

nr 1/2016

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Arbeitslosigkeit

recht & gesellschaft

Aktuelle Entwicklungen in Ungarn
Fremdenrecht des Osmanischen Reichs
Passrechtrechtliche Erfassung von Fremden
Demokratische Legitimierung der E-Control
Verfahrenshilfe beim Verwaltungsgericht

Für Context herausgegeben von Philipp Hense, Eva Pentz, Caroline Voithofer
und Andreas Wöckinger

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

 VERLAG
 ÖSTERREICH

„Etwas machen.“

Die juridikum-Redaktion

Im Oktober 2015 kündigte es die österreichische Innenministerin an: mit der Asylzuerkennung solle künftig nur mehr eine befristete Aufenthaltsbewilligung verbunden sein. „Asyl auf Zeit“, so die Umschreibung, solle als notwendige Maßnahme den konstant hohen Zahlen an Schutzsuchenden, die in die EU kommen, entgegenwirken.

Nur hartgesottene Realitätsverweigerer_innen werden glauben, dass eine formaljuristische Maßnahme wie die Kombination von unbefristetem Asylstatus mit befristeter Aufenthaltsbewilligung¹ Schutzsuchende von ihrem Weg abhält. Eben diese Befristung ist in Deutschland seit Jahren geltende Rechtslage – eine abschreckende Wirkung nicht erkennbar. Zudem besteht bereits die Möglichkeit einer Aberkennung des Asylstatus auch in Österreich. Theoretisch könnten die Asylbehörden jederzeit prüfen, ob Asyl in einem konkreten Fall abzuerkennen ist. Aber die Regierung sah sich wohl gezwungen, öffentlichkeitswirksame Handlungen zu setzen. Zumal auch Deutschland zuvor „gehandelt“ hatte – indem es etwa die Staaten des Westbalkans zu sicheren Herkunftsstaaten erklärte. Zwar waren die Antragszahlen aus diesen Staaten bereits massiv rückläufig, aber um die Faktenlage geht es bei solchen Maßnahmen selten. In Österreich ist auch dies im Übrigen seit Jahren geltendes Recht. Dennoch kamen Anfang 2015 viele Personen aus dem Kosovo nach Österreich.

Das „Maßnahmen“-Echo von Deutschland auf Österreich, bedingt wohl primär durch die sprachliche Mitabdeckung des österreichischen Markts durch deutsche Medien, ist auch in gänzlich anderen Bereichen erkennbar. Nachdem europäische Medien angesichts amerikanischer und europäischer Opfer vermehrt über Verbrechen des „Islamischen Staats“ berichteten, wurde die Vereinigung als terroristisch eingestuft und ihr zurechenbare Aktivitäten in Deutschland medienwirksam durch den Innenminister untersagt. Österreich konnte hier nicht eins zu eins nachziehen: Jegliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung ist in Österreich gem § 278b StGB gerichtlich strafbar, ohne dass die Innenministerin diese Vereinigung zuerst als solche identifizieren müsste. Dennoch verspürte die Ministerin den medial erzeugten Druck zum Handeln. So kam es zum Entwurf des „Terrorsymbolegesetzes“ (final treffend: Symbole-Gesetz²), das es der Innenministerin ermöglicht, die Verwendung von Symbolen und Flaggen des „Islamischen

1 Vgl 166 ME 25. GP.

2 BGBl I 2014/103. Kritisch zum Symbole-Gesetz: *Duarte-Herrera*, Das Verbot der Verwendung von Symbolen. Eine Analyse des Symbole-Gesetzes im Lichte der Meinungsäußerungsfreiheit, *juridikum* 2015, 309.

Staates“ und vergleichbarer Gruppierungen per VO³ unter hohe Verwaltungsstrafen zu stellen. Ob potentielle Attentäter_innen sich durch die Aussicht einer Geldstrafe auf den rechten Weg zurückbringen ließen oder ob es seither jemals zu einer Anwendung dieser Strafbestimmungen gekommen ist, ist nicht näher bekannt. Wichtig war: die Regierung hat gehandelt.

Die getroffenen Maßnahmen aber als Schaulaufen ohne Ziel und Wirkung abzutun, ist ebenso unrichtig wie ihre unmittelbare Wirksamkeit zu behaupten: Symbolgesetzgebung setzt Symbole und sendet Botschaften.⁴ Kein_e Terrorist_in wird angesichts drohender Verwaltungsstrafen lieber ein anderes Ziel wählen. Aber wer sich vor unbekanntem Schriftzeichen reflexartig fürchtet, wird durch das Verbot solcher Zeichen in seiner Abwehrhaltung bestätigt.

Ähnliches gilt für „Asyl auf Zeit“. Es wird nicht wie behauptet als Signal an Schutzsuchende wirken, lieber ein anderes Land als Zufluchtsort anzusteuern, sondern jede „Asylrechtsverschärfung“ und jeder noch so unfertige, löchrige oder niedrige Zaun senden das Signal, dass Schutzsuchende höchstens temporär im Land geduldet werden und es keinesfalls so etwas wie eine längerfristige, verlässliche Willkommenspolitik geben wird. Schutzsuchende und jene, die ihnen Unterstützung bieten, werden demoralisiert. Umgekehrt wird jenen, die den Ankommenden ablehnend gegenüberstehen signalisiert, dass die Politik ihre „Bedenken“ versteht. Diese Bedenken werden dadurch zugleich legitimiert. Die Darstellung von Schutzsuchenden Menschen als Bedrohung, als Welle, Flut oder Lawine wird wiederholt und akzeptiert. Der politische Diskurs wird verschoben, weg von der Frage, wie mit diesen Personen im Inland umzugehen ist und hin zu der Frage: Wie können wir diese Personen davon abhalten, zu uns zu kommen? Und wenn diese Maßnahmen nicht greifen, wenn weiter Menschen Schutz vor Terror suchen und zugleich die Auswüchse derselben Terrorbewegungen auch in Europa Angst verbreiten, dann wird nicht etwa die Sinnlosigkeit der Symbolpolitik eingestanden, sondern stattdessen die nächste Möglichkeit gesucht, endlich „*etwas zu machen*“ oder zumindest den Eindruck zu vermitteln, dass man „etwas macht“.

So wird schlussendlich ja doch wirklich etwas getan in unserem politischen System: Der Rahmen des Diskurses wird jedes Mal ein Stück weiter verschoben, hin auf das Spielfeld derer, die für alles eine einfache Lösung parat haben.

Sie erreichen die Juridikum-Redaktion unter organisation@juridikum.at

3 Symbole-Bezeichnungsv, BGBl II 2015/23.

4 Vgl den Schwerpunkt: Die symbolische Qualität des Rechts in Juridikum 2012, 449ff.

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 1 „Etwas machen.“
Die juridikum-Redaktion

merk.würdig

- 5 Die CEDAW hat einen deutschsprachigen Kommentar
Caroline Voithofer
- 8 Rind sein in Österreich
Überlegungen zur Gesetzeskonformität der dauernden Anbindehaltung von Rindern
Martin Hiesel

recht & gesellschaft

- 14 Kultur-historische Perspektiven auf aktuelle Entwicklungen in Ungarn
Thomas Varkonyi
- 26 Religionspolitik und Fremdenrecht des Osmanischen Reichs
Religionsfreiheit und multikonfessionelle Jurisdiktion in einem theokratischen Staat
Anastasia Hammerschmid
- 37 „Der Pass ist der edelste Teil von einem Menschen“
Über die Geschichte der passrechtlichen Erfassung
Nora Pentz
- 46 Die E-Control – Behörde zwischen Demokratie und Sachverstand
Zur demokratischen Legitimierung einer Regulierungsbehörde
Luka Samonig
- 58 Verfahrenshilfe in verwaltungsgerichtlichen Verfahren und Verfassungsrecht
Der effektive Zugang zum Recht nach dem VfGH Erkenntnis G 7/2015
Kevin Fredy Hinterberger

thema

- 67 Vorwort: Arbeitslosigkeit
Nina Eckstein / Eva Pentz / Andreas Wöckinger
- 69 „Abgeschobene“, „Notständler“, „Ausgesteuerte“
Von der „Polizeisozialpolitik“ zur Arbeitslosenfürsorge in Österreich
Ilse Reiter-Zatloukal
- 83 Eine Arbeitslosenversicherung für den EURO-Raum?
Johannes Schweighofer
- 89 Eine kurze Analyse zur bedarfsorientierten Mindestsicherung und ihren Schnittstellen mit dem Arbeitsmarkt
Norman Wagner
- 93 Erwerbstätigkeit von AusländerInnen in Österreich
Die Hürden und Fallen der AusländerInnenbeschäftigung
Peter Marhold / Ibrahim S. Başar
- 105 Arbeitslos, weiblich sucht:
Frauen und Arbeitslosigkeit
Viktoria Spielmann
- 110 Arbeitslosigkeit und Studium
Ein praktisch-juristischer Leitfaden für die Finanzierung des Studiums
Andreas Wöckinger

- 122 Arbeitslosigkeit bei Karl Marx
Industrielle Reservearmee und Verelendungstheorie in der Kritik der politischen Ökonomie
Stefan Auer
- 130 AMS = Arbeit + Markt + Service?!
Ein kritischer Erfahrungsbericht
Michi

nach.satz

- 135 Ein weiterer Etappensieg für gleichgeschlechtliche Paare
Entscheidungsbesprechung zu EGMR Oliari ua gg Italien
Ilse Koza

Impressum

juridikum

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

Herausgeber_innen:

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben von: Philipp Hense, Eva Pentz, Caroline Voithofer, Andreas Wöckinger

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 Maria Peckary
Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419
m.peckary@verlagoesterreich.at
Verlagsredaktion: Mag. Jörg Steiner
j.steiner@verlagoesterreich.at

Preis:

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

Redaktion:

Angelika Adensamer, Flora Alvorado-Dupuy, Fabiane Baxewanos, Miriam Broucek, Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Doris Einwallner, Karol Felsner, Ronald Frühwirth, Philipp Hense, Marion Guerrero, Clemens Kaupa, Matthias C. Kettemann, Andrea Kretschmann, Lukas Oberndorfer, Eva Pentz, Valerie Purth, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Caroline Voithofer, Alice Wagner, Andreas Wöckinger

Wissenschaftlicher Beirat:

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

Autor_innen dieser Ausgabe:

Stefan Auer, Ibrahim S. Başar, Nina Eckstein, Anastasia Hammerschmid, Martin Hiesel, Kevin Fredy Hinterberger, Ilse Koza, Peter Marhold, Michi, Eva Pentz, Nora Pentz, Ilse Reiter-Zatloukal, Luka Samonig, Johannes Schweighofer, Viktoria Spielmann, Thomas Varkonyi, Caroline Voithofer, Norman Wagner, Andreas Wöckinger

Offenlegung

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

Layout und Satz: Datagroup Int. Timisoara

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

Reaktionen, Zeitschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber_innen:

Philipp Hense: philipp.hense@riseup.net
Eva Pentz: epentz@gmx.at
Caroline Voithofer: caroline.voithofer@uibk.ac.at
Andreas Wöckinger: a.woeckinger@gmx.at
Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

Die CEDAW hat einen deutschsprachigen Kommentar

Caroline Voithofer

Rezension zu: *Erika Schläppi/Silvia Ulrich/Judith Wytenbach* (Hrsg), CEDAW. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau. Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich, Stämpfli / Manz, Bern (2015), 1382 Seiten, ISBN 978-3-214-01068-3 (Manz), ISBN 978-3-7272-3127-8 (Stämpfli)

1. Erster deutschsprachiger Kommentar

Endlich, so lässt sich sagen, gibt es einen deutschsprachigen Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)¹. Es bedarf keines besonderen rechtshistorischen Bewusstseins für die Schwierigkeiten, die bei der Entwicklung der deutschen Rechtssprache² zu bewältigen waren, um den Eigenwert einer deutschsprachigen Kommentierung zu erkennen.

Dass es nicht früher eine solche Kommentierung gab,³ wird mitunter darauf zurückzuführen sein, dass die kundgemachte deutsche Sprachfassung gem Art 30 CEDAW nicht authentisch und gem Art 33 Abs 2 WVK⁴ damit auch nicht für die Auslegung maßgeblich ist⁵. Die deutschen Übersetzungen in Österreich und der Schweiz sowie die authentische englische Fassung sind konsequenterweise den kommentierten Artikeln jeweils vorangestellt. Auf Übersetzungsunterschiede wird allenfalls in den allgemeinen Kommentierungen eingegangen. Den (potentiellen) sprachlichen Hürden bei der Frage nach den staatlichen Verpflichtungen, die aus der CEDAW resultieren, wird durch den Kommentar jedenfalls entgegengewirkt. Darüber hinaus ist eine deutsche Sprachfassung dem Ziel dienlich, eine

1 In Österreich kundgemacht: BGBl 1982/443.

2 Vgl dazu etwa *Hattenbauer*, Zur Geschichte der deutschen Rechts- und Gesetzessprache (1987); *Heller*, Reform der deutschen Rechtssprache im 18. Jahrhundert (1992); *Voithofer*, Sprachbewusstsein & ABGB in *Barta/Lehnel/Niedermayr/Schennach* (Hrsg), Kontinuität im Wandel. 200 Jahre ABGB (1811-2011) 254-257 mwN.

3 Ist die CEDAW doch bereits 1981 in Kraft getreten (www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm, 26.1.2016) und stehen die Art 1-4 in Österreich sogar in Verfassungsrang.

4 BGBl 1980/40.

5 Vgl auch *Schläppi/Wytenbach/Ulrich* in *Schläppi/Wytenbach/Ulrich* (Hrsg), Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau. Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich, (2015) Teil 1, Das Übereinkommen 25 Rn 46.

Erhöhung des „Bekanntheitsgrads“⁶ der CEDAW sowie der in ihr enthaltenen rechtlichen und faktischen Gleichstellungsverpflichtungen zu erreichen, und damit wird zugleich der Weg für eine völkerrechtskonforme Interpretation⁷ nationalen Rechts geebnet.

2. Aufbau, Inhalte, System des Kommentars

Der bloße Blick in das Inhaltsverzeichnis könnte die Frage aufkommen lassen, warum auf die Einzelkommentierung der Art 17-30 verzichtet wurde. Diese Frage wird jedoch in den ersten beiden Teilen beantwortet. In *Teil 1: Das Übereinkommen* gehen die Herausgeberinnen ua ausführlich auf die Genese, den rechtlichen und politischen Kontext, den Geltungsbereich der CEDAW sowie auf weitere Normen, die vor geschlechtsspezifischer Diskriminierung im internationalen und europäischen Recht⁸ schützen sollen, ein. En passant wird dabei Wissen über die nationalen Normengefüge vermittelt. Eingegangen wird auch auf die Bedeutung der erklärten Vorbehalte der Vertragsstaaten beim Beitritt; auf Aufgaben, Zusammensetzung und Potentiale des CEDAW-Ausschusses und des Fakultativprotokolls sowie auf die Staatenberichts-, Mitteilungs- und Untersuchungsverfahren.

Die Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen der Schweizer und der österreichischen Rechtsordnung werden noch deutlicher in *Teil 2: Die Bedeutung des Übereinkommens für die Schweiz und für Österreich*⁹. Hier wird das konkrete Zusammenwirken unterschiedlicher Normen gegen Geschlechterdiskriminierung sowie konkrete Umsetzungsschritte des Gesetzgebers veranschaulicht. Dabei werden auf die Konsequenzen des monistischen (Schweiz) und des dualistischen Systems (Österreich) nachvollziehbar und auch in Verbindung mit weiteren nationalen „Besonderheiten“ – wie der föderalistischen Kompetenzverteilung – Wissen über das Funktionieren der Rechtsordnungen vermittelt.

In den ersten beiden Teilen finden sich also jene Ausführungen in Form von systematischen und stringenten Abhandlungen, die eine_r beim oberflächlichen Blick ins Inhaltsverzeichnis vermissen würde. Dieser Art der Aufbereitung scheint für die „Wissensvermittlung“ als besonders geeignet. Die Teile wären auch als ausgegliederte Abhandlungen denkbar, die das Zusammenspiel inter-, supra- und nationaler Normen sehr verständlich nachzeichnen. Ihre Lektüre kann also allgemein empfohlen werden.

Das eigentliche Kernstück des Kommentars bildet jedoch *Teil 3: Kommentierung Art. 1–16*. Hier wird zu jedem Artikel zunächst eine allgemeine Kommentierung (A.) geliefert, um im Anschluss daran die Umsetzungen in der Schweiz (B.) sowie in Öster-

6 Schläppi/Wytenbach/Ulrich in Schläppi/Wytenbach/Ulrich (Hrsg) CEDAW VII.

7 Zur Verpflichtung dazu vgl etwa VwGH 28.2.1962, 0535/58; VwGH 20.2.1964, 0493/63; VwGH 21.10.1983, 82/17/0087; OGH 6.5.2008, 1 Ob 8/08w. In Bezug auf die CEDAW: Sporrer/Ulrich in Schläppi/Wytenbach/Ulrich (Hrsg), Teil 2.B. Rn 24.

8 Schläppi/Wytenbach/Ulrich in Schläppi/Wytenbach/Ulrich (Hrsg), Teil 1 10-18.

9 Der Teil zur Schweiz wurde verfasst von Wytenbach/Schläppi und der Teil zu Österreich von Sporrer/Ulrich.

reich (C.) zu beleuchten. Dieses Konzept bietet daher über die rechtsdogmatische Kommentierung hinaus einen Überblick über die Verortung der Verpflichtungen aus der CEDAW im jeweils nationalen Normengefüge. So erlangen die Leser_innen Kenntnisse über das Gleichstellungs- und Anti-Geschlechterdiskriminierungsrecht in beiden Staaten. Ein Zusatzkapitel zur *Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen* im 3. Teil folgt demselben Konzept. Die Ergänzung der Artikelkommentierungen um dieses Kapitel ist besonders begrüßenswert. In der CEDAW selbst findet sich keine Bestimmung, die sich explizit auf Gewalt an Frauen bezieht. Daher wäre eine sich auf die einzelnen Artikel fokussierende Kommentierung Gefahr gelaufen, dieses Thema auszublenden. Dem wurde erfolgreich entgegen gewirkt.

In *Teil 4: Anhänge* finden sich die Schweizer und österreichischen Übersetzungen der CEDAW und des FP sowie zahlreiche Materialien wie General Recommendations, Staatenberichte, Schattenberichte, Abschließende Bemerkungen sowie Materialien zu Mitteilungs- und Untersuchungsverfahren.

Neben diesen Inhalten lohnt auch die Hervorhebung der bloßen Formalia: Vor jedem Teil und in Teil 3. vor jedem kommentierten Artikel sind ausführliche Inhaltsübersichten sowie am Ende jedes Unterkapitels umfassende Literatur- und Materialienverzeichnisse angeführt. Dies ermöglicht eine leichte Orientierung sowie ein leichtes Nachlesen. Rechtskulturelle formale Unterschiede treten einerseits durch die aufeinanderfolgende Darstellung offen zu Tage und sind auch an den separaten Abkürzungsverzeichnissen ersichtlich. Diese scheinbare Banalität kann für rechtsvergleichende Arbeiten jenseits des Kommentars nützlich sein.

3. Zugänglichkeit

Damit die rechtlichen und tatsächlichen Verpflichtungen durch die CEDAW stärker ins (Rechts)Bewusstsein der Rechtsanwender_innen gelangen, ist es wünschenswert, dass dieser Kommentar faktisch unübersehbar auf ihren Schreibtischen landet. Die jeweiligen Bundesministerien wären aufgerufen, dafür Sorge zu tragen. Damit jedoch erfahrungsgemäß auch finanziell schlechter ausgestattete Beratungsvereine, NGOs oder Einzelpersonen auf die Inhalte zugreifen können, wäre vielleicht eine Paperbackvariante anzudenken und – falls dies nicht ohnehin schon geplant ist – eine online Zugänglichkeit in Rechtsdatenbanken wünschenswert.

Den Herausgeberinnen ist jedenfalls dafür zu danken, sich dieses überfälligen Projekts angenommen zu haben. Der Wert von Kommentaren für die Rechtsanwendung ist innerhalb des juristischen Spezialdiskurses nicht hoch genug einzuschätzen.¹⁰

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

10 Ein ebenso wichtiges Zukunftsprojekt wäre ein vergleichbarer Kommentar zur Istanbul-Konvention.

Rind sein in Österreich

Überlegungen zur Gesetzeskonformität der dauernden Anbindehaltung von Rindern

Martin Hiesel

1. Einleitung

Vor einigen Jahren wurde in dieser Zeitschrift¹ am Beispiel der Haltung von Zuchtsauen in Kastenständen anschaulich dargelegt, dass die Vorgaben des Tierschutzgesetzes (TSchG)² in der 1. Tierhaltungsverordnung³ zu Lasten der im Rahmen des TSchG geschützten Schweine in einem zentralen Punkt nicht beachtet werden und eine – teilweise (!) – Sanierung der selbst vom damaligen sachzuständigen Bundesminister eingestandenen Gesetzeswidrigkeit erst im Jahr 2033 (!) wirksam werden soll. Im Lichte dieser Sach- und Rechtslage wurde der Verdacht geäußert, dass seitens der Politik eine gezielte Doppelstrategie verfolgt wurde, die im Kern darauf hinausläuft, *Tierschützerinnen und Tierschützer mit schönen, aber in der Praxis letztlich weitgehend folgenlosen Gesetzesworten zu beschwichtigen, während auf der für die Lebensrealität der Tiere entscheidenden Verordnungsebene jedoch als „Zugeständnis“ an die Landwirtschaft keinerlei dem Gesetzestext entsprechenden Verbesserungen des Tierschutzes vorgesehen wurden.*

Mit dem vorliegenden Artikel soll dieser Verdacht erhärtet werden, indem eine weitere – diesmal die Rinder betreffende – Gesetzeswidrigkeit der 1. Tierhaltungsverordnung aufgezeigt wird. Denn auch in Bezug auf diese Tiere hat der Ordnungsgeber die Vorgaben des TSchG hinsichtlich der erforderlichen Bewegungsfreiheit nur *soweit umgesetzt, als sie nicht im Widerspruch zu ökonomischen Interessen der aus diesen Tieren wirtschaftlichen Nutzen ziehenden Personen stehen.*

2. Die Zulässigkeit der dauernden Anbindehaltung in der 1. Tierhaltungsverordnung

Zum besseren Verständnis ist zunächst vorzuschicken, dass unter dem Begriff der *Anbindehaltung* gemäß der Definition in Z 1 der Anlage 2 der 1. Tierhaltungsverordnung eine *Haltungsform zu verstehen ist, bei der jedes Tier einzeln auf einem Standplatz durch eine Anbindevorrichtung fixiert ist.* Demgemäß liegt eine *dauernde An-*

1 Hiesel, Schwein sein in Österreich. Anmerkungen zur Haltung von Zuchtsauen in Kastenständen, juridikum 2013, 311.

2 BGBl I 2004/118 idF BGBl I 2013/80.

3 BGBl II 2004/485 idF BGBl II 2012/61.

bindehaltung dann vor, wenn die Bewegungsmöglichkeit von Tieren in der Weise eingeschränkt wird, dass sie ihren Stand- bzw Liegeplatz *nie* verlassen können.

Gemäß Z 2.2. der Anlage 2 der 1. Tierhaltungsverordnung ist die dauernde Anbindehaltung bei Rindern *zulässig, wenn und insoweit eine Unterbrechung der Anbindehaltung gemäß § 16 Abs 4 TSchG für den Tierhalter bzw die Tierhalterin aus technischen oder rechtlichen Gründen nicht möglich ist.* Zwingende rechtliche oder technische Gründe, die der Gewährung von geeigneter Bewegungsfreiheit durch Auslauf oder Weidegang entgegenstehen können, sind dem Verordnungstext zufolge das *Nicht-Vorhandensein von geeigneten Weideflächen oder Auslaufflächen, bauliche Gegebenheiten am Betrieb oder Sicherheitsaspekte für Menschen und Tiere*, insb beim Ein- und Austreiben der Tiere.

Schon beim ersten Durchlesen fällt intuitiv sofort auf, dass mit dieser Regelung der *Grundgedanke jeglichen Tierschutzes auf den Kopf gestellt wird*, indem nicht die Zulässigkeit der Tierhaltung an die Einhaltung tierschutzrechtlicher Vorgaben geknüpft wird, sondern – ganz im Gegenteil – die Verpflichtung zur Einhaltung tierschutzrechtlicher Vorgaben vom Vorliegen bestimmter – faktischer – Umstände abhängig gemacht wird. Nach derselben Logik wäre bspw ein Hundehalter, der seinen Hund (zB aufgrund baulicher Gegebenheiten seiner Wohnung und seines eigenen schlechten Gesundheitszustandes) nicht artgerecht halten kann, von den einschlägigen tierschutzrechtlichen Vorgaben aus eben diesem Grunde zu entbinden. Wenn man dies als sachgerecht ansieht, so wird jeder Tierschutz letztlich von den bei dem_ der Tierhalter_in vorliegenden faktischen Rahmenbedingungen abhängig gemacht und damit zur Farce.

Mit dieser rechtspolitischen Kritik ist indes nicht die Frage beantwortet, ob die in Rede stehenden Ordnungsbestimmungen im TSchG überhaupt ihre erforderliche gesetzliche Deckung finden. Dies soll im Folgenden näher beleuchtet werden.

3. Entspricht die Zulässigkeit der dauernden Anbindehaltung von Rindern dem TSchG?

3.1. Das Verbot der dauernden Anbindehaltung

Ziel des TSchG ist gemäß § 1 der Schutz des Lebens und des *Wohlbefindens* der Tiere aus der besonderen Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf heraus. In Ausführung dieser Zielbestimmung verfügt § 5 Abs 1 TSchG ein *kategorisches Verbot, einem Tier ungerechtfertigt Schmerzen, Leiden oder Schäden zuzufügen oder es in schwere Angst zu versetzen.* Gegen diese Vorschrift verstößt zufolge § 5 Abs 2 Z 10 *leg cit* insb, wer ein Tier Temperaturen, Witterungseinflüssen, Sauerstoffmangel oder einer *Bewegungseinschränkung* aussetzt und ihm dadurch Schmerzen, Leiden, Schäden oder schwere Angst zufügt.

Konsequenterweise verpflichtet der die Grundsätze der Tierhaltung regelnde § 13 Abs 2 TSchG den_ die Tierhalter_in ausdrücklich dazu, dafür zu sorgen, dass (auch) die Bewegungsfreiheit der Tiere ihren physiologischen und ethologischen Bedürfnissen angemessen sind. Diese Vorschrift ist in Verbindung mit § 13 Abs 1 *leg cit* zu interpretieren,

wonach Tiere generell nur gehalten werden dürfen, wenn davon ausgegangen werden kann, dass die Haltung nach dem anerkannten Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse ihr Wohlbefinden nicht beeinträchtigt.

Diese Rechtslage wird hinsichtlich des Verbots der Zufügung ungerechtfertigter Schmerzen, Leiden oder Schäden sowie des Verbots des Versetzens in schwere Angst infolge *Bewegungseinschränkung* durch § 16 TSchG bekräftigt und präzisiert. § 16 Abs 1 TSchG ordnet – die Vorgaben des § 5 Abs 1 iVm § 5 Abs 2 Z 10 leg cit wiederholend – an, dass die *Bewegungsfreiheit* eines Tieres nicht so eingeschränkt sein darf, dass dem Tier Schmerzen, Leiden oder Schäden zugefügt werden oder es in schwere Angst versetzt wird. § 16 Abs 2 TSchG präzisiert diese Gesetzeslage dahingehend, dass das Tier über einen *Platz verfügen muss, der seinen physiologischen und ethologischen Bedürfnissen angemessen ist*.

§ 16 Abs 3 TSchG stellt diesbezüglich klar, dass die *dauernde Anbindehaltung* – dem völlig klaren Gesetzeswortlaut nach *ausnahmslos – verboten* ist.⁴ Damit zieht der Gesetzgeber die logische Konsequenz aus den zuvor skizzierten Vorgaben, zumal es wohl kein Tier gibt, dessen physiologischen und ethologischen Bedürfnissen entsprochen wird, wenn seine Bewegungsfreiheit dergestalt eingeschränkt ist, dass es seinen Stand- bzw Liegeplatz nie verlassen kann.

3.2. Die gesetzliche Sonderregelung für Rinder

§ 16 Abs 4 TSchG trifft in Bezug auf Rinder die Anordnung, dass diesen Tieren geeignete Bewegungsmöglichkeiten oder geeigneter Auslauf oder Weidegang an mindestens 90 Tagen im Jahr zu gewähren ist. Dies jedoch nur insoweit, als dem „nicht zwingende rechtliche oder technische Gründe entgegenstehen“. Der_ die Bundesminister_in für Gesundheit hat gemäß § 16 Abs 4 zweiter Satz TSchG im Einvernehmen mit dem_ der Bundesminister_in für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft durch Verordnung festzulegen, welche Gegebenheiten als zwingende rechtliche und technische Gründe anzusehen sind.

Die eingangs skizzierte und kritisierte Z 2.2 der Anlage 2 der 1. Tierhaltungsverordnung ist offenkundig auf diese Gesetzesstelle gestützt. Es ist daher zu prüfen, ob die in dieser Verordnung unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erklärte dauernde Anbindehaltung von Rindern in dieser Gesetzesstelle die erforderliche gesetzliche Deckung findet. Dazu ist einleitend zu bedenken, dass im Rahmen der gebotenen systematischen und teleologischen Gesetzesinterpretation die Anordnungen des § 16 Abs 4 TSchG nicht für sich isoliert betrachtet, sondern in sachgerechter Weise nur *unter Bedachtnahme auf die anderen die Zulässigkeit von Bewegungseinschränkungen der Tiere regelnden Bestimmungen des TSchG und vor dem Hintergrund des in § 1 TSchG expressis verbis formulierten Gesetzeszwecks* ausgelegt werden können. Hätte der Gesetzgeber anderes

4 In den Erläuterungen der Regierungsvorlage wird diesbezüglich klargestellt, dass eine dauernde Anbindehaltung dann vorliegt, wenn die Bewegungsmöglichkeit von Tieren in der Weise eingeschränkt wird, dass sie ihren Stand- bzw Liegeplatz nie verlassen können.

gewollt, so hätte er seine entsprechende Absicht im Gesetzestext selbst durch eine geeignete Formulierung – etwa durch Verwendung der Worte „Abweichend davon ...“ – zum Ausdruck bringen müssen.

Ausgehend davon lässt sich zunächst sagen, dass der Gesetzgeber in Bezug auf Rinder in Präzisierung der im TSchG allgemein formulierten Grundsätze verfügt hat, dass den Anforderungen des TSchG betreffend die geforderte Bewegungsfreiheit dadurch Rechnung getragen werden kann, dass diesen Tieren geeignete Bewegungsmöglichkeiten, geeigneter Auslauf oder Weidegang an mindestens 90 Tagen im Jahr gewährt wird.

Nicht leicht verständlich ist in diesem Zusammenhang freilich die vom Gesetzgeber verfügte Einschränkung, „soweit dem nicht zwingende rechtliche oder technische Gründe entgegenstehen“, sowie der Umfang der dem Verordnungsgeber diesbezüglich eingeräumten Festlegungsbefugnis.

Dazu erscheint indes Folgendes beachtlich:

Nach Art 18 Abs 2 B-VG sind Verordnungen „auf Grund der Gesetze“ zu erlassen. Das bedeutet der ständigen Rechtsprechung des VfGH⁵ zufolge, dass eine Verordnung bloß präzisieren darf, was in den wesentlichen Konturen im Gesetz selbst vorgezeichnet wurde. Soll ein Gesetz mit Durchführungsverordnung vollziehbar sein, müssen daraus also alle wesentlichen Merkmale der beabsichtigten Regelung ersehen werden können (Prinzip der Vorausbestimmung des Verordnungsinhaltes durch das Gesetz); eine bloß formalgesetzliche Delegation, die der Verwaltungsbehörde eine den Gesetzgeber supplierende Aufgabe zuweist, stünde der in Rede stehenden Rsp zufolge mit Art 18 Abs 1 und Abs 2 B-VG in Widerspruch.

Die Grenze zwischen einer noch ausreichenden materiellen Bestimmtheit des Gesetzes und einer formalgesetzlichen Delegation ist im Einzelfall zu bestimmen. Entscheidungskriterium ist hier die Frage, ob die im Verordnungsweg getroffene (Durchführungs-) Regelung auf ihre inhaltliche Gesetzmäßigkeit überprüft werden kann. Dabei sind in Ermittlung des Inhalts des Gesetzes alle zur Verfügung stehenden Auslegungsmethoden auszuschöpfen. Nur wenn sich nach Heranziehung aller Interpretationsmethoden immer noch nicht beurteilen lässt, was im konkreten Fall rechtens ist, verletzt die Norm die in Art 18 B-VG statuierten rechtsstaatlichen Erfordernisse.⁶

Bei der Beurteilung, ob eine gesetzliche Bestimmung dem Verordnungsgeber hinreichend bestimmte Gesichtspunkte in Bezug auf den Verordnungsinhalt vorgibt, ist die Verordnungsermächtigung zudem nicht isoliert, sondern im Lichte des entsprechenden Gesetzes *insgesamt* zu betrachten.⁷

Im Lichte dieser Rechtsprechung kann die in Rede stehende Verordnungsermächtigung *verfassungskonform* ganz sicher *nicht so verstanden werden, dass der_ die Bundesminister_ in für Gesundheit* (im Einvernehmen mit dem_ der Bundesminister_ in für Land- und Forst-

5 Siehe zB VfSlg 19.102/2010, 19.530/2011, 19.569/2011; ähnlich VfSlg 19.706/2012 ua.

6 So zB VfSlg 19.352/2011, 19.569/2011 ua.

7 So wörtlich VfSlg 19.352/2011.

wirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft) *gleichsam nach eigenem Ermessen frei festlegen kann, welche Gegebenheiten als zwingende rechtliche oder technische Gründe anzusehen sind, die eine Einschränkung der Anordnungen des § 16 Abs 4 erster Satz TSchG rechtfertigen*, weil ein solches Verständnis dazu führt, dass dem Ordnungsgeber nicht hinreichend bestimmte Gesichtspunkte in Bezug auf den Verordnungsinhalt vorgegeben werden. Vielmehr ist die Verordnungsermächtigung nicht nur aus den zuvor skizzierten systematischen und teleologischen, sondern auch und gerade aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht isoliert, sondern im Lichte des gesamten TSchG *insgesamt* zu betrachten. Das aber kann nur bedeuten, dass *nur solche rechtlichen und technischen Gründe für eine Ausnahmeregelung herangezogen werden können, die mit allen die Bewegungsfreiheit der Tiere regelnden Bestimmungen des TSchG in Einklang zu bringen sind*.

Gestützt wird dieses Ergebnis im Übrigen auch durch die Verwendung des Wortes „zwingend“ in § 16 Abs 4 erster Satz TSchG. Denn dieses Wort kann im Rahmen einer systematischen und teleologischen Gesetzesinterpretation, die dem in § 1 TSchG formulierten Gesetzeszweck die gebührende Bedeutung beimisst, wohl nur dahingehend verstanden werden, dass im Rahmen der im folgenden Satz erteilten Verordnungsermächtigung nur solche rechtlichen und technischen Gründe für eine Ausnahmeregelung herangezogen werden können, die mit allen die Bewegungsfreiheit der Tiere regelnden Bestimmungen des TSchG in Einklang zu bringen sind. Denn jede andere Auslegung würde im Ergebnis dem Gesetzgeber unterstellen, dass er die Rinder von dem im TSchG festgelegten Grundsatz, wonach jedes Tier über einen Platz verfügen muss, der seinen physiologischen und ethologischen Bedürfnissen angemessen ist, partiell ausgenommen hat.

Unter Zugrundelegung dieses Interpretationsergebnisses ist es im gegebenen Zusammenhang von grundlegender Bedeutung, dass § 16 Abs 4 TSchG seinem Wortlaut nach *keine Ausnahme vom dem in § 16 Abs 3 TSchG für alle Tiere verfügten Verbot der dauernden Anbindehaltung enthält*. Darüber hinaus sind weder den die Zulässigkeit der Einschränkung der Bewegungsfreiheit von Tieren regelnden Bestimmungen noch anderen Regelungen des TSchG zwingende rechtliche oder technische Gründe entnehmbar, die eine Ausnahme von dem Verbot der dauernden Anbindehaltung zulassen würden.

Aus all diesen Überlegungen folgt aber zwingend, dass die in der Anlage 2 unter Pkt 2.2 der 1. Tierhaltungsverordnung unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erklärte dauernde Anbindehaltung von Rindern *gesetzwidrig* ist.

Es trifft zwar zu, dass die hier vertretene Auffassung dazu führt, dass der Verordnungsermächtigung des § 16 Abs 4 zweiter Satz TSchG im Lichte der in diesem Gesetz enthaltenen Vorgaben kein nennenswerter Anwendungsbereich verbleibt. Gleichwohl gilt es jedoch darauf hinzuweisen, dass eine verfassungskonforme Interpretation nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH⁸ immer dann geboten ist, wenn – wie hier – eine andere Interpretation zur Verfassungswidrigkeit einer Norm führen würde. Zudem ist eine verfassungs-

8 Siehe zB VfSlg 18.910/2009.

konforme Interpretation selbst dann vorzunehmen, wenn – was hier nicht einmal der Fall ist – in den Materialien zur Gesetzwerdung entgegenstehende Aussagen enthalten sind.⁹ Im Übrigen erscheint es höchst fraglich, ob das Nicht-Vorhandensein von geeigneten Weideflächen oder Auslaufflächen überhaupt unter dem Gesetzesbegriff der „rechtlichen oder technischen Gründe“ subsumiert werden kann, sodass die in Rede stehenden Bestimmungen möglicherweise sogar noch aus einem weiteren Grund zumindest teilweise gesetzwidrig sind.

4. Abschließende Bemerkungen

Lediglich der Vollständigkeit halber ist abschließend noch darauf hinzuweisen, dass *keine Vorschrift des Unionsrechts den österreichischen Gesetzgeber daran hindert, tierschutzrechtliche Standards vorzusehen, die darüber hinausgehen, was nach derzeit geltendem Unionsrecht tierschutzrechtlich zwingend geboten ist*. Da Verordnungen im Sinne des B-VG nach dem in der Rechtsprechung des VfGH längst anerkannten Grundsatz der doppelten Bindung¹⁰ nicht nur Unionsrecht, sondern auch innerstaatlichem Gesetzesrecht entsprechen müssen, ist es ohne weiteres möglich, dass eine unionsrechtlich zwar zulässige, aber nicht zwingend gebotene Vorschrift aufgrund der nationalen Gesetzeslage im Verordnungswege nicht erlassen werden kann.

In Ansehung dieser Rechtslage gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, dass das TSchG unter Berufung auf Unionsrecht im Sinne einer bloßen Erfüllung unionsrechtlicher Minimalanforderungen entgegen dem Wortlaut der hier relevanten Bestimmungen ausgelegt werden kann. Vielmehr hat sich die Auslegung an Wortlaut, Zweck und Systematik des Gesetzes zu orientieren. Dabei ist insb auch auf das im § 1 TSchG formulierte Gesetzesziel Bedacht zu nehmen, wonach der Schutz des Lebens und des Wohlbefindens der Tiere aus der besonderen Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf Ziel des Gesetzes ist.¹¹ Wie der VfGH erfreulicherweise bereits festgehalten hat, ist in den letzten Jahrzehnten in unserer Gesellschaft insoweit ein Wertewandel eingetreten, als sich nach heutiger Auffassung im Tierschutz ein weithin anerkanntes und bedeutsames öffentliches Interesse verkörpert wird.¹² Die konsequente Umsetzung der im TSchG enthaltenen Vorgaben sollte daher auch in Bezug auf die Haltung von Rindern so rasch wie möglich in Angriff genommen werden.

MR Dr. Martin Hiesel ist in der Volksanwaltschaft tätig; martin.hiesel@volksanwaltschaft.gv.at

9 So zB VfSlg 18.910/2009; ähnlich etwa VfSlg 19.249/2010.

10 Dazu allgemein zB *Öblinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁵ (2013) 113 mit zahlreichen Nachweisen der Rsp des VfGH.

11 Zur Wichtigkeit dieser Zielsetzung siehe zB VfSlg 19.568/2011.

12 So wörtlich VfSlg 19.568/2011. Dieses Interesse rechtfertigt nach Auffassung des VfGH etwa die mit dem Verbot der Haltung bzw Ausstellung von Hunden und Katzen in Zoofachgeschäften zum Zwecks des Verkaufs (VfSlg 17.731/2005) oder die mit einem generellen Verbot der Verwendung elektrisierender Dressurgeräte (VfSlg 18.150/2007) oder dem Verbot der Haltung und Verwendung von Wildtieren in Zirkussen (VfSlg 19.568/2011) verbundenen Grundrechtseinschränkungen.

Kultur-historische Perspektiven auf aktuelle Entwicklungen in Ungarn

Thomas Varkonyi

In diesem Text werden politische Entwicklungen in Ungarn, die auch Auswirkungen auf das Grundgesetz haben, in einen historischen und symbolanalytischen Kontext gesetzt. Dahinter steht einerseits die Frage, warum diese Entwicklungen von außen betrachtet eigentümlich erscheinen und sich stark von westeuropäischen Sichtweisen unterscheiden und andererseits das Bestreben, Menschen, die in der ungarischen Zeitgeschichte nicht so bewandert sind, mit Informationen zu versorgen.

Daher wird zunächst ein Überblick über relevante historische Bedingungen gegeben (1.), danach die heutige Nutzung von Geschichte und Symbolik behandelt (2.) und im Anschluss daran ein kritischer Blick auf konkrete Auswirkungen, bspw auf das neue Grundgesetz, geworfen (3.).

1. Historischer Abriss

1918 wurde Ungarn zu einem unabhängigen, bürgerlich demokratischen Staat. Die Freiheit und der Wunsch nach Frieden waren jedoch nur kurz zu genießen, denn die Siegermächte des ersten Weltkriegs zerteilten das historische Ungarn und die Länder der heiligen Stephanskronen,¹ von denen argumentiert werden kann, dass sie über 800 Jahre geeint waren, fielen auseinander. Kaum jemand in Ungarn empfand das nicht als Ungerechtigkeit und auch als Katastrophe. Drei Millionen Ungar_innen kamen unter Fremdherrschaft, zwei Drittel des historischen Ungarns wurden an andere Länder angegliedert. Damit wurden die Ideen der Demokratie, der Republik und der Unabhängigkeit verhängnisvoll mit dem Ende des historischen Ungarn verknüpft. Diese unselige Verknüpfung ist bis heute virulent, wie im Lauf des Textes noch gezeigt wird. Diese Entwicklungen spiegeln sich in der öffentlichen Symbolik, die in Ungarn äußerst präsent war und ist.²

1 Die Länder der Stephanskronen umfassen die heutigen Staaten Ungarn, Slowakei und Kroatien, dazu die Karpatenukraine, das Banat, die heute serbische Vojvodina und das heute österreichische Bundesland Burgenland, Siebenbürgen (im nordwestlichen Teil des heutigen Rumänien), und winzige Teile des heutigen Polen. Im Gegensatz zu den meisten anderen Teilen der Habsburgermonarchie lagen diese Länder alle außerhalb des bis 1806 bestehenden Heiligen Römischen Reichs. Vgl Der Große Brockhaus XI (1980) 602.

2 Zur in diesem Zusammenhang wichtigen Eroberung des öffentlichen Raumes durch revisionistische Denkmäler siehe: *Radonic*, Erzengel Ungarn und der hilfsbereite Reichsadler, sans phrase. Zeitschrift für Ideologiekritik 2014/5 224-226.

Zur Zeit des „weißen Terrors“³ in den ersten Jahren des *Horthy*-Regimes⁴ war der *Turul*⁵ bereits ein Symbol der antisemitischen und irredentistischen⁶ Organisationen – wie des *Turul*-Bundes, dessen Hauptbeschäftigung das Verprügeln von jüdischen Student_innen⁷ war – und unverzichtbarer Teil von irredentistischen Denkmälern. Ab den 1930er Jahren betrachteten die faschistischen und den Nazis entsprechenden Pfeilkreuzler_innen die Rot-Weiß-Grüne Fahne als „schreiendes“ Symbol freimaurerischer (= jüdischer) und liberaler (= jüdischer) revolutionärer und republikanischer Parolen. Daher erwählten sie sich dagegen ihre eigene neunstreifige Version des *Árpád*-Banners⁸ als irredentistisches, imperiales Symbol.⁹

Das wichtigste Symbol ungarischer Größe bzw. Großmachtphantasien ist die Stephanskrone, die Ungarisch einfach nur „Heilige Krone“ (= *Szent Korona*) heißt. Die Krone, die ihren Namen zu Unrecht trägt, da sie niemals von ihrem Namensgeber (*Stephan I., der Heilige*, gekrönt im Jahre 1000) getragen wurde,¹⁰ besteht aus einem römischen und einem byzantinischen Teil. Ausgehend vom „Tripartitum“ von *Werböczy* aus dem Jahre 1517, einer Art Verfassung, wurde sie im 19. Jh als ideologische „Waffe“ gegen die Herrschaft der Habsburger verwendet.¹¹ „Die Entpersonalisierung der Krone [...] im 15. Jahrhundert sowie deren Wandlung zum Symbol des Reiches, die parallel verlief mit der Einschränkung der königlichen Macht und der zunehmenden politischen Teilhabe der Landschaft (*communitas*), eignete sich in [...] der nationalen Historiographie und ihren Auslegungen des 19. und frühen 20. Jahrhunderts dazu, eine nationale Kontinuität seit dem Mittelalter, bei weitgehender Ausblendung der Frühen Neuzeit, zu konstruieren.“¹² Die Krone gilt bis in unsere Tage vielen als das einzige legitime Symbol

3 „Weißer Terror“ bezeichnet die gewaltsamen Unterdrückungsmaßnahmen im Rahmen von Konterrevolutionen. Vgl. Der Große Brockhaus XI (1980) 602.

4 Ritter *Nikolaus Horthy von Nagybánya* regierte von 1920-1944.

5 Der *Turul* ist ein schamanistisches Fabelwesen aus dem ungarischen und türkischen Mythenkreis. Der Vogel vereint Eigenschaften eines Adlers und eines Falken. Vgl. *Szabolcs KissPál*, *The Rise of a Fallen Feather: The Symbolism of the Turul Bird in Contemporary Hungary*, www.e-flux.com/journal/the-rise-of-a-fallen-feather-the-symbolism-of-the-turul-bird-in-contemporary-hungary/ (3.2.2016).

6 Das Wort „Irredentismus“ kommt vom italienischen Begriff *terre irredente* („unerlöste Gebiete“), womit „Volks-teile“ gemeint sind, die Anschluss an ihr Mutterland (oft im Sinne von „muttersprachliches Land“) suchen, bzw die Nation, die ihr Gebiet überall dorthin ausdehnen will, wo Volksangehörige von ihr leben. Vgl. dazu *Nell-Breuning/Sacher* (Hrsg), *Wörterbuch der Politik I-V* (1952) 280 FN 1.

7 Nach dem „allerhöchsten Beschluss“ des ungarischen Königs *Ferenc József* (= *Kaiser Franz Joseph I.*) vom 18.11.1895 gestattete der für Religion und Bildung zuständige Minister *Gyula Wlassics* am 18.12.1895, dass Frauen an den ungarischen Universitäten Medizin, Geisteswissenschaften und Pharmazie studieren durften. Ursprünglich sollten alle weltlichen Fächer Frauen offen stehen, dies war aber nicht durchzusetzen. Die erste Frau, die ein Diplom an einer ungarischen Universität erwarb, war am 3.11.1900 die Ärztin *Sarolta Steinberger* an der Universität Budapest. Vgl. <http://mult-kor.hu/cikk.php?id=11889&fbrkMR=desktop> (24.1.2016).

8 *Árpád* (* um 845; † um 907), Sohn des Fürsten *Ámos* und erster Großfürst der vereinten Magyarenstämme (886-907), war Anführer der ungarischen Landnahme (896), Begründer der *Árpád*-Dynastie. Das nach ihm benannte Banner ist Rot-Weiß gestreift. Vgl. *Goldmann Lexikon II* (1998) 599.

9 *Molnár* (Hrsg), *Az árpádsáv tegnap és ma* (2011) 13.

10 www.phil.uni-passau.de/histhw/TutHiWi/insignienkunde/insignienkunde3.html (5.1.2016).

11 *Bertényi*, *A Magyar Szent Korona. Magyarország Címere és Zászlaja* (1996) 154f.

12 *Wakounig*, *Die drei Kronen Ostmitteleuropas in FS Suppan* (2010) 90.

der Herrschaft.¹³ Daraus entwickelte sich einerseits eine ziemlich reaktionäre, tw auch esoterische „Lehre von der heiligen Krone“ bzw deren „Geist“. Diese vormodernen Gedankenspiele sind seit dem 19. Jh in allen Phasen der ungarischen Geschichte – inklusive der aktuellen – mit Ausnahme des Kommunismus 1948-1989, beobachtbar.¹⁴

Die Krone hat implizit unter magyarischer Herrschaft eine äußerst wirksame Rolle als Symbol der Einheit der Länder der Stephanskrone. Diese „neue“ Rolle wurde nach dem „Schandvertrag“ von Trianon und dem daraus resultierenden *Trianon*-Kult bis heute bedeutsam.

Nach dem Vertrag von *Trianon* 1920 verlor das historische Ungarn etwa zwei Drittel seines Territoriums und rund ein Drittel seiner Bevölkerung.¹⁵ Ein ähnlich großer Verlust traf das Land seit der Dreiteilung im 16. Jh nicht. Die ungarische Gesellschaft erfuhr dadurch eine Erschütterung, die das Denken und Handeln von Generationen beeinflusst (hat). Fast jede_r im Land schien jedenfalls davon familiär und/oder wirtschaftlich betroffen und es schien unabhängig von ökonomischen Stand, Religion oder Beruf praktisch niemanden zu geben, der_die diesen Vertrag als endgültig akzeptiert hätte. In der Ablehnung von *Trianon* trat so etwas wie nationale Einheit zutage.¹⁶

„Wir stehen mit erhobenem Haupt unter dem Druck der uns demütigenden Welt. Europa, das wir eintausend Jahre lang gegen die entehrenden Stürme des barbarischen Ostens verteidigt haben, hat uns entehrt. Ein herrliches Land wurde mit Füßen getreten, zerrissen, zum Tode verurteilt [...]...“¹⁷ war in der *Nemzeti Újság* (National Zeitung)¹⁸ zu lesen. Und im *Pesti Napló* (Pester Tagebuch) stand: „Es gibt keinen Ungar unter der Sonne, der sich davor fürchtet [...], gegen diese Schande aufzubegehren. Alle 20 Millionen, die im Glanz der Stephanskrone gebadet haben [...] schreien den Völkern entgegen, dass dieser Frieden kein echter Frieden ist, kein Leben ist, sondern ein ehrloser Tod. [...] Ist das möglich? Kann man sich solch Barbarei, solch widernatürliches Verhalten vorstellen? [...] Obwohl diese Entscheidung das kleine Ungarn zum wirtschaftlichen Tod verurteilt, können wir beruhigt sagen: Nicht das 1000jährige Ungarn ist heute gestorben, denn es ist nur ein Frieden geboren worden, der nicht lebensfähig ist. Es wird wieder die Zeit kommen, wo diese (Grenz)Linien schmelzen werden, und alle Steine in der Krone des Heiligen Stephan wieder leuchten werden, und dieser Friede nichts, als eine üble Erinnerung sein wird.“¹⁹

13 Markus, Die Geschichte des ungarischen Nationalismus (2013) 20.

14 Stellvertretend für einige dieser aus inhaltlicher Sicht fragwürdigen, aus kulturphänomenologischer Sicht allerdings äußerst interessanten Werke: *Kocsis*, A szent korona tana. Múltja, jelene, jövője (1995); *Molnár*, A szent korona tan kifejlődése (1927).

15 Mayer/Odehnal, Aufmarsch. Die rechte Gefahr aus Osteuropa (2010) 22.

16 Sipos, A Trianon Szindróma a Horthy-Korszakban in *Molnár* 41.

17 Zit n: Gerö (Hrsg), Sorsdöntések (1989) 276.

18 Gerö, Sorsdöntések 276.

19 Zit n: Gerö, Sorsdöntések 270f.

Der Wissenschaftler *István Bibó* schrieb, dass die Regierung den Verlust ausschließlich auf die Brutalität der Siegermächte zurückführte, und daher auch nicht in der Lage war, die von ethnischen²⁰ Ungar_innen bewohnten Gebiete von jenen, die nicht von Ungar_innen bewohnt, und daher auch herzugeben waren, zu trennen. So wurde es versäumt, eine realistische Politik zu betreiben, die eine gewaltlose Revision ohne Totalforderungen beinhalten hätte können.²¹ Sowohl in England als auch in Frankreich gab es durchaus mächtige Unterstützer. So sagte der neu im Amt befindliche Ministerpräsident, Verfechter europäischer Zusammenarbeit und spätere Nobelpreisträger, *Aristide Briand*: „Wer würde bezweifeln, dass die Festlegung der ungarischen Grenze einigermaßen willkürlich geschah? Es genügt, einen Blick auf die Karte zu werfen und der Grenzlinie zu folgen, die übrigens überhaupt nicht endgültig ist, um sofort zu erkennen, dass sie keinesfalls der Gerechtigkeit dient. Hier sehen wir uns relativen Lösungen gegenüber. Es muss entschieden werden, ob sie auf Billigkeit beruhen, um mit ihnen zufrieden sein zu können.“²²

Dem gegenüber stand aber das Bestreben der Regierung *Horthy*, ihren eigenen „Geburtsfehler“ zu verschleiern, nämlich, dass – im Gegensatz zu den beiden revolutionären Vorgängerregierungen – sie es war, die diese Bedingungen der Entente-Mächte angenommen hatte, um an die Macht zu kommen bzw zu bleiben. Die Verantwortung schob das *Horthy*-Regime auf die Vorgängerregierungen und einige ausgewählte Gruppen der Gesellschaft, in erster Linie auf Juden und Jüdinnen, ab.²³

Mit dem Reimspruch „Das verstümmelte Ungarn ist kein Land, das ganze Ungarn ist das Paradies“²⁴ versuchte man darzustellen, dass alle Probleme nur existierten, weil das Land nicht ganz sei, während die Einheit automatisch Wohlstand und Prosperität zeitigen würde. Dadurch entstand ein *Trianon*-Kult, der weite Teile der Gesellschaft durchzog.

Der damit einhergehende Irredentismus und Revisionismus gebar eine Vielzahl von Parolen und Denkmustern, die das mehr als 20 Jahre existierende *Horthy*-Regime begleiteten und noch bis heute ausstrahlen. Staatsfeiern und andere Formen der Erinnerung, die Nutzung öffentlicher Orte, der Presse, der Bildungsinstitutionen dienten

20 Ethnizität (von altgriechisch *ethnos* ἔθνος „[fremdes] Volk, Volk-“) ist ein Fachbegriff aus der Ethnologie (Völkerkunde) zur Einordnung kultureller Identitäten. Nach Max Weber ist „Ethnizität“ ein Konzept einer Gruppe von Menschen, welche sich durch den Glauben an gemeinsame Abstammung und Kultur konstituiert und so eine homogene Gruppenidentität bildet. Dabei werden gewisse kulturelle Elemente wie Sprache, Kleidung, Brauchtum und Religion als auch nach außen sichtbare Abgrenzungszeichen verwandt. Gegenüber früheren primordialen, essentialistischen Erklärungen, welche Ethnizität in endogamen Gruppen homogener Kulturen fest und unveränderlich als von der Biologie und den jeweiligen geografischen Bedingungen vorgegeben sah, hat sich mittlerweile der konstruktivistische Ansatz, welcher der subjektiven Wahrnehmung der Akteure eine zentrale Rolle zumisst, eher durchgesetzt. Vgl *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*. [Jubiläumsausgabe zum 50. Jahrestag des Erscheinens der Erstausgabe] (1972) 216-226; Vgl *Salzborn*, *Ethnizität und ethnische Identität. Ein ideologiekritischer Versuch*, *Zeitschrift für kritische Theorie* 2006/22-23, 99-119.

21 *Sipos* in *Molnár* 41.

22 Zit n: *Ignác Romsics*, *Der Friedensvertrag von Trianon* (2005) 197.

23 *Sipos* in *Molnár* 43.

24 „Csonka Magyarország nem ország, egész Magyarország mennyország!“

der Indoktrination, die so erfolgreich war, dass der Irredentismus eine Mode war, der man nicht ausweichen konnte.²⁵

Diese Rigidität des *Horthy*-Regimes in Bezug auf die *Trianon*-Frage manövrierte Ungarn in die Nähe Nazi-Deutschlands, nicht aber der Vertrag von *Trianon* selbst, wie es in revisionistischen Kreisen hieß und heute noch heißt.²⁶ Diese ist aber nur eine jener Legenden, die es zum Thema *Trianon* gibt. Der Historiker *Balázs Ablonczy* hat sich mit der Thematik kritisch beschäftigt und zählt ua die üblichen Verdächtigen auf, die in der *Trianon*-Legendenbildung bis heute kursieren:²⁷ jüdisch-freimaurerische Verschwörungen, tschechische Intrigen in London uvm. Aber auch, dass *Clemenceau*²⁸ Ungarn benachteiligt hätte, weil er seine ungarische Schwägerin nicht ausstehen konnte, wird als geschichtsentscheidend tradiert.²⁹

2. Ungarn heute

Die Nutzung der nationalen und nationalistischen Symbole im heutigen Ungarn ist in einer gewissen Kontinuität zur Nutzung vor 1944 zu sehen. Der Nationalismus kann in Osteuropa im Allgemeinen, und in Ungarn im Besonderen, als defizitäre Modernisierung verstanden werden, in der nationale Bindungen nicht in gleichem Ausmaß über den Staat entstehen konnten, wie etwa in Westeuropa. Dennoch sollte man die Modernisierung und damit auch den Nationalismus in Ungarn nicht als „verspätet“ ansehen, denn dies würde eine Linearität der Entwicklungen verschiedener Staaten suggerieren. Der Nationalismus ist in Ungarn ein unangenehmer Ausdruck eines Defizits in jenen Zeiten, in denen erhöhter Modernisierungsdruck herrscht. Eine zentrale Rolle spielen hierbei politische Mythen, die Symbolfunktionen, wie Identitätsstiftung oder Herrschaftserhaltung, erfüllen.³⁰

Die Einheit der Nation wird durch die Heilige Krone Ungarns, die mittlerweile auch in der „Grundgesetz“³¹ genannten neuen Verfassung als Referenz genannt wird, verkörpert. Diese Krone verweist auf die 1000jährige Staatsgeschichte Ungarns, gleichzeitig symbolisiert sie den Anspruch auf die einstigen Gebiete der Stephanskronen in den umliegenden Staaten. Sie kann gegenwärtig durchaus als reaktionäres und definitiv nicht-republikanisches Symbol eingeordnet werden.

Der 2010 wieder an die Macht gelangte Ministerpräsident, *Viktor Orbán*, ließ die Krone bereits während seiner ersten Amtszeit 1998-2002 mit rituellen Zeremonien aus

25 *Zeidler*, *A reviziós Gondolat* (2009) 260.

26 *Sipos* in *Molnár* 43.

27 *Ablonczy*, *Trianon-legendák* (2010) 59-70.

28 Von 1906-1909 und von 1917-1920 französischer Ministerpräsident.

29 *Ablonczy*, *Trianon-legendák* 59-70

30 *Fülöp*, *Ungarns Nationspolitik und die Funktion von Nationalismus in der Transformation des politischen Systems*. Diplomarbeit (2012) 61f.

31 Abrufbar unter: [www.mfa.gov.hu/NR/rdonlyres/616DA297-008C-4C7A-9E94-69A896631A65/0/GrundgesetzUngarns 2011.pdf](http://www.mfa.gov.hu/NR/rdonlyres/616DA297-008C-4C7A-9E94-69A896631A65/0/GrundgesetzUngarns%202011.pdf) (24.1.2016)

dem Nationalmuseum ins Parlament verbringen, obwohl sie für eine Demokratie eigentlich keinerlei Bedeutung haben sollte. Seit 2012 steht die Beleidigung der Heiligen Krone unter Strafe (§ 334 Új Btk; = Neues Strafgesetzbuch). Das Strafausmaß kann bis zu einem Jahr betragen.³²

1989/90 fanden heftige Diskussionen, welches Motiv anstelle des *Kádár*-Wappens³³ als neues ungarisches Staatswappen dienen sollte, statt. Nicht wenige favorisierten das *Kossuth*-Wappen aus der Zeit der Revolution 1848/49. Dieses Wappen besteht aus den Farben Rot-Weiß-Grün auf einem Schild, ohne jegliches Beiwerk. Doch es kam anders. Gewählt wurde das bis heute bestehende Staatswappen mit der Stephanskrone an der Spitze. Welche Beweggründe hat es dafür gegeben?

Laut *Gábor* und *Ágnes Kapitány* war es eine Kombination aus folgenden Gründen:³⁴ Das Wappen mit der Stephanskrone beinhaltet in Gestalt der Krone das Symbol des alten Ungarns des *Heiligen Stephan*, inkl Verweis auf ihren „Geist“ und ihrer „Lehre“. 1848, als der Habsburger *Franz Joseph I.* die Krone trug, musste man Souveränität gegenüber dieser Fremdherrschaft ausdrücken. Also musste ein Wappen her, das ohne die Krone auskam. Im 20. Jh hat die Krone eine andere Bedeutung bekommen: Es gibt keine_n König_in mehr, und der letzte Thronprätendent *Karl IV.* wird vom Reichsverweser³⁵ *Horthy*, der im Namen eben dieser Krone herrscht, an der Rückkehr auf den Thron gehindert. Die Bedeutung der Krone steigert sich in den 1930er und 1940er Jahren, als sie die Erinnerung an die verlorenen Gebiete symbolisiert und aufrechterhält, also den ganzen Leib der Nation darstellt. Sie stellt von nun an weniger die Monarchie als vielmehr die vereinte Nation dar.

In einem Wahlkampf film des *Fidesz*, der Partei von *Viktor Orbán*, hieß es: „Die magyarische Staatlichkeit ist eintausend und einhundert Jahre alt. Die ungarische Linke ist einhundert Jahre alt. Am 11. April wählen wir. *Stephan der Heilige* oder *Béla Kun*,³⁶ das ist hier die Frage! Ich meine: am 11. April wird Stephan der Heilige das Land von *Béla Kun* und seinen Nachfolgern zurückerobern.“³⁷

In dem gleichen Film sieht man *Mária Wittner*, eine Veteranin der Revolte von 1956 und Säulenheilige aller Rechtsradikalen, sagen: „Was meine Situation erleichtert, ist, dass in diesem Haus³⁸ die heilige ungarische Krone aufbewahrt wird. Wenn die im Sitzungssaal für

32 TAZ, Verschärftes Strafrecht in Ungarn. Zum Schutz der heiligen Stephanskrone, 30.6.2012, www.taz.de/!5090130/ (5.1.2016).

33 *János Kádár* war ein ungarischer kommunistischer Politiker. Von 1956-1988 war er Erster bzw Generalsekretär der Ungarischen Sozialistischen Arbeiterpartei. Vgl Goldmann Lexikon XI (1998) 4952.

34 *Á Kapitány/G Kapitány*, *Magyarság-Szimbólumok* (1999) 10.

35 Der Reichsverweser ist Inhaber der Staatsgewalt bei Thronvakanz, Vertreter eines Staatsoberhaupts, oder vorläufiges Staatsoberhaupt. Vgl Der Große Brockhaus XI (1980) 403.

36 *Béla Kun* war ein ungarischer kommunistischer Politiker und Anführer der kurzlebigen Räterepublik 1919. Vgl Goldmann Lexikon XIII (1998) 5687.

37 *Koob/Marcks/Marsovszky*, *Mit Pfeil, Kreuz und Krone. Nationalismus und autoritäre Krisenbewältigung in Ungarn* (2013) 23.

38 Gemeint ist das ungarische Parlament in Budapest.

mich unerträglich werden, dann komme ich hinaus [...], bete zu ihr und bitte sie um Hilfe. Denn die Ungarische Heilige Krone ist hier im ungarischen Parlament eine Persönlichkeit. Das Parlament ist sowieso nur deshalb da, damit wir *denen* vorspielen, dass es in Ungarn ein Mehrparteiensystem gibt [...]. Ich habe seit 1990 oft daran gedacht, dass wir hier in einem ausgeraubten Land leben, und frage mich, wer dieses Land ausraubte. Das waren *die*.”³⁹

Die Stephanskrone ist ein fixer Bezugspunkt und Bestandteil der völkischen Ideologie um *Fidesz*. Die Ideologie wird geprägt vom irrationalen Irredentismus, der bspw durch die Großungarn-Aufkleber auf vielen Autos ausgedrückt wird. Dahinter steht eine, von der noch radikaleren Partei *Jobbik* ausgehende, „Lebensraumideologie“.⁴⁰ Mit der Gründung der *Jobbik* 2003 begann ein neues Kapitel der ungarischen Politik. Erstmals seit dem 2. Weltkrieg formierte sich eine militante, rechtsextremistische Bewegung in Ungarn, die auch eine relevante Größe erreichte. Sie besteht bis heute aus ihrem politische Arm, die im Parlament, in den Gemeinden und auch im Europäischen Parlament stark vertreten ist, und ihrem 2009 verbotenen,⁴¹ aber trotzdem – unter neuem Namen (*Új Magyar Gárda*, also Neue Ungarische Garde) – existierenden und äußerst aktiven, paramilitärischen Arm, der *Magyar Gárda* (*Ungarische Garde*). Deren Uniformen sind beinahe identisch mit den Uniformen der Pfeilkreuzler_innen. Auf der Brust eines jeden Gardisten prangt das Wappen von *Árpád* (= das *Árpád*-Banner als Wappenschild). Die Krone ist ihnen heilig, das Land muss wiederhergestellt werden. Sie sind darüber hinaus revisionistisch, christlich, aber auch neuheidnisch; sie verehren sowohl *Horthy*, als auch *Ferenc Szálasi*, den Pfeilkreuzlerführer. Sie sind anti-homosexuell, Antisemit_innen, Antiziganist_innen, Antikommunist_innen und Anti-Amerikaner_innen – eine Avantgarde der völkischen Bewegung, sozusagen. Die Gedankenwelt der völkischen (*népi* oder *nép-nemzeti*) Bewegung hat eine lange Tradition in Ungarn. Sie basiert zum Teil auf Begrifflichkeiten der Französischen Revolution, der Aufklärung und der Säkularisierung, von aber auf jener Kulturtradition, deren Wurzeln auf *Johann Gottfried Herder* und die deutsche Romantik zurückgehen.⁴²

Es handelt sich hierbei um eine ethno-nationale Denkströmung, die mit einer Ablehnung des „Westens“, des Liberalismus, Sozialismus, aber auch Teilen des Kapitalismus einhergeht. Das Zuschreiben aller Probleme auf „die Juden“ führte zu typischen Ausgrenzungsmustern des völkischen Denkens und zu antisemitischer Agitation. Dass Antisemitismus eine logische Konsequenz des völkischen Denkens ist, wird in Ungarn größtenteils ausgeblendet. Diskutiert wird hier völlig unreflektiert die „Judenfrage“ – ohne Anführungs-

39 *Koob/Marcks/Marsovszky*, Pfeil 30.

40 Der Geopolitiker *Friedrich Ratzel* (1844-1904) verbreitete in seinen wissenschaftlichen Werken „Politische Geographie“ (1897) und „Der Lebensraum“ (1901) erstmals den Begriff „Lebensraum“. Wenngleich er Geschichte als „permanenten Kampf um Lebensraum“ auffasste, so war seine Lebensraum-Theorie zunächst ohne direkten politischen Gehalt. Vgl www.dhm.de/lemo/kapitel/der-zweite-weltkrieg/voelkermord/lebensraum.html (5.1.2016); *Koob/Marcks/Marsovszky*, Pfeil 157f.

41 <http://index.hu/belfold/magyargard70/> (28.12.2015).

42 *Fülöp*, Nationspolitik 18.

zeichen – im Zusammenhang mit einer Zersetzung des Magyarischen Volkskörpers, ohne sich um den Massenmord an den ungarischen Juden und Jüdinnen zu kümmern.⁴³

Die völkische Ideologie lässt sich im Denken der Betroffenen mit einer weiteren, aus westlicher Sicht wohl äußerst lächerlichen Ideologie kombinieren, der des Turanismus. „Hinter der Idee des heutigen Turanismus steckt neben nationalem Größenwahn auch die Ablehnung des europäischen Abendlands.“⁴⁴ Hier treffen wir auch auf das sichtbarste Symbol der turanistischen Ideologie, den *Turul*-Vogel. Dieser hat die Magyar_innen aus dem sagenumwobenen Land Turan in ihre neue Heimat geführt. In Ópusztaszer, einem Gedenkort der „Landnahme“, wurde 2012 eine *Turul*-Statue von *Viktor Orbán* persönlich eingeweiht, die die „Blutgemeinschaft“ aller Magyar_innen symbolisieren soll. Wie die anderen in diesem Text erwähnten Symbole der ungarischen Rechten verweist der *Turul* auf die historische Kontinuität des Magyar_innentums und fürderhin auf die „turanistische Abstammungslehre“. Diese „Lehre“ geht von einer skythischen Herkunft der Ungar_innen aus, die im zentralasiatischen Raum ihren Ursprung hat. Sie steht damit im Gegensatz zur wissenschaftlich gedeckten Ansicht, die einen finno-ugrischen Ursprung in Sibirien annimmt.⁴⁵ Dieser völkische Kult zeitigt seltsame folkloristische und ritualistische Auswüchse: Runenschrift, Reiterkostüme und Schamanenkult. Im Parlament wurde – vollkommen ahistorisch – zum Schutz der Heiligen Ungarischen Krone im März 2011 ein Schamanentanz zelebriert. Manche behaupten, dass *Jesus* kein Jude, sondern skythischer Ungar gewesen sei. Es wird auch von den Großturanischen Vereinigten Staaten, die von Budapest bis Tokio reichen sollen, fantasiert.⁴⁶

So unglaublich das scheint, das alles wird ernst genommen. Als mögliche Erklärungshilfe greifen hier einige der Kategorien, die *Jan Assmann* als für das kulturelle Gedächtnis einer Gesellschaft maßgeblich erachtet. Man sollte diese Kategorien aber nicht auf Ungarn als Gesamtgesellschaft, sondern „nur“ auf die Gruppen in ihrem hegemonial-völkischen Bereich anwenden. Es gibt sechs Kategorien, die *Assmann* aufzählt:⁴⁷

1.) *Identitätskonkretheit/Gruppenbezogenheit*: Diese Kategorie ist an *Nietzsche* angelehnt und fasst unter dem Begriff der „Horizontbildung“, bei der es darum geht, eine scharfe Grenze, die das Unrige von dem Fremden trennt, zu ziehen und damit Identität zu erschaffen. Der Wissenserwerb ist nicht von theoretischer Neugierde, sondern von „need for identity“ geprägt. „The Holy Crown tradition can be explained [...] by the need that all communities have for symbols of identity. [...] The Holy Crown tradition could be described as part of a ‚cultural system‘ from which

43 *Koob/Marcks/Marsovszky*, Pfeil 15.

44 *K Ungváry*, „Lager und Fahne sind eins“. Fatale Traditionen in Ungarns Erinnerungskultur, Quo vadis, Hungaria? Kritik der ungarischen Vernunft. Osteuropa 2011/12, 293.

45 Bspw der angesehene Historiker *Ignác Romsics*: www.matud.iif.hu/2014/05/01.htm (24.1.2016).

46 *Koob/Marcks/Marsovszky*, Pfeil 165f.

47 *Assmann*, Kollektives Gedächtnis und kulturelle Identität in *Assmann/Hölscher* (Hrsg), Kultur und Gedächtnis (1988) 13f.

- the new Hungarian ‚imagined community‘ sprung in the early nineteenth century. [...] The tradition played a central role in the ‚origin‘ and spread of nationalism.“⁴⁸
- 2.) *Rekonstruktivität*: Demnach wird Vergangenheit immer nach den Kriterien der jeweiligen Jetztzeit rekonstruiert. Also danach, welche vergangenen Ereignisse sich gerade gut für nationale Einheitsphantasien und „Schulterschlüsse“ nutzen lassen.
 - 3.) *Geformtheit*: sprachliche, bildliche, rituelle. Sie gewährleistet die kulturelle „Vererbbarkeit“. Der Kult um den Schandvertrag von Trianon wäre ein Beispiel dafür.
 - 4.) *Organisiertheit*: Diese Kategorie umfasst einerseits eine institutionelle Absicherung der Kommunikation und andererseits die Spezialisierung der Träger_innen des kulturellen Gedächtnisses. In Ungarn bedeutet das bspw die Gründung neuer historischer Institute und die Besetzung wissenschaftlicher und kultureller Positionen mit regierungsgenehmen und völkisch denkenden Personen.⁴⁹
 - 5.) *Verbindlichkeit*: Durch den Bezug auf ein normatives Selbstbild der Gruppe ergibt sich eine klare Wertperspektive und ein Relevanzgefälle, das den Wissensvorrat und den Symbolhaushalt strukturiert. Die Bezeichnung von Menschen, die nicht im völkisch-ideologischen Raster denken, als „fremdherzig“, wäre hier als Bsp zu nennen.⁵⁰
 - 6.) *Reflexivität oder reflexive Praxis* (Sprichwörter, Lebensregeln, Ethno-Theorien) *oder Selbstreflexivität oder Selbstbildreflexivität* (Selbstthematization des Gesellschafts-systems): Die Sprüche der *Horthy*-Zeit bis zu „Die Nation kann nicht in Opposition sein“ des *Fidesz* wären als Beispiele für Ungarn zu nennen.

Die Symbole des Rechtsextremismus völkisch-irredentistischer Ausprägung sind in der heutigen ungarischen Gesellschaft Teil des Mainstreams. *Árpád*-Banner, *Turul* und auch die Stephanskrone sind mit neuen, a- bzw pseudohistorischen Bedeutungen aufgeladen, um einer Ideologie des Ethnonationalismus und Ethnopluralismus, die von der aktuellen Regierung und auch Teilen der Opposition vertreten wird, zu entsprechen. Ethnopluralismus bedeutet das Nebeneinander von geschlossenen Gesellschaften und eindeutig trennbaren Kulturen. Nach diesem Paradigma sind Völker-/Volksgemeinschaften nur dann in der Lage Konflikte zu lösen, wenn sie ihre eigene, einheitliche Kultur und ihren Lebensraum gegen fremde Einflüsse verteidigen.⁵¹ Am ehesten lässt sich das am Beispiel der „Asylkrise 2015“ erkennen, in der eine Aufnahme von Flüchtlingen mit der Begründung, dass Ungarn kein Einwanderungsland sei, und dass die Flüchtlinge sowieso allesamt Wirtschaftsflüchtlinge oder gar Terrorist_innen seien, verweigert wurde.⁵²

48 Péter, The Holy Crown of Hungary. Visible and Invisible, SEER 2003/3, 506.

49 www.stop.hu/belfold/letrejott-a-tortenelmet-atiro-fideszes-intezet/1209275/ (24.1.2016).

50 Idegenszívü, deutsch wortwörtlich *fremdherzig*, also nicht mit dem Herzen der ungarischen Nation verhaftet, sondern eben fremden Interessen, ist eine Standardvokabel der Rechten, um politische Gegner_innen zu diffamieren. Vgl www.bpb.de/politik/extremismus/rechtsextremismus/184858/ungarn-wo-rechtsextremismus-in-der-mitte-der-gesellschaft-angekommen-ist (24.1.2016).

51 *Marsovszky*, „Wir verteidigen das Magyarentum!“ Völkischer Ethnonationalismus, Ethnopluralismus, die Ideologie der Neuen Rechten und das neue Grundgesetz Ungarns in *Drews-Sylla/Makarska* (Hrsg), Neue alte Rassismen? Differenz und Exklusion in Europa nach 1989 (2015) 112.

52 www.politico.eu/article/viktor-orban-interview-terrorists-migrants-eu-russia-putin-borders-schengen/ (24.1.2016).

Auch die Aussage, dass man ohnehin schon genug mit den Rom(nij)a in Ungarn zu tun hätte, und diese ja auch nicht nach Westeuropa exportiere, illustriert dies ebenfalls.⁵³ Die Gefahr in Richtung einer Faschisierung Ungarns ist nicht gänzlich von der Hand zu weisen⁵⁴, auch wenn namhafte ungarische Historiker_innen, wie *Krisztián Ungváry*,⁵⁵ die Sorgen fälschlicherweise auf Übersensibilisierung gegenüber Antisemitismus und Faschismus im deutschen Sprachraum und nicht auf das Verhalten der ungarischen Protagonist_innen, zurückführen. „Dieses System macht sich durch den Anstrich der Demokratie unsichtbar, daher ist in absehbarer Zeit nicht um Leib und Leben zu fürchten.“⁵⁶ „Das Nationsbild, die Geschichtsauffassung und die politische Sozialisation hängen untrennbar zusammen. Der Systemwechsel in Ungarn hatte für den Großteil der Bevölkerung keine attraktiven Identifikationsangebote. Insofern ist die Identität der Ungarn von einem hartnäckigen Traditionalismus geprägt: Er besteht aus Ethnozentrismus, Staatsfixiertheit, dem Gefühl kultureller Überlegenheit sowie Intoleranz gegenüber Minderheiten und Ausländern. Das ist die Identität des Untertans.“⁵⁷

3. Die Ideologie und die Verfassung

Seit 2010 besteht in Ungarn die völkische Regierungskoalition aus der *Fidesz*-Bürgerunion und der Christlich-Demokratischen Volkspartei (KDNP). Sie regiert mit einer Zweidrittelmehrheit. Die rechtsextreme Partei *Jobbik* kam bei den Parlamentswahlen 2010 zum ersten Mal – als drittstärkste Partei – mit fast 13% ins Parlament. Bei den Parlamentswahlen im April 2014 erreichte die Regierungspartei *Fidesz*-Bürgerunion ca 900.000 Stimmen weniger (44,87%), dies war aber genug, um – nach *Fidesz* begünstigenden Wahlrechtsänderungen – weiterhin mit einer Zweidrittelmehrheit zu regieren. Die Regierungskoalition und *Jobbik* bedienen sich der gleichen Symbole und haben die gleiche völkische Ideologie, daher bringt es im Zusammenhang mit Ungarn keine Klärung, über einen „rechten Rand“ zu sprechen. Das, was gemeinhin die extrem rechte Ideologie oder die Ideologie der sogenannten „Neuen Rechten“ ausmacht, nämlich das Völkische, ist, wie bereits dargelegt, in Ungarn Mainstream.⁵⁸

Am 1.1.2012 trat die neue Verfassung unter dem Namen „Grundgesetz“ in Kraft. Das Grundgesetz entstand im Schnellverfahren in nur wenigen Wochen, ohne dass ein gesamtgesellschaftlicher Konsens gesucht, oder Wissenschaftler_innen aus verschiedenen

53 <http://mol.hu/belfold/orban-elvitatta-a-ciganyok-hazafisagat-1562025> (24.1.2016).

54 *R Ungváry*, A láthatatlan valóság. A fasisztoid mutáció a mai Magyarországon (2014); siehe auch: www.deutschlandradiokultur.de/fluechtlinge-in-ungarn-die-regierung-schuert-angst-und-1008.de.html?dram:article_id=330236 (27.1.2016).

55 *K Ungváry*, Quo vadis 2011/12, 281, 284f, 290. *Krisztián Ungváry* ist der Sohn von *Rudolf Ungváry*, der das Gegenteil sagt. S FN 54.

56 <http://magyarnarancs.hu/belpol/ungvary-rudolf-a-holokauszt-emlekev-bojkottjarol-88438> (27.1.2016).

57 *Örkény*, Die Untertanen. Nationale Identität und Geschichtsbewusstsein, Quo vadis, Hungaria? Kritik der ungarischen Vernunft. Osteuropa 2011/12, 249.

58 *Marsovszky* in *Drews-Sylla/Makarska* 103.

Disziplinen konsultiert worden wären. Für eine kulturhistorische Untersuchung ist vor allem die Präambel, die mit ihren dreiunddreißig Sätzen die längste in der EU ist, von Interesse. Dies ist die einzige Präambel in der Feindbilder vorkommen.⁵⁹

Die Präambel (*Nemzeti Hitvallás*; wortwörtlich: Nationales Glaubensbekenntnis) versteht sich als Nationalphilosophie oder Selbstdefinition der Nation. Das Grundgesetz stützt sich demzufolge auf die Nation im völkischen Verständnis. Der Begriff der Republik ist in der Präambel nicht präsent, Ungarn heißt hier konsequenterweise einfach nur „Magyarenland“ (*Magyarország*)⁶⁰. Es zählt darin nicht das Individuum, sondern das nationale Kollektiv. Die Kulturwissenschaftlerin *Magdalena Marsovszky* betont, dass „im Unterschied etwa zum deutschen Grundgesetz, in dem die Unantastbarkeit der Menschenwürde an erster Stelle betont wird, [...] in der Präambel des ungarischen Grundgesetzes von einem ‚nationalen Glaubensbekenntnis‘ [die Rede ist. Durch die hier stattfindende] Sakralisierung oder Mystifizierung der Nation aus der völkisch-kulturellen Bewegung [wird] die weitere Verbreitung des Neuheidentums“⁶¹ generiert sowie legitimiert. Es werden zwar auch christliche Werte betont, aber das Grundgesetz ist jedenfalls nicht christlich, sondern „völkisch und letztlich heidnisch: Es huldigt nicht dem universalen Gott, sondern einer partikularen Gottheit, nämlich der ‚Nation‘. [...] ‚Erlösung und Neugeburt der Nation‘ bedeuten aber gleichzeitig die Erlösung der Nation von den Feinden der Nation, also Ausgrenzung, Entfernung und letztendlich Mord.“⁶² So werden auch Stimmen laut, sich für die Nation aufzuopfern.⁶³ Ein solcher Aufruf ist jedoch oftmals nichts anderes als der Aufruf zum (Selbst)Mord. Wie *Ulrich Beck* treffend schreibt: „Die Praxis der Verschwörungstheorie ist Terrorismus.“⁶⁴

Die Nation wird in der Präambel revanchistisch als das noch nicht „zerstückelte“ Großungarn dargestellt, die „Heilige Krone“ symbolisiert die Kontinuität der früheren, „historischen Verfassung“ und die „Einheit der Nation“. All diese kulturgeschichtlichen Elemente verweisen auf die völkische „Lehre der Heiligen Ungarischen Krone“, die Lebensraumideologie im Karpatenbecken. Dass die „nationale Kultur einen reichen Beitrag zur Vielfalt der europäischen Einheit leistet [und] die Freiheit und Kultur anderer Völker geachtet [sowie] eine Zusammenarbeit mit allen Nationen der Welt angestrebt“⁶⁵ werden, deutet auf das ethnopluralistische Denken hin.

Im Gegensatz zu den Präambeln vieler anderer Verfassungen stellt das „Nationale Glaubensbekenntnis“ nicht nur eine formelhafte Zusammenfassung der Absicht des Verfassungsgebers dar, sondern ist bei der rechtlichen Auslegung der Verfassung aus-

59 http://arsboni.blog.hu/2014/03/16/_miert_nem_figyeltek_a_tuzoltokra_interju_kukorelli_istvannal_i_resz (5.1.2016).

60 In Art B (2) des Textes des Grundgesetzes steht allerdings, dass die Staatsform von Ungarn die Republik ist.

61 *Marsovszky* in *Drews-Sylla/Makarska* 122.

62 *Marsovszky* in *Drews-Sylla/Makarska* 122.

63 <http://pusztaranger.wordpress.com/2013/12/21/welches-theater-braucht-das-volk-faschistisches-theater/> (5.1.2016).

64 *Marsovszky* in *Drews-Sylla/Makarska* 123.

65 *Marsovszky* in *Drews-Sylla/Makarska* 123.

drücklich zu berücksichtigen. „Die Bestimmungen des Grundgesetzes sind im Einklang mit deren Zielen, mit dem enthaltenen Nationalen Bekenntnis und mit den Errungenschaften der historischen Verfassung zu interpretieren.“⁶⁶ Dass dies eigentlich neben dem völkisch-nationalistisch-ethnopluralistischem auch einige andere, real absurde Auswirkungen in Orbáns Frankenstein⁶⁷ haben kann, darauf weist der Intellektuelle, Journalist und Schriftsteller *István Váncsa* in der Wochenzeitschrift „*Élet és Irodalom*“ (Leben und Literatur) hin.⁶⁸ In der Präambel wird etwa proklamiert: „Wir erkennen die kommunistische Verfassung aus dem Jahre 1949, die die Grundlage einer Willkürherrschaft bildete, nicht an. Daher erklären wir ihre Ungültigkeit.“ Unter Punkt 2 der Schlussbestimmungen heißt es: „Dieses Grundgesetz wird vom Parlament aufgrund von § 19 Absatz 3 Buchstabe a) und § 24 Absatz 3 Gesetz XX/1949 verabschiedet.“ Wenn aber die Verfassung von 1949 nicht anerkannt wird, so *Váncsa* süffisant, dann kann das Grundgesetz, das nach ebendieser Verfassung verabschiedet wurde, gar nicht gelten. Vollends ad absurdum führt das Ganze, weil Menschen, die eine Ausbildung absolvieren oder wie *Judit Kende* ein PhD-Studium an der renommierten Universität ELTE, ihren Eid auf ebendiese Präambel leisten müsst(en). *Judit Kende* war dieser Preis zu hoch, sie lehnte den Eid ab. Obwohl sie alle rechtlichen Voraussetzungen erfüllt hat und kein Gesetz zu diesem Eid verpflichtet, ist ihr der PhD-Titel nicht verliehen worden. Es ist schwer, Ungar zu sein, meint *Váncsa*.⁶⁹

Die Einbettung der neurechten Ideologie in die Verfassung ist auch deshalb besonders außergewöhnlich, weil damit die völkischen, ethnokratischen und faschisierenden Handlungsspielräume als verfassungs- und rechtmäßig legitimiert werden sollen.⁷⁰

4. Schlussbemerkung

Als Historiker_in sollte man gegen Mythen, Legenden, Illusionen und falsche Vorstellungen auftreten, im Ausland genauso wie in Ungarn selbst. Es wird zu keinem realistischen Verständnis der Zustände in Ungarn – sowohl innerhalb Ungarns als auch im Ausland – kommen können, solange Mythen die faktenorientierte Geschichtsschreibung überschatten und diese sogar im Grundgesetz verankert werden. Dieser Text soll einen kleinen Beitrag dazu leisten, den Mythenbildungen entgegenzuwirken und ein Verständnis für die Genese der Zustände in Ungarn zu schaffen.

Thomas Varkonyi, BA ist Historiker und Journalist. Seine Forschungsschwerpunkte sind Ungarn, Geschichte des Judentums und Film; thomas.varkonyi@univie.ac.at

66 Art R Abs 3 Grundgesetz.

67 <http://lapa.princeton.edu/content/kim-lane-scheppele-analyzes-present-situation-hungary> (5.1.2016).

68 *Váncsa*, Fecske, *Élet és Irodalom*. Irodalmi és Politikai Hetilap 2015/31, 1.

69 *Váncsa*, *Élet és Irodalom* 2015/31, 1.

70 *Marsovszky* in *Drews-Sylla/Makarska* 112.

Religionspolitik und Fremdenrecht des Osmanischen Reichs

Religionsfreiheit und multikonfessionelle Jurisdiktion in einem theokratischen Staat

Anastasia Hammerschmied

1. Religionspolitik des Osmanischen Reichs

Die Dynastie der Osmanen breitete sich ab dem 13. Jahrhundert in Anatolien aus und galt bis zur Abschaffung des Sultanats 1922 als die zentrale Macht in Kleinasien, auf dem Balkan, in Nordafrika und auf der arabischen Halbinsel.¹ Religiöse Minderheiten waren innerhalb des Osmanischen Reichs keine kleinen Randgruppen, sondern machten einen wesentlichen Teil der Bevölkerung aus. Die erste Bevölkerungserhebung wurde im 19. Jahrhundert durchgeführt. 1844 hatte das Osmanische Reich 20 Millionen Einwohner_innen, zwei Drittel davon waren Muslim_innen, der Rest der Bevölkerung setzte sich vor allem aus Christ_innen und einer kleinen jüdischen Gemeinde zusammen.² Der osmanische Staat war jedoch nicht assimilativ und schaffte es nicht, seine Untertan_innen unter einer politischen Einheit zu vereinen. Die meisten Minderheiten sprachen eine eigene Sprache. So wurde bspw. unter sephardischen Juden und Jüdinnen, die bereits im 15. Jahrhundert ins Osmanische Reich immigrierten, noch Jahrhunderte später ein spanischer Dialekt gesprochen, der in osmanischen Quellen als „jüdisch“ bezeichnet wird und von der restlichen Bevölkerung nicht verstanden wurde.³ Innerhalb des Osmanischen Reichs blieben Religionsgemeinschaften geographisch, wirtschaftlich und sozial voneinander getrennt. Ein Grund dafür könnte der Aufbau des osmanischen Staates sein.

1.1. Osmanisches Staatskonzept

Die osmanische Staatsdoktrin kannte bis ins 19. Jahrhundert keine territoriale Souveränität. Der Begriff wurde nur in Verbindung mit göttlicher Beschaffenheit verwendet. Demnach wurde der Sultan von Gott gesandt und war Inhaber der Souveränität. Da sich der Sultan als Patron aller Muslim_innen sah, konnte sich territorialstaat-

1 Kreiser, *Der Osmanische Staat 1300-1922* (2001) 8, 31.

2 Hale, *Turkish Foreign Policy 1774-2000* (2000) 14.

3 Faroqui, *Kultur und Alltag im osmanischen Reich* (2005) 18.

liches und auch nationalistisches Denken im Osmanischen Reich lange nicht durchsetzen. Begriffe wie „türkischer Sultan“ oder „türkisches Land“ kommen in osmanischen Quellen vor dem 19. Jahrhundert nicht vor.⁴

Identitätsstiftende Faktoren im Osmanischen Reich waren demnach der Islam und der Osmanismus, worunter Teil der osmanischen Dynastie zu sein, verstanden wird. Ethnizität war in Recht und Verwaltung nicht von Bedeutung und war wahrscheinlich auch für die Selbstdefinition der Bewohner_innen des Osmanischen Reichs lange nicht wichtig.⁵

So schreibt etwa der zeitgenössische türkische Autor *Orhan Pamuk*, in seinem Roman „Snow“: „In the old days we were all like brothers [...] the Kurds, whom we prefer to think of as a tribe didn't even know they were Kurds. And it was that way through the Ottoman period [...]“⁶

1.2. Etablierung des Millet-Systems

Aufgrund des osmanischen Staatskonzepts diente die Scharia als wichtigste Rechtsquelle, zusätzlich gab es jedoch verbindliches Gewohnheitsrecht und Dekrete des Sultans. Nach der Eroberung Konstantinopels 1453 war der Anteil der Nichtmuslim_innen im Osmanischen Reich bedeutend angestiegen. Andersgläubige wurden als unwürdig angesehen unter den Regeln der Scharia zu leben.⁷ Außerdem wollte *Fatih Sultan Mehmed* im Wissen um die Wichtigkeit der griechischen Repräsentant_innen für die Wirtschaft im Westen des Reichs deren Emigration verhindern. Deshalb entwickelte er gemeinsam mit Gennadius, einem der führenden griechisch-orthodoxen Theologen, das Millet-System.⁸

Mittels des Millet-Systems wurden die verschiedenen Religionsgemeinschaften institutionalisiert. Der Begriff „Millet“ stammt aus dem Koran und wird dort mit dem Wort „din“ (Religion) gleichgesetzt.⁹ Die Bürger_innen des Osmanischen Reichs wurden je nach Religionszugehörigkeit in verschiedene Rechtskörper eingeteilt. Der Sultan pflegte den Kontakt zu seinen Untertan_innen nur über diese Millets, welche die Rspr über ihre Mitglieder, Schulbildung und administrative Verwaltung autonom gestalten konnten, solange ihre Tätigkeit im Einklang mit dem osmanischen Recht geschah. Somit konnten die verschiedenen Minderheiten des Reichs nach ihren eigenen Normen leben.¹⁰

4 *Dumanlı*, Das Verständnis von Volk, Staat und Religion der Türken: Laizismus versus Islamismus 1839-2006 (2008) 29.

5 *Faroqui*, 30; Ethnizität bezeichnet die individuell empfundene Zugehörigkeit zu einer Volksgruppe, deren gemeinsame Merkmale zB Sprache, Religion bzw gemeinsame Traditionen sein können. www.bpb.de/nachschlagen/lexika/politiklexikon/17421/ethnizitaet (8.11.2015).

6 *Pamuk*, Snow (2004) 26.

7 *Slys*, Exporting Legality (2014) III. Kapitel.

8 *Reisinger*, Christliche Minderheiten im Osmanischen Reich und in der Republik Türkei-ein historischer Überblick (2011) 25.

9 *Reisinger*, 19.

10 *Reisinger*, 23, 24.

Dies bedeutete jedoch gleichzeitig den Ausschluss aus der muslimischen Rechtsgemeinschaft.¹¹

Das Millet-System darf jedoch nicht als Erweiterung der islamischen Gesetze missverstanden werden. Der Schutz der „Buchreligionen“, das sind Judentum und Christentum, ist im Koran bereits vorgegeben. Beim Millet-System handelte es sich lediglich um die Eingliederung dieser Protektion in den Staatsapparat.¹²

1.2.1. Benachteiligung von Nichtmuslim_innen

Bis ins 19. Jahrhundert gab es vier Millets, die hierarchisch gegliedert waren. Oben stand das herrschende muslimische Millet, dem das griechisch-orthodoxe Millet und schließlich das armenische und jüdische Millet folgten.¹³

Alle Nichtmuslim_innen mussten die *ğizyā* zahlen, eine Steuer für den Schutz durch den Sultan, von der Muslim_innen befreit waren. Im 19. Jahrhundert wurde die *ğizyā* aufgehoben, jedoch indirekt bis zum Ersten Weltkrieg des 20. Jahrhunderts weitergeführt, durch eine Steuer mittels der sich Nichtmuslime vom Militärdienst befreien konnten. Davor war es Nichtmuslimen nicht möglich im Heer zu dienen.¹⁴ Sie durften auch keine Waffen tragen.¹⁵

Die *ğizyā* wurde von den sogenannten millet başı eingetrieben. Sie waren Oberhäupter der einzelnen Millets und wurden vom Sultan aus einer von der klerikalen Führung zusammengestellten Liste ausgewählt.¹⁶ Sie besaßen zivilrechtliche und religiöse Autorität innerhalb ihres Millets, konnten jedoch vom Sultan abgesetzt werden, welcher von diesem Recht häufig Gebrauch machte. So wurden im 17. Jahrhundert 58 griechisch-orthodoxe Patriarchen gewechselt, deren durchschnittliche Regierungszeit 20 Monate betrug.¹⁷

Neben Christ_innen und Jüd_innen, gab es im Osmanischen Reich auch Anhänger_innen polytheistischer Religionen. Diese wurden jedoch verfolgt und zur Konversion gezwungen. Zu Zwangskonversionen von Christ_innen und Juden und Jüdinnen kam es nicht, jedoch wurden „Anreize“ in Form von Einschränkungen für Nichtmuslim_innen geschaffen, welche ua deren Konversion bewirken sollten. Die Konversion vom Islam zu einer anderen Religion wurde mit dem Tod bestraft.¹⁸

Nichtmuslim_innen, die konvertierten, konnten im Militär und im Verwaltungsapparat des Osmanischen Reichs tätig werden und dort auch Karriere machen, was ansonsten

11 Slys, Exporting Legality.

12 Reisinger, 20.

13 Reisinger, 22.

14 Manche Begriffe in diesem Text werden absichtlich nur im männlichen Genus gehalten, um auf die Ausschließlichkeit von Männern in diesen Gruppen hinzuweisen.

15 Hale, 15.

16 Reisinger, 23.

17 Reisinger, 27.

18 Faroqhi, 36.

nur in wenigen Ausnahmefällen möglich war. Außerdem war es Nichtmuslim_innen verboten in der Nähe einer der vielen Moscheen zu wohnen.¹⁹ In von Muslim_innen bewohnten Gegenden war es untersagt, Kirchenglocken zu läuten, und der Neubau und die Erhaltung von Kirchen unterlagen strengen Einschränkungen.²⁰

Zeitweise gab es auch Kleiderordnungen: So war es im 16. Jahrhundert Nichtmuslim_innen nicht erlaubt, kostbare Stoffe wie Pelz zu tragen. Des Weiteren durften nur Muslim_innen auf Pferden reiten.²¹

Da in vielen Teilen Anatoliens die Organisation der griechisch-orthodoxen Kirche schon im 12. und 13. Jahrhundert zusammengebrochen war, gab es viele Christ_innen, die infolge zum Islam konvertierten.²² Es bildete sich auch eine Religionsgemeinschaft heraus, welche christliche und muslimische Elemente kombinierte, ihre Mitglieder wurden jedoch verfolgt und zwangs-islamisiert. Anhänger_innen des Christen- und Judentums durften ihre Religion im Osmanischen Reich ausüben und ihre Geistlichen selbst bestimmen. Auch ihren Beruf und Wohnort konnten sie größtenteils frei wählen. Außerdem stand der Sultan in ständigem Kontakt zu den millet başı, beriet sich mit diesen und respektierte ihre Autonomie in den ihnen zugewiesenen Bereichen.²³

Trotz der Vielzahl an Restriktionen wird das Millet-System von der Forschung meist als fortschrittlich angesehen.²⁴ Der Umgang der osmanischen Dynastie mit Minderheiten dient häufig als positives Beispiel im Vergleich zur Religionspolitik europäischer Staaten in der Frühen Neuzeit.²⁵

Während religiöse Minderheiten in Europa häufig Verfolgungen ausgesetzt waren, nahm das Osmanische Reich im 15. Jahrhundert die aus Spanien vertriebenen Juden und Jüdinnen auf. Die positive Wahrnehmung des osmanischen Religionsrechts ist also, im zeitlichen Kontext gesehen, nicht völlig unbegründet.²⁶

1.2.2. Konfession vor Ethnizität

Bis ins 19. Jahrhundert gab es nur drei vom Sultan anerkannte nichtmuslimische Millets. Unter den Mitgliedern der einzelnen Millets herrschte weder religiöse noch sprachliche Homogenität.²⁷

Dem griechisch-orthodoxen Millet unter der Leitung des Patriarchen wurden alle orthodoxen Gemeinschaften untergeordnet. Dazu gehörten bspw Rumän_innen, Serb_innen,

19 *Faroqhi*, 36.

20 *Reisinger*, 22.

21 *Reisinger*, 23.

22 *Faroqhi*, 36.

23 *Reisinger*, 24.

24 *Wenzel*, Das Spannungsverhältnis zwischen Gruppenschutz und Individualschutz im Völkerrecht (2008) 241.

25 *Lewis*, Die Juden in der islamischen Welt (1984) 129; *Öztürk*, 34.

26 *Lewis*, 52.

27 *Reisinger*, 20.

Bulgar_innen, orthodoxe Araber_innen und die türkischsprachigen Karamanlı, eine va in Anatolien ansässige christlich-orthodoxe Religionsgemeinschaft.²⁸

Sie alle waren der Leitung des ökumenischen Patriarchats unterstellt, welches im Gegensatz zum byzantinischen Patriarchat nicht nur religiöse Angelegenheiten, sondern eine große Anzahl an Lebensbereichen regeln konnte.

Da sich der Sultan in den autonomen Bereich der Millets nicht einmischte, waren für Nichtmuslim_innen ihre religiösen Führer teilweise präsenter als die Vertreter der Dynastie. Die im 19. Jahrhundert in vielen Balkanregionen entstehenden nationalistischen Bewegungen hatten daher neben den Unabhängigkeitsbestrebungen gegenüber der Hohen Pforte²⁹ auch eine Vielzahl an Interessenskonflikten mit dem Patriarchat auszu-tragen.³⁰

Mitentscheidend für die vielen Konflikte innerhalb der Millets waren wohl auch die erheblichen Klassenunterschiede, die in diesen herrschten. So war im griechisch-orthodoxen Millet die griechische Bevölkerung meist wohlhabender als andere Mitglieder.³¹ Die Leitung des Millet hatte neben dem Patriarchen die Heiligen Synode inne, ein ständiges Gremium, welches die Spitze der orthodoxen Kirche darstellte. Ihre Mitglieder waren ebenso wie die Metropoliten und Bischöfe griechischer Abstammung oder bereits hellenisiert. Gottesdienste wurden ausschließlich in griechischer Sprache abgehalten. Trotzdem blieb innerhalb der meisten Minderheiten deren ursprüngliche Sprache erhalten. Im 19. Jahrhundert spalteten sich mehrere Kirchen von der griechisch-orthodoxen ab, so zB die serbische Kirche und eine autokephale Kirche in Griechenland.³²

Da die Zugehörigkeit zu den Millets ausschließlich durch die Religion bestimmt wurde, entwickelten sich im Laufe der Zeit drei Armenische Millets. Neben dem ursprünglichen armenisch-apostolischen Millet wurde ein Armenisch-Katholisches Millet gegründet und 1850, nachdem aufgrund ausländischer Missionar_innen viele Armenier_innen zum Protestantismus übergetreten waren, ein protestantisch-armenisches Millet.³³

1.2.3. Das katholische Millet

1831 wurde das katholische Millet gegründet. Der Gemeinschaft der im Osmanischen Reich ansässigen katholischen Europäer_innen, Levantiner_innen wurde lange Zeit kein Millet-Status zuerkannt. Sie lebten va in Istanbul und gehörten Kirchen an, in

²⁸ *Reisinger*, 26.

²⁹ Ab dem 16. Jahrhundert wurde die osmanische Regierung auch als Hohe Pforte bezeichnet. Der Begriff entstand durch die Tradition fremde Botschafter vor den Toren des Regierungssitzes zu empfangen. Vgl *Neugebauer*, Grundkurs deutsche Militärgeschichte (2007) 54.

³⁰ *Reisinger*, 26.

³¹ *Reisinger*, 21.

³² *Reisinger*, 26.

³³ *Reisinger*, 27, 28.

denen ausländische Geistliche Messen und Zeremonien leiteten. Die Levantiner_innen hatten kein geistliches Oberhaupt, sondern unterstanden einem *vekil*, der mit der Regierung in Verbindung stand und alltägliche Angelegenheiten regelte. In religiösen Fragen waren die Levantiner_innen jedoch an Rom gebunden.³⁴

Nach osmanischem Gesetz wurde die katholisch-europäische Bevölkerung Istanbuls in drei Gruppen eingeteilt. Die erste Gruppe war von der *ğizyā* befreit, wenn sie die Aufenthaltsdauer von einem Jahr nicht überschritt. Die zweite Gruppe waren die *dimmi*, sie entrichteten die Steuer und waren somit Untertan_innen des Osmanischen Reichs. Die letzte Gruppe waren Gefangene, welche italienischer, griechischer oder armenischer Herkunft waren und bei der Eroberung Konstantinopels gefasst wurden. Sie mussten sich aus der Gefangenschaft frei kaufen.

Aufgrund von Verträgen des osmanischen Sultans mit europäischen Staaten durften Europäer_innen in Istanbul ansässig werden. Der erste dieser Verträge wurde um 1500 mit Venedig unterzeichnet und garantierte, dass bei Aufenthalt eines venezianischen Konsuls in Istanbul, dessen Landsleute problemlos einreisen konnten. Ähnliche Verträge wurden mit Frankreich abgeschlossen. Diese günstigen Verhältnisse förderten katholische Missionierungsbewegungen.³⁵

Die osmanische Regierung wollte „Sektenbildung“, das heißt, das Entstehen neuer Religionsgemeinschaften, vermeiden, um das Millet-System nicht zu gefährden. Das armenische Patriarchat nahm die katholische Missionierungstätigkeit als Bedrohung seiner Macht wahr. Deshalb wurde zu Beginn hart gegen die Missionar_innen vorgegangen und die Tätigkeit mit Haft oder Hinrichtung bestraft. Mit der Zeit wurde die Politik gegenüber Katholik_innen milder, bis im 19. Jahrhundert das katholische Millet gegründet wurde.³⁶

Der Sultan wollte auch nach Bewilligung des Millets keine weiteren Missionierungsversuche, diese wurden aber unter französischem Schutz fortgeführt, nachdem Frankreich das Protektorat über die Katholik_innen im Osmanischen Reich erklärt hatte.³⁷

1.3. Gerichtswesen und Zuständigkeitskonflikte

Da den einzelnen Millets die Jurisdiktion über ihre Mitglieder zustand, war das osmanische Gerichtswesen äußerst komplex. Es gab islamische Gerichte, die sowohl zivilrechtlich als auch strafrechtlich zwischen und über Muslim_innen entschieden. Richter waren dort die *ulamā*, islamische Rechtsgelehrte. Daneben gab es die kommunalen Gerichte, die in den einzelnen Millets zivil- und strafrechtlich für ihre Mit-

34 Reisinger, 29.

35 Reisinger, 30.

36 Reisinger, 31, 32.

37 Reisinger, 32.

glieder verantwortlich waren. Des Weiteren wurden gemischte Gerichte eingeführt, die va als Handelsgerichte dienten.³⁸

Nichtmuslim_innen konnten jedoch auch von einem islamischen Gericht verurteilt werden, wenn sie bspw eine Straftat, vor allem Mord, an Muslim_innen verübten oder in Handelsfragen, wenn Muslim_innen involviert waren. Diese Gerichte entschieden nach der Scharia auf die muslimische Beteiligte einen Eid schwören mussten. Für Christ_innen und Juden und Jüdinnen gab es zum Teil angepasste Eide, dennoch war es für Nichtmuslim_innen sinnvoll, muslimische Zeug_innen vorzubringen, da deren Aussage als glaubwürdiger eingestuft wurde.³⁹

2. Osmanisches Fremdenrecht

2.1. Konsularische Jurisdiktion

Europäer_innen war es möglich, längere Zeit im Osmanischen Reich zu verbringen und die eigene Staatsbürger_innenschaft zu behalten. Dies betraf va ausländische Händler_innen. Um den Handel zu fördern, wurde deren juristischer und wirtschaftlicher Status in der Frühen Neuzeit durch Kapitularien geregelt. Dabei handelte es sich um einseitige Zusagen des Sultans, die den Betroffenen jurisdiktionelle Privilegien oder Immunität gewährten.⁴⁰

Kapitularien wurden zum Teil Individuen garantiert, doch auch Zusammenschlüsse wie die deutsche Hanse oder Stadt-Staaten, zB Venedig, kamen in deren Genuss. Ausländische Repräsentanten wurden ausgewählt und erhielten Autorität über zivil- und strafrechtliche Fälle, welche die fremden Händler_innen betrafen.⁴¹

Als der osmanische Sultan *Süleyman der Prächtige* 1535 dem französischen König *François I.* kapitularische Privilegien verlieh, wurden diese zum Ersten Mal an einen anderen Souverän vergeben, dennoch handelte es sich um eine einseitige Zusage. Da die Souveränität im Osmanischen Reich einzig mit dem Sultan verbunden wurde, musste jeder neue Herrscher die Kapitularien erneuern. War ein Sultan der Meinung, eine gewisse Gruppe hätte ihre Privilegien missbraucht, so konnte er diese ändern oder zurücknehmen.⁴²

2.1.1. Kodifizierung der extraterritorialen Jurisdiktion in Form „ungleicher Verträge“

Im 18. Jahrhundert konsolidierte sich in Europa das Konzept der territorialen Souveränität. Privilegien, die das Osmanische Reich zuvor an Zusammenschlüsse wie die Hanse

38 *Slys*, Kapitel III.

39 *Faroqhi*, 35.

40 *Matuz*, Das Osmanische Reich, Grundlinien seiner Geschichte (2012) 123.

41 *Slys*, Kapitel III.

42 *Slys*, Kapitel III.

vergeben hatte, wurden nicht mehr als gültig angesehen, da deren Kompetenzen nun den Territorialstaaten zufielen. Das System der Kapitularien wurde jedoch aufgrund seiner Jahrhunderte währenden Praktizierung bereits als Gewohnheitsrecht angesehen. Die europäischen Staaten bemühten sich, dieses in Form von völkerrechtlichen Verträgen mit der Hohen Pforte zu positivieren.⁴³

1740 wurde etwa ein Vertrag zwischen Frankreich und dem Osmanischen Reich unterzeichnet, der die Jurisdiktion über französische Staatsbürger_innen im Reich regelte. Dieser Vertrag legte fest, dass nur konsularische Repräsentanten über französische Bürger_innen urteilen durften, was nach französischem Recht erfolgen sollte. In Fällen, in die osmanische Staatsbürger_innen involviert waren, sollte ein lokales Gericht, aber in Anwesenheit eines konsularischen Vertreters, entscheiden. Außerdem hatten die französischen Beteiligten Anspruch auf einen offiziellen Übersetzer. Kam es zu einem Konflikt zwischen Staatsangehöriger fremder Staaten, so sollte es keine Einmischung von osmanischer Seite geben, solange die Beteiligten dies nicht wünschten.⁴⁴

Der Vertrag mit Frankreich diente infolge als Vorbild für weitere völkerrechtliche Abkommen und innerhalb kurzer Zeit wurden ua mit Dänemark, Großbritannien, Österreich, Russland und etwas später auch den USA ähnliche Vereinbarungen getroffen.⁴⁵

Eine Folge dieser Verträge war die Erweiterung des ohnehin pluralistischen osmanischen Gerichtswesens um eine weiteren Gerichtstyp. Die meisten Staaten, denen das Recht auf Jurisdiktion zugesprochen wurde, etablierten eigene Gerichtshöfe und erweiterten in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts regelmäßig ihre Zuständigkeit. So wurde das Prinzip entwickelt, dass sich die Zuständigkeit nach der Zugehörigkeit des Klägers/der Klägerin richtet, was bewirkte, dass osmanische Beklagte vor ausländischen Gerichten landen konnten.⁴⁶

Gleichzeitig vergaben va europäische Staaten großzügig Staatsbürger_innenschaften an im Osmanischen Reich ansässige Christ_innen. Dies führte dazu, dass es sich 1880 bei 15 % der Einwohner_innen Istanbuls um „resident foreigners“⁴⁷ handelte.

2.1.2. Extraterritoriale Jurisdiktion als Bedrohung des Osmanischen Reichs

In den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts tolerierte die osmanische Regierung die Ausbreitung der extraterritorialen Jurisdiktion weitgehend. 1856, während der Friedensverhandlungen in Paris nach Ende des Krimkriegs, kritisierten osmanische Repräsentanten jedoch den Missbrauch des Systems und das Entstehen einer Vielzahl von Regierungen innerhalb ihrer eigenen. Der osmanische Vertreter *Ali Pasha*

43 Slys, Kapitel III.

44 Matuz, 123.

45 Slys, Kapitel III.

46 Slys, Kapitel III.

47 Hale, 14.

argumentierte, dass das System der extraterritorialen Jurisdiktion zu einer unüberschaubaren Vielzahl von Gesetzen führe und dass eine große Zahl der westlichen Richter parteiisch sei, was bewirke, dass Staatsbürger_innen europäischer Staaten öfter unbestraft blieben. Er behauptete außerdem, dass viele Osman_innen den osmanischen Gerichten entgehen würden, indem sie behaupteten, einem anderen Staat anzugehören.⁴⁸ Im Friedensvertrag von Paris wurde die Souveränität des Osmanischen Reichs offiziell anerkannt. Seine territoriale Souveränität zu gewährleisten, hätte jedoch bedeutet, die ungleichen Verträge bezüglich der extraterritorialen Jurisdiktion aufzuheben, wozu die europäischen Mächte nicht gewillt waren. Unter dem Vorwand das Rechtssystem des Osmanischen Reichs sei noch nicht „bereit“, die Fälle mit Auslandsberührung zu übernehmen, wurden umfassende Reformen verlangt und das System der konsularischen Jurisdiktion vorerst weitergeführt.⁴⁹

Mit Ausbruch des Ersten Weltkriegs machte das Osmanische Reich seine Neutralität ua von der Aufhebung der ungleichen Verträge abhängig und trat, als Großbritannien und die USA dieser Forderung nicht nachkamen, auf Seiten der Mittelmächte in den Krieg ein.⁵⁰

Es stellt sich die Frage, warum die Hohe Pforte im 18. Jahrhundert bereit war, die völkerrechtlichen Verträge mit den europäischen Mächten zu unterschreiben, welche der Stabilität des Reichs danach erheblichen Schaden zufügten.

Während das Osmanische Reich im 16. Jahrhundert in den Bereichen Militär, Technologie und Wirtschaft problemlos mit den europäischen Mächten mithalten konnte, befand es sich im 18. Jahrhundert in einer tiefen Krise. Um sich von dieser zu erholen, versuchte die osmanische Regierung laut dem englischen Politikwissenschaftler *William Hale*, sich eine Atempause zu verschaffen und militärische Konflikte zu vermeiden. Dies sei der Grund für eine vorsichtige Diplomatie gewesen, die zu der Unterzeichnung der ungleichen Verträge geführt hätte.⁵¹

Eine andere Möglichkeit, warum sich die Hohe Pforte erst 1856 gegen die extraterritorialen Verträge zu wehren begann, ist, dass die europäischen Händler_innen erst zu diesem Zeitpunkt als Bedrohung wahrgenommen wurden. Bis ins 18. Jahrhundert gelang es europäischen Händler_innen nicht, die Verteilungssysteme der osmanischen Kaufleute zu zerstören, oder für ihre Zwecke zu nutzen. Im 19. Jahrhundert gelangte im Zuge der Industrialisierung jedoch der Großteil des osmanischen Handels in europäische Hände.⁵²

Außerdem änderte sich der Charakter der konsularischen Jurisdiktion. Während sie in der Frühen Neuzeit als großzügige Zusage des osmanischen Sultans wahrgenommen

48 *Slys*, Kapitel III.

49 *Slys*, Kapitel III.

50 *Slys*, Kapitel III.

51 *Hale*, 14.

52 *Faroqhi*, 65.

wurde, empfanden es die europäischen Staaten im 19. Jahrhundert als Notwendigkeit ihre Bürger_innen vor dem „barbarischen“, muslimischen Recht zu schützen.⁵³

In den 1920er Jahren erhielt die Türkei aufgrund einer von *Kemal Atatürk* durchgeführten Rechtsreform Zivil- und Strafgesetzbücher, die an das westliche Rechtsverständnis angepasst waren. Grund für diese Annäherung an den Westen war zwar nicht ausschließlich, aber mit Sicherheit auch die extraterritoriale Jurisdiktion. Da der diplomatische Druck der europäischen Staaten und die jahrelange Anwesenheit ausländischer Jurist_innen, einen bedeutenden Einfluss auf das osmanische Rechtsdenken ausübte.⁵⁴

3. Ende des Millet-Systems

Das Millet-System veränderte sich im 19. Jahrhundert umfassend. Die Anzahl stieg bis 1914 auf 17 vom Sultan anerkannte Glaubensnationen und die vormals mitgliederreichen Millets verloren an Macht. Außerdem wurde die Bedeutung der Konfession durch die Entstehung nationalistischer Bewegungen zurückgedrängt.⁵⁵

Um 1840 kamen muslimische Flüchtlinge ins Reich, die vor Massakern und Unterdrückung in christlichen Herrschaftsgebieten Europas geflohen waren, was die wirtschaftliche Lage verschlechterte. Außerdem hegten die geflohenen Muslim_innen häufig eine Abneigung gegen Christ_innen, die sie unter muslimischen Osman_innen verbreiteten.⁵⁶

Aufgrund der Abspaltungen in den Balkangebieten veränderte sich das zahlenmäßige Verhältnis zwischen Christ_innen und Muslim_innen: Die Anzahl der Christ_innen schrumpfte.⁵⁷ Gleichzeitig stärkte die extraterritoriale Jurisdiktion und die Protektorate, die Russland und Frankreich über Christ_innen im Reich ausgesprochen hatten, diese wirtschaftlich.⁵⁸

Christ_innen wurden als Verräter_innen und Separatist_innen angesehen, während immer mehr Muslim_innen begannen, sich „türkisch zu fühlen“. Es kam zu blutigen Auseinandersetzungen zwischen Religionsgemeinschaften und Ethnien. Die osmanische Regierung wollte dem mit der Tanzimatreform entgegenwirken. 1856 wurde ein Reformedikt erlassen, das allen religiösen Minderheiten die gleichen Rechte zusprach. Das Milletssystem wurde aufgehoben und alle Staatsbürger_innen fielen unter dieselbe Gerichtsbarkeit.⁵⁹

53 Slys, Kapitel III.

54 Slys, Kapitel III.

55 Reisinger, 33.

56 Reisinger, 34.

57 Hale, 15.

58 Reisinger, 35.

59 Reisinger, 34.

Nationalistische Gruppierungen entwickelten sich dennoch weiter und 1908 wurde der Sultan von der *Bewegung der Jungtürken* dazu gezwungen, die zuvor ausgesetzte Verfassung neu zu verkünden.⁶⁰ 1923 wurde die türkische Republik gegründet.

Der ebenfalls 1923 unterzeichnete Vertrag von Lausanne regelte die Bedingungen zum Ende des Ersten Weltkrieges. Die Türkei vereinbarte darin mit Griechenland einen Bevölkerungsaustausch. Nur in gewissen Gebieten wie Istanbul durften griechisch-orthodoxe Bewohner_innen bleiben. 1,5 Millionen Christ_innen emigrierten daraufhin nach Griechenland. 500.000 Muslim_innen kamen in die Türkei. Die Transporte für diesen Austausch fanden auf Schiffen statt, die zu wenig Wasser und Essen mitführten und meist völlig überfüllt waren. Tausende Menschen kamen auf diesen Fahrten ums Leben.⁶¹

1915 fielen bis zu 1,5 Millionen Armenier_innen Massakern im Osmanischem Reich zum Opfer.⁶² Im selben Jahr kam es zu Massendeportationen von den in Anatolien lebenden Armenier_innen, die abermals tausende Tote forderten.⁶³ Bis heute sind sowohl das Verhältnis Armeniens zur Türkei als auch die türkischen Beziehungen zu Griechenland äußerst schwierig. Grund dafür sind ua die Ereignisse, die im Zuge des Zerfalles des Osmanischen Reichs stattfanden.

Nur wenige Christ_innen blieben in der Türkischen Republik. Für die griechisch-orthodoxen Christ_innen existierte das Patriarchat weiter, durfte jedoch nur mehr religiöse Angelegenheiten regeln.⁶⁴ *Mustafa Kemal Atatürk*, der erste Präsident der türkischen Republik brach mit den Institutionen und Regeln des Osmanischen Reichs und wollte die Türkei in einen säkularen Staat mit „europäischem“ Rechtssystem umbilden. Damit endete auch das komplexe und einzigartige osmanische Religions- und Fremdenrecht.⁶⁵

Anastasia Hammerschmied studiert Rechtswissenschaften und Geschichte an der Uni Wien und lebt momentan in Istanbul; anastasia_hammerschmied@gmx.at

60 *Reisinger*, 35.

61 *Reisinger*, 38.

62 *Staudt*, Strategien des Gehörtwerdens (2015) 5.

63 *Reisinger*, 36.

64 *Reisinger*, 38.

65 *Slys*, Kapitel III.

„Der Pass ist der edelste Teil von einem Menschen“¹

Über die Geschichte der passrechtlichen Erfassung

Nora Pentz

1. Einleitung

„Herr A. ist deutscher Staatsbürger und lebt seit einigen Jahren in Wien. Als er eines Nachmittags aus der U-Bahn steigt, gerät er in eine polizeiliche Kontrolle, die in der Station stattfindet. Herr A. und einige andere PassantInnen werden nach ihren Ausweisen gefragt [...]. Ihm fällt allerdings auf, dass nicht alle PassantInnen kontrolliert werden, sondern nur jene, die „nicht-österreichisch“ aussehen. Als er die PolizistInnen nach dem Grund für die Kontrolle fragt, wird ihm mitgeteilt, dass dies eine ‚Routinekontrolle‘ sei [...].“²

Im jährlichen Rassismusreport von ZARA finden sich häufig Fälle wie dieser, der als „racial profiling“ qualifiziert werden kann. „Ethnic/Racial Profiling“ liegt vor, „[...] wenn die Entscheidung darüber, Polizeibefugnisse auszuüben ausschließlich oder überwiegend auf teilweise zugeschriebenen, vermeintlichen Eigenschaften wie der ethnischen Herkunft, Hautfarbe oder Religion einer Person basiert.“³ Dabei kann es sich um bewusst schikanöses, ebenso wie um unreflektiert rassistisches Verhalten seitens der Exekutivbeamt_innen handeln. Unter den möglichen behördlichen Zwangsmaßnahmen ist die Ausweiskontrolle aus juristischer Sicht zwar noch vergleichsweise wenig eingriffsintensiv, dennoch wird durch derartige Kontrollen der Status quo rassistisch motivierter Ausschlüsse beständig perpetuiert: Wer sieht „österreichisch“ genug aus, um nicht allein aufgrund des Aussehens, dem Aufenthaltsort, der verwendeten Sprache etc einer polizeilichen Amtshandlung unterzogen zu werden? Die Kontrolle der Ausweispapiere nimmt so die Funktion eines „Platz-Anweisers“ ein, der allen Teilnehmenden und Beobachtenden deutlich macht, wer unhinterfragt als Teil der Nation angesehen wird und wessen Aufenthaltsberechtigung weiterhin unter der Bedingung behördlicher Genehmigungen steht.

1 Brecht, Über Pässe, in Flüchtlingsgespräche (2000) 1.

2 ZARA, Rassismusreport (2014) 31 Fall 34.

3 Grabovac/Millner, Zur Kritik des Ethnic Profilings in der Polizeiarbeit, juridikum 2015, 321.

Regelungen wie § 34 FPG⁴, die die fremdenpolizeiliche Identitätsfeststellung regeln, überlassen den Anwender_innen einen weiten Spielraum. Die ex ante Einschätzung der tätigen Beamt_innen über den potentiell „rechtswidrigen Aufenthalt“ einer Person im österreichischen Staatsgebiet ist ausschlaggebend für die Vornahme einer Identitätsfeststellung. Parallel dazu verlor das Ausweisdokument für EU-Bürger_innen in den letzten Jahrzehnten durch die Abschaffung regulärer Grenzkontrollen innerhalb der EU beständig an Bedeutung. Ob sich dies angesichts „baulicher Maßnahmen“ oder Präventionsmaßnahmen gegen Terroranschläge in den nächsten Jahren verändern wird, bleibt vorerst offen.

Das staatliche Interesse zu dokumentieren und zu überprüfen, wer „fremd“ ist und wer nicht, ist jedoch keine Erfindung des 21. Jhs, sondern historisch gewachsen und stets Ausdruck gesellschaftlicher Strukturen. Der moderne Staat, der als Nationalstaat konzipiert ist, baut notwendigerweise auf der Unterscheidung zwischen *Staatsbürger_innen* und „*Fremden*“ auf und verfügt über das Monopol, die Kontrolle über Migration auszuüben.⁵ Identifikationspapiere, wie bspw Reisepässe, Ausweise, Asylkarten etc sind Werkzeuge, um diese Kontrolle effektiver zu gestalten. Zugleich sind sie aber mehr als das, da Entscheidungen darüber, wer „illegal aufhältig“, „kriminell“ oder „verdächtig“ ist, von rassistischen Annahmen der Amtshandelnden geprägt sein können und insofern nicht der Rechtsstatus einer Person das ausschlaggebende Element für eine Kontrolle ist.

Der folgende Beitrag beleuchtet Spuren der Erfassung des „Fremdseins“ in und durch Pässe und Ausweise sowie deren Kontrolle durch Staatsorgane in der österreichischen Geschichte. Keinesfalls kann dieser Artikel eine vollständige Chronologie des österreichischen Passwesens liefern, vielmehr soll der Fokus auf ausgewählte historische Momente der österreichischen Geschichte gerichtet werden, um daraus einige Thesen über Kontinuitäten und tragende Prinzipien abzuleiten.

2. „Fremdsein“ gestern und heute

Zunächst ist anzumerken, dass die gesellschaftlich verbreiteten sowie die rechtlichen Auffassungen darüber, wer als „fremd“ gilt nicht stabil sind, sondern historisch schwanken. Deutlich von heutigen Konzeptionen abweichende Vorstellungen waren etwa in der Habsburger Monarchie vorherrschend. Relevante Kategorien, die es zu unterscheiden galt, waren etwa das Heimatrecht im 18. und 19. Jh, das die Zugehörigkeit eines Individuums zu einer Gemeinde regelte und insbes im Fall der Verarmung der Person bedeutungsvoll wurde, da eben diese Gemeinde für die Versorgung ihres Mitgliedes zu sorgen hatte⁶ sowie auf der anderen Seite die Staatsbürger_innenschaft, die

4 BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2015/70.

5 Torpey, *The Intervention of the Passport. Surveillance, citizenship and the state* (2001) 5.

6 Reiter, *Ausgewiesen, Abgeschoben. Eine Geschichte des Ausweisungsrechts im Österreich vom ausgehenden 18. Jahrhundert bis ins 20. Jahrhundert* (2000) 26ff.

lange Zeit im Vergleich zum Heimatrecht eher geringere Bedeutung hatte, da ihr die Zugehörigkeit zu einer Gemeinde zugrunde lag.⁷ Das Heimatrecht erfüllte insofern insbes ökonomische bzw fürsorgerechtliche Funktionen, und war durch den weitgehenden Ausschluss von Juden und Jüd_innen, tw von Frauen sowie von als Vagabund_innen bezeichneten Personen sowohl durch sexistische als auch antisemitische Gesellschaftsstrukturen geprägt.⁸

Mit der Gründung Deutsch-Österreichs erwarben grundsätzlich all jene, die am 30. Oktober 1918 über ein gültiges Heimatrecht auf deutsch-österreichischem Gebiet verfügten ipso iure die deutsch-österreichische Staatsbürger_innenschaft, wobei es ua auch ein negatives Optionsrecht zugunsten einer anderen Staatsangehörigkeit gab.⁹

Im Nationalsozialismus verschwand das bis dahin zentrale Institut des Heimatsrechts aus der österreichischen Rechtsordnung.¹⁰ Im Mai 1938 wurde die Erste Verordnung zum Reichsbürgergesetz gemeinsam mit den Nürnberger Rassegesetzen kundgemacht, die die juristischen Kategorien der „Reichsbürger“ und „Staatsangehörigen“ einführt, wobei ersteres der rechtliche Status jener Menschen war, die nach den Nürnberger Gesetzen als „arisch“ galten.¹¹ Aufgrund von Umsetzungsschwierigkeiten wurde in der Praxis jedoch bis 1939 nach der Rechtslage von 1925 vorgegangen.¹²

Weitere Veränderungen im Verständnis von „Fremdheit“ und Zugehörigkeit brachte die Europäische Union und die damit einhergehenden Bestimmungen über die „Unionsbürgerschaft“ wie bspw das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit oder die Personenfreizügigkeit.

3. „Passare portas“ – Berechtigungsscheine und „zaichen“

Die heute selbstverständliche Verknüpfung von Pässen mit der Staatsangehörigkeit ihrer Träger_innen ist relativ jung und etwa auf die Mitte des 19. Jhs zu datieren.¹³ Der erste Beleg für einen „Fremdenreisepass“ in Österreich geht auf 1801 zurück.¹⁴ Zuvor wurden als „Pass“ obrigkeitliche Bescheinigungen und Genehmigungen für Individuen in Bezug auf einzelne Unternehmungen, wie bspw Gesundheitszeugnisse oder Pilger_innenbescheinigungen bezeichnet. Ein Pass war also idR Beleg für ein Privileg der Träger_in und Ausdruck einer gewissen Ausnahmestellung, die dieser_m von der

7 *Wendelin*, Schub und Heimatrecht, in *Heindl/Saurer* (Hrsg), Grenze und Staat. Paßwesen, Staatsbürgerschaftsrecht, Heimatrecht und Fremdengesetzgebung in der österreichischen Monarchie (1750-1867) (2000) 215.

8 *Burger*, Heimatrecht und Staatsbürgerschaft österreichischer Juden. Vom Ende des 18. Jahrhunderts bis in die Gegenwart (2014) 19.

9 *Reiter*, Geschichte 322.

10 *Burger*, Heimatrecht 153.

11 Verordnung über die Einführung der Nürnberger Rassengesetze im Lande Österreich, RGBl 1938/83.

12 *Burger*, Heimatrecht 153.

13 *Groebner*, Der Schein der Person. Steckbrief, Ausweis und Kontrolle (2004) 8.

14 *Burger*, Das Paßwesen, in *Heindl/Saurer* (Hrsg), Grenze und Staat. Paßwesen, Staatsbürgerschaftsrecht, Heimatrecht und Fremdengesetzgebung in der österreichischen Monarchie (1750-1867) (2000) 77.

jeweiligen Obrigkeit eingeräumt worden war.¹⁵ Ein Beispiel für ein spätmittelalterliches Vorläufermodell der eher aus Filmen bekannten „Dienstmarke“ waren die in Europa verbreiteten „zaichen“ aus Blech, Stoff oder Leder, die als Beweis für ein Dienstverhältnis zur fürstlichen oder städtischen Herrschaft dienten.¹⁶

Diese Konzeption von Identitätspapieren kann zum einen als Ausdruck feudaler und damit stark personalisierter Herrschaftsverhältnisse wie der Leibeigenschaft, zum anderen auch als Folge der geringeren bürokratischen Durchdringung der Gesellschaft gesehen werden.

Angesichts der geringen Ausprägung von Staatlichkeit und von zentralen behördlichen Strukturen wurde die Bevölkerung generell zu einem viel geringeren Grad als heute behördlich erfasst. So wurde erstmals 1754 unter *Maria Theresia* eine Volkszählung abgehalten, mittels derer Alter, Familienstand und Geschlecht erhoben wurden.¹⁷

4. Die Entwicklung des Nationalstaats im 19. Jahrhundert

Die Entwicklung des heutigen Konzepts der Pässe hängt eng mit dem Aufkommen und der Verfestigung nationalstaatlicher Strukturen und den sich daraus ergebenden veränderten Herrschaftskonzeptionen zusammen. Das 19. Jh war gleichzeitig geprägt von der Konsolidierung österreichischer Staatlichkeit nach dem Wiener Kongress 1815 auf der einen und vormärzlichem Absolutismus und damit einhergehender Verpolizeilichung auf der anderen Seite.¹⁸ Auch die Trennung zwischen Staatsbürger_innen und Nicht-Staatsbürger_innen erlangte mit zunehmender Ausprägung nationalstaatlicher Strukturen an Bedeutung, was sich beispielsweise etwa an der verschärften Ausdifferenzierung zwischen österreichischen und „fremden“ Armen zeigte.¹⁹ So waren Identifikationspapiere im 19. Jh ein wichtiges Instrument zur Repression von so genannten „Vagabunden“.

Diese Entwicklung der Ausdifferenzierung und Kontrolle war dabei ein europäisches Phänomen. Im Kontext stärker werdender Ablehnung gegenüber Menschen ohne festen Wohnsitz wurde bspw in Frankreich der „carnet anthropométrique“ als besonderer Pass eingeführt, der der Identifikation der Nicht-Sesshaften diene und Aufschluss über die zurückgelegten Strecken geben sollte. Die dadurch angeregte Diskussion, ob lediglich nicht-französische Arme von dieser Verpflichtung umfasst seien, führte zu einer rassistischen Ausdifferenzierung zwischen „französischen“ und „fremden“ Herumziehenden, denen von nun an die Staatsbürger_innenschaft verwehrt blieb. Die Bertillonage, eine Technik der Identifizierung bei der das Gesicht und Gliedmaßen von

15 *Burger* in *Heindl/Saurer* 85f.

16 *Groebner*, *Schein* (2004) 36.

17 *Teibenbacher/Kramer/Göderle*, *An Inventory of Austrian Census Materials* (2012) 2.

18 *Burger* in *Heindl/Saurer* 14f.

19 *Thurner*, *Roma in Österreich, österreichische Romapolitiken. Weichenstellungen in der 2. Republik*, in *Härle et al* (Hrsg.), *Romane Thana. Orte der Roma* (2015) 51f.

Menschen vermessen wurde, um sie wiederzuerkennen, lieferte in diesem Fall die „racial indicators“ die dieser Gesetzgebung inhärent waren.²⁰

Erwähnenswert ist in diesem Kontext auch die Weiterentwicklung der in Österreich verwendeten Kategorie der „bedenklichen Menschen überhaupt“, womit grob zusammengefasst all jene gemeint waren, die keiner gesellschaftlich anerkannten Tätigkeit nachgingen, wie zB Musikant_innen, so genanntes fahrendes Volk oder Schausteller_innen, die im 18. Jh in Wien mittels „Künstlerausweisen“ registriert wurden. War im 18. Jh noch die Rede von „Arbeitsscheue“ und „Heimatlosigkeit“, wurde im 19. Jh zunehmend der Begriff „Zigeuner“ verwendet. Nachdem bereits das Reichsschubgesetz 1871 ua die Abschiebung heimatloser, mittel- und ausweisloser Personen sowie umherziehender Staatsbürger_innen angeordnet hatte,²¹ wurden die Gemeinden 1889 sogar dazu angewiesen, Evidenzen über die als „Zigeuner“ bezeichneten Personen anzulegen.²²

Reisen war bis ins 19. Jh auch für Untertan_innen der Monarchie mit großen bürokratischen Hürden verbunden. Zwar durften sich Adelige in sämtlichen Ländern der Monarchie frei und ohne Pass bewegen, alle übrigen benötigten bereits zum Verlassen ihres Kreises eine obrigkeitliche Genehmigung.²³ Auch galt ein System der Inlandsvidierung, dh dass Reisende ihre Pässe entlang der vorgeschriebenen Reiseroute in den Polizeidirektionen und Kreisämtern vorzulegen hatten.²⁴

Ab Mitte des 19. Jhs erfuhr das Passrecht eine weitgehende Liberalisierung. Einen Meilenstein stellte dabei die Dresdner Konvention vom 21.10.1850 dar, die in den deutschen Staaten das System der für einzelne Reisen beantragten Pässe zugunsten von Passkarten, die jeweils ein Jahr gültig waren, ablöste.²⁵ Auch Österreich trat der Konvention 1859 bei und etablierte ein ähnliches System, wodurch Reisen für StaatsbürgerInnen mittels einer Passkarte in allen Vertragsstaaten möglich wurde.²⁶ Reisende Staatsbürger_innen wurden von der bis dahin bestehenden Passpflicht im Landesinneren weitgehend befreit. So lautete § 1 der Kaiserlichen Verordnung vom 9.2.1857: *„Alle Paßrevisionen haben sich zukünftig auf die Gränze [sic] des Staatsgebietes zu beschränken, es hat daher im Inneren desselben von den bisherigen Vorweisungen, Vidierungen und ämtlichen Hinterlegungen der Reisepässe an bestimmten*

20 Kaluszynski, Republican Identity: Bertillonage as Government Technique, in *Caplan/Torpey* (Hrsg), Documenting individual identity. The Development of State Practices in the Modern World (2001) 128ff.

21 § 1 Gesetz vom 27. Juli 1871 in Betreff der Regelung der polizeilichen Abschaffung und des Schubwesens, RGBl 88/229.

22 Weigl, Fremdmachung und Entrechtung, Der polizeiliche Ordnungsbegriff „Zigeuner“ in Österreich 1918-1938, in *Härle et al* (Hrsg) 54f.

23 *Burger* in *Heindl/Saurer* 11f.

24 *Burger* in *Heindl/Saurer* 20.

25 *Claes*, Passkontrolle (2010) 45.

26 *Claes*, Passkontrolle 45.

*Orten abzukommen.*²⁷ Ausländer_innen benötigten weiterhin einen Pass bei der Einreise.

Generell war das 19. Jh einerseits von einer Intensivierung der Kontrolle über die Bevölkerung und andererseits von einer Liberalisierung geprägt. Pässe schienen im Europa Ende des 19. Jhs jedenfalls nicht als probates Mittel diese Kontrolle auszuüben.²⁸

5. Vermessen, Aufzeichnen, Registrieren – Die Identifizierbarmachung der Person

Auch die technischen Mittel, die es ermöglichten eine Person präzise wiederzuerkennen, wurden um die Jahrhundertwende wesentlich weiterentwickelt. Die Techniken der Identifizierung wurden dabei größtenteils zur Verbesserung der kriminalistischen Ermittlungsmethoden entwickelt, wobei insbes die Wiedererkennung von Rückfallstäter_innen Motivation hinter den Forschungstätigkeiten war.²⁹ Die Identifikationstechniken fanden jedoch auch im Passwesen ihre Anwendung.

Die Ausgestaltung der Pässe bestand bis dahin hauptsächlich in mehr oder weniger detaillierten schriftlichen Beschreibungen des Äußeren der Inhaber_innen. 1801 wurde die Ausgestaltung von Pässen erstmals vereinheitlicht, indem alle passausstellenden Behörden verpflichtet wurden, dieselbe Vorlage zu verwenden, in der Alter, Statur, Gesicht, Haare, Augen und Nase der Inhaber_innen verbal beschrieben wurden.³⁰ Da die ersten Pässe vor allem „Passierscheine“ waren, die für eine konkrete Reise zu einem konkreten Zeitpunkt über eine konkrete Route ausgestellt wurden, war die Identifizierung der Träger_innen von geringerer Relevanz, die Versuche, sie zur vereinheitlichen und genauer auf die Person zuzuschneiden, zeigen eine Tendenz hin zum Ausweis personaler Identität.

Zunächst machte es den Anschein, als würde die Methode der Bertillonage, eine Technik bei der die Körperteile der Person vermessen wurden und die Daten in Karteikarten eingetragen wurden, die exaktesten und deshalb vielversprechendsten Ergebnisse liefern. Längerfristig setzte sich aufgrund ihrer noch größeren Präzision sowie dem geringeren technischen und bürokratischen Aufwand die Daktyloskopie, dh die Aufzeichnung von Fingerabdrücken, durch.³¹

An dieser Stelle ist auch auf die Rolle, die jene Technologien in Bezug auf die pseudowissenschaftliche Untermauerung rassenbiologischer Ungleichheit einnahmen, hinzuweisen. So sollten bspw die Vermessung und fotografische Abbildung von „Vagabunden“ und „Kriminellen“ einen Beleg für deren biologische Minderwertigkeit liefern.³²

27 Kaiserliche Verordnung vom 9. Februar 1857, RGBl 1857/31.

28 *Torpey*, Intervention 111.

29 *Vec*, Die Spur des Täters. Bertillonage, Daktyloskopie und Jodogramm. *juridikum* 2001, 94.

30 *Burger in Heindl/Saurer* 5.

31 *Vec*, Spur 91.

32 *Teschler-Nicola*, Evidenzen der „Zigeunerforschung“ in den Sammlungsbeständen der Anthropologischen Abteilung des Naturhistorischen Museums, in *Härle/et al* (Hrsg) 61ff.

6. Der 1. Weltkrieg

Die Liberalisierung des Passwesens, die sich auf ganz Europa erstreckte, nahm mit dem 1. Weltkrieg ein abruptes Ende. Unter Rückgriff auf „Notfallklauseln“ in den geltenden Passgesetzen wurden schrittweise Beschränkungen wieder eingeführt und zum Teil erweitert. Unter der Prämisse der Vorläufigkeit wurde dabei ein System geschaffen, das in seinen Eckpfeilern bis heute besteht³³. Ausschlaggebend war neben den veränderten Sicherheitsanforderungen im Kriegszustand wohl vor allem der aggressive Nationalismus des beginnenden 20. Jhs, wofür insbes die Trennung zwischen Staatsbürger_innen und Nichtstaatsbürger_innen an Bedeutung gewann. Zusätzlich versuchten die Staaten übermäßige Abwanderung insbes potentieller Soldaten sowie den Abfluss von Vermögen zu verhindern.

Ab September 1916 wurde der Passzwang für In- und Ausländer_innen wieder eingeführt, auch musste der Zweck jeder Reise im Pass eingetragen werden.³⁴ Ausländer_innen waren zudem verpflichtet ihren Pass bei der Gemeinde zu hinterlegen, sobald sie sich länger als 24 Stunden dort aufhielten, ein Zuwiderhandeln konnte mittels Abschiebung sanktioniert werden.³⁵

7. Der Nationalsozialismus

Zeichen, die den Status einer Person widerspiegeln sollten, spielten im Nationalsozialismus eine große Rolle, erleichterten die intensive Überwachung verfolgter Bevölkerungsgruppen und beförderten deren Stigmatisierung und Ausgrenzung. *Thomas Claes* benennt drei für die nationalsozialistische Politik typische Ziele der Ausweis- und Passpolitik: 1. die Erfassung der Wehrpflichtigen zur Kriegsvorbereitung, 2. die umfassende Überwachung der gesamten Bevölkerung und 3. die Implementierung eines diskriminierenden Sonderrechts geltend für bestimmte Bevölkerungsgruppen.³⁶

Ab Oktober 1938 wurden Juden und Jüdinnen, die Staatsangehörige waren, dazu verpflichtet, bis Jahresende eine Kennkarte bei der zuständigen Polizeibehörde zu beantragen.³⁷ Diese Kennkarte hatten sie auf Verlangen jederzeit vorzulegen und auch bei Behördenanträgen unaufgefordert vorzulegen und „auf ihre Eigenschaft als Jude hinzuweisen“.³⁸ Die zugeschriebene Eigenschaft „Jude/Jüdin“ wurde so durch eigens ge-

33 *Torpey*, Intervention 112.

34 § 2 Verordnung des Gesamtministeriums, womit weitere beschränkende polizeiliche Anordnungen für Reisen aus oder nach Österreich erlassen werden, RGBl 1916/329.

35 § 6 Verordnung des Gesamtministeriums, womit weitere beschränkende polizeiliche Anordnungen für Reisen aus oder nach Österreich erlassen werden, RGBl 1916/329.

36 *Claes*, Passkontrolle 67.

37 § 1 Kundmachung des Reichsstatthalters in Österreich, wodurch die Dritte Bekanntmachung über den Kennkartenzwang vom 23. Juli 1938 bekanntgemacht wird, RGBl 1938/327.

38 § 2 Kundmachung des Reichsstatthalters in Österreich, wodurch die Dritte Bekanntmachung über den Kennkartenzwang vom 23. Juli 1938 bekanntgemacht wird, RGBl 1938/327.

schaffene Dokumente markiert und die Betroffenen bei sonstiger Sanktionierung verpflichtet, die nationalsozialistische Rassenpolitik selbst öffentlich nach außen zu tragen und zu reproduzieren. Die Kennzeichnungspflicht für Juden und Jüdinnen wurde in den darauffolgenden Monaten sukzessive verschärft: Zunächst wurde die Führung der Vornamen „Sarah“ bzw „Israel“ verpflichtend, danach wurde ein rotes „J“ in ihre Reisepässe gestempelt. Der „Judenstern“ stellte wohl die schärfste Form der Sichtbarmachung von „Nicht-Zugehörigkeit“ dar.³⁹ Auch die Systeme der Kennzeichnung in den Konzentrationslagern durch farbige „Winkel“, die die Häftlingskategorie darstellen sollten, eintätowierte Nummern etc⁴⁰ schrieb den Betroffenen ihre zugeschriebene Identität, die zu Verfolgung, Zwangsarbeit und Tod führte, buchstäblich in die Haut.

8. „Fremdenausweise“ nach 1945

Das Fremdenrecht wies bis in die 1980er eine vergleichsweise geringe Regelungsdichte auf, was definitiv nicht an der mangelnden Relevanz von Migrationspolitik lag, wie die sogenannten „Gastarbeiterabkommen“ zeigen. Ab 1990 gab es jedoch nahezu jährlich Novellen der entsprechenden Gesetze. Auffällig ist dabei die Tendenz hin zur Schaffung eigener Gesetze, die ausschließlich auf „Fremde“ anzuwenden sind. Waren die Bestimmungen über Fremdenpässe 1969 noch im Passgesetz zu finden⁴¹, wurden die entsprechenden, häufig wortgleichen Regelungen 1992 im Fremdenengesetz untergebracht.⁴² Mit zunehmender Komplexität des Fremdenrechts im Allgemeinen kam es auch zu einer Ausdifferenzierung der Identitätspapiere. Als Beispiel ist die Asyldurchführungsverordnung zu nennen, die verschiedenen Verfahrenskarten für Asylsuchende, die über deren Verfahrensstand Aufschluss geben, regelt.⁴³

Im Bereich des Asylwesens spielt die Erhebung erkennungsdienstlicher Daten schon länger eine wichtige Rolle, als bei Reisepässen von Staatsbürger_innen. Der Anwendungsbereich für die Erhebung und Verwendung sogenannter „erkennungsdienstlicher Daten“ (dh die Abnahme von Fingerabdrücken, Fotos etc) im asylrechtlichen Bereich wurde beständig erweitert. Waren die Maßnahmen 1992 ua dann zulässig, wenn der Verdacht vorlag, dass gegen die antragstellende Person unter anderem Namen ein Aufenthaltsverbot vorlag, so sieht die heutige Rechtslage grundsätzlich die erkennungsdienstliche Behandlung bei Stellung eines Antrags auf internationalen Schutz vor.⁴⁴

39 *Burger*, Heimatrecht 149.

40 *Sofsky*, Die Ordnung des Terrors (1999) 138.

41 Vgl § 8 PassG, BGBl 1969/422.

42 Vgl §§ 55ff FrG, BGBl 1992/838.

43 § 3 AsylG-DV, Anlage B, BGBl II 1997/428.

44 § 24 BFA-VG, BGBl I 2012/87.

9. Schlussbemerkungen

Abschließend lässt sich aus dieser skizzenhaften Geschichte der Fremdenausweise zunächst sehr allgemein ableiten, dass weder die Grenzziehung zwischen „Fremden“ und „Eigenen“ noch das heutige System von Ausweisen und Pässen als Instrument zur flächendeckenden Identifizierbarkeit von Menschen ahistorisch sind, sondern sich fortwährend verändern und hinsichtlich ihrer konkreten Ausprägungen starken Schwankungen unterliegen. Zentrale Parameter sind hierbei va das reale Vorhandensein bzw das diskursive Heraufbeschwören eines Kriegszustandes, wie die verschärfte Kontrollpolitik im 1. Weltkrieg zeigt. Dabei steht die Wirkmächtigkeit derartiger Sicherheitsdiskurse im Kapitalismus in einem Spannungsverhältnis zur Notwendigkeit eines möglichst unbeschränkten Verkehrs von Kapital, Waren und auch Personen, als Arbeitskräfte sowie Konsument_innen. So sollten die Schengener Übereinkommen nicht bloß als ideologische Stütze für eine neu zu schaffende „europäische Identität“ dienen, sondern auch Einsparungen durch eine Reduktion der Kosten für Grenzposten⁴⁵ sowie erleichterte Bewegungsfreiheit für Konsument_innen und Tourist_innen mit sich bringen. Ein zu hohes Maß an Kontrollen wäre insbesondere für den europäischen Binnenmarkt hinderlich, dennoch sind derartige Gesichtspunkte nicht die einzigen, die über die Existenz von Grenzkontrollen entscheiden, wie aktuelle Debatten über das Schengenregime deutlich machen, in denen Migration vorrangig als sicherheitspolitische Frage verhandelt wird.

Abschließend lässt sich sagen, dass Regelungen, Papiere und Register die zur Identifizierung einer Personen dienen wohl selten ausschließlich pragmatischen Überlegungen hinsichtlich einer besseren Beschreibbarkeit einer Person geschuldet sind, sondern, wie es *Valentin Groebner* formuliert, wesentlich vom „*Prinzip der Negation*“⁴⁶ getragen sind, und insofern Aufschluss über die Anerkennung und die Privilegien einer Person in einem Kollektiv geben.

Nora Pentz studiert Rechtswissenschaften an der Universität Wien; npentz@gmail.com

45 *Pudlat*, Schengen. Zur Manifestation von Grenze und Grenzschutz in Europa (2013) 159.

46 *Groebner*, Schein 176.

Die E-Control – Behörde zwischen Demokratie und Sachverstand

Zur demokratischen Legitimierung einer Regulierungsbehörde

Luka Samonig

1. Einleitung

Die Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control) ist eine Anstalt öffentlichen Rechts.¹ Organisation und Aufgaben sind im E-Control-Gesetz geregelt. Sie ist jene Regulierungsbehörde, die in Österreich für die Erhaltung und Stärkung des Wettbewerbs zwischen am Markt tätigen Energieunternehmen zuständig ist und dabei insb garantieren soll, dass gleichzeitig auch Versorgungssicherheit und Nachhaltigkeit der Energieversorgung sichergestellt werden.² Dazu legt sie bspw die Bedingungen der Marktteilnahme und die Nutzungsentgelte für das Infrastrukturnetz fest.³ Um die Einhaltung des Wettbewerbs zu gewährleisten, ist die Unabhängigkeit der E-Control von allen Marktteilnehmenden – auch vom Staat – erforderlich. Die vom (Unions-)Gesetzgeber ursprünglich verlangte Unabhängigkeit war zunächst eine relative, dh die Behörde musste vom Staat nur im Rahmen der Erwerbswirtschaftsverwaltung unabhängig sein.⁴

Seit der Erlassung des Dritten Energiepakets der EU im Jahr 2009⁵ ist jedoch eine absolute Unabhängigkeit der Energieregulierungsbehörde gefordert.⁶ Absolute Unabhängigkeit meint, dass die Behörde nicht nur in jenen Bereichen, in denen der Staat als Unternehmer tätig ist, unabhängig sein soll (zB als staatlicher Stromanbieter), sondern auch dort, wo der Staat mit Hoheitsgewalt auftritt. Sprich: die EU fordert nicht nur eine marktbezogene,

1 § 2 E-Control-G idF BGBl I 2013/174.

2 So auch die Selbstbeschreibung des „Unternehmens“ E-Control: www.e-control.at/econtrol (8.11.2015).

3 §§ 4, 21, 24 E-Control-G idF BGBl I 2013/174.

4 Art 25 Abs 1 RL 2003/54/EG (Vorgängerrichtlinie): „Diese Behörden müssen von den Interessen der Elektrizitätswirtschaft vollkommen unabhängig sein.“; *Stöger*, Gedanken zur institutionellen Autonomie der Mitgliedstaaten am Beispiel der neuen Energieregulierungsbehörden, ZÖR 2010, 247 (258).

5 VO (EG) 713/2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden; VO (EG) 714/2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der VO (EG) 1228/2003; VO (EG) 715/2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der VO (EG) 1775/2005; RL 2009/72/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der RL 2003/54/EG; RL 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der RL 2003/55/EG; alle ABl L 2009/211.

6 Art 35 Abs 4 RL 2009/72/EG: „rechtlich getrennt und funktional unabhängig von anderen öffentlichen Stellen“; *Stöger*, ZÖR 2010, 259.

sondern auch eine politische Unabhängigkeit. Ziel der EU ist dabei die Unabhängigkeit von „kurzfristigen politischen Interessen“, welche bislang in den Augen der Europäischen Kommission nicht gewährleistet war,⁷ sowie die Verwirklichung des Leitbilds einer verwissenschaftlichten Fachverwaltung, die marktstrukturelle Entscheidungen entpolitisiert.⁸ Diese Marschrichtung ist speziell bei der E-Control zu beobachten; bei der Telekommunikationsregulierungsbehörde sind die Unabhängigkeitsanforderungen (noch) vergleichsweise gering. Normiert ist bei letzterer keine rechtliche oder funktionelle, sondern lediglich eine strukturelle Trennung der Funktionen. MaW: Maßgeblich ist lediglich die Unabhängigkeit von jenen staatlichen Stellen, die die Vermögensverwaltung besorgen.⁹ Konkret bedeutet eine absolute Unabhängigkeit insbes die Ausgliederung der Behörde aus der Ministerialverwaltung, die Weisungsfreistellung ihrer Organe, die Einräumung von Rechtsetzungskompetenzen (zB zur Erlassung von Verordnungen) sowie die Gewährung bes Spielräume im Legalitätsprinzip in Form des so genannten „Regulierungsermessens“.¹⁰

Beim Staat verbleiben lediglich Unterrichts-, Kontroll- und Abberufungsrechte, durch welche die demokratische Legitimierung gewahrt werden soll. Dieses Phänomen wird als Ingerenz bezeichnet: Es handelt sich dabei um die Wahrung eines abgeschwächten Maßes an Einfluss des obersten Organs (dh des bzw der jeweiligen Bundesministers/in) auf die Behörde, damit dieses seiner verfassungsrechtlichen Verantwortlichkeit nachkommen kann.¹¹ Diese beschränkt sich hier konkret auf die Beaufsichtigung der unabhängigen E-Control. Der Staat verzichtet damit sowohl auf einen unmittelbaren demokratischen Legitimierungszusammenhang des behördlichen Handelns, als auch auf weitergehende Gestaltungsspielräume im Bereich der Energiepolitik.

Während Regulierungsbehörden wie die E-Control weitgehend dem (mitglied-)staatlichem Einfluss entzogen werden, erfolgt ihre engere Anbindung an die Europäische Kommission, welcher substanzielle Richtungskompetenzen eingeräumt wurden. So kann die Kommission Leitlinien erlassen, um bestimmte Vorschriften und Rechtsakte zu präzisieren. Diese Leitlinien sind etwa von der E-Control gem § 27 Abs 1 EControlG¹² zu beachten und durchzuführen, wobei die Einhaltung von der Kommission im Wege eines speziellen Verfahrens¹³ auch durchgesetzt werden kann. So kann die Kommission

7 KOM (2007) 528 endg, 9; KOM (2007) 529 endg, 9; KOM (2007) 530 endg, 10.

8 Gärditz, Europäisches Regulierungsverwaltungsrecht auf Abwegen, AöR 2010, 251 (276f).

9 Baumgartner, Weisungsfreistellung durch den einfachen Gesetzgeber (Art 20 Abs 2 B-VG) – Konsequenzen für die Wirtschaftsaufsicht durch Regulierungsbehörden, ZfV 2009, 742 (748); Leitl, Regulierungsbehörden im österreichischen Recht (2006) 130.

10 So ist bspw die Festlegung der Systemnutzungsentgelte gem § 49 Elektrizitätswirtschaftsorganisationsgesetz (ElWOG) BGBl I 110/2010 idF BGBl I 174/2013 durch die E-Control eine Planungsentscheidung, die der Behörde eine Abwägung zwischen unterschiedlichen Zielen des § 4 ElWOG abverlangt, wie zB der kostengünstigen Versorgung der Bevölkerung mit Elektrizität oder der Unterstützung der Weiterentwicklung erneuerbarer Energiequellen; Schneider, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften (2013) 190f mwN.

11 Umfassend: Horner, Ausgliederung und Ingerenz (2011) 13f.

12 IdF BGBl I 2013/174.

13 Art 39 RL 2009/72/EG bzw Art 43 RL 2009/73/EG, Abl L 2009/211.

im Endeffekt die Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörde widerrufen und diese hat ihre Entscheidung aufzuheben oder anzupassen.¹⁴ Es ist damit eine Behördenstruktur von organisatorisch mitgliedstaatlichen Regulierungsbehörden geschaffen, die von den Mitgliedstaaten selbst jedoch weitgehend unabhängig sind. Auf die unmittelbare Tätigkeit der Behörde können jene keinen Einfluss nehmen.¹⁵ Man kann in diesem Zusammenhang von einem „mittelbaren“ Vollzug von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten sprechen – die mitgliedstaatlichen Regulierungsbehörden im Energiebereich sind zwar in organisatorischer Hinsicht Organe der Mitgliedstaaten, werden jedoch funktionell für die Europäische Kommission tätig.¹⁶ Es liegt die Vermutung nahe, dass diese Entwicklung speziell im Energiebereich nur einen Zwischenschritt hin zu einem unionsunmittelbaren Vollzug darstellt.¹⁷

In diesem Zusammenhang ist primär jedoch nicht die zunehmende Kompetenzverlagerung auf Unionsebene zu kritisieren, sondern vielmehr das damit einhergehende Defizit an demokratischer Legitimierung. Letztere ist in der Union – speziell in Bezug auf die Kommission – nach wie vor geringer ausgeprägt als auf mitgliedstaatlicher Ebene.¹⁸

Mit dieser Verschiebung im Zusammenspiel mit der politischen Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden geht das Aufkommen eines zunehmend technokratischen Demokratieverständnisses einher, welches Sachverstand als Ersatz für umfassende demokratische Legitimierung anerkennt.¹⁹

Damit wird der Weg für eine Argumentation eröffnet, die politische Fragen zu rein technischen Problemen erklärt und somit eine demokratische Entscheidungsfindung als unnötig erachtet, ja ihr geradezu Störpotential zumisst.

2. Weisungsfreistellung der E-Control

„Die Weisung vermittelt den Legitimationszusammenhang von direkt gewählten Volksvertretungen über die diesen verantwortlichen obersten Verwaltungsorgane bis hin zu den konkreten Verwaltungsentscheidungen.“²⁰ Nach dem Grundmodell der österreichischen Bundesverfassung herrscht nach Art 20 Abs 1 B-VG im Rahmen der Verwaltung prinzipiell Weisungsbindung. Das heißt, dass die verwaltungsführenden Organe den ihnen jeweils übergeordneten Organen für ihre Tätigkeit verantwortlich sind und Anordnungen Folge leisten müssen.

14 § 27 Abs 2 E-Control-G, BGBl I 2013/174; dazu krit *Schneider*, Regulierungsrecht 1351ff, der ein Spannungsverhältnis zum B-VG erkennt; vgl auch *Stöger*, ZÖR 2010, 263.

15 *Stöger*, ZÖR 2010, 264.

16 *Holoubek*, Die Neuorganisation der Energieregulierung, in *Storr* (Hrsg), Neue Impulse für die Energiewirtschaft (2012) 122f; *Lehofer*, Regulierung aus der Perspektive des Rechtsschutzes, in *B Raschauer*, Aktuelles Energierecht (2011) 121; *Gärditz*, AöR 2010, 268f mwN.

17 *Urbantschitsch*, Europäisierung der Energieregulierung, ÖJZ 2009, 849 (855).

18 So hat die einzige unmittelbar durch das Volk gewählte Institution – das EU-Parlament – vglw geringe Kompetenzen; vgl auch *Crouch*, Postdemokratie (2009) 137f.

19 Insb *Müller*, Das österreichische Regulierungsbehördenmodell (2011) 392ff; VfSlg 15.427/2000.

20 *Öhlinger*, Weisungsfreie Verwaltungsbehörden nach der B-VG Novelle BGBl I 2008/2, JRP 2008, 85 (88).

Der Weisungszusammenhang ist ein zentrales Element des Leitungs- und Verantwortungszusammenhangs, der für das Demokratiemodell der Verfassung systemprägend ist.²¹ Die Weisung begründet die inhaltliche Einflussmöglichkeit auf Entscheidungen der Verwaltung und damit eine Verantwortung für das Verwaltungshandeln. Gemeinsam mit der politischen und rechtlichen Verantwortlichkeit oberster Organe und den Disziplinarmaßnahmen gegenüber weisungsgebundenen OrganwallerInnen wird das verfassungsrechtliche System demokratischer Legitimation begründet.²² Durch die Weisungsfreistellung geht der demokratische Legitimierungszusammenhang grds verloren, weil die notwendige Verbindung zwischen Verwaltungshandeln, politisch verantwortlichem obersten Organ und Volksvertretung fehlt. Um diesen Verlust auszugleichen und den Legitimierungszusammenhang zu erhalten, sieht Art 20 Abs 2 B-VG als Ersatz Unterrichts- und Abberufungsrechte der obersten Organe vor, die alle unter den Begriff „angemessenes Aufsichtsrecht“²³ subsumiert werden. Fraglich ist, ob die Bestimmungen des E-Control-G der Verfassung genügen. Die E-Control²⁴ ist eine Anstalt öffentlichen Rechts²⁵. Ihre Einführung als solche geht auf die Umsetzung des Dritten Liberalisierungspakets durch das Energie-Control-Gesetz neu²⁶ zurück. Gem § 5 Abs 1 E-ControlG²⁷ hat die selbstständige Anstalt E-Control aus drei Organen zu bestehen, die bei ihr eingerichtet sind: Vorstand, Regulierungskommission und Aufsichtsrat. Diese Organe sind gem § 5 Abs 2 E-ControlG²⁸ weisungsfrei. Durch die Weisungsfreistellung der Behörde wird – iSd Art 35 der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie²⁹ – die Unabhängigkeit, einerseits von den zu regulierenden Marktteilnehmenden (arg: „unabhängig von Marktinteressen“) und andererseits vom Staat festgeschrieben. Der Grund für die Festschreibung absoluter Unabhängigkeit wird aus dem Erwägungsgrund 33 der Energiebinnenmarktrichtlinie nachvollziehbar: Offenbar war die „Effektivität der Regulierung vielfach aufgrund mangelnder Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden von der Regierung sowie unzureichender Befugnisse und Ermessensfreiheit“³⁰ eingeschränkt.

21 *B Raschauer in Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2000), Art 20 Abs 1 Rz 69 mwN.

22 *Lachmayer*, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung, JBl 2007, 750 (753).

23 *Schneider*, Regulierungsrecht 1195f mwN.

24 Grundlegend *N Raschauer/Schilchegger*, Organisationsrechtliche Probleme der neuen Energieregulierungsbehörden, in *Lienbacher/Wielinger* (Hrsg), JBÖffR 2011, 236ff.

25 Die Anstalt ist ein zweckgebundenes Verwaltungsvermögen, das durch das Vorherrschen nach außen hin sichtbarer technischer Einrichtungen charakterisiert wird und aus sich heraus die Eignung besitzen muss, bestimmte Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zu erfüllen; *N Raschauer/Schilchegger in Lienbacher/Wielinger*, 239; Ebd lehnen die Autoren die Qualifikation als Anstalt ab und sehen die E-Control als weisungsfrei gestelltes Amt iSd Art 77 Abs 1 B-VG an.

26 BGBl I 2010/110.

27 IdF BGBl I 2013/174.

28 IdF BGBl I 2013/174.

29 RL 2009/72/EG, Abl L 2009/211.

30 Ebd.

Die Weisungsfreistellung der E-Control führt grds zu einer Aufhebung der demokratischen Legitimierung, weil kein Legitimierungszusammenhang zwischen gewählter Volksvertretung und konkretem Verwaltungshandeln mehr besteht. Sie ist jedoch rechtlich vertretbar, wenn und soweit die Anforderungen der Ingerenz iSd Art 20 Abs 2 B-VG erfüllt werden, also Unterrichts- und Abberufungsrechte des obersten Organs (idR einE BundesministerIn) normiert werden und dieses Organ auch in der Lage ist, die eingeräumten Rechte auszuüben. Die obersten Organe sind somit nicht länger unmittelbar für das Handeln der Regulierungsbehörde verantwortlich, sondern lediglich für deren ordnungsgemäße Beaufsichtigung.

Die demokratische Legitimation jener, die die Entscheidungen treffen und jener, die dafür politisch verantwortlich sind, driftet zunehmend auseinander.³¹ Dieser Effekt ist aus demokratiepolitischer Sicht nicht wünschenswert. Im Ergebnis verliert die einzelne WählerInnenstimme an Gehalt, wenn die Regierung für das Handeln ihrer Verwaltung politisch nicht mehr im gleichen Maß zur Verantwortung gezogen werden kann. Die Verantwortlichkeit für die ordnungsgemäße Beaufsichtigung von Behörden ist schließlich schwächer ausgeprägt als ein unbedingtes Einstehen-müssen für jeden Verwaltungsakt.

3. Unterrichts-, Kontroll- und Abberufungsrechte

Wenn Organe iSd Art 20 Abs 2 B-VG weisungsfrei gestellt werden sollen, so verlangt das B-VG zur Gewährleistung der demokratischen Legitimierung im Gegenzug ein „angemessenes Aufsichtsrecht“. Das B-VG gibt in Art 20 Abs 2 ein Mindestmaß an Möglichkeiten vor: nämlich die Rechte des obersten Organs, sich einerseits umfassend über die Tätigkeit des weisungsfreien Organs zu unterrichten und andererseits, dieses aus wichtigem Grund abuberufen.

Die Ausgestaltung angemessener Aufsicht obliegt dem einfachen Gesetzgeber. Dabei sehen die Materialien vor, eine nach Tätigkeit und Bedeutung des weisungsfrei gestellten Organs abgestufte Ingerenz sicherzustellen.³² Die Aufsicht muss dabei einerseits so scharf sein, dass die Besorgung der übertragenen Aufgaben effektiv kontrolliert werden kann und darf andererseits aber nicht in eine Führung der Verwaltung iSd Art 20 Abs 1 B-VG umschlagen.³³ Um ausreichende demokratische Legitimierung sicherzustellen, ist entscheidend, dass die in Art 20 Abs 2 normierten Befugnisse auch tatsächlich ausgeübt werden.

3.1. Unterrichtsrecht

§ 5 Abs 3 E-ControlG³⁴ berechtigt den bzw die BMWFW dazu, sich über alle Gegenstände der Geschäftsführung und Aufgabenerfüllung der E-Control zu informieren.

31 *Lachmayer*, JBl 2007, 754 mwN.

32 ErläutRV 314 BlgNR 23. GP 8.

33 *Schneider*, Regulierungsrecht 1196.

34 IdF BGBl I 2013/174.

Dieses Unterrichtsrecht gem § 5 Abs 3 E-ControlG steht im Spannungsverhältnis zum Gebot der absoluten Unabhängigkeit.³⁵ Ein gleichartiges Unterrichtsrecht bestand nämlich gem § 38 Abs 2 DSG 2000³⁶ auch seitens des Bundeskanzlers bzw der Bundeskanzlerin (BK) gegenüber der ehemaligen Datenschutzkommission (DSK); diese muss nach der Datenschutz-RL³⁷ völlig unabhängig sein.

So hat der EuGH im Urteil zur Datenschutzkommission (DSK-Urteil) entschieden, dass das Kriterium der völligen Unabhängigkeit iSd Art 28 Abs 1 der Datenschutz-RL, insb aufgrund des unbedingten Unterrichtsrechts des bzw der BK, nicht erfüllt sei.³⁸ Dieses ist nach Ansicht des EuGH geeignet, den Status der DSK als Stelle, die über jeden Verdacht der Parteilichkeit erhaben ist, zu beeinträchtigen. Das Unterrichtsrecht des bzw der BK erzeuge bereits den Verdacht von Parteilichkeit.³⁹

Man kann einen Zusammenhang zwischen dem Urteil des EuGH zur DSK, der dafür grundlegenden Datenschutz-RL⁴⁰ und der Umsetzung des Dritten Liberalisierungspakets des Energiesektors herstellen.⁴¹ Folgt man der Argumentation des EuGH im DSK-Urteil und wendet sie zum Vgl auf die Elektrizitätsbinnenmarkt-RL bzw die Erdgasbinnenmarkt-RL an, so liegt der Schluss nahe, dass das Unterrichtsrecht des bzw der BMWFW gem § 5 Abs 3 E-ControlG geeignet ist, mittelbaren politischen Einfluss auf die E-Control auszuüben. Diese muss jedoch von allen politischen Stellen unabhängig sein.⁴² Schon eine mittelbare Einmischung von außen ist mit diesem Gebot nicht vereinbar.

Zu prüfen ist folglich, ob die jeweiligen Anforderungen an die Unabhängigkeit der Behörden vergleichbar sind. Die Datenschutz-RL normiert das Erfordernis der „völligen Unabhängigkeit“⁴³ der Datenschutzbehörde; die für die E-Control maßgeblichen Richtlinien fordern, dass jene „rechtlich getrennt und funktional unabhängig von allen privaten und öffentlichen Stellen“⁴⁴ ist.

Auch der VwGH hat jüngst einen Konnex zwischen dem DSK-Urteil und der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL hergestellt, allerdings die Frage der Unionsrechtskonformität des Unterrichtsrechts gem § 5 Abs 3 E-ControlG offen gelassen.⁴⁵ Eine Vorlage an den EuGH wäre in Anbetracht der Relevanz der Problematik jedoch wohl geboten gewesen.

35 So *Schneider*, Regulierungsrecht 1206, der sich auf Art 35 Abs 4 RL 2009/72/EG bzw Art 39 Abs 4 RL 2009/73/EG beruft; *Lehofer*, Was bedeutet das EuGH-Urteil zur Datenschutzkommission für die „unabhängigen Regulierungsbehörden“? <http://blog.lehofer.at/2012/10/DSK.html> (12.1.2016); *N Raschauer/Haumer*, Energiemarktreform und Energieregulierung, wobl 2010, 489 (494f); *Rabl/Mrvošević*, Regulierungskommission der E-Control ist nicht unabhängig, *ecolex* 2015, 342 (343).

36 IdF BGBl I 2012/51.

37 RL 95/46/EG, ABLEG L 281.

38 EuGH 16.10.2012, C-614/102012, C-614/10, *Kommission/Österreich*, Rn 63.

39 Ebd, Rn 64.

40 RL 95/46/EG.

41 So *Lehofer*, Regulierungsbehörden; so auch *Rabl/Mrvošević*, *ecolex* 2015, 343.

42 Art 39 RL 2009/72/EG und Art 43 RL 2009/73/EG, ABLE 2009/211.

43 Art 28 Abs 1 RL 95/46/EG, ABLE L 281.

44 Art 39 RL 2009/72/EG und Art 43 RL 2009/73/EG, ABLE 2009/211.

45 VwGH 15.12.2014, 2013/04/0108.

Ob der hier beschriebene Zusammenhang tatsächlich besteht, ist in der Lehre umstritten⁴⁶ und letztlich wird nur der EuGH diese Frage klären können. Stellt man jedoch eine Relation zwischen den Erfordernissen der absoluten Unabhängigkeit einerseits und der Unabhängigkeit von allen privaten und öffentlichen Stellen andererseits her, so ist fraglich, worin letztlich der Unterschied zwischen beiden Voraussetzungen liegen kann. MaW: Was bleibt übrig, wenn man von absoluter Unabhängigkeit die Unabhängigkeit von allen privaten und öffentlichen Stellen subtrahiert? Im Ergebnis sind die jeweils an die Unabhängigkeit der Behörden gestellten Anforderungen so ähnlich, dass die Grundsätze des DSK-Urteils auch auf die E-Control anzuwenden wären.

Trifft die soeben referierte Überlegung zu, so wäre die österreichische Umsetzung der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL unionsrechtswidrig und müsste angepasst werden. Dadurch fiel das Unterrichtsrecht des bzw der BMFWF weg – und damit auch ein wesentlicher Teil des demokratischen Legitimierungszusammenhangs, der anstelle der Weisungsbindung gem Art 20 Abs 2 B-VG durch Unterrichts- und Abberufungsrechte hergestellt werden muss. Folglich würde sich die Frage der ausreichenden demokratischen Legitimierung der E-Control hier sehr drängend stellen.

3.2. Kontrollrecht

Gem Art 52 Abs 1a B-VG besteht ein Kontrollrecht der zuständigen Ausschüsse des Nationalrats und des Bundesrats, den bzw die GeschäftsführerIn eines gem Art 20 Abs 2 B-VG weisungsfrei gestellten Organs, also auch der E-Control, in eine Sitzung des jeweiligen Ausschusses zu bitten und diesen bzw diese zu allen Gegenständen der Geschäftsführung zu befragen. Fraglich ist, ob dieses Kontrollrecht tatsächlich genutzt wird. Dafür mangelt es Nationalrat und Bundesrat möglicherweise an den entsprechenden personellen und organisatorischen Ressourcen.⁴⁷

3.3. Abberufungsrecht

Art 20 Abs 2 B-VG sieht die einfachgesetzliche Ausgestaltung von Abberufungsrechten des obersten Organs gegenüber den Organen weisungsfrei gestellter Behörden vor. Davon wurde im Fall der E-Control Gebrauch gemacht: Die Mitglieder des Vorstandes, der Regulierungskommission und des Aufsichtsrates der E-Control können von dem bzw der BMFWF bzw der Bundesregierung gem §§ 8 Abs 3, 10 Abs 6 und 13 Abs 5

46 Dagegen *Schneider*, Regulierungsrecht 1207 mwN, der die Unabhängigkeit der E-Control durch ihre Organisation und die Budgetautonomie größtmöglich abgesichert sieht; eher ablehnend *Fuchs*, Sachverstand im Regulierungsrecht, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg), Sachverstand im Wirtschaftsrecht (2013) 198, Fn 38; vgl jedoch *N Raschauer/Schilchegger* in *Lienbacher/Wielinger* 250f; *Lehofer*, Regulierungsbehörden; *Rabl/Mrvošević*, *ecolx* 2015, 343.

47 *N Raschauer*, Aufsicht, Kontrolle und parlamentarische Verantwortung in der „Agency-Verwaltung“, *SPRW* 2015, 74 (79f).

E-ControlG⁴⁸ bei Nichtvorliegen der Bestimmungsvoraussetzungen, bei Amtsunfähigkeit, bei Vorliegen gewisser gerichtlicher Verurteilungen sowie zT bei längerer Dienstabwesenheit vorzeitig abberufen werden.

*Schneider*⁴⁹ bezweifelt, dass die eben genannten Normen den Anforderungen des Art 20 Abs 2 B-VG entsprechen. Der Gesetzgeber hat durch die einfachgesetzliche Ausgestaltung des Art 20 Abs 2 B-VG den obersten Organen eine effektive Kontrolle zu ermöglichen.⁵⁰ Diese sieht er jedoch nicht sichergestellt, wenn Organe trotz beharrlicher Pflichtverletzungen erst nach einer entsprechenden gerichtlichen Verurteilung vorzeitig abberufen werden können. Das Unionsrecht stünde einem Abberufungsrecht aus wichtigem Grund hier nicht entgegen. Die maßgeblichen Richtlinien ließen die Einräumung eines Abberufungsrechts hinsichtlich der Organe zu, auch wenn diese noch nicht rechtskräftig verurteilt wurden.⁵¹ Es ist *Schneider* insofern zuzustimmen, als er durch das Erfordernis einer gerichtlichen Verurteilung für die Abberufung, die Organe der E-Control gegenüber den demokratisch legitimierten obersten Organen „nur schwach rückgekoppelt“⁵² sieht.

Ob jedoch eine strengere einfachgesetzliche Ausgestaltung tatsächlich unionsrechtskonform wäre, ist fraglich. Art 35 Nr 5 der Energiebinnenmarkt-RL bzw Art 39 Nr 5 Erdgasbinnenmarkt-RL⁵³ verlangen, dass sich das Organ „[...] eines Fehlverhaltens [...] schuldig gemacht“ hat bzw in der englischen Fassung „[...] have been guilty of misconduct under national law“. Das indiziert die Notwendigkeit einer Feststellung der Schuld am Fehlverhalten, welche aber wiederum nur durch gerichtliche Entscheidung erfolgen kann. Die Umsetzung der Richtlinien erfolgte jedenfalls unionsrechtskonform; ob sie aber den Anforderungen an das Abberufungsrecht des Art 20 Abs 2 B-VG genügt, ist hingegen zweifelhaft.

4. Resümee demokratische Legitimierung

Die „angemessene“ Aufsicht über weisungsfreies Verwaltungshandeln iSd Art 20 Abs 2 B-VG ist interpretationsbedürftig. Darunter ist nach dem Wortlaut des Gesetzes mindestens ein Unterrichtsrecht des jeweiligen Organs und ein Abberufungsrecht aus wichtigem Grund zu verstehen.

Das Unterrichtsrecht gegenüber der E-Control in Form des § 5 Abs 3 E-ControlG steht in einem Spannungsverhältnis zum Unionsrecht, dessen Tragweite bisher ungeklärt ist – es spricht jedoch einiges für eine Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht. Abberufungsrechte sind einfachgesetzlich nur schwach ausgestaltet: bei der E-Control ist eine Abberufung aus wichtigem Grund nur nach erfolgter gerichtlicher Verurteilung möglich.

48 IdF BGBl I 2013/174.

49 *Schneider*, Regulierungsrecht 1205.

50 *Wiederin*, Verfassungsvereinbarung, in *Lienbacher/Wielinger* (Hrsg), JBÖffR 2008, 54.

51 Dies gilt seit der Einführung der Verwaltungsgerichte nunmehr auch uneingeschränkt für die Regulierungskommission, die nunmehr nicht mehr Organ iSd Art 20 Abs 2 Z 2 ist, vgl auch *Schneider*, Regulierungsrecht 1206.

52 Ebd 1207.

53 Art 39 RL 2009/72/EG bzw Art 43 RL 2009/73/EG, ABl L 2009/211.

Das Kontrollrecht von NR und BR gem Art 52 Abs 1a B-VG ist zwar grds ein positiver Beitrag zur demokratischen Legitimierung der Regulierungsbehörden; ob diese Kontrollmöglichkeit vom Parlament auch tatsächlich genutzt wird ist fraglich und kann im Rahmen dieses Beitrags nicht geklärt werden.

Die Ingerenz ist im Ergebnis schwach ausgeprägt und es ist sehr fraglich, ob sie den Anforderungen des demokratischen Legitimierungszusammenhangs genügen kann: Das Unterrichtsrecht ist möglicherweise unionsrechtswidrig, Abberufungsrechte aus wichtigem Grund können nur eingeschränkt wahrgenommen werden.

Art 20 Abs 2 B-VG normiert in seinem Wortlaut lediglich Mindeststandards notwendiger staatlicher Aufsicht. Bei einer kritischen Gesamtbetrachtung der gesetzlichen Umsetzung und den faktischen Möglichkeiten des Vollzugs zeigt sich, dass selbst diese *Mindeststandards* nicht in ausreichendem Maße erfüllt sind.

5. Sachverstand: Substitut für demokratische Legitimierung?

Sachverstand wird zusehends als Substitut für demokratische Legitimierung begriffen, weil er Garant der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden einerseits und notwendige Voraussetzung zur spezifischen Aufgabenerfüllung andererseits sei.⁵⁴ Gleichzeitig werden Defizite demokratischer Legitimierung der Behörden in Kauf genommen, wenn dies durch bes Sachverstand ausgeglichen wird.⁵⁵

Die Hervorhebung von Sachverstand als bes Legitimierungsmittel erfolgt in der Lehre nicht selten.⁵⁶ Dies ist jedoch nicht einleuchtend, muss doch jede Behörde in ihrem Tätigkeitsfeld über besonderen Sachverstand verfügen, so sie die ihr übertragenen Aufgaben ordnungsgemäß erledigen will; nur wenige Behörden kommen, gerade in technischen Materien, gänzlich ohne außerrechtlichen Sachverstand aus.⁵⁷ Folglich ist das Argument „Legitimierung durch Sachverstand“ nicht geeignet, eine besondere Rechtfertigung für demokratische Legitimierungsdefizite zu bilden, nicht zuletzt auch deshalb, weil das Element des Sachverstandes als Legitimierungsquelle in der österreichischen Bundesverfassung schlicht nicht vorgesehen ist.

6. Sachverstand: politisches Handeln durch Verwaltungsbehörden

Bei der Betonung des Sachverstandes handelt es sich um eine Entwicklung, die dem Unionsrecht zuzuschreiben ist, wobei insb die Elektrizitätsbinnenmarkt-RL bzw Erdgasbinnenmarkt-RL als Bspe dienen können. Deren Ziel ist eine Gemeinwohl-

54 *Fuchs* in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* 198.

55 So auch in VfSlg 15.427/2000.

56 *Müller*, Regulierungsbehördenmodell 368; eher krit *Fuchs*, Zur „Regulierungsautonomie“ nationaler Behörden im europäischen Telekommunikationsrecht, ZfV 2011, 943 (948f); so auch *Holoubek*, Die Organisation der Medienregulierung im Lichte der Konvergenz, JRP 2000, 216 (221).

57 *Fuchs* in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* 194.

sicherung durch sachverständige Fachbehörden, die entpolitisierte Marktentscheidungen treffen sollen.⁵⁸ Dies ist Ausdruck eines Verständnisses, das Regulierung als sachverständige Problemlösung begreift, die im Wesentlichen die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes sicherstellen soll. Die schwächere demokratische Legitimierung der Behörden sei dann gerechtfertigt, wenn dadurch Wohlfahrtsgewinne in Form von Pareto-Verbesserungen⁵⁹ ermöglicht würden. Weil Pareto-Verbesserungen per definitionem niemanden schlechter stellen könnten, sei die Entscheidungsfindung durch Regulierungsbehörden im Allgemeininteresse und könnte dem politischen Streit entzogen werden.⁶⁰ Die Delegation der Entscheidungsmacht von der Politik an die Verwaltung sei einerseits sinnvoll, um einmal festgelegte wirtschaftspolitische Ziele zu erreichen und andererseits notwendig, weil diese Ziele durch politische Entscheidungen nicht umgesetzt werden könnten. Dem „vermeintlichen“ Demokratiedefizit durch Demokratisierung zu begegnen, sei folglich kontraproduktiv.⁶¹

Dies ist nur dann richtig, wenn das Ergebnis der regulativen Entscheidung für niemanden nachteilig ist, dh es keine Interessenkonflikte gibt wie im Fall von reinen Pareto-Verbesserungen (zB der reinen Sicherung fairer Marktbedingungen). Eben dies ist jedoch im Fall von Regulierungsbehörden, insb im Fall der E-Control, ausgeschlossen: Sie müssen einen Interessenausgleich zwischen hochgradig widersprüchlichen Zielen⁶² (zB Wettbewerb und Konsumentenschutz) und unterschiedlichen Interessengruppen (zB Stromerzeuger, Netzbetreiber, Vermarkter, VerbraucherInnen)⁶³ herstellen.⁶⁴ Im Ergebnis entscheidet die E-Control nicht über reine Effizienzfragen, sondern immer auch über Verteilungsfragen.⁶⁵ Regulierung ist zwar *auch* sachverständige Problemlösung, im Ergebnis jedoch immer eine politische Aufgabe. Sachverstand ist dabei zwar notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung regulativen Handelns. Politische Wertungsfragen können nicht allein auf den Sachverstand unabhängiger Behörden gestützt⁶⁶ und im Wege der Verwaltung erledigt werden, sondern müssen vielmehr durch Entscheidungen politischer Organe in einem demokratischen Verfahren beantwortet werden.⁶⁷ Dies ist notwendig, um die Repräsentation unterschiedlicher Interessen sicherzustellen.⁶⁸

58 Gärditz, AöR 2010, 276.

59 Das Pareto-Optimum bezeichnet einen Zustand, in dem kein Individuum besser gestellt werden kann, ohne ein anderes dadurch schlechter zu stellen.

60 Schäfer, Die demokratische Grenze output-orientierter Legitimation, integration 2006, 187 (199 mwN).

61 Ebd 192f.

62 Vgl § 4 E-Control-G idF BGBl I 174/2013.

63 Da es sich hier idR um juristische Personen handelt, ist eine gendergerechte Formulierung obsolet.

64 Gärditz, AöR 2010, 259.

65 Holoubek, JRP 2000, 221; Fuchs, ZfV 2011, 948f.

66 Es genügt auch nicht, wenn der Gesetzgeber umfangreiche Zielbestimmungen im Gesetz verankert, wie es in § 4 E-Control-G geschehen ist; an der Problematik widersprüchlicher Ziele und deren Ausgleich durch die Behörde ändert sich schließlich nichts.

67 Fuchs, ZfV 2011, 949; Gärditz, AöR 2010, 259f.

68 Holoubek, JRP 2000, 221.

Der Trend geht speziell seit dem Dritten Energiepaket jedoch in die entgegengesetzte Richtung: Es kommt zu einer zunehmenden Verlagerung politischer Entscheidungen auf Administrativorgane, die dezentral und vernetzt mit der europäischen Koordinierungsstelle ACER auf technokratischem Wege am eigentlichen Gesetzgeber vorbei operieren.⁶⁹ Unabhängigkeit iSd europäischen Regulierungsverwaltung bedeutet nicht nur die Weisungsfreistellung der Regulierungsbehörden, sondern zielt vielmehr auch auf die Unabhängigkeit von den nationalen Parlamenten ab, denen primär Störpotential hinsichtlich der „apolitischen“ Regulierungsverwaltung zugesprochen wird.⁷⁰

Dies kann nicht Sinn und Zweck von Parlamenten sein. Im Lissabon-Urteil betont das deutsche BVerfG einen Punkt, der auch für Österreich maßgeblich ist: „Das Wahlrecht als Teilhaberecht kann auch dadurch verletzt werden, dass die Organisation der Staatsgewalt so verändert wird, dass der Wille des Volkes sich nicht mehr wirksam bilden kann.“ Demokratische Mitwirkungsrechte der StaatsbürgerInnen müssen auch ihren „materiellen“ Wert behalten.⁷¹ Das Demokratiedefizit der EU besteht darin, dass ihre Bedeutung für die Politik der Mitgliedstaaten stetig steigt, ohne dass damit eine Politisierung der Entscheidungen einherginge. Um diese Entwicklung auszugleichen bedarf es einer stärkeren demokratischen Legitimierung der EU im Allgemeinen und der Regulierungsbehörden im Besonderen. Die schleichende Aushöhlung nationaler Politik hat sonst die Konsequenz, dass aus einem europäischen auch ein mitgliedstaatliches Demokratiedefizit wird.⁷²

7. Potentiale

Die derzeitige Lösung ist inkonsequent. Entweder man behält das Prinzip des mitgliedstaatlichen Vollzugs bei und räumt den nationalen Gesetzgebern entsprechende Spielräume bei der Ausgestaltung der Regulierung und insb beim Einfluss auf (Regulierungs-) Behörden ein, oder man löst sich endgültig von der Vorstellung einer institutionellen und verfahrensrechtlichen Autonomie und etabliert einen unionsunmittelbaren Vollzug des Regulierungsrechts durch europäische Regulierungsbehörden.

Die gegenwärtige politische Entwicklung zeigt eine Tendenz in Richtung eines unionsunmittelbaren Vollzugs: So spricht die jüngst ergangene Mitteilung der EU-Kommission zur geplanten Energieunion davon, die EU-weite Regulierung des Binnenmarkts zu verstärken und insb die Befugnisse und die Unabhängigkeit der europäischen Koordinationsstelle ACER erheblich zu erweitern.⁷³

In letzter Konsequenz würde sich damit auch die Problematik der demokratischen Legitimierung auf mitgliedstaatlicher Ebene erübrigen und sich endgültig auf die unions-

69 Gärditz, AöR 2010, 260.

70 Fuchs, ZfV 2011, 950; Gärditz, AöR 2010, 282.

71 Stöger, ZÖR 2010, 266, unter Berufung auf BVerfG 30.6.2009, 2 BvE 2/08 Rn 210.

72 Schäfer, integration 2006, 200.

73 Europäische Kommission, Mitteilung vom 25.2.2015.

rechtliche Ebene verlagern. Die effizientere Regelung genuin europäischer Rechtsmaterien mit unvermeidbar grenzüberschreitendem Bezug und einer Tragweite von internationaler Bedeutung wäre hier der entscheidende Vorteil. Zusätzlich würden die Bedenken einer nationalstaatlichen und diskriminierenden Einflussnahme zu Gunsten einzelner Unternehmen beseitigt. Die Möglichkeit der Schaffung europäischer Regulierungsbehörden im Rahmen der derzeitigen Rechtslage ist jedoch sogar innerhalb der Europäischen Kommission umstritten.⁷⁴ Ein solch weitgehender Schritt bedürfte, im Lichte der *Meroni* Rsp des EuGH, wohl einer Primärrechtsänderung.⁷⁵

In einem rein unionsrechtlichen Szenario wäre es rechtspolitisch notwendig, solche europäischen Regulierungsbehörden im höchstmöglichen Maß demokratisch zu legitimieren. Da eine radikale Umgestaltung der Institutionen der EU mittelfristig wohl nicht zu erwarten ist, müssten im Rahmen des derzeitigen unionalen Demokratiemodells⁷⁶ Wege gefunden werden, um mögliche europäische Regulierungsbehörden auch ohne Weisungsbindung demokratisch zu legitimieren. Der Grad an Legitimierung muss umso größer sein, je intensiver die Kompetenzen der Behörde ausgestaltet sind.⁷⁷ Es ist bereits zur derzeitigen Rechtslage ein flexibles System der demokratischen Legitimierung durch gesetzgeberische Steuerung und Kontrolle, gerichtliche Normenkontrolle und Aufsicht über Verwaltungshandeln nötig.⁷⁸ Dies gilt umso mehr für den Fall der Etablierung europäischer Regulierungsbehörden.

Der Hauptfokus sollte dabei auf die Stärkung der Rolle des Europäischen Parlaments gelegt werden, welches, als einzig unmittelbare von den Bürgerinnen und Bürgern der EU gewählte Einrichtung, das Unionsorgan mit dem höchsten Grad an demokratischer Legitimierung ist. Diese Stärkung könnte bspw durch eine Erhöhung der personellen und finanziellen Ressourcen des Parlaments erfolgen, wobei besonderer Wert auf die Akquisition des für eine effektive Kontrolle und politische Determinierung des Regulierungshandelns notwendigen Sachverständes zu legen wäre.

Demokratie ist auch in der Europäischen Union ein anerkanntes Grundprinzip. Diesem zum Durchbruch zu verhelfen, muss daher eine zentrale Prämisse jeglichen politischen Handelns sein.

Luka Samonig studiert Rechtswissenschaften in Wien; luka.samonig@reflex.at

74 Vgl *Griller/Orator*, *Meroni Revisited: Empowering European Agencies between Efficiency and Legitimacy*, NEWGOV Working Paper, Florenz 2006, 8 mwN: der Beitrag dreht sich primär um die Frage, ob die restriktive *Meroni*-Rsp noch anwendbar ist.

75 Ebd.

76 Siehe von *Bogdandy*, Grundprinzipien, in *Bogdandy/Bast* (Hrsg), *Europäisches Verfassungsrecht*² (2009) 13 (62ff).

77 *Orator*, *Empowering European Agencies*, in *Eberhard/Lachmayer/Ribarov/Thallinger* (Hrsg), *Perspectives and Limits of Democracy* (2008) 35 unter Berufung auf *Griller/Orator*, *Meroni Revisited* 2.

78 Ebd 38; vgl auch *Lachmayer*, JBl 2007, 750ff.

Verfahrenshilfe in verwaltungsgerichtlichen Verfahren und Verfassungsrecht

Der effektive Zugang zum Recht nach dem VfGH Erkenntnis G 7/2015

Kevin Fredy Hinterberger¹

1. § 40 VwGVG

1.1. Allgemein – Zugang zum Recht

Durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012² wurden die VwG geschaffen, welche ua über das Rechtsmittel der Beschwerde entscheiden.³ Der effektive Zugang zum Recht⁴ wurde dabei einerseits verbessert, da nunmehr Gerichte und nicht mehr Verwaltungsbehörden entscheiden; andererseits wurde dieser erschwert, da die (formalen) Anforderungen an die Rechtsmittel erhöht wurden.⁵ Durch das mittlerweile äußert komplexe Verfahrensrecht, das unverändert kostenintensiv geblieben ist,⁶ ist es für unvertretene Personen – im Vgl zum alten Regime – schwerer geworden erfolgreich eine Beschwerde einzubringen oder sich in einer Verhandlung selbst zu vertreten. Den Parteien in Verwaltungsverfahren steht darüber hinaus ein „Gegner“ mit nahezu unbegrenzten Ressourcen gegenüber.⁷

1 Für wertvolle Hinweise und Anregungen während des Schreibprozesses danke ich *Alexander Egger, Emilia Jawad, Stephan Klammer, Cornelia Köchle, Heinz Mayer* und *Joachim Stern*.

2 BGBl I 2012/51.

3 Das neu auszugestaltende Verfahrensrecht sollte va Art 6 EMRK und Art 47 GRC entsprechen; vgl *Wessely*, Grundrechtliche Aspekte der Verwaltungsgerichte in *Larcher* (Hrsg), Handbuch Verwaltungsgerichte: Die Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit I. Instanz (2013) 204 (205).

4 Vgl *Frühwirth/Stern/Voitthofer*, Zugang zum Recht, *juridikum* 2012, 44 (44ff).

5 Vgl *Bürstmayr*, Zugang zum Recht, Verfahrenshilfe und Anwaltszwang in *ÖJK* (Hrsg), Justizstaat: Chance oder Risiko (2014) 361 (361); *Kneihls/Urtz*, Verwaltungsgerichtliche Verfahren (2013) Rz 136; siehe jedoch AB 2112 BlgNR 24. GP 7.

6 Zum System des Kostenersatzes vgl *Bürstmayr* in *ÖJK* 362f; *Fister*, Gebühren und Ersatz der Aufwendungen in *Holoubek/Lang*, Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht (2014) 301 (320f); *Trentinaglia*, Kosten und Gebühren in den Verfahren des Öffentlichen Rechts, *AnwBl* 2014, 608 (608f).

7 Vgl *Bürstmayr* in *ÖJK* 362ff.

Essentieller Bestandteil des effektiven Zugangs zum Recht stellt daher die Verfahrenshilfe dar,⁸ die eine Beschränkung durch wirtschaftliche Gesichtspunkte auszugleichen versucht⁹ und aus dem Grundsatz der Waffengleichheit hervorgeht.¹⁰

1.2. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 40 VwGVG

Die Verfahrenshilfe vor den VwG ist in § 40 VwGVG¹¹ normiert. Dort ist festgelegt, dass Verfahrenshilfe nur für Beschuldigte¹² in Verwaltungsstrafverfahren vor den VwG zugänglich ist.¹³ Die Regelung entspricht im Wesentlichen dem ehemaligen § 51a VStG aF¹⁴;¹⁵ folglich ist die im Hinblick auf Abs 1 leg cit ergangene Jud auf § 40 Abs 1 VwGVG übertragbar.¹⁶ Durch § 51a VStG aF sollte der sich aus Art 6 EMRK ableitbaren Anforderung Verfahrenshilfe in Verwaltungsstrafverfahren vorzusehen entsprochen werden.¹⁷

Sowohl im Hinblick auf die alte als auch die neue Bestimmung hatte die hL große Bedenken hinsichtlich ihrer Verfassungskonformität.¹⁸ So wurden va Art 6 Abs 3 lit c EMRK und Art 47 Abs 3 GRC¹⁹ (siehe 3.) vorgebracht, da der Ausschluss aller Verwaltungsverfahren – außer der Strafverfahren – von der Verfahrenshilfe nicht zu rechtfertigen sei.²⁰

8 Vgl *Pabel*, Justizgrundrechte in *Grabenwarter* (Hrsg), Europäischer Grundrechtsschutz (2014) § 19 Rz 59 und *Storr*, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit im europäischen Kontext in *Fischer/Pabel/N Raschauer* (Hrsg), Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) 71 (84f Rz 27f).

9 Vgl die Ausführungen von *Thienel*, Der Verfahrenshilfeanwalt – ein Menschenrecht auch im Zivilprozess in FS Machacek/Matscher (2008) 931 (933) zu Art 6 EMRK. Das Verfahrenshilferecht wurde früher als „Armenrecht“ bezeichnet.

10 EGMR 15.2.2005, 68416/01, *Steel and Morris*, Rz 72; *N Raschauer/Sander/Schlögl* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC Kommentar (2014) Art 47 Rz 48.

11 BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2015/82.

12 Vgl *Fister* in *Fister/Fuchs/Sachs*, Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren Kommentar (2013) § 40 Rz 4; *Köhler* in *N Raschauer/Wessely*, Verwaltungsstrafgesetz Kommentar (2010) § 51a Rz 2.

13 Vgl *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrenrecht⁵ (2014) Rz 1108ff.

14 BGBl 1991/52 aufgehoben durch BGBl I 2013/33; vgl ErläutRV 1090 BlgNR 17. GP 18 sowie die Kommentare zu § 51a VStG aF *Köhler* in *N Raschauer/Wessely*, VStG § 51a Rz 1-11 und *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilgumi*, Verwaltungsstrafgesetz Kommentar (2013) § 51a Rz 1-6.

15 ErläutRV 2009 BlgNR 24. GP 8; vgl VfGH 25.6.2015, G 7/2015, Rz 10.

16 *Martschin/Schmid* in *Eder/Martschin/Schmid*, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte – Kommentar (2013) § 40 Rz 1.

17 Vgl ErläutRV 1090 BlgNR 17. GP 18; sowie VwGH 27.10.1999, 97/09/0055; 8.9.2009, 2009/17/0095.

18 Vgl *N Raschauer/Sander/Schlögl* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC Art 47 Rz 59; *Martschin/Schmid* in *Eder/Martschin/Schmid*, VwGVG § 40 Rz 2; *Fister* in *Fister/Fuchs/Sachs*, VwGVG § 40 Rz 1; *N Raschauer/Wessely*, Das Verfahren vor den neuen Verwaltungsgerichten, JAP 2013/2014/3, 22 (24, FN 6); *Wessely* in *Larcher* 215; *Brandstetter/Weilgumi*, Das Strafverfahren vor den Verwaltungsgerichten in *Larcher* (Hrsg), Handbuch Verwaltungsgerichte (2013) 249 (256); Stellungnahme des VwGH zum Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetzes 2012, 29.10.2012, VwGH-1790/0026-PRAES/2012, 9-10; *Herbst*, Art 6 EMRK und das österreichische Verwaltungsverfahren in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), Grund- und Menschenrechte in Österreich III (1997) 661 (696); *Thienel* in FS Machacek/Matscher 935, 948f mwN.

19 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl 2000 C 364/1.

20 *Fischer/Steiner*, Verfahren vor den Verwaltungsgerichten in *Bergthaler/Grabenwarter* (Hrsg), Musterhandbuch Öffentliches Recht (16. Lfg, 2014) Rz 14, begründen den Ausschluss mit dem nicht vorhandenen Anwaltszwang; dies scheint zu kurz gegriffen und den Kern der Problematik zu übersehen.

Der Anspruch auf Verfahrenshilfe ist nur auf Antrag zu gewähren.²¹ Dieser Antrag kann schriftlich oder mündlich in jedem Verfahrensstadium²² gestellt werden;²³ zur Entscheidung sind die VwG durch Beschluss²⁴ berufen.²⁵ Die Einbringung des Antrags hat bis zur Vorlage der Beschwerde bei der belangten Behörde, danach direkt bei den VwG zu erfolgen.²⁶ Nur wenn der Antrag innerhalb der Beschwerdefrist eingebracht wird, wird diese unterbrochen.²⁷

Der Antrag hat die Strafsache bestimmt zu bezeichnen.²⁸ Schließlich trifft die AntragstellerInnen bei der Erfüllung der materiellen Voraussetzungen eine Mitwirkungspflicht.²⁹ Die beiden materiellen Tatbestandsvoraussetzungen, die in § 40 Abs 1 VwGVG festgelegt sind, und sich direkt aus Art 6 Abs 3 lit c EMRK ableiten lassen,³⁰ müssen *kumulativ*³¹ vorliegen:

- *Mittellosigkeit* der AntragstellerInnen, dh es muss überprüft werden, ob der notwendige Lebensunterhalt durch die Bezahlung einer/s gewillkürten Rechtsvertreterin/s beeinträchtigt werden würde;³² dabei ist sowohl die Lebensführung der AntragstellerInnen als auch der unterhaltsberechtigten Personen miteinzubeziehen;³³
- Das *Interesse der Rechtspflege* muss gegeben sein; maW ist auf die zweckentsprechende Verteidigung Bedacht zu nehmen.³⁴

21 § 40 Abs 1 VwGVG; vgl *Martschin/Schmid* in *Eder/Martschin/Schmid*, VwGVG § 40 Rz 2; *Fister* in *Fister/Fuchs/Sachs*, VwGVG § 40 Rz 7, 9.

22 Vgl *Fister* in *Fister/Fuchs/Sachs*, VwGVG § 40 Rz 9.

23 § 40 Abs 2 VwGVG.

24 Argument „*beschlossen*“ in § 40 Abs 3 S 2 VwGVG; vgl *Götzl* in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte Kommentar (2014) § 40 VwGVG Rz 3; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensr¹⁰ (2014) 665 Rz 1205. Rechtswirksam wird dieser Beschluss jedoch erst mit Zustellung des Bescheids der für den Sitz des VwG örtlich zuständigen Rechtsanwaltskammer; § 40 Abs 3 VwGVG; vgl *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrensr Rz 1110.

25 ErläutRV 2009 BlgNR 24. GP 8.

26 Vgl VwGH 19.11.1997, 97/09/0318; § 40 Abs 2 VwGVG.

27 *Götzl* in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, VwGVG § 40 Rz 10; *Fister* in *Fister/Fuchs/Sachs*, VwGVG § 40 Rz 11.

28 § 40 Abs 2 Satz 4 VwGVG; falls dies nicht der Fall ist, ist ein Verbesserungsauftrag gem § 13 Abs 3 AVG, BGBl 1991/51 idF BGBl I 2013/161, zu erteilen; vgl *Martschin/Schmid* in *Eder/Martschin/Schmid*, VwGVG § 40 Rz 5.

29 Vgl *Grabenuarter/Fister*, Verwaltungsverfahrensr und Verwaltungsgerichtsbarkeit⁴ (2014) 247. Hinsichtlich der Mitwirkungspflicht wird die Ansicht vertreten, dass ein Vorbringen und Beweisangebot, va zur Mittellosigkeit, darzulegen ist; *Fister* in *Fister/Fuchs/Sachs*, VwGVG § 40 Rz 9. Nach aA sind die wirtschaftlichen Verhältnisse jedoch amtswegig zu ermitteln; vgl *Martschin/Schmid* in *Eder/Martschin/Schmid*, VwGVG § 40 Rz 4.

30 Vgl vertiefend *Vogler* in *Pabel/Schmahl* (Hrsg), IntKommEMRK (1. Lfg, 1986) Art 6 Rz 526 sowie Rz 527f.

31 VwGH 21.1.2001, 2001/02/0012; 28.3.2003, 2003/02/0061; vgl *Fister* in *Fister/Fuchs/Sachs*, VwGVG § 40 Rz 5 mwN; *Martschin/Schmid* in *Eder/Martschin/Schmid*, VwGVG § 40 Rz 4.

32 VwGH 2.5.2012, 2012/08/0057 mwN; vgl *Götzl* in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, VwGVG § 40 Rz 7; *Martschin/Schmid* in *Eder/Martschin/Schmid*, VwGVG § 40 Rz 4.

33 Vgl *N Raschauer/Wessely*, Verfahren 24; *Köhler* in *N Raschauer/Wessely*, VStG § 51a Rz 3.

34 VwGH 24.11.1993, 93/02/0270: „Als Gründe für die Begebung eines Verteidigers werden besondere Schwierigkeiten der Sachlage oder Rechtslage, besondere persönliche Umstände des Beschuldigten und die besondere Tragweite des Rechtsfalles für die Partei [...] zu berücksichtigen sein“; VwGH 27.10.1999, 97/09/0055; 30.6.2010, 2010/08/0102; EGMR 24.5.1991, 12744/87, *Quaranta*, Rz 33-38; vgl *Fister* in *Fister/Fuchs/Sachs*, VwGVG § 40 Rz 8 sowie zu § 51a VStG aF *Köhler* in *N Raschauer/Wessely*, VStG § 51a Rz 4.

Sollte dem Antrag auf Verfahrenshilfe stattgegeben werden, wird den AntragstellerInnen ein/e Verfahrenshelfer/in unentgeltlich beigelegt.³⁵ Die übrigen Verfahrenskosten, wie etwa Gerichtskosten, sind jedoch von den AntragstellerInnen selbst zu tragen.³⁶ Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass Verfahrenshilfeverteidiger/innen nur äußerst selten bestellt werden.³⁷ So zeigen die Tätigkeitsberichte der VwG, dass kaum Anträge gestellt³⁸ und die wenigen Anträge fast immer abgewiesen werden.³⁹

2. Ausgangssachverhalt und Gesetzesprüfungsverfahren des VfGH

Das Anlassverfahren für den Prüfungsbeschluss des VfGH war ein agrarrechtliches Verwaltungsverfahren vor dem LVwG Kärnten, in welchem der Beschwerdeführer innerhalb der Verbesserungsfrist geltend machte, dass er über keine Kenntnisse des Verwaltungsverfahrens verfüge und sich auch keine/n Anwältin/Anwalt leisten könne und ihm daher eine/r beiseite gestellt werden sollte. Das LVwG Kärnten wies diesen als Verfahrenshilfe gedauteten Antrag mit Beschluss zurück, da § 40 VwGVG lediglich auf Verwaltungsstrafverfahren anwendbar sei (siehe 1.2.).

Bei der dagegen erhobenen Beschwerde an den VfGH leitete dieser am 9.12.2014 amtswegig ein Gesetzesprüfungsverfahren ein, weil sich die verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich § 40 VwGVG manifestierten.

3. Die Rechtsauffassung des VfGH⁴⁰

Im Erkenntnis G 7/2015 vom 25.6.2015 hob der VfGH⁴¹ den gesamten § 40 VwGVG auf; dies deshalb, weil die sieben Absätze eine untrennbare Einheit bilden. Der VfGH begründete seine Auffassung mit Art 6 EMRK. Die Aufhebung tritt mit Ablauf des 31.12.2016 in Kraft. Im Anschluss an das Erkenntnis im Gesetzesprüfungsverfahren hat der VfGH die Beschwerde an den VwGH abgetreten.⁴²

35 Vgl. *Götzl* in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, VwGVG § 40 Rz 5; sowie *Lewis* in *Lewis/Fister/Weilguni*, VStG § 51a Rz 4.

36 Vgl. *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 1111; *Lewis* in *Lewis/Fister/Weilguni*, VStG § 51a Rz 4; siehe aber FN 76.

37 Vgl. *Bürstmayr* in *ÖJK* 361f.

38 Fehlende Rechtskenntnis und die bisherige Ausgestaltung des § 40 VwGVG sind sicherlich ausschlaggebende Gründe dafür; vgl. *Frühwirth/Stern/Voithofer*, *juridikum* 2012, 45-47.

39 Tätigkeitsbericht LVwG Tirol 2014, 21; Tätigkeitsbericht VwG Wien 2014, 17; Tätigkeitsbericht LVwG Voralberg 2014, 7, wonach in insgesamt 1615 Verfahren lediglich vier Anträge gestellt, jedoch alle abgewiesen wurden (0 % Zuerkennungsrates); Tätigkeitsbericht LVwG Steiermark 2014, 14, wonach in 4244 Verfahren 42 Verfahrenshilfeanträge gestellt, 35 abgewiesen und 2 Anträge positiv erledigt wurden (ca 0,05 % Zuerkennungsrates). Dies zeigt die äußerst restriktive Praxis der VwG.

40 Siehe dazu auch *Köchle*, Verfahrenshilfe vor den Verwaltungsgerichten in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Grundfragen der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit (2016) in Druck.

41 VfGH 25.6.2015, G 7/2015.

42 VfGH 25.6.2015, E 599/2014; dies ist ein aus Rechtsschutzgründen sehr unbefriedigender Ausgang des Verfahrens.

Der VfGH bezieht sich in seiner Argumentation va auf die in Art 6 Abs 3 lit c EMRK normierte positive Verpflichtung⁴³ der Konventionsstaaten, im Falle einer strafrechtlichen Anklage unentgeltlich eine/n Verteidiger/in beizugeben. Die stRspr des EGMR hat, die ausdrücklich nur für strafrechtliche Anklagen vorgesehene Verpflichtung, auf den gesamten Anwendungsbereich des Art 6 EMRK ausgedehnt; beginnend mit der Rs *Airey* 1979 hat der EGMR Kriterien entwickelt,⁴⁴ nach denen auch in zivilrechtlichen Ansprüchen⁴⁵ die Beigebung eines/r unentgeltlichen Verfahrenshelfers/in erforderlich sein kann, wenn nur so der effektive Zugang zu Gericht gewährleistet ist.⁴⁶ Der VfGH hat dementsprechend erkannt, dass Verfahrenshilfe in Verwaltungsverfahren, die größtenteils unter den Zivilrechtsbegriff der EMRK fallen,⁴⁷ notwendig ist, weil ansonsten finanzielle Hindernisse jenen effektiven Zugang zu Gericht zu sehr beschränken würden und dieser folglich nur noch theoretisch und illusorisch wäre.⁴⁸ Eine generelle, absolute Verpflichtung der Vertragsstaaten, Verfahrenshilfe systematisch in allen Verfahren⁴⁹ zu gewähren, ist jedoch nicht gegeben.⁵⁰

Grundsätzlich gibt es keinen Anspruch auf Verfahrenshilfe, wenn die Partei ihre Interessen selbst vertreten kann und die Komplexität des Falles keine/n Verfahrenshelfer/in erfordert.⁵¹ Damit eng verbunden ist die Frage der Bedeutung des Verfahrens für die Partei, maW „*what is at stake for the applicant*“.⁵² Essentiell ist weiters, dass stets der Einzelfall einer Prüfung unterzogen werden muss.⁵³ Folgende Kriterien können bei der Einschränkung⁵⁴ der Verfahrenshilfe nach der Rspr des EGMR grundsätzlich berücksichtigt werden:

- finanzielle Situation der Partei;⁵⁵
- (mangelnde) Erfolgsaussichten;⁵⁶

43 *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar³ (2009) Art 6 Rz 54.

44 EGMR 9.10.1979, 6289/73, *Airey*, Rz 26ff; sowie EGMR 7.5.2002, 46311/99, *McVicar*, Rz 46ff.

45 Vgl *Berka*, Verfassungsrecht⁵ (2014) Rz 1585f.

46 *Pabel* in *Grabenwarter* § 19 Rz 59; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK Art 6 Rz 54; *Stern*, Rechtsberatung für Asylsuchende (2012) 61ff.

47 Vgl *Hengtschläger/Leeb*, Grundrechte (2012) Rz 24/3-6, wonach die „*Kernbereiche des öffentlichen Rechts*“, etwa das Asyl-, Aufenthalts- und Staatsbürgerschaftsrecht keine „*civil rights*“ sind; siehe dazu vertiefend *Mayer/Kucsko-Stadmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1526 mwN sowie *Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (8. Lfg, 2007) Art 6 EMRK Rz 13.

48 EGMR 26.2.2002, 46800/99, *Del Sol*, Rz 21.

49 Die in den Anwendungsbereich von Art 6 EMRK fallen.

50 EGMR, *Del Sol*, Rz 20; EGMR 26.2.2002, 49384/99, *Essadi*, Rz 30; EGMR 26.10.2010, 46040/07, *Santambrogio*, Rz 49.

51 Vgl EGMR 23.5.2006, 272/03, *Aliyeva* (Zulässigkeitsentscheidung); EGMR 20.11.2012, 41338/06, *Dachnevič*, Rz 58ff.

52 EGMR 16.7.2002, 56547, *P., C. and S.*, Rz 91.

53 Vgl EGMR, *Steel and Morris*, Rz 61 mwN; *Thienel* in FS Machacek/Matscher 935.

54 Die Beschränkungen dürfen jedoch den „*Wesenskern der Garantie*“ nicht beeinträchtigen, müssen verhältnismäßig sein und ein legitimes Ziel verfolgen; *Thienel* in FS Machacek/Matscher 934; vgl N *Raschauer/Sander/Schlögl* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC Art 47 Rz 53.

55 Vgl EGMR 13.3.2007, 77765/01, *Laskowska*, Rz 52 mwN.

56 Vgl EGMR 14.7.1987, 10594/83, *Mumro* (Zulässigkeitsentscheidung), wo geprüft wurde ob ein „*reasonable prospect of success*“ gegeben ist.

- begrenzte Mittel der öffentlichen Hand;⁵⁷
- Rechte Dritter oder Beschleunigung des Verfahrens.⁵⁸

Der VfGH führt treffend aus, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle den effektiven Zugang zum Recht⁵⁹ in Verwaltungsverfahren beschränkt hat, weil die Bedeutung von Verwaltungsverfahren gestiegen ist und den VwG nunmehr eine „*rechtsstaatliche Filterfunktion*“ zukommt.⁶⁰ § 40 VwGVG ist folglich nicht in Einklang mit Art 6 EMRK zu bringen.⁶¹ Dass eine Einzelfallprüfung über den Verfahrenshilfeantrag, aufgrund der derzeitigen Rechtslage nicht möglich ist, wiegt nach Ansicht des VfGH besonders schwer.

Unter Bezugnahme auf die Rspr des EGMR war die Aufhebung des VfGH konsequent, weil auch eine verfassungskonforme Interpretation⁶² im Hinblick auf den Wortlaut⁶³ und die Materialien⁶⁴ nicht möglich gewesen wäre.

Nicht nachvollziehbar ist, wieso nicht auch Art 47 Abs 3 GRC⁶⁵ vom VfGH im Gesetzesprüfungsbeschluss⁶⁶ mitberücksichtigt wurde. 2012 hat der VfGH selbst erkannt, dass die in der GRC garantierten Rechte als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte geltend gemacht werden können⁶⁷ und so ebenfalls Maßstab der Gesetzesprüfung sind.⁶⁸ Aufklärung brachte die – nach der Abtretung des VfGH – eingebrachte Revision beim VwGH, die mangels anwendbarer Verfahrenshilfenorm zurückgewiesen wurde;⁶⁹ in concreto lag kein Unionsrechtsbezug⁷⁰ vor und somit war der Anwendungsbereich der

57 Vgl EGMR, *Steel and Morris*, Rz 62 mwN.

58 Vgl EGMR, *Laskowska*, Rz 52.

59 Siehe zum Zugang zum Recht schon oben 1.1.

60 Nach *Eberhard/Pürgy/Ranacher*, Rsprbericht, ZfV 2015, 395 (408) stellen die VwG „*die zentrale gerichtliche Rechtsschutzinstanz im öffentlichrechtlichen Rechtsschutzsystem dar*“.

61 In dem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass eine Vereinfachung des Verfahrensrechts grundsätzlich eine Möglichkeit innerhalb des Gestaltungsspielraums der Konventionsstaaten wäre, um den effektiven Zugang zum Recht zu gewährleisten und nicht die Verfahrenshilfe ausbauen zu müssen; vgl EGMR, *Airey*, Rz 26; *Szczekalla*, Funktionen der Grundrechte in *Heselhaus/Nowak* (Hrsg), Handbuch der europäischen Grundrechte (2006) § 5 Rz 30 FN 98; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK Art 6 Rz 4; *Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 2. Eine Vereinfachung des Verfahrensrechts scheint nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 rechtspolitisch aber zurzeit keine Option zu sein.

62 Vgl *Mayer/Kucsko-Stadmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 135; *Öblinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 36f.

63 Vgl VfGH 6.10.1986, G 129/86.

64 Vgl FN 14 und 15.

65 Für den Umfang von Art 47 Abs 3 GRC vgl *Frenz*, Handbuch Europarecht Europäische Grundrechte (2009) Rz 5061-5065.

66 Der VfGH äußert im Prüfbeschluss seine verfassungsrechtlichen Bedenken und grenzt so den Umfang „*der zu prüfenden und allenfalls aufzuhebenden Bestimmungen*“ ab; *Hauer*, Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts³ (2014) Rz 803f.

67 VfGH 14.3.2012, U 466/11 ua; vgl *N Raschauer/Sander/Schlögl* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC Art 47 Rz 56 mwN; *Holoubek/Lechner/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC Kommentar (2014) Art 51 Rz 61ff.

68 Zutreffend *Mayer/Kucsko-Stadmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 1155 mwN; vgl *Hauer*, Gerichtsbarkeit Rz 778.

69 VwGH 24.9.2015, Ro 2014/07/68.

70 Vgl *Holoubek/Lechner/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC Art 51 Rz 16-31, speziell Rz 27ff; *N Raschauer/Sander/Schlögl* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC Art 47 Rz 34; *Frenz*, Grundrechte Rz 230f; *Müller*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Europäische Grundrechtecharta, ÖJZ 2012, 159 (161-164). Darüber hinaus sind

Charta nicht eröffnet.⁷¹ Folglich konnte der VfGH Art 47 Abs 3 GRC nicht in die Prüfung miteinbeziehen, wodurch auch kein direkter Anspruch auf Verfahrenshilfe daraus abgeleitet werden konnte.

In diese Richtung gehend hat der VwGH jedoch in einem kürzlich ergangen Erkenntnis betreffend Schubhaft zu Recht festgehalten, dass die Entscheidung in „*Durchführung des Rechts der Union*“⁷² erlassen wurde, und somit der Anwendungsbereich der GRC gegeben war.⁷³ Der Anspruch auf Verfahrenshilfe konnte direkt auf Art 47 Abs 3 GRC gestützt werden;⁷⁴ folglich war eine unentgeltliche anwaltliche Vertretung dem Antragsteller beiseitezustellen. Art 47 Abs 3 GRC ist im Lichte der Rspr des EGMR zu verstehen;⁷⁵ der EuGH hat dementsprechend relativ ähnliche Voraussetzungen wie der EGMR in Bezug auf die Gewährung von Verfahrenshilfe entwickelt.⁷⁶

Erwähnenswert ist, dass sich der VwGH mit den in Schubhaftverfahren beigestellten RechtsberaterInnen⁷⁷ auseinandergesetzt und erkannt hat, dass diese „*Komplementärmechanismen*“ nach der zu beurteilenden Rechtslage nicht mit dem effektiven Rechtsschutz gem Art 47 Abs 3 GRC vereinbar sind;⁷⁸ maW deckt der Aufgabenkreis jener RechtsberaterInnen nicht die notwendigen Tätigkeiten ab.

In diesem Erkenntnis hat der VwGH die Grundrechtskonformität wieder hergestellt, da aktuell Verfahrenshilfeanträge direkt auf die GRC gestützt werden können, sofern der Unionsrechtsbezug gegeben ist.⁷⁹

Holoubek/Lechner/Oswald in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), GRC Art 51 Rz 60, der Ansicht, dass eine systematische Interpretation „von Art 144 und Art 7 Abs 1 B-VG allenfalls auch dazu führen könnte, dass die Grundrechte der GRC ‚als verfassungsgewesetzlich gewährleistete Rechte‘ auch bei rein innerstaatlichen Sachverhalten, also unabhängig vom Anwendungsbereich im Sinne des Art 51 GRC, zur Anwendung kommen“.

71 Zutreffend Eberhard/Pürgy/Ranacher, Rsrbericht 408.

72 Art 51 Abs 1 GRC; vgl Lit in FN 70.

73 VwGH 3.9.2015, Ro 2015/21/0032, Pkt 3.2.

74 VwGH 3.9.2015, Ro 2015/21/0032, Pkt 3.2. mwN; vgl *Stern*, Rechtsberatung 160-167, 224-226, 229f, der bereits 2012 diese nun vom VwGH dargelegte Auslegung vertreten hat. § 40 VwGVG hat ja in concreto nicht gegriffen.

75 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl 2007 C 303/17; Art 52 Abs 3 GRC; vgl VfGH 14.3.2012, U 466/11, Pkt II. 5.7; VwGH 23.1.2013, 2010/15/0196, Pkt 2.4. mwN; *Holopainen in Peers/Hervey/Kenner/Ward* (Hrsg), *The EU Charter of Fundamental Rights Commentary* (2014) Art 47 Rz 47.228; vertiefend *Stern*, Rechtsberatung 162ff.

76 EuGH 22.12.2010, C-279/09, EU:C:2010:811, *DEB*, Rz 61; vgl dahingehend auch VwGH 3.9.2015, Ro 2015/21/0032, Pkt 3.3.

Die Rspr zu Art 47 Abs 3 GRC umfasst jedoch im Gegensatz zu Art 6 Abs 3 lit c EMRK tw auch Gebührenbefreiungen bzw Gerichtskosten; EuGH, *DEB*, Rz 48, 59; vgl *N Raschauer/Sander/Schlögl in Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC Art 47 Rz 50 mwN; *Storr in Fischer/Pabel/N Raschauer* 84f Rz 28; siehe auch FN 36.

77 Vgl § 52 Abs 2 BFA-Verfahrensgesetz, BGBl I 2012/87 iDF BGBl I 2015/70.

78 VwGH 3.9.2015, Ro 2015/21/0032, Pkt 3.3 und 3.4; 15.10.2015, Ro 2015/21/0026; vgl *Götzl in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, VwGVG § 40 Rz 13; *Stern*, Rechtsberatung 317f, fordert, dass der Anspruch auf eine/n Rechtsberater/in äquivalent zum Anspruch auf eine/n Anwalt/Anwältin sein muss.

79 VwGH 3.9.2015, Ro 2015/21/0032; *Köchle*, Verfahrenshilfe vor den Verwaltungsgerichten, Vortrag beim Symposium „Grundfragen der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit“ an der WU am 13. und 14.11.2015, befürwortet bis zur Schaffung einer Neuregelung, die bloß formellen oder verfahrensrechtlichen Regelungen des § 40 VwGVG derweilen auf Art 47 Abs 3 GRC gestützte Verfahrenshilfe Anträge anzuwenden.

4. Reparaturmöglichkeiten im Lichte der bisherigen Rspr des EGMR

Der VfGH hat der Gesetzgebung bis zum Außerkrafttreten des § 40 VwGVG am 31.12.2016 eine sogenannte „Reparaturfrist“ gesetzt, wodurch die Bestimmung auf alle bis zum Ablauf der Frist verwirklichten Sachverhalte anwendbar bleibt.⁸⁰ Zwar ist diese Frist gem Art 140 Abs 5 B-VG verfassungskonform,⁸¹ jedoch hätte der VfGH davon Abstand nehmen müssen, weil ein Konventionsverstoß gegeben ist.⁸² Viel eher hätte gar keine oder eine wesentlich kürzere Frist⁸³ die Gesetzgebung dazu veranlassen müssen,⁸⁴ rasch eine Norm zu schaffen, die mit der EMRK in Einklang steht.⁸⁵

Im Anwendungsbereich des Art 6 EMRK bzw Art 47 Abs 3 GRC ist Verfahrenshilfe unter den bereits ausgeführten Kriterien (siehe 3.) zu gewähren. Ein in dieser Form festgelegter allgemeiner Anspruch auf Verfahrenshilfe in Verwaltungsverfahren würde auch keine gleichheitsrechtlichen Fragen aufwerfen.⁸⁶

Im Hinblick auf die noch zu erlassene, künftige Bestimmung sind die in 3. getätigten Ausführungen relevant und demnach die Grundzüge bereits vorgezeichnet. § 40 VwGVG kann in seiner Grundstruktur übernommen werden, doch muss die Möglich-

80 Art 140 Abs 7 Satz 3 B-VG; vgl *Robregger/Schuch*, Die Rechtswirkungen aufhebender Erkenntnisse im verfassungsgerichtlichen Verfahren in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (2010) 297 (318ff, 326ff).

81 Zur Fristsetzungspraxis des VfGH siehe *Robregger/Schuch* in *Holoubek/Lang* 329.

82 VfGH 11.3.1998, G 363/97 ua; zutreffend *Schäffer/Kneibs* in *Kneibs/Lienbacher* (Hrsg), B-VG Kommentar (12. Lfg, 2013) 116 Rz 95 mwN; sowie *Robregger* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (6. Lfg, 2003) Art 140 B-VG Rz 296f und speziell FN 899 sowie 908 mwN. Vgl auch *Lachmayer*, Rechtsschutz vs Rechtsbereinigung: Überlegungen zur Anlassfallwirkung von Erkenntnissen des VfGH, ÖJZ 2006, 44 der die Meinung vertritt, „dass den Gesichtspunkten des Rechtsschutzes bei der Fristsetzung ein zentraler Stellenwert zukommen muss“. Vgl weiters *Robregger/Schuch* in *Holoubek/Lang* 326.

83 In VfSlg 14258/1995 hat der VfGH nur eine zehnmonatige Frist bei einem Konventionsverstoß vorgesehen, weil der Gesetzgebung eine einschlägige EGMR Entscheidung bereits bekannt war; vgl *Robregger/Schuch* in *Holoubek/Lang* 327 mwN.

84 Der Ausspruch der Aufhebung entfaltet keine Bindungswirkung gegenüber der Gesetzgebung; diese könnte sogar vor dem vom VfGH gesetzten Frist eine Neuregelung schaffen; *Robregger* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht Art 140 B-VG Rz 294, 335.

85 Bei Untätigkeit der Gesetzgebung entsteht eine Lücke iZm Verfahrenshilfe vor den Verwaltungsgerichten; vgl *Robregger/Schuch* in *Holoubek/Lang* 329f.

In einem so sensiblen Bereichen wie dem Zugang zum Recht und speziell der Verfahrenshilfe muss mE ein schnelles Tätigwerden der Gesetzgebung vorausgesetzt werden. Zwar sollte die Legislative ausreichend Zeit für die Schaffung eines („ordentlichen“) Gesetzes haben; vgl *Robregger* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht Art 140 B-VG Rz 294 mwN. Doch war der Legislative der verfassungswidrige Zustand des § 40 VwGVG „bekannt“ (siehe FN 18); ein Überraschungseffekt war somit auch nicht gegeben; vgl *Robregger/Schuch* in *Holoubek/Lang* 327.

86 *Hanslik-Schneider*, Anmerkung zu VfGH 25.6.2015, G 7/2015, ZVG 2015, 438 (440) ist der Ansicht, dass die Gesetzgebung die „Kernbereiche“ des öffentlichen Rechts (siehe FN 47) jedenfalls von der Verfahrenshilfe ausschließen wird; mE könnten durch diese Vorgehensweise jedoch gleichrechtliche Probleme aufgeworfen werden. *Köchle* (FN 79) weist weiters darauf hin, dass in nicht von Art 6 Abs 1 EMRK erfassten Fällen, wohl eine Inlands-sachverhaltsdiskriminierung vorliegen würde, wenn gleichgelagerte rein innerstaatliche Fälle vom sachlichen Anwendungsbereich einer gesetzlichen Verfahrenshilfe-Regelung ausgeschlossen werden würden, aber jene Fälle, in denen der Unionsrechtsbezug vorliegt und somit Art 47 Abs 3 GRC unmittelbar anwendbar ist, von der Verfahrenshilfe erfasst sein würden. *Köchle* geht daher davon aus, dass es kaum von den Verwaltungsgerichten zu entscheidende Materien gibt, in denen die Möglichkeit der Gewährung von Verfahrenshilfe von vornherein ausgeschlossen werden kann.

keit von Verfahrenshilfe für die oben beschriebenen Verwaltungsverfahren eröffnet werden. Nur so kann der Begründung des VfGH entsprochen werden, dass der „*gänzliche Ausschluss der Gewährung von Verfahrenshilfe in Verfahren über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen, die unter Art 6 EMRK fallen*“, verfassungswidrig ist. Die VwG könnten folglich eine grundrechtskonforme Einzelfallprüfung durchführen, die den gleichberechtigten effektiven Zugang zum Recht gewährleistet. Zudem müssten nach *Thienel* die zuständigen Behörden die Personen auf das Bestehen der Verfahrenshilfe hinweisen.⁸⁷

Darüber hinaus könnte angedacht werden, eine Prüfung der Erfolgsaussichten des Verfahrens einzuführen, da dies ebenfalls mit Art 6 EMRK vereinbar ist.⁸⁸ Grundsätzlich offen bleibt, ob ähnlich wie bisher in Fremdenpolizei- und Asylverfahren⁸⁹ der Weg beschritten wird, ein als Komplementärmechanismus ausgestaltetes Rechtsberater-Innensystem in Verwaltungsverfahren zu etablieren.⁹⁰ Die RechtsberaterInnen müssten jedoch ein „*funktionales Äquivalent*“ zu RechtsanwältInnen darstellen, da ansonsten Art 6 EMRK und Art 47 Abs 3 GRC nicht genüge getan wäre.⁹¹

Sollte bis 31.12.2016 keine Regelung getroffen werden, bleibt die Rechtslage weiterhin konventionswidrig und würde zudem verfassungswidrig werden. In jenen Fällen, in denen der Unionsrechtsbezug gegeben ist, kann der Verfahrenshilfeantrag zurzeit schon direkt auf Art 47 Abs 3 GRC gestützt werden (siehe 3.).

Mag. Kevin Fredy Hinterberger ist Doktorand und Stipendiat der Österreichischen Akademie der Wissenschaften (DOC) am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien, juristischer Mitarbeiter in der Kanzlei Lansky, Ganzer + partner und ehrenamtlicher Rechtsberater und -vertreter in der NGO Deserteurs- und Flüchtlingsberatung in Wien; hinterberger@lansky.at/kevin_hinterberger@yahoo.de

87 *Thienel* in FS Machacek/Matscher 935 mwN. Im Lichte der Rspr des EGMR müsste die Manuduktionspflicht nach § 13a AVG eine solche Pflicht umfassen. Siehe jedoch VwGH 22.4.1994, 94/02/0051, wo Folgendes festgestellt wurde: „*Eine Manuduktionspflicht in Ansehung der Antragstellung auf Bewilligung der Verfahrenshilfe besteht nach dem VStG nicht*“; vgl auch *Götzl* in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, VwGVG § 40 Rz 2. Die grundsätzliche Anwendbarkeit der Manuduktionspflicht ergibt sich aus § 24 VStG und § 38 VwGVG.

88 Vgl *Thienel* in FS Machacek/Matscher 934ff mwN; *Götzl* in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, VwGVG § 40 Rz 9.

89 Vgl § 48ff BFA-Verfahrensgesetz; vgl *Halm-Forsthuber/Höhl/Nedwed*, Besonderheiten im fremden- und asylrechtlichen Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, ÖJZ 2014, 293 (297f); vertiefend *Stern*, Rechtsberatung.

90 Vgl *Thienel* in FS Machacek/Matscher 937 mit Hinweis auf EGMR 8.6.1999, 25651/94, L (Zulässigkeitsentscheidung); *Götzl* in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, VwGVG § 40 Rz 13; *Fister* in *Fister/Fuchs/Sachs*, VwGVG § 40 Rz 3. So auch *Storr* in *Fischer/Pabel/N Raschauer* 84f Rz 28 mwN.

91 *Stern*, Rechtsberatung 303ff.

Thema: Arbeitslosigkeit

Vorwort

Nina Eckstein / Eva Pentz / Andreas Wöckinger

Der Schwerpunkt des juridikum 2014/1 widmete sich dem Thema *Arbeit*. Die konstatierte zunehmende Individualisierung und Deregulierung der Arbeitsverhältnisse unter dem Argument des steigenden Wettbewerbs- und Austeritätsdrucks zeichneten kein rosiges Bild.¹ In der Zwischenzeit hat sich der Diskurs erneut verschärft. – Anlass genug, um dieses Heft dem Thema *Arbeitslosigkeit* zu widmen.

Die Angst vor Arbeitsplatzverlust und die steigende Arbeitslosigkeit in Österreich² und ganz Europa sind als Thema allgegenwärtig. Dabei kann Arbeitslosigkeit potentiell jede_n treffen; niemand ist mehr davor geschützt, im Laufe der Erwerbsbiographie mit Arbeitsplatzverlust konfrontiert zu sein. Selbst ein vorhandener Arbeitsplatz führt nicht mehr zwingend zu einer umfassenden existenziellen Absicherung. Die Anzahl der sog *working poor* ist im Steigen.³ In Verbindung mit dem Rückbau des Sozialstaats sind die Folgen oftmals drastisch und führen nicht selten zu Verzweiflung und prekären Lebenssituationen. Im politischen Diskurs⁴ und in der öffentlichen Debatte wird Arbeitslosigkeit nach wie vor häufig als individuelles Unvermögen der Betroffenen gewertet: zu wenig Initiative, kein ausreichendes Engagement, zu hohe Ansprüche an den Arbeitsplatz uvm wird arbeitslosen Menschen zugeschrieben. Arbeitslosigkeit bleibt jedoch ein strukturelles, gesellschaftliches und soziales Problem der Marktwirtschaft. Aus diesen Blickwinkeln beleuchten die Beiträge in diesem Schwerpunkt *Arbeitslosigkeit*: Sowohl die damit verknüpften rechtlichen als auch sozialen, gesellschaftlichen und individuellen Aspekte finden Eingang in die Auseinandersetzung.

1 Streithofer/Risak, Vorwort, juridikum 2014, 55.

2 Ende 2015 waren in Österreich ca 475.000 Menschen arbeitslos. AMS Österreich, Rückblick auf Dezember und Gesamtjahr 2015, www.ams.at/ueber-ams/medien/ams-oesterreich-news/arbeitsmarkt-rueckblick-auf-dezember-gesamtjahr-2015 (28.1.2016).

3 Vgl *Statistik Austria*, Tabellenband EU-SILC 2014: Einkommen, Armut und Lebensbedingungen 70-86.

4 Vgl zB die Aussage des derzeitigen Finanzministers, die Zumutbarkeitskriterien für Arbeitssuchende drastisch zu verschärfen, <http://derstandard.at/2000019822182/Arbeitsmarkt-Schelling-fuer-Diskussion-ueber-Zumutbarkeitsgrenzen> (27.1.16).

Im ersten Beitrag befasst sich *Ilse Reiter-Zatloukal* aus rechtshistorischer Perspektive mit der Entwicklung und Ausgestaltung der Arbeitslosenversicherung vom 19. Jh bis in die Nachkriegszeit und stellt den Zusammenhang zwischen sozialer Disziplinierung und Arbeitslosigkeit her. Die Parallelen zu den Diskursen der Gegenwart werden dabei augenscheinlich.

Mit der Umsetzbarkeit einer Arbeitslosenversicherung auf europäischer Ebene setzt sich *Johannes Schweighofer* auseinander. Er analysiert bisher diskutierte Modelle und skizziert, unter welchen Voraussetzungen eine europäische Arbeitslosenversicherung sinnvoll wäre. *Norman Wagner* thematisiert anschließend die bedarfsorientierte Mindestsicherung und ihre Schnittstellen zum Arbeitsmarkt.

Peter Marhold und *S. Ibrahim Başar* widmen sich in ihrem Beitrag den Arbeitsverboten für ausländische Arbeitnehmer_innen am österreichischen Arbeitsmarkt. *Viktoria Spielmann* geht auf die Situation von Frauen sowie die geschlechtsspezifische Diskriminierung am Arbeitsmarkt ein und zeigt Maßnahmen zur Ermöglichung des (Wieder-)Einstiegs von Frauen in den Arbeitsmarkt. *Andreas Wöckinger* stellt die schwierige Situation von Studierenden im Arbeitslosenversicherungsrecht dar. Ein Überblick über die verschiedenen finanziellen Unterstützungsmöglichkeiten für Studierende – wie Studienförderung und andere staatliche Transferleistungen – zeigt, dass das zur Verfügung stehende Spektrum wenig auf die veränderten Lebensrealitäten von Studierenden eingeht. Mit Karl Marx' Überlegungen zu Arbeitslosigkeit und der Verelendungstheorie befasst sich schließlich *Stefan Auer*, und fragt, welche Schlüsse aus der marx'schen Überlegung zur Dynamik der kapitalistischen Produktionsweise und Verelendung gezogen werden können. Abschließend beschäftigt sich *Michi*⁵ in einer essayistischen Auseinandersetzung mit seinen Erfahrungen als Arbeitssuchender und zeigt anschaulich die bürokratischen Hürden beim Zugang zu AMS-Leistungen.

In einer Zeit der generellen Verunsicherung, in der Empfänger_innen von sozialrechtlichen Leistungen vermehrt gegeneinander ausgespielt werden, soll der Schwerpunkt eine sachliche Einschätzung und Bestandaufnahme der Regelungen zur Arbeitslosigkeit liefern sowie Alternativen zu diesen aufzeigen. Es bleibt zu hoffen, dass sich das allgemeine Trommelfeuer der Panik legt und einer sachlich-politischen Diskussion über Verbesserungsmöglichkeiten des Sozialsystems und über gesellschaftliche Verteilungsgerechtigkeit weicht. Wir wünschen eine anregende Lektüre.

Mag.^a Nina Eckstein, BA ist Juristin und Sozialarbeiterin und Redaktionsmitglied des Juridikum; nina.eckstein@gmx.at

Mag.^a Eva Pentz, BA ist Juristin und Mitherausgeberin des Juridikum; epentz@gmx.at

MMag. Andreas Wöckinger arbeitet als Jurist im Referat für Sozialpolitik der Österreichischen HochschülerInnenschaft und ist Mitherausgeber des Juridikum; andreas.woeckinger@oeh.ac.at

5 Um die Anonymität des Autors zu gewährleisten, wird nur dessen Vornamen angeführt.

„Abgeschobene“, „Notständler“, „Ausgesteuerte“

Von der „Polizeisozialpolitik“ zur Arbeitslosenfürsorge in Österreich

Ilse Reiter-Zatloukal

1. Einleitung

Die staatliche Arbeitslosenversicherung stellt ein Produkt des Umbruchs von der Monarchie in die Republik sowie der geänderten parteipolitischen Verhältnisse 1918/19 dar, wurde doch davor, wie zu zeigen ist, staatlicherseits auf Arbeitslose primär das Instrument der polizeilichen Abschiebung angewendet. In der Ersten Republik erfolgten die sozialpolitischen Reformen zunächst im „Eilzugstempo“¹ und brachten Leistungen in Form der Arbeitslosenunterstützung (AIU) und Notstands(aus)hilfe (NStA). Mit der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage und dem Ende der Regierungskoalition von Sozialdemokraten und Christlichsozialen kam es jedoch zu deutlichen Verschlechterungen und massiven Einsparungen. Sowohl die AIU als auch die NStA wurden hinsichtlich Anspruchsvoraussetzungen und Dauer verschärft. Auch Arbeitsbeschaffungsprogramme der Regierung konnten der Arbeitslosigkeit nicht Einhalt gebieten. Nach der Ausschaltung des Parlaments 1933 und der Sozialdemokratie 1934 war der Weg endgültig frei für erneute sozialpolitische Rückschritte, das Heer der „Notständler“ und „Ausgesteuerten“ wuchs massiv bis zum „Anschluss“ 1938.

2. Arbeitslose im 19. Jahrhundert

Der Umgang mit dem Phänomen der Arbeitslosigkeit war bis zum Ende der Monarchie weitgehend von einer „Polizeisozialpolitik“² geprägt, fand gegen Arbeitslose doch primär die „Sozialpolitik des Schubwagens“³ Anwendung. Arbeitslose wurden also dem Ausweisungsrecht unterworfen, insb wenn sie nicht Unterstützungen durch (seit dem Ende des Koalitionsverbotes 1870 entstehende) Gewerkschaften erhielten.⁴ Dies hatte seinen vorrangigen Grund in der Konstruktion des Heimatrechts, welches allein die Armenversorgung garantierte, wie dies im Reichsgemeindegesezt 1862⁵ und Heimat-

1 Tállos, Staatliche Sozialpolitik in Österreich. Rekonstruktion und Analyse (1981) 160.

2 Viktor Stein, StenProtNR, 4. GP 2935, vgl Reiter, Ausgewiesen, abgeschoben. Eine Rechtsgeschichte der Ausweisung vom ausgehenden 18. bis ins 20. Jahrhundert (2000) 417.

3 So etwa eine spätere Formulierung der „Arbeiter-Zeitung“, AZ 27.1.1933, 4.

4 Vgl Reiter, Ausgewiesen 417.

5 RGBl 1862/18.

gesetz 1863⁶ festgelegt wurde. Zu erheblichen Problemen führte freilich, dass die rechtliche Heimatgemeinde aufgrund der massiven Migrationsvorgänge im Zusammenhang mit der Industrialisierung im 19. Jahrhundert zunehmend nicht mehr mit der faktischen Wohnsitzgemeinde übereinstimmte, weil die Voraussetzungen für den Erwerb eines Heimatrechts mit dem Heimatgesetz 1863 massiv erschwert wurden. Waren zB um 1800 nur etwa 10% der Wiener Wohnsitzbevölkerung nicht in Wien heimatberechtigt, so lag diese Zahl 1830 bereits bei 30%, 1859 bei 48% und stieg in den nächsten Jahren noch beträchtlich an, nämlich bis 1880 auf mehr als 65%. Während aber dieser Zuwachs an Ortsfremden in Wien 1869 bis 1900 nur etwa 7% betrug, machte er etwa in Graz 23% und in Innsbruck sogar 28% aus.⁷ Daraus ergibt sich deutlich, wie viele Menschen mangels Heimatrechts in der Aufenthaltsgemeinde potentiell von einer Ausweisung als Folge von Verarmung durch Arbeitslosigkeit bedroht waren.

Die Arbeitslosen sollten allerdings nicht den „ausweislos herumziehenden, größtenteils arbeitsscheuen Vagabunden gleichgehalten“ werden,⁸ gegen die im Wege des Strafrechts insb aufgrund spezifischer Vagabundengesetze 1873 und 1885⁹ sowie des polizeilichen Ausweisungsrechts, das seit 1871 gesamtstaatlich im Reichsschubgesetz¹⁰ geregelt war, vorgegangen wurde. Nach dem Schubgesetz waren „ausweis- und bestimmungslose Individuen, welche kein Einkommen und keinen erlaubten Erwerb nachweisen“ konnten, in ihre rechtliche Heimatgemeinde zu verweisen (Abschiebung) oder auch gleichzeitig mit einem strafrechtlich sanktionierten Rückkehrverbot in die bisherige Aufenthaltsgemeinde zu versehen (Abschaffung). Die Verweisung in die Heimatgemeinde konnte generell entweder im Wege der sogenannten „gebundenen Marschroute“ mit „Zwangspass“ oder notfalls mittels Zwangstransportes, also Schub, dh polizeilicher bzw militärischer Begleitung erfolgen.¹¹ Aus „Anlaß von Klagen über die ungerechtfertigte Behandlung Arbeitsloser“ bei Handhabung des Schubgesetzes ordnete 1903 das Innenministerium jedoch an,¹² dass bei Fällung von Schuberkennnissen gegen Arbeitslose mit „besonderer Rücksicht“ vorgegangen werden müsse.

Darüber hinaus wurden zur „Hintanhaltung des Haus- und Straßenbettelns, sowie zur Verminderung des Landstreichens“¹³ und auch, um auf diese Weise arbeitswillige Arbeitslose von „Arbeitsscheuen“ zu scheiden, seit den 1880er Jahren sogenannte Naturalverpflegsstationen eingerichtet. Sie sollten einerseits dazu dienen, „arbeitsfähige Leute, die nur durch die Umstände zur Anrufung der Mildtätigkeit gezwungen“ wurden,

6 RGBl 1863/105.

7 Hahn, Migrant*innen als Fremde – fremd als Migrant*innen. Zuwanderung in Wien und Niederösterreich im 18. und 19. Jahrhundert, in *Bauer/Ebmer/Hahn* (Hrsg), *Walz – Migration – Besatzung. Historische Szenarien des Eigenen und des Fremden* (2002) 77ff (93).

8 Erlass mährische Statthalterei 14.11.1875, zit n *Reiter*, *Ausgewiesen* 650.

9 RGBl 1873/108, 1885/89.

10 RGBl 1871/88.

11 Ausf *Reiter*, *Ausgewiesen* 523ff.

12 Erlass Ministerium des Innern 3.2.1903, zit n ebd 252.

13 Nö LGBl 1886/29.

von „der gefährlichen Sorte von professionsmäßigen Bettlern, arbeitsscheuen Taugenichtsen und Strolchen sowie der arbeitsunfähigen Bettler“ abzusondern,¹⁴ indem die Nächtigung und Verpflegung in diesen Stationen von der Ableistung zugewiesener Arbeiten (Holzhacken, Schneeschaufeln, Wassertragen, häusliche Arbeiten usw) abhängig gemacht wurde. Überdies sollten diese Stationen zugleich als unentgeltliche Arbeits- und Dienstvermittlungsamter fungieren.

Immer wieder erschien freilich den österreichischen Behörden die Ausweisung dennoch als probates Mittel, va in Phasen massiver lokaler Arbeitslosigkeit. So sprach sich Innenminister *Freiherr von Lasser* nach dem Börsenkrach von 1873 für die Abschiebung als „Maßregel gegen die Arbeitslosigkeit“ in Wien aus,¹⁵ von der damals mehr als 20.000 Arbeiter_innen betroffen waren, und gab „den strengen Auftrag [...], die nicht nach Wien Zuständigen zur Rückkehr in ihre Heimat zu vermögen“. Dass dies nicht eine vereinzelte Maßnahme blieb, zeigte *Viktor Adler* in der „Arbeiter-Zeitung“ 1892 auf¹⁶ und spöttelte, dass sich die Wiener Ortspolizei „mit einer höchst sozialpolitischen Aufgabe“ beschäftige: „Sie kuriert die furchtbare Arbeitslosigkeit in Wien. Das macht sie auf Grund ihrer staatswissenschaftlichen Studien so: früh um halb 9 wird in allen Schnapshütten und Kaffeeschänken eine sogenannte ‚Razzia‘ veranstaltet, wobei alle Betroffenen, ob arbeitslos oder nicht – verhaftet werden. Die Arbeitslosen, welche nicht nach Wien zuständig sind, werden natürlich in ihre sogenannte ‚Heimat‘ abgeschoben“.

3. Arbeitslose in der Ersten Republik

3.1. 1918–1920

Staatliche soziale Maßnahmen für Arbeitslose wurden in Österreich erst in der Republik (Deutsch-)Österreich realisiert, wenngleich dies den Sozialdemokrat_innen schon vor 1918 ein Anliegen gewesen war. Für sie lag es „im Wesen der kapitalistischen Gesellschaft [...], daß sie periodisch große Massen arbeitslos macht, und daß gegen diesen Fluch der kapitalistischen Gesellschaftsordnung kein Allheilmittel zu finden ist“.¹⁷ Für die Christlichsozialen galt es im Unterschied dazu freilich nicht, das kapitalistische Wirtschaftssystem zu überwinden, aber auch sie sahen die Notwendigkeit, dessen Auswüchse abzufedern. Die Gründe für die Arbeitslosigkeit lagen va in den Folgen des Ersten Weltkrieges, also insb einerseits in der Notwendigkeit der Umstellung der nationalen Wirtschaft angesichts des Zerfalls des cisleithanischen Wirtschaftsraums samt dem Verlust wichtiger Rohstoffquellen und Absatzmärkte sowie in Verkehrs-

14 *Schöffel*, Die Institution der Natural-Verpflegsstationen, der Zwangsarbeits- und Besserungsanstalten und ihre Einwirkung auf die Eindämmung des Landstreicher- und Bettelunwesens in Niederösterreich² (1990), zit n *Reiter*, Ausgewiesen 263.

15 Zit n ebd 465.

16 Zit n ebd 465f.

17 *Otto Bauer*, StenProtNR, 6. GP, 670.

behinderungen, im Wechsel in die Friedenswirtschaft und den neuen Hindernissen im internationalen Handels- und Kapitalverkehr, andererseits aber in der Rationalisierung der Produktionsprozesse.¹⁸

Um „die Not der Arbeitslosen zu steuern und Ruhe und Ordnung zu sichern“,¹⁹ wurde unter Staatssekretär *Ferdinand Hanusch*, der seinerzeit selbst während seiner Walz auf den Schub gesetzt worden war,²⁰ am 6. November 1918²¹ eine erste AIU „förmlich über Nacht aus dem Boden gestampft“. ²² Im Gewerbe oder Bergbau tätige Arbeiter_innen sowie alle aus dem Militärdienst entlassenen ehemaligen Arbeiter wurde für jeden Tag nachgewiesener Arbeitslosigkeit eine staatliche AIU in Höhe ihres täglichen Krankengeldes²³ entsprechend der „Lohnklasse“, in der die/der Arbeitslose aufgrund ihrer/seiner vorangegangenen Beschäftigung eingestuft war, sowie Zulagen für bestimmte Familienangehörige gewährt. Geltend zu machen war dieser Anspruch bei der – von der für alle Angelegenheiten der AIU zuständigen und paritätisch aus Vertretern der Arbeitnehmer_innen und Arbeitgeber_innen besetzten „Industriellen Bezirkskommission“ (IBK) bezeichneten – Arbeitsvermittlungsstelle des Aufenthaltsortes, also seinem/ihrem „Arbeitslosenamt“. Ebenfalls noch im November wurden auch die Angestellten rückwirkend in die AIU einbezogen,²⁴ kurzzeitig auch die Arbeiter_innen in der Land- und Forstwirtschaft. In den Genuss der Unterstützung kamen im Dezember 1918 bereits über 46.200 Personen bundesweit, allein in Wien über 24.500. Diese AIU war zunächst bis Mitte Februar befristet, musste aber aufgrund der Arbeitslosenzahlen, die sich bis April 1919 bundesweit vervierfachen (über 178.550, in Wien über 126.900),²⁵ mehrfach verlängert werden, wenngleich seit Februar 1919²⁶ die Unterstützung nur mehr gewährt wurde, wenn durch den Entgang des Arbeitsverdienstes der „Lebensunterhalt gefährdet“ war. Die bürgerlichen Parteien kritisierten nämlich bereits unmittelbar nach Einführung der AIU, dass diese nur Faulheit und Arbeitsunlust fördern würde.²⁷ Es sollte daher, so das Staatsamt für soziale Fürsorge im Februar 1919 in einem Erlass an die Arbeitsämter, vermieden werden, dass „die Arbeitslosenunterstützung den Charakter einer Prämie für Arbeitsscheue und Arbeitsunwillige erhält“. ²⁸ Mit dem Rückgang der Arbeitslosigkeit

18 *Stiefel*, Arbeitslosigkeit. Soziale, politische und wirtschaftliche Auswirkungen. Am Beispiel Österreich 1918–1938 (1976) 13ff.

19 Staatsamt für soziale Fürsorge, zit n *Stiefel*, Arbeitslosigkeit 53.

20 Vgl *Reiter-Zatloukal*, „Schlechte Subjekte“, „unruhige Köpfe“. Ausweisung und Schub als Motive in der österreichischen Literatur des 19. und frühen 20. Jahrhunderts, in *Steppan/Gebhardt* (Hrsg), Zur Geschichte des Rechts. FS Kocher (2007) 363ff (367ff).

21 StGBI 1918/20.

22 *Pribram*, Die Sozialpolitik im neuen Österreich, ASW 1920/21, 615-618 (631); vgl zu diesem Provisorium auf *Schestauber*, Die Arbeitslosenversicherung in der Ersten Republik, Dipl Wien (1983) 17ff.

23 RRGBI 1917/457.

24 StGBI 1918/32.

25 *Gulick*, Österreich von Habsburg zu Hitler 1 (1948) 259.

26 StGBI 1919/120, 121.

27 *Stiefel*, Arbeitslosigkeit 72ff.

28 Amtliche Nachrichten 1919, 130, zit n *Schestauber*, Arbeitslosenversicherung 23.

(von über 185.299 im Mai 1919 auf über 170.900 im Juni und über 133.300 im August 1919²⁹) wurden in weiterer Folge die Anspruchsvoraussetzungen verschärft: Seit Juni 1919³⁰ waren nun Tatbestände für den Verlust der AIU vorgesehen, insb die Aufgabe einer Beschäftigung „ohne ausreichende Rechtfertigung“, die Unterlassung der vorgeschriebenen Meldungen oder die Weigerung, eine angebotene „entsprechende Beschäftigung“ anzunehmen. Ab August 1919³¹ wurde der Anspruch auf AIU erst ab dem achten Tag der Arbeitslosigkeit zugebilligt und die Verweigerung einer ärztlichen Untersuchung zwecks Feststellung der Erwerbsfähigkeit zog den Verlust der AIU nach sich. Parallel zur „zunehmenden Institutionalisierung einer Arbeitslosenversicherung“ erfolgte also auch eine „Verschärfung der Kontrolle“. ³² Darüber hinaus wurden (nach dem Zusammenbruch der Rätediktatur in Ungarn) ab Herbst 1919 die Bestimmungen generell schärfer gehandhabt, wodurch tausende Arbeitslose aus der AIU fielen (in Wien verringerte sich die Zahl von Unterstützten von über 133.300 im August 1919 auf nicht einmal 52.000 im Februar 1920 bzw nicht ganz 36.000 im Mai 1920³³). Parallel zu diesen Maßnahmen wurde im Dezember 1919 der ein Jahr zuvor provisorisch eingeführte Acht-Stunden-Tag gesetzlich verankert. ³⁴

Das Arbeitslosenversicherungsgesetz (AIVG) vom 24. März 1920³⁵ ersetzte in weiterer Folge die bisherigen provisorischen Regelungen. Es normierte einen Anspruch auf AIU „grundsätzlich gegen den Staat als Repräsentanten des ganzen Wirtschaftslebens“, ³⁶ der aber seinerseits die Arbeitgeber_innen und Arbeitnehmer_innen zur Tragung der aus der AIU erwachsenden Lasten heranzog. Der Staat trug vorschussweise die Kosten der AIU und übernahm vorerst³⁷ ein Drittel der Gesamtkosten. Die bisherigen Organisationsstrukturen, und damit die Leitung der Einrichtungen der AIU durch die IBK, wurden beibehalten. Gebunden war der Anspruch auf AIU an ein krankenversicherungspflichtiges Arbeits- oder Dienstverhältnis in der Dauer von 20 Wochen innerhalb der letzten 12 Monate, was Gelegenheitsarbeiter_innen ausschloss, weiters an die Arbeitsfähigkeit und -willigkeit. Die/der Arbeitslose war daher verpflichtet, eine durch das Arbeitsamt zugewiesene „entsprechende“ Beschäftigung anzunehmen, sonst verlor sie/er für acht Wochen die Unterstützung. Als zumutbar galt nach dem AIVG „jede Beschäftigung, die den körperlichen Fähigkeiten des Arbeitslosen angemessen ist, seine

29 *Vogl*, Die Entwicklung der österreichischen Arbeitslosenversicherung seit 1918 und die ökonomischen Auswirkungen, Diss Welthandel (1950) 23.

30 StGBL 1919/327.

31 StGBL 1919/428.

32 *Alber*, Regierungen, Arbeitslosigkeit und Arbeitslosenschutz (1978), zit n *Wilding*, „... für Arbeit und Brot“. Arbeitslose in Bewegung. Arbeitslosenpolitik und Arbeitslosenversicherung in der Zwischenkriegszeit in Österreich (mit dem regionalgeschichtlichen Schwerpunkt Steiermark) (1900) 117.

33 *Vogl*, Entwicklung 24.

34 StGBL 1918/138, 1919/348.

35 BGBL 1920/153.

36 AN 1920, 143, zit n *Parak*, Das Subsidiaritätsprinzip in der österreichischen Sozialpolitik: mit besonderer Berücksichtigung der Arbeitslosenversicherung in der Ersten Republik 1918–1933, Diss Wien (2008) 50.

37 1922 20%, 1923 16%, zur weiteren Entwicklung ebd 73ff.

Gesundheit und Sittlichkeit nicht gefährdet, angemessen entlohnt ist und dem Arbeitslosen eine künftige Verwendung in dem erlernten Berufe nicht maßgeblich erschwert“. Nach acht Wochen Unterstützung musste sie/er auch eine Beschäftigung annehmen, die ihrem/seinem erlernten Beruf nicht entsprach, allenfalls konnte die IBK sie/ihn zu einer Nachschulung schicken. War die Vermittlung einer entsprechenden Beschäftigung durch das Arbeitslosenamt nicht möglich, so hatte es der/dem Arbeitslosen eine Bescheinigung zum Bezug der Unterstützung auszustellen. Arbeitslose hatten sich aber fortan mindestens zweimal wöchentlich am Arbeitsamt als Arbeitssuchende zu melden. Der Anspruch entstand weiterhin erst am achten Tage nach Beginn der Arbeitslosigkeit, die Dauer der AIU war grundsätzlich mit 12 Wochen begrenzt, da „nicht jeder Antrieb zur selbsttätigen Arbeitssuche erstickt und ein bedenkliches Staatsrentnertum gezüchtet werden“ sollte.³⁸ In besonders berücksichtigungswürdigen Fällen konnte die Dauer auf bis zu 30 Wochen erstreckt werden.³⁹ Die Höhe der Unterstützung ergab sich aus der Lohnklasse und war zweigestuft: für Familienerhalter 80% (Familienzulagen waren daher keine mehr vorgesehen) und für die übrigen ledigen Arbeiter_innen und Angestellten, die nicht in einem Familienverband lebten, 60% des täglichen Krankengeldes. Die AIU sollte „nur ein Existenzminimum sichern“ und der/dem Arbeitslosen durch Gelegenheitsarbeiten ein „wenn auch unsicheres Nebeneinkommen“ verschaffen.⁴⁰

3.2. 1921–1928

Die Entwicklung der AIV nach Erlassung des AIVG brachte Ausweitungen der Beziehungsgruppen, aber zunehmend auch weitere Verschärfungen der Unterstützungsbedingungen. So bezog zwar einerseits 1922 die 5. AIVG-Novelle⁴¹ die Heimarbeiter_innen in die AIU mit ein (weiterhin ausgeschlossen blieben aber die land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter_innen ebenso wie die Hausgehilfen_innen). Andererseits war seit der 2. AIVG-Novelle vom März 1921 die AIU grundsätzlich nun daran gebunden, dass der „Lebensunterhalt durch die Arbeitslosigkeit gefährdet“ war, und seit 1922 überdies eine Unterstützung von Arbeitslosen unmöglich,⁴² die das 16. Lebensjahr nicht vollendet oder bisher nur in einem Lehrverhältnis gestanden hatten. Mit dem Ausscheiden der Sozialdemokratie aus der Regierung im Juni 1921 wurden dann die sozialpolitischen Errungenschaften der Koalitionszeit weiter massiv zurückgefahren. Darüber hinaus wurde in der Praxis die Bedürftigkeitsklausel nun wesentlich restriktiver exekutiert als seinerzeit geplant, wie *Hanusch* 1923 kritisch anmerkte,⁴³ denn diese würde nun den Arbeitslosen insofern „zum Verhängnis“, als „jeder, der nur ein Bett,

38 AN 1920, 145, zit n *Schestauber*, Entwicklung 31.

39 BGBl 1920/473, 1922/616.

40 *Schestauber*, Arbeitslosenversicherung 33.

41 BGBl 1922/534.

42 BGBl 1921/171.

43 Zit n *Parak*, Subsidiaritätsprinzip 54.

einen alten Kasten oder einen Anzug hat, ganz unberechtigterweise vom Bezug der AIU gestrichen“ würde. Auch habe man „Leute, die die Versicherung gezahlt haben, wie die Jugendlichen, aus der Versicherung hinaus[gewo]rren“. Es werde so „die ganze Versicherung auf den Kopf gestellt“, und zwar mit der Begründung der bürgerlichen Parteien, dass, „da der Staat auch Beiträge leistet, [...] die Versicherungsbasis aufgehoben“ sei.

1922, als die Arbeitslosenzahlen nach einem deutlichen Rückgang (von 355.000 1919 auf 79.000 1920) infolge der andauernden Wirtschaftskrise sowie ausbleibender politischer Maßnahmen wieder deutlich anstiegen (nämlich von 28.000 1921 auf 103.000),⁴⁴ wurde mit der 6. AIVG-Novelle aufgrund des Elends der ausgesteuerten Arbeitslosen eine „außerordentliche Maßnahme der Arbeitslosenfürsorge“ geschaffen:⁴⁵ Sie konnten nun auch NStA bis zur Höhe der ordentlichen AIU beziehen, wenn sie die AIU nicht mehr erhalten konnten und sich „in einer besonderer Notlage“ befanden. Verlor die/der Arbeitslose auch die NStA, dann war sie/er „ausgesteuert“ und auf die Armenversorgung durch die Heimatgemeinde angewiesen.

Die NStA war ursprünglich nur als Provisorium konzipiert, musste aber ebenfalls regelmäßig verlängert werden. Die Wirtschaft lehnte diese Maßnahme allerdings entschieden ab, würde doch „das Bestreben, sich selbst Arbeit zu verschaffen und aus eigenem Antrieb einen hinreichenden Verdienst zu suchen, ohne Zweifel entschiedener und oft auch von mehr Erfolg begleitet“ sein, wenn die/der Arbeitslose genau wüsste, dass sie/er nach einer „bestimmten, von vornherein festgesetzten Zeitdauer unbedingt den Anspruch auf weitere Unterstützung verliert“.⁴⁶ In diesem Sinne erfolgte 1924 die Festlegung des Mindestalters von 18 Jahren für die NStA, von dem nur Personen ausgenommen waren, die den Unterhalt von Familienangehörigen ganz oder großteils bestritten.⁴⁷ 1925 wurden zeitliche Obergrenzen für den Erhalt der NStA von unter 50jährigen Arbeitslosen eingeführt (unter 25-Jährige 22 Wochen, 25-50-Jährige 48 Wochen).⁴⁸ 1926 kam es abermals zur Vereinheitlichung der NStA,⁴⁹ wobei nun im Fall der „besonderen Notlage“ auch wieder eine „fortlaufende Notstandsaulhilfe“ bis zur Höhe der ordentlichen AIU gewährt werden konnte, in der Praxis wurde der Bezug allerdings nach 22 Wochen laufend verringert und spätestens nach einem Jahr eingestellt.⁵⁰ Die Kosten für diese nun von der AIU abgekoppelte Maßnahme waren zur Gänze von der öffentlichen Hand

44 *Tálos/Fink*, Arbeitslosigkeit: eine Geißel, die nicht verschwindet, in *Karner/Mikoletzky* (Hrsg), Österreich. 90 Jahre Republik. Beitragsband der Ausstellung im Parlament (2008) 229ff; http://demokratiezentrum.org/fileadmin/media/pdf/talos_fink_arbeitslosigkeit.pdf (16.1.2015).

45 BGBl 1922/924.

46 *Wirtschaftliche Nachrichten für Handel, Gewerbe und Industrie* 1924, zit n *Schestauber*, Arbeitslosenversicherung 47f.

47 BGBl 1924/438.

48 BGBl 1925/114.

49 BGBl 1926/206.

50 *Schestauber*, Arbeitslosenversicherung 49.

(Bund, Länder und Gemeinden) zu tragen und die Höhe der NStA je nach Gemeinde unterschiedlich, zB 10 Groschen in Innsbruck, 130 in Wien und Graz.⁵¹

Ebenfalls 1922 wurde auch erstmals in einer weiteren Novelle zum AIVG⁵² die sogenannte „Produktive Arbeitslosenfürsorge“ (PAIF) vorgesehen,⁵³ in deren Rahmen Länder, Bezirke und Gemeinden für die Durchführung von „volkswirtschaftlich nützlichen Arbeiten“ finanzielle Zuschüsse gewähren konnten, wenn bei diesen Vorhaben ausschließlich von einem Arbeitsamt zugewiesene Arbeitslose Beschäftigung fanden, die sonst AIU erhalten hätten. Insb aber sollten die Ausgesteuerten von den IBK bei den Arbeitsämtern gemeldet werden, damit diese bei den Arbeiten der PAIF berücksichtigt würden.⁵⁴ Diese PAIF wurde in der Praxis aber nur wenig umgesetzt, waren doch die Zuschüsse recht gering und die Inflationsrate unberechenbar, darüber hinaus bestanden auch vielfache bürokratische Hürden. Insgesamt wurden zB 1923 220 Beihilfen gewährt, 1925 und 1926 je über 500. 1.655 Arbeitslose konnten 1924, 5.248 1925 und 6.488 1926 aus der PAIF beschäftigt werden, 1927 waren es bereits fast 10.000 und 1928 über 20.000.⁵⁵ Dennoch meinte *Otto Bauer* 1930: „Wenn man nach einem Beweis dafür sucht, was bürokratische Sabotage, bürokratische Flucht vor Verantwortung und bürokratische Schwerfälligkeit anzurichten vermögen, dann kann man gar kein besseres Beispiel finden als die Geschichte der produktiven Arbeitslosenfürsorge in Österreich“.⁵⁶ Dennoch kam es auch 1933 zu etwa 600 Arbeiten der PAIF mit Beschäftigung von rund 17.000 Arbeitslosen, wobei „zum größten Teile Straßen-, Brücken- und Kanalbauten, zum kleineren Teile Wasserbauten, Wasserversorgungsanlagen und Meliorationen“⁵⁷ vorgenommen wurden, darunter etwa der Bau der Reichsbrücke.⁵⁸ In weiterer Folge ergingen bis 1934 insgesamt 31 Novellierungen des AIVG, die im Wesentlichen das Ziel verfolgten, die Staatskasse von den Kosten der AIV zu entlasten, bis 1926 die Leistungen des Bundes (mit Ausnahme eines Teils der Verwaltungskosten) überhaupt gestrichen wurden.⁵⁹ Nur mehr die Arbeitnehmer_innen und Arbeitgeber_innen hatten also die Kosten der AIU zu bestreiten, weshalb va die Unternehmerverbände Sturm gegen das „gegenwärtige System“ der AIU liefen, weil es nicht geeignet sei, „der Not der Arbeitslosen abzuhelpfen, ohne gleichzeitig die Wirtschaft auf das schwerste zu schädigen“.⁶⁰ Darüber hinaus wurden die Anspruchsvoraussetzungen etwa durch Erhöhung der Alters-

51 *Parak*, Subsidiaritätsprinzip 75.

52 BGBl 1922/535.

53 Siehe ausf *Krempl/Thaler*, Arbeitsmarktverwaltung in Österreich 1917–1957. Bürokratie und Praxis (2015) 76ff; *Pawlowky*, Arbeitslosenpolitik 67ff.

54 *Parak*, Subsidiaritätsprinzip 57.

55 *Denk*, Massnahmen zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit im Spiegel der Protokolle des Ministerrates und des Parlamentes 1929–1934, Dipl Wien (1990) 77.

56 StenProtNR, 5. GP 3410; auch ebd 76.

57 NFP 28.7.1933, Abendblatt 3.

58 *Schurmann*, Arbeitslosigkeit in der Zwischenkriegszeit an ihrem Höhepunkt im Spiegel der wichtigsten Parteizeitungen, Dipl Wien 1986 57f.

59 BGBl 1926/206.

60 AN 1925, 122, zit nach *Parak*, Subsidiaritätsprinzip 57.

grenze weiter verschärft, die Unterstützungssätze herabgesetzt, die Bezugsdauer verkürzt und die Unterstützung auf wirkliche Notfälle reduziert.⁶¹ Im Oktober 1927 erging schließlich das Arbeiterversicherungsgesetz,⁶² mit dem Arbeitslose über 60 Jahre in die Altersfürsorge überführt wurden, wenn eine „besonderen Notlage“ vorlag und die gleichen Voraussetzungen wie bei der NStA vorlagen. 1929 bezogen bereits über 30.000 Personen die Altersfürsorge, womit sie aus der ALV ausschieden, was eine Entlastung des Arbeitsmarktes brachte.⁶³ Auch die Auswanderung aus Österreich, die 1923 ihren Höhepunkt mit fast 15.500 Auswanderern und Auswanderinnen hatte und 1925–1930 bei durchschnittlich 4.000 lag, reduzierte die Zahl der Arbeitslosen.⁶⁴

3.3. 1929–4. März 1933

Die Weltwirtschaftskrise 1929 verschärfte in weiterer Folge die Lage massiv, die Schulden der ALV an den Bund waren enorm, weshalb 1930 auch eine Reform mit dem Ziel der Vereinheitlichung des gesamten Sozialversicherungssystems angekündigt, aber nicht realisiert wurde. Nach weiteren Verschärfungen der Arbeitslosenfürsorge 1931 kam es 1932 schließlich zum völligen Zusammenbruch der ALV, NStA und der Altersfürsorge. Während die Arbeitslosigkeit weiter anstieg (von über 11% 1930 auf fast 22% 1932) sank die Zahl der Unterstützten deutlich ab (1930 86%, 1931 73%, 1932 66%, 1933 60%).⁶⁵

Im Sommer 1932 wurde im Zuge der Budgetsanierung im Zusammenhang mit der Lausanner Anleihe ein besonderes Ministerkomitee eingesetzt, das mit der Ausarbeitung eines Arbeitsbeschaffungsprogramms betraut wurde.⁶⁶ Ein von Sozialminister *Josef Resch* vorgelegtes Sofortprogramm⁶⁷ sah die Einführung eines Freiwilligen Arbeitsdienstes vor, der nicht nur die unterstützten, sondern auch die ausgesteuerten und zur Vermittlung vorgemerkten Arbeiter_innen sowie die Forstarbeiter_innen umfassen sollte. Überdies war ein großes Straßenbauprogramm und eine Erweiterung der PAIF vorgesehen. Die Regierung war in der Frage der Arbeitsbeschaffung aber nicht geschlossen und sah in diesen Maßnahmen eher ein politisch-psychologisches Mittel zur Beruhigung der Bevölkerung,⁶⁸ vertraute man doch eher auf eine Selbstheilung des kapitalistischen Wirtschaftssystems.

61 Vgl zB *Schestauber*, Arbeitslosenversicherung 35ff.

62 BGBl 1927/125.

63 *Parak*, Subsidiaritätsprinzip 59.

64 Vgl *Stiefel*, Arbeitslosigkeit 110ff.

65 *Stiefel*, Arbeitslosigkeit 29.

66 *Denk*, Maßnahmen 46.

67 *Weinberger*, Der Freiwillige Arbeitsdienst in Österreich 1932-1938. Eine staatliche Maßnahme zur Arbeitsbeschaffung, Dipl Wien (1987).

68 *Denk*, Maßnahmen 55.

Im August 1932 wurde schließlich der Freiwillige Arbeitsdienst (FAD) – als Vorstufe für einen geplanten allgemeinen Arbeitsdienst – eingeführt.⁶⁹ Er stellte eine freiwillige Betätigung von Arbeitslosen bei gemeinnützigen, zusätzlichen Arbeiten dar, eine Ablehnung war daher möglich. Er sollte insb der Jugend Beschäftigung bringen und nahm bald einen „erstaunlichen Aufschwung“,⁷⁰ der am Höhepunkt der Arbeitslosigkeit 1933/34 fortgesetzt werden konnte. Der FAD fand entweder in „offener Form“ oder in „geschlossener Lagerform“ statt, wobei große Lager in Wien (Donau-Überschwemmungsgebiet, Winterhafen, Lobau bei Kaisermühlen), aber auch außerhalb entstanden. Im Lager wurden Unterkunft und Verpflegung zur Verfügung gestellt, manchmal auch ein Taschengeld von maximal 50 Groschen, im „offenen“ Arbeitsdienst Naturalleistungen verabfolgt.⁷¹ 1933 gab es insgesamt 240 Lager in Österreich, und bis 1935 wurde der FAD stark ausgebaut.⁷² Obwohl eigentlich für „zusätzliche“ Arbeiten vorgesehen, wirkte der FAD auch an den großen Bauvorhaben mit, so etwa der Höhenstraße. Weibliche Arbeitsdienstwillige fanden Beschäftigung in Heimen und der Kinderbetreuung, bei der Winterhilfe und Ausspeiseaktionen, darüber hinaus wurden 1933 eigene Nähstellen des FAD eingerichtet.⁷³

Aber auch die Maßnahme der Abschiebung von Arbeitslosen fand weiterhin Anwendung, waren doch die heimat- und armenrechtlichen Bestimmungen der Monarchie 1918 übernommen worden.⁷⁴ So kam es zB in Vorarlberg Anfang 1933 zu derartigen Abschiebungen, die zu heftiger Kritik nicht nur in den Medien, sondern auch im Nationalrat führten. Wie der sozialdemokratische Abgeordnete *Hermann Hermann* im Nationalrat berichtete,⁷⁵ seien „an verschiedenen Orten in Vorarlberg [...] arbeitslose Menschen auf der Straße und in Wärmestuben eingefangen [...], in den Polizeiarrest geführt und ohne jede Amtshandlung, ohne jede Begründung dort so lange gehalten“ worden, „bis eine Gruppe sich zusammengefunden hatte, welche dann auf die Bahn transportiert und mit dem Zug in ihre Heimatgemeinde abgeschoben worden ist“, was „unter der Arbeiterschaft eine unerhörte Empörung hervorgerufen“ habe. Auch hätten die Unternehmer seinerzeit viele „fremde Arbeiter“ nach Vorarlberg gebracht, weil dort „dringend Arbeitskräfte benötigt“ worden waren, und „heute [...], wo sie arbeitslos sind, werden sie wie Verbrecher in ihre Heimatgemeinden abgeschoben“, weil sie eine „Belästigung der Öffentlichkeit“ darstellen würden. Das sei – so der sozialdemokratische Abgeordnete *Viktor Stein*⁷⁶ – wohl die Jubiläumsfeier „der ersten sozial-

69 BGBl 1932/304; vgl *Pawlowsky*, Arbeitslosenpolitik im Austrofaschismus. Ein Beispiel restriktiver Sozialpolitik in ökonomischen Krisenzeiten, Diss Wien (1988); *Stiefel*, Arbeitslosigkeit 86ff.

70 *Schestauber*, Arbeitslosenversicherung 65.

71 *Denk*, Maßnahmen 89.

72 *Pawlowsky*, Werksoldaten, graue Mandln, 50-Groschen-Dragoner. Der Freiwillige Arbeitsdienst in Österreich, Zeitgeschichte (1989/1990) 226ff (226).

73 *Denk*, Maßnahmen 91.

74 Vgl *Reiter*, Ausgewiesen 318ff.

75 Zit n ebd 466f.

76 Zit n ebd 468.

politischen Versuche des k.k. Schubwagens“ von 1873, wiewohl man doch geglaubt hätte, dass „die Zeiten dieser Polizeisozialpolitik endgültig vorüber“ seien. Die Arbeitslosen dürften „kein Freiwild für irgendwelche größenwahnsinnige Landes- oder Bezirkshauptleute“ sein. Auch in der Presse wurde die „brutale Ausweisung von Arbeitslosen aus dem christlichsozialen Ländle“ als „Jagd auf Arbeitslose“ bzw. „unerhörte Razzia“ bezeichnet.⁷⁷ Bundeskanzler *Engelbert Dollfuß*⁷⁸ zufolge hatte man aber „die Abschiebung dieser Personen in ihre Heimatgemeinden in der Erwägung in Aussicht genommen“, damit sie in ihrer Heimatgemeinde „leichter unterstützt, beziehungsweise befürsorgt werden“ könnten.

4. Austrofaschismus

Im Jahr 1933 erreichte die Zahl der Arbeitslosen mit fast 560.000 ihren Höhepunkt, darunter über 139.000 „Notständler“ und 228.000 „Ausgesteuerte“.⁷⁹ Ursache für die hohen Arbeitslosenzahlen von 1933 war freilich nach wie vor primär die noch immer nicht überwundene Weltwirtschaftskrise, zumal die zweite Völkerbundanleihe, die auch Investitionen für die Ankurbelung der Wirtschaft enthielt, noch nicht wirksam geworden war. Nach der Ausschaltung des Nationalrats im März 1933 erfolgte mittels Regierungsverordnungen auf der Grundlage des Kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetzes von 1917⁸⁰ ein weiterer merkbarer sozialpolitischer Abbau. Unter Betonung der „Nachteile eines unbegrenzten Parlamentarismus“ wurde nun „rasches Anpassen an die veränderte Wirtschaftslage und größte Schmiegsamkeit in der Handhabung der sozialpolitischen Bestimmungen“ propagiert, hätte doch das bisherige „Überwiegen des Parteiinteresses und der parteipolitischen Demagogie“ zu einer bloßen „Verkrampfung und Erstarrung“ geführt.⁸¹

Nicht nur die IBK wurden nun verpflichtet, die Vergabe von Notstandshilfen strenger zu handhaben, sondern Verordnungen vom April 1933 legten auch eine Beschränkung der ordentlichen AIU auf nur mehr 20 Wochen⁸² und eine deutliche Verringerung der AIU-Sätze fest,⁸³ woraufhin die Aussteuerungen deutlich anstiegen. Gleichzeitig lockerte die Regierung die Aufnahmebedingungen für den FAD:⁸⁴ „Ausgesteuerte“ durften teilnehmen, wenn ihre Aussteuerung nicht länger als drei Jahre zurücklag, darüber hinaus konnten alle bedürftigen Personen unter 25 Jahren am FAD teilnehmen. Allerdings

77 Zit n ebd 469.

78 Zit n ebd 470.

79 *Stiefel*, Arbeitslosigkeit 29.

80 RGBl 1917/307.

81 *Schmitz*, Die Sozialpolitik im autoritären Staat (1934) 12.

82 BGBl 1933/129.

83 BGBl 1933/343.

84 BGBl 1933/126, 583, II 1934/368.

stellte sich letztlich heraus, dass der FAD nicht rentabel arbeitete und kostspieliger war als die Unternehmer, die volle Löhne zahlten.

Als weitere Maßnahme gegen die Massenarbeitslosigkeit sagte die Regierung auch „Ehepaardoppelverdienern“ den Kampf an und verdrängte damit die Frauen – im Sinne konservativer Familienpolitik – unter dem Vorwand der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit aus dem Berufsleben. Die sogenannte Doppelverdienerverordnung vom Dezember 1933⁸⁵ sah vor, dass jede verheiratete Bundesbedienstete aus dem Dienst auszuschneiden hatte, wenn ihr Ehemann in einem gesicherten aktiven Bundesdienstverhältnis mit gewissem Mindesteinkommen stand, ausgenommen Familien mit mehr als vier Kindern. Erleichtert wurde die Situation hingegen 1933 für unterstützte Arbeitslose, die den bewaffneten „vaterländischen“ Formationen, dem „Freiwilligen Schutzkorps“ und dem „Freiwilligen Assistenzkörper“ beitraten, da sie von diesen Taggeld und Verpflegungszuschuss bezogen, ihre Familien aber weiterhin die AIU oder NStA weiterbeziehen konnten.⁸⁶ Auch waren Schutzkorpsangehörige vorrangig auf freie Posten zu vermitteln, gefolgt von Mitgliedern der „Vaterländischen Front“ und den übrigen Arbeitssuchenden.⁸⁷

1934 erfolgte schließlich eine „Entpolitisierung“ der IBK nach dem Verbot der Sozialdemokratie. An ihre Stelle traten vom Sozialminister ernannte Verwaltungskommissionen.⁸⁸ Mit dem Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz (GSVG) 1935⁸⁹ wurde schließlich das AIVG aufgehoben und die IBK zu Landesarbeitsämtern umgeformt. Ziel des GSVG war „die Wiederherstellung des gestörten Gleichgewichts zwischen den Einnahmen und den Ausgaben in der Sozialversicherung“, weshalb „den Versicherten Opfer in Form von Leistungskürzungen nicht erspart werden“ konnten.⁹⁰ Hinsichtlich der Voraussetzungen für den Bezug der AIU und NStA wurden daher die bisherigen Leistungskürzungen im Wesentlichen festgeschrieben, ein Anspruch auf NStA war nun aber nur noch „nach längerer Beschäftigungsdauer“, also einer 5jährigen Beschäftigung innerhalb der letzten 10 Jahre, gegeben. Überdies sollten innerhalb von sechs Monaten alle Notstandsauhilfefälle überprüft werden. In Folge dieser Maßnahmen sank die Zahl der unterstützten Arbeitslosen 1936/37 auf 50%,⁹¹ die Zahl der „Ausgesteuerten“ stieg rapide an.

Auch die 1935 von Bundeskanzler *Kurt Schuschnigg* groß angekündigte und über Anleihen finanzierte „Arbeitsschlacht“ konnte nur wenig zur Verbesserung des Arbeitsmarktes beitragen. Vorrang vor einer effizienten Beschäftigungspolitik genoss weiterhin

85 BGBl 1933/545, ausf *Bei*, Austrofaschistische Geschlechterpolitik durch Recht: Die „Doppelverdienerverordnung“, *Reiter/Rothländer/Schölnberger*, Österreich 1933-1938 (2012) 197ff.

86 BGBl 1933/202, 292, 402.

87 *Kreml/Thaler*, Arbeitsmarktverwaltung 85.

88 *Danimann*, Die Arbeitsämter unter dem Faschismus (1966) 9.

89 BGBl 1935/107.

90 Zit n *Wilding*, Arbeitslosenpolitik 125.

91 *Schestauber*, Arbeitslosenversicherung 69.

die Stabilität von Währung und Budget.⁹² Wie die britische Botschaft am 9. März 1938 nach London berichtete, glaubte daher ein großer Teil der österreichischen Bevölkerung, „fasziniert von den glänzenden Berichten, die ihnen vom hohen Beschäftigungsstand in Deutschland aufgedrängt“ wurden, „dass ein Anschluss ähnliche Bedingungen für Österreich bringen würde“.⁹³ Insgesamt endete der Austrofaschismus daher 1938 nicht nur in einem politischen, sondern auch in einem „sozialen Fiasko“.⁹⁴

5. Ausblick

Im Bereich der AIV blieben nach 1945 zunächst die Bestimmungen des reichsdeutschen Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung von 1927⁹⁵ sowie der Verordnung über Arbeitslose von 1939,⁹⁶ nach der – ohne Bezugnahme auf den Versicherungsgedanken – eine Unterstützung nur bei Bedürftigkeit gewährt wurde, in Kraft. Auch das Gesetz über vorläufige Maßnahmen auf dem Gebiet der Arbeitslosenfürsorge 1946⁹⁷ machte diese von einer Gefährdung des Lebensunterhaltes abhängig, ohne aber eine zeitliche Befristung des Bezugs vorzusehen, während das AIVG 1949⁹⁸ die Bedürftigkeit nur mehr für die Inanspruchnahme der Notstandshilfe, nicht aber mehr für die AIV vorsah. Das AIVG ging wieder vom Gedanken der Pflichtversicherung aus und erweiterte den Kreis der Versicherten nun um die landwirtschaftlichen Arbeitnehmer_innen. Abgelöst wurden diese Regelungen dann durch die Notstandshilfeverordnung von 1973⁹⁹ und das AIVG 1977.¹⁰⁰ Bis zum Ende der 1990er Jahre wurden Änderungen in weiterer Folge „schleichend vollzogen“, wobei die sozialpolitischen Maßnahmen auf Leistungsbegrenzungen abzielten. Stärker in Diskussion kamen nun „mit einer Leistungsvergabe verknüpfte Aktivierungsstrategien bzw -verpflichtungen“.¹⁰¹ Schließlich wurde 2010 eine bedarfsorientierte Mindestsicherung¹⁰² (BMS) eingeführt,¹⁰³ die eine Harmonisierung der – noch an das Armenversorgungswesen der Monarchie¹⁰⁴ an-

92 *Tálos*, Das austrofaschistische Herrschaftssystem. Österreich 1933-1938 (2013) 232f.

93 Zit n *Tálos*, Sozialpolitik im Austrofaschismus, *Tálos/Neugebauer*, Austrofaschismus. Politik – Ökonomie – Kultur 1933-1938 (2009) 231.

94 Ebd 232.

95 RGBI I 187.

96 RGBI I 1674.

97 BGBl 1946/97.

98 BGBl 1949/184.

99 RGBI 1973/352.

100 BGBl 1977/609.

101 *Parak*, Subsidiaritätsprinzip 39.

102 Zur Bedarfsorientierten Mindestsicherung und deren Verbesserungsmöglichkeiten vgl den Beitrag von *Wagner* in dieser Ausgabe des *juridikum*; *Wagner*, Eine kurze Analyse zur Bedarfsorientierten Mindestsicherung und ihren Schnittstellen mit dem Arbeitsmarkt, *juridikum* 2016, 89.

103 BGBl I 2010/96.

104 Das Heimatrecht hingegen wurde 1938/39 beseitigt und 1945 nicht wieder aufgegriffen.

knüpfenden – Sozialhilferegelungen der Länder darstellt, wobei ein „Fokus auch auf die Reintegration von LeistungsempfängerInnen in den Arbeitsmarkt gerichtet“ wird.¹⁰⁵ Ende des Jahres 2015 lag die Zahl der Arbeitslosen in Österreich bei 475.000.¹⁰⁶ Angesichts dessen, dass Arbeitslosengeld und Notstandshilfe grundsätzlich außer Streit stehen, scheinen somit die Errungenschaften der Ersten Republik definitiv gesichert. Auch kann eine gänzliche Streichung der Leistung für den Lebensunterhalt nach der BMS nur mehr in Ausnahmefällen stattfinden,¹⁰⁷ womit das Massenphänomen der „Ausgesteuerten“ ebenfalls nur mehr von rechtsgeschichtlichem Interesse ist. Fraglich bleibt freilich, wie sich die BMS angesichts von leeren Staatskassen und neuen Herausforderungen des Sozialstaats infolge der aktuellen Zuwanderungssituation entwickeln wird.

Dr.ⁱⁿ Ilse Reiter-Zatloukal ist ao. Univ.-Prof.ⁱⁿ am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte, Universität Wien; ilse.reiter-zatloukal@univie.ac.at

105 677 BlgNR 24. GP 1, https://parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/II_00677/index.shtml (15.1.2015).

106 http://ams.at/_docs/001_uebersicht_aktuell.pdf (15.1.2015).

107 http://armutskonferenz.at/files/armkon_bms_monitoring_zsf-2012_1.pdf (15.1.2015).

Eine Arbeitslosenversicherung für den EURO-Raum?

Johannes Schweighofer

1. Einleitung

Angesichts der anhaltend krisenhaften Entwicklung seit 2009 und des damit verbundenen Anstieges der Arbeitslosigkeit wird in der EU wieder vermehrt über die Einführung einer europäischen Arbeitslosenversicherung (EURO-ALV) diskutiert.¹ Eine derartige Versicherung würde bei den meisten Vorschlägen die nationalen Regelungen zur Arbeitslosenversicherung tw durch EU-weite Bestimmungen ersetzen, etwa in der Art, dass die EURO-ALV eine Basisabsicherung für Kurzzeit-Arbeitslosigkeit umfasst und die darüber hinausgehenden Aspekte (etwa zur Dauer der Arbeitslosigkeit, zur Höhe der Ersatzquote etc) nationalen Regelungen unterliegen.

Diese EURO-ALV könnte dann positive wirtschaftliche Effekte haben, wenn sie klug umgesetzt wird, dh sie müsste die folgenden Bedingungen erfüllen: Erstens müssten mit der Einführung dieser EURO-ALV deutlich konjunkturstabilisierende Wirkungen verbunden sein, die über die Stabilisierungseffekte rein nationaler ALV-Systeme hinausgehen. Zweitens dürfte diese Versicherung zu keinen permanenten Transfers von Ländern mit niedriger zu Ländern mit hoher Arbeitslosigkeit führen – denn dafür sind Strukturfonds da und dafür fehlt jeglicher politischer Konsens auf EU-Ebene. Und drittens müsste verhindert werden, dass die Einführung einer EURO-ALV zum Anlass für weitere Einsparungen bei den Arbeitslosen genommen und damit ein „*race to the bottom*“ losgetreten würde. Als weitere Bedingung kann genannt werden, dass diese Versicherung nicht durch nationale ALV-Beiträge finanziert werden sollte, sondern durch andere Finanzierungsquellen wie bspw eine Finanztransaktions-, eine Kerosin- oder eine CO2-Steuer.

Weil sie die wichtigsten Aspekte einer EURO-ALV sind, werden nachfolgend va die ersten beiden Bedingungen näher analysiert.

1 Die Diskussionen zu einer EU-weiten Arbeitslosenversicherung reichen bis in die 1970er Jahre zurück; s etwa *MacDougall*, Report on the study group on the role of public finance in European integration, Economic and Financial Series No A13, 1977; *Von Hagen*, Fiscal Arrangements in a Monetary Union: Evidence from the U.S., in *Fair/De Boissieu* (Hrsg), Fiscal Policy, Taxation and the Financial System in an Increasingly Integrated Europe. Financial and Monetary Policy Studies 22 (1992) 337-360.

2. Unzureichende Begründung für einen Stabilisierungsmechanismus

In einer Währungsunion mit einheitlicher Geldpolitik kann die Zentralbank nur auf durchschnittliche, nicht jedoch auf länderspezifische Entwicklungen reagieren. Daher werden auf europäischer Ebene schon seit längerem zusätzliche automatische Stabilisatoren diskutiert, um Länder, die von besonderen negativen Entwicklungen (sog. „*asymmetrischen Schocks*“) betroffen sind, zu unterstützen. Die Wachstumsraten in der Währungsunion weichen jedoch nach wie vor stark voneinander ab. Ein europäischer Konjunkturzyklus bildet sich offensichtlich nicht heraus.² Andererseits wird bei einem Blick auf die Entwicklung von Inflation, BIP-Wachstum und Arbeitslosigkeit deutlich, dass es bis zur Krise zu einer gewissen Konvergenz kam. Im Jahr 2009 verzeichneten alle Länder negative Wachstumsraten („*symmetrischer Schock*“), dieser Einbruch hatte allerdings sehr ungleiche Auswirkungen, insb auf die Arbeitslosigkeit; diese stieg in der Peripherie (Griechenland, Spanien, Portugal, Irland) drastisch an, nicht jedoch im Zentrum – in Deutschland sank sie sogar seit 2009. Die beschriebene Entwicklung in der Vergangenheit kann daher nur bedingt zur Begründung einer EURO-ALV herangezogen werden, weil die entscheidende Voraussetzung, nämlich das Vorherrschen von asymmetrischen Schocks, bisher fehlt.

3. Sehr große institutionelle Unterschiede

Da für die Einführung einer EURO-ALV ein gewisses Mindestmaß an Harmonisierung der bestehenden Versicherungssysteme notwendig sein wird (etwa bei den Anspruchsvoraussetzungen), muss auf die große Heterogenität der bestehenden Systeme hingewiesen werden.³ Angleichungsschritte drohen dadurch extrem schwierig zu werden. Spanien gab etwa 2011 2,79% des BIP für Arbeitslosenunterstützung aus, die Slowakei 0,28%.⁴ Die Nettoersatzquote liegt in Slowenien bei 0,75%, in Irland hingegen bei 0,35%.⁵ Die Mindestversicherungszeiten zum Erwerb eines Arbeitslosenversicherungsanspruches betragen in Frankreich vier Monate in einem Referenzzeitraum von 28 Monaten, in den Niederlanden sechs Monate im Zeitraum von acht Monaten.⁶ Die maximale Bezugsdauer von Arbeitslosengeld, die in vielen Ländern vom Alter und der Vorkarriere abhängt, beträgt in Belgien 47 Monate, in der Slowakei sechs Monate.⁷ Liegen die Voraussetzungen (für den Bezug von Notstandshilfe) vor, so ist die Bezugsdauer in Österreich im Prinzip sogar zeitlich unbeschränkt.

2 Setwa Breuss, Mangelnde „Europäisierung“ der nationalen Konjunkturzyklen als Risiko für den Euro-Raum, Wifo-Monatsberichte 2/2009, 125-138.

3 Für einen Datenvergleich s *European Commission*, Unemployment Benefits in EU Member States (2013).

4 *OECD database*, <http://stats.oecd.org/Index.aspx?QueryId=70428> (26.1.2016).

5 *European Commission*, Unemployment 11.

6 Ebd 15.

7 Ebd 12.

4. Verschiedenen Varianten einer EURO-ALV

4.1. Beiträge von Sebastian Dullien

Sebastian Dullien hat mehrere Vorschläge zur Finanzierung von Kurzarbeitslosigkeit (Arbeitslosigkeit, die bis max 12 Monate dauert) über eine EURO-ALV gemacht.⁸ Er kommt zu maximalen Stabilisierungseffekten von einem Drittel des Abschwunges, dh wenn bspw in einem Land das BIP um 3% zurückgeht, würde es sich mit einer EURO-ALV nur um 2% reduzieren; Länder mit niedriger Arbeitslosigkeit, wie Deutschland und die Niederlande, wären dabei jedoch beinahe in allen Jahren Nettozahler. Ein wesentlicher Nachteil dieser Überlegungen ist darin zu sehen, dass es sich nur um einfache Überschlagskalkulationen handelt.

4.2. Studie des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung (DIW)

Bisher erstmalig hat das DIW die makro- und mikroökonomischen Wirkungen einer EURO-ALV mit Hilfe von gesamtwirtschaftlichen Modellen berechnet.⁹ Es wurden verschiedene Varianten in einer Ex-post-Simulation (1999-2012) betrachtet, auf zwei wird nachfolgend eingegangen:

- (1) Die umfangreichste Variante geht davon aus, dass die EURO-ALV Arbeitslosigkeit bis zu zwölf Monaten Dauer finanziert, mit einer Ersatzquote¹⁰ von 70%. Annahm gemäß finanzieren die Mitgliedstaaten darüber hinausgehende Leistungen national. Sollte das nationale Leistungsniveau jedoch niedriger sein, dann erhöht die EURO-ALV dieses Niveau. Zur Finanzierung der EURO-ALV werden 1,33% der Brutto-Lohn- und Gehaltssumme durch die Mitgliedsstaaten abgezogen.
- (2) Eine weitere Variante nimmt einen „*Top-up*“ von ca 10% des Durchschnitts-Einkommens an, der für die Dauer der Krise, dh bei einem schrumpfenden BIP im Vorquartal, an alle Arbeitslosen in gleicher Höhe ausbezahlt wird (für Österreich etwa € 200 monatlich). Finanziert wird diese Variante durch eine Einkommenssteuer.

Die Ergebnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen; Österreich und Spanien sollen als Beispiele dienen:

- a) Österreich würde bei der ersten Variante jährlich mit ca 0,24% des BIP (ca € 750 Mio) netto (Einzahlungen minus Auszahlungen) belastet, Spanien dafür mit 0,27% des BIP entlastet. Bei der vom DIW gewählten „*Top-up*“-Variante liegt das

⁸ Vgl etwa *Dullien*, Eine Arbeitslosenversicherung für die Eurozone, SWP-Studie (2008); *ders*, A euro-area wide unemployment insurance as an automatic stabilizer: Who benefits and who pays? Paper prepared for the European Commission (2013).

⁹ *Dullien/Fichtner/Haan/Jaeger/Jansen/Ochman/Tomasch*, Eine Arbeitslosenversicherung für den Euroraum als automatischer Stabilisator – Grenzen und Möglichkeiten. Studie im Auftrag des BMASK (2014). Zu ähnlichen Ergebnissen kommen auch *Dolls/Fuest/Neumann/Peichl*, An Unemployment Insurance Scheme for the Euro Area? A Comparison of Different Alternatives Using Micro Data, ZEW Discussion Paper 14-095 (2014).

¹⁰ Die Ersatzquote stellt des Verhältnis von Transfereinkommen (hier Arbeitslosengeld) zu vorangegangenen Einkommen dar.

Finanzierungsvolumen auf Niveau von etwa 1/10 bis 1/20 der ersten Variante. Permanente Transfers von Ländern mit niedriger Arbeitslosigkeit und hohem Einkommen zu Ländern mit hoher Arbeitslosigkeit und niedrigem Einkommen lassen sich offensichtlich schwer verhindern. Denkbar wäre allerdings eine Art „*experience rating*“, bei dem jene Länder, die höhere Arbeitslosigkeit verursachen, auch höhere Beiträge zahlen müssten. In diesem Fall würden aber die Stabilisierungseffekte niedriger ausfallen.

- b) Die größten Stabilisierungswirkungen in der zweiten Variante entstehen in Spanien im Krisenjahr 2009: Eine EURO-ALV hätte den wirtschaftlichen Abschwung um 19% reduzieren können. In Österreich wird das Wachstum über den gesamten Zeitraum leicht gebremst (ca 0,1% des BIP). Für den gesamten EURO-Raum entstehen keine zusätzlichen Stabilisierungs- und Wachstumseffekte. Wäre bei der „*Top-up*“-Variante ein ähnlich hohes Finanzierungsvolumen vorgesehen, dann hätte in Spanien – unter der Annahme, dass die Effekte proportional wirken – der wirtschaftliche Einbruch sogar um etwa 50% abgefedert werden können. Würde dieser Transfer über eine Vermögensabgabe, die mit geringen Entzugseffekten¹¹ verbunden wäre, finanziert, dann wären die Stabilisierungswirkungen möglicherweise noch größer.
- c) Die Verteilungseffekte einer EURO-ALV wären leicht progressiv: In Österreich würden die 10% mit den niedrigsten Haushaltseinkommen mit € 2, die obersten 10% mit € 379 jährlich belastet, entsprechend würden in Spanien die unteren Einkommensgruppen stärker entlastet als die oberen. Arbeitslose in Österreich würden netto ca € 236 jährlich von einer EURO-ALV zusätzlich erhalten, das sind 1,23% ihres Haushaltseinkommens.

5. Automatische Stabilisierungsfonds

Neben einer EURO-ALV werden seit den 1970er Jahren verschiedene Formen von *Fiskalkapazitäten* bzw *Versicherungs- und Stabilisierungsmechanismen*¹² diskutiert, die alle den Ausgleich von zyklischen Konjunkturschwankungen zum Ziel haben; die Angleichung der Einkommensniveaus, die den sog Strukturfonds obliegt, steht dabei nicht im Vordergrund. EURO-ALV und Fiskalkapazität verbindet dieselbe Zielsetzung, nämlich die Konjunkturstabilisierung, bei ersterer ist jedoch an die Einrichtung einer eigenen Versicherung auf europäischer Ebene gedacht (mit allen damit in Verbindung stehenden Problemen der Harmonisierung nationaler Systeme der sozialen Sicherheit), bei letzterer wird nur ein Fonds eingerichtet, der über nationale Beiträge (wie auch immer diese

11 Gemeint ist hier mit Entzugseffekt, dass dem Wirtschaftskreislauf durch die Finanzierung der EURO-ALV andere Ausgaben von KonsumentInnen entzogen werden.

12 S etwa Enderlein/Guttenberg/Spiess, Blueprint for a cyclical shock insurance in the Euro Area, Notre Europe 2013; Enderlein et al, Den Euro vollenden. Der Weg zu einer Fiskalunion in Europa, Bericht der Tommaso Pado-Schioppa-Gruppe, Notre Europe 2012; Wolff, A Budget for Europe's Monetary Union, Bruegel Policy Contribution 2012; Vetter, Do all roads lead to fiscal union? Options for deeper fiscal integration in the eurozone, DB Research 2013.

finanziert werden) gespeist wird. Länder, deren Konjunktur sich unterdurchschnittlich entwickelt, erhalten Mittel aus dem Fonds und vice versa.

Folgenden Kriterien werden häufig im Zusammenhang mit einem Stabilisierungsmechanismus genannt: (1) Dieser soll „*automatisch*“ funktionieren, weil die schwerfälligen politischen Entscheidungsmechanismen auf EU-Ebene wahrscheinlich im gegenteiligen Fall dazu führen würden, dass der Konjunkturimpuls erst ankommt, wenn der Abschwung schon wieder vorbei ist. (2) Er sollte über ein einfaches Konjunkturkriterium (Outputlücke, Abweichung vom durchschnittlichen Wachstumspfad, Arbeitslosigkeit etc) in Gang gesetzt werden, wobei vermieden werden sollte, dass es Auslegungs- und Berechnungsunterschiede beim gewählten Kriterium gibt – damit würde der oben genannte „*potential output*“, dessen Berechnung häufig mit „*ex-post-Korrekturen*“ verbunden ist, voraussichtlich ausscheiden. (3) Der Mechanismus sollte möglichst ohne zeitliche Verzögerung konjunkturwirksam werden, womit alle Transfers für Beziehenden von Niedrigeinkommen, die meist zu 100% unmittelbar ausgegeben werden, vorzuziehen wären. (4) Dieser Stabilisierungsfonds sollte nicht jährlich, sondern erst längerfristig ausgeglichen werden müssen, dh kurzfristig wäre die Möglichkeit der Verschuldung vorzusehen in Zeiten, in denen beim Fonds die Auszahlungen höher ausfallen als die Einnahmen. Klar ist, dass die Schulden, die in Zeiten einer allgemeinen Konjunkturschwäche anfallen, in guten Zeiten wieder abgebaut werden müssen.

Welches Budget würde ein derartiger Stabilisierungsmechanismus benötigen, um nennenswerte zusätzliche Stabilisierungswirkungen auf EURO-Ebene auszulösen? Die angegebenen Werte schwanken je nach Ausgestaltung sehr stark zwischen 0,2-2% des EURO-BIP, wären also kleiner oder größer als das bisherige EU-Budget. Die Mittel könnten aus einer EU-weiten Steuer (etwa der Finanztransaktionssteuer) oder aus nationalen Beiträgen resultieren. *Enderlein et al* kommen für einen Fonds, der mit 0,2% des EURO-BIP ausgestattet wird, zu erheblichen Stabilisierungswirkungen: Es könnten mit einem derartigen Fonds die Abweichungen von der Gesamtentwicklung um 15-40% reduziert werden.¹³ Wie bei allen Versicherungsmechanismen wäre es bei einem Stabilisierungsfonds nötig, Vorkehrungen für so genannte „*moral hazard*“-Probleme zu treffen; dh etwa, dass die Mitgliedstaaten, die in eine Krise schlittern, nicht ihre eigenen Anstrengungen zur Konjunkturstabilisierung mit Blick auf den EU-Fonds hintan stellen sollten.

6. Mögliche Umsetzung

Die gegenwärtigen Diskussionen im Zusammenhang mit einer EURO-ALV befinden sich auf der Ebene von konzeptionellen und grundsätzlichen Überlegungen, sie sind also noch sehr weit weg von der Frage einer möglichen konkreten Umsetzung. Das hat einer-

¹³ *Enderlein/Guttenberg/Spiess*, Notre Europe 2013, 8.

seits damit zu tun, dass kein politischer Kompromiss in Richtung weiterer Integration in Sicht erscheint, aber andererseits auch mit der fehlenden Kompetenz auf EU-Ebene: Arbeitslosenversicherung ist nationale Kompetenz, dieses Prinzip wird nur bei Fragen der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit¹⁴ für Personen, die die ArbeitnehmerInnenfreizügigkeit in Anspruch nehmen (etwa bei der Zusammenrechnung von Anspruchszeiten), aufgehoben. Ansonsten gibt es auf EU-Ebene nur eine sehr bruchstückhafte Zuständigkeit im Bereich des Arbeitsrechtes (siehe etwa die RL zur Arbeitszeit¹⁵) und des technischen ArbeitnehmerInnenschutzes (etwa gefährliche Stoffe¹⁶) und bei der ansatzweisen Koordinierung von Teilen der Sozialpolitik (etwa im Bereich Sozialer Dialog).

7. Schlussfolgerungen

Eine europäische Arbeitslosenversicherung ergibt politisch nur dann einen Sinn, wenn nicht nur Abgaben auf Arbeit zwischen den Mitgliedstaaten umverteilt werden. Können andere Finanzierungsvarianten gefunden werden, wie etwa Vermögenssteuern, dann könnte genauer über verschiedene Implementierungsformen, die die zusätzlichen Stabilisierungswirkungen maximieren, nachgedacht werden. Die Wahrscheinlichkeit für eine derartig sinnvolle Lösung geht jedoch angesichts der gegenwärtigen politischen Rahmenbedingungen gegen Null.

Daher wäre ein automatischer Stabilisierungsmechanismus vorzuziehen, der von einem Fonds gespeist wird, in den Länder mit guter Konjunktur einzahlen und Länder in der Rezession daraus Mittel erhalten. Damit würde eine schwerfällige Harmonisierung von sehr unterschiedlichen Systemen der Arbeitslosenversicherung vermieden werden.

Johannes Schweighofer arbeitet als Ökonom im Sozialministerium. Der Beitrag gibt seine persönliche Meinung wieder; johannes.schweighofer@sozialministerium.at

14 VO (EG) 2004/883 zur Koordinierung der Systeme der soziale Sicherheit ABL L 2004/200, 1.

15 ArbeitszeitRL 2003/88/EG ABL L 2003/299, 9.

16 RL 98/24/EG zum Schutz von Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer vor der Gefährdung durch chemische Arbeitsstoffe bei der Arbeit ABL L 1998/131, 11.

Eine kurze Analyse zur Bedarfsorientierten Mindestsicherung und ihren Schnittstellen mit dem Arbeitsmarkt

Norman Wagner

1. Ausgangslage

Das Konzept für die Bedarfsorientierte Mindestsicherung (BMS) wurde von der 2007 angetretenen SPÖ-ÖVP Bundesregierung vorgestellt, die das Thema Armutsbekämpfung zu einem ihrer zentralen Ziele erklärte.¹ Die Umsetzung sollte jedoch noch mehr als drei Jahre in Anspruch nehmen. Schließlich wurde die BMS unter der Leitung des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (BMAK) im Rahmen einer Vereinbarung nach Art 15a B-VG umgesetzt und trat mit 1.12.2010 in Kraft.²

Besagtes Konzept war das Ergebnis eines rund zehn Jahre dauernden Diskussionsprozesses über die Möglichkeiten der Vereinheitlichung der landesspezifischen Sozialhilfe³, die schließlich von der BMS abgelöst wurde. Die Neugestaltung der Armutsbekämpfung in Österreich war unerlässlich, da die in den 1970er Jahren konzipierte Sozialhilfe den sozialen Gegebenheiten des neuen Jahrtausends nicht mehr gerecht wurde. Dazu zählten ua die Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt. Die alte Sozialhilfe war auf die Bedürfnisse einer Vollbeschäftigungsgesellschaft zu Zeiten des Austrokeynesianismus zugeschnitten. Arbeitslosigkeit war in den allermeisten Fällen nur ein kurzfristiges, vorübergehendes Phänomen⁴, die Bedeutung des Dienstleistungssektors, mit seinem hohen Anteil von Teilzeitbeschäftigten, war im Vergleich zu heute gering und die mittlerweile vertraute Fülle von weiteren atypischen Beschäftigungsverhältnissen⁵ unbekannt.

1 *Bundeskanzleramt*, Regierungsprogramm 2007-2010 www.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=19542 (21.1.2016).

2 BGBl I 2010/96. *BMAK*, Zweiter Bericht des Arbeitskreis Bedarfsorientierte Mindestsicherung, Dezember 2014 (2015) www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/2/2/6/CH2297/CMS1314622448556/150220__2._bericht_arbeitskreis_bms.pdf (21.1.2016).

3 Die Sozialhilfe lag im Kompetenzbereich der Bundesländer. Die Regelungen und Richtsätze entwickelten sich in den fast vier Jahrzehnten ihres Bestehens zusehends auseinander, wodurch es zu wohnortbedingt sehr unterschiedlichen Leistungsangeboten kam; ErläutRV 677 BlgNR 24. GP 2f.

4 Die Arbeitslosenquote betrug in Österreich im Jahr 1980 1,9% nach nationaler Definition, im Gegensatz zu 8,4% im Jahr 2014. Vgl *WKÖ*, Österreichs Arbeitsmarkt im Überblick, wko.at/statistik/jahrbuch/am-ueberblick.pdf (26.1.2016).

5 ZB Arbeitskräfteüberlassung, freie Dienstverträge, Scheinselbständigkeit.

Diese Entwicklungen hatten zwei für die Konzeption der BMS sehr relevante Konsequenzen. Zum einen musste auf die massiv gestiegenen Arbeitslosenzahlen Rücksicht genommen werden. Zum anderen mussten jene Menschen bedacht werden, die zB aufgrund einer schlecht entlohnten Teilzeitbeschäftigung – etwa wegen Betreuungspflichten, die eine Vollzeitbeschäftigung unmöglich machen – aus ihrer Beschäftigung heraus kein ausreichend hohes Einkommen erzielen konnten. Diese Gruppe wird auch *Working Poor*⁶ – arbeitende Arme – genannt.

Somit musste über den Weg der Mindestsicherung versucht werden arbeitslose BMS-BezieherInnen, soweit arbeitsfähig, wieder in den Arbeitsmarkt zu integrieren und all jene zu unterstützen, die aufgrund eines geringen Einkommens oder einer entsprechend geringen Einkommensersatzleistung (Arbeitslosengeld, Notstandshilfe) eine ergänzende Unterstützung benötigten (eine sog Richtsatzergänzungsleistung). Um diese Problemstellungen zu lösen, war es notwendig, die Kooperation zwischen den die Mindestsicherung administrierenden Stellen⁷ und dem Arbeitsmarktservice (AMS) neu zu regeln, wie im Folgenden kurz dargestellt wird.

2. Gestaltung der BMS

Eine der zu lösenden Schwierigkeiten bei der Umsetzung der BMS war es, einen finanziellen Arbeitsanreiz für die BMS-BezieherInnen zu schaffen.⁸ Denn grundsätzlich ist die BMS als bedarfsgeprüfte Leistung konzipiert. Unterstützung soll nur gewährt werden, solange und soweit keine andere Möglichkeit der Existenzsicherung besteht, wie zB ein Erwerbseinkommen (Art 2 Abs 2 15a-Vereinbarung). Aus dieser Logik heraus bedeutet zusätzliches Einkommen den Verlust des Anspruchs auf BMS in derselben Höhe. In einer solchen Situation ist der (Wieder-)Einstieg in den Arbeitsmarkt besonders schwer. Oft wird in diesem Zusammenhang von der sogenannten Armutsfalle gesprochen: Wenn Einkommen uneingeschränkt auf die Unterstützungsleistung angerechnet wird, ist es für die Betroffenen nicht sinnvoll eine (möglicherweise schlecht bezahlte) Erwerbsarbeit aufzunehmen.

Aus diesem Grund wurde in der BMS ein Freibetrag für den (Wieder-)Einstieg in den Arbeitsmarkt eingeführt. Anspruchsberechtigt sind Menschen, die zumindest seit zwölf Monaten arbeitslos sind und seit mindestens sechs Monaten Mindestsicherung beziehen. Der Freibetrag ist im Ausmaß von 15% des Nettoeinkommens vorzusehen, zu-

6 Vgl etwa *Verwiebel/Fritsch*, Working poor: Trotz Einkommen kein Auskommen – Trend- und Strukturanalysen für Österreich im europäischen Kontext, SWS-Rundschau 2011, 5-23; *Dimmell/Schenk/Stelzer-Orthofer* (Hrsg), Handbuch Armut in Österreich² (2014); *Knittler*, „Working Poor“ und geschlechtsspezifische Einkommensunterschiede – eine Annäherung in Zahlen für Österreich und Wien, Wirtschaft und Gesellschaft 2015, 235-256.

7 Bezirkshauptmannschaften, Gemeindeämter, Magistrate. IdFk Sozialämter.

8 Im Rahmen der seit 2015 zwischen Bund und Ländern verhandelten Weiterentwicklung der BMS wird auch die Neukonzeption des Arbeitsanreizes diskutiert. Vgl APA, Niederösterreich will Änderung bei Mindestsicherung, www.salzburg.com/nachrichten/oesterreich/politik/sn/artikel/niederoesterreich-will-aenderung-bei-mindestsicherung-180487/ (15.1.2016).

mindest für 18 Monate zu gewähren und hat zwischen 7% und 17% des Ausgangswertes nach Art 10 Abs 2 der 15a-Vereinbarung zu betragen (Art 14 Abs 5).⁹ Diese Regelung ist speziell auf die Gruppe jener Menschen zugeschnitten, die nach langer Abwesenheit auf den Arbeitsmarkt zurückkehren bzw dort erstmals auftreten.

Die Neuregelung der Kooperation von AMS und Sozialämtern¹⁰ galt ebenfalls als zentrale Zielsetzung der BMS; dies va vor dem Hintergrund, dass in der Logik der BMS existenzsichernde Erwerbsarbeit als verlässlichstes Mittel zur Vermeidung von Armut betrachtet wird. Eine große Zahl der Menschen, die grundsätzlich Anspruch auf Mindestsicherungsleistungen haben, steht im Erwerbsleben (Erwerbstätige mit niedrigem Einkommen oder Arbeitssuchende mit niedriger Arbeitslosenunterstützung). Daher wurde versucht für diese Personen eine einzige Stelle zu schaffen, an der sie ihre Ansprüche geltend machen können, einen *One-Stop-Shop* beim AMS (Art 7 leg cit).¹¹

3. Umsetzung

Zusätzlich zur sachlich gerechtfertigten Komplexität ist die Umsetzung des Freibetrags für WiedereinsteigerInnen schlecht auf die Möglichkeit des geringfügigen Zuverdienstes der Arbeitslosenversicherung abgestimmt. Im Arbeitslosenversicherungsgesetz ist, bei gleichzeitigem Bezug von Arbeitslosengeld oder Notstandshilfe, die Möglichkeit eines Zusatzverdiensts bis zur Höhe der Geringfügigkeitsgrenze¹² vorgesehen, ohne den Leistungsanspruch zu verlieren. Das hat, neben einem höheren Einkommen, auch eine Verbesserung der Anbindung an den Arbeitsmarkt zur Folge.

Einer Person, die BMS bezieht, jedoch keine Leistung aus der Arbeitslosenversicherung, bleibt diese Möglichkeit verwehrt. Sie hat allenfalls die Möglichkeit den BMS-Freibetrag für WiedereinsteigerInnen in Anspruch zu nehmen, soweit sie die (vergleichsweise rigorosen) Anspruchsvoraussetzungen erfüllt. Das ist systematisch nachvollziehbar – die BMS soll eben nur dann gewährt werden, wenn sonst keine Möglichkeiten der Existenzsicherung besteht –, führt in der Praxis allerdings zu einer schlechteren Ausgangslage von BMS-BezieherInnen gegenüber Arbeitslosen bei der Arbeitsmarktintegration.

Da ein steigender Anteil der MindestsicherungsbezieherInnen im Erwerbsleben steht und – umgekehrt – auch ein beträchtlicher Teil der Menschen, die Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung erhalten, gleichzeitig Anspruch auf Ergänzungsleistungen aus der BMS hat, wurde während der Verhandlungen zur Ausgestaltung der BMS viel

9 Für das Jahr 2016 entspricht das einem Minimum von 58,64 € und einem Maximum von 142,42 €.

10 In Wien: Sozialzentren.

11 Zur Vereinbarkeit von BMS und Studium sowie zu weiteren finanziellen Unterstützungsmöglichkeiten für Studierende vgl den Beitrag von *Wöckinger* in dieser Ausgabe des *juridikum*; *Wöckinger*, Arbeitslosigkeit und Studium. Ein praktisch-juristischer Leitfaden für die Finanzierung des Studiums, *juridikum* 2016, 110.

12 Diese liegt im Jahr 2016 bei 415,72 € pro Monat.

Energie in die Schaffung des One-Stop-Shops gesteckt.¹³ Das Ergebnis blieb allerdings weit hinter den hohen Erwartungen zurück. Weder der Bund (AMS) noch die Länder und Gemeinden (Sozialhilfebehörden) konnten von den Vorzügen einer gemeinsamen BMS-Beratungsstelle restlos überzeugt werden. Letztlich blieb es bei einem Informations- und Antragsweiterleitungsangebot zur BMS durch das AMS. Eine gemeinsame Beantragung von Arbeitslosengeld und – soweit Anspruch besteht – BMS kam nicht zustande.

Gleichzeitig zeigen die vorhandenen Daten, dass die Bedeutung von existenzsichernden Leistungen der BMS für Erwerbspersonen¹⁴ ständig steigt. In Wien, dem einzigen Bundesland, das entsprechend detaillierte Daten ausweist, beträgt der Anteil der ErgänzungsleistungsbezieherInnen mittlerweile über 75%, die meisten davon Erwerbstätige und BezieherInnen von Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung. Gleichzeitig steigt österreichweit die Zahl der Arbeitslosen, Menschen, die überdurchschnittlich oft von Armutsgefährdung im Sinne der Statistik betroffen sind¹⁵ und damit potenzielle BMS-BezieherInnen.

4. Ausblick

Die Einführung der BMS war zweifellos ein sozialpolitischer Fortschritt. Für die aktuellen wie auch für zukünftige Verhandlungen besteht jedoch noch ein weites Spektrum an Verbesserungsmöglichkeiten. Eine Vereinheitlichung der Zuverdienstmöglichkeiten von Arbeitslosenversicherungsgesetz und der Vereinbarung zur BMS wäre wünschenswert, für die Betroffenen genauso wie für die verwaltenden Behörden. Auch der One-Stop-Shop hätte das Potenzial in einer komplexen Situation Vereinfachungen zu schaffen. Aufgrund der teilweise unterschiedlichen Zielsetzungen – von Bund und Ländern, wie auch von den Ländern untereinander – wie auch der nicht kohärenten Ausgestaltung der Gesetze ist beides jedoch schwierig und wenig wahrscheinlich.

MMag. Norman Wagner ist Referent der Abteilung Sozialpolitik der Arbeiterkammer Wien und Vertreter der Bundesarbeitskammer im ständigen Arbeitskreis für Bedarfsorientierte Mindestsicherung; norman.wagner@akwien.at

13 *Erwin Buchinger*, Sozialminister aD und geistiger Vater der BMS, bezeichnete den One-Stop-Shop als „Herzstück der Reform“, vgl. *Bundesministerium für Soziales und Konsumentenschutz*, Die Bedarfsorientierte Mindestsicherung. Der Armut in Österreich begegnen (2008) 6, <http://cdn1.vol.at/2008/04/Mindestsicherung.pdf> (21.6.2016).

14 Erwerbstätige und Arbeitslose.

15 Vgl. *Statistik Austria*, Tabellen-Band EU-Silc 2014. Einkommen, Armut und Lebensbedingungen (2015) 71, www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/3/3/7/CH2170/CMS1387266116632/tabellenband_eusilc_2014.pdf (21.1.2016).

Erwerbstätigkeit von AusländerInnen in Österreich

Die Hürden und Fallen der AusländerInnenbeschäftigung

Peter Marhold / S. Ibrahim Başar

Der Arbeitsmarktzugang Drittstaatsangehöriger ist die heilige Kuh des Fremdenrechts. Änderungen erfolgen in der Regel im Einvernehmen mit den SozialpartnerInnen. Dadurch werden einerseits tagespolitische Änderungswünsche hintangehalten, andererseits verunmöglicht diese Abhängigkeit etliche Reformen. Meist bremsen die ArbeitnehmerInnenverbände die Öffnung des Arbeitsmarktes für Nicht-StaatsbürgerInnen und zwar auch dann, wenn diese rechtlich geboten wäre. So wurde zB das Recht der Studierenden auf Teilzeitbeschäftigung, welches durch die *Studierendenrichtlinie*¹ gewährt wurde, so lange ignoriert, bis schließlich eine Vertragsverletzungsklage durch die Kommission angestrengt wurde².

Zum Berufszugang von StudienabsolventInnen wurde vielfach erkannt, dass die Hürden so hoch angesetzt wurden, dass AbsolventInnen von bestimmten Studien praktisch ausgeschlossen sind. Die Versuche, die Regelung zu öffnen, scheitern jedoch seit mehr als einem Jahr an der Haltung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und KonsumentInnenenschutz (BMASK).

Der Beitrag beschäftigt sich mit der unselbständigen Erwerbstätigkeit von AusländerInnen, selbständige Erwerbstätigkeit wird lediglich hinsichtlich der Abgrenzung zu unselbständiger Erwerbstätigkeit behandelt.

1. Das Recht auf Arbeit in Völker- und Verfassungsrecht

In mehreren völkerrechtlichen Konventionen ist das Recht auf Arbeit verankert.

Art 23 der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* (1948), welche nicht rechtlichverbindlich ist, aber als Grundstein der Gesetzgebung im Bereich Menschenrechte angesehen werden kann, statuiert (programmatisch) das Recht auf Zugang zu Arbeit bzw Erwerbstätigkeit als Menschenrecht: „*Jeder hat das Recht auf Arbeit, auf freie Berufswahl, auf gerechte und befriedigende Arbeitsbedingungen sowie auf Schutz vor Arbeitslosigkeit.*“

1 StudierendensRL 2004/114/EG ABl L 2004/375, 12.

2 EuGH 22.11.2001, C-568/10, *Commission/Austria*.

Auf völkerrechtlicher Ebene gewährt auch der *Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte*³ ein Recht auf Arbeit. In Art 6 Abs 1 leg cit wird festgehalten, dass die Vertragsparteien „das Recht auf Arbeit an[erkennen], welches das Recht jedes Einzelnen auf die Möglichkeit, seinen Lebensunterhalt durch frei gewählte oder angenommene Arbeit zu verdienen, umfasst, und (...) geeignete Schritte zum Schutz dieses Rechts [unternehmen].“⁴

Auch in der *Europäischen Sozialcharta* von 1996 wird festgehalten, dass jedermann „die Möglichkeit haben [muss], seinen Lebensunterhalt durch eine frei übernommene Tätigkeit zu verdienen.“⁴ Keine dieser internationalen Rechtsquellen verleiht jedoch ein subjektives Recht auf Arbeit.

Art 6 StGG gewährt allen StaatsbürgerInnen das Recht „unter den gesetzlichen Bedingungen jeden Erwerbszweig auszuüben“.⁵ Diese Erwerbsfreiheit ist jedoch Staatsbürgerschaftsrecht und daher auf InländerInnen beschränkt. Allenfalls kann die Auffassung vertreten werden, dass seit dem EG-Beitritt Österreichs auch UnionsbürgerInnen erfasst sind, was auch auf Art 15 *EU-Grundrechtecharta*⁶ gestützt werden kann.

Die verfassungsgesetzlich gewährleistete Erwerbsfreiheit ist nicht schrankenlos; so sind subjektive Zugangsbeschränkungen zulässig, objektive Zugangsbeschränkungen werden jedoch vom VfGH als schwerer Grundrechtseingriff bewertet.⁷

2. Zugang zur unselbständigen Erwerbstätigkeit für Fremde⁸

Der Zugang von Fremden zu unselbständiger Erwerbstätigkeit wird in Österreich durch das *Ausländerbeschäftigungsgesetz* (AuslBG) normiert.⁹ Im Folgenden wird aufgezeigt, dass ein abstrakt definiertes Recht auf Arbeit weitestgehend ausgeschlossen ist; das AuslBG geht vom Grundsatz aus, dass beinahe jede unselbständige Tätigkeit untersagt ist, sofern sie nicht bewilligt wird.

2.1. Historie der AusländerInnenbeschäftigung

Bis zum Inkrafttreten des AuslBG im Jahr 1975 wurde AusländerInnenbeschäftigung nach der reichsdeutschen *Verordnung über ausländische Arbeitnehmer vom 23.1.1933*¹⁰

3 Von Österreich am 10.9.1978 ratifiziert (BGBl 1978/590).

4 Teil I Z 1 ESC; von Österreich am 1.5.2011 ratifiziert (BGBl III 2011/112).

5 RGBI 1867/142.

6 ABl C 2012/326.

7 VfSlg 11483/1987.

8 Nach § 2 Abs 4 Z 1 FPG ist „Fremder“, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt. Das AuslBG verwendet im § 2 Abs 1 für dieselbe Personengruppe den Begriff „Ausländer“.

9 AuslBG BGBl 1975/218 idF BGBl I 2015/113.

10 RGBI 1933, 26. Zur Entwicklung und Ausgestaltung der Arbeitslosenversicherung vom 19. Jh bis in die Nachkriegszeit aus rechtshistorischer Perspektive vgl den Beitrag von *Reiter-Zatloukal* in dieser Ausgabe des *juridikum*; *Reiter-Zatloukal*, „Abgeschobene“, „Notständler“, „Ausgesteuerte“. Von der „Polizeisozialpolitik“ zur Arbeitslosenfürsorge in Österreich, *juridikum* 2016, 69.

geregelt, die in Österreich mit Wirkung vom 1.4.1941 anzuwenden gewesen war und gemäß § 2 des Rechts-Überleitungsgesetzes in Geltung blieb.¹¹

Die AusländerInnenbeschäftigung war demnach erlaubnispflichtig und von Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes abhängig. Seit 1962 wurde nach österreichischer „Realverfassung“ von den SozialpartnerInnen jährlich eine Grundsatzvereinbarung über die Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte, die sog Kontingent-Vereinbarung, abgeschlossen und für fast alle Wirtschaftszweige und Branchen Kontingente festgesetzt. Während 1963 die Gesamtanzahl der in Österreich beschäftigten AusländerInnen 63.000 betrug, stieg diese bis 1973 auf ca 250.000, was 9,3% der unselbständig Beschäftigten entsprach.¹² Diese Entwicklung führte zur Erlassung des AuslBG.

In der Stammfassung des AuslBG¹³ wurden die Kontingente (§ 12 AuslBG StF) fortgesetzt und mit Höchstzahlen (§ 13 AuslBG StF) ergänzt. Arbeitsmarktzugang für AusländerInnen konnte darüber hinaus nur in außergewöhnlichen Fällen gestattet werden. Mit der Novelle des AuslBG im Jahr 1990¹⁴ wurde eine absolute Höchstgrenze für beschäftigte und arbeitslose AusländerInnen mit 10% der Arbeitskräfte als Bundeshöchstzahl festgesetzt (§ 12a). Zusätzlich wurden Landeshöchstzahlen pro Bundesland normiert (§ 13a), etwa 32.400 Beschäftigte in Niederösterreich für 1992¹⁵. Bei deren Erreichen trat ein erschwertes Prüfungsverfahren in Kraft. Im Jahr 1995 wurde die Bundeshöchstzahl auf 9% verringert.¹⁶

Die Landeshöchstzahlen bestanden bis 2011 und wurden mit Neufassung des Schlüsselkraftsystems¹⁷ abgeschafft. Die Bundeshöchstzahl wurde in Umsetzung der *single-permit-Richtlinie*¹⁸ obsolet und trat 2013 außer Kraft. ¹⁹ Die letzte Bundeshöchstzahl für arbeitsmarktrechtliche Bewilligungen für AusländerInnen betrug für 2013 in absoluten Zahlen 260.579.²⁰

2.2. Das Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG)

Grundsätzlich ist jede Beschäftigung von AusländerInnen, die nicht explizit aus dem Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen ist, bewilligungspflichtig. Diese Bewilligung erfolgt entweder durch die Rechtsinstitute des AuslBG (Beschäftigungsbewilligung, Freizügigkeitsbescheinigung, Ausnahmebestätigung, Anzeigebestätigung)²¹ oder durch

11 StGBI 1945/6.

12 1451 BlgNR 12. GP.

13 BGBl 1975/218.

14 BGBl 1990/450.

15 BGBl 1991/598.

16 BGBl 1995/257.

17 BGBl I 2011/25.

18 Kombinierte Erlaubnis RL 2011/98/EU ABl L 2011/343, 1.

19 BGBl I 2013/72.

20 Kundmachung des BMASK über die Bundeshöchstzahl 2013, BGBl II 2012/512.

21 §§ 3, 4, 32a AuslBG.

Aufenthaltstitel nach dem *Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz* bzw. *Asylgesetz* (AsylG), welche unmittelbaren Zugang zum Arbeitsmarkt gewähren.²² Bestimmte Personengruppen sind aus dem Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen. Die größte Gruppe sind UnionbürgerInnen und deren Familienangehörige.

2.2.1. Ausnahmen für EWR-BürgerInnen, Schweizer StaatsbürgerInnen und deren Familienangehörige (begünstigte Drittstaatsangehörige)

Mit dem *EWR-Abkommen*²³ trat eine Neuregelung des AuslBG in Kraft, wonach seine Bestimmungen auf EWR-Staatsangehörige, deren EhegattInnen sowie Kinder unter 21 Jahren oder denen Unterhalt gewährt wird, selbst wenn sie nicht die Staatsangehörigkeit eines EWR-Mitgliedstaates besitzen, nicht anzuwenden sind.²⁴

Nach zwischenzeitlichen Änderungen definiert die korrespondierende Bestimmung des AuslBG idgF (§ 1 Abs 2 lit I) diese Personengruppe als „Ausländer, die aufgrund eines Rechtsaktes der Europäischen Union Arbeitnehmerfreizügigkeit genießen“.

Trotz der verunglückten Formulierung des Gesetzes gilt die Bestimmung sowohl für EWR-BürgerInnen als auch deren Familienangehörige, auch wenn letztere ein von EWR-BürgerInnen abgeleitetes Recht besitzen und nicht ArbeitnehmerInnenfreizügigkeit genießen. Das Recht dieser Gruppe auf freien Arbeitsmarktzugang wird durch Art 45 AEUV²⁵ primärrechtlich verliehen und mit VO (EU) 492/2011²⁶ und RL 2004/38/EG²⁷ konkretisiert.

Nach Art 1 Abs 1 VO 492/2011 sind Staatsangehörige eines Mitgliedstaats berechtigt, eine Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats nach für InländerInnen geltenden Regulativen aufzunehmen und auszuüben. Nach Art 23 RL 2004/38/EG sind Familienangehörige von UnionsbürgerInnen, die das Recht auf Aufenthalt oder Daueraufenthalt in einem Mitgliedstaat genießen, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit berechtigt, dort jede Erwerbstätigkeit aufzunehmen.

Von dieser Ausnahmebestimmung sind weiters Familienangehörige österreichischer Staatsangehöriger erfasst, die nach Inanspruchnahme einer Grundfreiheit des AEUV in einem anderen Mitgliedstaat der EU nach Österreich zurückkehren.²⁸

Ebenso sind Familienangehörige von ÖsterreicherInnen erfasst, welche intra-EU-Dienstleistungen erbringen, wenn die (Drittstaats-)Familienangehörigen dies ermöglichen

22 §§ 1, 17 AuslBG.

23 StF BGBl 1993/909.

24 § 1 Abs 2 lit m AuslBG, BGBl 1993/501.

25 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Konsolidierte Fassung: ABl C 2008/115, 47.

26 VO (EU) Nr 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl L 2011/141, 1ff.

27 UnionsbürgerRL 2004/38/EG ABl L 2004/158, 77ff.

28 EuGH 7.7.1992, C-370/90, *The Queen/Immigration Appeal Tribunal und Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department*.

oder zumindest erleichtern. Dieses direkt aus den Verträgen erfließende Recht ist aber nicht kodifiziert, sondern Ergebnis der Befassung des EuGH.²⁹ Weiters gilt die Ausnahme aufgrund des Abkommens über den freien Personenverkehr³⁰ seit 1.6.2002 für Schweizer BürgerInnen und deren Familienangehörige.

Kroatische StaatsbürgerInnen sind seit dem Beitritt am 1.7.2013 UnionsbürgerInnen, genießen jedoch aufgrund der Übergangsregeln im Beitrittsvertrag keine ArbeitnehmerInnenfreizügigkeit. Sie benötigen wie bisher eine Beschäftigungsbewilligung, es sei denn, sie waren am Tag des Beitritts oder danach ununterbrochen zwölf Monate zum Arbeitsmarkt zugelassen oder sind seit fünf Jahren niedergelassen und verfügen über ein regelmäßiges Einkommen aus erlaubter Erwerbstätigkeit oder erfüllen die Voraussetzungen des § 15 AuslBG sinngemäß.³¹ Auch ihre Familienangehörigen haben bei gemeinsamem Wohnsitz freien Arbeitsmarktzugang.

Österreich ist verpflichtet, solche EU-BürgerInnen bei der Zulassung zum Arbeitsmarkt gegenüber Drittstaatsangehörigen zu bevorzugen.³²

2.2.2. Weitere Ausnahmen

Daneben sieht das AuslBG in § 1 Abs 2 weitere Ausnahmen vor. Größere ausgenommene Personengruppen sind grob zusammengefasst Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte, AusländerInnen mit Tätigkeit an Unterrichtsanstalten oder Instituten auf Grund eines zwischenstaatlichen Kulturabkommens bzw mit Tätigkeit in Berufsvertretungen oder in mit diplomatischen Vorrechten ausgestatteten Organisationen oder ständigen Vertretungen sowie deren Bedienstete; ebenso AusländerInnen mit Tätigkeit bei gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften, als Besatzungsmitglieder³³ in der grenzüberschreitenden See- und Binnenschifffahrt; weiters besondere Führungskräfte sowie ihre Familienangehörigen und Bedienstete, BerichterstatterInnen für ausländische Medien und Personal, AusländerInnen in Forschung und Lehre, Aus- und Weiterbildungs- und Forschungsprogrammen der EU.

In § 1 Abs 4 AuslBG wurde eine Verordnungsermächtigung für weitere Ausnahmen geschaffen. Dementsprechend wurden mit der Ausländerbeschäftigungsverordnung 14 weitere Ausnahmen normiert.³⁴

29 EuGH 11.7.2002, C-60/00, *Carpenter/Secretary of State for the Home Department*.

30 Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, ABl L 2002/114, 6.

31 Siehe dazu § 32a AuslBG.

32 Siehe Anh V Punkt 2 Nr 13 Abs 2 der Beitrittsakte Kroatiens, ABl L 2012/112, 10.

33 § 4 der Schiffsbesatzungsverordnung, BGBl II 2004/518.

34 VO des BMASK vom 19.9.1990, BGBl 1990/609 idGF BGBl II 2014/367.

2.2.3. Allgemeiner Arbeitsmarktzugang

Der Antrag auf Erteilung der Beschäftigungsbewilligung wird vom Arbeitgeber/der Arbeitgeberin bei der nach Betriebssitz zuständigen Regionalgeschäftsstelle des AMS gestellt und diesem/dieser für die Beschäftigung der im Antrag genannten Person an einem bestimmten Arbeitsplatz erteilt³⁵. Den ArbeitnehmerInnen selbst sind Antragsstellung und weitgehend Parteistellung verwehrt.³⁶ Diese Einschränkung ist sowohl durch den EGMR³⁷ als auch rezent in der Rspr des VwGH³⁸ als Verletzung des Art 6 EMRK erkannt worden.

Die Bewilligung ist nur zu erteilen, wenn Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulassen (Arbeitsmarktprüfung) und wichtige öffentliche und gesamtwirtschaftliche Interessen nicht entgegenstehen.³⁹

Arbeitsmarktprüfung bedeutet die Abklärung, ob für die zu besetzende Stelle ein/e InländerIn oder ein/e am Arbeitsmarkt verfügbare_r AusländerIn bereit und fähig ist, die Beschäftigung zu den gesetzlich zulässigen Bedingungen auszuüben. Grundlage ist das im Antrag erstattete Anforderungsprofil, das in den betrieblichen Notwendigkeiten Deckung finden muss.⁴⁰

Eine weitere Zugangskontrolle erfolgt durch den Regionalbeirat. Dieser ist Organ des AMS und ist nach § 20 Abs 1 *Arbeitsmarktservicegesetz*⁴¹ (AMSG) errichtet. Er besteht aus dem/der LeiterIn der regionalen Geschäftsstelle als Vorsitzendem/r und vier weiteren Mitgliedern. Diese bestellt das Landesdirektorium auf Vorschlag der Wirtschaftskammer, der Kammer für Arbeiter und Angestellte, der Industriellenvereinigung und des Gewerkschaftsbundes. Sowohl im Zulassungsverfahren als auch im Verfahren zur Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung ist der Regionalbeirat anzuhören.⁴² Durch § 4 Abs 3 Z 1 AuslBG wird aus dem Anhörungsrecht eine Voraussetzung für eine positive Entscheidung, denn eine Beschäftigungsbewilligung bedarf außer in Fällen nach § 4 Abs 3 Z 5 bis 14 AuslBG einer einhelligen Befürwortung. Wenn auch das Gesetz den Begriff „befürwortet“ verwendet, ist in der Praxis die Zustimmung erforderlich.

35 § 19 AuslBG.

36 § 21 AuslBG.

37 EGMR 27.7.2006, 62539/00, *Jurisc & Collegium Mehrenerau/Österreich* sowie EGMR 27.7.2006, 12523/02, *Coorplan-Jenni & Hascic/Österreich*.

38 VwGH 20.10.2015, 2015/09/0051.

39 § 4 Abs 1 AuslBG.

40 § 4b Abs 1 AuslBG.

41 BGBl 1994/313 zuletzt geändert durch BGBl I 2013/67.

42 Anhörungsrecht des Regionalbeirates: §§ 20 Abs 2, 20d Abs 1 sowie 20e Abs 1 AuslBG.

2.2.4. Schlüssel- und Fachkräfte

Die Regelungen für Schlüsselkräfte wurden im AuslBG zuerst mit der Bundeshöchstzahlenüberziehungsverordnung (BHZÜV)⁴³ vorgesehen. Zur klareren Fassung des vorerst vagen Kriteriums des für die Beschäftigung dieser Schlüsselkräfte zu prüfenden „gesamtwirtschaftlichen Interesses“ wurde im Jahr 2002⁴⁴ eine differenzierende Normierung vorgesehen.

Demnach musste eine ausländische Schlüsselkraft über eine am Arbeitsmarkt besonders nachgefragte Ausbildung verfügen, oder zumindest spezielle – den vorhandenen Arbeitskräften fehlende – Kenntnisse oder Fertigkeiten mit entsprechender Berufserfahrung besitzen. Zusätzlich musste ein Bruttomonatslohn in der Höhe von mindestens 60% der Höchstbeitragsgrundlage gem ASVG geboten werden.⁴⁵ Die Zuwanderung als Schlüsselkraft war im *Fremdengesetz* 1997 einer Quotenregelung unterworfen, sodass nur eine begrenzte Anzahl von Bewilligungen erteilt werden konnte. Dieses zunächst knappe Quotensystem wurde über die Jahre ausgebaut, sodass Ablehnungen wegen Quotenausschöpfung zuletzt nicht mehr vorgekommen sind.

Mit der Novelle des AuslBG 2011⁴⁶ wurde die Schlüsselkraftregelung erneut geändert. Mit der Neuregelung (§§ 12 bis 12c AuslBG) wurden verschiedene Kategorien für Schlüsselkräfte geschaffen, welche unterschiedliche Kriterien nach einem Punktesystem erfüllen müssen. So müssen Höchstqualifizierte in für sie vorgesehenen Kategorien 70 von 100 Punkten erreichen. Dabei werden Studien in den Fachgebieten Mathematik, Informatik, Naturwissenschaften und Technik (sog MINT-Fächer) höher bewertet. Für Berufserfahrung, Alter, PhD-Studium, wissenschaftliche Publikationen, Patentanmeldungen und Sprachkenntnisse sind zusätzliche Punkte vorgesehen. Bei Erreichen der Mindestpunktezahl und Angebot eines Arbeitsplatzes, welcher kollektivvertraglich entlohnt wird, kann eine Rot-Weiß-Rot-Karte, welche zu Niederlassung und Aufnahme der beantragten Beschäftigung berechtigt, ausgestellt werden.

Sonstige Schlüsselkräfte müssen mindestens 50 von 75 möglichen Punkten in einem abgeänderten Schema erreichen. Für die Erteilung des Titels ist ein Mindestentgelt von 50% (für unter 30-Jährige) bzw 60% (für ältere) der ASVG-Höchstbeitragsgrundlage notwendig. Das entspricht 2016 einem monatlichen Bruttoentgelt von € 2.430 bzw € 2.916. Weiters muss ein Ersatzkraftverfahren (Arbeitsmarktprüfung) durchgeführt werden.

Für die Zulassung ausländischer AbsolventInnen von österreichischen Hochschulen (nur Master- oder Diplomstudium) ist weder ein Punktesystem noch eine Arbeitsmarktprüfung vorgesehen. Das erforderliche Mindestentgelt wird mit der Höhe

43 StF: BGBl 1995/278.

44 BGBl I 2002/126.

45 § 2 Abs 5 AuslBG idF BGBl I 2002/126.

46 BGBl I 2011/25.

von 45% der monatlichen ASVG-Höchstbeitragsgrundlage (für das Jahr 2016: € 2.187 brutto) festgesetzt.

Des Weiteren besteht Arbeitsmarktzugang für Fachkräfte in Mangelberufen, die in einer in § 13 Abs 1 AuslBG gründenden VO des BMASK festzulegen sind. Während die erste VO für 2012⁴⁷ 26 Berufe umfasste, finden sich in der Verordnung für 2016⁴⁸ lediglich acht Berufe. Auch diese Personengruppe muss 50 von 75 möglichen Punkten erreichen. Grundlage ist eine Berufsausbildung im Mangelberuf, welche einem Lehrabschluss vergleichbar ist, bzw eine schulische Ausbildung, welche dem Abschluss einer Berufsbildenden Höheren Schule in Österreich entspricht.

Darüber hinaus gewährt das AuslBG in Umsetzung der sog *Blue-Card-Richtlinie*⁴⁹ qualifizierten AusländerInnen Zugang zum Arbeitsmarkt. Diese müssen über einen Studienabschluss an einer tertiären Bildungseinrichtung mit dreijähriger Mindestdauer verfügen und für eine adäquate Beschäftigung ein Bruttojahresgehalt erhalten, das dem Eineinhalbfachen des von der Statistik Austria veröffentlichten durchschnittlichen österreichischen Bruttojahresgehalts Vollzeitbeschäftigter entspricht (für das Jahr 2016: € 4.174 monatlich). Die Arbeitsmarktprüfung ist zulässig.

2.2.5. KünstlerInnen

Unselbständige künstlerische Erwerbstätigkeit ist nach dem AuslBG bewilligungspflichtig. Gemäß Art 17a StGG⁵⁰ sind das künstlerische Schaffen, die Vermittlung von Kunst sowie deren Lehre frei. TrägerInnen dieser verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte können auch AusländerInnen sein. Seinem klaren Wortlaut nach ist dieses Recht ein absolutes, nicht durch Gesetzesvorbehalt eingeschränktes Grundrecht.

Nach Ansicht des VfGH⁵¹ entfaltet eine Bewilligungspflicht für eine unselbständig ausgeübte künstlerische Betätigung eine besonders eingriffsnah und schwerwiegende Wirkung auf das geschützte Rechtsgut. Jenen KünstlerInnen, die ihre künstlerische Tätigkeit ihrer Art nach nur unselbständig ausüben können, würde durch die Verweigerung der Beschäftigungsbewilligung ihr künstlerisches Schaffen unmöglich gemacht.

Daher darf die Zulassung für eine unselbständige Tätigkeit, welche überwiegend durch Aufgaben der künstlerischen Gestaltung bestimmt ist, gemäß § 14 AuslBG nur versagt werden, wenn die Beeinträchtigung der durch das AuslBG geschützten öffentlichen Interessen unverhältnismäßig schwerer wiegt als die Beeinträchtigung der Freiheit der Kunst des/der Ausländers/Ausländerin.

47 BGBl II 2012/207.

48 BGBl II 2015/329.

49 HochqualifiziertenRL 2009/50/EG ABl L 2009/155 17.

50 BGBl 1982/262.

51 Siehe VfSlg 11.737/1988.

2.2.6. Studierende und SchülerInnen

Lange Zeit war der Arbeitsmarktzugang für Studierende durch oa Genehmigungsverfahren fast ausgeschlossen. Mit Art 17 Abs 1 Studierendenrichtlinie wurde drittstaatsangehörigen Studierenden in begrenztem Umfang Zugang zum Arbeitsmarkt gewährt. Auf die Erteilung einer Erlaubnis nach dem nationalen Recht wurde, falls eine solche vorgesehen ist, ein Rechtsanspruch eingeräumt und für die Beschäftigung eine Untergrenze von 10 Stunden pro Woche festgesetzt.

Obwohl die RL bis zum 12.1.2007 umzusetzen gewesen wäre, kam Österreich dieser Verpflichtung erst mit der am 1.7.2011 in Kraft tretenden Novelle des AuslBG nach.⁵² Seither ist nach § 4 Abs 3 Z 6 iVm Abs 7 Z 2 AuslBG für SchülerInnen und Studierende für eine Beschäftigung, die zehn Wochenstunden, im Masterstudium oder dem zweiten Studienabschnitt 20 Wochenstunden nicht überschreitet, eine Beschäftigungsbewilligung ohne Arbeitsmarktprüfung auszustellen.

Probleme entstehen aus der Verfahrensdauer, welche die oft kurzfristig vergebenen „Studierendenjobs“ unzugänglich macht, sowie durch ArbeitgeberInnen, die zwar die Anmeldung zur Sozialversicherung korrekt vornehmen, aber auf die Beantragung der Bewilligung „vergessen“ bzw sie erst nachträglich beantragen. So wird ein Versagungsstatbestand gesetzt, und eventuell eine Sperre bewirkt, da eine mehr als einmalige Übertretung des AuslBG innerhalb der letzten zwölf Monate die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung ausschließt. Den ArbeitgeberInnen droht eine hohe Verwaltungsstrafe⁵³ nach dem AuslBG.

Ob die Bewilligungspflicht rechtens ist, ist umstritten: In Bezug auf die vormalige – unionsrechtswidrige – Rechtslage hat der VwGH das Fehlen einer Bewilligung pardonierte⁵⁴, zur gegenwärtigen Rechtslage liegt keine Judikatur vor. Andere Unionsstaaten, etwa Deutschland, verzichten auf ein Genehmigungsverfahren und erteilen den im Umfang beschränkten Arbeitsmarktzugang automatisch.

2.2.7. Befristete Beschäftigung

Mit § 5 Abs 2 AuslBG wird dem BMASK eine Verordnungsermächtigung erteilt, Kontingente für eine zeitlich befristete Zulassung ausländischer Arbeitskräfte in einem bestimmten Wirtschaftszweig, in einer bestimmten Berufsgruppe oder Region („Saisonierte“) oder für die kurzfristige Zulassung ausländischer ErntehelferInnen festzulegen, wenn vorübergehender Arbeitskräftebedarf besteht. Diese Bewilligungen werden ohne Ersatzkraftprüfung und Zustimmungspflicht des Regionalbeirats erteilt.

52 BGBl I 2011/25.

53 Nach § 28 Abs 1 AuslBG ist die unrechtmäßige Beschäftigung von bis zu 3 Fremden mit einem Betrag in der Höhe vom € 1.000 bis € 10.000 zu bestrafen, im Wiederholungsfall sind Strafen bis zu € 20.000 vorgesehen.

54 VwGH 18.6.2013, 2010/18/0405.

Praktisch werden jährlich für Winter- und Sommertourismus sowie für ErntehelferInnen Kontingente festgelegt.⁵⁵ Gemäß § 2 der Verordnung sind bei der Erteilung einer solchen Beschäftigungsbewilligung AusländerInnen, die den Übergangsbestimmungen zur EU-Arbeitnehmerfreizügigkeit unterliegen⁵⁶, und AsylwerberInnen zu bevorzugen.

2.2.8. AsylwerberInnen und Geduldete

Nach § 4 Abs 1 Z 1 AuslBG kann eine Beschäftigungsbewilligung erteilt werden, wenn AusländerInnen unter anderem seit drei Monaten zum Asylverfahren zugelassen sind und über einen faktischen Abschiebeschutz oder ein Aufenthaltsrecht gem §§ 12 oder 13 oder 54 Abs 1 Z 2 oder 3 AsylG 2005 verfügen oder gemäß § 46a FPG⁵⁷ geduldet sind und zuletzt gemäß § 1 Abs 2 lit a AuslBG vom Anwendungsbereich ausgenommen waren.

Die Erteilung einer solchen Bewilligung ist für AsylwerberInnen jedoch nur nach Arbeitsmarktprüfung und Befürwortung des Regionalbeirates möglich. Ein Erlass⁵⁸ des damaligen Bundesministers, der die Beschäftigung auf Bewilligungen im Rahmen der Saisonkontingente einschränkt, ist bislang nicht außer Kraft gesetzt worden, obwohl die SozialpartnerInnen diesen mittlerweile für verzichtbar halten und jede Mitwirkung an seinem Zustandekommen dementieren.⁵⁹ Dies hat zu Folge, dass eine Beschäftigungsbewilligung für AsylwerberInnen jenseits der Kontingente nicht erteilt wird.

Diese Einschränkung ist unionsrechtlich bedenklich. Nach Art 15 Abs 1 der *Aufnahmerichtlinie*⁶⁰ tragen die Mitgliedstaaten Sorge, dass AsylwerberInnen spätestens neun Monate nach der Stellung des Antrags auf internationalen Schutz Zugang zum Arbeitsmarkt erhalten, sofern die zuständige Behörde noch keine erstinstanzliche Entscheidung erlassen hat und diese Verzögerung nicht der/die AntragstellerIn zu verantworten hat.

Nach Abs 2 leg cit beschließen die Mitgliedstaaten nach Maßgabe nationalen Rechts, unter welchen Voraussetzungen AsylwerberInnen Zugang zum Arbeitsmarkt gewährt wird, wobei sie aber für einen effektiven Arbeitsmarktzugang für AsylwerberInnen sorgen. Aus Gründen der Arbeitsmarktpolitik können die Mitgliedstaaten BürgerInnen der Union, EWR-BürgerInnen und rechtmäßig aufhältigen Drittstaatsangehörigen Vorrang einräumen.

Die Analyse des AuslBG nach der Aufnahmerichtlinie führt zum Ergebnis, dass die Arbeitsmarktprüfung unionsrechtlich zulässig ist, der Zugang der AsylwerberInnen

55 Zuletzt BGBl II 2015/95 für Sommertourismus, BGBl II 2015/314 für Wintertourismus und BGBl II 2015/57 für ErntehelferInnen.

56 Siehe § 32a AuslBG.

57 FPG BGBl I 2005/100 idgF.

58 GZ: 435.006/6-II/7/04. Zahl der ErntehelferInnen 2015: 395, der Sommersaisoniers: 824, der Wintersaisoniers: 1190.

59 Zuletzt berichtet: <http://fm4.orf.at/stories/1746995/> (11.1.2016). Informationsblatt von ÖGB & NGOs, www.asyl.at/fakten_2/faq_arbeitsmarktzugang.pdf (11.1.2016).

60 AufnahmeRL 2013/33/EU ABl L 2013/180, 96.

zum Arbeitsmarkt jedoch nicht von der Befürwortung des Regionalbeirates abhängen kann, da damit der effektive Zugang zum Arbeitsmarkt blockiert wird.⁶¹

3. Selbständige Erwerbstätigkeit

Da selbständige Erwerbstätigkeit auf Grundlage eines Werkvertrages ohne Weiteres zulässig scheint wird kurz auf diese Thematik sowie die Abgrenzung zum AuslBG eingegangen

3.1. Abgrenzung zum AuslBG

Damit Selbständigkeit vorliegt, ist die Einordnung der gegenständlichen Tätigkeit als „echte“ Werkvertragsleistung gegenüber der Leistungserbringung im Rahmen eines (be- willigungspflichtigen) freien Dienstvertrages erforderlich. Die restriktiv ausgelegten Kriterien stellen laut VwGH ein sog „bewegliches System“ dar, in welchem die tatsächlichen „wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen“ unter Beachtung „organisatorischer Aspekte“ zu würdigen sind.⁶²

Die Grundlage dieser Wertung folgt aus § 2 Abs 4 AuslBG, in welchem „der wahre wirtschaftliche Gehalt“ der Tätigkeit als entscheidendes Kriterium definiert ist; selbst Beteiligte an einer Kapitalgesellschaft unterliegen bei einem Anteil unter 25% dem AuslBG, sofern das AMS keinen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung fest- stellt. Wie sich diese Geschäftsführung und die tatsächliche handwerkliche Tätigkeit in einer 2-Personen-Firma sinnvoll auseinanderhalten lässt, bleibt offen.

3.2. Problematik Werkvertrag

Selbst bei Honorierung eines beschreibbaren Werkes wird in der Rspr auf die Ein- bindung in die Organisationsstruktur des/der Auftraggebers/Auftraggeberin, Ver- tretungsmöglichkeiten, Eigentum an maßgeblichen Betriebsmitteln, aber auch auf wirtschaftliche Abhängigkeit verwiesen: Es kann bei Tätigkeiten, bei denen der Werks- charakter „schwach“ ist, die Dienstleistungserbringung für eine/n einzelne/n Auftrags- geberIn zur Feststellung führen, dass keine selbständige Tätigkeit vorliegt.

In der umfangreichen Judikatur wurde etwa festgestellt, dass ZeitungszustellerInnen keine „hinreichende“ unternehmerische Unabhängigkeit besitzen⁶³, wohingegen die er- forderliche Bereitstellung eines Kfz durch AuftragnehmerInnen diese als Selbständige qualifiziert⁶⁴. In der Praxis wird jeder Werkvertrag nach der tatsächlichen Tätigkeit zu

61 Ammer, Zugang zum Arbeitsmarkt für Asylsuchende aus menschenrechtlicher Perspektive, juridikum 2013, 28.

62 VwGH 16.12.2008, 2008/09/0105 mwN.

63 VwGH 22.2.2006, 2002/09/0187 mwN, auch VwGH 22.4.2010, 2008/09/0295 mwN.

64 VwGH 28.3.2012, 2009/08/0128.

beurteilen sein. Unbefriedigend bleibt, dass im Fall der Betretung und retrospektiver Qualifizierung des „Werkvertrags“ als nicht-selbständige Tätigkeit dem/der AusländerIn als wohl überschießende Sanktion ein Einreiseverbot droht.⁶⁵

4. Schlussbemerkungen

Der Zugang von AusländerInnen zum österreichischen Arbeitsmarkt wird restriktiv geregelt und ist grundsätzlich an ein gefestigtes Aufenthaltsrecht gebunden. Personen mit prekärem Status wie AsylwerberInnen und Geduldete bleiben weitestgehend vom – regulären – Arbeitsmarkt ausgesperrt. Diesen Gruppen sollte der Arbeitsmarktzugang ermöglicht werden.

Ein Neuzug von Arbeitskräften nach Österreich ist gegenwärtig nur für Schlüsselkräfte möglich, wobei die Kriterien vor allem für sonstige Schlüsselkräfte sehr hoch angesetzt sind. Hier wäre eine gewisse Flexibilität wünschenswert.

Auch der Umstieg von StudienabsolventInnen zum Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot Karte“ sollte vereinfacht werden. Vor allem für Studierende aus Fachbereichen mit niedrigerem Einstiegsgehalt sollte das vorausgesetzte Mindesteinkommen herabgesetzt werden.⁶⁶

Grundsätzlich ist ein System, das ArbeitnehmerInnenrechte durch Protektionismus zu schützen vorgibt, kontraproduktiv, als dadurch ein Verteilungskampf auf die informelle/ undokumentierte Ebene verlagert wird und Machtverhältnisse versteinert anstatt reduziert werden.

Dipl.-Ing. Peter Marhold MBA ist Mitgründer und Obmann des Vereins Helping Hands-Koordinationsbüro für integrative und antirassistische Projekte, lebt in Wien und arbeitet neben der Tätigkeit im Verein als selbständiger Konsulent ua an der technisch/rechtlichen Schnittstelle von public-procurement-Projekten; peter@helpinghands.at

S. Ibrahim Başar lebt in Wien und arbeitet als Koordinator des Projektes „Rechtsberatung zum Fremdenrecht“ von Helping Hands –Koordinationsbüro für integrative und antirassistische Projekte sowie als juristischer Mitarbeiter der Rechtsanwaltskanzlei Nadja Lorenz; sibasar@helpinghands.at

65 § 53 Abs 2 Z 7 FPG.

66 Zu den finanziellen Unterstützungsmöglichkeiten für Studierende, insb Studienförderung, ALVG und Mindestsicherung, vgl den Beitrag von *Wöckinger* in dieser Ausgabe des *juridikum*; *Wöckinger*, Arbeitslosigkeit und Studium. Ein praktisch-juristischer Leitfaden für die Finanzierung des Studiums, *juridikum* 2016, 110.

Arbeitslos, weiblich sucht

Frauen und Arbeitslosigkeit

Viktoria Spielmann

Fällt das Wort Arbeitslosigkeit, entsteht bei vielen das Bild des arbeitslosen, ehemals vollzeitbeschäftigten Mannes. Dass Arbeitslosigkeit aber alle betrifft (natürlich in unterschiedlicher Härte) – unabhängig von Geschlecht, sozialer Herkunft und Migrationsgeschichte –, wird oft ausgeblendet. Gerade die Diskriminierung von Frauen am Arbeitsmarkt ist vielen nicht bewusst, ist doch das Bild des männlichen (Allein-)Verdieners und der weiblichen Reproduktionskraft, die gerne unbezahlte Arbeit leistet, noch stark in den Köpfen präsent. Dieser Beitrag soll den Fokus auf blinde Flecken der Geschlechterverhältnisse in der Arbeitslosigkeit und am Arbeitsmarkt legen und Strategien gegen diese Diskriminierung aufzeigen.

1. Wenn Zahlen eine geschlechterspezifische Sprache sprechen

Von Arbeitslosigkeit betroffen waren 2014 in Österreich fast eine Millionen Menschen (922.387 Personen¹), davon waren 42,8% (395.230) Frauen. Die Anzahl an von Arbeitslosigkeit betroffenen Personen steigt sowohl bei Frauen als auch bei Männern seit 2011 kontinuierlich an.

Dabei liegt die Frauenerbeitslosenquote im Jahresdurchschnitt 2014 mit 7,6% unter jener der Männer mit 9%. Hier kommt natürlich die Frage auf, warum Frauen weniger als Männer von Arbeitslosigkeit betroffen zu sein scheinen. Ein möglicher Grund dafür könnte sein, dass mehr Frauen in prekären/atypischen Arbeitsverhältnissen arbeiten, während Männer primär nach Vollzeitstellen suchen. Insgesamt waren 2014 80%² der insgesamt teilzeiterwerbstätigen Personen und 63%³ der geringfügig Beschäftigten Frauen. Andererseits wird das sog „Ernährer-Modell“, bei dem der Mann vollzeitbeschäftigter Alleinverdiener ist und die Frau – zumindest vorübergehend – zu Hause bleibt, nach wie vor häufig gelebt. Die Zeitverwendungsstudie der *Statistik Austria* von 2008/09⁴ zeigt, dass trotz des kontinuierlichen Anstiegs der Frauenerwerbsquote Frauen

1 Kumulierter Jahreswert; AMS Österreich, Gleichstellungsbericht (2015) 8.

2 Bundesministerium für Bildung und Frauen, Frauen und Männer in Österreich: Gender Index 2014 (2014) 29.

3 AMS Österreich, Arbeitsmarktlage 2014, www.ams.at/_docs/001_jb2014.pdf (2.1.2016).

4 Zwei Drittel der unbezahlten Arbeit werden dabei von Frauen geleistet, ein Drittel von Männern. Bei der Leistung von bezahlter Arbeit kehrt sich dieses Verhältnis um: 39% der erbrachten bezahlten Arbeit wird von Frauen, 61% von Männern geleistet. *Statistik Austria*, Zeitverwendungserhebung, 2008/2009 (2009) 33.

immer noch doppelt so viel Zeit wie Männer in unbezahlte Reproduktionsarbeit (wie Kinderbetreuung, Angehörigenpflege etc) stecken. Da der Staat nicht genügend politische Maßnahmen entgegen setzt (so sind laut *Eurostat* in Österreich bspw 83% der unter 3-jährigen Kinder in keiner formalen Kinderbetreuung⁵), müssen Frauen aufgrund der ihnen zugeschriebenen traditionellen Mutterrolle und des im Vergleich zu den Vätern oftmals geringeren Einkommens einspringen.

Auf der Suche nach weiteren Gründen für die Benachteiligung von Frauen am Arbeitsmarkt bzw in der Arbeitssuche müssen verschiedene Aspekte betrachtet werden:

1.1. Arbeitslosigkeit und (Aus)Bildung

Die Grundlage zur Evaluierung der Qualifikation von Menschen schlechthin ist die (Aus)Bildung der Personen. 2014 hatten 46,6%⁶ der arbeitslos gemeldeten Personen maximal einen Pflichtschulabschluss. Den größten Anteil an arbeitslos gemeldeten Frauen stellten Frauen nur mit Pflichtschulabschluss (47,4%) dar. Darauf folgten 26,3% mit einem Lehrabschluss, 7,7% mit Abschluss einer mittleren Ausbildung⁷, 10,7% mit einem Abschluss höherer Ausbildung⁸ und 7,2%⁹ mit Hochschulabschluss.

Generell kann also folgender Schluss gezogen werden: Je niedriger der Bildungsabschluss, desto höher ist das Risiko der Arbeitslosigkeit.

1.2. Passive Arbeitsmarktpolitik

Das Sozialministerium definiert die *passive Arbeitsmarktpolitik* „als die Gesamtheit jener Maßnahmen und Leistungen, die auf die Absicherung des Lebensunterhalts während der Arbeitslosigkeit abzielen“¹⁰. 2014 lag die Leistungsbezugsquote¹¹ der

5 *Eurostat*, Formale Kinderbetreuung nach Altersklassen und zeitlicher Nutzung, <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/graph.do?tab=graph&plugin=1&language=de&rcode=tps00185&toolbox=type> (24.7.2015).

6 *AMS Österreich*, Geschäftsbericht 2014 (2015) 11.

7 Darunter fallen: mittlere kaufmännische Schule, mittlere technische Schule, mittlere berufsbildende Schule, mittlere Schule, sonstige mittlere Schule (ohne Maturaabschluss).

8 Darunter fallen: allgemeinbildende höhere Schule, höhere technische Schule, höhere kaufmännische Schule, höhere sonstige Schule, höhere berufsbildende Schule, höhere Schule.

9 Prozentangaben nach Bestand zum Stichtag. Bei Verdichtung auf Jahre wird der monatliche Durchschnittsbestand ausgewiesen; *AMS Österreich*, Gleichstellungsbericht 2015 (2015) 9. Zu den finanziellen Unterstützungsmöglichkeiten für Studierende, insb Studienförderung, AIVG und Mindestsicherung, vgl den Beitrag von *Wöckinger* in dieser Ausgabe des *juridikum*; *Wöckinger*, Arbeitslosigkeit und Studium. Ein praktisch-juristischer Leitfaden für die Finanzierung des Studiums, *juridikum* 2016, 110.

10 www.sozialministerium.at/site/Arbeit/Arbeitsmarkt/Passive_aktive_und_aktivierende_Arbeitsmarktpolitik (23.12.2015).

11 Leistungsbezugsquote: Leistungen in Bezug zum vorgemerkten Bestand: Arbeitslosengeld (ALG) und Notstandshilfe (NH), Familienhospiz-/Pflegekarenz, Karenzurlaubsgeld, Pensionsvorschuss, Rückverrechnung-Rehageld, Sondernotstandshilfe, Sonderunterstützung, Vorschuss auf Kündigungsschädigung, §34 AIVG-Anspruch (Pensionsversicherung-Krankenversicherung), Übergangsgeld, ALG-Bezug mit Schulung, ALG-Bezug nach KG-Bezug-Schulung, Arbeitsstiftung-Schulung, NH-Bezug mit Schulung, Umschulungsgeld, Solidaritätsprämie. Im Vergleich zu 2013

Frauen bei 76,8%, die der Männer bei 81,6%¹². Es hatten somit rund ein Viertel (23,2%) aller arbeitslos vorgemerkten Frauen keinen Anspruch auf eine Leistung nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz (AIVG)¹³.

Alarmierend sind die geschlechtsspezifischen Unterschiede bei der Höhe des Arbeitslosengeldes und der Notstandshilfe, die sich aus ungleicher Bezahlung und ungleicher Erwerbstätigkeit zwischen Männern und Frauen ergeben, und sich bei den Leistungen nach AIVG fortsetzen: Frauen erhielten 2014 durchschnittlich 5,3 Euro pro Tag weniger Arbeitslosengeld und 4 Euro pro Tag weniger Notstandshilfe als Männer.¹⁴

Eine enorme Diskriminierung der Frauen zeigt sich auch an den ablehnenden Bescheiden „mangels Notlage“ nach einem Antrag auf Notstandshilfe. Bei der Berechnung des Einkommens einer Person wird lt Gesetz nicht das Einkommen des einzelnen Individuums, sondern das Partner_inneneinkommen herangezogen. Das bedeutet konkret, dass die Frau aufgrund des Einkommens von dem oder der Partner_in keine Notstandshilfe bekommt, was die finanzielle Abhängigkeit der Frauen verschärft. Der Frauenanteil beträgt hier 2014 83,1%. Bei 11.298 Frauen und 2.295 Männern wurde die Notstandshilfe abgelehnt.¹⁵

1.3. Aktive Arbeitsmarktpolitik

Als *aktive Arbeitsmarktpolitik* bezeichnet man die Förderung der Qualifizierung durch Schulungen und Beihilfen zur Überwindung von Vermittlungshemmnissen und zur langfristigen Integration am Arbeitsmarkt. Hier werden nicht die Fälle, sondern die geförderten Personen, die eine oder mehrere Förderungen erhalten, gezählt. 48,6% der geförderten Personen waren Frauen. Bei den Qualifizierungsmaßnahmen lag der Frauenanteil bei 50,2%.¹⁶

2. Frauenspezifische Maßnahmen des AMS zur Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsmarkt

Das AMS hat den gesetzlichen Auftrag zur Gleichstellung von Frauen und Männern (§ 31 Abs 3 AMSG¹⁷) und setzt mit frauenspezifischen Angeboten einen Schwerpunkt, um festgelegte Gleichstellungsziele zu erreichen. Als Gleichstellungsziele des AMS

wird die DLU (Deckung des Lebensunterhalts), die Gründungsbeihilfe und das Fachkräftestipendium nicht miteinbezogen.

12 AMS Österreich, Gleichstellungsbericht 12.

13 AIVG StF BGBl 1977/609.

14 AMS Österreich, Gleichstellungsbericht 12.

15 Ebd 12.

16 Ebd 13.

17 Arbeitsmarktservicegesetz StF BGBl 1994/313.

wurden im längerfristigen Plan¹⁸ die Erhöhung der Erwerbsbeteiligung, die Reduktion von Arbeitslosigkeit sowie der gleiche Zugang von Frauen zu allen Berufen und Positionen – mit dem Ziel einer existenzsichernden Beschäftigung – formuliert.¹⁹ Das arbeitsmarktpolitische Frauenprogramm²⁰ leitet sich daraus ab und leistet einen Beitrag zum Abbau des Einkommensunterschieds zwischen Frauen und Männern.

2.1. Frauen in Handwerk und Technik (FiT)

FiT ist ein Qualifizierungsprogramm des AMS, das Frauen in handwerklich-technischen Berufen ausbildet. Frauen, die an diesem Programm teilnehmen, haben die Möglichkeit neben Lehrausbildungen auch Fachhochschulen oder HTL zu absolvieren. Damit soll der Segregation am Arbeitsmarkt entgegen gewirkt werden: Frauen sollen Zugang zu besser bezahlten Berufen mit Aufstiegschancen bekommen, um den Gender Pay Gap weiter aufzuweichen und gleichzeitig geschlechtsstereotype Rollenbilder in der Öffentlichkeit abzubauen. Am Arbeitsmarkterfolg²¹ von 42%²² im Jahr 2014 wird sichtbar, dass dieses Programm am richtigen Hebel ansetzt.

2.2. Wiedereinstieg unterstützen

Mit einer aktiven, fördernden Haltung und niederschweligen Informationsangeboten des AMS wird die rechtzeitige Planung der Rückkehr in den Beruf unterstützt. Das Programm „Wiedereinstieg unterstützen“ setzt Standards für Information, Beratung und Betreuung von Frauen und Männern, die seit dem Kinderbetreuungsgeld-Bezug keine in Summe über 365 Tage dauernde Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze ausgeübt haben. Noch immer sind es größtenteils Frauen, die in Karenz gehen: 2014 waren 29.908 Wiedereinsteiger_innen im Monatsdurchschnitt beim AMS vorgemerkt, davon waren 89,9%²³ Frauen.

2.3. Frauenberufszentren (FBZ)

Ziel dieses Projekts ist es, den Zugang zu Qualifizierung von beim AMS vorgemerkten Frauen zu fördern, sowie die Entwicklung von Laufbahnperspektiven hinsichtlich Verbesserung von Arbeitszeit und Einkommen sicherzustellen. Das Programm umfasst

¹⁸ Im längerfristigen Plan, der alle drei Jahre neu formuliert wird, werden gem § 40 Abs 1 AMSG die arbeitsmarktpolitischen Schwerpunktsetzungen und die Entwicklung der Dienstleistungen des Arbeitsmarktservice beschrieben.

¹⁹ AMS Österreich, Geschäftsbericht 16.

²⁰ AMS Österreich, Angebote für Frauen und Mädchen, www.ams.at/service-arbeitsuchende/angebote-frauen (7.1.2015).

²¹ Nach Definition des AMS bei den arbeitsmarktpolitischen Zielen liegt ein Arbeitsmarkterfolg vor, wenn die Arbeitsaufnahme innerhalb von 92 Tagen nach Beendigung der Ausbildung gelungen ist.

²² AMS Österreich, Gleichstellungsbericht 19.

²³ Ebd 20.

Information und Clearing, Kompetenzenbilanzierung, Karrierecoaching und Laufbahnplanung. 2014 haben 6.882²⁴ Frauen ein FBZ besucht.

Der Arbeitsmarkterfolg des FBZ, gemessen am Anteil an Beschäftigung und Qualifizierung, betrug 39,7% nach drei Monaten. Von diesen Frauen waren zwei Drittel drei Monate nach Beendigung des FBZ in einer Beschäftigung. Ein Drittel strebte eine weitere Qualifizierung an.²⁵

3. Resümee

Die Zahlen belegen also eindeutig, dass ohne frauenpolitische Maßnahmen im Bereich Arbeitsmarkt keine Gleichstellung der Geschlechter möglich ist. Hier federt das AMS durch den klaren gesetzlichen Auftrag zur Gleichstellung der Geschlechter mit seinem frauenpolitischen Arbeitsmarktprogramm vieles ab, das durch gezielte politische Regelungen weit einfacher gelöst werden könnte. Eine der wichtigsten Maßnahmen, um die Frauenarbeitslosigkeit zu senken und die Frauenbeschäftigungsquote anzuheben, wäre in dem Zusammenhang der flächendeckende Ausbau der ganztägigen Kinderbetreuungsplätze – vor allem für Kinder unter drei Jahren –, da es den Frauen durch fehlende Plätze praktisch verunmöglicht wird, Familie und Beruf zu vereinbaren. Weiters braucht es eine generelle Neubewertung von Arbeit und geschlechtstypischen Frauenberufsbildern und Maßnahmen zur geschlechtergerechten Verteilung von Arbeitszeit. Hier könnte das Modell der Arbeitszeitverkürzung (bei vollem Lohnausgleich) zur Aufwertung der teilzeitarbeitenden Frauen und das im Gleichbehandlungsgesetz²⁶ schon formulierte Schließen der Gehaltseinkommensschere zwischen Männern und Frauen, vor allem in der Privatwirtschaft, zu einer Verbesserung der Situation von Frauen führen. Ebenso sollte bei der Berechnung der Mindestsicherung nicht das Partner_inneneinkommen herangezogen werden, sondern das individuelle Einkommen der Frau, um von dem/der Partner_in unabhängig sein zu können. Um diese Maßnahmen Wirklichkeit werden zu lassen, müssten insb die Regierungsparteien SPÖ und ÖVP in puncto Familienpolitik aufeinander zu gehen. Die politischen Fronten zwischen den Parteien sind in diesem Bereich verhärtet. Oberste Maxime der Frauenpolitik müssen die Maßnahmen sein, die auf die ökonomische Unabhängigkeit und Selbstbestimmung der Frauen abzielen.

Viktoria Spielmann arbeitet in der Abteilung „Arbeitsmarktpolitik für Frauen“ im AMS Österreich und ist sozial- und gesellschaftspolitische Aktivistin; viktoria.spielmann@ams.at

24 Ebd 22.

25 Ebd 22.

26 Gleichbehandlungsgesetz StF BGBl I 2004/66.

Arbeitslosigkeit und Studium

Ein praktisch-juristischer Leitfaden für die Finanzierung des Studiums

Andreas Wöckinger

1. Einleitung

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Möglichkeit, finanzielle Unterstützungen bei aufrechter Inskription an einer Hochschule zu beziehen. Dabei wird ein besonderes Augenmerk auf jene Transferleistungen gelegt, die mit Arbeitslosigkeit iS der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen verbunden sind. Zunächst wird für einen groben Problemaufriss das Studienförderungsrecht betrachtet. Ausgehend von einer Analyse der wichtigsten Fördermöglichkeiten nach dem Studienförderungsgesetz (StudFG)¹ wird der Bogen zu den Unterstützungsmöglichkeiten im Rahmen der Arbeitsmarktförderung hin zu möglichen Fällen des Bezugs von Mindestsicherung für Student_innen gespannt.²

Dabei muss bedacht werden, dass die Voraussetzungen für den Bezug einer Leistung aus dem Studienförderungsrecht grundlegend von den Voraussetzungen für den Bezug von Leistungen nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz (AIVG) oder der Mindestsicherung abweichen. Während das Studienförderungsrecht grundsätzlich um die Begriffe der sozialen Bedürftigkeit und des günstigen Studienerfolgs aufgebaut ist, ist Voraussetzung für einen Leistungsbezug nach AIVG bzw Mindestsicherungsrecht die Vermittelbarkeit am Arbeitsmarkt. Überschneidungen des Regelungsziels finden sich tw zwischen Studienförderungsrecht und Bildungskarenz, va in Form des Leistungsnachweises über absolvierte Prüfungen.

Es stellt sich die Frage, ob die derzeitigen Regelungen für Student_innen in AIVG und Mindestsicherungsgesetzen noch den geänderten Lebensrealitäten von Student_innen entsprechen. Dabei sticht insb die Schlechterstellung von Student_innen im Vergleich zu nicht-studierenden Arbeitslosen iS des AIVG ins Auge. Obwohl die bestmögliche Fortbildung der Arbeitskräfte sowohl im Regierungsprogramm gefordert³, als auch im Leitbild des Arbeitsmarktservice (AMS) erwähnt wird⁴, sind Studierende im Bereich der

1 BGBl 1992/305 zuletzt geändert durch BGBl I 2014/40.

2 Eine weitere wichtige Finanzierungsquelle für Student_innen ist die Familienbeihilfe. Diese wird im Rahmen dieses Beitrages nicht behandelt, da sie systematisch nicht an Fragen von Erwerbstätigkeit/Arbeitslosigkeit anknüpft.

3 *Bundeskanzleramt*, Arbeitsprogramm der österreichischen Bundesregierung 2013-2018 11, www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=53264 (5.1.2015).

4 AMS, Das AMS Leitbild, www.ams.at/_docs/300_leitbild_sfu.pdf (5.1.2015).

Arbeitsmarktförderung nach wie vor diskriminiert. Dieser Wertungswiderspruch wird an Hand der einschlägigen Gesetzesmaterialien erarbeitet, um abschließend zu konstatieren, dass das System der österreichischen Arbeitsmarktförderung diesbezüglich dringend weiterer Reformen bedarf.

2. Studium und Erwerbstätigkeit

Arbeitslosenversicherungspflichtige Erwerbstätigkeit ist Voraussetzung für den Bezug von Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung.⁵ Dabei sind Erwerbstätigkeit und eventuell daran anschließende Zeiträume der Arbeitslosigkeit unter Student_innen längst keine Seltenheit mehr.⁶ Laut der Studierenden-Sozialerhebung 2011 waren 21% aller Student_innen vor ihrem Studium regulär erwerbstätig. Wenn Gelegenheitsjobs und geringfügige Beschäftigungen ebenfalls berücksichtigt werden, steigt diese Zahl auf 30,2%.⁷ 47% der Student_innen geben in dieser Erhebung an, während des gesamten Semesters regelmäßig erwerbstätig zu sein, 15,8% üben eine gelegentliche Erwerbstätigkeit aus.⁸ Von den regelmäßig erwerbstätigen Student_innen gibt beinahe die Hälfte (48,1%) an, mehr als 10 Stunden pro Woche einer Erwerbstätigkeit nachzugehen.⁹ Damit sind österreichische Student_innen auch im internationalen Vergleich überdurchschnittlich oft erwerbstätig. In einem Vergleich mit 27 OECD-Staaten liegt Österreich an achter Stelle.¹⁰

Dennoch geht das österreichische Rechtssystem von der grundsätzlichen Unvereinbarkeit von Arbeitslosigkeit und Hochschulbildung aus, wie in den folgenden Kapiteln dargestellt wird. Es ist erstaunlich, dass der Gesetzgeber diese grundsätzliche Wertung, wonach ein Studium die Erwerbstätigkeit bzw daran anschließende Ansprüche aus der Arbeitslosenversicherung grundsätzlich ausschließt, nach wie vor aufrecht erhält.

Gleichzeitig erlaubt das Studienförderungsrecht, das in Österreich maßgeblich im StudFG geregelt ist, durchaus einer Erwerbstätigkeit neben dem Studium nachzugehen, solange die entsprechenden Zuverdienstgrenzen eingehalten werden. Da die Erwerbstätigkeit, vorausgesetzt diese unterliegt der Arbeitslosenversicherungspflicht, grundsätzlich dem Erwerb von Ansprüchen aus der Arbeitslosenversicherung dient, scheint der Ausschluss von Student_innen aus dem System der Arbeitslosenunterstützung un-

5 § 7 Abs 1 Z2 AIVG idgF.

6 Zum Arbeitsmarktzugang ausländischer Student_innen sowie generell zu Arbeitsverboten von Ausländer_innen am österreichischen Arbeitsmarkt vgl den Beitrag von *Marhold/Başar* in dieser Ausgabe des *juridikum*; *Marhold/Başar*, Erwerbstätigkeit von AusländerInnen in Österreich. Die Hürden und Fallen der AusländerInnenbeschäftigung, *juridikum* 2016, 93.

7 *IHS*, Studierenden-Sozialerhebung 2011, Band 3 281, www.sozialerhebung.at/index.php/de/ergebnisse/2011/studierenden-sozialerhebung-2011-band-3-tabellenband-2011/download (28.12.2015).

8 *Ebd* 289.

9 *Ebd* 291.

10 *Hauschildt et al*, Social and Economic Conditions of Student Life in Europe (2015) 99, www.eurostudent.eu/download_files/documents/EVSynopsisofIndicators.pdf (6.5.2015).

gerechtfertigt. Tatsächlich hat der Gesetzgeber für Student_innen mit Anspruch auf Arbeitslosengeld eine weitreichende Ausnahmeregelung geschaffen, die jedoch die Diskriminierung von Student_innen im Vergleich zu nicht-studierenden Arbeitslosen nicht gänzlich beseitigt (s dazu Kapitel 4). Arbeitslosengeld ist jedoch bei weitem nicht die einzige Möglichkeit, eine Unterstützung für eine Hochschulausbildung neben der Arbeitslosigkeit zu erhalten. Im Folgenden werden unterschiedliche Möglichkeiten der Förderung systematisch untersucht und verglichen.

3. Förderungen nach dem Studienförderungsgesetz

3.1. Studienbeihilfe

Das österreichischen Studienförderungssystem hat in den letzten Jahren für sozial bedürftige Student_innen an Bedeutung verloren. Obwohl das StudFG nach wie vor an das Kriterium der sozialen Bedürftigkeit anknüpft, erfüllt es die ursprüngliche Intention einer Finanzierung des Studiums von finanziell benachteiligten Student_innen nur mehr bedingt.

Die soziale Bedürftigkeit bemisst sich nach dem System des StudFG va nach dem Einkommen der Eltern. Von der höchstmöglichen Studienbeihilfe, die derzeit 7272 € pro Jahr beträgt, wird eine sog „zumutbare Unterhaltsleistung“ der Eltern, welche in § 31 StudFG detailliert geregelt ist, abgezogen. Das System erweist sich insgesamt als sozial treffsicher¹¹, wobei in den letzten Jahren eine wirtschaftliche Entwertung der Beihilfenhöhe sowie eine Nicht-Valorisierung der Einkommensgrenzen der Eltern die größten Probleme darstellten.¹² Besonders problematisch ist dieses System der nur subsidiären Unterstützung von Student_innen durch die Studienbeihilfe in jenen Fällen, in denen Student_innen entweder keinen Unterhaltsanspruch gegenüber ihren Eltern haben, oder aber de facto keine Unterhaltsleistung von ihren Eltern beziehen.

Bei der klassischen Studienbeihilfe wird davon ausgegangen, dass Student_innen idR unterhaltsberechtig sind, und daher von ihren Eltern, nach Maßgabe ihrer Möglichkeiten, unterstützt werden. Damit ist Studienbeihilfe grundsätzlich nur für „klassische“ Studienverläufe vorgesehen, die unmittelbar nach der Matura begonnen werden. Die Einkommensgrenzen für Eltern von Student_innen werden darüber hinaus nur sehr un-

11 Eine umfassende Evaluierung des österreichischen Studienförderungsrecht kommt zu diesem Ergebnis, wobei die soziale Treffsicherheit bei studierenden Kindern von Freiberufler_innen, Selbstständigen sowie Landwirt_innen zumindest mit Fragezeichen versehen ist. Diese Zweifel sind insb durch die abweichende Einkommensberechnung dieser Gruppen gem Einkommenssteuergesetz begründet, die tw zu Verwerfungen im Vergleich mit unselbstständig Erwerbstätigen führt. *Österreichische Hochschulkonferenz*, Arbeitsgruppe „Soziale Absicherung Studierender“ Endbericht 33, <http://hochschulplan.at/wp-content/uploads/2013/09/2013-Bericht-der-AG-Soziale-Absicherung-an-die-HSK.pdf> (5.1.2016).

12 Eine Inflationsabgeltung wird auch von der Österreichischen Hochschulkonferenz in ihrer Evaluierung des österreichischen Studienförderungsrechts empfohlen. *Österreichische Hochschulkonferenz*, Endbericht 75.

regelmäßig – zuletzt 2008 – angehoben¹³. Durch die Preisentwicklung, verbunden mit steigenden Gehältern, wird die nach StudFG von der Höchststudienbeihilfe in Abzug zu bringende zumutbare Unterhaltsleistung immer größer, sodass die Kriterien der sozialen Bedürftigkeit iS des StudFG immer schwerer zu erfüllen sind. Das äußert sich in einer sinkenden Zahl an Bezieher_innen der klassischen Studienbeihilfe, bei steigenden Student_innenzahlen.¹⁴ Die Höhe der Studienbeihilfe wurde seit über 20 Jahren nicht angehoben, weswegen hier durch die Inflation eine beträchtliche Entwertung stattgefunden hat.¹⁵

Diese sporadische Anhebung der Einkommensgrenzen der Eltern bzw die Nicht-Anhebung der Beihilfenhöhe über einen sehr langen Zeitraum stehen in einem auffallenden Missverhältnis zur Anhebung der Zuverdienstgrenze für Student_innen seit Inkrafttreten des StudFG. War diese jährliche Zuverdienstgrenze, ab der die Studienbeihilfe tw zurückgezahlt werden musste, in der Stammfassung aus 1992 mit umgerechnet 2.200 € jährlich noch vergleichsweise niedrig angesetzt gewesen, wurde diese seit Bestehen des StudFG kontinuierlich angehoben, und liegt derzeit bei 10.000 € pro Jahr.¹⁶ Während also die Höhe der Beihilfe, gemessen am wirtschaftlichen Wert, sinkt, und der Adressat_innenkreis der klassischen Studienbeihilfe durch die Nicht-Anpassung der Einkommensgrenzen der Eltern sukzessive kleiner wird, wird Erwerbstätigkeit neben dem Bezug der Studienbeihilfe zunehmend ermöglicht, und ist gerade für Student_innen aus einkommenschwachen Haushalten in der Regel die einzige Möglichkeit, ihr Studium zu finanzieren.

3.2. Selbsterhalter_innenstipendium

Neben der klassischen Studienbeihilfe ist im StudFG die Möglichkeit einer Förderung von vor dem Studium erwerbstätigen Student_innen durch das Selbsterhalter_innenstipendium vorgesehen. Diese Möglichkeit besteht, wenn Student_innen sich vor dem erstmaligen Bezug von Studienbeihilfe für zumindest vier Jahre selbst erhalten haben. Selbsterhalt iS des StudFG liegt gem § 27 StudFG dann vor, wenn das jährliche Einkommen den Betrag von 7.272 € überstiegen hat. Das Selbsterhalter_innenstipendium beträgt grundsätzlich 7272 € jährlich.

Zweck dieser Regelung war ursprünglich, Personen, die bereits berufstätig waren, ein späteres Studium zu ermöglichen. Bei diesen Student_innen wird keine zumutbare Unterhaltsleistung der Eltern von der Höchststudienbeihilfe abgezogen, sodass hier das

13 Die letzte Anpassung erfolgte durch BGBl I 2008/47 mit 1.9.2008. Seither wurden die Einkommensgrenzen nicht angehoben.

14 BMWFW, Universitätsbericht 2014 222, http://wissenschaft.bmwf.wg.at/fileadmin/user_upload/Universitaetsbericht_2014.pdf (5.1.2016).

15 Die letzte Anhebung erfolgte mit 1.9.1994 durch BGBl 1994/619.

16 § 31 Abs 4 StudFG, zuletzt geändert durch BGBl I 2014/40 zum 1.1.2015.

Einkommen der Eltern unbeachtlich ist.¹⁷ Ein Problem für Erwerbstätige stellt beim Selbsterhalter_innenstipendium die Altersgrenze dar. Das Studium muss grundsätzlich vor dem 30. Lebensjahr, in einigen Ausnahmefällen vor dem 35. Lebensjahr, begonnen werden, was sich kaum mit dem Konzept des „life long learning“ in Einklang bringen lässt.

Für Selbsterhalter_innen gilt dieselbe Zuverdienstgrenze wie für Bezieher_innen der Studienbeihilfe. Grundsätzlich ist neben der Einkommensgrenze keine Begrenzung der Erwerbstätigkeit für Bezieher_innen von Leistungen nach dem StudFG vorgesehen. Voraussetzung ist jedoch, dass die Leistungsbezieher_innen die geforderten Studien-erfolgsnachweise erbringen, und durch die Erwerbstätigkeit bzw Arbeitssuche nicht am Studium in vollem Umfang gehindert sind.¹⁸

Es ist für alle Bezieher_innen von Leistungen nach dem StudFG möglich, bei Erfüllung der Voraussetzungen nach AIVG und innerhalb der Zuverdienstgrenzen nach StudFG, parallel Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung und Leistungen nach dem StudFG zu beziehen. Die entsprechenden Voraussetzungen, um als Student_in Leistungen nach dem AIVG zu beziehen, werden im Folgenden erörtert.

4. Leistungen nach dem AIVG

4.1. Arbeitslosengeld und Notstandshilfe

Das System des AIVG folgt einer grundlegend anderen Systematik als das StudFG. Voraussetzung für den Bezug einer Leistung ist hier, dass die Antragsteller_innen der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stehen, die Anwartschaft erfüllen und die Bezugsdauer der entsprechenden Leistung noch nicht erschöpft ist.¹⁹ Insb das Kriterium der Verfügbarkeit für die Arbeitsvermittlung ist bei Student_innen heikel. § 7 Abs 2 AIVG bestimmt: „Der Arbeitsvermittlung steht zur Verfügung, wer eine Beschäftigung aufnehmen kann und darf (Abs. 3) und arbeitsfähig (§ 8), arbeitswillig (§ 9) und arbeitslos (§ 12) ist.“

In der Folge erklärt § 12 Abs 3 lit f AIVG ordentliche Hörer_innen pauschal als nicht arbeitslos: Demzufolge gilt insb nicht als arbeitslos, „wer in einer Schule oder einem geregelten Lehrgang – so als ordentlicher Hörer einer Hochschule, als Schüler einer Fachschule oder einer mittleren Lehranstalt – ausgebildet wird oder, ohne daß ein Dienstverhältnis vorliegt, sich einer praktischen Ausbildung unterzieht“.

Der VwGH legt diese beiden studienspezifischen Regelungen des AIVG relativ streng aus. Dabei hält der VwGH die Wertung des Gesetzgebers für zulässig, dass eine Aus-

17 Vom Selbsterhalter_innenstipendium können ebenfalls Beiträge in Abzug gebracht werden, was hier aber nicht im Detail erläutert werden kann. Bspw können ausländische Studienbeihilfen oder die zumutbare Unterhaltsleistung von Ehepartner_innen bzw eingetragenen Partner_innen in Abzug gebracht werden.

18 Vgl § 49 Abs 1 StudFG.

19 Vgl § 7 Abs 1 AIVG.

bildung in Form eines Studiums die Arbeitslosigkeit – bei Nicht-Vorliegen einer Ausnahme nach Abs 4, welche noch erläutert wird – ausschließt.²⁰ Dieses Nicht-Vorliegen von Arbeitslosigkeit, und damit der Ausschluss vom Bezug einer Leistung nach dem AIVG, könne auch dadurch nicht verhindert werden, dass das Studium mit geringer Intensität betrieben wird.²¹

Ebenso verhindere nach der Judikatur eine falsche Rechtsauskunft des AMS, wonach der Bezug von Notstandshilfe neben dem Studium ohne Einschränkungen möglich sei, nicht die Zulässigkeit einer Rückforderung.²² Die letzte Ansicht wird tw dadurch relativiert, dass die nachweisliche, rechtzeitige Bekanntgabe des Studiums gegenüber der Behörde eine Rückforderung der bezogenen Leistungen ausschließen soll.²³ Hier ist freilich fraglich, inwiefern eine solche Mitteilung, etwa gegenüber dem/der zuständigen Betreuer_in seitens des AMS dokumentiert, bzw vom/von der Antragsteller_in nachweisbar ist. Insgesamt erscheint die Rechtsmeinung des VwGH zumindest in Bezug auf die Frage, ob vermeintlich falsche Rechtsauskünfte durch das AMS erteilt wurden, zweifelhaft. Diese Ansicht läuft darauf hinaus, dass arbeitslose Student_innen die auf sie anzuwendende, komplexe Rechtslage detailliert kennen müssten.

Zu beachten ist auch, dass der Wortlaut von § 12 Abs 3 lit f leg cit sich nur auf ordentliche Hörer_innen bezieht, die pauschal als nicht-arbeitslos gewertet werden. Bei außerordentlichen Hörer_innen ist im Einzelfall zu prüfen, ob sie einem „geregelten Lehrgang“²⁴ nachgehen. Freilich legt der VwGH auch hier besonders strenge Kriterien an. Die bloße Behauptung, dass das Studium eine geringe Intensität erreicht, sodass eine Vermittelbarkeit am Arbeitsmarkt daneben weiterhin gegeben ist, genügt nach der Rechtsprechung des VwGH nicht.²⁵

Diese Regelung samt Auslegung durch den VwGH wird durch § 12 Abs 4 AIVG²⁶ weitgehend relativiert. Nach dieser Regelung gelten Student_innen, abweichend von § 12 Abs 3 lit f AIVG, dann als arbeitslos, wenn sie die Anwartschaft auf Arbeitslosengeld durch entsprechende Versicherungszeiten erfüllt haben, was ohnehin Voraussetzung für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld, bzw den Folgeanspruch auf Notstandshilfe ist.²⁷ Das bedeutet, dass Student_innen, wenn sie in den 24 Monaten vor dem Erstantrag auf Arbeitslosengeld 52 Wochen arbeitslosenversicherungspflichtig gearbeitet haben, grundsätzlich als arbeitslos gelten, und sohin Anspruch auf Arbeitslosengeld haben. Dasselbe gilt bei einer weiteren Inanspruchnahme von Arbeitslosengeld, wenn innerhalb der letzten 52 Wochen zumindest 28 Wochen arbeitslosenversicherungspflichtige

20 VwGH 18.11.2009, 2009/08/0217.

21 VwGH 29.1.2014, 2012/08/0265.

22 VwGH 18.11.2009, 2009/08/0217.

23 VwGH 15.5.2013, 2011/08/0388.

24 Zur Frage, inwieweit außerordentliche Studien geregelte Lehrgänge darstellen, gibt es bisher keine Judikatur.

25 VwGH 6.7.2011, 2009/08/0005.

26 Eingefügt durch BGBl I 2007/104, zuletzt novelliert durch BGBl I 2008/82.

27 § 14 Abs 1 AIVG.

Tätigkeit liegen. Hier sind Student_innen unter 25 Jahren gegenüber nicht-studierenden Arbeitslosen ein weiteres Mal diskriminiert, da nicht-studierende Arbeitslose unter 25 Jahren für einen Erstantrag auf Arbeitslosengeld nur 26 Wochen arbeitslosenversicherungspflichtige Tätigkeit innerhalb des letzten Jahres benötigen. Diese Regelung, die sich in § 14 Abs 1 Z1 Satz 2 AIVG findet, gilt kraft Anordnung des § 12 Abs 4 AIVG für Student_innen nicht. Da sich mE keine sachliche Rechtfertigung für diese Diskriminierung von jungen, studierenden Erwerbslosen gegenüber nicht-studierenden Erwerbslosen finden lässt, erscheint diese Regelung aus Sicht des Gleichheitsgebotes bedenklich.

Die RV zur Novelle, mit der § 12 Abs 4 AIVG neu gefasst wurde, und die eine deutliche Verbesserung der Lage arbeitsloser Student_innen brachte, gibt über die dahinterliegende Motivation des Gesetzgebers Auskunft. Insb war es Ziel des Gesetzgebers, die Vereinbarkeit von Leistungsbezug nach AIVG und einer weiteren Qualifizierung von Arbeitnehmer_innen voranzutreiben: „Die Erleichterung der Bildungskarenz und die Ermöglichung der Ausbildung in einer Schule oder einem geregelten Lehrgang während des Bezuges von Arbeitslosengeld oder Notstandshilfe wird die dringend notwendige Qualifizierung der Arbeitnehmer fördern und damit positive Auswirkungen auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort haben.“²⁸

Die derzeitige Rechtslage enthebt Student_innen jedoch nicht davon, die allgemeinen Voraussetzungen für einen Bezug von Arbeitslosengeld zu erfüllen, was auch die RV betont.²⁹ Insb die Verfügbarkeit für die Arbeitsvermittlung kann durch das Studium verhindert werden. § 7 Abs 7 AIVG fordert eine Vermittelbarkeit auf einen Arbeitsplatz mit einer Normalarbeitszeit von zumindest 20 Stunden. Bei Personen mit Betreuungspflichten für Kinder, die unter zehn Jahre alt oder erheblich behindert sind, wird diese Mindestvermittelbarkeit auf 16 Stunden herabgesetzt. Diese Mindestvermittelbarkeit muss jedoch grundsätzlich nicht zu bestimmten Zeiten während der Woche vorliegen, was gerade bei Student_innen auf Grund der unregelmäßigen Zeiten von Lehrveranstaltungen oft für Unklarheit sorgt.

Der VwGH hat hervorgehoben, dass die Vermittelbarkeit nicht an bestimmten Stunden während des Tages gegeben sein muss: „Entgegen den Ausführungen der belangten Behörde ist aber nicht – ohne weiteres – entscheidend, ob ein derartiges Stundenausmaß im Zeitraum zwischen 7 Uhr bis 19 Uhr erzielbar ist. Sofern auch Beschäftigungen zu anderen Tageszeiten auf dem Arbeitsmarkt üblicherweise angeboten werden, sind auch diese zu berücksichtigen.“³⁰

Für ordentlicher Hörer_innen ist ein Bezug von Arbeitslosengeld oder Notstandshilfe innerhalb der Grenzen des § 12 Abs 4 AIVG daher jedenfalls zulässig. Dasselbe gilt für außerordentliche Hörer_innen, wobei diese, solange es sich nicht um einen „geregelten

28 ErläutRV 298 BlgNR 23. GP 1 bzw 10.

29 Ebd 1 bzw 10.

30 VwGH 18.1.2012, 2010/08/0092. Vgl auch VwGH 26.5.2010, 2007/08/0133.

Lehrgang“ handelt, wohl auch bei Nicht-Erfüllung der entsprechenden Versicherungszeiten innerhalb der Rahmenfrist einen Anspruch auf Notstandshilfe haben. Hier müsste allerdings das Fehlen eines „geregelten Lehrgangs“ von den Antragsteller_innen wohl nachgewiesen werden.

Zusammenfassend verbleibt jedoch, insb durch die Regelung von § 12 Abs 3 lit f AIVG, eine Diskriminierung von Student_innen im Vergleich zu nicht-studierenden Arbeitslosen. Das wird bspw in Rückforderungsfällen für Notstandshilfe regelmäßig sichtbar, da Notstandshilfe grundsätzlich auch bezogen werden kann, wenn keine Versicherungszeiten iSv § 14 AIVG mehr vorliegen.³¹

4.2. Bildungskarenz

Eine weitere Möglichkeit, für den Bezug von Leistungen nach dem AIVG stellt die Bildungskarenz dar. Wenngleich diese Regelung nicht für Erwerbslose vorgesehen ist, folgt sie in ihrer Systematik doch weitgehend dem System der Arbeitslosenversicherung. Sie ist außerdem eine der wenigen Möglichkeiten, ein Studium mit einer idR vergleichsweise großzügigen finanziellen Unterstützung zu absolvieren, ohne nebenbei erwerbstätig sein zu müssen.

Voraussetzung für den Bezug von Bildungskarenz ist die Anwartschaft auf Arbeitslosengeld³², sowie eine zumindest sechsmonatige Dauer des Arbeitsverhältnisses vor Antritt der Bildungskarenz.³³ Darüber hinaus ist eine Vereinbarung mit dem/der Arbeitgeber_in über die Bildungskarenz Voraussetzung.

Die Weiterbildung muss außerdem eine gewisse Intensität erreichen. Ursprünglich war im Gesetz vorgesehen, dass die Weiterbildung der Arbeitnehmer_innen zumindest im Umfang von 20 Stunden pro Woche erfolgt. Diese Grenze galt grundsätzlich auch für eine Weiterbildung in Form eines Studiums, wobei die Mat davon ausgingen, dass dann die geforderte Intensität jedenfalls gegeben sei.³⁴ Seit 1. Juli 2013 gilt, dass bei Weiterbildung in Form eines Studiums nach sechs Monaten ein Leistungsnachweis von acht ECTS oder vier Semesterwochenstunden zu erbringen ist.³⁵ Die Verschärfung des Leistungsnachweis wird in den Mat mit medialer Kritik am „Missbrauch“ der Bildungskarenz durch Student_innen begründet.³⁶

Die Höhe des Bezugs in der Bildungskarenz entspricht grundsätzlich der Höhe des Arbeitslosengeldes, mindestens jedoch dem Tagsatz gem § 3 Abs 1 Kinderbetreuungs-

31 Ein erster Antrag auf Notstandshilfe nach Bezug des Arbeitslosengeldes wird sich in der Regel noch mit den nötigen Versicherungszeiten iSv § 14 AIVG, die durch § 12 Abs 4 von Student_innen zwingend gefordert werden, vereinbaren lassen. Bei einem zweiten Antrag liegen jedoch idR die Voraussetzungen nicht mehr vor.

32 Vgl § 26 Abs 1 AIVG.

33 § 11 Abs 1 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), StF BGBl 1993/459.

34 ErläutRV 298 BlgNR 23. GP 1 bzw 13.

35 § 26 Abs 1 Z 5 idF BGBl I 2013/67.

36 ErläutRV 2150 BlgNR 24. GP 14.

geldgesetz³⁷, der für 2016 bei 14,53 € liegt.³⁸ Neben der Bildungskarenz darf, so wie bei allen Leistungen nach dem AIVG, ein Zuverdienst durch unselbstständige Erwerbstätigkeit bis zur Geringfügigkeitsgrenze erzielt werden.³⁹ Wird während der Bildungskarenz ein Ausbildungsverhältnis eingegangen, das kein Dienstverhältnis darstellt, so ist auch ein Zuverdienst über der Geringfügigkeitsgrenze denkbar, selbst wenn durch das Ausbildungsverhältnis eine Pflichtversicherung begründet wird. Der VwGH hat die Vereinbarkeit einer „praktischen Ausbildung zur klinischen Psychologin und Gesundheitspsychologin“⁴⁰ sowie die Absolvierung der Gerichtspraxis⁴¹ mit Bildungskarenz bejaht.

5. Mindestsicherung

Die 15a-Vereinbarung zur bundesweiten Bedarfsorientierten Mindestsicherung⁴² (BMS) sieht bezüglich der Frage, inwiefern Weiterbildung im Allgemeinen sowie ein Studium im Besonderen mit dem Bezug der BMS vereinbar ist, nur rudimentäre Regelungen vor. Der zentrale Begriff auf der Ebene der Vereinbarung ist die Bereitschaft zum Einsatz der Arbeitskraft, welche in Art 14 Abs 1 leg cit als Voraussetzung des Bezugs geregelt ist. Abs 2 derselben Bestimmung spricht davon, dass in Bezug auf die Arbeitsfähigkeit sowie die Zumutbarkeit von angebotenen Arbeitsplätzen grundsätzlich nach dem System von Arbeitslosengeld und Notstandshilfe vorzugehen ist. Die landesgesetzlichen Regelungen weichen von diesem System in Bezug auf die Möglichkeit einer Weiterbildung während des Bezugs von BMS tw deutlich ab.

Auf Basis dieser Rahmenregelung in der 15a-Vereinbarung haben die Länder unterschiedliche Regelungen zum Bezug von Mindestsicherung für Menschen in Ausbildung erlassen. In der Folge wird nur die Regelung in Wien analysiert.⁴³ Das erfolgt va auf Grund der Tatsache, dass hier beinahe zwei Drittel aller Student_innen in Österreich ihr Studium absolvieren.

Die zentrale Bestimmung zur Möglichkeit einer Fortbildung während des Bezugs der BMS im Wiener Mindestsicherungsgesetz (WMG)⁴⁴ findet sich in § 4 Abs 3 WMG. Dort wird der Bezug einer Leistung aus der BMS für jene Menschen ausgeschlossen, die eine Schulausbildung auf Maturaniveau abgeschlossen haben, „und ihre Arbeitskraft allein deshalb nicht voll einsetzen können, weil sie eine weiterführende Ausbildung absolvieren“.

37 KBGG, StF BGBl I 2001/103, zuletzt geändert durch BGBl I 2014 /35.

38 § 26 Abs 1 AIVG.

39 § 12 Abs 6 lit a AIVG.

40 VwGH 24.4.2014, 2013/08/0049.

41 VwGH 23.9.2015, 2015/08/0123.

42 StF BGBl I 2010/96.

43 Für einen Vergleich der landesgesetzlichen Regelungen in Tirol und Vorarlberg siehe *Rechnungshof*, Bedarfsorientierte Mindestsicherung. Bund 2014/9, www.rechnungshof.gv.at/berichte/ansicht/detail/bedarfsorientierte-mindestsicherung-2.html (21.1.2016).

44 StF LGBl 2010/38.

Diese Regelung führt dazu, dass der Anspruch auf Mindestsicherung für Student_innen von der in Wien zuständigen Behörde erster Instanz, der Magistratsabteilung 40, in der Regel verneint wird. Dabei wird bereits aus einer wörtlichen Interpretation der Bestimmung deutlich, dass die weiterführende Ausbildung kausal für den Nicht-Einsatz der Arbeitskraft sein muss. Der Wortlaut „allein deshalb“ fordert in Bezug auf die Abweisung des Anspruchs, dass gerade die weiterführende Ausbildung als Hindernis dem Einsatz der Arbeitskraft im Weg steht.

Folgerichtig hat das Landesverwaltungsgericht Wien (LvwG) auch in mehreren Fällen festgestellt, dass der Anspruch auf Mindestsicherung für Student_innen von der Behörde zu Unrecht verwehrt wurde. Erstmals beschäftigte sich das LvwG in seinem Erkenntnis vom 12. März 2014 mit der Auslegung von § 4 Abs 3 WMG und der geforderten Kausalität zwischen Ausbildung und Nicht-Einsatz der Arbeitskraft. „Die negative Anspruchsvoraussetzung des § 4 Abs. 3 WMG erfordert allerdings nicht nur, dass die Antragsteller eine für Erwerbszwecke geeignete abgeschlossene Ausbildung oder eine Schulausbildung auf Maturaniveau haben und eine weiterführende Ausbildung (Studium) absolvieren, sondern darüber hinaus auch, dass sie wegen dieser weiterführenden Ausbildung ihre Arbeitskraft nicht voll zu Erwerbszwecken einsetzen können.“⁴⁵

Wörtlich hielt das LvwG in derselben Entscheidung außerdem fest: „Ganz allgemein ist anzumerken, dass es nicht ausreicht, wenn jemand dem Arbeitsmarkt nur für eine geringfügige Beschäftigung oder eine Teilzeitbeschäftigung zur Verfügung steht.“⁴⁶

Das LvwG ist in weiterer Folge bei dieser Rechtsansicht geblieben. Regelmäßig betont es die Notwendigkeit einer Vermittelbarkeit auf eine Vollzeitstelle, sowie die Bedeutung einer bereits einmal neben dem Studium bestehenden Erwerbstätigkeit in größerem Umfang.⁴⁷ Daneben kommt es nach der Rechtsprechung des LvwG auf die Vereinbarkeit des Studiums mit einer Vollzeitbeschäftigung an, wobei hier bspw auf das Ausmaß des Besuchs von Lehrveranstaltungen abgestellt wird.⁴⁸

Wenn während des Studiums „nur“ eine Teilzeitbeschäftigung vorlag, bzw bei Antragstellung erkennbar „nur“ eine Teilzeitbeschäftigung neben dem Studium gesucht wird, verneint das LvwG den Anspruch auf Mindestsicherung.⁴⁹ Diese Rechtsprechung des LvwG ist zweifelhaft. Inwiefern hier durch § 4 Abs 3 WMG eine strengere Regelung als durch das AIVG erfolgt, ist im Lichte der BMS-Vereinbarung zwischen Bund und Ländern zumindest unklar. Das WMG begnügt sich bei Personen, die nicht studieren, mit der Vermittelbarkeit auf eine Teilzeitstelle. Insb § 6 WMG verlangt von Bezieher_innen der BMS zwar den Einsatz der Arbeitskraft zur Abwendung von Notlagen, die

45 LvwG Wien 12.3.2014, VGW-141/002/22597/2014.

46 Ebd.

47 LvwG Wien 18.3.2014, VGW-141/028/21502/2014.

48 Ebd.

49 LvwG Wien 4.8.2014, VGW-141/028/27303/2014.

Teilnahme an arbeitsintegrativen Maßnahmen und statuiert eine generelle Mitwirkungspflicht im Verfahren, dabei genügt aber idR eine Arbeitslosen-Meldung sowie die Erfüllung der Kriterien nach dem AlVG. Warum für Student_innen ein strengerer Maßstab gelten soll, ist weder aus dem Gesetz noch aus der BMS-Vereinbarung ersichtlich.

Es besteht auch ein Widerspruch zwischen der Zielsetzung des WMG und dieser Auslegung in Bezug auf weiterführende Ausbildungen. § 1 Abs 1 WMG definiert Ziele und Grundsätze der BMS. Dort heißt es: „Die Bedarfsorientierte Mindestsicherung hat zum Ziel, Armut und soziale Ausschließung verstärkt zu bekämpfen und zu vermeiden sowie die dauerhafte Eingliederung oder Wiedereingliederung in das Erwerbsleben weitest möglich zu fördern.“

Warum trotz dieser Zielsetzung des WMG jene pönalisiert werden, die sich im Rahmen eines Studiums weiterbilden und somit nach allen verfügbaren Daten ihre Vermittelbarkeit am und Eingliederung in den Arbeitsmarkt fördern, bleibt rätselhaft.

6. Schlussfolgerungen

Das derzeitige Sozial-, Arbeitslosenversicherungs- und Studienbeihilfenrecht wurde den Entwicklungen des Arbeitsmarkts in den letzten Jahrzehnten nicht ausreichend angepasst. Während Erwerbstätigkeit unter Student_innen Normalität ist, werden diese nach wie vor beim Bezug von Arbeitslosengeld, Notstandshilfe und Mindestsicherung gegenüber Nicht-Studierenden diskriminiert. Diese Problemlage wurde vom Gesetzgeber tw dadurch verschärft, dass er die studienbezogenen Beihilfen nicht adäquat an die Preisentwicklung angepasst hat, wobei gleichzeitig in den wichtigsten studienbezogenen Beihilferegelungen eine vermehrte Erwerbstätigkeit ermöglicht wurde. Das ist insb vor dem Hintergrund von Konzepten wie „Life Long Learning“, die mit den Bologna-Reformen in die österreichischen Hochschullandschaft implementiert wurden, problematisch, weil nicht von einer flächendeckenden Versorgung der Student_innen durch Unterhaltsleistungen ausgegangen werden kann.

Die Entwicklung der letzten zwei Jahrzehnte im Studienbeihilfen- und Arbeitslosenrecht für Student_innen reihen sich insgesamt in eine Entwicklung der Überwälzung von Verantwortung auf die Individuen ein. Während früher das Ziel einer staatlichen Finanzierung von Student_innen während der Ausbildung im Vordergrund stand, wird die Finanzierung des Studiums nunmehr durch die gesetzlichen Regelungen den Einzelnen durch möglichst umfassende Erwerbstätigkeit aufgebürdet.

Die Diskriminierung von Studierenden im Arbeitslosenversicherungs- und Mindestsicherungsrecht ist aber auch gemessen an den selbst gesteckten Zielen dieser Systeme fraglich. Dass eine selbstverantwortliche Weiterbildung, die ja in der Regel zu einer besseren Qualifikation und damit einhergehend einer besseren Vermittelbarkeit am Arbeitsmarkt führt, durch unflexible Regelungen in den jeweiligen gesetzlichen Grundlagen verhindert wird, dient keinesfalls dem Zweck der erwähnten Systeme der sozialen

Absicherung. Das wird auch tw vom Gesetzgeber zugestanden, etwa wenn er in den Mat der letzten großen student_innenbezogenen Novelle des AIVG festhält: „Im Hinblick auf den eingetretenen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Wandel ist der Stellenwert der Qualifikation der Erwerbstätigen wesentlich gestiegen und wird künftig noch weiter an Bedeutung gewinnen.“⁵⁰

Wenngleich es in den letzten Jahren, insb im Bereich des AIVG, zu einer Verbesserung der Situation der Student_innen gekommen ist, bleibt hier noch viel zu tun. Insgesamt wäre eine Streichung jener Regelungen, die eine selbstorganisierte Fortbildung zum Ausschlusskriterium aus den Systemen der sozialen Absicherung machen, wünschenswert.

MMag. Andreas Wöckinger arbeitet als Jurist im Referat für Sozialpolitik der Österreichischen HochschülerInnenschaft und ist Mitherausgeber des juridikum; andreas.woeckinger@oeh.ac.at

50 ErläutRV 298 BlgNR 23. GP 1 bzw 10.

Arbeitslosigkeit bei Karl Marx

Industrielle Reservarmee und Verelendungstheorie in der *Kritik der politischen Ökonomie*

Stefan Auer

1. Einleitung

Karl Marx befasste sich im Rahmen seines theoretischen Schaffens mit dem Thema Arbeitslosigkeit am ausführlichsten und systematischsten im 23. Kapitel (*Das allgemeine Gesetz der kapitalistischen Akkumulation*) des ersten Bandes von *Das Kapital*.¹ Dabei analysierte er Arbeitslosigkeit nicht in einem spezifischen Sinn, sondern eher als Ausdruck des allgemeinen Überschusses an Arbeitskräften, der im kapitalistischen Akkumulationsprozess zwangsläufig entsteht.² Er wollte zeigen, dass die kapitalistische Produktionsweise und ihre Dynamik „beständig eine relative, dh für die mittleren Verwertungsbedürfnisse des Kapitals überschüssige, daher überflüssige oder Zuschuß-Arbeiterbevölkerung“ hervorbringen muss und darüber hinaus, dass diese Überflüssigmachung langfristig mit dem Wachstum des gesellschaftlichen Gesamtkapitals zunimmt.³ In diesem Zusammenhang formulierte Marx auch das „absolute, allgemeine Gesetz der kapitalistischen Akkumulation“,⁴ das als sog Verelendungstheorie in der Geschichte der Arbeiter_innenbewegung eine Rolle spielte. Im Rahmen der Auseinandersetzungen um das *Erfurter Programm* (1891) der deutschen Sozialdemokratie – dem Revisionismusstreit – wurde auch die Richtigkeit der marxischen Verelendungsprognose diskutiert.⁵ Da eine Kausalität zwischen Verelendung und der Herausbildung von revolutionärem Klassenbewusstsein angenommen wurde, ging es um nichts Geringeres, als die Frage: Reform oder Revolution.⁶

Damit sind die wesentlichen, im Folgenden zu erörternden Aspekte der marxischen Überlegungen zur Thematik der Arbeitslosigkeit angesprochen. Bevor nun auf einige Grundgedanken der *Kritik der politischen Ökonomie* eingegangen wird, um die marxische Argumentation in Bezug auf die Notwendigkeit einer „Surpluspopulation“⁷ nachvollzieh-

1 Vgl *Marx*, *Das Kapital – Kritik der politischen Ökonomie*. Erster Band (2008) 640ff.

2 Vgl *Pugliese*, *Arbeitslosigkeit*, in *Haug* (Hrsg), *Historisch-kritisches Wörterbuch des Marxismus* 1 (1996) 519.

3 *Marx*, *Kapital* 658; vgl *Ellmers*, *Die formalanalytische Klassentheorie von Karl Marx – Ein Beitrag zur ‚neuen Marx-Lektüre‘* (2009) 74.

4 *Marx*, *Kapital* 674.

5 Vgl *Wagner*, *Verelendungstheorie – die hilflose Kapitalismuskritik* (1976) 21ff; *Ellmers*, *Klassentheorie* 75f.

6 Vgl *Ellmers*, *Klassentheorie* 76.

7 *Marx*, *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie* (1953) 502.

bar zu machen (3), soll der theoriegeschichtliche Kontext, in dem diese Thesen entstanden sind, angeschnitten werden (2). Im Anschluss daran werden in einem Überblick die innerlinken Debatten bezüglich der Verelendungstheorie und der Herausbildung von revolutionärem Bewusstsein nachgezeichnet (4), um resümierend die Frage der politischen Relevanz der marxischen Überlegungen zum Thema Arbeitslosigkeit zu stellen (5).

2. Kritik des „Malthusianismus“⁸

Marx' Ausführung zur Arbeitslosigkeit als spezifischer Form der relativen „Überbevölkerung“⁹ waren als Kritik der biologistischen Bevölkerungstheorie von *Thomas R. Malthus* gedacht.¹⁰ Dieser behauptete in seinem Hauptwerk zur Bevölkerungstheorie (*Eine Abhandlung über das Bevölkerungsgesetz*)¹¹, dass die Bevölkerungsentwicklung einer geometrischen Reihe (1,2,4,8,16 etc) entspricht, während die Nahrungsmittelproduktion nur einer arithmetischen Reihe (1,2,3,4,5 etc) folge.¹² Diese über alle geschichtlichen Epochen hinweg bestehende Diskrepanz zwischen „den unterschiedlichen Produktivitätsraten von menschlicher Fortpflanzung und Nahrungsmittelvermehrung“ müsse nach Malthus gezwungenermaßen zu Mängeln in der Lebensmittelversorgung, zur Lohnsenkung und Arbeitslosigkeit führen.¹³

Abgesehen von der Tatsache, dass Malthus seine arithmetische Wachstumsthese einfach nur behauptete, ohne einen entsprechenden Beweis zu führen (er konnte dies aufgrund ihrer empirischen Unhaltbarkeit gar nicht),¹⁴ wurde er von Marx für seine ahistorische Herangehensweise an das Phänomen der „Überpopulation“ kritisiert.¹⁵ Marx fasste sie „als geschichtlich bestimmtes Verhältnis“, das nicht „durch die absolute Grenze der Produktivität von Lebensmitteln“ definiert werde, „sondern durch von bestimmten Produktionsbedingungen gesetzte Grenzen.“¹⁶ Er entschlüsselte die Überpopulation bzw. Übervölkerung der bürgerlich-kapitalistischen Gesellschaft als historisch-spezifische und daher als nicht absolut geltende, sondern nur relativ in Bezug auf die kapitalistischen Produktionsbedingungen bzw. die Verwertungsbedürfnisse des Kapitals.¹⁷ Marx entlarvte damit den ideologischen Kern der Bevölkerungstheorie

8 Vgl *Foster*, Malthusianismus, in *WF Haug/F Haug/Jehle/Küttler* (Hrsg), Historisch-kritisches Wörterbuch des Marxismus 8/II (2015) 1580ff.

9 Marx adaptierte diese Begrifflichkeit des bürgerlichen Demographiediskurses lediglich in polemischer Absicht, vgl *Ellmers*, Klassentheorie 73.

10 Vgl *Marx*, Grundrisse 497ff; *Ellmers*, Klassentheorie 72.

11 Vgl *Malthus*, Eine Abhandlung über das Bevölkerungsgesetz oder eine Untersuchung seiner Bedeutung für die menschliche Wohlfahrt in Vergangenheit und Zukunft, nebst einer Prüfung unserer Aussichten auf eine künftige Beseitigung oder Linderung der Übel, die es verursacht (1924).

12 Vgl *Marx*, Grundrisse 499; *Malthus*, Abhandlung 21.

13 *Ellmers*, Klassentheorie 73.

14 Vgl *Foster*, Malthusianismus 1586.

15 *Marx*, Grundrisse 499.

16 *Marx*, Grundrisse 499f; vgl *Foster*, Malthusianismus 1587.

17 Vgl *Schwarz*, Der Akkumulationsprozess des Kapitals, in *Fetscher* (Hrsg), Grundbegriffe des Marxismus – Eine lexikalische Einführung (1976) 165; *Marx*, Grundrisse 500.

Malthus', die bestehende Ordnung und ihre Widersprüche durch ein quasi überhistorisch geltendes Naturgesetz zu rechtfertigen, im Sinne seines Forschungsprogramms: Den historischen Charakter der kapitalistischen Produktionsweise im Unterschied zu vorangegangenen Produktionsweisen (antiken Sklavenhaltergesellschaften, mittelalterlichen Feudalordnungen) zu analysieren und damit theoretisch die Möglichkeit ihrer Überwindung zu begründen. Wie Marx nun den Zusammenhang zwischen kapitalistischer Produktionsweise und der Überflüssigmachung weiter Teile der Bevölkerung konzipierte, soll Thema des nächsten Abschnitts sein.

3. Kapitalistische Akkumulation und Arbeitslosigkeit

Grundlegend für die marxsche Theorie und Kritik der kapitalistisch-bürgerlichen Gesellschaft und ihrer Dynamik ist die Annahme, dass nicht menschliche Bedürfnisbefriedigung, sondern maß- und endlose Kapitalverwertung – als Selbstzweck – den zentralen Bezugspunkt der kapitalistischen Produktionsweise bildet.¹⁸ Ziel des kapitalistischen Produktionsprozesses ist es, nicht nur das im Produktionsprozess vorgeschossene Kapital für Produktionsmittel (Rohstoffe, Maschinen) und Arbeitskraft mit dem Verkauf der produzierten Waren zurückzuerhalten, sondern zusätzlich noch einen Mehrwert zu realisieren, der wiederum investiert werden kann. Nun setzt sich der Wert einer Ware aus dem Wert der zu ihrer Produktion verbrauchten Produktionsmittel (Rohstoffe, Maschinen, ie konstantes Kapital) und dem Wert der Arbeitskraft (ie variables Kapital) zusammen (= Wertzusammensetzung).¹⁹ Der für den Produktionsprozess entscheidende Wertzuwachs wird aber nur durch die besondere Eigenschaft der Ware Arbeitskraft möglich. Der Wert der Arbeitskraft wird (wie der einer jeden anderen Ware auch) durch die (historisch bedingte²⁰) gesellschaftlich durchschnittlich notwendige Arbeitszeit zu ihrer (Re-)Produktion bestimmt. Da dieser aber niedriger ist als der Wert, der mit Verausgabung der Arbeitskraft geschaffen wird, kann der Überschuss an Wert (Mehrwert) von der Kapitalistin bzw dem Kapitalisten als Käufer_in der Arbeitskraft angeeignet werden.²¹

Der in den produzierten Waren verkörperte und über deren Verkauf realisierte Mehrwert muss – aufgrund der Konkurrenz der Kapitalist_innen untereinander – fortwährend neu in Produktionsmittel und Arbeitskraft angelegt, dh akkumuliert werden. Marx versucht nun im 23. Kapitel von *Das Kapital* zu zeigen, dass dieser Akkumulationsprozess zwangsläufig eine im Verhältnis zu den Verwertungsbedürfnissen des Kapitals

18 Vgl Marx, Kapital 166f; Heinrich, Die Wissenschaft vom Wert – Die Marxsche Kritik der politischen Ökonomie zwischen wissenschaftlicher Revolution und klassischer Tradition (2014) 314.

19 Vgl Marx, Kapital 640.

20 Marx spricht in diesem Zusammenhang von einem „historische[n] und moralische[n] Element“, das die Wertbestimmung der Ware Arbeitskraft charakterisiert und hatte damit nicht bloß „ein physisches Existenzminimum im Sinn“; Marx, Kapital 185; Heinrich, Wissenschaft 258 FN 10.

21 Vgl Heinrich, Wissenschaft 257ff.

überschüssige bzw überflüssige Arbeiter_innenbevölkerung hervorbringen muss.²² Er sieht diese These in den Folgen der steigenden Wertzusammensetzung des Kapitals – einer für den typischen Akkumulationsprozess charakteristischen Entwicklung – begründet.²³ Im Laufe der Akkumulation, dh bei konstant wachsendem Kapital, muss es aufgrund der stetigen Nachfrage nach Arbeitskraft zu einer Verknappung und damit zu einer Verteuerung derselben kommen, die eine den Akkumulationsprozess hemmende Wirkung auslöst.²⁴ Bedingt durch den Zwang zur Konkurrenz werden die Kapitalist_innen in einer solchen Situation versuchen, die Produktivkraft der Arbeit zu steigern, ua indem sie vermehrt arbeitssparende Maschinerie einsetzen, dh in konstantes Kapital investieren.²⁵ Dadurch steigt die Wertzusammensetzung des Kapitals,²⁶ der konstante Kapitalteil nimmt somit im Verhältnis zum variablen Kapitalteil zu und es werden bspw bei einer unveränderten Produktionsmenge weniger Arbeitskräfte benötigt. An dieser Stelle könnte daher bereits festgehalten werden, dass der kapitalistische Produktionsprozess zyklisch „eine gewisse ‚industrielle Reservearmee‘“ hervorbringen muss und Vollbeschäftigung bzw ein hohes Lohnniveau lediglich Ausnahmesituationen darstellen.²⁷

Marx unterstellte aber, dass dieser „Freisetzungseffekt“ längerfristig gesehen größer sei als der „Beschäftigungseffekt“, der durch die wieder in Gang gekommene Akkumulation ausgelöst wird.²⁸ Diese „absolute Abnahme der Nachfrage nach Arbeit“ begründete er damit,²⁹ dass die Produktivkraftsteigerung nicht immer aus dem Kapital eines Einzelkapitals bestritten wird, sondern sich typischerweise mehrere Einzelkapitale zusammenschließen würden (Zentralisation), um über die nötigen Investitionsmittel zu verfügen.³⁰ Die dadurch entstehende Freisetzung von Arbeitskräften könne aber nicht durch eine beschleunigte Akkumulation kompensiert werden, „da diese lediglich zu noch schnellerer technischer Umwälzung und Freisetzung führe.“³¹ Dass die Zentralisation der Einzelkapitale eine Produktivkraftsteigerung begünstigt, scheint nicht unplausibel.³² Problematischer erweist sich jedoch die Behauptung, dass der Freisetzungseffekt der steigenden Wertzusammensetzung gesamtgesellschaftlich betrachtet größer sei als der Beschäftigungseffekt der Akkumulation. Dafür gäbe es sicher viele empirische Belege, jedoch „lässt sich aus dieser bloßen Anschauung kein allgemeines Gesetz begründen.“³³

22 Vgl *Marx*, Kapital 657ff.

23 Vgl *Heinrich*, Kritik der politischen Ökonomie – Eine Einführung (2005) 125.

24 Vgl *Marx*, Kapital 649; *Ellmers*, Klassentheorie 74.

25 Vgl *Heinrich*, Wissenschaft 319ff.

26 Für eine ausführlichere Diskussion vgl *Heinrich*, Wissenschaft 315ff; *Ellmers*, Klassentheorie 71f FN 131.

27 *Heinrich*, Wissenschaft 324; vgl *Heinrich*, Kritik 126.

28 *Heinrich*, Wissenschaft 323; vgl *Marx*, Kapital 657.

29 *Marx*, Kapital 657.

30 Vgl *Marx*, Kapital 654ff; *Heinrich*, Wissenschaft 323.

31 *Heinrich*, Wissenschaft 323; vgl *Marx*, Kapital 658.

32 Vgl *Heinrich*, Wissenschaft 323f; *Ellmers*, Klassentheorie 75.

33 *Heinrich*, Wissenschaft 324.

Obschon also eine strenge Beweisführung im Hinblick auf die Tendenz einer sich stetig vergrößernden industriellen Reservearmee nicht möglich ist, kann doch konstatiert werden, dass die Existenz einer solchen für die Kapitalist_innen von doppeltem Vorteil ist: Einerseits erhöht sie den Druck auf die Beschäftigten, sich der „Unterwerfung unter die Diktate des Kapitals“ zu fügen (va in der Lohnpolitik) und andererseits liefert sie für die „wechselnden Verwertungsbedürfnisse [des Kapitals] das stets bereite exploitable Menschenmaterial, unabhängig von den Schranken der wirklichen Bevölkerungszunahme.“³⁴ Ab einer gewissen Entwicklungsstufe der kapitalistischen Produktionsweise (bezogen auf die technischen Bedingungen des Produktionsprozesses, dh Maschinerie, Transportwesen etc) kann es zu sprunghaften Ausdehnungen des Produktionsprozesses kommen, die eine vom natürlichen Zuwachs der Bevölkerung unabhängige industrielle Reservearmee erfordern.³⁵ Aus der Vorteilhaftigkeit dieser Umstände kann zwar nicht funktional auf deren tatsächliche Verwirklichung geschlossen werden, jedoch muss von einer gewissen Interessenslage der Kapitalist_innen ausgegangen werden, sodass bspw Forderungen an Unternehmer_innen, sie mögen doch endlich etwas zum Abbau der Arbeitslosigkeit beitragen, gesamtgesellschaftlich betrachtet etwas fragwürdig erscheinen.³⁶

4. Verelendungstheorie und revolutionäres Bewusstsein

Aufbauend auf der These von der langfristigen Zunahme der Arbeitslosigkeit unter kapitalistischen Produktionsbedingungen, formulierte Marx das „absolute, allgemeine Gesetz der kapitalistischen Akkumulation“,³⁷ das häufig als sog Verelendungstheorie, im Sinne eines historischen Gesetzes von der fortschreitenden Verelendung der arbeitenden Bevölkerung, rezipiert wurde.³⁸ Schon die Unklarheit der Herkunft des Begriffs Verelendungstheorie (er kommt weder bei Marx noch bei *Friedrich Engels* vor) scheint symptomatisch für die Geschichte der daran anknüpfenden Diskussionen.³⁹ Mit der Verabschiedung des Erfurter Programms der deutschen Sozialdemokratie (1891) und dem dadurch bedingten Revisionismusstreit, sprich der Auseinandersetzung zwischen dem revolutionär orientierten Flügel der deutschen Arbeiter_innenbewegung und seinem reformistisch eingestellten Pendant, entzündete sich auch eine Debatte bezüglich des Zutreffens der marxischen Verelendungstheorie und ihrer politischen Implikationen.⁴⁰ Eduard Bernstein, Wortführer des reformistischen Flügels, versuchte mittels statistischer Erhebungen der Eigentumsentwicklung die marxische These von der zunehmenden Verelendung zu widerlegen und wurde dafür von seinen revolutionär ge-

34 *Marx*, Kapital 665 u 661; vgl *Marx*, Grundrisse 503f.

35 Vgl *Marx*, Kapital 661 u 664.

36 Vgl *Heinrich*, Kritik 127.

37 *Marx*, Kapital 674.

38 Vgl *Heinrich*, Wissenschaft 324ff; *Ellmers*, Klassentheorie 75ff; *Schwarz* in *Fetscher* 168f.

39 Vgl *Wagner*, Verelendungstheorie 13.

40 Vgl *Wagner*, Verelendungstheorie 21ff.

sinnigen Gegner_innen (zB Rosa Luxemburg u Karl Kautsky) kritisiert.⁴¹ Zentral für das Verständnis der Dimension dieses Streits ist, dass angenommen wurde, die zunehmende Verelendung der Massen führe zu einer Herausbildung von revolutionärem, dh anti-kapitalistischem (Klassen-) Bewusstsein.⁴² Ist die Verelendungsthese demnach nicht zutreffend, entstehe auch kein revolutionäres Bewusstsein und die politische Führung der Arbeiter_innenbewegung müsse alternative Strategien für den Übergang zum Sozialismus entwickeln (zB Reformen).⁴³

Der Revisionismusstreit basierte jedoch auf problematischen Annahmen: Erstens, dass Marx eine absolute oder zumindest relative⁴⁴ Verelendungstheorie vertrat und zweitens, dass „revolutionäres Bewusstsein [...] Folge zunehmender materieller Deprivation“ sei.⁴⁵ Eine absolute Verelendungstheorie wurde von Marx und Engels im *Manifest der Kommunistischen Partei* vertreten, wo sie der Bourgeoisie attestierten, dass sie „unfähig zu herrschen [ist], weil sie unfähig ist, ihrem Sklaven die Existenz selbst innerhalb seiner Sklaverei zu sichern“, denn „[d]er moderne Arbeiter [...], statt sich mit dem Fortschritt der Industrie zu heben, sinkt immer tiefer unter die Bedingungen seiner eigenen Klasse herab. Der Arbeiter wird zum Pauper, und der Pauperismus entwickelt sich noch schneller als Bevölkerung und Reichtum.“⁴⁶ In *Das Kapital* vertrat Marx hingegen ein differenzierteres Bild, indem er nicht mehr eine Verelendung der gesamten Arbeiter_innenklasse konstatierte, sondern nur ihres arbeitslosen bzw pauperisierten (deprivierten) Teils.⁴⁷ Dabei ist jedoch entscheidend, dass er nicht von einer qualitativen Zunahme des Elends der pauperisierten Arbeitslosen sprach, sondern lediglich eine quantitative Zunahme dieser voraussagte, indem er „aus dem absoluten Wachstum der industriellen Reservearmee das absolute Wachstum von dessen pauperisiertem Teil“ ableitete.⁴⁸ Die Ausdehnung der industriellen Reservearmee lässt sich aber – wie bereits oben argumentiert – nicht hinreichend begründen.

Dass es Marx überhaupt um die Entwicklung der Einkommenssituation gegangen ist, erscheint fraglich, wenn er schreibt: „[A]lle Mittel zur Entwicklung der Produktion schlagen um in Beherrschungs- und Exploitationsmittel des Produzenten, verstümmeln den Arbeiter in einen Teilmenschen, entwürdigen ihn zum Anhängsel der Maschine, vernichten mit der Qual seiner Arbeit ihren Inhalt, entfremden ihm die geistigen Potenzen

41 Vgl Wagner, Verelendungstheorie 23f; Walther, „...aber nach der Sündflut kommen wir und nur wir.“ „Zusammenbruchstheorie“, Marxismus und politisches Defizit in der SPD, 1890-1914 (1981) 156ff.

42 Vgl Wagner, Verelendungstheorie 71ff.

43 Vgl Wagner, Verelendungstheorie 24.

44 Absolute Verelendung bedeutet, dass die Löhne der Arbeiter_innen sinken und sich ihre Lebensituation absolut verschlechtert. Relative Verelendung bezeichnet den Umstand, dass sich zwar Lohn- und Lebenssituation verbessert haben, jedoch in Relation zum stärker gestiegenen gesamtgesellschaftlichen Reichtum gefallen sind, vgl Heinrich, Wissenschaft 324.

45 Ellmers, Klassentheorie 77.

46 Marx/Engels, Manifest der Kommunistischen Partei, in Marx/Engels, Werke Band 4 (1972) 473; Wagner bezeichnet diese Theorie als „ökonomisch unhaltbar und unsinnig“, Wagner, Verelendungstheorie 77.

47 Vgl Marx, Kapital 673f; Ellmers, Klassentheorie 77; Heinrich, Wissenschaft 324f.

48 Ellmers, Klassentheorie 78.

des Arbeitsprozesses“ und weiters, „daß im Maße wie Kapital akkumuliert, die Lage des Arbeiters, welches immer seine Zahlung, hoch oder niedrig, sich verschlechtern muß. [...] Die Akkumulation von Reichtum auf dem einen Pol ist also zugleich Akkumulation von Elend, Arbeitsqual, Sklaverei, Unwissenheit, Brutalisierung und moralischer Degradation auf dem Gegenpol“.49 Die Verschlechterung bzw Verelendung bezieht sich hier vielmehr auf die Tatsache, dass der Mensch im fortschreitenden kapitalistischen Verwertungsprozess zu einem bloßen Produktionsmittel degradiert wird und seine Bedürfnisbefriedigung zugunsten der maß- und endlosen Verwertungsbedürfnisse des Kapitals zurücktreten muss.⁵⁰

Die zweite Annahme im Rahmen des Revisionismusstreits, die zunehmende Deprivation fördere die Entwicklung antikapitalistischen Bewusstseins, erscheint ebenso bedenklich. *Wolf Wagner* kommt in seiner umfassenden Studie zu dem Schluss, dass die Verelendungstheorie als Theorie über die Entstehung revolutionären Bewusstseins „einer historisch-empirischen Überprüfung [...] nicht stand[hält]“,51 vielmehr davon ausgegangen werden muss, dass alle großen Revolutionen (die Glorious Revolution von 1688/89, die amerikanische Revolution von 1776, die französische Revolution von 1789 und die russische Revolution von 1905 bzw 1917) nicht in Perioden absoluter Verarmung bzw Verelendung stattfanden, sondern in Zeiten, in denen langfristig gestiegene Erwartungen und Hoffnungen enttäuscht wurden.⁵² Außerdem könnten an dieser Stelle zahlreiche Studien über die sozialpsychologischen Auswirkungen von Arbeitslosigkeit ins Treffen geführt werden, die statt einer revolutionären Bewusstseinsentwicklung eher resignative bzw apathische Tendenzen feststellten.⁵³

5. Schlussbetrachtung

Die Ausführungen zur Herausbildung von revolutionärem Bewusstsein beiseite lassend, stellt sich nun die Frage, welche Schlüsse aus den marxischen Überlegungen zur Dynamik der kapitalistischen Produktionsweise und Verelendung gezogen werden können. Grundsätzlich muss hinsichtlich den marxischen Ausführungen zur (Funktions-)Logik der kapitalistischen Produktionsweise betont werden, dass diese keinen abstrakten Schematismus darstellen, aus dem sich konkrete historische Entwicklungen ableiten lassen. Strukturbedingte Zwänge, wie die der Profitmaximierung und permanenten Akkumulation oder jener der technologisch-organisatorischen Umwälzung des Produktions- und Arbeits-

49 *Marx*, Kapital 674f.

50 Vgl *Ellmers*, Klassentheorie 79f; *Heinrich*, Wissenschaft 326; *Fracchina*, Die körperliche Tiefe des Marxschen Verelendungsbegriffs – Der kapitalistische Arbeitsprozess und der körperliche Schmerz, in *Kirchhoff/Meyer/Pahl/Heckell Engemann* (Hrsg), Gesellschaft als Verkehrung – Perspektiven einer neuen Marx-Lektüre (2004) 219ff.

51 *Wagner*, Verelendungstheorie 74.

52 Vgl *Wagner*, Verelendungstheorie 73f; *Ellmers*, Klassentheorie 80.

53 Vgl *Jaboda/Lazarsfeld/Zeisel*, Die Arbeitslosen von Marienthal. Ein soziographischer Versuch über die Wirkung langanhaltender Arbeitslosigkeit (2014 [1933]); *Bakke*, The Unemployed Man (1935); *Esser/Fach/Väth*, Krisenregulierung – Zur politischen Durchsetzung ökonomischer Zwänge (1983) 188ff.

prozesses, setzen sich prinzipiell nie unvermittelt durch, sondern kommen „immer in einer von sozialen Kräfteverhältnissen und Handlungen gesellschaftlicher Akteure bestimmten Weise zum Ausdruck“. ⁵⁴ Objektive, in den Grundstrukturen des kapitalistischen Vergesellschaftungszusammenhangs begründete Gesetzmäßigkeiten geben zwar einen gewissen Rahmen für soziales bzw politisches Handeln vor, die historisch-konkrete Umsetzung dieser Gesetzmäßigkeiten ist aber nicht von vornherein determiniert, sondern letztlich vom Ausgang politischer und sozialer Auseinandersetzungen abhängig. ⁵⁵

Im Hinblick auf die hier behandelte Thematik der Arbeitslosigkeit kann also gesagt werden, dass unter kapitalistischen Produktionsverhältnissen von der Notwendigkeit einer zyklischen Hervorbringung einer industriellen Reservearmee ausgegangen werden muss. Ihre historische Artikulation ist aber kontingent, da sie von den jeweiligen gesellschaftlichen Kräfteverhältnissen abhängig ist. ⁵⁶ Inwieweit staatliche Politik zur Verhinderung von Arbeitslosigkeit regulierend eingreifen kann oder sozialstaatliche Maßnahmen die Folgen der Arbeitslosigkeit mildern können, hängt von den gesellschaftlichen Kräfteverhältnissen ab, die sich ua im Staat (materiell) verdichten. Ebenso besteht ein gewisser Spielraum bezüglich der Ausgestaltung des Arbeitsprozesses in seiner Rolle als Quelle der physischen bzw psychischen Verelendung. ⁵⁷ Aus Platzgründen kann auf eine ausführliche Analyse der Möglichkeiten und Bedingungen subalternen politisch-sozialer Strategien nicht eingegangen werden. Es sei dennoch betont, dass am Ende einer jeden „Schönwetterperiode [der] kapitalistische[n] Entwicklung“, erkämpfte soziale Standards bzw politische Beschränkungen der zerstörerischen kapitalistischen Produktionslogik, aufgrund von „Verwertungsschwierigkeiten und [dem] Druck der Konkurrenz“ verschärft zur Disposition stehen. ⁵⁸ Gerade darin besteht aber letzten Endes der heuristische Wert der marxschen Ausführungen, nämlich „einer Kritik des [...] befangenen Gegenwartsbewusstseins, das die Ursache von Arbeitslosigkeit nicht in der Dynamik kapitalistischer Akkumulation, sondern ausschließlich in kontingenten und systemimmanent behebbareren Zuständen verortet.“ ⁵⁹

Mag. Stefan Auer absolviert derzeit die Gerichtspraxis im Sprengel des OLG Graz; stefanauer@aon.at

54 Hirsch, Weshalb Periodisierung?, in *Candeias/Deppe* (Hrsg), Ein neuer Kapitalismus? Akkumulationsregime – Shareholder Society – Neoliberalismus und Neue Sozialdemokratie (2001) 43.

55 Vgl Hirsch in *Candeias/Deppe* 43f; treffend auch Bob Jessops Begrifflichkeit von der „kontingenten Notwendigkeit gesellschaftlichen Handelns“, Jessop, Kapitalismus, Regulation, Staat – Ausgewählte Schriften (2007) 255ff.

56 Zur Entwicklung und Ausgestaltung der Arbeitslosenversicherung vom 19. Jh bis in die Nachkriegszeit aus rechtshistorischer Perspektive vgl den Beitrag von Reiter-Zatloukal in dieser Ausgabe des *juridikum*; Reiter-Zatloukal, „Abgeschobene“, „Notständler“, „Ausgesteuerte“. Von der „Polizei-sozialpolitik“ zur Arbeitslosenfürsorge in Österreich, *juridikum* 2016, 69.

57 Vgl exemplarisch die Ausführungen zur Integration und Aufwertung der lebendigen Arbeitskraft beim Autohersteller Volvo in den 70er bzw 80er Jahren, *Candeias*, Arbeit, Hochtechnologie und Hegemonie im Neoliberalismus, in *Candeias/Deppe* (Hrsg), Ein neuer Kapitalismus? Akkumulationsregime – Shareholder Society – Neoliberalismus und Neue Sozialdemokratie (2001) 157f.

58 Heinrich, Wissenschaft 327.

59 Ellmers, Klassentheorie 86f.

AMS = Arbeit + Markt + Service?!

Ein kritischer Erfahrungsbericht

Michi¹

1. Programmierte Selbstüberforderung

Das AMS ist jene Institution, in der die Visionen einer Epoche allmählich zu Grabe wandern. Ich denke zurück: Irgendwann in den 1960ern hat man mir zunehmende Lebensqualität versprochen, Verkürzung der Arbeitszeit bei steigendem Einkommen als Segen der Automatisierung. Haus, Strom, Licht, Heizung etc seien unbestrittenes Allgemeingut. Der wirtschaftsgetriebene Fortschritt mache das möglich. In den 70ern war dann immerhin noch die 35-Stundenwoche in Aussicht und der Glaube an starke Gewerkschaften. Nur, wenn man Konzepte nicht zu Ende denkt, läuft der Weg in die falsche Richtung. Die Sicht des Marktes spiegelt sich in der Sprache: Wer lohnabhängig Leistung erbringt, heißt „Arbeitnehmer_in“, als würde sie/er der „-geberin“/dem „-geber“ etwas nehmen oder gar rauben. Sie/er wird von den „-geber_innen“ also nicht als Partner_in, sondern als Nutznießer_in gesehen.

Statt der in Aussicht gestellten wohlstandsbegleiteten Arbeitszeitverkürzung gibt es ein zunehmendes Missverhältnis zwischen Bedarf und Angebot an nicht prekären Arbeitsplätzen. Das AMS ist der diesbezüglich beauftragte Problemschauplatz, auf dem sich ein sonderlicher Menschenschlag tummelt. Nein, es sind zumindest drei. Eigentlich vier.

Da gibt es unbestreitbar die engagierten Mitarbeiter_innen, denen noch das Wohl der von Erwerbsarbeit ausgegrenzten Bevölkerung am Herzen liegt. Dann gibt es jene langjährigen Angestellten, deren Einsatzfreude im zermürbenden Alltag ständiger Bedrängung durch fordernde Bittsteller_innen, für die eine baldige Jobvermittlung aussichtslos erscheint, ermüdet ist.

Ihnen gegenüber steht die notgetrieben unzufriedene Masse der Lohnarbeit-Suchende, die sich nach unzähligen vergeblichen AMS-Besuchen ohne Hoffnung auf ein annehmbares Ergebnis befohlenermaßen zu ihren Betreuer_innen quälen. Als zu alt, zu qualifiziert, zu schwanger, zu sehr sonst nicht geeignet abgestempelt, gelten sie sich selbst und ihren beauftragten Helfer_innen als wandelnde Frustbot_innen. Ja, und dann gibt es noch die wenigen Lebenskünstler_innen vulgo „Sozialschmarotzer“, von denen der Schauspieler Werner Schneyder sagt: „Die können wir uns leisten!“

1 Um die Anonymität des Autors zu gewährleisten, wurde nur dessen Vornamen angeführt.

Die Misere in Zahlen: 417.514 Lohnarbeitsdeprivierten stehen 29.461 gemeldete offene Stellen gegenüber.²

2. Die Prekäre Situation der beauftragten Helfer_innen

Tatsächlich ist das AMS der größte Arbeitsmarktdienstleister in Österreich. Und einer, der seine Erfolgsstatistik mit Kursmaßnahmen schönfärbt. Die Zahl der beim AMS Wien als arbeitslos vorgemerkten Personen ist im Dezember 2015 im Jahresvergleich um 12,5 Prozent auf 143.501 gestiegen. Die Zahl der AMS-Kund_innen in Schulung ist in Wien im selben Zeitraum um 8,8 Prozent auf 22.683 gesunken, die Summe beider Gruppen um 9 Prozent gewachsen.³ Und auch dort, bei den Kursanbieter_innen, gibt es nur Zeitverträge für die Auszubildende_innen und viele Kursleiter_innen müssen sich mit Sechsmonats-Verträgen begnügen! Sie teilen die prekäre soziale Unsicherheit der ihnen Anvertrauten. Eine Unsicherheit, die sich auch auf die Beziehungsfähigkeit der Jugend auswirkt. Ein Mensch, der im engsten sozialen Umfeld nichts anderes kennt als Saufen, Zocken, Prügeln, der Perspektivenlosigkeit von den Eltern vorgelebt bekommt, wird sich schwer an Regeln halten können. Gesichertes Einkommen mit dem Autonomiebewusstsein, es selbst und zurecht erworben zu haben, ist Basis für soziale Lebensqualität.

Dem AMS kommt eine Aufgabe zu, für deren Lösbarkeit ihm die Mittel fehlen. Das Problem der nicht vorhandenen Arbeitsplätze liegt ja nicht in seiner Verantwortung, noch ist die Schuld bei den Erwerbssuchenden zu finden. Auch wenn diesen oft unterstellt wird, sie seien faul oder arbeitsscheu. Für manche nicht Betroffene ist es schlicht unvorstellbar, dass man trotz aller Bemühungen keine Chance auf eine gesicherte Arbeit hat. Der Frust macht sich nicht selten den hilflosen Helfer_innen gegenüber Luft. Immer wieder hört man von Übergriffen auf AMS-Mitarbeiter_innen. Natürlich lassen sich Probleme nicht durch aggressives Auftreten lösen. Teilweise verstehen kann man aber die Reaktion der vergeblich Erwerbssuchenden schon. Nicht selten verändert sich nämlich das gewohnte Umfeld, eigentlich sogar das gesamte Leben. Zunächst noch die Hoffnung, schnell wieder einen Arbeitsplatz zu finden. Dann beginnen die Vorwürfe durch den/die Ehe- oder Lebenspartner_in. Denn auch das Geld wird knapp: Zunächst Arbeitslosengeld und dann Notstandshilfe, wobei die Notstandshilfe auch noch durch das Einkommen des Partners/der Partnerin geschmälert wird, denn Notstandshilfe ist eine Sozial- und keine Versicherungsleistung. Die Kinder werden durch den fehlenden, aber allgemein verbindlichen Luxus wie Markenkleidung und das neueste Handy rasch zu Außenseiter_innen in der Schulgemeinschaft. Der Druck steigt und das Klima in der Familie wird immer kühler, Vorwürfe nehmen zu und man zieht

² Vgl <http://sozialministerium.at/site/> (14.1.16).

³ Vgl http://ams.at/_docs/001_ams_geschaeftsbericht_2014.pdf (14.1.16).

sich langsam von einander zurück. Oft ist es dann Alkohol, der die Lage verschlimmert. AMS-Termine werden nicht mehr wahrgenommen. Zu sehr ist man schon in sich selbst und seine Verzweiflung gekehrt. Essen und Wohnen sind nicht mehr gesichert. Man schämt sich voreinander und kaschiert die Scham mit Aggression. Terminversäumnisse werden mit Bezugssperren geahndet! Der komplette Absturz ist dann nur noch eine Frage der Zeit. Nimmt man seinen Termin doch wahr, sind die Berater_innen unfreundlich, weil das schwer beeinträchtigte Auftreten der vorstelligen Person für schlechte Laune der Amtshandelnden sorgt.

Nur ein Szenario, aber ein vorstellbares. Was kann man ändern?

3. Es mangelt!

Zunächst einmal: Das AMS schafft keine neuen Arbeitsplätze. Die Angebote kommen von den Firmen, die geeignete Mitarbeiter_innen suchen. Zwischen ihnen und den zu Vermittelnden herrscht ein Informationsdefizit, das zu beseitigen Aufgabe der Institution sein sollte. Leider haben die AMS-Mitarbeiter_innen dazu einfach oft zu wenig Zeit.

Fazit: *Es mangelt* an unbefristet angestelltem Personal in ausreichender Zahl!

Die Energie der Lohnarbeit-Suchenden unterliegt dem Verschleiß im Ämterdschunzel und der Intransparenz der Verordnungen.

Fazit: *Es mangelt* an Verständnis und Einfühlungsvermögen und an einer klaren Anlaufstelle für Sozialleistungen nach dem One-Desk-Prinzip, an einer zentralen, weisungsungebundenen Beschwerdestelle für Proteste bei Verweigerung von Rechtsansprüchen, Diskriminierungen!

Die Zielvorgabe, Erwerbssuchenden eine Stelle und den Firmen qualifiziertes Personal zu vermitteln, soll durch das Kursangebot des AMS erfüllt werden. Bestmögliche Kursmaßnahmen für die Lohnarbeits-Suchenden zu recherchieren ist also höchst geboten. In der Praxis kann man aber erleben, dass eine ältere Türkin mit wenig Sprach- und erst recht keinen Computerkenntnissen zu einem Kurs „Neue Deutsche Rechtschreibung“ verpflichtet wird. Das ist nicht Schuld des Personals, das ist Schuld der fehlenden Kursauswahl und eines Defizits im Aufspüren geeigneter, erforderlicher Kurse.

Fazit: *Es mangelt* an einem sinnvollen und ausreichenden Kursangebot!

Wien ist Großstadt. Großstadt ist Anonymität. Kein_e Unterstützung-Suchende_r muss sich vor dem/der Nachbar_in schämen. Anders ist es in ländlichen Regionen, wo bestehende Ansprüche bewusst nicht wahrgenommen werden, weil dies als Schande gilt und zur Ausgrenzung aus den Gemeinschaftsräumen führt.

Fazit: *Es mangelt* an anonymen Zugängen zum Recht, die Diskriminierung verhindern. Die Zusammenlegung von Krankenkasse und Arbeitsamt in kleineren Gemeinden wäre schon ein kleiner Schritt in diese Richtung. Abgesehen vom Problem der Erreichbarkeit der Ämter. In vielen Gegenden ist die Zahl der Verkehrsverbindungen zwischen Dorf und Amtssitz extrem überschaubar, ein Fahrzeug gerade für die Erwerbsausgegrenzten nicht leistbar.

Alles nicht die ganz großen Probleme, aber insgesamt eine Belastung. Denn ein Mensch, der nahe oder unter dem Existenzminimum leben muss, verliert schnell die Kraft. Wenn man von Armut redet, ist es eine Tatsache, dass Armut krank macht.

Das AMS verwaltet den von Industrie und Handel erzeugten Zustand. Nämlich immer weniger freie Stellen und damit eben mehr Menschen in prekären Lebensumständen.

Und hier noch eine selbst erlebte Geschichte. Schon lange her, aber damit begann mein Interesse am Thema AMS.

4. Eigene Fallgeschichte

Damals, und das ist in meiner Erinnerung noch sehr präsent, habe ich meine eigene Erfahrung niedergeschrieben. Anonymisiert, weil ich nicht erkannt werden wollte. Diese Geschichte passierte in einem SÖB, ein so genannter Sozialökonomischer Betrieb, vom AMS, dem Europäischen Sozialfonds und aus Eigenleistung finanziert, der versucht Langzeitarbeitslose wieder in den so genannten Ersten Arbeitsmarkt einzugliedern und lief folgendermaßen ab:

Da war dann noch der Langzeitarbeitslose, der das Glück hatte, bei einem SÖB unterzukommen. Für ein Jahr. Ein Jahr, in dem er die Gelegenheit hatte, sich auf das normale Arbeitsleben langsam wieder einzustellen. Als Tischlerhelfer, obwohl er keine weitere Qualifikation hatte, als dass sein Vater 1935 eine Tischlerlehre begonnen hatte.

Er kam zu spät zum Vorstellungsgespräch, 10 oder 15 oder mehr Bewerber_innen waren vor ihm dort. Gelernte Tischler_innen, Ältere mit Berufserfahrung. Er hat es nicht verstanden, dass sie ausgerechnet ihn aufgenommen hatten, zusammen mit dem Kollegen, der auch zu spät kam. Er hatte eigentlich darauf spekuliert, dass niemand ihn haben wollte.

Die ersten Tage waren eine Tortur. Bei 30° Hitze Holzstapel umschichten, aber was soll man erwarten... Der (oder ein) Chef meinte: „Lasst euch Zeit. Hier wird nicht im Akkord gehackelt.“ Nach drei Wochen hat dann sein Kollege aufgehört bei diesem Betrieb. Dieser hatte sich Monate vorher bei einer anderen Firma beworben und unerwartet den Job bekommen. Plötzlich war also er derjenige, der sich auskannte, der sich den Mitarbeiter aussuchen durfte beim Ausbau des Holzlagers. 2 Stockwerke, 200 m², alles verkleiden, den Boden legen, Isolation und Brandschutz beachten, Arbeit für sechs Monate. Er war stolz auf sich und seinen Mitarbeiter. Er hatte das Gefühl, wichtig zu sein. Zumindest nicht überflüssig.

Das Außenlager war fertig gebaut, auch die Schlosser_innen hatten gute Arbeit geleistet. Die Inventur stand an. Ob er sich ein wenig mit Computern auskenne, wurde er gefragt. Den Bestand aufnehmen in Excel. Nur so die Daten eintippen halt. Ja, das traue er sich zu. Drei Monate lang tippselte er die Daten ein, sein Kollege übernahm die Warenausgabe und den Wareneingang im neu gebildeten Magazin. Er hatte den Eindruck, dass seine Vorgesetzten mit ihm zufrieden waren. Den Schlüssel zum Serverraum bekam er vom Geschäftsführer. Ging jeden Tag gerne zu seiner Arbeitsstelle.

Und dann kam der Tag, da er einen Termin hatte bei der so genannten „Outplacerein“. Das bedeutet, eine sehr engagierte Frau, die die dort geförderten Arbeitskräfte wieder ins normale Arbeitsleben vermitteln soll. An diesem Tag ging es ihm schlecht. Er hatte vergessen, dass diese Arbeit auf ein Jahr begrenzt war. Mit der Option auf 6, 9 oder 12 Monate Verlängerung. Er schlief die nächsten zwei Tage nicht mehr. Er grübelte und war wie gelähmt. Sein Chef schickte ihn nach Hause mit den Worten: „Nimm dir 2, 3 Tage Urlaub.“

Es wurden drei Monate. Drei Monate voller Schlaflosigkeit, Ängsten, Panikattacken. Neurolog_innen, Psychiater_innen, Arzneien gegen Depressionen. Wieso? Weil er erkannt hatte, dass das, was er sich erarbeitet hatte, zeitlich begrenzt war. Dass er wieder in ein Loch fallen würde, aus dem er sich nach Obdachlosigkeit und ständigem Kampf gegen den inneren Schweinehund endlich befreit zu haben glaubte.

Egal. Geht auch. Auch das schafft er.

Michi, 62 Jahre alt, Augustinverkäufer und ein wenig Darsteller beim Augustin11% K-Theater. Aus Berlin vor 15 Jahren nach Wien gekommen, einige Zeit obdachlos. Inzwischen, auch durch echte Freunde, auf gutem Weg zur Normalität; michiwien@hotmail.com

Ein weiterer Etappensieg für gleichgeschlechtliche Paare

Entscheidungsbesprechung zu EGMR *Oliari ua gg Italien*

Ilse Koza

Am 21.7.2015 entschied die 4. Kammer des EGMR einstimmig in Bezug auf Italien, dass das Fehlen rechtlicher Rahmenbedingungen zur Anerkennung und zum Schutz gleichgeschlechtlicher Verbindungen als Verletzung von Artikel 8 EMRK zu qualifizieren ist.¹ Der EGMR verpflichtet damit auch das in dieser Hinsicht bisher sehr restriktive Italien zur Umsetzung von Maßnahmen, die gleichgeschlechtlichen Paaren die rechtliche Anerkennung und Absicherung ihrer Beziehung ermöglichen. Damit wurde für einen weiteren Mitgliedsstaat des Europarates eingefordert, was bereits in 24 anderen rechtliche Realität ist.²

Die Entscheidung ist ein notwendiger und wichtiger Etappensieg im Kampf um die rechtliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Beziehungen. Grund genug sich nochmals die zu Österreich ergangene Entscheidung *Schalk und Kopf*³ in Erinnerung zu rufen und Bilanz zu ziehen, wo wir stehen.

Ausgangslage

In *Schalk und Kopf* stand die österreichische Rechtslage zur Frage der rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare auf dem Prüfstand. Der EGMR hielt darin als Meilenstein fest, dass gleichgeschlechtliche Paare unter den Schutz des Familienlebens – und nicht wie bisher nur des Privatlebens – von Art 8 EMRK fallen und qualifizierte sie als „de facto“ Familie.⁴ Österreich hatte von einer Öffnung des Instituts der Ehe abgesehen und während der Anhängigkeit des Falls beim EGMR das Institut der „Eingetragenen Partnerschaft“ eingeführt.⁵ Der EGMR hatte somit unter anderem zu erwägen, ob die Einführung der EP mit 1.1.2010 zu spät erfolgte. Das Höchstgericht hielt

1 EGMR 21.7.2015, 18766/11, 36030/11, *Oliari ua/Italien*.

2 Vgl *Oliari ua/Italien* Rn 53ff.

3 EGMR 22.11.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich*.

4 Vgl EGMR 22.11.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich* Rn 91ff. Vgl ausführlich dazu *Guerrero*, Gleichgeschlechtliche Familien. Ein Ausblick auf die EGMR-Judikatur zur Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare im österreichischen Kontext, *juridikum* 2010, 391ff.

5 BGBl I 2009/135.

fest, dass – bei 19 Ländern, die eine rechtliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Beziehungen vorsahen – noch kein ausreichender Konsens unter den Mitgliedstaaten bestehe und den Staaten hinsichtlich des Zeitpunkts der Einführung vergleichbarer rechtlicher Institute ein Ermessensspielraum zukomme.⁶ Diese Ansicht änderte der EGMR nunmehr in *Oliari ua gg Italien*.

Italien hatte bisher davon abgesehen, eine dem EPG vergleichbare Regelung zur Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare zu treffen. Die einzige Möglichkeit, einer PartnerInnenschaft offiziellen Charakter abseits des für ausschließlich heterosexuelle Paare zugänglichen Instituts der Ehe, zu verleihen, war das seit Dezember 2013 geschaffene Institut der „*cohabitation agreements*“.⁷ Ähnlich dem französischen PACS⁸ steht dieses jedem zusammenlebenden Paar unabhängig vom Beziehungsstatus offen, seien es FreundInnen, Verwandte oder verschieden- und gleichgeschlechtliche Paare. Anders als beim PACS sind damit jedoch keinerlei rechtliche Verpflichtungen verbunden. Die Eintragung im lokalen Register für LebenspartnerInnenschaften ist vielmehr nur symbolischer Natur und dient letztlich statistischen Zwecken. Zudem ist diese behördliche Registrierung nur in weniger als 2 % der italienischen Gemeinden möglich.⁹

Anders als in *Schalk und Kopf* stand gleichgeschlechtlichen Paaren in Italien damit zum Entscheidungszeitpunkt kein Rechtsinstitut zur rechtlichen Anerkennung und Absicherung ihrer Beziehung zur Verfügung. Gleichgeschlechtliche Paare waren damit auf den langwierigen gerichtlichen Rechtsweg verwiesen, um durch Einzelfallentscheidungen gewisse Rechte – wie zB Unterhaltspflichten, Erbrechte – zu erlangen. Dies garantierte jedoch weder eine umfassende Absicherung, noch hatten die Entscheidungen über den Einzelfall hinausgehende Präjudizienwirkung.¹⁰ Der EGMR verpflichtet Italien daher in seinen Worten „*to fulfil their positive obligation to ensure that the applicants have available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions.*“¹¹

Wesentliche Erwägungen des EGMR in *Oliari ua gg Italien*

Der EGMR hat bereits mehrmals festgestellt und auch im vorliegenden Urteil wiederholt, dass gleichgeschlechtliche Paare genauso wie verschiedengeschlechtliche Paare ein Bedürfnis nach rechtlicher Anerkennung und rechtlicher Absicherung ihrer Beziehung

6 Vgl *Schalk und Kopf/Österreich* Rn 105f.

7 Vgl *Oliari ua/Italien* Rn 41.

8 Vgl zum Inhalt des PACS generell: *Gergen*, Der französische PACS – Inhalt und Neuerungen bei der Registrierung, FPR 2010, 219f.

9 Vgl *Oliari ua/Italien* Rn 168.

10 Vgl ebd Rn 170.

11 Ebd Rn 185.

haben.¹² Er nennt hier beispielhaft gegenseitige Unterhaltspflichten, Beistandspflichten sowie das Erbrecht.

Als wesentlich sah der EGMR das Ungleichgewicht zwischen sozialer Realität und dem Gesetz an¹³ und ging auf die besondere Bedeutung von Höchstgerichten ein. So habe etwa der italienische Verfassungsgerichtshof bereits in einem Erkenntnis im Jahr 2010 auf die Säumnis des Gesetzgebers in Bezug auf die rechtliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare aufmerksam gemacht. Die Forderung nach rechtlicher Anerkennung sei vom VfGH und anderen Höchstgerichten mehrfach erhoben worden. Der EGMR selbst geht noch einen Schritt weiter und verwirft die Rechtfertigung der italienischen Regierung und deren Verweis auf einen fehlenden gesellschaftlichen Konsens mit der Feststellung, dass die bisherigen Entscheidungen der Höchstgerichte die Ansichten der Mehrheit der italienischen Bevölkerung widerspiegeln würden.¹⁴

Dies unterstreicht einmal mehr die Rolle von Höchstgerichten, die nicht nur zu Spiegelbildern unserer Gesellschaft gemacht werden, sondern nach Ansicht des EGMR auch als ernstzunehmende KritikerInnen der bestehenden rechtlichen Ordnung gelten sollen. Auch wenn diese Einschätzung des EGMR im vorliegenden Fall dazu führte, dass eine lang bestehende Ungleichbehandlung korrigiert wird, ist doch fraglich, ob weder direkt noch indirekt gewählten RichterInnen diese Aufgaben tatsächlich zukommen sollen.

Offene Fragen in der Entscheidung

Die nunmehrige Feststellung, dass es eines Instituts zur rechtlichen Anerkennung bedarf, war nach den bisherigen Ausführungen zu *Schalk und Kopf* daher zu erwarten. Sie ist als weiterer Etappensieg für gleichgeschlechtliche Paare zu werten. Der EGMR ließ aber in seiner Entscheidung einige Problembereiche offen.

So spezifiziert der Gerichtshof etwa nicht, wie das oben zitierte „*specific legal framework*“ genau beschaffen sein soll, in concreto welches Mindestmaß an Rechten und Pflichten im Rahmen eines solchen Rechtsinstituts eingeräumt werden soll. Damit wird es den Mitgliedstaaten überlassen, die Reichweite der rechtlichen Absicherung festzulegen. Innerstaatliche Folgeverfahren zur Bekämpfung von Diskriminierungen sind somit vorprogrammiert. So gab etwa auch das österreichische EPG Anlass für eine Reihe von Verfahren.¹⁵

12 Vgl ebd Rn 165 unter Verweis auf *Schalk und Kopf* Rn 99 und EGMR 7.11.2013 (GK), 29381/09, 32684/09, *Vallianatos ua/Greece* Rn 78, 81.

13 Vgl *Oliari ua/Italien* Rn 161.

14 Vgl *Oliari ua/Italien* Rn 180ff.

15 Auch der EGMR erwähnt die letzten vom VfGH ergangenen Entscheidungen: „And, since 22 September 2011, Austria’s Constitutional Court has issued five decisions finding that (same-sex) registered partners must have the same rights as (different-sex) married couples.“ Vgl *Oliari ua/Italien* Rn 136. Vgl VfGH 29.6.2012, G 18, 19/2012 zur Aufhebung des Amtsraumzwangs für die Begründung einer EP; VfGH 12.12.2012, B 121/11, B 137/11 zur Zeremonieform (Ja-Wort, TrauzeugInnen); VfGH 3.3.2012, G 131/11 zur Möglichkeit, den Namen des ein-

Interessant ist darüber hinaus, dass der EGMR von einer Prüfung der Verletzung des Art 8 iVm Art 14 EMRK absah. Das Höchstgericht blieb somit die Antwort schuldig, ob der italienische Staat Paare in vergleichbarer Situation anders behandelt und somit eine Ungleichbehandlung aufgrund der sexuellen Orientierung vorliegt. Anders als in *Schalk und Kopf* befasste er sich ebensowenig mit der möglichen Verletzung des Art 12 EMRK und damit der Frage, ob gleichgeschlechtlichen Paaren der Zugang zur Ehe gewährt werden müsse, sondern erklärte dessen Prüfung sogleich für unzulässig.¹⁶

Wo stehen wir?

Doris Einwallner hat darauf aufmerksam gemacht, dass gerade im Bereich des Eltern- und Kindschaftsrechts noch viel zu tun sei.¹⁷ Während sich in vielen Ländern etappenweise Erfolge in Bezug auf die rechtliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare abzeichnen, sind in einigen, auch europäischen, Ländern Rückschritte zu beobachten. Etwa das jüngst abgehaltene Referendum in Slowenien, das als erstes Land im früheren kommunistischen Ostblock per Gesetzesänderung im März 2015 gleichgeschlechtliche Ehen einführte. Bei einem von der katholischen Kirche und der Oppositionspartei initiierten gültigen Referendum¹⁸ sprachen sich 63,12 % der TeilnehmerInnen gegen die Gleichstellung aus und forderten die Annullierung des Gesetzes.¹⁹

Einstweilen zerbrachen wir uns in Österreich die Köpfe darüber, ob zukünftige eingetragene PartnerInnen sich das Ja-Wort am Standesamt geben dürfen oder nicht, die Doppelnamen von Verpartnerten mit oder ohne Bindestrich geschrieben sein soll, usw. Der VfGH bejahte beides.²⁰ Müßige Fragen? Ich denke nicht. Tatsächlich handelt es sich dabei um rechtliche Rahmbedingungen, denen ua auch Symbolkraft zukommt, die mit der Diskussion um die Notwendigkeit geschlechtergerechter Sprache vergleichbar sind und dem immer wieder geäußerten Vorwurf „Gibt es denn nicht wichtigere Schritte zur Emanzipation?“ begegnen. Gesellschaftliche Veränderungsprozesse müssen auf vielen Ebenen stattfinden, allen voran den besonders symbolträchtigen um Rechte, Sprache und Räume.

MMag.^a Ilse Koza hat Rechts- und Politikwissenschaften und Romanistik (1. Abschnitt) in Wien und Paris studiert und ist Richteramtswärterin im Sprengel des OLG Wien; ilse.koza@univie.ac.at

getragenen Partners/der eingetragenen Partnerin auch nach EP-Schließung annehmen zu können; VfGH 22.9.2011, B 518/11 zur Aufhebung der Ungleichbehandlung in Bezug auf Doppelnamen bei Ehe und EP.

16 Vgl. *Oliari ua/Italien* Rn 194.

17 Vgl. *Einwallner*, Zur aktuellen Rechtslage für Regenbogenfamilien in Österreich, *juridikum* 2015, 257ff.

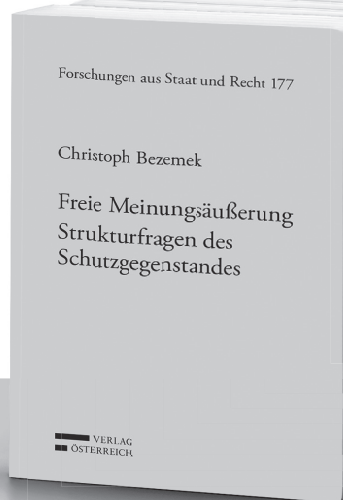
18 Es nahmen rund 35 % aller Wahlberechtigten daran teil, womit das erforderliche Quorum von 20 % erreicht wurde.

19 Vgl. *Zeit Online*, Slowenen stimmen gegen Homo-Ehe, 20.12.2015, www.zeit.de/politik/ausland/2015-12/homo-ehe-slowenien-referendum-entscheid (20.1.2016); *Der Standard*, Referendum: Slowenen stimmen gegen Homo-Ehe, 21.12.2015, <http://derstandard.at/2000027856861/Slowenen-stimmte-in-Referendum-gegen-Homo-Ehe> (20.1.2016).

20 Vgl. VfGH 29.6.2012, G 18, 19/2012; VfGH 22.9.2011, B 518/11.

Forschungen aus Staat und Recht (FSR) – vervollständigen Sie jetzt Ihre Bibliothek!

Wählen Sie Ihre Wunschtitel aus allen bis Dezember 2012
erschienenen Bänden und genießen Sie
bis zu 50% Paketrabatt auf die
aktuellen Preise!*



20% Rabatt ab 10 Bänden
30% Rabatt ab 25 Bänden
50% Rabatt ab 50 Bänden

Über 170 Bände aus mehr als 50 Jahren

Die Schriftenreihe „Forschungen aus Staat und Recht“ (FSR) dient seit ihrer Gründung als zentraler Publikationsort für Studien im Bereich des öffentlichen Rechts in Österreich. Im Vordergrund stehen Fragen der Dogmatik des österreichischen Verfassungs- und Verwaltungsrechts. Sie werden durch Fragestellungen in den Gebieten des Völkerrechts, des Europarechts, der Verfassungsvergleichung, der Allgemeinen Staats- und Rechtslehre und der Rechtsphilosophie ergänzt. Einen Schwerpunkt bilden die Studien zur Theorie und Methode

der Rechtswissenschaft im kritischen Diskurs zur Reinen Rechtslehre der Wiener Schule von Hans Kelsen.

Die Schriftenreihe FSR entstand aus dem „Idealismus und der Vorstellung von Universitas“ von Günther Winkler, der Anfang der 1960er Jahre einen Publikationsort für die Entfaltung eines rechtswissenschaftlichen Diskurses in Österreich suchte. Der Verlagsvertrag geht auf das Jahr 1964 zurück und der erste Band erschien 1967 von Friedrich Koja zum „Verfassungsrecht der österreichischen Bundesländer“.

Günther Winkler und Walter Antonioli fungierten zu Beginn gemeinsam als Herausgeber, ab Band 141 stieß Bernhard Raschauer hinzu. Christoph Grabenwarter trat an Stelle von Walter Antonioli und zuletzt Eva Schulev-Steindl in das Herausgeberteam ein.

Die Schriftenreihe FSR ist als richtungsweisende Orientierung zu einer international offenen, der Vielschichtigkeit der Thematik entsprechenden publizistischen Forschungsförderung, die sich dem wissenschaftlichen Nachwuchs verpflichtet fühlt, konzipiert.

*Die FSR-Reihe erschien ursprünglich bei SpringerWienNewYork und wird seit 2012 im Verlag Österreich herausgegeben. Nicht lagernde Titel werden auf Bestellung in bestmöglicher Qualität nachgedruckt (mit dem Logo des Verlag Österreich und neuer ISBN, inhaltlich unverändert). Dieses Angebot richtet sich an Endkunden und gilt bei Bezug direkt beim Verlag Österreich. Es gelten die aktuellen Preise.

Bestellung und Anforderung der FSR-Titelliste:

Tel: +43-1-610 77-123 | Fax: -419 | kundenservice@verlagoesterreich.at | www.verlagoesterreich.at

**VERLAG
ÖSTERREICH**

Kompakte Sammlung aller Gesetzesmaterialien im Fremden- und Asylrecht

Dies ist das Gesamtwerk der bewährten Loseblattsammlung inklusive der neuen 18. Lieferung.

Ein Jahr nach Inkrafttreten der Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Schaffung des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl (BFA), die beide maßgebliche Veränderungen im Fremden- und Asylrecht mit sich brachten, kam es mit dem Fremdenrechtsänderungsgesetz 2015 erneut zu einer umfassenden Novellierung in diesem Bereich. Wesentliche Ziele der Novellierung waren die Umsetzung der Neufassung sowohl der EU-Asylverfahrensrichtlinie als auch der EU-Aufnahmerichtlinie in nationales Recht sowie die Neustrukturierung der Aufnahme und Versorgung von Asylsuchenden in Österreich. Dafür waren Änderungen in verschiedenen Bundesgesetzen, aber auch in Grundversorgungsgesetzen der Länder notwendig, die allesamt in der Loseblattsammlung zum Fremden- und Asylrecht enthalten sind.

Dr. Gerhard Muzak ist außerordentlicher Universitätsprofessor am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien.

Dr. Christoph Pinter ist Leiter des UNHCR-Büros in Österreich.



Muzak/Pinter (Hrsg)
Fremden- und Asylrecht

Textausgabe
1340 Seiten, Loseblatt
Gesamtwerk, inkl 18. Lieferung
ISBN 978-3-7046-0545-0
im Abo/zur Fortsetzung € 232,-
ohne Fortsetzung € 348,-

18. Lieferung
ISBN 978-3-7046-7220-9
Erscheinungsdatum: 20.8.2015
€ 219,-

Versandkostenfrei in Österreich
bei Onlinebestellung auf:
www.verlagoesterreich.at

