliches Verbot der Kinderarbeit). Davon ausgenommen sind jedoch die Mitarbeit im Familienbetrieb, im Privathaushalt und vereinzelte leichte Arbeiten. Das führt bisweilen dazu, dass Jugendliche teilweise familiär in einem Ausmaß dazu verpflichtet werden, sich arbeitsmäßig zu beteiligen, dass sie um ihre Ferien gebracht werden, von den besonderen Bestimmungen hinsichtlich Arbeitszeit, Überstunden, Ruhepausen, Nachtruhe, etc ganz zu schweigen. Gleichzeitig verdienen jugendliche Lehrlinge in ihrer dreijährigen Ausbildungszeit einen Lohn, der kaum zur Deckung ihrer Bedürfnisse reicht. Es wäre wünschenswert, wenn der Reformbedarf in diesem wie auch in anderen Schutzbereichen eine ähnliche Relevanz auf der politischen Agenda erfährt.

MMag. Florian Dunkel, freiberuflicher Jurist und Politikwissenschaftler, ist ua Vortragender für Familien- und Jugendschutzrecht bei der ARGE Erziehungsberatung in Wien; florian.dunkel@univie.ac.at

34 Kinder- und Jugendlichen-Beschäftigungsgesetz 1987, BGBl 1987/599 idF 2013/71.

Novelle des Gleichbehandlungsgesetzes: Die verpasste Chance einer echten Reform

Stephanie Schmörlzer

1. Vorbemerkung

Diskriminierung findet statt – und das häufig legal. Eine zunehmend wehrhafte Zivilgesellschaft fordert die Stärkung des Diskriminierungsschutzes auf innerstaatlicher, europäischer und globaler Ebene. So nähert sich das nationale Recht im Fahrwasser des Unions- und Völkerrechts langsam einem umfassenderen Verbot der unsachlichen Ungleichbehandlung an. Am 1.8.2013 trat die bereits vierte Novelle des Gleichbehandlungsgesetzes (GIBG)¹ seit dessen Erlassung 2004 in Kraft.² Angesichts des wachsenden Bewusstseins über die schädlichen Auswirkungen von Diskriminierung auf den sozialen Zusammenhalt und die Entfaltung und Nutzung der Ressourcen aller Menschen, ist diese zaghafte Novelle besonders bedauerlich.

Zur Prävalenz von Diskriminierung gibt es keine eindeutigen Zahlen. Die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) nimmt im internationalen Vergleich überdurchschnittlich viele Beratungsanfragen entgegen (2011 waren es 4444).³ Dennoch dürfte die Dunkelziffer sehr hoch sein, vor allem weil von Diskriminierung Betroffene Rechtsschutzeinrichtungen nicht kennen oder ihnen nicht vertrauen.⁴

Wie ist die Novelle im Lichte europarechtlicher Vorgaben und der Rechtslage in anderen europäischen Staaten zu bewerten? Welche Chancen bieten sich, welche bestehenden Kritikpunkte am österreichischen Gleichbehandlungsrecht werden weiterhin außer Acht gelassen?

1 Bundesgesetz über die Gleichbehandlung, BGBl I 66/2004 idF BGBl I 71/2013.

2 Die Novelle, BGBl I 107/2013, umfasst Änderungen im GIBG, im Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GBK/GAW-G), Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG) und Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz (B-BGStG). In diesem Artikel kann jedoch nur auf das GIBG, das die Gleichbehandlung auf Grund des Geschlechts, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters und der sexuellen Orientierung in der Privatwirtschaft, und auf das GBK/GAW-G, das den Rechtsschutz betrifft, eingegangen werden.

3 *Banulescu-Bogdan/Givens*, The State of Antidiscrimination Policies in Europe: Ten Years after the Passage of the Racial Equality Directive (2010), http://ec.europa.eu/ewsi/UDRW/images/items/docl_18120_227546760.pdf (15.4.2013); Equinet, Equality Bodies. Current Challenges (2012), http://www.equineteurope.org/IMG/pdf/Current_Challenges_Perspective_MERGED_-_EN.pdf (15.4.2013).

4 *EU-Grundrechteagentur*, EU-MIDIS European Union Minorities and Discrimination Survey. Main Results Report (2009).

Dieser Artikel konzentriert sich auf einige im Gesetzgebungsprozess heiß diskutierte Themen, die nur teilweise im Gesetzeswortlaut ihren Niederschlag finden: In materiell-rechtlicher Hinsicht sah der Ministerialentwurf (MEntw)⁵ noch ein vorsichtiges „Leveling-up“, dh die Angleichung des Schutzniveaus für sämtliche im GIBG enthaltenen Diskriminierungsgründe, vor. Diese Ausweitung wurde jedoch schließlich fallen gelassen. Dafür sind nunmehr auch selbständig Erwerbstätige vom Geltungsbereich des GIBG umfasst.⁶ Änderungen des institutionellen Rahmengenüges und der Verfahren bei Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bringen geringfügige Verbesserungen im Rechtsschutz. Die wichtigsten Mängel der bestehenden Gesetzeslage wurden jedoch nicht oder nicht ausreichend aufgegriffen. Es bleibt daher der Eindruck einer verpassten Reform.

2. Levelling-up

2.1. Europa- und menschenrechtliche Grundlagen

Die Entwicklung internationaler Menschenrechts- und Antidiskriminierungskonventionen zeugt vom gesellschaftlichen Wandel, der Ungleichbehandlung aus neuen Gründen als unannehmbar scheinen lässt. Während ältere Diskriminierungsverbote typischerweise eine demonstrative Liste einiger weniger Gründe enthalten, die durch die Praxis ausgeweitet wurde⁷, zählt die EU-Grundrechtecharta (GRC) beispielhaft 18 Merkmale auf.⁸

Insbesondere seit dem Jahr 2000 kennt das Unionsrecht eine Reihe bedeutsamer Antidiskriminierungsrichtlinien (RL). Im Arbeitsleben ist nunmehr Diskriminierung aus sechs Gründen verboten: rassische oder ethnische Herkunft⁹, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Orientierung¹⁰ sowie Geschlecht¹¹. Beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, gibt es lediglich Bestimmungen, die Diskriminierung auf Grund der rassischen oder ethnischen Herkunft¹² und des Geschlechts¹³ verbieten. Konkret bedeutet das, dass etwa im Gastgewerbe Frauen oder Männern wegen ihres Geschlechts nicht der Zutritt verwei-

5 407 MEntw 24. GP.

6 §§ 1 Abs 1 Z 4, 16 Abs 1 Z 4 GIBG.

7 So etwa die Rechtsprechung des EGMR, der die EMRK als „living instrument“ versteht, und den Schutz der EMRK auf Diskriminierungsgründe wie den Wohnort oder den Familienstand ausdehnt. Vgl EGMR 16.3.2010, *Carson und andere v. Vereintes Königreich*, Nr. 42184/05; EGMR 8.7.2003, *Sabin v. Deutschland*, Nr. 30943/96.

8 Art 21 Grundrechtecharta, ABl 2010 C 83, 389.

9 AntirassismusRL 2000/43/EG, ABl L 180 v 19.7.2000, 22. Die Präambel zur RL präzisiert, dass die EU Rassentheorien zurückweist und die Verwendung des Begriffs „Rasse“ keine Akzeptanz solcher Theorien impliziert.

10 BeschäftigungsrahmenRL 2000/78/EG, ABl L 303 v 2.12.2000, 16.

11 Recast-RL 2006/54/EG, ABl L 204 v 26.7.2006 23.

12 AntirassismusRL.

13 Gender-Güter-Dienstleistungs-RL 2004/113/EG, ABl L 373 v 21.12.2004 37.

gert werden darf, Lesben oder Schwulen wegen ihrer sexuellen Orientierung hingegen schon. Nur die AntirassismusRL verbietet darüber hinaus noch Ungleichbehandlung beim Sozialschutz, im Gesundheitswesen und bei der allgemeinen Bildung.

Die Verabschiedung der AntidiskriminierungsRL stellte einen enormen Schritt auf der sozialpolitischen Agenda und Grundrechtsorientierung der EU dar. Im Jahr 2000 schufen die besonders weitgehende AntirassismusRL und die BeschäftigungsrahmenRL erstmals ein Diskriminierungsverbot, das über die im Unionsrecht traditionell geschützten Diskriminierungsgründe Geschlecht und Nationalität (eines EU-Mitgliedstaats) hinausging. Die beiden RL wurden ungewöhnlich rasch in unmittelbarer Reaktion auf die schwarz-blaue Koalition in Österreich, wachsenden Rassismus und die Furcht vor einem Rechtsruck in Europa verabschiedet. Wegen der Erforderlichkeit der Einstimmigkeit im Rat der EU geriet die RL dennoch nur zu einem Minimalkonsens. Besonders die Hierarchisierung des Diskriminierungsschutzes rief zahlreiche Kritiker_innen auf den Plan. Im Jahr 2008 stellte die Kommission daher einen Plan zu einer „horizontalen“ RL vor, um Diskriminierung aus allen vom Unionsrecht umfassten Diskriminierungsmerkmalen in allen Bereichen (dh Arbeitsleben, Sozial- und Gesundheitswesen, Bildung, Güter und Dienstleistungen) zu verbieten. In äußerst zähen Verhandlungen – Kritiker_innen der horizontalen RL wollen gerade in der Krise die Privatautonomie nicht weiter beschneiden – wurde bislang keine Einigung erzielt.¹⁴

2.2. Österreichische Entwicklungen

Die europäische Debatte zu einem Levelling-up beeinflusste auch den österreichischen Gesetzgeber. Bislang orientierte sich Österreich zumeist an einer Mindestumsetzung der EU-Richtlinien, weswegen im GIBG eine Hierarchisierung der Diskriminierungsgründe vorherrscht. Eine Ausdehnung des Diskriminierungsverbots im Rahmen der Novelle zum GIBG 2011¹⁵ scheiterte. Auch der MEntw zur jetzigen Reform sah wieder ein Levelling-up vor, um dem „sozialpolitisch nicht wünschenswerten Zustand“¹⁶ ungleicher Schutzniveaus Abhilfe zu schaffen. Mit dieser Regelung, die im Begutachtungsverfahren praktisch einhellig positiv aufgenommen wurde, wäre Österreich über die Mindestanforderungen des Unionsrechts hinausgegangen und zahlreichen Beispielen anderer europäischer Staaten gefolgt. So sehen etwa Deutschland, Dänemark und Norwegen einen im Wesentlichen einheitlichen Diskriminierungsschutz vor.¹⁷ In diesen Ländern beste-

14 Zum letzten Stand der Verhandlungen vgl Interinstitutional File 10039/13 vom 7.6.2013, < Fortschrittsbericht des Irischen Vorsitizes zum Vorschlag der Kommission zu einer horizontalen RL (Kom(2008)426 endg).

15 938 RV 24. GP.

16 407 ME 24. GP; siehe auch die Kritik des UN-Menschenrechtsausschusses in CCPR/AUT/CO/4 Concluding Observations betreffend Österreich (2007) Rn 8.

17 Vgl §§ 1 f dt. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), § 1 dänisches Gesetz über das Verbot der Ungleichbehandlung auf Grund der Rasse etc (lov om forbud mod forskelsbehandling på grund af race m.v.); *Benecke*, Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht (2010), <http://www.antidiskriminierungs>

hen Ausnahmen auf Grund sachlicher Erwägungen (zB Jugendschutz, sachliche versicherungsmathematische Erfordernisse, Hotels für erwachsene Gäste).

Übriggeblieben ist jedoch vom Vorschlag einer immerhin partiellen Angleichung des Diskriminierungsverbots (die wichtigen Bereiche Bildung und Sozialschutz wären weiter ausgeklammert geblieben) nichts: Die Regierungsvorlage (RV)¹⁸ erwähnt das Leveling-up nicht mehr, und ein entsprechender Entschließungsantrag scheiterte im Nationalrat mit 15 zu 131 Stimmen.¹⁹

Ein Hauptargument für die Ablehnung des Levelling-up war der Schutz der Privatautonomie (Art 1 Abs 1 1. ZProt EMRK). Dienstleister_innen sollen sich ihre Vertragspartner_innen aussuchen können. Ein Zwang zum Abschluss von Verträgen schränke die Freiheitsrechte unverhältnismäßig ein.²⁰ In der Tat steht gerade der Zugang zu Gütern und Dienstleistungen zwischen Gleichbehandlungsgebot und Vertragsfreiheit. Was die Diskriminierungsgründe ethnische Zugehörigkeit und Geschlecht betrifft, hat die österreichische Gesetzgebung dieses Spannungsverhältnis in Einklang mit dem Unionsrecht allerdings bereits dahingehend aufgelöst, dass dem Diskriminierungsschutz der Vorrang zu geben ist (siehe oben). Dass die übrigen Diskriminierungsgründe Religion und Weltanschauung, Alter, sexuelle Orientierung und Behinderung weiterhin einem Differenzial unterworfen sein sollen, ist daher nicht zu rechtfertigen.

Ein anderes Argument war, dass eine horizontale Lösung zu einer Klagsflut führen würde.²¹ Dem ist entgegenzuhalten, dass sich in keinem der Staaten, die einen horizontalen Diskriminierungsschutz vorsehen, die Sorge vor einer ausufernden missbräuchlichen Klagserhebung bewahrheitet hat. Durch die Ausweitung des Diskriminierungsschutzes ist mit einem Anstieg der Beschwerdezahlen zu rechnen. Solange die Beschwerden jedoch faktische Diskriminierung aufzeigen, sind sie ein Instrument zur Wahrung der Rechte Einzelner sowie zur Änderung diskriminierender Strukturen und somit eher zu begrüßen als zu verhindern.

Die Hierarchisierung der Schutzniveaus wird auch der Vielschichtigkeit menschlicher Identitäten nicht gerecht. In den Bereichen Güter und Dienstleistungen, Bildung und Sozialschutz wird weiterhin Mehrfachdiskriminierung nicht adäquat bekämpfbar sein. Von Bedeutung ist dies, wenn eine Person sich gerade am Schnittpunkt von Diskriminierungsgründen befindet (zB eine Frau mit dunkler Hautfarbe).²² Im Bildungsbereich wird sie ihren Anspruch nur auf das bestgeschützte Merkmal, dh Ethnizität, stützen können. Geschlechterdiskriminierung fällt hingegen durch den Raster. Durch ein vollständiges

stelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/rechtsvergleich_der_europaeischen_systeme_zum_ads.pdf?__blob=publicationFile (15.4.2013).

18 2300 BlgNR 24. GP.

19 PK-Nr. 442 vom 23.5.2013.

20 PK-Nr. 442 vom 23.5.2013; das Stenographische Protokoll der Sitzung des NR am 23. und 24.5.2013 war noch nicht autorisiert.

21 PK-Nr. 442 vom 23.5.2013.

22 *Fredman*, *Discrimination Law* (2011) 139ff.

Levelling-up könnte diese Form der additiven oder zusammengesetzten Diskriminierung²³ aufgegriffen werden. Ist die Betroffene gerade *wegen* der spezifischen Kombination von Merkmalen, also als Frau mit dunkler Hautfarbe, diskriminiert worden (intersektionelle Diskriminierung), fehlt es ihr idR an Vergleichspersonen: Andere Frauen wurden etwa nicht benachteiligt, ebensowenig Männer mit dunkler Hautfarbe. Eine dringende Diskussion möglicher prozeduraler Ansätze zur Bekämpfung dieser Form der Diskriminierung fand auch im Zuge dieser Reform nicht statt.

3. Rechtsschutz

Die AntidiskriminierungsRL verpflichteten Österreich zu einer Reihe von Maßnahmen in Bezug auf den Rechtsschutz von Diskriminierungsopfern. So muss ein Gerichts- oder Verwaltungsverfahren offenstehen; interessierten Organisationen kann die Möglichkeit zur Beteiligung an Verfahren gegeben werden; es müssen wirksame Sanktionen, die Schadenersatz umfassen können, vorgesehen sein; und die AntidiskriminierungsRL sehen eine Beweislastverteilung vor, die es von Diskriminierung Betroffenen leichter machen soll, ihr Recht geltend zu machen. Schließlich sind die Mitgliedsstaaten im Bereich ethnischer und Geschlechterdiskriminierung verpflichtet, eine Stelle zur Bekämpfung von Diskriminierung einzurichten, die unabhängig Berichte erstellt und Diskriminierungsopfer dabei unterstützt, ihrer Beschwerde wegen Diskriminierung nachzugehen.²⁴

In Österreich wurden die prozessrechtlichen Vorgaben der AntidiskriminierungsRL in zahlreichen Gesetzen umgesetzt. Einerseits sind die Arbeits- und Sozialgerichte²⁵ bzw. allgemeinen BG oder LG²⁶, andererseits als niederschwelliges Beratungs- und Konfliktlösungsangebot die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) und die Gleichbehandlungskommission (GBK) zuständig. Darüber hinaus ist etwa bei diskriminierender Stellen- oder Wohnungsausschreibung ein Verwaltungsstrafverfahren vorgesehen.²⁷ Im Bereich der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung wurden zusätzliche Verfahren eingerichtet. Im Folgenden soll jedoch nur auf den gerichtlichen Rechtsschutz nach dem GIBG und die Verfahren vor GAW und GBK nach dem GBK/GAW-G eingegangen werden.

3.1. Konfliktlösung: Großer Bedarf, geringe Mittel

Die GAW ist zuständig für die kostenfreie Beratung von Personen, die von Diskriminierung betroffen sind. Sie untersucht Fälle, bemüht sich um eine einvernehmliche Lösung,

23 *Bauer*, Mehrfachdiskriminierung, *juridikum* 2008, 50ff.

24 Art 13 Abs 2 1. Spiegelstrich RL 2000/43/EG, Art 12 Abs 2 1. Spiegelstrich RL 2004/113/EG, Art 20 Abs 2 1. Spiegelstrich RL 2006/54/EG, Art 1 Abs 2 1. Spiegelstrich RL 2010/41/EU.

25 § 50 Abs 1 ASGG.

26 §§ 49f JN idF BGBl I 35/2012.

27 §§ 10, 24 GIBG (Stellenausschreibungen), § 11a GIBG (Einkommensbericht), § 37 GIBG (Wohnungsinsereate).

hat jedoch auch die Kompetenz, einen Fall der GBK zur Behandlung vorzulegen. Dieses Angebot wurde 2012 von 4444 Personen in Anspruch genommen (siehe oben). Zu denken sollte allerdings geben, dass die GAW ausdrücklich darauf hinweist, dass ein noch höherer Bedarf an Beratungen wegen personeller Überlastung nicht mehr zu bewältigen wäre.²⁸ Ihre Beratungsstatistik spiegelt die Notwendigkeit von regionalen Zweigstellen deutlich wider.²⁹ Dennoch wird es weiterhin nur in Kärnten, Oberösterreich, Tirol und der Steiermark Regionalanwältinnen geben, die überdies nur zur Beratung bei Geschlechterdiskriminierung zuständig sind. Wenn man also unterstellt, dass die Regierung möglichst effektiv Ungleichbehandlung bekämpfen will, enttäuscht das Änderungsgesetz: Statt mit Regionalisierung und Stärkung der personellen und finanziellen Ausstattung der GAW auf steigende Diskriminierung in Zeiten wirtschaftlicher Unsicherheit zu antworten, ist keine Budgeterhöhung der GAW vorgesehen. Die Novelle bringt allerdings deutliche gesetzestechnische Verbesserungen: Sie enthält eine Klarstellung der Rollenverteilung innerhalb der GAW sowie eine deutliche Vereinfachung des Gesetzestexts des GBK/GAW-G. Dies wird das Gesetz zugänglicher und lesbarer machen und Unklarheiten beseitigen können.

3.2. Zahnloses Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission

Der GAW nicht formell nach- oder übergeordnet, ist die GBK zur relativ formalisierten unparteiischen Behandlung von Diskriminierungsfällen nach dem GIBG zuständig. Beschwerden können von der von Diskriminierung betroffenen Person, den Sozialpartnern, der GAW und Regionalanwält_innen eingebracht werden. Verfahren resultieren in Vorschlägen zur Verwirklichung der Gleichbehandlung und Aufforderungen zur Beendigung der Diskriminierung.³⁰

3.2.1. Mangelnde Behördenqualität

Auch im Zuge dieser Novelle wurde die GBK nach wie vor nicht als eigenständige Behörde eingerichtet, sondern bleibt organisatorisch dem Bundeskanzleramt zugeordnet.³¹ In der Tat verneinen sowohl die Gesetzesmaterialien als auch die Literatur die Behördenqualität der GBK³², während der VfGH zumindest in bestimmten Bereichen von einer Befugnis zur Erlassung von verfahrensrechtlichen Bescheiden ausgeht.³³ Angesichts

28 GAW, Gleichbehandlungsbericht für die Privatwirtschaft 2010–2011. Teil II Anwaltschaft für Gleichbehandlung (2012).

29 GAW, Gleichbehandlungsbericht 21 ff.

30 § 12 Abs 3 GBK/GAW-G.

31 § 1 Abs 1 GBK/GAW-G.

32 *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG, § 1 GBK/GAW-G Rn 1 mwN.

33 VfSlg 18.180/2007.

dieser Gegensätze zwischen einer rein punktuellen verfassungsgerichtlichen Entscheidung und ablehnender Lehre ist es äußerst bedauerlich, dass auf eine erforderliche gesetzliche Klarstellung verzichtet wurde.

Es bleibt daher auch fraglich, ob die GBK die Kompetenz hat, Ladungsbescheide zu erlassen und das Erscheinen von Beteiligten und Auskunftspersonen mit Zwangsmitteln durchzusetzen. Dadurch ist ihr nach wie vor eine wirksame Handhabe bei Weigerung von Verfahrensbeteiligten und Auskunftspersonen, sich am Verfahren zu beteiligen, verwehrt. Es wurde überdies die Chance verpasst, der GBK die Befugnis zu übertragen, materiell-rechtliche Bescheide zu erlassen, und damit dem europäischen Trend hin zu starken „quasi-judiziellen“ Verwaltungsorganen zur Bekämpfung von Diskriminierung zu folgen.³⁴ Die GBK veröffentlicht ihre nicht verbindlichen Vorschläge und Aufforderungen anonymisiert auf der Website des BKA.³⁵ Im Gegensatz zu Bescheiden können diese nicht vollstreckt werden. Nur die im jeweiligen Senat der GBK vertretenen Interessensvertretungen und unter gewissen Umständen die GAW können bei Nichtumsetzung der Vorschläge der GBK eine Feststellungsklage einbringen.³⁶ In der Praxis sind solche Klagen, die auch nicht in eine Leistungsklage münden können, äußerst selten. Dadurch geht das Sanktionspotenzial der GBK weitgehend verloren.³⁷ Die GBK betreibt – auch mangels Ressourcen – kein systematisches Follow-up ihrer Entscheidungen. Es gibt sohin keine Information, inwieweit ihre (häufig äußerst vage formulierten) Vorschläge umgesetzt werden.

3.2.2. Abhängigkeiten und Ineffizienz

Im Gegensatz zur GAW erhält die GBK im internationalen Vergleich eine eher geringe Anzahl an Beschwerden. Das kann auch an zwei weiteren strukturellen Faktoren liegen, die von der Novelle nur unzureichend behandelt werden. Keine Besserung ist bei der oft kritisierten strukturellen Abhängigkeit der GBK zu erwarten. Ihre Mitglieder sind von Ministerien bzw Arbeitgeber- und Arbeitnehmer_innenvertretungen entsendet und üben ihre Tätigkeit ehrenamtlich aus. Dies kann das Vertrauen in ihre Unparteilichkeit beeinträchtigen.³⁸ Da die GBK nicht ständig tagt, liegt die Verfahrensdauer bei rund einem Jahr, was sowohl national als auch international Kritik hervorgerufen hat.³⁹ Es

34 Ammer/Crowley/Liegl/Holzleithner/Wladasch/Yesilkagit, Study on Equality Bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC (2010) 90.

35 § 12 Abs 3 GBK/GAW-G.

36 § 12 Abs 4, Abs 5 GBK/GAW-G.

37 Hattenberger in *Rebhahn* (Hrsg), GIBG und GBK-GAW-G (2005) § 1 GBK/GAW-G Rn 1ff; Hopf/Mayr/Eichinger (Hrsg), GIBG (2009) § 1 GBK/GAW-G Rn 1ff.

38 CRI(2013)4 ECRI Conclusions on the implementation of the recommendations in respect of Austria subject to interim follow-up, 4.12.2012, 5; CommDH(2011)2 Opinion of the European Commissioner for Human Rights on national structures for promoting equality (2012), 12.

39 1 SN 179 MEntw 24. GP 5; CRI(2010)2; Vierter Bericht der Europäischen Kommission gegen Rassismus und Intoleranz über Österreich, § 38.

bleibt abzuwarten, ob die Verkleinerung der Senate⁴⁰ von bisher bis zu 12 auf nunmehr 6 Personen zur angekündigten Verkürzung der Verfahrensdauer beiträgt.

3.3. Weiterhin große Hürden beim gerichtlichen Rechtsschutz

Die Schwächen des Verfahrens vor der GBK führen jedoch nicht dazu, dass von Diskriminierung Betroffene sich gegen dieses fakultative Soft-Law-Verfahren entscheiden und gleich Klage bei Gericht erheben. In der Tat sind der GAW und dem Klagsverband nur wenige Gerichtsverfahren nach dem GIBG bekannt. Die Gründe dafür können recht einfach ausgemacht werden. Trotz jahrelanger Kritik von NGOs, GAW und internationalen Organisationen sieht die Novelle nur kosmetische Verbesserungen vor.

3.3.1. Kosten

Zunächst: Gerichtsverfahren sind teuer. Streitigkeiten wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes unterliegen sowohl in Zivil- als auch in Arbeitsrechtssachen dem Erfolgshaftungsprinzip der ZPO,⁴¹ was wohl ein Hauptgrund für die geringe Zahl an Verfahren ist. Daran wurde auch im Zuge dieser Reform nichts geändert.

Weiters können Kläger_innen ihre Erfolgsaussichten kaum abschätzen. Sogar wenn die GBK eine Diskriminierung festgestellt hat, ist das Gericht an diese Feststellung nicht gebunden. Es muss bloß begründen, weshalb es zu einer von der Auffassung der GBK abweichenden Entscheidung gelangt.⁴²

3.3.2. Mangelnder Zugang zu adäquater rechtlicher Unterstützung

Im Gegensatz zu zahlreichen europäischen Antidiskriminierungsstellen⁴³ wird der GAW auch weiterhin nicht das Recht eingeräumt, Betroffene in Gerichtsverfahren zu vertreten, in Verfahren zu intervenieren oder strategisch in eigenem Namen Klage zu erheben. Weiterhin kann nur eine einzige NGO – der Klagsverband zur Durchsetzung der Rechte von Diskriminierungsopfern – in Verfahren nach dem GIBG als Nebenintervenientin beitreten.⁴⁴ Die Novelle sieht kein Verbandsklagerecht im GIBG vor und unterbindet damit einen effektiveren Schutz gegen Diskriminierung. Kritisch ist anzumerken, dass dadurch Einzelnen die Last auferlegt wird, sich gegen Diskriminierung zu wehren, von

40 § 2 Abs 2 ff GBK/GAW-G.

41 §§ 41 ff ZPO; der Kostenausschlussgrund des § 58 Abs 1 ASGG ist nicht anwendbar, da es sich bei arbeitsrechtlichen Ansprüchen aus dem GIBG um Arbeitsrechtssachen nach § 50 Abs 1 und nicht um betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten nach § 50 Abs 2 ASGG handelt.

42 § 61 GIBG.

43 Vgl dazu etwa Equinet, Equality Bodies, Current Challenges (2012) (FN 3).

44 § 62 GIBG.

der eine Mehrzahl an Personen betroffen ist, und das Risiko und die gerade (aber nicht nur) im Arbeitsleben negativen sozialen Konsequenzen einer Klage zu tragen.

3.3.3. Schadenersatz: Eine wirksame „Sanktion“?

Die EU-RL fordern bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebots wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen, die auch Schadenersatz umfassen können.⁴⁵ Das GIBG sieht in einigen Bereichen Verwaltungsstrafen bis € 360,00 vor, in anderen ausschließlich materiellen und immateriellen Schadenersatz. Die Novelle verzichtet erneut auf eine Einführung eines Mindestschadenersatzes sowie eine Festlegung der Kriterien für die Bemessung des Schadenersatzes, etwa Dauer oder Schwere der Diskriminierung.⁴⁶ Ins Gesetz Eingang fand lediglich die Präzisierung, dass der Ersatz der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung „abschreckend“ sein soll.⁴⁷ Interessanterweise wurde auch diese Hervorhebung von einigen Seiten kritisiert. Sie verschiebe den zivilrechtlich ausgestalteten Schadenersatz in Richtung Strafrecht bzw verleihe dem Schadenersatz einen pönalen Charakter, was aus dogmatischen Erwägungen abzulehnen sei.⁴⁸ Diese Kritik zeigt, wie schwierig die Diskussion um *wirksame* Mittel zur Bekämpfung der Diskriminierung, die unionsrechtlich Sanktionscharakter haben *müssen*, ist.

4. Zusammenfassung und Ausblick

Dieser Artikel konnte nur einige wenige Kritikpunkte an der vorgeschlagenen Neuregelung des GIBG und des GBK/GAW-G aufgreifen. Insbesondere die Ausgestaltung der Verwaltungsstrafverfahren nach dem GIBG (keine Officialdelikte, „Antrag“ der GAW erforderlich, deutlich niedrigere Sanktionen als nach EGVG) und die als unionsrechtswidrig kritisierte Beweislastverteilung im GIBG⁴⁹ würden ebenfalls Aufmerksamkeit verdienen.

Positiv an der Novelle ist die bessere Strukturierung des GBK/GAW-G sowie die Verlängerung der Beschwerdefristen bei sexueller Belästigung auf drei Jahre.⁵⁰ Es bleibt jedoch eine Hierarchisierung der Diskriminierungsgründe bestehen. Das Verfahren vor GAW und GBK ist nach wie vor von Ressourcenmangel, struktureller Abhängigkeit und zu geringer Handhabe bei Fällen, in denen keine einvernehmliche Lösung gefunden werden kann, gekennzeichnet. Auch im gerichtlichen Rechtsschutz wurden bekannte Män-

45 Vgl etwa Art 15 AntirassismusRL; RL 2010/41/EU sieht eine abweichende Formulierung vor: Der Schaden muss tatsächlich und wirksam, abschreckend und dem Schaden angemessen ausgeglichen werden.

46 32 SN 407 MEntw 24. GP 5, Stellungnahme der Gleichbehandlungsanwaltschaft.

47 Entwurf zu §§ 12 Abs 14, 26 Abs 4, 38 Abs 7 und 51 Abs 11 GIBG.

48 34 SN 407 MEntw 24. GP, Stellungnahme des BMJ; 22 SN 407 MEntw 24. GP, Stellungnahme der WKÖ.

49 *Kletečka in Rebhahn* (Hrsg), GIBG (2005) § 12 Rn 57, *Hopff/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 12 Rn 131; *Sturm*, Richtlinienumsetzung im neuen GIBG und GBK-/GAW-G, DRdA 2004,581; GAW, Gleichbehandlungsbericht, 139 f.

50 § 15 Abs 1 GIBG.

gel nicht behoben, insb in Bezug auf Verfahrenskosten, Verbandsklagerecht und Beweislast.

Angesichts der schrittweisen Annäherung in den Verhandlungen über eine horizontale EU-Richtlinie ist es enttäuschend, dass der österreichische Gesetzgeber weiterhin eine Verpflichtung zur Einführung eines umfassenden Diskriminierungsschutzes abwartet, statt sich aktiv für Gleichstellung, prozedurale Fairness und Abbau diskriminierender Strukturen einzusetzen.

Mag.^a Stephanie Schmölzer, Master 2, Juristin und Politikwissenschaftlerin, arbeitet als wissenschaftliche Mitarbeiterin am *Centre of Excellence PluriCourts – The Legitimate Roles of the Global Judiciary* der Universität Oslo; stephanie.schmolzer@jus.uio.no

„Audimax besetzt!“ – Der grundrechtliche Schutz der Versammlungsfreiheit in der Praxis.

Oder: kleine Erfolge

Angelika Adensamer / Lorenz Dopplinger / Maria Sagmeister

1. Einleitung

Im April letzten Jahres versammelten sich mehrere hundert Studierende im Audimax der Universität Wien, um dort gegen die Abschaffung des Bachelorstudiums „Internationale Entwicklung“ zu protestieren. Die Zusammenkunft wurde auf Drängen des Rektorats durch die Polizei aufgelöst. In der Folge hielt die Polizei etwa 180 Personen bis zu eineinhalb Stunden im Audimax fest und gestattete das Verlassen des Hörsaales nur nach erfolgter Identitätsfeststellung.

Gegen die Identitätsfeststellung – als Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt – erhob eine Betroffene, unterstützt durch das Rechtsinfokollektiv, eine Maßnahmenbeschwerde gemäß Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG an den Unabhängigen Verwaltungssenat Wien. Das Rechtsinfokollektiv ist eine Plattform von Aktivist_innen, darunter auch Jurist_innen, die Antirepressionsarbeit leistet. In diesem Fall stellte es eine wichtige Drehscheibe zwischen betroffenen Aktivist_innen, die sich gegen das Vorgehen der Polizei wehren wollten, und Jurist_innen, die über das nötige Know-How verfügten, dar.

Im Verfahren vor dem UVS war die Frage entscheidend, ob es sich bei der Veranstaltung im Audimax durchgehend um eine grundrechtlich geschützte Versammlung gehandelt hatte. Der UVS bejahte dies. Da das Verhalten der Demonstrant_innen für die Durchführung der Versammlung erforderlich gewesen war, erachtete der UVS dieses gemäß § 6 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) als gerechtfertigt. Eine als Verwaltungsübertretung strafbare Störung der öffentlichen Ordnung gemäß § 81 Abs 1 Sicherheitspolizeigesetz (SPG) konnte somit von den Polizist_innen nicht angenommen werden, weshalb auch die gemäß § 35 VStG erfolgte Identitätsfeststellung als rechtswidrig zu qualifizieren war.¹

Im Folgenden soll zunächst der Sachverhalt dargestellt, dann eine Analyse der zugrundeliegenden Rechtsprobleme vorgenommen und schließlich eine zusammenfassende Einschätzung abgegeben werden.

1 UVS Wien 6.12.2012, 02/40/6907/2012.

2. Sachverhalt

Am 19. April 2012 protestierten circa 200 Studierende gegen die von der Universität Wien beschlossene Abschaffung des Bachelorstudiums „Internationale Entwicklung“. Gegen vier Uhr nachmittags beschlossen die Demonstrant_innen spontan in das Audimax zu ziehen, um dort die Protestkundgebung fortzusetzen. Dort angekommen, veranstalteten die Studierenden Kundgebungen und Diskussionen, formten Arbeitsgruppen und versuchten das Rektorat zu einem Dialog zu bewegen. Darüber hinaus wurde unter anderem ein Live-Stream eingerichtet, um auf diese Weise die Außenwelt über die Protestkundgebung auf dem Laufenden zu halten und eine Mobilisierung und Solidarisierung der breiten Öffentlichkeit zu erreichen.

Das Rektorat reagierte mit einem Ultimatum: Würden die Demonstrant_innen das Audimax bis 20 Uhr freiwillig räumen, wäre die Uni Wien bereit, im Gegenzug eine Informationsveranstaltung und ein zweistündiges Gespräch zwischen den Studierenden und der Universitätsleitung anzuberaumen. Den Demonstrant_innen war dieses Angebot zu wenig, weshalb sie der Aufforderung, das Gebäude zu verlassen, nicht Folge leisteten. Inzwischen hatte sich die Polizei rund um das Hauptgebäude der Uni Wien aufgestellt, um weitere Demonstrant_innen am Betreten des Gebäudes zu hindern. Gegen 21:50 löste die Polizei die Zusammenkunft im Audimax mittels Megafondurchsage auf, wobei diese Durchsage für zahlreiche Teilnehmer_innen akustisch nicht verständlich war. Der Aufforderung, die Durchsage zu wiederholen, kam die Polizei nicht nach. Wenige Minuten nach der Verlautbarung der Auflösung wurde der Hörsaal versperrt, sodass es für die meisten der Anwesenden nicht möglich war, den Hörsaal zu verlassen. Die Polizei hielt die Anwesenden in kleinen Gruppen im Saal fest und ermöglichte das Verlassen des Audimax nur unter der Bedingung einer Identitätsfeststellung. In der Folge wurden über jene 180 Personen, deren Identität festgestellt worden war, Verwaltungsstrafen in der Höhe von € 100 wegen Störung der öffentlichen Ordnung nach § 81 Abs 1 SPG verhängt.

3. Rechtliche Analyse

Die Polizei berief sich bei der Vornahme der Identitätsfeststellung auf § 35 Verwaltungsstrafgesetz (VStG). Diese Bestimmung ermächtigt Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes, die Identität von Personen festzustellen, die sie berechtigterweise verdächtigen, eine Verwaltungsübertretung zu begehen oder unmittelbar zuvor begangen zu haben.² Im konkreten Fall erachtete die Polizei den Tatbestand der Störung der öffentlichen Ordnung nach § 81 Abs 1 SPG als erfüllt. Gemäß § 81 Abs 1 SPG stellt die ungerechtfertigte Störung der öffentlichen Ordnung durch besonders rücksichtsloses Verhalten

² VwGH 18.6.2008, 2005/11/0048.

eine Verwaltungsübertretung dar. Das Verwaltungsstrafgesetz nimmt gemäß § 6 VStG allerdings jene Handlungen von der Rechtswidrigkeit aus, die zwar grundsätzlich den Tatbestand einer Verwaltungsübertretung erfüllen, aber durch das Gesetz explizit erlaubt sind. Unter diesen Rechtfertigungsgrund fällt unter anderem die Ausübung von Grundrechten.³ Im vorliegenden Fall kam dafür das in Art 12 StGG und Art 11 EMRK enthaltene Grundrecht auf Versammlungsfreiheit in Betracht.

Die Judikatur spricht dem § 81 Abs 1 SPG einen äußerst weiten Anwendungsbereich zu,⁴ der wohl auch die durch das Eindringen in das Audimax verursachte Störung einer Lehrveranstaltung und die nachfolgende „Besetzung“ eines Hörsaales umfasst. Hiervon ging im vorliegenden Fall auch der UVS aus.⁵

Unter der Prämisse, dass die Teilnehmer_innen der Protestveranstaltung durch ihr Verhalten den Tatbestand der Störung der öffentlichen Ordnung tatsächlich erfüllten,⁶ stellten sich hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Identitätsfeststellung zwei zentrale Fragen: Zunächst war zu beurteilen, ob es sich bei der Zusammenkunft im Audimax um eine Versammlung iSd verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte des Art 12 StGG und/oder Art 11 EMRK handelte. Daran anschließend war die Frage nach einer etwaigen Rechtfertigung durch § 6 VStG zu klären.

3.1. Handelte es sich bei der Zusammenkunft im Audimax um eine Versammlung?

Den folgenden Überlegungen ist voranzustellen, dass der Begriff der Versammlung weder verfassungsrechtlich in Art 12 StGG oder Art 11 EMRK, noch einfachgesetzlich im Versammlungsgesetz (VersG) definiert ist. Nach der Rechtsprechung des VfGH setzt der Versammlungsbegriff des Art 12 StGG voraus, dass die fragliche Veranstaltung mit der Absicht abgehalten wird, „die Anwesenden zu einem gemeinsamen Wirken (Debatte, Diskussion, Manifestation usw) zu bringen, sodass eine gewisse Assoziation der Zusammengekommenen entsteht“.⁷ Im Vergleich dazu weist Art 11 EMRK, dem VfGH zufolge, einen weiteren Schutzbereich auf, der „jede organisierte einmalige Vereinigung mehrerer Menschen zu einem gemeinsamen Ziel an einem bestimmten Ort“⁸ umfasst.⁹ Berka hingegen ist der Ansicht, dass beide Grundrechte den gleichen Schutzzumfang haben.¹⁰ Ob dem tatsächlich so ist, kann allerdings dahingestellt bleiben, da auch ein

3 Hengstschläger, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁴ (2009) 445.

4 Hauer/Keplinger, *Sicherheitspolizeigesetz*⁴ (2011) 773.

5 UVS Wien 6.12.2012, 02/40/6907/2012.

6 Wie unter 3.3. ausgeführt, kann allerdings angenommen werden, dass das Verhalten der Teilnehmer_innen bereits tatbestandsmäßig von der Anwendbarkeit des § 81 Abs 1 SPG ausgenommen war.

7 Etwa VfSlg 10.608/1985.

8 VfSlg 12.501/1990.

9 Dieser Ansicht folgen auch Öhlinger/Eberhard, *Verfassungsrecht*⁹ (2012) 431 und Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, *Bundesverfassungsrecht*¹⁰ (2007) 740.

10 Berka, *Verfassungsrecht*⁴ (2012) 497.

Verhalten, das zwar in den Schutzbereich des Art 11 EMRK, nicht aber in jenen des Art 12 StGG fällt, durch § 6 VStG gerechtfertigt sein kann. Es ist darüber hinaus unumstritten, dass auch sogenannte „Spontanversammlungen“, dh Versammlungen ohne vorherige Anzeige nach VersG, grundrechtlich geschützt sind.¹¹ Somit schadete es jedenfalls nicht, dass die Zusammenkunft im Audimax nicht angezeigt worden war.

Weiters war im gegenständlichen Fall die von Art 12 StGG geforderte Voraussetzung des gemeinsamen Wirkens erfüllt: Die Teilnehmer_innen der Protestkundgebung demonstrierten gemeinsam für die Beibehaltung des Bachelorstudiums „Internationale Entwicklung“, bildeten Forderungen, die gegenüber dem Rektorat und der Öffentlichkeit geäußert wurden, und erarbeiteten kollektiv Lösungsvorschläge für universitäre Probleme. Das Kriterium des gemeinsamen Wirkens darf nicht zu eng verstanden werden. So kann uE etwa nicht verlangt werden, dass die Demonstrant_innen konstant lautstark und geschlossen Parolen skandieren.

Die Polizei argumentierte, dass die Protestkundgebung zwar zu Beginn als Versammlung zu qualifizieren gewesen sei, im Laufe des Tages diesen Charakter jedoch verloren und schließlich spätestens zum Zeitpunkt der Auflösung eine rechtswidrige Besetzung iSd § 37 SPG dargestellt hätte. Diese Ansicht basiert darauf, dass sich die Teilnehmer_innen der Veranstaltung im Wege einer Abstimmung mehrheitlich dafür entschieden, das Audimax – entgegen der Forderung des Rektors – nicht zu verlassen und bis auf weiteres dort zu verweilen, dass Transparente abgehängt wurden, dass Anwesende versuchten, Lebensmittel in den Hörsaal zu bringen, dass die Polizei vereinzelt Schlafsäcke erblickte und dass die Teilnehmer_innen die Veranstaltung von sich aus als Besetzung bezeichneten. Dadurch sei, so die Polizei, klar zum Ausdruck gekommen, dass es sich bei der Zusammenkunft nunmehr um eine rechtswidrige Besetzung und nicht mehr um eine grundrechtlich geschützte Versammlung handelte, da die Anwesenden ihre Intention zum Ausdruck gebracht hätten, länger im Audimax zu verweilen und selbst von einer „Besetzung“ ausgingen.

Es stellte sich somit die Frage, ob eine längere Dauer grundsätzlich der Qualifikation der Zusammenkunft als Versammlung schadet. Dazu gibt es divergierende Meinungen: So hat etwa *Winkler* einst die Versammlung iSv VersG und Art 12 StGG als „Augenblicksverband“ charakterisiert.¹² Er geht davon aus, dass es zwar keine exakte zeitliche Höchstbegrenzung gebe, Versammlungen jedoch von vornherein von begrenzter Dauer sein müssten. Die zeitliche Obergrenze einer Versammlung mit vorherrschendem Kundgebungszweck ergebe sich im Normalfall schon durch menschliche Grundbedürfnisse wie Essen und Schlafen. Vor allem, so *Winkler*, dürfe keine „Institutionalisierung“ – etwa durch die „Wahl ständiger Organe“ oder „tagelanges Wohnverhalten“ – stattfinden.¹³

11 VfSlg 16.824/2003.

12 *Winkler*, Studien zum Verfassungsrecht (1991) 201.

13 *Winkler*, Studien 220.

Zur Untermauerung seiner Ansicht berief er sich unter anderem auf ein Erkenntnis des VfGH,¹⁴ der bezüglich der Frage, ob es sich bei dem Aufstellen eines Informationsstandes an zwei aufeinanderfolgenden Tagen von jeweils 9–18 Uhr um eine Versammlung iSd Art 12 StGG und VersG handle, Folgendes festgestellt hatte: „Vor allem aber schloß die in Aussicht genommene Veranstaltungsdauer (jeweils zwei Tage) die Deutung aus, es seien mit den beiden Eingaben Versammlungen angemeldet worden.“¹⁵ Stellt man derartig strenge Anforderungen an die Versammlungsdauer, so könnte wohl tatsächlich angenommen werden, dass die Protestkundgebung im Audimax – in Ermangelung einer *a priori* begrenzten Dauer – ab jenem Zeitpunkt nicht mehr als Versammlung iSd Art 12 StGG zu qualifizieren wäre, zu dem die Demonstrant_innen beschlossen, auf potentiell unbegrenzte Dauer im Audimax zu verbleiben.

Diese Ansicht ist jedoch im Lichte der neueren Judikatur des VfGH nicht aufrechtzuerhalten. Im Erkenntnis VfSlg 14.367/1995 hatte sich der VfGH mit einer – der Behörde nicht angezeigten – Blockade einer Straßenbaustelle auseinanderzusetzen. In dieser Entscheidung qualifizierte der VfGH das nächtliche Ausharren von 15 Demonstrant_innen in einem von ihnen am Ort der Blockade errichteten Unterstand als von der untertags stattgefundenen Versammlung umfasst und somit als grundrechtlich geschützt. Begründend führte er an: „Die Zusammenkunft während der Nachtstunden stand mit der unter Tags stattgefundenen Baustellen-Blockade, die nach ihrem Erscheinungsbild zweifelsfrei als Versammlung i.S. des VersG anzusehen war (...) und die am nächsten Tag fortgesetzt werden sollte, in derart engem zeitlichen, örtlichen und sachlichen Zusammenhang, daß all diese Aktivitäten als einheitliche Veranstaltung aufzufassen und sohin insgesamt als Versammlung zu werten waren.“¹⁶ In diesem Fall hinderte die beabsichtigte mehrtägige Dauer den VfGH also nicht daran, die Kundgebung als Versammlung zu qualifizieren. Im Gegenteil: Der Umstand, dass die Blockade am nächsten Tag fortgesetzt werden sollte, führte dazu, dass auch das nächtliche Ausharren als Teil der Versammlung in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit fiel.

Insbesondere ist auch zu beachten, dass Art 11 EMRK ohnehin weniger strenge Anforderungen an die Versammlungsdauer stellt. So hat der EGMR die mehrere Monate andauernde „Besetzung“ einer Kirche durch Menschen ohne Aufenthaltsgenehmigung, die auf diese Weise auf ihre prekäre rechtliche Situation aufmerksam machen wollten, als Versammlung iSd Art 11 EMRK qualifiziert¹⁷ – eine Entscheidung die nicht zuletzt bei der Beurteilung der gewaltsamen Räumung der Refugeeproteste in Wien eine Rolle spielt.¹⁸

14 VfSlg 10.608/1985.

15 VfSlg 10.608/1985.

16 VfSlg 14.367/1995.

17 EGMR 9.4.2002, *Cisse gegen Frankreich*, Nr 51346/99.

18 Siehe dazu *Alvarado-Dupuy*, „You cannot silence us“! – Zum Refugee Protest Camp Vienna und den politischen Rechten von Flüchtlingen in Österreich, *juridikum* 2013, 17.

Angesichts der Rechtsprechung sowohl des VfGH als auch des EGMR war somit davon auszugehen, dass im konkreten Fall die Zusammenkunft im Audimax ihren Versammlungscharakter auch dadurch nicht verlor, dass sich die Mehrheit der Teilnehmer_innen dafür entschied, länger im Audimax zu bleiben und Lebensmittel sowie vereinzelt Schlafsäcke in den Hörsaal zu bringen.

Das Argument, die Bezeichnung der Zusammenkunft als Besetzung durch die Demonstrant_innen nähme dieser den Versammlungscharakter, war ebenso wenig zutreffend. Hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation einer Veranstaltung als Versammlung zielen sowohl Art 12 StGG als auch Art 11 EMRK nicht auf die Selbstbezeichnung durch die Teilnehmer_innen, sondern auf die Erfüllung der oben genannten Kriterien ab. So spielt es für die Beurteilung auch keine Rolle, ob eine geplante Zusammenkunft formal als „Versammlung“ angezeigt wird; die Qualifikation richtet sich nach dem Zweck und der „äußeren Erscheinungsform“ der Veranstaltung.¹⁹ Die falsche Bezeichnung durch die Demonstrant_innen ist daher unbeachtlich.²⁰

3.2. War das Verhalten der Demonstrant_innen gemäß § 6 VStG gerechtfertigt?

Nachdem dargelegt wurde, dass es sich bei der Protestkundgebung im Audimax um eine grundrechtlich geschützte Versammlung handelte, gilt es zu erörtern, inwieweit § 6 VStG geeignet ist, die durch die Teilnehmer_innen der Versammlung verursachte Störung der öffentlichen Ordnung (§ 81 Abs 1 SPG) zu rechtfertigen.

Der VfGH stellte 1988 fest, dass „im Hinblick auf die verfassungsgesetzlich gewährleistete Versammlungsfreiheit (...) anzunehmen (ist), daß ein Verhalten, das an sich dem Tatbestand einer Verwaltungsübertretung entspricht, von der Rechtsordnung erlaubt und damit gemäß § 6 VStG 1950 dann gerechtfertigt sein kann, wenn es unbedingt notwendig ist, um die Versammlung in der beabsichtigten Weise durchzuführen“.²¹ In dieser Entscheidung geht der VfGH allerdings noch davon aus, dass der Rechtfertigungsgrund des § 6 VStG nur dann greifen kann, wenn die Versammlung ordnungsgemäß angezeigt wurde und das tatsächliche Verhalten der Teilnehmer_innen der Anzeige entspricht.

In der jüngeren Rechtsprechung wich der VfGH jedoch von diesem Erfordernis ab. So stellte er im Rahmen eines Bescheidbeschwerdeverfahrens treffend fest, dass allein der Umstand, dass die Versammlung nicht ordnungsgemäß angezeigt wurde, nicht dazu führe, dass das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes iSd § 6 VStG *a priori* ausgeschlossen sei.²² Schließlich erkannte der VfGH, dass es verfassungswidrig sei, eine Teil-

19 VfSlg 11.866/1988.

20 VfSlg 14.367/1995; auch hier sprachen die Demonstrant_innen davon, dass die Baustelle „besetzt“ wäre.

21 VfSlg 11.866/1988.

22 VfSlg 18.483/2008.

nehmerin einer Spontan-Manifestation iSd VersG wegen lautstarken Schimpfens und Betretens der Fahrbahn und der damit einhergehenden Behinderung des Personen- und Fahrzeugverkehrs aufgrund von Verwaltungsübertretungen gemäß § 81 Abs 1 SPG und § 76 Abs 1 StVO zu bestrafen, ohne dabei zu berücksichtigen, dass die Handlungen während einer Spontanversammlung gesetzt wurden und damit potentiell iSd § 6 VStG gerechtfertigt seien.²³

Die Analyse der Judikatur des VfGH zeigt somit, dass § 6 VStG die Rechtswidrigkeit von Handlungen, die im Rahmen einer Spontanversammlung gesetzt wurden, ausschließt, sofern diese Handlungen notwendig waren, um das Recht auf Versammlungsfreiheit effektiv ausüben zu können. In diesem Fall sind sie vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit umfasst. Um festzustellen, ob gewisse Handlungen notwendig waren, müssen Zweck und Adressat_innen der Demonstration berücksichtigt werden.²⁴

Im vorliegenden Fall hatte die Versammlung den Zweck, gegen die geplante Abschaffung des Bachelorstudiums „Internationale Entwicklung“ zu protestieren und richtete sich dadurch insbesondere an das Rektorat der Universität Wien. Aufgrund des universitären Themas ist die Wahl eines Hörsaals als Ort der Versammlung naheliegend. Auch die Bedeutung und Symbolwirkung des Audimax dürfen nicht außer Acht gelassen werden: Es handelt sich um den größten Hörsaal der Universität Wien, der in der Geschichte der Universität immer wieder zentraler Ort bedeutender Studierendenproteste war. Die Medienwirksamkeit einer Versammlung wird durch eine „Besetzung“ des Audimax potenziert. Zudem sind allen Versammlungen an öffentlichen Orten Ordnungsstörungen in einem gewissen Ausmaß immanent. Politische Versammlungen zielen darauf ab, gesellschaftliche Zustände im Wege einer kollektiven Meinungsäußerung zu verändern. Eine wirkliche Wahrnehmung des Grundrechts ist somit nur möglich, wenn ein Mindestmaß an Aufmerksamkeit erreicht wird.

Unter Berücksichtigung der hier angeführten Aspekte ist somit davon auszugehen, dass die von den Demonstrant_innen im Rahmen der Spontanversammlung gesetzten Handlungen gemäß § 6 VStG gerechtfertigt und damit nicht strafbar waren. Dies sah auch der UVS Wien so, der die Ordnungsstörung als „notwendige Begleiterscheinung“ der Versammlung qualifizierte und deshalb als nach § 6 VStG gerechtfertigt erachtete.²⁵

3.3. Enthält § 81 Abs 1 SPG eine tatbestandsmäßige Ausnahme für grundrechtlich geschütztes Verhalten?

Neben der, aus der Judikatur des VfGH ableitbaren und im vorliegenden Fall auch vom UVS angenommenen, Rechtfertigung gemäß § 6 VStG, führt auch noch ein zweiter, von

23 VfSlg 19.528/2011.

24 In diesem Sinne auch der UVS Wien 6.12.2012, 02/40/6907/2012.

25 UVS Wien 6.12.2012, 02/40/6907/2012.

der Rechtsprechung uE bisher noch nicht ausreichend begangener, Weg zur Straflosigkeit.

Der Tatbestand des § 81 Abs 1 SPG ist nur erfüllt, wenn die öffentliche Ordnung „ungerechtfertigt“ gestört wird. Den Materialien zufolge, ist die Ordnungsstörung etwa dann nicht „ungerechtfertigt“, wenn sie im Zuge der Ausübung von Grund- und Freiheitsrechten verursacht wird.²⁶ *Hauer/Keplinger* gehen davon aus, dass daher bestimmte Verhaltensweisen aus dem Anwendungsbereich des § 81 Abs 1 SPG ausgenommen sind, die bei Inanspruchnahme der Grundrechte gesetzt werden – auch solche, die nicht unter die Rechtfertigung des § 6 VStG fallen.²⁷ Die bereits im Tatbestand der Verwaltungsübertretung selbst enthaltene Ausnahme reicht also weiter als der Rechtfertigungsgrund des § 6 VStG. Diesem Verständnis folgend sind die Handlungen der Versammlungsteilnehmer_innen nach dem bereits Dargelegten schon tatbestandsmäßig nicht als Verwaltungsübertretung gemäß § 81 Abs 1 SPG zu qualifizieren. Für eine Prüfung des § 6 VStG bleibt bei diesem Ansatz kein Raum mehr.

3.4. Rechtswidrigkeit der Identitätsfeststellung gemäß § 35 VStG

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Identitätsfeststellung gemäß § 35 VStG nur zulässig ist, wenn ein Sicherheitsorgan in vertretbarer Weise davon ausgehen kann, dass die betroffene Person eine Verwaltungsübertretung begeht oder unmittelbar zuvor begangen hat. Der UVS hielt dies im vorliegenden Fall für ausgeschlossen: Die BPD Wien hätte erkennen und berücksichtigen müssen, dass eine Versammlung vorlag und die Ordnungsstörung eine „notwendige Begleiterscheinung“ der Versammlung darstellte und somit gemäß § 6 VStG gerechtfertigt war. Die Identitätsfeststellung war daher rechtswidrig.²⁸

4. Fazit

In den letzten Jahren hat sich wiederholt gezeigt, dass die Polizei durchaus geneigt ist, den rechtlichen Rahmen zu biegen und Gründe zu finden, um politische Aktionen einzuschränken und deren Teilnehmer_innen zu bestrafen. So wurden in Graz kurz vor der Landtagswahl 2012 Gegenkundgebungen zu Straches (FPÖ) Auftritt durch ein Platzverbot verhindert, das für FPÖ Klientel nicht galt.²⁹ Auch die Räumung des Refugee-camps in Wien im Dezember 2012, bei der ein seit Wochen bestehendes Protestcamp mit Berufung auf die Wiener Kampierverordnung geräumt wurde, deutet auf die Krea-

²⁶ RV 148 BlgNR 18. GP 52.

²⁷ *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz⁴ (2011) 778.

²⁸ UVS Wien 6.12.2012, 02/40/6907/2012.

²⁹ Siehe dazu die Parlamentarische Anfrage an die Bundesministerin für Inneres betreffend Platzverbot am Grazer Freiheitsplatz am 23.11.2012 13370/J 24. GP.

tivität der Polizei im Umgang mit Rechtsgrundlagen hin – insbesondere da selbst die herangezogene Kampierverordnung eine Anwendung auf solche Handlungen ausschließt, „die in unmittelbarem örtlichem Zusammenhang mit einer erlaubten Tätigkeit stehen“.³⁰ Auch, dass es gerade das Wiener Landesamt für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung (LVT) war, das den hier besprochenen Einsatz im Audimax leitete, überrascht angesichts der zahlreichen Ermittlungen gegen studentische Aktivist_innen, die in den letzten Jahren bekannt geworden sind, nicht.³¹

Die Möglichkeiten, sich als Betroffene_r gegen rechtswidriges Vorgehen der Polizei zu wehren, sind beschränkt. Eine Maßnahmenbeschwerde an den UVS kann die Rechtswidrigkeit von Behördenhandlungen erst im Nachhinein feststellen. Auch ist es nicht möglich, im Rahmen dieses Verfahrens eine Entschädigung zu erhalten. Das Rechtsmittel birgt ein hohes Kostenrisiko für den_die Beschwerdeführer_in. Wird die Beschwerde abgewiesen, muss der belangten Behörde der Schriftsataufwand, der sich meistens auf € 800 bis € 1000 beläuft, ersetzt werden. Darüber hinaus kann das Rechtsmittel nur von unmittelbar betroffenen Personen ergriffen werden und stellt insofern keine effektive Möglichkeit dar, rechtswidriges Polizeivorgehen strukturell aufzuzeigen. Das Kostenrisiko und der Aufwand, eine rechtlich begründete Beschwerde zu verfassen und eventuell in einer mündlichen Verhandlung vor dem UVS aussagen zu müssen, stellen für viele Betroffene große Hindernisse dar. Vor allem in Anbetracht dessen, dass im Maßnahmenbeschwerdeverfahren meist lediglich eine Feststellung der Rechtswidrigkeit erreicht werden kann, scheint es vielen Menschen die Anstrengung und das Risiko nicht wert zu sein. Zudem gewinnt man den Eindruck, dass sich die Feststellung der Rechtswidrigkeit kaum auf die Praxis auswirkt; vielmehr findet die Polizei immer neue Wege, gegen politische Aktionen vorzugehen – klar erkennbar ist dies etwa in Bezug auf die bereits angesprochene Räumung des Refugeecamps.

In diesem Fall wurden jedoch sowohl das Unrechtsempfinden der Aktivist_innen als auch die rechtliche Einschätzung der an der Beschwerde beteiligten Jurist_innen bestätigt.

Dieses Beispiel zeigt, dass es sich dennoch lohnt, Polizeimaßnahmen nicht einfach hinzunehmen, sondern ihre Rechtmäßigkeit zu hinterfragen und gegebenenfalls Widerstand zu leisten – auch mit juristischen Mitteln. Für die fast 200 Aktivist_innen, die von dem rechtswidrigen Vorgehen der Polizei im Audimax betroffen waren, ist diese gewonnene Maßnahmenbeschwerde auch nicht zuletzt deshalb ein Erfolg, weil nach dieser Entscheidung des UVS zu erwarten ist, dass auch die Rechtsmittel, die gegen die Verwaltungsstrafen eingebracht wurden, erfolgreich sein werden. Beschwerden wie diese

30 § 2 Abs 1 Wiener Kampierverordnung, WienerABl 1985/12.

31 Ermittlungen gegen Aktivist_innen der unibrennt Bewegung, siehe etwa: [http://www.fightrepression2010.tk/\(20.2.2013\)](http://www.fightrepression2010.tk/(20.2.2013))
ÖH Funktionär_innen in Extremismusdatenbank, siehe etwa: [http://www.progress-online.at/content/%C3%B6h-unter-verdacht\(20.2.2013\)](http://www.progress-online.at/content/%C3%B6h-unter-verdacht(20.2.2013)).

sowie andere Formen der Antirepressionsarbeit sind notwendig, damit rechtswidriges Polizeihandeln aufgedeckt und bekämpft werden kann.

Angelika Adensamer studiert Rechtswissenschaften an der Universität Wien, ist Teil des Rechtsinfokollektivs und Redaktionsmitglied des juridikum; angelika.adensamer@univie.ac.at

Mag. Lorenz Dopplinger ist Assistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Uni Wien und Redaktionsmitglied des juridikum; lorenz.dopplinger@univie.ac.at

Maria Sagmeister studiert Rechtswissenschaften an der Universität Wien, ist Teil des Rechtsinfokollektivs und Redaktionsmitglied des juridikum; maria.sagmeister@univie.ac.at

Studiengebühren

Eine unendlich verfassungswidrige Geschichte.

Andreas Wöckinger

1. Einleitung

Seit der Verfassungsgerichtshof am 30. Juni 2011 einen Teil des Universitätsgesetzes, in dem Studiengebühren geregelt waren, wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben hat, kommt die Republik in dieser Frage nicht zur Ruhe. Ein Gutachten jagt das andere, und nun hat sich auch die Regierung mit einer (legistisch verpuschten und teilweise verfassungswidrigen) Novelle des Universitätsgesetzes¹ in eine Frage eingemischt, die *Heinz Mayer*, Professor für Verfassungsrecht an der Universität Wien und Experte für Universitätsrecht, in die Diskussion eingeworfen hat: Ist die Einhebung von Studiengebühren in der Autonomie der Universitäten enthalten?

Zu Beginn des gegenständlichen Beitrags wird die Geschichte der Studiengebühren in Österreich kurz umrissen. Danach werden die Argumente *Mayers*, der die autonome Einhebung von Studiengebühren für verfassungsmäßig hält, präsentiert. Daran anknüpfend wird gezeigt, warum seine Meinung unzutreffend ist, und die autonome Einhebung von Studiengebühren verfassungswidrig ist. Schließlich wird ein Schritt zurück gemacht, und das intellektuelle Chaos rund um die Frage, ob Studiengebühren verfassungswidrig sind, auf die politische Uneinigkeit und deren bedenkliche Randerscheinungen in der Bundesregierung zurückgeführt.

2. Die Anfechtung von Studiengebühren

Studiengebühren wurden in Österreich, nachdem sie etwa dreißig Jahre abgeschafft waren, im Jahr 2002 von der damaligen Rechtsregierung wieder eingeführt.² Sie blieben ein politisch kontroverses Thema, sodass eine Zweckkoalition aus SPÖ, FPÖ und Grünen sie vor den Nationalratswahlen 2008 wieder teilweise abschaffte.³ Auch diese Neuregelung der Studiengebühren, welche die Pflicht selbige zu leisten von der vermeintlichen Leistungswilligkeit sowie der Staatsbürger_innenschaft der Student_innen abhängig machte, vermochte die Kritiker_innen von Studiengebühren nicht zu überzeugen.

1 BGBl I 18/2013.

2 BGBl I 120/2002. Siehe dazu auch: *Ulrich/Weikbart/Wagner*, Studiengebühren, juridikum 2002, 68.

3 BGBl I 134/2008.

Nach der UG-Novelle 2008 mussten nicht gleichgestellte Drittstaatenangehörige sowie österreichische Staatsbürger_innen, welche die vorgesehene Studienzeit um mehr als zwei Semester pro Studienabschnitt überschritten hatten, weiterhin Studiengebühren zahlen. Es wurden, mit Unterstützung der Österreichischen Hochschüler_innenschaft, Beschwerden beim Verfassungsgerichtshof eingebracht.

Im Jahr 2011 hob der Verfassungsgerichtshof schließlich § 91 Abs 1-3 und 8 Universitätsgesetz sowie die relevante Bestimmung der darauf basierenden Studienbeitragsverordnung⁴ wegen Verstößen gegen das Determinierungsgebot auf und schaffte damit die Studiengebühren de facto ab.⁵ Der Jubel unter den Studiengebühren – Gegner_innen war groß. Die Rechtslage schien geklärt, und die Wiedereinführung von Studiengebühren von einem, auf Grund des politisch kontroversen Themas innerhalb der gewährten Reparaturfrist unwahrscheinlichen, Beschluss des Nationalrates abhängig. Doch der Jubel währte nur kurz. Im Oktober 2011 präsentierte das Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung ein Auftragsgutachten⁶, das von *Heinz Mayer* verfasst worden war.⁷ In dem Gutachten kommt *Mayer* zu dem Schluss, dass die Universitäten befugt seien, autonom Studiengebühren einzuführen, genauer gesagt diese in ihrer Satzung zu regeln.

Das begründet *Mayer* mit Art 81c Bundesverfassungsgesetz, der mit einer Novelle des B-VG 2009 geschaffen wurde. Darin wurden all jene Rechte der Universitäten, die in Verfassungsrang stehen, zusammengefasst. Eines der zusammengefassten Rechte war in der Vorgängerregelung des § 2 Abs 2 Universitätsorganisationsgesetz (UOG) 1993 normiert. Dort hieß es: „Die Universitäten sind im Rahmen der Gesetze und Verordnungen sowie nach Maßgabe der Budgetzuweisungen gemäß § 17 Abs. 4 zur weisungsfreien (autonomen) Besorgung ihrer Angelegenheiten befugt“⁸

Laut *Mayer* brachte der Verfassungsgesetzgeber im Jahr 1993 durch die Wendung „im Rahmen der Gesetze“ in besagtem Paragraphen seinen Wunsch zum Ausdruck, den Universitäten zu erlauben, dort Regelungen im Verordnungsweg zu erlassen, wo eine gesetzliche Regelung fehlt. Zumindest argumentiert *Mayer* in seinem Rechtsgutachten, und auch in einer ausführlicheren Begründung seiner Meinung⁹, mit den Gesetzgebungsmaterialien des Jahres 1993.

Art 81c B-VG Abs 1 lautet: „Sie (Anm.: Die Universitäten) handeln im Rahmen der Gesetze autonom und können Satzungen erlassen.“¹⁰ Das bedeutet, dass die Satzungen der Universitäten nach wie vor „ihre Angelegenheiten“ regeln dürfen, was zu diesem

4 § 2 Abs 3 StudienbeitragsV 2004, BGBl II 55/2004 idF BGBl II 3/2009.

5 VfSlg 19448/2011.

6 Kritisch zu Auftragsgutachten: *Kaup*, *Odysseus statt Herkules: Finanzielle Interessen offenlegen*, juristikum 2011, 401.

7 http://images.derstandard.at/2011/10/18/Gutachten_Mayer.pdf (13.04.2013).

8 BGBl I 805/1993.

9 *Mayer*, *Universitäre Satzungsautonomie und Studiengebühren*, zfhr 2011, 183 ff.

10 BGBl I 2/2008.

Zeitpunkt weder erstaunte noch neu war. Nachdem der VfGH im Juni 2011 die gesetzliche Regelung der Studiengebühren aufgehoben hatte, behauptete *Mayer* im Auftragsgutachten des BMWF nun, dass zu diesen Angelegenheiten auch die Regelung von Studiengebühren gehöre. Damit überraschte er sowohl die interessierte Öffentlichkeit als auch den Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes und entfachte erneut eine Diskussion, die unter Jurist_innen schon als abgeschlossen galt.

3. Studiengebühren als Kompetenz des Bundesgesetzgebers

Die Argumentation *Mayers* ist aus mehreren Gründen nicht überzeugend.

Zum einen bedeutet die Tatsache, dass den Universitäten ein verfassungsunmittelbares Verordnungsrecht zur Besorgung „ihrer Angelegenheiten“ zukommt, nicht, dass die Universitäten deshalb in der Ausübung dieses Rechts völlig frei sind. Vielmehr entspricht es der ständigen Rechtsprechung des VfGH, dass auch „nicht territoriale Selbstverwaltungskörper [...] nur auf Grund der Gesetze Verordnungen erlassen“¹¹ dürfen. Weiters waren nach der Aufhebung der „Studiengebühren-Bestimmungen“ des UG durch den VfGH im Juni 2011 weiterhin einige Bestimmungen des UG in Geltung, die den eindeutigen Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck bringen, wonach die Frage von Studiengebühren im Gesetz zu regeln sei:

In § 22 Abs 1 Z 9 UG war damals wie heute geregelt, dass die „Einhebung der Studienbeiträge in der gesetzlich festgelegten Höhe“ durch den/die Rektor_in zu erfolgen habe. Das setzt bei systematischer Interpretation des Willens des Gesetzgebers eine gesetzliche Regelung von Studiengebühren logisch voraus.¹² Die Zuordnung der Einhebung von Studiengebühren in der gesetzlich festgelegten Höhe in die Kompetenz des Rektors bzw der Rektorin steht darüber hinaus offensichtlich einer Einhebung im Satzungswege durch den – satzungserlassenden – Senat entgegen.

Selbiges gilt für § 91 UG, in dem Studiengebühren geregelt wurden. Die Abs 4–6 gehen von einer gesetzlichen Regelung von Studiengebühren aus, wie der Verfassungsjurist *Theo Öblinger* in seinem Gutachten ausführt.¹³ In § 91 Abs 6 hieß es nach der Aufhebung einzelner Absätze des entsprechenden Paragraphen im Juni 2011 durch den VfGH etwa nach wie vor, dass der/die Bundesminister_in „nähere Bestimmungen zur Einhebung des Studienbeitrages [...] durch Verordnung [...] festzulegen“¹⁴ hat. Damit wird auch hier eindeutig die prinzipielle Regelung der Frage von Studiengebühren in Gesetzesrang vorausgesetzt.

11 Vgl etwa VfSlg. 16.853/2003.

12 Vgl in diesem Sinne auch das Gutachten des Verfassungsdienstes des BKA: http://issuu.com/gruene_at/docs/2011-10_studiengebuehren_gutachten_verfassungsdien (15.4.2013).

13 *Öblinger*, Gutachten zur autonomen Einhebung: http://klub.spoe.at/bilder/d279/PK_D211686.pdf?111775 (14.4.2013).

14 § 91 Abs 6 in der Fassung nach der UG-Novelle 2008, BGBl I 134/2008.

Einen weiteren Hinweis darauf, dass die Regelung von Studiengebühren nicht in der Satzung erfolgen kann, enthält § 19 Abs 2 UG. Dort sind jene Agenden aufgezählt, welche die Universität in der Satzung zu regeln hat. Die Regelung von Studiengebühren findet sich hier nicht. Obwohl die dortige Aufzählung nur demonstrativ ist, zeigt sich auch dadurch, dass das System des UG von einer Studiengebührenregelung in Gesetzesrang ausgeht.¹⁵

Aus einer systematischen Interpretation des UG ergibt sich also ein eindeutiges Bild: Die Frage, ob es Studiengebühren geben soll, und im Falle der Bejahung dieser Frage deren Höhe, muss im Gesetz geregelt werden.

Auch bei einer historischen Interpretation der Studiengebührenregelungen wird man zu diesem Ergebnis gelangen. Da *Mayer* ja davon ausgeht, dass das Recht, Studiengebühren einzuheben, den Universitäten bereits 1993 durch die Satzungsautonomie eingeräumt wurde, wären alle seit damals erlassenen gesetzliche Regelungen zu Studiengebühren als Eingriff in das Recht der Universitäten, Studiengebühren autonom in ihren Satzungen zu regeln und einzuheben, und damit als verfassungswidrig anzusehen. Dass das Gesetz nur eine Schranke sei, bei deren Fehlen die Universitäten die Studiengebühren selbst regeln dürften, wie von *Mayer* zuletzt ausgeführt¹⁶, geht bereits davon aus, dass die Einhebung von Studiengebühren Angelegenheit der Universitäten sei. Dafür gibt es aber, auch durch die wiederholte Regelung dieser Materie durch formelles Gesetz seit 1993, keinen Hinweis. Die Entbindung vom strengen Legalitätsprinzip erfolgte im UOG 1993 nur bezüglich der internen Angelegenheiten der Universitäten, die in der Satzung geregelt werden durften, und die das UG in § 19 Abs 2 weiterhin demonstrativ aufführt, wie bereits oben gezeigt.

Sehr viel naheliegender ist es hingegen davon auszugehen, dass es eben dem Willen des Gesetzgebers entsprach, die Frage der Finanzierung und somit auch die Einhebung von Studiengebühren durch die Universitäten nicht von diesen selbst regeln zu lassen.

Diese Meinung wurde im Übrigen auch im einschlägigen Kommentar zum Universitätsrecht, herausgegeben von *Mayer* selbst, noch im Jahr 2010 vertreten. Zum damals relativ neu geschaffenen Art 81c Abs 1 B-VG wurde damals dort ausgeführt, dass er Autonomie nur bezüglich der wissenschaftlichen Forschung und wissenschaftsnaher Organisationsrechte garantiere. Diese Selbständigkeit bei der wissenschaftlichen Aufgabenbesorgung bestehe, „trotz staatlicher Finanzierung“.¹⁷

In Art 81c Abs 1 war die Finanzierung der Universitäten, zum Beispiel via Studiengebühren, laut Kommentar aus dem Jahr 2010 also noch nicht enthalten. Warum dieses Recht zur Finanzierung und damit zur Einhebung von Studiengebühren den Universitäten dann im Jahr 2011 zukommen soll, bleibt schleierhaft.

15 So wohl auch der VfGH in seinem, das aktuelle Gesetzesprüfungsverfahren einleitenden Beschluss: VfGH 10.10.2012, B 878/12-12.

16 *Mayer*, Universitäre Satzungsautonomie und Studiengebühren, zfhr 2011, 183 ff.

17 *Kucsko-Stadlmayer* in: *Mayer*, Kommentar zum Universitätsgesetz 2002² (2010) Art 81c Rn 1.

Diese Schlussfolgerung drängt sich auch bei einem Blick in das UG auf, das bei der Neuzusammenfassung der Universitätsrechte in Art 81c B-VG in Geltung stand. Unter der Überschrift „Universitätsfinanzierung aus Bundesmitteln“ heißt es im dortigen § 12 Abs 1: „Die Universitäten sind vom Bund zu finanzieren.“¹⁸

Diese Verpflichtung hat der VfGH auch in seinem jüngsten Erkenntnis nochmals betont. Dort heißt es: „Ein wesentliches Merkmal öffentlicher Universitäten im Sinne des Art. 81c Abs. 1 B-VG ist die staatliche Verantwortung für die Finanzierung der Regelstudien, also der Grund-, Aufbau- und Doktoratsstudien der öffentlichen Universitäten, sowie für ein angemessenes Ausmaß von, im Sinne des Art. 81c Abs. 1 B-VG „freier“, also keinen inhaltlichen Einflüssen ausgesetzter und keinen anderen als intrinsischen Anreizen unterliegender wissenschaftlicher Forschung an diesen Universitäten.

4. Schlussfolgerung und Ausblick

Die Frage, ob Universitäten Studiengebühren autonom einheben dürfen oder nicht, ist daher mit „nein“ zu beantworten.

Nachdem der Nationalrat Anfang des Jahres 2013 erneut eine Studiengebühren-Regelung in Gesetzesrang beschlossen hat, war das Chaos rund um die Gebühren vollends perfekt.¹⁹ In der Neuregelung durch den Bundesgesetzgeber wurden die vom VfGH bereits wegen vermuteter Verfassungswidrigkeit in Prüfung gezogenen Universitätssatzungen²⁰ rückwirkend für das Wintersemester 2012 in Gesetzesrang erhoben. Aufgrund der bereits bestehenden Unsicherheit bezüglich der Rechtmäßigkeit einer Studiengebühren-Vorschreibung in der Satzung einer Universität, hatten allerdings nur neun Universitäten solche Satzungen erlassen. Gegen die gesetzliche Neuregelung²¹ wurden abermals mehrere Bescheidbeschwerdeverfahren angestrengt. Mit seinem Erkenntnis vom 29.06.2013 hat der VfGH nun endgültig klargestellt, dass das Recht zur Einhebung von Studiengebühren nicht in der Universitätsautonomie enthalten ist. Dabei hat er nochmals, wie bereits oben angeführt, die Verantwortung des Bundes für die Finanzierung der öffentlichen Universitäten betont. Die rückwirkende gesetzliche Regelung, die erst im Jänner 2013 eingeführt worden war, wurde vom VfGH als verfassungswidrig aufgehoben.

Abseits der juristischen Betrachtungsweise ist für die aktuelle Misere und das Chaos einmal mehr eine Bundesregierung verantwortlich, die plan- und ziellos agiert. Dass es dabei mittlerweile normal scheint, wenn ein Minister seine politische Meinung, gestützt

18 BGBl I 120/2002 zuletzt geändert durch BGBl I 35/2012.

19 VfGH 29.06.2013, G 35-40/2013

20 zB: §§ 23 und 23a des studienrechtlichen Teiles der Satzung der Universität Wien vom 30. November 2007, 8. Stück, Nr. 40 (Neuverlautbarung), in der Fassung Mitteilungsblatt der Universität Wien vom 2. Mai 2012, 22. Stück, Nr. 129.

21 BGBl I 18/2013.

auf ein einziges, umstrittenes Rechtsgutachten²², gegenüber seinen Regierungskolleg_innen durchboxen will, ist bedenklich. Den neun Universitäten, die Studiengebühren in ihren Satzungen festgeschrieben haben, stellt ihr Agieren auf Zuruf des Wissenschaftsministers und gestützt auf dieselbe zweifelhafte Rechtsmeinung ebenfalls kein gutes Zeugnis aus.

Die Empfehlung des Autors ist es übrigens, jegliche Studiengebühren auf gesetzlicher Ebene abzuschaffen, und sich als Universität nicht an rettungsringartige Gutachten zu klammern, die vom Wissenschaftsminister geliefert werden. Bei der Beobachtung der Auseinandersetzung über Studiengebühren scheint es, dass deren Befürworter_innen von keinem noch so guten – juristischen – Argument gegen Studiengebühren überzeugt werden können. Hier gilt für einen großen Teil der entscheidungsbefugten Senatsmitglieder der Universitäten sowie diverse Minister_innen der letzten Jahre gleichermaßen: Keine Studiengebühren darf es nicht geben, koste es was es wolle; hier zum Beispiel eine juristisch mehr als fragwürdige Konstruktion.

Mag. Andreas Wöckinger ist ausgebildeter Historiker und studiert derzeit Rechtswissenschaften an der Universität Wien. Er ist Redaktionsmitglied des *juridikum*. Seine Bescheidbeschwerde vor dem VfGH führte zur Einleitung des Verordnungsprüfungsverfahrens in Hinblick auf die Rechtmäßigkeit von Studiengebühren (VfGH 29.06.2013, G 35-40/2013); a.woeckinger@gmx.at

22 Vgl dazu die Gegengutachten von *Theo Öblinger* und *Werner Hauser* sowie das Gutachten des Verfassungsdienstes des Bundeskanzleramtes. Alle Gegengutachten sowie eine Replik *Mayers* darauf sind abgedruckt in *zFhr* 2011, 183.

Stopp aller Abschiebungen in menschenrechtswidrige Zustände im Zusammenhang mit der Dublin II-Verordnung

Stephanie Krisper

Das Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte hat eine Schriftenreihe zu den Forderungen des Refugee Protest Camp, zu den Forderungen der Geflüchteten und ihrer UnterstützerInnen ins Leben gerufen: Als menschenrechtliche Argumentationsgrundlage und Aufforderung an PolitikerInnen, in Verhandlungen mit den Protestierenden zu einer Verbesserung der Situation von Flüchtlingen in Österreich und Europa beizutragen. Das juridikum unterstützt diese Initiative und freut sich, ausgewählte Beiträge aus der Schriftenreihe veröffentlichen zu können.

Aus Anlass der Geschehnisse rund um das Refugee Protest Camp bei der Wiener Votivkirche und des Schicksals der Flüchtlinge, die mit Aktionen bis hin zum Hungerstreik auf ihre verzweifelte Lage aufmerksam machen wollten, ist es weiterhin vonnöten, das Dublin-System zu kritisieren. Schließlich werden laufend Asylsuchende von Österreich in andere EU-Mitgliedstaaten abgeschoben, in denen sie mit menschenrechtswidrigen Zuständen zu kämpfen haben.

1. Was ist die Dublin II-Verordnung?

Die Dublin II-Verordnung¹ regelt die Zuständigkeit der EU-Länder für Asylverfahren. Der Verordnung liegen die Idee und Absicht zugrunde, dass Asylsuchende innerhalb der EU-Mitgliedstaaten nur einen Asylantrag stellen können und zur Prüfung dieses Antrags dasjenige EU-Land für die Prüfung des Asylantrags zuständig ist, in dem eine Person ihren ersten Asylantrag stellt bzw. der Staat, der für die Einreise dieser Person in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten verantwortlich ist. Faktisch bedeutet dies, dass die Zuständigkeit in einer Vielzahl von Fällen bei den Mitgliedstaaten am Rande Europas mit Grenzen zu Drittstaaten liegt.

1 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Unterzeichnerstaates, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Unterzeichnerstaat gestellten Asylantrags zuständig ist.

2. Was bedeutet die Dublin II-Verordnung für Flüchtlinge und Asylsuchende?

Menschenrechtswidrige Zustände ...

Im „Dublin“- Land können sehr wohl menschenrechtswidrige Zustände herrschen: Dies kann an den Lebens- oder Anhaltebedingungen liegen, es kann aber auch das Asylverfahren für die geflüchtete Person – gemessen insbesondere an der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Genfer Flüchtlingskonvention – so unzugänglich oder mangelhaft sein, dass ihm/ihr Kettenabschiebung bis ins Herkunftsland droht.

Bis zu ihrer Mutation zu einem sicheren „Dublin“- Staat durch ihren EU-Beitritt im Jahre 2004 waren zB die Slowakei, die Tschechische Republik, Polen, Estland, Litauen, Lettland, Ungarn und Slowenien hinsichtlich ihrer Sicherheit für Flüchtlinge umstritten.² Besonders alarmierend waren die dramatisch unterschiedlichen Anerkennungs-raten hinsichtlich tschetschenischer Flüchtlinge³ in diesen neuen EU-Ländern, die als Randländer besonders oft für Asylverfahren zuständig sind. Aber auch in Griechenland, dem Nadelöhr der Festung Europa, sind die Zustände dramatisch: 2011 flüchteten allein über die türkische Grenze 55.000 Personen nach Griechenland.⁴ *Manfred Nowak*, einer der beiden Leiter des Ludwig Boltzmann Instituts für Menschenrechte, beschrieb die Wahrnehmungen seiner Mission als UNO-Sonderberichterstatter für Folter folgendermaßen: „Die Haftbedingungen in völlig überfüllten Polizeistationen oder speziellen Migrationshaftstellen waren einfach nur unmenschlich. Menschen waren auf engstem Raum zusammengepfercht, die Nahrungsversorgung war eingeschränkt und manche Haftanstalten glichen Müllhalden.“⁵

Flüchtlinge, die auf der Suche nach Schutz nach Europa kommen, betreten weiterhin mit dem ersten EU-Land, in das sie ihren Fuß setzen, die „Asylotterie“ des Dublin-

2 Der damalige UNO-Hochkommissär für Flüchtlinge, Ruud Lubbers, warnte den Rat der EU für Justiz und Inneres: „A decade ago they had no asylum systems at all. What is going to happen if thousands of extra asylum-seekers are sent back to them from the inner EU countries?“, Healy, Alison, ‘Warning by UN Commissioner on Asylum Regulations’, *Irish Times*, 23 January 2004.

3 UNHCR, ‘Asylum levels and trends in industrialized countries, 2005 overview of asylum applications lodged in Europe and non-European industrialized countries in 2005, 17 March 2006, <http://www.unhcr.org/44153f592.pdf>; UNHCR, ‘2005 Global refugee trends. Statistical overview of populations of refugees, asylum-seekers, internally displaced persons, stateless persons, and other persons of concern to UNHCR’, 9 June 2006.

4 UNHCR ‘United Nations High Commissioner for Refugees- Office in Greece Contribution to the dialogue on migration and asylum’, http://www.unhcr.gr/fileadmin/Greece/News/2012/positions/2012_Migration_AsymumEN.pdf.

5 Siehe *Nowaks* Bericht, U.N. Doc. A/HRC/16/52/Add.4, 21.4.2011, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/129/68/PDF/G1112968.pdf?OpenElement>, Council of Europe, ‘Report to the Government of Greece on the visit to Greece carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 27 August to 9 September 2005’, CPT/Inf (2006) 41; vlg auch folgende Berichte: *Austrian Red Cross and Caritas*, ‘The Situation of Persons Returned by Austria to Greece under the Dublin Regulation. Report on a Joint Fact-Finding Mission to Greece (May 23rd–28th 2009)’, August 2009; *Human Rights Watch*, ‘Greece: Unsafe and Unwelcoming Shores’, October 2009; UNHCR, Observations on Greece as a country of asylum, December 2009; *Amnesty International*, ‘The Dublin II Trap: transfers of Dublin Asylum Seekers to Greece’, March 2010; *National Commission for Human Rights (Greece)*, ‘Detention conditions in police stations and detention areas of aliens’, April 2010; *Amnesty International*, ‘Irregular migrants and asylum-seekers routinely detained in substandard conditions’, July 2010.

Systems. So landen viele Flüchtlinge in der EU in einer Sackgasse – etwa unbegleitete minderjährige Flüchtlinge aus Somalia, die in Ungarn zu Obdachlosen gemacht werden und auf der Straße um Essen betteln müssen; Bootsflüchtlinge aus Nordafrika, die auf Malta landen und dort umgehend eingesperrt und unter menschenunwürdigen Haftbedingungen monatelang festgehalten werden; afghanische Flüchtlinge, die in Griechenland nicht einmal erreichen können, dass ihr Asylgesuch auch nur gehört wird; Flüchtlinge in Italien, für die es dort so wenige Aufnahmeplätze gibt, dass die meisten auf der Straße, in Abbruchhäusern oder Baracken leben müssen.⁶

... fast unmöglich zu beweisen für den/die AsylwerberIn ...

Trotz dieser Realität wurde es in den Asylverfahren der meisten Länder den AsylwerberInnen fast unmöglich gemacht, die durch Dublin geschaffene Sicherheitsannahme des zuständigen EU-Landes zu widerlegen, müssen sie doch nachweisen, dass sie im Falle einer Abschiebung persönlich von einer menschenrechtswidrigen Behandlung bedroht wären. In Österreich judiziert der Asylgerichtshof weiterhin regelmäßig: „Es bedarf [...] eines im besonderen Maße substantiierten Vorbringens und des Vorliegens besonderer vom Antragsteller bescheinigter außergewöhnlicher Umstände, um die grundsätzliche europarechtlich gebotene Annahme der ‚Sicherheit‘ der Partnerstaaten der Europäischen Union als einer Gemeinschaft des Rechts im individuellen Fall erschüttern zu können. [...] Es trifft zwar ohne Zweifel zu, dass Asylwerber in ihrer besonderen Situation häufig keine Möglichkeit haben, Beweismittel vorzulegen (wobei dem durch das Institut des Rechtsberaters begegnet werden kann), und dies mitzubeachten ist (VwGH, 23.01.2007, Zl. 2006/01/0949). Diese Tatsache kann aber nicht pauschal dazu führen, die vom Gesetzgeber – im Einklang mit dem Unionsrecht – vorgenommene Wertung [...] überhaupt für unbeachtlich zu erklären [...].“⁷

... letztendlich bestätigt von EGMR und EuGH

Am 21. Jänner 2011 äußerte sich der EGMR in der Entscheidung *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland* zur Dublin II-Verordnung. Er verurteilte die Überstellung eines afghanischen Asylwerbers von Belgien⁸ nach Griechenland, weil dort die Lebens- und Haftbedingungen menschenunwürdig und das Asylsystem dysfunktional seien. Außerdem definierte der Gerichtshof die Verpflichtungen eines Mitgliedstaats, der Überstellungen vornimmt.

6 „Flüchtlinge im Labyrinth, Die vergebliche Suche nach Schutz im europäischen Dublinsystem“, http://www.proasyl.de/fileadmin/proasyl/fm_redakteure/Broschueren_pdf/Broschuere_Dublin_April_2012_WEB.pdf. Siehe auch *Forum Réfugiés-Cosi, the Hungarian Helsinki Committee and the European Council on Refugees and Exiles (ECRE)*, „Dublin II Regulation- Lives on hold“, European Comparative Report, Februar 2013.

7 Für viele etwa aus jüngerer Zeit: AsylGH 14.1.2013, S23 431473-1/2012.

8 http://diepresse.com/home/politik/eu/627163/Asylpolitik-wackelt_EULand-nach-Abschiebung-verurteilt.

Letztendlich hätten die Mitgliedstaaten schon 2009 aufgrund ihrer Kenntnis der zur Verfügung stehenden Berichtslage (Berichte von internationalen Organisationen, NGOs usw) von Überstellungen nach Griechenland absehen müssen. In zahlreichen Fällen erklärte der EGMR Abschiebungen nicht nur nach Griechenland, sondern etwa auch eines sudanesischen Asylwerbers von Österreich nach Ungarn für unzulässig. Zwar verpflichten die Entscheidungen des EGMR formal nur die verurteilten Staaten zu deren Befolgung und Umsetzung, doch laufen auch alle anderen EU-Staaten Gefahr, verurteilt zu werden, wenn sie weiterhin nach Griechenland bzw Ungarn abschieben. Auch in anderen Dublin-Staaten sind die Asylbehörden nun gefordert, sowohl früher als auch rascher Bedenken an der menschen- und EU-rechtskonformen Behandlung von AsylwerberInnen nachzugehen. Der EuGH meint dazu, dass es „den Mitgliedstaaten einschließlich der nationalen Gerichte obliegt, einen Asylbewerber nicht an den ‚zuständigen Mitgliedstaat‘ [...] zu überstellen, wenn ihnen nicht unbekannt sein kann, dass die systemischen Mängel des Asylverfahrens und der Aufnahmebedingungen für Asylbewerber in diesem Mitgliedstaat ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme darstellen, dass der Antragsteller tatsächlich Gefahr läuft, einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung [...] ausgesetzt zu werden.“⁹

3. „Dublin“ sollte ausgesetzt und fundamental reformiert werden

Nach Auffassung des Ludwig Boltzmann Instituts für Menschenrechte bewirkt das Dublin-System eine extrem unfaire Lastenverteilung zu Ungunsten der EU-Randstaaten, als diese für die Überprüfung von Asylanträgen hauptverantwortlich gemacht werden. Die Dublin II-VO und deren Vorgängerin, das Dubliner Übereinkommen, dienen augenscheinlich dem Interesse der Kernländer der EU, sich vor hohen Asylantragszahlen zu schützen. Jetzt, wo die desaströsen Zustände in den überforderten EU-Randländern bekannt sind, ist es traurige Tatsache, dass EU-Mittel nicht für direkte Hilfeleistung und Verbesserung der Bedingungen in den Auffanglagern verwendet, sondern in die Errichtung neuer Internierungslager und personelle Aufstockung bei der Grenzüberwachung investiert werden. Die EU gibt mittlerweile zwanzigmal mehr Geld für die Grenzüberwachung als für die Versorgung der Flüchtlinge aus.¹⁰ Dies ist umso beschämender, als einige Länder in Asien und im Nahen Osten jährlich mehr Asylanträge behandeln als alle 27 EU-Mitgliedsstaaten zusammen genommen.¹¹

Das derzeitige Dublin-System führt daher zu mannigfachen Verletzungen der Menschenrechte von Flüchtlingen. Es besteht somit dringender Bedarf, es grundlegend zu überdenken. Solange in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten völlig unterschiedliche Ver-

9 EuGH 21.12.2011, verbundene Rechtssachen C-411/10 und C-493/10, N.S. *ua*, Rz 106.

10 ProAsyl, <http://www.european-circle.de/machtpolitik/meldung/datum/2012/05/25/eine-schande-fuer-europa.html>.

11 UNHCR ‘Global Trends 2011. A Year of Crises.’ <http://www.unhcr.org/4fd6f87f9.html>.

fahrens- und Aufnahmestandards herrschen, ist die dem Dublin-System zugrundeliegende Annahme verfehlt, Asylsuchende hätten in allen EU-Mitgliedstaaten die selben Möglichkeiten, ihre Fluchtgründe darzulegen und die selben Chancen auf Gewährung von internationalem Schutz.

Thomas Hammarberg, Menschenrechtskommissar der EU, erklärte schon im September 2010, dass sich die Dublin II-Verordnung auf die falsche Annahme stützt, dass die geltenden nationalen Asylsysteme in Europa alle ähnlich hohe Standards zum Schutz von Flüchtlingen bieten, und daher eine notwendige Reform in „einer gründlichen Überarbeitung der nicht funktionierenden Dublin II-Verordnung in der Europäischen Union“ bestehe.¹² Die in Diskussion stehende Reform der Dublin II-Verordnung in Gestalt der wohl ab Herbst geltenden Dublin III-Verordnung rüttelt nur kaum spürbar an dieser unzutreffenden Prämisse des Dublin-Konzepts. Diese Fiktion ist bisher ein nicht mehr hinterfragter Bestandteil des europäischen Asylrechts gewesen. Nun sieht Art 3 Abs 2 des Entwurfs der Dublin III-Verordnung zwar Folgendes vor: „Erweist es sich als unmöglich, einen Antragsteller an den zunächst als zuständig bestimmten Mitgliedstaat zu überstellen, da es wesentliche Gründe für die Annahme gibt, dass das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen für Antragsteller in diesem Mitgliedstaat systemische Schwachstellen aufweisen, die eine Gefahr einer unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlung im Sinne des Artikels 4 der EU-Grundrechtecharta [Anm der Autorin: gemeint ist das Folterverbot] mit sich bringen, so setzt der die Zuständigkeit prüfende Mitgliedstaat, die Prüfung der in Kapitel III vorgesehenen Kriterien fort, um festzustellen, ob ein anderer Mitgliedstaat als zuständig bestimmt werden kann.“

Während der europäische Gesetzgeber mit dieser Bestimmung den vom EGMR in der Entscheidung *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland* formulierten Anforderungen ein wenig nachkommt, wird sich in der Praxis aufgrund der beschriebenen Probleme auf Beweislastebene wohl dennoch nur wenig ändern. Auch ist es unwahrscheinlich, dass die Mitgliedstaaten in absehbarer Zeit auch nur annähernd gleiche, menschenwürdige Verhältnisse in der Aufnahme der Flüchtlinge oder den Standards der Verfahren entwickeln werden. Solange diese Diskrepanz zwischen Fiktion und Realität besteht, sind bei der Umsetzung des Dublin-Systems weiterhin systematische Verstöße gegen das aus dem Folterverbot erwachsene Prinzip des *Non-Refoulement* zu befürchten.

Das Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte hält daher erstens eine gerechte Aufteilung der Asylverfahren und Aufnahme von AsylwerberInnen zwischen den EU-Ländern sowie die Schaffung einer gemeinsamen Asylbehörde für eine einheitliche Entscheidungsfindung vonnöten. Zweitens sind bis zur Realitätswerdung einheitlicher Asyl- und Abschiebeverfahren alle Rücküberstellungen von AsylwerberInnen in jene EU-Länder einzustellen, in denen auf AsylwerberInnen menschenrechtswidrige Umstände bzw

12 Straßburg, 22.09.2010 Kommentar, http://commissioner.cws.coe.int/tiki-view_blog_post.php?postId=80.

Asylverfahren warten.¹³ Der Trend geht tatsächlich – nicht nur in Europa – dorthin, immer neue Regelungen zu schaffen, um die Zuständigkeit zur Prüfung eines Asylgesuchs auf diejenigen Staaten abzuschieben, in denen Betroffene erstmals ein Gesuch stellen hätten können. UNHCR steht dieser, auch im Dublin-System verwirklichten, Tendenz kritisch gegenüber und hat erst kürzlich wieder klargestellt, dass die Zuständigkeit zur Prüfung eines Asylantrags grundsätzlich bei dem Staat liegen sollte, in dem der Antrag gestellt worden ist.¹⁴

Ein Überdenken des Dublin-Systems wäre notwendig, um Europa nicht zu einer Festung werden zu lassen, sondern als Friedensprojekt im Sinne der Menschenwürde ernst zu nehmen.

Dr.ⁱⁿ Stephanie Krisper ist Juristin und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte; steff@krisper.at

13 Siehe auch die Dissertation der Autorin mit dem Titel “The European Union’s Safe Country Concepts versus the Principle of Non- *Refoulement*”, Juni 2012.

14 UNHCR, Guidance Note on bilateral and/or multilateral transfer arrangements of asylum-seekers, Mai 2013, <http://www.refworld.org/docid/51af82794.html>

Thema: Wohnen

Vorwort

Caroline Voithofer / Cornelia Krieglsteiner

Der vorliegende Schwerpunkt widmet sich mit dem Thema „Wohnen“, einem vernachlässigten, „blinden Fleck“ in der Themenauswahl der vergangenen Jahre, der dabei hochpolitisch ist. So gut wie jede_r wohnt. Mit der Art des Wohnens lassen sich Lebensentwürfe abbilden und realisieren. Menschen wohnen allein oder gemeinsam, in eigenen vier Wänden oder in Miete, in selbst gestalteten, mitunter selbst erbauten Unterkünften. Sie organisieren sich mit Nachbar_innen oder Mi(e)tleidensgenoss_innen, tragen Konflikte mit diesen oder ihren (Ver)Mieter_innen aus, leben Gemeinschaftsformen oder ziehen sich in die Einöde zurück. Wohnen ist Grundbedürfnis und Wohlfühlfaktor, sozialer Zündstoff und Hort des Privaten. Die zahlreichen Regulierungen des Wohnens im Privaten und Öffentlichen Recht machen dabei rasch deutlich, dass dieser Lebensbereich gar nicht so privat ist, wie es der erste Anschein Glauben machen möchte. Jede Rechtsnorm ist schließlich das Ergebnis eines politischen Einigungsprozesses und damit immer öffentlich. Bereits die Frauenbewegung der 1970er hat bezogen auf den Bereich der Familie gezeigt, dass die als besonders privat angenommenen Verhältnisse idR für die Gesamtgesellschaft am relevantesten sind und damit den bekannten Ausspruch geprägt: Das Private ist politisch!¹

Ganz in diesem Sinn zeigt bereits der Eröffnungsbeitrag des Schwerpunkts, dass die Trennlinie zwischen öffentlich und privat primär analytisch ist. *Isabella Krainer* berichtet darin aus ihrem Arbeitsalltag. Die Autorin leitet eine betreute Wohngemeinschaft für Menschen mit Unterstützungsbedarf und gibt Einblicke in diesen nur zum Teil privaten Raum. *Krainer* macht Bruchstellen zwischen Sein und Sollen bewusst, indem sie zeigt, wie der Rechtsstaat von dem Vorverständnis ausgeht, dass alle Bürger_innen fähig sind, sich in den Rechtssetzungsprozess einzubringen und kundgemachte Rechtsnormen zu befolgen. Sie verdeutlicht, dass Menschen mit Unterstützungsbedarf mitunter beide Voraussetzungen nicht erfüllen, da Partizipationsmöglichkeiten nicht an ihre Bedürfnis-

1 *Gensluckner*, „Das Private ist politisch!“ Über die Aktualität eines Slogans der Neuen Frauenbewegung, in *Gensluckner/Jarosch/Schreiber/Weiss*, Gaismair-Jahrbuch 2008. Auf der Spur (2007) 125 ff.

se – trotz anderer politischer Absichtserklärungen – angepasst, ja die Bedürfnisse auch gar nicht erhoben und folglich nicht mitgedacht werden. Betreute Wohnprojekte wollen für deren Bewohner_innen möglichst viel Autonomie lebbar machen und stoßen dabei rasch an Grenzen – der Autonomie und der Legalität. Über Haftungsfragen wird von den Betreuer_innen „lieber nicht zu oft nachgedacht“. Dabei wäre es wichtig, die verdrängten Rechtsfragen für Fachfremde nachvollziehbar aufzuarbeiten. Es ginge dabei etwa um verständliche Information über Haftungsvoraussetzungen der Betreuer_innen für durch Bewohner_innen verursachte Schäden; über Vor- und Nachteile rechtlicher Ausgestaltungen von Wohnformen, über Schutzmöglichkeiten der Persönlichkeitsrechte der Bewohner_innen oder über zu beachtende Nachbar_innenrechte.

Der daran anschließende Beitrag von *Müller/Weber/Jez* widmet sich jenen Wohnformen, in denen Menschen mit Unterstützungsbedarf leben, weil sie nicht in Wohngemeinschaftsprojekten leben wollen, können oder dürfen. Es handelt sich dabei um psychiatrische Anstalten, Alten- und Pflegeheime. Es mag zunächst seltsam anmuten, bei Unterbringungen in der Psychiatrie von Wohnen zu sprechen. Angesichts dessen, dass längere Aufenthalte oftmals auf die Entscheidung der Betroffenen selbst rückführbar sind und dass die Frage, wie dort gelebt wird, für die Genesung maßgeblich sein kann, liegt der Konnex aber auf der Hand. Gleiches gilt für Alten- und Pflegeheime, die für ältere Menschen vielfach ihr letztes Zuhause bilden. Der Beitrag gibt einen Überblick über die rechtlichen Voraussetzungen der Unterbringung in psychiatrischen Anstalten und geht der praktisch relevanten Frage der Zulässigkeit von Einschränkungen der Bewegungsfreiheit in Pflegeheimen nach. Die Autorinnen problematisieren, dass die wichtigsten Bezugspersonen im Pflegeheim zugleich diejenigen sind, die die Freiheitsbeschränkungen durchführen. Sie zeigen, dass die räumlichen Gegebenheiten oftmals ein Wohlfühlen erschweren. Sie geben wertvolle Hinweise, worauf in Heimverträgen zu achten ist und wann sie unter das Schutzregime des KSchG fallen.

Die Beiträge von *Krainer* und *Müller/Weber/Jez* sind vor dem Hintergrund des *UN-Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderung* samt Fakultativprotokoll (RMB-Ü), dem Österreich vor fünf Jahren beigetreten ist, von besonderem Interesse.² Im RMB-Ü sind auch Rechte betreffend das Wohnen verankert. So sollen Menschen mit Behinderung iS des Übereinkommens gem Art 19 RMB-Ü „die gleichen Wahlmöglichkeiten wie andere Menschen [haben,] in der Gemeinschaft zu leben.“ Wobei die Vertragsstaaten sich verpflichten, „wirksame und geeignete Maßnahmen [zu setzen], um den vollen Genuss dieses Rechts und ihre volle Einbeziehung in die Gemeinschaft und Teilhabe an der Gemeinschaft zu erleichtern“. Die Konvention verankert präzisie-

2 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BGBl III 2008/155 (RMB-Ü). Grundlegend dazu am Beispiel von Personen mit Demenzerkrankung: *Andreas Th. Müller/Walter*, Die vergessene Dimension in der stationären Altenhilfe, RdM 3/2013 84-92.

rend in Art 19a ein Selbstbestimmungsrecht für die Wahl des Wohnortes und die Art des Wohnens. Würde die Verpflichtung der Vertragsstaaten, geeignete Maßnahmen zur Verwirklichung dieser Selbstbestimmung zu setzen, ernst genommen, wäre ein entsprechendes Angebot an Wohnformen zu schaffen oder zumindest deren Entstehung zu fördern. Um diese Verpflichtung zu relativieren, ist Österreich dem RMB-Ü nur unter Erfüllungsvorbehalt gem Art 50 Abs 2 Z 4 B-VG beigetreten.³

Art 19a RMB-Ü sieht vor, dass jede Verpflichtung „in besonderen Wohnformen zu leben“ unzulässig ist. Die Vertragsstaaten sind nach Art 19b RMB-Ü verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu Verhinderung von Isolation zu treffen. Im Schrifttum findet sich dazu die Anmerkung: „Nimmt man das Autonomierecht von Menschen mit Behinderungen ernst [...], dann schließt das auch die Option ein, in einer (bis zu einem gewissen Grad) segregierten Wohngemeinschaft [...] zu leben [...]“.⁴ Eine Herausforderung für Jurist_innen bleibt dabei jedenfalls die Feststellung des „wahren Willens“. Hierfür ist anzuraten, auf reflektierte Erfahrungen aus anderen Disziplinen – wie etwa der Sozialarbeit – zurückzugreifen.⁵ In der frei gewählten Wohnform sind gem Art 22 RMB-Ü das Privatleben, die Familie, jede Art der Kommunikation, die Ehre und der gute Ruf geschützt. Gemäß Art 28 Abs 2d RMB-Ü haben die Vertragsstaaten Maßnahmen zu treffen, um den Zugang zum „sozialen Wohnbau“ zu sichern. Es handelt sich dabei um eine Konkretisierung des allgemein in Art 28 Abs 1 RMB-Ü verankerten Rechts auf einen angemessenen Lebensstandard und sozialen Schutz. Die skizzierten Grundwertungen des Übereinkommens sind begrüßenswert. Dadurch, dass es in Österreich noch an Umsetzungsmaßnahmen fehlt, wird das Wohnen von Menschen mit Behinderungen von der gesamtstaatlichen Selbstverpflichtung wieder zur Privatsache aller Betroffenen – also der Menschen mit Unterstützungsbedarf, ihrer Angehörigen und jener, die das Angebot an Wohnraum mit Betreuung und/oder Pflege zur Verfügung stellen.

Dabei ist Wohnen ein *Grundbedürfnis*, das jeder Mensch befriedigen muss. Vom Jahr 2005 bis zum Jahr 2011 ist der Anteil der Wohnungskosten an den gesamten monatlichen Ausgaben privater Haushalte auf 17,5% gestiegen – das entspricht einer Steigerung im Ausmaß von 2%.⁶ Die statistischen Werte zeigen, dass sowohl die Ausgaben pro Wohnung als auch pro bewohnter Fläche (in Quadratmetern) stiegen und zwar unabhängig davon, ob es sich um Eigentums- oder Mietwohnungen handelte.⁷ Hingegen hat sich auch der Anteil an Substandardwohnungen verringert.⁸ Durchschnittlich

3 Zu den dennoch entfalteten Wirkungen: Müller/Walter, RdM 3/2013 90 f.

4 Müller/Walter, RdM 3/2013 87.

5 Vgl Müller/Walter, RdM 3/2013 88 f.

6 Statistik Austria: http://www.statistik.at/web_de/statistiken/wie_gehts_oesterreich/materieller_wohstand/03/index.html, 11.5.2013. Der Haushaltskonsum analysiert, wofür Geld ausgegeben wird und ist damit in seiner Aussage einkommensunabhängig.

7 Statistik Austria: http://www.statistik.at/web_de/statistiken/wohnen_und_gebaeude/wohnungsaufwand/entgeltlich_bewohnte_wohnungen/index.html, 11.5.2013.

8 Sozialbericht 2011/2012: http://www.bawo.at/fileadmin/user_upload/public/Dokumente/Publikationen/Berichte_Studien/Fremdstudien/BMASK_Sozialbericht_2011_2012.pdf 11.5.2013.

kostete im Jahr 2011 eine Wohnung in Österreich € 410,00 (im Jahr 2012 bereits € 422,00) bzw € 5,69 pro m² (im Jahr 2012 € 5,82).⁹ Die Wohnungskosten in den westlichen Bundesländern sind dabei – ohne entsprechend höheres Durchschnittseinkommen – erheblich höher als in den östlichen. Im Durchschnitt enthalten sind auch sozial geförderte Wohnungen, die in letzter Zeit in den Medien viel Aufmerksamkeit erhalten haben, weil manche_r einkommensstarke Politiker_in in einer günstigen Gemeinde-, Genossenschafts- oder Sozialwohnung lebt.¹⁰

Die Ursache dafür liegt im Recht mitbegründet, denn die Einkommenslage des Wohnungswerbers/der Wohnungswerberin wird lediglich im Zeitpunkt des Erstantrags auf eine sozial geförderte, günstige Mietwohnung erhoben. *Niklas Sonntag* erwähnt diese Tatsache in seinem Beitrag. Er verschafft einen Überblick über völker-, europa- und öffentlich-rechtliche Normen, die sich mit Wohnen im weitesten Sinn beschäftigen. Dabei zeigt der Beitrag eindrucksvoll die hohe Regelungsdichte bei gleichzeitigem Fehlen subjektiver Rechte im österreichischen Recht. Exemplarisch dafür nennt *Sonntag* die Nicht-Ratifizierung von Art 31 der Europäischen Sozialcharta. Dort ist verankert, den „Zugang zu Wohnraum mit ausreichendem Standard zu fördern“ und der „Obdachlosigkeit vorzubeugen und sie mit dem Ziel der schrittweisen Beseitigung abzubauen.“ *Sonntags* Beitrag zeigt, dass in Österreich nicht versucht wird, der Obdachlosigkeit¹¹ auf der Ebene des Wohnrechts entgegenzutreten, sondern sie lediglich verwaltet wird. Das weite Verständnis von „Unterkunft“ im österreichischen Melderecht erlaube nämlich, auch eine Höhle oder ein Fahrzeug unter diesen Begriff zu subsumieren. Eine effiziente „Verwaltung der Staatsbürger_innen“ setzt schließlich voraus, zu wissen, wo sich diese befinden. *Sonntag* geht der Geschichte des fehlenden Grundrechts auf Wohnen auf Bundesebene nach und weist darauf hin, dass zumindest bereits in vier Landesverfassungen (NÖ, OÖ, Sbg, Tirol) ein Recht auf Wohnen verankert ist, wenngleich sich auch daraus kein subjektiver Anspruch ableiten lässt. Dazu passt der Hinweis im Beitrag, dass die Wohnbauförderung im Wege der Privatwirtschaftsverwaltung gewährt wird, womit Rechtsschutzeinbußen im Vergleich zu einem hoheitlichen, verwaltungsförmigen Verfahren einhergehen.

Dem Überblick aus dem öffentlichen Recht folgt ein umfassender Beitrag von *Eberharter/Handler* zur gerne gemiedenen Spezialmaterie des Mietrechts. Sie legen für ausgewählte Problemkreise zunächst die Rechtslage dar, problematisieren diese und bieten im Anschluss Lösungsvorschläge. Als Hauptprobleme lassen sich feststellen: Die unver-

9 Statistik Austria: http://www.statistik.at/web_de/statistiken/wohnen_und_gebaeude/wohnungsaufwand/entgeltlich_bewohnte_wohnungen/index.html, 11.5.2013.

10 Etwa: <http://derstandard.at/1363707552596/Streit-um-Politiker-im-Sozialbau>, 11.5.2013.

11 Für das Jahr 2010 sind in Österreich 12.266 Menschen als obdachlos statistisch erfasst. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die tatsächliche Anzahl höher liegt. Dazu: Sozialbericht 2011/2012: http://www.bawo.at/fileadmin/user_upload/public/Dokumente/Publikationen/Berichte_Studien/Fremdstudien/BMASK_Sozialbericht_2011_2012.pdf 11.5.2013.

ständliche und unübersichtliche Regelung des Mietrechts. Bereits die Frage, welchem Anwendungsbereich ein Mietverhältnis unterstellt ist, setzt Wissen über das Mietrecht und auch über das bewohnte Gebäude voraus. In diesem Zusammenhang kritisieren die Autor_innen die Abgrenzungskriterien für die Frage, ob das MRG voll, teilweise oder überhaupt nicht anwendbar ist, zeigen, dass der faktische Vollanwendungsbereich des MRG abnimmt und plädieren für mehr Übersichtlichkeit und die generelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs. Auch Mietzinsregelungen sollten einfacher, klarer und verständlicher sein. Daher fordern sie die generelle Geltung des Richtwertsystems und einen Schutz der Mieter_innen vor rückwirkenden Einforderungen von Preisanpassungen auf der Basis von Wertsicherungsklauseln. Zur in letzter Zeit häufig diskutierten Frage, welche Erhaltungspflichten den/die Vermieter_in und welche den/die Mieter_in treffen, beziehen sie ebenso klar Stellung. Kurz gehen sie schließlich noch auf häufig vorkommende Betriebskostenklauseln und die Kostentragung bei der Begründung eines Mietverhältnisses ein. Wer das Mietrecht bislang mied oder eine Auseinandersetzung damit schlicht für zu mühsam hielt, findet in diesem Beitrag eine übersichtliche und kritische Darstellung.

Im letzten Beitrag skizzieren wir (*Krieglsteiner/Voithofer*) die Entwicklung des familienrechtlichen Wohnverhältnisses. Es handelt sich dabei um einen von der Rsp geprägten Begriff, der keinen Eingang ins Gesetz fand und auch im Schrifttum wenig Beachtung erfuhr. Ein familienrechtliches Wohnverhältnis ist durch „das Fehlen einer vertraglichen Bindung gekennzeichnet“¹² und entsteht aus „dem natürlichen Zusammengehörigkeitsgefühl unter Familienangehörigen und nicht aus rechtsgeschäftlichen Erklärungen.“¹³ Mit dem familienrechtlichen Wohnverhältnis hat die Rsp einem im Rechtsleben vorkommenden Phänomen eine Bezeichnung verliehen. Die davon umfassten Lebenssachverhalte unterscheiden sich aber hinsichtlich ihrer Rechtswirkungen so grundlegend von einander, dass wir für eine klare Unterscheidung zwischen solchen, die auf einen familienrechtlichen Anspruch rückführbar sind und solchen, die einer solchen Basis entbehren, plädieren. Die Begriffsschöpfung der Rsp führt ihrerseits dazu, dass sie erneut hinterfragt und auf ihre rechtliche Substanz zurückgeführt wird.

Die Beiträge des Schwerpunkts zeigen, dass es in vielen Bereichen ein Tätigwerden des Gesetzgebers brauchte. Eine Untätigkeit im Wohnrecht führt dazu, dass marktwirtschaftliche Logiken die entstehenden Lücken schließen. Wohnen ist keine Privatsache, weil die Frage, welche Wohnmöglichkeit sich wer und wo leisten kann, durch das Recht mitgesteuert wird. Mietpreise sind regulierbar, sei es über das Festlegen von Richtwerten, die Zurverfügungstellung von günstigem Wohnraum oder durch Mietzins- oder Wohnbauförderungen. Fragen des Wohnrechts sind (ähnlich wie solche des Familienrechts), von großer real- und rechtspolitischer Bedeutung und von hohem gesamtgesell-

12 Etwa: OGH 24.11.1999, 3 Ob 220/98v = MietSlg 51.005.

13 Etwa: OGH 13.6.2005, 10 Ob 64/05t = MietSlg 57.006.

schaftlichen Interesse, weil so gut wie jede_r von diesen Regelungen betroffen ist und sich der persönlichen Betroffenheit nur schwer entziehen kann.

Dr.ⁱⁿ Caroline Voithofer ist Universitätsassistentin am Institut für Zivilrecht an der Universität Innsbruck und Redaktionsmitglied des *juridikum*; caroline.voithofer@uibk.ac.at

Dr.ⁱⁿ Cornelia Krieglsteiner ist Rechtsanwaltsanwältin in der Kanzlei Tschütscher/Kapferer in Innsbruck; cornelia.krieglsteiner@yahoo.de

Ein Parlament im Wohnzimmer?

Betreut Wohnen. Demokratisch Handeln. Indirekt ist alles möglich.

Isabella Krainer

Repräsentative Demokratie mit professioneller Sozialarbeit zu vergleichen, ist legitim. In beiden Fällen werden Bürger_innen vertreten und wird ihnen Glauben gemacht, dass Entscheidungen, die sich unmittelbar auf sie selbst auswirken, auch von ihnen getroffen werden. Als Leiterin einer Wohngemeinschaft für Menschen mit Unterstützungsbedarf arbeite ich jeden Tag daran was ist – und was sein sollte. Auch wenn das heißt, das „Parlament“ ins eigene Wohnzimmer zu verlegen.

1. Alltag ist Perspektive

Stellen Sie sich vor, es ist Sommer. Sie erahnen die ersten Sonnenstrahlen und verlassen das Bett. Auf das Läuten des Weckers sind Sie schon lange nicht mehr angewiesen, alles Routine. Außerdem hat es im Heim ja immer geheißt, dass im Bett die Leute sterben. Sie ziehen sich an, öffnen das Fenster, suchen das Badezimmer auf, gehen in die Küche, bereiten das Frühstück vor und freuen sich auf den ersten Schluck Ihres Filterkaffees. Sie selbst haben auch schon so einige Stationen durchlaufen. Jetzt leben Sie in einer betreuten Wohngemeinschaft. Der neue Mitbewohner nervt. Dass er sich nicht an den Putzplan halten will, provoziert Sie ungemein. Im Radio sagen sie, dass es heiß wird heute, 28 Grad. Bevor Sie die Milch auf den gedeckten Tisch stellen, riechen Sie an der Packung. Das gehört sich so. Zwei Stück Zucker auch. Auf das Dritte verzichten Sie, das ist ungesund. Ja als Kind haben Sie sich sogar eine dicke Schicht Zucker aufs Butterbrot gestreut. Ein Gedanke, der Ihnen Freude bereitet. Überhaupt denken Sie gerne an früher. An die Zeit, als Ihre Eltern noch gelebt haben und Sie noch Kontakt zu Ihren Verwandten hatten. Heute sind alle weg. Auch der Bruder ist schon gestorben. Wo er begraben wurde, wissen Sie nicht. Den Kaffeesud entsorgen Sie im grünen Eimer unter der Spüle. Mülltrennung ist wichtig. Zigaretten wären Ihnen lieber. Auf das Glück, den Rauchmelder wieder austricksen zu können, wollen Sie sich diesmal aber nicht verlassen. Stattdessen waschen Sie ihr Frühstücksgeschirr ab. Bevor Sie den Rucksack für die Arbeit packen, machen Sie noch ihr Bett. Danach schließen Sie das Fenster, schalten das Radio aus und ziehen den Stecker sicherheitshalber auch gleich. Den veralteten Stromleitungen vertraut niemand in diesem Haus. Statt der neuen Sandalen ziehen Sie ihre Arbeitsstiefel an – wenn man Maschinen bedient, sind offene Schuhe kein

Thema. Außerdem geben sie Ihnen zu wenig Halt. Und den braucht man, hat die Betreuerin gesagt. Bevor Sie die Wohnung verlassen, werfen Sie noch einen Blick auf die Tageszeitung. Das Titelblatt kommt Ihnen bekannt vor. War vorige Woche nicht auch schon ein Teich darauf abgebildet? Den Gedanken, nach der Arbeit in der Werkstätte an den Baggersee zu radeln, schlagen Sie sich aus dem Kopf. War im Radio nicht von Wolkenbrüchen die Rede? Nicht, dass Sie aus Zucker wären, aber während der Urlaubszeit sind Krankenstände tabu. Der Vorarbeiter verlässt sich auf Sie. Nachdem Sie den Fahrradhelm aufgesetzt haben, spüren Sie wieder diesen unangenehmen Druck. Keinen zu tragen, ist aber riskant. Ihr Spiegelbild gefällt Ihnen trotzdem nicht. Die Wohnungstüre ziehen Sie fest hinter sich zu. Den Schlüssel drehen Sie zweimal um und verstauen ihn sorgfältig im Seitenfach. Sie wissen, dass der Schlüsseldienst viel Geld kostet. Den Rucksack nehmen Sie in die linke Hand, die Rechte brauchen Sie, um sich am Geländer festzuhalten. Das wurde mit Ihnen so geübt. Mit dem Lift fahren Sie ohnehin nicht gerne, der stinkt. Doch bevor Sie darüber nachdenken können, wonach, fällt Ihnen auf, dass Ihr Fahrrad nicht mehr an seinem gewohnten Platz steht. Genaugenommen ist überhaupt kein Rad mehr da und auch vom Kinderwagen der Familie aus dem obersten Stock fehlt jede Spur. Dafür hängt ein Schild an der Wand. Es ist groß. Die Schrift ist rot. Sie geraten in Panik.

Zu behaupten, die Banalität des Alltags würde nicht jede_n von uns vor Herausforderungen stellen, wäre falsch. Dass die erforderlichen Bewältigungsstrategien allen Menschen gleich leicht fallen, aber auch. Angenommen, das oben Geschilderte würd sich in Ihrem Alltag abspielen. Wie würden Sie reagieren? Wahrscheinlich würden Sie ihrem Ärger freien Lauf lassen. Im Unterschied zur eingangs skizzierten Person wüssten Sie aber wohin damit. Sie würden das Schild lesen, eventuell den Kopf schütteln und zu Ihrem Handy greifen. Mit einem Anruf bei der zuständigen Hausverwaltung wäre der Verbleib Ihres Fahrrades geklärt, und Sie könnten sich bei dieser Gelegenheit auch gleich über den beißenden Uringeruch beschweren, der zumindest jene Bewohner_innen von der Nutzung des hauseigenen Personenlifts abhält, die nicht darauf angewiesen sind. Vielleicht würden Sie sich sogar in Rage reden, die hohen Betriebskosten kritisieren, die veraltete Elektrik thematisieren oder schlichtweg in Frage stellen, warum das Abstellen von Gegenständen im Keller aufgrund bau- und feuerpolizeilicher Anordnungen nun plötzlich nicht mehr erlaubt sei. Nach der Offenlegung Ihrer Standpunkte könnten Sie durchatmen, zum neuen Fahrradständer vor dem Haus gehen, sich auf Ihren fahrbaren Untersatz schwingen, die 28 Grad auch ohne Helm genießen und bei all dem sogar noch pünktlich im Büro erscheinen. Angesichts des Schwungs, in den Sie sich heute schon geredet hätten, wäre aber auch denkbar, dass Sie in der Firma anrufen, Ihr unverschuldetes Zuspätkommen ankündigen und die soeben gewonnene Zeit dafür nutzen, um die anderen Mieter_innen von der Dringlichkeit einer Hausversammlung zu überzeugen. Diese Gespräche könnten Ihnen Respekt verschaffen, Ihre Position innerhalb der Hausgemeinschaft stärken und unter Umständen sogar das solidarische Mitei-

inander fördern – oder wenigstens daran erinnern. Andererseits kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass Sie überreagieren. Denn wer garantiert, dass Sie das Schild nicht auch als konkrete Bedrohung wahrnehmen könnten und Ihrer aufkeimenden Ohnmacht nicht mehr entgegen zu setzen hätten, als in den Lift zu pinkeln? Alltag ist Perspektive.

2. Perspektive ist Opposition

Parteien tun gut daran, ihre Mitbewerber_innen zu kennen. Menschen, die das eigene Gegenüber verstehen wollen, ebenso. Parteipolitisch gesehen dürfte längst bekannt sein, dass Schilder oder (Orts-)Tafeln ungeahnte Ängste freisetzen können. Themen wie Identität, Verlust, Sicherheit, Individualität, Verantwortung oder das Recht auf Selbstbestimmung und Partizipation sind auch im eingangs beschriebenen Szenario von Relevanz. Nicht nur, weil das Private in den Wirkungskreis des Politischen fällt, sondern die korrekte Deutung von Zeichen für jede_n von uns unumgänglich ist, um die Chiffren der Gegenwart entschlüsseln zu können. Doch zurück zur Banalität des Alltags. Im Unterschied zur skizzierten Person kann der Großteil der österreichischen Bevölkerung lesen. Die Dunkelziffer jener Frauen und Männer, die aufgrund ihrer physisch, psychisch, kulturell, sozial oder emotional zugänglichen Ressourcen nicht in der Lage sind, die vorherrschenden Zeichen in ihre eigene Lebensrealität zu übersetzen, dürfte dennoch in die Hunderttausende gehen. Exakte Zahlen liegen nicht vor. Und obwohl sich Zukunftschancen längst evaluieren lassen, manifestiert sich ihr Fehlen unvermindert. Im richtigen Leben werden Menschen mit Behinderungen und/oder psychiatrischen Diagnosen häufig mit dem Etikett „Betroffene“ versehen. Gemessen an der österreichischen Dialektlandschaft könnte das bereits als Fortschritt gewertet werden. Faktisch wird aber transparent, dass sich die Frage, wovon man_frau das eigene Gegenüber überhaupt „betroffen“ sein lassen will, in vielen Fällen gar nicht stellt. Mehr noch: Rücken Diagnosen in den Vordergrund, scheinen diese fortan für sich zu stehen. Allein die Vorstellung, dass sich Autist_innen, Gehörlose, Rollstuhlfahrer_innen, Blinde oder Menschen mit kognitiven Einschränkungen, schizophrenen Psychosen oder Tourette-Syndrom mit verstopften Toiletten, Wasserrohrbrüchen, politischen Fehlentscheidungen oder lärmenden Nachbar_innen herumärgern müssen, scheint sich dem Bewusstsein weiter Teile der Bevölkerung zu entziehen. Ihre Bedürfnisse werden zwar als „besonders“ titulierte, im Alltag aber weitgehend ausgeblendet. Warum das so ist, lässt sich auch ohne theoriegeleiteten Exkurs von der Tatsache ableiten, dass Bürger_innen mit Förderbedarf zum Ausdruck einer uneinholbaren „Anderswelt“ konstruiert werden. Und da sie unter den heimischen Entscheidungsträger_innen nicht mehr als eine abzählbare Minderheit darstellen, sehen sich „Betroffene“ bis heute mit der Situation konfrontiert, von ihrem eigenen Gegenüber als gesamtgesellschaftliche Außerparlamentarier_innen betrachtet zu werden. Doch wer zur Gegenwelt gemacht wird, verliert an Präsenz. Perspektive ist Opposition.

3. Opposition ist Kontrolle

In der Sozialarbeit verkehrt sich dieses Bild allmählich ins Gegenteil. Dennoch sollte daran erinnert werden, dass Menschen mit der Diagnose einer „geistigen Behinderung“ bis zum Inkrafttreten des österreichischen Unterbringungsgesetzes in geschlossenen Anstalten verwahrt wurden. Dass Frauen und Männer nach dem Fall der Berliner Mauer, der unwiderruflichen Freilassung Nelson Mandelas oder aber, um den Blick wieder nach Österreich zu richten, selbst noch nach 45-jährigem Bestehen der Zweiten Republik in psychiatrische Einrichtungen gebracht wurden, um dort gegen ihren Willen festgehalten und behandelt zu werden, ist beschämend. Dass sich der Widerstand gegen alternative Wohn- und Betreuungskonzepte, die eine menschenwürdige Ausgliederung aus den landesweiten Psychiatrien erst ermöglichten, dennoch formierte und mancherorts sogar noch hält, lässt allerdings den Gedanken zu, dass einer demokratischen Ordnung unwürdige Themen wie Fremdbestimmung, Ausgrenzung oder Selektion bis heute auf der Folie sogenannter Sachzwänge verhandelt werden. Seit es sich Mitarbeiter_innen sozialer Vereine zur Prämisse gemacht haben, Klient_innen, die je nach Institution auch Auftraggeber_innen oder Kund_innen genannt werden, auf Augenhöhe zu begegnen, hat sich dennoch viel getan. Während politische Entscheidungsträger_innen Anfang der 1990er Jahre noch davon überzeugt werden mussten, Bürger_innen mit Förderbedarf normale Tagesabläufe überhaupt zuzugestehen, der Finanzierung altersgerechter Wohn- und Betreuungsformen in der Nähe ihrer Heimatgemeinden zuzustimmen und die Verschmelzung der Bereiche Arbeit, Freizeit und Wohnen endlich zu hinterfragen, setzt man_frau heute zumindest theoretisch auf Inklusion.

Der Umstand, dass auf Leistung basierende Vermögenswerte in der Praxis mehr Wertschätzung erfahren als sozialer Facettenreichtum, zeichnet die Realität jedoch authentischer nach. Ist die Wahl des Lebensmittelpunktes an das konkrete Bedürfnis nach barrierefreien Sanitäranlagen, einer Rollstuhlrampe oder die Möglichkeit gebunden, Heizungen, Lüftungen oder Herdplatten möglichst einfach und sicher bedienen zu können, scheint sich Diversität nämlich nicht mehr zu rechnen. Entgegen der Tatsache, dass Menschen immer älter werden und großzügig gebaute Aufzüge nicht nur von Senior_innen und Rollstuhlfahrer_innen, sondern auch von jungen Leuten mit schweren Einkaufstaschen oder Kinderwägen genutzt werden, versprechen klassische Wohnungsbörsen und Kleinanzeigen in puncto Barrierefreiheit mehr, als sie halten können. Doch neben der Diskrepanz zwischen Angebot und Nachfrage, die im Kontext betreuten Wohnens wiederum durch sehr lange Wartelisten und damit verbundene Wartezeiten in Erscheinung tritt, werden auch noch andere Faktoren sichtbar, die zu weiteren Einschränkungen individueller Lebensplanung führen können. Wer zum Beispiel noch nicht in der Lage ist, sich ein Frühstück zuzubereiten oder die eigene Körperpflege generell selbständig zu bewältigen, hat kaum die Chance, in eine Wohngemeinschaft mit Teilzeitbegleitung aufgenommen zu werden. Wird rund um die Uhr betreut, kann wie-

derum das Recht auf maximale Selbst- und Mitbestimmung leiden – was es ohnehin tut. Denn im Gegensatz zu Wohnformen mit Freund_innen, Kommiliton_innen oder Partner_innen, können sich Interessent_innen organisierter Unterstützung ihre künftigen Mitbewohner_innen nur in den seltensten Fällen selbst aussuchen. Ein weiterer Kontrollverlust, der ebenso erwähnt werden sollte, wie der Sachverhalt, dass der Einzug in eine betreute Wohngemeinschaft immer auch die konkrete Zustimmung impliziert, Dritte in eigene Angelegenheiten und private Beziehungen eingreifen zu lassen. Stimmen Klient_innen zu, sich in Hinblick auf ihre persönliche Existenzsicherung oder ihren gewohnten Lebensstil beraten zu lassen, kann an praxisrelevanten Themenkomplexen wie der Führung eines Haushalts, dem spezifischen Konsumverhalten, beruflichen Perspektiven oder dem Auf- und Ausbau eines sozialen Netzwerks gearbeitet werden, dem zu- meist auch das konkrete Bedürfnis nach Sexualität und Partner_innenschaft vorausgeht.

Für das Zusammenwirken von Bewohner_innen und Betreuer_innen bedeutet das in erster Linie Aktivität. Damit Gemeinschaft gelingen kann, sind Perspektivenwechsel und die Einhaltung gemeinsam getroffener Vereinbarungen erforderlich und Konflikte unumgänglich. Doch wem zugemutet wird, Kontrolle abzugeben, muss auch zugestanden werden, persönliche Grenzen mit eigenen Mitteln artikulieren und aufzeigen zu können. Gehen Bürger_innen in Opposition, beziehen sie Stellung. Treten Widerstände auf, können gleichzeitig auch starke Ressourcen freigesetzt werden, die es aus pädagogischer Sicht zu erkennen und zu fördern gilt. Ein Umstand, der in der Praxis immer wieder zu spannungsgeladenen Debatten führen kann. Diesbezüglich sollte aber nicht außer Acht gelassen werden, dass sich Frauen und Männer mit Unterstützungsbedarf im Austausch mit der sozialen Wirklichkeit manchmal erst durch die Verweigerung, ein geltendes Rauchverbot einzuhalten, behaupten oder die Erfahrung, als selbstbewusste Persönlichkeit wahrgenommen zu werden, erst durch die gezielte Ablehnung gesunder Lebensmittel, festen Schuhwerks oder eines schützenden Fahrradhelms gemacht werden. Opposition ist Kontrolle.

4. Kontrolle ist Praxis

Bürger_innen fällen jeden Tag an jedem Ort Entscheidungen, die sich unmittelbar auf sie selbst, und damit verbunden, das Gemeinwesen auswirken. Sprechen sich Menschen mit Behinderungen und/oder psychiatrischen Diagnosen – das Prinzip der Freiwilligkeit vorausgesetzt – für ein Leben in einer betreuten Wohngemeinschaft aus, gehen sie damit Verpflichtungen ein. In Bezug auf das Alltagsleben können in diesem Zusammenhang nur grundsätzliche Richtlinien wie das strikte Verbot von Gewalt oder die Einhaltung gemeinsam vereinbarter Termine genannt werden, die in der Praxis meistens so aussehen, dass Bewohner_innen von Betreuer_innen zu diversen Ämtern, Vernetzungstreffen mit Systempartner_innen oder anderen Anlässen begleitet werden, die nicht oder

noch nicht im Alleingang bewältigt werden können/wollen. Damit möglichen Konflikten mit Vermieter_innen, Nachbar_innen oder anderen WG-Bewohner_innen entgegen gewirkt werden kann, werden Klient_innen sozialer Einrichtungen – die in privaten Wohnhäusern nicht immer nur wohlwollendes Interesse auf sich ziehen – über die jeweils geltende Hausordnung in Kenntnis gesetzt und im Bedarfsfall daran erinnert. Neben der Erfüllung von Hygienestandards, die sich sowohl auf das eigene Zimmer als auch die vorhandenen Gemeinschaftsräume beziehen können, erklären sich WG-Bewohner_innen auch dazu bereit, die Intimsphäre ihrer Mitbewohner_innen zu respektieren. Um der Forderung nach Privatheit gerecht zu werden, sollten die Zimmer im Idealfall daher auch nicht, oder nur bei Gefahr in Verzug, ohne Einverständnis betreten werden. Je nach Institution, Konzept, Betreuungsform oder dem Alter der jeweiligen Klient_innen, werden WG-Bewohner_innen auch zur Akzeptanz interner Richtlinien angehalten, die zum Beispiel den Empfang von Besucher_innen regeln, über festgelegte Ausgehzeiten bestimmen oder darüber entscheiden, ob Aktivitäten ab einer bestimmten Uhrzeit nur noch in Zimmerlautstärke ausgeübt werden dürfen.

Im Kontext möglichst offen betreuter Wohnformen fällt die Organisation des Alltags zum Großteil in die Verantwortung der einzelnen Bewohner_innen. Die Planung gemeinsamer Kinobesuche, Ausflüge, Geburtstagsfeiern oder inhaltlicher Schwerpunkte erfolgt bei regelmäßig stattfindenden Versammlungen, die von den Anwesenden nicht zuletzt auch als Plattform genutzt werden, um Konflikte zur Sprache zu bringen oder nachhaltige Entscheidungsfindungen innerhalb der Gruppe zu reflektieren und zu hinterfragen. Gekocht, geputzt, aufgeräumt und eingekauft wird häufig anhand rotierender Pläne, und damit die Nutzung der Waschmaschine nicht zur Überprüfung der eigenen Frustrationstoleranz führen muss, können auch diesbezüglich terminliche Regelungen getroffen werden. Die Betreuungsvereinbarungen und Zielvorstellungen orientieren sich an den individuellen Bedürfnissen der Bewohner_innen, der Alltag orientiert sich hingegen am Kollektiv.

Vor allem im Wohnbereich zeigt sich, dass die Schaffung demokratisch legitimierter Strukturen für die gemeinsame Bewältigung des Alltagslebens unumgänglich geworden ist. Der Meinung zu sein, dass die Durchsetzung eigener Standpunkte in betreuten Wohngemeinschaften nicht an medial wirksame Kontroversen zwischen Regierung und Opposition erinnern würde, wäre aber ebenso naiv, wie anzunehmen, dass Menschen mit Behinderungen und/oder psychiatrischen Diagnosen davor gefeit wären, ihr eigenes Gegenüber auszugrenzen. Folgen Klient_innen dem Impuls, sich innerhalb der WG in keiner Weise an ihren Mitbewohner_innen oder Betreuungspersonen zu orientieren, brechen spannungsgeladene Zeiten an. Während die Causa eines nicht eingeräumten Geschirrspülers bereits zu herausfordernden Verhaltensweisen führen kann, verändert sich die Gruppendynamik im Fall eines vermeintlichen Diebstahls von Frühstücksflocken ebenso nachhaltig, wie in Bezug auf neue Vorschriften, die in der Praxis von externen Entscheidungsträger_innen wirkungsmächtiger Institutionen aufgestellt werden.

Ein Umstand, der sich nicht zuletzt von der Überlegung ableiten lässt, dass betreutes Wohnen in Hinblick auf individuelle Selbstbestimmung und ausgewogene Partizipationsmöglichkeiten nicht mehr, aber auch nicht weniger zu bieten hat, als repräsentative Demokratien. Mit dem Unterschied vielleicht, dass die Grenzen zwischen Regierung und Opposition flexibler sind und Spitzenverdiener_innen weder auf der einen noch der anderen Seite zu finden sind. Kontrolle ist Praxis.

5. Alles ist Politik

Macht man_frau sich die Synergien zwischen dem Souverän und seinen Vertreter_innen bewusst und legt auf ethische Überlegungen im Kontext professionalisierter Beziehungen Wert, die ja nicht das widerspiegeln, was ist, sondern, was sein sollte, werden Asymmetrien sichtbar. Ein Sachverhalt, der im Kontext betreuten Wohnens ebenfalls ein deutliches Maß an Frustrationstoleranz voraussetzt. Mitarbeiter_innen sozialer Institutionen werden dazu angehalten, professionelle Beziehungen zu Menschen einzugehen und aufzubauen, deren Teilhabemöglichkeiten zumeist beschränkt sind und werden. Und obwohl sie ihr eigenes Gegenüber im Vorfeld üblicherweise nicht kennen, steht die Rollenverteilung bereits vor der ersten Begegnung fest. Fachkenntnisse treffen auf individuelle Forderungen und berufliches Interesse auf private Neugier. Während sich die Erwartungshaltung vieler Klient_innen, alles über ihre Betreuer_innen wissen zu wollen, nicht erfüllt, halten sich Unterstützer_innen, WG-Leiter_innen oder Praktikant_innen den größten Teil ihrer Arbeitszeit am unmittelbaren Lebensmittelpunkt der WG-Bewohner_innen auf. Sie wissen, was sie gerne essen, kennen ihre Lieblingssendungen, sind über ihre aktuellen Beziehungen im Bilde und beobachten Allianzen, die ebenso schnell verschwinden können, wie sie sich bilden. Der Anspruch, in jeder Situation das Richtige zu sagen und zu tun, ist hoch und die Konfrontation mit unerfüllbaren Forderungen Alltag. Dass sich Klient_innen abseits eigener Moral- und Wertvorstellungen bewegen, gehört ebenso zum Job, wie lustige Erlebnisse und zutiefst unangenehme Erfahrungen. Verlassen Klient_innen jedoch den Bereich der Legalität, kommen Mitarbeiter_innen sozialer Vereine immer wieder in die Situation, anfallende Entscheidungen unter Rücksichtnahme geltender Gesetze, eigener Haftungsfragen und permanentem Termindruck zu treffen, während der Appell, die Integrität gegenüber den eigenen Klient_innen keinesfalls aufs Spiel setzen zu wollen, im Raum steht und zwischen unterschiedlichen Parteien vermittelt werden muss. Und obwohl viele Betreuer_innen dem Ideal folgen, ihrem eigenen Gegenüber maximale Handlungsspielräume einzuräumen, zeigt die Praxis Grenzen auf, sobald rechtliche Faktoren ins Spiel kommen. Inwieweit dieser Spagat gelingen kann, hängt nicht zuletzt davon ab, Antworten einzufordern. Kommt es zum Beispiel dazu, dass Klient_innen überreagieren, das Eigentum Dritter beschädigen, Nachbar_innen beschimpfen, ihre Mitbewohner_innen angreifen, oder – wie im Fall der eingangs skizzierten Person – in den Lift des eigenen Wohnhauses

pinkeln, um Protest anzumelden, stellen sich Fragen. Gibt es Zeug_innen? Wurde die Polizei verständigt? Sind die Beteiligten versichert? Waren Betreuer_innen anwesend? Handelt es sich um besachwaltete Klient_innen? Und wenn ja, was macht das für einen Unterschied? Angenommen, die eingangs skizzierte Person würde sich dazu entscheiden, die vorschriftsgemäß installierten Rauchmelder wieder auszutricksen, die Batterien entfernen, rauchen, vielleicht müde werden, einschlafen und einen Wohnungsbrand auslösen. Wer würde in die Verantwortung genommen werden? Wie in Wohngemeinschaften üblich, erhalten Klient_innen sozialer Institutionen oft standardisierte Untermietverträge. Welche Vorteile könnten sich dadurch für sie ergeben? Oder haben sie sogar mit Nachteilen zu rechnen, wenn der jeweilige Verein als Hauptmieter auftritt? Dass österreichischen Bürger_innen vor anstehenden Volksbefragungen, um ein aktuelles Beispiel zu nennen, persönlich adressierte Schreiben zugestellt werden, ist begrüßenswert. Wie es im Jänner 2013, sprich fünf Jahre nach erfolgter Ratifizierung der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, noch möglich sein kann, demokratiepolitisch relevantes Informationsmaterial zu versenden, das bis auf den Verweis der „Zahl: ME-83/2012“ keine Informationen über den Inhalt der Volksbefragung enthält, wirft ebenso Fragen auf, wie die dem Schreiben zu entnehmende Tatsache, dass es in Österreich immer noch Wahllokale gibt, die „nicht barrierefrei erreichbar“ sind. Wen in die Verantwortung nehmen? Mit welchen Mitteln und auf welcher Basis?

Wirkmächtige Institutionen setzen auf Multiprofessionalität. Doch während Mitarbeiter_innen und Klient_innen sozialer Vereine laufend dazu angehalten werden, das eigene Handeln zu reflektieren und zu hinterfragen, fehlt es an Antworten. Inwieweit Bürger_innen mit und ohne Förderbedarf nach bestem Wissen und Gewissen handeln und entscheiden können, hängt nicht zuletzt von der Möglichkeit ab, inwieweit allen an einer demokratischen Ordnung Partizipierenden die realistische Chance gegeben wird, die Chiffren der Gegenwart zu entschlüsseln. Alles eine Frage der Politik.

Mag.^a Isabella Krainer ist Erziehungswissenschaftlerin und arbeitet als WG-Leiterin beim Tiroler Verein Integriertes Wohnen (IWO); isabella.krainer@yahoo.de

Der Wohnort als Zuhause – auch für Menschen mit psychischer Erkrankung und Menschen mit intellektueller Beeinträchtigung?

Irene Müller / Sylvia Weber / Ingrid Jez

1. Einleitung

Die Wohnsituationen von Menschen mit intellektueller Beeinträchtigung und Menschen mit psychischer Erkrankung waren von jeher besondere. Die beginnende Tendenz, eigene Anstalten für die „Behandlung“ von Menschen mit psychischer Erkrankung zu errichten, wird am Beispiel des „Narrenturms“ deutlich, dessen Eröffnung 1784 am Beginn der Entwicklung der institutionellen Psychiatrie stand.¹

Seitdem hat sich viel verändert. Es gibt Bauernhöfe, die von Menschen mit intellektueller Beeinträchtigung unter Anleitung bewirtschaftet werden, ehemalige Winzerhäuser, in denen junge Menschen mit psychischer Erkrankung so selbstbestimmt wie möglich leben können, Wohngemeinschaften für demente Personen, die im ersten Moment an Bilder studentischen Zusammenlebens erinnern mögen.

Diesen – zweifellos positiven Entwicklungen² – steht jedoch eine Vielzahl an Problemfeldern gegenüber, die deutlich macht, dass Menschen mit psychischer Erkrankung und Menschen mit intellektueller Beeinträchtigung trotz allem weit davon entfernt sind, ihre Wohnsituation frei wählen und damit letztendlich ein „Zuhause“ nach eigenen Vorstellungen gestalten zu können. Selbst hinter den oben angeführten, „schönen“ Wohnformen stehen oft Konstellationen, in denen die betroffenen Personen vertraglich massiv benachteiligt werden (aus rechtlicher Sicht in einer prolongierten prekären Situation verbleiben). Verliert eine betroffene Person ihren Wohnplatz, ihr Zuhause, aufgrund „unerwünschten“ oder gar „aggressiven“ Verhaltens, führt dies auch heute noch immer wieder zu monatelangen Aufenthalten in der Psychiatrie, bis sich neuerlich eine Einrichtung „erbarnt“, den/die Störenfried_in aufzunehmen.

Nicht zuletzt zu erwähnen bleibt die Situation alter Menschen mit psychischer Erkrankung: oftmals ist ihr Lebensabend durch das Ausgesetzt-Sein massiver mechanischer

1 Strickmann, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 24 ff.

2 Zuletzt verstärkt durch das In-Kraft-Treten des UN-Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention), BGBl III 155/2008. Dazu: Müller/Walter, Die vergessene Dimension in der stationären Altenhilfe, RdM 3/2013, 84 ff.

und pharmakologischer Freiheitsbeschränkungen, sowie zahlreicher anderer Grundrechtseingriffe, gekennzeichnet.

2. „Nicht in anderer Weise“³ – Die Psychiatrie als Auffangbecken?

Die Versorgung mit geeigneten und akzeptablen Betreuungsmöglichkeiten ist in Österreich keineswegs vollständig gegeben. Dies führt für einen Teil der psychiatrischen Patient_innen zu langen Aufenthalten in den psychiatrischen Anstalten. So betraf dies im Jahr 2008 über 2.000 Personen, welche mindestens zweimal (in 12 Monaten) in einer psychiatrischen Abteilung untergebracht waren.

Wenn die betroffenen Personen dem Aufenthalt in der Psychiatrie nicht zustimmen und die Voraussetzungen nach dem UbG⁴ gegeben sein sollten, kann eine Unterbringung auch gegen oder ohne den Willen der Patient_innen angeordnet werden. Gem § 3 UbG darf in einer psychiatrischen Abteilung nur untergebracht werden, wer an einer psychischen Krankheit leidet und im Zusammenhang damit sein/ihr Leben oder seine/ihre Gesundheit oder das Leben oder die Gesundheit anderer ernstlich und erheblich gefährdet und nicht in anderer Weise, insbesondere außerhalb einer psychiatrischen Abteilung, ausreichend ärztlich behandelt oder betreut werden kann.

Wenn der/die Abteilungsleiter_in oder seine/ihre fachärztliche Vertretung diese zwingend vorgeschriebenen Voraussetzungen nach einer unverzüglich stattfindenden persönlichen Untersuchung des Patienten/der Patientin in seinem/ihrer ärztlichen Zeugnis bescheinigt, müssen das zuständige Gericht und die Patient_innenanwaltschaft hiervon unverzüglich verständigt werden. Diese Verständigung löst ein obligatorisches gerichtliches Überprüfungsverfahren aus, wodurch das Gericht verpflichtet ist, sich binnen vier Tagen ab Kenntnis von der Unterbringung einen persönlichen Eindruck von der kranken Person in der psychiatrischen Abteilung zu verschaffen, diese anzuhören und in die Krankengeschichte Einsicht zu nehmen, sowie den/die Abteilungsleiter_in, den/die Patientenanwälte_in und eine_n sonstige_n in der Anstalt anwesende_n Vertreter_in der kranken Person zu hören. Gelangt das Gericht bei der Anhörung zum Ergebnis, dass die Voraussetzungen der Unterbringung vorliegen, so hat es diese vorläufig für zulässig zu erklären und eine mündliche Verhandlung binnen der nächsten 14 Tage anzuberaumen, zu welcher das Gericht eine oder auch mehrere sachverständige Personen zu bestellen und dieser/diesem die Ausfertigung eines Gutachtens aufzutragen hat. Gelangt das Gericht hingegen zum Ergebnis, dass die Voraussetzungen der Unterbringung nicht vorliegen, so hat es diese für unzulässig zu erklären. Für die

3 § 3 Unterbringungsgesetz (UbG) idF BGBl I 18/2010: „In einer psychiatrischen Abteilung darf nur untergebracht werden, wer 1. an einer psychischen Krankheit leidet und im Zusammenhang damit sein Leben oder seine Gesundheit oder das Leben oder die Gesundheit anderer ernstlich und erheblich gefährdet und 2. nicht in anderer Weise, insbesondere außerhalb einer psychiatrischen Abteilung, ausreichend ärztlich behandelt oder betreut werden kann.“

4 BGBl 155/1990 idGF.

mündliche Verhandlung gilt das allgemeine Öffentlichkeitsprinzip nach § 19 Auß-StrG. Das Gericht kann die Öffentlichkeit allerdings ausschließen, wenn es das Interesse der kranken Person erfordert. Auf Verlangen der kranken Person oder ihrer Vertreterin/ihrer Vertreters ist die Öffentlichkeit jedenfalls auszuschließen. Am Schluss der mündlichen Verhandlung hat das Gericht über die Zulässigkeit unter Festlegung einer zeitlichen Frist zu entscheiden bzw die Unzulässigkeit der Unterbringung auszusprechen, wodurch die Unterbringung sofort beendet wird, es sei denn der/die Abteilungsleiter_in macht von dem Recht, einen Rekurs zu erheben, Gebrauch und das Gericht spricht diesem bis zur Entscheidung des Rekursgerichts eine aufschiebende Wirkung zu.

Im Jahr 2011 wurden in Österreich rund 23.160 Personen untergebracht. Dies sind 275 Personen pro 100.000 Einwohner_innen.⁵

Das Unterbringungsgesetz enthält nicht nur das Instrument der örtlichen Anhaltung, sondern darüber hinaus noch das der weitergehenden Beschränkungsmaßnahmen in Form von mechanischen und/oder medikamentösen Bewegungsbeschränkungen (zB Fixierungen, medikamentöse Sedierungen), Beschränkungen des Verkehrs mit der Außenwelt (zB Besuchsverbote, Handyabnahmen) oder Beschränkungen von sonstigen Rechten, insbesondere der Rechte auf Tragen von Privatkleidung, Gebrauch persönlicher Gegenstände und Ausgänge ins Freie. Wird zusätzlich zu der Anordnung „Sie dürfen die Abteilung nicht verlassen!“ eine dieser weitergehenden Maßnahmen von der Abteilung gesetzt, muss die Patient_innenanwaltschaft diese Eingriffe gesondert hinterfragen, die Patient_innen gegenüber der Abteilung vertreten und gegebenenfalls gerichtlich überprüfen lassen, ob die stattgefundenen Beschränkungen nach ihrer Art, ihrem Umfang, ihrer Dauer und zur Abwehr einer Gefahr zulässig waren bzw weiterhin zulässig sind. Mit der Ub-HeimAufG-Novelle 2010⁶ wurde durch die Erweiterung der gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeit ein weiterer Schritt gesetzt, die Persönlichkeitsrechte zu schützen und zu wahren.

Entgegen den gesetzlichen Bestimmungen des Unterbringungsrechts werden aufgrund von Versorgungsengpässen auch Personen mit intellektueller Beeinträchtigung wiederkehrend untergebracht. Zu Recht wurde vom Landesgericht Salzburg als Rekursgericht die Unterbringung einer hiervon betroffenen Person für unzulässig erklärt und ausgeführt, dass „eine Unterbringung geistig Behinderter, die nicht zusätzlich an einer psychischen Krankheit leiden, daher selbst bei der Erfüllung der Gefährdungsvoraussetzungen unzulässig ist (vgl *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts³ Rz 80)“. In seiner weiteren Begründung zeigt das Rekursgericht auf, dass „die Entscheidung des Gesetzgebers, der sozial und therapeutischen Problematik geistig Behinderter nicht mit dem Instrument der zwangsweisen Unterbringung in psychiatrischen Anstalten zu begegnen,

5 VertretungsNetz Jahresbericht 2011, 7; IFS-Jahresbericht 2011, 17.

6 BGBl I 2010/18. Dazu auch *Hörtlechner*, Schauplatz Psychatrie: Die UbG-Novelle 2010, juridikum 2010, 190.

sondern hierfür auf andere Maßnahmen der Pflege und Heilpädagogik zu verweisen, den besonderen Gegebenheiten der geistigen Behinderung Rechnung trägt und im Hinblick auf die Notwendigkeit unterschiedlicher Förderungs- und Betreuungsmaßnahmen als sachlich gerechtfertigt erscheint. Ein erst zu bewältigendes Problem bleibt dabei allerdings, dass die speziellen Versorgungs- und Förderungsmöglichkeiten für geistig Behinderte derzeit im erforderlichen Umfang nicht existieren und daher durch die Zurückhaltung des Gesetzgebers noch keineswegs gewährleistet ist, dass die Behandlungs- und Unterbringungsmöglichkeiten durch die Ausklammerung aus der Psychiatrie nicht schlechter, sondern eher besser werden‘ (*Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts³, Rz 490 f). Da die Unterbringung des Patienten in der Psychiatrie unzulässig ist, sind die (politisch) Verantwortlichen gefordert, entsprechende Betreuungsmöglichkeiten zu schaffen.“⁷

3. „Irgendwann bleib I dann dort“⁸ – Der „beschränkte“ Lebensabend im Pflegeheim?

Bis zum In-Kraft-Treten des UbG im Jahr 1991 konnte aufgrund des „*besonderen Gewaltverhältnisses*“⁹ in der Psychiatrie jede zwangsweise angehaltene Person „Beschränkungen in der Freiheit der Bewegung oder des Verkehrs mit der Außenwelt unterworfen werden“¹⁰. Im Rahmen der – freiwillig begründeten – Aufenthalte in Pflegeheimen, Behindertenbetreuungseinrichtungen und Krankenanstalten herrschte hinsichtlich der Vornahme von Maßnahmen, welche die körperliche Bewegungsfreiheit beschränken, lange Zeit eine rechtliche „Grauzone“.¹¹ Ein jahrelanger Kompetenzstreit zwischen Bund und Ländern, wer für „Zwang im Heim“ zuständig sei, wurde 2003 durch ein Erkenntnis des VfGH beendet, der die Kompetenz des Bundes zur Gesetzgebung und Vollziehung in Angelegenheiten freiheitsentziehender Maßnahmen in Pflegeheimen feststellte.¹² Das Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG)¹³ trat daraufhin 2005 in Kraft und sollte klare Kriterien für die Zulässigkeit von Freiheitsbeschränkungen in Pflegeheimen schaffen.¹⁴

Eine Beschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit darf seitdem – entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Bundesverfassungsgesetzes zum Schutz der persönlichen Freiheit (und der Europäischen Menschenrechtskonvention) – als „*ultima ratio*“ dann vorgenommen werden, wenn eine Person sich oder andere aufgrund ihrer psychischen Erkrankung oder geistigen Behinderung ernstlich und erheblich gefährdet

7 LG Salzburg 23.8.2012, 21 R 289/12i.

8 Vgl zum Titel des Liedtextes von STS www.sts-page.com/texte/text.aspx?28 (4.4.2013).

9 *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts³ (2012) Rz 534.

10 Vgl § 51 Abs 1 Krankenanstaltengesetz 1957, BGBl I/1957.

11 *Barth/Engel*, Heimrecht 1.

12 VfGH 28.6.2003 G 208/02, RdM 2003/5, 150 ff (krit *Kopetzki*).

13 BGBl I 11/2004.

14 Vgl *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² 45 mwN.

und keine besser geeigneten Mittel vorhanden sind, um dieser Gefährdung entgegen zu wirken.¹⁵

Im Jahr 2008 waren 25 Prozent der Heimbewohner_innen beschränkt; dh jede vierte, in einer Einrichtung lebende Person war von einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme betroffen.¹⁶ Ende 2012 hatte sich die Zahl der Freiheitsbeschränkungen, unter anderem durch die Arbeit der gesetzlich dazu berufenen Bewohner_innenvertreter_innen, auf 15 Prozent an betroffenen Personen reduziert.¹⁷ Die Ausgestaltung dieser Beschränkungen ist mannigfaltig und in ihrer Intensität sehr unterschiedlich: zwischen der sogenannten „Fünf-Punkt-Fixierung“ (Gurte an Armen, Beinen und der Taille) am Bett, bis hin zum Zurückholen am Gartentor mittels elektronischer Überwachung, gibt es viele Abstufungen. Fast 50 Prozent der Freiheitsbeschränkungen in Alten- und Pflegeheimen passieren am Bett (mittels Gurten, Seitenteilen); in einem Viertel der an die Bewohner_innenvertretung gemeldeten Fälle kommt es zur Freiheitsbeschränkung durch medikamentöse Maßnahmen.¹⁸

Im Unterschied zu den idR kurzen Aufenthalten im Krankenhaus stellt sich die Situation in den Pflegeheimen so dar, dass die Bewohner_innen in ihrem zumeist letzten Zuhause diesen Beschränkungen ausgesetzt sind. Die wichtigsten Bezugspersonen sind jene, die nicht nur Trost und Hilfe spenden – sondern auch jene, die beschränken.¹⁹ Im Regelfall erfolgen die Beschränkungen dann, wenn es zu („unkooperativen“) Verhaltensweisen (dementer Personen) kommt, die im Rahmen der gegebenen Strukturen nicht mehr handhabbar sind.

Das HeimAufG soll dazu dienen, die Beschränkungsmaßnahmen auf jene Fälle zu reduzieren, in denen sie absolut unumgänglich sind; in diesen sollen sie dann so maßvoll und schonend wie möglich eingesetzt werden. Acht Jahre nach In-Kraft-Treten des Gesetzes gibt es eine breit gefächerte Judikatur zur Verhältnismäßigkeit von Freiheitsbeschränkungen. Technische Vorrichtungen wie geteilte Seitenteile, Sensormatten oder Bettfluchtbügel werden genauso als Alternativen zu Freiheitsbeschränkungen genannt wie psychosoziale Interventionen, zB das Erarbeiten von Krisenkonzepten und strukturierten Beschäftigungsangeboten.²⁰ Bezüglich deren Umsetzung setzt die Judikatur ein hohes Maß an Organisationsaufwand von Seiten der Einrichtungen voraus: „Das Betreuungspersonal muss sich jew für die geringste, in die Freiheitsrechte und Bewegungsrechte eingreifende Abwehrmethode entscheiden, woran es nichts ändert, dass eine solche

15 Vgl§ 4 HeimAufG, BGBl I 11/2004.

16 Barta, Heimaufenthaltsgesetz, CliniCumNeuropsy 5/09.

17 Controlling Berichte VertretungsNetz, 4. Quartal 2012, 21.1.2013.

18 Controlling Berichte VertretungsNetz, 4. Quartal 2012, 21.1.2013.

19 Aufschlussreich dazu die Erfahrungsberichte von betroffenen Personen in *Sibitz et al*, Impact of coercive measures on lifetimes: qualitative study, *The British Journal of Psychiatry* 2011, 199:239-244: „[...] Participants highlighted the importance of having access to helpers whom they were able to trust, but conceded that trust was something that evolved over time and was compromised by coercion [...]“.

20 Vgl etwa *Weber*, Rechtsprechungübersicht zum Heimaufenthaltsgesetz (2010/2011), *iFamZ* 2012, 89–101.

mit der Personallage nicht leicht zu bewältigen wäre oder damit ein erhöhter administrativer Aufwand verbunden ist [...].²¹ Bezüglich dieser „Organisations- und Bereitstellungspflicht des Heimträgers“ problematisiert *Strickmann* zutreffend: „Eine Schwierigkeit besteht darin, dass im fiktiven Idealzustand optimaler Heimausstattung, ambulanter Versorgung und personeller Ressourcen immer gelindere Alternativen vorstellbar, diese aber nicht unbedingt real verfügbar sind“ und verweist zur Konkretisierung auf den heute üblichen internationalen Standard an zeitgemäßen Pflegeschlüsseln und die Pflegeheimgesetze der Länder.²²

Obgleich das Ausmaß an durchgeführten Freiheitsbeschränkungen nicht nur von der (personellen) Ausstattung der jeweiligen Einrichtung abhängig ist, ergeben sich große Unterschiede sowohl hinsichtlich der Ausgestaltung der „Pflegeheimlandschaft“²³ als auch der Anzahl an freiheitsbeschränkenden Maßnahmen in den einzelnen Bundesländern: die Bandbreite reicht von vier bis über 20 Prozent an betroffenen Personen pro Einrichtung.²⁴ Fest steht, dass manche Bundesländer über eine relativ zeitgemäße Ausstattung verfügen. In anderen sind nach wie vor Konstellationen zu finden, die mehr an „Ghettos“ bzw. „Aufbewahrungsstätten“ für Randgruppen erinnern, als an Wohnheiten, die alten Menschen ein gewisses Maß an Selbstbestimmung, Freiheit und Privatleben gewährleisten sollen. Allein die baulichen Gegebenheiten in den Einrichtungen (Denkmalschutz, hallenartige Räume, Lage an stark befahrenen Straßen, lange Gänge) haben oft zur Folge, dass die Lebensräume von alten Menschen mit Demenz atmosphärisch eher antiquierten Krankenzimmern ähneln, als einem „Zuhause“ für ihren Lebensabend. Solche Strukturen, aber auch das mangelnde Daheim-Gefühl (Pflegediagnose: „Verlegungsstresssyndrom“) führen dazu, dass vermehrt zu freiheitsbeschränkenden Maßnahmen gegriffen werden muss und zahlreiche andere Persönlichkeitsrechte (etwa jenes auf Privat- und Familienleben) laufend verletzt werden. Hier kann das Heimaufenthaltsgesetz als Bundesgesetz, das – aufgrund der eingangs dargestellten Kompetenzproblematik – letztlich nur einen sehr kleinen Aspekt der Grundrechte in Alten- und Pflegeheimen betrifft, naturgemäß nur in begrenztem Ausmaß zu Veränderungen und Verbesserungen führen.

21 EFSIg 120.479.

22 *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² 143 ff.

23 Die Steiermärkische Pflegeheimverordnung – StPHVO sieht in § 2 etwa lediglich Ein- und Zweibettzimmer vor und regelt deren Ausstattung bis ins kleinste Detail: „[...] Lichtquellen, die so angeordnet sind, dass sowohl am Tisch als auch im Bett gelesen werden kann.“ Das Durchführungsgesetz zum Wiener Wohn- und Pflegeheimgesetz – WWPG sieht in § 12 Ein- bis Vierbettzimmer vor, die über eine „ausreichende Belichtung“ verfügen und „gut entlüftbar“ sein müssen. Inwiefern diese Aspekte mit der Anzahl an durchgeführten Freiheitsbeschränkungen korrelieren, wurde noch nicht im Detail untersucht.

24 Controlling Berichte VertretungsNetz, 4. Quartal 2012, 21.1.2013.

4. Der Heimvertrag – ein Thema im Abseits?

Ein weiterer Versuch, dem der Problematik zugrundeliegenden Machtgefälle zu begegnen, wurde mit der Implementierung des Heimvertragsgesetzes²⁵ unternommen. Dieses sieht aus leicht durchschaubaren Motiven vor, dass jeder Heimvertrag unter anderem gem § 27d Konsumentenschutzgesetz (KSchG)²⁶ zwingend Feststellungen hinsichtlich folgender Persönlichkeitsrechte zu enthalten hat:

- Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, auf anständige Begegnung, auf Selbstbestimmung sowie auf Achtung der Privat- und Intimsphäre,
- Recht auf Wahrung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses,
- Recht auf politische und religiöse Selbstbestimmung, auf freie Meinungsäußerung, auf Versammlung und auf die Bildung von Vereinigungen, insbesondere auf die Durchsetzung der Interessen der Heimbewohner_innen,
- Recht auf Verkehr mit der Außenwelt, auf Besuch durch Angehörige und Bekannte und auf Benützung von Fernsprechern,
- Recht auf Gleichbehandlung ungeachtet des Geschlechts, der Abstammung und Herkunft, der Rasse, der Sprache, der politischen Überzeugung und des religiösen Bekenntnisses,
- Recht auf zeitgemäße medizinische Versorgung, auf freie Arzt-/Ärztinnen- und Therapiewahl, und auf eine adäquate Schmerzbehandlung sowie
- Recht auf persönliche Kleidung und auf eigene Einrichtungsgegenstände.

Seit 1.7.2004 stehen Verträge zwischen Heimbewohner_innen und Heimträger_innen unter dem Schutz des KSchG, das durch besondere Bestimmungen über den Heimvertrag ergänzt wurde. Heimverträge sind als Verbraucher_innengeschäfte im Sinne des § 1 KSchG anzusehen, was bedeutet, dass im einzelnen Heimvertrag nur zum Vorteil des Bewohners/der Bewohnerin, nicht aber zu seinem/ihrem Nachteil von den gesetzlichen Bestimmungen abgewichen werden darf. Betreuung, Pflege und Unterkunft für mehr als drei Personen machen die Anbieter_innen zum/zur Heimbetreiber_in, die aufgenommene Person zum/zur Heimbewohner_in mit zahlreichen Rechten und Pflichten aus dem Heimvertrag. Vereinbart werden sollten:

- die Art der Unterkunft (Einzel- oder Mehrbettzimmer und die sonstigen Räumlichkeiten, wie Wohn- und Gemeinschaftsräume, Garten),
- die Häufigkeit und das Ausmaß der Wäscheversorgung (Ist auch die Kleidung des Heimbewohners/der Heimbewohnerin miteinbezogen?) und die Reinigung der Räume,
- die Verpflegung (Wie viele Mahlzeiten, wie viele davon „warm“, Diätkost, vegetarische Kost?),

²⁵ BGBl I 11/2004.

²⁶ BGBl 140/1979 idF BGBl I 92/2006.

- die Leistungen im Rahmen der Betreuung und Pflege (Pflege nur während kürzerer Erkrankungen oder volle Pflege? Wie ist die personelle Ausstattung, zB nachts? In welchen persönlichen Angelegenheiten kann der/die Bewohner_in unterstützt werden?),
- die Höhe des Entgelts (Wann ist es fällig, wohin soll es überwiesen werden, woraus setzt es sich zusammen? Gefordert ist eine Aufschlüsselung des Entgelts in die Komponenten Unterkunft, Verpflegung, Grundbetreuung, besondere Pflegeleistungen und zusätzliche Leistungen),
- Welche zusätzlichen Leistungen werden erbracht? (Wird eine bestimmte Form der professionellen Pflege geleistet? Welche Therapien werden angeboten? Gibt es Sozialarbeit? Welche medizinischen Dienstleistungen werden angeboten, wie oft sind Ärzt_innen anwesend und erreichbar? Werden Dienstleistungen durch Dritte, wie zB Friseur_in, Fußpflege, Physiotherapie ermöglicht? Welche Bildungs- und Beschäftigungsmöglichkeiten oder Kulturveranstaltungen werden angeboten?) Auch diese Leistungen sind im Entgelt aufzuschlüsseln. Werden solche Leistungen nicht erbracht oder nicht organisiert, muss der/dieHeimträger_in darauf hinweisen.
- Ist eine Kautionsleistung zu leisten? (Diese darf maximal ein Monatsentgelt ausmachen).

Der/Die Heimbewohner_in hat das Recht, eine Vertrauensperson (§ 27e KSchG) gegenüber dem/der Heimträger_in namhaft zu machen, die im Heimvertrag anzuführen ist. Diese Vertrauensperson der Heimbewohner_in soll – ohne eine Vertretungsbefugnis im eigentlichen Sinn zu besitzen – diese in den Belangen des Heimvertrags unterstützen. In bestimmten zivilrechtlichen Angelegenheiten ist sie von dem/der Heimbetreiber_in zwingend beizuziehen: Das Gesetz führt gröbliche Verletzungen der Pflichten aus dem Vertrag oder schwerwiegende „Störungen des Heimbetriebs“ durch den/die Bewohner_in an. Hier ist eine „Ermahnung“ mit Hinweis auf die möglichen Folgen vorgesehen. Zu dieser „Ermahnung“ sind der/die Vertreter_in und die Vertrauensperson unter Bekanntgabe des Grundes mit eingeschriebenem Brief zu „laden“.

Will der/die Bewohner_in den Vertrag kündigen, kann er/sie dies jederzeit ohne Angabe von Gründen unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist zum Monatsletzten. Liegen wichtige Gründe wie gravierende Pflegemängel oder Untauglichkeit oder Gesundheitsschädlichkeit vor, kann der Vertrag durch den/die Bewohner_in gem § 27h Abs 1 KSchG sofort aufgelöst werden.²⁷ Der/Die Heimbetreiber_in hingegen kann den Vertrag nur aus wichtigen Gründen kündigen. Solche Gründe sind etwa die Einstellung des Heimbetriebs (hier beträgt die Kündigungsfrist drei Monate), oder eine Veränderung des Gesundheitszustandes des/der Heimbewohner_in dahingehend, dass eine sachgerechte und medizinisch gebotene Pflege nicht mehr möglich ist, oder wenn ein Zahlungsverzug (von mindestens zwei Monaten) vorliegt. Mit der Kündigung muss der/die

²⁷ Barth/Engel, Heimrecht, § 27h Anm 3 KSchG.

Heimbetreiber_in den/die örtlich zuständige Träger_in der Sozial- und Behindertenhilfe verständigen, der/die dafür zu sorgen hat, dass der/die Heimbewohner_in anderswo gepflegt und betreut werden kann.

Nur wenige Bewohner_innen sind sogenannte „Selbstzahler_innen“. In vielen Fällen muss zur Finanzierung eines Heimplatzes die Unterstützung durch den/die Träger_in der sozialen Hilfe angestrebt werden, denn das zur Verfügung stehende Einkommen reicht idR zur Finanzierung eines Heimplatzes nicht aus, auch die Ersparnisse sind angesichts der monatlichen Kosten häufig relativ rasch verbraucht. Die Unterbringung im Heim wird als sozial- oder behindertenhilferechtliche Unterstützung (bei jüngeren Menschen) durch das jeweilige Bundesland geleistet. Die Aufnahmevoraussetzungen sind sehr hoch: Es wird ein Pflegebedarf der Stufe 3 und höher gefordert. Die Heimbewohner_innen sind damit beim Eintritt älter und pflegebedürftiger als je zuvor. Der/Die Träger_in der sozialen Hilfe erwirbt nach § 324 Abs 3 ASVG oder den entsprechenden Bestimmungen in den anderen Sozialversicherungsgesetzen einen gesetzlichen Anspruch auf 80% der Pension einschließlich des Pflegegeldes. Dem Bewohner/der Bewohnerin verbleiben 20% Pensionstaschengeld und Pflegegeld (10% der Stufe 3 des Pflegegeldes) sowie die Sonderzahlungen zur freien Verfügung. Wer keine Pension erworben hat, erhält ein bescheidenes Taschengeld aufgrund sozial- oder behindertenhilferechtlicher Vorschriften. Dieses „Sozialhilfetaschengeld“ ist länderweise unterschiedlich hoch und beträgt beispielsweise in Wien monatlich € 92,20 (§ 5 Abs 3 VO der Wiener Landesregierung betreffend die Festsetzung der Richtsätze in der Sozialhilfe²⁸).

Angesichts dieser geringen Barmittel wird deutlich, wie wichtig die Vereinbarungen im Heimvertrag über die gesonderte Bezahlung von zusätzlichen Leistungen werden können: Wird auch die Reinigung der Oberbekleidung vom Tagsatz, den der/die Sozialhilfeträger_in an den/die Heimträger_in leistet, erfasst oder muss dafür das Taschengeld ausgegeben werden?²⁹ Sind zusätzliche Leistungen zwingend in Auftrag zu geben (und gesondert zu finanzieren) oder sind sie frei wählbar – wie es sich der Gesetzgeber vermutlich vorgestellt hat?³⁰

Da Heimplätze Mangelware sind und die Nachfrage das Angebot übersteigt, haben die Heimbetreiber_innen trotz der gestärkten rechtlichen Stellung der Heimbewohner_innen im Alltag weitreichende Gestaltungsfreiheit. Durch die Bestimmungen des KSchG wäre gewährleistet, dass die zwingenden Bestimmungen des Heimvertragsgesetzes durch die Unterschrift des Bewohners/der Bewohnerin nicht außer Kraft gesetzt werden können. Zahlreiche Verbände sind zu einer Verbandsklage berechtigt: So sind gem § 29 Abs 1 KSchG die Wirtschaftskammer Österreich, die Bundesarbeitskammer, der öster-

28 Wiener LGBl 1973/13 idF 2010/04.

29 Vgl die Judikatur zur unzulässigen Doppelterrechnung: OGH 21.11.2006, 4 Ob 188/06k; OGH 17.4.2007, 10 Ob 24/07p; VwGH 16.6.2011, 2008/10/0081.

30 LGZ Wien 27.5.2010, 42 R 63/10s.

reichische Landarbeiterkammertag, die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs, der Österreichische Gewerkschaftsbund, der österreichische Seniorenrat und der Verein für Konsumenteninformation befugt, durch eine Verbandsklage gegen Vertragsbestimmungen, die gegen eine gesetzliche Regelung verstoßen und dadurch die allgemeinen Rechte der Verbraucher_innen beeinträchtigen, vorzugehen. Bekannt geworden sind einzelne Musterverfahren durch den Verein für Konsumenteninformation. Eine durch ihn durchgeführte Überprüfung von 25 Alten- und Pflegeheimverträgen ergab, dass diese Verträge in durchschnittlich 13 Punkten gegen gesetzliche Bestimmungen verstießen.³¹ Angesichts dieses Befundes ist zu fordern, dass Heimbetreiber_innen ihre Vertragsschablonen einer öffentlichen Stelle zur Genehmigung vorlegen bzw zumindest in geeigneter Weise (durch Aushang im Heim, Publikation auf der jeweiligen Homepage) veröffentlichen müssen. Der Pflegeregress (das Einfordern von finanziellen Mitteln naher Angehöriger für die Pflege ihrer Anverwandten) hat sich immerhin schon zum Wahlkampfthema gemausert.

Wo keine Pflege im engeren Sinn geleistet wird, bleiben die Wohnverhältnisse noch prekärer – so etwa in (psychosozialen) Übergangwohnheimen, in Unterkünften der Wohnungslosenhilfe, in Senior_innenwohngemeinschaften. Zumeist werden Untermietverhältnisse abgeschlossen oder der Wohnraum aufgrund eines Prekariums (bis auf Widerruf) überlassen.

5. Ausblick

Letztlich bleibt es damit nach wie vor dem Zufall bzw Glück der betroffenen Person überlassen, ob sie ein Zuhause findet, das ihr mehr bietet, als gnadenhalber „warm, satt und sauber“³² beherbergt zu werden. Es bleibt zu hoffen, dass UbG, HeimAufG und KSchG weiterhin Beiträge dazu leisten können, dass (alte) Menschen mit psychischer Erkrankung und Menschen mit intellektueller Beeinträchtigung grundsätzlich nicht als bemitleidenswerte Bittsteller_innen wahrgenommen werden, sondern als Rechtssubjekte – mit all ihnen zustehenden (Grund-)Rechten.

Die Vorstellung, nicht mehr alleine wohnen und leben zu können und von der Versorgung durch andere abhängig zu sein, lässt in vielen von uns große Ängste entstehen. Diese Ängste sollten wir nicht verdrängen. Vielmehr sollten wir uns um die Verbesserung der Rahmenbedingungen der stationären und ambulanten Wohnversorgung kümmern.

Drⁱⁿ Irene Müller, Mag^a Sylvia Weber und Mag^a Ingrid Jez sind Mitarbeiterinnen der Abteilung Recht bei Vertretungsnetz – Sachwalterschaft, Patientenanwaltschaft, Bewohnerververtretung in Wien; Kontakt: Ingrid.Jez@vsp.at.

31 *Ganner*, Vier Jahre Heimvertragsgesetz, iFamZ 2008, 316.

32 Näheres zum gegensätzlichen Modell der reaktivierenden Pflege nach *Böhm*, etwa unter: www.enpp-boehm.com/de/enpp-boehm-gmbh/erwin-boehm.html (28.3.2013).

Recht auf Wohnen aus verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Sicht.

Eine Bestandsaufnahme¹

Niklas Sonntag

Das Recht auf Wohnen ist keinesfalls auf Fragen der Grund- und Menschenrechte beschränkt, sondern betrifft zahlreiche Rechtsgebiete. Es umfasst sowohl Völker- und Europarecht, als auch öffentliches und privates Recht. Dies wurde schon in den 1980ern eingehend untersucht.² Die seither erfolgten Änderungen bilden den Anlass, um einen Blick auf die geltende Rechtsordnung zu werfen. Im Folgenden soll also ein „update“ aus Sicht des Verfassungs- und Verwaltungsrechts einen kurzen Einblick in die Regelungen des Rechts auf Wohnen bieten und das Thema unter anderem auch aus kompetenz- und verwaltungsrechtlicher Sicht beleuchten.

1. Der völker- und europarechtliche Hintergrund

Jene völkerrechtlichen Verträge, die ein Recht auf Wohnen im weiteren Sinne beinhalten, wurden von Österreich, wenn auch unter Erfüllungsvorbehalt, weitgehend unterzeichnet. Es betrifft dies vor allem die Europäische Sozialcharta aus 1961³ sowie den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte aus 1966⁴. Diese Vertragswerke sind schon in der Vergangenheit für das vorliegende Thema eingehend erörtert worden⁵, weshalb nur einige aktuelle Entwicklungen skizziert werden sollen: So etwa die Revidierte Europäische Sozialcharta, die am 7. Mai 1999 unterzeichnet und im Jahre 2011 vom Parlament gemäß Art 50 B-VG unter Erfüllungsvorbehalt genehmigt wurde.⁶ Motiv dafür war die Modernisierung und Anpassung der Charta aus 1961 an geänderte Rahmenbedingungen, wobei Art 31 der revidierten Charta ein umfangreiches „Recht auf Wohnung“ normiert, demzufolge die Vertragsstaaten verpflichtet sind, den „Zugang zu Wohnraum mit ausreichendem Standard zu fördern“, der „Obdachlosigkeit vorzubeugen und sie mit dem Ziel der schrittweisen Beseitigung abzubauen“

1 Für wertvolle Anregungen danke ich *Univ.-Doz. Dr. Peter Bußjäger* und *Univ.-Prof. Dr. Peter Pernthaler*.

2 *Gutknecht*, Das Recht auf Wohnen und seine Verankerung in der österreichischen Rechtsordnung, JBl 1982, 173.

3 BGBl 460/1969.

4 BGBl 590/1978.

5 Vgl etwa *Schäffer*, Zur Problematik sozialer Grundrechte, in: *Merten/Papier* (Hg), Handbuch der Grundrechte, Band VII/1 (2009) Rz 33 ff und *Gutknecht*, JBl 1982, 175 ff.

6 BGBl III 112/2011.

sowie die „Wohnkosten für Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, so zu gestalten, dass sie tragbar sind“. Art 31 wurde von Österreich allerdings nicht ratifiziert – die Charta sieht, wie auch jene aus 1961, die Möglichkeit partieller Bindung vor – sodass die Staaten nur jene Artikel notifizieren, zu deren Erfüllung sie sich verpflichten. Begründet wurde die Nichtratifizierung vor allem mit der gebotenen Gleichbehandlung von Angehörigen anderer Vertragsstaaten, wie sie gegenwärtig im Bereich der Wohnbauförderung und der Wohnbeihilfe nicht garantiert sei, ferner mit den Mietzinsregelungen, die in Österreich nicht die soziale Schutzbedürftigkeit einer Person, sondern Kriterien in Bezug auf das Gebäude berücksichtigen.⁷

Was das Europarecht betrifft, so verfügt die Europäische Union zwar über keine wohnungspolitischen Kompetenzen, jedoch enthält die Charta der Grundrechte, die seit dem Vertrag von Lissabon zum primären Unionsrecht zählt, eine Passage zum Recht auf Wohnen. Die Charta orientiert sich über weite Strecken an den Inhalten der ursprünglichen und revidierten Europäischen Sozialcharta, die den Erläuterungen⁸ zufolge auch Vorbild für die indirekte Verankerung des Wohnens in Art 34 Abs 3 war, demzufolge Unterstützung für die Wohnung all jenen zukommen soll, die nicht über ausreichende Mittel dazu verfügen. Welcher Art diese sein soll, geht aus der ohnehin vagen Formulierung (das Recht wird „anerkannt“ und „geachtet“) allerdings nicht hervor, wie auch die Erläuterungen dazu keinen Hinweis geben. Hinsichtlich der Verbindlichkeit ist ebenso zu relativieren, da die Grundrechte-Charta nach Art 51 primär an die Organe der Europäischen Union gerichtet und für die Mitgliedsstaaten ausdrücklich nur bei Durchführung des Unionsrechts bedeutsam ist. Insbesondere durch die jüngsten Entwicklungen in der Judikatur des österreichischen VfGH⁹, wonach er sich teilweise an die Grundrechte-Charta als Maßstab gebunden fühlt, bleibt nicht auszuschließen, dass auch dieses Kapitel künftig unter Umständen eine bedeutendere Rolle im innerstaatlichen Recht spielen wird.

2. Die Bemühungen um ein Grundrecht auf Wohnen

Ein Recht auf Wohnen ist, wie soziale Rechte überhaupt, dem österreichischen Verfassungsrecht zumindest auf Bundesebene weitgehend fremd. Im europäischen Vergleich nimmt Österreich damit eine eher eigentümliche Position ein, zumal es durchaus üblich ist, sozialstaatliche Garantien, und sei es auch nur in Form von Programmsätzen, in den Verfassungen zu verankern.¹⁰ Dies mag zum einen an der bewusst nüchternen Ausge-

7 Vgl dazu die Ausführungen in 1068 der BgNR XXIV. GP, 19 f; vgl dazu auch *Eberharter/Handler* in diesem Heft.

8 ABl 2007 C 303/17.

9 VfSlg 19.632/2012; vgl dazu jüngst die kritische Würdigung von *Gamper*, Wie viel Kosmopolitismus verträgt eine Verfassung? JBl 2012, 769 ff.

10 Vgl etwa Kapitel 1 § 2 der schwedischen Verfassung, wo persönliches, wirtschaftliches und kulturelles Wohlergehen zum allgemeinen Ziel der Staatstätigkeit erhoben wird und wonach insbesondere Vorsorge für den Zugang zu Arbeit, Bildung, Wohnung und Gesundheit zu treffen ist.

staltung des B-VG selbst liegen, von dem *Merkel* etwa einmal meinte, dass es „in schmucklosen, aber festen Worten nur das rechtlich Notwendige sagt“¹¹, zum anderen freilich auch an seinem Alter: Sozialstaatliche Garantien waren zum Zeitpunkt des Entstehens der österreichischen Bundesverfassung praktisch kein Thema, zudem sind die Verfassungen Europas, mit Ausnahme Norwegens, auch weitaus jüngeren Datums. Verschärfend kommt hinzu, dass der Grundrechtskatalog größtenteils noch aus der Monarchie rezipiert und überhaupt kaum ein Textteil in der Zweiten Republik innerstaatlich erarbeitet wurde.¹² Das Schicksal des Rechts auf Wohnen in Österreich teilt das der Grundrechtsreform, um die man sich seit den 1960er Jahren weitgehend vergeblich bemüht. Dabei geht ein modernes Verständnis sozialer Grundrechte von einem weiten Begriff aus und umfasst neben dem klassischen *Jellinek*'schen *status positivus* als subjektiv durchsetzbaren Leistungsanspruch auch Bestands- und Einrichtungsgarantien, die etwa einen Abbau durch die einfache Gesetzgebung hintanhaltend sollen, ferner staatsgerichtete Sozialgestaltungsaufträge und Staatszielbestimmungen.¹³ Vor allem bei der Verankerung als subjektives Recht wird überwiegend angenommen, dass dies auch für den Bereich des Wohnens praktisch undurchführbar sei, zumal dies mit liberalen Grundrechten kollidiere und zudem dafür dem Staat die Verfügungsbefugnis zustehen müsste. Die Grundrechtsreform in Österreich zog daher ein mögliches Recht auf Wohnen eher in Form von Staatszielbestimmungen in Betracht, die sich als Auslegungsregeln, Maßstäbe der Gesetzesprüfung und vor allem in ihrer politischen Wirkung manifestieren sollten. Ein erster institutionalisierter Anlauf, bei dem unter anderem auch das Recht auf Wohnung und Wohnbauförderung verfassungsgesetzlich verankert werden sollte, erfolgte im Rahmen der Grundrechtsreformkommission, die von 1964 bis 1985 tagte, jedoch über punktuelle Verankerungen etwa der Kunstfreiheit oder der persönlichen Freiheit nicht hinauskam.¹⁴ Im April 2002 wurde im Rahmen des Volksbegehrens „Sozialstaat Österreich“ die Aufnahme einer Sozialstaatsklausel einschließlich einer präventiven Sozialverträglichkeitsprüfung für Gesetze, jedoch ohne Bezugnahme auf ein Wohnrecht, in die Bundesverfassung angeregt.¹⁵ Die immerhin von über 700.000 Wahlberechtigten unterstützte Initiative wurde aber nicht weiterverfolgt. Eine Annäherung an ein verfassungsrechtlich verankertes Recht auf Wohnen gab es im Österreich-Konvent, der von 2003 bis 2005 tagte und im für Grundrechte zuständigen Ausschuss 4 unter anderem auch die Kodifikation sozialer Grundrechte diskutierte. Zum Recht auf Wohnung wurde im Ausschuss festgehalten, dass kein subjektives Recht dazu geschaf-

11 *Merkel*, Bundesstaat „Republik Österreich“, in: Gesammelte Werke, Band II/1 (1999) 271.

12 Darauf macht etwa *Ermacora*, Grundriss der Menschenrechte in Österreich (1988) Rz 24 aufmerksam.

13 Vgl dazu den Überblick bei *Damjanovic*, Soziale Grundrechte, in: *Heißl* (Hg), Handbuch Menschenrechte (2009) Rz 28/1 ff und *Gutknecht*, JBl 1982, 183 f. Zur Frage der Durchsetzung *Thienel*, Soziale Grundrechte in Österreich? in: *Österreichische Juristenkommission* (Hg), Aktuelle Fragen des Grundrechtsschutzes (2005) 128 ff.

14 Vgl *Schäffer*, Problematik Rz 95 ff und *Ermacora*, Grundriss Rz 1078 f.

15 1161 der BlgNR XXI. GP.

fen werden soll. Was die Verankerung als Staatszielbestimmung betrifft, so gab es zwar vier konkrete Textvorschläge, über die jedoch kein Konsens erzielt werden konnte. Die Palette reichte von einem Bekenntnis zur Wohnungspolitik, über Gewährleistung einer ausreichenden Zahl an Wohnungen zu angemessenen Preisen bis hin zum Gesetzesauftrag, Unterstützung für eine Wohnung sicherzustellen. Abgesehen davon, dass keiner dieser Vorschläge mehrheitsfähig war, gab es jedoch Konsens im Präsidium über einen vierten, kurz gefassten Textvorschlag „Jeder Mensch hat das Recht auf Wohnen“, in einer *dissenting opinion* ergänzt um „menschenswürdiges“ Wohnen.¹⁶ Bekanntlich gelang es dem Österreich-Konvent nicht, die Bundesverfassung neu zu fassen. Wenn auch Teile davon in den Jahren darauf umgesetzt werden konnten, so scheint die Grundrechtsreform momentan kein Thema mehr zu sein.

3. Das Wohnen im geltenden Verfassungsrecht

Das Wohnen ist dem geltenden österreichischen Verfassungsrecht allerdings auch nicht völlig fremd: An relativ prominenter Stelle etwa findet sich Art 11 Abs 1 Z 3 B-VG, der die Gesetzgebung im Bereich des „Volkswohnungswesens“ (mit Ausnahme der Förderung des Wohnbaus und der Wohnhaussanierung) dem Bund zuweist und die Vollziehung dieser Normen zum Zuständigkeitsbereich der Länder erklärt. Wie bei den meisten Kompetenzbestimmungen, so wird auch hier im B-VG nicht definiert, was unter „Volkswohnungswesen“ zu verstehen ist und dies der judikativen Klärung überlassen. Der VfGH befasste sich schon relativ früh damit und kam in einem Kompetenzfeststellungserkenntnis aus 1951¹⁷ zu dem Schluss, dass das Volkswohnungswesen die „Errichtung und Bereitstellung von Wohnungen für die minderbemittelten Bevölkerungskreise“ umfasse, wozu über Bundesgesetz auch andere Gebietskörperschaften verpflichtet werden könnten, vorausgesetzt, es würden über den Finanzausgleich entsprechende Mittel zur Verfügung gestellt werden. Nicht unter diesen Kompetenztatbestand fielen jedenfalls abgabenrechtliche Vorschriften, Tätigkeiten im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung und Regelungen des Zivilrechts, die jeweils separaten Kompetenzen unterliegen würden. In weiteren Entscheidungen rundete der VfGH das Bild insofern ab, als auch Maßnahmen betreffend künftigen Wohnraum und der Wohnraumbewirtschaftung umfasst seien.¹⁸ Ende 1987 beschloss der Bundesverfassungsgesetzgeber die Übertragung eines Teils der Kompetenz in die Landesgesetzgebung, als explizit die „Förderung des Wohnbaus und der Wohnbausanierung“ ausgenommen und damit

16 Vgl dazu die Ausführungen im Bericht des Österreich-Konvents I, Teil 3 (2005) 101 und II, Teil 4A (2005) 80 f, ferner die Diskussion bei Mayer, *Verfassung im Spannungsfeld politischer Interessen in der Zweiten Republik* (2005) 45 ff. Siehe dazu jüngst auch Schober, *Das Recht auf Wohnen*, wobl 2012, 5 ff.

17 VfSlg 2217/1951.

18 Vgl dazu den Überblick bei Mayer, B-VG⁴ (2007) 68.

Landessache (Art 15 Abs 1 B-VG) wurde.¹⁹ In der Novelle wurde zur Vermeidung zeitlicher Lücken in etwas eigentümlicher Weise normiert, dass die seinerzeitigen Bundesgesetze als Landesgesetze weitergelten. Die Länder erließen in der Folge aufgrund der neuen Kompetenz entsprechende Wohnbaufördergesetze samt Durchführungsverordnungen.²⁰ Kompetenznormen haben grundsätzlich nur ermächtigenden Charakter, eine Rechtspflicht zur Erlassung von Gesetzen besteht im Regelfall nicht.²¹ Eine solche gibt es nur in Einzelfällen etwa über Art 15 Abs 6 B-VG oder betreffend die Umsetzungsverpflichtungen des Unionsrechts. Nach einem Teil der Lehre werden Kompetenzbestimmungen über ihre Natur als Ermächtigungsnormen hinaus auch als Handlungsaufträge des Staates verstanden, indem man ihnen ein teleologisch-finales Verständnis zugrunde legt. Demnach hat die bundesstaatliche Kompetenzverteilung die Funktion, Aufgaben des Staates zu formulieren und stellt damit eine erste Stufe zur Gemeinwohlformulierung dar.²² Unabhängig davon, welche Charakterisierung präferiert wird, so steht jedenfalls fest, dass mit dem „Volkswohnungswesen“ der Bundesverfassungsgesetzgeber von 1920 offenbar Regelungsbedarf gesehen hat, den man sicherstellen wollte. Auf grundrechtlicher Ebene seien der Vollständigkeit halber der Schutz des Hausrechts (Art 9 StGG iVm HausrechtsG) und die Achtung der Wohnung (Art 8 EMRK) erwähnt, wodurch die Wohnung vor willkürlichen Hausdurchsuchungen als auch vor unrechtmäßigem Betreten, gewaltsamen Eindringen und Einwirkungen aller Art verfassungsrechtlich geschützt wird.²³ Betreffend das vorliegende Thema sind diese Gewährleistungen jedoch nur indirekter Natur, da sie eine Wohnung als Schutzgut voraussetzen, aber keinerlei Anspruch darauf normieren. Allerdings ist der Schutz vor derlei staatlichen Eingriffen zweifellos eine wichtige flankierende Absicherung des Wohnens an sich. Soziale Grundrechte im weiten Sinn einschließlich der Verankerung der Menschenwürde sind im Gegensatz zur Bundesebene auf Ebene der Landesverfassungen vielfach vorhanden, resultierend aus einem weiten Verständnis vor allem der Lehre über die Verfassungsautonomie der Länder.²⁴ In der Praxis relevant wurde das Thema erstmals, als Vorarlberg in einer 1983 geplanten Novelle seiner Landesverfassung weitreichende Bestimmungen, einschließlich einer Entschädigungspflicht auf Grund landesgesetzlicher Enteignungen sowie sozialer Grundrechte in Form von Zielnormen und Bekenntnissen zu Umweltschutz, Ehe, Familie, Bildung und Kultur verankern wollte. Kern der Debat-

19 BGBl 640/1988. Ein Großteil der darin normierten Bestimmungen hat zwischenzeitlich ihren Zweck erfüllt, weshalb sie durch Zeitablauf überholt und mit BGBl I 2/2008 als „nicht mehr geltend“ festgestellt wurden.

20 Öhlinger, Die Verlängerung der Wohnbauförderung, ÖZW 1988, 34 f.

21 Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht 11 (2007) Rz 251.

22 Vgl zu diesem „aufgabenbezogenen Kompetenzdenken“ insbesondere Perenthaler, Kompetenzverteilung in der Krise (1989) 137 ff.

23 Eingehend dazu Heißl, Recht auf Achtung des Privatlebens, in: Heißl (Hg), Handbuch Menschenrechte (2009) 160 Rz 8/24 ff und Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht Rz 1427 ff.

24 Für einen rezenten Überblick dazu siehe Gampfer, Allgemeine Bestimmungen des Landesverfassungsrechts, in: Pürgy (Hg), Das Recht der Länder I (2012) 61 Rz 3 ff und Perenthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht (2004) 465 ff.

te war die Frage, ob Grundrechtsverbürgungen vom Kompetenztatbestand „Bundesverfassung“ in Art 10 Abs 1 Z 1 B-VG vollumfänglich erfasst seien oder Raum für landesverfassungsrechtliche Regelungen bliebe. Trotz teilweise heftiger Kritik des Bundes beschloss der Vorarlberger Landtag schlussendlich die umstrittene Novelle zur Landesverfassung²⁵, im Übrigen ohne dass es zu einem Einspruch der Bundesregierung kam. Abgesehen von einem *obiter dictum* des Verfassungsgerichtshofes aus den 1950er Jahren²⁶ ist die Problematik bislang nicht ausjudiziert, wiewohl in der Lehre davon ausgegangen wird, dass jedenfalls über Art 99 Abs 1 B-VG Raum zur landesverfassungsrechtlichen Regelung solcher Grundrechte besteht, die bundesverfassungsrechtlich nicht normiert sind und Angelegenheiten der Landeszuständigkeit betreffen, wozu nun einmal vor allem soziale Verbürgungen aller Art gehören.²⁷ Relevant ist die Frage vor allem vor dem Hintergrund der prozessualen Durchsetzbarkeit, schließlich handelt es sich bei subjektiven Rechten in Landesverfassungen um „verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte“ im Sinne des Art 144 B-VG, wiewohl diese aufgrund ihrer Formulierungen als Staatsziele bzw unter Ausgestaltungsvorbehalten einer solchen unmittelbaren Durchsetzung nicht zugänglich sind. Gegenwärtig finden wir in insgesamt vier Landesverfassungen ein Recht auf Wohnen in unterschiedlichen Ausprägungen. Interessanterweise enthielt auch der Entwurf zu besagter Vorarlberger Landesverfassungs-Novelle aus 1984 ursprünglich die Formulierung, dass das Land „den Bau familiengerechter Wohnungen“ fördere und das „Streben, Eigentum an der Wohnung zu erwerben“ anerkennt und unterstützt. Wiewohl gerade diese Bestimmung praktisch von keiner Seite gerügt wurde, fand sie dennoch nicht den Weg in die Landesverfassung. Was das geltende Recht betrifft, so findet sich in Art 4 der Niederösterreichischen Landesverfassung²⁸ unter dem Kapitel „Ziele und Grundsätze des staatlichen Handelns“ eine Passage zur Sorge für entsprechende Lebensbedingungen, wozu auch „ausreichende Wohnmöglichkeiten“ gezählt werden, wofür das Land in seinem Wirkungsbereich zu sorgen hat. Das Oberösterreichische Landes-Verfassungsgesetz²⁹ besagt Ähnliches – das Land fördert gemäß Art 15 die „Hebung der Lebensqualität seiner Bürger“ und „setzt und unterstützt deshalb Maßnahmen, die der Verbesserung des Wohnens und des Wohnumfelds dienen“. Etwas konkreter auf die Schaffung von Wohnraum zielend sind die einschlägigen Bestimmungen in Salzburg und Tirol angelegt: Der lange Art 9 des Salzburger Landes-Verfassungs-

25 LGBl 24/1984.

26 VfSlg 3314/1958.

27 Novak, Das Verhältnis der Bundesverfassung zu den Landesverfassungen im Hinblick auf die Grundrechte, in: Novak/Sutter/Hasiba (Hg), Der Föderalismus und die Zukunft der Grundrechte (1982) 73 f.; Schreiner, Grundrechte und Landesverfassungen, ZÖR 1999, 95 f. Ähnliches gilt auch für Ergänzungen bestehender Grundrechte oder ihrer Lücken, etwa eine Entschädigungspflicht für Enteignungen – wenn auch nur auf Grund landesgesetzlicher Bestimmungen –, die auf Bundesebene nicht anerkannt wird, jedoch in Tirol und Vorarlberg landesverfassungsgesetzlich normiert ist.

28 LGBl 0001-18.

29 LGBl 122/1991 idF LGBl 90/2009.

gesetzes³⁰ nennt unter anderem die „Schaffung und Erhaltung von angemessenen Wohnverhältnissen“ als Staatsziel ebenso wie Art 7 Abs 2 der Tiroler Landesordnung 1989³¹. Dort ist von „leistbaren Wohnmöglichkeiten“ die Rede. Zwar war die Schaffung von Wohnmöglichkeiten schon in der Stammfassung der Tiroler Landesordnung enthalten, dass diese „leistbar“ sein sollen, war Ergebnis der Novelle LGBl 59/2011, mit der dem Regierungsprogramm Rechnung getragen werden sollte, dies explizit als Auftrag an Organe des Landes Tirol zu betonen. Die Erläuterungen weisen ausdrücklich darauf hin, dass damit subjektive Rechte, etwa auf bestimmte Förderungen wie schon nach alter Rechtslage nicht begründet werden sollen.³² Nicht zuletzt deshalb hält sich die normative Bedeutung dieser Bestimmungen, einschließlich ihrer realen Durchsetzbarkeit, in Grenzen, weshalb sie auch im Zuge des Österreich-Konvents von Teilen der Lehre als „weder sinnvoll, noch ehrlich“ bezeichnet wurden.³³ Befürworter_innen dieser Regelungstechnik machen immerhin darauf aufmerksam, dass damit das im einfachen gesetzlichen Landesrecht verankerte Verfahren der Rechtsverwirklichung, hier etwa im Bereich des Wohnens und dessen Förderung, aufgrund verfassungsrechtlicher Absicherung der Disposition der einfachen Mehrheit entzogen und ihre Stabilität über tagespolitische Veränderungen hinweg garantiert werden könne.³⁴

4. Das Wohnen in ausgewählten Bereichen des Verwaltungsrechts

Die Regelungen im Bereich des Wohnens sind aufgrund ihrer Weitläufigkeit in verschiedensten Materiengesetzen sowohl des öffentlichen als auch des privaten Rechts verstreut und unterliegen dabei unterschiedlichen Kompetenzgrundlagen.³⁵ Im Folgenden soll exemplarisch auf einige verwaltungsrechtliche Materien hingewiesen werden.

Das Raumordnungsrecht ist für das Wohnen aufgrund seines planenden Charakters insofern von Bedeutung, als es zwar nicht primär soziale Ziele verfolgt, jedoch grundsätzlich die räumlichen Existenzgrundlagen der Bevölkerung, einschließlich des Wohnens, sicherstellen soll. Aufgrund der finalen Programmierung spielen dabei Zielbestimmungen eine zentrale Rolle und hier hat die Schaffung von Wohnraum einen besonderen Stellenwert.³⁶ Die zuständigen Landesgesetzgeber bemühen sich, dies etwa im Wege der Vertragsraumordnung oder durch Vorbehaltsflächen für den geförderten Wohnbau

30 LGBl 25/1999 idF LGBl 62/2012.

31 LGBl 61/1988 idF LGBl 147/2012.

32 Erläuternde Bemerkungen zum Entwurf eines Landesverfassungsgesetzes, mit dem die Tiroler Landesordnung 1989 geändert wird (Regierungsvorlage 235/11) 5.

33 Skeptisch etwa Mayer, Verfassung 49.

34 Pernthaler, Reform der Landesverfassungen im Hinblick auf die Grundrechte, in: Novak/Sutter/Hasiba (Hg), Der Föderalismus und die Zukunft der Grundrechte (1982) 91.

35 Vgl dazu den Kompetenzraster bei Amann, Kompetenzverlagerungen im Wohnungswesen (1999) 11.

36 Siehe dazu etwa Lienbacher, Raumordnungsrecht, in: Bachmann et al (Hg), Besonderes Verwaltungsrecht⁹ (2012) 456 f.

sicherzustellen. Tirol hat etwa in der 2011 ergangenen Novelle zum Tiroler Raumordnungsgesetz³⁷ – dem oben genannten landesverfassungsgesetzlichen Auftrag folgend – versucht, die Sicherstellung der Deckung des Wohnbedarfs zu „angemessenen Preisen“ als Aufgabe der örtlichen Raumordnung in § 27 Abs 2 lit d zu normieren, wiewohl selbst die Erläuterungen dazu kaum von einer unmittelbaren Beeinflussbarkeit der Grundstückspreise durch die Raumordnungsbehörden ausgehen.³⁸

Im Bereich der Förderungsverwaltung spielt die Wohnbauförderung eine zentrale Rolle. Nicht zuletzt die Zerstörungen der beiden Weltkriege gaben Anlass dazu, den Wohnungsbau von Seiten des Staates zu unterstützen. Seit der B-VG-Novelle 1988 sind Angelegenheiten der Wohnbauförderung wie erwähnt Landesangelegenheit, dem Bund verblieb das Volkswohnungswesen, das sich praktisch im Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz³⁹ erschöpft. Die einschlägigen Wohnbauförderungsgesetze und Durchführungsverordnungen der Länder normieren grundsätzlich zwei Arten der Unterstützung, je nachdem, ob diese das Objekt selbst betrifft (Objektförderung) oder bedürftige Personen (Subjektförderung). Konkret umfassen die Förderungsgegenstände die Errichtung von Wohnbauten, ihren Zu- und Ausbau (Neubauförderung), die Sanierung von Altbauten, sei es auch um diese behindertengerecht auszugestalten oder zur Erfüllung bestimmter Umweltstandards (Sanierungsförderung), die Förderung des Erwerbs von Wohnungen und die Wohnbeihilfe. Während letztere unmittelbar an begünstigte Personen ergeht, sind Adressat_innen der anderen Förderarten im Regelfall gemeinnützige Wohnungsvereinigungen oder Gemeinden. Die Mittel, derer man sich bedient, sind Förderdarlehen, Zinszuschüsse, Bürgschaftsübernahmen sowie nicht rückzahlbare Zuschüsse, wie bei der Wohnbeihilfe. Allen Regelungen gemeinsam ist, dass auf unterschiedlichstem Wege gewährleistet wird, dass letztlich nur begünstigte Personen im Sinne des Wohnbauförderungsrechts in dem betreffenden Objekt wohnen, das heißt nur diesen die Beihilfe gewährt wird bzw sichergestellt wird, dass die zu errichtende Wohnung nur solchen vermietet oder verkauft wird. Dabei geht man von einem gewissen Maß an Bedürftigkeit der betreffenden Personen aus, wobei die Voraussetzungen etwa betreffend Einkommenshöchstgrenzen im Regelfall nur im Zeitpunkt des Ansuchens bzw der Zusicherung gegeben sein müssen. Hinzu treten zivilrechtliche Begleitregelungen, die ihrerseits kompetenzrechtlich teilweise dem allgemeinen Zivilrecht, teilweise der besonderen Zivilrechtszuständigkeit der Länder folgen.⁴⁰

Großteils wird die Wohnbauförderung im Wege der Privatwirtschaftsverwaltung gewährt, was Besonderheiten hinsichtlich Rechtsschutz und Legalitätsprinzip mit sich bringt. Auch wenn den Gesetzen nach kein Rechtsanspruch auf Zuerkennung einer

37 LGBl 47/2011.

38 Erläuternde Bemerkungen zum Entwurf eines eines Gesetzes, mit dem das Tiroler Raumordnungsgesetz 2006 geändert wird (RV 119/11) 20.

39 BGBl 139/1979 idF BGBl I 135/2009.

40 Eingehend dazu *Cede*, Wohnbauförderung, in: *Pürgy* (Hg), Das Recht der Länder, Band II/1 (2012) 861.

Förderung besteht, so ergibt sich aus dem Charakter der jeweiligen Bestimmungen als Selbstbindungsgesetze einerseits eine Innenbindung der jeweiligen Gebietskörperschaft als Vertragspartnerin, ferner auch ein Rechtsanspruch insofern, als die betreffende Leistung der Gebietskörperschaft dann allen zu erbringen ist, welche die Voraussetzungen erfüllen, wenn sie in anderen Einzelfällen bereits erbracht wurde. Zudem gelten die Grundrechte insofern, als auch hier etwa nach dem Gleichheitssatz nur sachlich differenziert werden darf bzw die entsprechenden Rechtsgrundlagen grundrechtskonform auszulegen sind (Fiskalgeltung).⁴¹

Zu guter Letzt sei auf eine subtile Variante eines Rechts, in gewisser Weise sogar einer „Pflicht“ zum Wohnen aufmerksam gemacht, wie sie das Melderecht statuiert. Das Meldewesen bildet die Basis für zahlreiche Staatstätigkeiten – von der Statistik, der Wehrpflicht, der Erfassung der Wahlberechtigten über die Strafverfolgung bis hin zum Finanzausgleich. Und auch das Meldegesetz⁴² kennt eine „Wohnung“, weitgehend verstanden als Raum zum Wohnen und Schlafen (§ 1 Abs 1 und 4), wobei neben Häusern auch Fahrzeuge, Zelte und sogar Höhlen darunter fallen.⁴³ In der Folge ist von den Meldepflichtigen jede Unterkunftsnahme oder -aufgabe entsprechend zu melden. Je nach Intensität der Bindung an einen Ort unterscheidet das Gesetz den bloßen Wohnsitz vom Hauptwohnsitz. Letzterer setzt einen *animus domiciliandi* voraus und kann nur einmal begründet werden – in dem Sinne, dass eine Person nicht mehrere Hauptwohnsitze gleichzeitig haben kann. Der Hauptwohnsitz ist zentraler Anknüpfungspunkt vor allem für die Ausübung des Wahlrechts und die Begründung der Landesbürger_innenschaft nach Art 6 Abs 2 B-VG. Was die Definition betrifft, so wird in der Literatur auf eine interessante Divergenz zwischen dem B-VG und dem Meldegesetz aufmerksam gemacht: Einerseits ist im B-VG von „Personen“, im Meldegesetz von „Menschen“ die Rede und zum anderen stellt das B-VG nicht auf eine Unterkunft als Voraussetzung für einen Hauptwohnsitz ab. Aus der praktisch zeitgleichen Erlassung der beiden Legaldefinitionen schließt *Thienel*, dass der Hauptwohnsitzbegriff des B-VG weiter und auch ohne Unterkunft möglich sei.⁴⁴ So ein Wohnsitz ohne Wohnung kann dabei praktische Bedeutung etwa für sesshafte Obdachlose haben. Obdachlos nach dem Meldegesetz ist, wer „nirgends Unterkunft genommen hat“ (§ 1 Abs 9). Den Fall hat das Meldegesetz den Erläuterungen zufolge⁴⁵ mit der Novelle BGBl I 28/2001 insofern berücksichtigt, als es nach § 19a für Obdachlose nun die Möglichkeit einer Hauptwohnsitzbestätigung gibt, die zwar den Mittelpunkt der Lebensbeziehungen, einschließlich des regelmäßigen Aufsuchens einer Kontaktstelle, jedoch keine Unterkunft im Sinne des Melderechts voraussetzt.

41 Vgl dazu aus der einschlägigen Judikatur beispielsweise OGH22.6.1988, 3 Ob 41/88, OGH24.2.2003, 1 Ob 272/02k und VfSlg 13.973/1994 jeweils mwN.

42 BGBl 9/1992 idF BGBl 16/2013.

43 *Bachmann*, Melderecht, in: *Bachmann et al* (Hg), Besonderes Verwaltungsrecht⁹ (2012) 164.

44 *Thienel*, Art 6 B-VG, in: *Korinek/Holoubek* (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1999) Rz 81.

45 Siehe dazu den Ministerialentwurf 67/ME vom 25.6.2000, 11.

5. Würdigung

Mag auch das Fehlen einer grundrechtlichen Verbürgung des Rechts auf Wohnen zu beklagen sein, so zeigt dieser Überblick, dass das Wohnen dem österreichischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht durchaus nicht fremd ist. Die Normen haben teils unterschiedliche Wirkung – seien sie ermächtigend oder verpflichtend – oder wie im Bereich des Landesrechts von begrenztem örtlichen Geltungsbereich. In Summe normieren sie jedoch zweifellos eine hohe Regelungsdichte. Das Wohnen ist seinerseits Grundbedürfnis und wird praktisch vorausgesetzt, wie dies auch die melderechtlichen Vorschriften deutlich zeigen, ist jedoch selbst nicht als subjektives Recht normiert. Vielmehr wird etwa über die Wohnbauförderung, verbunden mit einer Reihe anderer Sozialmaßnahmen seitens des Staates versucht, dies indirekt, vor allem über finanzielle Zuwendungen zu unterstützen. Das „Recht auf Wohnen“, wie es vor allem in völkerrechtlichen Verträgen und einzelnen Landesverfassungen formuliert wurde, ändert daran nichts, zumal diese reine Zielbestimmungen darstellen. Ähnlich dem Motto „nutzt nix, schad‘ nix“ verfügen sie über keinen konkreten normativen Gehalt, können allerdings staatsgerichtet einen gewissen Mindeststandard bzw eine Art Verschlechterungsverbot für gegenwärtige Standards in diesem Bereich sicherstellen. Immerhin unterliegt Österreich nach außen einer gewissen, wenn auch sanktionslosen internationalen Kontrolle und zudem sind auch die Bemühungen etwa der Landesverfassungsgesetzgeber zu achten, die zeigen, dass das Problem immerhin erkannt und rechtlich in eine Richtung normiert wurde. In Zusammenschau aller genannten Normen ergibt sich sehr wohl ein dichtes Netz an Regulierung und Ansprüchen für Einzelne, wenn auch nicht im Rang von Bundesverfassungsrecht. Ob dies zur Sicherstellung der Wohnungsversorgung etwas beizutragen vermag, sei dahingestellt – immerhin kann hier auf den Befund von *Damjanovic* verwiesen werden⁴⁶, demzufolge im europäischen Vergleich keine Korrelation zwischen verfassungsrechtlicher Absicherung eines Sozialstaates und seiner tatsächlichen Leistungen zu erkennen sei, was wohl auch auf Österreich als hochentwickelten Wohlfahrtsstaat zutrifft. Das lässt sich im Übrigen auch guten Gewissens auf die Wohnungssituation in den Bundesländern übertragen, denen soweit ersichtlich auch kein signifikanter Unterschied trotz teilweiser Verankerung des Wohnens in der Landesverfassung unterstellt werden kann. Im Falle der Formulierung einer neuen österreichischen Bundesverfassung wären Staatsziele, wie sie mittlerweile europäischer Standard im Verfassungsrecht sind, unter Umständen anzudenken, wenngleich dies gegenwärtig freilich alles andere als spruchreif ist.

Dr. Niklas Sonntag ist Institutsassistent am Institut für Föderalismus in Innsbruck; niklas.sonntag@foederalismus.at

⁴⁶ *Damjanovic*, Grundrechte Rz 28/22.

Reformbedarf im Mietrecht – Forderungen an den Gesetzgeber

Elisabeth Eberharter / Mirko Handler

Mieter_innenschutz ist auch heute eine politische Notwendigkeit und keineswegs ein Relikt aus vergangenen Zeiten, das in ungerechtfertigter Weise die Vertragsfreiheit einschränkt und regulierend in den Markt eingreift. Die Rechtsordnung hat dem existenziellen Angewiesensein des Menschen auf eine Wohnung und deren Bedeutung als Lebensmittelpunkt durch wirksame Schutzvorschriften Rechnung zu tragen.¹ Aber auch der/die Mieter_in von Geschäftsräumen ist schutzbedürftig, weil er/sie zur Erwirtschaftung seines/ihrer Einkommens auf das Mietobjekt angewiesen sein kann. Die Frage der Rechtfertigung des „sozialen Mietrechts“ soll hier nicht zum wiederholten Mal diskutiert werden.² Wir haben uns vielmehr zur Aufgabe gemacht, den untragbaren status quo des österreichischen Mietrechts anhand relevanter Teilbereiche aufzuzeigen und politische Forderungen an den Gesetzgeber zu formulieren.

Das österreichische Mietrecht ist durch eine stark zerklüftete Rechtslage gekennzeichnet. Es ist unübersichtlich und schwer verständlich.³ Mietrechtliche Vorschriften finden sich im MRG,⁴ im WGG,⁵ im ABGB sowie in mehreren „Hilfsgesetzen“, wie etwa dem Richtwertgesetz⁶ oder dem Heizkostenabrechnungsgesetz⁷. Hinzu kommen zahlreiche Sonderregelungen in förderungsrechtlichen Normen⁸, die einerseits die Mietzinsbildung betreffen und andererseits Regelungen zur Anwendbarkeit des MRG für geförderte Mietobjekte enthalten.⁹ Unsere Beratungserfahrung zeigt, dass der/die durchschnittliche

1 Vgl Art 11 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (ICESCR), Art 31 Europäische Sozialcharta (Recht auf Wohnen). Dazu *Sonntag* in diesem Heft.

2 Vgl *H. Böhm*, (Un)gerechtes Mietrecht in: *H. Böhm/Graf/Beck-Mannagetta* (Hg), *Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts* = FS Mayer-Maly (1996) 329; *Honsell*, Privatautonomie und Wohnungsmiete, *AcP* 186 (1986) 116.

3 Dieser Befund ist nicht neu: *Mayer-Maly*, Die vielen Gesetze und der Einzelne in: *BMJ* (Hg), *Zur Erneuerung der Struktur der Rechtsordnung – Gespräche über Wege zur Vermeidung der Zersplitterung des Privatrechts und zur Überwindung des Dualismus von Öffentlichem Recht und Privatrecht* in Strobl am 6. und 7. Juni 1969 (1970) 39. *Call* hat zu Beginn der 1980er Jahre festgehalten, dass 943 wohnrechtliche Vorschriften bestehen. *Call*, *Mietrecht und Wohnungseigentum* (1983) 30.

4 BGBl 520/1981 idGF.

5 BGBl 139/1979 idGF.

6 BGBl 800/1993 idGF.

7 BGBl 827/1992 idGF.

8 Namentlich dem Wohnhaus-Wiederaufbaugesetz, den Wohnbauförderungsgesetzen, den Rückzahlungsbegünstigungsgesetzen oder dem Stadterneuerungsgesetz.

9 Vgl *Kuprian/Prader*, Mietvertrag² Rz 27; *Prader/Kuprian*, Fragen zur Mietzinsbildung bei Förderungen nach dem WFG 1968/184 vor und nach Darlehenstilgung, *immolex* 2007, 70; *Würth* in: *Korinek/Krejci*, *HBzMRG* (1985) 339 ff.

Bürger_in den mietrechtlichen „Normenschungel“ schlicht nicht durchschaut. Das MRG selbst gilt allgemein als Paradebeispiel für ein unverständliches Gesetz, das auch für Jurist_innen ohne Spezialkenntnis kaum zugänglich ist und sich für juristische Laien als sprichwörtliches „Buch mit sieben Siegeln“ darstellt. Dies liegt an seinen oftmals überlangen, verschachtelt formulierten Mammutparagrafen, insbesondere – so der Befund eines Legisten des Justizministeriums – „[...] in der geradezu skurril anmutenden Rechtszersplitterung, also der Untergliederung des Gesamtregulativs in zahlreiche Anwendungsschichten auf unterschiedlichen systematischen Ebenen und anhand oft sehr kasuistischer, schwer nachvollziehbarer Einzelkriterien.“¹⁰

Diese Rechtszersplitterung ist im Hinblick auf zwei grundlegende Prinzipien unserer Rechtsordnung – nämlich die Rechtssicherheit und das Gleichmaßgebot – problematisch.¹¹ Wir werden das anhand von drei Bereichen aufzeigen: 1. die Abgrenzungskriterien für die Unterstellung eines Mietverhältnisses unter eines der drei Mietrechtsregime (Vollausnahme, Teil- und Vollanwendungsbereich des MRG), 2. die Mietzinsbildungsvorschriften und 3. die Erhaltung des Mietgegenstandes. Zudem werden wir die Normen auch darauf hin beleuchten, ob sie einen wirksamen Schutz für die Mieter_innen gewährleisten, wobei berechnigte Interessen der Vermieter_innen nicht ignoriert werden sollen.

1. Zum Anwendungsbereich des Mietrechtsgesetzes

In Österreich gibt es derzeit ein „Drei-Klassen-Mietrecht“: Auf manche Mietverhältnisse ist das Mietrechtsgesetz mit seinem umfassenden – wenn auch nicht immer sachadäquaten und wirksamen – Schutzregime zugunsten des Mieters/der Mieterin zur Gänze anwendbar (= Vollanwendungsbereich). Es sind dies grundsätzlich Mietverträge über Wohnungen oder Geschäftsräume in „Altbauten“ mit zumindest drei vermietbaren Objekten. Für andere Mietverhältnisse gelten nur bestimmte Regelungsabschnitte des MRG, wobei es sich im Wesentlichen um die Bestimmungen über den Befristungs- und Kündigungsschutz, das Mietrecht im Todesfall und die Kautionshandelt¹² (= Teilanwendungsbereich). Schließlich gibt es eine dritte Klasse von Mietverhältnissen, für die das MRG gar nicht gilt.¹³ Auf diese Verträge kommen die bestandrechtlichen Vorschriften des ABGB zur Anwendung, die vom Grundsatz der Vertragsfreiheit geprägt sind und

10 *Stabentheiner*, Legistische Betrachtungen zum Mietrechtsgesetz, wobl 2012, 263.

11 Siehe dazu *Vonkilch*, 30 Jahre MRG – ein Grund zum Feiern? wobl 2012, 244 ff.

12 Ausgeschlossen bleiben hingegen das Mietzinsrecht, die Vorschriften bezüglich der Betriebskosten sowie das sondermietrechtliche Regulativ über die wechselseitigen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien außerhalb monetärer Fragen, wozu unter anderem auch die Erhaltung des Mietgegenstandes zählt.

13 Es sind dies Mietverhältnisse im Rahmen des Betriebs bestimmter Unternehmen (zB Beherbergungsbetrieb) oder im Rahmen sozialpädagogisch betreuten Wohnens, Studierendenheimmietverträge, Mietverträge über Dienst- oder Naturalwohnungen, kurzfristige (max sechsmontatige) Mietverträge über Geschäftsräumlichkeiten oder über Zweitwohnungen, die aufgrund eines durch Erwerbstätigkeit verursachten vorübergehenden Ortswechsels angemietet werden; weiters Freizeitweitwohnsitze sowie Mietgegenstände in „2-Objekt-Häusern“ (§ 1 Abs 2 MRG).

fast durchwegs dispositiven Charakter¹⁴ haben. Es steht hier also im freien Belieben der Vertragsparteien, das Vertragsverhältnis abweichend vom Gesetzesrecht auszugestalten (= Vollaussnahmen). Während das Bestandrecht des aus dem Jahr 1811 stammenden ABGB vom Leitbild ebenbürtiger Vertragsparteien ausgeht, liegt dem MRG der Gedanke zugrunde, dass der/die Vermieter_in – unter anderem aufgrund von unausgeglichene Marktverhältnissen – bei den Vertragsverhandlungen aber auch während des laufenden Vertragsverhältnisses in der stärkeren Position ist, und der/die Mieter_in daher durch relativ zwingende Normen geschützt werden soll.¹⁵

1.1. Die Aushöhlung des Anwendungsbereichs des MRG

Der Anteil der Mietverhältnisse, die in den Vollenwendungsbereich des MRG und damit unter dessen umfassendes Schutzregime fallen, nimmt kontinuierlich ab. Ein Grund liegt darin, dass die Stichtage für das Gebäudealter – die bereits der alten Rechtslage vor Inkrafttreten des MRG entstammen – in den dreißig Jahren seit Bestehen des MRG nie angepasst wurden. Die Stammfassung des MRG knüpfte die Vollenwendung an das Alter des Gebäudes, in dem das entsprechende Mietobjekt liegt. Die beiden diesbezüglichen Daten sind der 8.5.1945¹⁶ für Mietgegenstände, die im Wohnungseigentum stehen, sowie der 30.6.1953¹⁷ für Mietgegenstände in frei finanzierten Gebäuden, an denen kein Wohnungseigentum begründet ist. Wurde ein Gebäude danach errichtet, ist das MRG nicht zur Gänze anwendbar, es sei denn, für dessen Errichtung wurden öffentliche Mittel verwendet (§ 1 Abs 4 Z 1 MRG) oder förderungsrechtliche Vorschriften wie etwa das WFG 1968¹⁸ und das WWG¹⁹ erklären kraft Verweis die Vollenwendung des MRG.²⁰ Die beiden Stichtage waren ursprünglich eingeführt worden, um die Neubautätigkeit anzukurbeln. Da sie in den vergangenen drei Jahrzehnten unverändert geblieben sind, fallen grundsätzlich nur mehr Mietgegenstände in Gebäuden, die heute zumindest 68

14 Zugunsten des Mieters/der Mieterin zwingende Normen sind lediglich die Bestimmungen über die Mietzinsminderung (§ 1096 Abs 1 zweiter und dritter Satz ABGB) sowie über die Mieter_innenkündigung wegen Gesundheitsschädlichkeit des Wohnraums (§ 1117 ABGB).

15 *Stabentheiner*, Wohnrecht und ABGB – Integration oder optimierte Verschränkung? wobl 2009, 32; *H. Böhm*, Das Mietrecht in Österreich in: BMJ/Schauer/Stabentheiner (Hg), Mietrecht in Europa (1996) 130; RV zum MRG 425 BlgNR 15. GP.

16 § 1 Abs 4 Z 3 MRG idGF. Der 8.5.1945 steht für das offizielle Ende des 2. Weltkrieges. Eine sachliche Rechtfertigung bzw eine mietrechtliche Tradition für dieses Datum findet sich im österreichischen Mietrecht nicht. Vgl *H. Böhm* in: Schwimann ABGB Praxiskommentar² IV Vor § 1 MRG Rz 27 f; 24; *H. Böhm*, Miete und Zeit (gleiches Mietrecht für alle?), wobl 1997, 27.

17 § 1 Abs 4 Z 1 MRG idGF. Der 30.6.1953 entstammt dem Preisregelungsrecht der Nachkriegszeit. Vgl *H. Böhm* in: Schwimann ABGB² IV, Vor § 1 MRG Rz 24 ff; *H. Böhm* in: FS *Mayer-Maly*, 334 f; Bundesgesetz vom 29.6.1954, womit Bestimmungen über die Mietzinsbildung für nicht dem Mietengesetz unterliegende Räume getroffen werden (Zinsstoppgesetz) BGBl 132/1954.

18 Wohnbauförderungsgesetz 1968 BGBl 280/1968.

19 Wohnhaus-Wiederaufbaugesetz BGBl 130/1948.

20 Vgl *Kuprian/Prader*, Mietvertrag² Rz 27; *Prader/Kuprian*, immolex 2007, 70; *Würth* in: Korinek/Krejci, HBzMRG (1985) 339 ff.

bzw 60 Jahre alt sind, unter das volle Schutzregime des MRG. Die folgende Tabelle²¹ zeigt das Errichtungsjahr der im Jahr 2007 bestehenden Wohnungen.

Errichtungsjahr	Anzahl in 1.000	Anteil in Prozent
vor 1918	600	17,3
1918–1944	268	7,7
1945–1960	435	12,5
Zwischensumme		37,5
1961–1970	540	15,5
1971–1980	541	15,6
1981–1990	484	13,9
1991–2000	484	13,9
ab 2001	124	3,6
gesamt	3.475	100

Daraus ist ersichtlich, dass der Anteil an bis 1960 errichteten Wohnungen im Jahr 2007 37,5 % betrug. Zu der Stichtagsproblematik kommt hinzu, dass durch Novellierungen des MRG in den vergangenen Jahren mehrere neue Teilausnahmen geschaffen und das MRG somit „scheibchenweise demontiert“²² wurde. So fallen seit der Wohnrechtsnovelle 2001²³ Mietgegenstände in Altbauten, die durch einen Dachbodenausbau auf Grund einer nach dem 31.12.2001 erteilten Baubewilligung neu errichtet worden sind, nicht mehr in den Vollenwendungsbereich des MRG. Seit der Wohnrechtsnovelle 2006²⁴ gilt dies auch für neu errichtete Aufbauten (Stichtag 31.12.2001) und Zubauten (Stichtag 30.9.2006). Zudem wurden durch die Wohnrechtsnovelle 2001 Bestandverhältnisse über Mietgegenstände in „2-Objekt-Häusern“ vom Teilanwendungsbereich des MRG in die Vollaussnahme verlagert, sodass für sie überhaupt keine sondermietrechtlichen Schutzbestimmungen mehr gelten.

1.2. Kritik am „Drei-Klassen-Mietrecht“

Die Rechtszersplitterung bezüglich des Anwendungsbereichs des MRG führt zu einer massiven Rechtsunsicherheit. Die entsprechenden Regelungen, vor allem betreffend den Teilanwendungsbereich, sind mittlerweile derart kompliziert, dass sie nur mehr von

21 Statistik Austria, Statistisches Jahrbuch Österreich 2007 und auch *H. Handler* in: Lugger/Holoubek (Hg), Die österreichische Gemeinnützigkeit – ein europäisches Erfolgsmodell – FS Helmut Puchebner (2008) 254.

22 *Stabentheiner*, wobl 2012, 268.

23 BGBl I 161/2001.

24 BGBl I 124/2006.

ausgewiesenen Mietrechtsspezialist_innen durchschaut werden;²⁵ für die Bürger_innen hinterlässt der diesbezüglich relevante § 1 MRG den Eindruck eines undurchdringlichen „Normenschungels“. Zudem bedarf es regelmäßig umfassender Recherchen, um Rechtsfragen für ein konkretes Mietverhältnis beantworten zu können, etwa zu den überwälzbaren Betriebskostenpositionen, zur Zuständigkeit für die Erhaltung des Mietgegenstandes oder zu Ansprüchen des Mieters/der Mieterin aufgrund von Investitionen im Mietobjekt. Die heranzuziehende Rechtsgrundlage (Nicht-, Teil- oder Vollenwendung MRG) hängt nämlich von zahlreichen Parametern ab, die für den/die Mieter_in häufig nur mühsam in Erfahrung zu bringen sind.²⁶ So muss zB abgeklärt werden, wann das Gebäude bzw der Mietgegenstand errichtet wurde, wobei die Frage, bei welchen Bauführungen eine Neuerrichtung vorliegt, keinesfalls immer klar und einfach zu beurteilen ist²⁷. Die Beurteilung, ob ein Gebäude neu errichtet worden ist oder nicht, gestaltet sich vor allem dann schwierig, wenn dieses vor 1945 erbaut wurde, im Rahmen des II. Weltkrieges Bombenschäden erlitten hat und ein erheblicher Gebäudeteil zerstört wurde. In diesen Fällen ist oft ein kostspieliges Sachverständigengutachten einzuholen. Weiters ist zu eruieren, ob bei der Errichtung des Gebäudes öffentliche Mittel in Anspruch genommen wurden, was zum Teil die Einsicht in das Verzeichnis der gelöschten Grundbucheintragungen erfordert!²⁸ Es trifft zwar zu, dass im Falle eines Rechtsstreits die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands von der Vollenwendung des MRG bei dem/der Vermieter_in liegt,²⁹ doch ist es einem/einer Mieter_in wohl kaum zumutbar, ein Gerichtsverfahren anzustreben, um Klarheit über die anzuwendende Rechtsgrundlage zu erhalten.

Die Ausgestaltung des Anwendungsbereichs des MRG ist jedoch nicht nur hinsichtlich des Gebots der Rechtssicherheit höchst problematisch, sondern auch im Hinblick auf das Gleichmaßgebot im Sinne von Gleichbehandlung des Gleichartigen und Verschiedenbehandlung des Verschiedenartigen.³⁰ Dass die Anwendbarkeit der Schutzbestimmungen des MRG von der Größe des Gebäudes, in dem das Mietobjekt liegt, oder vom Errichtungsdatum eines Gebäudes bzw eines Bestandgegenstandes abhängt, stellt eine willkürliche Differenzierung dar. Die vergleichbaren Rechtsordnungen Deutschlands und der Schweiz kennen keine Differenzierung nach Stichtagen und Bausubstanz, unserer Meinung nach ist auch in Österreich ein Systemwechsel dringend geboten.

25 *Dirnbacher*, Baustelle Wohnrecht – Wünsche, Anregungen und Forderungen an den Gesetzgeber (Wohnrechtsnovelle), wobl 2011, 298; *Ostermayer*, Anforderungen an das Mietrecht aus Sicht der Mieter in: Stabentheiner (Hg), Mietrecht in Europa (1996) 63.

26 *Stabentheiner*, wobl 2012, 266.

27 Vgl *T. Hausmann* in: Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht § 1 MRG Rz 85 f.

28 *Vonkilch*, wobl 2012, 251.

29 OGH 16.09.1985, 1 Ob 634/85; OGH 29.10.2004, 5 Ob 118/04w uvm.

30 *Vonkilch*, wobl 2012, 251.

1.3. Reformvorschläge

Dieser Systemwechsel sollte dazu führen, dass auch für Mietobjekte, die derzeit in den Teilanwendungsbereich des MRG fallen, sowie für Mietobjekte in „2-Objekt-Häusern“ sämtliche Bestimmungen des MRG gelten. Es gibt keine sachlichen Gründe dafür, Mietverhältnisse über die genannten Objekte vom umfassenden Schutzregime des MRG auszunehmen. Einzig hinsichtlich der Mietzinsbeschränkungen erscheint eine Differenzierung für frei finanzierte neuerrichtete Gebäude gerechtfertigt, damit Investitionen in die Schaffung von Wohn- und Geschäftsraum attraktiv bleiben. Doch darauf kommen wir unter 2. zurück.

Um die Rechtszersplitterung und Zerklüftung im österreichischen Mietrecht zu beseitigen besteht seit längerem die Idee³¹, die wesentlichen Bestimmungen des MRG ins ABGB zu überführen und dort ein einheitliches Mietrecht zu schaffen – dh Beseitigung des Sondermietrechts und gleichzeitige Adaptierung der allgemeinen Zivilrechtskodifikation in Richtung eines verstärkten Bestandnehmer_innenschutzes. Rechtssystematische Überlegungen sprechen nicht grundsätzlich gegen diesen Lösungsansatz.³² Zwar fallen unter den Bestandvertrag des ABGB³³ sowohl Miet- als auch Pachtverträge über bewegliche und unbewegliche Sachen; der Anwendungsbereich der bestandrechtlichen Normen im ABGB ist somit deutlich weiter als jener des Mietrechtsgesetzes, das sich auf die Raummiete beschränkt. Dies spricht jedoch nicht grundsätzlich gegen die Integration des Sondermietrechts des MRG in die allgemeine Zivilrechtskodifikation. So könnten jene Regelungen des MRG, die auch für die Miete beweglicher Sachen und für die Flächenmiete sinnvoll sind, in einem „Allgemeinen Teil“ verankert werden, der für sämtliche Mietverhältnisse gilt. Ein zweiter Teil könnte die besonderen Vorschriften für die Raummiete und ein dritter Teil besondere Bestimmungen für Mietverträge über andere Sachen (bewegliche Sachen, Grundstücke) sowie für Pachtverträge enthalten.³⁴ Eine solche Integration des Sondermietrechts in das ABGB würde jedenfalls voraussetzen, dass dessen völlig zersplitterte Anwendungsschichten radikal vereinfacht und zusammengefasst werden. Ob die ausgesprochen detaillierten und oft hochkomplizierten Bestimmungen des MRG, die zudem aufgrund der gesellschaftspolitischen Bedeutung

31 Vgl *Klang* in: *Klang*, ABGB V² (1954) 1 f, der bereits den Zustand des Bestandrechts bemängelte; *Stabentheiner*, Ein neues Bezugfeld der mietrechtlichen Betrachtung in: *Stabentheiner* (Hg), *Mietrecht in Europa* (1996) 21; *H. Böhm*, *Mietrecht* 125; *Vonkilch*, Reformbedarf beim Anwendungsbereich des MRG in: *Gutknecht/Amann* (Hg), *Zukunftsperspektiven zum Wohnrecht* (2003) 41 und *Rosifka*, Optionen einer terminologischen und inhaltlichen Harmonisierung des Wohnrechts in: *Gutknecht/Amann* (Hg), *Zukunftsperspektiven* 91; sowie *Dirnbacher*, wobl 2011, 299.

32 *Stabentheiner*, wobl 2009, 31.

33 Geregelt im 25. Hauptstück, §§ 1090-1121 ABGB.

34 Diesen Lösungsansatz hat Deutschland gewählt. Durch die Mietrechtsreform 2001 (Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts BGB I, 1149) wurden die wesentlichen Bestimmungen des privaten Wohnraummietrechts im BGB zusammengefasst, diese erhielten eine zentrale Stellung innerhalb der neu gegliederten Gesamtregelung des Mietrechts. Das Mietrecht ist dadurch übersichtlicher und leichter verständlich geworden. Siehe dazu *Häublein/Lehmann-Richter*, *Mieterschutz in der Bundesrepublik Deutschland*, wobl 2009, 366.

des Mietrechts häufigen Änderungen unterliegen, in eine Allgemeine Zivilrechtskodifikation passen, ist für *Stabentheiner* fraglich.³⁵ Ihre Integration in das ABGB könnte und müsste jedoch dafür genützt werden, die Bestimmungen zu vereinfachen. Es mangelt aber noch am breiten politischen Konsens, der für eine entsprechende Reform erforderlich wäre.

2. Die Mietzinsbildungsvorschriften des MRG

Das MRG kennt drei Mietzinsbegrenzungsmodelle in seinem Vollenwendungsbereich, nämlich den angemessenen Mietzins, das Kategoriemietzinssystem und das Richtwertmietzinssystem.³⁶ Mietverträge im Voll- und Teilausnahmebereich des MRG unterliegen nicht den dortigen Beschränkungen, sondern sind lediglich durch die Bestimmungen des ABGB bezüglich Sittenwidrigkeit, Wucher und Verkürzung über die Hälfte begrenzt³⁷, wobei die Beweisbarkeit dieser Tatbestände in der Praxis erhebliche Probleme bereitet.

2.1. Kritik am Preisschutz des MRG

Um einen effektiven Preisschutz zu gewährleisten und auch einkommensschwachen Personen den Zugang zum Mietwohnungsmarkt zu ermöglichen, müssen Mietzinsregelungen einfach, klar und verständlich sein. Die Berechnung des höchstzulässigen Mietzinses und die Kontrolle der Übereinstimmung zwischen Gesetz und Realität, zwischen Mietzinsobergrenze und konkreter Mietzinsvereinbarung, sollten für die Normadressat_innen ohne erheblichen Aufwand möglich sein. Diesem Anspruch genügen die Mietzinsbildungsvorschriften des MRG nicht. Schon die Frage, welches der drei Modelle für ein bestimmtes Mietverhältnis gilt, ist nicht immer leicht zu beantworten,³⁸ und weder der angemessene Mietzins noch der Richtwertmietzins für ein konkretes Mietobjekt lassen sich ohne die Einholung eines Sachverständigengutachtens – mit den damit verbundenen (erheblichen) Kosten – exakt ermitteln. Häufig ist ein Gerichtsverfahren notwendig, um zu klären, wie hoch der maximal zulässige Mietzins für das konkrete Mietobjekt ist. Dessen Ausgang ist selten auch nur einigermaßen verlässlich einschätzbar. Die intransparenten Mietzinsbildungsvorschriften hindern daher – insbesondere einkommens- und vermögensschwächere – Mieter_innen an der Durchsetzung ihrer Rechte und sind somit nicht geeignet, einen wirksamen Preisschutz zu gewährleisten. Zudem ist die Grenzziehung zwischen den Anwendungsbereichen der Mietzinsbildungsvorschriften nicht sachgerecht, insbesondere wenn man nicht nur § 16 MRG als

35 *Stabentheiner*, wobl 2009, 34.

36 *Würth* in: Korinek/Krejci 346 f; *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht I²² (2009) 15a MRG Rz 1-25; *Dirnbacher*, MRG idF der WRN 2009, (2009) 261 ff.

37 Vgl *Kuprian/Prader*, Mietvertrag² Rz 131.

38 Als Beispiel sei nur der Tatbestand des § 16 Abs 1 Z 3 MRG (Einsatz erheblicher Eigenmittel) genannt.

bedeutsame Mietzinsbildungsbestimmung im MRG-Vollanwendungsbereich mit dem angemessenen Mietzins (§ 16 Abs 1 leg cit), dem Richtwertmietzins (§ 16 Abs 2 bis 4 leg cit) und dem Befristungsabschlag (§ 16 Abs 7 leg cit) betrachtet³⁹, sondern auch die derzeitige Abgrenzung zwischen Voll- und Teilanwendungsbereich des MRG berücksichtigt. So gilt freie Mietzinsbildung – und damit gar kein Preisschutz – für sämtliche Mietverhältnisse über Objekte im Teilanwendungsbereich des MRG. Die diesbezüglichen Stichtage für das Gebäudealter (8.5.1945 und 30.6.1953) sind veraltet.

2.2. Reformvorschläge

Anstelle der Anknüpfung könnte – wie bereits von mehreren Autoren vorgeschlagen –⁴⁰ ein zinsregulierungsfreier Zeitraum von circa 30 Jahren ab Neuerrichtung des Gebäudes eingeführt werden, innerhalb dessen der/die Eigentümer_in/Investor_in die Möglichkeit hat, unbeschränkte Mietzinse zu erzielen und dadurch seine/ihre Investitionen zu refinanzieren. Eine andere Alternative wäre, einen neuen, zeitgemäßen Stichtag für die Anwendung der Mietzinsbestimmungen einzuführen – etwa den 1.1.1982, den Tag des Inkrafttretens des MRG.⁴¹

Für alle anderen Wohnungsmietverträge sollte uE grundsätzlich das Richtwertsystem gelten. Dieses ist transparent auszugestalten, indem die Kriterien für Zu- und Abschläge taxativ aufgezählt und deren jeweilige maximale Höhe in Prozentsätzen vom Richtwert festgelegt werden. Die Intransparenz des derzeitigen Richtwertsystems gründet darin, dass das Gesetz diese Kriterien nur sehr grob – bzw im Falle des Lagezuschlags völlig unverständlich – festschreibt. Ergänzend könnte eine Obergrenze für die Summe aller Zuschläge in Höhe von beispielsweise höchstens 50% des zugrundeliegenden Richtwerts eingeführt werden.⁴²

Der angemessene Mietzins sollte nur für Geschäftsraummietten zur Anwendung kommen, wobei hier aber ein übersichtlicher und nachvollziehbarer Mietenspiegel geschaffen werden sollte.

An dieser Stelle soll noch kurz auf die Wertsicherung eingegangen werden. In nahezu jedem schriftlichen Mietvertrag findet sich eine Wertsicherungsklausel, welche die Vermieter_innenseite zur Valorisierung des Hauptmietzinses berechtigt.⁴³ Die rückwirkende Geltendmachung der Wertsicherung ist im Vollanwendungsbereich des MRG ausgeschlossen, in dessen Teil- und Vollaussnahmebereich hingegen für maximal drei Jahre

39 Vgl T. Hausmann in: Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht § 16 MRG Rz 1.

40 Siehe dazu Stabentheiner, wobl 2012, 269 mwN; Muzicant, Plädoyer für billigeres und gerechteres Wohnen in: Der Standard vom 2.4.2013, 35.

41 Siehe dazu Stabentheiner, wobl 2012, 269.

42 So bereits Weber, Handlungsbedarf in der Wohnungspolitik, Wie? Wo? Wohnen, juridikum 1994, 16.

43 Kuprian/Prader, Mietvertrag² Rz 107 f.

zulässig.⁴⁴ Dies ist unserer Einschätzung nach sachlich nicht gerechtfertigt und stellt einen massiven Wertungswiderspruch dar, zumal der Mietzins im Teil- oder Vollausbereich ohnehin keinen Beschränkungen unterliegt und daneben noch Betriebs- sowie Energiekosten auf die Mieter_innen zukommen, die allein zwischen den Jahren 2000 und 2006 um 22,8 Prozent zugenommen haben und zusammen mit dem Mietzins eine Existenzbedrohung darstellen können⁴⁵.

Die Geltendmachung der Wertsicherung für sämtliche Mietverhältnisse sollte nur pro futuro zugelassen werden, wobei der/die Mieter_in spätestens 14 Tage vor dem Termin des Inkrafttretens schriftlich zu verständigen ist. Die Modalitäten der Wertsicherung sollten gesetzlich geregelt werden, um Rechtssicherheit zu schaffen: Als Berechnungsbasis empfiehlt sich der zum Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses in Geltung stehende Verbraucherpreisindex (= VPI) laut Statistik Austria, wobei die Indexzahl des Monats, in dem der Mietvertrag beginnt, als Ausgangsbasis heran gezogen werden sollte. Weiters erachten wir die Festschreibung einer Schwankungsbreite von 5 Prozent des jeweiligen Verbraucherpreisindex nach oben und nach unten für berücksichtigungswürdig, damit die Mieter_innenkosten und die Belastung für die jeweiligen Haushaltseinkommen überschaubar sind sowie der bei Mieter_innen bestehende Nebeneffekt der Unsicherheit, ob diese sich Mietwohnungen hinkünftig überhaupt leisten können, hintangehalten werden kann. Darüber hinaus sollten die Rechtsprinzipien Rechtssicherheit, Gleichmaßgebot und Zweckmäßigkeit⁴⁶ als Säulen des Mieter_innenschutzes beachtet werden.

3. Die Erhaltung des Mietgegenstandes

Die derzeitige Rechtslage bezüglich der Erhaltung des Mietgegenstandes ist durch massive Rechtsunsicherheit gekennzeichnet. Die sog „Klauselentscheidungen“⁴⁷, in denen sich der OGH mit dem Verhältnis der Erhaltungsbestimmungen in ABGB und MRG befasste und erstmals die Zulässigkeit der vertraglichen Überwälzung von Erhaltungspflichten im Hinblick auf die normativen Vorgaben des KSchG sowie der Inhaltskontrolle gemäß § 879 Abs 3 ABGB prüfte, führten zu keiner ausreichenden Klärung der einschlägigen Rechtsfragen. Zudem erscheint der status quo rechtspolitisch unbefriedigend.

44 Kuprian/Prader, Mietvertrag² Rz 33.

45 Vgl F. Bydlinski in: Stabentheiner (Hg), Mietrecht in Europa (1996) 7 ff; Schuster/Landau in: Lugger/Holoubek (Hg), Die österreichische Gemeinnützigkeit – ein europäisches Erfolgsmodell – FS Helmut Puchebner (2008) sowie Verbraucherpreisindex der Statistik Austria.

46 Vonkilch, wobl 2012, 246.

47 OGH 29.11.2006, 7 Ob 78/06f; OGH 27.3.2007, 1 Ob 241/06g; OGH 18.12.2009, 6 Ob 81/09v; OGH 22.12.2010, 2 Ob 73/10i; OGH 27.2.2012, 2 Ob 215/10x.

3.1. Zur gesetzliche Regelung der Erhaltungspflicht

Für Mietobjekte im Voll- und Teilausnahmebereich des MRG ist die Erhaltung des Mietgegenstandes in § 1096 Abs 1 ABGB geregelt. Demnach trifft den/die Vermieter_in die volle Erhaltungspflicht; er/sie hat den Mietgegenstand während der gesamten Bestandzeit auf eigene Kosten in brauchbarem Zustand zu erhalten.⁴⁸ Die Instandhaltungspflicht des Vermieters/der Vermieterin erfasst auch die allgemeinen Teile des Hauses, die der/die Mieter_in aufgrund vertraglicher Vereinbarung oder Verkehrsübung zu benützen berechtigt ist.⁴⁹ Da es sich bei § 1096 Abs 1 ABGB um eine dispositive Bestimmung handelt, haben die hL⁵⁰ und Rspr⁵¹ stets angenommen, dass die dort normierte Erhaltungspflicht bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit und der Verkürzung über die Hälfte vertraglich abbedungen oder auf den/die Mieter_in übertragen werden kann. Entsprechende Vereinbarungen kamen (und kommen) in der Praxis auch sehr häufig vor. Erst die jüngere Rspr hat die Schranken aufgezeigt, die das KSchG (beim Verbraucher_innengeschäft) sowie § 879 Abs 3 ABGB der Übertragung von Erhaltungspflichten auf den/die Mieter_in setzen.

Für Mietgegenstände im Vollanwendungsbereich des MRG ist die Erhaltung in den – zugunsten des Mieters zwingenden – §§ 3 und 8 Abs 1 MRG geregelt. Den/die Vermieter_in trifft gemäß § 3 Abs 1 MRG die Pflicht, dafür zu sorgen, „*dass das Haus, die Mietgegenstände und die der gemeinsamen Benützung der Bewohner des Hauses dienenden Anlagen im jeweils ortsüblichen Standard erhalten und erhebliche Gefahren für die Gesundheit der Bewohner beseitigt werden. Im Übrigen bleibt § 1096 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches unberührt.*“ In § 3 Abs 2 Z 2 MRG wird die Erhaltungspflicht des Vermieters/der Vermieterin hinsichtlich der einzelnen Mietgegenstände des Hauses auf jene Arbeiten eingeschränkt, die zur Behebung von (drohenden) ernststen Schäden des Hauses oder zur Beseitigung einer vom Mietgegenstand ausgehenden erheblichen Gesundheitsgefährdung erforderlich sind.⁵² Der/die Mieter_in hingegen hat gemäß § 8 Abs 1 MRG den Mietgegenstand so zu warten⁵³ und instand zu halten, dass dem/der Vermieter_in und den anderen Mieter_innen des Hauses kein Nachteil erwächst. Die Instandhaltungspflicht beschränkt sich somit auf Maßnahmen zur Nachteilsabwehr.

48 Siehe dazu Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht²² (2009) § 1096 ABGB Rz 5; Vonkilch, Die gesetzliche Ausgestaltung der mietvertraglichen Erhaltungspflicht und die Grenzen ihrer Disponibilität, wobl 2008, 283.

49 Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht²² (2009) § 1096 ABGB Rz 6.

50 Dirnbacher, MRG (2006) 70 f; Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht (2007) § 8 MRG Rz 15; Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht²² (2009) § 8 MRG Rz 4.

51 MietSlg 43.081, 45.225, 48.118, 48.219, 49.114; OGH 16.5.2002, 6 Ob 42/02y.

52 Die in § 3 MRG normierte Erhaltungspflicht des Vermieters/der Vermieterin geht uU über die Aufrechterhaltung eines bestehenden Zustandes hinaus, weil bei erforderlichen Reparaturen oder Erneuerungen der jeweils ortsübliche Standard herzustellen ist. Siehe dazu Riss, Dynamischer Erhaltungsbegriff und Verbesserungspflicht des Vermieters im MRG, wobl 2007, 237.

53 Die Abgrenzung von Wartungs- und Erhaltungsarbeiten ist in der Literatur durchaus strittig. Siehe dazu H. Böhm, Miete und Konsumentenschutz, wobl 2007, 106.

Strittig ist, ob die Erhaltungspflicht des Vermieters/der Vermieterin auf die in § 3 Abs 2 MRG angeführten Maßnahmen beschränkt ist, oder ob aufgrund der Wendung „*im Übrigen bleibt § 1096 ABGB unberührt*“ die dort normierte umfassende Erhaltungspflicht des Vermieters/der Vermieterin subsidiär auch im Vollenwendungsbereich des MRG gilt.⁵⁴ Diese Frage ist von sehr großer praktischer Relevanz, weil zahlreiche Maßnahmen, die für die Erhaltung eines Mietgegenstandes erforderlich sind bzw sein können, weder unter § 3 noch unter § 8 MRG fallen. Dies trifft auf die Reparatur bzw den Austausch von defekten Heizthermen, Boilern oder mitvermieteten Haushaltsgeräten, auf Arbeiten zur Aufrechterhaltung der Strom- und Wasserversorgung sowie überhaupt auf alle Maßnahmen zur Wiederherstellung der mittleren Brauchbarkeit – oder einer sonst vereinbarten Eigenschaft – des Mietobjektes zu, sofern diese nicht notwendig sind, um ernste Schäden des Hauses zu beheben oder eine erhebliche Gesundheitsgefährdung zu beseitigen.⁵⁵

Die hL⁵⁶ und mittlerweile auch die ganz überwiegende Rspr⁵⁷ verneinen die subsidiäre Anwendung des § 1096 Abs 1 erster Satz ABGB hinsichtlich der Erhaltungspflicht des Vermieters/der Vermieterin. Es bleibt somit ein gesetzlich un geregelter Bereich („Graubereich“), in dem weder der/die Vermieter_in noch der/die Mieter_in erhaltungspflichtig ist. Sofern sich der/die Vermieter_in im Mietvertrag nicht zur umfassenden Erhaltung nach § 1096 verpflichtet (was höchst selten vorkommen dürfte) oder die diesbezügliche Instandhaltungspflicht im Vertrag nicht wirksam auf den/die Mieter_in überwältzt wird – worauf wir noch zurückkommen – ist keine der beiden Vertragsparteien zur Durchführung dieser Erhaltungsmaßnahmen verpflichtet. Allerdings steht dem/der Mieter_in das im Voraus unverzichtbare Recht der Mietzinsminderung gemäß § 1096 Abs 1 zweiter Satz zu, falls das Bestandobjekt während der Bestandszeit ohne sein/ihr Verschulden derart mangelhaft wird, dass es zum bedungenen Gebrauch nicht taugt, was etwa bei defekten Boilern, fehlender Strom- oder Wasserversorgung und in der kalten Jahreszeit auch bei Heizthermen anzunehmen ist.

Diese Auslegung führt zu völlig unhaltbaren Ergebnissen.⁵⁸ So hat der/die Mieter_in etwa im Fall der kaputten Heiztherme die Option, in der Kälte auszuharren und eine Mietzinsminderung geltend zu machen, um mit diesem Druckmittel den/die Vermieter_in zum Handeln zu bewegen, wobei er/sie ständig die Gefahr einer Mietzins- und

54 Letztere Ansicht vertritt mit überzeugenden Argumenten insb *Rosifka*, Grenzen der mietvertraglichen Regelung der Erhaltungspflicht, *ecolex* 2007, 161; *ders*, Neues zur Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 1096 ABGB und § 3 MRG, *immolex* 2008, 166; *ders*, OGH 5 Ob 17/09z: Konsequenzen und Kritik, *immolex* 2009, 206.

55 *Rosifka*, *immolex* 2009, 208.

56 *Würth*, Glosse zu 1 Ob 241/06g, wobl 2007, 210; *Würth*, § 1096 ABGB und das MRG, wobl 2008, 71; *Würth* in *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht²², § 3 MRG; *Vonkilch*, wobl 2008, 281; *H. Böhm*, Erhaltung des Mietgegenstandes: alles neu? (II), *immolex* 2007, 294.

57 OGH 18.12.2006, 8 Ob 153/06t; OGH 2.6.2009, 9 Ob 57/08k; OGH 14.4.2009, 5 Ob 288/08a; OGH 24.3.2009, 5 Ob 17/09z; OGH 27.2.2012, 2 Ob 215/10x; OGH 24.5.2011, 1 Ob 55/11m.

58 So auch *Dirnbacher*, wobl 2011, 297; *Vonkilch*, wobl 2012, 251.

Räumungsklage im Nacken hat, weil das gerechtfertigte Ausmaß der Mietzinsminderung nicht gesetzlich geregelt, sondern von den Gerichten jeweils im Einzelfall zu bewerten ist. Wenn der/die Mieter_in nicht frieren möchte bzw das Druckmittel der Mietzinsminderung nicht wirkt, so ist er/sie gezwungen, die Erhaltungsmaßnahme auf eigene Kosten und ohne sofortigen Ersatzanspruch nach § 1097 iVm § 1036 ABGB vorzunehmen⁵⁹, wobei nach stRspr mit der Behebung des Mangels durch den/die Mieter_in dessen/deren Mietzinsminderungsanspruch erlischt. Die Rechtsansicht des Höchstgerichts, dass die Selbstbehebung des Mangels durch den/die Mieter_in zum sofortigen Erlöschen dieses Anspruchs führt, wird von Teilen der Literatur kritisiert⁶⁰ und ist dringend zu überdenken.

3.2. Zur vertraglichen Abbedingung bzw Überwälzung der Erhaltungspflicht

Nun stellt sich die Frage, ob bzw inwieweit diese gesetzlichen Regelungen bezüglich der Erhaltung des Mietgegenstandes zu Lasten des Mieters/der Mieterin abgeändert werden können. Unbestritten ist seit jeher, dass die dem/der Vermieter_in in § 3 Abs 2 MRG auferlegten Erhaltungspflichten zwingendes Recht darstellen und daher keiner vertraglichen Disposition zugänglich sind. Hinsichtlich des „Graubereichs“ (Vollanwendung MRG) und der Erhaltungspflicht des Vermieters/der Vermieterin gemäß § 1096 Abs 1 ABGB (Nicht- und Teilanwendung MRG) hat die hL und Rspr hingegen stets angenommen, dass der/die Mieter_in bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit mit Erhaltungspflichten belastet werden kann.

In der „1. Klauselentscheidung“⁶¹ prüfte der OGH erstmals, ob die vertragliche Abbedingung bzw Übertragung der gesetzlichen Erhaltungspflichten auch mit den normativen Vorgaben des KSchG vereinbar ist. Er kam dabei zum Ergebnis, dass bei Verbraucher_innenmietverträgen im Voll- und Teilausnahmebereich des MRG die Erhaltungspflicht gemäß § 1096 Abs 1 ABGB nicht generell abdingbar bzw überwälzbar sei, weil dem/der Mieter_in dadurch implizit das Recht zur Mietzinsminderung genommen würde. Bei diesem Recht handle es sich um einen Gewährleistungsbehelf besonderer Art für Bestandverträge, der gemäß § 9 Abs 1 KSchG im Voraus nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden könne. Konsequenterweise sei daher auch die Erhaltungspflicht des Vermieters/der Vermieterin Ausdruck seiner bestandrechtlichen Gewährleistungspflicht und damit Konsument_innen gegenüber nicht generell ausschließbar. Dieses Judikat wird in der Literatur ganz überwiegend⁶² so interpretiert, dass bei Mietverträgen mit Verbraucher_innen im Voll- und Teilausnahmebereich des MRG keinerlei Er-

⁵⁹ Auch zur Aufrechnung der Kosten der Erhaltungsmaßnahme mit der Miete ist er/sie nicht berechtigt.

⁶⁰ *Vonkilch* in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht (2007) § 8 MRG Rz 19; *Rosifka*, OGH 5 Ob 17/09z: Konsequenzen und Kritik, immolex 2009, 209, *H. Böhm*, OGH 5 Ob 17/09z: Ein Pyrrhussieg für die Vermieter! immolex 2009, 205.

⁶¹ OGH 11.10.2006, 7 Ob 78/06f.

⁶² *H. Böhm/Graf*, immolex 2007, 102; *Dirnbacher*, wobl 2011, 296.

haltungmaßnahmen auf den/die Mieter_in überwältzt werden dürfen; der/die Vermieter_in den Mietgegenstand somit zur Gänze und fortdauernd mit allem mitvermieteten Zubehör in brauchbarem Zustand zu erhalten hat.⁶³

Für Mietverträge im Vollenwendungsbereich des MRG judizierte der OGH in der „2. Klauselentscheidung“⁶⁴, dass bei Verbraucher_innengeschäften dem/der Mieter_in keine über § 8 MRG hinausgehenden Instandhaltungspflichten auferlegt werden können. Das Höchstgericht begründete dies wiederum mit dem darin gelegenen Ausschluss des Rechts auf Mietzinsminderung nach § 1096 Abs 1 zweiter Satz ABGB und somit ebenfalls mit einem Verstoß gegen § 9 Abs 1 KSchG. In einer späteren Entscheidung⁶⁵ bestätigte es diese Rechtsansicht und führte aus, dass den/die Vermieter_in im „Graubereich“ zwar keine gesetzliche Erhaltungspflicht treffe, er/sie jedoch dem/der Mieter_in die Brauchbarkeit des Mietobjektes für die gesamte Dauer der Bestandszeit schulde. Trete ein Mangel im gesetzlich unregelmten Bereich zwischen den §§ 3 und 8 MRG auf, der die Brauchbarkeit des Mietobjektes einschränke, so stehe dem/der Mieter_in (nur) das Recht der Mietzinsminderung zu. Dieser Rechtsbehelf entspricht nach allgemeinem Gewährleistungsrecht der Preisminderung iSd § 932 ABGB. Der Gewährleistungsbehelf der Verbesserung, dh der Anspruch auf Durchführung der Erhaltungsmäßnahme durch den/die Vermieter_in, steht dem/der Mieter_in nicht zu, ebenso wenig ein sofortiger Aufwändersatz nach § 1097 iVm § 1036 ABGB.⁶⁶

Diese höchstgerichtlichen Entscheidungen stießen in der Lehre auf Kritik, wobei insbesondere rechtsdogmatische Einwände gegen die einschlägige Relevanz von § 9 KSchG erhoben wurden.⁶⁷ Unabhängig von dieser Frage ist es aus unserer Sicht sehr zu begrüßen, dass die Schutzbestimmungen des KSchG endlich auch auf Verbraucher_innenmietverträge angewendet werden. Neben § 9 KSchG kommt hier insbesondere § 6 Abs 3 KSchG Bedeutung zu. So „kippte“ der OGH in den vergangenen Jahren zahlreiche Mietvertragsbestimmungen wegen Verstoßes gegen das dort normierte Transparenzgebot. Allerdings ist nicht ausreichend geklärt, unter welchen Voraussetzungen ein_e Vermieter_in, insbesondere ein_e Wohnungseigentümer_in, überhaupt als unternehmerisch tätig anzusehen ist, sodass das Mietverhältnis – sofern es sich bei dem/der Mieter_in um eine_n Verbraucher_in handelt⁶⁸ – dem KSchG unterliegt. In den aktuel-

63 Da der OGH in der Entscheidung 1 Ob 241/06g mehrfach auf die „generelle“ Abbedingung bzw Überwälzung der Erhaltungspflichten abstellt, könnte er so verstanden werden, dass es nur unzulässig ist, die gesamte Erhaltungspflicht auf den Mieter/die Mieterin zu überwälzen, nicht jedoch einzelne, spezifizierte Erhaltungsmäßnahmen. *H. Böhm/Graf*, immolex 2007, 102; *Dirnbacher*, wobl 2011, 296.

64 OGH 27.3.2007, 1 Ob 241/06g.

65 OGH 24.3.2009, 5 Ob 17/09z.

66 *H. Böhm*, immolex 2009, 201; *Rosifka*, immolex 2009, 207.

67 *Vonkilch*, Mietverträge im Fokus des Verbraucherrechts, wobl 2007, 185; *Vonkilch*, wobl 2008, 281 und 309; *Würtlh*, Glosse zu 6 Ob 81/09v, wobl 2010, 143; *Prader*, OGH: Klarstellung der Erhaltungspflichten im Vollenwendungsbereich des MRG, RdW 2009, 391 f; *Dirnbacher*, wobl 2011, 296.

68 Bei einer Wohnungsmiete ist dies stets anzunehmen, bei Geschäftsraummierten nur dann, wenn es sich um ein Gründungsgeschäft einer natürlichen Person handelt (§ 1 Abs 3 KSchG).

len Entscheidungen hat sich der OGH damit nicht näher beschäftigt. In der Vergangenheit hat er dazu judiziert⁶⁹, dass ein_e Vermieter_in dann als Unternehmer_in anzusehen sei, wenn seine/ihre Vermietungstätigkeit im Rahmen einer auf Dauer angelegten Organisation selbständig wirtschaftlicher Tätigkeit erfolgt. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn die Vermietungstätigkeit die Beschäftigung dritter Personen, eine nach kaufmännischen Grundsätzen geführte Buchhaltung sowie die Heranziehung eines/einer Gebäudeverwalters/-verwalterin erforderlich mache, wofür als „annähernde Richtzahl“ die Vermietung von mehr als fünf Bestandobjekten gelten könne. Da es sich nur um eine „annähernde Richtzahl“ handelt, ist das bloße Abstellen auf die Anzahl der Mietobjekte keinesfalls ausreichend. In der Literatur wurde bereits erwogen, ob nicht die Vermietung auch nur einer Vorsorgewohnung, den/die Vermieter_in zum/zur Unternehmer_in mache, da hier der/die einzelne Mieter_in den/die konkrete_n Vermieter_in meist gar nicht kenne, sondern einer Hausverwaltung gegenüberstehe, deren gesamte Infrastruktur, Know-how und insbesondere auch Verhandlungsmacht sich der/die Vermieter_in zu Nutze mache.⁷⁰ Unklar ist weiters, auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist: Kommt es darauf an, ob die Unternehmer_inneneigenschaft des Vermieters/der Vermieterin bei Abschluss des Mietvertrages vorlag, oder ob sie zum Zeitpunkt der Beurteilung einer bestimmten Rechtsfrage, die sich während des Mietverhältnisses stellt, gegeben ist?⁷¹ Schon die Frage, ob ein Mietverhältnis in den Anwendungsbereich des KSchG fällt, wirft somit massive Zweifelsfragen auf und lässt sich derzeit nicht pauschal beantworten. Hier ist der Gesetzgeber gefordert, Klarheit zu schaffen.⁷²

In der „4. Klauselentscheidung“⁷³ prüfte der OGH die vertragliche Übertragung von Erhaltungspflichten erstmals am Maßstab des § 879 Abs 3 ABGB. Gemäß dieser Norm – die nicht nur für Verbraucher_innenverträge gilt – ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Der OGH qualifizierte die Überwälzung unbestimmter Erhaltungsarbeiten als Nebenbestimmung, und somit der Inhaltskontrolle iSd § 879 Abs 3 ABGB unterliegend.⁷⁴ Die im gegenständlichen Verbandsverfahren zu prüfende Vertragsklausel übertrug dem/der Mieter_in die Pflicht zur Erhaltung sämtlicher mitgemieteter Einrichtungsgegenstände, Geräte und Anlagen.⁷⁵ Dies erachtete das

69 MietSlg 35.282.

70 H. Böhm/Graf, *Miete und Konsumentenschutz*, immolex 2007, 104.

71 Siehe dazu *Vonkilch*, wobl 2007, 189f.

72 So auch *Dirnbacher*, wobl 2011, 296.

73 OGH 22.12.2010, 2 Ob 73/10i.

74 Zur Frage, ob die Erhaltungspflicht des Mieters/der Mieterin oder des Vermieters/der Vermieterin Hauptleistung oder Nebenleistung ist, gibt es in der Lehre unterschiedliche Auffassungen.

75 Die zu prüfende Klausel 16 lautete: „Unter Hinweis auf § 10 Abs 3 Z 1 MRG vereinbaren die Streitparteien die laufenden Erhaltungs-, und soweit erforderlich, Erneuerungspflichten seitens des Mieters hinsichtlich sämtlicher mitgemieteter Einrichtungsgegenstände, Geräte und Anlagen.“

Höchstgericht als gröblich benachteiligend und führte dazu aus: „Die generelle Überwälzung der Erhaltung des Mietgegenstandes auf den Mieter ist zweifellos als gröblich benachteiligend zu erachten. Eine weitgehend einseitige Abweichung vom dispositiven Recht, das für den ‚Durchschnittsfall‘ eine ausgewogene, gerechte Rechtslage anstrebt, kann unter den besonderen Verhältnissen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Hinblick auf die hier typischerweise bestehende ‚verdünnte Vertragsfreiheit‘ des Kunden nicht toleriert werden.“ Dies bedeutet jedoch nicht, dass jede Überwälzung von Erhaltungsmaßnahmen in Vertragsformblättern oder AGBs eine gröbliche Benachteiligung darstellt. Vielmehr ist jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände und anhand einer umfassenden Interessenabwägung zu beurteilen, ob die konkret getroffene Vereinbarung im Hinblick auf § 879 Abs 3 ABGB zulässig ist.⁷⁶ *Vonkilch* ist zuzustimmen, dass es eine „diffizile (und gewiss zahlreiche Jahre in Anspruch nehmende) dogmatische Millimeterarbeit für die Judikatur darstellen wird, im Detail herauszuarbeiten, wo genau jene Grenze verläuft, die die auch sub titulo § 879 Abs 3 ABGB nicht zu beanstandende Übertragung von Erhaltungspflichten auf Mieter von jener trennt, die bereits als gröblich benachteiligend anzusehen ist.“⁷⁷

Da auch nicht geklärt ist, unter welchen Voraussetzungen Mietverträge als Vertragsformblätter zu qualifizieren sind, und daher der Inhaltskontrolle gemäß § 879 Abs 3 ABGB unterliegen (bzw wann dies nicht der Fall ist, sodass Vereinbarungen bis zur Grenze der Gesetz- oder Sittenwidrigkeit iSv § 879 Abs 1 ABGB zulässig sind), besteht auch hier eine erhebliche Rechtsunsicherheit.⁷⁸

3.3. Reformvorschläge

So sehr die Klauselentscheidungen auch grundsätzlich zu begrüßen sind – die aktuelle Rechtslage bezüglich der Erhaltung des Mietgegenstandes bleibt in mehrfacher Hinsicht unbefriedigend und unklar. Der Gesetzgeber ist gefordert, endlich tätig zu werden.⁷⁹ Wir befürworten die Schaffung einer einheitlichen gesetzlichen Regelung für sämtliche Mietverhältnisse, unabhängig von der Anwendbarkeit von MRG und KSchG, in Anlehnung an die deutsche Regelung.⁸⁰ Dem Vermieter/der Vermieterin sollte die zwingende

76 *Prader*, Mieterpflichten und Verbote – Ein Fass ohne Boden oder neue Hoffnung für Vermieter, *immolex* 2012, 138.

77 *Vonkilch*, Mietvertragliche Erhaltungs- und Endrenovierungspflichten nach der 4. „Klausel-Entscheidung“, wobl 2011, 95; Zu den diesbezüglich relevanten Aspekten ausführlich *Vonkilch*, Die gesetzliche Ausgestaltung der mietvertraglichen Erhaltungspflicht und die Grenzen ihrer Disponibilität (2. Teil), wobl 2008, 316 f.

78 *Vonkilch*, wobl 2011, 95; *Prader*, Formalmietverträge – was ist das? *immolex* 2012, 10.

79 Dieses Thema ist seit dem Jahr 2008 auf der Agenda der Regierung.

80 Gemäß § 535 BGB ist es Aufgabe des Vermieters/der Vermieterin, „die Mietsache in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand“ zu erhalten. Diese Regelung ist bei Wohnraummieten zwingend, allerdings ist es zulässig, durch vertragliche Vereinbarung die Kosten für „Kleinreparaturen“ bzw „Bagatelreparaturen“ an Teilen des Mietobjekts, die dem direkten und häufigen Zugriff des Mieters/der Mieterin unterliegen (Installationsgegenstände für Elektrizität, Wasser und Gas, Heiz- und Kocheinrichtungen, Fenster- und Türverschlüsse, Rolladengurte, Verschlussvorrichtungen von Fensterläden) auf den/die Mieter_in zu überwälzen. Die vertragliche Vereinbarung

Verpflichtung zur Erhaltung des Mietgegenstandes auferlegt werden. Eine vertragliche Überwälzung der Reparaturkosten auf den/die Mieter_in sollte nur in sehr engen und klar definierten Grenzen möglich sein, wobei dem/der Mieter_in jedenfalls nur Kosten für „Klein- bzw Bagatellreparaturen“ angelastet werden dürfen.⁸¹ Der Gesetzgeber sollte festlegen, bis zu welchem Betrag eine Reparatur als „Kleinreparatur“ gilt – die Wertanpassungen könnten im Verordnungsweg erfolgen –, um Auslegungsprobleme und Unklarheiten, die mit der Normierung eines „angemessenen Betrages“ einhergehen, zu vermeiden.⁸² Falls die Reparaturkosten diesen Betrag übersteigen, wären sie zur Gänze vom Vermieter/von der Vermieterin zu bezahlen; einen Selbstbehalt des Mieters/der Mieterin an sämtlichen Erhaltungsmaßnahmen lehnen wir ab. Zudem sollte ein Jahreshöchstbetrag festgesetzt werden, bis zu dem der/die Mieter_in mit Reparaturkosten belastet werden kann – dies eventuell als Prozentsatz des jährlichen Mietzinses.

4. Sonstiges

4.1. Betriebskosten

Da Betriebskosten regelmäßig eine erhebliche finanzielle Belastung für die Mieter_innen darstellen, sodass mitunter von einer „zweiten Miete“ gesprochen wird, bedarf es diesbezüglich einer klaren gesetzlichen Regelung für alle Mietverhältnisse. Derzeit gelten im Vollanwendungsbereich des MRG zwingende Regeln für den Aufteilungsschlüssel, die auf die Mieter_innen überwälzbaren Positionen sowie die Modalitäten der Vorschreibung und der Abrechnung.⁸³ Im Voll- und Teilausnahmebereich hingegen hat gemäß § 1099 ABGB alle Lasten und Abgaben der/die Vermieter_in zu tragen.⁸⁴ Hierbei handelt es sich jedoch um eine dispositiven Norm, sodass in zahlreichen Mietverträgen umfangreiche Kosten (etwa auch die Beiträge zur Reparaturrücklage) auf die Mieter_innen überwält werden. Unklare Betriebskostenklauseln führen zudem immer wieder zu Auslegungsschwierigkeiten und Rechtsunsicherheit.

Die Betriebskostenregelungen des MRG sollten für sämtliche Mietverhältnisse gelten, wobei allerdings die aktuell im § 21 Abs 1 MRG enthaltenen Positionen „Grundsteuer“⁸⁵ und „Versicherungen (Feuerversicherung, Haftpflichtversicherung, Glasbruchversicherung)“ zu streichen wären. Diese Kosten fallen nicht an, um ein Gebäude in Betrieb zu halten und stellen auch keine vom Mieter/von der Mieterin zu tragenden Verbrauchs-

muss Höchstgrenzen sowohl für den Einzelfall als auch für die Gesamtbelastung im Laufe eines Jahres enthalten, wobei nach der Rspr ein Aufwand in Höhe von € 75,00 – € 120,00 als „Kleinreparatur“ gilt.

81 Es ist nicht akzeptabel, dass Mieter_innen mit unvorhersehbaren, oft sehr hohen Kosten für Erhaltungsmaßnahmen (zB Thermentausch wenige Monate nach Bezug des Mietobjektes) belastet werden.

82 Falls die Reparaturkosten diesen Betrag übersteigen, wären sie zur Gänze von dem/der Vermieter_in zu tragen.

83 *Refpler* in: *Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht Kurzkommentar* § 21 MRG Rz 1; *Kuprian/Prader, Mietvertrag*² Rz 97 f.

84 *Kuprian/Prader, Mietvertrag*² Rz 137.

85 *Doralt, Grundsteuer, Teil der Betriebskosten*, wobl 1995, 46; *Muzicant, Der Standard* vom 2.4.2013, 35.

kosten dar. Weiters ergeben sich in Zusammenhang mit den Kosten für die Hausbetreuung, in concreto bei den fiktiven Kosten für eine_n Hausmeister_in, laufend Probleme, weil die entsprechenden Bestimmungen für den/die Durchschnittsbürger_in nicht nachvollziehbar sind. Die einem/einer Hausbesorger_in zustehenden Beträge sollten gesetzlich klar festgeschrieben werden, um hinkünftig für Rechtsklarheit zu sorgen. Wir halten fest, dass die Vereinbarung eines Pauschalmietzins⁸⁶ aber weiterhin möglich sein sollte.

4.2. Kosten bei Begründung des Mietverhältnisses

Die Begründung eines neuen Mietverhältnisses ist für Mieter_innen regelmäßig mit hohen Kosten verbunden. Sie müssen nicht nur den Umzug finanzieren und die Makler_innenprovision bezahlen, sondern auch eine Kautions hinterlegen sowie die Mietvertragsgebühr entrichten. Häufig werden ihnen auch Vertragserrichtungskosten auferlegt. Im Vollenwendungsbereich dürfen dem/der Mieter_in keine Kosten für die Mietvertragserrichtung in Rechnung gestellt werden.⁸⁷ Sie zählen nach stRSpr des OGH⁸⁸ zu den Verwaltungskosten, die dem/der Mieter_in bereits als Betriebskosten vorgeschrieben werden. Sofern aber das MRG nur teilweise oder gar nicht Anwendung findet, ist eine Überwälzung der Kosten bei betragsmäßiger Festschreibung im Mietvertrag nicht ausgeschlossen. Das sollte zumindest dann unzulässig sein, wenn der/die Vermieter_in die Erstellung des Mietvertrages in Auftrag gibt, was bei Wohnraummietverhältnissen die ganz überwiegende Praxis ist. Schließlich wird ein von der Vermieter_innenseite beauftragter Mietvertrag in deren Interesse und zu deren Vorteil erstellt und der/die Mieter_in ist hier oft in der Defensive, denn er/sie hat hier nur die Wahl, den vorgelegten Mietvertrag zu akzeptieren, widrigenfalls das Mietverhältnis nicht zustande kommt bzw sich die Vertragserrichtungskosten erhöhen können, wenn Vertragsänderungen begehrt werden.

Auch hinsichtlich der von dem/der Mieter_in als Sicherheit zu erlegenden Kautions sehen wir beim Gesetzgeber Handlungsbedarf, da aktuell keine gesetzliche Regel für deren maximal zulässige Höhe besteht und auch die Frage der Verzinsung nicht ausreichend geklärt ist.⁸⁹ Es ist nicht einsichtig, dass schriftliche Mietverträge vergebührt werden müssen, da diese Kosten idR der/die Mieter_in trägt und diese/n wirtschaftlich belas-

86 Vgl *Hausmann* in: Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht § 15 MRG Rz 17 ff. Der Pauschalmietzins beinhaltet den Hauptmietzins, den auf den Mietgegenstand anfallenden Anteil an den Betriebskosten und laufenden öffentlichen Abgaben, den Anteil an besonderen Aufwendungen (zB Betreuung von Gemeinschaftsanlagen, Aufzug, Kosten einer gemeinsamen Wärmeversorgungsanlage), unter Umständen auch das Entgelt für mitvermietete Einrichtungsgegenstände sowie die Umsatzsteuer.

87 *Kuprian/Prader*, Mietvertrag² Rz 334 f.

88 OGH 27.04.1993, 5 Ob 35/93.

89 § 16b MRG legt die Höhe der zu vereinbarenden Kautions nicht fest; Vgl auch *Schimnagl* in: Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht Kurzkommentar § 21 MRG Rz 1; *Dirnbacher*, MRG idF WRN 2009, 299.

ten.⁹⁰ Dies führt zu einer weiteren Verteuerung des Wohnens. Wir plädieren daher für die Einführung der Gebührenfreiheit in Bezug auf alle Mietverträge.

5. Fazit

Das österreichische Mietrechtsgesetz ist reformbedürftig, weil sich momentan in der mietrechtlichen Praxis stets viele offene Fragen ergeben, die nicht klar beantwortet werden können, was für alle Personen, die mit dem Mietrecht konfrontiert werden, ein absolut unbefriedigender Zustand ist. Es sollten daher verständliche mietrechtliche Normen geschaffen werden, damit der/die Durchschnittsbürger_in einen Mietvertrag verstehen kann und nicht wegen des derzeit herrschenden Normenschungels und der rechtlichen Grauzonen bei mietrechtlichen Fragen überfordert ist und eventuell sogar auf die eigenen Rechte verzichtet. Selbst Jurist_innen sind oft nicht in der Lage, die derzeitige Mietrechtssituation zu überblicken. Eine Änderung und Vereinfachung – eventuell mit Integration in das ABGB – der Mietrechtssituation soll für mehr Rechtssicherheit sorgen. Der Gesetzgeber ist hier dringend gefordert.

MMag.³ Elisabeth Eberharter und Dr. Mirko Handler sind Jurist_innen beim Mieterschutzverband Österreich, Landesorganisation Tirol; e.eberharter@msv-tirol.at, m.handler@msv-tirol.at

Rechtsprechung und Literatur sind im Wesentlichen bis April 2013 erfasst.

⁹⁰ Kuprian/Prader, Mietvertrag², Rz 328 f

Familienrechtliche Wohnverhältnisse: Zwischen Faktum und Recht

Cornelia Krieglsteiner / Caroline Voithofer

In persönlichen Beziehungen wird die Diskrepanz zwischen *law in books* und *law in action*¹ besonders dann spürbar, wenn von einem/einer Beteiligten die Frage gestellt wird, ob das gelebte Verhältnis überhaupt rechtskonform ist. Dann tritt zu Tage, dass „dem Recht“ das oft selbst über Jahre hinweg gelebte Arrangement unbekannt ist oder dass umgekehrt an ein gelebtes Verhältnis ganz bestimmte – den Betroffenen nur teilweise bewusste – Rechtsfolgen geknüpft sind. Im Wohnrecht verbirgt sich dieses Phänomen unter dem Etikett des *familienrechtlichen Wohnverhältnisses*². Es handelt sich dabei um einen von der Rsp geprägten Begriff, der noch nicht Eingang ins Gesetz gefunden hat und trotz seiner enormen praktischen Bedeutung auch kaum im Schrifttum behandelt wird. Ein familienrechtliches Wohnverhältnis ist durch „das Fehlen einer vertraglichen Bindung gekennzeichnet“³ und entsteht aus „dem natürlichen Zusammengehörigkeitsgefühl unter Familienangehörigen und nicht aus rechtsgeschäftlichen Erklärungen.“⁴

Der vorliegende Beitrag skizziert die Entwicklung des familienrechtlichen Wohnverhältnisses in der Rsp und schlägt eine Differenzierung zwischen familienrechtlichem Wohnverhältnis und bloß *familiärem Wohnverhältnis* vor. Aufgrund der Prägung des Begriffs „familienrechtliches Wohnverhältnis“ durch die Rsp und seine spärliche Aufarbeitung in der Lehre, mangelt es an einer einheitlichen Terminologie. Die Bezeichnungen reichen vom „familienrechtlichen Benützungsverhältnis“⁵ oder „familiären Wohnverhältnis“⁶ zum „familienrechtlichen Wohnverhältnis im engeren Sinne“⁷ oder „familienrechtliches Wohnungsverhältnis“⁸ bis hin zu „familienrechtlichen Verhältnissen“⁹. Dieser Beitrag plädiert für eine einheitliche und logische Begriffsverwendung, stellt Rechtslage und faktische Verhältnisse dar und schließt mit Gedanken zur Wirkung der Begriffsschöpfung durch die Rsp.

1 Pound, Law in books and law in action, American Law Review 1920, 13–36; OGH 24.11.1993, 3 Ob 220/98v = MietSlg 51.005; OGH 13.6.2005, 10 Ob 64/05t = MietSlg 57.006.

2 Ausgangspunkt für den vorliegenden Beitrag bildet ein Kapitel aus der nicht publizierten Dissertation von Cornelia Krieglsteiner; eingereicht unter Cornelia Sander, Familie, Ehe, Lebensgemeinschaft (Innsbruck 2008).

3 Etwa: OGH 24.11.1999, 3 Ob 220/98v = MietSlg 51.005.

4 Etwa: OGH 13.6.2005, 10 Ob 64/05t = MietSlg 57.006.

5 Etwa: Binder in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV³ § 1090 Rz 27ff.

6 Etwa: Binder in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV³ § 1090 Rz 27ff.

7 Etwa: Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner, ABGB³⁷ § 1090 E15.

8 Etwa: OGH 29.4.2009, 7 Ob 32/09w.

9 Uneinheitlich: Würth in Rummel, ABGB³ § 1090 ABGB Rz 7.

1. Das familienrechtliche Wohnverhältnis

Unter den Begriff des familienrechtlichen Wohnverhältnisses haben sich in der Rsp die verschiedensten Konstellationen von Wohnraumüberlassungen unter Angehörigen versammelt. Gemeinsam ist ihnen zum einen, dass sie nicht durch Rechtsgeschäft begründet werden und zum anderen, dass die Beteiligten in einem Familien- oder Verwandtschaftsverhältnis zu einander stehen. Praktisch kann man_frau sich darunter etwa folgendes Szenario vorstellen: Die Eltern erklären ihrem mittlerweile volljährigen Kind, es könne in der im Miteigentum der Eltern stehenden Garçonnière wohnen, um sich die Miete zu sparen. Solange das Kind nicht selbsterhaltungsfähig ist – etwa weil es studiert und keine eigenen Erwerbseinkünfte erzielt – ist dieses familienrechtliche Wohnverhältnis gesetzlich durch den Unterhaltsanspruch des Kindes gegenüber seinen Eltern abgesichert. Ist das Kind jedoch bereits selbsterhaltungsfähig, fehlt es nicht nur an einer rechtsgeschäftlichen, sondern auch an einer gesetzlichen Fundierung der Wohnraumüberlassung. Als Hauptentstehungsgrund der familienrechtlichen Wohnverhältnisse mag gelten, dass zwischen Angehörigen selten Mietverträge¹⁰ oder auch andere Rechtsgeschäfte – wie etwa ein Prekarium – abgeschlossen werden. Zu vermuten ist, dass dies unterbleibt, weil man_frau einander vertraut, beisteht und die allfälligen Vertragserrichtungskosten vermeiden will.

Mit dem familienrechtlichen Wohnverhältnis hat die Rsp einem im Rechtsleben vorkommenden Phänomen eine Bezeichnung verliehen. Die davon umfassten Lebenssachverhalte unterscheiden sich aber hinsichtlich ihrer Rechtswirkungen so grundlegend von einander, dass wir für eine klare Unterscheidung zwischen solchen *familienrechtlichen Wohnverhältnissen*, die auf einen familienrechtlichen Anspruch rückführbar sind und solchen, die einer solchen Basis entbehren, plädieren. Zweitere wollen wir als *familiäre Wohnverhältnisse*¹¹ bezeichnen. Diese gründen ausschließlich auf dem „natürlichen Zusammengehörigkeitsgefühl unter Familienmitgliedern.“¹²

2. Das Recht: Die Entwicklung des familienrechtlichen Wohnverhältnisses

Lehre¹³ und Rsp¹⁴ setzten in der Vergangenheit zunächst für die Anerkennung eines familienrechtlichen Wohnverhältnisses neben dem tatsächlichen gemeinsamen Wohnen

¹⁰ Beck, Das Prekarium – Schutz für die Ehwohnung in der Aufteilung, EF-Z 2007, 205.

¹¹ Vgl zu dieser Begrifflichkeit Binder in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV³ § 1090 Rz 27, der die Wohnungsbenutzung durch nahe Angehörige ohne obligatorisches Rechtsverhältnis als „familiäres Benützungsverhältnis“ bezeichnet, allerdings keine entsprechende Abgrenzung trifft.

¹² Etwa: OGH 12.12.1990, 3 Ob 1565/90 = EFSlg 63.194; OGH 5.12.1989, 4 Ob 614/89 = RS0020500; OGH 18.10.1983, 5 Ob 501/83 = RS0020503; Tades/Hopff/Kathrein/Stabentheiner, ABGB³⁷ § 1090 ABGB E11a; Binder in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV³ § 1090 Rz 27; Stabentheiner, Mietrecht³ (2010) 8 Rz 20; Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1090 Rz 8 (10.5.2013).

Wenn das Faktum auf einer Rechtsüberzeugung fußt, so könnte es sich allenfalls noch um *law in action* handeln.

¹³ Schimetschek, Wohnverhältnisse, ImmZ 1980, 234–236; Kocevar, Familienrechtliche Wohnverhältnisse, ImmZ 1974, 6.

¹⁴ Etwa: OGH 23.6.1977, 6 Ob 647/77 = MietSlg 29.013; OGH 21.2.1979, 1 Ob 626/78 = MietSlg 31.008; OGH 30.9.1965, 5 Ob 217/65 = RS0019062.

oder dem Zurverfügungstellen von Wohnraum das Bestehen von Unterhaltsverpflichtungen „zwischen Angehörigen der Familie im engeren Sinn, sohin zwischen Ehegatten und deren Kindern“ voraus.¹⁵ Die bestehende Unterhaltsverpflichtung war demnach zunächst konstitutives Merkmal eines familienrechtlichen Wohnverhältnisses. Später verschob sich der Fokus von der Unterhaltsverpflichtung auf das „natürliche Zusammengehörigkeitsgefühl.“¹⁶ Damit fällt die bisherige personale Beschränkung auf Kinder und Ehegatt_innen weg, sodass heute etwa auch Enkelkinder, Verschwägerter und Adoptivenkelkinder unter die von der Rsp sehr weite Begrifflichkeit eines familienrechtlichen Wohnverhältnisses fallen können.¹⁷

Welche Angehörigen ein familienrechtliches Wohnverhältnis begründen können, hängt aber nach unserer Diktion¹⁸ davon ab, ob sie – neben dem bloß tatsächlichen Zusammenwohnen ohne vertragliche Grundlage – noch einen anderen „Titel“ als schützenden Rechtsgrund vorweisen können. Die bloße Faktizität des gemeinsamen Wohnens ist für das familienrechtliche Wohnverhältnis nicht ausreichend. Wer den Anspruch auf Benützung eines Wohnraums auf ein familienrechtliches Wohnverhältnis stützt, kann einem/einer auf Räumung drängende_n Angehörige_n das familienrechtliche Wohnverhältnis solange entgegenhalten, als der zugrunde liegende familienrechtliche Anspruch besteht.¹⁹ Das familienrechtliche Wohnverhältnis genießt daher einen erhöhten Bestandsschutz gegenüber dem bloß familiären Wohnverhältnis. Folgende Konstellationen kommen für die Begründung eines familienrechtlichen Wohnverhältnisses jedenfalls in Frage:

2.1. Zwischen (Groß-)Eltern und Kindern

Die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihrem Kind beruht auf § 231 ABGB.²⁰ Demnach haben beide (biologischen) Eltern zur Deckung der angemessenen Bedürfnisse ihres nicht selbsterhaltungsfähigen Kindes beizutragen. Von diesen Bedürfnissen ist selbstverständlich auch das Wohnen umfasst.²¹ Dieser elterlichen Verpflichtung würde es demnach widersprechen, den Auszug der Kinder aus der Wohnung ohne das Bereit-

15 OGH 9.5.1985, 7 Ob 576/85. Sinngemäß auch: OGH 28.8.1974, 1 Ob 122, 123/74 = MietSlg 26.070.

16 Vgl OGH 5.12.1989, 4 Ob 614/89 = RS0020500; OGH 18.10.1983, 5 Ob 501/83 = RS0020503; *Tades/Hopff Kathrein/Stabentheiner*, ABGB³⁷ § 1090 E11a; *Binder* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV³ § 1090 Rz 27; *Stabentheiner*, Mietrecht³ 8 Rz 20; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1090 Rz 8 (10.5.2013).

17 *Binder* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV³ § 1090 Rz 27.

18 So auch: OGH 24.5.2011, 1 Ob 84/11a, mit dem Hinweis, dass familienrechtliche Wohnverhältnisse ihren Grund in familienrechtlichen Ansprüchen (Unterhalt, Anspruch des Ehegatten nach § 97 ABGB) haben.

19 Etwa: OGH 24.5.2011, 1 Ob 84/11a = immolex 2012/43 (*Klein*); OGH 27.6.2002, 2 Ob 158/02b = immolex 2003, 181 = wobl 2004, 2 8/10 (*Deixler-Hübner*) = MietSlg 54.032 = EFSlg 100.516; OGH 24.11.1999, 3 Ob 220/98v. *Binder* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV³ § 1090 Rz 31.

20 idF BGBl I 15/2013; zuvor § 140 ABGB.

21 Etwa: OGH 26.4.1990, 6 Ob 566/90 = RZ 1993/43 = EFSlg 62.351. *Nademleinsky* in *Schwimmann*, ABGB Taschenkommentar (2012) § 1090 Rz 6, *Hopff* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ § 140 Rz 2; *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch/Klang* ABGB³ § 140 Rz 3.

stellen eines Ersatzes zu verlangen.²² Wohnen die Eltern mit dem unterhaltsberechtigten Kind im gemeinsamen Haushalt, ist der Unterhalt natural erbracht. Die Unterhaltspflicht kann aber auch durch das unentgeltliche Zurverfügungstellen einer anderen angemessenen Wohnmöglichkeit natural erfüllt werden. Das ist idR bei volljährigen, nicht pflegebedürftigen Kindern, die nicht im gemeinsamen Haushalt mit den unterhaltspflichtigen Eltern wohnen, der Fall.²³ Erst bei Verletzung der Unterhaltspflicht wäre Geldunterhalt zu leisten.²⁴ Der Anspruch des unterhaltsberechtigten Kindes auf Naturalunterhalt durch Wohnversorgung verwandelt sich nicht schon dadurch in einen Geldunterhaltsanspruch, dass der/die Unterhaltspflichtige aus der Wohnung auszieht. In einem solchen Fall wird dem Kind das Recht gegenüber dem/der Unterhaltspflichtigen zuerkannt, die bisherige Wohnung weiter zu benützen.²⁵ Dieser Anspruch wird restriktiv gehandhabt, sodass daraus kein subjektives Recht des Kindes an einer bestimmten Wohnung abgeleitet werden kann. Es besteht ein Anspruch auf *Wohnversorgung*. So wurde etwa der Anspruch eines außerehelichen Kindes und seiner Mutter auf Benützung der Wohnung des ehemaligen Lebensgefährten verneint.²⁶ Dieses durch das Unterhaltsrecht geschützte Wohnverhältnis endet mit der Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes.²⁷ Solange das Kind noch die Gewährung der Wohnung benötigt, ist es jedenfalls nicht selbsterhaltungsfähig.²⁸ So kann auch mit volljährigen Kindern ein familienrechtliches Wohnverhältnis begründet werden.²⁹

Subsidiär zu den Eltern können die Großeltern des Kindes gem § 232 ABGB³⁰ unterhaltspflichtig sein, wenn die Eltern zur Leistung des Unterhalts nicht im Stande sind.³¹ Lässt also die Großmutter die Enkelin ihre Wohnung mitbenützen, ohne dass ein Vertragsverhältnis zustande kommt, liegt ein familienrechtliches Wohnverhältnis vor, wenn die volljährige Enkelin der Großmutter gegenüber einen Unterhaltsanspruch hat. Wenn kein Unterhaltsanspruch vorliegt, kann die Großmutter das Wohnverhältnis jederzeit beenden.³²

22 *Binder in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV³ § 1090 Rz 31.

23 Etwa: OGH 9.7.1997, 3 Ob 2075/96k = SZ 70/134 = EFSlg 83.089 = RZ 1998/34 = RS0108044.

24 Etwa: OGH 26.6.1991, 1 Ob 551/91 = EFSlg 64.944 = EFSlg 64.948 = EFSlg 65.050; *Binder in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV³ § 1090 Rz 35f; *Hopf in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ § 140 Rz 11.

25 OGH 19.2.1992, 1 Ob 541/92 = ÖJZ 1992/108 (EvBl) = EFSlg 67.694 = EFSlg 67.801 = ÖA 1992, 91.

26 Etwa: OGH 22.10.2007, 1 Ob 122/07 = RS0122680. Aus dem Anspruch auf Wohnversorgung eines minderjährigen Kindes kann der obsorgeberechtigte Elternteil nach der jüngsten Rsp kein Recht auf Verbleib in der bisher genutzten gemeinsamen Wohnung ableiten. OGH 19.11.2008, 3 Ob 202/08i = Jahrbuch Wohnrecht 2011, 68 = ifamZ 2009/85 (*Deixler-Hübner*) = EF-Z 2009/78 = MietSlg 60.007, 60.025.

27 Etwa: OGH 10.6.1999, 6 Ob 11/99g; OGH 24.6.1999, 6 Ob 87/99h; LGZ Wien 20.1.1999, 43 R 37/99f = EFSlg 89.463; *Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch/Klang* ABGB³ § 140 Rz 99.

28 OGH 9.4.1991, 4 Ob 511/91 = RZ 1992/3.

29 Etwa: OGH 12.12.1990, 3 Ob 1565/90 = EFSlg 63.196; RS0020495; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB³⁷ § 1090 E12; *Würth in Rummel*, ABGB³ § 1090 ABGB Rz 7.

30 idF BGBl I 15/2013, zuvor § 141 ABGB.

31 OGH 13.3.1963, 7 Ob 73/63 = MietSlg 15.009.

32 LGZ Wien 14.6.1995, 40 R 376/95 = MietSlg 47.008; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB³⁷ § 1090 E12a.

Durch eine Adoption entstehen nach § 197 Abs 1 ABGB³³ dieselben familienrechtlichen Beziehungen zwischen dem Adoptivkind und den Adoptiveltern wie beim sonstigen Eltern-Kind-Verhältnis. Mit der damit einhergehenden Unterhaltspflicht ist daher auch ein familienrechtliches Wohnverhältnis zwischen Adoptivkindern und Adoptiveltern möglich.³⁴ Das gilt ebenso für die Kinder des/der Adoptierten, sofern sie zumindest im Zeitpunkt der Adoption minderjährig sind.³⁵

Kinder können aber nicht nur Unterhaltsberechtigte, sondern auch Unterhaltspflichtige sein. § 234 ABGB³⁶ sieht eine Unterhaltspflicht des Kindes gegenüber den Eltern und/oder Großeltern vor, wenn diese nicht (mehr) selbsterhaltungsfähig sind, selbst ihre Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind nicht gröblich vernachlässigt haben und soweit keine andere Person iSv § 234 Abs 2 ABGB zur Leistung des Unterhalts verpflichtet ist. Die Unterhaltspflicht der (Enkel-)Kinder geht jedenfalls jener eines (früheren) Ehegatten/einer (früheren) Ehegattin nach. Zudem haben die (Groß-)Eltern auch zunächst den Stamm ihres Vermögens aufzubauchen, bevor die (Enkel-)Kinder unterhaltspflichtig werden. Die Unterhaltspflicht von Kindern gegenüber ihren (Groß-)Eltern stellt daher den Ausnahmefall dar. Dennoch ist es möglich, dass Kinder den (Groß-)Eltern eine Unterkunft zur Verfügung stellen, zB wenn diese pflegebedürftig werden.

Durch das Leben in einem aufgrund der Unterhaltsverpflichtung bereit gestellten Wohnraum, wird das familienrechtliche Wohnverhältnis zwischen (Groß-)Eltern und Kindern begründet. Es handelt sich dabei um einen faktischen Teilaspekt des Unterhaltsrechts. Die Qualifizierung als familienrechtliches Wohnverhältnis sichert den Unterhaltsberechtigten den Anspruch in dem konkret bewohnten Raum solange verbleiben zu können, als der/die Unterhaltspflichtete ihnen keinen adäquaten Ersatz, mit dem sie ihr dringendes Wohnbedürfnis befriedigen können, verschafft.³⁷ Einer Räumungsklage wäre also solange der Erfolg versagt.

2.2. Zwischen Ehegatt_innen und eingetragenen Partner_innen

Damit zwischen Eheleuten ein familienrechtliches Wohnverhältnis angenommen werden kann, scheint es zunächst naheliegend mit der älteren Rsp und Lehre³⁸ ebenso auf das Bestehen eines Unterhaltsanspruches abzustellen. Der Unterhaltsanspruch bei auf-

33 idF BGBl I 15/2013, zuvor § 182 Abs 1 ABGB.

34 OGH 30.9.1965, 5 Ob 217/65 = EFSlg 4.618 = MietSlg 17.124.

35 Etwa: Hopf in Koziol/Bydlsinski/Bollenberger, ABGB³ § 182 Rz 1; Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch/Klang ABGB³ § 182 Rz 4.

36 idF BGBl I 15/2013, zuvor § 143 ABGB. Etwa: Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch/Klang ABGB³ § 143 Rz 1–16; Hopf in Koziol/Bydlsinski/Bollenberger, ABGB³ § 143 Rz 2–4.

37 Etwa: OGH 12.12.1990, 3 Ob 1565/90 = EFSlg 63.196; Binder in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV³ § 1090 Rz 31.

38 Etwa: OGH 27.6.1962, 1 Ob 151/62 = MietSlg 9.339. Schimetschek, Wohnverhältnisse, ImmZ 1980, 234; Kocevar, Wohnverhältnisse, ImmZ 1974, 6, wobei hierzu beachtet werden muss, dass die in Folge zu erörternde Bestimmung des § 97 ABGB erst durch BGBl 412/1975 in das ABGB eingefügt wurde.

rechter Ehe ist in § 94 ABGB³⁹ geregelt und umfasst – wie der Kindesunterhalt – auch die Deckung des Wohnbedarfs des/der Unterhaltsberechtigten. Auch diese Unterhaltsleistung erfolgt grundsätzlich natural, sodass etwa das Übernehmen von Wohnungskosten eine Unterhaltsleistung darstellt.⁴⁰ Ein Unterhaltsanspruch besteht zwischen Eheleuten nicht grundsätzlich. Es bedarf hier entweder einer Vereinbarung oder der Erfüllung einer der drei Tatbestände des § 94 ABGB.⁴¹ Neben dem allenfalls bestehenden unterhaltsrechtlichen Anspruch kommt bei Eheleuten darüber hinaus auch eine Anknüpfung an den Grundsatz des gemeinsamen Wohnens (§ 90 Abs 1 ABGB)⁴² und den Schutz der Befriedigung des dringenden Wohnbedürfnisses in der ehelichen Wohnung nach § 97 ABGB in Frage.⁴³ § 97 ABGB liegt der Gedanke zugrunde, dass ein Ehegatte/eine Ehegattin durch die Eheschließung ein Wohnrecht an der ihm/ihr nicht oder nicht allein gehörenden Wohnung, die seinem/ihrer dringenden Wohnbedürfnis dient, erwirbt.⁴⁴ Die Bestimmung soll diesen Ehegatten/diese Ehegattin in seinem/ihrer Anliegen auf Sicherung des Wohnbedürfnisses schützen. Der/die wohnungsbedürftige Ehegatte/Ehegattin, dessen/deren Wohnrecht nicht durch einen anderen Rechtstitel gesichert ist, soll dadurch gegen Willkürmaßnahmen des/der anderen geschützt werden.⁴⁵ Das familienrechtliche Wohnverhältnis kann zwischen Ehegatt_innen demzufolge auch auf den Anspruch auf Erhaltung der Wohnmöglichkeit iSv § 97 ABGB gestützt werden.⁴⁶ Dieses familienrechtliche Wohnverhältnis besteht solange der Schutz nach § 97 ABGB wirkt und endet idR mit der Ehe.⁴⁷ Dabei wird für das familienrechtliche Wohnverhältnis gelten, dass das Wohnrecht während eines anhängigen Aufteilungsverfahrens nach §§ 81ff EheG fortbesteht.⁴⁸ Mit dem Inkrafttreten des EPG⁴⁹ findet sich nunmehr auch für gleichgeschlechtliche Paare eine gesetzliche Grundlage für die Annahme eines familienrechtlichen Wohnverhältnisses. Die einschlägigen eherechtlichen Bestimmungen des

39 idF BGBl I 15/2013.

40 Koch in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ § 94 Rz 23; *Hinteregger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch/Klang* ABGB³ § 94 Rz 30.

41 Etwa: *Buchwalder*, Unterhalt bei aufrechter Ehe (2008).

42 Getrenntes Wohnen von Ehepartner_innen ist, außer in den von § 92 ABGB geregelten Fällen (Wohnungsverlegung, gesonderte Wohnungsnahme), im Falle einer einstweiligen Verfügung nach §§ 382b-d EO (Schutz vor familiärer Gewalt) oder als Ausprägung der einvernehmlichen Gestaltung der ehelichen Gemeinschaft, nicht vorgesehen.

43 OGH 24.5.2011, 1 Ob 84/11a = immolex 2012/43 (*Klein*); vgl *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON § 1090 Rz 8; *Würth* in *Rummel*, ABGB³ § 1090 ABGB Rz 7.

44 Etwa *Beck*, *Prekarium* 204; *Koch* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ § 97 Rz 1; *Hinteregger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch/Klang* ABGB³ § 97 Rz 11.

45 Etwa: OGH 6.7.2004, 7 Ob 100/04p = EW r III/97 A/15 = EFSlg 106.985 = EFSlg 106.984.

46 So zB OGH 24.5.2011, 1 Ob 84/11a = wobl 2011, 460; OGH 24.11.1999, 3 Ob 220/98v = MietSgl 51.005; *Brunner*, *Übergabevertrag, Wohnrecht und Ausgedinge* (2007), http://www.lexisnexis.com/at/recht/results/docview/docview.do?start=3&sort=BOOLEAN&format=GNBFULL&risb=21_T17364605108 (9.5.2013).

47 OGH 29.5.2001, 5 Ob 88/01d = MietSgl 53.008 = immolex 2002/28.

48 OGH 14.9.2006, 6 Ob 164/06w = EF-Z 2007/7 = MietSgl 58.483 = EFSlg 114.415 = FamZ 2007/22 (*Deixler-Hübner*). Vgl *Beck*, *Prekarium* 204 mwN; OGH 4.10.1961, 1 Ob 75/61 = JBl 1962, 379; *Brunner*, *Übergabevertrag; Binder* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV³ § 1090 Rz 31.

49 BGBl I 135/2009.

ABGB – Unterhalt: § 12 EPG⁵⁰; Grundsatz des gemeinsamen Wohnens: § 8 Abs 2, § 9 Abs 2-4 EPG; Schutz der partner_innenschaftlichen Wohnung: § 9 Abs 1 EPG⁵¹ – wurden für die eingetragene Partner_innenschaft übernommen. Damit ist davon auszugehen, dass die Ausführungen für verheiratete auch für eingetragene Partner_innen gelten und sie damit auch ein familienrechtliches Wohnverhältnis mit einander begründen können.

Auch hier sichert das familienrechtliche Wohnverhältnis der/dem Unterhaltsberechtigten bzw der/dem durch § 9 EPG geschützten Partner_in den Anspruch, in dem konkret bewohnten Raum solange verbleiben zu können, bis der/die Partner_in adäquaten Ersatz, durch den das dringende Wohnbedürfnis befriedigt wird, verschafft oder der familienrechtliche Anspruch wegfällt. Einer Räumungsklage ist solange auch in diesem Fall der Erfolg versagt.

2.3. Zwischen Stiefeltern und Stiefkindern

Die lange vertretene Ansicht, wonach keine familienrechtlichen Beziehungen zwischen Stiefeltern und Stiefkindern bestünden,⁵² ist aus heutiger Sicht überholt. Mit dem FamRÄG 2009⁵³ wurde eine eigene Beistandspflicht des Stiefelternteils gegenüber dem Stiefkind verankert.⁵⁴ Diese Beistandspflicht wurde mit dem KindNamRÄG 2013 auf alle mit dem Elternteil in einem familiären Verhältnis stehenden und nicht bloß vorübergehend im gemeinsamen Haushalt lebenden Personen in § 139 Abs 2 ABGB⁵⁵ erweitert. Davon umfasst sind Lebensgefährt_innen – unabhängig vom Geschlecht der Lebensgefährt_innen – und eingetragene Partner_innen ebenso wie Ehegatt_innen.⁵⁶ Nach § 139 Abs 2 ABGB „hat [diese Person] alles den Umständen nach Zumutbare zu tun, um das Kindeswohl zu schützen.“ Ausdrücklich vom Kindeswohl umfasst, ist nach § 138 Z 1 ABGB auch eine „angemessene Versorgung mit Wohnraum.“ Damit ist nunmehr auch das familienrechtliche Wohnverhältnis zwischen Stiefelternteil und Stiefkind denkbar geworden. Es ist aber wiederum an das Bestehen des familienrechtlichen Anspruches geknüpft. Wenn eines der beistandspflichtbegründenden Tatbestandsmerkmale – etwa wenn der Stiefelternteil nicht mehr mit dem leiblichen Elternteil im gemeinsamen Haushalt lebt – wegfällt, wird somit auch die Möglichkeit der Begründung eines familien-

50 Gröger in Gröger/Haller, EPG (2010) § 12 A1.

51 BGBl I 135/2009. Gröger in Gröger/Haller, EPG (2010) § 9 A1.

52 OGH27.4.1949, 2 Ob 140/49 = RS 0020515. So immer noch Nademleinsky in Schwimann, ABGB Taschenkommentar (2012) § 1090 Rz 6; Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner, ABGB³⁷ § 1090 E14a.

53 BGBl I 75/2009.

54 § 137 Abs 4 idF BGBl I 75/2009. Etwa: Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar I³ § 137 Rz 20–22; Koch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB³ § 137 Rz 5.

55 idF BGBl I 15/2013.

56 ErlRV BlgNR 2004 GP XXIV § 139 ABGB, 18f. Etwa auch Voithofer, Die Kindes-Ob Sorge zwischen Höchstgerichten, Gesetzgebung und Lebensrealität, juridikum 2012, 520.

rechtlichen Wohnverhältnisses wegfallen. Wiederum ist die Räumungsklage erst dann erfolgreich, wenn das Stiefkind anderweitig das dringende Wohnbedürfnis befriedigen kann.

2.4. Zwischenresümee

Als Zwischenresümee lässt sich festhalten, dass die Begründung eines familienrechtlichen Wohnverhältnisses heute⁵⁷ jedenfalls zwischen folgenden Personengruppen möglich ist:

- wechselseitig zwischen Eltern und Kindern auf Grundlage des Unterhaltsrechts (§§ 231 und 234 ABGB),
- wechselseitig zwischen Großeltern und Enkelkindern auf Grundlage des Unterhaltsrechts (§§ 232 und 234 ABGB),
- wechselseitig zwischen Adoptiveltern und Adoptivkindern auf Grundlage von § 197 ABGB iVm den unterhaltsrechtlichen Vorschriften,
- wechselseitig zwischen Adoptivgroßeltern und Adoptivenkelkindern auf Grundlage von § 197 ABGB iVm den unterhaltsrechtlichen Vorschriften,
- zwischen Ehegatt_innen auf Grundlage des Unterhaltsrechts (§ 94 ABGB) und des Wohnungsschutzes (§ 97 ABGB),
- zwischen eingetragenen Partner_innen auf Grundlage des Unterhaltsrechts (§ 12 EPG) und des Wohnungsschutzes (§ 9 Abs 1 EPG),
- zwischen Stiefeltern und Stiefkinder auf Grundlage von § 139 Abs 2 iVm § 138 Z 1 ABGB, wobei dieser Anspruch nicht wechselseitig ausgestaltet ist, sondern lediglich für Stiefkinder gegenüber dem Stiefelternteil besteht.

Da familienrechtliche Wohnverhältnisse ihre Fundierung in familienrechtlichen Ansprüchen haben, sind sie beim Erlöschen dieser Ansprüche von dem/der über die Wohnung Verfügungsberechtigte_n jederzeit widerrufbar.⁵⁸ Dies ist zB nach Scheidung der Ehegatt_innen oder bei Eintritt der Selbsterhaltungsfähigkeit der Kinder jederzeit – nötigenfalls durch Räumungsklage – möglich. Weiters setzt das familienrechtliche Wohnverhältnis voraus, dass derjenige/diejenige von dem/der der Anspruch abgeleitet wird, selbst dazu befugt ist, über den Wohnraum zu verfügen. Wenn etwa ein Ehemann aufgrund der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens sein Verfügungs- und Gebrauchsrecht an der in die Konkursmasse fallenden Ehwohnung verliert, dann verliert auch die Ehefrau ihren auf § 97 ABGB beruhenden Benützungsanspruch.⁵⁹ Insofern kann von Akzessorietät des familienrechtlichen Wohnverhältnisses gesprochen werden.

57 Zum Personenkreis vor 1975 siehe *Kocevar*, Wohnverhältnisse, ImmZ 1974, 6.

58 OGH 12.12.1990, 3 Ob 1565/90 = EFSlg 63.196; OGH 31.5.1995, 7 Ob 547/95 = JBl 1996, 106 = EWt III/1118 A/41 = EFSlg 78.362 = wobl 1996/80 (*Schauer*); OGH 29.4.2009, 7 Ob 32/09w; OGH 19.1.2010, 4 Ob 192/09b = Jahrbuch Wohnrecht 2011, 61 (*Siegmund/Kulhaneck/Bouhafafa*) = wobl 2010/89.

59 OGH 24.5.2011, 1 Ob 84/11a = immolex 2012/43 (*Klein*).

3. Das Faktische: Familiäres Wohnverhältnis

Ist der familienrechtliche Benützungstitel weggefallen, stellt sich die Frage, auf welcher (Rechts-)Grundlage das gemeinsame Wohnen nunmehr basiert. Dieses kann auf prekärer Basis, auf Leihe gegründet oder bei Entgeltzahlung auch auf mietvertraglicher⁶⁰ Rechtsgrundlage fortgesetzt werden. Häufig wird es aber gerade im engeren Familienkreis, zB zwischen Eltern und Kindern auf rein faktischer Basis weitergeführt ohne dass rechtsgeschäftliche Erklärungen erfolgen.⁶¹ In diesem Fall wird das familienrechtliche Wohnverhältnis zum bloßen familiären Wohnverhältnis.⁶² Das familiäre Wohnverhältnis wurde oben gerade dadurch definiert, dass ihm nicht nur die rechtsgeschäftliche sondern auch die gesetzliche Fundierung fehlt.

Weil es keinen familienrechtlichen Unterhalts- oder Beistandsanspruch als Titel im Hintergrund braucht, erfassen familiäre Wohnverhältnisse einen weiteren Personenkreis als familienrechtliche Wohnverhältnisse. Das generelle Ausscheiden von selbsterhaltungsfähigen Kindern, Adoptivkelkindern oder Verschwägerten aus diesem Kreis ist also unzulässig. Die Wohnversorgung gründet in diesen Fällen auf einer Benützungsgewährung.⁶³ Klassischerweise wird unter Lebensgefährt_innen ein familiäres Wohnverhältnis begründet,⁶⁴ da zwischen ihnen weder eine Unterhaltspflicht, noch eine Pflicht zum gemeinsamen Wohnen oder ein sich daraus ergebender Wohnungsschutz iSd § 97 ABGB/§ 9 Abs 1 EPG besteht. Ebenso können Seitenverwandte ein familiäres Wohnverhältnis begründen. So kann ein Bruder oder Onkel nie aufgrund seiner Verwandtschaft ein familienrechtliches Wohnverhältnis, aber wohl ein familiäres Wohnverhältnis, gegenüber seinem Bruder oder Neffen behaupten.⁶⁵ Ebenfalls kann kein familienrechtliches Wohnverhältnis zwischen Schwiegervater und Schwiegertochter⁶⁶ oder zwischen der Tochter des Adoptivsohns und deren Ehegatten gegenüber den Adoptiveltern begründet werden.⁶⁷

Schimetschek schließt aus den oberstgerichtlichen Ausführungen, dass etwa nach Erreichen der Selbsterhaltungsfähigkeit des großjährigen Kindes ein familienrechtliches Wohnverhältnis zwar rein faktisch und ohne gegenseitige Bindung fortgesetzt werden, nicht aber neu begründet werden kann. Überlassen daher Eltern ihren bereits selbsterhaltungsfähigen Kindern Wohnraum zur Benützung, den diese vor Erreichen der Selbsterhaltungsfähigkeit nicht bewohnt haben, so könne es sich dabei nicht mehr um ein

60 OGH 28.11.1973, 5 Ob 208/73 = MietSlg 25.106.

61 *Binder* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV³ § 1090 Rz 32.

62 *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentbeiner*, ABGB³⁷ § 1090 E11c; In diesem Sinn sind wohl auch die Ausführungen von *Brunner*, Übergabevertrag und *Koch* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ § 974 Rz 1 zu verstehen.

63 *Binder* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV³ § 1090 Rz 27.

64 Dem würde wohl auch *Nademleinsky* in *Schwimmann*, ABGB Taschenkommentar (2012) § 1090 Rz 6 zustimmen, wenn sich die Rsp vom Begriff des familienrechtlichen Wohnverhältnisses lösen würde.

65 *Kocevar*, Wohnverhältnisse, ImmZ 1974, 6.

66 OGH 13.3.1963, 7 Ob 73/63 = MietSlg 15.009.

67 OGH 30.9.1965, 5 Ob 217/65 = EFSlg 4.618.

familienrechtliches Wohnverhältnis, sondern allenfalls um ein auch zwischen familienfremden Personen mögliches prekaristisches Verhältnis handeln.⁶⁸ Diese Ansicht erscheint zwar insofern zweckmäßig, als sie eine Abgrenzung zwischen familiärem Wohnverhältnis und Prekarium erleichtert. Allerdings stellt die Rsp für die Annahme eines familienrechtlichen Wohnverhältnisses nicht mehr darauf ab, ob den Familienmitgliedern zuvor Ansprüche nach §§ 97, 231 ABGB zukamen.⁶⁹

Die Rsp⁷⁰ sieht den Grund für das Entstehen eines familienrechtlichen Wohnverhältnisses in diesen Fällen im „natürlichen Zusammengehörigkeitsgefühl unter Familienangehörigen.“⁷¹ Lediglich selten wird auch nur ein Tatbestandsmerkmal eines Rechtsgeschäfts verwirklicht sein. So mangelt es sowohl an der Willenserklärung und auch an dem Willen, sich zu verpflichten. Infolge kann auch keine Willensübereinstimmung erfolgen. Familiäre Wohnverhältnisse sind daher auch kein Prekarium iSv § 974 ABGB,⁷² sondern ein reines Faktum. Allerdings kann man_frau von einem quasi-prekaristischen Wohnverhältnis sprechen. Diese aus dem „natürlichen Zusammengehörigkeitsgefühl unter nahen Familienangehörigen entspringende tatsächliche Benützungsgewährung“ ist rechtlich nicht geregelt, kann gegen den Willen des/der Gewährenden nicht durchgesetzt werden und ist jederzeit widerrufbar.⁷³ Das quasi-prekaristische (Mit-)Benützungsrecht endet mit dem Tod des/der über die Wohnung Verfügenden. Wie für das Prekarium sollte aber auch für das familiäre Wohnverhältnis gelten, dass die Erb_innen dieses widerrufen müssen, andernfalls würde eine Weiterbenützung des Wohnraumes nicht titellos erfolgen.⁷⁴

Das familiäre Wohnverhältnis kann jederzeit und ohne Angabe von Gründen beendet werden. Wollen die Verwandten nicht ausziehen, kann eine Räumungsklage eingebracht werden.⁷⁵ Bedingungen und Befristungen sind zulässig.⁷⁶ Erklärt zB der Vater nach dem Tod des Sohnes der Schwiegertochter, sie könne mit ihren Kindern im Haus „weiterhin“ wohnen, bis zur Verehelichung und wenn sie „brav“ bleibe, so ist damit die Fortsetzung des bisher bestehenden unverbindlichen familiären Wohnverhältnisses vereinbart worden. Den Hinweis auf die Wiederverehelichung und auf das Wohlverhalten der Schwiegertochter qualifizierte der OGH nur als Ankündigung, dass sie in diesen Fällen auf

68 *Schimetschek*, Wohnverhältnisse, ImmZ 1980, 234–235.

69 Vgl etwa OGH 5.12.1989, 4 Ob 614/89; *Binder* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV³ § 1090 Rz 27; aA: *Nademeinsky* in *Schwimmann*, ABGB Taschenkommentar (2012) § 1090 Rz 6; *Brunner*, Übergabevertrag. *Brunner* stützt ihre Ansicht aber auf Rsp aus den 1970ern.

70 OGH 24.11.1999, 3 Ob 220/98v = MietSlg 51.005; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB³⁷ § 1090 E11c.

71 OGH 12.12.1990, 3 Ob 1565/90 = EFSlg 63.194.

72 *Koch* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ § 974 ABGB Rz 1.

73 Etwa: OGH 24.11.1999, 3 Ob 220/98v = MietSlg 51.005; OGH 15.10.2010, 1 Ob 172/10s; *Spath* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar II² § 521 Rz 4; *Binder* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV³ § 1090 Rz 30; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB³⁷ § 1090 E11c.

74 OGH 17.11.1987, 4 Ob 523/87 = EFSlg 54.181 = JBl 1988, 237 = MietSlg 39.007.

75 Etwa: OGH 9.5.1985, 7Ob 576/85 = EFSlg 48.583 = MietSlg 37.025.

76 Ein Prekarium ist hingegen bedingungs- und befristungsfeindlich. Vgl *Beck*, Prekarium 206.

jeden Fall mit einem Widerruf der bisher gestatteten Wohnungsbenützung zu rechnen habe.⁷⁷ Die Erklärung, jemand könne im Haus wohnen bleiben, bis er/sie eine andere Wohnung gefunden habe, ist als Befristung ausgelegt worden.⁷⁸

Da es sich beim familiären Wohnverhältnis um ein bloßes Faktum handelt, muss im Einzelfall geprüft werden, ob nicht doch eine – wenn auch nur konkludente – Willenseinigung vorliegt, die ein vertragliches Verhältnis (Prekarium, Leihe, Miete) begründen würde.⁷⁹ Dies kann der Fall sein, weil an die Bestimmtheit von Willenserklärungen zwischen Familienangehörigen niedrigere Anforderungen gestellt werden als an solche zwischen fremden Personen.⁸⁰ Maßgeblich ist die aus den Erklärungen oder „dem gesetzten Verhalten objektiv zu erschließende“ Absicht.⁸¹ An die äußere Wahrnehmbarkeit des erklärten Willens wird teilweise mittlerweile ein hoher Maßstab gelegt: „Für eine schlüssige Einräumung von Benützungsrechten unter Familienangehörigen bedürfe es einer jeden Zweifel ausschließenden Eindeutigkeit des Verhaltens des Eigentümers.“⁸² Das entspricht dem Grundsatz des § 915 ABGB, wonach im Zweifel davon auszugehen ist, dass ein_e Erklärende_r sich die geringere Belastung auferlegt. Zudem hat die Person, die den Wohnraum bewohnt, zu beweisen, dass ein Benützungstitel vorliegt.⁸³ Ein bloßes Vertrauen darauf – mag es auch auf dem „natürlichen Zusammengehörigkeitsgefühl“ unter Angehörigen beruhen – wird als nicht ausreichend angesehen. Die damit einhergehende Rechtsunsicherheit ist offenkundig.

4. Fazit

Abschließend wollen wir das oben aufgebaute Gerüst noch einmal zerlegen, um zu sehen, worum es sich bei familienrechtlichen Wohnverhältnissen „in Wirklichkeit“ handelt.⁸⁴

Die Rsp hat auf die unter Angehörigen faktisch vorkommenden Wohnraumüberlassungen damit reagiert, ihnen die Bezeichnung familienrechtliche Wohnverhältnisse zu verleihen. Für jene Wohnverhältnisse, die sich auf einen familienrechtlichen Anspruch stützen, ist der bestehende Schutz insofern erweitert worden, als die/der Berechtigte nun-

77 OGH 13.3.1979, 2Ob 502/79 = MietSlg 31.010.

78 Beck, Prekarium 206 mwN.

79 Vgl Binder in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV³ § 1090 Rz 28.

80 Etwa: OGH 29.4.2009, 7 Ob 32/09w; OGH 15.12.2010, 1 Ob 172/10s = Jahrbuch Wohnrecht 2012, 25 (*Siegmund et al*) = immoLex-LS 2011/20; RS0020488; *Spath* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar II² § 521 Rz 4.

81 Etwa: OGH 30.1.2002, 3 Ob 71/01i; OGH 29.4.2009, 7 Ob 32/09w; OGH 15.12.2010, 1 Ob 172/10s; OGH 15.12.2010, 1 Ob 172/10s.

82 OGH 15.12.2010, 1 Ob 172/10s.

83 Etwa: OGH 28.3.2013, 7 Ob 230/11s; *Nademeinsky* in *Schwimmann*, ABGB Taschenkommentar (2012) § 1090 Rz 6; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB³⁷ § 1090 E13a, c, f.

84 Vgl *Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus (logisch-philosophische Abhandlung) 6.54: „(Er muß sozusagen die Leiter wegwerfen, nachdem er auf ihr hinaufgestiegen ist.) Er muß diese Sätze überwinden, dann sieht er die Welt richtig.“

mehr in dem konkret von ihr/ihm bewohnten Raum geschützt wird, solange der familienrechtliche Anspruch dahinter besteht. Das gilt nicht für jene Wohnverhältnisse, die sich auf keinen familienrechtlichen Anspruch stützen. Wenn beide Wohnverhältnisse unter derselben Bezeichnung in der Rsp behandelt werden, wird dieser wesentliche Unterschied verschleiert. Die Wohnverhältnisse ohne familienrechtlichen Anspruch sind weiterhin ein bloßes Faktum ohne Rechtswirkung. Sie daher als „Recht“ zu bezeichnen erscheint solange verfehlt, als mit „Recht“ etwas bezeichnet wird, das mit Rechtswirkungen auf irgendeine Art verbunden ist. Würde man hingegen auf eine allenfalls vorhandene „Rechtsüberzeugung“ der Beteiligten abstellen und man_frau sich so einem soziologischen Rechtsbegriff nähern, würde die Bezeichnung wiederum sinnvoll werden. Dies wollen wir dem OGH aber nicht unterstellen, weswegen wir für eine strikte begriffliche Trennung zwischen *familienrechtlichen* und bloß *familiären* Wohnverhältnissen plädieren.

Das Beispiel der familienrechtlichen Wohnverhältnisse zeigt, dass rechtlich verankerte Ansprüche erweitert wurden und dass bloß faktische Verhältnisse faktische blieben. Das Beispiel des familienrechtlichen Wohnverhältnisses zeigt, wie die Rsp juristische Fachbegriffe formt und dass ihr Definitionsmacht über Inhalt, Grenzen und Wirkungen der Begriffe zukommt und sich um die neuen Begriffe herum eigene Diskurse – wie unser Beitrag – bilden. Zudem macht die Entwicklung der familienrechtlichen Wohnverhältnisse eine sukzessive Ausweitung des Familienbegriffs über die „Kernfamilie“ der §§ 40 und 44 ABGB deutlich. Der wohnrechtliche Diskurs ist damit am Puls der Zeit und folgt der Fortentwicklung des Familienverständnisses durch die Rsp des EGMR zu Art 8 EMRK.⁸⁵

Dr.ⁱⁿ Cornelia Krieglsteiner ist Rechtsanwaltsanwärtlerin bei Tschütscher/Kapferer in Innsbruck; cornelia.krieglsteiner@yahoo.de

Dr.ⁱⁿ Caroline Voithofer ist Universitätsassistentin am Institut für Zivilrecht an der Universität Innsbruck und Redaktionsmitglied des *juridikum*; caroline.voithofer@uibk.ac.at

85 Etwa: EGMR 19.2.2013, X et al/Österreich, 19010/07 oder Voithofer, *juridikum* 2012, 518, 520; Guerrero, *Ausblick auf die EGMR-Judikatur zur Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare im österreichischen Kontext*, *juridikum* 2010, 391.

Get them where it hurts – ein (erster) Meilenstein für Opfer von Menschenhandel

Daniela Krömer / Barbara Unterlerchner

Menschenhandel gilt als eines der lukrativsten Verbrechen, der jährliche Gewinn wird weltweit auf 32 Milliarden US Dollar geschätzt. In der EU werden jährlich ca 120.000 Menschen in zwangsarbeitsähnliche Verhältnisse gebracht – und in 80% der Fälle ist sexuelle Ausbeutung das Ziel.¹ A. ist eine von ihnen. Vor ungefähr zehn Jahren suchte sie als junge Frau in ihrem Heimatland Bulgarien Arbeit. Sie geriet an eine Frauenhändler_innenorganisation und wurde eingesperrt, vergewaltigt, zu Prostitution gezwungen und in mehrere Länder weiterverkauft. Schließlich kam sie nach Österreich, wo sie über drei Jahre lang zu Prostitution gezwungen wurde. Ihr Recht auf geschlechtliche Selbstbestimmung wurde täglich verletzt, selbst jener Tag, an dem sie eine Abtreibung² hatte vornehmen lassen, war keine Ausnahme. Dokumente wurden ihr abgenommen, sie wurde wiederholt geschlagen, bedroht und angehalten, die ihr von Freiern angebotenen Drogen zu konsumieren. Als eine nahe Angehörige starb, wurde ihr die Heimreise zum Begräbnis verwehrt. Wäre A. freiwillig, selbstbestimmt und auf eigene Rechnung als Sexarbeiterin tätig gewesen, hätte sie durchschnittlich 3.000 Euro im Monat verdient. So erhielt sie in etwa zehn Euro pro Tag. Schließlich gelang ihr die Flucht.

A. wurde und wird von der Opferschutzeinrichtung Lefö-IBF-Interventionsstelle für Betroffene des Frauenhandels betreut, sowie jährlich geschätzte 250 Frauen, die nach Österreich gehandelt und sexuell oder als Arbeitskräfte ausgebeutet werden. Genauere Angaben über die Anzahl der Betroffenen in Österreich gibt es aber keine. Seit kurzem ist zumindest die rechtliche Situation jener Opfer, die einen Ausweg aus dem Menschenhandel gefunden haben, dokumentiert: 2011 untersuchte die Arbeitsgruppe *CompAct Österreich* Entschädigungsmöglichkeiten für Betroffene des Menschenhandels.³ Die Fallanalyse⁴ zu den Delikten § 104a StGB „Menschenhandel“ und § 217 StGB „Grenzüberschreitender Prostitutionshandel“ zeigte eine zurückhaltende Praxis der Strafge-

1 Anstatt vieler *García Schmidt*, Menschenhandel: Europas neuer Schandfleck, in *Bertelsmann Stiftung* (Hg), *spotlighteurope*, April 2008.

2 Die ungewollte Schwangerschaft war Folge von erzwungenem, ungeschütztem Geschlechtsverkehr.

3 *Probst/Planitzer/Steiner/Unterlerchner*, Entschädigung für Betroffene des Menschenhandels in Österreich (2011). Vgl dazu auch *Guerrero*, Entschädigung bei Menschenhandel: 10.000 Euro für 4 Jahre Ausbeutung, *juridikum* 2011, 284.

4 Der Untersuchungszeitraum der Studie erstreckt sich vom 1.1.2008 bis zum 30.9.2010.

richte bei Privatbeteiligtenzusprüchen: Bei insgesamt 36 Verurteilungen wurden in nur 20 Fällen Beträge zwischen 500 Euro (insgesamt acht Mal) und, selten, 10.000 Euro zugesprochen.⁵

Dieses Ergebnis zeigt ein ausgeprägtes Missverhältnis zwischen den durch die Ausbeutung erwirtschafteten Gewinnen der Täter_innen und den den Opfern zugesprochenen Entschädigungen. Dazu kommt, dass Privatbeteiligtenzusprüche nicht garantieren, dass die Betroffenen ihr Geld tatsächlich erhalten. Insgesamt, so zeigt die Studie, erhielten nur fünf Betroffene einen Teilbetrag (!) des zugesprochenen Schadenersatzes. In vier Fällen war dies darauf zurückzuführen, dass die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren die Sicherstellung und Beschlagnahme von Vermögenswerten der mutmaßlichen Täter_innen veranlasste, in nur einem Fall zahlte der Täter freiwillig.⁶ A. hatte Glück: Das ihr im Strafverfahren zugesprochene Schmerzensgeld betrug 10.000 Euro. 8.250 Euro erhielt sie tatsächlich. Bezüglich ihrer weiteren Ansprüche wurde A., wie so viele vor ihr, auf den Zivilrechtsweg verwiesen.

Zivilgerichtlich zugesprochene Entschädigungen konnten in der genannten *CompAct*-Studie nicht dokumentiert werden: Einerseits waren den Autorinnen der Studie im Zuge ihrer beruflichen Beschäftigung mit Opfern von Menschenhandel⁷ keine zivilrechtlichen Verfahren bekannt. Andererseits war es nicht möglich, im System der gerichtlichen Aktenverwaltung gezielt nach zivilgerichtlichen Urteilen zu suchen, die sich mit Forderungen aufgrund von Menschenhandel auseinandersetzen. Auf Grund von persönlichen oder finanziellen Risiken, sowie aufenthaltsrechtlichen Barrieren war es vermutlich bisher keiner der Betroffenen möglich, im Anschluss an ein Strafverfahren eine zivilrechtliche Klage einzubringen. A. ist die bisher einzig bekannte ehemalige Zwangsarbeiterin, die diesen Weg beschritt. Erfolgreich, wie sich zeigte. Ihr wurde Schadenersatz in der Höhe von 44.000 Euro zugesprochen,⁸ eine Haftung der Täterinnen für zukünftige Schäden wurde ebenfalls gerichtlich festgestellt.⁹ Das Urteil wurde in zweiter Instanz bestätigt¹⁰ und ist mittlerweile rechtskräftig. Bemerkenswert sind insbesondere zwei Ausführungen in den Urteilsbegründungen:

1. *Bemessung der Schadenshöhe.* Bei der Ermittlung der Schmerzensgeldhöhe ist nach der Rspr auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen, denn persönlich erlittener Schmerz ist nicht quantifizierbar und auch kaum vergleichbar. Allerdings schützt ein gewisser objektiver Maßstab bei der Bemessung vor völliger Ungleichmäßigkeit. Ein solcher existiert bezüglich der Schadenersatzforderungen von Opfern von Menschen-

5 Probst/Planitzer/Steiner/Unterlerchner, Entschädigung, 86.

6 Probst/Planitzer/Steiner/Unterlerchner, Entschädigung, 88.

7 Die Autorinnen der Studie beschäftigen sich sowohl in der psychosozialen Prozessbegleitung als auch rechtsberatend und wissenschaftlich mit Opfern von Menschenhandel.

8 Von den geforderten 54.000 Euro wurde jener Betrag, den A. bereits im Strafverfahren zugesprochen bekam, abgezogen.

9 LG ZRS Graz 7.11.2012, 18 Cg 20/11b.

10 OLG Graz 6.3.2013, 4 R 14/13f.

handel naturgemäß noch nicht. Das Erstgericht verwies daher auf zugesprochenen Schadenersatz in Fällen von sexuellem Missbrauch und Raub, um den Zuspruch des von A. geforderten Schadenersatzes zu begründen. Die Berufungsinstanz ergänzte und verwies auf das Strafrechtliche Entschädigungsgesetz (StEG)¹¹. Zu Unrecht Inhaftierten steht nach dem StEG eine Entschädigung zwischen 20 und 50 Euro pro Tag zu. Rechnet man den A. zugesprochenen Schadenersatz¹² auf die Dauer ihres 43-monatigen Martyriums um, so ergibt sich eine Entschädigung von 42 Euro pro Tag. Diese Summe sei, so das OLG, angesichts der Tatsache, dass die menschenunwürdigen Umstände, unter denen A. festgehalten wurde, nicht mit regulären Haftbedingungen vergleichbar seien, nicht zu hoch gegriffen. Diese Begründung erleichtert in Zukunft die Aufschlüsselung und Begründung von möglicherweise noch höheren Schmerzensgeldforderungen gegenüber Täter_innen – denn neben der Freiheitsberaubung sind ebenso Körperverletzungen, die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung, etc. zu berücksichtigen.

2. *Die ausnehmende Sensibilität und das Einfühlungsvermögen der Gerichte für den Leidensweg von Menschenhandelsopfern.* Die besonders leidvollen Umstände des Opfers, vor allem das Gefühl der Ausweglosigkeit und der starke Druck seitens der Täterinnen wurden angemessenen gewürdigt. Auf die Behauptung der Täterinnen, dass die bei A. festgestellten psychischen Schädigungen auf Grund einer Anlage zu Depressionen auch ohne die erlittenen Vorfälle aufgetreten wären, erwiderte das OLG, dass ungeachtet einer möglichen Veranlagung zu Depressionen die traumatischen Erlebnisse ausschlaggebend für A.'s psychiatrische Symptomatik waren.

A. hat also erfolgreich den Zivilrechtsweg beschritten. Die von ihr ursprünglich auch eingebrachte Forderung auf Verdienstentgang in Höhe von 129.000 Euro wurde im Laufe der Verhandlung aufgrund der damaligen Rechtsauffassung des OGH¹³ zu Sexarbeit zurückgezogen. Grundsätzlich ist dieser Anspruch bei Opfern von Menschenhandel zum Zwecke der Arbeitsausbeutung zu berücksichtigen. Da Sexarbeit laut OGH-Rspr nicht mehr als sittenwidrig gilt,¹⁴ ist dieser Anspruch nunmehr auch für sexuell ausgebeutete Opfer durchsetzbar. 2012 bestätigte das OLG Wien eine Entscheidung, in der ein sexuell ausgebeutetes Menschenhandelsopfer mittels Privatbeteiligtenzuspruch im Strafverfahren gegen die Täter_innen auch ihren Verdienstentgang iHv 30.000 Euro zugesprochen bekam.¹⁵ Bemerkenswert ist hier die Berechnung der Schadenshöhe: Nachdem im Strafverfahren sowohl der Stundensatz als auch die durchschnittliche Anzahl der zu bedienenden Freier ermittelt wurde, wurde angenommen, dass das Opfer jeweils ein Drittel ihrer Arbeitszeit gut, schlecht bzw gar nicht verdiente.

11 Strafrechtliches Entschädigungsgesetz 2005, BGBl I 125/2004.

12 Siehe Fn 8.

13 OGH 28.6.1989, 3 Ob 516/89.

14 Zur Rechtsprechungsänderung: OGH 18.04.2012, 3 Ob 45/12g; *Krömer*, Sexarbeit nicht mehr sittenwidrig, *juridikum* 2012, 382; sowie *Spitzer*, *ÖJZ* 2012/82, 786 mwN.

15 OLG Wien 3.7.2012, 20 Os 198/12g.

Da Menschenhandel ein ausgesprochen lukrativer Geschäftszweig ist, ergibt sich auch bei einer so vorsichtigen Schätzung des Verdienstentganges eine vergleichsweise hohe Schadenssumme. Diese Schätzung zeigt aber auch, wie wichtig neben strafrechtlichen Verurteilungen der Zugriff auf das Vermögen der Täter_innen ist. Der erfolgreiche Ausgang des – soweit ersichtlich – ersten zivilrechtlichen Verfahrens gegen Menschenhändler_innen setzt einen wichtigen Schritt in diese Richtung. A.'s Täterinnen haben ihre Strafe übrigens abgesessen und sind in ihr Heimatland zurückgekehrt. Derzeit wird geprüft, wie A. die ihr zugesprochene Summe im Ausland exekutieren kann.

Mag.^a Daniela Krömer war bis vor kurzem Universitätsassistentin am Institut für Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Wien; daniela.kroemer@univie.ac.at

Mag.^a Barbara Unterlerchner, MES ist Mitarbeiterin des Weißen Rings; b.unterlerchner@weisser-ring.at

Beide Juristinnen engagieren sich im Rahmen von CompACT Österreich für Entschädigungsleistungen für Opfer von Menschenhandel.

New Journal on International Constitutional Law



ICL Journal

Vienna Journal on International Constitutional Law

ISSN 2306-3734

Annual subscription (4 issues)

€ 227,27

Trial subscription (2 issues) € 18,18
exclusive of VAT and shipping costs

Order at:

www.icl-journal.com

**Free access to the online
archive included!**

The Vienna Journal on International Constitutional Law is dedicated to the advancement of legal knowledge in the field of International Constitutional Law. Advised by a body of distinguished referees the Journal features high-standard contributions by scholars and legal professionals from around the globe. The quarterly released Journal covers a wide range of subjects including in particular European Constitutional Law, Public International Law, the Constitutionalization of International Law, the Internationalization of Constitutional Law, the Migration of Constitutional Ideas, Legal Theory, and Comparative Constitutional Law. The Journal addresses the global scientific community, scholars and researchers in various disciplines working in the field of International Constitutional Law.

Editors in Chief: Christoph Bezemek • Harald Eberhard • Claudia Fuchs

Tel: +43-1-680 14-0
Fax: +43-1-680 14-140

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

**VERLAG
ÖSTERREICH**

derStandard.at



„DER STANDARD ist kein Teamplayer. Aber deshalb abonniere ich ihn ja.“

Stefan Miklauz, Geschäftsführer EasyMotion und Abonnent seit 2006



Er bildet keine Seilschaften. Er ist keinen Netzwerken verpflichtet. Er entscheidet selbst, was er schreibt und was nicht. Wie sich DER STANDARD so etwas erlauben kann? Dank jener Menschen, die ihn aus genau diesem Grund abonnieren.



derStandard.at/Abo,
aboservice@derStandard.at oder 0810/20 30 40

Die Zeitung für Leser