

nr 1/2011

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Der öffentliche Raum

Nutzung – Kontrolle – Ausgrenzung

recht & gesellschaft

Rule of Law-Reformen in Lateinamerika
Vorratsdatenspeicherung
(Post)Neoliberale Rechtsordnung

Für Context herausgegeben von Ronald Frühwirth, Ines Rössl und Joachim Stern

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

VERLAG
ÖSTERREICH

ÖHZ – Das Magazin für Wissenschaft und Forschung!



Jahresabo ÖHZ (10 Hefte) € 77,-

Jahresabo ÖHZ (10 Hefte)
für Studierende € 45,-

Probeabo ÖHZ (3 Hefte) € 9,-

Inhalt

1948 gegründet, ist die „ÖHZ - Österreichische Hochschulzeitung“ das älteste überregionale Hochschulmagazin Österreichs und Pflichtlektüre für Spitzenkräfte aus Hochschulen und Forschungseinrichtungen. Unabhängig von Verbandsorganen und -interessen garantiert die ÖHZ kritisch-reflexive Einblicke in das Hochschulgeschehen. ÖHZ bietet:

- neueste nationale und internationale Hochschulnachrichten
- Reportagen und Hintergrundinformationen zu hochschulpolitischen Entwicklungen
- Interviews, Statistiken sowie wichtige hochschulrechtliche Entscheidungen
- konkrete Tipps für den akademischen Berufsalltag
- die neuesten internationalen Stellenausschreibungen
- Personalien, Veranstaltungen an Hochschulen sowie aktuelle Termine

Herausgeber

FH.-Prof. Dr. Werner Hauser (FH Joanneum)

Chefredakteur

Dr. Georg Oswald (Universität Wien)

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/Studentenabo € 14,-; Ausland: Probeabo € 12,90, Jahresabo/Studentenabo € 25,-)

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

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Versteckte Zensur

Ines Rössl

„Im Theaterraum im Keller befanden sich ca 70 Personen. Die gesamten Scheinwerfer des Raumes waren während der „Performance“ in Vollbetrieb, dadurch wurde es schon nach kurzer Zeit unerträglich heiß im grell erleuchteten Raum.“ So beginnt der Aktenvermerk¹, in welchem seitens des zur Bundespolizei Wien gehörigen „Büros für Waffen- und Veranstaltungsangelegenheiten“ zusammengefasst wird, was anlässlich einer sogenannten „Programmüberprüfung“ am 11. November 2010 im Theater brut Konzerthaus zu beobachten war. Es war die Premiere der Produktion „Cinderella“ von Ann Liv Young, einer jungen US-amerikanischen Performance-Künstlerin, die für das Provokationspotential ihrer Kunst bekannt ist. Die Befindlichkeiten des Publikums sind dabei Teil und Thema der Performance, die Theatersituation wird zu einer Modellsituation öffentlichen und kommunikativen Handelns, in der die ZuseherInnen aufgefordert sind, ihre eigene Rolle als AkteurInnen zu reflektieren.

„Während der Show pinkelt und kotet die Darstellerin in einen auf der Bühne befindlichen Topf. Dann entblößt sie ihren Unterleib, spreizt in Publikumsrichtung weit die Beine. Der weitere Darsteller streift sich Gummihandschuhe über und führt den Kot der Darstellerin rektal wieder ein. Dann zerteilt er mit 2 der 40 auf der Bühne ausgelegten Küchenmesser den Kot in kleine Stücke, füllt ihn in kleine Plastikbehälter und bestreut ihn mit Glitter. Diese Behälter hält er den Besuchern dann vor das Gesicht und teilt mit, dass man den Kot danach im Foyer kaufen kann.“ – Der Bericht der Bundespolizeidirektion wurde umgehend der Magistratsabteilung 36, zuständig unter anderem für Veranstaltungswesen, übermittelt. Am nächsten Tag erging ein Bescheid² der MA 36, mit dem – nebst weiterer Auflagen – das „Hantieren mit Exkrementen“ bedingungslos verboten wird. Dies sei einerseits „aufgrund der Stellungnahme der medizinischen Amtssachverständigen“ (deren Inhalt aus dem Bescheid nicht ersichtlich ist) „zum Schutze des Lebens und der Gesundheit von Menschen, im gegenständlichen Fall der Besucher, der Darsteller und der Mitarbeiter des Veranstalters bzw Inhabers der Veranstaltungsstätte“ geboten, sowie andererseits auch zur „Vermeidung unzumutbarer Belästigungen der Besucher“ erforderlich. Dabei beruft sich die Behörde la-

1 Ich danke dem brut Konzerthaus für die Zurverfügungstellung.

2 Im Rahmen eines Artikels von „Corpus. Internetmagazin für Tanz, Choreographie und Performance“ unter <http://www.corpusweb.net/ein-wiener-zensurgespenst.html> online einsehbar.

pidar auf die „Schutzinteressen“ des § 21 Abs 6 und Abs 7 Wiener Veranstaltungsgesetz³.

Das Gesetz regelt das Wiener Veranstaltungswesen, darunter auch Theatervorstellungen, und erteilt der Behörde einen weiten Spielraum. Es sind jene Auflagen und Bedingungen vorzuschreiben, die „aus betriebstechnischen, bau-, feuer- und sicherheitspolizeilichen, gesundheitspolizeilichen, veterinärrechtlichen oder tierschutzrechtlichen Gründen, aus Gründen des Klimaschutzes und des Umweltschutzes, zur Wahrung der kulturellen Interessen, zur Gewährleistung der Betriebssicherheit oder zur Vermeidung unzumutbarer Belästigungen oder störender Auswirkungen auf die Besucher, die Nachbarschaft oder die Umgebung erforderlich sind“ (§ 21 Abs 7 leg cit). Auf der Bühne rauchende SchauspielerInnen, Wasser auf der Bühne, Theatermesser, die nicht ausreichend stumpf sind, Lärm und Geruchsentwicklungen? Unzählige Situationen des Theateralltags können für die Behörde unter Umständen ein Problem darstellen, dem mit bestimmten Vorkehrungen beigegeben werden muss. Dass derartige Auflagen potentiell in die verfassungsgesetzlich geschützte Freiheit der Kunst (Art 17a Staatsgrundgesetz) eingreifen, liegt auf der Hand. Die Behörde hat dies bei der Vollziehung des Veranstaltungsgesetzes zu berücksichtigen und eine Abwägung zwischen den im Veranstaltungsgesetz festgeschriebenen Interessen und der Freiheit der Kunst zu treffen (vgl VfGH, B3516/96, 30.9.1997). Obwohl die MA 36 im Fall von „Cinderella“ einen Teil der Theatervorstellung kategorisch verbietet, verliert sie kein einziges Wort über die Freiheit der Kunst. Kein einziges Wort. Es wird lediglich lapidar und ohne Begründung festgehalten, dass die Auflagen „nicht unverhältnismäßig“ seien. Da ist die handschriftlich hinzugefügte, und hernach wieder pflichtbewusst durchgestrichene, aber immer noch lesbare, Begründung, dass „das Hantieren mit Exkrementen [...] ekelerregend und daher verboten“ sei, zwar eine entlarvende Pointe, aber letztlich für den Eingriff in die Kunstfreiheit nicht von Belang (aber ein Indiz für behördliche Willkür).

Gerade kontroverse Kunst benötigt den Schutz der Kunstfreiheit. Eine bloße „Belästigung der BesucherInnen“, die sich freiwillig zum Besuch der Veranstaltung entschieden haben, kann daher wohl kaum jemals dermaßen unzumutbar sein, dass sie einen Eingriff in Art und Inhalt einer Performance rechtfertigt. Ann Liv Young äußert ihre Sicht der Dinge auf der Bühne, in Paraphrasierung ihrer Interpretation von „Cinderella“ als einer Emanzipationsgeschichte aus selbstverschuldeter Unmündigkeit: „This is a performance! You are free to leave! Force is what happens at Guantanamo!“⁴

Rechtfertigt die mögliche Gesundheitsschädigung des Publikums im unwahrscheinlichen Fall einer versehentlichen direkten Berührung mit Kot bzw die mögliche Gesundheitsschädigung der Darstellerin ein Verbot der Performance (zumal die Gehsteige in Wien nahezu allesamt von Hundekot verunreinigt und die Darstellerin sich selbst zur

³ Wr LGBl Nr 12/1971 idF Nr 56/2010.

⁴ Ann Liv Young, „Cinderella“, am 12.11.2010.

Durchführung der Performance entschlossen hat)? Könnte der seitens der Behörde verfolgte Zweck nicht auch durch bestimmte Auflagen erreicht werden, um ein Totalverbot zu vermeiden? Welche Risiken sollen bzw dürfen TheaterbesucherInnen zugemutet werden? Auf Basis der im Bescheid der MA 36 enthaltenen Informationen lässt sich über diese Fragen nicht einmal fundiert streiten, da weder Wahrscheinlichkeits- noch Schweregrade der im Fall des Falles zu befürchtenden Gesundheitsschädigung angegeben werden.

Für die rechtliche Beurteilung des Bescheids ist es aber irrelevant, ob der Eingriff in die Kunstfreiheit im konkreten Fall gerechtfertigt gewesen wäre oder nicht: Die mangelnde Grundrechtsabwägung belastet den Bescheid per se mit Verfassungswidrigkeit.

Das Theater hat keine Berufung erhoben. Warum? Warum werden gerade im Kunstbereich die juristischen Möglichkeiten des Protests nicht genutzt? Ein kurzer Blick hinter die Kulissen, ein Gespräch mit einem Mitarbeiter des Theaters brut Konzerthaus, lässt erahnen, dass es sich beim Theaterbetrieb Wiens um ein Feld handelt, das in seinen alltäglichen Abläufen abseits rechtlicher Kategorien funktioniert und von Abhängigkeiten und ungeschriebenen Usancen geprägt ist. Es scheint, als ließe sich das Verhältnis zwischen Theatern und Behörde mit anderen dauerhaften Sozialbeziehungen vergleichen, wo die Anrufung eines Gerichts eher unwahrscheinlich ist, solange die Beteiligten ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Beziehung haben⁵. Man will es sich mit der Behörde nicht „verscherzen“, um auch in Zukunft möglichst ungestört künstlerisch arbeiten zu können. Würde die Behörde den ihr theoretisch zur Verfügung stehenden Handlungsspielraum voll ausnutzen, läge der gesamte Theaterbetrieb Wiens lahm. Es wird nicht so heiß gegessen, wie gekocht. Rechtsstaatliche (statt obrigkeitsstaatliche) Verhältnisse als Gefährdung des alltäglichen Kunstbetriebs? Wer hat aber aufgrund des herrschenden Arrangements das Nachsehen? Und was hat es langfristig⁶ für Auswirkungen, wenn Bescheide wie jener im Fall „Cinderella“ unwidersprochen bleiben? Welche Funktion kann und soll dem Recht in diesem Feld zukommen? Und warum erfährt die Öffentlichkeit eigentlich nur durch Zufall von den Entscheidungen der MA 36, die offensichtlich mitunter versteckte Zensur üben?

Mag.^a Ines Rössl ist Rechtsanwaltsanwärtlerin in Wien und Mitherausgeberin des juridikum.

5 Vgl Blankenburg, Erhard: Mobilisierung des Rechts. Eine Einführung in die Rechtssoziologie, Berlin, 1995: 39–61.

6 Im konkreten Fall hätte eine Berufung keine Auswirkung auf die Performance selbst (die nur an wenigen Abenden gezeigt wurde) gehabt, da der Bescheid die aufschiebende Wirkung einer Berufung ausschließt.

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 1 Versteckte Zensur
Ines Rössl

merk.würdig

- 6 Budgetbegleitgesetz 2011: Kalte Dusche für Justiz und Rechtsberufe
Oliver Scheiber
- 9 Armut als Querschnittsmaterie
Nina Eckstein
- 12 Rechtsforschung als disziplinübergreifende Herausforderung.
3. Tagung des Berliner Arbeitskreises Rechtswirklichkeit (BAR)
Nina Eckstein
- 15 Menschenrechte als weltgesellschaftliche Herrschaftspraxis.
Zur Konstitutionalisierung und Demokratisierung des Weltrechts
Neda Bei

recht & gesellschaft

- 17 Rule of Law-Reformen in Lateinamerika aus kritischer Perspektive.
Neue Ansätze aus Bolivien
Almut Schilling-Vacaflor
- 31 Vorratsdatenspeicherung
Karol Felsner
- 43 (Post)Neoliberale Rechtsordnung
Nikolaus Dimmel

thema

- 51 Vorwort: Der öffentliche Raum. Nutzung – Kontrolle – Ausgrenzung
Ronald Frühwirth
- 53 Neuere Formen sozialer Kontrolle und der öffentliche Raum
Tobias Singelstein/Peer Stolle
- 63 Öffentlicher Anstand. Der Versuch einer Annäherung an einen vagen Begriff
Ronald Frühwirth
- 71 „ze petln und almusen ze nemen“ – Ein Querschnitt durch die Geschichte
des Bettel(n)s in Wien
Sarah Pichlkastner
- 85 Zur Pönalisierung des Bettelns
Ronald Frühwirth
- 92 Zur Rechtswidrigkeit kommunaler „Randgruppenvertreibung“ durch Alkoholverbote
im öffentlichen Raum
John Philipp Thurn
- 104 Kein Platz für Straßenkunst? Aktuelle Fragestellungen zur Inanspruchnahme
des öffentlichen Raums durch StraßenkünstlerInnen in Wien
Eva Pentz

- 115 Expressabschiebungen erlaubt? – Zur Rückführung von Angehörigen der Volksgruppe der Roma aus Frankreich
Johannes Peyrl

nach.satz

- 130 Von der Notwendigkeit einer geschlechtergerechten Sprache.
Ein Plädoyer
Alexia Stuefer

Impressum

juridikum

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

HerausgeberInnen:

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben von: Ronald Frühwirth, Ines Rössl und Joachim Stern

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 55,-
Abo für Studierende, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdienere: Euro 25,-
Probebezug: Euro 11,-
Einzelheft: Euro 16,-
(Alle Preise inkl. MWSt, exkl. Versandkosten)
Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Miriam Brucek, Lukas Dvorak, Nina Eckstein,
Doris Einwallner, Ronald Frühwirth, Marion
Guerrero, Elisabeth Hörthlechner, Clemens Kaupa,
Matthias C. Kettemann, Ilse Koza, Lukas Oberndorfer,
Eva Pentz, Ines Rössl, Judith Schacherreiter,
Brian-Christopher Schmidt, Joachim Stern, Alexia
Stuefer, Alice Wagner

Wissenschaftlicher Beirat:

Heinz Barta (Innsbruck), Barbara Beclin (Wien),
Katharina Beclin (Wien), Wolfgang Benedek (Graz),
Nikolaus Benke (Wien), Alois Birklbauer (Linz),
Sonja Buckel (Frankfurt am Main), Ulrike Davy
(Bielefeld), Nikolaus Dimmel (Salzburg), Andreas
Fischer-Lescano (Bremen), Bernd-Christian Funk
(Wien/Linz), Elisabeth Holzleithner (Wien), 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/Graz), Heinz Steinert (Frankfurt
am Main), Beata Verschraegen (Wien/Bratislava),
Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager (Wien),
Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes
(Wien)

AutorInnen dieser Ausgabe:

Neda Bei, Nikolaus Dimmel, Nina Eckstein, Karol
Felsner, Ronald Frühwirth, Eva Pentz, Johannes Peyrl,
Sarah Pichlkastner, Ines Rössl, Oliver Scheiber,
Almut Schilling-Vacaflor, Tobias Singelstein,
Peer Stolle, Alexia Stuefer, John Philipp Thurn

Offenlegung

Die Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1,
1010 Wien (Geschäftsführer: 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 grund-
legende 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 HerausgeberInnen:

Ronald Frühwirth: r.fruehwirth@kocher-bucher.at

Ines Rössl: ines.roessl@univie.ac.at

Joachim Stern: joachim.stern@univie.ac.at

Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

Budgetbegleitgesetz 2011: Kalte Dusche für Justiz und Rechtsberufe

Oliver Scheiber

Im Oktober 2010 hat die Regierung bei einer Klausur in Loipersdorf die Eckpunkte des Budgets beschlossen – für die Justiz setzte es dort, wo andere ins warme Thermalwasser steigen, eine kalte Dusche. Mittlerweile ist das Maßnahmenpaket Gesetz.¹ Die schlechte Tradition der letzten Jahre, diverse Änderungen des Zivil- und Strafrechts im Budgetbegleitgesetz mit seinem kurzen Begutachtungsverfahren zu verstecken, wird fortgesetzt. Die einzige Vorgabe für das Justizressort, das den Justizteil des Gesetzes vorbereitet hatte, war die Erzielung von Einsparungen. Nun betrug der Kostendeckungsgrad der Justiz zuletzt rund 73%;² kaum ein Justizsystem in Europa und kaum ein anderes innerstaatliches Ressort arbeitet so wirtschaftlich. Die für das Justizbudget maßgeblichen Kostenfaktoren sind Personal und Strafvollzug. Diese Ausgangssituation bedeutet, dass maßgebliche Einsparungen ohne Qualitätsverlust nur im Bereich des Strafvollzugs zu erzielen wären, sei es durch eine Verkürzung der Untersuchungshaft, entkriminalisierende Maßnahmen oder Reformen der bedingten Entlassung. Einsparungsmaßnahmen im Bereich der Gerichte tragen dagegen die Gefahr von Qualitätseinbußen in sich. Das Budgetbegleitgesetz 2011 doktert in seiner Einsparungsnot an allen möglichen Justizgesetzen herum, verkompliziert Verfahrensgesetze, ohne viel Aussicht auf Kostensenkungen geschweige denn Erleichterungen für die Rechtspraxis. Überfällige Strukturreformen wie die Umstellung des antiquierten Kanzlei- auf ein modernes Sekretariatssystem oder Reformen der Personalauswahl und der Aus- und Fortbildung bleiben aus. Als Faustregel lässt sich sagen: gespart wird bei den Schwächsten und jenen, die keine Lobby haben. Einige Beispiele: stationäre Drogenentzugstherapien werden nur mehr maximal sechs Monate lang finanziert. Die Entschädigung für nicht gerechtfertigte Haftzeiten wird gesetzlich mit 20 bis 50 Euro limitiert – die Gerichte hatten zuletzt 100 Euro/Tag zugesprochen. Die seit langem geforderte Fachhochschulausbildung für RechtspflegerInnen kommt nicht, erneuert wird nur der Titel: ab sofort heißen die RechtspflegerInnen „DiplomrechtspflegerInnen“, ohne dass an der Ausbildung ein Strich geändert wird. Die Gewerkschaft verkauft das als Erfolg, der Dienstgeber ist zufrieden, da die Ausbildungskosten nicht steigen. Die Gerichtsgebühren steigen hingegen

1 Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl I Nr 111/2010.

2 Lt. Bundesministerium für Justiz, www.justiz.gv.at (Stand 1.1.2011).

sehr wohl, zum zweiten Mal binnen kürzester Zeit: der Gesetzgeber scheint sich selbst zu schämen, erhöht er doch nicht, wie sonst üblich, die Tarife, sondern verschiebt die Tarifgrenzen nach unten. Der Sparzwang macht erfinderisch: die bedingte Geldstrafe, von der der liberale Westen Österreichs bisher großzügig Gebrauch machte, wurde ohne Fachdiskussion abgeschafft. Verletzungen mit einer Gesundheitsschädigung von weniger als 14-tägiger Dauer wurden aus der Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzungen herausgenommen, in der (trügerischen) Hoffnung, Sachverständigenkosten zu sparen. Aktenkopien bei Gericht kosten trotz breiter Kritik weiterhin einen Euro pro Seite, das Fotografieren oder Scannen von Akten 50 Cent pro Seite. Konnten sich bisher viele die Beiziehung eines Anwalts nicht leisten, so scheitern jetzt manche an den Kosten der Aktenkopie – ein unwürdiger Zustand. Auch an Skurrilitäten mangelt es nicht: die verhandlungsfreie Zeit wurde abgeschafft, an ihre Stelle treten Fristenhemmungen in der Zeit vom 24.12. bis 6.1. und vom 15.7. bis 17.8. jeden Jahres.

Die ursprünglich geplante Einschränkung des wöchentlichen Amtstags bei den Bezirksgerichten, für sozial Schwächere eine wichtige, stark genutzte Anlaufstelle, hat das Begutachtungsverfahren nicht überlebt. Zwei einschneidende Änderungen aber sind Gesetz geworden: künftig wählen in Arbeits- und Sozialrechtssachen sowie in Strafverfahren nicht mehr die Staatsanwaltschaften und Gerichte die DolmetscherInnen aus der Liste der geprüften DolmetscherInnen aus – vielmehr beschicken Justizministerium bzw die bisher mit Strafvollzugsangelegenheiten befasste Justizbetreuungsagentur die Verhandlungstermine. Eine der DolmetscherInnenliste vergleichbare Qualitätssicherung ist nicht vorgesehen.³

Die dramatischste Neuerung im Justizteil des Budgetbegleitgesetzes ist die Verkürzung des Gerichtsjahrs von neun auf nur mehr fünf Monate; gleichzeitig wird das Entgelt der RechtspraktikantInnen um 25% gekürzt. Die Folgen sind absehbar: weniger Kaufkraft bei einer nicht kleinen Gruppe von BerufseinsteigerInnen. Der Großteil der RechtspraktikantInnen verliert den Anspruch auf Arbeitslosengeld nach der Gerichtspraxis. Die Entgeltskürzung wird wohl auch die Anfangsgehälter der KonzipientInnen nach unten ziehen. Und das Beispiel könnte auf andere Berufe übergreifen: Stichwort TurnusärztInnen und UnterrichtspraktikantInnen. Zudem fehlen den Gerichten die RechtspraktikantInnen als wichtige Personalressource. Und schließlich: für das Auswahlverfahren für den richterlichen Nachwuchs stehen der Justiz nur mehr ein paar Wochen zur Verfügung – ein Teil der BewerberInnen wird in den ersten Wochen der Gerichtspraxis ausgesiebt werden. Für die heimische Justiz – Österreich verfügt als einer von ganz wenigen europäischen Staaten über keine Justizakademie – eine weitere Schwächung des Personalrekrutierungssystems. Junge JuristInnen, die nach dem Gerichtspraktikum in

3 Die Erläuterungen zur RV (GP XXIV RV 981) erwähnen die vom Justizministerium in Brüssel verhandelte Richtlinie 2010/64/EU über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen im Strafverfahren, ABl L 280/1 vom 26.10.2010, mit keinem Wort.

Anwaltschaft oder Privatwirtschaft wechseln, sind deutlich kürzer ausgebildet als bisher. Diese Verschlechterung des Rechtsstandorts Österreich bringt geschätzte Einsparungen von 6 Millionen Euro im Jahr – einen Betrag, den die Justiz jährlich allein an Miete für das Gerichtsgebäude Wien-Marxergasse bezahlt.

Das Budgetbegleitgesetz 2011 liegt im Trend der jüngsten Justizgesetzgebung: der Zugang zum Recht wird, vor allem für sozial Schwächere, Stück für Stück erschwert. Justizgesetze folgen keiner Kriminal- oder Justizpolitik, sondern Budgetaspekten.⁴ Viele der Maßnahmen passieren wohl nur deshalb das Parlament, weil dort Ressourcen, Kompetenzen und Selbstbewusstsein zur Prüfung der Ressortvorschläge fehlen. Immerhin, die Rechtsanwaltskammern haben gemeinsam mit den DekanInnen der juristischen Fakultäten hörbar gegen die Neuerungen protestiert, viele RichterInnen ablehnend Stellung genommen. Für die Gewerkschaft Öffentlicher Dienst, vor allem aber die Studierendenvertretung bedeutet das völlige Fehlen ernsthaften Protests gegen eine Gehaltskürzung bei BerufseinsteigerInnen von 25% eine Bankrotterklärung. Angehende JuristInnen sind, scheint es, von jener seltsamen Apathie, die KommentatorInnen in den letzten Wochen beobachtet haben,⁵ besonders betroffen – ab 1. Juli 2011 zahlen sie den Preis dafür.

Dr. Oliver Scheiber ist Vorsteher des Bezirksgerichts Meidling und war Mitglied im Kabinett von Justizministerin Dr.ⁱⁿ Maria Berger.

4 Die positive Ausnahme bildet das strafrechtliche Kompetenzpaket mit der Einführung einer großen Kronzeugenregelung und dem Ausbau der Korruptions- zur zentralen Wirtschaftsstaatsanwaltschaft, BGBl I Nr 108/2010.

5 Vgl etwa Anneliese Rohrer, Quergeschrieben, Die Presse vom 27.12.2010; Franz Fischler, Gastkommentar im Standard vom 31.12.2010.

Armut als Querschnittsmaterie

Nina Eckstein

Rezension zu *Rechtswissenschaftliche Fakultät Wien* (Hrsg): Armut und Recht, Juridicum Spotlight I, Wien, Verlag Manz, 2010.

Das Jahr 2010 war das von der Europäischen Union ausgerufene Jahr zur „Bekämpfung von Armut und sozialer Ausgrenzung“. Damit sollte auf die auch in Europa wachsende Armutsproblematik hingewiesen und das öffentliche Bewusstsein für diese Thematik geschärft werden.

Diesem Aufruf wollte auch die Rechtswissenschaftliche Fakultät Wien durch den Sammelband „Armut und Recht“ nachkommen, der als erster Band einer Schriftenreihe gedacht ist, die jährlich unter dem Titel Juridicum Spotlight erscheinen und hinkünftig bestimmte Themenschwerpunkte aus verschiedenen rechtswissenschaftlichen Perspektiven beleuchten soll.

Der hier vorliegende Band nahm sich des Verhältnisses von Armut und Recht an und versuchte in verschiedenen Beiträgen die Wechselwirkung zwischen rechtlichen Regelungen und Armutsphänomenen in Österreich herauszuarbeiten. Der Bogen spannt sich hierbei von rechtshistorisch/rechtsphilosophischen und politikwissenschaftlichen Betrachtungen bis hin zur Analyse geltendrechtlicher Bestimmungen der jeweiligen Rechtsmaterien.

Richard Potz nimmt gleich zu Beginn einen Überblick über die in der Armutsforschung gebräuchlichen Begrifflichkeiten vor. Die wichtigste Unterscheidung manifestiert sich durch die Begriffe „absolute“ und „relative Armut“. Unter „absoluter Armut“ – vereinfacht ausgedrückt – wird jene Armut verstanden, die es Menschen nicht einmal mehr ermöglicht ihre physische Existenz zu sichern und vor dem Eindruck des Hungers und des Mangels der Menschen in den so genannten „Entwicklungsländern“ geprägt wurde. „Relative Armut“ hingegen bezieht sich vorrangig auf ungleiche Verteilungsfragen in den westlichen Ländern und stellt die Verteilung des Einkommens in der Gesellschaft in den Vordergrund. Neben existenziellen Notlagen stellt aber auch die Notwendigkeit des Verzichtes von Dingen, wie beispielsweise regelmäßigem Urlaub, ein wesentliches Kriterium für „relative Armut“ dar.

Mit dem Problem „Neuer Armut“ im österreichischen Sozialstaat setzt sich *Emmerich Tálos* aus politikwissenschaftlicher Perspektive auseinander. Eine seiner zentralen Thesen besteht darin, die auch in Österreich wachsende Armutsgefährdung als Konsequenz der Rückläufigkeit der wesentlichen Reproduktions- und Sozialisationsinstanzen zu

qualifizieren. Kontinuierlicher Sozialstaatsabbau sowie brüchiger werdende, individuelle Versorgungsnetze sind für ihn ein wesentlicher Grund für die voranschreitenden Verarmungstendenzen in der Bevölkerung. Handlungsbedarf sieht er daher besonders für das politische System in Österreich. Die Verantwortung des Staates und der Politik mahnt auch *Michael Landau* in seinem schriftlich festgehaltenen Vortrag anlässlich der Tagung „Armut und Recht“ am 11.06.2008 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Wien ein und verweist darauf, dass gerade durch den Sozialstaat die Würde des Menschen garantiert werde und dieser als kostbares Gut anzusehen sei.

Armut und Menschenwürde sind auch bei *Eva Maria Maier* von Bedeutung. In ihrer ausführlichen, rechtsphilosophischen Auseinandersetzung skizziert sie die Geschichte des Begriffs Armut und zeigt auf, dass schon die Philosophie der Antike gesellschaftliche Exklusion hinsichtlich jener als legitim betrachtete, die einer existenziellen Prekarität ausgesetzt waren. Politische Teilhabe und Armut waren demnach für die antike Philosophie nicht miteinander kompatibel.

Auf diesen wesentlichen Umstand wird auch im Beitrag der *Armutskonferenz* hingewiesen. Armut ist danach nicht eingeschränkt auf das Vorliegen materieller Notlagen, sondern wird auch charakterisiert durch mangelnde gesellschaftliche, politische und kulturelle Teilhabe. Neben detaillierten Bestandsaufnahmen hinsichtlich der Situation armutsbetroffener und -gefährdeter Menschen in Österreich sowie einer kritischen Analyse des öffentlichen Transferleistungs- und Sozialnetzes, enthält der Bericht auch einen umfangreichen Forderungs- und Maßnahmenkatalog, um die Situation Betroffener zu verbessern.

Des Verhältnisses von Armut und öffentlichem Recht nimmt sich *Gerhard Muzak* an. Er zeigt auf, dass das geltende österreichische Recht den Begriff „Armut“ grundsätzlich nicht kennt. Des Weiteren verweist er darauf, dass die Grundrechte keine expliziten Regelungen zum Thema „Armut“ enthalten und plädiert daher für die Verankerung sozialer Grundrechte im österreichischen Verfassungskatalog.

Neben der verfassungsrechtlichen Auseinandersetzung beleuchten *Robert Rebhan*, *Wolfgang Mazal* und *Andreas Konecny* die Auswirkungen einfachgesetzlicher Regelungen im Sozial- und Arbeits- sowie im Zivilverfahrensrecht auf Betroffene.

Rebhan geht in seiner Auseinandersetzung auf die Problematik Armut trotz Erwerbstätigkeit ein und setzt sich mit dem Phänomen der so genannten „working poors“ auseinander. Anhand der Ausführungen in diesem Beitrag lässt sich sehr deutlich zeigen, welchen Einfluss arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen auf die Armutsgefährdung von Menschen haben.

Eine davon besonders stark betroffene gesellschaftliche Gruppe sind Frauen. Mit der speziellen Problematik „Frauenarmut“ als Folge unzureichender arbeits- und sozialrechtlicher Regelungen setzt sich *Mazal* in seinem Aufsatz auseinander. Es zeigt sich, dass das österreichische Sozial- und Arbeitsrecht nach wie vor nicht ausreichend auf die Lebensrealitäten und Bedürfnisse von Frauen einzugehen vermag. Im Gegenteil, Un-

gleichbehandlung von Frauen ist immer noch fester Bestandteil vieler Regelungen. Diese Tatsache hat zur Folge, dass Frauen wesentlich häufiger als Männer einer Armutgefährdung ausgesetzt sind. Wie hier durch das Recht Vorschub geleistet wird, ersichtlich beispielsweise am nach wie vor an männlichen Erwerbsbiographien orientierten Sozialversicherungsrecht, wird sehr deutlich aufgezeigt.

Schuldenproblematiken stehen in engem Zusammenhang mit Armutsfragen. Diesem Thema widmet sich *Konecny* in seiner Untersuchung. Ausgehend von der oftmals (ökonomischen) Sinnlosigkeit der Exekution offenkundig zahlungsunfähiger, redlicher SchuldnerInnen unternimmt er den Versuch einer Reform des geltenden Exekutions- und Insolvenzrechts und plädiert für gesetzliche Änderungen dahingehend, beispielsweise eine zwingende Restschuldbefreiung im Konkursverfahren vorzusehen. Abgerundet wird das Thema „Armut und Recht“ durch *Thomas Simons* rechtshistorischen Beitrag, in dem er ausführlich auf den Wandel öffentlicher und obrigkeitstaatlicher Reaktionen auf jeweils herrschende Armuts- und Bettelphänomene eingeht.

Im vorliegenden Sammelband werden das Thema „Armut“ als juristische „Querschnittsmaterie“ und die Wirkmechanismen des Rechts auf Armutsphänomene transparent dargestellt. Es ist überdies begrüßenswert, dass in dieser Beitragsammlung nicht nur ausschließlich rechtswissenschaftliche Zugänge gewählt wurden, sondern auch anderen wissenschaftlichen Disziplinen Raum gegeben wurde. Positiv hervorzuheben ist auch die Einbeziehung von AkteurInnen aus dem praktischen Feld wie der *Armutskonferenz*. Wünschenswert wäre es allerdings gewesen mehr Autorinnen im Band zu Wort kommen zu lassen.

Dieser erste Band der geplanten Schriftenreihe *Juridicum Spotlight* lässt hoffen, dass weitere Themenschwerpunkte folgen werden, die imstande sind rechtswissenschaftliche mit gesellschafts- und sozialpolitischen Fragestellungen zu verknüpfen. Auch die Fortführung des interdisziplinären Charakters sowie die Einbindung von Überlegungen aus der Praxis wären als überaus positiv zu bewerten.

Rechtsforschung als disziplinübergreifende Herausforderung

3. Tagung des Berliner Arbeitskreises Rechtswirklichkeit (BAR)

Nina Eckstein

In der von 17.09.2010 bis 18.09.2010 in Berlin stattgefundenen Tagung „*Rechtsforschung als disziplinübergreifende Herausforderung. Recht sozial. Disziplinübergreifende Perspektive auf soziale Sicherung*“ wurde der Frage nachgegangen, wie das Soziale im Recht aus einer interdisziplinären Perspektiven beschrieben werden kann. Organisiert wurde die Tagung vom Berliner Arbeitskreis Rechtswirklichkeit (BAR) in Kooperation mit anderen deutschen, universitären und außeruniversitären Hochschul- und Forschungseinrichtungen.

Der Berliner Arbeitskreis Rechtswirklichkeit wurde 2001 von einer Gruppe Sozial- und RechtswissenschaftlerInnen gegründet, die sich alle mit dem Phänomen Recht auseinandersetzen, die Möglichkeit zu disziplinübergreifendem, wissenschaftlichem Austausch jedoch nicht ausreichend in den etablierten Forschungsnetzwerken verankert sahen. Ziel des Arbeitskreises ist die Förderung des Austausches zwischen den Rechtswissenschaften und den Sozial- und Geisteswissenschaften. Der Arbeitskreis versteht sich als Netzwerk und Diskussionsforum für interessierte WissenschaftlerInnen und nutzt zu diesem Zweck vorrangig das Internet als Kommunikationsmöglichkeit.¹ Parallel werden in regelmäßigen Abständen Konferenzen organisiert, deren Inhalte sich ebenfalls an disziplinübergreifenden Auseinandersetzungen von Rechtsproblemen orientieren. Auch die Verknüpfung von Theorie und Praxis, deren Wichtigkeit *Judith Dick*, Professorin für Sozialrecht an der Fachhochschule Berlin und Mitverantwortliche der hier besprochenen Tagung sowie Mitglied des Arbeitskreises, im Rahmen ihres Begrüßungsvortrages zu Beginn der Konferenz betonte, stellen ein zentrales Anliegen dar.

Die hier beschriebene Konferenz reiht sich daher in diese Tradition ein und ist die Fortsetzung vorangegangener Veranstaltungen aus 2003 und 2005 in Halle, auf denen die interdisziplinäre Bearbeitung und Definition gesellschaftlicher Probleme unter Zuhilfenahme des Instrumentariums „Recht“ beleuchtet wurde.

Im Fokus der Tagungen steht immer die theoretische Auseinandersetzung mit Recht als gesellschaftlichem Phänomen, welches eine zentrale Rolle hinsichtlich der Ausgestal-

¹ Ausführliche Informationen auf www.rechtswirklichkeit.de [23.11.2010].

tung sozialer, politischer, kultureller und ökonomischer Rahmenbedingungen spielt. Dabei ist es gerade für Rechtswissenschaften abseits des normativ-dogmatischen Zuganges essentiell, (Rechts)Probleme auch disziplinübergreifend zu analysieren und weiterzuentwickeln. Gleichzeitig müssen sich jedoch auch die Geistes- und Sozialwissenschaften kritisch hinsichtlich ihres Zuganges zum Recht reflektieren.

Diesen wissenschaftlichen Brückenschlag versuchte auch die gegenwärtige Tagung herzustellen, indem (Nachwuchs)WissenschaftlerInnen der Rechts- und Sozial-/Geisteswissenschaften zur Teilnahme aufgerufen waren, die sich in ihren wissenschaftlichen Arbeiten disziplinübergreifend mit der Thematik „soziale Sicherung“ auseinandergesetzt hatten. Von wissenschaftlichem Interesse waren Arbeiten, die danach fragten, wie soziale Problemstellungen konkret durch rechtliche Steuerungen beeinflusst werden und in welchen Rechtsmaterien dies sichtbar wird. Aber auch eine interdisziplinäre Analyse herrschender Prekarisierungs- und Abbautendenzen des Sozialstaates standen im Zentrum, gekoppelt an die Auseinandersetzung vorhandener (Rechts)Diskurse hinsichtlich des Spannungsverhältnisses zwischen individueller und staatlicher Verantwortung. Darüber hinaus waren auch Arbeiten gefragt, die Begrifflichkeiten wie „Solidarität“, „Gemeinschaft“ oder „soziale Gerechtigkeit“ disziplinübergreifend beleuchteten und die globale Dimension sozialer Sicherung in den Fokus nahmen. Entlang der oben beschriebenen Themen- und Fragenstellungen fand die Konferenz an der Evangelischen Fachhochschule Berlin für Soziale Arbeit statt – passend gewählt zum Tagungsthema.

Diesen verschiedenen Zugängen rund um das Thema „soziale Sicherung“ näherten sich die eingeladenen Vortragenden in einer mannigfaltigen Bandbreite an Vorträgen an. In mehreren parallel laufenden Sessions wurden jeweils immer zwei Vorträge zu einem spezifischen Schwerpunktthema präsentiert. Aufgrund des überaus großen Angebots an Beiträgen kann hier nur eine selektive Zusammenschau präsentiert werden.

Die in den verschiedenen Panels thematisierten (Rechts)Bereiche stellten eine Tour d'Horizon rechts- und sozialwissenschaftlicher Fragestellungen dar. So bewegte sich eine Session um den Schwerpunkt „Existenz des Rechts in sozialen Disziplinen“. Hier lotete *Heike Hoffer* die interdisziplinären Möglichkeiten des Public-Health-Rechts aus und vertrat die These, dass die Rechtswissenschaft eine wesentliche, aber bislang unterschätzte Methode im Bereich des Public-Health darstelle. Eine Systematik jener Rechtsgebiete, die explizit Einfluss haben auf Gesundheitsfragen bzw ein eigenständiges Rechtsgebiet „Public-Health-Law“ sind demnach in den europäischen Rechtswissenschaften bislang nach wie vor nur rudimentär erforscht. Im daran anschließenden Vortrag widmete sich *Natascha Waskiewicz* der wissenschaftlichen Forderung nach einer Metatheorie, die in der Lage sei, einen disziplinübergreifenden Bezugsrahmen herzustellen. Ausgangspunkt ihrer Untersuchung war das in den Sozialarbeitswissenschaften entwickelte so genannte „Systemtheoretische Paradigma“, das als metatheoretischer Bezugsrahmen für die Rechts- und Sozialarbeitswissenschaften fungieren kann, um auf diesem Weg eine disziplinübergreifende „Verständigung“ zu ermöglichen. Im Rahmen des Schwerpunktthemas „MigrantInnen, Demokratie und Soziale Siche-

„rung“ setzte sich *Constanze Janda* mit den (rechtlichen) Fragen sozialer Sicherung von MigrantInnen und deren Problemen in der konkreten Rechtspraxis auseinander, während *Jan Hauke Plaßmann* eine interdisziplinäre Analyse des Urteils des deutschen Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon vornahm. Die im Urteil besprochene (Rechts)Frage kreist um das Verhältnis des deutschen Nationalstaates zur Europäischen Union entlang der Leitbegriffe „Souveränität“ und „Universalität“. Die Argumentationsschwäche des Urteils versuchte *Plaßmann* mithilfe politikwissenschaftlicher, soziologischer und philosophischer Erkenntnisse aufzuzeigen.

In anderen Panels wurde ua zu den (Rechts)Themenkreisen „Alter und Geschlecht“ oder „Krankheit“ und „Sicherheit“ vorgetragen. *Wolfgang Stangl* stellte in der Session „(Straf)prozesse im Vergleich“ rechtssoziologische Überlegungen hinsichtlich lokaler Rechtskulturen und informeller (Kommunikations)Prozesse im Strafverfahren – exemplarisch dargestellt an ausgewählten österreichischen Strafgerichten – an.

Auseinandersetzungen zu „Legitimation und Vertrauen in soziale Sicherung“ bildeten einen weiteren Schwerpunkt einer der Sessions. Hier widmete sich *Daniel von der Heide* in seinem Vortrag der Frage nach der legitimationstheoretischen Bedeutung der Privatisierung sozialer Sicherung. Ausgehend von dem in Art 20 des deutschen Grundgesetzes formulierten „Sozialstaatspostulats“ ging er der Frage nach, inwieweit die dem Postulat zugrunde liegenden Prämissen in Privatisierungstheorien der Wirtschaftswissenschaften mit einfließen müssen, um soziale Sicherheit in der Bundesrepublik Deutschland trotz Privatisierung weiterhin gewährleisten zu können. *Alfred Debus* und *Mike Weber* wagten wiederum eine disziplinübergreifende Analyse der Alterssicherungssysteme. Hierbei nahmen sie jeweils einen rechts- und sozialwissenschaftlichen Standpunkt ein und konzentrierten sich auf den allen (Alters)Sicherungssystemen zugrundeliegenden Vertrauensgrundsatz. Darüber hinaus war die Wechselwirkung zwischen „Staat und Erziehung“ genauso Schwerpunktthema wie auch Fragen nach „Anspruchssicherungen sprachlicher Menschenrechte“.

Im Rahmen eines offenen Abschlussplenums am Ende der Konferenz waren alle TeilnehmerInnen eingeladen darüber zu reflektieren, wie mit Forschungsergebnissen – die gehaltenen Vorträge werden in einem eigenen Tagungsband publiziert – grundsätzlich umzugehen sei und wem diese tatsächlich zur Verfügung gestellt werden sollen. Eine kritische Rückschau auf die Möglichkeiten und Grenzen interdisziplinären Forschens war ein weiterer Plenumspunkt.

Die nächste Veranstaltung des Arbeitskreises wird 2013 stattfinden. Es bleibt zu hoffen, dass es sich ebenfalls um eine derartig (rechts)pluralistische Konferenz handeln wird und auch diese ihrem Anspruch, interdisziplinärem Austausch einen breiteren Raum geben zu wollen, wieder gerecht werden kann, wenn auch die große Bandbreite an Themen der gegenwärtigen Tagung zum Teil nicht ohne Herausforderung war.

Menschenrechte als weltgesellschaftliche Herrschaftspraxis

Zur Konstitutionalisierung und Demokratisierung des Weltrechts

Neda Bei

Rezension zu *Nadja Meisterhans*: Menschenrechte als weltgesellschaftliche Herrschaftspraxis. Zur Konstitutionalisierung und Demokratisierung des Weltrechts; in: *Andrew Arato / Heike Brunkhorst / Regina Kreide* (Hrsg.): Studien zur Politischen Soziologie 5., Baden – Baden (Nomos) 2010. 151 S.

In welchen Institutionen kann eine neue Weltordnung demokratisch und rechtsstaatlich verfasst sein? Welche Bedeutung hätten Menschenrechte in diesem Zusammenhang? Meisterhans greift aktuelle Diskussionen aus der (soziologisch fundierten) politischen Philosophie und dem Völkerrecht über die Legitimation globaler Rechtsstaatlichkeit auf und geht der Frage nach globalen Menschenrechtspolitikern in einer zweiteiligen Arbeit nach, dem Ergebnis eines 3-jährigen Forschungsstipendiums an der Bremen International Graduate School of Social Sciences. Dass Menschenrechte zunehmend zum Inhalt trans- und supranationaler Regelwerke werden und dies im Kontext einer Weltverfassung diskutiert wird, sieht die Autorin in kritischer Ambivalenz. Menschenrechte könnten zur Rechtfertigung aggressiver Interventionen missbraucht werden; vor allem jedoch seien sie in eine „Völkerrechtsevolution“ eingeschrieben, die „durch ein grundlegendes Demokratiedefizit“ gekennzeichnet sei. Vorweg: eine wichtige Fragestellung, wie überhaupt Meisterhans' Arbeit Ausgangspunkt einer umfassenden Diskussion und kritischen Würdigung auch in methodischer Hinsicht sein sollte.

Im ersten Teil formuliert Meisterhans einen originär neukantianischen Zugang. Kant, als „Denker postnationaler Verfassungsstaatlichkeit“ und als Metatheoretiker des Rechts gelesen, vermag eine apriorische Auffassung des Gesellschaftsvertrags und einen Begriff des Naturzustandes als utopischer Projektionsfläche zu begründen, in dem die Subjekte dieses Zustandes, die „Rechtsbetroffenen“, empathisch in vernünftigen Erzählungen kommunizieren, die Unrecht (Rechtsverletzungen) zum Thema haben und überwinden. Dieser Menschenrechtsdiskurs kann im von Meisterhans ausgemessenen „strukturellen Zirkel“ von Demokratie und Recht nur als rechtlicher und daher notwendig demokratischer eine universal kommunizierbare Erfahrung und Praxis stiften, wobei das hier entworfene Modell universaler Kommunikation auf ausgewählte anthropologische (G.H. Mead) und anthropologisch-linguistische Annahmen (Chomsky) rekurriert. Die Autorin postuliert als universale juristische Perspektive die Re-Aktuali-

sierung des Monismus Kelsenscher Prägung, der mit dem beschriebenen universalen und somit ebenfalls als „monistisch“ begreifbaren Kommunikationsmodell korreliert. Der zweite – hier nur äußerst verkürzt – skizzierbare Teil der Arbeit enthält spezifische Überlegungen zu den Institutionen, die ein „kosmopolitischer Konstitutionalismus“ erfordert, und geht von einer aktuell deutlicher werdenden Spannung im Völkerrecht aus. Dessen, von Kolonialismus und Imperialismus geprägte, traditionelle Denkfiguren, in denen souveräne Staaten niemals auf machtabbsolute Ansprüche verzichten, sind nämlich immer noch wirksam; andererseits sind seit dem Ende des West-Ost-Konflikts und mit der Globalisierung jene egalitär und friedensethisch ausgerichteten Kooperationen und Koordinationen intensiviert, die erstmals 1919 in der Gründung des Völkerbundes historisch wurden (siehe auch den Beginn der Diskussion einer überstaatlichen Gerichtsbarkeit). Die trans- und supranationale Expansion des Rechts ist allerdings in Reichweite und „normativer Dignität“ umstritten. Meisterhans diskutiert einen erweiterten Begriff der internationalen Gemeinschaft und rekonstruiert die „in Sichtweite“ bevorstehende Transformation des Völkerrechts empirisch an drei Phänomenen: der zunehmenden Einbindung von Staaten in komplexe Interdependenzen; der Erweiterung des Spektrums völkerrechtlicher Akteure; und der Öffnung des Völkerrechts für eine individualrechtliche Perspektive, die die nationale Souveränitätsidee transzendiert. Zum ersten Bereich geht Meisterhans ausführlich und differenziert auf die Durchsetzung der Menschenrechte ein, so auch auf Forderungen nach einer menschenrechtsbegründeten Staatenverantwortlichkeit im Spannungsfeld der Unterordnung der Menschenrechtsidee unter die Postulate der Friedensethik (Stichworte: völkerrechtliches *Ius Cogens*; Völkerrecht der Verpflichtungen *Erga Omnes*; Gewaltverbot der UN-Charta; Gewaltmonopol Internationaler Organisationen; Weltgerichtsbarkeit). Für den zweiten Bereich diskutiert sie *via* Nicht-Regierungs-Organisationen und Transnationale Unternehmen als neu zu gewichtende nichtstaatliche Akteure im Rahmen insbesondere auch informeller Rechtsbeziehungen. Die Arbeit schließt im Blick auf ein Weltinnenrecht in einem dezentralen, individualrechtlich ableitbaren Mehrebenensystem horizontaler Kooperationen, dies in kritischer Distanz zu einzelstaatsanalogen Modellen (Weltrepublik in klassischer Gewaltenteilung nach Habermas) und auf Menschenrechte als legitim herrschaftsbegründende Weltbürgerrechte.

Rule of Law-Reformen in Lateinamerika aus kritischer Perspektive. Neue Ansätze aus Bolivien

Almut Schilling-Vacaflor

Das Rule of Law-Konzept konnte sich weltweit als fast unbestrittenes Staatsziel durchsetzen. Dennoch sind sowohl die dahinter stehenden Konzepte als auch die damit verbundenen Bestrebungen höchst heterogen und oft sogar widersprüchlich. In Lateinamerika wurden in den letzten Jahrzehnten in erster Linie Justizreformen im Rahmen von international unterstützten Rule of Law-Reformen durchgeführt. Diese verfolgten so unterschiedliche Ziele wie die Stärkung von Demokratie, von Menschenrechten, von einer effizienten und unabhängigen Justiz, den Kampf gegen internationale Kriminalität und den wirtschaftlichen Wachstum. Im Gegensatz zu weit verbreiteten rein technischen Definitionen des Rule of Law thematisiere ich in diesem Artikel auch damit verbundene politische und ideologische Dimensionen. So zum Beispiel die Tatsache, dass die Prioritätensetzung von Zielen und angemessenen Maßnahmen von Rule of Law-Reformen eine politische Entscheidung beinhaltet und verschiedene Ziele in der Praxis miteinander kollidieren können. Außerdem betone ich die Notwendigkeit der Einbeziehung des konkreten sozialen, kulturellen, politischen und wirtschaftlichen Kontexts bei der Analyse von Justiz- und Rule of Law-Reformen, um deren soziopolitische Bedeutung eingebettet in die jeweiligen Realitäten adäquat fassen zu können. Basierend auf diesen Ausgangsüberlegungen werden gegenwärtige Rechts- und Justizreformen in Bolivien hinsichtlich ihrer potenziellen Auswirkungen auf verschiedene Rule of Law-Dimensionen diskutiert.¹

1. Widersprüchliche Konzepte von Rule of Law

Mehr als jedes andere Staatsziel konnte das Rule of Law-Konzept eine weltweite diskursive Hegemonie erlangen. Internationale Finanz- und Entwicklungszusammenarbeitsinstitutionen (wie die Weltbank, der Internationale Währungsfonds, die Vereinten Nationen, USAID, GTZ u.a.m) haben Reformen zur Stärkung der Rule of Law in den letzten Jahrzehnten zur Priorität ihrer Programme erklärt. Die Ausprägung der Rule of Law wird als zentraler Indikator für die Messung von Demokratie verwendet, gilt als Bedingung

¹ Ich bedanke mich bei Prof.Dr. Detlef Nolte (GIGA Hamburg) und bei Dr^m Judith Schacherreiter (Universität Wien) für ihre hilfreichen Kommentare zu einer vorhergehenden Version dieses Artikels.

für Wirtschaftswachstum und für die Gewährleistung von Menschenrechten. Doch selbst autoritäre und nicht demokratische Regierungen weltweit geben an, sich an Rule of Law als Regierungsprinzip zu halten.²

Hinter diesem scheinbaren Konsens stecken jedoch höchst unterschiedliche Vorstellungen davon, was Rule of Law tatsächlich beinhalten sollte und welche Aufgaben sie zu erfüllen hätte. Vergleiche zwischen Messungen der Rule of Law-Qualität in verschiedenen Staaten mithilfe unterschiedlicher Messinstrumente zeigen die große Heterogenität von diesbezüglichen Konzepten und Indikatoren und darauf basierend die stark abweichenden Resultate und Einschätzungen.³ Generell kann zwischen engen und weiten Konzepten von Rule of Law unterschieden werden sowie zwischen jenen, die ausschließlich formell-prozedurale Charakteristika als Kriterien heranziehen und anderen, die auch inhaltlich-substantielle Charakteristika als wichtigen Bestandteil von Rule of Law definieren. Brian Tamanaha unterscheidet folgende Rule of Law-Definitionen (siehe Grafik 1).⁴

	Enge Definition	← →	Weite Definition
Prozedural	Recht als Regierungsinstrument	Klare, generelle, transparente Gesetzgebung	Rechtsproduktion demokratisch organisiert
Substantiell	Individuelle, bürgerliche und politische Menschenrechte	Recht auf Würde und/oder Gerechtigkeit	Wohlfahrtsstaat und/oder soziale Gleichheit

Grafik 1: Enge und weite Definitionen der Rule of Law nach Tamanaha (übersetzt von der Autorin)

Gängige Definitionen der Rule of Law umfassen Kriterien wie eine den Gesetzen unterworfenen Regierung; eine unabhängige Justiz; klare, transparente, universelle und demokratisch erarbeitete Gesetze; sowie einen gewissen minimalen Standard an bürgerlichen und politischen Menschenrechten als Grundbedingungen.⁵ Substantielle Charakteristika wie Gesetze bzw. eine Rechtsprechung, die in der Praxis zu mehr sozialer Gleichheit oder der Gewährleistung sozialer und kollektiver Menschenrechte führen, werden hingegen nicht nur in der wissenschaftlichen Literatur heftig diskutiert. Diese Bereiche werden von vielen Rule of Law-ExpertInnen in die Zuständigkeit der Politik und der subjektiven

2 Tamanaha, Brian (2007). *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press: S. 2.

3 Skaaning, Sven Erik (2010). „Measuring the Rule of Law“. In: *Political Research Quarterly*, Vol. 63, No. 2; pp. 449–460.

4 *ibid.*: 91.

5 Carothers, Thomas (Hg.) (2006). *Promoting the Rule of Law Abroad. In Search of Knowledge*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace; Chávez, Rebecca (2008). „The Rule of Law and Courts in Democratizing Regimes“. In: Whittington, Keith/Kelemen, Daniel/Caldeira, Gregory (Hg.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press; S. 63–80.

Abwägung geschoben, nicht aber zu den Aufgaben eines möglichst neutralen und prozedural-inhaltsunabhängigen Befolgen der Rule of Law erklärt. Die Beschränkung auf minimale Kriterien zur Definition der Rule of Law hat den Vorteil, mehr Trennschärfe zu anderen Konzepten wie Demokratie oder Menschenrechte zu erlangen. Dabei sollte jedoch deutlich gemacht werden, dass die Rule of Law nach rein prozeduralen, minimalen Standards in der Praxis nicht unbedingt zu Zielen wie der Verbesserung von Menschenrechten oder der Demokratiequalität beiträgt.

Häufig wird die Rule of Law als homogenes und einheitliches Gebilde dargestellt und der Blick wird auf institutionelle und prozedurale Aspekte wie die Gewaltenteilung und die Effizienz der Justiz gelenkt. Ich werde die Rule of Law-Reformen in diesem Artikel hingegen hinsichtlich der damit verbundenen Ziele analysieren und dabei verschiedene Dimensionen unterscheiden, die in der Praxis mehr oder weniger stark ausgeprägt sein können. In Anlehnung an die Klassifikation von Rachel Kleinfeld⁶ wende ich folgende Kategorien als Analyseraster für mögliche Auswirkungen und Ziele gegenwärtiger Rule of Law-Reformen in Bolivien an: a) die Regierung unterliegt der Gesetzgebung, b) Gleichheit vor dem Gesetz, c) die Existenz einer effizienten Justiz und der Rechtssicherheit, d) die Gewährleistung von Menschenrechten und e) die Bekämpfung von Kriminalität. Im bolivianischen Fall wird jedoch deutlich, dass eine zusätzliche Dimension an Bedeutung gewinnt, die ich ebenfalls in die Analysen der gegenwärtigen Reformziele einbeziehe: Rechtspluralismus und Interkulturalität.

2. Rule of Law-Programme und Justizreformen in Lateinamerika aus kritischer Perspektive

Rule of Law-Reformen in Lateinamerika wurden seit den 1960ern in großem Ausmaß von internationalen Organisationen – wie Weltbank (WB), Internationaler Währungsfonds (IWF), Inter-Amerikanische Entwicklungsbank, Vereinte Nationen (VN) und zahlreichen bilateralen Entwicklungsagenturen – unterstützt und vorangetrieben.⁷ Mehr als auf materielle Rechtsreformen oder die Polizeireform konzentrierten sie sich auf Reformen der Justiz, mit jeweils unterschiedlichen Schwerpunkten und Zielen. Die verschiedenen Konzeptionen des stärker US-amerikanisch geprägten Rule of Law-Konzepts und des in Europa verbreiteten Rechtsstaats-Prinzips waren bei diesen Differenzen ausschlaggebend.⁸ Während die US-amerikanische Version sich in größerem Ausmaß durch den Schutz von Eigentumsrechten und ökonomische Charakteristika kennzeichnen lässt, spielen Menschenrechte und politische Faktoren wie Demokratie im Rechtsstaatsprinzip

6 Kleinfeld, Rachel (2006). "Competing Definitions of the Rule of Law". In: Carothers, Thomas (Hg.). *Promoting the Rule of Law Abroad. In Search of Knowledge*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace; S. 31–74.

7 Für detailliertere Analysen siehe: Domingo, Pilar/Sieder, Rachel (Hg.) (2001). *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*. London: Institute of Latin American Studies und Ahrens, Helen/Nolte, Detlef (Hg.) (1999). *Rechtsreformen und Demokratieentwicklung in Lateinamerika*. Frankfurt am Main: Vervuert Verlag.

8 Rodríguez Garavito, César (2009). *La Globalización del Estado de Derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*. Bogotá: Universidad de los Andes.

eine wichtigere Rolle. Auch wenn unterschiedliche Ziele der lateinamerikanischen Rechtsreformen der letzten Jahrzehnte in wichtigen Bereichen überlappen und sich teilweise wechselseitig bedingen, führt deren separate Analyse zu relevanten Erkenntnissen. In den 1960ern wurden Rule of Law-Reformen vor allem vom Law and Development Movement gefördert. Deren Ansatz war, dass eine Anpassung lateinamerikanischer Institutionen und insbesondere der Justiz an US-amerikanische Modelle, förderliche Bedingungen für das *Wirtschaftswachstum* dieser Länder schaffen würde. Das Ziel der Schaffung eines effizienten Justizapparates und der Fokus auf die Rechtssicherheit für Unternehmen, um die freie Marktwirtschaft zu fördern, waren seit den 90ern Prioritäten der WB und des IWF. Diese haben ihre Kredite und Förderprogramme an die Implementierung der Rule of Law (nach ihren Vorstellungen) geknüpft.

Seit den 80ern, während der „Dritten Welle der Demokratisierung“ in Lateinamerika, war ein Schwerpunkt der Justizreformen die Einschränkung der Regierungen durch die Gesetzgebung, die Gewaltenteilung und eine unabhängige Justiz. Darüber hinaus umfassten Programme zur *Demokratisierung* die Stärkung der Zivilgesellschaft und der Medien. Die Konsolidierung der jungen lateinamerikanischen Demokratien sollte durch diese Art von Programmen gestärkt werden.

Reformen zur Gewährleistung von bürgerlichen und politischen *Menschenrechten* als Grundbedingung für Demokratie stellten einen weiteren Schwerpunkt lateinamerikanischer Rechts- und Justizreformen dar. Ende der 80er und zu Beginn der 90er wurden zu diesem Zweck Institutionen wie Verfassungsgerichte und Ombudsstellen eingerichtet. Seit den 1990ern wurden vermehrt auch Programme zur Stärkung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte sowie jener von benachteiligten Bevölkerungsgruppen wie Frauen, Kindern und indigenen Völkern durchgeführt. Justizreformen mit dem Ziel der Gewährleistung von Menschenrechten und zur Armutsbekämpfung beinhalteten Programme des *legal empowerment*, wie Weiterbildungen zu Rechtsthemen, Rechts-hilfen, die Einführung von ÜbersetzerInnen bei Gerichtsverfahren und die Förderung des Zugangs zur Justiz.

Die *Bekämpfung der Kriminalität* rückte in den 1990ern verstärkt in den Fokus internationaler Organisationen. Die meisten Programme zur Kriminalitätsbekämpfung hatten die Bekämpfung des internationalen Drogenhandels und transnationaler Kriminalität als Hauptziel. Deutlich weniger Programme waren darauf ausgerichtet, die Sicherheit im Land und vor allem die Lage in den unsichersten Gegenden zu verbessern.

Die hohe Straflosigkeit unter dominanten Bevölkerungsgruppen und der defizitäre Zugang zur Justiz von marginalisierten BürgerInnen gab Anlass zu weiteren Justizreformen in Lateinamerika, mit dem Ziel der Schaffung einer *Gleichheit vor dem Gesetz*. Viele dieser Programme förderten die kostenlose Rechtsberatung, die Einführung von schnellen, unbürokratischen und kostenlosen Verfahren sowie die Einführung von ÜbersetzerInnen für indigene Bevölkerungsgruppen. Eine Maßnahme zur Verbesserung des Zugangs der Justiz war die Anerkennung von alternativen Konfliktlösungsmechanismen,

die seit den 1990ern an Bedeutung gewann. In diesem Kontext wurden auch indigene Formen der Rechtsprechung anerkannt. Das Ziel dahinter war weniger die Anerkennung von kultureller Diversität und von Rechtspluralismus, sondern der verbesserte Zugang zur Justiz.

Trotz einiger punktueller Verbesserungen, beispielsweise im Bereich der Kriminaljustiz, konnten die Rule of Law- und Justizreformen in Lateinamerika insgesamt nicht die erhofften Ergebnisse liefern und werden zumindest teilweise als gescheitert bezeichnet.⁹ Konkrete politische und soziale Kontextbedingungen vor Ort wurden tendenziell zu wenig in die Planung und Durchführung einbezogen. Reformen, die zu einem großen Teil von „außen und oben“¹⁰ eingeführt wurden, konnten nicht die theoretisch angestrebten Resultate erzielen. Dabei sollte jedoch nicht vergessen werden, dass lateinamerikanische Regierungen und andere staatliche und nicht-staatliche Organisationen vor Ort an der Ausgestaltung und Durchführung der Reformen maßgeblich beteiligt waren.

In der Praxis der lateinamerikanischen Justizreformen zeigte sich auch, dass Maßnahmen zur Stärkung einer bestimmten Rule of Law-Dimension in manchen Fällen zur Schwächung anderer Rule of Law-Aspekte beitrugen.¹¹ So haben Programme zur internationalen Drogenbekämpfung in vielen Fällen zur Verschlechterung der Menschenrechtslage geführt und die vermehrte Ressourcenvergabe zur Sicherung der Rechtssicherheit von Unternehmen hatte oftmals zur Folge, dass sich der Zugang der Gesamtbevölkerung zur Justiz verschlechterte. In der Praxis hatten Rule of Law-Programme daher nicht automatisch eine Verbesserung der Rule of Law an sich zur Folge, sondern eine Verschiebung der Balance zwischen verschiedenen Dimensionen. Rule of Law-Reformen geht stets ein Prozess der Prioritätensetzung voraus und politische Entscheidungen sind dafür verantwortlich, welche Dimensionen gestärkt und welche vernachlässigt werden. Aus diesem Grund unterstützten AkteurInnen in Lateinamerika häufig jene Reformen, die sie als vorteilhaft wahrnahmen, während anderen Reformen mit Argwohn bzw. Widerstand begegnet wurde.¹² Unter anderem aufgrund des vorherrschenden technischen Verständnisses der Rule of Law in internationalen Organisationen wurden bestehenden politischen Kräfteverhältnissen und dem Widerstand bestimmter Sektoren gegen gewisse Reformanliegen – z.B. von nicht immer legal handelnden Eliten gegen die Aufhebung von Strafflosigkeit der Mächtigen oder die Korruptionsbekämpfung – oftmals nicht genug Beachtung geschenkt. Die Vernachlässigung des konkreten politischen, sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Kontexts drückte sich auch in der eher geringen Beachtung aus, die der Partizipation der Zivilgesellschaft an den Reformprogrammen geschenkt wurde. Darauf anspielend bezeichnete Stephen Golub Rule of Law-Reformen in sogenannten Entwicklungsländern

9 Nolte, Detlef (1999). Rechtsreformen und Demokratie in Lateinamerika. In: Ahrens/Nolte: 24.

10 Whitehead, Laurence (2010). *Latin America. Updated and Revisited*. UK/USA: Palgrave.

11 Vgl. Carothers, Thomas (2001). "The Many Agendas of Rule-of Law Reform in Latin America". In: Domingo/Sieder (Hg.); S 4–16 und Kleinfeld (2006).

12 Vgl. Chávez, Rebecca (2008).

als Schaffung eines „house without a foundation“.¹³ Viele Beispiele belegen, dass die Partizipation der Zivilgesellschaft eine zentrale Komponente bei Justizreformen ist und jene Reformen mit einem hohen Partizipationsgrad besonders positive Resultate erzielten.¹⁴ Auch die vor Ort existierenden Formen von Rechtspluralismus wurden in den Justizreformen meist nachrangig behandelt.¹⁵ Westliche, häufig mythifizierte und als überlegen dargestellte Konzepte der Rule of Law und damit verbundene Reformprogramme wurden vielfach auf andere Kontexte übertragen. In diesem Sinne machte der bolivianische Rechtswissenschaftler Idon Chivi Vargas die fehlende Problematisierung der „Kolonialität der Justiz“ in Lateinamerika in den Justizreformen seit den 1960ern als deren vorrangiges Defizit aus.¹⁶ Einige Programme zur Stärkung der Rule of Law (wie die einseitige Förderung der staatlichen Justiz) reproduzierten Mechanismen der westlichen Dominanz und die Existenz einer „Klassen-Justiz“ – in Lateinamerika oftmals eng verschränkt mit der ethnischen Herkunft.

In vielen Fällen folgten Rule of Law-Reformen stärker den Interessen der Geberländer – wie der Verringerung der transnationalen Kriminalität und der Rechtssicherheit für eigene Unternehmen – als jenen der kooperierenden Staaten bzw. deren Zivilgesellschaft. Unter dem Vorwand der Stärkung der Rule of Law wurden häufig Interessen internationaler AkteurInnen an Sicherheit und Wirtschaftsgewinn über konkurrierende Interessen von lokalen Bevölkerungsgruppen gestellt. Insbesondere jene AutorInnen, die ein stärker substantielles Verständnis des Rule of Law-Konzepts propagieren üben starke Kritik an der instrumentellen Verwendung der Rule of Law zur Legitimierung von Ausbeutung, Unterdrückung und Legalisierung von sozialer Ungleichheit. Bereits Joseph Raz betonte die Gefahr, dass die Rule of Law repressiven Zwecken dienen könne, als er sagte „The law may [...] institute slavery without violating the rule of law“.¹⁷ Ugo Mattei und Laura Nader analysieren in „Plunder. When the Rule of Law is Illegal“¹⁸ zahlreiche Fälle, in denen Situationen der neokolonialen Ausbeutung und Repression mithilfe des Rule of Law-Konzepts ideologisch gerechtfertigt wurden. Für Lateinamerika gilt ebenfalls, dass Rechtsnormen und die Justiz im historischen Kontext betrachtet vielfach die Funktion erfüllten, die soziale Ungleichheit aufrechtzuerhalten, die Diskriminierung der indigenen Bevölkerung rechtlich abzusichern¹⁹ und ungerechte soziopolitische Verhältnisse zu stabilisieren. Aus einer stärker substantiellen Perspektive auf die Rule of Law-Debatte sollte es daher bei Rechts- und Justizreformen nicht ausschließlich darum gehen, die beste-

13 Golub, Stephen (2006). „A House Without a Foundation“. In: Carothers (2006): 105–136.

14 Beispielsweise sabotierten privilegierte Schichten in mehreren Staaten Rule of Law-Reformen, die das Ziel der Stärkung der Gleichheit vor dem Gesetz verfolgten; vgl. Chávez (2008); Domingo/Sieder (2001).

15 Siehe u.a. Upham, Frank (2006). „Mythmaking in the Rule-of-Law Orthodoxy“. In: Carothers (2006): 75–104.

16 Chivi Vargas, Idon Moises (2010). „El Órgano Judicial“. In: IDEA (Hg.). *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*. La Paz: IDEA; S. 409–422.

17 Zit. nach Tamanaha (2004: 93).

18 Mattei, Ugo/Nader, Laura (2009). *Plunder. When the Rule of Law is Illegal*. Oxford: Blackwell Publishing.

19 Vgl. Kuppe, René (2010). *Indigene Rechtsprechung und staatliches Recht in Lateinamerika*. Eschborn: GTZ.

hende institutionelle Ordnung zu stärken, sondern auch deren Substanz kritisch zu hinterfragen.

3. Defizite der Justiz in Lateinamerika: Das Beispiel Bolivien

Nach den verschiedenen Wellen von – erfolgreichen und weniger erfolgreichen – Justizreformen kann konstatiert werden, dass die Justizsysteme Lateinamerikas, und so auch in Bolivien, weiterhin schwerwiegende Defizite aufweisen. Zu nennen sind etwa ein sozialer und kultureller Bias der Justiz, deren geringe Legitimität und soziale Akzeptanz in der Bevölkerung, die Politisierung der Justiz und insbesondere die Einflussnahme der in lateinamerikanischen Präsidialdemokratien meist starken Exekutive auf die Justiz.²⁰

Der soziale Bias der Justiz wird insbesondere an der weit verbreiteten Straflosigkeit der Eliten Lateinamerikas sichtbar und an der Kriminalisierung von Angehörigen aus ärmeren Schichten sowie an dem defizitären Zugang von marginalisierten Bevölkerungsgruppen zur Justiz. Die Ansicht „*La ley es de los ricos*“ (das Gesetz ist von den/für die Reichen) ist daher weit verbreitet in der Region. Auch in Bolivien ist der soziale Bias trotz vergangener Reformbemühungen weiterhin groß.²¹ Die bolivianischen RichterInnen stammten bisher größtenteils aus den Kreisen der traditionellen Eliten des Landes. Zur Aufrechterhaltung von Strukturen der sozialen Ungleichheit – mit neokolonialen Charakteristika – durch die Justiz spielten Familienverbände aus urbanen Räumen, die meist keine indigene Sprache beherrschten, eine zentrale Rolle.²² Der kulturelle Bias der lateinamerikanischen Justiz kann anhand verschiedener Indikatoren erkannt werden: der meist weitgehend monokulturellen und monolingualistischen Organisation der Justiz, der geringen ethnischen Repräsentativität der JustizbeamtenInnen und der defizitären Anerkennung von Systemen der indigenen und kommunalen Rechtsprechung.

Die geringe Legitimität und soziale Akzeptanz der Justiz, zusammenhängend mit ihrem sozialen und kulturellen Bias, wird u.a. in den Meinungsumfragen der lateinamerikanischen Bevölkerung sichtbar.²³ Die UNDP kam für Bolivien zu einem ähnlichen Ergebnis: Justiz, Polizei und politische Parteien waren die Institutionen, die in Meinungsumfragen von den Befragten am Schlechtesten bewertet wurden.²⁴ Weitere Defizite die hier nicht näher ausgeführt werden, sind die weit verbreitete Korruption und fehlende Transparenz der Justiz sowie der oft unklare und widersprüchliche Charakter der Gesetzgebung.

20 Vgl. Ahrens/Nolte (1999).

21 Human Rights Council (2010). *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the activities of her office in the Plurinational State of Bolivia*. A/HRC/13/26/Add.2.

22 Chivi Vargas (2010).

23 Vgl. Latinobarometro (2009). *Informe Anual 2009*. Online: www.latinobarometro.org.

24 PNUD (Hg.) (2007). *El Estado de la Opinión. Informe sobre Desarrollo Humano en Bolivia*. Bolivia: PNUD.

4. Aktuelle Reformen und mögliche Auswirkungen auf Rule of Law-Dimensionen in Bolivien

Die aktuellen – geplanten und teilweise bereits in Durchführung befindlichen – Justiz- und Rule of Law-Reformen in Bolivien sollen nun vor dem Hintergrund des oben kurz skizzierten regionalen und historischen Kontexts analysiert werden. Dabei geht es mir vor allem darum, die dahinter stehende Konzipierung der Rule of Law und ihrer Funktionen in der Gesellschaft aufzuzeigen sowie ihre möglichen Auswirkungen in der Rechtswirklichkeit zu diskutieren.

Im Gegensatz zur Mehrheit der Justizreformen Lateinamerikas in den letzten Dekaden kamen die Forderungen zur Transformation des bolivianischen Staates – und in diesem Zusammenhang der Justiz – zu einem großen Ausmaß „von unten und innen“. Die indigenen und gewerkschaftlichen Organisationen im bolivianischen verfassungsgebenden Prozess (2006–2009) schrieben sich auch den tiefgreifenden Wandel des Justizsystems auf die Agenda. Durch ihre starke Partizipation in der verfassungsgebenden Versammlung sowie ihre Allianzen (bzw. teilweise Symbiose) mit der aktuellen Regierung unter Evo Morales gelang es diesen sozialen Organisationen, den Großteil ihrer Forderungen in die neue Verfassung einzuschreiben.²⁵ Wichtige Ziele der Justizreform wie die Stärkung von Menschenrechten – allen voran der Sozial- und Kollektivrechte –, die Gleichheit vor dem Gesetz und die Schaffung einer plurinationalen Justiz werden von der Regierung unterstützt. Diese spricht von einer „Dekolonisierung des Rechts und einer Verstaatlichung der Justiz“.²⁶ Doch wie sehen die geplanten Reformen konkret aus und welche Ziele verfolgen diese nach dem Analyseraster von Kleinfeld?

Von grundlegender Bedeutung ist, dass die substantielle Dimension der Rule of Law in den gegenwärtigen Reformdiskursen gegenüber den prozeduralen Dimensionen an Bedeutung gewonnen hat. So wird beispielsweise in dem neuen Gesetz der Judikative angeführt, dass diese die individuellen und kollektiven Menschenrechte stärken und zum „Guten Leben“²⁷ der Bevölkerung beitragen sowie der „sozialen Harmonie“ im Sinne einer Komplementarität von Individuum, Gesellschaft und Natur dienen soll. Die Sicherheitspolitik soll gemäß des Regierungsprogramms weniger repressiven und stärker präventiven Charakter haben, wobei explizit die Verbesserung der Lebensbedingungen der marginalisierten Bevölkerung im Vordergrund steht.²⁸ Die prioritäre Behandlung der sozialen Gleichheit wird von Morales in zahlreichen Diskursen betont, z.B. in folgendem Zitat: „Der Friede ist keine Frage von Normen und Gesetzen, sondern von einer ökonomischen und sozialen Gleichheit zwischen den Völkern und innerhalb der Bevölkerung“.²⁹

25 Schilling-Vacaflor, Almut (2010a). *Recht als Umkämpftes Terrain. Die neue Verfassung und Indigene Völker in Bolivien*. Baden-Baden: Nomos (i.e.).

26 Siehe auch Chivi Vargas (2010: 416).

27 Zum Konzept des „Guten Lebens“ vgl. auch Alberto Acosta, *juridikum* 2009, Nr. 4, S. 219–223.

28 MAS-IPSP (2009). Programa Nacional de Gobierno.

29 Siehe www.abi.bo am 27.05.2010.

Abgesehen von der diskursiven Ebene, in der substantielle Aspekte derzeit vor prozedurale und institutionelle Aspekte gestellt werden, gibt es auch in der Rechtswirklichkeit Boliviens Indizien für diesen Trend. So wurden die Verletzung von Rechtsnormen und das Übergehen von Gerichtsurteilen in der ersten Amtsperiode und zu Beginn der zweiten Regierungsperiode von Evo Morales häufig mit der Priorität der sozialen Transformation und der sozialen Gleichheit gerechtfertigt.³⁰ Es wird daher zu beobachten sein, wie in Zukunft mit den Spannungen zwischen substantiellen und prozeduralen Anliegen umgegangen wird und inwiefern die verschiedenen politischen Kräfte und die Regierung gewillt sein werden, sich den Gesetzen zu unterwerfen bzw. inwiefern diese für ihre eigenen Interessen instrumentalisiert werden.

Ein prioritäres Ziel der gegenwärtigen Rechts- und Justizreformen in Bolivien ist die Gewährleistung der Menschenrechte. Entgegen dem traditionellen Verständnis von Menschenrechten, in welchem die individuellen bürgerlichen und politischen Menschenrechte über andere Dimensionen der Menschenrechte gestellt werden, liegt der Fokus in Bolivien derzeit auf der Stärkung von Sozial- und Kollektivrechten. Diese neue Balance zwischen verschiedenen Menschenrechtsdimensionen wird sowohl in der neuen Gesetzgebung ersichtlich als auch in der Rechtswirklichkeit. Während die Regierung sich teilweise über bürgerliche und politische Rechte der Opposition hinwegsetzt und von Menschenrechtsorganisationen wie Human Rights Watch, Amnesty International und dem Human Rights Council der Vereinten Nationen³¹ wegen der Verletzung des Rechts auf einen fairen Prozess kritisiert wird, loben dieselben internationalen Institutionen die Anstrengungen der Regierung zur Gewährleistung von sozialen Rechten und von jenen unterprivilegierter Bevölkerungsgruppen. Diese stellen in einem Land mit derart großer sozialer Ungleichheit und mit einem großen Anteil an in Armut lebenden Bevölkerungsektoren ohne Frage eine Notwendigkeit dar. Eine Schwierigkeit in der Praxis wird jedoch sein, eine neue Balance zwischen den verschiedenen Dimensionen von Menschenrechten zu finden, bei der keine dieser Dimensionen zugunsten anderer geopfert wird. Die Frage stellt sich, wer und nach welchen Kriterien darüber zu entscheiden hat, welche menschenrechtsrelevanten Interessen und Bedürfnisse in der Praxis jeweils überwiegen. Weiters wird abzuwarten sein, wie nachhaltig sich die Stärkung der WSK-Rechte in der Praxis erweist, da ein großer Teil der diesbezüglichen politischen Programme (oft Geldtransfers) aus dem massiven Abbau von Bodenschätzen finanziert wird und die Diversifizierung der Wirtschaft kaum vorangetrieben wurde.

Die Stärkung des Rechtspluralismus ist ein weiteres prioritäres Anliegen der gegenwärtigen Justizreformen in Bolivien. Diesbezüglich nimmt Bolivien weltweit eine Vorreiterrolle ein, denn die indigene Rechtsprechung soll hier nicht nur auf untergeordneter Ebene

30 Schilling-Vacaflor, Almut (2010b). "Bolivia's New Constitution: Towards Participatory Democracy and Political Pluralism?" In: *GIGA Working Papers*, Nr. 141. Hamburg: GIGA.

31 Human Rights Council (2009).

verankert werden. Die indigene Justiz wurde formell auf der gleichen Hierarchieebene anerkannt wie die staatliche Justiz. Außerdem soll die staatliche Justiz plurinational und interkulturell ausgerichtet werden. Die neuen Gesetze zur Judikative und zum Verfassungsgericht sehen vor, dass alle JustizbeamtenInnen mindestens eine indigene Sprache beherrschen müssen und dass die Erfahrung als indigene Autorität als zusätzliche Qualifikation bei der RichterInnenwahl gewertet wird. Im Unterschied zur Anerkennung der indigenen Justiz als alternativen Konfliktlösungsmechanismus lediglich zum Zweck der Verbesserung des Zugangs marginalisierter Bevölkerungsgruppen zur Justiz, geht es in Bolivien um die Anerkennung von kultureller Diversität und von Rechtspluralismus als Ziel an sich. Im Rahmen von partizipativen Prozessen wurde ein Gesetz zur Koordination und Kooperation der verschiedenen Rechtsprechungen – vor allem zur Aufteilung von materiellen, personalen und territorialen Kompetenzen – ausgearbeitet. Dieses Gesetz No. 73 wurde im Dezember 2010, allerdings in einer durch den Kongress veränderten Form (wobei insbesondere die indigene Rechtsprechung entschieden eingeschränkt wurde), verabschiedet. Inwiefern die „Kolonialität der Justiz“ durch diese und ähnliche Maßnahmen überwunden werden kann, ist fraglich. Denn die Konstruktion von gleichwertigen interkulturellen Beziehungen in einem Kontext von historisch gewachsenen Asymmetrien der wirtschaftlichen, sozialen und symbolischen Macht ist mehr als herausfordernd. Insbesondere die Trägheit der liberalen staatlichen Institutionen, die über mehrere Jahrzehnte gewachsen sind, stellt eine große Herausforderung für die Transformation der staatlichen Institutionalität dar.³² Außerdem stellt sich die Frage, welche Auswirkungen aktuelle Reformen zur offiziellen Anerkennung des Rechtspluralismus auf die Effizienz und Effektivität der staatlichen Institutionen haben werden.

Das Ziel der Gleichheit vor der Justiz steht bei verschiedenen gegenwärtigen Reformen im Vordergrund. Dabei geht es nicht nur um die formelle Gleichheit, sondern auch um die Frage nach de facto Gleichheit. Ein Beispiel ist die Wahl der HöchstrichterInnen: Bisher gab es erst eine Vorauswahl der qualifiziertesten KandidatInnen durch ein Prüfungsverfahren, aus denen der Kongress in einem zweiten Schritt die endgültigen RichterInnen bestimmte. Die Regierungspartei MAS kritisierte dieses Verfahren, erstens, da sich Angehörige der traditionellen Eliten in reinen (spanischsprachigen und schriftlichen) Wissenstests besser behaupten konnten und zweitens, da die politischen Parteien ihnen nahestehende KandidatInnen auswählten. Um die Repräsentativität der RichterInnen zu gewährleisten wurden die Bedingungen zur Vorauswahl der JustizbeamtenInnen verändert (Kenntnis indigener Sprachen, Quoten für indigene VertreterInnen und Frauen, Erfahrung als indigene Autorität als Zusatzqualifikation) und die RichterInnenwahl soll Mitte 2011 erstmals in Form einer direkten BürgerInnenwahl stattfinden. Die größten Fortschritte in der gegenwärtigen Justizreform Boliviens wurden im Bereich der Aufhebung der Straf-

32 Sousa Santos, Boaventura de (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima : IILS.

losigkeit von mächtigen Personen in der Rechtswirklichkeit gemacht.³³ Zahlreiche Verfahren wegen Korruption und Amtsmissbrauch wurden eingeleitet. Gleichzeitig steht der Zugang von verarmten Bevölkerungsgruppen zur Justiz im Zentrum der Reformen. Zusätzliche Gerichte und RichterInnen in ruralen Gegenden sollen eingesetzt werden, unbürokratische, schnelle und kostenlose Verfahren wurden in den neuen Gesetzen verankert und Programme zur Rechtshilfe und für *legal empowerment* sind vorgesehen.

Die Effizienz der Justiz und die Rechtssicherheit der Unternehmen stehen nicht im Zentrum der gegenwärtigen Reformen. In dieser Dimension könnten sich einige negative Auswirkungen zeigen. Die stärkere Partizipation von zivilgesellschaftlichen Organisationen bei der Ausarbeitung der Gesetze kann zwar deren Legitimität erhöhen, hat jedoch häufig deren unklare und technisch unkorrekte Formulierung zur Folge. Neue Rechtsnormen enthalten teilweise vage Bestimmungen, wie zum Beispiel die Prinzipien des „Guten Lebens“ oder der „sozialen Harmonie“, die große richterliche Ermessungsspielräume ermöglichen. Die Frage stellt sich, wie die neuen RichterInnen mit den heiklen und verantwortungsvollen Aufgaben umgehen werden, über umstrittene Themen zu entscheiden und inwiefern die Unabhängigkeit der Justiz durch die neue Form der RichterInnenernennung gegeben sein wird. Von grundlegender Bedeutung ist darüber hinaus die Frage, welche Rolle die Justiz in einer Gesellschaft einnehmen sollte und inwiefern sie die adäquate Instanz darstellt, um über Werte- und Interessenkonflikte zu entscheiden. Die neuen Kompetenzen der Justiz (beispielsweise im Menschenrechtsbereich) könnten deren Effizienz durch ihre Überladung möglicherweise einschränken. Aufgrund der prioritären Behandlung der substantiellen Ebene, wie der Zielsetzung der Verringerung von Armut und sozialer Ungleichheit, ist es wahrscheinlich, dass prozedurale Elemente wie die Rechtssicherheit in konkreten Entscheidungen in den Hintergrund treten werden. Für Unternehmen könnte sich die Rechtssicherheit verschlechtern, während sie für marginalisierte Sektoren möglicherweise zunimmt.

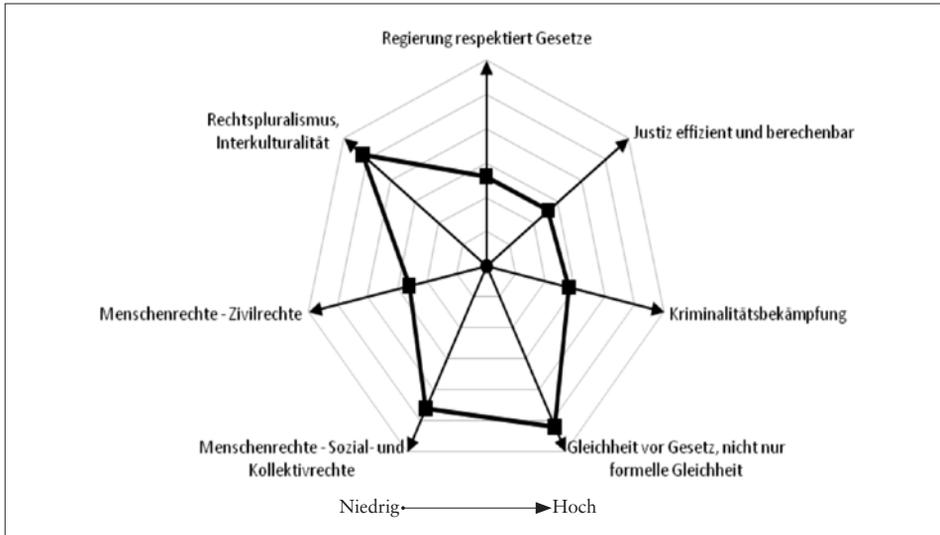
Die Bekämpfung der Kriminalität steht derzeit ebenfalls nicht im Zentrum der Justizreformen. Die indirekten Auswirkungen durch die Verschiebungen zwischen den einzelnen Rule of Law-Dimensionen auf diesen Bereich sind noch abzuwarten.

Um meine Analyse der gegenwärtigen Rule of Law-Reformen und ihrer Prioritäten visuell darzustellen habe ich eine Graphik, basierend auf den gesammelten Daten sowie auf meiner subjektiven Einschätzung aktueller und geplanter Entwicklungen erstellt (siehe Grafik 2).

5. Schlussfolgerungen

Anhand des bolivianischen Beispiels aktueller Rechts- und Justizreformen wird ersichtlich, dass es sinnvoll ist, Beziehungen zwischen unterschiedlichen Rule of Law-Dimen-

33 Ibid.



Grafik 2: Prioritäten aktueller Justiz- und Rechtsreformen in Bolivien

sionen zu analysieren, anstatt von einem einheitlichen und homogenen Rule of Law-Konzept auszugehen. Durch diese Vorgangsweise rückt der politische Charakter dieser Reformen in den Vordergrund. Denn die Entscheidung, einzelne Dimensionen und Aspekte der Rule of Law zu stärken, während andere weniger beachtet bzw. indirekt sogar geschwächt werden können, hat nicht nur technischen sondern auch politischen Charakter. In diesem Sinne sind oftmals getroffene Aussagen über eine Verschlechterung oder Verbesserung *der* Rule of Law in Staaten wie Bolivien vereinfachend und einseitig. Vielmehr ist es notwendig, differenzierte Analysen über Reformen und ihre Ziele zu erstellen, bei denen die Vielschichtigkeit dieser Prozesse zum Ausdruck kommt. Dabei geht es auch darum, die Bedeutung von Justiz- und Rechtsreformen in ihrem jeweiligen sozialen, politischen, kulturellen und wirtschaftlichen Kontext zu untersuchen.

In den gegenwärtigen Justizreformen in Bolivien werden sowohl Potenziale zur Stärkung einzelner Rule of Law-Dimensionen ersichtlich, als auch Risiken zur Schwächung anderer Bereiche. Prinzipiell besteht ein Spannungsfeld zwischen prozeduralen und substantiellen Zielen der Rule of Law, das sich in den verschiedenen Dimensionen widerspiegelt. Während die substantielle Basis des Staates und insbesondere die Verringerung von Armut und sozialer Ungleichheit in Bolivien nicht nur notwendig sind, sondern auch die Legitimität der staatlichen Institutionen verbessern können, sollte die prozedurale Ebene daneben nicht vernachlässigt werden. Denn eine Erosion der staatlichen Institutionalität könnte sich mittel- und langfristig als kontraproduktiv für die ambitionierten Ziele der Transformation des bolivianischen Staates erweisen. Neben den Zweifeln daran, inwiefern die politischen Kräfte und die Regierung dazu bereit sind, sich bestehenden Rechtsnormen zu unterwerfen

und die Unabhängigkeit der Justiz zu fördern, wird die Rechtssicherheit und die Effizienz der Justiz in der Praxis womöglich unter den gegenwärtigen Reformen leiden.

Potenziale zur Verbesserung einzelner Rule of Law-Dimensionen werden im Bereich der Menschenrechte sichtbar, wobei insbesondere die Sozial- und Kollektivrechte derzeit prioritär behandelt werden. Die bürgerlichen und politischen Rechte werden teilweise machtpolitischen Zielen untergeordnet. In diesem Kontext ist es von entscheidender Bedeutung, eine neue Balance zwischen den verschiedenen Menschenrechtsdimensionen zu finden (individuell vs. kollektiv; bürgerlich vs. sozial). Die Armutsbekämpfung und die Sicherung eines würdevollen Lebens aller BolivianerInnen stellt eine dringliche Notwendigkeit dar, die von der Regierung Morales priorisiert wird. Jedoch verfolgt die aktuelle Wirtschaftspolitik Boliviens zu einem großen Teil kurzfristige Ziele, die langfristigen Zielen nach einer gesunden Umwelt und guten Lebensbedingungen teilweise entgegenwirken.

Die Gleichheit vor dem Gesetz könnte durch die aktuellen Reformen verbessert werden. Einerseits sind erste Schritte zu beobachten, die Straftaten der Besitzenden stärker zu ahnden und andererseits soll die Justiz nun auch stärker den Interessen der unterprivilegierten Gruppen dienen. Jedoch werden Rechtsverfahren derzeit von der Regierung auch dafür instrumentalisiert, gezielt die Opposition zu schwächen. Die Ergebnisse der neuen Modalitäten der RichterInnenwahl sind abzuwarten. Dadurch kann die Repräsentativität der Justizbeamten (Gender, Ethnizität, soziale Schichten) gestärkt werden. Jedoch besteht die Gefahr der Politisierung der Justiz und der Austragung politischer Kämpfe im juristischen Feld sowie der weiteren Polarisierung der bolivianischen Gesellschaft.

Die soziale Akzeptanz und die Legitimität der Justiz könnten durch die Reformen in den Bereichen der Menschenrechte, der Gleichheit vor dem Gesetz und durch neue partizipative Mechanismen verbessert werden. Die partizipativen Maßnahmen im Bereich der Justiz werden auf der einen Seite als Schritte zur „Demokratisierung der Justiz“ gefeiert.³⁴ Auf der anderen Seite sollte überprüft werden, welche Formen der Partizipation sich als besonders effektiv erweisen, um zur besseren (und gerechteren) Funktion der Justiz beizutragen.

Die Anerkennung und Förderung von indigenen Rechtsprechungssystemen und deren bessere Koordination mit staatlichen Institutionen birgt die Chance, kulturell bedingte Diskriminierung zu verringern und zu einer Gleichstellung indigener Bevölkerungsgruppen mit den Angehörigen der dominanten Gesellschaft beizutragen. In diesem Feld nimmt Bolivien eine weltweite Vorreiterrolle ein und die gegenwärtigen Versuche der Schaffung einer plurinationalen Justiz sind Teil eines experimentellen Staates, in dem neue Formen der staatlichen Institutionalität erst noch gefunden werden müssen.³⁵

34 Noguera Fernández, Albert. „Las formas contemporáneas de la justicia constitucional: modelos y diferencias“. Vortrag im Seminar zu Verfassung und Demokratie. Universidad Andina Simón Bolívar. La Paz, 29.10.2009.

35 Sousa Santos, Boaventura de (2007). *La reinvencción del Estado y el Estado Plurinacional*. Bolivia: CENDA – CEJIS – CEDIB.

Versuche der Dekolonisierung der Justiz und die Neudefinition der Rolle von Recht zu emanzipatorischen Zwecken können derzeit in Bolivien beobachtet werden. Jedoch sind gleichzeitig gegenläufige Tendenzen zu beobachten, die diesbezügliche optimistische Prognosen relativieren. Um die vielschichtigen rechtlichen, sozialen und politischen Prozesse verstehen zu können, sollte eine differenzierte Auseinandersetzung mit diesen Phänomenen – in den Rechtsnormen und in der Rechtswirklichkeit – stattfinden. Dabei kommen Spannungsfelder, Einschränkungen und Potenziale zum Vorschein, die zu weiterführenden Reflexionen Anlass bieten und die weit über den bolivianischen Kontext hinaus von Relevanz sind.

Almut Schilling-Vacaflor, Soziologin und Kultur- und Sozialanthropologin, Doktorat der Rechtsanthropologie, derzeit Research Fellow am GIGA Institut für Lateinamerika-Studien in Hamburg; schilling@giga-hamburg.de

Vorratsdatenspeicherung

Karol Felsner

1. Schutz der Vertraulichkeit

Am Anfang war die Vertraulichkeit der Kommunikation. Sie ist von der Europäischen Union zu wahrendes Grundrecht, da sie Teil des in Art 8 EMRK geschützten Privatlebens ist¹ und sich die EU bereits vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zur Achtung der Konventionsrechte verpflichtete.² Nun ist der Schutz personenbezogener Daten durch Art 8 Grundrechte-Charta und Art 16 AEUV sogar explizit Teil des europäischen Primärrechts. Doch wie steht es um die Ausprägung dieser Achtung der Vertraulichkeit im Sekundärrecht, konkret durch die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie? Und welche Möglichkeiten des Umgangs mit gegebenenfalls auch primärrechtswidrigen Vorgaben stehen den Mitgliedsstaaten offen?

2. Von alt zu neu

Eine ältere Regelung im Telekommunikationsbereich, die Richtlinie 2002/58/EG³ für den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, maß der Vertraulichkeit entsprechend Bedeutung zu und sah vor, dass den Providern eine Speicherung der Daten nur erlaubt werden dürfte soweit sie notwendig für die Erbringung des Dienstes oder die Gebührenabrechnung wäre. Dies hatte zur Folge, dass auch jene Informationen, die bei den Anbietern elektronischer Kommunikation unweigerlich erzeugt werden, um eine Verbindung herzustellen oä, grundsätzlich unverzüglich zu löschen waren. Art 15 derselben RL ließ verhältnismäßige gesetzliche Ausnahmen vom Speicherverbot zum Schutze der nationalen Sicherheit, der Landesverteidigung, der öffentliche Sicherheit und zur Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten zu. Die Regelung entsprach den üblichen Ausnahmeregelungen in der EMRK. Einige Mitgliedsstaaten machten von ihr Gebrauch und erließen infolge Speicheranordnungen, die allerdings voneinander abwichen. Um die Pflichten, die die verschiedenen Mitgliedsstaaten den Providern auferlegten, zu harmonisieren, wurde die Richtlinie 2006/24/EG über die Vorratsdatenspeicherung von Daten („Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie“) erlassen.⁴ Sie

1 Berka, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999), RZ 458.

2 Art 6 EUV-alt.

3 RL 2002/58/EG Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, EG 3 & 6.

4 RL 2006/24/EG zur Vorratsdatenspeicherung, Erwägungsgrund 5.

sollte gewährleisten, dass die auf Vorrat gespeicherten Daten den Strafverfolgungsbehörden für einen bestimmten Zeitraum zur Verfügung stünden, da sich die Vorratspeicherung von Daten in mehreren Mitgliedsstaaten insbesondere in schweren Fällen wie organisierter Kriminalität und Terrorismus als notwendiges und wirksames Ermittlungswerkzeug erwiesen habe.⁵ In Folge dieser Richtlinie ist die Speicherung der Kommunikationsdaten also nicht, wie zuvor, grundsätzlich verboten,⁶ sondern sogar angeordnet, damit die Daten für eine mögliche künftige – aber zum Zeitpunkt der Speicherung noch nicht konkret absehbare – Strafverfolgung zur Beauskunftung an die Polizei und Staatsanwaltschaft vorrätig sind.

3. Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie inhaltlich

Die Speicherung der Kommunikationsdaten soll für eine vom Mitgliedsstaat zu wählende Frist von sechs bis zu 24 Monaten erfolgen.⁷ Die maximale Speicherpflicht zu überschreiten ist jedoch denkbar. Ein Mitgliedstaat, in dem „besondere Umstände“ die Verlängerung der maximalen Speicherungsfrist für einen begrenzten Zeitraum rechtfertigen, kann die notwendigen Maßnahmen ergreifen.⁸ So stellen die in der RL 2006/24/EG vorgeschriebenen Speicherfristen an sich bloß eine Mindestspeicherdauer dar und führen zu keiner annähernd kompletten Harmonisierung der Providerpflichten.

Die Speicherpflicht erstreckt sich auf die Verkehrs- und Standortdaten⁹ aller Personen, die Dienste der Provider nutzen, für die die Speicherpflicht gelten soll. Es sollen Daten gespeichert werden, die Quelle und Adressat einer Nachricht identifizieren, die weiters Datum, Uhrzeit, Dauer und Art einer Nachrichtenübermittlung, das (mobile) Gerät und seinen Standort bestimmen.¹⁰ Die Speicherung betrifft nur Daten, die im Zuge der Bereitstellung der betreffenden Kommunikationsdienste ohnehin erzeugt oder verarbeitet werden.¹¹ Das bedeutet, dass nicht etwa der Name und die Anschrift des Angerufenen auch vom Provider der Anrufenden zu speichern sind. Außerdem dürfen laut Richtlinie keinerlei Daten auf Vorrat gespeichert werden, die Aufschluss über den Inhalt einer Kommunikation geben.¹²

5 RL 2006/24/EG, Erwägungsgrund 9.

6 RL 2002/58/EG, DatenschutzRL für elektronische Kommunikation, Art 6.

7 RL 2006/24/EG, Art 6.

8 RL 2006/24/EG, Art 12.

9 „Verkehrsdaten“ sind jene Daten, die zur Weiterleitung einer Nachricht an ein elektronisches Kommunikationsnetz oder zum Zweck der Fakturierung dieses Vorgangs verarbeitet werden; „Standortdaten“ geben den geografischen Standort des Endgeräts eines Nutzers eines öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienstes an.

10 RL 2006/24/EG, Art 5 Abs 1. Konkret sind das etwa Rufnummern oder Benutzerkennungen, Name und Anschrift registrierter Personen, zeitliche und örtliche Rahmeninformationen einzelner Nachrichtenübermittlungen sowie der An- und Abmeldung bei Internetzugangsanbietern und die während der angemeldeten Zeit zugewiesene IP-Adressen, in Anspruch genommene Internet- oder Telefondienste, IMSI und IMEI.

11 RL 2006/24/EG, Art 3.

12 RL 2006/24/EG, Art 5 Abs 2.

Diese Bemühungen, den Eingriff in das Grundrecht auf Privatsphäre klein zu halten, sind allerdings nicht von Erfolg gezeichnet. Denn gerade Verkehrsdaten sind dadurch, dass sie nach verschiedenen Datentypen aufgegliedert werden können, leicht automatisch analysierbar. Sie eignen sich zur Erstellung aussagekräftiger Persönlichkeitsprofile und stellen durch diese Möglichkeit eine besondere Gefahr für die Privatsphäre der von der Speicherung Betroffenen dar.¹³

4. Richtlinienanordnungen im Lichte des Artikel 8 EMRK

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) schützt die Privatsphäre in Art 8. Das bedeutet ein Recht darauf, unbeobachtet zu sein¹⁴ und umfasst nicht bloß den intimsten Bereich des Privatlebens, sondern privates Tun und Treiben an sich sowie Kontakte zu engen Bezugspersonen.¹⁵ Dementsprechend sind Verkehrsdaten, als integrales Element der Telekommunikation, geschützt.¹⁶ Bereits durch die Speicherung der Daten erfolgt ein Eingriff in den Schutzbereich des Art 8 EMRK. So erkennt der EGMR etwa im Urteil *Amann gegen die Schweiz*: „Die Aufbewahrung persönlicher Daten von Privatpersonen ist an sich bereits ein Eingriff in Art 8 EMRK. Irrelevant ist in diesem Zusammenhang, ob die aufbewahrten Daten ausgewertet wurden, ferner, ob deren Inhalt brisant war oder nicht, und ob die betroffene Person dadurch in irgendeiner Weise in Schwierigkeiten gebracht wurde.“¹⁷ Aus diesem Grund, und weil die Richtlinie auch bloß die Speicherung, nicht die Zugriffsmodalitäten auf die gespeicherten Daten regelt, ist die Speicherung selbst ins Zentrum der Prüfung zu stellen, und die Verhältnismäßigkeit dieses Mittels zur Erreichung des legitimen Zwecks, der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten, zu prüfen. Ein Eingriff in das Recht auf Privatsphäre gemäß Art 8 EMRK kann gerechtfertigt sein, wenn er gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist und einem in der Konvention aufgeführten legitimen Ziel dient.¹⁸ Diese grundlegenden Erfordernisse gelten für die Speicherung von Verkehrsdaten, soweit sie über das für die Erbringung der Kommunikationsdienstleistungen und andere legitime Geschäftszwecke Notwendige hinausgeht, genauso wie für jeden anschließenden Zugriff auf diese Daten für Strafverfolgungszwecke. In der politischen Auseinandersetzung wird dies allerdings weitgehend außer Acht gelassen: Die jeweiligen Erläuterungen behandeln erst die Freigabe der Daten als Eingriff in die Privatsphäre.¹⁹

13 Genauere Ausführungen hierzu finden sich in der Stellungnahme des Chaos Computer Clubs zur Vorratsdatenspeicherung im Rahmen des Verfahrens 1 BvR 256/08 vor dem BVerfG <http://213.73.89.124/vds/VDSfinal18.pdf> (6.1.2011).

14 *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar, S 340 RZ 6.

15 *Berka*, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999), RZ 458.

16 Vgl EGMR, 2.8.1984, *Malone v. the United Kingdom*, §§ 83–85.

17 EGMR, 16.2.2000, *Amann v Schweiz*, zit nach http://www.menschenrechte.ac.at/docs/00_2/00_2_02.

18 Art 8 Abs 2 EMRK.

19 Vgl etwa Erwägungsgrund 12 des Entwurfs für einen Rahmenbeschlusses 2004 (8958/04) „Die Fristen der Vorratspeicherung müssen in einem angemessenen Verhältnis zur Notwendigkeit solcher Daten für die Zwecke der Vorbe-

In Anbetracht dessen, dass es nicht bloß technisch versierten Personen möglich ist, sich einer Nachvollziehbarkeit zu entziehen, scheint die Eignung der Vorratsdatenspeicherung für ihren Zweck, die Strafverfolgung insbesondere in schweren Fällen wie Terrorismus und organisierter Kriminalität,²⁰ ungewiss. Doch da nicht davon ausgegangen werden könne, dass sich alle Personen, deren Daten für die Verbrechensbekämpfung geeignet sind, der Vorratsdatenspeicherung entziehen können, folgert man an anderer Stelle, dass das Vorhaben jedenfalls nicht offensichtlich ungeeignet sei.²¹ Gerade jenen, denen an der Umgehung aber tatsächlich etwas liegen könnte, die etwa lang geplante Verbrechen verüben wollen, wird nicht der Fehler unterlaufen, ihre Kommunikation einer Nachvollziehbarkeit und Überwachung durch Speicherung auszusetzen. Damit scheint das eigentlich genannte Ziel gerade nicht im Wirkungsbereich der Richtlinie zu liegen. Ob eine Speicherung der Kommunikationsdaten aller unbekümmerten Telekommunikationsteilnehmer nicht doch evident ungeeignet ist, Terrorismusbekämpfung und Verfolgung organisierter Kriminalität zu fördern, kann hier nicht abschließend festgestellt werden.

Auch für die Erforderlichkeit der Speicherung wurde seitens des europarechtlichen Gesetzgebers kein Beweis erbracht. Die Entscheidungsträger sahen sich offenbar nicht dazu veranlasst, obwohl die Beweislast, dass ein Eingriff in ein Grundrecht geeignet ist seinen Zweck zu erfüllen und in einer angemessenen Ziel-Mittel-Relation steht, generell den Staat, in diesem Fall den europarechtlichen Gesetzgeber trifft.²² Der europäische Datenschutzbeauftragte nimmt dazu Stellung, indem er unter anderem darauf hinweist, dass das Faktum der Nützlichkeit und Bedeutung eines Instruments für die Strafverfolgungsbehörden noch nicht zwangsläufig seine Notwendigkeit impliziere.²³ Der Schutz der Privatsphäre verlangt umgekehrt gerade, dass sich die Ausnahmen und Einschränkungen in Bezug auf den Datenschutz auf das absolut Notwendige beschränken.²⁴ Nur jener Eingriff kann als notwendig gelten und daher rechtmäßig sein, dem keine weniger intensive Alternative gegenübersteht. In Anbetracht auch der bereits bestehenden Ermittlungsmethoden sowie der – allerdings auch nicht gänzlich unproblematischen²⁵ – Alternative zur anlasslosen Vorratsdatenspeicherung, des „Quick Freeze“-Verfahrens²⁶, lässt sich auch die Erforderlichkeit in Frage stellen.

gung, Untersuchung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten sowie zum Eingriff in die Privatsphäre stehen, zu der eine solche Vorratsspeicherung *im Falle einer Freigabe* solcher Daten führen wird.“

20 Vgl. RL 2006/24/EG, Erwägungsgrund 9.

21 Vgl. *Boka, Feiler* Die Vorratsdaten-RL in *Zankl* Auf dem Weg zum Überwachungsstaat? (2009), S. 155.

22 Vgl. *Berka*, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich, RZ 128.

23 *Hustinx* 29.11.2005, Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten (2005/C 298/01), S. 2.

24 Vgl. EuGH 16.12.2008, *Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia*, Urteil C-73/07, RZ 56.

25 Da auch hier für die Speicherung kein richterlicher Beschluss vonnöten ist, lehnt etwa der CCC (Chaos Computer Club) das „quick freeze“-Verfahren ab. Vgl. Stellungnahme des Chaos Computer Club zur Vorratsdatenspeicherung v. 14.06.2009, <http://213.73.89.124/vds/VDSfinal18.pdf> (3.1.2011).

26 Vgl. Art 16 Cybercrime Convention (SEV Nr 185). Als „Quick Freeze“ wird die umgehende Sicherung vorhandener Daten auf behördliche Anordnung bezeichnet.

Haben die vorhergehenden Prüfungsschritte noch nicht zum Befund der Menschenrechtswidrigkeit der Maßnahme geführt, kommt es sodann zur Frage, ob das öffentliche Interesse am Eingriff in einem angemessenen Verhältnis zur Intensität des Eingriffs steht. Auch das wurde von den Entscheidungsträgern sehr schnell bejaht. Es heißt im Entwurf der Kommission, der Vorschlag stehe mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang, „da seine Auswirkungen auf die Bürger und die Wirtschaft so gering wie möglich gehalten“ würden. Außerdem beziehe sich dieses Rechtsinstrument ausschließlich auf die von den Anbietern elektronischer Kommunikationsdienste verarbeiteten Verkehrsdaten, und der Inhalt der elektronischen Nachrichtenübermittlungen sei vom Anwendungsbereich der Richtlinie ohnehin ausgenommen.²⁷ Doch die Kritik an dieser Ansicht weist mE die besseren Argumente auf. So muss die Eingriffsintensität ausgesprochen hoch angenommen werden, denn es werden die Kommunikationsdaten Millionen unbescholtener Bürgerinnen und Bürger verdachtsunabhängig gespeichert. Die Speicherung von Verbindungsdaten ist jener von Inhaltsdaten mindestens gleichzuhalten, da erstere wesentlich einfacher computerisiert analysierbar sind. Die leichte Umgehbarkeit der Maßnahmen, etwa durch Diensteanbieter außerhalb der EU für Internettelefonie und E-Mail, Anonymisierungsdienste, Wertkartenhandys, Telefonzellen, Internetcafés etc schmälert dagegen das öffentliche Interesse. Im Ergebnis stellt sich der umfassende Eingriff in die Privatsphäre aller Personen, die sich innerhalb der EU zeitgemäßer Kommunikationsmittel bedienen, für viele als bei weitem zu stark, als unverhältnismäßig dar.²⁸

5. Richtlinienanordnungen im Lichte des Artikel 6 EMRK

Die Unschuldvermutung, zuletzt ein eher durch unsäglichen Übergebrauch seiner eigentlichen Bedeutung etwas entkleideter Begriff, ist ein Menschenrecht. In der allgemeinen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26. August 1789 kam das Prinzip der Unschuldvermutung erstmals zum Ausdruck, „Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il été déclaré coupable“. Nun leitet es sich aus Art 6 Abs 2 EMRK ab.²⁹ Ein faires Verfahren, während dessen die Schuld der/des Beschuldigten noch nicht feststeht, bedarf Ermittlungsmaßnahmen, die auch dann noch zu vertreten sind, wenn ein/e Unschuldige/r von ihnen betroffen war. Indem es begründete Zweifel an der Unschuld einer/s BürgerIn/s bedarf, eines so genannten Verdachts, um das Sammeln von Beweisen zu legitimieren, deckelt die Unschuldvermutung die Zulässigkeit von Ermittlungsmaßnahmen. Im Hauptverfahren rückt die Unschuldvermutung die Beweislast

27 Vorschlag für eine RL 21.9.2005, 2005/0182 (COD); (SEK(2005) 1131).

28 Statt vieler: *Liebwald*, The New Data Retention Directive, MR-Int 1/06. *Boka, Feiler* Die Vorratsdaten-RL RL in *Zankl* Auf dem Weg zum Überwachungsstaat? (2009), 162. Rumänisches Verfassungsgericht (CCR) 8.10.2009, Entscheidung Nr.1.258.

29 „Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig.“

auf die staatliche Seite. Es liegt also nicht bei dem oder der Beschuldigten, jedes Indiz zu entkräften, sondern der Staat muss solange nach tragfähigen Beweisen suchen, bis genügend Material vorliegt, um keine Zweifel an einer Schuld bestehen zu lassen. Die Auflagen, denen behördliches Handeln unterliegt, und die berechnete Verpöntheit, der staatliche vorsorgliche Informationsbeschaffung ausgesetzt ist, werden nun umgangen, wenn Kommunikationsdaten, wie im Falle der Vorratsdatenspeicherung, zwar nicht von staatlichen Behörden selbst gespeichert werden, wohl aber bei den zur Speicherung angehaltenen Providern zur Beauskunftung an erstere bereitliegen. So bricht die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie – wenn sie nicht die gesamte Bevölkerung unter Generalverdacht stellt³⁰ – mit dem Grundsatz der Verdachtsgebundenheit von Beweisschaffung. Denn letzten Endes handelt es sich bei der Speicherung dieser Daten um eine staatliche Maßnahme, die der verdachtsgebundenen Beweissammlung geradezu gleichkommt. Denn für Provider, als Private, wird die Zulässigkeit zur Datenverwendung nur auf Grund eines Gesetzes begründet, das wiederum das Vorliegen der Daten für Polizeizwecke sicherstellt. Somit wird über die Erfordernis eines Verdachts hinweggesehen, obwohl Informationen einzig ihrer eventuellen Tauglichkeit als Beweismittel wegen gespeichert werden. Ein Staat jedoch, der zum Zwecke der Sicherheit schon vor dem Bestehen von Verdachtsmomenten über eine Person Daten sammelt, stellt das Prinzip der „Staatssicherheit“ über jenes „individuellen Freiheitsschutzes“.³¹

6. Gemeinschaftsrechtswidriger Gemeinschaftsrechtsakt

Mit Art 52 Grundrechtecharta verbürgt die EU ihren BürgerInnen ein mindestens der Tragweite der in der Konvention garantierten Rechte entsprechendes Schutzniveau. Eine Verletzung von Art 8 EMRK bzw Art 6 Abs 2 EMRK bedeutet daher gleichzeitig eine Verletzung der Art 8 bzw Art 48 Grundrechtecharta (Schutz personenbezogener Daten bzw Unschuldsvermutung) und somit eine Verletzung primären Gemeinschaftsrechts. In Anbetracht eben geschilderter Argumente kann man also durchaus zu dem Schluss kommen, dass der Fall gemeinschaftsrechtswidrigen Gemeinschaftsrechts in Form der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie eingetreten ist. Infolge stellen sich speziell zwei Fragen: Wie konnte es dazu kommen, zumal auch vor Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags (vgl ex-Art 6 EUV) bereits die Konventionsrechte garantiert wurden? Und wie können die verschiedenen AkteurInnen nun mit dem grundrechtswidrigen Rechtsakt umgehen?

30 So heißt es im Urteil des CCR (vgl FN 30): „Diese Maßnahme betrifft alle Personen gleichermaßen, unabhängig davon, ob sie eine strafbare Handlung begangen haben oder nicht, ob gegen sie ein Strafverfahren geführt wird oder nicht, was die Gefahr birgt, dass die Unschuldsvermutung ausgehebelt wird und alle Nutzer (...) a priori in den Verdacht der Begehung terroristischer oder sonstiger schwerer Straftaten geraten.“

31 Vgl *Albrecht*, Die vergessene Freiheit (2006) § 7 III. 3.

7. Entstehung und Evaluierung

Der Entstehungsprozess der Richtlinie ist durchaus interessant.³² Der Inhalt der RL wurde nämlich schon lange vor ihrem Beschluss diskutiert³³, bis schließlich, nach den Londoner Terroranschlägen 2005, die Richtlinie innerhalb eines Zeitraums von bloß drei Monaten – im bis dahin kürzesten Gesetzgebungsverfahren – von Rat und Parlament angenommen wurde. Dieses erhöhte Tempo könnte auch der Grund dafür sein, dass entgegen der üblichen Vorgehensweise auf die Einholung von Fachwissen durch die Konsultation Betroffener und auf eine Wirkungsanalyse verzichtet wurde. Unter betreffendem Punkt ist im Vorschlag der Kommission einzig vermerkt, externes Fachwissen werde nicht benötigt.³⁴

Wie von Anfang an vorgesehen, werden die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung, ihre Implementierung und deren Funktionieren evaluiert. Am 15. September 2010 hätte das Ergebnis vorliegen sollen³⁵, es lag jedoch bei Fertigstellung des Artikels noch nicht vor. Ein Bericht der europäischen Datenschutzgruppe liegt jedoch bereits vor. Darin wird festgestellt, die Richtlinie sei im Hinblick auf ihre Harmonisierungsabsichten gescheitert.³⁶ Die RL werde vielfach nicht richtig angewandt, insbesondere die Sicherheitsmaßnahmen würden breit variieren. Es wichen die nationalen Speicherpflichten stark voneinander ab, viele derselben lägen eindeutig unter den zwei Jahren, die die Richtlinie allgemein gestattet, so dass die Datenschutzgruppe zumindest eine Reduktion der maximalen Speicherdauer vorschlägt. Auch im bereits einsehbaren Entwurf des Evaluierungsberichts der EU-Kommission von April 2010 wird ersichtlich, dass das Durchschnittsalter abgefragter Daten bei 3–7 Monaten liegt, ja sogar eine Spitze in den ersten drei Monaten, während derer Verkehrsdaten vielfach zu Abrechnungszwecken sowieso noch vorhanden sind, aufweist („For the added value of older data, only anecdotal evidence is available.“³⁷).

Mit jährlich 131.560 Abfragen ist Tschechien Spitzenreiter was die Anzahl der Abfragen von Vorratsdaten in den verschiedenen Mitgliedsstaaten betrifft.³⁸ Im Durchschnitt, oder wenn nicht mehrfach dieselben Bürgerinnen und Bürger von den Abfragen betroffen waren, sind also über jeden hundertsten Tschechen schon Vorratsdaten abgefragt worden. Auch der staatliche Bericht aus Tschechien erklärt, dass der Gebrauch von Verkehrs- und Standortdaten grundlegende Ermittlungsmethode in allen Fällen schwe-

32 Genauerer diesbezüglich findet sich etwa im Vorblatt zum BIM-Entwurf zur TKG-Novelle 2010. <http://bim.lbg.ac.at/files/sites/bim/BIM-Entwurf%20TKG-Novelle%202010.pdf>; oder bei *Liebwald*, *The New Data Retention Directive*.

33 Forderung nach „Maßnahmen gegen die Hightech-Kriminalität“ schon 2000, vgl etwa KOM/2000/0890.

34 Vorschlag für eine RL 21.9.2005, 2005/0182 (COD).

35 Das ist vorgeschrieben in der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie, Art 14.

36 Vgl Artikel-29-Gruppe, WP 172, Report 01/2010, 13.

37 EU-Kommission, RoomDocument, Evaluation of the Directive 2006/24/EC, Kapitel 2.A.I.3., S 6. <http://www.vorratsdatenspeicherung.de/images/RoomDocumentEvaluationDirective200624EC.pdf> (4.1.2011).

38 EU-Kommission, RoomDocument, Evaluation of the Directive 2006/24/EC, Annex 5.

rer Verbrechen geworden sei. Es ist in Anbetracht dessen zweifelhaft, ob tatsächlich nur zu Ermittlungszwecken auf die Daten zugegriffen wurde, die im Sinne der Richtlinie auch die Speicherung rechtfertigen können, also bei schweren Straftaten, zu deren Verfolgung eine flächendeckende Speichieranordnung verhältnismäßig sein kann. Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass die Richtlinie bzw ihre Umsetzung tatsächlich mehr eine praktische Erweiterung im kriminaltechnischen Repertoire darstellt, als eine Maßnahme aufgrund geänderter gesellschaftlicher Bedingungen in Folge von Terroranschlägen.

8. Umgang und Möglichkeiten der Mitgliedsstaaten und Betroffenen

8.1. Klagsmöglichkeiten an den EuGH

Zur Bekämpfung rechtswidriger Rechtsakte der EU steht den Mitgliedsstaaten die Nichtigkeitsklage zur Verfügung.³⁹ Da die Annahme der Vorratsdatenspeicherung so rasch und mit Verweisen auf rezente Anschläge erfolgte⁴⁰, konnte der Eindruck entstehen, man habe es bei der in der ersten Säule⁴¹ der Europäischen Union beschlossenen Richtlinie, weniger mit einem Akt zu tun, der auf die langfristige Harmonisierung des Binnenmarktes abziele, als vielmehr mit einer Anlassgesetzgebung zur Erleichterung der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit, die allerdings in Form eines Rahmenbeschlusses zu ergehen gehabt hätte. Dieser Umstand war Anlass und Inhalt einer Nichtigkeitsklage durch die Republik Irland.⁴² Die Klage brachte vor, Art 95 EGV⁴³ sei die falsche Rechtsgrundlage für den Erlass der RL Vorratsdatenspeicherung. Der EuGH wies sie mit der Begründung ab, es habe schon vor dem Bestehen der diesbezüglichen RL nationale Regelungen der Vorratsdatenspeicherung gegeben. Die rechtlichen und technischen Unterschiede zwischen diesen hätten den freien Verkehr im Bereich elektronischer Kommunikationsdienste behindert. Folglich schaffe die Uneinheitlichkeit Hindernisse für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes für die elektronische Kommunikation. Vor diesem Hintergrund sei es gerechtfertigt, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber das Ziel, das Funktionieren des Binnenmarktes zu schützen, durch den Erlass von Harmonisierungsvorschriften auch diesen Inhalts verfolgte.⁴⁴

Die Klage Irlands bezog sich allein auf die Wahl der Rechtsgrundlage und nicht auf eine Verletzung der Grundrechte als Folge von mit der Richtlinie 2006/24/EG verbundenen Eingriffen in das Recht auf Privatsphäre. Eine diesbezügliche Nichtigkeitsklage wurde

39 Art 263 Abs 2 AEUV.

40 RL 2006/24/EG Erwägungsgrund 10.

41 Die Säulenstruktur der EU wurde mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon im Herbst 2009 abgeschafft.

42 EuGH 10.2.2009, *Irland/Parlament und Rat*, C-301/06.

43 Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben.

44 EuGH 10.2.2009, *Irland/Parlament und Rat*, C-301/06.

von keinem Mitgliedsstaat angestrengt, hätte aber binnen zwei Monaten ab Bekanntmachung ergriffen werden müssen⁴⁵. So steht diese Möglichkeit für die Geltendmachung der Primärrechtswidrigkeit der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie nicht mehr offen.

Eine andere Möglichkeit der Grundrechtskontrolle eröffnet sich mit Umsetzung in nationales Recht. Denn gegen das Umsetzungsgesetz kann von betroffenen BürgerInnen Verfassungsbeschwerde oä erhoben werden. Wird einem nationalen Höchstgericht aber eine Frage über die Gültigkeit oder Auslegung eines Rechtsakts der EU gestellt, so muss es diese an und für sich dem EuGH zu Vorabentscheidung vorlegen.⁴⁶ Mit der Umsetzung würde im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens also wieder eine Kontrolle der Rechtmäßigkeit möglich. In Anbetracht der Investitionen aber, die zunächst zur Bereitstellung von Einrichtungen zur Speicherung und der Abwicklung der Beauskunftung von Daten getätigt werden müssten,⁴⁷ stellt sich diese Variante als nicht besonders attraktiv dar.

Innerstaatliche Umsetzungen wurden zum Teil von Verfassungsgerichten aufgehoben. So hat als erstes Verfassungsgericht das rumänische die nationale Umsetzung 2009 für nichtig erklärt. Was unter dem Titel der Ausnahme vom Grundsatz des Schutzes persönlicher Daten und ihrer Vertraulichkeit geregelt werde, nämlich die Verpflichtung zur Vorratsspeicherung von Daten, beraube, so heißt es im Urteil, auf Grund seiner Art, seines Umfangs und seines Anwendungsbereichs diesen Grundsatz seines Inhalts. Im Fall einer Vorratsdatenspeicherung könne von Fernmeldegeheimnis und Meinungsfreiheit nicht mehr frei Gebrauch gemacht werden. Eine allgemeine Vorratsdatenspeicherung wecke in den Menschen die berechtigte Sorge um die Wahrung ihrer Privatsphäre und die Furcht vor einem möglichen Missbrauch. Die routinemäßige und die gesamte Bevölkerung betreffende Vorratsdatenspeicherung drohe die Unschuldsvermutung auszuhebeln, erkläre die gesamte Bevölkerung zu potenziellen Straftätern und erscheine exzessiv. Die Erfassung aller Verbindungsdaten könne „nicht als vereinbar mit den Bestimmungen der Verfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention erachtet werden“.⁴⁸

In Deutschland hatten 34.000 Personen Verfassungsbeschwerde gegen die Bestimmungen, die die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie in nationales Recht umsetzten, erhoben. Das Bundesverfassungsgericht nannte die betreffende Regelung der Vorratsdatenspei-

45 Art 263 Abs 6 AEUV.

46 Art 167 AEUV.

47 Schätzungen des BIM zufolge betragen die Erstinvestitionskosten zur Erfüllung der Speicherpflicht € 275.270, zur Einrichtung der Abfragemöglichkeiten € 131.200, jeweils pro Kundenstock von 500.000 Kunden eines „Modell-Internetdiensteanbieters“, der Internet-Zugang, E-Mail Dienst und Internet-Telefonie bereitstellt. Jedes Jahr entstünden weitere Betriebskosten von insgesamt € 465.960 pro 500.000 Kunden. Vgl Vorblatt des BIM-Entwurfs zur TKG Novelle 2010 (11.9.2009), S 20.

48 Vgl CCR 8.10.2009, Entscheidung Nr.1.258. Deutsche Übersetzung und Zusammenfassung des Urteils: <http://www.vorratsdatenspeicherung.de/content/view/342/79/> (6.1.2011).

cherung in Deutschland verfassungswidrig und erklärte die Bestimmungen im März 2010 für nichtig.⁴⁹ Eine Vorlage an den EuGH nahm es nicht vor. Die Provider hatten alle gespeicherten Daten zu löschen. Das Urteil führt jedoch andererseits auch aus, dass eine sechsmonatige anlasslose Speicherung von Verkehrsdaten für qualifizierte Verwendungen im Rahmen der Strafverfolgung, der Gefahrenabwehr und der Aufgaben der Nachrichtendienste mit Art 10 GG, dem Briefgeheimnis sowie dem Post- und Fernmeldegeheimnis nicht schlechthin unvereinbar sei. Doch handele es sich bei einer solchen Speicherung um einen besonders schweren Eingriff mit einer Streubreite, wie sie die Rechtsordnung bisher nicht kenne. Die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit einer vorsorglichen anlasslosen Speicherung der Verkehrsdaten setze deshalb notwendig voraus, dass diese eine Ausnahme bleibe.⁵⁰ Es wird ebenfalls sehr präzise dargestellt, dass – und teils auch in welcher Weise – zur grundrechtskonformen Einführung einer Vorratsdatenspeicherung Regelungen zur Datensicherheit, zur Begrenzung der Datenverwendung, zur Transparenz und zum Rechtsschutz notwendig seien.

In Österreich wurde die Richtlinie bislang nicht umgesetzt⁵¹, dementsprechend ist es im Juli 2010 zur – folgenlosen – Verurteilung durch den EuGH gekommen. Die Pflicht zur Umsetzung von Richtlinien ergibt sich aus Art 288 AEUV und so hat der EuGH einer Vertragsverletzungsklage durch die Kommission stattgegeben und am 29. Juli 2010 festgestellt, die Republik Österreich habe gegen ihre Verpflichtungen aus der RL zur Vorratsdatenspeicherung verstoßen, da sie nicht alle Rechts- und Verwaltungsvorschriften erlassen habe, die erforderlich seien, um dieser nachzukommen.⁵² In der österreichischen Klagsbeantwortung wurde versucht mit der Inzidenzeinrede nach Art 277 AEUV⁵³, eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie anzustoßen. Doch nach der Rechtsprechung des EuGH ist es nicht möglich, einen Rechtsakt der Gemeinschaft, den mit der Nichtigkeitsklage zu bekämpfen möglich gewesen wäre, im Rahmen eines anderen Verfahrens anzugreifen, da ansonsten die Fristen der Art 263 AEUV allzu leicht umgehbar wären.⁵⁴

49 BVerfG 2. März 2010, *Urteil zur Vorratsdatenspeicherung*, 1 BvR 256/08.

50 BVerfG 2. März 2010, *Urteil zur Vorratsdatenspeicherung*, 1 BvR 256/08, RZ 218.

51 Doch existiert bereits ein Entwurf des Infrastrukturministeriums vom 26.7.2010 zur Umsetzung im Wege einer Novelle des TKG, der aber vermutlich in Abwartung des Evaluierungsergebnisses noch nicht eingebracht wurde. Diesem voraus ging der Ministerialentwurf 117/ME XXIV vom 20.11.2009, zu welchem 188 Stellungnahmen eingingen.

52 EuGH 29.7.2010, *Europäische Kommission/Republik Österreich*, C-189/09.

53 Art 277 AEUV: „Ungeachtet des Ablaufs der in Artikel 263 Absatz 6 genannten Frist kann jede Partei in einem Rechtsstreit, bei dem die Rechtmäßigkeit eines von einem Organ, einer Einrichtung oder einer sonstigen *Stelle der Union* erlassenen Rechtsakts mit allgemeiner Geltung angefochten wird, vor dem Gerichtshof der Europäischen Union die Unanwendbarkeit dieses Rechtsakts aus den in Artikel 263 Absatz 2 genannten Gründen geltend machen.“

54 EuGH 15.2.2001, C-239/99.

8.2. Zulässigkeit staatlichen Ungehorsams

Es wäre auch denkbar, zu argumentieren, die Mitgliedsstaaten dürften nicht stupide alle Rechtsakte der Europäischen Union mittragen und umsetzen. Freilich, ein Wahlrecht in Bezug auf jede einzelne Maßnahme wird den Regierungen der Mitgliedsstaaten nicht zukommen können. Von der Akzeptanz der Grundprinzipien der Union lässt sich schließlich auch die Anerkennung weiterer Rechtsakte ableiten. Jedoch könnte der Gehorsam gegenüber Gesetzen davon abhängig gemacht werden, ob diese eben im Lichte der anerkannten Prinzipien auch tatsächlich als legitim oder bloß als legal zu betrachten sind.⁵⁵ Über diese Argumentation eine legitime Verweigerung der Umsetzung zu begründen, wäre zu erwägen. Die Konsequenzen der Nichtumsetzung sind dann im schlimmsten Fall Strafzahlungen, deren Drohpotential beschränkt ist.⁵⁶

8.3. Möglichkeiten durch den EU-Beitritt zur EMRK

An dieser Stelle ist abermals auf die dürftige Möglichkeit der Staaten, nachträglich grundrechtliche Bedenken geltend zu machen, hinzuweisen. Durch den Beitritt der EU zur EMRK⁵⁷ aber könnte nun doch eine dem EuGH übergeordnete Instanz geschaffen werden. Denn neben Individualbeschwerden sieht die EMRK auch Staatenbeschwerden vor, deren Erhebung typischer Weise keine individuelle Betroffenheit verlangt. Zu dieser genügt es, wenn ein Gesetz existiert, das Maßnahmen einführt, anordnet oder zulässt, die mit den in der Konvention geschützten Rechten und Freiheiten unvereinbar sind.⁵⁸ Wenn das Gesetz klar und präzise genug formuliert ist, um den Verstoß unmittelbar deutlich zu machen, bedarf es keiner der Beschwerde vorhergegangenen Exekutivhandlung. In diesem Lichte scheint es durchaus zu begrüßen, nicht den auf Auslegung des Unionsrechts spezialisierten EuGH Letztinstanz in der Beurteilung von Menschen-

55 Vgl. *Habermas*, Die Neue Unübersichtlichkeit, S 79ff (Ausführungen zum zivilen Ungehorsam).

56 Der *Grundbetrag pro Tag*, den ein Verstoß andauert, ist mit 500 Euro festgesetzt. Er wird mit einem Koeffizient der *Schwere des Verstoßes*, von 1 bis 20 und einem der *Dauer des Verstoßes* (vergangene Zeit seit dem Ersturteil) von 1 bis 3 multipliziert. Ein weiterer berücksichtigt die Zahlungsfähigkeit des Mitgliedstaats und beträgt für Österreich den Wert 5,1 (Vgl. Amtsblatt der EU, 28.2.1997, Nr. C 063, S. 0002–0004, 3.1.). Die Kriterien, anhand deren Vorliegen das Ausmaß der Schwere gewertet wird, treffen auf den Verstoß Österreichs gegen die Vorratsdatenspeicherung zum größten Teil nicht zu. Es resultieren etwa keine nicht wieder gutzumachenden Schäden für die Volksgesundheit oder Umwelt aus der Nichtumsetzung. Bei der Annahme eines Schwerekoeffizienten von 8, und 1 für die Dauer des Verstoßes, da das Feststellungsurteil erst im Juli ergangen ist, und der Multiplikation der beiden mit einander und mit 500 und 5,1 folgt als Ergebnis, dass bei einer etwaigen Verurteilung ein Zwangsgeld von € 20.400 pro Tag ins Haus stünde. Im Jahr betrügen die Strafzahlungen sodann € 7.446.000. Demgegenüber stehen die Einsparungen der Investitionen und andauernden Aufwendungen durch die Nichtumsetzung. Bei 8.000.000 Kunden österreichweit wären das in etwa € 6.503.040 für Erstinvestitionen und € 7.455.360 an laufenden Kosten (Grundlage der Rechnung sind die Zahlen des BIM Entwurfes, s.o.). Die Differenz aus Zwangsgeld (€ 7.446.000) und Einsparung (€ 7.455.360) ergeben die tatsächlichen „Strafzahlungen in Millionenhöhe“. Diese würden sich dieser Rechnung zufolge auf negative € 9.360 im Jahr, eingesparte neuntausend Euro belaufen.

57 Beginn der Beitrittsverhandlungen, EUbusiness v 7.7.2010, <http://www.eubusiness.com/news-eu/europe-rights.5h3/> (4.1.2011).

58 *Frowein in Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar, S 520, RZ 11.

rechtsverletzungen durch die Europäische Union werden zu lassen. Denn um eine Einhaltung der Verpflichtungen sicherzustellen, welche die Unterzeichner der Menschenrechtskonvention übernommen haben, wurde der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) errichtet. Es besteht mE kein Grund zu der Annahme, andere Vertragsparteien wären eher geneigt, die Menschenrechte zu verletzen, als die EU. Aus diesem Grund sollte eine Unterstellung derselben unter den EGMR das Ergebnis der Beitrittsverhandlungen nach dem Lissabonner Vertrag sein. Das hätte auch eine Stärkung der EU als Grundrechtsinstanz zur Folge, denn diese erschiene nur halb so glaubwürdig, wenn sie sich der Grundrechtskontrolle durch eine umfassendere Instanz entzöge.

9. Am Ende noch Vertraulichkeit der Kommunikation

Noch ist ungewiss, ob das Ergebnis der Evaluierung der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie nicht doch deren Rücknahme sein wird oder ihre Ersetzung durch eine weniger in die Privatsphäre eingreifende Alternativregelung, die die Anforderungen der Verhältnismäßigkeit erfüllt.⁵⁹ Auch wenn nicht, können neue Verfahren vor nationalen Verfassungsgerichten und Vorlagen an den EuGH oder gar der EU-Beitritt zur EMRK und in Folge eine Überprüfung durch den EGMR die Aufhebung der Richtlinie bewirken oder ihre jeweiligen Ausprägungen in nationalen Umsetzungen beseitigen.

Unabhängig davon wird das aktive Vorantreiben einer Änderung der Regelung durch die immerhin sieben Staaten, die die Richtlinie nicht umgesetzt haben, vielleicht eine neue politische Willensbildung anstoßen können.

Im Zweifel für die anerkannten Prinzipien des Schutzes der Vertraulichkeit und der Verdachtsgebundenheit von Beweisbeschaffung.

Im Zweifel gegen die pure Legalität.

Karol Felsner studiert Rechtswissenschaften in Wien und arbeitet zum Thema Vorratsdatenspeicherung für ARGE Daten und Quintessenz; karol.felsner@chello.at

⁵⁹ Vgl Forderung des europäischen Datenschutzbeauftragten Peter Hustinx, Rede vom 3.12.2010 *The moment of truth for the Data Retention Directive*, gehalten bei der Konferenz zur Evaluierung der RL.

(Post)Neoliberale Rechtsordnung

Nikolaus Dimmel

1. (Post)Neoliberale Rechtsordnung – eine Ortsbestimmung

Das neoliberale Rechtsdenken oszilliert im Spannungsverhältnis zwischen drei Regulierungsstrategien. Da ist zum Ersten eine marktfundamentalistische Wirtschafts- und Ordnungspolitik. Dazu gehören in rechtspolitischer Perspektive etwa Erweiterungen der Vertragsfreiheit, die Ausdehnung privater Eigentumsansprüche, Maßnahmen der Verwertbewerblichung, selektive Reduktionen ökonomischer Haftungsrisiken etwa im Krida-Bereich sowie die normative Festschreibung von Konsumentensouveränitätsideologien. Zum Zweiten lässt sich eine soziale Risiken repressiv-individualisierende wie re-familialisierende Sozial-, Arbeitsmarkt- und Gesellschaftspolitik (*Mosler 1999*) ausmachen, zu der Workfare-Modelle wie Hartz IV oder die Bedarfsgeprüfte Mindestsicherung, rechtspolitische Maßnahmen zur Refamilialisierung von Pflege und Arbeitsmarkterferne oder zur Atypisierung und Prekarisierung von Arbeitsverhältnissen zu zählen sind (*Dixon 2000*). Zum Dritten ist hierfür eine präventiv ausgestaltete, zunehmend privatisierte Politik der sozialen Kontrolle und inneren Sicherheit kennzeichnend. Hierzu gehören repressive, an ökonomischen Verwertungsprinzipien festzumachende Asyl- und Niederlassungsregeln, Maßnahmen zur Kontrolle öffentlicher Räume, die Privatisierung von Sicherheitsdiensten, Regelungen erweiterter Polizierung wie die Vorratsdatenspeicherung oder das präventionsstaatliche Polizeirecht etwa in Form des präventiven polizeilichen Gewahrsams.

2. „Jungle Law“ – zum Modell des „neoliberalen Rechts“

Pointierterweise basiert das neoliberale Rechtsdenken auf einem negativen Menschenbild (*Messner 1995*), nämlich der Annahme endemischer Korruption, weshalb Politik und Wirtschaft des öffentlichen Sektors weitgehend reduziert und durch die Selbststeuerung des Marktes ersetzt werden sollen (*Frank 2001*). Folgerichtig werden Staat und Recht als „part of the problem, not the solution“ (*Green 1995, 245*) verstanden. Konsequenterweise gilt regulatorische Staatstätigkeit, die in Anlehnung an *Nozick's* „minimal state“ (*Wolff/Nozick 1991*) über jenes Mindestmaß hinausgeht, welches zum straf- und sicherheitspolizeilichen Schutz von Eigentums- und Aneignungsverhältnissen sowie zur Durchsetzung einer abstrakten Lohnarbeitspflicht in ‚Workfare-Programmen‘ (*Dimmel 2000; Wyss 2009*) erforderlich ist, als wirtschaftspolitisch schädlich. Folgerichtig fo-

kussiert die sozialpolitische Modernisierungsstrategie auf Issues wie Gleichbehandlung, Antidiskriminierung oder Freizügigkeit (Bernhard 2010), also jene Topoi, in denen die bürgerliche Vertragsrechtsillusion (Gephart 1993, 318 f) des Äquivalententausches fortgeschrieben wird. Zugleich werden Fragen der Gerechtigkeit oder Umverteilung auf radikale Weise repressiv individualisiert, so wenn Friedman (1962, 12 f) vorschlägt, „to leave the ethical problem for the individual to wrestle with.“

Das (De)Regulierungskonzept des Neoliberalismus (Gerber 1994; Walpen 2004, 2005; Ptak 2004, 2007) spiegelt einen fundamentalen inneren Widerspruch zwischen der grundsätzlichen Kritik an der Ineffizienz, Wachstumbehinderung und Freiheitsbeschränkung des Rechts einerseits und dem Ruf nach einem autoritär gesetzten deliberativen Recht, weshalb schon Rüstow (1932, 64) vom Paradox eines „liberalen Interventionismus“ gesprochen hat. Tatsächlich muss das rechtspolitische Programm des Neoliberalismus als wirtschaftspolitisches Interventionskonzept (Willke 2003) verstanden werden. Die neoliberale Rechtspolitik hat sich zwar der Abschaffung preisrechtlicher Kontrollen, der Deregulierung finanzmarktrechtlicher Schranken, der Abschaffung normativer Handelsbarrieren, der Privatisierung von vordem staatlichen Unternehmen sowie der kontraktuellen Auslagerung staatlicher Aufgaben (Tickell/Peck 1995; Ashar 2008) verschrieben. Zugleich aber erfordert ihr sicherheits-, sozial- und arbeitsmarktpolitisches Konzept den grundrechtlich riskanten Ausbau von Kontroll-, „Surveillance“- und Disziplinierungsagenturen (Harvey 2005; Atzmüller 2008, 2009), vor allem zur Steigerung der Beschäftigungsfähigkeit und Durchsetzung einer ökonomisch rationalen Lebensführung (Nadai 2009), etwa wenn öffentliches ‚Imperium‘ (Hoheitsrechte) und staatliche Eingriffskompetenzen sukzessive an Private übertragen werden (Lange/Schenk 2004). Der neoliberale Staat setzt die vorgeblich ‚spontane Ordnung‘ des Marktes (Gertenbach 2007, 73 ff), die mit einer Refeudalisierung sozialer Ungleichverhältnisse gleichzusetzen ist, autoritär intervenierend durch. Dies wird begleitet von Entrechtlichungs-Maßnahmen in Form der Schaffung rechtsfreier Räume sowie der Inszenierung von Unregierbarkeitskrisen, in denen mittels Anlassgesetzgebung bestehende Solidarinstitutionen ausgehöhlt werden. Im Ergebnis hat das neoliberale Rechtsdenken zwar die Einschränkung staatlichen Handelns zur höchsten politischen Maxime erhoben, nutzt tatsächlich aber Verrechtlichungsstrategien mit Mitteln des autoritären Staates extensiv (Hilgendorf 2009), weshalb ungeachtet aller Rechtsbereinigungsprozesse (Schneider 1982, 89 ff) das Anwachsen des Rechtsstoffes ungebrochen anhält.

Die Doppelbödigkeit dieses Rechtsdenkens tritt gerade auch im Kontext von Rechtsbegründungsdiskursen, nämlich dem Konzept der „deliberativen Demokratie“ zu Tage. Darin wird die formal-partizipatorische Öffnung demokratischer Verfahren als ‚juristische Illusion‘ ohne Bedachtnahme auf sozialökonomisch bedingte Sprechpositionen proponiert (Lösch 2005). Die hier stattfindende Übertragung des Marktmodells auf demokratische Entscheidungsfindungsverfahren spiegelt einen Grundbaustein neoliberalen Rechtsdenkens, nämlich die kategoriale Vermarktlichung von Rechtspositionen

sowohl auf der Ebene des Rechtssetzungsprozesses durch Lobbyingprozesse (*Dagger/Kambeck* 2007; *Coen/Richardson* 2009), auf der Ebene der Rechtsgeltung durch die systematische Ausblendung der Rechtswirklichkeit und die Hegemonie symbolischer Gesetzgebung (*Voß* 1989; *Neves* 1999; *Rustemeyer/Emrich* 2000, 127 ff) als auch auf der Ebene des Rechtsanwendungsprozesses.

In den drei Regulierungssphären der Rechtsordnung (das Private, das Öffentliche, die Strafe) fügt das neoliberale Rechtsdenken quer zu den etablierten Geltungscodes, die im Übergang von formaler zu materialer und von dort zu prozeduraler Rationalität (*Raiser* 2007, 355 ff) oder als Verknüpfung von konditionaler und finaler Steuerung (*Öhlinger* 1982) diskutiert werden, zwei neue Achsen ein, nämlich einerseits den Übergang von materialer zu utilitärer Rationalität, andererseits den Übergang von generalisierter zu situativer Gerechtigkeit. Im Kontext des „New Public Management“ (*Walkenhaus/Voigt* 2006, 377 ff) unterliegt die Setzung und Anwendung von Recht nicht mehr nur dem generalisierten Gebot der Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit, was sich in einer obligatorischen Gesetzesfolgenabschätzung ausdrückt (*Konzendorf* 2006), sondern auch einer kategorialen „Outcome“-Orientierung (*Mai* 2006; *Kegelmann* 2007, 195 ff), die das Verwaltungsermessen inhaltlich steuert und zum Rechtsstaatlichkeitsgebot sperrig querliegt.

Am Beispiel des Privatrechts unterstreicht *Teubner* (1998, 234 f), dass die Schockwellen der Privatisierung des Öffentlichen sukzessive das moderne, policy-orientierte Privatrecht fragmentieren, während *Ortmann* (2007, 172 ff) als Folge des neoliberalen Projektes der Übersetzung von Recht in die situativen Geltungszusammenhänge der „contracting worlds“ überhaupt eine Zersetzung der normativen Idee der Privatautonomie attestiert. Es kommt für die Frage der rechtlichen Beurteilung eines Vertrages im Weiteren nicht mehr primär auf den Inhalt, sondern darauf an, wer den Vertrag schließt. Dies indiziert nicht bloß eine Irrationalisierung rechtlicher Austauschbeziehungen, sondern auf ambivalente Weise auch eine Rückkehr zu vordemokratischen Vertragsbeziehungen, in denen sozialer Status den Kontrakt gleichsam vorordnet (*Toens* 2003). Die damit verbundene paradoxe Re-Moralisierung des Rechts wird insbesondere im Sexual(straf)recht deutlich (*Duggan/Hunter* 2006), in der sich eine Koinzidenz zwischen neoliberaler Marktöffnung und sexueller bzw reproduktiver Repression (*Rofel* 2007) rekonstruieren lässt.

Im Ergebnis existiert kein liberales Rechtsmodell vergleichbar dem Rechtspositivismus oder Naturrecht (*Rittner* 1980). Die inneren konzeptionellen, kulturellen und ideologischen Widersprüche zwischen Marktradikalität und brachialem Interventionismus zur Durchsetzung monopolkapitalistischer Aneignungsverhältnisse (*Couldry* 2010, 5 ff) lassen die Rechtsidee des Neoliberalismus im Grunde genommen auf ein Mimikry mikroökonomischer Übervorteilungstaktiken zusammenschnurren. Überdies bleibt unverstanden, dass Rechtstraditionen über eine erhebliche Widerständigkeit und relative Autonomie verfügen, welche sich dem unmittelbaren Zugriff durch politisch-symbolische Paradigmenwechsel entziehen (*Glenn* 2007).

3. Hybride Praxis des neoliberalen Rechts

Dort, wo tatsächlich Maßnahmen der Deregulierung und Flexibilisierung rechtlich implementiert wurden, fand dies uneinheitlich (segmentiert), widersprüchlich und ungleichzeitig (fraktal) statt (Walkenhaus/Voigt 2006; Kutscha 1998). Die rechtsvergleichende Betrachtung (Riesenhuber 2006) zeigt etwa auch, dass neoliberale Strategien in Richtung einer Vereinheitlichung des Europäischen Privatrechts, um Anschlussfähigkeit zwischen Märkten herzustellen, tatsächlich auf höchst unterschiedlichen nationalen Pfaden und in unterschiedlicher Weise implementiert werden. Auch im Kontext globalisierter Dependenzbeziehungen (Stiglitz 2003) kommt es zu regulatorischen Differenzierungen zwischen den kapitalistischen Metropolen einerseits und der Peripherie transnationalisierter Kapitalakkumulation (Schmalz 2009) als einer „Verdichtung sozialer Kräfteverhältnisse zweiter Ordnung“ (Brand/Görg/Wissen 2007, 226).

Tatsächlich weichen die ‚features‘ neoliberaler Wirtschaftsverfassungen hinsichtlich der Zulässigkeit interventionistischer Marktordnungsmechanismen erheblich voneinander ab (Völter 200, 253 ff). Überdies nimmt das neoliberale Rechtsdenken in jeweiligen Rechtskreisen bzw. Rechtskulturen (chinesisch; angelsächsisch; kontinentaleuropäisch) jeweils unterschiedliche Ausprägung an (Perez-Perdomo/Friedman 2003; Schmidt 2008). Selbst „freie Märkte“ haben also unterschiedliches Design (Prasad 2006). Hall/Soskice (2001), Crouch (2005) oder Schmidt (2002) beschreiben nicht nur Verrechtlichungsvarianten ein und derselben neoliberalen Deregulationsnorm, sondern unterschiedliche Regulationsweisen. Selbst innerhalb eines Rechtskreises lassen sich unterschiedliche nationale Rechtskulturen, etwa hinsichtlich der Sozialpflichtigkeit von Eigentum, ausmachen (Hadiz 2006). Auch dort, wo transnationale ‚law firms‘ als „repeat player“ (Erhard Blankenburg) aufgrund ihrer einheitlichen Vorgangsweisen, Vertragsschablonen und Rechtsdurchsetzungsstrategien zur Thematisierung und Mobilisierung von Recht eine Rechtskultur globaler Geschäftstransaktionen herausarbeiten, bleiben kontextuelle Unterschiede bestehen (Arthurs 2001). Zweifellos nimmt der quantitative Stellenwert der internationalisierten „commercial arbitration“, also der Handelsschiedsgerichtsbarkeit außerhalb staatlicher Gerichte, mit steigender Außenhandelsverflechtung zu; doch bleiben Konzepte staatlicher Souveränität nach wie vor auch im internationalen Privat- und Handelsrecht wirksam (Lynch 2003, 61 ff). Und selbst stilprägende Elemente wie das „Zero Tolerance Model“ als Ausdruck neoliberaler Polizierung werden etwa in Europa gänzlich andersartig appliziert als dies im kriminalpolitischen Laboratorium New York City der Fall war (Punch 2007). Geläufig schließlich sind Hinweise auf die endemische Disparität der Umsetzung von EU-Richtlinien zum Asylrecht (Peek 2010). Auch auf einzelstaatlicher Ebene herrscht Uneindeutigkeit: im österreichischen Privatrecht kommt es zu einer Liberalisierung im Mietrecht (Ende regulierter, ‚gedeckelter‘ Mieten und deren Ersetzung durch frei vereinbarte Mietzinse) – zugleich aber zu einer Ausweitung/Verbesserung des Konsumentenschutzes sowie einer Ausweitung der Ge-

fährdungshaftung (*Graf* 1999). Im Sozialrecht kommt es zu einer sukzessiven Verschärfung im Leistungszugang, zu einer Verdrängung von Pflichtleistungen in Kannleistungen – zugleich aber zu einer präventiven Ausdifferenzierung von Behindertenrechten sowie Kinderschutzrechten. Marktradikale Liberalisierungen in Konsumbeziehungen gehen mit funktionalen Ausweitungen des Konsumentenschutzes einher (*Weatherill* 2005), was sich etwa auch beim Verbraucherschutz im E-Commerce (*Seiler* 2006) spiegelt. Während sich die Maßnahmen und Strukturen repressiver sozialer Kontrolle zielgruppenbezogen ausdifferenzieren (*Singelnstein/Stolle* 2008, 50 ff), kommt es zu einem Ausbau von Rechtsschutzpositionen gegenüber sozial-kontrollierenden Zugriffen wie im Bereich des Heimaufenthaltsrechts. Während die Sozialdienstleistungen der Behindertenhilfe ökonomisiert werden (*Schäper* 2006), kommt es zu einer Ausdifferenzierung des (verfassungsrechtlich abgesicherten) Antidiskriminierungsrechts. Die Rhetorik der neoliberalen Ab- und/oder Umbaustrategie des leistenden und gestaltenden Rechtsstaates stimmt folglich nicht mit den tatsächlichen Aus- oder Umbauprozessen (*Schmidt* 2005; *Lavalette/Pratt* 2006, 18 ff) überein.

4. Postneoliberale Rechtsordnung?

Das neoliberale Rechtsdenken kann keine hegemoniale Stellung in Form einer Re-Systematisierung der Rechtsordnung beanspruchen. Was seine demokratische Legitimationsstrategie betrifft, ist es Bestandteil einer „Post-Demokratie“ (*Crouch* 2009). Darin setzt eine Oligarchie bestehend aus politischer Klasse und Kapitalverwertungsagenten (*Ranciere* 2007) an die Stelle bürgerlicher Öffentlichkeit, Räson, Partizipation oder Affirmation die Gouvernementalität der Selbstregierung unter Vermarktlichungsbedingungen. An die Stelle der proaktiven Legitimation tritt die apathische Duldung rechtspolitischer Entscheidungen durch die Subalternen (*Jörke* 2005). Diese „Scheindemokratie“ (*Ritzi/Schaal* 2010) nutzt Legitimationsverfahren nur noch symbolisch oder instrumentell, da die Tätigkeit des Regierens mit Recht in von Kapitalvertretern dominierten (Experten)Kommissionen prozeduralisiert worden ist (*Fisahn* 2008) oder, was etwa die Schiedsgerichtsbarkeit betrifft, direkt an Wirtschaftsunternehmen verlagert wurde (*Erkan/Oguz* 2009). Souveränität leitet sich damit nicht mehr aus der Summierung kollektiven Willens und deren Übersetzung in einen parlamentarischen Diskurs, sondern aus ökonomischen Sachzwängen ab (*Guéhenno* 2004). Die damit einhergehende Verbetriebswirtschaftlichung der Rechtssetzung und Rechtsanwendung (*Leubolt* 2010) entmachtet den Gesetzgeber und führt zur Verlagerung der Regulierungszugriffe auf die Ebene von (gesetzesergänzenden/gesetzesersetzenden) Verordnungen, von Exekutiv- und Judikativapparaten, was *Thaler* (2010, 164 ff) trefflich als „Übergang zur kommissarischen Verwaltung“ rekonstruiert hat.

Neoliberal affizierte Herrschaftsansprüche benötigen im Selbstverständnis folglich weder affirmative Zustimmung noch demokratisch-kontrollierte Institutionen, sondern

Markt- und institutionalisierte Sachzwänge (Karrass 2008). Dementsprechend knüpft das neoliberale Rechtsdenken auch nicht länger an der Dialektik von ‚citoyen‘ und ‚bourgeois‘ (Kofler 2000, 122 f; Stock 2005, 64 ff) oder an der Idee des Rechts als eines historischen Kompromisses zwischen Akteuren wie Arbeit und Kapital oder Staatsbürger und Obrigkeit (Ogorek 2008) in historischen, beweglichen Konflikten an. Vielmehr macht es de-historisiert an den als Rechtsinstituten ausgebildeten Funktionsimperativen der Mikrophysik des Marktes fest. Dementsprechend meint es auf das Postulat einer irgend gearteten Einheit (Meyer 1984) oder Reinheit des Rechts im Sinne formaler Konsistenz (Kriings 2010) verzichten zu können. Da der entgrenzte Markt und seine Emergenz in diesem Denken weder mit Vernunft noch mit empirisch hinterlegten Nutzenbefunden legitimiert zu werden braucht, weil er selbst schon (wahnhaft) die Institution gewordene Vernunft geworden ist, kann er durch die Brille der politischen Klasse betrachtet gleich-gültig auch staatlich-autoritär veranstaltet werden (Butterwegge/Lösch/Ptak 2007, 33 f).

DDr. Nikolaus Dimmel ist ao. Univ.-Prof. am Fachbereich für Sozial- und Wirtschaftswissenschaften der Juridischen Fakultät der Universität Salzburg; nikolaus.dimmel@sbg.ac.at

Literaturverzeichnis

- Arthurs, H. (2001): The Role of Global Law Firms in Constructing or Obstructing a Transitional Regime of Labour Law; in: R. Applebaum / W. Felstinger / V. Gessner (Hg): Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions, Portland, S 273 ff.
- Ashar, S. (2008): Law Clinics and Collective Mobilization; in: Clinical Law Review Nr 14, S 355 ff.
- Atzmüller, R. (2009): Aktivierung statt Vollbeschäftigung. Die Entwicklung der Arbeitsmarktpolitik in Österreich; in: C. Hermann / R. Atzmüller (Hg): Die Dynamik des „österreichischen Modells“. Brüche und Kontinuitäten im Beschäftigungs- und Sozialsystem, Berlin, S 135 ff.
- Atzmüller, R. (2008): Entwertung und Prekarisierung öffentlicher Dienstleistungen. Das Beispiel der aktiven Arbeitsmarktpolitik; in: Kurswechsel Nr 2, S 58 ff.
- Brand, U. / C. Görg / M. Wissen (2007): Die Internationalisierung des Staates aus einer neo-poulantzianischen Perspektive; in: Prokla Nr 2, S 217 ff.
- Bürkle, J. (1984): Richterliche Alltagstheorien im Bereich des Zivilrechts, Tübingen.
- Butterwegge, C. / B. Lösch / R. Ptak (2008): Kritik des Neoliberalismus², Wiesbaden.
- Coen, D. / J. Richardson (2009; Hg): Lobbying the European Union, Oxford.
- Couldry, N. (2010): Why Voice Matters. Culture and Politics after Neoliberalism, London.
- Crouch, C. (2005): Models of Capitalism; in: New Political Economy Nr 4, S 439 ff.
- Crouch, C. (2009): Postdemokratie, Frankfurt.
- Dagger, S. / M. Kambeck (2007): Politikberatung und Lobbying in Brüssel, Wiesbaden.
- Diggan, L. / N. Hunter (2006): Sex Wars. Sexual Dissent and Political Culture, London.
- Dimmel, N. (2000): Gemeinnützige Zwangsarbeit, Wien.
- Dixon, K. (2000): Die Evangelisten des Marktes, Konstanz.
- Ercan, F. / S. Oguz (2009): Anti-Neoliberale Strategien neu denken. Ein Blick auf die Türkei aus der Perspektive der Werttheorie; in: Grundrisse Nr 30; URL: http://www.grundrisse.net/grundrisse30/grundrisse_30.htm.
- Fisahn, A. (2008): Die neoliberale Umformung des Umweltrechts; in: C. Butterwegge / B. Lösch / R. Ptak (Hg): Neoliberalismus. Analysen und Perspektiven, Wiesbaden, S 164 ff.
- Frank, T. (2001): One Market Under God, New York.
- Friedman, L. (2002): One World. Notes on the Emerging Legal Order; in: M. Likosky (Hrsg): Transnational Legal Processes, Vienna, S 23 ff.
- Gerber, D. (1994): Constitutionalizing the Economy – German Neoliberalism, Competition Law and the ‘New Europe’; in: The American Journal of Comparative Law Nr 42, S 25 ff.

- Gertenbach, L. (2007): Die Kultivierung des Marktes, Heidelberg.
- Glenn, P. (2007): *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity In Law*³, Oxford.
- Graf, G. (1999): Rechtspolitik der Zukunft. Zivilrecht: Freiheitssicherung durch Privatrecht; in: M. Holoubek / G. Lienbacher (Hg): *Rechtspolitik der Zukunft – Zukunft der Rechtspolitik*, Wien, S 149 ff.
- Green, D. (1995): *Silent Revolution: The Rise Of Markets And Economics In Latin America*, Guilford.
- Guéhenno, J. (1994): *Das Ende der Demokratie*, München.
- Hadiz, V. (2006; Hrsg): *Empire and Neoliberalism in Asia*, Milton Park.
- Hall, P. / D. Soskice (2001): *Varieties of Capitalism*, Oxford.
- Harvey, D. (2005): *Neoliberalism*, Oxford.
- Hilgendorf, E. (2009): Verrechtlichung und ihre Grenzen; in: H. D. Assmann / K. Kuschel / K. Moser (Hg): *Grenzen des Lebens – Grenzen der Verständigung*, Würzburg, S 187 ff.
- Jörke, D. (2005): Auf den Weg in die Postdemokratie; in: *Leviathan* Nr 4, S 25 ff.
- Karass, A. (2008): Die europäische Union als Beispiel für institutionalisierte (Sach-)Zwänge; in: C. Butterwegge / B. Lösch / R. Ptak (Hg): *Neoliberalismus. Analysen und Perspektiven*, Wiesbaden, S 243 ff.
- Kegelmann, J. (2007): *New Public Management*, Wiesbaden.
- Kofler, L. (2000): *Zur Kritik der bürgerlichen Freiheit*, Hamburg.
- Konzendorf, G. (2006): Gesetzesfolgenabschätzung; in: M. Becker / R. Zimmerling (Hg): *Politik und Recht*, Opladen, S 540 ff.
- Krings, G. (2010): Von unreiner Gesetzgebung und guten Gesetzen. Impressionen aus der parlamentarischen Wurstküche; in: O. Depenheuer (Hrsg): *Reinheit des Rechts. Kategorisches Prinzip oder regulative Idee?*, Wiesbaden, S 127 ff.
- Kutscha, M. (1998): Schlanker Staat mit Januskopf; in: *Kritische Justiz* 1998, S 399 ff.
- Lange, S. / J.-C. Schenk (2004): *Polizei im kooperativen Verwaltungsstaat*, Wiesbaden.
- Lavalette, M. / A. Pratt (2006): *Social Policy*³, London.
- Leubolt, B. (2010): *Demokratisierung und aufkommende Postdemokratie*; in: BEIGEWUM – URL: <http://www.beigewum.at/2010/01/demokratisierung-postdemokratie/>
- Lösch, B. (2005): *Deliberative Politik. Moderne Konzeptionen von Öffentlichkeit, Demokratie und politischer Partizipation*, Münster.
- Lynch, K. (2003): *The Forces of Economic Globalization: Challenges to the Regime of Internatinal Commercial Arbitration*, The Hague.
- Mai, M. (2006): Das Recht als politisches Gestaltungsinstrument in modernen Gesellschaften; in: M. Becker / R. Zimmerling (Hg): *Politik und Recht*, Opladen, S 523 ff.
- Messner, D. (1995): Staat und Entwicklung; in: *Blätter für deutsche und internationale Politik* Heft 7, S 435 ff.
- Meyer, E. (1984): *Grundzüge einer systemorientierten Wertungsjurisprudenz*, Tübingen.
- Mosler, R. (1999): Rechtspolitik der Zukunft – Arbeits- und Sozialrecht; in: M. Holoubek / G. Lienbacher (Hg): *Rechtspolitik der Zukunft – Zukunft der Rechtspolitik*, Wien, S 173 ff.
- Nadai, E. (2009): *Sisyphus Erben. Soziale Arbeit in der Armutsbekämpfung*; in: F. Kessl / H. U. Otto (Hg): *Soziale Arbeit ohne Wohlfahrtsstaat*, Weinheim, S 133 ff.
- Neves, M. (1999): *Von der symbolischen Gesetzgebung zur symbolischen Konstitutionalisierung*, München.
- Ogorek, R. (2008): *Aufklärung über Justiz*, Frankfurt.
- Öhlinger, T. (1982): *Methodik der Gesetzgebung: legistische Richtlinien in Theorie und Praxis*, Wien.
- Ortmann, G. (2007): *Organisation und Welterschließung. Dekonstruktionen*, Wiesbaden.
- Peek, M. (2010): *Richtlinienumsetzung: Europarechtliche Anforderungen und mitgliedstaatliche Praxis. Eine Untersuchung am Beispiel des Einwanderungs- und Asylrechts*, Baden-Baden.
- Perez-Perdomo, R. / L. Friedman (2003): *Latin Legal Cultures in the Age of Gobalization*; in: L. Friedman/ R. Pérez Perdomo (Hg): *Legal culture in the age of globalization: Latin America and Latin Europe*, Stanford, S 2 ff.
- Prasad, M. (2006): *The Politics of Free Markets. The Rise of Neoliberal Economics in Britain, France, Germany and the United States*, Chicago.
- Ptak, R. (2004): *Vom Ordoliberalismus zur Sozialen Marktwirtschaft. Stationen des Neoliberalismus in Deutschland*, Opladen.
- Ptak, R. (2007): *Grundlagen des Neoliberalismus*; in: C. Butterwegge / B. Lösch / R. Ptak: *Kritik des Neoliberalismus*, Wiesbaden, S 13 ff.
- Punch, M. (2007): *Zero Tolerance Policing*, Bristol.
- Raiser, T. (2007): *Grundlagen der Rechtssoziologie*, Tübingen.
- Ranciere, J. (1997): *Demokratie und Postdemokratie*; in: A. Badiou (Hrsg): *Politik der Wahrheit*, Wien, S 94 ff.
- Riesenhuber, K. (2006; Hrsg): *Europäische Methodenlehre*, Berlin.
- Rittner, F. (1980): *Zum gegenwärtigen Stand der neoliberalen Rechtstheorie*; in *AcP* Nr 180, S 392 ff.
- Ritzl, C. / G. Schaal (2010): *Politische Führung in der Postdemokratie*; in: *Das Parlament* Nr 2–3, S 9 ff.
- Rofel, L. (2007): *Desiring China. Experiments in Neoliberalism, Sexuality and Public Culture*, Duke University.

- Rustemeyer, D. / H. Emrich (2000): *Symbolische Welten*, Wiesbaden.
- Rüstow, A. (1932/1963): Die staatspolitischen Voraussetzungen des wirtschaftspolitischen Liberalismus; in: Ders.: *Rede und Antwort*, Ludwigsburg, S 249 ff.
- Schaeper, S. (2006): *Ökonomisierung der Behindertenhilfe*, Berlin.
- Scheunemann, E. (2003): *Der Jahrhundertfluch. Neoliberalismus, Marktradikalismus und Massenarbeitslosigkeit*, Münster.
- Schmalz, S. (2009): Spielarten der Weltsystemanalyse: Der Ansatz von Giovanni Arrighi; Paper für die gemeinsame Tagung „Kapitalismustheorien“ von ÖGPW und DVPW, Sektion Politik und Ökonomie, am 24. und 25. April 2009, Wien.
- Schmid, M. (2005): *Sozialpolitik in Deutschland. Historische Entwicklung und internationaler Vergleich*³, Wiesbaden.
- Schmidt, I. (2008): Kollektiver Imperialismus. Varianten des Neoliberalismus und neue Regionalmächte; in: I. Schmidt (Hrsg): *Spielarten des Neoliberalismus*, Hamburg, S 7 ff.
- Schmidt, V. (2002): *The Futures of European Capitalism*, Oxford.
- Schneider, H. (2002): *Gesetzgebung*, Heidelberg.
- Seiler, W. (2006): *Verbraucherschutz auf elektronischen Märkten*, Tübingen.
- Singelstein, T. / Stolle, P. (2008): *Die Sicherheitsgesellschaft. Soziale Kontrolle im 21. Jhd*², Wiesbaden.
- Stiglitz, E. (2003): *Globalization and Its Discontents*, New York.
- Stock, M. (2005): *Arbeiter – Unternehmer – Professioneller*, Wiesbaden.
- Teubner, G. (1998): ‚After Privatisation: The Many Autonomies of Private Law‘: in: *Current Legal Problems* Nr 51, S 393 ff.
- Thaler, M. (2010): *Recht und Massengesellschaft*, Wien.
- Tickell, A. / J. Peck (1995): Social regulation after Fordism: regulation theory, neo-liberalism and the global-local nexus; in: *Economy and Society* Nr 3, S 357 ff.
- Toens, K. (2003): *Recht – Leistung – Bedarf*, Münster.
- Völter, H. (2000): *Der Lückenschluss im Statut der Europäischen Privatgesellschaft*, Köln.
- Voß, M. (1989): *Symbolische Gesetzgebung*, Ebelsbach.
- Walkenhaus, R. / R. Voigt (2006): *Verwaltungsreformen*; in: R. Voigt / R. Walkenhaus (Hg): *Handwörterbuch zur Verwaltungsreform*, Wiesbaden, S. XI ff.
- Walpen, B. (2004): *Die offenen Feinde und ihre Gesellschaft. Eine hegemonietheoretische Studie zur Mont Pèlerin Society*, Hamburg.
- Weatherill, S. (2005): *EU Consumer Law and Policy*, Cheltenham.
- Wilke, G. (2003): *Neoliberalismus*, Frankfurt.
- Wolff, J. / R. Nozick (1991): *Property, Justice, and the Minimal State*, Stanford.
- Wyss, K. (2009): *Workfare: sozialstaatliche Repression im Dienst des globalisierten Kapitalismus*, Bern.

Thema: Der öffentliche Raum Nutzung – Kontrolle – Ausgrenzung

Vorwort

Ronald Frühwirth

In jüngster Zeit mehren sich in Österreichs Städten (und darüber hinaus) Rufe nach einem Verbot von Verhaltensweisen, die nicht als massenkonform erachtet werden oder von gewissen sozialen Normen bzw. Vorstellungen abweichen. Neben Verboten von Betteln in verschiedenster Form finden sich etwa Alkoholverbote oder Normen, die es verbieten, sich an bestimmten Orten niederzulassen. Kleinere Städte oder Gemeinden präsentieren voller Stolz ihre eigene Ordnungswache. Auch in Wien ist die Zahl der zumeist uniformierten OrdnungshüterInnen (von den „Ordnungsberatern“ in den Gemeindebauten bis hin zu den „Waste Watchers“) kaum mehr überschaubar. Das Leben im öffentlichen Raum wird zunehmend von Verboten und Normen geprägt. Der Schwerpunkt dieses Heftes geht daher den Fragen nach, in welchen Formen und aus welchen Gründen der öffentliche Raum kontrolliert wird, wie und zu welchen Zwecken er noch genutzt werden kann und vor allem wer und wodurch von seiner Nutzung ausgeschlossen wird.

Tobias Singelstein und *Peer Stolle* schildern zu Beginn des Schwerpunktes typische Formen sozialer Kontrolle im öffentlichen Raum. Dabei zeigen sie auf, dass die zunehmende Dichte an Kontrolle letztlich zur Verhaltenslenkung jedes/r Einzelnen hin zu erwünschtem Verhalten führt. Ergänzt werden diese „Techniken der Selbstführung“ durch Kontrolltechniken, die durch das Sammeln und Auswerten einer Unmenge von Daten die Gefahrenabwehr auf einen Zeitpunkt möglichst noch vor Auftreten einer konkreten Gefahr vorzuverlagern versuchen. Wer sich durch die Mechanismen von Selbst- und Fremdführung noch nicht zu konformem Verhalten veranlasst sieht, kann schließlich durch Ausschlussmechanismen wie Wegweisungen oder Aufenthaltsverbote aus dem öffentlichen Raum vertrieben werden.

Als klassischer Ausschlussmechanismus dient diesbezüglich immer noch die Pönalisierung bestimmter, unerwünschter Verhaltensweisen. Damit die Deutungshoheit, welches Verhalten als unerwünscht gilt, bei der Obrigkeit verbleibt, müssen entsprechende Straftatbestände möglichst unscharf formuliert sein. In den österreichischen Landespoli-

zeistrafgesetzen dient daher die Verletzung des öffentlichen Anstands sozusagen als Generalklausel zur Ahndung unerwünschten Verhaltens. Der *Autor* versucht hier eine Annäherung an diesen vagen verwaltungsstrafrechtlichen Begriff anhand jüngerer Rsp insb des VwGH.

Sodann liefert *Sarah Pichlkastner* unter Heranziehung diesbezüglicher Primärquellen einen umfassenden historischen Überblick über die Geschichte des Bettel(n)s in Wien. Darin zeigt sich, dass die aktuelle Diskussion in österreichischen Städten mit Argumenten geführt wird, die schon in den vergangenen Jahrhunderten Gegenstand der Auseinandersetzung waren.

Nachdem in diesem Zusammenhang in der Öffentlichkeit – nicht zuletzt aufgrund der Einleitung eines diesbezüglichen Gesetzesprüfungsverfahrens beim Verfassungsgerichtshof – die Frage der Zulässigkeit von Bettelverboten diskutiert wurde, setzt sich der *Autor* in einem weiteren Beitrag damit auseinander, in welche Grundrechte durch ein generelles Bettelverbot eingegriffen wird.

Den Trend zur Vertreibung von „Randgruppen“ bekommen derzeit nicht nur BettlerInnen zu spüren. In zunehmendem Maße wird auch der Konsum von alkoholischen Getränken im öffentlichen Raum eingeschränkt. Während in Österreich zur Zulässigkeit solcher Bestimmungen noch keine Rechtsprechung besteht, wurden in Deutschland bereits einige solcher Verbote für verfassungswidrig erklärt. *John Philipp Thurn* war als Kläger maßgeblich für die Aufhebung einer entsprechenden Verordnung der Stadt Freiburg verantwortlich und analysiert hier die diesbezügliche Entscheidung des Baden-Württembergischen Verwaltungsgerichtshofs.

Eva Pentz setzt sich daran folgend unter Schilderung konkreter Fallbeispiele mit den Strategien eines bürokratischen Apparats auseinander, StraßenkünstlerInnen aus den Einkaufsstraßen der Wiener Innenstadt zu vertreiben.

Wenn Schikanen und Verbote nichts mehr helfen, greifen Staaten mitunter zu drastischen Maßnahmen. Die französischen Behörden beschlossen im vergangenen Sommer, Angehörige der Volksgruppe der Roma ungeachtet des Umstands, dass es sich bei ihnen um UnionsbürgerInnen handelte, aus dem Land zu werfen und in ihre Herkunftsländer abzuschicken. *Johannes Peyrl* geht in seinem Beitrag abschließend der Frage nach, unter welchen Umständen gegen UnionsbürgerInnen aus anderen EU-Mitgliedstaaten aufenthaltsbeendende Maßnahmen gesetzt werden dürfen.

Neuere Formen sozialer Kontrolle und der öffentliche Raum¹

Tobias Singelstein/Peer Stolle

In den zurückliegenden dreißig Jahren haben tief greifende gesellschaftliche Transformationsprozesse stattgefunden, die auch die Bedingungen sozialer Kontrolle verändert haben. Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit sich vor diesem Hintergrund Mechanismen sozialer Kontrolle verändern und neu herausbilden, die in besonderem Maße auch mit einer Regulierung des öffentlichen Raumes arbeiten.

1. Gesellschaftliche Transformationsprozesse

Die ökonomischen und soziokulturellen Bedingungen der westlichen Gesellschaften haben sich in den vergangenen drei Jahrzehnten erheblich verändert (vgl dazu Garland 2001: 75 ff; Singelstein/Stolle 2008: 17 ff). Im wirtschaftlichen Bereich war diese Entwicklung durch die Globalisierung, Technologisierung und Flexibilisierung der Produktions- und Arbeitsverhältnisse geprägt. Im Zuge dessen haben das Normalarbeitsverhältnis und das wohlfahrtsstaatliche Inklusionsversprechen an Bedeutung verloren. Statt dessen nehmen prekäre Arbeitsverhältnisse zu und wird ein größer werdender Teil der Bevölkerung dauerhaft von der Möglichkeit sozialer Reproduktion durch Erwerbsarbeit ausgeschlossen. Von staatlicher Seite wurden damit einhergehend wirtschaftliche Bereiche dereguliert und die sozialen Sicherungssysteme abgebaut bzw teilweise privatisiert. Diese Entwicklung, die ua als Übergang vom Fordismus zum Postfordismus beschrieben wird (vgl Hirsch/Roth 1986), setzte Anfang der 1970er Jahre in den USA und Großbritannien ein und erreichte spätestens mit der Wiedervereinigung in vollem Maße auch Deutschland.

Parallel dazu sind seit Ende der 1960er Jahre soziale und kulturelle Veränderungen zu beobachten, die als Übergang von der Moderne zur Spät- oder Postmoderne beschrieben werden (Morel ua 2007: 285 ff). Während die Moderne durch eine Säkularisierung der Gesellschaft geprägt war, die sich im europäischen Kontext ideengeschichtlich vor allem in der Aufklärung manifestierte und zu einem rationalen und humanen Men-

1 Bei dem Artikel handelt es sich um eine überarbeitete und erweiterte Version eines Beitrages, der 2007 in dem Sammelband Zurawski, Nils (Hrsg), „Sicherheitsdiskurse. Angst, Kontrolle und Sicherheit in einer ‚gefährlichen‘ Welt“ erschienen ist.

schen- und Gesellschaftsbild führte, stellt die Postmoderne Hybridität, Differenz, einen Verlust traditioneller Bindungen und eines allgemeinen Gemeinschaftsgefühls in den Vordergrund. Die mit dem Wohlfahrtsstaat fordistischer Prägung entstandene Massengesellschaft, die von einer Homogenisierung der Lebensstile bei gleichzeitiger Individualisierung und Privatisierung des Alltagslebens geprägt war (Hirsch/Roth 1986: 2 f), erfährt eine Pluralisierung und Ausdifferenzierung der Lebensstile und Wertvorstellungen.

Diese Transformationsprozesse haben auch die Bedingungen für soziale Kontrolle grundlegend verändert (s Young 2002: 262 ff). Erstens führen die Pluralisierung der sozialen und kulturellen Lebensstile und die Individualisierung der Lebensweisen dazu, dass sich die Individuen nicht mehr durchgängig an einem zentralen und alle gesellschaftlichen Bereiche umfassenden Normengefüge orientieren (vgl Hassemer 2005: 315 f), auf das sich eine disziplinierende Intervention stützen könnte. Zweitens erleben Strukturen, auf die sich Integration und Disziplinierung bislang wesentlich gestützt hatten (vgl Reh binder 2009: 83 f), einen Rückzug. Institutionen wie Familie, Kirche und andere soziale Gruppen, aber auch das wohlfahrtstaatliche Inklusionsversprechen haben ihre normvermittelnde und -prägende Kraft für Teile der Gesellschaft eingebüßt. Drittens führen der Umbau des Sozial- und Wohlfahrtsstaates und die Veränderungen des Arbeitsmarktes zu einem Ausschluss eines Teils der Bevölkerung aus der Erwerbsarbeit und der sozialen Absicherung. Soziale Kontrolle muss den damit verbundenen Schub sozialer Ausdifferenzierung und Ausschließung auffangen und Strategien zur Verfügung stellen, um die von sozialer Teilhabe Exkludierten zu kontrollieren (Hansen 1999: 232 f; Nogala 2000: 77 f). Viertens führen die Prekarisierung der Lebensverhältnisse und eine zunehmende soziale Individualisierung zu neuen Abgrenzungsbedürfnissen. Delinquenten werden weniger als unterstützungsbedürftige und resozialisierungsfähige Mitglieder der Gesellschaft angesehen, sondern als die „gefährlichen Anderen“, die von der Gesellschaftsmajorität ferngehalten werden müssen.

Soziale Kontrolle setzt vor diesem Hintergrund heute weniger auf eine disziplinierende Intervention, die auf Normverletzungen mit Sanktionierung reagiert, um auf diesem Wege eine Verinnerlichung der Norm zu erreichen. Neuere Techniken gehen vielmehr von einer Normalität von Abweichung aus. Infolgedessen rückt die Regulation von Risikopopulationen Hand in Hand mit einem repressiven Moralismus fundamentalistischer Prägung in den Vordergrund. Beides kann als Ausdruck neoliberaler Ideologie und eines religiös-fundamentalistischen Konservatismus gedeutet werden (vgl Groenemeyer 2003: 209 f, 226; Singelstein/Stolle 2008: 44 ff). Dieser Wandel sozialer Kontrolle wird am Beispiel der Shopping Mall virulent, wo trotz des Anscheins eines öffentlichen Raumes das private Hausrecht gilt. Dessen Regeln und der Grad und Umfang seiner Durchsetzung variieren je nach Betreiberinteresse. Das Individuum steht daher vor der Aufgabe, sein Verhalten an wechselnde Anforderungen auszurichten. Neben einem Rumpfgestüt aus zentralen sozialen Normen, deren Beachtung durch vorwiegend

staatliche Institutionen weitgehend durchgesetzt wird, treten situations- und kontextabhängige Wertprioritäten, die keinen umfassenden Gültigkeitsanspruch erheben. Der Maßstab dieser Verhaltensanforderungen besteht fast ausschließlich in der Absicherung der ökonomischen Interessen der Shopping Mall-BetreiberInnen. Für deren Sicherheitskonzepte spielen sowohl moralisch-rigide Vorstellungen über Zusammenhänge zwischen sozialer Gruppenzugehörigkeit oder äußerlicher Darstellung und der Bereitschaft zur Abweichung und Störung eine Rolle, als auch Ansätze eines reinen Risikomanagements.

2. Neuere Formen sozialer Kontrolle

Infolge der gewandelten gesellschaftlichen Bedingungen sozialer Kontrolle unterliegen auch deren Mechanismen einer Veränderung. Dies zeigt sich etwa in einer gestiegenen Bedeutung von Selbstführungstechniken, die das Individuum befähigen sollen, sich selbst gemäß den Anforderungen einer flexiblen und mobilen Lebenswelt zu verhalten. Daneben treten Kontrolltechniken hervor, die unabhängig vom konkreten Individuum für die Sicherung einer sozialen Ordnung sorgen und sich nicht auf die Detektion und Kontrolle von abweichendem Verhalten beschränken; ebenso erfahren Ausschluss-techniken eine Renaissance.

2.1. Techniken der Selbstführung

Der mit der Individualisierung und Flexibilisierung der Lebenswelten einhergehende Bedeutungsrückgang gesamtgesellschaftlicher Normen- und Wertsysteme, der mit dem Rückzug sozialer Strukturen verbundene Verlust an Kontrolle im sozialen Nahraum und die Ökonomisierung des Sozialen stehen in Verbindung mit einer stärkeren Bedeutung von neueren Formen der Verhaltensorientierung und -leitung. Durch Selbstführungstechniken wird das Individuum ohne sichtbaren äußeren Zwang dazu angehalten, sich im Rahmen der ihm überlassenen Freiheiten gemäß bestimmten Maximen zu verhalten, wie etwa den Anforderungen einer flexibilisierten und globalisierten Arbeits- und Lebenswelt. Diese schreiben sich so unmittelbar in das Handeln und Denken des Individuums ein (vgl. Schmidt-Semisch 2004) und ermöglichen ein „Regieren aus der Distanz“ (Krasmann 1999: 109 ff). Durch Anreize wird der Einzelne dazu angeleitet, sich innerhalb des ihm zur Verfügung stehenden Freiheitsraumes eigenverantwortlich anhand gewisser Leitlinien möglichst optimal auszurichten. Das richtige Verhalten wird damit weniger anhand fester Normen und Standards vorgegeben, die durch Disziplinierung vermittelt und verinnerlicht werden. Stattdessen gehen diese Techniken vom empirisch Gegebenen aus und versuchen, Anpassungsprozesse zu optimieren. Der Schwerpunkt der Lenkung liegt dabei nicht auf der Unterdrückung unerwünschter Verhaltensweisen, sondern vielmehr in der Lenkung des/r formal freien

Einzelnen hin zu erwünschten Verhaltensweisen bei der Selbstregelung des eigenen Lebens, hat also einen positiven, produktiven Effekt (vgl. Ventura/Miller/Deflem 2005: 63). Statt des „Formens der Guten“ geht es um das „Lenken der Freien“ (Ziegler 2001). Dabei macht die von jeder/m selbst vollzogene Einsicht in die von strukturellen Rahmenbedingungen hergestellte Notwendigkeit einen konkreten Zwang und eine obrigkeitstaatliche Ordnungsproduktion entbehrlich (Lemke 1997: 186 f). Das eigene Verhalten wird an antizipierte Standards angepasst, ohne dass es einer expliziten Drohkulisse bzw. des Versprechens von konkreten Vorteilen bedürfte. Gleichwohl ist von Scheitern und Ausgrenzung bedroht, wem die Selbstführung nicht ausreichend gelingt, wer es als „Unternehmer seiner Selbst“ nicht vermag, den Anforderungen an Mobilität und Flexibilität gerecht zu werden.

Im öffentlichen Raum führen Selbstführungstechniken nicht nur dazu, dass sich der Einzelne selbst entsprechend der Notwendigkeiten ausrichtet und somit nicht abweichend verhält. Sie aktivieren auch dazu, permanent selbst für Sicherheit zu sorgen, sich vor Kriminalität zu schützen, sicherheitsbewusst und kriminalpräventiv zu handeln (Singelstein 2007: 123 f).

2.2. Kontrolltechniken

Eine zentrale Rolle bei der Kontrolle des öffentlichen Raumes spielen neuere Techniken der Kontrolle (Singelstein/Stolle 2008: 74 ff). Diese dienen heute nicht mehr nur der Beschaffung von Beweisen, der Überführung von Tatverdächtigen und der Kontrolle von Gefahren durch Überwachung. Daneben rückt das möglichst frühzeitige Erkennen von Risiken in den Vordergrund, um bereits das Entstehen einer Gefahr im Vorfeld zu verhindern (vgl. Garland 2001: 15). Dies schlägt sich etwa im Einsatz bzw. der Erprobung von Videoüberwachung im öffentlichen Raum (Roggan 2001; Stolle/Hefendehl 2002), verdachtsunabhängigen Personen- und Zutrittskontrollen, automatisierter Gesichtserkennung und algorithmengestützter Alarmierung bei Szenen abweichenden Verhaltens nieder.

Ziel solcher Kontrolltechniken ist es, flexibel auf verschiedene Risikokonstellationen reagieren zu können, die als allgegenwärtig und normal angesehen werden. Polizeiliches Handeln entfernt sich damit von der Eingriffsvoraussetzung einer konkreten Gefahr oder eines schon eingetretenen Schadens und verlagert sich in das Vorfeld schädigender Ereignisse. Diese Formen der Kontrolle sind daher notwendigerweise nicht mehr punktuell und anlassbezogen, sondern müssen möglichst umfassend agieren. Sie setzen nicht mehr an dem konkreten Verhalten des Einzelnen an, sondern orientieren sich an Risikofaktoren, wie der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe, der Existenz einer risikoträchtigen Situation oder dem Aufenthalt an einem bestimmten gefährlichen Ort. Um solche Risikofaktoren ermitteln zu können, sind umfassende Datensammlungen und -auswertungen erforderlich, um errechnen zu können, welche

Faktoren als risikohaft eingestuft werden sollen (Pütter 2007: 10). Wenn solche Faktoren ermittelt sind, müssen diese in der Praxis identifiziert werden. Es müssen also Informationen über etwaige risikoträchtige Situationen, Orte oder Personen gesammelt, zusammengeführt und ausgewertet werden, um dann anhand des so gewonnenen Datenmaterials bestimmen zu können, ob ein Risiko vorliegt, dieses hinnehmbar ist oder eine Reaktion erfordert.

Parallel zur Risikodetektion bilden sich situative Kontrolltechniken heraus (Clarke 1995), die unmittelbar auf die Schaffung von Sicherheit im Sinne der (Wieder-)Herstellung von sozialer Ordnung abzielen (Legnaro 1997: 272). Statt Überwachung oder Risikodetektion sollen sie Abweichung schon im Vorfeld verhindern oder unmöglich machen. Sie werden zwar oft unter dem Label der „Kriminalprävention“ installiert, zielen aber auf Verhaltensweisen ab, die nicht strafbar sondern bloß unerwünscht sind. Zu diesem Zweck werden räumlich und zeitlich bestimmte Situationen derart manipuliert, dass die Wahrscheinlichkeit einer unerwünschten Handlung minimiert und die Vornahme erwünschter Handlungen begünstigt wird. Situative Kontrolltechniken zielen demnach nicht auf die Verinnerlichung von Normen und Werten ab, sondern auf die Gewährleistung einer Anpassung an variierende Verhaltensstandards (Krasmann 2003). Sie richten sich nicht an eine/n einzelne/n konkrete/n Täter/in, sondern auf die Tatgelegenheitsstruktur, also auf die konkrete, durch räumliche und zeitliche Parameter definierte Situation, in der eine Straftat stattfinden könnte.

Zu solchen Techniken gehören etwa Einzäunungen und die Einschreibung von Sicherheitsanforderungen in Gebäude und Räume, die eine Veränderung der Umwelt nach sicherheitstechnischen Parametern und damit eine Beherrschung von Räumen und Personen anstreben. Denn Architektur und Möblierung prägen nicht nur den Eindruck eines Raumes, sondern beeinflussen direkt oder indirekt auch dessen Zugangs- und Nutzungsmöglichkeiten (Wehrheim 2006: 102 ff). Dementsprechend geht etwa das Konzept des Defensible Space, des verteidigungsfähigen Raumes, davon aus, dass sich die architektonische und städtebauliche Umwelt auf die Wahrscheinlichkeit abweichender Verhaltensweisen auswirkt. Es versucht daher praxisorientierte Ansätze aufzuzeigen, wie sicherheitsorientierte Maßnahmen aus Sicht von ArchitektInnen oder StadtentwicklerInnen schon im Anfangsstadium der Planung eines Gebäudes oder eines Raumes berücksichtigt werden können. Dazu gehören unter anderem Farbanstriche, Wandgestaltungen und Wegeplanungen (Belina 2000: 134). Ebenso werden beispielsweise Nischen in und an Gebäuden, Parks und Plätzen umgebaut, um deren Nutzung durch Obdachlose zu verhindern. Metallspitzen auf Mauervorsprüngen und Blumenkästen auf Absätzen verhindern das Sitzen und Anlehnen; Wassersprenger werden dazu eingesetzt, dass sich Obdachlose nicht in Parks oder an anderen Orten niederlassen (vgl Wehrheim 2006: 112 f).

2.3. Techniken des Ausschlusses

Sodann gewinnen auch Techniken des Ausschlusses an Bedeutung, die mit Formen der *sozialen* Ausschließung und Ausgrenzung korrespondieren (s. Steinert 1995; Pilgram/Steinert 2000). Sie zielen darauf ab, den Betroffenen gesellschaftliche Partizipationsmöglichkeiten vorzuenthalten und dienen – ebenso wie die dargestellten Kontrolltechniken – nicht der Einstellungs- oder Verhaltensänderungen, sondern vor allem der Risikoabwehr, der Vorbeugung und der Vergeltung. Zu diesen Zwecken sollen etwa Folgen der ökonomischen Transformationsprozesse, die für einen größer werdenden Teil der Bevölkerung Armut und Prekarität bedeuten, von der übrigen Gesellschaft ferngehalten werden. Darüber hinaus dienen sie der Absicherung der Funktionsfähigkeit von Kontroll- und Selbstführungsmechanismen (Singelstein/Stolle 2008: 81 ff).

Der Ausschluss kann einerseits umfassend bzw permanent erfolgen, beispielsweise durch Ein- und Aussperrung. Dies zeigt sich im Umgang mit MigrantInnen an den EU-Außengrenzen und an der Südgrenze der USA sowie in den Konzepten der Incapacitation („Unschädlichmachung“, vgl Prömmel 2006) und der Sicherungsverwahrung. Incapacitation ist Ausdruck eines Funktionswandels der Freiheitsstrafe, die vor allem in den USA nicht mehr auf eine Resozialisierung und Besserung setzt, sondern sich in dem reinen Wegsperrern der „Gefährlichen“ erschöpft. Diese Tendenz ist zunehmend auch in Europa zu beobachten (vgl Wacquant 2000; Cavadino/Dignan 2006). Auch die Sicherungsverwahrung als schärfste Sanktion und quasi institutionalisierter Ausschluss wurde in Deutschland im vergangenen Jahrzehnt in der praktischen Anwendung und der gesetzlichen Ausgestaltung deutlich ausgeweitet (vgl Eisenberg 2005: 449 ff; Pollähne 2010).

Andererseits kann der Ausschluss auch zeitlich und örtlich begrenzt erfolgen, was gerade für die soziale Kontrolle öffentlicher Räume Relevanz entfaltet. So werden etwa bestimmte Personen(-gruppen), wie beispielsweise BettlerInnen, aufgrund ihrer Klassifizierung als unerwünscht oder potenziell „gefährlich“ von bestimmten Orten und Räumen ferngehalten. Dies kann über Betretungs- und Aufenthaltsverbote oder über Gefahrenabwehrverordnungen realisiert werden, die soziale Randgruppen ausgrenzen, indem sie bestimmte Verhaltensweisen im öffentlichen Raum wie Nächtigen, Alkoholkonsum, Betteln und teilweise auch die Ausübung von Sportarten (Skaten) verbieten. Ebenso gehören stadtplanerische Konzepte der räumlichen Segregation in diese Kategorie. Die Privatisierung von öffentlichen Räumen und der Einsatz von privaten Sicherheitsdiensten forcieren dabei Ausgrenzungstendenzen. Dies kulminiert in der Praxis der so genannten Gated Communities (Wehrheim 2000). Darunter werden Wohngebiete verstanden, die sich durch den Zugangsausschluss aller Unberechtigten auszeichnen, wobei vor allem mit territorialen Abgrenzungsstrategien gearbeitet wird, wie Straßensperren, Mauern, Zäunen und Zugangskontrollen. Die Mauern dienen in diesem Zusammenhang sowohl der Abwehr nach außen gegen die „gefährlichen Fremden“,

als auch nach innen zur Reglementierung der eigenen Bewohner. Ähnliche Formen sind auch bei semiprivaten Räumen wie Einkaufszentren und Bahnhöfen zu finden.

3. Funktionen und Zusammenwirken

Obwohl sich diese neueren Techniken sozialer Kontrolle in ihrer Konzeption und Wirkungsweise deutlich unterscheiden, wirken sie doch funktional zusammen und korrespondieren mit dem beschriebenen gesellschaftlichen Wandel. Selbstführungstechniken lassen sich in diesem Zusammenhang als eine erste Stufe sozialer Kontrolle verstehen. Sie betreffen die Allgemeinheit und in besonderem Maße diejenigen, die sich als integrierter Teil der Gesellschaft begreifen oder sich zumindest eine Chance auf Integration ausrechnen können. Die verschiedenen Kontrolltechniken setzen zwar auch die Fähigkeit bzw den Willen des Individuums voraus, sich konform zu verhalten. Sie wirken aber von außen auf den Einzelnen ein und stellen das Befolgen von Verhaltensanforderungen durch Kontrolle und situative Manipulation sicher. Sie sind Ausdruck einer umfassenden Risikologik und eines darauf fußenden generellen Misstrauens. Treten gleichwohl Normverstöße auf, können DelinquentInnen, denen grundsätzlich die Akzeptanz der herrschenden Ordnung unterstellt wird, mit Strategien der Disziplinierung „gebessert“ werden. Handelt es sich dagegen um Personen, denen verschiedene Risikofaktoren zugeschrieben oder die als „gefährliche Überflüssige“ klassifiziert werden, können Techniken des Ausschlusses zum Einsatz gelangen, die die Betroffenen zur Minimierung ihrer „Gefährlichkeit“ temporär oder permanent fernhalten (Lindenberg/Schmidt-Semisch 2000: 307). Dies gilt insbesondere auch für den in westlichen Gesellschaften größer werdenden Teil der Bevölkerung, der ökonomisch und sozial ausgeschlossen ist. Dieser ist für die Versprechen einer neoliberal geprägten Wirtschaftsordnung nur begrenzt empfänglich bzw nur bedingt in der Lage oder bereit, sich ökonomischen Verwertungszwängen und den damit verbundenen sozialen Verhaltensanforderungen zu unterwerfen. Als Angehörige einer Risikogruppe stigmatisiert sollen sie durch Techniken des Ausschlusses von den (Noch-)Inkludierten ferngehalten werden.

Dieses Zusammenspiel der verschiedenen Mechanismen lässt sich wiederum am Beispiel der Shopping Mall verdeutlichen. Grundsätzlich sind Individuen an solchen Orten dazu angehalten, sich selbst den aufgestellten situationsabhängigen Anforderungen entsprechend zu verhalten. Zur Verdeutlichung und situationsabhängigen Durchsetzung dessen werden Kontrolltechniken installiert, die Devianz verunmöglichen oder zumindest erschweren sollen. Dazu gehören die Beschränkung der Möglichkeiten des Rauchens und des Sitzens, helle Ausleuchtung der Räume, eine übersichtliche Raumgestaltung, die Installierung von Videokameras und das Patrouillieren eines privaten Sicherheitsdienstes. Damit wird einerseits die Möglichkeit störenden Verhaltens minimiert, etwa in Form eines längeren, nicht konsumorientierten Aufenthaltes in der Shopping Mall. Andererseits wird BesucherInnen kommuniziert, dass Störungen sofort entdeckt wer-

den. Ist dies der Fall, wird die betreffende Person seitens des Sicherheitsdienstes zunächst ermahnt in der Erwartung, dass sie sich zukünftig konform verhält. Bei schweren oder wiederholten Verstößen kann sodann eine Sanktionierung erfolgen. Gehört die betroffene Person einer Risikogruppe an – ist sie etwa Jugendliche, Angehörige einer ethnischen Minorität, offensichtlich arm oder gehäuft als „Störer/in“ identifiziert – kann ein Ausschluss beispielsweise durch Erteilung eines Hausverbots erfolgen. Die Grenzen zwischen Exklusion und Inklusion werden dabei ständig neu geschrieben. Dies wird auch daran deutlich, dass einige Shopping Malls in ihren Hausordnungen einen „unnötigen“ Aufenthalt untersagen, ohne diesen näher zu spezifizieren. Darüber hinaus werden auch die expliziten Verbotstatbestände erweitert, zu denen, je nach Betreiberinteresse, das Einnehmen von Alkohol, Betteln und Musizieren gehören können (Meister 2005).

Aus dieser Perspektive können Kontrolltechniken eher als Ausdruck eines ökonomischen Menschenbildes betrachtet werden, das Individuen als reine Nutzenmaximierer ansieht, deren Verhalten durch Veränderungen situativer Parameter beeinflusst werden kann. Dies schlägt sich auch im steigenden Einfluss der *Rational Choice-Theorie* in Kriminologie und Kriminalpolitik nieder, die Parallelen zur neoliberalen Ideologie aufweist (Clarke 1995: 98 ff; Kunz 2008: 122 ff). Abweichendes Verhalten wird danach als normal angesehen und nicht moralisch bewertet; dementsprechend stellt in dieser Perspektive jede/r Einzelne ein potentielles Risiko dar. Soziale Kontrolle muss daher möglichst umfassend sein. Ausschlussstechniken korrespondieren demgegenüber eher mit konservativen, religiös-moralischen Gesellschaftsvorstellungen, die die soziokulturellen Veränderungen seit den 1960er Jahren für steigende Kriminalitätsraten und einen allgemeinen Werteverfall verantwortlich machen. Diese Perspektive favorisiert eher eine Ausgrenzung der „gefährlichen Überflüssigen“, um damit andererseits zugleich den (noch) Inkludierten ihre Zugehörigkeit zur Mehrheitsgesellschaft zu versichern (Singelstein/Stolle 2008: 46 ff). Obgleich sich die vorgebliche Amoralität und Wertneutralität neoliberaler Inhalte und ein religiös fundierter Konservatismus zu widersprechen scheinen, ergänzen sich ihre Konzepte im Bereich sozialer Kontrolle und wirken komplementär. Dies manifestiert sich schließlich auch darin, dass die Wirksamkeit von Selbstführungs- und Kontrolltechniken wesentlich auf der expliziten oder impliziten Drohung mit sozialer Ausgrenzung und repressivem Ausschluss aufbaut. Die „Einsicht in die Notwendigkeit“ und die antizipierte Befolgung von Verhaltensanforderungen funktionieren aufgrund der Drohkulisse einer möglichen Exklusion. In umgekehrter Richtung begünstigen aber Selbstführungstechniken auch die Praxis sozialer Ausschließung. Denn sie befähigen nicht nur einen wesentlichen Teil der Bevölkerung dazu, die aufgestellten Anforderungen zu erfüllen und sich entsprechend zu verhalten, sondern führen auch zu einer Verengung der Gemeinschaft. Diejenigen, die sich zur „wohlanständigen“ Mehrheit zählen (können), wollen nicht der wachsenden Minderheit der „Risikoträger“ zugerechnet werden, an deren Ausgrenzung sie aktiv beteiligt sind (Stenson 1996).

4. Zusammenfassung

Das Erscheinungsbild sozialer Kontrolle hat sich – parallel zu den gesellschaftlichen Transformationen der vergangenen Jahrzehnte – erheblich gewandelt. Selbstführung, Kontroll- und Ausschlussstechniken sind zwar keine (gänzlich) neuen Erscheinungen, sie gewinnen jedoch gegenüber der Disziplinierung und der strafenden Wohlfahrt an Bedeutung, wie sich insbesondere anhand der Regulierung des öffentlichen Raumes zeigen lässt. Dabei ergeben diese teilweise widersprüchlichen und mit konträren Zielsetzungen verbundenen neueren Techniken sozialer Kontrolle in der Zusammenschau ein recht kohärentes Zusammenspiel. Sie decken zwar unterschiedliche Bereiche mit verschiedenen Strategien ab, greifen aber derart ineinander, dass von einer Komplementarität von Selbstführung, Kontrolle und Ausschluss gesprochen werden kann.

Dr. iur. Tobias Singelstein ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Kriminologie und Strafrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin; singelstein@rewiss.fu-berlin.de

Peer Stolle ist Rechtsanwalt in Berlin und Mitglied im Vorstand des Republikanischen Anwältinnen- und Anwältevereins (RAV); stolle@diefirma.net

Literatur

- Belina, Bernd (2000): „Kriminalität“ und „Raum“. Zur Kritik der Kriminalgeographie und zur Produktion des Raums, in: *Kriminologisches Journal* (32), S 129–147.
- Cavadino, Michael; Dignan, James (2006): *Penal Systems. A Comparative Approach*. London/Thousand Oaks/New Delhi.
- Clarke, Ronald V. (1995): *Situational Crime Prevention*. In: Tonry, Michael; Farrington, David P. (Hrsg): *Building a Safer Society. Strategic Approaches to Crime Prevention*. Crime and Justice: A Review of Research. Vol 19, Chicago. S 91–150.
- Eisenberg, Ulrich (2005): *Kriminologie*. 6. Aufl, München.
- Garland, David (2001): *The Culture of Control*. Oxford.
- Groenemeyer, Axel (2003): Punitivität im Kontext – Konstruktionen abweichenden Verhaltens und Erklärungen der Kriminalpolitik im internationalen Vergleich. In: Menzel, Birgit; Ratzke, Kerstin (Hrsg): *Grenzenlose Konstruktivität? Standortbestimmung und Zukunftsperspektiven konstruktivistischer Theorien abweichenden Verhaltens*. Opladen. S 209–232.
- Hansen, Ralf (1999): Eine Wiederkehr des „Leviathan“? Starker Staat und neue Sicherheitsgesellschaft – „Zero Tolerance“ als Paradigma „Innerer Sicherheit“?, in: *Kritische Justiz* 1999, S 231–253.
- Hassemer, Winfried (2005): Sicherheitsbedürfnis und Grundrechtsschutz: Umbau des Rechtsstaats?, in: *Strafverteidiger-Forum* 2005, S 312–318.
- Hirsch, Joachim; Roth, Roland (1986): *Das neue Gesicht des Kapitalismus. Vom Fordismus zum Post-Fordismus*. Hamburg.
- Krasmann, Susanne (1999): Regieren über Freiheit, in: *Kriminologisches Journal* (31), S 107–121.
- Krasmann, Susanne (2003): Gefährdungsausweitung – Die Kriminologie und die Transformation des Sozialen. In: Pieper, Marianne; Gutiérrez Rodríguez, Encarnación (Hrsg): *Gouvernementalität – Ein sozialwissenschaftliches Konzept in Anschluss an Foucault*. Frankfurt a. M., S 39–49.
- Kunz, Karl-Ludwig (2008): *Kriminologie*. 5. Aufl, Bern ua.
- Legnaro, Aldo (1997): Konturen der Sicherheitsgesellschaft. Eine polemisch-futurologische Skizze, in: *Leviathan* 1997, S 271–284.
- Lenke, Thomas (1997): Eine Kritik der politischen Vernunft. Foucaults Analyse der modernen Gouvernementalität. Hamburg/Berlin.
- Lindenberg, Michael; Schmidt-Semisch, Henning (2000): Komplementäre Konkurrenz in der Sicherheitsgesellschaft. Überlegungen zum Zusammenwirken staatlicher und kommerzieller Sozialer Kontrolle, in: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 2000, S 306–319.

- Meister, Ulrich (2005): Ängste vor Jugendlichen in England, in: Neue Zürcher Zeitung vom 24.5.2005.
- Morel, Julius ua (2007): Soziologische Theorie. Abriss der Ansätze ihrer Hauptvertreter. 8. Aufl, München/Wien.
- Nogala, Detlef (2000): Gating the Rich – Barcoding the Poor: Konturen einer neoliberalen Sicherheitskonfiguration. In: Ludwig-Mayerhofer, Wolfgang (Hrsg.): Soziale Ungleichheit, Kriminalität und Kriminalisierung. Opladen. S 49–83.
- Pilgram, Arno; Steinert, Heinz (Hrsg.) (2000): Sozialer Ausschluss – Begriffe, Praktiken und Gegenwehr. Baden-Baden.
- Pollähne, Helmut (2010): Europäische Rechtssicherheit gegen Deutsches Sicherheitsrecht? Zur EGMR-Entscheidung in Sachen nachträgliche (Verlängerung der) Sicherungsverwahrung, in: Kritische Justiz 2010, S 255–269.
- Prömmel, Erdmann (2006): Souveräne Ausnahme, nacktes Leben und modernes Strafrecht, in: Kriminologisches Journal (38), S 242–257.
- Pütter, Norbert (2007): Prävention. Spielarten und Abgründe einer populären Überzeugung, in: Bürgerrechte & Polizei / Cilip, H. 86 (1/2007), S 3–15.
- Rehbinder, Manfred (2009): Rechtssoziologie. 7. Aufl, München.
- Roggan, Fredrik (2001): Die Videoüberwachung von öffentlichen Plätzen. Oder: Immer mehr gefährliche Orte für Freiheitsrechte, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2001, S 134–141.
- Schmidt-Semisch, Henning (2004): Risiko. In: Bröckling, Ulrich; Krasmann, Susanne; Lemke, Thomas (Hrsg): Glossar der Gegenwart. Frankfurt a. M., S 222–227.
- Singelstein, Tobias (2007): Jeder ist verdächtig. Das neue gesellschaftliche Verständnis von Sicherheit und Bedrohung als Grundlage sozialer Kontrolle, in: vorgänge – Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik 2007, Heft 2, S 118–126.
- Singelstein, Tobias; Stolle, Peer (2008): Die Sicherheitsgesellschaft. Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert. 2. Aufl, Wiesbaden.
- Steinert, Heinz (1995): Soziale Ausschließung – Das richtige Thema zur richtigen Zeit, in: Kriminologisches Journal (27), S 82–88.
- Stenson, Kevin (1996): Communal Security as Government - The British Experience. In: Hammerschick, Walter; Karzman-Morawetz, Inge; Stangl, Wolfgang (Hrsg.): Die sichere Stadt. Prävention und kommunale Sicherheitspolitik. Baden-Baden. S. 103-123.
- Stolle, Peer; Hefendehl, Roland (2002): Gefährliche Orte oder gefährliche Kameras? Die Videoüberwachung im öffentlichen Raum, in: Kriminologisches Journal (34), S 257–272.
- Ventura, Holly E./Miller, J. Mitchell/Deflem, Mathieu (2005): Governmentality and the War on Terror: FBI Project Carnivore and the Diffusion of Disciplinary Power, in: Theoretical Criminology (13), S 55–70.
- Wacquant, Loïc (2000): Politik der Einsperrung: „Bequeme Feinde“, in: Neue Kriminalpolitik 3/2000, S 4–7.
- Wehrheim, Jan (2000): Kontrolle durch Abgrenzung – Gated Communities in den USA, in: Kriminologisches Journal (32), S 108–128.
- Wehrheim, Jan (2006): Die überwachte Stadt – Sicherheit, Segregation und Ausgrenzung. 2. Aufl, Opladen.
- Young, Jock (2002): Critical Criminology in the Twenty-First Century: Critique, Irony and the Always Unfinished. In: Carrington, Kerry/Hogg, Russell (Hrsg.): Critical Criminology. Issues, Debates, Challenges. Cullompton/Devon. S 251–274.
- Ziegler, Holger (2001): Prävention – Vom Formen der Guten zum Lenken der Freien, in: Widersprüche 2001, S 7–24.

Öffentlicher Anstand

Der Versuch einer Annäherung an einen vagen Begriff

Ronald Frühwirth

1. Einleitung

Die Länder verfügen – gestützt jeweils auf den Kompetenztatbestand der örtlichen Sicherheitspolizei nach Art 15 Abs 2 B-VG – über eigene Landespolizeistrafgesetze.¹ Damit regeln sie jenen Teil der Sicherheitspolizei, der im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der in der Gemeinde verkörperten örtlichen Gemeinschaft gelegen und geeignet ist, durch die Gemeinschaft innerhalb ihrer örtlichen Grenzen besorgt zu werden. Als Beispiele für solche Angelegenheiten werden in der genannten Bestimmung die Wahrung des öffentlichen Anstandes und die Abwehr ungebührlicherweise hervorgerufenen störenden Lärms genannt. Die jeweiligen Landespolizeistrafgesetze beinhalten idR zudem Bestimmungen über die Pönalisierung des Bettelns und der Ehrenkränkung sowie Regeln über das Halten von Tieren.² Die Anwendung des in all diesen Landesgesetzen aufgenommenen Verwaltungsstraftatbestands der sogenannten „Anstandsverletzung“ soll im Folgenden eine nähere Betrachtung im Lichte der einschlägigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung aus jüngerer Zeit erfahren.

2. Begriffsdefinition

Der Begriff des „öffentlichen Anstandes“ ist in den einzelnen verwaltungsstrafrechtlichen Normen der Landespolizeistrafgesetze nicht klar definiert. Zum Teil finden sich in den einschlägigen Bestimmungen demonstrativ aufgezählte Verhaltensweisen, die geeignet sind, den öffentlichen Anstand zu verletzen. Zur Umschreibung dieses Rechtsbegriffs bedienen sich die Landesgesetzgeber darüber hinaus kaum mehr Klarheit verschaffender Begriffe und Definitionen wie „gesittet“, „anstößig“, „Grundsätze der Schicklichkeit“, „grober Verstoß gegen die in der Öffentlichkeit zu beachtenden Pflichten“, etc. Der VwGH definiert das Vorliegen einer Anstandsverletzung wie folgt: „Der Tatbestand der Verletzung des öffentlichen Anstandes wird durch ein Verhalten erfüllt, das mit den allgemeinen Grundsätzen der Schicklichkeit nicht im Einklang steht

1 Vgl diesen Begriff verwendend etwa VwGH 06.09.2007, 2005/09/0168.

2 Vgl bspw Steiermärkisches Landes-Sicherheitsgesetz, LGBl Nr. 24/2005 idF LGBl Nr. 19/2009 oder Wiener Landes-Sicherheitsgesetz, LGBl Nr. 51/1993 idF LGBl Nr. 25/2010.

und das einen groben Verstoß gegen diejenigen Pflichten darstellt, die jedermann in der Öffentlichkeit zu beachten hat. Bei der Beurteilung der Verletzung jener Formen des äußeren Verhaltens, die nach Auffassung gesitteter Menschen der Würde des Menschen als sittlicher Person bei jedem Heraustreten aus dem Privatleben in die Öffentlichkeit entsprechen, ist ein objektiver Maßstab anzulegen.“³

Das erscheint noch recht vage. Die zu dieser Umschreibung herangezogenen Begriffe ähneln bzw gleichen den in den Landesgesetzen Verwendung findenden. Zur Beurteilung, wann ein Verhalten im dargelegten Sinne nicht mit den allgemeinen Grundsätzen der Schicklichkeit im Einklang steht und einen groben Verstoß gegen die in der Öffentlichkeit zu beachtenden Pflichten darstellt, besteht naturgemäß ein breiter Spielraum. Dies liegt in der Natur sogenannter Generalklauseln. Der Begriff des öffentlichen Anstands ähnelt in seiner Vagheit insofern etwa dem Begriff der „öffentlichen Ordnung“⁴ oder der insbesondere im Zivilrecht gebräuchlichen „Sittenwidrigkeit“⁵.

Der VfGH hat festgehalten, dass es bei der Beurteilung, ob ein Verhalten den öffentlichen Anstand verletzt, unter anderem auf die Art des Publikums und seine Erwartungen ankommt:

„Ob der Anstand verletzt wird oder nicht, kann auch bei einer öffentlichen Äußerung nicht bloß nach ihrem Wortlaut beurteilt werden. Es kommt vielmehr entscheidend darauf an, mit welchen Äußerungen die in Betracht kommenden Zuhörer den Umständen nach zu rechnen haben. Auch hier gilt, was für den gesamten Bereich des öffentlichen Anstandes charakteristisch ist: dass nämlich die Erfordernisse in jeder Situation andere sind; was in der einen anstößig ist, kann in der anderen ganz natürlich sein. Wer eine – wenn auch öffentliche – Theateraufführung besucht, muss weithin eine Sprache in Kauf nehmen, die er im täglichen Leben grob anstößig finden würde. Andererseits gibt es Gelegenheiten und Anlässe in der Öffentlichkeit, bei denen Formulierungen, die sonst kaum auffallen, als so schwerer Verstoß gegen die Schicklichkeit erscheinen, dass sie auch in einer demokratischen Gesellschaft nicht hingenommen werden müssen. Die berechtigten Erwartungen sind dort und da ganz verschieden. Die Öffentlichkeit ist ferner keine einheitliche Größe. Was tragbar ist, wechselt auch nach der Art des Publikums.“⁶

Diese Definition zeigt, dass die Frage, ob ein Verhalten den Anstand verletzt oder nicht, von jeweils den Einzelfall betreffenden Umständen abhängt und dabei vor allem auch auf die Rezeption des Verhaltens beim „Publikum“ abzustellen ist. Es bleibt festzuhalten, dass auch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts von einer vagen Formulierung des Begriffs des öffentlichen Anstandes ausgehen. Zur näheren Konkretisierung des Be-

3 VwGH 19.10.2005, 2003/09/0074 mwN zur insofern als ständig zu bezeichnenden Rsp.

4 Vgl etwa § 81 Sicherheitspolizeigesetz, BGBl 566/1991 idF BGBl I 133/2009.

5 Vgl § 879 Abs 1 ABGB.

6 VfSlg 10.700/1985.

griffs der Anstandsverletzung ist daher die Befassung mit der einschlägigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung erforderlich.

3. Das Vorliegen einer Anstandsverletzung

3.1. Anstandsverletzungen durch Äußerungen

Als Anstandsverletzung werden insbesondere lauthals vorgetragene Beschimpfungen bzw. der Gebrauch von Schimpfwörtern gewertet.⁷ In jüngerer Zeit betraf dies in der verwaltungsgerichtlichen Rsp oftmals Verhaltensweisen gegenüber Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes. So wurde vom VwGH etwa kein Einwand dagegen erhoben, dass die Verwaltungsstraßbehörden die im Zuge einer Fahrzeug- bzw. Lenkerkontrolle an die einschreitenden Polizeibeamten gerichteten Worte „Des Wixer kennst mir am Orsch lecken, ihr versteckts eich eh nur hinter euer Uniform, ihr seids uniformierte Mörder, so was wie du müasst normal im Bluat liegen [...]“ als „ordinäres Schimpfen“ und damit als Anstandsverletzung werteten.⁸ In einem anderen, das Führerscheingesetz betreffenden Verfahren, deutete der VwGH an, dass es als Anstandsverletzung betrachtet werden könne, wenn eine Person, die während einer polizeilichen Amtshandlung die Weiterfahrt mit ihrem Kraftfahrzeug untersagt werde, daraufhin an die amtshandelnde Polizistin lautstark folgende Worte richtet: „Du Lausmädel wirst mir nicht verbieten mit meinem Auto jetzt wegzufahren. Ich scheiß auf die Polizei!“⁹

Der VwGH setzte sich auch mit der Frage auseinander, ob die öffentliche Bezeichnung eines Politikers als „Rassist“ eine Anstandsverletzung darstellt. Anlass war das Benennen des damaligen bayrischen Ministerpräsidenten Edmund Stoiber als solchen durch DemonstrantInnen während dessen Auftritt bei einer öffentlich zugänglichen Wahlveranstaltung der ÖVP in Graz. In diesem Zusammenhang hat der VwGH betont, dass die bloße Verwendung dieses Wortes und die öffentliche Bezeichnung einer Person als „Rassist“ für sich allein genommen nicht als unanständig, anstößig oder unschicklich anzusehen sei. Im konkreten Fall hat der VwGH insbesondere auf die Notwendigkeit hingewiesen, zu berücksichtigen, dass es bei der Benennung von Stoiber als Rassist durch gleichzeitiges Zeigen eines Transparents mit früheren (von den DemonstrantInnen als rassistisch gewerteten) Äußerungen des Redners darum ging, einen Zusammenhang mit diesen Äußerungen Stoibers herzustellen und es dementsprechend „um den Ausdruck eines Werturteils und nicht um eine bloß unartige und unschickliche Beleidigung ging.“ Zudem hat der VwGH dem Kontext, in dem die von den Verwaltungsstraßbehörden als

7 Vgl. zB der Gebrauch des „Götz-Zitates“ (VwGH 28.06.1987, 85/10/0170), die Verwendung von Wörtern wie „Wixer“ (VwGH 27.07.1987, 84/10/0234), „Arschlöcher“ oder „Scheißdreck“ (beide VwGH 26.06.1995, 93/10/0201).

8 VwGH 25.05.2005, 2002/09/0081.

9 VwGH 30.09.2002, 2002/11/0120.

anstößig bewertete Äußerung gefallen ist, besondere Bedeutung beigemessen, da das Publikum einer Wahlkampfveranstaltung mit Unmutsäußerungen politisch Andersgesinnter zu rechnen habe. Wörtlich hat er betont: „[W]er an einem solchen Ort eine politische Veranstaltung abhält oder besucht, muss in Kauf nehmen, dabei auch mit kritischen und oder auch ablehnenden Formen der Meinungsäußerung konfrontiert zu werden.“¹⁰

Diese Ausführungen zeigen zwei wichtige Kriterien für die Beurteilung einer Äußerung als Anstandsverletzung auf: Zum einen kommt es nicht auf den Wortlaut allein, sondern vor allem auf den Kontext einer Äußerung an. Dabei gilt es insbesondere zu berücksichtigen, welchem Publikum eine Äußerung zur Kenntnis gebracht wird und welche Form von Äußerungen dieses Publikum erwarten konnte bzw. musste. Darüber hinaus ist eine sonst womöglich als „unschicklich“ oder „anstößig“ zu wertende Äußerung dann nicht als solche zu qualifizieren, wenn sie Ausdruck eines – zulässigen – Werturteils ist.

3.2. Zum „Publikum“

Der VwGH hat im soeben zitierten Erkenntnis die Beurteilung des Kontextes betont, in dem eine bestimmte Äußerung fällt. Demnach muss das Publikum einer öffentlichen politischen Wahlkampfveranstaltung damit rechnen, mit kritischen oder auch ablehnenden Formen der Meinungsäußerung konfrontiert zu werden. Der VfGH hat betont, dass es bei öffentlichen Veranstaltungen dabei auch nicht auf die Erwartungen und Vorstellungen der VeranstalterInnen, sondern vielmehr allein auf diejenigen des betreffenden Publikums ankommt.¹¹ Aus diesem Grund konnte er auch keine Anstandsverletzung im Vortrag eines sich kritisch mit der Blattlinie der „Kronen-Zeitung“ auseinandersetzensenden Liedes im Zuge einer Sommerfestes der „Jungen Generation“ der SPÖ erkennen, weil der Wortlaut des Gesungenen offenbar nur von Personen aufgenommen wurde, die sich zur Teilnahme an dieser Veranstaltung entschlossen hatten und daher aber „nach dem Alter und dem gesellschaftspolitischen Standort der Mitglieder der veranstaltenden Organisation und nach Art und Zielrichtung der Darbietungen des Bf. mit aggressiven und provokanten Texten rechnen [mussten], die über bloße Unterhaltung hinausgehen und Dinge der Sexualsphäre nicht ganz außer Betracht lassen würden.“ Dabei betonte der VfGH, dass „sich die einschlägigen Passagen aus dem Gesamtzusammenhang des Liedes nicht derart aufdringlich heraus[heben], daß sie nicht auch übergangen werden könnten.“

Der VwGH betont daher, dass die Beurteilung, ob das Ausrufen oder Schreien von Worten in der Öffentlichkeit als Verletzung des öffentlichen Anstandes anzusehen ist, „je

¹⁰ VwGH 19.10.2005, 2003/09/0074.

¹¹ Vgl. nochmals VfSlg 10.700/1985.

nach den allgemeinen Begleitumständen, unter welchen dies geschieht, zu erfolgen hat, sowohl was den Inhalt, als auch die Art und Weise solcher getätigten Äußerungen anlangt.“ Der bloße Gebrauch des Wortes „Widerstand“ verletzt daher für sich allein – ohne Berücksichtigung der Begleitumstände – auch dann noch nicht den öffentlichen Anstand, wenn dies durch 4–5 maliges Pfeifen mit einer Trillerpfeife untermalt wird und damit geeignet wäre, eine Gedenkveranstaltung zu stören.¹²

Eine Anstandsverletzung liegt überdies dann nicht vor, wenn die inkriminierte Äußerung überhaupt kein Publikum erreicht. Schließlich ist der verwaltungsgerichtlichen Rsp zufolge das Tatbild der Verletzung des öffentlichen Anstands nur dann erfüllt, wenn zumindest die „konkrete Möglichkeit der Kenntnisnahme über den Kreis der Beteiligten hinaus gegeben“ ist.¹³ So ist die Beschimpfung eines Polizeibeamten mit den Worten „Leck mich doch am Arsch“ dann keine Verletzung des öffentlichen Anstandes, wenn sie in einem Telefongespräch erfolgte „und daher die konkrete Möglichkeit der Kenntnisnahme von der Äußerung [...] über den Kreis der Beteiligten hinaus nicht ohne weiteres anzunehmen war.“¹⁴ Hingegen reicht die bloße „konkrete Möglichkeit der Kenntnisnahme“ für die Erfüllung des Tatbilds bereits aus. Diese Möglichkeit – und damit die Strafbarkeit des Verhaltens – war etwa beim Gebrauch von Schimpfwörtern wie „Arschlöcher“ oder „Scheißdreck“ im Amtszimmer eines Magistratischen Bezirksamtes während der Dienstzeiten für den VfGH gegeben.¹⁵

3.3. Zur Berücksichtigung grundrechtlicher Garantien

Es wird deutlich, dass es bei der Bewertung einer Äußerung als Anstandsverletzung mitunter gilt, grundrechtliche Garantien in den Beurteilungsvorgang miteinzubeziehen.

Der VfGH hat sich mit dem Spannungsverhältnis zwischen dem Verwaltungsstraftatbestand der Anstandsverletzung und der Meinungsäußerungsfreiheit auseinandergesetzt und dabei betont, dass die „Äußerung einer Meinung als solcher, sofern sie nicht aus anderen – zulässigen – Gründen verpönt ist, [...] in einer demokratischen Gesellschaft überhaupt keine Anstandsverletzung sein [kann].“ Dazu hat er weiter festgehalten: „Ein solcher Vorwurf kann höchstens die Art und Weise treffen, wie diese Meinung in der Öffentlichkeit geäußert wird. So können insbesondere auch Ausdrücke wegen ihrer Derbheit und ihres unziemlichen Inhaltes geeignet sein, den Anstand zu verletzen [...]. Zwar fällt auch die Formulierung einer Meinungsäußerung in den Schutzbereich des Grundrechts. Eine gesetzliche Bestimmung aber, die unanständiges Verhalten in der

12 VwGH 06.03.2008, 2004/09/0154.

13 Vgl jüngst VwGH 20.11.2008, 2005/09/0111 mwN.

14 Nochmals VwGH 20.11.2008, 2005/09/0111.

15 VwGH 26.06.1995, 93/10/0201.

Öffentlichkeit unterbindet, darf iS des Art 10 Abs 2 MRK auch anstößige Formen der öffentlichen Meinungsäußerung treffen. [...] Der verhältnismäßig vage Begriff des öffentlichen Anstandes erlaubt es, eine Verletzung im Bereich der Formulierung einer öffentlichen Meinungsäußerung nur dann anzunehmen, wenn die Notwendigkeit der damit verbundenen Einschränkung der Freiheit der Meinungsäußerung – gemessen an der Entscheidung des Gesetzgebers – unter Bedachtnahme auf das in Rede stehende Grundrecht im Einzelfall außer Zweifel steht.¹⁶

Auch der VwGH hat betont, dass ein iSd Meinungsäußerungsfreiheit in zulässiger Form artikuliertes Werturteil keine Anstandsverletzung darstellen kann.¹⁷ Es gilt aber auch andere Grundrechte zu berücksichtigen. Der VwGH beurteilte jüngst die Ahndung einer Anstandsverletzung „durch das lautstarke Schreien unverständlicher Worte in Richtung einiger Personen“ während einer Versammlung als rechtswidrig, weil sich die Verwaltungsstraßenbehörden nicht mit der Frage auseinandergesetzt hatten, ob die Bestrafung angesichts der damit einhergehenden Beschränkung der Rechte auf Versammlungs- und Meinungsäußerungsfreiheit notwendig und verhältnismäßig iSd Art 10 Abs 2 und Art 11 Abs 2 EMRK war (wobei der VwGH betonte, dass die genannten grundrechtlichen Garantien auch bei Vorliegen einer nicht angemeldeten Versammlung zu berücksichtigen sind).¹⁸

3.4. Anstandsverletzung durch andere Verhaltensweisen

Der öffentliche Anstand kann nicht nur durch die Artikulation von Äußerungen verletzt werden. Jüngst wurde etwa das Aufstellen von Exkrementen auf einem der Öffentlichkeit zumindest einsehbaren Platz als Erfüllung des verwaltungsstrafrechtlichen Tatbildes der Anstandsverletzung gewertet, wobei es für den VwGH nicht darauf ankam, ob es dadurch auch zu einer Geruchsbelästigung gekommen war, sodass der Anblick der Exkremente ausreichend für die Annahme des Vorliegens einer Anstandsverletzung war.¹⁹

Die Landesgesetzgeber pönalisieren teils bestimmte Verhaltensweisen explizit als Anstandsverletzung. So verletzt etwa nach § 2 Abs 2 Z 2 und 3 Steiermärkisches Landes-sicherheitsgesetz (StLSG) den öffentlichen Anstand, wer „andere Personen am bestimmungsgemäßen Gebrauch öffentlicher Einrichtungen, wie insbesondere Sitzbänke und Unterstellgelegenheiten nachhaltig hindert“ oder „öffentliche Einrichtungen, wie insbesondere Denkmäler und Brunnen in anstößiger Weise nützt.“

16 VfSlg 10.700/1985.

17 VwGH 19.10.2005, 2003/09/0074; 15.10.2009, 2007/09/0307.

18 VwGH 15.10.2009, 2007/09/0307.

19 VwGH 15.10.2009, 2008/09/0272.

4. Abgrenzungsschwierigkeiten zur Störung der öffentlichen Ordnung

Probleme hinsichtlich der Abgrenzung zu anderen Verwaltungsstrafnormen können insbesondere im Hinblick auf eine behauptete – bundesgesetzlich pönalisierte – Störung der öffentlichen Ordnung entstehen.

Der VwGH betont daher, dass es zum Wesen einer Ordnungsstörung im Sinne des § 81 Abs 1 SPG gehört, dass am konkreten Zustand der öffentlichen Ordnung durch das Verhalten des/der Beschuldigten eine Änderung eingetreten ist. Soweit die behauptete Störung der öffentlichen Ordnung daher nicht über das durch die bloße Anstandsverletzung zwangsläufig verursachte Aufsehen hinausgeht, liegt keine gesonderte Strafbarkeit wegen Störung der öffentlichen Ordnung vor.²⁰

5. Schlussbemerkung

Letztlich zeigt sich, dass auch eine Auseinandersetzung mit der Rsp die Auslegung des Begriffs des öffentlichen Anstandes nicht viel konkreter macht. Die Heranziehung dieses vagen Begriffs als eine Art Generalklausel mag aus Sicht der Exekutive aus praktischen Überlegungen heraus nachvollziehbar sein, zumal es unmöglich erscheint, alle denkbaren unerwünschten Verhaltensweisen erschöpfend aufzuzählen. Der bzw die Normunterworfenen kann aber auch bei Kenntnis der Rechtsprechung nicht bzw nur schwer abschätzen, ob ein bestimmtes Verhalten strafbar ist oder nicht.

In einigen Normen – vor allem in der privatrechtlichen Bestimmung des § 879 Abs 1 ABGB – findet sich der mit der Anstandsverletzung wohl korrespondierende Begriff der Sittenwidrigkeit.²¹ Ein Geschäft ist demnach sittenwidrig, wenn es, ohne gegen ein positives inländisches Gesetz zu verstoßen, offenbar rechtswidrig ist, also ungeschriebenes Recht, insbesondere allgemeine und oberste Rechtsgrundsätze, verletzt, was dem Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft, das ist aller billig und gerecht Denkenden, widerspricht. Maßgebend sind dabei die Wertentscheidungen und Grundprinzipien der Rechtsordnung.²² Der OGH weist in der soeben zitierten Entscheidung darauf hin, dass die „Gute-Sitten-Klausel“ dem Gericht ermöglichen soll, bei offener Rechtswidrigkeit „helfend“ zu Gunsten einer ansonsten gröblich benachteiligten Person einzugreifen. Während die „Gute-Sitten-Klausel“ daher eine Einschränkung der Privatautonomie zu Gunsten einer in einem Rechtsverhältnis benachteiligten Person vornimmt, wird im öffentlich-rechtlichen Bereich der Verwaltungsstraftatbestand der Verletzung des öffentli-

20 VwGH 15.10.2009, 2008/09/0272. Vgl zur vergleichbaren Abgrenzung zwischen der landesgesetzlich pönalisierten ungebührlichen Erregung störenden Lärms und der Störung der öffentlichen Ordnung VwGH 01.07.2010, 2008/09/0149.

21 Vgl zur Verwendung dieses Begriffs – teils neben dem Begriff des Anstandes – im Verwaltungsrecht etwa VwGH 28.04.1998, 96/02/0396 zum Anwendungsbereich des Steiermärkischen Veranstaltungsgesetzes bzw VwGH 14.05.2009, 2008/11/0201 zum Anwendungsbereich des Steiermärkischen Leichenbestattungsgesetzes.

22 Vgl etwa OGH 27.03.1995, 1 Ob 544/95.

chen Anstandes in der Praxis nicht selten herangezogen, um auffälliges, von der Norm abweichendes Verhalten zu sanktionieren.²³ Insofern eignet sich die Vagheit dieses Begriffs zur Durchsetzung von Beschränkungen bei der Zugänglichkeit öffentlichen Raumes.

Mag. Ronald Frühwirth ist Rechtsanwaltsanwärter in der Kanzlei Kocher & Bucher in Graz und Wien und Mitherausgeber des Juridikum; r.fruehwirth@kocher-bucher.at

23 Vgl etwa UVS Stmk 25.03.2010, 30.9-18/2010. Hier wurde von der erstinstanzlichen Verwaltungsstrafbehörde eine Bestrafung wegen Verletzung des öffentlichen Anstands ausgesprochen, weil der Beschuldigte „öffentliche Einrichtungen, wie insbesondere Denkmäler und Brunnen in anstößiger Weise genützt“, indem er „auf dem Podest sitzend aus einer 0,5 Liter-Dose Bier getrunken“ hatte.

„ze petln und almusen ze nemen“ – Ein Querschnitt durch die Geschichte des Bettel(n)s in Wien

Sarah Pichlkastner

Es sei vorkommen / wie sehr das Bettlen allhier im Schwung gehe / und je laenger je mehr Ueberhand nehme / und zwar dergestalten: daß sich darunter viel gesunde und starcke Weibs- und Manns-Persohen / so zur Arbeit tauglich / und [...] deß Bettlens Umwuerdige [...] befinden.¹ Diese Feststellung aus dem Jahr 1687 in puncto Bettleranstieg in Wien könnte ebenso aus der Gegenwart stammen: Bettelnde Menschen bilden seit Jahrhunderten einen Teil der Stadt, aber gleichzeitig auch schon lange ein als „Problem“ wahrgenommenes Phänomen mit Regelungsbedarf. Obwohl sich die gesellschaftliche Wahrnehmung und Beurteilung von BettlerInnen und auch der obrigkeitliche Umgang mit ihnen immer wieder veränderten, weisen einige Wahrnehmungs-, Bewertungs- und Umgangsmuster, wie beispielsweise die Einstufung vieler als *deß Bettlens Umwuerdige*, eine lange Tradition auf.

Armuts- und damit auch Bettelgeschichte² stellen seit einigen Jahrzehnten innerhalb der Geschichtswissenschaften ein beliebtes und lebendiges Forschungsfeld dar, wobei in letzter Zeit die Armen selbst immer mehr in den Mittelpunkt der Forschung rückten.³ Um den Bezug der Armutsgeschichte zur Gegenwart und somit ihre Funktion als Orientierungshilfe zu unterstreichen, wird oft auch von historischer Armutsforschung gespro-

1 Codex Austriacus I. Eigentlicher Begriff und Inhalt aller [...] unter der Regierung Seiner Majestät Leopoldi I. ausgegangenen Generalien, Patente, Ordnungen [...], Wien 1704, 205f.

2 Standardwerke zur Armutsgeschichte (in Auswahl): Fischer, Wolfram: Armut in der Geschichte. Erscheinungsformen und Lösungsversuche der „Sozialen Frage“ in Europa seit dem Mittelalter, Göttingen 1982; Geremek, Bronislaw: Geschichte der Armut. Elend und Barmherzigkeit in Europa, München 1988; von Hippel, Wolfgang: Armut, Unterschichten, Randgruppen in der frühen Neuzeit, München 1995; Jütte, Robert: Arme, Bettler, Beutelschneider. Eine Sozialgeschichte der Armut in der Frühen Neuzeit, Weimar 2000; Mollat, Michel: Die Armen im Mittelalter, München 1984; Rheinheimer, Martin: Arme, Bettler und Vaganten. Überleben in der Not 1450 bis 1850, Frankfurt am Main 2000.

3 Vgl zur Forschungsgeschichte bzw zum aktuellen Forschungsstand Bräuer, Helmut: Bettler in frühneuzeitlichen Städten Mitteleuropas, in: Althammer, Beate: Bettler in europäischen Städten der Moderne. Zwischen Barmherzigkeit, Repression und Sozialreform, Frankfurt am Main 2007, 23–57; von Hippel: Armut (Anm 2), 55–57; Kühberger, Christoph: Armut in historischer Perspektive – Zugänge der Geschichtswissenschaften, in: Hahn, Sylvia/Lobner, Nadja/Sedmak, Clemens (Hg): Armut in Europa 1500–2000, Innsbruck 2010, 261–278; Scheutz, Martin: Ausgesperrt und gejagt, geduldet und versteckt. Bettlervisitationen im Niederösterreich des 18. Jahrhunderts, St. Pölten 2003, 15–27.

chen.⁴ Ein Blick auf die aktuelle Forschungslage in Bezug auf die Stadt Wien zeigt jedoch, dass es auf diesem Gebiet auch noch viele ‚weiße Flecken‘ gibt.⁵ Das Thema Bettel/Betteln/BettlerInnen in Wien wurde bisher – mit einem Schwerpunkt auf der Frühen Neuzeit⁶ – fast ausschließlich in wenigen Aufsätzen behandelt.⁷ Die einzige Ausnahme bilden die Forschungen Helmut Bräuer über das Bettelwesen in Wien und Niederösterreich in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts.⁸ Der bisherige Forschungsstand lässt es somit nicht zu, ein geschlossenes Bild der Bettelgeschichte in Wien zu zeichnen. Aufgrund der unzureichenden Forschungs-, aber auch der obrigkeitlich geprägten Quellenlage ist die Wiener Bettelgeschichte leider großteils nur aus der Sicht von ‚oben‘, dh über obrigkeitliche Normierungen und Vorstellungen zu erschließen. Weniger ist daher bis jetzt über die praktische Umsetzung der Normen, über die Einstellung der Bevölkerung in Bezug auf Bettelei und auch über den Alltag bettelnder Menschen bekannt. Zedlers „Universallexicon“ aus dem 18. Jahrhundert erklärt das Stichwort „Betteln“ kurz und bündig: *Heißet Allmosen fordern*.⁹ Bettel stellt ein oft unvermeidliches Begleitphänomen von Armut dar und ist damit Teil einer aus prekärer Überlebenslage entwickelten „Ökonomie des Notbehelfs“¹⁰. Von Bettel wird gesprochen, wenn Menschen bei Privatpersonen oder bestimmten Institutionen wie Klöstern um Hilfeleistungen ba-

4 Vgl Kühberger: Armut (Anm 3).

5 Das einzige Überblickswerk zur Armenfürsorge in Wien stammt aus dem Jahr 1867: Weiß, Karl: Geschichte der öffentlichen Anstalten, Fonde und Stiftungen für die Armenversorgung in Wien, Wien 1867, danach erschienen vor allem Einzelstudien zu bestimmten Institutionen und Epochen. Auch Überblickswerke, die den deutschsprachigen Raum abdecken, gibt es kaum; eine – nicht unumstrittene – Überblicksdarstellung für Deutschland Sachße, Christoph/Tennstedt, Florian: Geschichte der Armenfürsorge in Deutschland, 3 Bde, Stuttgart 1980–1992.

6 Dieser Forschungsschwerpunkt findet sich auch in der allgemeinen Forschung zur Bettelgeschichte. Vgl Althammer, Beate: Einleitung, in: Althammer, Beate (Hg): Bettler in der europäischen Stadt der Moderne. Zwischen Barmherzigkeit, Repression und Sozialreform, Frankfurt am Main 2007, 4 f.

7 Bräuer, Helmut: Nachdenken über den Bettel um die Mitte des 18. Jahrhunderts. Ein Beispiel aus Wien, in: Donnert, Erich (Hg): Europa in der Frühen Neuzeit. Festschrift für Günter Mühlhpfordt, Bd 5: Aufklärung in Europa, Köln 1999, 365–390; Bräuer, Helmut: „... weillen sie nit alzeit arbeiten haben khan.“ Über die „Bettelweiber“ von Wien während der frühen Neuzeit, in: L’Homme 7/1/1996, 135–144; Just, Thomas: Bettler: Residenz und Armut, in: Pils, Susanne Claudine/Niederkorn Jan Paul (Hg): Ein zweigeteilter Ort? Hof und Stadt in der Frühen Neuzeit, Wien 2005, 257–266; Just, Thomas: *Er sauge die Untertanen aus wie Wespen die suessen pürrn*. Städtischer Umgang mit Armut und Bettelei zur Zeit des Dreißigjährigen Krieges, in: Weigl, Andreas: (Hg), Wien im Dreißigjährigen Krieg. Bevölkerung – Gesellschaft – Kultur – Konfession, Wien 2001, 379–408; Just, Thomas/Pils, Susanne Claudine: Die Entstehung der Unbarmherzigkeit. Randgruppen und Außenseiter in Wien vom Mittelalter bis ins 20. Jahrhundert, Wien 1997; Pichlkastner, Sarah: „Arme stattgezeichnete bettler“. Auf den Spuren der Wiener Bettlerinnen und Bettler mit Bettelerlaubnis („Stadtzeichen“) im 16. und 17. Jahrhundert, Dipl., Wien 2009; Pils, Susanne Claudine/Weigl, Andreas: Tagelöhner, Arme, Bettler, in: Csendes, Peter/Opll, Ferdinand (Hg), Wien. Geschichte einer Stadt, Bd 2: Vocolka, Karl/Traninger, Anita (Hg): Die frühneuzeitliche Residenz (16. bis 18. Jahrhundert), Wien 2003, 263–267; Wadauer, Sigrid: Betteln – Arbeit – Arbeitsscheu (Wien 1918–1938), in: Althammer, Beate: Bettler in der europäischen Stadt der Moderne. Zwischen Barmherzigkeit, Repression und Sozialreform, Frankfurt am Main 2007, 257–299.

8 Bräuer, Helmut: „und hat seithero gebettelt“. Bettler und Bettelwesen in Wien und Niederösterreich während der Zeit Kaiser Leopolds I., Wien 1996.

9 Zedler, Johann Heinrich: Grosses vollständiges Universal-Lexicon aller Wissenschaften und Künste, Supplement-Bd 3, 2. vollständiger photomechanischer Nachdruck der Ausgabe Leipzig 1752, Graz 1999, Sp 1035 („Betteln“).

10 Schindler, Norbert: Widerspenstige Leute. Studien zur Volkskultur in der frühen Neuzeit, Frankfurt am Main 1992, 40.

ten, die ihren persönlichen Unterhalt gewährleisten sollten; diese konnten aus Geld, Nahrung, Kleidung oder anderen Hilfestellungen (zB Beherbergung) bestehen.¹¹ Bettel hatte jedoch viele verschiedene Gesichter: Einerseits ist zwischen temporärem und längerfristigem Angewiesensein auf Unterstützung, andererseits zwischen mobilen und ortsgebundenen BettlerInnen zu unterscheiden. Im Bezug auf den Bettelvorgang an sich zeigen sich ebenfalls mehrere ‚Typen‘: Haustür- und Wohnungsbettel, Markt- und Gassenbettel sowie der Bettel bei Kirchen und Klöstern gehörten zum ‚Repertoire‘ bettelnder Menschen.¹² Armut ist hingegen ein schwierig zu definierender und vor allem „relativer“ Begriff.¹³ Das Verständnis von Armut ist untrennbar mit dem jeweiligen Blickwinkel sowie dem sozialen, wirtschaftlichen, religiösen und politischen Kontext verbunden.¹⁴ Armut entspringt immer einem Mangel, dieser kann sich materiell oder physisch äußern, mit Macht und Ehre zu tun haben und/oder mit „lebensgestaltenden Handlungsspielräumen“¹⁵ zusammenhängen. „Arm“ ist gleichzeitig auch stets eine gesellschaftliche und soziale Zuschreibung¹⁶ und muss in Relation zum Umfeld betrachtet werden¹⁷.

1. „Notdürftige“ ZeichenträgerInnen und „starke Leute“

Das erste große Datum der Wiener Bettelgeschichte bildet das Jahr 1443, aus dem die älteste bekannte Wiener Bettelordnung stammt.¹⁸ Laut dieser Ordnung hatte ein von Bürgermeister und Stadtrat eingesetzter „Sterzermeister“ die Aufsicht über das Bettelwesen in der Stadt inne, *der gwalt haben [sollte] uber all und yeglich sterczzer¹⁹ und petler, man und weib, jung und allt, was der hie sein oder herchomen*. Er hatte darauf zu achten, *das nyemand daz allmussen neme in petler weis, [...] er sei dann des redlich und eebafftiglich notdurftig*. Diese ‚würdigen‘ BettlerInnen erhielten *ain zaiben*, das sie *offenberlich ze tragen* hatten. Mit diesen Bettelzeichen²⁰ war ihnen erlaubt, *ze petln und almussen ze neme an offennbarn steten*. Keine Bettelberechtigung bekamen *starkch lewt*, die arbeiten konnten oder auf andere Weise über den nötigen Lebensunterhalt verfügten.²¹ Diese Wie-

11 Vgl Pichlkastner: Spuren (Anm 7), 3.

12 Vgl Bräuer: Bettler und Bettelwesen (Anm 8), 100–103; Rheinheimer: Arme (Anm 2), 139.

13 Mollat: Armen, 13 (Anm 2).

14 Vgl von Hippel: Armut (Anm 2), 3.

15 Von Hippel: Armut (Anm 2), 3.

16 Vgl Scheutz: Bettlervisitationen (Anm 3), 16.

17 Dementsprechend hält Mollat: Armen (Anm 2), 10, fest: „Man ist immer ärmer oder weniger arm als andere“. Zu historischen Armutsursachen von Hippel: Armut (Anm 2), 8–14; Rheinheimer: Arme (Anm 2), 18–24; Scheutz: Bettlervisitationen (Anm 3), 27–34.

18 Csendes, Peter: Die Rechtsquellen der Stadt Wien, Wien 1986, 219–221.

19 Das Wort „sterzen“ heißt soviel wie stromen, vagabundieren, dh auch die Bezeichnung „Sterzermeister“. Vgl Czeike, Felix (Hg): Historisches Lexikon Wien, Bd 1, Wien 1992, 352 f („Bettler“).

20 Zur Geschichte des Bettelzeichens in Wien ausführlich Pichlkastner: Spuren (Anm 7).

21 Vgl Bräuer: Bettler und Bettelwesen (Anm 8); Just: Umgang (Anm 7), 380 f.; Just/Pils: Unbarmherzigkeit (Anm 7), 7; Pichlkastner: Spuren (Anm 7), 33 u. 61.

ner Bettelordnung bildet keineswegs eine Besonderheit. Viele Städte erließen ab dem Ende des 14. Jahrhunderts Ordnungen mit ähnlich lautenden Bestimmungen, die die Bettelerlaubnis auf einen ausgesuchten Kreis ‚würdiger‘ Armer beschränkten. Diese Herangehensweise ist symptomatisch für einen sich damals vollziehenden Veränderungsprozess, dessen Beginn als erster Wendepunkt in der Armutsgeschichte bezeichnet wird.²² Bis dahin hatten BettlerInnen weitgehend als integraler und gottgewollter Bestandteil der Gesellschaft gegolten, die den AlmosenspendeInnen die Möglichkeit boten, durch Mildtätigkeit ihr Seelenheil zu befördern. Dieses mittelalterliche Verständnis wurde nun zunehmend von einer differenzierteren Sichtweise abgelöst: Nur mehr ‚würdige‘ (arbeitsunfähig, einheimisch, ‚ordentliche‘ Lebensführung) BettlerInnen sollten nun in den ‚Genuss‘ der Almosen kommen, während ‚starke‘, dh ‚unwürdige‘ (arbeitsfähig, fremd), zunehmend an den Rand der Gesellschaft gedrängt und kriminalisiert wurden. Die Wiener Ordnung machte zwar noch keinen Unterschied zwischen einheimischen und fremden BettlerInnen, doch beinhaltet sie einen ganzen Katalog an Täuschungsmöglichkeiten, die ‚unwürdige‘ BettlerInnen anwandten, um ungerechtfertigt an Almosen zu gelangen: Beispielsweise werden darin Frauen erwähnt, die sich bedürftig stellen, *mit dem daz sy kindlpetterinn weise ligent oder tragunder frawn weise mit aufgepunnden kussen oder mit entlehenten kindlein*.²³ Auf diese Weise wurden diese BettlerInnen „zum Inbegriff des betrügerischen Armen“²⁴, während gleichzeitig aus den ‚Würdigen‘ eine „soziale Schicht der Bedürftigen“²⁵ entstand, die entweder mittels offener (Almosenvergaben, Bettelzeichen usw) oder geschlossener (Spitäler, Siechenhäuser usw) Armenfürsorge unterstützt wurden.

2. StadtzeichnerInnen und andere BettlerInnen

Nach dieser ersten frühen Ordnung treten BettlerInnen in Wien erst wieder mit der von Ferdinand I. (1503–1564) 1526 erlassenen Stadtordnung²⁶ in Erscheinung: Die Verantwortung für die sich in der Stadt aufhaltenden BettlerInnen ging nun auf den Spitalmeister des Wiener Bürgerspitals über, das Amt des Sterzermeisters verschwand. Die Ordnung sah nun ein generelles Bettelverbot in der Stadt vor: *Kainem petler noch petlerin war in den kirchen noch auf den gassen* das Betteln gestattet, alle Bedürftigen sollten im Bürgerspital Aufnahme und Versorgung finden.²⁷ Auch diese zweite, die Bettelnden betreffende Ordnung fügt sich in die allgemeine armutsgeschichtliche Entwicklung ein.

22 Vgl von Hippel: Armut (Anm 2), 103 f; Rheinheimer: Arme (Anm 2), 92.

23 Vgl Pichlkastner: Spuren (Anm 7), 33.

24 Scheutz, Bettlervisitationen (Anm 3), 21.

25 Fischer, Thomas: Städtische Armut und Armenfürsorge im 15. und 16. Jahrhundert. Sozialgeschichtliche Untersuchungen am Beispiel der Städte Basel, Freiburg i. Br. und Straßburg, Göttingen 1979, 341.

26 Csendes: Rechtsquellen (Anm 18), 257–309 (Bettler 287 f).

27 Vgl Bräuer: Bettler und Bettelwesen (Anm 8), 49; Just/Pils: Unbarmherzigkeit (Anm 7), 9; Pichlkastner: Spuren (Anm 7), 34.

Beginnend mit Nürnberg 1522 wurde Betteln vielerorts gänzlich verboten und die ‚würdigen‘ Armen erhielten stattdessen regelmäßige finanzielle Zuwendungen aus einer zentralen Armenkassa. Unterstützung verband sich nun in verstärkter Form mit Arbeitsunfähigkeit, da Armut nicht arbeitender, aber arbeitsfähiger Menschen zunehmend als selbstverschuldet angesehen wurde.²⁸ Diese Phase wird in der Forschung mit den Schlagworten Kommunalisierung (Fürsorge wird städtische Aufgabe), Rationalisierung (Beschränkung auf ‚würdige‘ Arme), Bürokratisierung (verstärkte Verwaltungs- und Kontrolltätigkeit) und Pädagogisierung (Verhaltensnormen für Unterstützte) versehen.²⁹ Dieser Umbruch in Richtung Zentralisierung des städtischen Fürsorgewesens wird als zweiter Wendepunkt der Armutsgeschichte bezeichnet und fällt zeitlich mit dem Beginn der Reformation zusammen.³⁰ Tendenziell bestand in der Folge in protestantischen Gebieten meist ein generelles Bettelverbot, während der Bettel in regulierter Form im katholischen Bereich oftmals weiterhin ein Mittel der Armenversorgung bildete.³¹ Trotz des 1526 ausgesprochenen Bettelverbotes passt die weitere Entwicklung in Wien in das Schema einer katholischen Stadt: Spätestens ab den 1560er-Jahren wurde das Zeichensystem in Wien wieder eingeführt und somit Betteln mit Zeichen wieder erlaubt.³² Hatte das Zeichen im 15. Jahrhundert noch aus einem um den Hals zu tragenden gelben Tuch bestanden³³, war es ab dem 16. Jahrhundert nachweislich gegossen und sollte – wahrscheinlich mit Löchern versehen – gut sichtbar an der Kleidung angebracht werden; Form, Material sowie Motive und Aufschriften sind leider nicht bekannt. Bis dahin einfach nur „Zeichen“ oder auch „Wahrzeichen“ genannt, bekam es spätestens mit Beginn des 17. Jahrhunderts den Namen „Stadtzeichen“ und seine TrägerInnen wurden fortan als „StadtzeichnerInnen“ titulierte.³⁴ Die Bettelzeichen stellten – zumindest in den Augen der Obrigkeit – für ihre TrägerInnen eine gewisse Auszeichnung bzw ein ‚Prestigeobjekt‘ dar.³⁵ Mit der Kennzeichnung ging aber umgekehrt auch deren Stigmatisierung und Marginalisierung Hand in Hand. Indem Armut „visualisiert“³⁶ wurde, waren die betroffenen Personen auf den ersten Blick als Menschen am unteren

28 Vgl Geremek: Armut (Anm 2), 153–256; von Hippel: Armut (Anm 2), 104–107; Scheutz: Bettlervisitationen (Anm 3), 22–27.

29 Vgl Rheinheimer: Arme (Anm 2), 94 f; Sachße/Tennstedt: Armenfürsorge (Anm 5), Bd 1: Vom Spätmittelalter bis zum Ersten Weltkrieg, Stuttgart 1980, 30–35; Scheutz: Bettlervisitationen (Anm 3), 22 f.

30 Vgl von Hippel: Armut (Anm 2), 105.

31 Vgl von Hippel: Armut (Anm 2), 106. In der Forschung wurden lange Zeit die Differenzen über- und die Gemeinsamkeit unterbewertet, die zwischen katholischen und protestantischen Gebieten in puncto Armenfürsorge bestanden. Zu diesem so genannten „konfessionellen Prioritätenstreit“ von Hippel: Armut (Anm 2), 105–107; Jütte: Arme (Anm 2), 131–138.

32 Als ‚terminus post quem‘ gilt ein mit dem Jahr 1560 beginnendes Verzeichnis von BettelzeichenträgerInnen: Wiener Stadt- und Landesarchiv (WStLA), Bestand Bürgerspital, B 8, 13. Vgl Pichlkastner: Spuren (Anm 7), 61 f.

33 Vgl Czeike: Lexikon (Anm 19), Bd 1, Wien 1992, 352 f („Bettler“); Just/Pils: Unbarmherzigkeit (Anm 7), 7.

34 Vgl Pichlkastner: Spuren (Anm 7), 62.

35 Vgl Jütte, Robert: Stigma-Symbole. Kleidung als identitätsstiftendes Merkmal bei spätmittelalterlichen und neuzeitlichen Randgruppen (Juden, Dirnen, Aussätzige, Bettler), in: Saeculum 44/1993, 65–89.

36 Rheinheimer: Arme (Anm 2), 101.

Ende der Gesellschaftshierarchie erkennbar. Gleichzeitig fiel es umso leichter, BettlerInnen ohne Zeichen von der Unterstützung auszuschließen und sie somit ungebremst durch das ‚Auffangnetz‘ fallen zu lassen.³⁷

Ab der Wiedereinführung der Bettelzeichen blieb die Wiener ‚Bettelpolitik‘ während der folgenden rund 130 Jahre konstant: Infolge regelmäßiger Bettlervisitationen wurden in Anwesenheit von Vertretern der zuständigen Obrigkeiten (niederösterreichische Regierung und Wiener Stadtrat) sowie ‚Medizinern‘ (Ärzte, Bader und Barbieri) Bettelzeichen an alle ‚würdigen‘ BewerberInnen vergeben, während alle anderen BettlerInnen danach die Stadt innerhalb einer gewissen Frist zu verlassen hatten. Dieses auf eine Abschottung der Stadt nach außen ausgerichtete System sollte durch mehrere Grenzziehungen funktionieren: Einerseits wurden strenge Kontrollen an den Stadttoren angeordnet, andererseits den Vorstädten die Funktion eines ‚Abschirmgürtels‘ zugewiesen. Zur Durchsetzung des Bettelverbots ohne Zeichen erließen die zuständigen Obrigkeiten Beherbergungsverbote und Meldepflichtgebote, ordneten regelmäßige Häuservisitationen an und verstärkten die Kontrollen in der Stadt und den Vorstädten – auf dem Papier.³⁸ Die Realität in der Stadt und den Vorstädten sah jedoch anders aus. Die Probleme bei der Verwirklichung der obrigkeitlichen Vorgaben lagen unter anderem bei den dazu eingesetzten Wachkörpern: Diese stammten aus einem ähnlichen Milieu wie die BettlerInnen und wurden zudem schlecht und schleppend bezahlt, wodurch ihre Arbeitsmoral merklich geschwächt und die Bestechungsbereitschaft beträchtlich erhöht wurde.³⁹ Dementsprechend konnten viele der als „verdächtiges Gesindel“ eingestuften Personen durch das oft wenig effiziente Kontrollnetz schlüpfen und ungehindert in der Stadt und den Vorstädten dem Betteln nachgehen. Manche hatten dabei aber auch weniger Glück und wurden aufgegriffen. Diese wurden in den so genannten „Bettelkottler“ im Tiefen Graben gebracht und verhört, ab 1671 fanden diese Verhöre im neu gegründeten Zucht- haus in der Leopoldstadt statt. Wurden BettlerInnen ohne Zeichen zum wiederholten Mal aufgegriffen, mussten sie zum Teil mit harten Strafen rechnen: Diese reichten von Rutenschlägen und Pranger-Strafen bis hin zu Stadtverweisen und Zwangsarbeit in einer ungarischen Grenzfestung oder bei der Wiener Stadtbefestigung.⁴⁰

Direkt aus den obrigkeitlichen Anordnungen ablesen lässt sich die damalige Sicht von ‚oben‘ auf die BettlerInnen: Diese galten als Unruhestifter, Müßiggänger, Verbrecher, Gotteslästerer und vor allem Krankheitsüberträger.⁴¹ Exemplarisch dazu ein Auszug aus einem Patent des Jahres 1612⁴²: *Hin- und widerschweifendes verdecktigs hernloses ge-*

37 Vgl Jütte: Arme (Anm 2), 209–215; Pichlkastner: Spuren (Anm 7), 57 f.

38 Vgl Bräuer: Bettler und Bettelwesen (Anm 8), 53–79; Pichlkastner: Spuren (Anm 7), 34–45.

39 Vgl Bräuer: Bettler und Bettelwesen (Anm 8), 64–67; Pichlkastner: Spuren (Anm 7), 54–56.

40 Vgl Bräuer: Bettler und Bettelwesen (Anm 8), 53–64; Pichlkastner: Spuren (Anm 7), 41 u. 43.

41 Vgl Pichlkastner: Spuren (Anm 7), 34–45.

42 Quellen zur Geschichte der Stadt Wien, hg vom Altertums-Vereine zu Wien, Abt 1: Regesten aus in- und ausländischen Archiven mit Ausnahme des Archives der Stadt Wien, Bd 5, Wien 1906, Nr 5728.

sindt wurde darin mit *erschrocklichem, ergerlichen, schier unerhörtem leben, gottlestern und andern unchristlichen lastern* verbunden, woraus *dann allerlay unrat und morttaten entstehen, also daß schier niemand ehrlicher abentszeyt umb die statt gehen, in seinem aigen haus wohnen oder sonst über landt allain raisen darf*. Die Lebenswelten der BettlerInnen im 17. Jahrhundert lassen sich hingegen aus einigen erhaltenen Bettlerverzeichnissen erschließen.⁴³ Bei den meisten BettlerInnen – mit und ohne Stadtzeichen – handelte es sich nicht um geborene WienerInnen, sondern um ZuwandererInnen. Diese kamen vor allem aus dem umliegenden Land unter der Enns (heutiges Niederösterreich), aber oft auch aus weiter entfernten Gebieten, wobei viele von ihnen schon lange in der Stadt gelebt und gearbeitet hatten. Wien bildete als Haupt- und Residenzstadt infolge vermeintlicher Arbeits- und auch Bettelmöglichkeiten natürlich einen großen Anziehungspunkt für Menschen aus Nah und Fern. Das mit der Reichspoliceyordnung von 1530 erstmals statuierte und in die niederösterreichische Policeyordnung von 1552 übernommene so genannte Heimatprinzip, das die Versorgung aller Armen durch ihre Heimatgemeinden vorsah⁴⁴, konnte daran nicht viel ändern.⁴⁵ Der Großteil der späteren BettlerInnen oder StadtzeichnerInnen hatte als DienstbotInnen oder TagelöhnerInnen gearbeitet, unter den Männern waren zudem viele ehemalige Hauer (Weinbau) und Soldaten. Wurden sie aufgrund von Alter, Krankheit oder Verletzung arbeitsunfähig, konnten viele ihr Leben nur mehr bettelnd bestreiten, wozu sie im günstigsten Fall mittels Stadtzeichen über eine obrigkeitliche Erlaubnis verfügten. Sowohl die StadtzeichnerInnen wie auch die übrigen aufgegriffenen BettlerInnen waren keineswegs obdachlos, sondern verfügten meist in den Vorstädten über einen festen Wohnort und somit über einen Unterkunftgeber. Die Vorstadt St. Ulrich (Wien 7) scheint dabei ein besonderes Bettlerzentrum gewesen zu sein.⁴⁶

In der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts wurde auch in Wien eine neue, für diese Zeit typische und mit Arbeit verbundene Sicht auf Armut erkennbar, nämlich deren Einschätzung als ökonomisch lösbares Phänomen. Im Zuge des aufkommenden Kameralismus verbreitete sich die Idee, das brachliegende Arbeitspotential der ‚müßiggehenden‘ BettlerInnen zum Nutzen des Staates einzusetzen und gleichzeitig diese durch Arbeit zu fleißigen Menschen zu ‚erziehen‘; dadurch sollte Armut verringert werden.⁴⁷ Praktische Umsetzung fanden diese Vorstellungen in Wien in der Errichtung eines Werkhauses am Tabor 1676, das allerdings nur einige Jahre Bestand hatte.⁴⁸ Bereits 1671 war in der Leopoldstadt – wie zuvor auch in anderen europäischen Städten⁴⁹ – ein Zuchthaus ge-

43 WStLA, Bestand Bürgerspital, B 8, 14–17 (Zeitraum 1654–1684).

44 Vgl Scheutz: Bettlervisitationen (Anm 3), 38.

45 Vgl Bräuer: Bettler und Bettelwesen (Anm 8), 49 f.

46 Vgl dazu ausführlich Bräuer: Bettler und Bettelwesen (Anm 8), 81–229; Pichlkastner: Spuren (Anm 7), 104–157

47 Vgl Bräuer: Bettler und Bettelwesen (Anm 8), 60–63; Scheutz: Bettlervisitationen (Anm 2), 26 f.

48 Vgl Bräuer: Bettler und Bettelwesen (Anm 8), 61 f; Pichlkastner: Spuren (Anm 7), 41 f.

49 Vgl von Hippel: Armut (Anm 2), 109 f; Rheinheimer: Arme (Anm 2), 106–110; Sachße/Tennstedt: Armenfürsorge (Anm 5), Bd 1: Vom Spätmittelalter bis zum Ersten Weltkrieg, Stuttgart 1980, 113.

gründet worden, in dem Arbeit jedoch mehr als Bestrafungs- denn als Erziehungsform eingesetzt wurde.⁵⁰

Das Ende des Wiener Stadtzeichens kam schließlich mit einem Patent Kaiser Leopolds I. (1640–1705) aus dem Jahr 1693.⁵¹ Bei einer im Bürgerspital durchgeführten Generalvisitation hatte sich herausgestellt, *daß die Anzahl der bettlenden Persohnen sich ueber 2000 Seelen betrug, von denen viele aber, welche sich fuer blind / krump / und schadhafft außgeben / und angestellt / da aber selbe ordentlich beschaut / ohne Mangel befunden worden.* Gemäß den neuen Bestimmungen sollte Betteln fortan niemandem mehr gestattet sein. Die bedürftigen Armen Wiens, die bisher ein Stadtzeichen erhalten hatten, bekamen nun einen Platz im neu gegründeten Großarmenhaus in der Alser Straße, dem Vorläufer des unter Joseph II. (1741–1790) errichteten Allgemeinen Krankenhauses (heute Universitätscampus). Die gesamte Armenversorgung der Stadt stand nun unter der Oberaufsicht der niederösterreichischen Regierung.⁵² Als zentrale Spendenkassa fungierte die so genannte „Cassa pauperum“ bzw. „Armenleut-Cassa“.⁵³

3. ‚Würdige‘ Arme und abgeschobenes „Gesindel“

Versorgung der als ‚würdig‘ eingestuften Armen sowie Bettelverbot und Bettlerausweisungen („Abschaffen“) prägten auch das folgende 18. Jahrhundert. Mit dem allgemeinen Bettelverbot trat nun deutlich eine Differenzierung zwischen Armen und BettlerInnen zutage, wobei Letztere automatisch als ‚unwürdige‘ Arme galten, weil sie sich nicht an die vorgegebenen Normen hielten – Betteln wurde somit einem Verbrechen gleichgesetzt.⁵⁴ Unterstützungsanspruch war nun allerdings in vermehrter und reglementierter Weise an das Heimatprinzip gekoppelt: Die Stadt Wien sollte nur mehr jene Armen versorgen, die dort aufgrund der Geburt oder infolge eines längeren Aufenthalts in der Stadt Anspruch auf Unterstützung hatten. Um diese Prinzipien umzusetzen, kam ab den 1720er-Jahren ein System zur ‚Entfaltung‘, das sich bereits im 17. Jahrhundert in der Bettlerbekämpfung abzuzeichnen begonnen hatte: das kombinierte „Bettlervisitations- und Schubsystem“⁵⁵. Anders als noch einige Jahrzehnte zuvor, handelte es sich bei diesen Bettlervisitationen nicht mehr um ‚Beschauungen‘ der BettlerInnen zwecks Vergabe von Bettelzeichen, sondern um regelmäßige, aber unangekündigte Durchsuchungen (Streifen) eines bestimmten Gebietes auf der Suche nach BettlerInnen oder anderem „Gesindel“.⁵⁶ Beispielsweise verkündete das Wienerische Diarium zum 8. Novem-

50 Vgl Pichlkastner: Spuren (Anm 7), 42 f; Scheutz: Bettlervisitationen (Anm 3), 59; Stekl, Hannes: Österreichs Zucht- und Arbeitshäuser 1671–1920. Institutionen zwischen Fürsorge und Strafvollzug, Wien 1978, 88–92.

51 WStLA, Patent Nr 823 vom 26. März 1693. Vgl Quellen (Anm 42), Bd 6, Wien 1908, Nr 6366.

52 Vgl Bräuer: Bettler und Bettelwesen (Anm 8), 73; Pichlkastner: Spuren (Anm 7), 44 f u 63 f

53 Vgl Weiß: Armenversorgung (Anm 5), 59–71.

54 Vgl Bräuer: Nachdenken (Anm 7), 365 f.

55 Scheutz: Bettlervisitationen (Anm 3), 44.

56 Vgl Scheutz: Bettlervisitationen (Anm 3), 43 f.

ber 1723: *Montag / den 8. dieses / wurden in der fruhe abermalen durch bestellte Commissarien / alle Haeuser in und vor der Stadt unvermutet durchsuchet / und viele verdaechtige Manns- und Weibs-Personen in Verhaft gezogen.*⁵⁷ Um die auf diese Weise aufgegriffenen Personen, für die Wien nicht zuständig war, wieder loszuwerden, wurden diese mittels Schub an ihren Heimatort zurückbefördert, wobei die ‚Unerwünschten‘ entweder von Landgericht zu Landgericht weitergereicht („Particularschub“) oder, wenn dieser weiter entfernt lag, infolge zentral organisierte „Hauptschübe“ auf fixen Schubrouten dorthin überstellt wurden. Durch dieses auf dem Heimatprinzip basierenden Abschiebungs- und Unterstützungssystem wurde das Armuts- und Bettelproblem jedoch nur verlagert, durch aufnahmeunwillige Obrigkeiten hin- und hergeschoben und aufgrund der daraus resultierenden erzwungenen Mobilität teilweise sogar noch verschärft.⁵⁸ Ein sich 1781 in Wien auf der Durchreise befindlicher Augenzeuge bezog zu diese Vorgangsweise gegenüber BettlerInnen auf folgende Weise Stellung: *Man griff sonst in Wien von Zeit zu Zeit Bettler und liederliches Gesindel in den Häusern und auf den Straßen auf, und sperrte sie alle untereinander in ein elendes Gefängniß, das man den Koder oder Bettelkoder nannte. Nachher nahm man eine Partie zusammen, führte die öffentlich, unter großem Zulaufe von Menschen, aus der Stadt hinaus, und brachte sie weiter. Dieß nannte man den Schub. Man schien sich einzubilden, auf diese Art die Stadt so von liederlichen Leuten gereinigt zu haben, daß nur bloß ehrbare und ordentliche Leute darin blieben.*⁵⁹

Mit der Errichtung des Zucht- sowie des Großarmenhauses hatten sich bereits in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts in Wien die ersten Ansätze des „großen Einsperrens“⁶⁰ gezeigt, nämlich Arme, BettlerInnen und anderes „Gesindel“ von der übrigen Gesellschaft zu trennen und in dafür bestimmten Einrichtungen ‚einzusperren‘.⁶¹ In einer 1696 anonym erschienenen „Relation und Ordnung“, die auf die Errichtung des Großarmenhauses Bezug nimmt, wurde diese Vorgehensweise auf folgende Weise begründet: *So ist aber in Consideration kommen, dass es, wenn die Leute in ihren Wohnungen bleiben, einmal unmoeglich seyn wurde [!] / das verbottene Bettlen zu verhindern / vil weniger aber / daß man sicher wissen koenne [...] ob selbe eine guten Exemplarischen / und aufferbaulichen Lebens-Wandel fuehren.* Aus diesen Gründen ist es *vor allem hoechst-noethig zu seyn befunden worden, dass die würdigen Armen in einen gewissen Orth / allwo man ueber dieselbe / ihres Thuen / und Lassens halber / eine ge-*

57 Wienerisches Diarium, Nr 90, Ausgabe 10. November 1723. Vgl <http://anno.onb.ac.at/cgi-content/anno?apm=0&aid=wrz&datum=17231110&seite=7&zoom=2gl> (Online-Digitalisierung der ÖNB), Zugriff am 21. April 2010.

58 Vgl Scheutz: Bettlervisitationen (Anm 3), 49.

59 Zit nach Scheutz: Bettlervisitationen (Anm 3), 49.

60 Der Begriff des „großen Einsperrens“ („Le grand renfermement“) wurde von Michel Foucault in Bezug auf die europäische und vor allem französische Armutsgeschichte des 17. Jahrhunderts geprägt. Vgl. Foucault, Michel: *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris 1972, 56–91.

61 Vgl Bräuer: Bettler in frühneuzeitlichen Städten (Anm 3), 54; Geremek: Armut (Anm 2), 257–284; Rheinheimer: Arme (Anm 2), 103–110; Scheutz: Bettlervisitationen (Anm 3), 59.

*naue Obsicht tragen koenne / unterbracht / und versorgt werden moegen.*⁶² Separierung der als Sicherheitsrisiko wahrgenommenen Menschen, deren gezielte Kontrolle und auch ‚Erziehung‘ sprachen somit aus zeitgenössischer Sicht für die Einweisung in eine Institution. Das 18. Jahrhundert war generell von einer Differenzierung und Spezialisierung der bis dahin sehr multifunktionalen Einrichtungen der geschlossenen Armenfürsorge gekennzeichnet. Unter Maria Theresia (1740–1780) wurden etwa ein Waisenhaus (1742) und eine Taubstummenanstalt (1772) gegründet.⁶³ Den Höhepunkt dieser Entwicklung bildete die Errichtung des Allgemeinen Krankenhauses unter Joseph II. 1784.⁶⁴ Ebenfalls schon gegen Ende des 17. Jahrhunderts wurde die Tendenz des Staates sichtbar, die zentrale und einheitliche Regelung der Armenfürsorge zu seiner Aufgabe zu machen. Diese bestand sowohl aus geschlossenen als auch aus offenen Fürsorgevarianten, wurde über Spitäler, Stiftungen und Fonds realisiert und setzte sich aus privaten, kirchlichen, städtischen und staatlichen Initiativen bzw. Einrichtungen zusammen – ein schwer zu überblickendes Feld. Im 18. Jahrhundert wurde nun der staatliche Einfluss auf diesem Gebiet kontinuierlich erweitert. Nach ersten zentralistischen Bestrebungen unter Karl VI. (1685–1740) und Maria Theresia (1717–1780), die allerdings noch wenig Konstanz und Erfolg aufwiesen, erfolgten unter Joseph II. die ersten wirklich effizienten Reformversuche in Richtung Vereinheitlichung und Zentralisierung. Er zog das Vermögen der Stiftungen zur Armenfürsorge in der „Stiftungsoberkommission“ zusammen, die nun auch die Verwaltung der gesamten geschlossenen und offenen Fürsorge übernehmen sollte. Eine sich auf das gesamte Gebiet der Monarchie erstreckende Neuorganisation des Fürsorgewesens erfolgte durch die mit dem Namen Johann Graf von Buquoy (1741–1803) verbundenen Reformen, durch die offene Versorgungsvarianten bevorzugt und 1781 die „Pfarrarmeninstitute“ geschaffen wurden. Damit war nun die Organisation der Armenfürsorge auf der Ebene der Pfarren angesiedelt, wobei unter der Leitung des Pfarrers „Armenväter“ aus dem Bürgertum das Einsammeln und Verteilen der Spenden übernehmen sollten. Die Kirche wurde somit „in den Dienst von sicherheits- und erziehungspolitischen Interessen“⁶⁵ des Staates gestellt.⁶⁶ Anders als viele andere Reformen Josephs II. überleben ihn die Pfarrarmeninstitute und bildeten bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts die Basis der Armenfürsorge in Wien. Franz II./I. (1768–1835) hatte zwar nach seinem Regierungsantritt eine weitere Reform des Armenwesens nach dem Vorbild der Hamburger Armenanstalt, die 1788 von Caspar Voght (1752–1839) gegründet worden war, beabsichtigt. Dieser wurde, wie auch schon

62 Außführliche Relation und Ordnung, Wien Bibliothek, Druckschriftensammlung, Sign. A 3252 (1696), B2–B3.

63 Vgl Scheutz: Bettlervisitationen (Anm 3), 60–63; Weiß: Armenversorgung (Anm 5), 36.

64 Vgl Scheutz: Bettlervisitationen (Anm 3), 73–77.

65 Scheutz: Bettlervisitationen (Anm 3), 69.

66 Vgl Buquoy, Margarete: Das Buquoyische Armeninstitut – Vorläufer der staatlichen Fürsorge, in: Zeitschrift für Ostforschung 31/1982, 255–270; Rachholz, Elisabeth: Zur Armenfürsorge der Stadt Wien von 1740 bis 1904. Von der privaten zur staatlichen Fürsorge, Diss., Wien 1970, 53–64; Scheutz: Bettlervisitationen (Anm 3), 67–70; Weiß: Armenversorgung (Anm 5), 191–223.

Johann Graf von Buquoy vor ihm, nach Wien geholt, seine Reformvorschläge, die verstärkt auf Privatinitiativen und Arbeitsvermittlung beruhten, kamen aber aufgrund fehlender finanzieller Mittel nicht zur Umsetzung.⁶⁷ In Bezug auf den Umgang mit BettlerInnen änderte sich aber auch durch die Reformen Josephs II. wenig. Das schon zeitgenössisch durch den zitierten Reisenden als ‚Einbildung‘ entlarvte Visitations- und Schubsystem blieb „die scheinbar einzige heilbringende Antwort des frühmodernen Staates“⁶⁸ auf das ‚Bettlerunwesen‘. Die Pfarrarmeninstitute sollten zwar dazu beitragen, die Anzahl der BettlerInnen in der Stadt zu reduzieren, doch da das ganze System weiterhin auf dem Heimatprinzip beruhte und die Fürsorge zudem auf unzureichenden finanziellen Beinen stand, konnte diese Erwartung nicht erfüllt werden.⁶⁹

4. Arme mit „Heimatrecht“ und heimatlose, „arbeitscheue“ BettlerInnen

In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, dessen Beginn in der historischen Forschung als neuerliche Zäsur und damit als dritte Wende in der Armutsgeschichte angesehen wird⁷⁰, verschärfte sich das Armutproblem in der Großstadt Wien zusehends. Der Beginn der Industrialisierung war von zahlreichen Desintegrationserscheinungen („Funktionsverlust der traditionellen Versorgungseinheiten Haushalt, Herrschaft, Zunft und Gemeinde“⁷¹) geprägt, welche in Kombination mit einem rasanten Bevölkerungsanstieg zu einem starken Anwachsen der Armut in der Stadt führten („Pauperismus“). Vor allem die Wohnungsnot stellte ein unlösbares Problem dar. Die Armenfürsorge lag weiterhin bei Geltung eines allgemeinen Bettelverbots in den Händen der Pfarrarmeninstitute. Tendenziell zog sich der Staat wieder mehr aus der Armenfürsorge zurück („Laissez faire“), setzte vor allem auf repressive Zwangs- und Strafmaßnahmen und überließ das Feld verstärkt privaten Wohltätigkeitsorganisationen, die im 19. Jahrhundert in größerer Zahl aus dem Boden sprossen.⁷² Die Vorgangsweise gegenüber BettlerInnen zeigte kaum Veränderungen: Heimatprinzip und Schubsystem kamen weiterhin zur Anwendung. Bettelnde und vagierende Menschen wurden immer noch vor allem als Sicherheitsproblem wahrgenommen, während ein gesellschaftliches Bewusstsein für die Verarmungsursachen kaum vorhanden war und das Anwachsen der Armut von obrigkeitlicher Seite teilweise sogar mit „dem übertriebenen Wohltätigkeitsinn der Bevölkerung

67 Vgl. Feldbauer, Peter/Stekl, Hannes: Wiens Armenwesen im Vormärz, in: Banik-Schweitzer, Renate ua: Wien im Vormärz, Wien 1980, 175–201, hier 177; Melinz, Gerhard: Von der Armenfürsorge zur Sozialhilfe. Zur Interaktionsgeschichte von „erstem“ und „zweitem“ sozialem Netz in Österreich am Beispiel der Erwachsenenfürsorge im 19. und 20. Jahrhundert, Habil., Wien 2003, 34–39; Rachholz: Armenfürsorge (Anm 66), 64–68; Scheutz: Bettler-visitationen (Anm 3), 70 f.

68 Scheutz: Bettler-visitationen (Anm 3), 67.

69 Vgl. Buquoy: Armeninstitut (Anm 66), 265–269; Scheutz: Bettler-visitationen (Anm 3), 69 f.

70 Vgl. Bräuer: Bettler in frühneuzeitlichen Städten (Anm 8), 23.

71 Feldbauer/Stekl: Armenwesen (Anm 67), 175.

72 Vgl. Feldbauer/Stekl: Armenwesen (Anm 67), 175–182 bzw. zu den Wohltätigkeitsorganisationen 191–201; Häusler, Wolfgang: Von der Massenarmut zur Arbeiterbewegung. Demokratie und soziale Frage in der Wiener Revolution 1848, Wien 1978, 85–123; Melinz: Armenfürsorge (Anm 67), 40–47.

in Zusammenhang⁷³ gebracht wurde. In diesem Sinn bekamen BettlerInnen weiterhin und in verstärktem Maß die Stempel „arbeitscheu“ und „faul“ aufgedrückt. Arbeit als Lösung für Armut verlor angesichts der großen Arbeitslosigkeit an Bedeutung, auch wenn punktuell immer wieder Arbeitslose für öffentliche Arbeiten eingesetzt wurden.⁷⁴ 1842 ging die Zuständigkeit für die städtische Armenfürsorge von der Regierung an den Magistrat über, wo ein Armendepartement eingerichtet wurde. Zur Finanzierung diente der schon länger bestehende allgemeine Versorgungsfond.⁷⁵ Kurz nach der endgültigen Installierung der Gemeinden wurde mit dem Reichsheimatgesetz des Jahres 1863⁷⁶ die Armenversorgung reichsweit geregelt, allerdings unter weitgehender Fortschreibung der bestehenden Bestimmungen. In der Tradition des Heimatprinzips bildete das so genannte „Heimatrecht“ jetzt die Voraussetzung für den Anspruch auf Armenversorgung und konnte durch Geburt, Verhehlung, Ausübung eines Amtes oder durch Verleihung durch die Gemeinde erworben werden. Aufgrund der großen – vor allem durch Armut verursachten – Mobilität der Unterschichten fielen viele Menschen durch dieses ‚Gemeinde-Unterstützungnetz‘. In den größeren Städten, die eine hohe Anziehungskraft besaßen, und allen voran in Wien wurde dies besonders stark sichtbar. Erst 1896 kam es durch eine Novelle zum Heimatgesetz zu einer gewissen Verbesserung, da nun wieder die „Ersatzmöglichkeit“⁷⁷ des Heimatrechts durch einen zehnjährigen Aufenthalt in einer Gemeinde möglich wurde.⁷⁸ Die mit dem Heimatgesetz von 1863 nicht mehr benötigten Pfarrarmeninstitute verschwanden sukzessive, in Wien wurden sie 1873 aufgehoben und stattdessen Bezirksarmeninstitute eingerichtet.⁷⁹ Unterstützung blieb aber weiterhin an Arbeitsunfähigkeit geknüpft und reichte zudem kaum aus, um damit ein Auslangen zu finden („Subsidiaritätsprinzip“). Arbeits- bzw Erwerbslosigkeit wurden nach wie vor mit Arbeitsscheu gleichgesetzt und nun genauso wie Betteln und Vagieren mit repressiven Mitteln bekämpft.⁸⁰ Die Vorgehensweise gegen Landstreicher, BettlerInnen und *arbeitsfähige Personen, welche kein Einkommen und keinen erlaubten Erwerb haben*, wurde mit dem 1885 erlassenen so genannten „Zwangsarbeitsgesetz“⁸¹

73 Feldbauer/Stekl: Armenwesen (Anm 67), 186.

74 Vgl Feldbauer/Stekl: Armenwesen (Anm 67), 185–190; Häusler: Massenarmut (Anm 72), 93.

75 Vgl Czeike: Lexikon (Anm 19), Bd 2, Wien 1993, 440 („Fürsorge“); Feldbauer/Stekl: Armenwesen (Anm 67), 191; Rachholz: Armenfürsorge (Anm 66), 94–97; Weiß: Armenversorgung (Anm 5), 341–358.

76 RGBl 105/1863, Gesetz vom 3. Dezember 1863 betreffend die Regelung der Heimatverhältnisse. Vgl <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/anno-plus?aid=rgb&datum=18630004&seite=00000368> (Online-Digitalisierung der ÖNB), Zugriff am 18. April 2010.

77 Antalovsky, Eugen: Historische Aspekte der Armenfürsorgepolitik, in: Althaler, Karl S./Stadler, Sabine (Hg): Risse im Netz: Verwaltete Armut in Österreich, Wien 1988, 22.

78 Vgl Antalovsky: Aspekte (Anm 77), 21–23; Melinz: Armenfürsorge (Anm 67), 59–67; Rachholz: Armenfürsorge (Anm 66), 97–99; Scheutz: Bettlervisitationen (Anm 3), 73.

79 Vgl Czeike: Lexikon (Anm 19), Bd 2, Wien 1993, 440 („Fürsorge“); Scheutz: Bettlervisitationen (Anm 3), 73.

80 Vgl Antalovsky: Aspekte (Anm 77), 25.

81 RGBl 89/1885, Gesetz vom 24. Mai 1885, womit strafrechtliche Bestimmungen in Betreff der Zulässigkeit der Anhaltung in Zwangsarbeits- oder Besserungsanstalten getroffen werden. Vgl <http://anno.onb.ac.at/cgi-content/anno-plus?aid=rgb&datum=18850004&seite=00000208> (Online-Digitalisierung der ÖNB), Zugriff am 18. April 2010.

neu geregelt. Durch dieses Gesetz konnten Betteln, Vagieren und Arbeitslosigkeit mit „strengem“ Arrest von bis zu drei Monaten oder in bestimmten Fällen mit der Einlieferung in eine Zwangsarbeitsanstalt (bei Unmündigen in eine Besserungsanstalt) geahndet werden. In puncto Betteln war zu bestrafen, *wer an öffentlichen Orten oder von Haus zu Haus bettelt oder aus Arbeitsscheu die öffentliche Mildthätigkeit in Anspruch nimmt* bzw *wer Unmündige zum Betteln verleitet, ausschickt oder Anderen überlässt*.⁸² Nach der liberalen Ära, in der das „Prinzip der Selbstverantwortlichkeit des einzelnen“ als oberste Prämisse gegolten hatte, wurde unter der christlich-sozialen Stadtverwaltung (1895–1919) zum ersten Mal „ein Interesse der Gesellschaft am Schicksal des einzelnen“⁸³ sichtbar. In diese Ära fallen erste wichtige Modernisierungsschritte auf dem Gebiet des Fürsorge- bzw Wohlfahrtswesens.⁸⁴

5. Wohlfahrtsunterstützte Arme und – immer noch – BettlerInnen

Durch den Ersten Weltkrieg (1914–1918) nahm die Armut in der Bevölkerung beträchtlich zu.⁸⁵ In der durch Not und Elend geprägten Nachkriegszeit gab es in Wien viele arme und auch bettelnde Menschen, weiter verschärft wurde die Situation durch die Weltwirtschaftskrise ab 1929. Unterstützung blieb auch in der Ersten Republik (1918–1938) an das sparsam vergebene Heimatrecht gebunden, womit die Abschiebung von Personen, für welche die Stadt Wien nicht zuständig war, weiterhin an der Tagesordnung stand. Betteln blieb verboten, das „Zwangsarbeitsgesetz“ von 1885 trat 1929 wieder in Kraft („Übergangsgesetz“). BettlerInnen wurden dementsprechend weiterhin als faule und arbeitsscheue Menschen bewertet. Aufgegriffene bedürftige BettlerInnen sollten Unterstützung durch die Fürsorge erhalten, die übrigen wurden bei Gericht angezeigt, was Haftstrafen oder auch Einweisung in eine Arbeitsanstalt zur Folge haben konnte. Durch die sozialdemokratische Verwaltung wurde nun allerdings Armenunterstützung offiziell zur Pflicht der Gesellschaft. Die Reformen des Fürsorgewesens („Wiener System“) sind vor allem mit dem Namen Julius Tandler (1869–1936) verbunden. Fürsorge sollte präventiv wirken und Armut vorbeugen, weshalb der Schwerpunkt vor allem auf Säuglings-, Kinder- und Jugendpflege lag und ihr somit vor allem eine erzieherische Funktion zukam. Für die Koordination des Wohlfahrtswesens war das 1921 geschaffene zentrale Wohlfahrtsamt zuständig. Vor allem ab der Wirtschaftskrise stieß das städtische Wohlfahrtsystem an seine finanziellen Grenzen.⁸⁶ In der Zeit des Ständestaates (1934–1938) änderte sich an den Leitlinien im Umgang

82 Vgl Antalovsky: Aspekte (Anm 77), 22; Melinz: Armenfürsorge (Anm 67), 67–73.

83 Czeike: Lexikon (Anm 19), Bd 2, Wien 1993, 440 („Fürsorge“).

84 Vgl Czeike: Lexikon (Anm 19), Bd 2, Wien 1993, 440 („Fürsorge“); Melinz: Armenfürsorge (Anm 67), 138–141.

85 Vgl Wladika, Michael: Armut durch Krieg, in: Ettlstorfer, Hannes (Red): Armut, Katalog zur 298. Sonderausstellung des Historischen Museums der Stadt Wien, Wien 2002, 113–129, hier 113–121.

86 Vgl Melinz: Armenfürsorge (Anm 67), 142–165; Melinz, Gerhard/Ungar, Gerhard: Wohlfahrt und Krise. Wiener Kommunalpolitik 1929–1938, Wien 1996, 7–37; Wadauer: Betteln (Anm 7).

mit Bettel wenig, die repressiven Maßnahmen wurden allerdings weiter verschärft, in Wien wurde beispielsweise 1935 eine „Bettlerbeschäftigungsanstalt“ gegründet. Parallel dazu kam es zu einer gewissen „Konfessionalisierung“ der Fürsorge und private (christliche) Mildtätigkeit erhielt wieder einen wichtigeren Stellenwert.⁸⁷ Nach der Machtübernahme der Nationalsozialisten 1938 wurde das reichsdeutsche Fürsorgerecht auch in der „Ostmark“ eingeführt. Die wichtigste damit verbundene Veränderung war die Einführung des Aufenthaltsprinzips anstelle der Verknüpfung von Unterstützung mit dem Heimatrecht. Zur Organisation der Fürsorge wurden Gemeinde-, Bezirks- und Landesfürsorgeverbände geschaffen. Eine wichtige Rolle spielte zudem die NSDAP-Organisation „Nationalsozialistische Volkswohlfahrt“ (NSV). Grundlage der nationalsozialistischen Fürsorge waren „erbbiologische und rassenhygienische Überzeugungen“⁸⁸, die generell nicht zum deutschen Volk gehörende oder „entartete“ Menschen wie Juden, „Zigeuner“ oder Homosexuelle von der Unterstützung ausschlossen.⁸⁹ Nach dem Zweiten Weltkrieg (1939–1945) und den schwierigen Nachkriegsjahren⁹⁰ begann in Österreich eine Phase relativen Wohlstands, der heutige Wohlfahrtsstaat entstand. Dennoch sind Armut und auch Bettel immer noch ein Teil unserer Gesellschaft. Das „Zwangsarbeitergesetz“ von 1885 behielt auch in der Zweiten Republik ab 1945 seine Gültigkeit und wurde erst mit der Strafrechtsreform von 1974 abgeschafft. Bis in die 1970er-Jahre blieb Betteln somit in Österreich verboten. Die Bundesländer Tirol und Salzburg erließen in der Folge auf Landesebene wieder allgemeine Bettelverbote.⁹¹ In Wien gelten hingegen spezielle Bettelverbote, die nur gewisse Bettelpraktiken verbieten: Aggressives, aufdringliches und organisiertes Betteln sind schon länger verboten, seit 2008 auch Betteln mit Kindern. Ende März 2010 verabschiedete der Wiener Landtag zudem ein vieldiskutiertes Verbot gewerbsmäßiger Bettelei, dessen genaue Auswirkungen sich erst in nächster Zukunft zeigen werden. Ob Bettelregulierung mittels Bettelzeichen, gänzliches Bettelverbot oder allgemeine Bettelerlaubnis unter Einhaltung bestimmter Auflagen – die Ursachen für Armut und Bettelei werden damit nicht beseitigt, sondern das Phänomen Bettel nur weniger sichtbar bzw anschaulicher gemacht.

Mag^a Sarah Pichlkastner ist Historikerin in Wien; sarah.pichlkastner@gmx.at

87 Vgl Czeike: Lexikon (Anm 19), Bd 2, Wien 1993, 441 („Fürsorge“); Melinz, Gerhard: Fürsorgepolitik(en), in: Emerich Tálos/Wolfgang Neugebauer (Hg), Austrofaschismus. Politik – Ökonomie – Kultur 1933–1938, Wien³ 2005; Wadauer: Betteln (Anm 7), 293–298.

88 Czeike: Lexikon (Anm 19), Bd 2, Wien 1993, 441 („Fürsorge“).

89 Vgl Czeike: Lexikon (Anm 19), Bd 2, Wien 1993, 441 („Fürsorge“); Melinz: Armenfürsorge (Anm 67), 247–261; Wladika: Armut (Anm 85), 121 f.

90 Vgl Wladika: Armut (Anm 85), 123–128.

91 Vgl Felsberger, Paul Bernhard: Maßnahmen gegen unerwünschtes Betteln in den Landespolizeigesetzen und in ortspolizeilichen Verordnungen, Dipl., Graz 1997, 21–31.

Zur Pönalisierung des Bettelns

Ronald Frühwirth

1. Einleitung

In regelmäßigen Abständen – zumeist im zeitlichen Nahbereich zu Wahlen – werden ein paar auf den Knien bettelnde Menschen zum Politikum. Dabei wird beständig die Forderung erhoben, Betteln zu verbieten. In einigen Bundesländern (vgl etwa § 29 Salzburger Landessicherheitsgesetz¹ oder § 10 Tiroler Landes-Polizeigesetz²) sind auch tatsächlich generelle Bettelverbote normiert. In den meisten Fällen aber beeilen sich die handelnden PolitikerInnen klarzustellen, dass nur bestimmte Formen des Bettelns unerwünscht seien und stellen diese dann unter Strafe. Die Zaghaftheit in Bezug auf die Verabschiedung eines generellen Bettelverbots ist durchaus begründet. Schließlich lassen sich einige Argumente dafür finden, dass ein generelles Bettelverbot einen Verstoß gegen verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte darstellt. Der Frage, welche Grundrechte von einem Bettelverbot tangiert werden, soll der gegenständliche Beitrag nachgehen.

2. Recht auf freie Gestaltung der Lebensführung

Bei Erörterung der Frage, in welche Grundrechte durch ein Bettelverbot eingegriffen werden könnte, ist zunächst an das Recht auf selbstbestimmtes Leben bzw auf freie Gestaltung der Lebensführung zu denken. Verfassungsgesetzlich ist dieses Recht durch Art 8 EMRK gewährleistet. Demnach hat jede Person – unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit – einen Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens. Dieses Grundrecht auf Achtung des Privatlebens schützt daher ua die „wesentlichen Ausdrucksmöglichkeiten der Persönlichkeit“ und die „individuelle Persönlichkeitssphäre“ der einzelnen Person³ und somit ein Recht, die eigene Persönlichkeit zu finden, zu entfalten und zu verändern.⁴ Dieser Schutzbereich ist naturgemäß weit gefasst. Geschützt sind demnach die körperliche und geistige Integrität eines Menschen, seine Intimsphäre, sowie die äußeren, privaten und beruflichen Beziehungen zu anderen Menschen. Das

1 LGBl 57/2009.

2 LGBl 60/1976 idF 56/2007.

3 *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 1421.

4 *Wiederin* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 5. Lfg (2002), Art 8 EMRK Rz 33.

Grundrecht schützt damit zunächst die einzelne Person vor unzulässigen Eingriffen des Staates in ihr Privatleben. Es ist damit zum Instrument gegen Eingriffe in die Privatsphäre etwa bei Verletzungen des Rechts auf Datenschutz oder durch polizeiliche Überwachungsmaßnahmen geworden.

Der Schutzzumfang von Art 8 EMRK endet aber nicht dort, wo die betroffene Person aus ihrer Privatsphäre hinaus in die Öffentlichkeit tritt. Auch in der Öffentlichkeit bietet das Recht auf Achtung des Privatlebens einen Schutz vor Eingriffen in die Privatsphäre. Dazu zählt etwa das Recht, sich grundsätzlich ohne Beobachtung durch staatliche Organe in der Öffentlichkeit bewegen zu können. Daher kann das Recht auf Privatleben etwa durch eine unzulässige Videoüberwachung verletzt werden.⁵

Neben diesem Schutz der Privatsphäre ist auch die Darstellung einer Persönlichkeit in der Öffentlichkeit geschützt. So stellt es etwa eine Verletzung des Grundrechts auf Achtung des Privatlebens dar, wenn Personen nach einer Geschlechtsumwandlung untersagt wird, ihren Namen zu ändern.⁶

In der Rechtsprechung des EGMR hat sich in diesem Zusammenhang ein weiterer Teilaspekt herausgebildet. Art 8 EMRK schützt demnach die „freie Gestaltung der Lebensführung“. Darunter versteht der Gerichtshof das Recht, das Leben nach den eigenen Vorstellungen ohne staatliche Einwirkung auf den individuellen Entscheidungsprozess einzurichten und zu führen.⁷ Dabei sollen die wesentlichen Ausdrucksmöglichkeiten der menschlichen Persönlichkeit geschützt werden. In der Rechtsprechung wurde diesbezüglich etwa das Recht auf Kleidung und Frisur nach eigener Wahl postuliert.⁸ Gleiches gilt für den Schutz besonderer Lebensstile von Minderheiten. So wurde etwa in einem Fall betreffend die Volksgruppe der finnischen Lappen deren Umherziehen mit Rentieren ebenso als Ausdruck ihrer besonderen Lebensweise anerkannt, wie in einer Reihe von weiteren Entscheidungen das Umherziehen in Wohnwägen von Angehörigen der Volksgruppe der Roma.⁹

Wie passt nun das Thema Betteln in diesen Zusammenhang? Das Recht auf Privatleben beinhaltet also nach der Rechtsprechung des EGMR die freie Gestaltung der Lebensführung. Dazu zählt mE die – wenn auch durch widrige Umstände – gefasste Entscheidung, auf der Straße um Geld zu betteln. Die Gewährleistung sozialer Rechte soll zwar verhindern, dass es Menschen wirtschaftlich so schlecht ergehen kann. Wenn die (europäische) Sozialpolitik aber versagt, kann nicht in einem Akt von Paternalismus den durch alle Netze Gefallenen das Betteln mit dem Argument verboten werden, sie vor

⁵ *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009) 201.

⁶ Vgl etwa *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Art 8 EMRK Rz 67.

⁷ *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ 202 Rz 12 ff.

⁸ *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ 202, Rz 12, FN 54 mwN; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Art 8 EMRK Rz 33; *Lukasser*, Europäische Menschenrechtskonvention und individueller Lebensstil, ÖJZ 1994, 569 mwN.

⁹ *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ 202 Rz 13 FN 57 mwN.

dieser unwürdigen Tätigkeit bewahren zu müssen.¹⁰ Es muss im Sinne der Gewährleistung eines selbstbestimmten Lebens jeder Person freigestellt sein, für sich allein zu entscheiden, ob sie andere Personen um Almosen bitten will oder nicht. Schließlich haben viele der in Österreich bettelnden Personen kein Recht auf Gewährung von Sozialhilfe oder anderer Unterstützungsleistungen. In ihren Herkunftsstaaten haben sie meist keine Möglichkeit, ihren Unterhalt durch eine Erwerbs- oder Berufsausübung zu verdienen.¹¹ Die Entscheidung zu betteln, wird also oft naturgemäß aus Mangel an sonstigen Perspektiven zur Einkommenserzielung bedingt sein. Durch den Erhalt von Almosen werden die Betroffenen aber auch in die Lage versetzt, ein menschenwürdiges Leben zu leben. Und es sollte schließlich auch jedem/jeder Einzelnen selbst überlassen werden, ob er/sie soziale Leistungen staatlicher Behörden oder aber Zuwendungen von Privaten – in Form von Almosen – in Empfang nehmen möchte.

Eine Schranke erfährt dieses Recht auf freie Gestaltung der Lebensführung in der Achtung des Persönlichkeitsrechts und des Privatlebens anderer, sowie im Rechtsgut der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Derartige Einschränkungen müssen dann aber zur Erreichung des gesetzlich ausgedrückten legitimen Zieles erforderlich und angemessen sein. Der EGMR hat etwa im Rahmen des Rechts auf freie Gestaltung der Lebensführung festgehalten, dass die Ausübung krimineller Aktivitäten nicht in den Schutzbereich des Grundrechts fällt.¹²

Es stellt sich in diesem Zusammenhang aber schon die Frage, welchem öffentlichen Interesse ein Bettelverbot dienen soll. Aus den Gesetzesmaterialien zum nun in Wien erlassenen Verbot des gewerbsmäßigen Bettelns geht etwa hervor, dass das Verbot „Belästigungen von Bürgerinnen und Bürgern“ bei der Benützung von öffentlichen Einrichtungen wie Bahnhöfen und Parks verhindern will. Dazu wird weiter ausgeführt, dass durch „Mitglieder organisierter Bettelbanden [...] allein durch ihr verwehrlostes Auftreten eine erhebliche Verunsicherung“ ausgelöst wird, was die „Bürgerinnen und Bürger“ von der „widmungsgemäßen Nutzung“ dieser Einrichtungen ausschließen würde.¹³ Diese Formulierung lässt den Schluss zu, das Verbot würde dem Schutz der Rechte und Freiheiten anderer dienen. Dabei stellt sich aber die Frage, ob durch bettelnde Personen überhaupt die Rechte und Freiheiten anderer verletzt werden. Worin nämlich die widmungsgemäße Nutzung von öffentlichen Einrichtungen besteht, ist nicht näher definiert. Es ließe sich in diesem Sinne argumentieren, dass der öffentliche Raum auch dazu dient, bedürftigen Personen die Möglichkeit zu geben, Almosen zu erbeten. Wo sonst als in der Öffentlichkeit sollten sie das tun?

In Deutschland gibt es auch dazu bereits Rechtsprechung, wonach „Straßen, insbesondere Fußgängerzonen [...] als Stätten des Informations- und Meinungsaustausches so-

10 IdS auch *Frühwirth*, Betteln: Ein Grundrecht als Ärgernis, *juridikum* 2007, 3.

11 Vlg etwa *Wolkinger*, Ein langsames Leben, *Falter* 6/11, 40.

12 *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ 202 FN 55 mwN.

13 Initiativantrag vom 01.03.2010, AZ: LG-00851-2010/0001-KSP/LAT.

wie der Pflege menschlicher Kontakte anzuerkennen“ sind.¹⁴ Dabei bestehen auch in österreichischen Rechtsvorschriften keine Einschränkungen, für welche Formen der Pflege menschlicher Kontakte bzw des Informations- und Meinungsaustausches Straßen und öffentliche Plätze zur Verfügung stehen und für welche nicht. Das Verwaltungsgericht Mannheim hielt richtigerweise fest, dass „stille“ BettlerInnen PassantInnen nicht an der Fortbewegung oder am ungestörten Aufenthalt hindern, auch dann, wenn eine weitere Person bei einer um Almosen bettelnden Person verbleibt, um mit ihr zu sprechen, oder um ihr eine Gabe zukommen zu lassen. Dadurch werde der Verkehrsfluss auch nicht stärker verlangsamt als durch das Verweilen vor Schaufenstern.¹⁵

Mitunter wird auch behauptet, ein Bettelverbot diene der Einhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung. Das ließe sich wohl nur dann ernsthaft behaupten, wenn es durch bettelnde Personen zu tatsächlicher öffentlicher Unruhe, also vermehrt zu tätlichen Auseinandersetzungen oder dergleichen käme. Auch wenn die Anzahl von bettelnden Personen so hoch wäre, dass eine sonstige Nutzung des öffentlichen Raums nicht mehr möglich wäre, ließe sich argumentieren, eine Einschränkung diene der Verhütung öffentlicher Unruhe. Sofern in einem solchen Fall tatsächlich ein legitimes Ziel vorliegt, wäre schließlich noch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung dahingehend durchzuführen, ob das öffentliche Interesse den Eingriff in die Grundrechtssphäre der betroffenen Personen zulässig macht. Damit der Eingriff verhältnismäßig wäre, müsste Betteln aber schon einen beträchtlichen Missstand erzeugen, weil das Verbot jedenfalls einen massiven Eingriff in die Rechtssphäre der betroffenen bettelnden Personen darstellt.

Aus diesem Grund mag ein Verbot von aggressivem Betteln gerechtfertigt erscheinen, wenn es Ausmaße annimmt, die einen das örtliche Gemeinschaftsleben störenden Missstand (vgl Art 118 Abs 6 B-VG) darstellen. Dabei wird etwa auch darauf geachtet, ob durch das Betteln eine Grenze überschritten wird, die in die allgemeine Handlungsfreiheit der Personen eingreift, die sich genötigt fühlen, Almosen zu geben, um in Ruhe gelassen zu werden.¹⁶ Derzeit kann wohl davon ausgegangen werden, dass PassantInnen in österreichischen Städten vor allem durch sogenannte SpendenkeilerInnen weit-aus stärker in ihrer Handlungsfreiheit eingeschränkt werden, als dies durch bettelnde Personen geschieht.

In diesem Zusammenhang sei noch erwähnt, dass das immer wieder ins Treffen geführte Argument, man wolle Personen davor schützen, betteln zu müssen, wohl kaum eine Rechtfertigung für ein Bettelverbot darzustellen vermag. Zwar ließe sich etwa noch ein Bettelverbot von Minderjährigen mit der Einhaltung der öffentlichen Ordnung begründen, die darin gesehen werden kann, dass Minderjährigen ein Recht auf Ausbildung

14 *Kube*, Der praktische Fall – Öffentlichrechtliche Klausur: Büßt der Bettler? JuS 1999, 176 (180) betreffend eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts Mannheim vom 6.7.1998, 1 S 2630/97 = DÖV 1998, 1015.

15 *Kube*, JuS 1999, 180.

16 *Kube*, JuS 1999, 181.

und auf Unterhaltsleistungen zukommt, weswegen sie nicht dazu verhalten werden sollen, für ihren Lebensunterhalt selbst aufzukommen. Allerdings fehlt es an einer nachvollziehbaren Rechtfertigung, einer eigenberechtigten, volljährigen Person erklären zu wollen, was gut für sie sei. Dabei ist die Debatte ein wenig mit derjenigen über ein Kopftuchverbot vergleichbar. So wurde vom EGMR etwa das Kopftuchverbot an türkischen Universitäten für konventionskonform erachtet, weil das Verbot im Sinne der Gewährleistung von Ruhe und Ordnung vermeide, dass auf nicht praktizierende Muslime oder Anders- bzw Nichtgläubige Druck ausgeübt werde.¹⁷ Dieses Argument lässt sich aber nicht auf die Bettel-Debatte übertragen, weil gerade beim passiven bzw stillen Betteln keine Rede davon sein kann, dass von bettelnden Personen Druck auf andere ausgeübt werde. Der Schutz des/der Einzelnen vor sich selbst bzw vor eigenberechtigt getroffenen Entscheidungen ist hingegen kein Rechtfertigungsgrund für einen Grundrechtseingriff. Ein vom konkreten Einzelfall losgelöstes generelles Bettelverbot – vor allem auch das passive, stille Betteln umfassend – stellt daher mE einen unzulässigen Eingriff in das Recht auf freie Gestaltung der Lebensführung dar.

3. Kommunikationsfreiheit

Ein generelles Verbot von Betteln als Ausdrucksform würde noch in weitere Grundrechte eingreifen. Zu denken ist dabei insbesondere daran, dass durch das Bitten um Almosen auch eine Kommunikation mit der Umwelt geschieht. Auch hier lässt sich wiederum Bezug auf Art 8 EMRK nehmen, weil das Recht auf Privatleben auch die Achtung von zwischenmenschlichen Beziehungen umfasst. Geschützt ist dabei das Knüpfen, aber auch die Ablehnung zwischenmenschlicher Beziehungen als wesentlicher Bestandteil der Entfaltung der Persönlichkeit.¹⁸ Art 10 EMRK schützt weiters die Kommunikationsfreiheit im Sinne einer Meinungsäußerungsfreiheit. So ließe sich argumentieren, dass bettelnde Personen mit ihrer Umwelt kommunizieren. Schließlich stellen sie ihre Armut dar und versuchen etwa durch ihre Gestik bzw durch das Zeigen von Bildern oder Tafeln auf ihre – zumeist ausweglose – Situation aufmerksam zu machen. Ein generelles Bettelverbot würde es den betroffenen Menschen verbieten, auf ihre Situation hinzuweisen und insofern auch in ihr Recht auf Meinungsäußerungsfreiheit eingreifen, zumal keine alternative Möglichkeit der Meinungsäußerung verbleibt, da es sich bei bettelnden Menschen idR um sozial benachteiligte Personen handelt, denen kein Forum zur Kommunikation offensteht und die auch nicht auf andere Weise – etwa durch das Verfassen von Leserbriefen, durch künstlerische oder musikalische Darbietungen, etc – mit der Öffentlichkeit in Kontakt treten können, um auf sich aufmerksam zu machen.

¹⁷ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ 263 Rz 105 mwN.

¹⁸ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ 202 f Rz 13.

4. Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums

Durch Art 1 1. ZPEMRK wird auch ein verfassungsrechtlicher Schutz vor Eingriffen in Eigentumsrechte gewährleistet. Unter Eigentum ist dabei jedes „vermögenswerte Privatrecht“ zu verstehen. Unter den Schutzbereich dieses Grundrechts fällt daher das Eigentum an körperlichen Sachen, aber auch sonstige Rechte wie etwa Miet- oder Pachtrechte oder überhaupt aus einem Kauf- oder Schenkungsvertrag ableitbare Rechte. Das Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums umfasst dabei nicht erst den Schutz schon erworbenen Eigentums. Damit Personen in der Lage sind, Eigentum zu erwerben, muss auch ihre Privatautonomie geschützt sein. Beschränkungen der Privatautonomie – dh etwa Beschränkungen der Vertragsfreiheit – sind daher ebenso vom Grundrechtsschutz umfasst. Aber auch ein gesetzlich vorgesehener Vertragsabschlusszwang oder die Verhinderung eines Vertragsabschlusses können unzulässige Eingriffe in die Privatautonomie und damit in das Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums darstellen. Gleiches gilt für Vermögensbelastungen durch Geldstrafen.¹⁹

In Bezug auf das Betteln wird dieses Grundrecht nun unter zwei Aspekten interessant. Zum einen weil es ein Bettelverbot den betroffenen Personen unmöglich macht, auf die von ihnen gewählte Art Eigentum zu erwerben. Ein Bettelverbot stellt damit jedenfalls einen Eingriff in die Privatautonomie der Betroffenen dar.

Bei mit Verwaltungsstrafen pönalisierten Bettelverboten gilt es zudem Folgendes zu bedenken. Die Verhängung einer Geldstrafe bedeutet eine Eigentumsbeschränkung. Auch hier gilt es abzuwägen, ob die Verhängung einer Geldstrafe wegen Bettelns im Sinne eines öffentlichen Interesses gerechtfertigt ist und – wenn ja – ob die Höhe der Strafe verhältnismäßig ist. Dabei gilt es stets zu beachten, dass bettelnde Personen idR vermögenslose Personen sind, sodass drakonisch hohe Geldstrafen zu einem massiven Eigentumseingriff führen. Dabei ist darauf Bedacht zu nehmen, welches Einkommen der betroffenen Person im Verhältnis zum Strafausspruch zur Verfügung steht.

5. Freiheit der Erwerbstätigkeit

Schließlich schränkt ein Bettelverbot auch die Freiheit der Erwerbstätigkeit ein. Die damit verbundene Zugangsbeschränkung zu einer Erwerbsausübung stellt zunächst einen Eingriff in die Unverletzlichkeit des Eigentums dar. Das Recht einer selbst gewählten Erwerbstätigkeit nachzugehen, wird aber explizit auch von Art 6 Abs 1 StGG geschützt.²⁰ Der Schutzbereich umfasst jede Tätigkeit, die auf wirtschaftlichen Erwerb ausgerichtet ist. Geschützt ist sowohl der Berufszugang als auch die Ausübung der Er-

¹⁹ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 1478 f und 1484.

²⁰ Zu beachten ist, dass der Anwendungsbereich dieser Grundrechtsgarantie auch auf EU-BürgerInnen auszudehnen ist.

werbstätigkeit.²¹ Nachdem bettelnde Personen idR von den Einkünften ihrer Tätigkeit leben, kann wohl davon ausgegangen werden, dass es sich dabei um eine Tätigkeit handelt, die auf „wirtschaftlichen Erwerb ausgerichtet ist“. Auch hier ist eine Einschränkung wieder nur bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses und bei der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs gegeben.

6. Schlussbemerkung

Zusammenfassend stellt die Normierung eines generellen Bettelverbots – und darauf läuft etwa auch ein Verbot gewerbmäßigen Bettelns hinaus – mE einen unzulässigen Eingriff in mehrere Grundrechte dar. Es bleibt abzuwarten, ob sich der VfGH nun im anhängigen Gesetzesprüfungsverfahren betreffend § 2 Abs 1 lit a Wiener Landes-Sicherheitsgesetz zur Frage der Grundrechtskonformität eines Bettelverbots äußern und damit erstmals ein höchstgerichtliches Statement dazu abgeben wird. *Nowak* hat schon 1979 zum Bestreben, immer neue sicherheitspolizeiliche Strafbestimmungen einzuführen, postuliert: „Ein so hoch sozialisierter Rechtsstaat wie Österreich sollte mit dem Problem der Existenzen am untersten Ende der sozialen Stufenleiter durch andere als polizeistaatliche Repressionsmaßnahmen fertig werden können.“²² Dem ist nichts hinzuzufügen.

Mag. Ronald Frühwirth ist Rechtsanwaltsanwärter in der Kanzlei Kocher & Bucher in Wien und Graz und Mitherausgeber des *juridikum*; r.fruehwirth@kocher-bucher.at

²¹ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 1495.

²² *Nowak*, Sicherheitsgesetze der österreichischen Bundesländer, ÖZP 1979, 433 zitiert nach *Grussmann*, Landstreicher und Bundesverfassung, ZfV 1988, 209.

Zur Rechtswidrigkeit kommunaler „Randgruppenvertreibung“ durch Alkoholverbote im öffentlichen Raum

John Philipp Thurn

Wenn sich auf städtischen Plätzen regelmäßig Menschen treffen, die „sozialen Randgruppen“ zugerechnet werden und mitgebrachten Alkohol konsumieren, fühlen sich Anwohnerinnen und Anwohner häufig gestört oder gar verängstigt. Geraten deutsche Kommunen dann durch Beschwerden über Lärm und andere Belästigungen unter Handlungsdruck, greifen sie vielfach zu polizeilichen Maßnahmen; neben Bettel- und Aufenthaltsverboten sind in diesem Kontext auch Reglementierungen des öffentlichen Alkoholkonsums typisch. Diese Verbotspolitik zugunsten von „Sicherheit und Sauberkeit“ droht wohnungslose und andere unliebsame Menschen aus (Innen-)Städten zu vertreiben, also ihre ohnehin eingeschränkte gesellschaftliche Teilhabe und Selbstbestimmung weiter zu reduzieren.

Eine Entscheidung des Baden-Württembergischen Verwaltungsgerichtshofs (VGH) vom 28. Juli 2009 zeigt, dass derartige Alkoholverbote auch (verfassungs-)rechtlich angreifbar sind: Das Gericht erklärte eine Polizeiverordnung der Stadt Freiburg im Breisgau wegen mangelnder Bestimmtheit für rechtswidrig.¹ Dieser Beitrag behandelt das in seiner Zielsetzung und Formulierung exemplarische Freiburger Alkoholverbot und dessen Unvereinbarkeit mit elementaren rechtsstaatlichen Grundsätzen, mit Freiheit und Gleichheit im öffentlichen Raum.

1. Hintergrund und Gegenstand der Entscheidung

Am 20. November 2007 erließ der Freiburger Oberbürgermeister mit Zustimmung des Gemeinderats § 12 Abs 1 Nr 5 der Polizeiverordnung zur Sicherung der öffentlichen Ordnung und gegen umweltschädliches Verhalten (POV). Verboten wurde dadurch im öffentlichen Raum das „*Lagern oder dauerhafte Verweilen außerhalb von Freischankflächen oder Einrichtungen wie Grillstellen u.ä., ausschließlich oder überwiegend zum Zwecke des Alkoholgenusses, wenn dessen Auswirkungen geeignet sind, Dritte erheb-*

1 Urteil v. 28.07.2009 – 1 S 2340/08, VBIBW 2010, 33. Der Autor war für den Arbeitskreis kritischer Juristinnen und Juristen Freiburg (akj) Antragsteller im beschriebenen Verfahren.

lich zu belästigen“. Der Kritik, die Kommune erweitere damit allgemeine polizeiliche Eingriffsbefugnisse zu Lasten der Freiheitsrechte, trat die Stadtverwaltung entgegen: Man richte sich keineswegs gegen den öffentlichen Alkoholkonsum generell, sondern habe allein das Gruppentrinken bestimmter „sozialer Randgruppen“ im Blick.²

1.1. Die Polizeiverordnung

Schon die vorherige Strategie von Freiburger Stadtverwaltung und Polizei, die nach eigenen Angaben „bereits im Frühjahr 2003 von der Verwaltung, der Polizeidirektion und dem Einzelhandelsverband [!] vorgestellt“ worden war, hatte ordnungsrechtliche Maßnahmen von der schriftlichen Anhörung über den Platzverweis bis hin zu Zwangsgeld und Zwangshaft beinhaltet; dank „ständiger Polizeipräsenz“ und „konsequenter Vorgehensweise des Amts für öffentliche Ordnung gegen Störer“ habe man die Lage kontrollieren können.³ Auch war bereits nach § 12 Abs 1 Nr 1 POV verboten, im öffentlichen Raum „Personen grob ungehörig zu belästigen oder zu behindern, insbesondere in angetrunkenem Zustand“. Dennoch fand sich im Gemeinderat eine knappe Mehrheit für den Vorschlag der Verwaltung, vermeintlichen Störungen der öffentlichen Ordnung noch früher entgegenzutreten. Das neue Verbot, dessen Missachtung nach § 16 Abs 1 Nr 26 POV eine Ordnungswidrigkeit darstellte und das gemäß § 18 Abs 2 des Baden-Württembergischen Polizeigesetzes (PolG) mit einem Bußgeld von bis zu € 5.000.– bewehrt war, sollte der Polizei auch Einzelmaßnahmen wie Platzverweise und Ingewahrsamnahmen gegenüber trinkenden „Randgruppen“ erleichtern.

In den folgenden Monaten wurde die Verbotsnorm laut der Stadtverwaltung kein einziges Mal „angewendet“. Diese leicht irreführende Aussage – das Verbot und die Bußgeldbewehrung galten ja ohne konkretisierende Verfügung unmittelbar gegenüber jedermann – wurde vollends fragwürdig, als das Amt für öffentliche Ordnung im Oktober 2008 unter expliziter Berufung auf § 12 Abs 1 Nr 5 POV eine nach spanischer Tradition „botellón“ genannte Trinkveranstaltung von Jugendlichen auf dem innenstädtischen Augustinerplatz verbot. Zur Begründung hieß es, durch den „extensiven Verzehr von Alkohol“ würden Störungen der öffentlichen Ordnung verursacht, konkret „Belästigungen von Passanten, alkoholbedingte Streitigkeiten, öffentliches Urinieren, Vermüllung, Lärmbelästigungen“.⁴

2 Gleichzeitig trat freilich die „Polizeiverordnung zur Begrenzung des Alkoholkonsums im öffentlichen Straßenraum“ in Kraft, die zur Senkung von Gewaltkriminalität in einem Innenstadtbereich an Wochenendnächten jeden Konsum mitgebrachten Alkohols bzw. bereits das Mitführen alkoholischer Getränke in Konsumabsicht verbot. Zur Rechtswidrigkeit dieses vom Autor parallel angegriffenen Verbots siehe VGH Baden-Württemberg, Urteil v 28.07.2009 – 1 S 2200/08, VBIBW 2010, 29 (= NVwZ-RR 2010, 55).

3 Beschlussvorlage des Freiburger Bürgermeisteramts v 07.11.2007, Drucksache G-07/186.

4 Allgemeinverfügung des Freiburger Amts für öffentliche Ordnung v. 08.10.2008.

1.2. Das Verfahren

Einrichtungen aus dem Bereich der (aufsuchenden) Sozialarbeit in Freiburg hatten schon vor Erlass der POV eine Verdrängungstendenz durch die „massive Polizeipräsenz“ in der Innenstadt beklagt, weswegen wohnungslose und drogenkonsumierende Menschen für kontinuierliche Straßensozialarbeit, teilweise gar für Notfallbehandlungen, schwerer erreichbar geworden wären. Ihre Forderung, einer angemessen ausgestatteten sozialpädagogischen Betreuung „sozialer Randgruppen“ sowie ggf baulichen Umgestaltungen den Vorzug vor polizeilichen Freiheitseingriffen zu geben, war ungehört geblieben.

Daneben äußerten Gruppen wie der *Arbeitskreis kritischer Juristinnen und Juristen Freiburg (akj)*, eine bürgerrechtlich engagierte Fachschaftsgruppe an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität,⁵ rechtspolitische Kritik am hyperpräventiven gefahrenabwehrrechtlichen Vorgehen der Stadt. Im August 2008 reichte der *akj*, unterstützt durch zwei kommunale Wählervereinigungen und verschiedene politische Jugendorganisationen von den „Jungen Liberalen“ bis zu „Die Linke.SDS“, einen Normenkontrollantrag beim VGH ein, um die Rechtswidrigkeit von § 12 Abs 1 Nr 5 POV feststellen zu lassen.

2. Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und Gleichheit im öffentlichen Raum

Dem Normenkontrollantrag zufolge überschreitet die Polizeiverordnung bereits die erforderliche gesetzliche Ermächtigung (dazu unten Punkt 2.2.). Daneben verfolge die Norm in ihrem denkbar unbestimmt formulierten Tatbestand (dazu unten Punkt 2.3.) den sachwidrigen Zweck der „Aufwertung“ von Plätzen mittels eines unverhältnismäßigen Freiheitseingriffs (dazu unten Punkt 2.4.). Schließlich verletze die Benachteiligung bestimmter alkoholkonsumierender Menschen gegenüber andernorts Trinkenden den allgemeinen Gleichheitssatz (dazu Punkt 2.5.). Die beklagte Stadt Freiburg erklärte dagegen, der Antrag sei schon unzulässig, weil nur Angehörige von „sozialen Randgruppen“ möglicherweise in eigenen Rechten betroffen seien (dazu sogleich Punkt 2.1.).

2.1. Antragsbefugnis

Die POV beschrieb das verbotene Verhalten wie erwähnt als das „Lagern oder dauerhafte Verweilen [...], ausschließlich oder überwiegend zum Zwecke des Alkoholgenusses, wenn dessen Auswirkungen geeignet sind, Dritte erheblich zu belästigen“. Weder dieser Wortlaut noch der systematische Vergleich mit den übrigen nach § 12 Abs 1 POV verbotenen Verhaltensweisen – bezeichnet als „das Nächtigen“ oder „das Verrichten der Not-

⁵ Zu Selbstverständnis und Aktivitäten des *akj* vgl. <http://www.akj-freiburg.de> (29.12.2010).

durft“ – legten es nahe, dass überhaupt die Anwesenheit von mehr als einer Person, geschweige denn einer (Rand-) Gruppe, zur Tatbestandsverwirklichung nötig sein könnte. Die Stadt Freiburg stellte sich jedoch auf den Standpunkt, der Begründung der Norm zufolge gehe es allein um „Angehörige der BTM- und/oder Punkszene und um Personen aus dem Trinker- und Obdachlosenmilieu“⁶; deswegen fehle es dem Normenkontrollantrag bereits an der nach § 47 Abs 2 S 1 VwGO erforderlichen Antragsbefugnis. Zur Abgrenzung des eigentlichen Adressatenkreises erklärte die Beklagte in überraschender Deutlichkeit, das Verhalten der Betroffenen sei erkennbar „von einer gleichbleibenden Dynamik gekennzeichnet. Der anfänglich einmütige und (noch) unauffällige Alkoholkonsum [...] führt nach einiger Zeit zu höheren Alkoholisierungsgraden; und die ohnehin nicht immer sinnstiftenden Gespräche unter den Beteiligten steigern sich zunehmend in gegenseitige Verbalattacken. Hierdurch werden weitere Aggressionen geschürt [...]“. Diese und andere „verhaltensauffälligen Umtriebe sozialer Randgruppen“ dürften den Antragsteller nicht anziehen, wahrscheinlich „würde er – weil von vornherein als Szenefremdling erkennbar – von diesem Personenkreis gar nicht akzeptiert, wäre möglicherweise sogar offenen Feindseligkeiten ausgesetzt“. Auch der Fall, dass er „in kontemplativer Beschauung“ Alkohol konsumierte und sich Angehörige der „Randgruppen“ in seiner Nähe niederließen, wäre undenkbar: „Schon im wohlverstandenen Eigeninteresse würde hier der Antragsteller zügig auf Distanz gehen, um allfällige Behelligungen zu vermeiden.“

So aufschlussreich diese Ausführungen für das Menschenbild des Prozessvertreters einer vermeintlich toleranten, jedenfalls verfassungsrechtlich an Menschenwürdegarantie und Gleichheitssatz gebundenen Stadt auch sein mögen – in der Verbotsnorm hatte sich diese diskriminierende Zielsetzung nicht niedergeschlagen. Entsprechend entschied auch der VGH: Die Antragsbefugnis sei gegeben, zumal die Stadt auf Grundlage der POV mit dem „botellón“-Verbot bereits eine konkrete Verfügung erlassen hatte, die einen ganz anderen Adressatenkreis aufwies.

2.2. Unbestimmtheit

Tragender Grund der Entscheidung des VGH war der Verstoß von § 12 Abs 1 Nr 5 POV gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot. Einer eingängigen Formulierung des BVerfG zufolge soll dieser – zumal für bußgeldbewehrte Vorschriften – fundamentale Grundsatz „sicherstellen, dass der betroffene Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann, dass die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können“⁷.

6 Zitate, auch im Folgenden, aus der Erwiderung des Freiburger Amts für öffentliche Ordnung v 24.11.2008.

7 BVerfG 27.07.2005 – 1 BvR 668/04, BVerfGE 113, 348 (375).

Für den VGH war zwar erstaunlicherweise weder die räumliche Ausnahme zugunsten von „Freischankflächen oder *Einrichtungen wie Grillstellen u.ä.*“ zu unbestimmt, noch wurde die Vorstellung problematisiert, es sei für den polizeilichen Vollzug erkennbar, wann der Alkoholgenuß eines Menschen andere gleichzeitig verfolgte Zwecke wie die Kommunikation überwiege. Für nicht hinreichend bestimmt erklärten die Richterinnen und Richter aber den Zusatz „wenn dessen Auswirkungen geeignet sind, Dritte erheblich zu belästigen“. Denn dieser eigentümlich zukunfts- und einzelfallbezogenen Formulierung könnten Bürgerinnen und Bürger nicht entnehmen, welches Verhalten noch erlaubt und welches bereits verboten sei: „Inwieweit werden feucht-fröhliche Abiturfeiern oder Junggesellenabschiedsfeiern auf öffentlichen Plätzen toleriert, wenn das Feiern im wesentlichen [sic] aus Alkoholtrinken besteht?“⁸ Die Gemeinde versuche in ihrer Eigenschaft als Polizeibehörde, um „schon im frühen Stadium – also bevor es zu Belästigungen kommt – einschreiten zu können“, mit einer „weit gefassten Formulierung“ auch Fälle zu erfassen, in denen es zukünftig zu erheblichen Belästigungen Dritter kommen könnte; die „für eine inhaltlich bestimmte Normanwendung notwendigen näheren Umstände, unter denen diese Befürchtungen gerechtfertigt sind, beschreibt der Normgeber hingegen nicht“, sondern stelle das Verbot letztlich unter den „Vorbehalt einer weiteren Sachverhaltsfeststellung“.⁹

Folglich war die mangelnde Bestimmtheit des Verbots keineswegs einem behebbaren Formulierungsfehler geschuldet – die auch andernorts verwendete Verbotsnorm entstammte im Übrigen einem Musterentwurf des Gemeindetags Baden-Württemberg. Das Gericht wies mögliche Neuformulierungen sogar ausdrücklich in die Schranken: Die Unbestimmtheit beruhe auf „dem Versuch der Kommunen, – einem praktischen Bedürfnis entsprechend – einen konkreten Tatbestand, der eine Entscheidung im Einzelfall erfordert, in eine generell-abstrakte Form zu gießen“.¹⁰ Letztlich wurde der Stadt damit zum Verhängnis, dass sie eine abstrakt-generelle Polizeiverordnung zu einem gezielten Vorgehen gegen konkrete Personen(-gruppen) nutzen wollte. Den rechtsstaatswidrigen Formenmissbrauch stellte die Entscheidung zwar nicht ausdrücklich fest; der VGH warf aber die vielsagende Frage auf, ob durch die Polizeiverordnung „eine vermeintlich allgemeine, aber verdeckt konkrete und allein schon deshalb unzulässige Sonderregelung zum Einschreiten gegen soziale Randgruppen geschaffen wurde“.¹¹

2.3. Keine abstrakte Gefährdung der öffentlichen Ordnung

Auch wenn der VGH die Rechtswidrigkeit von § 12 Abs 1 Nr 5 POV laut dem Entscheidungstenor allein auf die Verletzung des Bestimmtheitsgebots stützte, setzte sich das

8 VGH Baden-Württemberg (Fn 1), 34.

9 VGH Baden-Württemberg (Fn 1), 34.

10 VGH Baden-Württemberg (Fn 1), 35.

11 VGH Baden-Württemberg (Fn 1), 34. Zum Formenmissbrauch in solchen und ähnlichen Fällen *Baußmann*, Die Nutzungsordnung des öffentlichen Raumes, 2007, 129 ff.

Gericht doch implizit mit einer zweiten grundlegenden Anforderung an kommunale Verbotserordnungen auseinander: Der Gefahrschwelle. Für Baden-Württemberg normiert § 10 Abs 1 iVm § 1 Abs 1 PolG den allgemeinen Grundsatz, dass Polizeiverordnungen nur zur Abwehr einer Störung bzw abstrakten Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung erlassen werden dürfen.

2.3.1. Zur öffentlichen Ordnung

Anders als bei Verordnungen, die einen kausalen Zusammenhang zwischen öffentlichem Alkoholkonsum und Gewaltdelinquenz behaupten, war hier die *öffentliche Sicherheit* nicht betroffen. Die Stadt Freiburg berief sich aber auf den – in Baden-Württemberg wie in den meisten Bundesländern polizeigesetzlich noch immer vorgesehenen – Schutz der *öffentlichen Ordnung*, also der „Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebiets angesehen wird“¹². Ungeachtet der prinzipiellen verfassungsrechtlichen Zweifelhafteit von Freiheitseinschränkungen zum Schutz vor „öffentlicher Unordnung“, nicht zuletzt wegen ihres Verweises auf als solche in keinem demokratischen Verfahren entstandene Sozialnormen,¹³ legte hier die zukunfts- und einzelfallbezogene Formulierung des Tatbestands nahe, dass die POV sogar schon unterhalb bzw zeitlich vor einer Berührung der öffentlichen Ordnung ansetzte.

In diesem Zusammenhang bedeutsam war eine frühere Entscheidung des VGH, der 1998 eine Polizeiverordnung der Stadt Ravensburg für rechtswidrig erklärt hatte, die das „Niederlassen [...] ausschließlich oder überwiegend zum Zwecke des Alkoholgenusses“ verbot. Dabei hatte das Gericht ausgeführt, ein solches Verhalten gehöre zum straßenrechtlich garantierten kommunikativen Gemeingebrauch und könne angesichts von Verbreitung und Akzeptanz des öffentlichen Alkoholgenusses in Deutschland nicht „als ein sozial abträglicher und damit polizeiwidriger Zustand gewertet werden“, selbst wenn trinkende Gruppen an zentralen Plätzen „für die Kommunen ein Ärgernis darstellen“ könnten, weil so „der gute Eindruck, den die Stadt auf Bürger, Touristen und Besucher aus dem Umland machen will, beeinträchtigt wird. Das Vermeiden bloßer Ärgernisse für die Kommunen stellt aber kein polizeiliches Schutzgut dar“.¹⁴ Nicht zuletzt als Reaktion auf diese Entscheidung dürfte die Stadt Freiburg – dem Musterentwurf des Gemeindetags Baden-Württemberg folgend – knapp zehn Jahre später ihrer Verordnung das unbestimmte Tatbestandsmerkmal bezüglich der Auswirkungen des Alkoholkonsums hinzugefügt haben. Aber auch mit dieser Einschränkung setzte § 12 Abs 1

12 VGH Baden-Württemberg 29.04.1983 – 1 S 1/83, NJW 1984, 507 (508 f.).

13 Dazu statt vieler *Dolderer*, Verfassungsfragen der „Sicherheit durch Null-Toleranz“, NVwZ 2001, 130 (133 f).

14 VGH Baden-Württemberg 06.10.1998 – 1 S 2272/97, VBIBW 1999, 101 (103).

Nr 5 POV noch nicht tatsächlich eintretende Verletzungen der öffentlichen Ordnung voraus, sondern erfasste bereits mögliche, zukünftige alkoholbedingte Belästigungen Dritter. Genau genommen war also nicht einmal das verfassungsrechtlich fragwürdige polizeiliche Schutzgut der öffentlichen Ordnung berührt.

2.3.2. Zur abstrakten Gefahr

Problematisch war jedenfalls der angebliche Kausalzusammenhang zwischen dem la-gernden Trinken und konkreten Störungen der öffentlichen Ordnung durch Folgehand-lungen unter Alkoholeinfluss. In ihrer Eigenschaft als Gefahrenabwehrbehörde musste die Stadt Freiburg dazu beweisen, dass das von ihr verbotene Verhalten *regelmäßig oder typischerweise* zu einer Verletzung der öffentlichen Ordnung führte. Erhebliche Belästi-gungen Dritter durch Lärm, Müll oder Beleidigungen in Ausnahme- bzw. „Ausreißer-fällen“¹⁵ waren also gerade nicht ausreichend.

Die rechtsstaatliche Begrenzung polizeilicher Gewalt auf die Abwehr von *Gefahren* knüpft bekanntlich an die Kreuzberg-Urteile des Preußischen OVG¹⁶ an und ist alles andere als ein Formalismus: Als Kernelement eines liberalen Polizeirechts schließt sie fürsorglich-vorbeugende Freiheitseingriffe durch die Polizei aus und verweist die Wohl-fahrtspflege in die alleinige Zuständigkeit der parlamentarischen Gesetzgebung.¹⁷ Was bei der Einzelverfügung die konkrete, ist bei der Polizeiverordnung die abstrakte Ge-fahr; entgegen manchem Missverständnis ist sie nicht gekennzeichnet durch eine redu-zierte Wahrscheinlichkeit des bevorstehenden Schadenseintritts, sondern durch den (hypothetischen) Bezugspunkt der Prognose: Betrachtet wird kein konkret-individuelles Verhalten, sondern ein Verhaltenstypus, der abstrakt gefährlich ist, wenn eine generali-sierende Betrachtung zu dem Ergebnis führt, dass er mit hinreichender Wahrschein-lichkeit in einen Schaden zu münden pflegt.¹⁸ Polizeiverordnungen als abstrakt-generelle Freiheitseingriffe dürfen insofern nur an Verhaltensweisen anknüpfen, „die bereits für sich genommen (ohne Hinzutreten weiterer Umstände) die hinreichende Wahr-scheinlichkeit eines Schadenseintritts in sich bergen“¹⁹. Ein Verhaltenstypus, der erst durch weiteres Zutun eines Verantwortlichen zur Störung eines polizeilichen Schutzguts führt, ist dagegen selbst nicht abstrakt gefährlich; die Grenze zur (konkreten) Gefahr wird in solchen Fällen erst durch bestimmte Folgehandlungen überschritten. Ganz im Sinne

15 So der Begriff bei Möstl, Gefahr und Kompetenz, Jura 2005, 48 ff (53).

16 Abgedruckt in DVBl. 1985, 216.

17 Die allgemeine sicherheitspolitische Entwicklung hin zur Vorverlagerung polizeilicher Freiheitseingriffe unterläuft die Gefahrenschwelle und droht damit den rechtsstaatlich-liberalen Polizeibegriff aufzulösen; eingehend dazu Schoch, Abschied vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaats?, Der Staat 43 (2004), 347; kritisch Denninger, Frei-heit durch Sicherheit? KJ 2002, 467 mwN. Zur diesbezüglichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Poscher, Eingriffsschwellen im Recht der Inneren Sicherheit, Die Verwaltung 2008, 345.

18 Vgl nur BVerwG, 03.07.2002 – 6 CN 8.01, NVwZ 2003, 95 (96).

19 Finger, Sicherheit, Sauberkeit und Ordnung im urbanen Raum, Die Verwaltung 2007, 105 (118 f).

dieses klassischen Gefahren- und Polizeibegriffs hatte der VGH 1998 im Ravensburger Fall entschieden, öffentlicher Alkoholkonsum führe gerade „nicht typischerweise oder regelmäßig zu konkreten Gefahren für die öffentliche Ordnung“: Ordnungsverletzungen mögen „als Folgeerscheinungen des Alkoholkonsums vorkommen, sie sind jedoch nach der Lebenserfahrung keine hinreichend regelmäßigen und typischen Begleitererscheinungen des verbotenen Tuns“.²⁰

Die Freiburger Stadtverwaltung behauptete dagegen, dass nicht-spezifizierte „vollzugspolizeiliche Erfahrungen“ vor Ort den Kausalzusammenhang zwischen lagerndem Alkoholkonsum und Ordnungsstörungen belegen würden. Diese Verschiebung hin zu einem „gefühlten“ und gerichtlich nicht nachprüfbareren Gefahrbegriff drohte die freiheitsschützende Funktion der etablierten polizeirechtlichen Dogmatik zu zerstören. Sie stand damit im direkten Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung, die eine polizeiliche *Gefahrenvorsorge* explizit ausschließt und der Exekutive keine Einschätzungsprärogative bezüglich des Vorliegens einer (abstrakten) Gefahr zugesteht.²¹ Insofern urteilte der VGH im Freiburger Fall traditionell, indem er erklärte, § 12 Abs 1 Nr 5 POV solle „durch das Abstellen auf die Geeignetheit des Alkoholgenusses, Belästigungen hervorzurufen, im Sinne eines vorsorgenden Vorgehens schon dann greifen, wenn die Gefahrengrenze noch nicht überschritten ist, also lediglich die Belästigungen durch die zum Alkoholgenuss Verweilenden möglich erscheinen“.²² Im Ergebnis bewahrte die Entscheidung damit die aus bürgerrechtlicher Sicht fundamentale Unterscheidung zwischen Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge.

2.4. Unverhältnismäßigkeit

Auf die weiteren in der Antragsschrift begründeten Kritikpunkte ging der VGH dagegen nicht ein. Schon bei der Frage nach der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art 2 Abs 1 GG hätte sonst geprüft werden müssen, ob das Verbot überhaupt einen legitimen (das heißt hier: gefahrenabwehrrechtlichen) Zweck verfolgte. An dieser Stelle wäre damit nochmals problematisch geworden, dass § 12 Abs 1 Nr 5 POV in unzulässiger Weise *Gefahrenvorsorge* betrieb.

Hinzu kommt, dass die Begründung der POV als eigentliches Ziel die Umgestaltung des öffentlichen Raums zugunsten von Einzelhandel und kulturellen Veranstaltungen angedeutet hatte; im Laufe des Verfahrens berichtete die Lokalpresse auch über die Neukonzessionierung eines großen Biergartens an einem der maßgeblich betroffenen Plätze sowie über die Sorge der Stadtverwaltung um das Image Freiburgs als Fremdenverkehrsstandort. Das Bemühen um eine „gute Ordnung“ und „saubere“ Straßen, deren Er-

20 VGH Baden-Württemberg (Fn 14), 104.

21 Vgl BVerwG (Fn 18), 96.

22 VGH Baden-Württemberg, (Fn 1), 34. Ausführlicher zur Rechtswidrigkeit polizeilicher Vorsorgemaßnahmen im Gefahrenvorfeld die Entscheidung im Parallelverfahren, VGH Baden-Württemberg (Fn 2).

scheinungsbild man durch anwesende „Randgruppen“ gestört sieht, ist aber jedenfalls im Polizeirecht eine sachfremde Erwägung. Da die Verwaltung bei Ermessensentscheidungen ausschließlich den Zweck der jeweiligen Ermessensvorschrift berücksichtigen muss, polizeirechtliche Maßnahmen also allein zur Gefahrenabwehr treffen darf,²³ ist bereits eine Mitberücksichtigung stadtentwicklungs- oder wirtschaftspolitischer Ziele rechtlich fragwürdig: Im Raum stehen ein Ermessensfehlgebrauch bzw im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Verletzung der Anforderungen an den *legitimen Zweck*.

Noch problematischer sieht es bei den übrigen Stufen der Verhältnismäßigkeit aus: So unbestimmt, wie die Freiburger Trinkerverordnung formuliert war, ist zweifelhaft, ob sie irgendeinen handlungslenkenden Charakter entfalten konnte und damit zur Erreichung ihrer Ziele auch nur ansatzweise *geeignet* war. In jedem Fall schienen punktuelle Einzelmaßnahmen auf Grundlage der polizeilichen Generalklausel (§§ 1, 3 PolG) ein milderes und gerade in Anbetracht des Kontrollaufwands sogar effektiveres Mittel darzustellen, um tatsächlich auftretenden erheblichen Belästigungen Dritter zu begegnen; damit wäre das Verbot schon im Gefahrenvorfeld nicht *erforderlich* gewesen.

2.5. Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz

Schließlich stand auch eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art 3 Abs 1 GG im Raum: Wer sich im öffentlichen Raum aufhält, nachdem er oder sie etwa in einem Biergarten Alkohol zu sich genommen hat, dürfte ein gleich hohes – bzw in Wahrheit gleich geringes – Belästigungsrisiko für Dritte darstellen wie jemand, der oder die auf einem öffentlichen Platz getrunken hat. In der Eigenlogik eines Trinkverbots könnte allenfalls der Alkoholisierungsgrad relevant sein, nicht aber der Ort des vorherigen Konsums. § 12 Abs 1 Nr 5 POV behandelte insofern wesentlich Gleiches ungleich.

In gewisser Weise machte die diskriminierende Beschränkung des Verbots auf den Bereich „außerhalb von Freischankflächen oder Einrichtungen wie Grillstellen uä“ auch deutlich, dass nicht einmal die Normgeberin selbst der Überzeugung war, lagernder Alkoholkonsum in der Öffentlichkeit führe *typischerweise* zu Verletzungen der öffentlichen Ordnung.²⁴ Jedenfalls ist kein sachlicher Grund dafür erkennbar, selektiv gegen Menschen vorzugehen, deren Alkoholisierung außerhalb kommerzieller Trinkzonen stattfand. Auf der Hand liegt dagegen die sozial exkludierende Funktion von Normen,

23 Vgl statt vieler *Schoch*, Verordnungen zur Gefahrenabwehr, Jura 2004, 462 (466); *Rachor*, Das Polizeihandeln, in: Lisken/Denninger (Hrsg), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl 2007, Rn 206 ff.

24 Zu diesem Argument *Hecker*, Aufenthalt im innerstädtischen Raum, 1998, 32 f; vgl *Grupp*, Polizeigefahr als Sondernutzung?, SKZ 1995, 128.

die den Konsum von – in der Regel deutlich günstigeren – mitgebrachten alkoholischen Getränken pönalisieren. Mangels Rechtfertigung verstößt eine solche Differenzierung also gegen den allgemeinen Gleichheitssatz.

2.6. Ergebnis

Öffentliche Trinkverbote, die als vermeintlich abstrakt-generelle Polizeiverordnungen konkrete „soziale Randgruppen“ mit hyperpräventiven Freiheitseingriffen überziehen sollen, verstoßen von Grund auf gegen rechtsstaatliche Prinzipien. Zur unvermeidlichen Verletzung des Bestimmtheitsgebots, die der VGH im Freiburger Fall konstatiert hat, kommt das festgestellte Unterlaufen der freiheitsschützenden Gefahrenschwelle. Auch eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips sowie des allgemeinen Gleichheitssatzes liegen nahe.

3. Konsequenzen der Entscheidung

Dass kommunale Trinkverbote auf *straßenrechtlicher* Grundlage dem von Art 2 Abs 1 GG umfassten kommunikativen Gemeingebrauch an öffentlichen Plätzen und Parks zuwiderlaufen, kann als anerkannt gelten. Dank der Entscheidung des VGH sollten nun auch *gefährnabwehrrechtlich* begründete Alkoholverbotsregelungen zur „Randgruppenvertreibung“ bald der Vergangenheit angehören. Denn die Rechtsprechung ist insoweit bislang einheitlich: Das OVG Sachsen-Anhalt hob im März 2010 eine der Freiburger Regelung gleichende Polizeiverordnung aus Magdeburg mit ähnlicher Begründung auf.²⁵ Leider ist dennoch kaum zu erwarten, dass Polizeibehörden rechtswidrige Freiheitseingriffe von sich aus beenden werden. Immerhin ermöglichen Bußgeldbescheide oder Platzverweise auf Grundlage derartiger Verordnungen auch dann noch deren inzidente gerichtliche Überprüfung, wenn die prinzipale Normenkontrolle wegen der Jahresfrist des § 47 Abs 2 S 1 VwGO nicht mehr möglich sein sollte. Auf diese Weise erklärte etwa das OLG Hamm unlängst ein pauschales Alkoholverbot in einer Bielefelder Grünanlage für rechtswidrig.²⁶

3.1. Theoretische Reflexion

Die Stadt Freiburg handelte nicht autoritärer als viele andere um das Erscheinungsbild ihrer Plätze besorgte Kommunen: Sie griff zum scharfen Schwert des Polizeirechts und

25 OVG Sachsen-Anhalt, 17.03.2010 – 3 K 319/09. Die Magdeburger Regelung enthielt folgenden (vermeintlich) konkretisierenden Zusatz: „Eine solche erhebliche Beeinträchtigung liegt insbesondere bei Anpöbeln, Beschimpfen, lautes [sic] Singen, Johlen, Schreien, Lärmen, Liegenlassen von Flaschen und ähnlichen Behältnissen, Notdurftverrichtungen oder Erbrechen vor.“

26 OLG Hamm, 04.05.2010 – 3 RBs 12/10, NVwZ 2010, 1319.

setzte sich im Interesse von „Sicherheit und Sauberkeit“ über die Grundrechte missliebiger Menschen und allgemeine rechtsstaatliche Prinzipien hinweg. Die gescheiterte Trinkverordnung belegt nun exemplarisch, wie eine hyperpräventive Sicherheitspolitik, auch wenn sie es offiziell „nur“ auf Angehörige bestimmter Gruppen oder Minderheiten abgesehen hat, durch die extreme Vorverlagerung polizeilicher Eingriffsbefugnisse alle Menschen in ihren Rechten beschränken kann. Umgekehrt ist das aus freiheitsrechtlicher Sicht fundamentale Recht, im öffentlichen Raum keinen sicherheitsbehördlichen Maßnahmen ausgesetzt zu sein, solange die Gefahrenschwelle nicht überschritten ist, letztlich nur in allgemeiner Gleichheit zu haben. Die Entscheidung des VGH erinnert insofern an eine alte Erkenntnis: Die von *Franz Neumann* „ethisch“ genannte Funktion des (bürgerlichen) Rechts. Demnach können rechtsstaatliche Grundsätze, die wie das Bestimmtheitsgebot oder der liberale Gefahr- und Polizeibegriff die Allgemeinheit und Rationalität des Rechts absichern, diskriminierende Ausschlüsse subalternen Gruppen verhindern, gerade indem sie ein Mindestmaß an individueller Autonomie aller gewährleisten.

3.2. Rechtspolitische Folgen

Wie in der Sicherheitspolitik insgesamt geht auch im öffentlichen Raum der Trend zur immer weiteren Vorverlagerung polizeilicher Befugnisse, also etwa zur Videoüberwachung und ähnlichen anlasslosen Eingriffen in Freiheitsrechte. Wenig überraschend ist insofern, dass unter den rechtspolitischen Reaktionen auf die Entscheidung des VGH Baden-Württemberg die rechtsstaatlich besonnene Beschränkung auf polizeiliche Einzelmaßnahmen bei konkreten alkoholbedingten Straftaten oder erheblichen Belästigungen Dritter nicht besonders populär war. Stattdessen wurden bereits bereichsspezifische landesgesetzliche Ermächtigungen zu polizeilichen Vorsorgeverordnungen ins Gespräch gebracht.²⁷ Zwar sind Landesparlamente nicht direkt an die Gefahrenschwelle gebunden, sondern dürften auch Risikovorsorge betreiben. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stünde aber auch diesem Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit im Wege, zumal bei pauschalen Verboten des öffentlichen Alkoholkonsums – anders als bei entsprechend konstruierten „Kampfhundeverordnungen“ – eine typische Verursachung von Straftaten oder „Ordnungsstörungen“ erkennbar unplausibel ist.²⁸ Zweifelhaft ist auch, ob eine hinreichend bestimmte Formulierung derartiger Vorsorgeermächtigungen gelingen kann.

Für die bürgerrechtliche Praxis muss daher klar sein: Gerichtliche Entscheidungen können hyperpräventive Sicherheitsmaßnahmen durchaus in die rechtsstaatlichen Schran-

27 Etwa bei *Hebeler/Schäfer*, Die rechtliche Zulässigkeit von Alkoholverboten im öffentlichen Raum, DVBl. 2009, 1424 (1430).

28 Ebenso *Hecker*, Neue Rechtsprechung des VGH Mannheim zum Alkoholkonsumverbot im öffentlichen Raum, NVwZ 2010, 359 (363), der von einer unzulässigen bloßen Gefahrenverdachtsregelung spricht.

ken verweisen. Langfristig aber wird die Verteidigung von rechtsstaatlicher Freiheit und Gleichheit im öffentlichen Raum auf politischem Wege erfolgen müssen.

John Philipp Thurn ist Doktorand und Mitarbeiter am Institut für Rechtsphilosophie und Staatswissenschaften der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; jpthurn@web.de

recht.links Kongress

zum Verhältnis von Recht und Herrschaft

Workshops/Fragestellungen/Diskussionen
für Studierende, Jurist_innen und alle Interessierten

27. bis 29. Mai im Amerlinghaus

www.rechtlinks.com

Kein Platz für Straßenkunst?

Aktuelle Fragestellungen zur Inanspruchnahme des öffentlichen Raums durch StraßenkünstlerInnen in Wien

Eva Pentz

Die Inanspruchnahme des öffentlichen Raums durch StraßenkünstlerInnen gehört seit Jahrhunderten zu den Konstanten der Stadtentwicklung. Musizierend oder malend, tanzend oder als lebende Statuen stundenlang in denselben Positionen verharrend, sind sie auch heute noch in Österreichs Tourismuszentren an vielen öffentlichen Plätzen anzutreffen.

Trotz der Diversität der praktizierten Kunstformen ist vielen StraßenkünstlerInnen gemein, dass hinter der unbeschwerten Fassade der „freien KünstlerInnen“ häufig langwierige Auseinandersetzungen mit den zuständigen Behörden um das Recht auf Inanspruchnahme des öffentlichen Raums, dessen Nutzungsbedingungen und der Auslegung der relevanten verwaltungsrechtlichen Bestimmungen geführt werden.

Nach einem kurzen Einblick in die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Straßenkunst betreffenden Regelungen sollen im folgenden Beitrag die Bedingungen der Nutzung des öffentlichen Raums am Beispiel von StraßenkünstlerInnen in Wien dargestellt und die Problematik anhand konkreter Fälle verdeutlicht werden.

1. Historischer Überblick

Das Bedürfnis, die Darbietungen von Straßenmusik bzw -kunst zu regulieren, ist kein Phänomen der letzten Jahrzehnte, sondern lässt sich im deutschsprachigen Raum bis ins 13. Jahrhundert zurückverfolgen.¹ Besonders die Kirche stellte sich entschieden gegen „Fiedler, Musiker, Gaukler und Zauberer“ und wollte diesen als „Träger[n] der Wollust“² den Zutritt zu den Städten verwehren. Bereits im 14. Jahrhundert wurde ein Modell der Konzessionierung von Straßenkunst entwickelt, dessen grundsätzliche Idee der Lizenzvergabe an Einzelpersonen trotz regelmäßiger Adaptierungen über die Jahrhunderte hinweg beibehalten wurde. Es zeichnete sich durchgängig durch das klare Ziel der Einschränkung der Auftrittsmöglichkeiten von StraßenkünstlerInnen und deren zahlenmäßigen Reduktion in den Städten aus. Auch in der Zeit der Monarchie regelte

¹ Vgl *Fuchs/Stadelmann*, Straßenmusik in Wien (1987).

² *Fuchs/Stadelmann*, Straßenmusik 3.

eine Vielzahl von Hofdekreten, Erlässen und Verordnungen die „Lustbarkeitspolizei“ bzw die „Theaterpolizei“ und damit die Auftrittsmöglichkeiten der StraßenkünstlerInnen, welche systematisch dem Bereich der Sicherheitspolizei und nicht dem Gewerbe recht zugeordnet wurden.³ Neben dem Sicherheitsaspekt fanden aber auch soziale Gesichtspunkte Beachtung. Unter Maria Theresia wurden bspw sog „Bettelmusiklizenzen“⁴ nur an Versehrte, Alte und Kranke vergeben. Eine weitere Einschränkung erfolgte durch die nur mehr ausnahmsweise Vergabe solcher Lizenzen an „jene, nicht in bedeutender Zahl vorhandenen unglücklichen Personen [...], die von Natur zu jedem anderen Erwerbe durchaus unfähig sind“⁵.

Durch strenge Maßstäbe bei der Lizenzvergabe und der zeitlichen Beschränkung der Bewilligungen sollte einerseits die Bevölkerung vor schlechtem Einfluss geschützt, andererseits aber auch der Lebensunterhalt und die materielle Sicherheit der StraßenkünstlerInnen gewährleistet werden, um zu verhindern, dass diese den „Gemeinden und Obrigkeiten zur Last fallen“⁶. Diese Regelungsgesichtspunkte blieben in den folgenden Jahrzehnten bestehen, jedoch trat der Aspekt des Schutzes der Bevölkerung verstärkt in den Vordergrund. Die Neuvergabe von Lizenzen wurde um die Jahrhundertwende de facto eingestellt, die letzten noch bestehenden Lizenzen für StraßenmusikerInnen in Wien liefen Ende der 1940er Jahre aus.⁷

2. Rechtsgrundlagen

2.1. Das Wiener Veranstaltungsgesetz

Wie in allen Bundesländern ist auch in Wien das Veranstaltungswesen in einem Landesgesetz geregelt. Die kompetenzrechtliche Zuständigkeit der Länder in diesem Bereich beruht auf der Generalklausel des Art 15 Abs 1 B-VG⁸. Zusätzlich wird die gesetzgeben-

3 Vgl *Lebitsch*, Probleme präventiver Veranstaltungsfreiheit im Lichte der Kunstfreiheit, ÖJZ 1984, 477 ff.

4 *Frei*, Die Wiener Straßensänger und -musikanten im 19. und 20. Jahrhundert. Ein Beitrag zur Großstadtvolkskunde (1978) 45.

5 Hofkanzley-Verordnung vom 29. Mai 1821, Zahl 14.617, abgedruckt bei *Frei*, Straßensänger 45.

6 *Pace* (Hrsg), Ernst Mayerhofers Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst IV⁵ (1898) 1335 ff, abgedr in *Lebitsch*, ÖJZ 1984, 477 ff. Vgl *Nichtowitz*, Das Wiener Veranstaltungsgesetz. Eine detaillierte Betrachtung – mit Ausblick auf das Berliner Veranstaltungswesen (2002) 30 ff.

7 Ende 1948 gab es in Wien keine Musik-Lizenzen mehr, lediglich 15 Werkel-Lizenzen (Drehorgel, zeitlich eng beschränkte Bewilligung zum Spiel in Hausinnenhöfen) existierten noch. Der große Anstieg der Zahl der StraßenmusikerInnen, die ohne Bewilligung auftraten, wurde Anfang der 1950er von den Wiener Behörden als „Gefahr für das Ansehen der Stadt und eine nicht zu unterschätzende Schädigung des Fremdenverkehrs“ betrachtet. Die „Bettelmusik“ sollte laut den zuständigen Behörden durch verschärfte Kontrollen, Verweigerung neuer Lizenzen und eine Kampagne gegen unerlaubtes Straßenmusizieren (ua im Radio) zum Verschwinden gebracht werden. *Frei*, Straßensänger 268 f.

8 Wie bereits ausgeführt waren musikalische Darbietungen uä zur Zeit des Inkrafttretens der GewO 1859 vom Gewebewesen ausgenommen und der „Lustbarkeitspolizei“ bzw „Theaterpolizei“ zuzurechnen. Eine Zuordnung des Veranstaltungswesens zum Bereich des Gewerbes und damit zur Bundeskompetenz ist in Hinblick auf den Versteinerungszeitpunkt dieses Kompetenztatbestandes nicht möglich. Vgl *Lebitsch*, ÖJZ 1984, 477 ff; *Nichtowitz*, Veranstaltungsgesetz 18 ff, 30 ff.

de Kompetenz der Länder „in den Angelegenheiten des Theater- und Kinowesens sowie der öffentlichen Schaustellungen, Darbietungen und Belustigungen“ im Art 15 Abs 3 B-VG demonstrativ aufgezählt und festgehalten, dass die diesbezüglichen Landesgesetze im örtlichen Wirkungsbereich von Bundespolizeidirektionen diesen Behörden wenigstens die Überwachung der Veranstaltungen und die Mitwirkung in erster Instanz bei Verleihung von Berechtigungen zu übertragen haben.

Auf Grundlage dessen erließ das Land Wien vorerst mehrere Gesetze⁹ zur Regelung des Veranstaltungswesens, und fasste einige davon 1971 im Gesetz über die Regelung des Veranstaltungswesens (Wr Veranstaltungsg)¹⁰ zusammen. In mehrfach novellierter Form enthält es Regelungen „für Theateraufführungen jeder Art und für öffentliche Schaustellungen, Darbietungen und Belustigungen“¹¹, wobei der Begriff *öffentlich* im Sinne des Gesetzes auf die allgemeine Zugänglichkeit bzw bei nicht öffentlich zugänglichen Veranstaltungen auf die Teilnahmemöglichkeit von mehr als 20 Personen abstellt.¹²

Nicht vom Veranstaltungsgesetz umfasst sind zufolge der demonstrativen Aufzählung des Gesetzes ua Filmaufführungen, politische, religiöse oder zu Bildungszwecken abgehaltene Veranstaltungen sowie die Tätigkeit der Bundestheater.¹³

Systematisch nimmt das Wr Veranstaltungsg eine dreistufige Einteilung der Veranstaltungen in anmeldungspflichtige, konzessionspflichtige und freie Veranstaltungen vor. Straßenkunstdarbietungen wurden in der ursprünglichen Fassung noch nicht erwähnt, erst 1981 fanden „andere musikalische Darbietungen, wenn sie [...] unentgeltlich auf den durch Verordnung bestimmten öffentlichen Musizierplätzen (Abs 3) durchgeführt werden“¹⁴, als freie, dh weder anmeldungs- noch konzessionspflichtige Veranstaltungen Eingang in das Gesetz. Die Festlegung der öffentlichen Musizierplätze erfolgt über eine Verordnungsermächtigung des Magistrates, im Rahmen derer zusätzliche Benützungsbedingungen hinsichtlich Art, Umfang und Dauer der Veranstaltungen zum Schutz der Umgebung und zur Aufrechterhaltung der Ordnung festgelegt werden können. In den Erläuternden Bemerkungen wird die Notwendigkeit einer spezifischen Straßenmusikregelung mit dem Bedürfnis mancher Menschen begründet, „sich entsprechend ihrem Lebensgefühl unter freiem Himmel musikalisch zu äußern, teils sogar [...] ohne besondere Beachtung durch Mitmenschen anzustreben“, während andere Menschen „sich umgekehrt auf ihren Wegen in der Stadt geneigt [zeigen], derartigen Ereignissen Beach-

9 ZB Wr Theatergesetz LGBl 1930/27; Wr Ausstellungsgesetz LGBl 1937/26.

10 LGBl 1971/12, zuletzt novelliert im Juni 2010, LGBl 2010/26.

11 § 1 Abs 1 Wr Veranstaltungsg.

12 Ausgenommen sind Familienfeiern oder andere „häusliche Veranstaltungen“, die in „bestimmungsgemäßer Verwendung einer privaten Wohnung“ stattfinden (§ 1 Abs 1 leg cit).

13 In der Praxis ergeben sich dennoch häufig Abgrenzungsschwierigkeiten zu anderen, ähnliche Materien umfassenden Landesgesetzen (zB Wr Kinogesetz 1955) bzw durch die teils unscharfen Grenzen zu bundesgesetzlichen Materien wie dem Vereins- und Versammlungsrecht oder gewerberechtlichen Bestimmungen.

14 § 5 Abs 1 Z 4 u Abs 3 Wr Veranstaltungsg LGBl 1981/2.

tung zu schenken [oder] zuhörend eine Zeit lang zu verweilen“. Zugunsten dieser „korrespondierenden Bedürfnisse“ sollen, soweit es sich um unentgeltliche Darbietungen handelt und kein Nachteil für öffentliche Interessen zu erwarten ist, die bisherigen Erschwernisse für MusikerInnen abgebaut und die „notwendigen Beschränkungen“ hinsichtlich Dauer, Lautstärke und der Festlegung der Auftrittsorte der Veranstaltungen per Verordnung ergänzt werden.¹⁵

Die Erweiterung der freien Veranstaltungen auf alle Darbietungsarten der Straßenkunst erfolgte 15 Jahre später: Anstelle von musikalischen Darbietungen werden nun alle „Straßenkustdarbietungen, wenn sie unentgeltlich auf den durch Verordnung bestimmten Plätzen (Abs 3) durchgeführt werden“, von der Konzessions- oder Anmeldepflicht befreit.¹⁶

2.2. Die Straßenkunstverordnung

Während das Wr VeranstaltungsG noch relativ wenige (aber mit der Unentgeltlichkeit eine äußerst wesentliche) Bedingungen für die Ausübung von Straßenkunst vorgibt, so holt dies der Magistrat im Rahmen seiner Verordnungsermächtigung ausgiebig nach. Die Verordnung des Magistrates der Stadt Wien betreffend die Bedingungen zur Darbietung von Straßenkunst in Wien (StraßenkunstVO)¹⁷ regelt äußerst detailliert die genauen Umstände der Auftrittsmöglichkeiten von StraßenkünstlerInnen.

Als Straßenkunst gelten laut Verordnung „Darbietungen künstlerischer Art, die für kurze Zeit an öffentlichen Orten, ohne hierfür eigens errichtete Aufbauten und Podien zu benutzen, unentgeltlich veranstaltet werden.“¹⁸ Zur Unentgeltlichkeit kommen damit die kurze Dauer und die Einfachheit („ohne [...] Aufbauten und Podien“) als Kriterien für die Qualifikation als Straßenkunst hinzu. Demonstrativ nennt der Magistrat anschließend musikalische Darbietungen, verbale Vorträge und Vorlesungen, Tanz- und Varietévorführungen, szenische Aufführungen und Pantomime, Zauberkunststücke, Marionetten-, Puppen- und Schattenspiele sowie Portraitzeichnen¹⁹ als Erscheinungsarten der Straßenkunst, unterscheidet aber bei den folgenden Regelungen des Auftrittsorts und der -zeit zwischen musikalischen Darbietungen einerseits und „sonstige[n] Darbietungen“ andererseits.

StraßenmusikerInnen dürfen nur auf in der Anlage taxativ aufgezählten Plätzen und und je nach Ort variierenden Zeiten als Einzelpersonen oder Gruppen bis maximal vier

15 EB zum Entwurf einer Novelle zum Wr VeranstaltungsG, März 1981, 1–3.

16 LGBl 1996/3, § 5 Abs 1 Z 7. Mangels EB zu dieser Novelle kann nur auf das Wörtliche Protokoll des Wr Landtags verwiesen werden, aus dem als Begründung lediglich der Wunsch der Erweiterung der vereinfachten Auftrittsmöglichkeiten für die „gesamte Vielfalt der Straßenkunst“ herauszulesen ist. WP Wr Landtag, 31. Sitzung, 3.11.1995, 92–93.

17 ABl 2009/13.

18 § 1 StraßenkunstVO.

19 § 1 Z 1–5 leg cit.

Personen auftreten.²⁰ Zusätzlich benötigen sie für einen Teil der Plätze²¹ sog Platzkarten, welche jedes Gruppenmitglied gebührenpflichtig²² beim Magistrat beantragen muss. Allerdings können für den gleichen Platz pro Woche maximal zwei Platzkarten für nicht aufeinander folgende Tage erlangt werden.

Alle anderen, „sonstigen“ StraßenkünstlerInnen dürfen in „vornehmlich dem Fußgängerverkehr vorbehaltenen Bereichen im Freien, insbesondere Fußgängerzonen, öffentlichen Plätzen und Parks“²³ in der Zeit von 13 bis 22 Uhr als Einzelpersonen oder Gruppen bis zu sechs Personen auftreten. Wollen sie an Orten mit Platzkartenpflicht auftreten, müssen sie ebenso einen Antrag auf Ausstellung einer Platzkarte stellen.²⁴ Grundsätzlich stehen den sonstigen StraßenkünstlerInnen damit mehr Plätze offen als MusikerInnen, da sie neben den explizit in den Anl angeführten auch weitere, bspw in FußgängerInnenzonen gelegene Orte ohne vorherigen Platzkartenerwerb nutzen können.²⁵ Zusätzlich regeln die „allgemeine[n] Benützungsbedingungen“²⁶ die Aktivitäten aller StraßenkünstlerInnen. So müssen die KünstlerInnen von Hauseingängen bzw -einfahrten, Passagen, Stiegenaufgängen oder -abgängen, Fahrbahnen oder Straßenbahngleisen, von gastgewerblich benutzten Straßenflächen und dergleichen mindestens 5m Abstand halten, von Kirchen mindestens 25 m. Zu anderen KünstlerInnen und sonstigen Versammlungen hat der Abstand mindestens 25 m zu betragen, jedenfalls aber so viel, dass gegenseitige Beeinträchtigungen ausgeschlossen werden können. Zusätzlich müssen StraßenkünstlerInnen (mit Ausnahme der PlatzkarteninhaberInnen) nach spätestens einer Stunde den Darbietungsort wechseln. Sitzgelegenheiten für ZuseherInnen dürfen nicht errichtet werden. Das Einheben eines Entgelts ist nicht zulässig, nur freiwillige Spenden dürfen entgegen genommen werden. Behelfe, die die AnrainerInnen gefährden oder belästigen bzw die Sicherheit, Flüssigkeit und Leichtigkeit des Verkehrs stören, dürfen ebensowenig verwendet werden wie Blechblasinstrumente ohne Dämpfer, Trom-

20 § 2 Abs 1 leg cit Anl 1 und Anl 2 StraßenkunstVO beinhalten detaillierte Aufzählungen sog „öffentlicher Musizierplätze“ bzw „öffentlicher Musizierplätze mit Platzkarten“ inklusive Angabe der jeweiligen Musizierzeiten. Bspw darf auf der Mariahilfer Straße (1060 Wien), im „Bereich zwischen ONr. 2 und Kreuzung Getreidemarkt“ von 15–20 Uhr musiziert werden (Anl 1 Z 11).

21 Anl 2 („Öffentliche Musizierplätze mit Platzkarten“). Im Vergleich: In der Anl 1 sind 36 Plätze enthalten, die ohne Platzkarte bespielt werden können; in Anl 2 finden sich 11 Orte, für die eine Platzkarte benötigt wird. Höchst attraktive Spielstätten der Wiener Innenstadt (Graben, Kärntner Straße) sind in Anl 2 enthalten.

22 Eine Platzkarte kostet laut Auskunft des Magistrats der Stadt Wien derzeit € 6,54. Ca 40 KünstlerInnen bewerben sich monatlich um Platzkarten (*Lichtenberger/Özkan*, Straßenkunst: „Künstlerjagd“ am Stephansplatz, Die Presse v 22.05.2010). Die Zuteilung der Orte und Tage erfolgt laut Berichten von StraßenkünstlerInnen durch den Magistrat.

23 § 2 Abs 2 leg cit.

24 Trotz expliziter Erwähnung der Möglichkeit von Darbietungen sonstiger StraßenkünstlerInnen auf Plätzen der Anl 2 (§ 2 Abs 2 letzter Satz) wurde dies bei der Novelle 1996 in der Anl nicht entsprechend geändert – deren Überschrift lautet nach wie vor „Öffentliche Musizierplätze mit Platzkarten“ (Hervorhebung durch die Verf). Die zuständige Behörde argumentiert regelmäßig unter Berufung auf die Überschrift der Anl die rechtliche Unmöglichkeit der Ausstellung von Platzkarten an „sonstige“ StraßenkünstlerInnen.

25 § 2 Abs 2 leg cit.

26 § 3 Z 1–9 leg cit.

meln, laut oder hoch tönende Holzblasinstrumente oder Verstärkeranlagen. Tonträger-abspielgeräte dürfen nur verwendet werden, wenn dies unbedingt zur inhaltlichen Unterstützung notwendig ist und störende Auswirkungen auf die Umgebung, insb auf AnrainerInnen, ausgeschlossen sind. Generell darf die Lautstärke keine unzumutbare Belästigung von AnrainerInnen darstellen. Die KünstlerInnen müssen das 16. Lebensjahr vollendet haben und auf Verlangen ihre Identität nachweisen bzw ihre Platzkarten stets gut sichtbar mitführen.

Treten bei Straßenkustdarbietungen Missstände auf oder sind diese zu befürchten, hat die Behörde aus Gründen des Jugendschutzes, aus sicherheitspolizeilichen Gründen, aus veterinär- oder tierschutzrechtlichen Gründen, zur Gewährleistung der Betriebssicherheit und insb auch zur Vermeidung störender Auswirkungen auf die Umgebung den KünstlerInnen Aufträge zu erteilen oder gegebenenfalls die Veranstaltung zu untersagen.²⁷ Bei Verstößen gegen Benützungsbedingungen oder Missachtung eines behördlichen Auftrags drohen Verwaltungsstrafen bis zu € 210, bei Durchführung einer Veranstaltung ohne die nötige Konzession oder Anmeldung bis zu € 7.000.²⁸

Angesichts der Regelungsdichte der StraßenkunstVO und der tatsächlichen räumlichen Gegebenheiten der Wiener Innenstadt ist fraglich, inwiefern eine freie Ausübung der verschiedenen Arten von Straßenkunst in Wien überhaupt möglich bzw von behördlicher Seite vorgesehen ist. Der Eindruck eines restriktiven Umgangs mit StraßenkünstlerInnen wird durch aktuelle Zahlen verstärkt: Im Rahmen verschärfter Kontrollen wurden im Jahr 2010 bis Anfang Oktober immerhin 135 Verwaltungsverfahren gegen 35 KünstlerInnen (also durchschnittlich knapp unter vier pro Person) aufgrund der StraßenkunstVO und anderer den öffentlichen Raum regulierender Vorschriften eingeleitet.²⁹ Einige dieser Verfahren sollen hier exemplarisch dargestellt werden.

3. Betroffene StraßenkünstlerInnen

3.1. Die Portraitzeichner

Mehrere Portraitzeichner haben in der Wiener Innenstadt ihre Staffeleien aufgebaut. Gerade im letzten Jahr erhielten sie regelmäßig Anzeigen, teilweise mehrere täglich. Ein Grund dafür war die strittige Auslegung der 5 m-Abstandsregelungen von Stiegenaufgängen bzw -abgängen. Die Zeichner standen häufig an der rückwärtigen Mauer von U-Bahn-Aufgängen (dh an jener dem Aufgang gegenüberliegenden, vom Zu- bzw Ab-

27 § 5 Abs 2 Wr Veranstaltungsg.

28 § 32 Abs 1, 2a Z 1 u 2 leg cit.

29 In einer Stellungnahme der Behörde in einem Verwaltungsstrafverfahren gegen einen Portraitzeichner vom 5.10.2010 hielt die Behörde fest, dass seit Jahresanfang „etwa 35 unterschiedliche Straßenkünstler von 7 unterschiedlichen Beamten der PI Brandstätte [d.h. 1. Bezirk, Wien] [...] in ca. 135 Fällen wegen Übertretungen der Straßenkunstverordnung, der Straßenverkehrsordnung, des Gebrauchsabgabengesetzes, der Gewerbeordnung und des Finanzstrafgesetzes zur Anzeige gebracht wurden“. Bundespolizeidirektion Wien, S 57.056/S/10.

strom abgewandten Seite, an der eine Mauer Schutz vor einem Sturz in die Tiefe bietet). Nach ihrer Interpretation wurde dieser Standort nicht von der Abstandsregelung erfasst, da der Sinn derselben die Ermöglichung eines ungehinderten Zu- und Abströmens von Menschen aus Gebäuden und öffentlichen Verkehrsmitteln sei, und an der Rückseite von U-Bahn-Schächten kein FußgängerInnenzustrom zur U-Bahn möglich sei. Daher sei ein 5 m-Abstand von der Mauer weg gemessen angesichts des Zwecks der Bestimmung sinnwidrig. Die Behörde sah aber das „gesamte Bauwerk eines Stiegenaufganges bzw -abganges mitsamt aller dazugehöriger Einrichtungen und Bauten“³⁰ vom Schutzzweck der Norm umfasst. Verwaltungsstrafen für die Portraitzeichner waren die Folge. Wie alle StraßenkünstlerInnen unterliegen die Portraitzeichner darüber hinaus der Verpflichtung, stündlich ihren Darbietungsort zu wechseln. Dies erschwert ihre Tätigkeit erheblich, da sie nicht auf eine große Zahl an ZuseherInnen abzielen, sondern auf Einzelpersonen, die sich portraituren lassen wollen, und der Zeitpunkt eines KundInnenkontakts für die Künstler nicht vorherbestimmbar ist. Lassen sich Personen knapp vor Ablauf der einstündigen Verweildauer auf einem Platz auf dem mitgebrachten Sessel nieder, müssen diese überzeugt werden während des Portraitierens gemeinsam mit den Künstlern und deren Ausstattung den Platz zu wechseln. Häufig führt dies dazu, dass Personen das Portraitieren nicht fortsetzen wollen und trotz halbfertigem Bild keine Spende hinterlassen, oder die Straßenkünstler ihrer Rotationsverpflichtung nicht nachkommen. Zudem ist in der StraßenkunstVO nicht geregelt, wie weit sich die Künstler vom ursprünglichen Standort entfernen müssen. Dies führt in der Praxis zu unterschiedlichen Auslegungen durch die Behörde. Ein Wechsel von 2 m führte zu einer Anzeige wegen Verstoßes gegen die StraßenkunstVO, eine klare Aussage über die erwünschte Distanz verweigerte die Behörde jedoch.³¹ Die Strafhöhe variiert hierfür zwischen € 70 und € 220.

Dem Wunsch der Portraitzeichner nach Platzkarten wurde übrigens – entgegen der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit einer Ausstellung an „sonstige“ StraßenkünstlerInnen – bisher nicht nachgekommen (siehe Fn 24).

Derzeit beim UVS Wien anhängig ist die Frage, ob Portraitzeichner in der Lage sind, als eine Gruppe aufzutreten. Laut StraßenkunstVO haben „sonstige“ StraßenkünstlerInnen die Möglichkeit Gruppen bis zu sechs Personen zu bilden, nähere Vorschriften über die Zusammensetzung der Gruppen, die möglichen Kunstarten oder die Gründe des Zusammenschlusses existieren nicht. Ein Karikaturist und ein klassischer Portraitist, die seit Jahren in verschiedenen Städten gemeinsam auftreten, ihre Tätigkeit und Bilder über eine gemeinsame Homepage bewerben und gerade durch die Möglichkeit, beide Darstellungsarten zusammen anzubieten, KundInnen anwerben, wurden in der Wiener

30 Bundespolizeidirektion Wien S 57.061/S/10.

31 In anderen Bundesländern bzw Gemeinden existieren hierzu klare Regelungen, vgl zB Tir VeranstaltungsG (mind 150 m); VO der Stadt Graz (mind 50 m).

Innenstadt wiederholt wegen Verstoßes gegen die Verpflichtung eines 25 m-Abstandes zueinander angezeigt (Strafhöhe € 100–200). Die Behörde argumentiert, die Künstler würden jeweils eine eigene Staffelei, Zeichenunterlagen, einen Sessel für sich und je einen für KundInnen bei sich haben. Es sei auf die „Notwendigkeit der Bildung einer Gruppe“ für die künstlerische Vorführung abzustellen, zB bei „zwei Pantomimen welche eine Szene darstellen“ oder ähnlichen ArtistInnengruppen. Die räumliche Nähe sei für Portraitzeichner nicht notwendig, daher sei die vorgebliche Gruppengründung lediglich ein Versuch die Bestimmungen der StraßenkunstVO zu umgehen, um sich Einnahmenvorteile zu verschaffen.³² Die beiden Portraitzeichner hielten dem entgegen, dass laut VO auch sie die Möglichkeit zur Gruppenbildung hätten, sie im Zusammenwirken Kunst ausüben würden und die Behörde nicht verlangen könnte, dass sie gemeinsam einen Pinsel für eine Leinwand verwenden, um als Gruppe anerkannt zu werden.

3.2. Die Breakdancer

Seit über 12 Jahren tritt eine Breakdance-Gruppe in der Wiener Innenstadt auf. In Kenntnis der rechtlichen Bestimmungen traten sie maximal zu sechst, lediglich fünf mal täglich für jeweils 15 Minuten auf. Im November 2009 schritt die zuständige Abteilung des Magistrats der Stadt Wien während eines Auftritts ein und leitete ein Verfahren wegen Durchführung einer anmeldepflichtigen Veranstaltung ohne Anmeldung ein. Ihre Darbietungen seien keine Straßenkunst, sondern anmeldepflichtige Tanzvorführungen. Jedes Mitglied der Gruppe erhielt eine Geldstrafe von € 356³³, die zu diesem Zeitpunkt in der Kassa befindlichen € 100 wurden als Sicherheitsleistung eingehoben.

Die Breakdancer erhoben Einspruch und argumentierten, dass ihre Auftritte klar als in der StraßenkunstVO demonstrativ genannte „Tanzvorführungen ohne bühnenmäßige Ausstattung“³⁴ zu qualifizieren seien und auch sonst allen Kriterien der StraßenkunstVO für Straßendarbietung (öffentlich zugänglich, unentgeltlich, kurze Dauer, vorgegebene Orte und Zeiten) entsprächen. Im übrigen seien gerade Breakdance-Darbietungen in Hinblick auf die Entwicklung dieses Tanzstiles und dessen künstlerischen Konzepts der Inbegriff moderner Straßenkunst. Dies sei in den vergangenen 12 Jahren von den Behörden nie angezweifelt worden. Die Behörde hielt entgegen, dass auch im Wr Veranstaltungsg unter der Kategorie der anmeldepflichtigen Veranstaltungen „Tanzvorführungen ohne bühnenmäßige Ausstattung oder szenischen Aufwand“³⁵ genannt würden (allerdings unter dem Vorbehalt „wenn sie nicht unter § 5 Abs 1 Z 7 fallen“, also unter die Bestimmungen zur Straßenkunst) und die Behörde aufgrund der

32 Bundespolizeidirektion Wien, S 57.059/S/10.

33 Strafverfügung des Magistratischen Bezirksamts, MA 36-19636/09/4/E.

34 § 1 Z 3 Wr StraßenkunstVO.

35 § 6 Abs 1 Z 2f Wr Veranstaltungsg.

hohen ZuseherInnenzahl bei den Darbietungen der Breakdancer von einer Anmeldepflicht ausgehe. Offensichtlich verkannte die Behörde in diesem Fall, dass eine hohe Anzahl an ZuseherInnen nirgends in den relevanten Bestimmungen als Kriterium für die Unterscheidung von Straßenkunst und anmeldepflichtigen Veranstaltungen herangezogen wird, und die Nennung von Tanzvorführungen unter den anmeldepflichtigen Veranstaltungen lediglich subsidiär – soweit sie nicht als Straßenkunst zu qualifizieren sind – erfolgte. Die Verfahren wurden schließlich eingestellt, die Behörde versuchte allerdings eine informelle Vereinbarung über verkürzte Auftrittszeitern mit den Breakdancern zu erreichen.

Hintergrund der mangelhaft begründeten Anzeigen gegen die Straßenkünstler dürfte aber weniger die Unkenntnis der Behörde als der vehemente Kampf der Bezirksvorsteherin des ersten Bezirks gegen jede Art von Straßenkunst und insb gegen Breakdancer rund um den Stephansdom sein.³⁶

3.3. Der Diablo-Spieler

Auch im Fall eines Diablo-Spielers, der den Unmut der Bezirksvorsteherin erregt hatte, erfolgten Anzeigen wegen zu hoher ZuseherInnenzahl – allerdings gegen die (namentlich nicht zu eruiierenden) ZuseherInnen wegen Verkehrsbehinderung in der FußgängerInnenzone. Anfang 2010 erfolgte eine weitere Anzeige gegen den Straßenkünstler wegen Verstoßes gegen die Benützungsbedingungen der StraßenkunstVO während eines Auftritts in der Nähe des Stephansplatzes.³⁷ Der konkrete Vorwurf lag in der behaupteten Gefährdung von ZuseherInnen durch hohe Würfe mit dem Diablo. Der Künstler erhob Einspruch und erklärte, dass es während der geschätzten 5.000 Shows seiner elfjährigen Auftrittserfahrung niemals zu einer Gefährdung oder Verletzung der ZuseherInnen gekommen war, und dieser Vorwurf auch bei den zahllosen Gastspielen in anderen Städten und auf Festivals niemals auch nur erwägt worden war. Im übrigen seien seine Diablos sehr weich und daher auch nicht geeignet, Verletzungen zuzufügen. Zudem halte er immer einen „Schutzkreis“ von 10 Metern rund um seinen Auftrittsort ein. Er beantragte die Beiziehung eines/r Sachverständigen zur Beurteilung des Gefährdungspotentials. Das Verfahren wurde schließlich mangels Nachweises einer Gefährdung der ZuseherInnen eingestellt.

36 Vgl. *Marits*, „Ruhe, bitte!“, Stenzels Kampf gegen die Straßenkunst, Die Presse v 9.2.2008. Bereits 2006 schlug die Bezirksvorsteherin vor, dass nur bei der Stadt angestellte „Studenten der Musikhochschule und Schauspieler ohne Jobchancen“ Straßenkunst in der Innenstadt ausüben und dort „kleine Kammerkonzerte“ abhalten sollten. *Krichmayer*, „Kulturkampf“ in der Innenstadt – Stenzel will Straßenkunstmeile in der sich Studenten ohne Job verdienen, Der Standard v 6.12.2006.

37 Strafverfügung der Bundespolizeidirektion Wien S 54.210/S/10.

3.4. Folgen für die betroffenen StraßenkünstlerInnen

Allen soeben geschilderten Fällen ist gemein, dass die StraßenkünstlerInnen ihren Lebensunterhalt durch ihre künstlerische Tätigkeit bestreiten und ihre Haupteinnahmequellen die Spenden während ihrer Darbietungen im öffentlichen Raum darstellen. Im Fall der Breakdancer und des Diablospielers konnten die KünstlerInnen aufgrund der Anzeigenerstattung wochenlang³⁸ nicht auftreten, da sie befürchten mussten, weitere gleichlautende Anzeigen zu erhalten, die aufgrund der Höhe für sie existenzbedrohend gewesen wären. Trotz späterer Einstellung der Verfahren führte die Anzeigenerstattung somit zu nicht mehr wiedergutzumachenden finanziellen Einbußen. Auf die prekäre Lage der KünstlerInnen ist auch zurückzuführen, dass gegen die meisten Strafen trotz teils rechtswidriger Basis oder zu hoch angesetzter Bemessungsgrundlage kein Rechtsmittel erhoben wird, aus Angst vor häufigeren Anzeigen durch die Behörde oder eine gänzliche Untersagung der Darbietungen. In diesem Kontext ist auch der gänzliche Mangel an Judikatur zum Thema Straßenkunst zu sehen.³⁹

4. Resümee

Ziel und Zweck der geltenden Bestimmungen sind unschwer zu erkennen. Eindeutig dominiert der Aspekt des Schutzes der Bevölkerung bzw der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung als vorrangiges Schutzgut der Verordnung. AnrainerInnen und PassantInnen sollen weder durch Lärm belästigt noch durch StraßenkünstlerInnen beim Betreten oder Verlassen von Gebäuden behindert werden, wobei gegenüber MusikerInnen erhöhter Schutzbedarf besteht. Gewisse Instrumente sowie technische Unterstützung sind grundsätzlich verboten, ohne auf den Standplatz oder die tatsächliche Gefahr einer Beeinträchtigung abzustellen. Der erforderliche Abstand zu Kirchen (und nicht nur zu deren Ein- und Ausgängen!) beträgt das Fünffache des normalen Schutzabstandes zu Häusern, Stiegenaufgängen oder Fahrbahnen, wobei der Grund dieser erhöhten Absicherung weder durch den Strom der MessbesucherInnen zu erklären ist (denn dann würde ein 5 m-Abstand von den Kirchentoren wohl ebenso ausreichen wie bei U-Bahn-Aufgängen) noch durch einen verstärkten Lärmschutz für Mess- oder Andachtszeiten (auch PortraitzeichnerInnen, Pantomime-Darbietungen usw haben diesen Bannkreis einzuhalten) – am ehesten scheint das schon historisch dokumentierte Verhältnis der Kirche zu StraßenkünstlerInnen die Begründung für diesen erweiterten Schutz zu liefern.

Doch allein der 5 m-Abstand zu Hauseingängen, Fahrbahnen, Stiegenaufgängen und dgl ist angesichts der realen örtlichen Gegebenheiten in der Wiener Innenstadt und in

38 Das Verfahren gegen den Diablo-Spieler wurde nach über 3 Monaten eingestellt.

39 Vgl lediglich UVS Stmk 23.9.2003, UVS-30.7-1/03.

Verbindung mit einem stündlichen Rotationsprinzip schwer realisierbar. Auch die Beschränkung der Gruppengrößen sowie das Verbot verschiedener Instrumente oder technischer Hilfsmittel schränken den Aktionsrahmen von KünstlerInnen stark ein und verhindern gewisse Auftrittformen gänzlich. Hinzu kommt, dass die fehlende Bestimmtheit einiger Normen willkürlichen Auslegungen durch die Behörden entgegen kommt, und dies gerade im Kontext der derzeitigen konservativ geprägten Stadtpolitik in der Inneren Stadt zu häufigen Anzeigen gegen StraßenkünstlerInnen führt – alles im vorgeblichen Interesse des Schutzes der AnrainerInnen und PassantInnen. Fraglich ist zudem, ob die kostenpflichtige Vergabe von kontingentierten Platzkarten auf Antrag bei der zuständigen Behörde für einige der prominentesten Darbietungsorte Wiens nicht der im VeranstaltungsG festgelegten Einteilung der Straßenkunst in freie Veranstaltungen widerspricht, da der Erwerb einer Platzkarte zumindest einer Anzeige der Darbietung, wenn nicht einer vereinfachten Anmeldung gleichkommt.

Die finanzielle Sicherheit der KünstlerInnen, die im 18. und 19. Jahrhundert zumindest phasenweise als gleichwertiges Schutzgut in ähnlichen Normen Berücksichtigung fand, wurde dagegen stark in den Hintergrund gedrängt. Eine Absicherung des Lebensunterhalts auf freiwilliger Spendenbasis ist für viele StraßenkünstlerInnen unter diesen Umständen nicht bzw nur sehr schwer möglich und liegt auch nicht in der Intention des Gesetzgebers, der bei Erlass der relevanten Novelle die Bedingung der Unentgeltlichkeit der Straßenkunst stark hervorhob.⁴⁰ Die Tatsache, dass die meisten der StraßenkünstlerInnen von ihren Spendeneinnahmen leben, wurde dabei schlicht ignoriert, ihr Wunsch nach Auftritten einem „Lebensgefühl“ zugeschrieben.

Die gegenwärtige Regelung der Straßenkunst in Wien führt aufgrund der stark einschränkenden Bestimmungen, unpraktikabler Unterteilungen von StraßenkünstlerInnen und Darbietungsorten und des durch mangelnde Determiniertheit der VO eröffneten Ermessensspielraums der Behörde zu großen Erschwernissen für StraßenkünstlerInnen bis zu einer Verdrängung derselben aus dem öffentlichen Raum. Angesichts dessen ist zumindest fraglich, inwieweit die aktuelle gesetzliche Regelung damit nach wie vor – in Fortsetzung der Politik der 1940/50er Jahre – eine Verdrängung der Straßenkunst aus dem öffentlichen Raum intendiert oder dies zumindest de facto bewirkt. Von einer freien Ausübung der Straßenkunst an den öffentlichen Orten Wiens kann jedenfalls nicht gesprochen werden.

Mag^a Eva Pentz, BA, verfasst derzeit ihre rechtswissenschaftliche Dissertation an der Universität Wien und ist Redaktionsmitglied des Juridikum; epentz@gmx.at

40 „Als wesentlich ist noch hervorzuheben, dass die Musizierplätze nur für unentgeltliche Darbietungen freigegeben sind, also das erwerbsmäßige Musizieren oder auch amateurhafte Musizieren mit Inkasso und umso mehr das verbotene Bettelmusizieren [...] nicht gestattet sind.“ EB Wr VeranstaltungsG 1981, 3.

Expressabschiebungen erlaubt? – Zur Rückführung von Angehörigen der Volksgruppe der Roma aus Frankreich

Johannes Peyrl

1. Ausgangssachverhalt und Einleitung

Im Herbst 2010 wurden viele (offenbar ca 8.000) Angehörige der Volksgruppe der Roma aus Frankreich in ihre Herkunftsstaaten „rückgeführt“. Dabei handelte es sich laut Berichten der Tagespresse überwiegend um rumänische Staatsangehörige, also um StaatsbürgerInnen eines Mitgliedstaates der EU.

Die Medien berichteten ausführlich über Räumungen von „Wohnwagen-Camps“, Auflösungen „illegaler Roma-Lager“, Stürmungen von besetzten Häusern und „Zwangsräumungen unerlaubter Nomadenlager“. Laut französischer Regierung handelte es sich um „freiwillige Rückkehrer“, die gegen eine Geldleistung von € 300 pro Person (€ 100 pro Kind) freiwillig in ihr Herkunftsland zurückkehrten. Seit Beginn des Jahres 2010 hat Frankreich mehr als 8.000 Roma in ihre Heimatländer (Bulgarien und Rumänien) abgeschoben, dabei gab es offenbar keine Einzelfallprüfungen.

Seitens der EU-Kommission wurde die Möglichkeit eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Frankreich in Aussicht gestellt, eine Klage erfolgte aber nicht. Laut Kommissarin Reding war die Kommission bereit, „das fertige Mahnschreiben in den Briefkasten zu werfen“.¹ Da Frankreich aber daraufhin sowohl einen Gesetzesentwurf als auch einen Zeitplan vorgelegt hat, wird die EU-Kommission zumindest derzeit kein Vertragsverletzungsverfahren gegen Frankreich wegen mangelnder Umsetzung der UnionsbürgerRL² einleiten.³

Während die EU-Kommission kein offizielles Verfahren einleitete, hat das Europäische Parlament in einer (ungewöhnlich raschen) Entschließung recht klare Worte gefunden, die Abschiebungen oder „freiwilligen“⁴ Rückführungen von Roma verurteilt und die

1 Die Presse, 15.10.2010.

2 Art 6 RL 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten [...], idF ABl L 229/35 vom 29.6.2004, im folgenden kurz als UnionsbürgerRL bezeichnet.

3 Kommissarin Reding erklärte im Ö1-Morgenjournal (20.10.2010), das Vertragsverletzungsverfahren sei „nur suspendiert“.

4 Anführungszeichen wie im Text des EP.

betreffenden Regierungen aufgefordert, alle Ausweisungen von Roma unverzüglich auszusetzen.⁵ Vereinzelt gab es offensichtlich auch Aufhebungen von solchen Rückführungsentscheidungen durch französische Verwaltungsgerichte.⁶

In diesem Beitrag soll untersucht werden, wie diese „Abschiebungen“ rechtlich zu qualifizieren sind und ob diese den geltenden europarechtlichen Normen entsprechen. Weiters soll untersucht werden, ob in Österreich auch innerstaatliches Recht einer potenziellen Abschiebung entgegenstehen würde, wenn sich gleich lautende Sachverhalte in Österreich zutragen würden.

Anders gefragt, wie wären die Sachverhalte zu beurteilen, wenn die Roma sich im Burgenland und nicht in Frankreich befunden hätten? Soweit es sich um zwingendes EU-Recht handelt (was weitgehend der Fall ist) muss die Rechtslage, von Nuancen bei der Richtlinienumsetzung abgesehen, gleich sein. Besonderen Fokus verdient die Auseinandersetzung mit der Frage, wie die oft betonte Freiwilligkeit der Rückkehr rechtlich zu qualifizieren ist und welche Aspekte bei der jeweiligen Einzelfallprüfung zu beachten sind.

2. Aufenthaltsrecht von EWR-BürgerInnen, SchweizerInnen und deren Angehörigen in anderen Mitgliedstaaten

Zuerst ist es wichtig, klarzustellen, dass das Aufenthaltsrecht von UnionsbürgerInnen (und deren Angehörigen) in anderen Mitgliedstaaten nicht schrankenlos ist: Nur in den Freizügigkeitsfällen, die auch im AEUV aufgezählt sind, dürfen sich UnionsbürgerInnen in anderen Mitgliedstaaten aufhalten. Natürlich sind diese Rechte recht umfassend: Erfasst sind neben selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit insbesondere auch Ausbildung und die „allgemeine Personenfreizügigkeit“. Diese Freizügigkeitsrechte gelten auch für Angehörige von EWR-Staaten und Schweizer StaatsbürgerInnen.⁷

Zu prüfen ist daher, wann UnionsbürgerInnen⁸ nun tatsächlich ein Aufenthaltsrecht in anderen Mitgliedstaaten haben. Der Verlust bzw das Nichtbestehen des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts ist natürlich eine aufenthaltsrechtliche Frage: Kommt EU-BürgerInnen kein Aufenthaltsrecht zu, können sie ausgewiesen werden. Wie unten erläutert wird, ist es insbesondere möglich, dass UnionsbürgerInnen durch „unangemessene“ Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ihr Aufenthaltsrecht verlieren. Fraglich könnte nun sein, ob bereits durch (bloße) Nichtausweisung (trotz zB Sozialhilfebezug)

5 Entschließung des Europäischen Parlamentes vom 9. September 2010 zur Lage der Roma und zur Freizügigkeit in der Europäischen Union, P7_TA-PROV(2010)0312.

6 Vgl Entschließung des EP, Nr I.

7 Die Verpflichtung zur Gleichbehandlung von Schweizer Staatsangehörigen ergibt sich aus dem Freizügigkeitsabkommen zwischen der EU und der Schweiz (ABl L 114 vom 30.4.2002). Die Frage, ob der Aquis communautaire nur bis zu diesem Datum oder darüber hinaus übernommen wurde, muss hier offen bleiben.

8 Zur besseren Lesbarkeit wird in der Folge von „EU-BürgerInnen“ oder „UnionsbürgerInnen“ gesprochen. EWR- und Schweizer BürgerInnen sind davon mitumfasst.

ein Aufenthaltsrecht vorliegt: Dies muss aber mE nicht immer der Fall sein: Denn wenn keine begründete Aussicht auf Aufnahme einer Erwerbstätigkeit besteht und auch keine Mittel zur Bestreitung des Unterhalts vorhanden sind, liegt kein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht vor (selbst dann nicht, wenn keine Sozialhilfeleistungen bezogen werden).⁹

2.1. Aufenthaltsrecht in den ersten drei Monaten des Aufenthalts

In den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts haben UnionsbürgerInnen ein Aufenthaltsrecht, ohne weitere Formalitäten erfüllen zu müssen. Lediglich ein Reisedokument darf in diesem Stadium verlangt werden (Art 6 UnionsbürgerRL). Dieses Aufenthaltsrecht ist allerdings dadurch begrenzt, dass es nur dann besteht, wenn die betreffenden EU-BürgerInnen Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaates nicht unangemessen¹⁰ in Anspruch nehmen (Art 14 Abs 1 UnionsbürgerRL). Die Terminologie ist indes verwirrend, da aus dem klaren Wortlaut von Art 24 Abs 2 UnionsbürgerRL hervorzugehen scheint, dass die Gewährung von Sozialhilfeleistungen in den ersten drei Monaten nicht zwingend nötig ist. Wenn aber UnionsbürgerInnen in den ersten drei Monaten des Aufenthalts als Erwerbstätige ein Einkommen unter den jeweiligen Sozialhilfegrenzen erzielen, verfügen sie über ein Aufenthaltsrecht gemäß Art 7 UnionsbürgerRL.¹¹

2.2. ArbeitnehmerInnen

ArbeitnehmerInnen¹² machen von der ArbeitnehmerInnenfreizügigkeit als einer der Grundfreiheiten der EU gemäß Art 45 AEUV Gebrauch und sind (auch über drei Monate hinaus) zum Aufenthalt im jeweiligen Mitgliedstaat berechtigt. Dieses Aufenthaltsrecht entsteht unmittelbar aufgrund zwingenden EU-Rechts,¹³ die Mitgliedstaaten bestätigen daher lediglich den rechtmäßigen Aufenthalt.¹⁴ Gemäß Art 18 AEUV ist im Anwendungsbereich der Verträge Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit verboten. Konkret bedeutet das, dass EU-BürgerInnen, die entweder ArbeitnehmerInnen oder selbständig Erwerbstätige sind, nicht schlechter als österreichische StaatsbürgerInnen behandelt werden dürfen, die sich in derselben Situation befinden. Liegt das Einkommen dieser Personen unter dem Sozialhilfe- bzw Mindestsicherungsrichtsatz, besteht Anspruch auf eine Ergänzungszahlung.

9 Das Urteil EuGH 7.9.2004, C-456/02, *Trojani*, Slg 2004, I-07573 steht dieser Ansicht nicht entgegen, da in diesem Fall ein – innerstaatliches – Aufenthaltsrecht erteilt wurde.

10 Siehe zur Unangemessenheit genauer Pkt 2.7.

11 Daher besteht dann schon aufgrund Primärrechts (Art 18 AEUV) aus Gründen der Nichtdiskriminierung ein Anspruch auf Sozialhilfeleistungen.

12 Zum europarechtlichen Arbeitnehmerbegriff siehe *Windischgrätz*, in *Mayer* (Hrsg), EU- und EG Vertrag (2006) Art 39 Rn 9ff.

13 Vgl Art 7 Abs 1 lit a UnionsbürgerRL, innerstaatlich §§ 51ff NAG.

14 Siehe auch *Kutscher/Völcker/Witt*, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht (2010), 184 f.

Allerdings gibt es gemäß der ständigen Rspr des EuGH eine Schwelle, bei deren Unterschreitung nicht mehr von einem Ausnutzen der Grundfreiheiten gesprochen werden kann: Diese ist erreicht, wenn die ausgeübten Tätigkeiten völlig untergeordnet und unwesentlich sind,¹⁵ dies muss aber im Einzelfall geprüft werden. Eine geringe Entlohnung bzw. Stundenanzahl allein sind nicht geeignet, die Arbeitnehmereigenschaft zu verneinen, in die Abwägung müssen auch Kriterien wie Anspruch auf bezahlten Urlaub und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, Anwendung eines Tarifvertrags sowie Dauer des Arbeitsverhältnisses einbezogen werden.¹⁶ In der Praxis wird das bedeuten, dass jedenfalls nicht die Geringfügigkeitsgrenze gemäß § 5 Abs 2 ASVG als Schwelle für das Vorliegen der Arbeitnehmer- oder Selbständigeneigenschaft herangezogen werden kann, sondern allenfalls im Einzelfall die völlige Unterordnung der Erwerbstätigkeit festgestellt werden muss.

2.3. Übergangsfristen betreffend die Freizügigkeit der ArbeitnehmerInnen

Frankreich hält wie Österreich (siehe gleich unten) Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit für rumänische StaatsbürgerInnen aufrecht (vgl. § 32a AuslBG). In den meisten Fällen¹⁷ ist daher die Möglichkeit der Aufnahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit an die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung an den/die ArbeitgeberIn geknüpft.

Die Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit haben zwar keine unmittelbaren Auswirkungen auf das Aufenthaltsrecht, sind aber mE bei der Abwägung, ob eine begründete Aussicht auf Aufnahme einer Erwerbstätigkeit gegeben ist, zu berücksichtigen. In Österreich wird das anders zu beurteilen sein, je nachdem ob der/die EU-BürgerIn über eine Berufsausbildung in einem der Berufe verfügt, für die in der FachkräfteVO¹⁸ erleichtert eine Beschäftigungsbewilligung erteilt werden kann oder ob zB gar keine abgeschlossene Berufsausbildung vorliegt.¹⁹

2.4. Selbständige Erwerbstätigkeit

Ebenso wie die ArbeitnehmerInnenfreizügigkeit gehört auch die Niederlassungsfreiheit (Art 49 AEUV) zu einer der Grundfreiheiten der EU. Somit ist die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat (diese beinhaltet klarerweise

15 EuGH 4.2.2010, C-14/09, *Hava Genc*, noch nicht in die amtliche Sammlung aufgenommen, mit Verweisen auf Vorjudikatur.

16 EuGH 4.2.2010, C-14/09, *Hava Genc*, noch nicht in die amtliche Sammlung aufgenommen, Rz 26 f.

17 Für Ausnahmen aus dem Geltungsbereich des AuslBG (etwa für ForscherInnen oder SeelsorgerInnen) siehe § 1 Abs 2 AuslBG bzw. § 1 AuslBVO.

18 § 1 Fachkräfte-BHZÜV 2008 idF BGBl II 395/2008.

19 In diesen Fällen ist die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung unwahrscheinlich, vgl. § 4 ff AuslBG.

ein Aufenthaltsrecht) durch zwingendes EU-Recht vorgegeben, mehr noch, sie ist einer der Eckpfeiler des Unionsrechts. Die Möglichkeit, eine selbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen, ist auch für rumänische StaatsbürgerInnen immer gegeben, da bezüglich Niederlassungsfreiheit keine Übergangsfristen zur Anwendung kommen.

Umfasst von diesem Begriff ist jede selbständige Tätigkeit, die auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtet ist, wobei nicht relevant ist, ob tatsächlich ein Gewinn erwirtschaftet wird. Die Tätigkeit muss aber allgemein geeignet sein, einen wirtschaftlichen Erfolg zu verschaffen.²⁰ Auch hier gilt, dass die Tätigkeit nicht völlig untergeordnet sein darf.²¹

Fraglich könnte nun sein, ob es sich zB beim Betteln²² um eine Erwerbstätigkeit handelt: § 2 Wr LandessicherheitsG verbietet ua „gewerbsmäßiges“ Betteln. Schon der Terminus „gewerbsmäßig“ indiziert mE eine Form der Erwerbstätigkeit. Gegen dieses Verbot richtet sich auch eine (derzeit anhängige) Beschwerde an den VfGH, die ua eine Verletzung der Freiheit der Erwerbstätigkeit geltend macht.²³ Mayer ist demgegenüber in der Wiener Zeitung der Ansicht, es würde sich um keine Form der Erwerbstätigkeit handeln.²⁴ Natürlich ist aber in diesem Fall nach europarechtlichen Bestimmungen zu klären, ob „betteln“, also das Ersuchen um Spenden, um den Lebensunterhalt zu bestreiten, unter die Niederlassungsfreiheit fällt. Soweit ersichtlich, fehlt aber europarechtliche Judikatur zu diesem Thema. Laut einem Beschluss des LSG Hessen fällt aber sogar der Verkauf einer Obdachlosenzeitschrift nicht unter den Begriff der Erwerbstätigkeit im unionsrechtlichen Sinn: „Auch wenn das Gemeinschaftsrecht den Begriff einer Erwerbstätigkeit weit fasst, [...] sind nur solche einbezogen, welche eine Teilhabe am Wirtschaftsleben begründen [...]. Ein solcher wirtschaftlicher Güteraustausch ist der Tätigkeit nicht zu entnehmen. Zwar können gegen ein geringes Entgelt Passanten auf der Straße die angebotene Obdachlosenzeitschrift erhalten. Darin kommt aber in der Regel nicht ein sich in geldwerter Nachfrage ausdrückendes Interesse an der Zeitung zum Ausdruck, sondern mit dem Angebot der Zeitung ist wesentlich das Ziel verbunden, bei den Straßenpassanten niederschwellig die Bereitschaft zu wecken oder zu erhöhen, den Verkäufern in ihrer sozialen Lage finanziell in Form einer Geldspende helfen zu wollen. So hat die Antragstellerin [...] ausdrücklich zu verstehen gegeben, dass der Zeitungsverkauf mit Betteln verbunden sei [...].“²⁵

20 Mayer in Mayer, EU- und EG-Vertrag, Art 43 EGV.

21 Siehe Pkt 1.2.

22 In vielen Medienberichten wurde und wird davon gesprochen, dass Angehörige der Roma ihren Lebensunterhalt oder Teile davon durch „Betteln“ decken. Aus diesem Grund wird diese Thematik hier behandelt – es kann an dieser Stelle ausdrücklich nicht untersucht werden, ob diese Behauptungen zumindest teilweise stimmen oder ob sie bloß durch Vorurteile genährt werden.

23 <http://wien.gruene.at/2010/08/30/verfassungsklage-bettelverbot> (3.1.2010). Laut einem naturgemäß wenig fundierten Bericht auf [krone.at](http://www.krone.at/Oesterreich/Ostbänden_wollen_Bettelverbot_per_Klage_kippen-Juristen_empoert-Story-235838?utm_source=krone.at&utm_medium=RSS-Feed&utm_campaign=%D6sterreich) hat ein „Bettler aus der Slowakei“ eine „Klage“ beim VfGH eingebracht, http://www.krone.at/Oesterreich/Ostbänden_wollen_Bettelverbot_per_Klage_kippen-Juristen_empoert-Story-235838?utm_source=krone.at&utm_medium=RSS-Feed&utm_campaign=%D6sterreich (3.1.2010).

24 <http://www.wienerzeitung.at/DesktopDefault.aspx?TabID=4097&alias=wzo&cob=514732> (3.1.2010).

25 Hessisches Landessozialgericht, Beschluss vom 14.10.2009, L 7 AS 166/09 B ER.

Auch das schweizerische Bundesgericht sieht Betteln nicht als Erwerbstätigkeit.²⁶ Demgegenüber ist in § 28 StVO (wenn auch innerstaatlich) unter dem Titel „Ausübung von Erwerbstätigkeiten“ geregelt, dass „Inhabern einer Lizenz zur Ausübung der Bettelmusik“ ein geeigneter Platz zur Ausübung dieser Tätigkeit zuzuweisen sei. Somit ist gemäß österr Recht Straßenmusizieren, das mE in diesem Zusammenhang mit dem Verkaufen von Obdachlosenzeitschriften zu vergleichen ist, eine Form der selbständigen Erwerbstätigkeit. Eine abschließende Beurteilung ist an dieser Stelle nicht möglich.

Gegen UnionsbürgerInnen, die ArbeitnehmerInnen oder Selbständige sind, darf jedenfalls keine Ausweisung erlassen werden.²⁷ Daher kommt der Frage, was konkret als Erwerbstätigkeit angesehen werden kann, eine zentrale Bedeutung zu.

2.5. Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft

Auch einige Gruppen von UnionsbürgerInnen, die aus bestimmten Gründen nicht (mehr) erwerbstätig sind, fallen unter den Erwerbstätigenbegriff der UnionsbürgerRL. Obwohl diese nicht am Arbeitsmarkt aktiv sind, gelten diese Personen aufgrund der vorher ausgeübten Erwerbstätigkeit bezüglich ihres unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts nach wie vor als erwerbstätig. Gemäß Art 7 Abs 3 der UnionsbürgerRL bleibt die Erwerbstätigeneigenschaft erhalten, wenn ein/e UnionsbürgerIn aufgrund einer Krankheit oder eines Unfalls vorübergehend arbeitsunfähig ist, weiters bei ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit²⁸ nach mehr als einjähriger Beschäftigung, wenn er/sie sich dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung stellt (dh: sich zumindest arbeitssuchend meldet). Auch bei ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach Ablauf eines auf weniger als ein Jahr befristeten Arbeitsvertrags oder bei im Laufe der ersten zwölf Monate eintretender unfreiwilliger Arbeitslosigkeit bleibt die Erwerbstätigeneigenschaft während mindestens sechs Monaten bestehen, sofern der/die UnionsbürgerIn dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung steht. Dies gilt auch in bestimmten Fällen der Berufsausbildung.²⁹

Trotz des Wortlauts des Art 7 UnionsbürgerRL kann die Erwerbstätigeneigenschaft auch länger als oben angeführt erhalten bleiben: Während der Zeit, in der UnionsbürgerInnen Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung beziehen, gelten sie mE auch über die Frist des Art 7 Abs 3 UnionsbürgerRL hinaus als ArbeitnehmerInnen: Der

26 Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, BGE 134 I 214.

27 Art 14 Abs 4 lit a UnionsbürgerRL; eine Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit bleibt aber innerhalb der Grenzen der Art 27f UnionsbürgerRL möglich.

28 Nach österr Recht ist mE (wenn der Unionsbürger als arbeitssuchend gemeldet ist) jede Arbeitslosigkeit unfreiwillig, da Voraussetzung für diese Meldung Arbeitswilligkeit, dh die Bereitschaft, die Arbeitslosigkeit zu beenden, ist; aA *Einwallner/Neuschwendtner* EU-Recht und ausländische ArbeitnehmerInnen – muss Österreich handeln? (2010) 42.

29 Für Ausbildungszwecke kann auch ein originäres unionsrechtliches Aufenthaltsrecht begründet werden, siehe unten Pkt 2.6.

EuGH hat jüngst in der Rs *Vatsouras*³⁰ anerkannt, dass sogar Leistungen der Sozialhilfe, die eine Arbeitsmarktnähe aufweisen, unter ArbeitnehmerInnenfreizügigkeit fallen. Arg minus ad maiorum muss dies auch für eine Versicherungsleistung gelten, für die eine vorherige Erwerbstätigkeit zwingend notwendig ist. Die Subsumtion von Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung unter die ArbeitnehmerInnenfreizügigkeit ergibt sich auch aus Art 48 AEUV iVm der VO 883/2004,³¹ da durch diese VO die für die Herstellung der ArbeitnehmerInnenfreizügigkeit auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit notwendigen Maßnahmen getroffen werden sollen.³²

Im Ergebnis kann somit gesagt werden, dass jede/r UnionsbürgerIn, der/die eine Leistung aus der Arbeitslosenversicherung (egal in welcher Höhe) bezieht, zum Aufenthalt im jeweiligen Mitgliedstaat berechtigt ist.

2.6. Ausbildung

UnionsbürgerInnen, die „als Hauptzweck“³³ eine Ausbildung (einschließlich einer Berufsausbildung) absolvieren, und über einen Krankenversicherungsschutz und über ausreichende Existenzmittel verfügen, so dass sie „während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen müssen“ haben gemäß Art 7 Abs 3 der UnionsbürgerRL ein Aufenthaltsrecht in einem anderen Mitgliedstaat.

Voraussetzung für dieses Aufenthaltsrecht ist nach dem Wortlaut der Bestimmung, dass keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch genommen werden müssen. Das gilt aber nicht absolut. Denn der EuGH hat im Urteil *Grzelczyk*³⁴ klargestellt, dass für Studierende, die sich rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten, der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gilt, da ein Studium in einem anderen Mitgliedstaat in den Anwendungsbereich der Verträge fällt.³⁵ Somit darf zwar ein Mitgliedstaat grundsätzlich verlangen, dass StudentInnen über ausreichende Unterhaltsmittel verfügen, Studierenden, die aber real ihrem Studium nachgehen und nur temporär beitragsunabhängige Sozialleistungen in Anspruch nehmen, darf ein Aufenthaltsrecht aber nicht verwehrt werden.³⁶

30 EuGH 4.6.2009, C-22/08, *Vatsouras*, Slg 2009, I-04585.

31 VO 883/2004 des europäischen Parlamentes und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl L 166 vom 30.4.2004, idF ABl L 204 vom 4.8.2007.

32 Siehe näher *Langer*, in *Fuchs* (Hrsg), *Europäisches Sozialrecht*⁶ (2010) Art 48 AEUV.

33 Gemeint wohl: Die Ausbildung muss der primäre Zweck des Aufenthalts im anderen Mitgliedstaat sein. Sollte der/die StudentIn neben der Ausbildung erwerbstätig sein, fällt er/sie unter die ArbeitnehmerInnenfreizügigkeit (bzw Niederlassungsfreiheit), es sei denn die Erwerbstätigkeit wäre völlig untergeordnet (siehe oben Pkt 2.2.).

34 EuGH 20.9.2001, C-184/99, *Grzelczyk*, Slg 2001, I-06193.

35 Das Urteil *Grzelczyk* erging vor Erlassung der UnionsbürgerRL (und natürlich vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon). Allerdings war die RL 93/96/EWG bereits in Kraft, die als eine der Vorgängerrechtsakte zur UnionsbürgerRL das Aufenthaltsrecht von StudentInnen in anderen Mitgliedstaaten regelte. Vgl EuGH 20.9.2001, C-184/99, *Grzelczyk*, Slg 2001, I-06193, Rn 35.

36 Damit wird auch Art 24 Abs 2 UnionsbürgerRL relativiert, der explizit eine Ausnahme des Gleichbehandlungsgebotes für Studienbeihilfen und Stipendien vorsieht.

2.7. Aufenthaltsrecht aufgrund der allgemeinen Personenfreizügigkeit bzw Unionsbürgerschaft

Das Unionsrecht sieht (weit über die bloße ArbeitnehmerInnenfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit hinaus³⁷) ein Aufenthaltsrecht für alle UnionsbürgerInnen vor, die während des Aufenthalts über eine Krankenversicherung und ausreichende Existenzmittel verfügen, sodass sie keine Sozialleistungen in Anspruch nehmen müssen. Gemäß Art 8 Abs 4 UnionsbürgerRL darf bezüglich ausreichender Existenzmittel kein absoluter Betrag verlangt werden, sondern es muss immer die persönliche Situation betrachtet werden. Keinesfalls darf dieser Betrag aber über dem Betrag liegen, ab dem im jeweiligen Mitgliedstaat Sozialhilfe gewährt wird.

UnionsbürgerInnen, die weder unselbständig noch selbständig erwerbstätig sind, keine Ausbildung absolvieren und auch nicht über ausreichende Finanzmittel verfügen, haben daher grundsätzlich kein Aufenthaltsrecht. Von diesem Grundsatz gibt es aber Ausnahmen, die sich teils aus der RL selbst und teilweise aus der Judikatur des EuGH ergeben.

Die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen darf nicht automatisch zu einer Ausweisung führen. Solange diese nicht *unangemessen* in Anspruch genommen werden, soll keine Ausweisung erfolgen, sondern geprüft werden, ob es sich bloß um vorübergehende Schwierigkeiten handelt.³⁸ Sollte dies der Fall sein, darf keine Ausweisung erfolgen. Nur wenn die Sozialhilfeleistungen unangemessen in Anspruch genommen wurden, darf eine Ausweisung vorgenommen werden. Zu Recht bezeichnet *Windischgrätz* dies als „widersprüchliche Bestimmungen“.³⁹ Nicht gänzlich geklärt ist auch das Verhältnis zwischen dem Vorliegen der Unzulässigkeit einer Ausweisung und dem Bestehen eines Aufenthaltsrechts: Ist gleichsam automatisch, wenn keine Ausweisung zulässig ist, ein Aufenthaltsrecht gegeben? Dies ist mE schon deshalb der Fall, da sonst eine verpönte Schlechterstellung im Verhältnis zu Drittstaatsangehörigen vorliegen würde.⁴⁰

Jede Person, die ein Aufenthaltsrecht in einem Mitgliedstaat innehat, darf im Anwendungsbereich des Unionsrechts gegenüber den Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats nicht diskriminiert werden.⁴¹ Das gilt auch dann, wenn zwar kein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht besteht, aber eine innerstaatliche Aufenthaltserlaubnis erteilt wurde.⁴²

37 Vgl *Windischgrätz*, Unionsbürgerschaft und Zugang zu sozialen Rechten, in *Eilmansberger/Herzig* (Hrsg), Soziales Europa (2009) 97–114.

38 Vgl Erwägungsgrund 16.

39 *Windischgrätz* in *Eilmansberger/Herzig* 103.

40 Vgl § 24 Abs 3 bzw § 44a NAG.

41 Art 24 bzw Erwägungsgrund 20 der UnionsbürgerRL; EuGH 12.5.1998, C-85/96, *Martínez Sala*, Slg 1998, I-02691, Rn 63, und EuGH 11.7.2002, C-224/98, *D'Hoop*, Slg 2002, I-06191, vgl auch *Hesse*, Unionsbürgerschaft und Anspruch auf Sozialleistungen, DRdA 2005, 564 mwN.

42 EuGH vom 7.9.2004, C-456/02, *Trojani*, Slg 2004, I-07573, insb Rn 40. Unbeschadet dessen könnte eine Ausweisung aber unionsrechtlich möglich sein.

Eine Leistung, die eine „Arbeitsmarktnähe“ aufweist, also den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern soll, fällt in den Anwendungsbereich des Unionsrechts (hier: ArbeitnehmerInnenfreizügigkeit),⁴³ es ist aber legitim, eine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt zu verlangen.⁴⁴ Finanzielle Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, können nicht als Sozialhilfeleistungen iSd Art 24 Abs 2 UnionsbürgerRL angesehen werden.⁴⁵ Das bedeutet für die österreichische Mindestsicherung,⁴⁶ dass die Behörden stets zu prüfen haben, ob die Gewährung der Mindestsicherung den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll. Das wird jedenfalls dann der Fall sein, wenn Arbeitswilligkeit (typischerweise die Meldung als arbeitssuchend beim Arbeitsmarktservice) eine Voraussetzung für den Bezug von Mindestsicherung darstellt. Die EU-Kommission betont (wenig überraschend), dass bei der Prüfung, ob eine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt besteht, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten ist.⁴⁷

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass selbst dann, wenn es sich nicht um einen Fall der Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft handelt (vgl oben Pkt 2.5.), UnionsbürgerInnen trotz Bezuges von Sozialhilfeleistungen ein Aufenthaltsrecht nicht verweigert werden darf, wenn diese Leistung den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll (dies ist in Österreich nach dem Konzept der Mindestsicherung bei allen arbeitsfähigen Personen der Fall⁴⁸), die Jobsuche nicht offensichtlich aussichtslos ist (arg: tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt, vgl Rs *Collins*), und der Bezug nicht ungemessen ist (beachte den englischen Ausdruck in Art 14 UnionsbürgerRL „unreasonable burdens on the social assistance system“).⁴⁹

Wie lange aber liegt auf dieser Basis ein Aufenthaltsrecht vor? Anders gefragt, wie lange besteht begründete Aussicht, eine (einigermaßen existenzsichernde) Beschäftigung aufzunehmen? Die Grenze liegt mE in Art 14 Abs 4 lit b zweiter Satz UnionsbürgerRL, wonach eine Ausweisung keinesfalls verfügt werden darf, solange die Personen *nachweisen* können, dass sie erstens weiterhin Arbeit suchen und zweitens begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden. Während ersteres Kriterium typischerweise durch die Meldung als arbeitssuchend gegeben ist, muss letztere Voraussetzung in jedem Einzelfall

43 EuGH vom 15.9.2005, C-258/04, *Ioannidis*, Slg 2005, I-08275.

44 EuGH vom 23.3.2004, C-138/02, *Collins* Slg 2004, I-02703, insb Rn 63 und 69, siehe auch EuGH 11.7.2002, C-224/98, *D'Hoop* Slg 2002, I-06191, Rn 38.

45 EuGH 4.6.2009, C-22/08, *Vatsouras*, Slg 2009, I-04585.

46 Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art 15a B-VG über eine bundesweite bedarfsorientierte Mindestsicherung, BGBl I 96/2010.

47 KOM(2010) 373 endg vom 13.7.2010.

48 Vgl Art 1 der Art 15a-Vereinbarung, wonach die Mindestsicherung die „dauerhafte Wiedereingliederung in das Erwerbsleben weitest möglich fördern“ soll.

49 Vgl dazu *Hailbronner*, The EU directive on free movement and access to social benefits, DICE Report 4/2006, <http://www.ifo.de/pls/guestci/download/CESifo%20DICE%20Report%202006/CESifo%20DICE%20Report%204/2006/dicereport406-forum2.pdf>, der zu Recht betont, dass dies eine Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen notwendig macht.

beurteilt werden. Das stellt auch gleichzeitig die Brücke zur Judikatur des EuGH dar:⁵⁰ Ist nämlich keine begründete Aussicht auf einen Arbeitsplatz mehr gegeben (bzw gelingt dem/der UnionsbürgerIn der diesbezügliche Nachweis nicht), mangelt es an einer hinreichenden „Verbindung zum Arbeitsmarkt“. Freilich ist es sehr schwer, dies im Einzelfall abzuwägen.⁵¹ Auf jeden Fall wird aber von diesen Arbeitssuchenden auch eine zumindest dem Grunde nach erfolversprechende eigeninitiative Arbeitsplatzsuche verlangt werden können.

2.8. EU-BürgerInnen nach mehr als fünfjährigem rechtmäßigem Aufenthalt

Nach fünf Jahren rechtmäßigem und ununterbrochenem⁵² Aufenthalt erwerben UnionsbürgerInnen ein Daueraufenthaltsrecht. Dieses Recht ist unabhängig vom weiteren Vorliegen der Erwerbstätigeneigenschaft oder sonstigen oben beschriebenen Voraussetzungen, die Behörde stellt diesen Personen eine „Bescheinigung des Daueraufenthaltes“ aus. Unter bestimmten Voraussetzungen ist der Erwerb des Daueraufenthaltsrechts auch vor Ablauf von fünf Jahren möglich (zB Arbeitsunfähigkeit oder Erreichen des Pensionsalters).⁵³

Diese Personen haben ein unionsrechtlich garantiertes Aufenthaltsrecht, ohne dass weitere Voraussetzungen wie zB Unterhaltsmittel oder Krankenversicherung geprüft werden müssen. Eine Ausweisung aus Gründen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ist in diesen Fällen nicht möglich.

2.9. Angehörige von EU-BürgerInnen

Die Förderung der Mobilität von UnionsbürgerInnen ist eines der wesentlichsten Anliegen der Europäischen Union. Es würde aber das Ausnutzen der Freizügigkeitsrechte wie oben beschrieben „weniger attraktiv machen“, wenn den Angehörigen der UnionsbürgerInnen nicht ebenfalls ein Aufenthaltsrecht zukäme. Ist daher ein/e UnionsbürgerIn – wie in den Pkt 2.1. bis 2.8. beschrieben – zum Aufenthalt in Österreich berechtigt, gilt dies auch für folgende Angehörige:⁵⁴

- EhegattInnen bzw eingetragene PartnerInnen;

50 Vgl insb die bereits angeführten Urteile *Collins* und *Vatsouras*.

51 Der GA vertritt in den SA zu Rs C-22/08 die Ansicht, dass eine „Verbindung“ iSd Rs *Collins* dann bestünde, wenn zuvor eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wurde (Rn 64). Der Umkehrschluss, dass in Fällen, in denen zuvor keine Beschäftigung im entsprechenden Mitgliedstaat ausgeübt wurde, keine Leistung möglich ist, ist mE aber nicht zulässig.

52 Vgl Art 16 Abs 3 UnionsbürgerRL: Vorübergehende Unterbrechungen von bis zu sechs Monaten pro Jahr sind unbeachtlich, unter bestimmten Voraussetzungen (Militärpflicht, Schwangerschaft) können auch längere Abwesenheiten unbeachtlich sein.

53 Art 17 UnionsbürgerRL; im Detail kann hier aber nicht näher darauf eingegangen werden.

54 Das Aufenthaltsrecht ist unabhängig davon, wann und wo die Angehörigeneigenschaft begründet wurde, EuGH 25.7.2008, C-127/08, *Metock*, Slg 2008, I-06241; siehe nunmehr § 54 NAG.

- Verwandte des/der EWR-Bürgers/in oder seines/ihres Ehegatten in gerader absteigender Linie (Kinder, Enkelkinder einschließlich Stief- bzw Adoptivkinder) bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres, darüber hinaus, wenn ihnen von diesen tatsächlich Unterhalt gewährt wird;
- Verwandte des/der EWR-Bürgers/in oder seines/ihres Ehegatten in gerader aufsteigender Linie (Eltern, Großeltern sowie Schwiegereltern), wenn ihnen von diesen tatsächlich Unterhalt gewährt wird;

Diese Angehörigen genießen (im Familienverband) die gleichen Rechte, egal ob sie selbst EU-BürgerInnen oder Angehörige eines Drittstaates sind.⁵⁵ Soweit Unterhaltsgewährung Voraussetzung für das Aufenthaltsrecht der Angehörigen ist (insb Kinder über 21 Jahre und Eltern) stellen sich besondere Abgrenzungsfragen: Grundsätzlich ist faktische Unterhaltsgewährung ausreichend, es darf also kein (zB gesetzlicher oder vertraglicher) Unterhaltsanspruch verlangt werden.⁵⁶ Allerdings ist erforderlich, dass diese Angehörigen nicht in der Lage sind, ihre Grundbedürfnisse selbst zu decken und der Unterhaltsbedarf muss im Herkunftsland dieser Verwandten in dem Zeitpunkt bestehen, in dem sie beantragen, der Ankerperson zu folgen.⁵⁷ Die Beantragung von Sozialhilfeleistungen durch Angehörige kann diesen die Angehörigeneigenschaft nicht nehmen.⁵⁸

3. Aufenthaltsbeendigung von EWR-BürgerInnen

Die Frage, wann gegen eine/n EWR-BürgerIn eine Ausweisung verfügt werden darf, ist denkbar komplex und verschachtelt geregelt. Wie gleich gezeigt wird, ist es – mangels gesicherter Judikatur – noch immer nicht möglich, allgemeingültige Szenarien zu formulieren, wann eine Aufenthaltsbeendigung nun zulässig ist und wann nicht.

Diverse Erwägungsgründe⁵⁹ der UnionsbürgerRL widmen sich der Ausweisung. In EG 16 wird (analog zu Art 14) dargelegt, dass ein bloßer Sozialhilfebezug nicht ausreichend ist, um eine Aufenthaltsbeendigung zu verfügen. E contrario folgt daraus aber, dass Fälle denkbar sind, in denen eine Ausweisung wegen Sozialhilfebezugs erfolgen darf, nämlich in den Fällen, in denen dieser *unangemessen* ist.⁶⁰ Kapitel VI der UnionsbürgerRL befasst sich mit der Beschränkung des Aufenthaltsrechts aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit und enthält zumindest scheinbar zu Art 14 leg cit widersprüchliche Bestimmungen: So darf nämlich eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit nicht aus wirtschaftlichen Gründen angenommen werden (Art 27 Abs 1 letzter Satz leg cit). Dieser Begriff wird, der Rechtsprechung des EuGH

55 Vgl Art 24 Abs 1 der RL.

56 EuGH 18.6.1987, C-316/85, *Lebon*, Slg 1987, 02811; EuGH 9.1.2007, C-1/05, *Jia*, Slg 2007, I-00001.

57 EuGH 9.1.2007, C-1/05, *Jia*, Slg 2007, I-00001, Rn 37.

58 Vgl EuGH 18.6.1987, C-316/85, *Lebon*, Slg 1987, 02811, Rn 20.

59 EG 16, 23, 25 und 26.

60 Siehe genauer oben Pkt 2.7.

folgend, näher definiert als tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (Abs 2 leg cit).

Der (unangemessene) Bezug von Sozialhilfe fällt zweifelsfrei unter den Begriff „wirtschaftlicher Zweck“. Wäre aber eine Ausweisung aus diesem Grund gänzlich unzulässig, würden weite Teile des Art 14 UnionsbürgerRL ihren Sinn verlieren. Ebenso wäre es völlig obsolet, das Aufenthaltsrecht von EWR-BürgerInnen überhaupt zu regeln (ArbeitnehmerInnen, Selbständige, allgemeine Personenfreizügigkeit, siehe oben), wenn trotz Fehlens all dieser Merkmale eine Aufenthaltsbeendigung unzulässig wäre.

Aus diesen Gründen ist Art 27 UnionsbürgerRL mE immer iVm Art 7 und 14 leg cit zu verstehen: Selbst wenn kein strafrechtliches Fehlverhalten gesetzt wurde, ist daher eine Ausweisung wohl grundsätzlich dann möglich, wenn ein Aufenthaltsrecht nach Art 6 und 7 der UnionsbürgerRL nicht vorliegt und auch keine Aussicht darauf besteht, dass ein solches hergestellt werden könnte (siehe oben Pkt 2.).

Dies bedeutet aber keinesfalls, dass die Art 27ff UnionsbürgerRL für diese Personengruppe nicht relevant sind: Ganz wesentlich ist, dass bei der Prüfung, ob eine Ausweisung möglich ist, immer nur das persönliche Verhalten der/des Betroffenen ausschlaggebend sein darf. Die Zugehörigkeit zu einer bestimmten ethnischen Gruppe („Roma“) ist daher – das bedarf eigentlich keiner näheren Erläuterung – kein Grund für eine Ausweisung⁶¹ und auch kein Grund für die Einleitung eines solchen Verfahrens.⁶² Ebenso ausdrücklich unzulässig sind Ausweisungen aufgrund generalpräventiver Überlegungen (Art 27 Abs 2 zweiter Unterabs leg cit).

Eine Ausweisung aufgrund fehlenden Aufenthaltsrechts darf daher nur in dem – engen – Anwendungsbereich ausgesprochen werden, dass Sozialhilfe unangemessen bezogen wurde oder aber gar nicht zu erwarten ist, dass eine Erwerbstätigkeit aufgenommen wird.

Natürlich sind bei jedem Verfahren zur Aufenthaltsbeendigung sowohl Art 28 der RL⁶³ als auch Art 8 EMRK zu beachten.⁶⁴ Nach fünf bzw zehn Jahren ist eine Ausweisung nur unter erschwerten Bedingungen möglich, nämlich aus *schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit* (nach fünf Jahren) bzw *zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit* (nach zehn Jahren).⁶⁵ Wesentlich ist aber, dass nach fünf Jahren des rechtmäßigen Aufenthalts keinesfalls eine Ausweisung mangels Vorliegens ausreichender Mittel zum Unterhalt verfügt werden darf (siehe oben Pkt 2.8.).

61 Vgl auch die „AntidiskriminierungsRL“, RL 2000/43/EG, ABl L 180 vom 19.7.2000.

62 Das ergibt sich aus Art 27 Abs 3 der UnionsbürgerRL.

63 Vor Erlassung einer Ausweisung muss insb die Dauer des Aufenthalts, Alter, Gesundheitszustand, die familiäre und wirtschaftliche Lage, die soziale und kulturelle Integration und das Ausmaß der Bindungen zum Herkunftsstaat beachtet werden.

64 Siehe dazu ua *Heißl*, Die Ausweisung in der Judikatur der Höchstgerichte, ZfV 2008/1145.

65 Vgl Art 28 Abs 2 und 3 UnionsbürgerRL; Beachte, dass die öffentliche Ordnung nach 10 Jahren Aufenthalt nicht mehr zur Begründung einer Ausweisung herangezogen werden darf.

Ausweisungsentscheidungen müssen ausnahmslos schriftlich mitgeteilt werden und es muss die Möglichkeit eines Rechtsbehelfs vorgesehen sein.⁶⁶

Wesentlich für die hier relevanten Ausgangsfälle ist aber eine weithin unbekannte Bestimmung: Es muss nämlich für das Verlassen des Hoheitsgebietes eine Frist von mindestens einem Monat (ab Zustellung des Bescheides) eingeräumt werden, davon darf nur in ordnungsgemäß begründeten dringenden Fällen abgesehen werden. Schon aus diesem Grund verbietet sich eine sofortige Vollstreckung einer (überdies bestenfalls mündlich verkündeten) Ausweisungsentscheidung in den hier interessierenden Fällen, da kein Grund für eine besondere Dringlichkeit ersichtlich ist.

Zu fragen bleibt, ob durch solcherart verhängte Ausweisungen Art 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) verletzt wurde. An dieser Stelle muss der Hinweis genügen, dass gemäß der Rechtsprechung des EGMR Entscheidungen über die Einreise, Aufenthalt und Ausweisung von Ausländern nicht unter den Anwendungsbereich des Art 6 EMRK fallen und dieser daher nicht anwendbar ist.⁶⁷ (Gegen diese Rechtsansicht lassen sich mE sowohl hinsichtlich zivilrechtlicher Ansprüche als auch strafrechtlicher Anklage gute Gründe vorbringen, eine genaue Betrachtung würde aber zumindest einen eigenen Aufsatz benötigen).

Klar ist leider auch, dass in diesem Beitrag nur ein verhältnismäßig kleiner Ausschnitt der Fragen der Aufenthaltsbeendigung von EWR-BürgerInnen behandelt werden kann: Der größte Teil, nämlich ab wann (typischerweise ab welchem strafrechtlichen Fehlverhalten) eine Ausweisung trotz Erfüllung der Voraussetzungen des Art 6 und 7 UnionsbürgerRL erfolgen darf, würde hier bei weitem den Rahmen sprengen.⁶⁸

Die so genannte „RückführungsRL“⁶⁹ ist nicht anwendbar, da von deren Anwendungsbereich nur die Rückführung von Drittstaatsangehörigen umfasst ist.⁷⁰

4. Rechtsnatur der Rückführungen

Berichten zufolge handelte es sich bei der Rückführung der Roma um eine freiwillige Rückkehr, bei der die Personen einen (kleinen) Geldbetrag erhalten haben. Es wird daher (offenbar von französischer Seite) argumentiert, es läge gar keine Ausweisung iSd UnionsbürgerRL vor, sondern es wurde gleichsam die freiwillige Ausreise durch Zah-

66 Art 30 und 31 UnionsbürgerRL.

67 EGMR 5.10.2000, *Maaouia*, Nr. 39652/98; siehe auch EGMR 20.9.2007, *Sultani*, Nr. 45223/05 innerstaatlich VwGH 19.2.2009, 2007/18/0470 und VwGH 24.9.2009, 2009/18/0178.

68 Siehe dazu *Heißl*, Aufenthaltsverbote – Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und Regelungen des FPG 2005, *migraLex* 2008, 46.

69 Art 1 RL 2008/115/EG über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl L 348, 24.12.2008.

70 Vgl dazu die Antwort zur dritten Vorlagefrage des Urteils *Vatsouras*, in dem der EuGH keine Verletzung von Art 12 EGV (jetzt: Art 18 AEUV) darin sah, dass EWR-BürgerInnen von Leistungen ausgeschlossen werden, die selbst unrechtmäßig aufhältigen Drittstaatsangehörigen gewährt werden.

lung eines Geldbetrages erkauft. Dazu ist festzuhalten, dass es natürlich niemandem verwehrt werden kann, in ihren/seinen Herkunftsstaat zurückzukehren. Natürlich stellt sich aber sofort die Frage, wie freiwillig diese Ausreisen tatsächlich waren, ob diese nicht durch Ausübung von Druck eigentlich erzwungen wurden. In Österreich wurde dies in einem sehr ähnlich gelagerten Fall bejaht: In Kärnten mussten dort rechtmäßig aufhältige AsylwerberInnen „freiwillig“ in einen Bus steigen, um nach Wien gebracht zu werden. Genau diese Freiwilligkeit hat der VfGH aber aus nachstehenden Erwägungen verneint:

„[Der VfGH vermag ...] der Auffassung des UVS, dass die Beschwerdeführer freiwillig in den Bus eingestiegen seien und es sich somit um eine bloß zwanglose Einladung handelte, nicht zu folgen. Der Verfassungsgerichtshof ist demgegenüber der Auffassung, dass die Behörde den Beschwerdeführern den Eindruck vermittelte, dass die Anordnung, in den Bus einzusteigen – ungeachtet der (bei einer Gesamtbetrachtung: nur zum Schein gestellten) Frage nach der Freiwilligkeit – im Falle der Nichtbefolgung zwangsweise durchgesetzt und nicht etwa der behördlich angeforderte Bus wieder abgezogen werde. Gegen die Annahme der Freiwilligkeit durch den UVS spricht auch der Umstand, dass die Behörde sowohl den Termin für die Verbringung der Beschwerdeführer festgelegt als auch die Sicherheitsorgane zur Assistenzleistung angefordert hat. Dass sich die Sicherheitsorgane bloß passiv verhalten und an der Verbringung nicht mitgewirkt haben, ändert – unter den besonderen Umständen des Falles – entgegen der Ansicht des UVS nichts am Vorliegen eines Aktes unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehlsgewalt [...].“⁷¹

Es steht also fest, dass eine Anordnung, sich in einen Bus zu begeben, in Anwesenheit von (wenngleich sich passiv verhaltenden) PolizistInnen, mit Freiwilligkeit rein gar nichts zu tun hat. Wenn dem aber so ist, macht es keinen Unterschied, ob das Reiseziel des Busses (oder Flugzeuges) nun Wien oder Rumänien ist: Daher handelt es sich um rechtswidrige Rückführungen.⁷² Denn die Verfahrensvorschriften und Rechtsschutzgarantien der Art 27ff UnionsbürgerRL würden ins Leere laufen, wenn sie einfach mit dem Hinweis ausgehebelt werden könnten, es lägen keine Rückführungen im Sinne der RL vor, weil es sich um bloße Verfahrensanordnungen handeln würde. Das Gegenteil ist der Fall: Werden die Verfahrensvorschriften nicht eingehalten, sind die Verwaltungsakte schlicht rechtswidrig.

71 VfGH 2.7.2009, B 1824/08.

72 Natürlich sind diese Überlegungen theoretischer Natur – die entsprechenden Sachverhalte haben sich ja in Frankreich abgespielt.

5. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich Folgendes festhalten: Es ist nicht gänzlich ausgeschlossen, ein Verfahren zur Aufenthaltsbeendigung gegen UnionsbürgerInnen einzuleiten, die weder ArbeitnehmerInnen noch selbständig Erwerbstätige sind, sich nicht in Ausbildung befinden und auch über keine Unterhaltsmittel oder Krankenversicherungsschutz verfügen. Das gilt mE auch dann, wenn keine Sozialhilfe beantragt bzw bezogen wurde. Eine Aufenthaltsbeendigung ist aber nur in den Fällen zulässig, in denen keine Aussicht auf ein europarechtliches Aufenthaltsrecht vorhanden ist, typischerweise also mit der Aufnahme einer zulässigen Erwerbstätigkeit in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist, wobei diese Erwerbstätigkeit zwar nicht existenzsichernd sein muss, sich aber nicht als völlig untergeordnet herausstellen darf. In all diesen Fällen muss jedenfalls eine Einzelfallprüfung vorgenommen werden (keine „Massenverfahren“), natürlich muss eine Abwägung hinsichtlich des Grundrechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens durchgeführt werden und es muss in der Regel mindestens ein Monat zwischen Bescheidzustellung und der tatsächlichen Rückführung liegen. Auch eine angebliche freiwillige Rückkehr findet (spätestens!) dort ihre Grenzen, wo PolizistInnen suggerieren, es würde sich um einen hoheitlichen Verwaltungsakt handeln, ganz egal ob diese nun konkret eingreifen oder nicht.

Außerlandesbringungen wie jene in Frankreich im Sommer bzw Herbst 2010 erfüllen wohl keine der genannten Kriterien, daher kann in diesen Fällen, abgesehen von echten (!) freiwilligen Ausreisen, von Rechtmäßigkeit keine Rede sein.

Von der Notwendigkeit einer geschlechtergerechten Sprache

Ein Plädoyer¹

Alexia Stuefer

Im Rechtspanorama der Tageszeitung „Die Presse“ erschien am 13.12.2010 ein Beitrag, der sich mit der sprachlichen Gleichbehandlung von Frau und Mann in juristischen Texten auseinandersetzte. Die Autorin, Frau Dr.ⁱⁿ Gerlinde Ondrej, kritisierte die legislativen Bemühungen in Gesetzestexten sowohl die weibliche als auch die männliche Form zu verwenden und hob als Beispiel „ausufernder Formulierungen“ die Abfassung des § 41 Zahnärztegesetz² hervor. Die sprachliche Gleichstellung von Mann und Frau treibe „auch im juristischen Bereich seltsame Blüten.“ Es sei daher „zur Zurückhaltung“ aufzurufen, „um die Verständlichkeit von Rechtstexten zu fördern.“

Ondrej erkennt zwar, dass „(...) rechtliche Regelungen zur Gleichstellung von Mann und Frau beitragen können und dass durch eine eindeutig männliche Formulierung die Wertschätzung der Frau in Schieflage gerät und das traditionelle Bild von Frauen- und Männerwelten tradiert wird“, fragt sich aber, ob die verfassungsrechtliche Grundlage für das legislative Vorgehen, der in Art. 7 B-VG geregelte Gleichheitsgrundsatz, nicht einschränkender beurteilt werden sollte. Zwar tragen nationale und internationale Gesetze „zur Gleichstellung von Mann und Frau und zur Beseitigung tatsächlich bestehender Ungleichheiten“ bei. In der Umsetzung der Verpflichtung zur sprachlichen Gleichbehandlung in Gesetzestexten beginne die „Sache aus dem Ruder zu laufen.“ Ondrej hegt gar verfassungsrechtliche Bedenken gegen die geschlechtergerechte Formulierung, da die so abgefassten Gesetzestexte nicht (mehr) verständlich seien. „Wenn die Legistik sich aller Redundanzen bedient, wenn die Rechtsetzungstechnik versagt und wenn die Intention des Gender-Mainstreaming-Konzepts darin kulminiert, den Wiedererken-

1 Dieser Beitrag ist am 10.01.2011 in einer gekürzten Fassung im Rechtspanorama der Tageszeitung „Die Presse“ erschienen.

2 § 41 Zahnärztegesetz (idF BGBl I Nr. 126/2005) lautet: Außergerichtliche Patientenschlichtung
§ 41. (1) Wenn eine Person, die behauptet, durch Verschulden eines/einer Angehörigen des zahnärztlichen Berufes (in der Folge: Schädiger/Schädigerin) im Rahmen seiner/ihrer Behandlung geschädigt worden zu sein (in der Folge: Geschädigter/Geschädigte), schriftlich eine Schadenersatzforderung erhoben hat, so ist der Fortlauf der Verjährungsfrist von dem Tag an, an welchem der/die Schädiger/Schädigerin sein/seine bzw. ihr/ihre bevollmächtigter/bevollmächtigte Vertreter/Vertreterin oder sein/ihr Haftpflichtversicherer oder der Rechtsträger jener Krankenanstalt, in welche der/die genannte Angehörige des zahnärztlichen Berufes tätig war, schriftlich erklärt hat, zur Verhandlung über eine außergerichtliche Regelung der Angelegenheit bereit zu sein, gehemmt.

nungswert einzelner Normen zu verschleiern, ist der an sich löblichen Gleichbehandlung und Gleichberechtigung der Frau kein guter Dienst erwiesen.“ Nach Ansicht von Ondrej habe vielmehr Professor Eugen Klunzinger, Ordinarius an der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen, Recht, wenn er ausführt: „Die konstante Beachtung der ‚political correctness‘ führt unweigerlich zur Kastration jeder lebendigen Rhetorik.“

Was bedeutet die von Ondrej eingeforderte Zurückhaltung? Die Ausführungen sind nicht anders als ein Appell zur Beibehaltung der (rein) männlichen Formulierungen zu verstehen, und zwar nicht nur in Gesetzestexten, wie Ondrejs Beitrag zeigt, der selbst vollends auf geschlechtergerechte bzw. neutrale Formulierungen verzichtet.

Sprache schafft Bewusstsein

Ondrejs Meinung ist nicht zu folgen. Die Herstellung der Gleichberechtigung zwischen Frau und Mann erfordert jedenfalls auch eine sprachliche Gleichbehandlung. Ondrej lässt außer Acht, dass Sprache das Bewusstsein prägt und Realität konstituiert. Wie das folgende Beispiel veranschaulicht, unterschätzt sie auch die psychologische Wirkung der Sprache: Wenn in einem Bericht über die Arbeitswelt permanent von „dem Chef“ die Rede ist, wird – unweigerlich – suggeriert, dass Führungspositionen in Unternehmen und/oder Behörden – vornehmlich – männlich zu besetzen sind. Die Vorstellung, dass auch Frauen („Chefin“) Leitungsfunktionen übernehmen können, wird in der Person, die mit diesem Text befasst ist, erst gar nicht erzeugt. Sehr wohl aber, wenn auf geschlechtergerechte Formulierungen geachtet wird. Je öfter weibliche Bezeichnungen in der Sprache Verwendung finden, desto mehr werden Frauen in der gesellschaftlichen Realität wahr- und ernst genommen. Rechtstexte sollen daher – entgegen der Ansicht von Ondrej – nicht bloß einfach lesbar, sondern auch gerecht formuliert sein. Dass damit ein gewisser Aufwand verbunden ist, ist geradezu selbstverständlich. Die Gleichberechtigung zwischen den Geschlechtern wird in keinem Lebensbereich ohne Anstrengung und Überwindung zu erreichen sein. Immerhin ändern sich durch die fortschreitende Emanzipation nach und nach die privaten und öffentlichen (im Sinne sozialer, gesellschaftlicher, kultureller, wirtschaftlicher) Machtverhältnisse. Und wer gibt schon gerne Macht ab? Eine (rein) männlich formulierte Sprache konserviert die traditionellen Rollenmodelle und damit die männliche Hegemonie. Der Einfluss der Sprache auf die Konstituierung von gesellschaftlichen Verhältnissen kann daher nicht oft genug betont werden. Eine moderne Gesellschaft, die die Gleichberechtigung zwischen Frau und Mann als einen ihrer Grundwerte ansieht, sollte daher eine entsprechende sprachliche Weiterentwicklung vollziehen. Eben dies versucht die Gesetzgebung, wenn sie Gesetzestexte geschlechtergerecht bzw. möglichst neutral formuliert. Ihre Intention ist es nicht, den „Wiedererkennungswert von Normen zu verschleiern“, sondern das verfassungsrechtliche Postulat der Gleichberechtigung umzusetzen. Ebenso will das der Verwal-

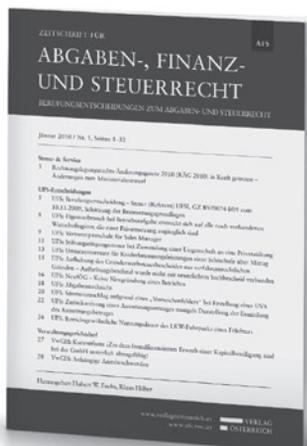
tungsgerichtshof in dem von Ondrej zitierten Erkenntnis (2004/07/0166), wenn er ausspricht, dass „Landeshauptfrau“ eine zulässige Behördenbezeichnung ist, er somit nachgerade Logisches feststellt, wenn eine Frau das Amt inne hat. Dass diese Bezeichnung grammatikalisch die einzig Richtige ist, sei am Rande bemerkt.

Suche nach der sprachlich idealen Lösung

Ob geschlechtergerechte Formulierungen in Rechtstexten sprachlich optimiert werden können, ist eine andere Frage. Der von Ondrej erwähnte § 41 Zahnärztegesetz könnte etwa auch wie folgt lauten: „Außergerichtliche Schlichtung § 41. (1) Wenn eine Person, die behauptet, durch das Verschulden einer Person, die dem zahnärztlichen Beruf angehört (in der Folge: schädigende Person) im Rahmen der Behandlung geschädigt worden zu sein (in der Folge: geschädigte Person) schriftlich eine Schadenersatzforderung erhoben hat, so ist der Fortlauf der Verjährungsfrist von dem Tag an, an welchem die schädigende Person bzw ihre bevollmächtigte Vertretung oder ihre Haftpflichtversicherung oder die Krankenanstalt in der die dem zahnärztlichen Beruf angehörige Person tätig war, schriftlich erklärt hat, zur Verhandlung über eine außergerichtliche Regelung der Angelegenheit bereit zu sein, gehemmt.“ Dieser Formulierungsvorschlag bedient sich ebenso wie der geltende Gesetzestext einer geschlechtergerechten Sprache, vermittelt exakt denselben Inhalt, ist aber wesentlich leichter lesbar. Nicht Klunzingers Ansicht, wonach politische Korrektheit „unweigerlich zur Kastration jeder lebendigen Rhetorik“ führe, trifft zu, sondern: Herausragende Rhetorik ist die Kunst der Sprache ohne Diskriminierung.

Dr.ⁱⁿ Alexia Stuefer ist Rechtsanwältin in Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum*; stuefer@anwaltsbuero.at

UFS-Entscheidungen – von Steuerberatern für die Praxis aufbereitet!



Inhalt

Die Zeitschrift AFS wertet für Sie vorrangig UFS-Entscheidungen sowie Erkenntnisse aller relevanten Gerichtshöfe (insbesondere VwGH, VfGH, EuGH) aus. Präsentation und Analyse der aktuellen Judikatur sind auf die Bedürfnisse von Steuer-Praktikern ausgerichtet. Kommentierungen sollen helfen, Zusammenhänge herzustellen und Perspektiven zu erarbeiten; praxisnahe Beispiele sorgen für Anwendbarkeit im Steueralltag.

Jahresabo AFS (10 Hefte)

€ 129,-

Probeabo AFS (3 Hefte)

€ 14,-

www.afs.voe.at

Die Inhalte unterteilen sich insbesondere in folgende Rubriken: „Steuer & Service“ (Fachbeiträge etc), „UFS-Entscheidungen“ inklusive „UFS-Entscheidungen kurz & bündig“ sowie „Verwaltungsgerichtshof“ (Erkenntnisse, Amtsbeschwerden).

Herausgeber

MMag. DDr. Hubert W. Fuchs (StB)

MMag. Dr. Klaus Hilber (StB)

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 US\$, zzgl Versandkosten (Österreich: Probeabo € 4,90, Jahresabo € 15,-; EU: Probeabo € 13,90, Jahresabo € 25,-)

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

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Wessely Verwaltungsstrafverfahren in der Praxis



236 Seiten, broschiert
978-3-7046-5420-5
€ 38,50

Erstmals liegt nunmehr eine systematische, an den Bedürfnissen der Praxis orientierte Darstellung dieses praktisch höchst bedeutsamen Verfahrensregimes vor. Sie spannt den Bogen von den Grundsätzen des Verfahrens, Fragen der Zuständigkeit und des Beweisrechts über das erstinstanzliche Verfahren und Sonderverfahren bis zum einschlägigen Rechtsmittelregime. Eine Beleuchtung des Grundrechtsschutzes im Verwaltungsstrafverfahren rundet das Praxishandbuch ab.

Zum Herausgeber:

Priv.-Doz. Dr. Wolfgang Wessely ist Mitglied des UVS im Land NÖ.

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

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

**VERLAG
ÖSTERREICH**

Mayrhofer et al

ABGB – Klang Kommentar

Konsumentenschutzgesetz



3. Auflage
996 Seiten, gebunden
978-3-7046-4798-6
€ 197,-

Umfassende Kommentierung des gesamten Konsumentenschutzgesetzes durch ein Innsbrucker Autorenteam unter der Federführung von em. o. Univ.-Prof. Dr. Mayrhofer. Neben allen bisherigen Regelungen des Gesetzes werden natürlich auch dessen jüngere Teile, wie zB das Fernabsatz-, Gewährleistungs- oder Heimvertragsrecht ausführlich dargestellt. Judikatur und Literatur zu allen Fragen und Problemen dieser für das Privatrecht immer bedeutender werdenden Rechtsmaterie sind sorgfältig und übersichtlich verarbeitet.

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

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Thienel/Schulev-Steindl Verwaltungsverfahrensrecht



5. Auflage
596 Seiten, broschiert
978-3-7046-5409-0
€ 42,-

Mit der fünften Auflage wurde das bewährte Lehr- und Handbuch auf den aktuellen Stand gebracht und die seit der letzten Auflage erfolgten Gesetzesänderungen sowie die neue Rechtsprechung und Literatur eingearbeitet. Damit liegt wieder eine verlässliche kompakte systematische Darstellung des Verwaltungsverfahrensrechts auf aktuellem Stand vor.

Univ.-Prof. Dr. Rudolf Thienel, Vizepräsident des Verwaltungsgerichtshofes, davor Professor und Vorstand am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien

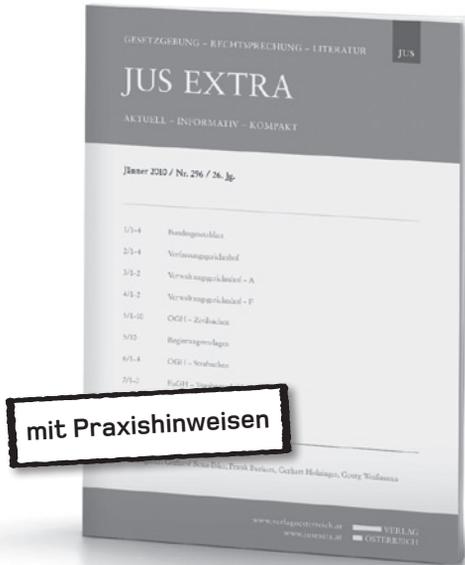
Univ.-Prof. MMag. Dr. Eva Schulev Steindl, Vorstand des Instituts für Rechtswissenschaften an der Universität für Bodenkultur Wien, davor außerordentliche Professorin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität

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

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

**VERLAG
ÖSTERREICH**

Monat für Monat alles auf einen Blick!



Inhalt

Die Zeitschrift „JUS Extra“ bietet in Form einer Loseblattausgabe monatliche Information über die aktuelle Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur. Führende Experten garantieren die fachkundige Aufbereitung der neuen Bundesgesetzblätter, der aktuellen Erkenntnisse des OGH (Zivil- und Strafsachen), des VfGH und des VwGH (Finanz- und Administrativrecht) in Leitsatzform, der EuGH-Vorabentscheidungsverfahren sowie der Neuerscheinungen im Buch- und Zeitschriftenbereich. Die Ablage erfolgt nach Teilgebieten in Ringbuchordnern.

Herausgeber

Dr. Gerhard Benn-Ibler

Präsident des Rechtsanwaltskammertages

Dkfm. Dr. Franz Burkert

Präsident der Kammer der Wirtschaftstreuhänder i.R.
SC Univ.-Prof. Dr. Gerhart Holzinger

Präsident des Verfassungsgerichtshofes

Dr. Georg Weißmann

Präsident der Notariatskammer i.R.

Internet

www.jusextra.at

Jahresabo JUS Extra
(11 Hefte) € 118,-

Jahresabo JUS Extra
für Studierende
(11 Hefte) € 79,-

Probeabo JUS Extra
(3 Hefte) € 13,-

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 € 4,90, Jahresabo/Studentenabo € 15,-; Ausland: Probeabo € 13,90, Jahresabo/Studentenabo € 25,-)

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

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

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) € 55,-

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

Probeabo (2 Hefte) € 11,-

HerausgeberInnen

Ronald Frühwirth, Ines Rössl, Joachim Stern

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