

nr 1/2014

# juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

## Arbeit

recht & gesellschaft

Gefährliche Räume anlässlich des „Akademikerballs“  
„Freiwillige Entmannungen“ in der NS-Zeit  
Carl Schmitts Ausnahmezustand  
Einspruch gegen kriminalpolizeiliches Handeln

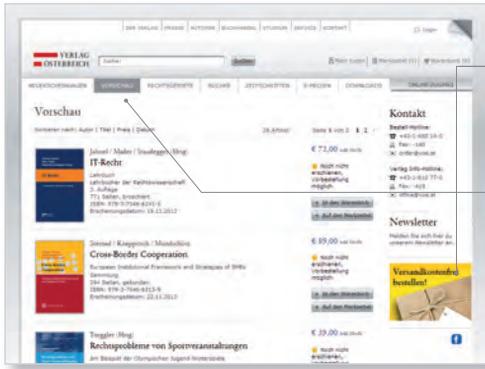
Für Context herausgegeben von Ronald Frühwirth, Eva Pentz, Ines Rössl  
und Brian-Christopher Schmidt

[www.verlagoesterreich.at](http://www.verlagoesterreich.at)  
[www.juridikum.at](http://www.juridikum.at)

 VERLAG  
ÖSTERREICH

# Jetzt versandkostenfrei bestellen!

[www.verlagoesterreich.at](http://www.verlagoesterreich.at)



## Versandkosten sparen

Alle im Webshop bestellten Bücher und CD-ROMs werden versandkostenfrei zugestellt (keine Mindestbestellmenge).

## Vorschau – früher informiert sein

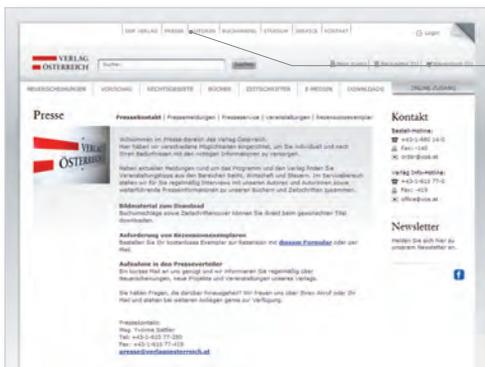
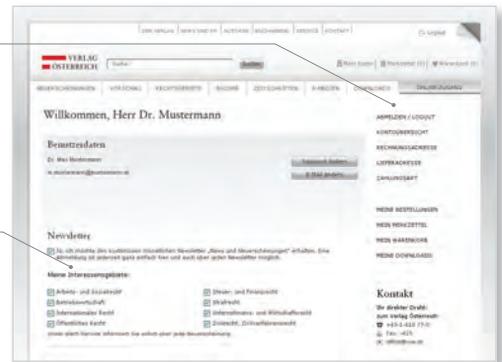
Sehen Sie bereits vorab, welche Bücher und Produkte in den nächsten Wochen erscheinen, und nutzen Sie vergünstigte Subskriptionspreise.

## Viele praktische Funktionen nutzen

Die Einrichtung eines Kundenkontos dauert nur wenige Augenblicke und bringt viele Vorteile: Sie können Bestellungen einsehen, Downloads verwalten, Lieferadressen hinterlegen, Interessensgebiete für den Alertservice definieren usw.

## Keine Neuerscheinung verpassen

Unser Alertservice informiert Sie auf Wunsch per E-Mail sofort über jede Neuerscheinung aus Ihren gewählten Interessensgebieten.



## Informationen und Service für Autoren, Studierende, Presse, Buchhändler und Kunden

In unserem Servicebereich finden Sie:

- praktische Hinweise zur Manuskripterstellung
- Veranstaltungen - Vorschau und Nachrichten
- Pressemeldungen und aktuelle News
- Kontaktformular für Rezensitionsanfragen
- Folder und Hörscheine zum Download
- und vieles mehr

# Gerichtung und Verwaltsbarkeit

Ronald Frühwirth

---

Beim gewaltentrennenden Prinzip handelt es sich um eines der Grundprinzipien (Baugesetze) der österreichischen Bundesverfassung. Es beruht auf dem Gedanken, dass die staatlichen Funktionen getrennt werden sollen, um ihren möglichen Missbrauch zu verhindern. Wesentlicher Aspekt dieses Grundprinzips ist die Trennung von Justiz und Verwaltung, die ihre verfassungsgesetzliche Grundlage in Art 94 Abs 1 B-VG findet (vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> Rz 162f und 556).

Der VfGH leitet daraus ab, „dass über ein und dieselbe Frage nicht sowohl Gerichte als auch Verwaltungsbehörden, sei es im gemeinsamen Zusammenwirken, sei es im instanzmäßig gegliederten Nacheinander, entscheiden dürfen“. Demnach ist „jede verfahrensrechtliche Verflechtung von Gerichten und Verwaltungsbehörden zu einer organisatorischen Einheit [...] als unzulässig anzusehen.“ (VfSlg 19.281/2010 mwN).

Art 94 Abs 1 B-VG normiert sehr prägnant: „Die Justiz ist von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt.“ Mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 wurde diesem Absatz ein zweiter hinzugefügt, der mit folgendem Satz beginnt: „Durch Bundes- oder Landesgesetz kann in einzelnen Angelegenheiten anstelle der Erhebung einer Beschwerde beim Verwaltungsgericht ein Instanzenzug von der Verwaltungsbehörde an die ordentlichen Gerichte vorgesehen werden.“

Das System der neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit ermöglicht es, gegen *jede* Entscheidung einer Verwaltungsbehörde ein Verwaltungsgericht anzurufen (vgl Art 130 B-VG). Die Verwaltungsgerichtsbarkeit kann demnach nicht Teil der „Justiz“ iSd Art 94 Abs 1 B-VG sein. Art 94 Abs 1 B-VG macht nur unter der Annahme Sinn, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit der Staatsfunktion „Verwaltung“ zuzurechnen ist. Auf der einen Seite findet sich also die Verwaltung inklusive der Verwaltungsgerichtsbarkeit und auf der anderen die Justiz in Gestalt der ordentlichen Gerichtsbarkeit (in Zivil- und Strafsachen). Diese beiden Staatsfunktionen sind nach Art 94 Abs 1 B-VG zu trennen.

Weshalb Ausnahmen vom Grundsatz der Gewaltenteilung notwendig sein sollten, erschließt sich weder aus dem Gesetz noch aus den Materialien zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 (vgl 1618 BlgNR 24. GP, 11). Art 94 Abs 2 B-VG nennt keine Kriterien, sondern erteilt geradezu eine Generalmächtigung. Von dieser hat der Gesetzgeber auch gleich Gebrauch gemacht und in einigen Materien einen Instanzenzug von der Verwaltung zur Justiz vorgesehen.

Besondere Beachtung (und Kritik) verlangt das neue Rechtsmittelsystem im Strafvollzugsrecht. Hier wurde ein direkter Instanzenzug von der Verwaltungsbehörde (Leiter\_in der Justizanstalt bzw Vollzugsdirektion) zu den ordentlichen Gerichten (LG und/oder OLG) vorgesehen (vgl §§ 16 ff StVG). Entgegen etwa den Fällen der bisherigen sukzessiven Kompetenz im Sozial- oder Mietrecht, tritt der Bescheid der Verwaltungsbehörde aber bei Anrufung der ordentlichen Gerichte nicht außer Kraft oder dergleichen. Es handelt sich vielmehr um einen direkten Instanzenzug. Den Gesetzesmaterialien zufolge (vgl 2357 BlgNR 24. GP, 20) hatten die bisherigen Berufungsbehörden, die Vollzugskammern, pro Jahr circa 550 Rechtsmittel zu behandeln. Sie entschieden etwa über Fragen der Gewährung von elektronisch überwachtem Hausarrest oder über Ordnungsstrafen wegen Fehlverhaltens von Gefangenen. Es handelt sich dabei also um klassische verwaltungsrechtliche Fragen, die auch zahlenmäßig ins Gewicht fallen.

Auch hier findet sich in den Materialien keine Begründung für die Notwendigkeit, das StVG außerhalb des Systems der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu vollziehen. Der – nicht näher erläuterte – Hinweis auf die Nähe zum gerichtlichen Strafrecht greift mangels nachvollziehbarer Erklärung zu kurz. Eine Nähe zum Straf- oder Zivilrecht findet sich schließlich auch in vielen anderen Verwaltungsmaterien.

Noch eine weitere Neuerung wirft Bedenken auf. Anders als in allen anderen Materien, in denen nun ein Instanzenzug von der Verwaltung zur Gerichtsbarkeit eingerichtet ist (vgl etwa §§ 138ff PatentG, § 30a ÜbG), endet der Rechtszug im Bereich des StVG nicht beim OGH. Vielmehr wurde das OLG Wien als Höchstgericht in Strafvollzugssachen vorgesehen (vgl 2357 BlgNR 24. GP, 21). In allen Bereichen der Vollziehung steht Normunterworfenen die Möglichkeit offen, die drei vom B-VG eingerichteten Höchstgerichte anzurufen; im Zivil- und Strafrecht den OGH (vgl Art 92 Abs 1 B-VG), im Rahmen der Verwaltung den VwGH und VfGH (vgl Art 133 und Art 144 B-VG). Mit dem StVG wird nun erstmals für eine gesamte Verwaltungsmaterie die Möglichkeit gekappt, zumindest eines der drei von der Verfassung eingerichteten Höchstgerichte anzurufen. Ob dem einfachen Gesetzgeber die diesbezügliche Kompetenz zukommt, darf angezweifelt werden. Die gesamte Konstruktion des Rechtsmittelverfahrens im StVG scheint von der – ohnehin bedenklichen – Ermächtigung des Art 94 Abs 2 B-VG nicht gedeckt zu sein. Es fehlt jegliche sachliche Rechtfertigung für die gewählte Sonderverfahrensform.

Ehe der Gesetzgeber auf die Idee kommt, auch in anderen Bereichen die Anrufbarkeit der Höchstgerichte zu streichen oder gar einen Instanzenzug von der Gerichtsbarkeit zur Verwaltung einzurichten, sollte der VfGH befasst werden.

# Inhaltsverzeichnis

## vor.satz

- 1 Gerichtung und Verwaltsbarkeit  
Ronald Frühwirth

## merk.würdig

- 5 Trying to silence them  
*Zur Kriminalisierung der Refugee-Proteste in Wien*  
Nora Pentz
- 9 Racial Profiling kostet  
*Eine Schwarze Selbstorganisation und ihr Einsatz gegen rassistische Polizeikontrollen*  
Sarah Lisa Washington
- 12 Unbedingte Vertragstreue?  
*Congress und Messe Innsbruck GmbH vs Dachverband Deutsche Burschenschaft*  
Caroline Voithofer
- 16 Kritische Volkswirtschaft hat ein Lehrbuch!  
Christoph Kunz

## recht & gesellschaft

- 19 Die Produktion gefährlicher Räume  
*Der Polizeieinsatz anlässlich des rechtsextremen „Akademikerballs“ in der Wiener Hofburg 2014*  
Lorenz Dopplinger / Andrea Kretschmann
- 29 „... eine die Sicherheit der Allgemeinheit bezweckende Maßregel ...“  
*Zwangskastrationen und „Freiwillige Entmannungen“ im Nationalsozialismus*  
Roman Birke
- 39 Der ganz normale Ausnahmestand  
*Carl Schmitts Ausnahmedenken im Licht des Normalismus*  
Hans-Georg Eilenberger
- 49 Der Einspruch wegen Rechtsverletzung gegen kriminalpolizeiliches Handeln – Volume 2  
Florian Roitner

## thema

- 55 Vorwort: Arbeit  
Petra Streithofer / Martin Risak
- 58 Krise und Einkommensverteilung in Österreich  
Markus Marterbauer / Miriam Rehm / Matthias Schnetzer
- 72 Menschenrechtsbindung der Troika  
Steffen Kommer / Andreas Fischer-Lescano
- 80 Tendenzen im Arbeitsrecht  
*Die Forderung nach Flexibilität und die Frage der Regelungsebene*  
Gerda Heilegger
- 88 Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsverhältnis von Flexibilisierung und ArbeitnehmerInnenschutz  
Felix Schörghofer
- 98 Tendenzen zur Individualisierung der Rechtsdurchsetzung im Arbeitsrecht  
*Dargestellt am Einsatz von Mediation*  
Martin Risak

- 109 Der (gesellschaftliche) Wert von Bildungsarbeit  
*Eine Diskussion anhand der prekären Beschäftigungsverhältnisse von  
 Erwachsenenbildner\_innen*  
 Birgit Krupka
- 123 Der Arbeitskampf der Initiative Abfallberatung  
 Verena Sommer

## nach.satz

- 134 Krise der Männlichkeit?!  
*Ein längst überfälliger Diskurs*  
 Nina Eckstein

## Impressum

### juridikum

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

### Herausgeber\_innen:

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

### Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH  
 Bäckerstraße 1, 1010 Wien, Tel. 01/610 77  
 www.verlagoesterreich.at  
 Abo-Bestellung: +43 1 680 14-0, Fax: -140  
 E-Mail: order@verlagoesterreich.at  
 Anzeigenkontakt: Frau 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 60,-  
 Abo für Studierende, Erwerbslose,  
 Zivil- und Präsenzdienere: Euro 25,-  
 Einstiegsabo: Euro 11,-  
 Einzelheft: Euro 16,-  
 (Alle Preise inkl. MWSt, exkl. Versandkosten)  
 Erscheinungsweise: vierteljährlich

### Redaktion:

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

### Wissenschaftlicher Beirat:

Heinz Barta (Innsbruck), Barbara Beclin (Wien),  
 Katharina Beclin (Wien), Wolfgang Benedek (Graz),  
 Nikolaus Benke (Wien), Alois Birklbauer (Linz), Sonja  
 Buckel (Frankfurt am Main), Ulrike Davy (Bielefeld),  
 Nikolaus Dimmel (Salzburg), Andreas Fischer-Lescano  
 (Bremen), Bernd-Christian Funk (Wien/Linz), Elisabeth  
 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-Zat-  
 loulkal (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:

Roman Birke, Lorenz Dopplinger, Nina Ecksstein,  
 Hans-Georg Eilenberger, Andreas Fischer-Lescano,  
 Ronald Frühwirth, Gerda Heilegger, Steffen Kommer,  
 Andrea Kretschmann, Birgit Krupka, Christoph Kunz,  
 Markus Marterbauer, Nora Pentz, Martin Risak,  
 Miriam Rehm, Florian Roitner, Ines Rössl, Matthias  
 Schnetzer, Felix Schörghofer, Verena Sommer, Petra  
 Streithofer, Caroline Voithofer, Sarah Lisa Washington

## Offenlegung

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

### Layout und Satz: b+R satzstudio, graz

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

### Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber\_innen:

Ronald Frühwirth: r.fruehwirth@kocher-bucher.at  
 Eva Pentz: epentz@gmx.at  
 Ines Rössl: ines.roessl@univie.ac.at  
 Brian-Christopher Schmidt: brian.schmidt@univie.ac.at  
 Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

# Trying to silence them<sup>1</sup>

## Zur Kriminalisierung der Refugee-Proteste in Wien

Nora Pentz

---

Ende Juli 2013 wurden nach monatelangen politischen und juristischen Kämpfen mehrere Aktivisten der Refugee-Proteste abgeschoben. Die Protestbewegung, die ihren Anfang im November 2012 mit einem Marsch von Traiskirchen nach Wien genommen hatte und nach wochenlanger Besetzung des Sigmund-Freud-Parks und deren Räumung in der öffentlichen Wahrnehmung zunehmend in den Hintergrund gerückt ist, wurde dadurch wieder stärker sichtbar. Die Reaktion auf die Abschiebungen waren Demonstrationen und Blockadeaktionen vor dem Polizeianhaltezentrum Rossauer Lände und am Flughafen Wien-Schwechat, die Medien berichteten erneut über die Situation der Protestierenden. Wenige Tage nach den Abschiebungen schien die Stimmung jedoch zu kippen: Mehrere Personen wurden wegen des Vorwurfs der Schlepperei im Rahmen einer kriminellen Vereinigung festgenommen, einige von ihnen waren in der Refugee-Protestbewegung aktiv.

Kurz darauf bezeichnete Innenministerin *Mikl-Leitner* die Beschuldigten in einem Interview im *Kurier* als „beinharte Bosse der Schleppermafia“<sup>2</sup>, unter anderem seien schwangere Frauen auf der „Schlepper-Route“ einfach zurückgelassen worden. Ein Artikel in der Wiener Stadtzeitung *Falter*<sup>3</sup> entkräftete kurz darauf die Vorwürfe. Eine Anfrage bei der Staatsanwaltschaft Wien hatte ergeben, dass es weder auf die von *Mikl-Leitner* genannten „Millionengewinne“ noch auf die geschilderten Grausamkeiten Hinweise gäbe, die Akten enthielten dazu keine Angaben. Dies ändert nichts daran, dass die anfängliche Medienberichterstattung den Protest im öffentlichen Diskurs in ein anderes, weit negativeres Licht rückte. Ein bewusst gesetzter Zusammenhang zwischen den Protestaktionen im Juli, den im September 2013 bevorstehenden Nationalratswahlen und den Festnahmen der Aktivisten scheint angesichts dessen alles andere als unwahrscheinlich.

Die Festgenommenen sind seit ihrer Festnahme Ende Juli 2013 noch in Untersuchungshaft in den Justizanstalten Wien-Josefstadt und Wiener Neustadt, und warten noch

---

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

2 *Kurier*, Mikl-Leitner: „Wir sind nicht fremdenfeindlich“, 3.8.2013, <http://kurier.at/politik/inland/fremdenpolitik-johanna-mikl-leitner-wir-sind-nicht-auslaenderfeindlich/21.450.436> (31.1.2014).

3 *Klenk*, Beinharte Posse, *Falter* 32/13, <http://www.falter.at/falter/2013/08/06/beinharte-posse/> (31.1.2014).

immer auf ihre Enthftung. Die Anklageschrift ist mittlerweile fertig gestellt, ein Termin für die Hauptverhandlung ist nicht in Sicht. In den sehr umfassenden Akten zeugen Protokolle monatelanger Telefonüberwachungen, Observationen und einiger Hausdurchsuchungen von intensiven Ermittlungen seitens der Behörden. Trotzdem finden sich laut Rechtsanwältin *Alexia Stuefer* in den Akten neben ganz pauschalen Feststellungen über Routen und Preise auch Hinweise auf zahlreiche unbekannte Hintermänner in Ungarn und Griechenland, deren Rolle zwar offensichtlich wichtig ist, über die den eingesetzten Sonderkommissionen jedoch keine genaueren Informationen vorzuliegen scheinen. Offenbar sind außerdem die Beträge, die zur Bereicherung der Beschuldigten geführt haben, oft nicht bestimmbar.<sup>4,5</sup>

### Schleppen und Schleusen

Dieser verhältnismäßig bekannte Fall sollte vor allem Anlass sein, sich näher mit dem strafrechtlichen Delikt der Schlepperei und dem gesellschaftlichen Kontext, der Bestimmungen wie diese ermöglicht, zu befassen. Aktuell ist das Delikt der Schlepperei in § 114 FPG (idF BGBl I 2013/144) geregelt. Strafbar macht sich dem Grundtatbestand nach, wer die rechtswidrige Ein- oder Durchreise eines oder mehrerer „Fremden“ in oder durch einen Mitgliedstaat der EU oder Nachbarstaat Österreichs mit dem Vorsatz fördert, sich oder einen Dritten zu bereichern (Abs 1). Dieses „Fördern“ wird vom Gesetzgeber sehr weit interpretiert. Gemeint ist jedes Verhalten, das eine illegalisierte Ein- oder Durchreise erleichtert oder ermöglicht<sup>6</sup>; in Frage kommt also das Zurverfügungstellen von Schlafplätzen genauso wie das Erteilen von Ratschlägen über einfachere Grenzübertritte oder das Beschaffen von Zugtickets. Dass der Grenzübertritt wirklich erfolgt, ist laut OGH nicht notwendig, solange dieser angestrebt wurde.<sup>7</sup> Entgegen der Lehre sei das Delikt der Schlepperei nämlich einerseits ein „abstraktes Gefährdungsdelikt“ und andererseits ein „schlichtes Tätigkeitsdelikt“, jedoch kein „Beihilfedelikt“. Des weiteren muss die Bereicherung nach dem Gesetzeswortlaut nicht beim „Schlepper“ selbst eintreten, ebenso wenig muss die Zahlung von den Geschleppten selbst erbracht werden. Als Bereicherung zählt also jegliche „Risikoprämie“<sup>8</sup>, die für die illegale Ein- oder Durchreise zusätzlich zu den gewöhnlichen Fahrtkosten bezahlt wird. Auch die „Rechtswidrigkeit der Einreise“ ist laut OGH weit zu interpretieren: Erfasst sei jede Form

---

4 *Meinhard*, Flüchtlinge aus dem Servitenkloster als angebliche Schlepper vor Gericht, *Profil* v 11.1.2014; Presseausendung der ÖH, OTS0032, Refugee-AktivistInnen seit drei Monaten in Untersuchungshaft, v 14.11.2013 [http://www.ots.at/presseausendung/OTS\\_20131114\\_OTS0032/refugee-aktivisten-seit-ueber-drei-monaten-in-untersuchungshaft](http://www.ots.at/presseausendung/OTS_20131114_OTS0032/refugee-aktivisten-seit-ueber-drei-monaten-in-untersuchungshaft) (4.2.2014).

5 Während der Drucklegung dieser Ausgabe wurde der 1. Hauptverhandlungstermin am 17.3.2014 bekannt gegeben, weitere 13 Verhandlungen folgen. Zwei Beschuldigte wurden enthaftet.

6 OGH 19.4.2012, 11 Os 119/11a.

7 Ebd.

8 110 BlgNR 21. GP.

der Einreise, die „gegen eine (verwaltungsbehördliche) Rechtsvorschrift verstößt“.<sup>9</sup> Der Grundtatbestand der Schlepperei ist mit einer Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren sanktioniert, die qualifizierten Formen<sup>10</sup> mit einer Strafdrohung von 6 Monaten bis zu 5 Jahren, bzw bei der Begehung im Rahmen einer kriminellen Vereinigung mit bis zu 10 Jahren.

Angesichts der Ausgestaltung dieses Tatbestands ist kritisch hervorzuheben, dass die Begriffe des „Förderns“ und des „Bereicherns“ so unbestimmt und weit gefasst sind, dass auch Handlungen, die auf den ersten Blick mit einem konkreten Grenzübertritt wenig zu tun haben, dadurch kriminalisiert werden können. Gleichzeitig ist Wissentlichkeit für die Erfüllung des Tatbestands nicht erforderlich, es genügt also einfacher Vorsatz und somit in weitester Konsequenz, dass Beschuldigte den fehlenden Aufenthaltstitel bzw den angestrebten Grenzübertritt für möglich gehalten haben und sich damit abgefunden haben. Somit fallen auch Fahrer\_innen von Mitfahrzentralen, Taxifahrer\_innen oder Personen, die Autostopper\_innen mitnehmen, potentiell in den Bereich des § 114 FPG.

### Nicht nur ein Paragraph

Auch wenn die sehr offene Formulierung von § 114 FPG bereits genug Anlass für Kritik sein sollte, ist ein weiterführendes Hinterfragen derartiger Bestimmungen notwendig. Der Schleppereiparagraph kann nur im Kontext eines repressiven europäischen Grenzregimes gesehen werden, das Europa gegenüber sogenannten „Drittstaatsangehörigen“ immer weiter abschottet. Menschen, die anderen bei der Migration helfen, stellen für dieses Regime eine besondere Bedrohung dar. Die Bekämpfung von Schlepperei ist somit ein zentrales Ziel nationaler und internationaler Politik: EU-Richtlinien und Rahmenbeschlüsse<sup>11</sup> sollen die Rechtslage in den Mitgliedsstaaten vereinheitlichen, die Ermittlungen effektiver<sup>12</sup> und Bestrafung härter machen.

Dabei wirkt das Bild des „Schleppers“ im öffentlichen Diskurs Wunder: Bilder von passiven Opfern werden gezeichnet, die von mafïösen Strukturen wie Pakete einge-

---

9 OGH 30.9.2003, 11 Os 153/03.

10 Qualifikationen des § 114 FPG: Verurteilung wg Schlepperei innerhalb der letzten 5 Jahre (Abs 2); Gewerbmäßigkeit bzw größere Zahl von Fremden bzw Versetzung des/der Beförderten in einen qualvollen Zustand (Abs 3), Begehung in krimineller Vereinigung oder Gefährdung des/der Lebens des Beförderten (Abs 4).

11 ZB Richtlinie 2002/90/EG des Rates vom 28. November 2002 zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt ABl L 2002/328, 17 (Schlepperei-RL); Rahmenbeschluss des Rates vom 28. November 2002 betreffend die Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens für die Bekämpfung der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt (2002/946/JI) ABl L 2002/328, 1.

12 In Österreich wurden die Ermittlungen durch die Einführung der Sonderkommissionen „Soko Nord“ und „Soko Süd“ im Jänner 2013 professionalisiert. Vgl Standard v 13.12.2013, <http://derstandard.at/1353209106156/Zweineue-SOKOs-gegen-Schlepperei-gegruendet> (1.2.1014). Zudem existiert seit längerem auch die Datenbank FIMATHU (Facilitation-Illegal-Migration-effected-Austria-Hungary), gegründet von Österreich und Ungarn, die die transnationale Zusammenarbeit der Behörden in 12 Mitgliedsstaaten verbessern soll. Vgl BKA, Schlepperbericht 2012, 3ff.

schleust und ausgebeutet werden. Die Abgrenzung der Tatbestände „Schlepperei“ und „Menschenhandel“<sup>13</sup> wird dabei nicht nur zufällig verwischt; „Schlepperei“ wird häufig in der medialen Darstellung mit brutalen Ausbeutungsverhältnissen in Verbindung gebracht, ohne Rücksicht darauf, dass diese keine notwendige Voraussetzung für eine Verurteilung wegen dieses Delikts sind. Dass „geschleppte“ Menschen in beengten Räumen und auf gefährliche Art und Weise reisen, ist in den meisten Fällen eher eine der wenigen Möglichkeiten, die Grenzkontrollen zu umgehen, als ein Resultat der „Grausamkeit“ der beschuldigten Personen. Zudem ist es in einem kapitalistischen System eher Regel als Ausnahme, dass Personen Dienstleistungen für Geld anbieten und ausführen.

Institutionen wie Frontex erschweren die Einreise in die EU massiv. Angesichts der prekären Lage von Geflüchteten und der zunehmenden Härte von Grenzregimen ist es notwendig, das Konstrukt der Schlepperei als Ganzes zu kritisieren und im Kontext eines Systems zu betrachten, das Grenzübertritte mancher Menschen zu kriminellen Handlungen macht, während die Mobilität von EU-Bürger\_innen gefördert wird.

Die Fälle der aktuell Inhaftierten sind ein Beispiel für die Auswirkungen dieses Systems. Der Zeitpunkt der Festnahme der Aktivisten und die in den Akten erkennbare Ungenauigkeit bei den Ermittlungen machen es – unabhängig von einer tieferen Kritik an der Strafbarkeit von Schlepperei – außerdem notwendig, das konkrete Vorgehen der Behörden zu hinterfragen. Vergleiche zu anderen umstrittenen Prozessen der letzten Jahre, wie etwa Operation Spring 1999, der Prozess gegen die Tierrechtler\_innen oder die AMS4 drängen sich auf. Einige Parallelen: Die intensiven Ermittlungen, ein kontroverser – weil schwammiger – Paragraph, dessen hohe Strafdrohung eben diese Ermittlungen rechtlich ermöglicht, und die Kriminalisierung von Teilen politischer Bewegungen, denen zuvor große öffentliche Beachtung zugekommen war. Und die Ermittlungen erfüllen ihren Zweck: Allein die Untersuchungshaft bringt Teile der Bewegung zum Verstummen – sei es aufgrund der eigenen Betroffenheit von Haft und Überwachung, oder aus Angst davor, auch in den Fokus der Ermittlungen zu geraten. Die politischen Forderungen des Protests rücken in der öffentlichen Wahrnehmung in den Hintergrund, fast ausschließlich wird über Vorwürfe gegen Einzelne diskutiert, gleichzeitig schwindet die Unterstützung der Öffentlichkeit. Dabei ist gerade jetzt mehr denn je Solidarität mit den politischen Kämpfen der Geflüchteten gefragt.

Nora Pentz studiert Rechtswissenschaften und Internationale Entwicklung an der Universität Wien;  
npentz@ymail.com

---

13 § 104a Abs 1 StGB: „Wer eine volljährige Person mit dem Vorsatz, dass sie ausgebeutet werde (Abs 3), unter Einsatz unlauterer Mittel (Abs 2) gegen diese Person anwirbt, beherbergt oder sonst aufnimmt, befördert oder einem anderen anbietet oder weitergibt, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.“

# Racial Profiling kostet

Eine Schwarze<sup>1</sup> Selbstorganisation und ihr Einsatz gegen rassistische Polizeikontrollen

Sarah Lisa Washington

---

Im Februar 2012 befasste sich das Verwaltungsgericht Koblenz mit der Klage eines Schwarzen deutschen Studenten, der auf einer Zugfahrt von Kassel nach Frankfurt am Main als einziger von der Bundespolizei kontrolliert wurde. In der Verhandlung gaben die Beamt\_innen zu, dass die Kontrolle aufgrund der Hautfarbe des Studenten erfolgt war. Im erstinstanzlichen Urteil sprach das Verwaltungsgericht die Diskriminierungsproblematik in Zusammenhang mit Art 3 Abs 3<sup>2</sup> des deutschen Grundgesetzes (GG) dennoch nicht an. Mit Urteil vom 28.2.2012 wurde die polizeiliche Maßnahme für rechtmäßig erklärt.<sup>3</sup> Dies löste in Deutschland erstmals eine Diskussion über rassistische Polizeikontrollen aus, die aber gesamtgesellschaftlich wenig Beachtung findet. Vor allem die juristische Wissenschaft trägt noch wenig zu der Debatte bei.

Erschwert wird die Situation dadurch, dass die Existenz von Racial Profiling in Deutschland von entscheidenden Akteur\_innen bestritten wird. So äußerte sich die Bundesregierung im Dezember 2012 wie folgt: „racial profiling ist mit dem geltenden deutschen Recht unvereinbar und wird innerhalb der Bundespolizei nicht angewandt.“<sup>4</sup> Bei dem Urteil des Verwaltungsgerichts blieb es jedoch nicht. In der zweiten Instanz stellte das Oberverwaltungsgericht Koblenz fest, dass Personenkontrollen auf Grund der Hautfarbe einen Verstoß gegen Art. 3 III Grundgesetz darstellen.<sup>5</sup> Der Fall Koblenz zeigt, dass der verfassungsrechtliche Diskriminierungsschutz unzureichend wirksam ist, denn gerade in eindeutigen Fällen müsste darauf vertraut werden können, dass Racial Profiling bereits in erster Instanz als grundrechtswidrig erkannt wird.

- 
- 1 Bei dem Begriff „Schwarz“ handelt es sich um einen politischen Begriff. Es ist die politisch korrekte und vor allem selbstgewählte Bezeichnung Schwarzer Menschen in Deutschland. Um deutlich zu machen, dass es sich hierbei nicht um ein Adjektiv, sondern um eine politische Selbstbezeichnung handelt, wird der Begriff groß geschrieben. Der Begriff wurde in Deutschland während der sich in den 1980er Jahren formierenden Schwarzen Bewegung geprägt und erlaubt die Ausformung eines menschenwürdigen Selbstbildnisses (vgl dazu <http://www.bpb.de/gesellschaft/migration/afrikanische-diaspora/59527/schwarze-organisation?p=all> (23.1.2014)).
  - 2 Art 3 Abs 3 GG verbietet eine staatliche Diskriminierung auf Grund des Geschlechts, der Abstammung, der „Rasse“, der Sprache, Herkunft, Religion und politischer Anschauung.
  - 3 Koblenz, Urteil vom 28.2.2012, Az K 1026/11 KO.
  - 4 Drucksache 17/1971 Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten (20.12.2012).
  - 5 Koblenz, Beschluss vom 29.10.2012, Az 7 A 10532/12 OVG.

## 1. Racial Profiling in Deutschland

Der Begriff Racial Profiling stammt aus den USA, wo dieses Thema seit vielen Jahren Gegenstand politischer Diskussionen ist.<sup>6</sup> Ein äquivalenter deutscher Begriff existiert nicht. Racial Profiling bezeichnet Handeln von Polizei- und Ordnungsbehörden auf Grundlagen von Kriterien wie „Rasse“, vermeintlicher ethnischer Zugehörigkeit, zugeschriebener Religion, oder vermeintlicher nationaler Herkunft einer Person, an Stelle von objektiven Beweisen oder Verdachtsmomenten. Racial Profiling betrifft häufig Personenkontrollen, ist aber gerade im Kontext polizeilicher Ermittlungen (zB bzgl der NSU-Morde) keinesfalls auf diese beschränkt. Der Schutz vor solchen Maßnahmen geht in der Praxis mit erheblichen Beweisschwierigkeiten einher. Außerdem existiert in Deutschland nur wenig Literatur und Rechtsprechung zum Merkmal der Diskriminierung aus rassistischen Gründen.<sup>7</sup> Im Einzelfall kann daher auf vorhandene Argumentationsstrukturen kaum zurückgegriffen werden. Von großer Bedeutung bleibt die Sichtbarmachung von Racial Profiling und eine breite Diskussion innerhalb der juristischen Wissenschaft. Auf europäischer Ebene beschäftigt sich auch das europäische Netzwerk gegen Rassismus (ENAR) mit der Thematik und betont unter anderem die Ineffektivität von Racial Profiling.<sup>8</sup>

## 2. Initiative Schwarze Menschen in Deutschland e.V. (ISD) und Racial Profiling

Die Selbstorganisation ISD<sup>9</sup> befasst sich unter anderem mit institutionellem Rassismus. Ziel ist es, das Bewusstsein für die Thematik zu schärfen. Dabei begleitet der Verein Prozesse, informiert, diskutiert und initiiert. Von April bis Juli 2012 setzte die ISD einen Aktionsplan zum Thema Racial Profiling um. Damit wurde der Begriff erstmalig in den deutschen Kontext implementiert. Anlass war primär das oben genannte Urteil des Verwaltungsgerichts Koblenz vom 28.2.2012, welches die rassistische Polizeipraxis rechtlich legitimierte. Die ISD begleitete den Prozess durch beide Instanzen, indem sie an Prozesstagen anwesend war und Kontakt zum Kläger und dessen Rechtsanwalt hielt. Der Aktionsplan der ISD beinhaltete unter anderem eine Online-Petition mit dem Ziel einer politischen Mobilisierung auf Bundesebene. Insbesondere bei den Parlamentarier\_innen sollte ein Bewusstsein für die Thematik gefördert werden, um einen effektiven Rechtsschutz gegen die Praxis des Racial Profiling zu etablieren. Erwartet wird die Behandlung der Petition im Frühjahr 2014.

Der Verein liefert weitere Beiträge durch bundesweite Informationsveranstaltungen und Podiumsdiskussionen. Eine Teilnahme von Personen führender gesellschaftlicher und politischer Entscheidungsprozesse und deren Zusammenführung sollte hier das Bewusstsein über eine strukturelle Diskriminierung innerhalb der Gesellschaft stärken.

---

6 Anhörung im US Senate Judiciary Subcommittee on the Constitution, Civil Rights and Human Rights im Oktober 2012.

7 BVerfGE 63, 266, 303.

8 ENAR Fact Sheet, 2009, 11.

9 <http://isdonline.de> (15.1.2014).

Seit Sommer 2013 gehen die ISD und die „Kampagne für Opfer rassistischer Polizeigewalt“ (KOP) mit ihrer Kampagne „Racial Profiling kostet“<sup>10</sup> noch weiter. Betroffene werden aufgefordert, sich schriftlich über die rechtswidrige Behandlung zu beschweren und Schadensersatz für den immateriellen Schaden, der durch die Diskriminierung entstanden ist, zu fordern. Racial Profiling soll auf diese Weise dokumentiert und sichtbar gemacht werden. Die Betroffenen erhalten die Möglichkeit, die rechtswidrige Polizeimaßnahme als solche zu benennen. Ihre Position soll hierdurch gestärkt werden. Entscheidende Akteur\_innen sollen dazu bewegt werden, das konsequente Bestreiten der Existenz von Racial Profiling zu überdenken.

Aktuell unterstützt die ISD zwei weitere Klagen gegen Racial Profiling. In der einschlägigen Debatte wird häufig auf mangelnde Beweise für die Existenz einer rassistischen Polizeipraxis verwiesen. Gleichzeitig wird versäumt, einschlägige Fälle zu dokumentieren und auszuwerten. Kriminologische Untersuchungen nach dem Vorbild der USA oder Großbritannien existieren nicht. In Zukunft mag eine solche Untersuchung dazu führen, dass zahlreiche Einzelfälle in ihrem Gesamtkontext gesehen und verstanden werden. In den USA hat eine solche Datenerhebung bezüglich „Stop-and-Frisk“<sup>11</sup> ergeben, dass Schwarze Menschen unverhältnismäßig oft kontrolliert werden.<sup>12</sup>

Ein weiterer Schritt besteht in der Beseitigung von anlassunabhängigen Befugnisnormen für polizeiliches Handeln. § 22 Abs 1 a Bundespolizeigesetz gestattet es der deutschen Bundespolizei, Menschen unabhängig von einem Verdacht anzuhalten, zu befragen und deren Ausweispapiere zu kontrollieren. Ziel ist es dabei, Verstöße gegen aufenthaltsrechtliche Bestimmungen aufzudecken. Es liegt nahe, dass hierbei eine Orientierung anhand veränderlicher und insbesondere unveränderlicher äußerer Merkmale erfolgt. Davon auszugehen, dass Racial Profiling in anlassunabhängigen Befugnisnormen nicht angelegt ist, wäre abwegig.<sup>13</sup> Die ISD, das Deutsche Institut für Menschenrechte und der deutsche Anwaltverein fordern daher die Abschaffung anlassunabhängiger Befugnisnormen.<sup>14</sup> Allein auf rechtlicher Ebene wird sich das Problem jedoch nicht lösen lassen. Als eine Form des institutionellen Rassismus müssen rassistische Stereotype als solche erkannt, hinterfragt und aus der Polizeiarbeit verbannt werden. Dies erfordert einen gesamtgesellschaftlichen Diskurs unter enger Einbindung von Selbstorganisationen wie der ISD.

Sarah Lisa Washington ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Humboldt Universität Berlin und Beiratsmitglied der Initiative Schwarze Menschen in Deutschland, lisa.washington@hotmail.de

---

10 [http://www.stoppt-racial-profiling.de/wp-content/uploads/2013/06/PM\\_RacialProfilingKostetDokumentieren\\_0307.pdf](http://www.stoppt-racial-profiling.de/wp-content/uploads/2013/06/PM_RacialProfilingKostetDokumentieren_0307.pdf) (15.1.2014).

11 Gemeint ist das willkürliche Anhalten und Durchsuchen von Menschen durch die Polizei.

12 *New York Civil Liberties Union*, Stop-and-Frisk Data, [www.nyclu.org/content/stop-and-frisk-data](http://www.nyclu.org/content/stop-and-frisk-data) (15.12.2013).

13 *Tischbirek/Wahl*, Verfassungswidrigkeit des „Racial Profiling“. Zugleich ein Beitrag zur Systematik des Art 3 GG, *Juristische Zeitschrift* 2013, 219–224 (219 ff); *Drobla*, Hautfarbe als Auswahlkriterium für verdachtsunabhängige Polizeikontrollen?, *ZAR* 2012/11–12, 411–417 (411 f).

14 <http://anwaltverein.de/interessenvertretung/pressemitteilungen/pressemitteilung?PHPSESSID=v66vg8I25tn1fth59akgdfnca5> (15.12.2013); *Cremer*, „Racial Profiling“ – Menschenrechtswidrige Personenkontrollen nach § 22 Abs 1 a Bundespolizeigesetz, *Studie des Deutschen Instituts für Menschenrechte* 2013, 33.

# Unbedingte Vertragstreue?

Congress und Messe Innsbruck GmbH vs  
Dachverband Deutsche Burschenschaft

Caroline Voithofer

---

Es scheint, als würde sich in Österreich an den Bewertungen von (Un)Gefährlichkeit von politischen Gruppierungen wenig ändern, solange in der Hofburg der WKR-/Akademiker-Ball stattfindet und der Schutz der Ballbesucher\_innen durch weiträumige Platz- und Versammlungseinschränkungen gesichert ist.<sup>1</sup> Doch ca zwei Monate vor dem WKR-/Akademiker-Ball kam im konservativen Westen Österreichs ein politisches Umdenken zum Ausdruck. Am 30. November 2013 sollte das Treffen des Dachverbands „Deutsche Burschenschaft“ in der Messehalle stattfinden. Traditionell waren die Burschenschaften in Innsbruck willkommen. Im Jahr 2000 hielt der damalige Innsbrucker Bürgermeister, spätere Landeshauptmann und nunmehrige Landtagspräsident *van Staa* auf dem Treffen noch eine Festrede. Im Jahr 2009 blieb die Tiroler Politik abseits der FPÖ dem Treffen fern.

Der eigentliche Bruch im Umgang mit schlagenden Burschenschaften ereignete sich jetzt: Die Innsbrucker Bürgermeisterin *Oppitz-Plörer* wollte schon im Vorfeld das Treffen untersagen. Dies war jedoch unmöglich, da es sich um keine öffentliche Veranstaltung iSd § 2 Abs 2 Tiroler Veranstaltungsg<sup>2</sup> handelte, weil ausschließlich dem Veranstalter namentlich bekannte und eingeladene Personen teilnahmen. Auch andernfalls wäre eine Untersagung vor dem Hintergrund der Versammlungsfreiheit fragwürdig gewesen. Infolge bemühte sich die Bürgermeisterin, der Veranstaltung den vertraglich zugesicherten Raum – die Innsbrucker Messehalle – zu entziehen. Die Messehalle wird als GmbH betrieben. Gesellschafter\_innen sind die Stadt Innsbruck (58 %), das Land Tirol (25,5 %), die Wirtschaftskammer Tirol (13,5 %) sowie der Tiroler Tourismusverband (3 %). Die Bürgermeisterin erreichte, dass 97 % der Gesellschafter\_innen zustimmen, die Veranstaltung nicht in der Messe stattfinden zu lassen und die Haftungsfolgen zu tragen.<sup>3</sup> In den Medien war von „Vertragsauflösung“<sup>4</sup> zu lesen. Ohne den konkreten

---

1 Dazu in der vorliegenden juridikum-Ausgabe: *Dopplinger/Kretschmann*, Die Produktion gefährlicher Räume. Der Polizeieinsatz anlässlich des rechtsextremen „Akademikerballs“ in der Wiener Hofburg 2014.

2 Tiroler Veranstaltungsgesetz 2003 LGBl 2003/86 idF LGBl 2013/130.

3 Das Treffen fand an einem anderen, nicht bekannt gegebenen Ort in Innsbruck statt.

4 Etwa: *Kurier*, Hundert Burschenschafter bei „Marsch“ durch Innsbruck, 30.11.2013, <http://kurier.at/politik/inland/hundert-burschenschafter-bei-marsch-durch-innsbruck/38.369.193> (29.1.2014); *Tiroler Tageszeitung*, Burschenschaften: Innsbruck bringt Vertragsauflösung auf Schiene, 26.11.2013, [www.tt.com/politik/landespolitik/7527306-91/burschenschaften-innsbruck-bringt-vertragsaufl%C3%B6sung-auf-schiene.csp](http://www.tt.com/politik/landespolitik/7527306-91/burschenschaften-innsbruck-bringt-vertragsaufl%C3%B6sung-auf-schiene.csp) (29.1.2014); *Die*

Vertrag zu kennen, ist davon auszugehen, dass es sich um einen angekündigten Vertragsbruch handelte. Die rechtsdogmatischen Folgen sind banal und entsprechend uninteressant. Weniger banal sind die grundsätzlicheren Fragen, die damit einhergehen, denen hier einige Überlegungen gewidmet sind.

### Legitimationsfragen: Kann es geboten sein, Verträge zu brechen?

Die Vertragstreue ist spätestens seit *Grotius*<sup>5</sup> ein tragendes Rechtsprinzip<sup>6</sup>. Dennoch lässt sich fragen, ob eine moralische Verpflichtung denkbar ist, rechtswirksam zustande gekommene Verträge zu brechen. Selbst wenn man im Subordinationsmodell, demzufolge moralische Normen über rechtlichen Normen verankert sind,<sup>7</sup> denkt, müssen die moralischen Normen sehr stark sein, um den Rechtsbruch zu legitimieren. Die moralische Begründung für Vertragstreue sieht *Zippelius* in Autonomie und Vertrauensschutz.<sup>8</sup> Autonomie ist deshalb ein Legitimationsgrund für Vertragstreue, weil der\_ die Versprechende gegebene Versprechen einhalten muss, wenn er\_sie in der eigenen Selbstbestimmungsfähigkeit ernst genommen werden will. Den Vertrauensschutz hält *Zippelius* für erforderlich, um ein geordnetes Gemeinschaftsleben zu sichern.<sup>9</sup> Worin sollte der Anreiz des Gegenübers bestehen, Verträge einzuhalten, wenn das von dem\_der Vertragspartner\_in nicht erwartet werden kann?

Im Anlassfall ist offen: Wer riskiert, innerhalb der Rechtsgemeinschaft nicht mehr ernst genommen zu werden? Die GmbH als juristische Person, die Gesellschafter\_innen oder die in der Öffentlichkeit am stärksten wahrgenommene Protagonistin, die Bürgermeisterin? Ist es im Gegenteil nicht denkbar, dass gerade die Nichteinhaltung des Vertrages dazu beiträgt, die Glaubwürdigkeit der Protagonist\_innen zu erhöhen? Das letzte Argument ist ein faktisches, das für das politische Wiederwahlkalkül relevant ist, in der ethischen Beurteilung aber außer Betracht bleiben kann.

Die GmbH könnte in Zukunft vor dem Problem stehen, dass mit ihr abgeschlossene Verträge als unsicher gelten, wenn sie nicht davor mit den Gesellschafter\_innen akkordiert wurden. Dem entgegenzuwirken, bedarf es über das Gesetzesrecht hinausgehender, kundgemachter Selbstbindungsregeln, die festlegen, unter welchen Voraussetzungen Rechtsgeschäfte zu ihrer Wirksamkeit eines Gesellschafter\_innenbeschlusses bedürfen.<sup>10</sup> Auf Seiten der Bürgermeisterin, der Stadt Innsbruck sowie des Landes Tirol

---

*Presse*, Burschenschafter-Treffen: Vertrag wird aufgelöst, 27.11.2013, [http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/1491015/BurschenschafterTreffen\\_Vertrag-wird-aufgelost](http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/1491015/BurschenschafterTreffen_Vertrag-wird-aufgelost) (29.1.2014).

5 Dazu: *Weller*, Die Vertragstreue (2009) 75.

6 Mit engen Ausnahmen wie dem Wegfall der Geschäftsgrundlage, der *laesio enormis* oder der Umstandsklausel.

7 Etwa: *Thaler*, Rechtsphilosophie. Offene Fragen zur Einführung, Einübung und Weiterführung<sup>2</sup> (2014) 2.3.1.

8 *Zippelius*, Rechtsphilosophie<sup>6</sup> (2011) 182.

9 *Zippelius*, Rechtsphilosophie 183.

10 Das wird angedacht: *Kurier*, Burschenschafter-Treffen steht vor Aus, 26.11.2013, <http://kurier.at/politik/inland/burschenschafter-treffen-in-innsbruck-stadt-bereitet-vertragsaufloesung-vor/37.706.417> (29.1.2014).

kommt hinzu, dass es sich um demokratisch legitimierte Vertreter\_innen des Rechtsstaats handelt, die in ihren Wirkungsbereichen generelle Normen schaffen. Darf an sie in ihrem Handeln derselbe Maßstab angelegt werden wie an Bürger\_innen, oder ist von ihnen ein erhöhtes Maß an Rechtstreue zu verlangen? Dies bedarf angesichts diverser Skandale der letzten Zeit besonderer Betonung.

Abseits der personalen Ebene der Vertragsparteien könnte ein weiterer Anhaltspunkt für eine moralische Begründung eines Vertragsbruchs auf der inhaltlichen Ebene zu finden sein. Unmoralisch könnte es sein, einem Treffen von Personenverbänden einen Raum zur Verfügung zu stellen, die in Erwägung zogen, von ihren Mitgliedern einen Ariernachweis zu verlangen<sup>11</sup> und sich zT weigern, sich von jenen Mitgliedern zu distanzieren, die vor/während der NS-Zeit mordeten.<sup>12</sup> Rechtsdogmatisch könnte dem entgegengehalten werden, dass weder der Dachverband noch seine Mitgliedsvereine verboten sind und dass sie erlaubte Versammlungen abhalten. Daneben steht die moralische Kraft der inhaltlichen Argumente, wobei offen ist, wer zu ihrer Beurteilung berufen ist.<sup>13</sup> Im Sinne der Vertragsabschlussfreiheit sind es die Vertragsparteien. Jedem/Jeder steht es frei sich die Vertragspartner\_innen auszuwählen. Welche Bewertungen bei der Auswahl einfließen, ist – abgesehen von Kontrahierungszwängen und Antidiskriminierungsbestimmungen – offen. Im hier zu diskutierenden Fall wurde der Vertrag abgeschlossen. Daher bleibt nur der Blick darauf, welche neuen Tatsachen seither hervor gekommen sind, die es rechtfertigen, den Vertrag zu brechen? Die maßgeblichen Umstände haben sich seit dem Vertragsschluss aber nicht geändert. Allerdings bleibt der Vertragsbruch nicht sanktionslos. Das heißt, dass das Recht seine Ordnung wiederherstellt, indem die Vertragsverletzungsfolgen eintreten. Diese Sanktionen zu vermeiden, wurde von „den Vertragsbrüchigen“ nie wahrnehmbar angebracht. Das heißt, die Ordnung des Rechts selbst blieb unangetastet.<sup>14</sup> Der Vertragsbruch gefährdet den Rechtsstaat nicht. Trotzdem können die Burschenschafter die demokratisch legitimierten Vertreter\_innen Innsbrucks und Tirols als Rechtsbrechende bezeichnen, was durch Nichtabschließen des Vertrages im Vorhinein leicht vermeidbar gewesen wäre.

---

11 Etwa: *Spiegel-Online*, Treffen in Eisenach: Burschenschafter ziehen „Ariernachweis“-Antrag zurück, 24.5.2013, [www.spiegel.de/unispiegel/studium/burschentag-deutsche-burschenschaft-zieht-ariernachweis-antraege-zurueck-a-901742.html](http://www.spiegel.de/unispiegel/studium/burschentag-deutsche-burschenschaft-zieht-ariernachweis-antraege-zurueck-a-901742.html) (30.1.2014).

12 Etwa: *Tiroler Tageszeitung Online*, Burschenschaften: Innsbruck bringt Vertragsauflösung auf Schiene, 26.11.2013, [www.tt.com/politik/landespolitik/7527306-91/burschenschaften-innsbruck-bringt-vertragsaufloesung-auf-schiene.csp](http://www.tt.com/politik/landespolitik/7527306-91/burschenschaften-innsbruck-bringt-vertragsaufloesung-auf-schiene.csp) (30.1.2014).

13 Vgl *Ellscheid*, Recht und Moral, in *Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg)*, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart<sup>8</sup> (2011) 214–250 (216 f).

14 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (2012/Erstausgabe 1820) § 100.

## Schlussbemerkung

Die Sorge davor, die Geschichte könne sich wiederholen und sich dabei wieder des Rechts bedienen, muss vor dem Hintergrund, dass moralischem Unrecht nur mit Recht<sup>15</sup> begegnet werden kann, zu besonders überlegtem Handeln im Umgang mit antidemokratischen und historisch belasteten Gruppen führen. Regeln für den richtigen Umgang müssen ständig möglichst offen diskutiert werden, um irgendwann vielleicht „richtige Regeln“ zu entwickeln.

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

---

15 Recht meint hier mehr als Gesetz und wird mit Radbruch jedenfalls „der Gerechtigkeit“ nicht entgegen wirken dürfen, damit wird aber zugleich die Frage nach den Inhalten von Gerechtigkeit zusätzlich aufgeworfen. *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, *Süddeutsche Juristenzeitung* (1946) 105–108 (106 f).

# Kritische Volkswirtschaft hat ein Lehrbuch!

Christoph Kunz

---

Rezension zu *Johannes Jäger/Elisabeth Springler*, *Ökonomie der Internationalen Entwicklung – Eine kritische Einführung in die Volkswirtschaftslehre*, Wien, Mandelbaum Verlag, 2012, 379 S., € 19,80, ISBN 978385476-386-4

Es ist ein beeindruckendes Arbeitsprogramm, das sich die AutorInnen *Johannes Jäger* und *Elisabeth Springler* mit dem Buch „Ökonomie der Internationalen Entwicklung – Eine kritische Einführung in die Volkswirtschaftslehre“ vorgenommen haben. In sieben Kapiteln behandeln sie große ökonomische Themenfelder und setzen dabei dazu an, diese nicht in isolierter Betrachtung auf einzelne Forschungsparadigmen zu reduzieren, sondern aus Sicht der drei populärsten methodischen und gedanklichen Herangehensweisen zu illustrieren.

Durch das gesamte Buch zieht sich parallel zu den behandelten ökonomischen Themen eine Dreiteilung in ökonomische Denk- und Forschungsparadigmen, welche von den AutorInnen als Neo-Klassik (der zurzeit vorherrschende orthodoxe Mainstream der Wirtschaftswissenschaft), (Post-)Keynesianismus und politische Ökonomie (also progressive, kritische Alternativen) definiert werden. Zu Anfang werden alle drei Herangehensweisen und die Grundlagen für deren Verständnis dargestellt. In der Folge werden die drei Positionen zu den Themenfeldern in Bezug auf ökonomische Problemstellungen erklärt. Die einzelnen Abschnitte werden durch Beiträge von GastautorInnen geschlossen, die eine sehr passende Ergänzung bilden. Durch sie gewinnt das Buch auch einen Bezug zu aktuellen Problemstellungen, so zB zur aktuellen Wirtschaftskrise.

Am Ende der jeweiligen Abschnitte werden Verständnisfragen angegeben, die LeserInnen als Grundlage zum Erarbeiten der Denkweisen und Argumentationsstrukturen der jeweiligen ökonomischen Paradigmen dienen sollen. Dadurch ergeben sich mehrere, zueinander in Beziehung stehende Funktionen des Buchs: die eines Lehrbuchs, eines Einführungswerkes in drei (volks)wissenschaftliche Traditionen, eines Ausgangspunkts für Recherchen durch die vorzügliche Literatursammlung sowie der Versuch einer Gegenüberstellung der drei zentralsten Denkparadigmen in der Ökonomie.

Der Anspruch, den sich das Werk dadurch auferlegt, ist jedoch sehr hoch. Ein typisches „Textbook“ der Volkswirtschaft, auch wenn es nur der Einführung dient, bewegt sich im Bereich zwischen 400 und 600 Großformatseiten und nimmt sich dabei lediglich die Präsentation der Grundlagen nach einem einzigen Forschungsparadigma vor.

Das besprochene Werk kommt hingegen mit 379 Seiten aus. Was haben die AutorInnen also weglassen müssen? Zunächst muss man\_frau keine höhere Mathematik beherr-

schen, um das Buch und seine Studienfragen verstehen zu können. Das den meisten Studierenden der Volkswirtschaft bekannte Ableiten verschiedenster Funktionen und die im weiteren Studienverlauf allseits beliebte „quantitative“ Analyse volkswirtschaftlicher Phänomene ist, ganz im Sinne einer Einführung, bei der Lektüre des Buches nicht notwendig.

Dennoch ist der Anspruch erkennbar, eine grundlegende Einführung, auch in die Mainstream-Ökonomie, bieten zu können. Dieser greift aber speziell in diesem Bereich – naturgemäß – zu kurz. Wer einen kompletten Einführungstext in die Neo-Klassik sucht, wird mit den üblichen Standardwerken meist besser beraten sein. Insbesondere die grundlegenden Abschnitte zum Mainstream sind zwar präzise und klar gefasst, aber wohl zu überblickshaft, um ohne Vorerfahrung in der Ökonomie aus dem Buch allein heraus verstanden zu werden. Hat man\_frau aber schon erste Einblicke in die Welt des Pareto-Optimums, von Transformationskurven und Angebot-Nachfrage Diagrammen gesammelt, bieten die entsprechenden Kapitel genau die Wiederholung, die in der Folge zum Verständnis der heterodoxen Kritiken benötigt wird.

Dementsprechend ist aber auch zu konstatieren, dass es schwer fällt, sich das Buch im Rahmen eines Kurses als grundlegende Einführung in die Ökonomie vorzustellen. Einführungskurse in die Ökonomie hängen oft zentral vom Verständnis der neoklassischen und dabei auch mathematischen Zusammenhänge ab, die in Anbetracht des gebotenen Platzes schlicht nicht präsentiert werden können. Es würde wohl auch dem Sinn des Werkes widersprechen, den ökonomischen Mainstream detailreich auszuformulieren, um danach bloß einführende Texte für die anderen Ansätze zu bieten.

Gerade die kritische Sicht auf die aktuell vorherrschende Sicht der Volkswirtschaft gelingt aber vorzüglich und besser als in vielen ökonomischen Standardwerken, die dazu tendieren, Post-Keynesianismus und politische Ökonomie als Nebenexkurse mitzubehandeln.

All jene, die sich in *heterodoxe Ökonomie* einlesen wollten, standen bisher vor dem Problem, kaum Bibliographien und Einführungen zur Verfügung zu haben, welche ihnen Aufschluss über die griffigen Argumente gegen neoklassische Paradigmen geben würden. Mit diesem Buch liegt nun endlich eine zugängliche und umfassende Einführung in heterodoxe Ökonomie vor.

Gerade auch von grundsätzlich kritisch denkenden ForscherInnen gern zitierte Mainstream-(Markt-)Weisheiten werden in Kontrast zu den existierenden Alternativen dargestellt; ein Verdienst, der kaum hoch genug angerechnet werden kann, und der auf eine weite zukünftige Verbreitung des Werkes unter progressiven und kritischen ExpertInnen anderer Fachrichtungen hoffen lässt. Dabei fällt es auch auf, dass die am Ende jedes Kapitels angegebenen Literaturempfehlungen eine fundierte Basis für die weitere Recherche bieten – eine Großtat, nicht nur für Studierende anderer Fachrichtungen auf der Suche nach fachübergreifender Literatur, sondern auch für PraktikerInnen, die die Vali-

dität und den ideologischen Hintergrund ökonomischer Argumente zu prüfen und zu bewerten haben.

Im Hinblick auf das Kriterium der Zugänglichkeit für ExpertInnen anderer Fachrichtungen ist auch die im Rahmen der eigens einführenden „Grundlegungen“ zu den Herangehensweisen vorgenommene Einteilung wissenschaftlicher und methodischer Paradigmen interessant. Während diese wohl für eine reine Gegenüberstellung der ökonomischen Herangehensweisen vielleicht etwas zu weit greift, erläutert sie sehr präzise grundlegende verschiedene Wissenschaftsparadigmen der Sozialwissenschaften. Zusammen mit der angegebenen Literatur ergibt dies eine kurze aber dennoch ergiebige Einführung in wissenschaftliche Arbeit und Methode kritischer ForscherInnen.

Es fällt schwer, dieses Buch innerhalb jener Kategorien einzuordnen, die es für sich selbst in Anspruch zu nehmen scheint. Ist es ein Lehrbuch, eine Art Sammelband aktueller ökonomischer Schulendiskussionen, ein Titel, der die aktuellen Herausforderungen der internationalen Ökonomie darstellt, oder eine kritische Streitschrift gegen den neoklassischen Mainstream der Ökonomie?

Man\_frau erkennt Elemente all dieser Ideen, doch wird das Buch den sich aus seinem Titel ableitbaren, expliziten Ansprüchen (*Ökonomie der Internationalen Entwicklung*) bzw (*Eine kritische Einführung in die Volkswirtschaftslehre*) nicht ganz gerecht. Was jedoch vorliegt, ist die kompletteste verfügbare *Einführung in kritische Volkswirtschaftslehre* mit genügend Verweisen auf weitere Literatur, um sich innerhalb kürzester Zeit an konkrete Problemstellungen heranarbeiten zu können.

Es gibt diesbezüglich derzeit kein vergleichbares Werk, auch nicht im englischen Sprachraum. Auch Nicht-ÖkonomInnen mit einem Mindestmaß an volkswirtschaftlicher Vorerfahrung werden sich in den Strukturen und Fragestellungen schnell zurechtfinden. Das Buch hat das Potenzial, eines der am meisten zerlesenen Werke einer jeden Bibliothek deutschsprachiger Fachleute in Policy-Bereichen zu werden, denn mit diesem Werk ist *Johannes Jäger* und *Elisabeth Springler* eine vortreffliche Übersicht und Weiterleitung zu den einzelnen und insbesondere den kritischen Denkschulen der Ökonomie gelungen.

Mag. Christoph Kunz, M.A.I.S., hat Rechtswissenschaften in Wien, sowie internationale Beziehungen und Ökonomie in Bologna und Wien studiert. Er ist derzeit als Jurist bei der Arbeiterkammer Niederösterreich beschäftigt; christoph.kunz@gmx.at

# Die Produktion gefährlicher Räume

Der Polizeieinsatz anlässlich des rechtsextremen „Akademikerballs“ in der Wiener Hofburg 2014

Lorenz Dopplinger / Andrea Kretschmann

---

Walter Benjamin hat die Polizei als „eine allverbreitete gespenstische Erscheinung im Leben der zivilisierten Staaten“ beschrieben. Nicht nur agiere sie in „zahllosen Fällen [...], wo keine klare Rechtslage vorliegt [...] als eine brutale Belästigung“, auch werde etwa mit dem polizeilichen Instrument der Verordnung entgegen dem Prinzip der Gewaltenteilung die „Trennung von rechtsetzender und rechtserhaltender Gewalt aufgehoben“.<sup>1</sup> Benjamin verweist damit auf den zweifelhaften „Mittel-Charakter“ der Polizei: Anders als die klassische Rechtstheorie es sich vorstellt, sei die Polizei nie als reiner, das demokratisch legitimierte Recht bloß anwendender Rechtsadressat zu verstehen gewesen. Eine für moderne, bürgerlich-demokratische Staaten besondere Qualität scheint die von Benjamin thematisierte Verselbstständigung der Polizei allerdings dann anzunehmen, wenn Kriminalpolitiken einen besonderen Fokus auf Prävention entwickeln. Im Zuge der Relativierung bzw. Ablösung von „wohlfahrtsstaatlichen“ Orientierungen innerhalb der Kriminalpolitik ist diese Entwicklung in aller Inkohärenz und Widersprüchlichkeit seit einigen Dekaden auch für Österreich zu beobachten.<sup>2</sup> Risiko- und Präventionslogiken bedingen, dass polizeiliche Praxen weitgehend von festgestellten Rechtsbrüchen gelöst werden, weit vor ihnen einsetzen und sich an anderen, außerrechtlichen Normen orientieren.<sup>3</sup>

Auch beim Polizieren von Protest, dem „Protest Policing“<sup>4</sup>, sind derartige Logiken präsent. Einzug hielten über die polizeiliche Gefahrenprognose hinausgehende, präventive Einsatzmethoden in den meisten westlichen Ländern in den 1980er und 1990er Jahren.<sup>5</sup> Damals wurde die Maßnahme der Vorkontrolle von Demonstrant\_innen auf ihrem Weg zur Demonstration erfunden, ebenso die einschließende Begleitung des Demonstrations-

---

1 Vgl. Benjamin, Zur Kritik der Gewalt, Gesammelte Schriften, Bd II 1 (1991) 179 (189).

2 ZB Czapska/Stangl, Wenn Wissen reist: Kriminalprävention als Teil europäisierter Kriminalpolitik, in Sessar/Stangl/van Swaanningen (Hrsg.), Anxious Cities (2007) 45.

3 Vgl. Legnaro, Konturen der Sicherheitsgesellschaft. Eine polemisch-futurologische Skizze, Leviathan 1997, 271.

4 Della Porta/Reiter (Hrsg.), Policing Protest: The Control of Mass Demonstrations in Western Democracies, (1998). Protest Policing wird in der Literatur unter Anlehnung an diese Autor\_innen als eine auf mehreren Ebenen gelagerte polizeiliche Strategie des Umgangs mit Demonstrationen und anderen Formen von Protest verstanden. Neben dem Agieren der Polizei auf der Straße wird die Ebene der gerichtlichen Auseinandersetzung vor und nach dem Protestanlass (hier geht es vorab etwa um die Entscheidung über Demonstrationsaufgaben bzw. -Verbote auf Grundlage polizeilicher Gefahrenprognosen) sowie die protestbegleitende Öffentlichkeitsarbeit berücksichtigt.

5 Vgl. Winter, Protest Policing und das Problem der Gewalt (1998), siehe [www.soziolegie.uni-halle.de/publikationen/pdf/9805.pdf](http://www.soziolegie.uni-halle.de/publikationen/pdf/9805.pdf) (2.2.2014).

zugs durch Polizeieinheiten auf der Höhe vermeintlich militanter Personengruppen. Erstmals wurden spezialisierte Greiftrupps eingesetzt, die angebliche „Störer“ aus der Demonstration entfernen sollten.<sup>6</sup> In der letzten Dekade jedoch, mit der kriminalpolitischen Verarbeitung der Anschläge von 9/11 und im Kontext der Wirtschaftskrise<sup>7</sup>, scheint das Polizieren von Streiks, Demonstrationen und anderen politischen Aktionen in vielen der westlichen Demokratien nochmals eine neue Qualität anzunehmen, freilich mit erheblichen Unterschieden in den einzelnen Ländern.<sup>8</sup> Neben etwa dem massiven Einsatz von Intelligence-Maßnahmen<sup>9</sup> vor, während und nach dem Protest, der vorbeugenden Ingewahrsamnahme vermeintlicher „Störer“, dem Einsatz neuer „Waffen“ wie etwa der schmerzhaft laute Töne abgebenden Soundkanone<sup>10</sup> sowie intensiverer nachträglicher rechtlicher Repression, ist zentral auf die Entwicklung *räumlicher* Strategien hinzuweisen. Zu letzterem gehört etwa die Errichtung von für Demonstrant\_innen unzugänglichen Sperrzonen, wie wir es aus dem *Policing* von großen transnationalen Demonstrationen etwa gegen die WTO und den G-8-Gipfel kennen<sup>11</sup>, das Zuweisen von Protestorten und Demonstrationsrouten weit vom Protestanlass oder stark frequentierten Orten (etwa Innenstädten) entfernt, sowie die Bestimmung vermeintlich gefährlicher Räume, welche verdachts- und anlasslose Kontrollen selbst Tage nach dem Protestereignis rechtfertigen sollen.<sup>12</sup> Auffällig sind zudem neue, häufig auch mittels polizeilichen Verordnungen vorgenommene, polizei- bzw verwaltungsstrafrechtliche Einfassungen von Protest, mit der Folge der Vergrößerung der polizeilichen Ermessensspielräume und Handlungsmöglichkeiten.<sup>13</sup> Das polizeiliche Präventionsprinzip scheint sich entgrenzt zu

6 Ebd 14.

7 *Kretschmann*, Katalysator Wirtschaftskrise? Zum Wandel von Protest Policing in Europa, CILIP 2014 (im Erscheinen); *Oberndorfer*, Hegemoniekrise in Europa – Auf dem Weg zu einem autoritären Wettbewerbssetatismus, in *Forschungsgruppe „Staatsprojekt Europa“* (Hrsg), Die EU in der Krise (2012) 49.

8 *Kretschmann*, CILIP 2014.

9 Intelligence-Arbeit meint die Gewinnung von Erkenntnissen über die Sicherheitslage. Vgl auch *Kretschmann*, Das Wuchern der Gefahr. Einige gesellschaftstheoretische Anmerkungen zur Novelle des Sicherheitspolizeigesetzes 2012, *juridikum* 2012, 320.

10 *Kretschmann*, CILIP 2014.

11 *Fernandez*, Policing of Dissent (2008); *Petzold/Pichl*, Räume des Ausnahmerechts: Staatliche Raumproduktionen in der Krise am Beispiel der Blockupy-Aktionstage 2012, *Kriminologisches Journal* 2013, 211; *Starr/Fernandez/Scholl*, Shutting down the Streets. Political Violence and Social Control in the Global Era (2011). Neben der Einführung räumlicher Strategien wie den Sperrzonen zeichnen sich „Gipfelpolicings“ etwa durch transnationale Polizeieinsätze und den Einsatz von Militär im Inneren aus. Vgl auch *Republikanischer Anwältinnen- und Anwälteverein, Legal Team* (Hrsg): Feindbild Demonstrant. Polizeigewalt, Militäreinsatz, Medienmanipulation. Der G8-Gipfel aus Sicht des Anwaltlichen Notdienstes (2008).

12 Vgl *Fernandez*, Policing of Dissent; Vgl *Petzold/Pichl*, *Kriminologisches Journal* 2013, 211; Vgl *Starr/Fernandez/Scholl*, Shutting down the Streets; Vgl *Winter*, Protest Policing 14; Vgl *Belina/Wehrheim*, „Gefahrengebiete“. Durch die Abstraktion vom Sozialen zur Reproduktion gesellschaftlicher Strukturen, *Soziale Welt* 2011, 207 (219). Zu betonen ist jedoch die Inkohärenz dieser Entwicklung. So werden von polizeilicher Seite, insbesondere im Kontext von Demonstrationen mit ritualisierter Gewalt, immer wieder auch kommunikative (Befriedungs-)Strategien angewendet. Vgl hierzu etwa *Ostermeier/Pelzer*, Die Kontrolle von Polizeigewalt und das Problem der polizeiliche Legitimität des Gewalteinsetzes am Beispiel des 1. Mai 2009 in Berlin Kreuzberg, *Kriminologisches Journal* 2011, 186.

13 Vgl *Caceres/Oberndorfer*, Verlangt das Gesetz der bürgerlichen Sicherheit die Einschränkung der politischen Freiheiten? *juridikum* 2013, 453; vgl *Della Porta/Peterson/Reiter*, Policing Transnational Protest, in *Dies* (Hrsg), *The Policing of Transnational Protest* (2006) 1 (5); vgl *Kretschmann*, CILIP 2014.

haben, denn nicht selten sind die beschriebenen Maßnahmen mit der rechtswidrigen „Suspendierung“ von Grundrechten in Form unverhältnismäßiger Einschränkungen der Versammlungs- und Meinungsfreiheit verbunden.<sup>14</sup>

### Die präventive Polizeistrategie ...

Ein derart entgrenztes Kontrollprinzip, wie es die neueren Maßnahmen im *Protest Policing* kennzeichnet, dominierte auch die Polizeistrategie anlässlich der Demonstrationen und Blockaden zum FPÖ-veranstalteten, rechtsextremen „Akademikerball“<sup>15</sup>: Mit ihr wurde unter anderem das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit durch *räumliche* Maßnahmen in präventiver Weise massiv eingeschränkt. Von Demonstrant\_innen und einer kritischer Öffentlichkeit wurde das Vorgehen der Polizei denn auch als „brutale Belästigung“ empfunden, wie am nachträglich breitenwirksamen „labeling from below“<sup>16</sup> deutlich wurde.

Für diese grundrechtsbeschränkenden Maßnahmen grundlegend, so unser Argument, war die dem Einsatz vorgelagerte mediale Strategie der *diskursiven Konstruktion* gefährlicher Menschen und gefährlicher Räume. Handlungen wurden diesbezüglich über den Kernbereich des konkreten polizeilichen Agierens auf der Straße hinausgehend für das zeitliche Umfeld gesetzt: Neben rechtlichen und polizeipraktischen Strategien wurden, wesentlich um die Legitimität der Maßnahmen sicherzustellen, mediale Vorkehrungen getroffen.<sup>17</sup> Die nachfolgende Skizze gleicht damit jenen Beobachtungen, die *Petzold* und *Pichl* für den Polizeieinsatz anlässlich von „Blockupy Frankfurt“ im Jahr 2012 herausarbeiteten und schließt an deren Ergebnis an:<sup>18</sup> Auch für den „Akademikerball“ 2014 kann, wie für „Blockupy“ 2012, die Anwendung von Strategien polizeilicher Raumproduktionen festgestellt werden,

14 Vgl. *Starr/Fernandez/Scholl*, Shutting down the Streets.

15 Der Ball in der Wiener Hofburg ist die „Nachfolgeveranstaltung“ des Balls des Wiener Korporationsrings (ein Zusammenschluss [vielfach schlagender] Wiener Burschenschaften), der seit Jahren als Vernetzungstreffen rechter und rechtsextremer Politiker\_innen dient. Prominente Besucher\_innen der letzten Jahre waren ua Marine Le Pen und Filip DeWinter (zu den Besucher\_innen und der Bewertung des Balls als rechtsextrem vgl. *Jungnikl/Pumberger*, Rechtsextremer Vlaams Belang-Chef am Hofburg-Ball, *Der Standard Online* v. 9.2.2010, <http://derstandard.at/1263707063559/Rechtsextremer-Vlaams-Belang-Chef-am-Hofburg-Ball> [21.2.2014]; *Eisenreich*, Vermummungsverbot, Sperrzonen und 2000 Polizisten, *Süddeutsche.de* v. 24.1.2014, <http://www.sueddeutsche.de/politik/akademikerball-in-wien-vermummungsverbot-sperrzonen-und-polizisten-1.1871376> [21.2.2014]; *Hofer*, Streit um rechten Akademikerball: Mit Schmiss auf die Tanzfläche, *Spiegel.de* v. 23.1.2014, <http://www.spiegel.de/unispiegel/wunderbar/protest-gegen-akademikerball-in-wien-mit-burschenschaftlern-und-rechten-a-944527.html> [21.2.2014]; *Bonvalot*, Rechtswalzer in der Wiener Hofburg, [http://blog.zeit.de/stoerungsmelder/2014/01/23/rechtswalzer-in-der-wiener-hofburg\\_14777](http://blog.zeit.de/stoerungsmelder/2014/01/23/rechtswalzer-in-der-wiener-hofburg_14777) [21.2.2014]). Seit 2008 gibt es gegen diesen Ball Demonstrationen; die Zahl der Demonstrationsteilnehmer\_innen steigt dabei stetig und lag im Jahr 2014 bei mehreren Tausend Personen. Ballbesucher\_innen wurden wie auch in den vorherigen Jahren des Protests gegen den Ball durch strategische (Sitz-)Blockaden an der Zufahrt zum Ball gehindert.

16 Isd Labeling Approach bezeichnet „labeling from below“ die Definition staatlicher Handlungen als deviant nicht durch formell definitionsmächtige Institutionen, sondern durch zivilgesellschaftliche Akteur\_innen. Siehe *Kretschmann/Fuchs*, Legitimationstechniken, Sicherheitspraktiken: Von der Normalität des Staatsverbrechens. Eine erkenntnistheoretische Diskussion am Beispiel des Falles Murat Kurnaz, *Kriminologisches Journal* 2007, 260.

17 Zu diesem weiten Verständnis von Protest Policing siehe allgemein *Della Porta/Reiter* (Hrsg), *Policing Protest*.

18 *Petzold/Pichl*s Beschreibung der medialen (und tw polizeilichen) Strategie der Raumproduktion gleicht in frappierendem Maße der Strategie der Wiener Polizei (vgl. *Petzold/Pichl*, *Kriminologisches Journal* 2013, 211).

wie sie von transnationalen „Gipfelprotesten“ bekannt sind.<sup>19</sup> Damit wird eine *Ausweitung* von Praxen für – ua aufgrund ihrer Transnationalität und Größe – polizeilich mit besonderen Gefahrenprognosen belegte Proteste auch auf kleinere Proteste sichtbar.

### ... im Recht ...

Was genau passierte nun am 24. Jänner 2014 auf Seiten der Polizei? Den zentralen Rahmen der polizeilichen Strategie bildeten auf rechtlicher Ebene zwei Verordnungen der Landespolizeidirektion (LPD) Wien, die vom Nachmittag des Balltags bis um drei Uhr früh des folgenden Tages in Kraft waren. Um, so die Begründung der Polizei, befürchtete Ausschreitungen zu vermeiden und die Ballbesucher\_innen zu schützen, wurde gem § 36 Abs 1 Sicherheitspolizeigesetz (SPG) ein Platzverbot<sup>20</sup> ausgesprochen, das ausgehend von der Wiener Hofburg etwa ein Drittel des ersten Bezirks betraf; ebenso wurde auf Basis von § 49 SPG<sup>21</sup> ein allgemeines Vermummungsverbot<sup>22</sup> für die Bezirke eins bis neun erlassen. Ungewöhnlich war zum einen die Größe der Fläche, für die das Betretungs- und Aufenthaltsverbot verfügt wurde. Es umfasste einen weitaus größeren Bereich als die beiden Platzverbote, die anlässlich des Besuchs von US-Präsident Bush im Jahr 2006<sup>23</sup> und des Akademikerballs im Jahr 2013<sup>24</sup> verhängt wurden. Das Platzverbot stellte damit in quantitativer Hinsicht ein Novum in der österreichischen Geschichte dar. Zum anderen ging auch das *allgemeine* Vermummungsverbot – als solches schon für sich genommen ein Novum – in seiner räumlichen Reichweite über das ohnehin bestehende Vermummungsverbot *im Rahmen* von Versammlungen<sup>25</sup> weit hinaus, insofern es für die Innere Stadt und alle daran angrenzenden Bezirke galt: Insgesamt umfasste es ein mehr als 40 Quadratkilometer großes Gebiet teilweise fernab der Proteste, in dem etwa 400.000 Menschen wohnen.<sup>26</sup> Mit dem Platzverbot wurden *erstens* Räume der Inneren Stadt rund um die Wiener Hofburg für Demonstrant\_innen, aber auch für alle anderen Menschen unzugänglich ge-

19 Ebd.

20 LV W-WAB-Allg/3633/2013.

21 § 49 SPG ist eine sehr weitreichende Ermächtigung der Sicherheitsbehörden. Diese sind berechtigt, mit Verordnung „allgemeine Anordnungen“ zu treffen, um in außergewöhnlich großem Umfang auftretende allgemeine Gefahren für Leben, Gesundheit oder Vermögen abzuwehren. Soweit ersichtlich wurde am 24.1.2014 zum ersten Mal ein allgemeines Vermummungsverbot verfügt. Zu dieser Bestimmung siehe *Hauer/Keplinger*, Handbuch zum Sicherheitspolizeigesetz (1993) 257; *Hauer/Keplinger*, Kommentar zum Sicherheitspolizeigesetz (2011) 515.

22 Die „Verordnung der Landespolizeidirektion Wien betreffend Vermummungsverbot im Stadtgebiet“ (Vermummungsverbotsverordnung) ist unter [http://www.wienerzeitung.at/nachrichten/wien/stadtpolitik/601803\\_Polizeiverordnet-Vermummungsverbot.html](http://www.wienerzeitung.at/nachrichten/wien/stadtpolitik/601803_Polizeiverordnet-Vermummungsverbot.html) abrufbar (6.2.2014).

23 Zur Größe des anlässlich des Besuchs von US-Präsident Bush im Jahr 2006 verhängten Platzverbots vgl *Der Standard Online*, Sperrzonen und Parkverbote um Hofburg und Hotel Intercontinental, 20.6.2006, <http://derstandard.at/2479468> (5.2.2104).

24 Zur Größe des anlässlich des Akademikerballs 2013 verhängten Platzverbots vgl *Die Presse.com*, Akademikerball: Sorge vor „größtmöglicher Eskalation“, 31.1.2013, [http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/1339192/Akademikerball\\_Sorge-vor-grosstmoglicher-Eskalation](http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/1339192/Akademikerball_Sorge-vor-grosstmoglicher-Eskalation) (6.2.2014).

25 § 9 Versammlungsgesetz (VersG) enthält, freilich beschränkt auf die Teilnahme an einer Versammlung, eben jene Verbote, die mit der Vermummungsverbotsverordnung allgemein für die Bezirke eins bis neun verfügt wurden.

26 Vgl [www.wien.gv.at/statistik/pdf/wieninzahlen.pdf](http://www.wien.gv.at/statistik/pdf/wieninzahlen.pdf) (5.2.2104).

macht<sup>27</sup>; Ausnahmen<sup>28</sup> bestanden lediglich für bestimmte Staatsorgane, Ballgäste, Anrainer\_innen und (stark eingeschränkt) akkreditierte Medienvertreter\_innen. Verstöße gegen das Platzverbot konnten jeweils mit einer Geldstrafe bis zu 500 € bestraft werden<sup>29</sup>; sie ermächtigten die Polizei dem Grunde nach zudem zu Identitätsfeststellungen und Festnahmen<sup>30</sup>. Das allgemeine Vermummungsverbot untersagte es *zweitens*, die Gesichtszüge an öffentlichen Orten durch nicht näher definierte Kleidungsstücke oder Gegenstände zu verhüllen, um die Wiedererkennung zu verhindern, sowie auch Gegenstände mit sich zu führen, die „ihrem Wesen nach dazu bestimmt sind, die Feststellung der Identität zu verhindern“<sup>31</sup>. Laut dem Verfassungsrechtler *Funk* stellte sich die Sicherheitsbehörde mit dem Vermummungsverbot einen „Blankoschein für polizeiliches Einschreiten und das Verhängen von Sanktionen“ aus.<sup>32</sup> Tatsächlich hing die Frage, ob das Tragen etwa eines bis zur Nase gezogenen Schals und einer tief in die Stirn gezogenen Mütze unter das Vermummungsverbot fiel oder nicht, lediglich von der *Absicht* ab, in der das Kleidungsstück angezogen wurde.<sup>33</sup> Das Vermummungsverbot, damit stark auf subjektive Tatbestandselemente und unklare Begriffe abstellend<sup>34</sup>, ließ den Polizist\_innen bei der konkreten Anwendung der Strafnorm insofern einen erheblichen Spielraum. Ihnen wurde so die Möglichkeit eröffnet, etwa Gegenstandsbeschlagnahmungen oder Identitätsfeststellungen<sup>35</sup> bloß aufgrund von vermuteten „Szene“-Zugehörigkeiten durchzuführen.<sup>36</sup> In diesem Zusammenhang ist auch die Aussage von *Zwettler*, Leiter des Wiener Landesamtes für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung, zu verstehen, dass sich die „Verordnung nicht gegen die Bürgerinnen und Bürger, die einen Schal haben und vom Einkaufen nach Hause gehen, [richtet]. Wir brauchen diese Verordnung, um eine Rechtsgrundlage zu haben, um Leute, die sich ver mummen und augenscheinlich (!) gewaltbereit sind, kontrollieren zu können.“<sup>37</sup>

27 Die Errichtung derartiger Sperrzonen wird in der Literatur allgemein als Reaktion auf dezentrale Strategien der Demonstrant\_innen verhandelt, wie sie zuerst bei Gipfelprotesten auftraten. Orte des Protests werden bei derartigen Strategien für die Polizei unvorhersehbarer. Siehe *Petzold/Pichl*, Kriminologisches Journal 2013, 216.

28 § 3 LV W-WAB-Allg/3633/2013.

29 § 4 LV W-WAB-Allg/3633/2013 iVm § 84 Abs 1 Z 1 SPG.

30 Beides auf Basis von § 35 Verwaltungsstrafgesetz (VStG).

31 § 1 Z 2 Vermummungsverbotsverordnung.

32 *Sterkl*, Vermummungsverbot laut Verfassungsjurist „unverhältnismäßig“, Der Standard Online v 22.1.2014, <http://derstandard.at/1389857874968/Gesicht-verhuelen-verboten-Laut-Verfassungsjurist-unverhaeltnismaessig> (5.2.2104).

33 § 1 Z 1 Vermummungsverbotsverordnung verbietet es nämlich lediglich, das Gesicht zu verhüllen oder zu verbergen, um die Wiedererkennung zu verhindern. Trägt man Schal und Mütze jedoch nicht, um seine Wiedererkennung zu verhindern, sondern um sich zu wärmen, verstößt man nicht gegen das Vermummungsverbot.

34 Unklare Begriffe liegen vor, weil das Verbot nach § 1 Z 2 Vermummungsverbotsverordnung ua auf das „Wesen“ eines Gegenstandes abstellt, ohne zu erläutern, wie dieses zu erkennen ist.

35 Ein Verstoß gegen das Vermummungsverbot konnte wie die Verletzung des Platzverbotes mit einer Geldstrafe von bis zu 500 € geahndet werden (§ 5 Vermummungsverbotsverordnung iVm § 84 Abs 1 Z 3 SPG) und ermächtigte die Polizei grundsätzlich ebenso zu Eingriffsmaßnahmen bis hin zu einer Festnahme (§ 35 VStG).

36 Damit lag das polizeiliche Vorgehen de facto gar nicht so unweit vom Vorschlag des „Freiheitlichen Akademikerverbands“ entfernt, der für den Ball ein verdachtsunabhängige Kontrollen ermöglichendes „Gefahrengebiet“ nach Hamburger Vorbild eingefordert hatte, siehe [https://twitter.com/offensive\\_nowkr/status/420931104426561537/photo/1/large](https://twitter.com/offensive_nowkr/status/420931104426561537/photo/1/large) (2.2.2014). Zu den Hamburger Gefahrengebieten allg vgl *Belina/Wehrheim*, „Gefahrengebiete“, Soziale Welt 2011.

37 *wien. ORF.at*, Polizei verordnet Vermummungsverbot, 22.1.2014, <http://wien.orf.at/news/stories/2626787> (9.2.2014).

Die so eigens hergestellten Verbots- und Eingriffsräume wiederum, konkreter das Platzverbot, bildeten *drittens* die Grundlage für die Untersagung der für den Heldenplatz vor der Hofburg geplanten Kundgebung „Kein Europa des Rechtsextremismus“.<sup>38</sup> Da die Polizei für den beabsichtigten Versammlungsort in der Zwischenzeit ein Platzverbot erlassen und das Betreten des Gebiets zur Verwaltungsübertretung erklärt hatte, würden, so die Begründung der Polizei, die Versammlungsteilnehmer\_innen im Rahmen ihrer Versammlung schließlich zwangsläufig gegen das Platzverbot verstoßen und Verwaltungsübertretungen begehen, weshalb die Versammlung gem § 6 VersG zu untersagen sei.<sup>39</sup> Man kann sich dabei des Eindrucks nicht erwehren, dass die LPD auf diese Weise versuche, die vom Verfassungsgerichtshof entwickelten strengen Anforderungen an präventive Untersagungen von Versammlungen<sup>40</sup> im Wege eines lakonischen Verweises auf ein – noch dazu von ihr selbst erlassenes – Platzverbot zu umgehen.

Über die bisher angesprochenen Probleme bei der Anwendung der Vermummungsverbotsverordnung hinaus waren die Verordnungen als gesetzwidrig zu qualifizieren, da sie dem in § 29 Sicherheitspolizeigesetz (SPG) für polizeiliche Maßnahmen normierten Gebot der Verhältnismäßigkeit widersprachen<sup>41</sup>: In Bezug auf das Platzverbot war zu bezweifeln, dass sich die diesjährige Situation von jener der letzten Jahre so erheblich unterschied, dass es erforderlich war, ein Betretungs- und Aufenthaltsverbot für ein weitaus größeres Gebiet zu erlassen. Die Erforderlichkeit der Vermummungsverbotsverordnung war ebenso in Zweifel zu ziehen: Bereits aufgrund des weiten örtlichen Anwendungsbereichs, insbesondere aber in Anbetracht des ohnedies geltenden versammlungsrechtlichen Vermummungsverbots, das im Vergleich zu einem allgemeinen Vermummungsverbot ein gelinderes Mittel darstellt, konnte die LPD Wien nicht überzeugend darlegen, dass ein allgemeines Vermummungsverbot für ein derart großflächiges Gebiet tatsächlich erforderlich war. Das Platzverbot muss zudem aus grundrechtlicher Sicht kritisiert werden: Zum einen weil es einen Eingriff in die Freizügigkeit<sup>42</sup> darstellte, zum anderen weil es die höchst problematische Untersagung der auf dem Heldenplatz geplanten Versammlung zur Folge hatte.

Darüber hinaus lassen beide Verordnungen deutlich Rechtsschutzdefizite erkennen. Grundsätzlich besteht der einzige für ein Individuum rechtlich durchsetzbare Weg, die thematisierten Verordnungen vom VfGH auf ihre Rechtmäßigkeit prüfen zu lassen, darin, gegen die Verbote zu verstoßen, um auf Basis der jeweiligen Verordnung bestraft zu werden. Der Strafbescheid kann dann im Rechtsmittelweg bekämpft werden.<sup>43</sup>

---

38 Der Untersagungsbescheid ist unter <http://georgprack.files.wordpress.com/2014/01/untersagungsbescheid.pdf> abrufbar (7.2.2014).

39 Ebd.

40 VfGH 14.03.2013, B1037/11.

41 Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt insbesondere, dass die angewandten Polizeimaßnahmen das geringste zur Zielerreichung geeignete Mittel darstellen. Dementsprechend durften die Verordnungen auch nicht für einen größeren Bereich als notwendig erlassen werden.

42 So auch *Berka*, *Verfassungsrecht*<sup>5</sup> (2013) 427.

43 In der Folge kann dann in einer Beschwerde an den VfGH schließlich die Rechtswidrigkeit der Verordnung geltend gemacht werden. Dieser Weg ist freilich wenig attraktiv, da er voraussetzt, dass man eine Verwaltungsübertretung

### ... und in den Medien

Die räumliche Zonierung hatte den Zweck, Orte zu kreieren, in denen weit über den Bereich des Protestanlasses sowie die Protestbereiche hinaus extensive polizeiliche Eingriffsmöglichkeiten bestehen würden. Hierbei ist in Rechnung zu stellen, dass Raum nicht als „passive Registrierplatte oder ‚an sich‘ kriminogener Faktor“ verstanden werden kann.<sup>44</sup> Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass derartige Räume über polizeilich-staatliche Praxen als kriminalitäts- oder gewaltbelastet erst konstruiert werden. Für die Umsetzung der rechtswidrigen räumlichen Maßnahmen war insofern ihre legitimatorische Vorbereitung durch diskursive *Raumproduktionen* maßgeblich.<sup>45</sup> Konkreter ging es dabei um die mediale Strategie der *Konstruktion* gefährlicher Menschen und gefährlicher Räume. Mit der *ex ante*-Kriminalisierung der Versammlungsteilnehmer\_innen – insbesondere indem die Polizei einmal mehr die polizeiliche Konstruktion eines prinzipiell gewaltbereiten, politisch homogenen Schwarzen Blocks bemühte und in diesem Zusammenhang die in geringen Zahlen aus Deutschland anreisenden Demonstrant\_innen pauschal zu gewaltbereiten und gewalttätigen Personen stilisierte – wurde der Bereich der Inneren Stadt rund um den Ball als tendenziell *gewaltbelasteter* Ort definiert. So wusste bspw der Leiter des Wiener Landesamtes für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung *Zwettler* in den Tagen vor dem Ball zu berichten, dass die Polizei Kenntnisse darüber habe, „dass deutsche Aktivisten wesentlich brutaler vorgehen, als hierzulande geplant“.<sup>46</sup> In die gleiche Kerbe schlug der Wiener Polizeipräsident *Pürstl*, der die Proteste gegen den „Akademikerball“ vorab als einen „außergewöhnlichen Zustand in Wien“ markierte. Bei „so einer Gewaltbereitschaft“, so *Pürstl* weiter, könne er sich „nicht zurücklehnen und schauen, was passiert“.<sup>47</sup> Die so als fremd und außergewöhnlich konstruierte Gefahr sollte auch außergewöhnliche Mittel rechtfertigen – bisher ungekannt extensive und rechtswidrige präventive Freiheitsbeschränkungen und den Einsatz von 2000 Polizist\_innen aus ganz Österreich. Weniger schien hierbei die Darstellung einer „objektiven“ Sicherheitslage im Vordergrund zu ste-

---

begeht, sich also potentiell sogar einer Festnahme aussetzt und bestraft wird. Ein Individualantrag (IA) gem Art 139 Abs 1 Z 3 B-VG kommt bei solchen Verordnungen, die nur kurze Zeit in Kraft sind, de facto nicht in Betracht, da ein IA nach der Rsp des VfGH nur zulässig ist, wenn die bekämpfte Verordnung grundsätzlich sowohl zum Zeitpunkt des Einlangens des IA beim VfGH als auch zum Zeitpunkt der Entscheidung des VfGH über den IA in Kraft ist (vgl VfSlg 16.224/2001). Der VfGH braucht jedoch erfahrungsgemäß mindestens drei Monate, um eine Entscheidung zu treffen; die durchschnittliche Verfahrensdauer betrug im letzten Jahrzehnt rund acht Monate (Bericht des Verfassungsgerichtshofes über seine Tätigkeit im Jahr 2012, 48 abrufbar unter [http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/attachments/3/0/2/CH0011/CMS1368782507417/taetigkeitsbericht\\_vfgh\\_2012\\_innteil.pdf](http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/attachments/3/0/2/CH0011/CMS1368782507417/taetigkeitsbericht_vfgh_2012_innteil.pdf) [11.2.2014]).

44 *Belina*, Räume der Kriminalisierung, Kriminologisches Journal 2013, 163 (163); siehe auch *Belina/Wehrheim*, Gefahrenggebiete.

45 So auch *Petzold/Pichl*, Kriminologisches Journal 2013, 218 in Bezug auf Bloccupy 2012.

46 *Die Presse.com*, FPÖ-Ball: Die Polizei warnt vor gewalttätigen deutschen Aktivisten, 22.1.2014, [http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/1552132/FPÖBall\\_Polizei-warnt-vor-gewalttaetigen-deutschen-Aktivisten](http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/1552132/FPÖBall_Polizei-warnt-vor-gewalttaetigen-deutschen-Aktivisten) (4.2.2014).

47 *Schreiber*, Akademikerball: Für Polizei „außergewöhnlicher Zustand“, Kurier Online, 24.1.2014, <http://kurier.at/chronik/wien/akademikerball-fuer-polizeipraesident-puerstl-aussergewoehnlicher-zustand/47.720.056> (4.2.2014).

hen als eine Kriminalisierung bestimmter Räume und Menschen unter Adressierung des Sicherheitsgefühls der Öffentlichkeit. Inwieweit derartige mediale Kriminalisierungen und entsprechende polizeiliche Strategien durchsetzbar sind, hängt jedoch immer auch von der Legitimität der Proteste ab, denn diese verhalten sich komplementär zur Legitimität des polizeilichen Vorgehens.<sup>48</sup> Es muss an dieser Stelle ausreichen, auf die besonders kurze Tradition von *Großdemonstrationen* gegen rechtsextreme Veranstaltungen in Österreich, mithin auf die relative Akzeptanz derartiger Treffen innerhalb der Gesellschaft hinzuweisen. Hinzu kommt das Versäumnis der Auseinandersetzung mit Formen zivilen Ungehorsams<sup>49</sup>, etwa Blockadetechniken und selbst Demonstrationen. Deutlich wird die geringe Akzeptanz für derartige Formen politischer Partizipation anhand etwa der Äußerung des Wiener Polizeipräsidenten in der Diskussionsendung „Im Zentrum“ zwei Tage nach den Protesten, in der er davon spricht, dass mit dem Vermummungsverbot Demonstrant\_innen „polizeilich zur Strecke gebracht werden“ sollten.<sup>50</sup> Mit ähnlicher Geringschätzung bezeichnete Bürgermeister Häupl im Nachhinein Teile der Demonstrant\_innen als „anarchistischen Gewaltimport“.<sup>51</sup> Erst die *diskursive* Produktion von gefährlichen Menschen und Räumen und ihre mediale Rezeption in dem oben dargestellten Kontext schuf somit die legitimatorische Basis für die *rechtlichen Raumproduktionen* auf dem Verordnungsweg.

Die vorab produzierte Problemwahrnehmung eines gewaltbesetzten Raums sollte aus Legitimitätsgründen vorausschauend auch während der Proteste aufrechterhalten werden. Zu diesem Zweck wurde ua mit der Begründung des Schutzes der Medienvertreter\_innen<sup>52</sup> der nahezu vollständige Ausschluss dieser aus der Platzverbotszone verfügt – eine Ausnahme bestand lediglich für akkreditierte Journalist\_innen, die das Gebiet in der Zeit von 20:15 bis 20:45 in polizeilicher Begleitung betreten durften, obgleich die Proteste bereits gegen 17:00 starteten und etwa bis Mitternacht andauerten. Der Polizei kam so im Effekt nicht nur ein Informationsmonopol, sondern auch die Deutungshoheit über die Ereignisse in der Sperrzone zu.<sup>53</sup> Die Beschränkung der Pressefreiheit wurde von diversen Seiten heftig kritisiert<sup>54</sup> und vom Vorsitzenden der Journalistengewerkschaft sogar als

---

48 Winter, Protest Policing (19).

49 Kreissl im Interview, „Zerschlagene Fensterscheiben sind die Kosten einer modernen Gesellschaft“, Der Standard Online, v. 4.2.2014, <http://derstandard.at/1389859214656/Zerschlagene-Fensterscheiben-sind-die-Kosten-einer-modernen-Gesellschaft> (5.2.2104).

50 Pürstl in der Diskussionsveranstaltung „Im Zentrum“ am 26.1.2014, abrufbar unter <http://www.youtube.com/watch?v=zra7b1TasIA> (7.2.2014).

51 Der Standard Online, Häupl kritisiert Polizeieinsatz bei Akademikerball, 28.1.2014, <http://derstandard.at/1389858485711/Haeupl-kritisiert-Polizeieinsatz-bei-Akademikerball> (8.2.2014).

52 Der Standard Online Platzverbot soll Journalisten vor „Körperverletzungen“ schützen, 24.1.2014, <http://derstandard.at/1389858101373/Polizei-Platzverbot-soll-Journalisten-vor-Koerperverletzungen-schuetzen> (8.2.2014).

53 Dass eine (mediale) Kontrolle der Vorgänge in diesem Drittel des ersten Bezirkes damit nahezu ausgeschlossen war, ist evident.

54 Ein offener Brief von Redakteur\_innen des Standard sowie den Redakteursrät\_innen von ORF und Puls 4 ist unter <http://derstandard.at/1389858202647/Medien-wehren-sich-gegen-Einschraenkungen-bei-der-Berichterstattung> abrufbar (7.2.2014).

„Zensurmaßnahme“<sup>55</sup> bezeichnet. Retrospektiv lässt sich auch das Vermummungsverbot als über die Bande des Rechts prozessierte, jedoch vorrangig auf medialer Ebene ausgespielte Strategie einordnen, mittels der die Konstruktion einer exzeptionellen Gefahr untermauert werden sollte. Denn sie diene, da sie kaum oder gar nicht exekutiert wurde, anscheinend nur sekundär als notwendige Strafnorm.

Auch in den Tagen nach dem Protest verteidigte die Polizei ihre Sicht der Dinge erfolgreich. Die präventive Logik ihrer Einsatzstrategie sorgte dabei für Immunität: *Praevenire* bezeichnet in seiner ursprünglichen lateinischen Wortbedeutung das Handlungsprinzip des Zuvorkommens.<sup>56</sup> Da präventive Einsatzstrategien die Formierung eines unerwünschten Ereignisses verhindern sollen, können diese stets damit gerechtfertigt werden, dass Nicht-Interventionen zum Eintreten eines solchen Ereignisses geführt hätten. Trotz massiver öffentlicher Kritik am polizeilichen Vorgehen sprach *Pürstl* denn auch – unter Berufung auf aus Sicherheitsgründen unter Verschluss gehaltenen Gefahrenprognosen und -diagnosen – von der Angemessenheit der Maßnahmen.<sup>57</sup> Weiter betonte die Polizei, dass der Einsatz ein „riesiger Erfolg“ war, hatte man es – nicht zuletzt dank des großflächigen Platzverbots – trotz „einer neuen Form der Gewalt“ doch geschafft, die Ballbesucher\_innen zu schützen.<sup>58</sup> Mit den Entglasungen einiger Schaufenster in der Innenstadt hätte man hingegen nicht rechnen können, deshalb seien diese auch nicht zu verhindern gewesen.<sup>59</sup> Als möglichen Fehler in der polizeilichen Strategie erkannte *Pürstl* ein paar Tage später lediglich, dass die Polizei zu lange deeskalierend vorgegangen sei, man hätte den dennoch aufgetretenen Gewalttaten vielmehr schneller „mit Waffengebrauch“ entgegentreten müssen.<sup>60</sup>

## Geistertanz

Für polizeiliche Strategien des *Protest Policing* beobachten Kriminolog\_innen für die letzten Jahre Maßnahmen räumlicher Strategien des Polizierens, die zum einen den Protest vom Ort des Protestanlasses tendenziell verdrängen und zum anderen polizeiliche Eingriffsbefugnisse ausweiten; dies geschieht oftmals unter der rechtswidrigen „Suspendierung“ von Grundrechten. *Petzold* und *Pichl* haben genau dieses Phänomen im Rahmen der Polizeistrategie anlässlich von Blockupy Frankfurt 2012 festgestellt.<sup>61</sup> Eine

55 [www.gpa-djp.at/servlet/ContentServer?pagename=GPA/Page/Index&n=GPA\\_2.2.x.a&cid=1389978012306](http://www.gpa-djp.at/servlet/ContentServer?pagename=GPA/Page/Index&n=GPA_2.2.x.a&cid=1389978012306) (7.2.2014).

56 *Bröcklig*, Vorbeugen ist besser ... zur Soziologie der Prävention, *Behemoth* 2008, 38 (39).

57 *Pürstl* in der Diskussionsveranstaltung „Im Zentrum“ am 26.1.2014. Die Sendung ist unter <http://www.youtube.com/watch?v=zra7b1TasIA> abrufbar (8.2.2014).

58 *Kurier Online*, Parteien-Hick-Hack nach dem Akademikerball, 27.1.2014, <http://kurier.at/politik/inland/parteien-hickhack-nach-dem-akademikerball-fpoe-stellt-klage-gegen-junge-gruene-in-den-raum/48.305.491#secton-48327849> (7.2.2014).

59 *Pürstl* in der Diskussionsveranstaltung „Im Zentrum“ am 26.1.2014.

60 *Der Standard Online*, Pürstl: Polizei agierte möglicherweise zu defensiv, 30.1.2014, <http://derstandard.at/1389858707446/Puerstl-Zu-lange-deeskalierende-Taktik-am-Stephansplatz> (7.2.2014).

61 *Petzold/Pichl*, *Kriminologisches Journal* 2013. Demonstrationstotalverbote gingen in Frankfurt mit der polizeilichen Produktion eines „gefährdeten Raums“ einher. Dieser so konstruierte Raum konnte dann entsprechend den aus dem

ebensolche Beobachtung ließ sich für die Polizeistrategie anlässlich der Proteste gegen den „Akademikerball“ 2014 vornehmen. Hatte das Evaluierungsteam des Innenministers etwa bei der Räumung des Freud-Parks vor der Wiener Votivkirche im Dezember 2012 noch gewisse „Dellen“ in der öffentlichen Wahrnehmung beklagt und sich vorgenommen, für künftige Einsätze eine gezieltere Medienarbeit zu leisten<sup>62</sup>, so konnte beim Einsatz zum „Akademikerball“ über die diskursive Konstruktion gewaltbelasteter und damit gefährlicher Orte die Grundlage geschaffen werden, auf dem Verordnungsweg großflächige Sperr- und Eingriffszonen einzurichten und darüber Grundrechte einzuschränken. Unter partieller Ausschaltung der Medien während, und gezielter Öffentlichkeitsarbeit vor und nach den Protesten versuchte man darüber hinaus, die Kontrolle über die Deutungshoheit auch für das Protestgeschehen selbst aufrechtzuerhalten. Maßgeblich zeigte sich, wie mittlerweile für Großeinsätze üblich, eine dreispurige – die rechtliche, polizeipraktische und mediale Ebene fokussierende – Strategie, welche hier wesentlich räumliche Aspekte berücksichtigte. Angesichts dieses polizeilichen Vorgehens scheint die Beobachtung *Benjamins* eines weit über eine nur ausführende Funktion hinausreichenden Polizeiapparats gegenwärtig mehr als aktuell: Es zeigt sich, dass mit dem weiteren Erstarren des präventiven Gedankens im *Protest Policing* der Umstand, dass das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit auch eine Pflicht der Polizei beinhaltet, Versammlungen aktiv durch geeignete Maßnahmen zu schützen<sup>63</sup>, zunehmend in den Hintergrund tritt. Stattdessen scheint es aus polizeilicher Sicht legitim, sich mit kaum begründungspflichtigen Verordnungen und auf Basis von sehr weiten gesetzlichen Grundlagen selbst zu ermächtigen<sup>64</sup>, Strategien räumlicher Kontrolle, wie sie in dieser Form den großen, transnationalen Gipfelprotesten entstammen, auch auf vergleichsweise kleinere Protestanlässe zu übertragen. Fast lässt sich der Eindruck gewinnen, dass Demonstrationen in diesem Zuge weniger als Bestandteil politischer Partizipation, denn als Störung aufgefasst werden.

Mag. Lorenz Dopplinger ist Assistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien sowie Redaktionsmitglied des *juridikum*; [lorenz.dopplinger@univie.ac.at](mailto:lorenz.dopplinger@univie.ac.at)

Mag.<sup>a</sup> Andrea Kretschmann (M.A.) (Soziologin und Kriminologin) ist Promotionsstipendiatin an der Universität Bielefeld und aktuell Austauschstipendiatin der Johns Hopkins University sowie Redaktionsmitglied des *juridikum*; [andrea.kretschmann@uni-bielefeld.de](mailto:andrea.kretschmann@uni-bielefeld.de)

---

Gipfelpolicing bekannten Strategien der Sperrzonen für Demonstrat\_innen unzugänglich gemacht werden. Von besonderer Bedeutung stellte sich für die Polizei diesbezüglich die Kontrolle über die Deutungshoheit dar.

62 *Der Standard Online*, Protestcamp vor Votivkirche: Räumung für Innenministerium korrekt, 12.2.2013, <http://derstandard.at/1360681327224/Protestcamp-vor-Votivkirche-Polizei-bewertet-Raeumung-als-korrekt> (2.2.2014).

63 Sowohl der VfGH als auch der EGMR gehen davon aus, dass sich aus der in Art 11 EMRK normierten Versammlungsfreiheit eine staatliche Schutzpflicht für Versammlungen ableiten lässt (vgl. VfSlg 12.501/1990 und EGMR U 21.6.1988, 10126/82, Plattform „Ärzte für das Leben“/Österreich).

64 Damit wird die Technik angesprochen, dass die LPD mittels Verordnung Verwaltungsstrafen einführt und damit den Exekutivorganen Eingriffsbefugnisse verleiht.

# „... eine die Sicherheit der Allgemeinheit bezweckende Maßregel ...“<sup>1</sup>

Zwangskastrationen und „Freiwillige Entmannungen“  
im Nationalsozialismus

Roman Birke

---

Der in der niederösterreichischen Gemeinde Hohenruppersdorf geborene und in Linz als Krankenpfleger tätige Karl K. wurde am 11. Mai 1938 in Untersuchungshaft genommen. Ihm wurde vorgeworfen, mit zwei Patienten des Krankenhauses der Barmherzigen Brüder sexuell verkehrt zu haben – ein Verstoß gegen § 129 I b StG, der in Österreich bereits 1852 eingeführt worden war und bis 1971 homosexuelle Handlungen als „Unzucht wider die Natur“ kriminalisierte. Am 30. Juni 1938 kam es zur Hauptverhandlung vor dem Landesgericht Linz. Karl K. verzichtete auf eine Verteidigung, legte ein Geständnis ab und gab seine Homosexualität zu: „Ich empfinde absolut keine Neigung zu den Frauen. Ich war auch beim Militär und dort hat man mir oft Geld gegeben, um mit Prostituierten verkehren zu können, aber ich empfand keinerlei Reize.“ Dem Gericht versicherte er, zukünftig von gleichgeschlechtlichen sexuellen Handlungen Abstand nehmen zu wollen. Um seine Aussage zu unterstreichen, gab er während der Verhandlung zu Protokoll, bei einem nicht näher genannten Arzt einen Antrag auf „Entmannung“ gestellt zu haben.<sup>2</sup> Der Begriff „Entmannung“ bezeichnete die operative Entfernung der männlichen Keimdrüsen, also die Kastration.<sup>3</sup> Galten Kastrationen vor der nationalsozialistischen Machtübernahme 1933 in Deutschland bzw 1938 in Österreich noch als Körperverletzung,<sup>4</sup> wurde die sogenannte „Freiwillige Entmannung“ homosexueller Männer 1935 in Deutschland legalisiert. Als freiwillig galt die Kastration

---

1 Vogel, *Freiwillige Entmannung* (jur Diss 1939) 15.

2 LG Akt Karl K., Oberösterreichisches Landesarchiv (folgend OÖLA) 6 Vr 828/38. Siehe zur historischen Kontextualisierung der Verfolgung von Karl K.: *Knoll/Brüstle*, *Verfolgung von Homosexuellen in Oberösterreich in der NS-Zeit*, in *Oberösterreichisches Landesarchiv* (Hrsg), *Oberösterreich in der Zeit des Nationalsozialismus*, Reichsgau Oberdonau, Aspekte 2 (2005) 149–204.

3 Nur in sehr wenigen Fällen wurde auch über die Möglichkeit gesprochen, die Keimdrüsen von Frauen aus kriminalpolitischer Indikation zu entfernen, um möglichen Konflikten mit dem Strafgesetz vorzubeugen. So wurde etwa diskutiert, ob Diebstähle von Frauen mit deren Menstruation in Verbindung gebracht werden könnten, die Beweise dafür wurden jedoch als wenig stichhaltig betrachtet. Die Kastrationsbestimmungen beschränkten sich daher nur auf Männer.

4 *Zur Nieden*, „Entmannung“. Zum juristisch-medizinischen Umgang mit abweichendem Sexualverhalten im Nationalsozialismus, *Zeitschrift für Geschichtswissenschaft* 2005/9, 791–808 (793).

dann, wenn die betroffenen Männer ihre Bereitschaft zu dem Eingriff durch einen Antrag bekundeten. Männer wie Karl K., die aufgrund homosexueller Handlungen in das Blickfeld der Justiz gerieten, mussten formell ihre Zustimmung zur Kastration geben. Als „gefährliche Sittlichkeitsverbrecher“ klassifizierte Männer konnten im nationalsozialistischen Deutschland seit 1934 auch ohne Zustimmung einer Zwangskastration unterworfen werden. Formell galt die Kastration dabei nicht als Strafe, sondern als eine neben der gerichtlich verhängten Strafe angeordnete „Maßregel der Sicherung und Besserung“. Insgesamt wurden im Nationalsozialismus etwa 2800 Männer per Zwang kastriert, die meisten waren vorher wegen sexuellen Handlungen mit Kindern angeklagt und verurteilt worden.<sup>5</sup>

Die im Nationalsozialismus erfolgte Legalisierung der Kastration wirft mehrere Fragen auf: Weshalb wurde bereits in der Frühphase des Nationalsozialismus ein entsprechendes Gesetz geschaffen? Welche strafrechtlichen und gesellschaftspolitischen Erwartungen wurden an die Kastration geknüpft? Wie verhielten sich Juristen und Mediziner<sup>6</sup> zu den neuen gesetzlichen Möglichkeiten? Und wieso mussten Homosexuelle formell der Kastration zustimmen? Um diese Fragen zu beantworten, werde ich einleitend einen Überblick über die gesetzlichen Grundlagen der Kastration geben. Danach werde ich die politische Aufladung der Kastrationsbestimmungen im Kontext der Formierungsphase des Nationalsozialismus diskutieren, die wichtigsten Stränge der juristischen und medizinischen Diskussion anhand von ausgewählten Publikationen<sup>7</sup> zur Kastration nachzeichnen und Beiträge besprechen, in denen die Ausweitung der Zwangskastration auf Homosexuelle gefordert wurde. Dabei kann verdeutlicht werden, in welcher Form Juristen und Mediziner an der ideologischen Verteidigung der neu geschaffenen gesetzlichen Möglichkeiten mitwirkten. Abschließend werde ich danach fragen, inwiefern sich rezente Publikationen zur Kastration von Sexualstraftätern auf jene scheinbaren medizinischen Erkenntnisse berufen, die im Nationalsozialismus durch Nachuntersuchungen von kastrierten Männern erzielt worden sind.

## 1. Gesetzliche Grundlagen von Zwangskastration und „Freiwilliger Entmannung“

Im Nationalsozialismus wurden die biopolitischen Zugriffsmöglichkeiten auf den menschlichen Körper deutlich ausgedehnt. Bereits in den ersten Monaten nationalsozi-

---

<sup>5</sup> Langelüddeke, Die Entmannung von Sittlichkeitsverbrechern (1963) 1.

<sup>6</sup> Da im untersuchten Korpus nur männliche Autoren Beiträge zur Kastration verfassten, wird nur die männliche Form verwendet.

<sup>7</sup> Im vorliegenden Beitrag wird ein Auszug der Ergebnisse einer Auswertung wissenschaftlicher Arbeiten (in erster Linie Dissertationen) präsentiert, die sich in ihren Titeln mit Kastration und „Freiwilliger Entmannung“ beschäftigten. Die für Medizin, Rechtswissenschaften bzw. Kriminalbiologie relevanten Zeitschriften *Deutsche Justiz*, *Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform* (später: *Kriminalbiologie und Strafrechtsreform*) und *Kriminalistik*, *Wiener Klinische Wochenschrift*, *Wiener Medizinische Wochenschrift* sowie die Wiener Ausgabe der Zeitschrift *Deutsches Recht* wurden ebenfalls systematisch ausgewertet.

alistischer Herrschaft wurde das *Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses* (GzVeN) entworfen und mit 1. Jänner 1934 in Kraft gesetzt.<sup>8</sup> Die darin geregelten Zwangssterilisationen sollten in der biologistischen Weltsicht des Nationalsozialismus unerwünschten Nachwuchs verhindern und bildeten einen Eckpfeiler der antinatalistischen Maßnahmen des Regimes.<sup>9</sup> Die Sterilisationen erfolgten auf Grundlage eugenischer Indikation und sollten den sogenannten Erbwert der als deutsch klassifizierten Bevölkerung verbessern. Im Gegensatz dazu wurden Kastrationen im medizinischen und strafrechtlichen Diskurs mehrheitlich nicht eugenisch begründet. Vielmehr sollten sie den Sexualtrieb auslöschen, um sexuelle Betätigung per se zu verhindern. Der nationalsozialistische Staat verfolgte damit kriminalpolitische und gesellschaftspolitische Ziele: Sexualstraftaten sollten dadurch verringert, Homosexualität zurückgedrängt werden. Im Gegensatz zu eugenischen Zielsetzungen stand nicht die Verhinderung von Nachwuchs, sondern die Verhinderung von Sexualität im Vordergrund.

Die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen wurden im nationalsozialistischen Deutschland erlassen und traten nach dem „Anschluss“ 1938 sukzessive auch in Österreich in Kraft. Zwangskastrationen wurden durch das 1934 in Kraft getretene *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung* (Gewohnheitsverbrechergesetz, GVG) legalisiert.<sup>10</sup> Das Gesetz verankerte zwei zentrale Änderungen im *Reichsstrafgesetzbuch* (RStGB): In einem ersten Teil des Gesetzes wurde die Kategorie des „gefährlichen Gewohnheitsverbrechers“ eingeführt, die den Gerichten die Möglichkeit einer weitgehenden Ausdehnung des Strafmaßes gab.<sup>11</sup> In einem zweiten Teil wurden insgesamt sieben „Maßregeln der Sicherung und Besserung“ festgeschrieben. Neben der Unterbringung in Heil- und Pflegeanstalten, Trinkerheilanstalten und Arbeitshäusern, der Sicherungsverwahrung, der Untersagung der Berufsausübung und der Reichsverweisung konnte nach § 42 k GVG auch die Kastration „gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher“ per Zwang vollzogen werden. Für eine Klassifizierung als „gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher“ war es notwendig, auf Grundlage der §§ 176 bis 178, 183 oder 223 bis 226 des RStGB verurteilt worden zu sein, in denen sexuelle Handlungen mit Kindern, Vergewaltigungen, Exhibitionismus und sexuell motivierte Formen der Körperverletzung und des Mordes kriminalisiert wurden. Homosexualität wurde als Grund für eine Zwangskastration nicht in das Gesetz aufgenommen, da laut den Ausführungsvorschriften zum GVG „die Erfahrungen mit der an Homosexuellen vorgenommenen Entmannung „nicht günstig“ seien.“<sup>12</sup> Diese Bewertung

---

8 Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933: Reichsgesetzblatt I 1933, S 529–531.

9 Vgl ua Bock, Zwangssterilisation im Nationalsozialismus. Studien zur Rassenpolitik und Frauenpolitik (1986).

10 Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933: Reichsgesetzblatt I 1933, S 995–997. In Österreich trat das Gesetz 1941 in Kraft.

11 Vgl Müller, Das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. November 1933. Kriminalpolitik als Rassenpolitik (1997).

12 Schäfer/Richter/Schafheutle, Die Strafgesetznovellen von 1933 und 1934. Mit Ausführungsvorschriften (1934) 52 (Anm 2 zu § 42 k).

stützte sich auf den Glauben, dass die Triebrichtung von Homosexuellen durch eine Kastration nicht geändert werden könne. In einzelnen Beiträgen wurde dabei ohne nähere Erläuterung immer wieder auf die „medizinische Fachliteratur“ verwiesen.<sup>13</sup> Diese Einschränkung spielte in späteren Diskussionen jedoch kaum noch eine Rolle. Immer öfter wurde darin nicht die Triebrichtung, sondern die Stärke des Sexualtriebes zum Bewertungskriterium für die Sinnhaftigkeit der Durchführung einer Kastration erhoben.

Die einzig legale Möglichkeit der Kastration von homosexuellen Männern bestand durch die sogenannte „Freiwillige Entmannung“, die am 26. Juni 1935 durch eine Novellierung in das *Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses* (GzVeN) aufgenommen wurde.<sup>14</sup> Dem durch die Novelle neu eingefügten § 14 Abs 2 GzVeN folgend, sollte dem Antrag auf Kastration immer dann stattgegeben werden, wenn mittels eines Gutachtens „bewiesen“ werden konnte, dass der Eingriff erforderlich ist, um den Antragssteller von einem „entarteten Geschlechtstrieb zu befreien“. „Freiwillige Entmannungen“ konnten sowohl von der bereits durch § 42 k GVG erfassten Gruppe der „gefährlichen Sittlichkeitsverbrecher“ als auch von Homosexuellen beantragt werden. Konsensuale homosexuelle Praktiken unter volljährigen Männern wurden damit in eine Reihe mit jenen kriminalisierten Sexualhandlungen gestellt, die nicht auf Konsensualität beruhten.

Neben der medizinischen Begutachtung verlangte das Gesetz auch einen Antrag der Betroffenen, in dem sie mit ihrer Unterschrift bekunden mussten, sich der Konsequenzen des Eingriffs bewusst zu sein und sich ohne äußeren Zwang zur Beantragung entschieden zu haben. Die vom Gesetz geforderte Freiwilligkeit blieb jedoch vor dem Hintergrund der strafrechtlichen Verfolgung Homosexueller eine Farce. Lange Haftstrafen konnten im Rahmen des § 175 RStGB/§ 129 I b StG verhängt, Drohungen mit der Todesstrafe durch eine Charakterisierung als Gewohnheitsverbrecher nach § 20 a GVG ausgesprochen oder die Haft in einem Konzentrationslager von der Kriminalpolizei angedroht werden. Die genaue Zahl der Männer, die „freiwillig“ eine Kastration beantragten, ist der historischen Forschung noch unbekannt, es dürfte nur eine Minderheit der Verfolgten gewesen sein. In den bekannten Fällen ist jedoch offensichtlich, dass die betroffenen Männer nur durch diese Strafandrohungen zum Unterschreiben der Anträge gezwungen wurden. So gab der 1944 wegen Homosexualität vor dem Landesgericht Wien angeklagte Martin R. zu Protokoll „das Schriftstück [den Antrag auf „Freiwillige

13 Vgl *Knust*, Die Entmannung nach dem geltenden Recht (jur Diss 1936) 31.

14 Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 26. Juni 1935: Reichsgesetzblatt I 1935, S 773. In Österreich trat das GzVeN am 1. Januar 1940 in Kraft (vgl Kundmachung des Reichskommissars für die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich, wodurch die Verordnung über die Einführung des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses und des Gesetzes zum Schutze der Erbgesundheit des deutschen Volkes in der Ostmark vom 14. November 1939 bekanntgemacht wird, Gesetzblatt für das Land Österreich 1939, S 4953).

Entmannung“, RB] des Rechtsanwaltes nur deshalb unterschrieben zu haben, weil dieser immer wieder vom Köpfen“ gesprochen hatte.<sup>15</sup> Auch der bereits erwähnte Karl K. gab in einem Gnadengesuch aus dem Jahr 1946 an, seine Unterschrift nur aufgrund der gegen ihn angewandten körperlichen Gewalt abgegeben zu haben: „Alles was ich unterschrieb, war Zwang mit Prügel begleitet.“<sup>16</sup> Dem Strafvollzug konnten die Betroffenen dadurch nicht entkommen. Auch wenn die von ihnen angebotene „freiwillige“ Kastration von den Gerichten manchmal als mildernder Umstand anerkannt wurde<sup>17</sup>, verwiesen andere Gerichtsentscheidungen darauf, dass die „Entmannung auf die Straffrage keinen Einfluß hat“.<sup>18</sup>

Anders als bei den auch im GzVeN geregelten Zwangssterilisationen musste die Entscheidung über eine „Freiwillige Entmannung“ nicht vor den Erbgesundheitsgerichten verhandelt werden, auch wenn etwa in Wien Akten des Erbgesundheitsgerichts über Verfahren erhalten sind, in denen über eine „Freiwillige Entmannung“ entschieden wurde. Laut einem Runderlass des Reichsinnenministers *Wilhelm Frick* genügte eine Begutachtung durch den Amtsarzt, der eigenständig die Genehmigung zur Vornahme des Eingriffes erteilen konnte.<sup>19</sup>

## 2. Gegen Liberalismus, Republik und Homosexualität

Weshalb wurden die Gesetze unter zum Teil großem Zeitdruck bereits in der Frühphase nationalsozialistischer Herrschaft beschlossen? Zwei Erklärungsansätze können helfen, die Frage zu beantworten: Erstens waren 1927 bereits in der Weimarer Republik „sichernde Maßnahmen“, die jenen im GVG ähnelten, diskutiert und in den „Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches“ inkludiert worden.<sup>20</sup> Die Kastration war damals kein Bestandteil des Gesetzesentwurfes, konnte nun jedoch leicht in ein Gesamtpaket bereits entworfener, aber bisher nicht umgesetzter Maßnahmen eingereiht werden. Zweitens wurde dem GVG eine über seinen unmittelbaren Wirkungsbereich hinausgehende gesellschaftspolitische Bedeutung zugeschrieben. Bereits drei Tage nach Erlass des GVG wurde im *Deutschen Reichsanzeiger* eine Begründung des Reichsjustizministeriums veröffentlicht, die das Gesetz in einen breiteren Kontext nationalsozialistischer Politik einordnete. In der Weimarer Republik, so das Ministerium, wären „dieje-

15 Gutachten Martin R. durch Philipp Schneider, 23. März 1944, Wiener Stadt- und Landesarchiv (folgend WStLA) 2 Nc 1/44.

16 Brief Karl K. an das Präsidium des Landesgerichts Linz vom 7. November 1946, OÖLA 6 Vr 828/38.

17 Etwa im 1943 in Wien geführten Prozess gegen Robert J. (QWIEN: Verzeichnis von Landesgerichtsprozessen gegen Homosexuelle auf Basis des Forschungsprojektes von *Albert Müller* und *Christian Fleck*, Akt 17) oder im 1938 in Linz geführten Prozess gegen Karl K. (OÖLA 6 Vr 828/38).

18 Urteilspruch gegen Manfred G. (Vorname aufgrund der leichten Wiedererkennbarkeit geändert) vom 17. März 1943 vor dem Landesgericht Wien (WStLA 1 Nc 2/44).

19 Reichsminister des Inneren: Runderlass vom 15.4.1941 – IV b 690/41 – 1079 b, OÖLA MF 434, 9/1092.

20 *Müller*, Gewohnheitsverbrechergesetz 22–25.

nigen Maßnahmen, die auf die Sicherung der Volksgemeinschaft gegen den Rechtsbrecher gerichtet waren“ nicht zur Geltung gebracht worden. Um angeblich dadurch entstandene Lücken zu schließen, würden die neu eingeführten Maßregeln den „Schutz der Volksgemeinschaft gegen verbrecherische Schädlinge in den Vordergrund“ stellen.<sup>21</sup>

Diese scharfe Abgrenzung zur Weimarer Republik bildete auch eine Argumentationslinie jener Autoren, die sich zur Frage der „Entmannung“ äußerten. Der Jurist *Joachim Kleinhaus* betrachtete das Strafgesetzbuch der Weimarer Republik als „ein Schutzgesetz für den Verbrecher gegen die Macht des Staates“.<sup>22</sup> Gerade in der Zeit nach dem ersten Weltkrieg, so der Mediziner *Günter Baumeister* ähnlich, hätten sich „bei fortschreitender Erwerbslosigkeit und moralischem Verfall die Verbrechen, aber auch die Nachsicht gegen den Täter“ erhöht. Die Verpflegung in den Gefängnissen sei in vielen Fällen sogar besser gewesen „als in den Haushaltungen der Erwerbslosen“.<sup>23</sup> Die durch den Nationalsozialismus eröffneten Möglichkeiten zur Radikalisierung der Strafverfolgung sollten nun endlich genutzt werden. Die Kastration wurde dabei durch ein angebliches Schutzbedürfnis der deutschen „Volksgemeinschaft“ legitimiert und gleichzeitig als Triumph über den der Weimarer Republik zugeschriebenen Liberalismus gefeiert. Ein chirurgischer Eingriff wie die Kastration war zur Inszenierung dieses Bruches besonders geeignet, da er am Körper selbst vollzogen und damit langfristig sichtbar gemacht werden konnte.<sup>24</sup>

Auch für die Radikalisierung der Homosexuellenverfolgung spielte die Abgrenzung zur Weimarer Republik eine relevante Rolle. Wenngleich Homosexualität auch in der Weimarer Republik kriminalisiert worden war, sei die Verfolgung nicht ambitioniert genug gewesen: Das SS-Magazin *Schwarzes Korps* sah die „Volksgemeinschaft“ nicht ausreichend geschützt: „Tatsächlich war aber dieser Paragraph [§ 175 („Unzucht wider die Natur“), RB] eine recht stumpfe Waffe, die von den Interessenten lediglich aus propagandistischen Gründen bekämpft wurde, um das Mitleid der bürgerlichen Spießler zu erregen. Alles hing von seiner Auslegung ab, und diese ließ jedes Verständnis für den Kernpunkt des Problems vermissen. Weit davon entfernt, die Volksgemeinschaft schützen zu wollen, sühnte man lediglich den Kriminalfall, also den Vorgang.“<sup>25</sup> Der angesprochene Schutz der „Volksgemeinschaft“ stand auch in der im Nationalsozialismus dominanten Vorstellung zur Homosexualität im Vordergrund. Darin wurde Homosexualität als „Seuche“ bezeichnet, die sich aufgrund der starken sexuellen Aktivität von

---

21 Reichsjustizministerium, Begründung zu dem Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933, Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger Nr 277 (27. November 1933) 2–4 (2).

22 *Kleinhaus*, Die Voraussetzungen der Entmannung (jur Diss, 1936) 10.

23 *Baumeister*, Entmannung von Sittlichkeitsverbrechern (med Diss, 1943) 6.

24 Vgl *Linden*, Bekämpfung der Sittlichkeitsverbrechen mit ärztlichen Mitteln, Allgemeine Zeitschrift für Psychiatrie und ihre Grenzgebiete 1939/112 (Rüdin-Festschrift), 420 f.

25 *Unbekannter Verfasser*, Ächtung der Entarteten, Das Schwarze Korps. Zeitung der Schutzstaffeln der NSDAP, 13. Folge, 3. Jg (1.4.1937), 11–12 (11).

einzelnen Homosexuellen ausbreiten würde. Gerade vor dem Hintergrund der nach Geschlechtern getrennten militärischen Organisation der NS-Gesellschaft war der Grat zwischen soldatischen Männlichkeitsidealen und der potentiellen Bedrohung durch eine Verbreitung der „Seuche“ schmal. *Heinrich Himmler* sah in der von ihm festgestellten „Militarisierung und Vermännlichung des gesellschaftlichen Lebens“ gar „das Saatbeet für die Homosexualität“.<sup>26</sup> Auch wenn nicht davon ausgegangen wurde, dass die Kastration die Triebrichtung von Homosexuellen ändern würde, sollte die „Freiwillige Entmannung“ zumindest die Ausübung ihrer Sexualität verunmöglichen und damit eine weitere Ausbreitung der „Seuche“ verhindern.

### 3. Mediziner und Juristen befürworten die Kastration

Bei der 1934/1935 erfolgten Legalisierung der Zwangskastration und der „Freiwilligen Entmannung“ bestand noch weitgehende Unklarheit darüber, welche körperlichen Auswirkungen die Entfernung der Keimdrüsen für die Betroffenen haben würde. In einer Besprechung zum GVG im Reichsjustizministerium im Oktober 1933 plädierte Reichsjustizminister *Franz Gürtner* aufgrund der geringen Erfahrungen mit der Kastration für „eine gewisse Zurückhaltung“.<sup>27</sup> Der Entschluss, die Maßnahme dennoch zu verankern und sie sogleich in den ersten Monaten großzügig zur Anwendung zu bringen, verdeutlicht das experimentelle Vorgehen der Nationalsozialisten. Das Strafgesetz sollte nun dazu beitragen, Erfahrungen zu sammeln, um die beschlossene und in ihrer Dimension noch nicht absehbare Maßnahme mit hinterher festgestellten Erfolgen zu legitimieren. An Fallbeispielen mangelte es nun nicht mehr. Bereits im ersten Jahr der Einführung des GVG 1934 wurden laut Statistik 672 Zwangskastrationen angeordnet, wobei 365 davon gegenüber Personen angeordnet wurden, die vor Inkrafttreten des entsprechenden Gesetzes verurteilt worden waren.<sup>28</sup> Um die noch unklaren Auswirkungen der Kastration abschätzen zu können, sollten die kastrierten Männer nach dem operativen Eingriff einer lückenlosen Überwachung unterworfen werden.<sup>29</sup> Erschienen die kastrierten Männer nicht zu den angeordneten Nachuntersuchungen, hatten die Gesundheitsämter dies den Kriminalpolizeistellen bzw deren Leitstellen zu melden.<sup>30</sup> In der Mehrzahl der daraus entstandenen medizinischen Untersuchungen wurde die Kastration befürwortet und deren Ergebnisse positiv bewertet. Der Mediziner *Otto Striehn* bestritt gar, dass es mögliche negative Folgen für die Betroffenen geben könnte: „Es sei nochmals hervorge-

---

26 *Himmler*, Rede vor den Gruppenführern am 18.2.1937, in *Smith/Peterson* (Hrsg), *Heinrich Himmler. Geheimreden 1933 bis 1945 und andere Ansprachen* (1974) 93–104 (97, 103).

27 Zit nach *Müller*, *Gewohnheitsverbrechergesetz* 38.

28 Die deutsche Strafrechtspflege seit 1933 in *Zahlen*, *Deutsche Justiz* 1936, 617–620 (619).

29 Entmannung und Entmannungsuntersuchungen. VO d. RJM. v. 10.10.1936 (4428 – III. s1 978), *Deutsche Justiz* 1936, 1552–1553 (1552).

30 Entmannung und Entmannungsuntersuchungen 1552.

hoben, daß die Entmannung nach den neuen Gesetzen keine nur irgendwie erheblich zu bezeichnende gesundheitliche Gefahr bedeutet.<sup>31</sup> Ein weiterer Autor lobte die Kastration als „billigste Methode der Sicherung“, da die Operation bei entsprechender Fertigkeit und „vollendeter Technik“ in nur acht Minuten durchzuführen sei.<sup>32</sup> In ihrem Lob für die Kastration übertrafen einzelne Autoren sogar das Reichsjustizministerium, das zumindest davon ausgegangen war, dass die Kastration einen „schwerwiegenden Eingriff in den körperlichen und seelischen Organismus“ bedeuten würde.<sup>33</sup> Da deshalb etwaige Beschwerden von kastrierten Männern bei medizinischen Nachuntersuchungen nicht ausgeschlossen werden konnten, akzeptierte das Ministerium negative Folgen der Kastration als notwendige Begleiterscheinung einer auf den Schutz der „Volksgemeinschaft“ bedachten Maßnahme. Negative Begleiterscheinungen sollten „um der höherwertigen Interessen der Allgemeinheit willen“ in Kauf genommen werden.<sup>34</sup>

Dass die Legalisierung der Kastrationen jene Grenze des Körpers überschritt, die in der Weimarer Republik noch zwischen medizinischen Eingriffen und Körperverletzungen unterschieden hatte, war auch Juristen bewusst. Der Jurist *Karl Vogel* legte deshalb in seiner Dissertation dar, weshalb die „Freiwillige Entmannung“ nun nicht mehr als Körperverletzung anzusehen sei. Dabei berief er sich auf das „gesunde Volksempfinden“, das letztlich eingeschaltet werden müsse, um zwischen den beiden Rechtsgütern der persönlichen Unversehrtheit und dem Schutz der Gemeinschaft entscheiden zu können. *Vogel* diskutierte in diesem Zusammenhang den Tatbestand des § 226 a RStGB. Darin wurde geregelt, dass eine Körperverletzung mit Einwilligung nur dann ohne Strafe bleiben könne, wenn den „guten Sitten“ nicht widersprochen sei. Im Falle der „freiwilligen Entmannung“ sah er die „guten Sitten“ nicht verletzt. Denn laut *Vogel* wäre diesen immer dann entsprochen, wenn sich das Handeln gemäß „der nationalsozialistischen Weltanschauung“ vollziehen würde.<sup>35</sup> Juristen wie *Vogel* erklärten damit den willkürlich auslegbaren Begriff der nationalsozialistischen Weltanschauung zu einem relevanten Kriterium für die Beurteilung von Rechtsfragen. Damit wandte *Vogel* die Logik des 1935 eingeführten § 2 RStGB, in dem das „gesunde Volksempfinden“ zu einem Kriterium der Strafbarkeit gemacht wurde, konsequent auf die Frage der „Freiwilligen Entmannung“ an.<sup>36</sup>

31 *Striehn*, Kastration nach § 14 II des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses und nach § 42 k des Reichsstrafgesetzbuches unter Berücksichtigung der an der Kreis-Heil- und Pflegeanstalt zu Frankenthal vorhandenen Fälle (med Diss, 1938) 79.

32 *Schlegel*, 111 Kastrationen. Das Staatliche Krankenhaus beim Untersuchungsgefängnis Berlin-Moabit im Dienste der Rassenpolitik, *Deutsche Justiz* 1934, 1417–1418 (1417 f).

33 *Reichsjustizministerium*, Begründung 4.

34 *Reichsjustizministerium*, Begründung 4.

35 *Vogel*, *Freiwillige Entmannung* 36.

36 Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs. Vom 28. Juni 1935 (Reichsgesetzblatt I 1935, S 839). Vgl *Werle*, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich* (1989) 160 ff.

#### 4. Forderungen nach Zwangskastration für Homosexuelle

Bei der Einführung des GVG und der Novellierung des GzVeN konnte nur schwer beurteilt werden, welche Auswirkungen die Kastration auf Homosexuelle haben würde. Nachdem nun aber Fallbeispiele kastrierter homosexueller Männer vorlagen, wurden immer öfter auch Forderungen nach der Legalisierung von Zwangskastrationen artikuliert. Vor allem *Carl-Heinz Rodenberg*, ab 1. Juli 1943 wissenschaftlicher Leiter der *Reichszentrale zur Bekämpfung der Homosexualität und Abtreibung*<sup>37</sup>, intensivierte seine dahingehenden Bemühungen. 1942 publizierte er nicht nur einen entsprechenden Artikel in der Zeitschrift *Deutsche Justiz*, sondern erhob die Forderung nach Zwangskastration Homosexueller in mehreren Briefen an das Reichsjustizministerium.<sup>38</sup> Bereits zuvor hatten auch andere Autoren die Zwangskastration Homosexueller gefordert. Für sie war es unverständlich, weshalb Homosexuelle im Gegensatz zu Gewohnheitsverbrechern dem Eingriff zustimmen mussten. Immerhin waren Homosexuelle nur deshalb nicht in § 42 k GVG aufgenommen worden, da man zum Zeitpunkt des Gesetzesentwurfes die Wirkung nicht abschätzen konnte und sich nur einen geringen Erfolg auf Änderung der Triebrichtung versprach. Die durch medizinische Nachuntersuchungen festgestellten angeblichen Erfolge der Kastration auch von Homosexuellen sollten diesem Argument nun die Grundlage entziehen. Die Befürworter der Zwangskastration bezogen sich vor allem auf die angeblich auch bei Homosexuellen festgestellte Abschwächung des Triebes. Für *Rodenberg* bestand kein Grund „daran zu zweifeln, daß die Kastration auch bei Homosexuellen Libido und Potenz in weitgehendem Maße meist bis zum baldigen völligen Erlöschen beeinflusst.“<sup>39</sup> Der Jurist *Georg Xingas* glaubte schon 1937 von einer „außerordentlich günstige[n]“ Wirkung der Kastration bei Homosexuellen zu wissen und bezeichnete die fehlende Aufnahme des § 175 RStGB („Unzucht wider die Natur“) in den § 42 k GVG als „Mangel“.<sup>40</sup> Auch in Österreich tätige Ärzte verlangten eine Ausweitung der Zwangskastration. *Philipp Schneider*, der als begutachtender Arzt bei der Entscheidung über „freiwillige Entmannungen“ vor dem Erbgesundheitsgericht Wien in Erscheinung trat, ging zwar davon aus, dass aus Homosexuellen keine Heterosexuellen werden würden, jedoch deren Potenz beeinflusst werden könne.<sup>41</sup>

Die Forderungen nach Zwangskastration Homosexueller waren bedingt erfolgreich. In § 10 des 1942 fertig gestellten Gesetzesentwurfes des *Gemeinschaftsfremdengesetzes*

---

37 *Jellomek*, Homosexuelle unter dem Hakenkreuz. Die Verfolgung von Homosexuellen im Dritten Reich (1990) 127 f.

38 Vgl. *Grau* (Hrsg.), Homosexualität in der NS-Zeit. Dokumente einer Diskriminierung und Verfolgung (2004) 319–323.

39 *Rodenberg*, Zur Frage des kriminaltherapeutischen Erfolges der Entmannung homosexueller Sittlichkeitsverbrecher, *Deutsche Justiz*, 1942, 581–587 (586).

40 *Xingas*, Die Kastration als Sicherungsmaßnahme gegen Sittlichkeitsverbrecher (1937), 19 f.

41 *Schneider*, Rezension zu: *Lemke*, Über Ursache und strafrechtliche Beurteilung der Homosexualität, *Jena* 1940, *Wiener Klinische Wochenschrift* 1943, 19–20 (20).

war „Unzucht zwischen Männern“ zwar als Grund für eine Zwangskastration aufgenommen worden.<sup>42</sup> Aufgrund des Krieges trat das Gesetz jedoch nie in Kraft.

## 5. Fazit

Mit der Legalisierung von Zwangskastrationen und „Freiwilligen Entmannungen“ im Nationalsozialismus sollten Sexualstraftaten reduziert und Homosexualität zurückgedrängt werden. Neben diesen kriminal- und gesellschaftspolitischen Indikationen war der zuvor noch als Körperverletzung geltende operative Eingriff dazu geeignet, einen sichtbaren Bruch mit der Weimarer Republik zu vollziehen. Juristen waren nicht nur an der Ausarbeitung der Maßnahme, sondern auch an deren Verteidigung beteiligt. Gleichzeitig wurden kastrierte Männer zu einem Forschungsobjekt für die Medizin. Die daraus entstandenen Studien sollten die Wirksamkeit von Kastrationen beweisen. Radikale Homosexuellengegner sahen darin eine Möglichkeit, die Ausweitung der Zwangskastration für Homosexuelle zu fordern. Die im Nationalsozialismus erzielten Ergebnisse der medizinischen Erforschung kastrierter Männer wurden auch nach 1945 rezipiert. Der Mediziner *Albrecht Langelüddeke* publizierte 1963 eine Zusammenstellung von im Nationalsozialismus durchgeführten Untersuchungen an kastrierten Männern. Damit wollte er dazu beitragen, informierte Entscheidungen über „freiwillige Entmannungen“ zu treffen, die in der Bundesrepublik Deutschland durch das im August 1969 beschlossene und heute noch in Kraft befindliche „Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden“ erneut legalisiert wurden. *Langelüddeke* berücksichtigte in seiner Darstellung nicht, dass die Aussagen der kastrierten Männer bei den Nachuntersuchungen aufgrund der Gefahr weiterer Strafverfolgung nicht zur Feststellung der tatsächlichen Konsequenzen der Kastration herangezogen werden können. Auch in rezenten Studien wird auf die im Nationalsozialismus produzierten Daten zurückgegriffen. So in einem 2009 im Verlag *Oxford University Press* erschienenen Sammelband, in dem Rückfallquoten von Sexualstraftätern anhand jener Daten angegeben werden, die *Langelüddeke* veröffentlichte.<sup>43</sup> Die historische Erforschung des Themas kann gegenüber dieser unkritischen Rezeption darstellen, dass die Untersuchungsergebnisse im Rahmen von Zwangssituationen zustande kamen und sich deshalb nicht dazu eignen, heutige Herangehensweisen zu informieren.

Mag. Roman Birke, Univ.-Ass. (prae-doc) am Institut für Zeitgeschichte der Universität Wien; roman.birke@univie.ac.at

<sup>42</sup> *Giordano*, Wenn Hitler den Krieg gewonnen hätte. Die Pläne der Nazis nach dem Endsieg (2000) 210.

<sup>43</sup> *Krueger/Wechsler/Kaplan*, Orchietomy, in *Saleh et al* (Hrsg) *Sex Offenders. Identification, Risk Assessment, Treatment, and Legal Issue* (2009) 171–188 (Table 13.1, 179). Zwar wird angegeben, dass diese Daten im Nationalsozialismus gesammelt wurden, gleichzeitig werden sie aber herangezogen, um „castrations’s positive effect on recidivism“ (181) zu zeigen.

# Der ganz normale Ausnahmezustand

Carl Schmitts Ausnahmedenken im Licht des Normalismus<sup>1</sup>

Hans-Georg Eilenberger

---

## 1. Einleitung

Verzweifelte Zeiten erfordern verzweifelte Maßnahmen: Das ist die Grundidee hinter der Figur des Ausnahmezustandes. Um nationale Interessen zu schützen, begibt sich der Staat an den Rand der Legalität – und notfalls auch darüber hinaus. Die praktischen Auswirkungen einer solchen Ausnahmelogik konnten wir in den letzten Jahren verfolgen. Skandale wie jener um die Überwachungswut der NSA belegen, wie die Eindrücke des 11. September 2001 die amerikanische Sicherheitspolitik bis heute bestimmen. Mehr als ein Jahrzehnt nach der Zerstörung des World Trade Centers ist die Furcht vor religiös motiviertem Terror nicht abgeklungen. Dabei sind jene Exzesse, die unter Federführung der amerikanischen Regierung stattfinden, nur die äußerste Form einer intensiven Auseinandersetzung mit dem Regime der Ausnahme.

Diskussionsbeiträge über die Vorzüge des Ausnahmezustandes beginnen (und enden) regelmäßig beim Werk Carl Schmitts (vgl. Scheuerman 2006: 61). Die Schmitt-Rezeption hat den deutschen Staatsrechtler mit zahlreichen Prädikaten versehen. Den einen gilt er als „Klassiker“, als „berühmtester Theoretiker des Politischen im 20. Jahrhundert“ (Linder 2008: 7). Die anderen wundern sich über die erstaunliche Karriere eines Mannes, „der bereits in den 1930er-Jahren als ‚Kronjurist des Dritten Reichs‘ [...] bezeichnet wurde und der sich zeit seines Lebens nicht vom NS-Regime distanziert hat“ (Holzleithner 2011: 103).

In der Weimarer Zeit tat sich Schmitt als Kritiker der Demokratie und des Liberalismus hervor. Nach dem Eintritt in die NSDAP 1933 verfasste er zahlreiche nationalsozialistisch inspirierte Schriften (vgl. Rüthers 1994: 103 ff). Er kletterte in der Ämterhierarchie des NS-Staates rasch nach oben, bevor er durch eine Intrige 1936 alle politischen Funktionen einbüßte (vgl. Mehring 2009: 378 ff). Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges verlor Schmitt seinen Lehrstuhl in Berlin und wirkte fortan von seiner Heimatstadt Plettenberg aus (vgl. Mehring 2001: 85). Er starb im April 1985.

Schmitt gilt weithin als *der* Theoretiker des Ausnahmezustandes. Verglichen damit hat seine Auseinandersetzung mit dem Normalen wenig Beachtung gefunden. Verweise auf

---

1 Ich danke Elisabeth Holzleithner und Ines Rössl für ihren anregenden Input im Lauf des Schreibprozesses.

die „Ordnung“ oder den „Normalfall“ finden sich verstreut über verschiedene seiner Schriften. Sie nehmen bei der Theoriebildung zwar keinen prominenten Platz ein, verraten jedoch sehr viel über Schmitts Perspektive auf Staat und Gesellschaft. Mein Anliegen wird es im Folgenden sein, das schmittsche Normalitätsverständnis näher zu beleuchten. Wie sich zeigen wird, entfernt sich Schmitts Normalitätsverständnis bisweilen stark vom aktuellen Diskurs über Demokratie und Staatlichkeit. Damit ist sehr fraglich, ob sich der schmittsche Ausnahmezustand als Anknüpfungspunkt für neuere Theorien eignet. Zunächst werde ich einen kurzen Streifzug durch Schmitts Ideenwelt unternehmen. Dabei werde ich Schmitts Menschenbild und das Problem der Rechtsverwirklichung kurz vorstellen. Im Anschluss folgt eine normalismustheoretische Kritik, die sich mit dem Ansatz des Diskurstheoretikers Jürgen Link auseinandersetzt.

## 2. Elemente und Grundlagen der Rechtsverwirklichung<sup>2</sup>

Ein Schlüsselement zum Verständnis des schmittschen Ausnahmezustandes ist das Problem der Rechtsverwirklichung. Im Staat stellt die Geltung des Rechts den *Normalzustand* dar. Schmitt fragt nun nach den Bedingungen dieses rechtlichen Zusammenlebens. Was ist die Voraussetzung dafür, dass sich eine Rechtsordnung etabliert?<sup>3</sup> Den ersten Teil der Antwort liefert Schmitts Menschenbild.

Carl Schmitt hätte wohl nicht so viel Energie in die Beschreibung des Ausnahmezustandes investiert, würde er an die Soziabilität des Menschen glauben. Wo der Mensch als von Natur aus gütiges und friedliebendes Wesen gilt, erübrigt sich für Schmitt die politische Auseinandersetzung. „Demnach bleibt die merkwürdige und für viele sicher beunruhigende Feststellung, daß alle echten politischen Theorien den Menschen als ‚böse‘ voraussetzen, dh als keineswegs unproblematisches, sondern als ‚gefährliches‘ und dynamisches Wesen betrachten“ (Schmitt 1932: 61).

Augenscheinlich folgt Schmitt diesem Paradigma in *Der Begriff des Politischen*. Darin erklärt er die Unterscheidung von Freund und Feind zum Wesenskern des Politischen. Ein Volk, das sich als politische Einheit konstituiert, tut dies durch Abgrenzung gegenüber einem – wenn auch virtuellen – äußeren Feind (Campagna 2004: 80). Dieser Feind ist immer öffentlicher Feind, und zu unterscheiden vom wirtschaftlichen Konkurrenten oder dem privaten Gegner. Er repräsentiert das existenziell Andere, das den Fortbestand der politischen Ordnung bedroht.

---

2 Wo ich im Folgenden auf gendersensible Sprache verzichtet habe, geschieht dies zum einen aus Gründen der Werktreue. Zum anderen wollte ich vermeiden, Schmitts erklärten Antiliberalismus durch eine emanzipatorische Schreibweise zu verschleiern.

3 Schmitt widmet sich der Frage der Rechtsverwirklichung in seinen Schriften *Die Diktatur* und *Politische Theologie*, die beide vor seinem Eintritt in die NSDAP (also vor 1933) entstanden sind. Die Deutung dieser Werke ist daher besonders umstritten. Ähnliches gilt für die Schrift *Der Begriff des Politischen*, auf der die Darstellung von Schmitts Menschenbild hauptsächlich beruht.

Damit beinhaltet politisches Handeln immer die reale Möglichkeit von Konflikten bis hin zu kriegerischen Auseinandersetzungen. Schmitt zieht diesen Schluss aus der – wie er betont – wertfreien Betrachtung der historischen Fakten. Denn „daß die Völker sich nach dem Gegensatz von Freund und Feind gruppieren, daß dieser Gegensatz auch heute noch wirklich und für jedes politisch existierende Volk als reale Möglichkeit gegeben ist, kann man vernünftigerweise nicht leugnen“ (Schmitt 1932: 29). Demgemäß könnten politische Vorstellungen und Gedankengänge schlecht einen anthropologischen Optimismus zum Ausgang nehmen (ebd: 64).

Mit Sicherheit wollte Schmitt die Freund-Feind-Thesen als „echte politische Theorie“ verstanden wissen. Insofern wirkt es paradox, wie er sich an anderer Stelle vom Thema Menschenbild distanziert, die Frage nach den Eigenschaften des Menschen unbeantwortet im Raum stehen lässt und sich gegen „anthropologische Glaubensbekenntnisse“ verwahrt (ebd: 58, 65). In früheren Werken drückt Schmitt sich weniger zimperlich aus, nennt die Menschen „ein Meer zügellosen und bornierten Egoismus und rohester Instinkte“ (Schmitt 2004 [1914]: 85, zitiert nach Holzleithner 2011: 105). Trotz der Unklarheiten in Bezug auf Schmitts Menschenbild ist die Stoßrichtung offensichtlich: Menschen sind riskante Wesen und werden es auf absehbare Zeit bleiben (Campagna 2004: 83).

Die Bedrohung der rechtsstaatlichen Ordnung scheint damit schon im Menschen angelegt. Auch nach Errichtung des Staates hört der Mensch nicht auf, Wolf zu sein. Der Rückfall ins Chaos – in den Naturzustand, um mit Hobbes zu sprechen – schwebt immer drohend über der staatlichen Szenerie. Was soll geschehen, wenn sich die Bedrohung verwirklicht, wenn Aufruhr und Bürgerkrieg an den Grundfesten des Staates rütteln? Soll der Staat an liberalen Rechtsgarantien festhalten und damit den eigenen Untergang riskieren? Das will Schmitt nicht akzeptieren. Seine Theorie des Ausnahmezustandes befreit den Staat von der Rechtsordnung und schafft dadurch Raum zum rigorosen Handeln. In Schmitts Frühwerk *Die Diktatur* heißt es dazu:

Daß jede Diktatur die Ausnahme von einer Norm enthält, besagt nicht zufällige Negation einer beliebigen Norm. Die innere Dialektik des Begriffes liegt darin, daß gerade die Norm negiert wird, deren Herrschaft durch die Diktatur in der geschichtlich-politischen Wirklichkeit gesichert werden soll. Zwischen der Herrschaft der zu verwirklichenden Norm und der Methode ihrer Verwirklichung kann also ein Gegensatz bestehen. Rechtsphilosophisch liegt hier das Wesen der Diktatur, nämlich in der allgemeinen Möglichkeit einer Trennung von Normen des Rechts und Normen der Rechtsverwirklichung. (Schmitt 1994 [1921]: XVII)

In Schmitts Diktion entspricht „die Norm“ dem Recht im Allgemeinen. Damit meint er das *normale*, verfahrensförmige Funktionieren des Staates. Die Geltung dieser verfahrensförmigen Normalität ist eine überaus voraussetzungsvolle Angelegenheit: „Es gibt keine Norm, die auf ein Chaos anwendbar wäre. Die Ordnung muss hergestellt sein, damit die Rechtsordnung einen Sinn hat“ (Schmitt 2009 [1922]: 19). Diesen Vorgang

– die Herstellung von faktischer Ordnung, in der sich die normative Ordnung entfalten möge – bezeichnet Schmitt als Rechtsverwirklichung. Im Rechtsstaat fallen Recht und Rechtsverwirklichung zusammen: Legitime Staatsgewalt ist rechtsgeleitete Gewalt, niemals rein faktische Gewaltmaßnahme. Außergewöhnliche Umstände, Notlagen, Aufruhr können dazu führen, dass sich das Anliegen der Rechtsverwirklichung von der Rechtsnormbindung trennt. Sodann legt die Staatsgewalt das Rechtskleid ab; es ist dies „die Entfesselung des Zwecks vom Recht“ (Schmitt 1994 [1921]: XVIII).

In der Entfesselung des Staatszweckes liegt der Kern der Diktatur. Schmitt versteht darunter jene Herrschaftsform, deren zentrales Merkmal der Ausnahmezustand ist. Dabei geht es nicht bloß um vereinzelte Notstandsmaßnahmen. „[Zum Ausnahmezustand] gehört vielmehr eine prinzipiell unbegrenzte Befugnis, das heißt die Suspendierung der gesamten bestehenden Ordnung“ (Schmitt 2009 [1922]: 18). Das Entscheidende ist die Negation des Rechts um des Rechts willen: Eine Diktatur, die nicht den Zweck verfolgt, sich selbst überflüssig zu machen, ist für Schmitt nicht mehr als ein beliebiger Despotismus (vgl. Schmitt 1994 [1921]: XVII). Indem Schmitt die „*Normen* der Rechtsverwirklichung“ einführt, unterstreicht er diese Zweckbindung. Die Rechtsverwirklichungsnormen vermitteln den Ordnungsauftrag an den Diktator. Dadurch verzahnen sie das Prinzip Rechtsverwirklichung mit den Ansprüchen der Diktatur.

Die Natur der Rechtsverwirklichungsnormen lässt Schmitt freilich im Dunkeln. Klar ist, dass ihnen keine rechtliche Qualität zukommt; am ehesten lassen sie sich als moralische Vorgaben an den Diktator interpretieren. Schmitts Zusammenführung von Ausnahmefugnissen mit der Idee der Souveränität legt diesen Schluss nahe. Im viel zitierten Eröffnungssatz der *Politischen Theologie* heißt es: „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“ (Schmitt 2009 [1922]: 13). Die eine Implikation des Satzes betrifft die Souveränitätstheorie. Danach ist derjenige als Souverän anzusehen, der im äußersten Konfliktfall (dem Krieg aller gegen alle) den Streit entscheidet. Gleichzeitig impliziert Schmitts Satz ein Subjekt des Ausnahmezustandes: Den Ausnahmezustand begründet und gestaltet, wer die oberste Macht im Staat innehat. Im Umkehrschluss entscheidet dieser Souverän darüber, wo Normalität beginnt und wo sie endet. Die Absolutheit der souveränen Entscheidung ist bezeichnend für Schmitts Theorie. Für Schmitt bedeutet Entscheiden einen Schluss zu ziehen, der sich aus seinen Prämissen (zB einschlägigen Rechtsnormen) nicht ableiten lässt (vgl. ebd.: 36). Im Ausnahmezustand wächst jenes selbstständige Moment der Entscheidung auf ein Maximum: „Die Entscheidung macht sich frei von jeder normativen Gebundenheit und wird im eigentlichen Sinne absolut“ (ebd.: 18). Die Rechtsordnung, wie jede Ordnung, beruhe auf einer Entscheidung, und nicht auf einer Norm. So installiert Schmitt den Souverän als Urheber des Rechts. Dem Rechtssystem muss der Souverän dabei als eigenartiges Zwitterwesen erscheinen: „Er steht außerhalb der normal geltenden Rechtsordnung und gehört doch zu ihr, denn er ist zuständig für die Entscheidung, ob die Verfassung in toto suspendiert werden kann“ (ebd.: 14).

Die Pointe einer solchen Logik besteht im Vorrang des Faktischen gegenüber dem Normativen. Schmitts Misstrauen gegenüber dem Recht beruht vordergründig auf einem methodischen Argument: „Es kann weder mit subsumierbarer Klarheit angegeben werden, wann ein Notfall vorliegt, noch kann inhaltlich aufgezählt werden, was in einem solchen Fall geschehen darf, wenn es sich wirklich um den extremen Notfall und um seine Beseitigung handelt“ (ebd: 14).

Gleichzeitig schwingt in Schmitts Ausführungen eine Beschreibung der Realverfassung mit: Wie die Praxis der Regierungsführung zeigt, lässt sich politische Gewalt – die faktische Wirksamkeit von Loyalitäten – durch die Mittel des Rechts nie ganz fassen. Wegen ihres Einflusses auf die Vollziehung können sich oberste Verwaltungsorgane dem Recht vergleichsweise leicht entziehen. Das gilt umso mehr im Ausnahmefall, wo unterschiedenes Handeln von ihnen erwartet wird. Damit sind es weniger rechtliche Verfahren, die das Abgleiten in die Autokratie verhindern. Vielmehr sind es die politischen Verhältnisse und letztlich die Gesinnung der Amtsträger\_innen (vgl Arato 2002: 457).

### 3. Normalismustheoretische Kritik

#### 3.1. Jürgen Links Theorie des Normalismus

Nach dieser Einführung in die schmittsche Ausnahmelogik folgt nun die normalismustheoretische Kritik. Gestützt auf den Ansatz des deutschen Diskurstheoretikers Jürgen Link werde ich Schmitts Normalitätsverständnis nachspüren. Zuvor empfiehlt sich aber ein kurzer Blick auf Links Normalismustheorie.

Link sieht im Normalen nicht die Manifestation der natürlichen Ordnung, das überzeitlich Richtige und Angemessene, sondern ein spezifisches diskursives Ereignis. „Diskurs“ bezeichnet im Wesentlichen eine Formation von Aussagen, die einem bestimmten Gegenstand zugeordnet sind (vgl Link 1999: 50). Der Normalitätskomplex nimmt in diesem Kontext eine Sonderstellung ein: Er durchzieht die verschiedenen Diskurse wie ein Stahlgerüst und verhindert, dass sie auseinanderbrechen (ebd: 15). In diesem diskursiven Sinn wirken Normalitätsvorstellungen als Spielregeln der Modernisierung, die die Diskursteilnehmer\_innen unter sich ausmachen. Tatsächlich betrachtet Link das Normale als genuin modernes Phänomen, das als Gegenmoment zur „exponentiellen“ Dynamik des Fortschritts entstanden ist (ebd: 313).

Tempo und unregelmäßiges Wachstum bergen immer das Risiko des Durchdrehens beziehungsweise des Kollapses in sich. Normalitätsvorstellungen vermitteln hier Sicherheit, indem sie der Dynamik Grenzen setzen und Grenzüberschreitungen als anormal kennzeichnen. Den Vorgang der Herstellung von Normalität bezeichnet Link als „Normalisierung“ (ebd: 425); er unterscheidet zwei „Normalisierungsstrategien“: den „flexiblen Normalismus“ und den „Protonormalismus“ (ebd: 78). Im flexiblen Normalismus ist das Normalitätsspektrum breit, der Übergang zwischen Normal und Anormal verläuft

fließend. Der Protonormalismus hingegen anerkennt nur wenige normale Verhaltensweisen. Wer abweicht, riskiert den Absturz in die Anormalität und damit die gesellschaftliche Stigmatisierung. Während sich die Individuen im flexiblen Normalismus selbstständig auf dem Normalitätsspektrum positionieren, dominiert im Protonormalismus die Normalisierung von außen. Ein Faktor dieser Außenlenkung ist die Gleichsetzung von Normalität und juristischer Normativität, wodurch die Rechtsordnung zum Spiegel normal empfundener Gesellschaftsverhältnisse mutiert.

### 3.2. Der Ausnahmezustand bei Schmitt aus normalismustheoretischer Sicht

Schmitts Theorie des Ausnahmezustandes erscheint zunächst als Absage an das Recht der Normallage. Der Doyen der Ausnahme spricht vom Normalfall als einer „in Wiederholung erstarrten Mechanik“ (Schmitt 2009 [1922]: 21) und rückt ihn in die Nähe einer kurzsichtigen Trivial-Jurisprudenz, die dem extremen Notfall fassungslos gegenüberstehe (ebd.: 18). An anderer Stelle äußert Schmitt sich wesentlich nuancierter. Wie sich zeigt, misst er der Normalität einen nicht unerheblichen Stellenwert bei.

Mir scheint die Frage nach der Normalität oder Abnormalität der konkreten Situation von grundlegender Bedeutung zu sein. Wer davon ausgeht, daß ein abnormer Zustand vorliegt – sei es nun, daß er die Welt in einer radikalen Abnormalität erblickt, sei es, daß er nur eine besondere Situation für abnorm hält –, wird das Problem von Politik, Moral und Recht anders lösen, als wer von ihrer prinzipiellen, nur durch kleine Störungen getrübbten Normalität überzeugt ist. Ob man den Menschen für von Natur gut oder von Natur böse hält, ist in der staatsrechtlichen Literatur meistens nur eine Umschreibung oder eine besondere Anwendung dieses fundamentalen Gegensatzes. (Schmitt 1940: 53, zitiert nach Campagna 2004: 79)

Schmitt selbst zählt wohl zu jenen, die an die prinzipielle Abnormalität des Weltgeschehens glauben. Für die Suche nach seinem Normalitätsverständnis ergibt sich daraus die erste heiße Spur. Die weitere Spurensuche steht nun vor dem Problem, dass Schmitt den Begriff der Normalität sehr uneinheitlich verwendet. Link etwa spricht von einer „Montage aus juristischem, theologischem, philosophischem und soziologischem Diskurs“ (Link 1999: 287).

Ursprünglich dürfte der rechtsdogmatische Diskurs Schmitts Normalitätsverständnis dominiert haben. So heißt es in der *Diktatur*: „Die Verfassung besagt, was normale Ordnung im Staat ist“ (Schmitt 1994 [1921]: 241). Kennzeichen der Diktatur sei die Aufhebung von Verfassungsgrundsätzen, die das Normale repräsentieren – etwa das liberale oder das demokratische Prinzip (ebd.: XVI). In der *Politischen Theologie* verlässt Schmitt diesen an der Verfassung orientierten Normalitätsbegriff. Als zentrales Medium der Rechtsgeltung spielt das Normale nunmehr eine ebenso prominente wie diffuse

Rolle: „Jede generelle Norm verlangt eine normale Gestaltung der Lebensverhältnisse, auf welche sie tatbestandsmäßig Anwendung finden soll und die sie ihrer normativen Regelung unterwirft“ (Schmitt 2009 [1922]: 19).

Die obligatorische Frage, wie sich Lebensverhältnisse denn normal gestalten lassen, lässt Schmitt unbeantwortet. Für die Theorie des Ausnahmezustandes ist dies letztlich auch ohne Bedeutung. Was normal ist und was nicht, bestimmt gegebenenfalls der Souverän, indem er über den Ausnahmezustand entscheidet. „Das ist paradox und aporetisch, da jede absolut diktatorische („deziisionistische“) Festlegung von Normalität eben diese Normalität als Normalität aufhebt“ (Link 1999: 288). Aus dieser Perspektive entspricht Schmitts Gedankengang keiner der beiden Normalisierungsstrategien (immerhin ist das Resultat ja gerade die Denormalisierung). Gleichzeitig deutet die Verklammerung von Normativität und Normalität auf protonormalistisches Gedankengut hin. Man beachte nur die strenge Abhängigkeit der „generellen Norm“ von der „normalen Gestaltung der Lebensverhältnisse“.

Zusammenfassend ließe sich von einer anormalistischen Haltung mit punktuellen Protonormalismen sprechen. Dieses Deutungsmuster wird von Jürgen Link vertreten – durchaus überzeugend, und dennoch fehlen wesentliche Elemente. Die große Frage „Wozu eigentlich die Ausnahme?“ ist Link keine eingehende Behandlung wert. Dadurch unterstellt er, Schmitt hätte überhaupt nicht versucht, die Machtergreifung durch den Souverän zu rechtfertigen. Tatsächlich beinhaltet schon die Figur der Rechtsverwirklichung einen entsprechenden Rechtfertigungsanspruch. Gerade der Versuch Schmitts, die Ausübung von Ausnahmebefugnissen im demokratischen Staat zu legitimieren, bildet einen wesentlichen Bezugspunkt für aktuelle Ausnahme-Apologien. Folglich steht die Legitimationsfrage im Mittelpunkt der nachfolgenden Überlegungen. Ausgangspunkt ist der diffuse Normalitätsbegriff der *Politischen Theologie*.

Zunächst möchte ich Links Protonormalismus-Argument aufgreifen, in dem er auf die Verklammerung von Normalität und Normativität bei Carl Schmitt hinweist. Die Normativität, das Prinzip Rechtsgeltung, steht an der Spitze der schmittschen Legitimationspyramide. Sobald die Normalität gewährleistet ist, stellt sich die Geltung des Rechts ganz automatisch ein. Diesem Zweck, der Herstellung von Normalität, dient der Ausnahmezustand. Darin besteht seine vordergründige Rechtfertigung. Entgegen dem Stellenwert der Rechtsgeltung in seiner Theorie sagt Schmitt nicht deutlich, was er darunter versteht. Schmitt spricht von der Rechtsordnung als Gesamtheit, gibt aber nicht an, worin denn das Erhaltenswerte dieser Ordnung besteht. Betrachtet er die Rechtsordnung als Selbstzweck? Oder geht es in Wahrheit um etwas ganz Anderes? Der Schluss liegt nahe, dass Schmitt die Rechtsordnung als Strohpuppe verwendet und den Ausnahmezustand aus ganz anderen Motiven propagiert. Auf diese Motive werde ich im Anschluss noch eingehen.

Die angesprochene Verklammerung von Normalität und Normativität ist Indiz für einen ausgeprägten Etatismus: „Das Funktionieren [des Rechtsstaates] wird einseitig als

staatliche ‚Ordnungs‘-Leistung begriffen, so etwas wie zivilgesellschaftliche Spontanität wird gar nicht erst ins Auge gefaßt“ (Link 1999: 287). Diese Aussparung der Zivilgesellschaft passiert nicht zufällig, sie ist vielmehr symptomatisch für das Denken Schmitts. Sie zeigt sich auch in Gestalt des Souveräns, der die Ausnahme völlig gelöst von gesellschaftlichen Zusammenhängen vorschreibt. Schmitt thematisiert nicht die soziologischen und ethischen Perspektiven zur Rechtsgeltung. Dementsprechend äußert er keinerlei Bedenken, was etwa den Konflikt von Ausnahmekompetenzen und politischer Moral betrifft.<sup>4</sup> Diese Ausblendung von nicht-staatlichen Faktoren klappt wie ein tiefer Spalt zwischen Schmitts Gedankenwelt und dem Status quo des Demokratie-Diskurses. Darin liegt die erste Tücke der schmittschen Theorie.

Ein anderes Problem wirft Links Anormalismus-Argument auf, wonach die diktatorische Festlegung von Normalität ebendiese Normalität zerstöre. Link nimmt an, dass Normalität im zivilgesellschaftlichen Diskurs entsteht. Die einseitige Verordnung sogenannter Normalität widerspricht natürlich dieser grundlegenden Voraussetzung. Allerdings geht Link noch weiter und wertet jenen „Putsch im Felde der Normalität“ (ebd: 288) bei Schmitt als Einbruch der permanenten Ausnahme. Damit schießt er übers Ziel hinaus. Das entscheidende Kriterium der schmittschen Diktatur ist ja gerade ihr Ablaufdatum, die Restaurierung der Normalität nach Beseitigung der Bedrohung. Jene Phase vorübergehender Anormalität soll letztlich dem Schutz normaler Lebensverhältnisse dienen.

Die konzeptionelle Schwachstelle der Diktatur sind die Normen der Rechtsverwirklichung – oder besser gesagt: ihre Inhaltsleere. Schmitt deutet an, dass es einen Ordnungsauftrag gibt, aber er macht nicht deutlich, woraus sich dieser Auftrag ergibt. Muss sich der Diktator letztlich nur nach seinem Gewissen richten, gelangt man schnell zum Problem des Machtmissbrauchs. Wenn das Subjekt eines theoretischen Konzepts diesen Rahmen missachtet, ist das freilich nicht die Schuld des Theoretikers. Dieser Ausschluss der Verantwortlichkeit gilt auch für Carl Schmitt – doch keineswegs uneingeschränkt. Allzu oft tut Schmitt viel mehr, als bloß den Ausnahmezustand in seiner juristischen Dimension zu beschreiben. So enthält die *Politische Theologie* geradezu sprachmythische Sentenzen über die Großartigkeit der Ausnahme.

Schmitts Festhalten am Ausnahmezustand lässt sich auf zwei Faktoren zurückführen: zum einen seine Faszination für die Dynamik der Alleinentscheidung (die Führersehnsucht mag hier ihre Schatten vorausgeworfen haben); zum anderen die Überzeugung, dass die Ausnahme alternativlos sei. Irgendwie muss es schließlich gelingen, die Ordnung gegen die Abnormität des Weltgeschehens abzusichern. Eher überzeugt das implizite Argument, wonach die Machtkonzentration an der Regierungsspitze uns gar keine andere Wahl lässt, als uns mit dem realen Ausnahmezustand auseinanderzusetzen. Carl Schmitts affirmative Haltung gegenüber dem Faktischen geht allerdings so weit, dass er

---

4 Vgl zu dieser Thematik etwa Ignatieff (2005).

die permanente Anormalität, die Despotie, in Kauf nimmt. Das ist die zweite große Tücke seiner Theorie des Ausnahmezustands.

#### 4. Conclusio

Die Erfahrungen mit Terrorismus und Staatskrisen im letzten Jahrzehnt haben das Bedürfnis nach Sicherheit auf den politischen Agenden ganz nach oben katapultiert. Vor diesem Hintergrund ist das starke Interesse am Ausnahmezustand kaum verwunderlich. Theoretiker\_innen unterschiedlichster Couleur haben sich an dem Thema abgearbeitet, viele davon unter der Anleitung Carl Schmitts.<sup>5</sup> Wie sich allerdings gezeigt hat, beruht der schmittsche Ausnahmezustand auf Annahmen, die einer zeitgemäßen Sicht auf Demokratie und Staatlichkeit schlicht widersprechen.

Schmitt steht für ein Normalitätsverständnis, in dem für die Zivilgesellschaft kein Platz ist. Normalität erscheint darin als Produkt souveräner Alleinentscheidung, das Recht mutiert zur einseitig gewährten staatlichen Ordnungsleistung. Es ist diese Art vermeintlich normaler Lebensverhältnisse, die Schmitt durch die Beseitigung des Rechts im Ausnahmezustand bewahren möchte. Damit propagiert er eine Ordnung, die ihre demokratie- und liberalismusfeindlichen Einschlüsse kaum verbirgt. Schmitt distanziert sich nicht von solchen Tendenzen, stattdessen liebäugelt er mit der permanenten Ausnahme – dem Untergang jeder Normalität.

Der Mehrwert von Carl Schmitts Theorie liegt in der Bewusstmachung jener Machtkonstellationen, in die der Ausnahmezustand eingebettet ist. Darüber hinaus führt sein Ansatz aber in die Sackgasse – eine dunkle und gefährliche noch dazu. Ziel dieser Darstellung war es letztlich, über die normalismustheoretische Schmitt-Kritik die Entwicklung neuer, innovativer Kritik an dem schmittschen Gedankengebäude anzuregen. In diesem Sinne täten Schmitts Anhänger\_innen gut daran, seine Ideen genau zu hinterfragen und wo die autoritäre Gesinnung auf dem Tisch liegt, diese nicht unter selbigen zu kehren.

Mag. Hans-Georg Eilenberger hat Rechtswissenschaften an der Universität Wien studiert; derzeit widmet er sich seinem Sinologie-Studium; hans-georg.eilenberger@hotmail.com

#### Literatur

Arato, Andrew 2002: „The Bush Tribunals and the Specter of Dictatorship“. *Constellations* 9/4, 457–476.

Campagna, Norbert 2004: *Carl Schmitt. Eine Einführung*. Berlin: Parerga Verlag.

Darmstadt, Thomas 2008: „Der Mann der Stunde. Die unheimliche Wiederkehr Carl Schmitts.“ In: *Der Spiegel* Nr 39, 160–162.

Frankenberg, Günter 2012: *An den Grenzen des Rechts*. Vortrag zum 40. Jubiläum des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie. Working Paper Nr 13, Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie.

---

5 Darstellungen solcher Schmitt-Anhänger\_innen finden sich bei Frankenberg (2012: 9 ff) und Darmstadt (2008).

- Holzleithner, Elisabeth 2011: „Führung muss sein.“ Carl Schmitts Fiktion eines totalen Staates“. In: Eva Kreisky et al (Hg): Staatsfiktionen. Denkbilder moderner Staatlichkeit. Wien: Facultas.
- Ignatieff, Michael 2005: Das kleinere Übel. Politische Moral in einem Zeitalter des Terrors. Aus dem amerikanischen Englisch von Hans-Joachim Maass. Berlin: Philo.
- Linder, Christian 2008: Der Bahnhof von Finnentrop. Eine Reise ins Carl Schmitt Land. Berlin: Matthes & Seitz Berlin.
- Link, Jürgen 1999: Versuch über den Normalismus. Wie Normalität produziert wird. Opladen/Wiesbaden: Westdeutscher Verlag.
- Mehring, Reinhard 2001: Carl Schmitt zur Einführung. Hamburg: Junius.
- Mehring, Reinhard 2009: Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. München: Verlag C. H. Beck.
- Rüthers, Bernd 1994: Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich. München: Deutscher Taschenbuch Verlag
- Scheuerman, William E. 2006: „Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law After 9/11“. The Journal of Political Philosophy 14/ 1, 61–84.
- Schmitt, Carl 1932: Der Begriff des Politischen. Berlin: Duncker und Humblot.
- Schmitt, Carl 1940: Positionen und Begriffe im Kampf gegen Weimar – Genf – Versailles. 1923–1939. Berlin: Duncker und Humblot.
- Schmitt, Carl 1994 (1921): Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsdenkens bis zum proletarischen Klassenkampf. Berlin: Duncker und Humblot.
- Schmitt, Carl 2004 (1914): Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen. Berlin: Duncker und Humblot.
- Schmitt, Carl 2009 (1922): Politische Theologie. Vier Kapiteln zur Lehre von der Souveränität. Berlin: Duncker und Humblot.

# Der Einspruch wegen Rechtsverletzung gegen kriminalpolizeiliches Handeln – Volume 2

Florian Roitner

---

## 1. Einleitung

Einer der wesentlichen Punkte der Strafprozessreform 2008<sup>1</sup> war die Schaffung eines Rechtsschutzinstitutes gegen polizeiliches sowie staatsanwaltschaftliches Handeln im Rahmen des Ermittlungsverfahrens: Der Einspruch wegen Rechtsverletzung nach § 106 StPO sollte das Instrument dafür sein.<sup>2</sup> Der Verfassungsgerichtshof (VfGH) hob im Jahr 2010 jedoch einen Teil dieser Bestimmung auf. Er erklärte den gerichtlichen Rechtsschutz gegen rein kriminalpolizeiliche Akte für verfassungswidrig, weil dies gegen den Grundsatz verstoße, dass die Justiz in allen Instanzen von der Verwaltung getrennt sei (Art 94 B-VG idF StGBI 1945/4).<sup>3</sup> Der Einspruch nach § 106 StPO stand seither nur noch gegen Akte offen, die von der Staatsanwaltschaft angeordnet wurden.<sup>4</sup> Es stellte sich also die Frage nach dem Rechtsschutz in allen anderen Fällen, also in Fällen, in denen die Kriminalpolizei selbstständig handelte. Die nachstehenden Ausführungen machen deutlich, dass die Situation alles andere als zufriedenstellend war und ist. Außerdem sollen die Änderungen der rechtlichen Lage mit 1.1.2014 analysiert und deren Auswirkungen dargestellt werden.

## 2. Rechtsschutz gegen kriminalpolizeiliches Handeln bis 31.12.2013

Der Einspruch wegen Rechtsverletzung war bis Ende 2013 nur gegen Akte möglich, die von der Staatsanwaltschaft durchgeführt worden waren (§ 106 Abs 1 StPO idF BGBl I 2011/1). Im Ermittlungsverfahren der Kriminalpolizei handelt diese jedoch zu großen Teilen ohne staatsanwaltschaftliche Anordnung. Als ein Beispiel dafür sei nur § 59 Abs 1 StPO genannt. Nach dieser Bestimmung kann die Kriminalpolizei den Kontakt zwischen den Beschuldigten und deren Rechtsbeiständen unter gewissen Voraussetzungen beschränken beziehungsweise überwachen. Dies muss nicht von der Staatsanwaltschaft angeordnet werden, sondern die Kriminalpolizei kann selbst entscheiden, ob die

---

1 BGBl I 2004/19.

2 *Reindl-Krauskopf*, UVS oder Strafjustiz: Wer kontrolliert die Kriminalpolizei? VfGH G 259/09 und die Folgen, JBl 2011, 345 (345).

3 VfGH 16.12.2010, G 259/09 ua. Vgl aber den nun neu eingefügten Art 94 Abs 2 B-VG.

4 *Fabrizy*, StPO<sup>11</sup> § 106 Rz 1.

Voraussetzungen erfüllt sind und die Überwachung/Beschränkung durchführen.<sup>5</sup> Infolgedessen stand bis 31.12.2013 gegen eine solche Entscheidung der Kriminalpolizei kein Einspruch wegen Rechtsverletzung nach § 106 StPO zu. Es handelt sich um einen rein kriminalpolizeilichen Akt.<sup>6</sup> Einzige Möglichkeit, gegen eine solche Maßnahme vorzugehen, war die Maßnahmenbeschwerde nach § 88 Abs 1 SPG<sup>7</sup>, welche beim UVS des jeweiligen Bundeslandes einzubringen war. (Heute wäre das jeweilige Landesverwaltungsgericht zuständig; § 88 Abs 1 SPG idF BGBl I 2013/161.)

### 2.1. Die Maßnahmenbeschwerde beim (ehemaligen) UVS nach der Rechtslage vor dem 1.1.2014

Die besagte Maßnahmenbeschwerde nach § 88 Abs 1 SPG konnte von den Betroffenen immer dann erhoben werden, wenn sie behaupteten, durch die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher bzw sicherheitsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in ihren Rechten verletzt worden zu sein. Es ist also eklatant, dass die Polizei „Befehl“ oder „Zwang“ ausgeübt haben muss.

Es gibt jedoch auch Fälle, in denen weder das eine, noch das andere vorliegt. Diesbezüglich bietet sich erneut die Gesprächsüberwachung nach § 59 Abs 1 StPO als Beispiel an. Entscheidet die Kriminalpolizei, das Gespräch der Beschuldigten mit ihren Verteidiger\_innen zu überwachen, so kann dies beispielsweise in der Art erfolgen, dass ein\_e Polizist\_in neben den Gesprächspartner\_innen postiert ist und zuhört. Er/Sie übt also eine passive Überwachungstätigkeit aus. Es liegt weder Befehls- noch Zwangsgewalt vor, sondern eine schlicht-hoheitliche Tätigkeit.<sup>8</sup> Die Beschwerde nach § 88 Abs 1 SPG blieb den Beschuldigten hier also verwehrt.

### 2.2. Rechtslücke

In Anbetracht des bisher Ausgeführten wird deutlich, dass in solchen Situationen hinsichtlich des Rechtsschutzes gegen kriminalpolizeiliches Handeln eine Rechtslücke vorlag. Handelte die Kriminalpolizei selbstständig, war jedenfalls kein Einspruch wegen Rechtsverletzung (§ 106 StPO) möglich. Genau so wenig konnte jedoch eine Maßnahmenbeschwerde beim UVS des jeweiligen Bundeslandes erhoben werden, wenn die Kriminalpolizei weder Befehls- noch Zwangsgewalt ausgeübt hatte.<sup>9</sup> Stand also gegen Maßnahmen wie beispielsweise die Überwachung des Verteidigergesprächs keinerlei Rechtsschutz offen?

---

<sup>5</sup> *Achammer*, WK-StPO § 59 Rz 4.

<sup>6</sup> *Fabrizy*, StPO § 106 Rz 1.

<sup>7</sup> BGBl 1991/566 idF BGBl I 2002/104; *Bertel*, StPO § 106 Rz 1b.

<sup>8</sup> *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (2011) Rz 389; hier: Beispiel Videoüberwachung.

<sup>9</sup> *Bertel*, StPO § 106 Rz 14.

### 2.3. Ausweg § 88 Abs 2 SPG?

Neben der allgemeinen Beschwerde gegen Akte unmittelbarer sicherheitsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (§ 88 Abs 1 SPG) ist in § 88 Abs 2 SPG vorgesehen, dass die Landesverwaltungsgerichte (und bis 31.12.2013 die UVS) über Beschwerden von Personen erkennen, die behaupten, auf andere Weise durch die Besorgung der Sicherheitsverwaltung in ihren Rechten verletzt worden zu sein. Um am obigen Beispiel anzuknüpfen: Fasst man die Überwachung des Gespräches zwischen den Beschuldigten und deren Rechtsbeiständen durch eine Polizistin oder einen Polizisten als eine „andere Weise“ der „Besorgung der Sicherheitsverwaltung“ auf, dann hätten sich die beschuldigten Personen gegen eine solche Maßnahme also auf § 88 Abs 2 SPG gestützt dagegen wehren können. Allerdings war und ist in § 2 Abs 2 SPG genau aufgelistet, was unter „Sicherheitsverwaltung“ zu verstehen ist. Die Kriminalpolizei findet sich nicht darunter<sup>10</sup>, was die Anwendung von § 88 Abs 2 SPG ausschließt.<sup>11</sup> Gegen polizeiliches Handeln im Dienst der Strafjustiz konnte also auch nach § 88 Abs 2 SPG keine Beschwerde erhoben werden.<sup>12</sup>

### 2.4. Zusammenfassung

Nachdem der VfGH in Fällen, in denen die Kriminalpolizei selbstständig handelte, keinen Einspruch wegen Rechtsverletzung (§ 106 StPO) an ein Gericht zuließ, stand den Beschuldigten lediglich der Weg zu den UVS der Bundesländer offen. Auch dieser Weg blieb jedoch in gewissen Situationen verschlossen. Und zwar dann, wenn die Kriminalpolizei lediglich schlicht-hoheitlich tätig war, also weder Befehls- noch Zwangsgewalt ausübte. In solchen Situationen standen die beschuldigten Personen völlig ohne Rechtsschutz da. Eine Situation, die rechtsstaatlich bedenklich ist.<sup>13</sup>

## 3. Rechtsschutz gegen kriminalpolizeiliches Handeln seit 1.1.2014

Wirft man einen Blick auf die aktuelle Fassung des § 106 StPO (idF BGBl I 2013/195), so fällt auf, dass der Einspruch nun auch wieder gegen Akte der Kriminalpolizei zulässig ist. Die erläuterte Rechtslücke der letzten Jahre scheint geschlossen worden zu sein. Doch inwiefern steht dies nun mit der österreichischen Bundesverfassung und der Rechtsprechung des VfGH im Einklang?

Im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 (BGBl I 2012/51) wurde auch der Wortlaut des Art 94 B-VG geändert, wonach die Justiz von der Verwaltung in

---

10 *Reindl-Krauskopf*, JBl 2011, 345 (348).

11 *Bertel*, StPO § 106 Rz 14.

12 VwGH 25.3.2003, 2002/01/0252; mwN *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 737.

13 *Reindl-Krauskopf*, JBl 2011, 345 (349).

allen Instanzen getrennt sei. Nunmehr wurde ein zweiter Absatz hinzugefügt, nach dem „durch Bundes- oder Landesgesetz [...] in einzelnen Angelegenheiten anstelle der Erhebung einer Beschwerde beim Verwaltungsgericht ein Instanzenzug von der Verwaltungsbehörde an die ordentlichen Gerichte vorgesehen werden (kann).“ Hinsichtlich der erwähnten Entscheidung des VfGH<sup>14</sup> aus dem Jahr 2010, welche den damaligen § 106 StPO teilweise aufhob, bedeutet dies, dass genau jener Punkt, an dem sich der VfGH damals stieß, heute möglich ist. Ein Gesetz, das einen Rechtsbehelf gegen eine verwaltungsbehördliche Handlung an ein ordentliches Gericht zulässt, ist nicht mehr automatisch verfassungswidrig. Als Folge wurde der Einspruch wegen Rechtsverletzung nach § 106 StPO eben auch gegen kriminalpolizeiliches Handeln wieder möglich gemacht. Die grundsätzliche Beseitigung des Problems des fehlenden Rechtsschutzes ist selbstverständlich zu begrüßen. Trotzdem verbleiben auch bei der derzeitigen Formulierung des § 106 StPO noch Mängel, die in der Folge anzusprechen sind.

#### 4. Zur Wirksamkeit des § 106 StPO

Ein positiver Punkt der Neugestaltung des § 106 StPO ist jedenfalls, dass der Einspruch wegen Rechtsverletzung nun nicht mehr gegenstandslos wird, sobald das Verfahren das Stadium des Ermittlungsverfahrens verlässt. Genau dies war bisher der Fall. Seit der Neufassung der Regelung ist der Einspruch stets binnen sechs Wochen ab Kenntnis der behaupteten Verletzung in einem subjektiven Recht einzubringen (§ 106 Abs 3 StPO). Seine Einbringung ist also nicht mehr mit dem Ende des Ermittlungsverfahrens befristet.<sup>15</sup> Außerdem wird ein erhobener Einspruch nicht mehr mit dem Ende des Ermittlungsverfahrens gegenstandslos, wie dies bisher der Fall war. Das bedeutet erstens, dass nun sämtliche Einsprüche, die bereits erhoben wurden, auch nach der Anklageerhebung noch weiterbehandelt werden müssen, und zweitens, dass auch nach dem Ende des Ermittlungsverfahrens noch Einsprüche erhoben werden können.<sup>16</sup> Kritik muss allerdings dahingehend geübt werden, dass nun teilweise wieder eine Rechtslage vorliegt, die schon vor dem oben erläuterten Erkenntnis des VfGH kritisiert wurde. Es ist in der Praxis für die Betroffenen oft völlig unklar, in welcher Rolle ihnen die Polizeibediensteten gegenüberstehen. Handeln sie als Sicherheitspolizei (gestützt auf das SPG) oder im Dienste der Kriminalpolizei (gemäß der StPO)? Je nachdem steht nunmehr im ersten Fall (meist) die Maßnahmenbeschwerde an die Landesverwaltungsgerichte offen. Im zweiten Fall kann der Einspruch wegen Rechtsverletzung erhoben werden. Es liegt also bei den Betroffenen, das Handeln der Polizei einzuordnen und

---

14 VfGH 16.12.2010, G 259/09 ua.

15 ErläutRV 2402 BlgNr 24. GP 10.

16 ErläutRV 2402 BlgNr 24. GP 11.

das jeweils passende Rechtsmittel zu wählen. Dies wird in der Praxis oftmals nicht einfach sein.<sup>17</sup>

Auch ein weiterer Punkt sollte kritisch hinterfragt werden. Der Einspruch wegen Rechtsverletzung steht dem Gesetzestext nach jeder Person zu, die behauptet, im Ermittlungsverfahren durch Kriminalpolizei oder Staatsanwaltschaft in einem subjektiven Recht verletzt worden zu sein. Die Verletzung eines subjektiven Rechts liegt allerdings nicht vor, wenn das Gesetz von einer bindenden Regelung des Verhaltens von Staatsanwaltschaft oder Kriminalpolizei absieht und vom dadurch eingeräumten Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht wurde. Zusammengefasst kann also kein Einspruch erhoben werden, wenn die Staatsanwaltschaft oder die Kriminalpolizei lediglich von diesem Ermessen Gebrauch machte.<sup>18</sup>

Folgt man der oft vertretenen Ansicht, dass hinter den meisten „Kann“-Bestimmungen der StPO eigentlich ein „Müssen“ steht<sup>19</sup>, läge aber so gut wie nie ein Ermessensspielraum vor. Folglich wäre der Einspruch wegen Rechtsverletzung ein großteils effektives Instrument. Diese Meinung muss aber sehr kritisch hinterfragt werden. Zur konkreteren Erläuterung möchte ich wieder auf das Beispiel der Gesprächsüberwachung zurückgreifen.

Befindet sich eine beschuldigte Person in Untersuchungshaft, kann die Staatsanwaltschaft nach § 59 Abs 2 StPO anordnen, das Gespräch zwischen ihr und ihrem Rechtsbeistand zu überwachen. Voraussetzung dafür ist, dass sie wegen Verabredungs- oder Verdunkelungsgefahr angehalten wird und auf Grund schwerwiegender Umstände zu befürchten ist, dass der Kontakt mit dem/der Verteidiger\_in zu einer Beeinträchtigung von Beweismitteln führen könnte. Wann genau so schwerwiegende Umstände vorliegen, dass die Beschneidung des Beschuldigtenrechts auf eine\_n Verteidiger\_in gerechtfertigt sein könnte, ist jedoch nicht näher ausgeführt und bleibt stets eine Ermessensfrage.<sup>20</sup> Liegen sämtliche Voraussetzungen vor, dann *kann* der Staatsanwalt oder die Staatsanwältin die Gesprächsüberwachung anordnen. Eine solche Maßnahme muss im Sinne der EGMR-Rechtssprechung stets die absolute Ausnahme bleiben und bedarf einer auf den Einzelfall bezogenen Begründung.<sup>21</sup> Auch wenn also besonders schwerwiegende Umstände vorliegen, muss vor der Anordnung einer Gesprächsüberwachung noch immer auf den konkreten Fall bezogen bejaht werden, dass eine Überwachung notwendig ist. Es ist also alles andere als naheliegend, anstatt dem „Können“ in § 59 Abs 2 StPO automatisch ein „Müssen“ zu lesen. Die Entscheidung über die Anordnung einer Gesprächsüberwachung ist also sehr wohl stets eine Ermessensentscheidung der Staatsanwaltschaft beziehungsweise der Kriminal-

---

17 *Reindl-Krauskopf*, JBl 2011, 345 (350); *Helm*, Effektiver Rechtsschutz ist wiederhergestellt, „DiePresse“-Rechtspanorama, 24.1.2011, 16.

18 *Seiler*, Strafprozessrecht<sup>12</sup> (2012) Rz 647.

19 *Venier*, Rechtsschutz im neuen Vorverfahren: Der Einspruch wegen Rechtsverletzung. 34. Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie in Ottensheim 2006, JSt 2006, 7.

20 *Achammer*, WK-StPO § 59 Rz 7.

21 EKMR 12.7.1984, *Can v Österreich*, Nr 9300/81 Z 57; aus: EGMR 30.9.1985, *Can v Österreich*, Nr 9300/81.

polizei.<sup>22</sup> Die These, dass die „Kann“-Bestimmungen der StPO in der Regel ein „Müssen“ bedeuten<sup>23</sup>, ist zumindest für diesen Fall widerlegt.

Denkt man diesen Gedanken zu Ende, wird deutlich, dass es noch immer Situationen gibt, in denen der Einspruch wegen Rechtsverletzung nicht möglich sein kann, weil eine Ermessensentscheidung getätigt wurde.<sup>24</sup> Es liegt also erneut die Situation vor, dass die Beschuldigten sich gegen gewisse Eingriffe in ihre Rechte schlicht nicht zur Wehr setzen können.<sup>25</sup> In der österreichischen Rechtsordnung ist es zwar durchaus üblich, dass keine Rechtswidrigkeit vorliegt, solange sich das handelnde Organ im Rahmen des gesetzlich zugestandenen Ermessensspielraumes bewegt.<sup>26</sup> Insofern ist die Formulierung des § 106 StPO also kein Novum. Trotzdem sollte durch obige Ausführungen und vor allem anhand des Beispiels der Gesprächsüberwachung deutlich werden, dass dadurch Situationen entstehen können, in denen den Betroffenen jeglicher Rechtsschutz gegen kriminalpolizeiliches Handeln verwehrt bleibt.<sup>27</sup>

## 5. Zusammenfassung

Bedenkt man die obigen Erläuterungen zur Situation bis Ende 2013, wird deutlich, dass die Wiedereröffnung des Einspruchs wegen Rechtsverletzung für rein kriminalpolizeiliches Handeln dringend geboten war. Die bis dahin in gewissen Situationen eintretende Lücke brachte die Beschuldigten um jegliche Rechtsschutzmöglichkeit, und stellte somit ein untragbares Rechtsschutzdefizit dar.<sup>28</sup>

Die derzeitige Situation bietet zwar grundsätzlich den nötigen Rechtsschutz gegen Eingriffe in Beschuldigtenrechte. Bei genauerer Betrachtung der Details und vor allem bei konsequenter Anwendung des § 106 Abs 1 dritter Satz StPO, nach dem der Einspruch bei Nutzung eines Ermessensspielraumes ausgeschlossen ist, erweist sich die Regelung des Einspruchs wegen Rechtsverletzung aber als unzufriedenstellend. Erneut kann sich eine beschuldigte Person in manchen Situationen jeglichen Rechtsschutzes beraubt wiederfinden. Die Möglichkeiten, im Ermittlungsverfahren gegen Handlungen der Polizei und der Staatsanwaltschaft vorzugehen, sollten also erneut überdacht und etwa dahingehend ausgebaut werden, dass auch Ermessensentscheidungen einer gerichtlichen Überprüfung unterliegen.

Mag. Florian Roitner ist Konzipient der Ortner Rechtsanwalts KG in Gmunden; Florian.Roitner@stud.sbg.ac.at

---

22 Roitner, Die Überwachung des Gesprächs zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger im Lichte der EMRK (2013) 18.

23 Venier, JSt 2006, 7.

24 Ähnliche Bedenken äußernd: Reindl, Die neue Stellung des Gerichts im Ermittlungsverfahren, JAP 2005/2006/1, 4 (6).

25 Roitner, Überwachung 19.

26 Vgl Art 133 Abs 3 B-VG oder Art 130 Abs 3 B-VG.

27 Ähnliche Bedenken äußernd: Reindl, JAP 2005/2006/1, 6.

28 Vgl Reindl-Krauskopf, JBl 2011, 345 (349).

# Thema: Arbeit

## Vorwort

Petra Streithofer / Martin Risak

---

Dem Vertragsrecht liegt der Gedanke zu Grunde, dass es beim Aushandeln des Vertrages zu einem Abschleifen der unterschiedlichen, oft gegenläufigen Interessen der beiden Vertragsparteien kommt, das in einen Vertragsschluss mündet, der für beide Seiten akzeptabel ist. Nach diesem liberalen Grundverständnis soll sich die Rechtsordnung, was die Vertragsinhaltskontrolle betrifft, zurückhalten und sich darauf konzentrieren, dass Vertragsverhandlungen möglichst störungsfrei ablaufen. Dieser Vertragsmechanismus funktioniert jedoch nur, wenn einander annähernd gleich starke Vertragsparteien gegenüberstehen. Das ist in unterschiedlichen Konstellationen, so auch dem Arbeitsverhältnis, nicht der Fall – die Gesetzgebung musste deshalb, oft erst nach langen politischen Kämpfen, auf diese Ungleichgewichte reagieren, um den Vertrag als wesentlichen Verteilungsmechanismus zu retten.

Grundlage für die gesetzliche Reglementierung des Arbeitsverhältnisses ist also die Erkenntnis, dass der Vertragsmechanismus wegen des bei der Aushandlung der Arbeitsbedingungen bestehenden Machtungleichgewichts nicht ausreichend funktioniert. Die Gründe dafür sind mannigfaltig und zumeist auf eine unterschiedliche Ressourcenausstattung der Vertragsparteien zurückzuführen. Dem ist die Rechtsordnung auf unterschiedlicher Ebene entgegen getreten: Sozialstaatliche, zumeist auch umverteilende Maßnahmen sichern gegen grundlegende Lebensrisiken ab. Gewerkschaften verhandeln kollektiv Mindestarbeitsbedingungen, die auf individueller Ebene nicht hätten erzielt werden können. Allgemein gültige Gesetze legen den sozialpolitisch erwünschten Rahmen fest, innerhalb dessen überhaupt verhandelt werden darf und nehmen, zB durch Arbeitszeitbeschränkungen, bestimmte Bereiche von vornherein aus der zur Verfügung stehenden Verhandlungsmasse heraus. Und dies alles ist bzw war abgesichert durch einen breiten gesellschaftlichen Konsens, der auch von den Arbeitgeber\_innen mitgetragen wurde.

Dieser Konsens wird aber zunehmend brüchig. Schon seit längerem schleicht sich zunächst fast unbemerkt, zuletzt aber auch sehr offensiv eine Tendenz zur Individualisierung und Deregulierung der Arbeitsverhältnisse ein. Der Raum, in dem frei zwischen

Arbeitgeber\_innen und Arbeitnehmer\_innen verhandelt werden kann, soll ausgeweitet werden. Und dies nicht deshalb, weil die individuelle Verhandlungsmacht der Arbeitenden zugenommen hat, sondern im Gegenteil wohl gerade wegen des Schwindens arbeitnehmer\_innenseitiger Verhandlungsmacht. Argumentiert wird mit ansonsten bestehenden Standortnachteilen im internationalen Wettbewerb und gerade in den letzten Jahren mit der angespannten Situation öffentlicher Budgets und dem dadurch notwendigen Sparzwang. Das Arbeitsrecht steht damit aus dieser Sicht unter Wettbewerbs- und Austeritätsdruck, der die (Wieder-)Einführung von mehr Wettbewerb unter den Arbeitenden sowie mehr staatliche und sozialpartnerschaftliche Zurückhaltung fordere. Der Schwerpunkt der vorliegenden juridikum-Ausgabe greift mit seinen Beiträgen einzelne damit im Zusammenhang stehende Bereiche auf, die diese grundlegende Tendenz zur Deregulierung und Individualisierung aufzeigen und eine Basis für weitere Diskussionen bieten sollen.

Der Beitrag von *Marterbauer/Rehm/Schnetzer* analysiert die Auswirkungen der aktuellen Finanz- und Wirtschaftskrise auf die Einkommensverteilung und zeigt, dass diese zu einer deutlichen Ausweitung der Ungleichheit der Verteilung von Einkommen geführt hat. Der Anstieg der Arbeitslosigkeit führte zu einer deutlichen Schwächung der Verhandlungsmacht der Arbeitnehmer\_innen. Die Maßnahmen der Konsolidierung der öffentlichen Haushalte setzen zudem oft im Sozialstaat an und schwächen damit jene, die auf diesen besonders angewiesen sind.

*Kommer/Fischer-Lescano* analysieren inwiefern die von der „Troika“ – bestehend aus EU-Kommission, Europäischer Zentralbank und Internationalem Währungsfond – gegenüber den Krisenstaaten auf Basis der „Memoranda of understanding“ vorgegebenen Sparmaßnahmen, wie Kürzungen im Sozialsystem und Einschnitte im Arbeitsrecht, Menschenrechte verletzen. Sie kommen zum Schluss, dass Klagen insbesondere gegen die EU-Kommission vor internationalen Rechtsausschüssen und Gerichten zielführend wären.

Aber nicht nur die Krise hinterläßt ihre Spuren im Arbeitsleben, auch die seit den 1980er Jahren politisch mit großem Nachdruck und hartnäckig immer und immer wieder geforderte Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen zeitigt nachhaltige Effekte im Arbeitsrecht: *Heilegger* geht der Flexibilisierung der Arbeitszeit nach, die zwar häufig unter dem Deckmantel von Vereinbarkeit von Privatleben und Arbeit als fortschrittlich argumentiert wird, aber im Effekt oft Kosteneinsparungen für Arbeitgeber\_innen bei gleichzeitiger Ausweitung der Arbeitszeit (und damit die Vermeidung von Neueinstellungen) nach sich zieht. *Schörghofer* behandelt die Arbeitskräfteüberlassung, deren Reglementierung im Spannungsverhältnis zwischen Flexibilisierung und Arbeitnehmer\_innenschutz steht. Gerade hierbei wird offensichtlich, was häufig intendiert ist, wenn eine gesetzliche Gleichstellung von überlassenen Arbeitskräften und dem Stammpersonal zu einem Rückgang der Beschäftigung von Leiharbeiter\_innen führt: nämlich Kosteneinsparungen durch die Unterwanderung betrieblicher Gehaltsniveaus durch eine Zersplit-

terung der Belegschaft. Dieser Trend, der zu massiven Verschiebungen der Verhandlungsmacht weg von der Arbeitnehmer\_innenseite führt, ist auch bei der Rechtsdurchsetzung zu beobachten. *Risak* zeigt in seinem Beitrag am Beispiel des verstärkten Einsatzes von Mediation auf, welcher ideologische Wandel der Tendenz zu Grunde liegt, Arbeitnehmer\_innen verstärkt individuell ausgerichtete Möglichkeiten der Konfliktbeilegung (insb in Form von Mediation) zu bieten und weniger auf jene traditionellen Mechanismen zurückzugreifen, die auf der kollektiven Vertretung ihrer Interessen aufbauen.

Die abschließenden Beiträge beschäftigten sich mit zwei Beispielen aus der Arbeitswirklichkeit in Branchen, die ganz besonderem Wettbewerbs- und Austeritätsdruck unterliegen: *Krupka* analysiert die Arbeitsrealitäten von Erwachsenenbildner\_innen, die häufig in prekären Verhältnissen arbeiten, welche nicht zuletzt aus den mangelnden öffentlichen Mitteln resultieren, die den Erwachsenenbildungseinrichtungen zur Verfügung stehen. Die Verbesserung der Arbeitsbedingungen sieht sie vor allem in gewerkschaftlicher Organisationsarbeit und den Möglichkeiten kollektiver Gestaltung der Arbeitsbedingungen. In dem von *Sommer* beschriebenen Fall der Abfallberater\_innen der Stadt Wien, die gegen ihre ebenfalls prekären Arbeitsbedingungen einen hartnäckigen Arbeitskampf um reguläre Arbeitsverhältnisse führen, werden wiederum die Grenzen traditioneller Organisationsarbeit und die Notwendigkeit kreativer Kampfmaßnahmen offenkundig.

Das in diesem Schwerpunkt gezeichnete Bild der Veränderungen in der Arbeitswelt und dem Arbeitsrecht ist kein rosiges – da diese jedoch Ergebnis eines politischen Prozesses und damit nicht alternativenlos sind, gilt es in einem nächsten Schritt auf diesen Befund zu reagieren und Gegenentwürfe zu entwickeln, wie eine Arbeitswelt aussehen soll, die den Interessen der Mehrheit der Bevölkerung, nämlich der lohnabhängig Arbeitenden, gerecht wird.

MMag.<sup>a</sup> Petra Streithofer ist Referentin der Abteilung Arbeitsrecht der Arbeiterkammer Wien;  
petra.streithofer@akwien.at

Dr. Martin Risak ist ao. Universitätsprofessor am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien;  
martin.risak@univie.ac.at

# Krise und Einkommensverteilung in Österreich<sup>1</sup>

Markus Marterbauer / Miriam Rehm / Matthias Schnetzer

---

## 1. Einleitung

Die Einkommensverteilung ist in Österreich von einer langfristigen Tendenz zu höherer Ungleichheit gekennzeichnet. Die verfügbaren Daten weisen auf einen höheren Anteil der Besitz- und Selbständigeneinkommen gegenüber den Lohneinkommen, eine Auseinanderentwicklung innerhalb der Lohneinkommen, sowie anhaltende Einkommenseinbußen für Frauen und, über den Zeitraum der Finanz- und Wirtschaftskrise seit 2007 gemessen, niedrigere Einkommen für junge Arbeitnehmer\_innen hin.

Dieser Trend wurde allerdings im Gefolge der Krise unterbrochen. Der unmittelbare Effekt von konjunkturellen Abschwüngen ist eine Erholung der fallenden Lohnquote und, in internationaler Erfahrung, eine Reduktion der Spitzeneinkommen. Die Hauptgründe hierfür sind Gewinneinbrüche und Verluste bei Wertzuwächsen von Finanzvermögen. In der mittleren Frist überwiegen jedoch nach Krisen Faktoren, die zu einer Erhöhung der Ungleichheit führen. Langgezogene Rezessionen führen zu dauerhaft höherer Arbeitslosigkeit und somit permanentem Druck auf die Verhandlungsmacht der Gewerkschaften und auf Löhne (*Onaran 2009*).

Die österreichische Datenlage zu Verteilungsfragen ist im internationalen Vergleich schütter. Die fallende Lohnquote deutet darauf hin, dass Nichtlohneinkommen die Verteilungsentwicklung zunehmend dominieren. Für die Verteilung von Vermögenseinkommen gibt es in Österreich aber nur drei – sehr wertvolle – Erhebungen der Österreichischen Nationalbank (OeNB). Zudem sind die Daten der Einkommenssteuerstatistik, welche Einkommen aus selbständiger Arbeit, unselbständiger Arbeit, Gewerbebetrieb, Kapitalvermögen, Vermietung und Verpachtung, Land- und Forstwirtschaft, sowie sonstige Einkünften erfasst, mit jenen der Lohnsteuerstatistik nicht kombinierbar. Kapitaleinkommen sind durch die Endbesteuerungsregelung in der Einkommenssteuerstatistik untererfasst. Eine umfassende Untersuchung der personellen Verteilung aller Einkommensarten ist derzeit mit österreichischen Steuerdaten daher nicht möglich.

Lohneinkommen sind durch die administrative Erhebung in der Lohnsteuerstatistik und in der Statistik des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger am besten erfasst. Hierbei hat letztere den Vorteil minimaler Strukturbrüche, sodass sie sich besonders für Langzeitvergleiche eignet. Allerdings werden Einkommen unter der Mindest-

---

1 Dieser Artikel erschien in einer frühen Fassung im Handbuch Armut (Dimmel et al 2014).

sowie über der Höchstbeitragsgrundlage für die Sozialversicherung nicht mit ihrem wahren Wert dargestellt. Sozialversicherungsdaten unterschätzen somit tendenziell das Niveau der Ungleichheit, während die Lohnsteuerstatistik die Enden der Verteilung besser abbildet.

## 2. Lohn- vs Gewinneinkommen

In Österreich wurde die langfristige Tendenz zur funktionellen Einkommenskonzentration nach der Krise 2007 nur kurzfristig abgeschwächt. Die Lohnquote (Abbildung 1) misst den Anteil der Bruttoeinkommen der Arbeitnehmer\_innen am gesamten Volkseinkommen und damit die Verteilung des Einkommens zwischen Löhnen und Gewinnen. Die Lohneinkommen verloren gegenüber den Gewinn- und Besitzeinkommen seit Mitte der 1970er Jahre je nach Berechnungsmethode zwischen 5% und 10% des Volkseinkommens. Nach einem Tiefststand 2007 von 65% stieg die Lohnquote aufgrund der Gewinneinbrüche im Gefolge der Finanz- und Wirtschaftskrise ab 2008 wieder an. Ebenso wie die steigende Lohnquote um die Rezession 1992/93 hielt diese konjunkturelle Trendumkehr allerdings nur kurze Zeit an.



Abbildung 1:  
Lohnquote (Brutto-Arbeitnehmer\_innenentgelte in % des NIP), 1976-2012.

Quelle: WIFO, eigene Berechnungen

Die strukturellen Gründe für die Verschiebung von Einkommen aus unselbständiger Arbeit hin zu Einkünften aus Unternehmenstätigkeit, selbständiger Arbeit und Besitzeinkommen (Zinsen und Dividenden, Mieten und Pachten) sind vielfältig. Einerseits reduzieren Faktoren wie höhere Arbeitslosigkeit und Lohnsteigerungen unter dem Produktivitätszuwachs die Lohneinkommen. Höhere Arbeitslosigkeit reduziert etwa die Lohnquote direkt, weil Arbeitseinkommen durch Transfereinkommen ersetzt werden.

Der indirekte Effekt höherer Arbeitslosigkeit auf die Lohnquote besteht in einem geringeren Einfluss der Gewerkschaften, der zu Lohnsteigerungen unter den Produktivitätszuwächsen und somit zu einem fallenden Anteil der Löhne am Gesamteinkommen führt. Andererseits erhöhen Globalisierung und Verschiebungen zwischen unselbständiger Beschäftigung und Selbständigkeit die Einkommen aus selbständiger Arbeit, Gewinnen und Vermögen tendenziell. Die Internationalisierung und Liberalisierung der österreichischen Wirtschaft spielen insbesondere seit den 1990er Jahren eine Rolle im fallenden Lohnanteil am Volkseinkommen. Gewinne und Vermögenseinkommen profitieren von der Globalisierung stärker als Arbeitseinkommen, was durch Vermögenspreisblasen im internationalen Kontext verstärkt wird. Zudem führt eine Verschiebung von ehemals unselbständigen Tätigkeiten hin zu freien Dienstverträgen, Ein-Personen-Unternehmen und Werkverträgen – ein Phänomen, das unter dem Stichwort „Prekarisierung“ zusammengefasst wird – zu einem Anstieg selbständiger Einkommen. Schließlich durchläuft die Lohnquote kurzfristige Erholungsphasen in konjunkturellen Abschwüngen, etwa in den Rezessionen Anfang der 1990er, Ende der 2000er Jahre und in der Krise ab 2007. In deren Folge nahm sie allerdings ihre langfristig fallende Tendenz wieder auf, und damit die funktionelle Einkommenskonzentration weiter zu.

### 3. Lohnungleichheit

Eine Untersuchung der personellen Einkommensverteilung ist aufgrund des unzureichenden österreichischen Datenmaterials nur eingeschränkt möglich. Die Einkommen aus unterschiedlichen Quellen wie unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit, Unternehmensgewinnen und Vermögen werden in unterschiedlichen Datenquellen erfasst, und sind nicht kombinierbar. Vor allem bei den Nicht-Lohneinkommen ist die Faktenlage über die Verteilung bisher weitgehend unbekannt, obwohl Mikrodatensätze von Statistik Austria (EU-SILC) und der OeNB (HFCS) neue Erkenntnisse brachten. Studien von *Guger et al* (2013) sowie *Humer et al* (2013) zeigen auf Basis dieser beiden Datenquellen, dass die Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit ungleicher verteilt sind als Lohneinkommen. Die größte Schiefe liegt bei den Einkommen, die aus Vermögen bezogen werden (Zinsen, Dividenden, Gewinnentnahmen, Mieteinkünfte, etc.). Generell kann jedoch festgehalten werden, dass die Verteilung von Einkommen aus Arbeit, Gewinn und Vermögen zwischen Arbeitnehmer\_innen und Selbständigen polarisiert ist. *Rehm und Zuckerstätter* (2013) zeigen, dass Arbeitnehmer\_innenhaushalte den Großteil des Arbeitseinkommens in Österreich verdienen, während Selbständigenhaushalte den Löwenanteil des Kapitaleinkommens (Profite und Zinsen) erhalten. Die beste Datenlage für Verteilungsanalysen ist bei den unselbständig Erwerbstätigen aufgrund der automatischen Erfassung in administrativen Datenbanken der Lohnsteuer und der Sozialversicherung gegeben. Die Lohnsteuerstatistik erfasst die Einkommen aus unselbständiger Arbeit vollständig, insbesondere auch diejenigen am oberen und unte-

ren Ende der Einkommensskala. Sie ist daher für die Analyse des Niveaus der Ungleichheit am besten geeignet.

Die Beitragsstatistik des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger ist eine zuverlässige Quelle zur Beurteilung der längerfristigen Entwicklung der Einkommen der unselbständigen Beschäftigten, da sie nur 1987 eine Umstellung auf Jahreserhebung mit Sonderzahlungen, sowie 2000 und ab 2005 kleinere Datenbrüche durch Änderungen der Anzahl und Breite der Lohnstufen beinhaltet. Die Daten des Hauptverbandes erfassen jedoch nur Einkommen über der Geringfügigkeitsgrenze und unter der Höchstbeitragsgrundlage. 2012 blieben daher Einkommen unter 376 Euro und über 4.230 Euro im Monat in der Hauptverbandsstatistik unberücksichtigt.

Österreich verfügt über eine ungebrochene Linie von Wirtschaftswissenschaftlern, die auf Basis dieser Daten der unselbständigen Erwerbstätigeneinkommen die Verteilung seit der Zwischenkriegszeit untersuchten. Während *Josef Steindl* (1958) den Lohneinkommen bis Mitte der 1950er Jahre eine zunehmende Gleichverteilung attestierte, stellen *Günther Chaloupek* (1978) über *Alois Guger* und *Markus Marterbauer* (2005) bis *Wilfried Altzinger et al* (2012) eine zunehmende Ungleichheit fest, die ab etwa Mitte der 1950er Jahre bis 2007 anhält.

### 3.1. Lohnverteilung nach Quintilen

Diese Entwicklung wird in den Daten der Lohnsteuerstatistik von 1976 bis 2012 nachgezeichnet. Die Anteile der untersten beiden Quintile der Arbeitnehmer\_innen am Brutogesamteinkommen sind in den betrachteten 36 Jahren gefallen, während jener des obersten Quintils stark gestiegen ist. Der Einkommensanteil des mittleren Fünftels reduzierte sich in dieser Zeit leicht.

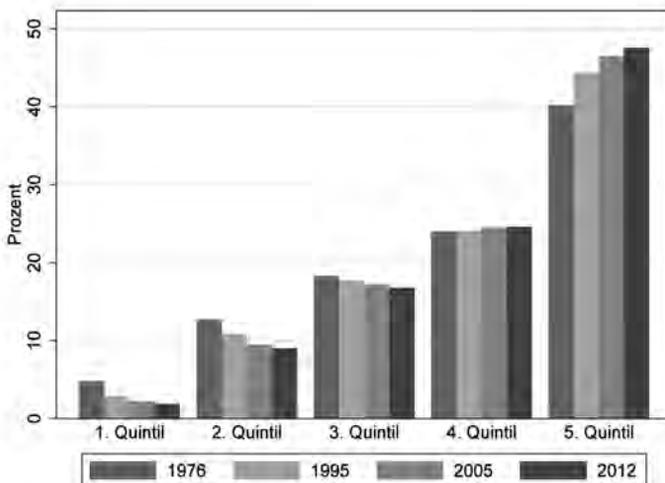
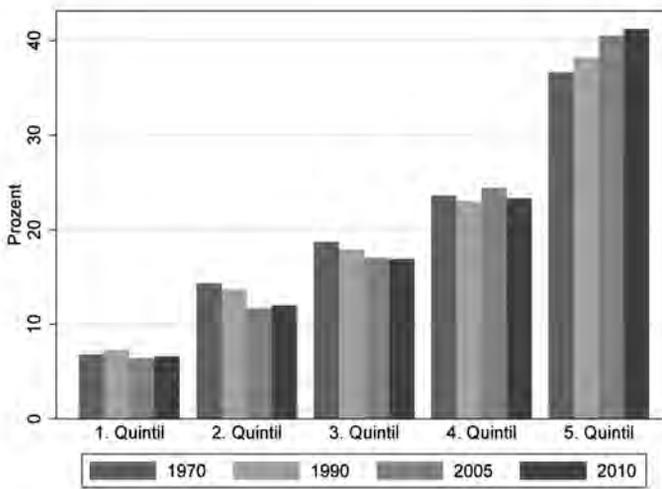


Abbildung 2: Anteile der unselbständig Beschäftigten am Gesamteinkommen nach Quintilen

(a) Lohnsteuerdaten



(b) Sozialversicherungsdaten

Quellen: Statistik Austria; Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger; Glocker et al (2012)

Während also das unterste Quintil der Arbeitnehmer\_innen 1995 (nach einem Bruch der Datenreihe) noch 2,9% des Gesamteinkommens erhielt, war dessen Anteil 2012 auf 1,9% geschrumpft. Jener des zweiten Quintils verringerte sich von 10,9% 1995 auf 9,0% 2012. Das oberste Quintil, das 1995 44,4% der Einkommen von Arbeitnehmer\_innen erhielt, machte 2010 47,6% aus.

Die Veränderung der Ungleichheit über die vergangenen vier Jahrzehnte bleibt bei Verwendung der Sozialversicherungsdaten qualitativ unverändert. Der Anteil des obersten Quintils stieg zwischen 1970 und 2010, während die unteren drei verloren. Der Vergleich bestätigt allerdings, dass die Daten des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger das Niveau der Ungleichheit unterschätzen. Der Anteil des obersten Quintils betrug 2010 in den Sozialversicherungsdaten 41,2% des Gesamteinkommens, während jener des untersten Quintils 6,6% ausmachte. Insgesamt deuten beide Datenquellen unisono auf eine Spreizung der Lohneinkommen in den vergangenen vier Jahrzehnten hin.

### 3.2. Lohnverteilung nach Alter und Berufsgruppen

Die Einkommen von Arbeiter\_innen machten 2010 etwa 79% der Einkommen von Angestellten aus; das ist hauptsächlich auf Unterschiede in der Ausbildung zurückzuführen. Innerhalb dieser Gruppen bestehen jedoch bedeutende Unterschiede in der Einkommensentwicklung nach Alter und Geschlecht.

Den Verlauf des Medianeinkommens über Altersgruppen für Arbeiter\_innen sowie männliche und weibliche Angestellte stellt Abbildung 3 dar. Die Einkommen männlicher Angestellter wuchsen über den gesamten Erwerbshorizont, wobei sich dieser Anstieg ab etwa der Mitte des Erwerbslebens verflachte. Das Medianeinkommen von Arbeitern war zwar für jüngere Kohorten höher, stieg aber von der Gruppe der 25- bis

29-Jährigen bis zu jener der 55- bis 59-Jährigen nur mehr leicht an. Frauen verdienen als Angestellte in Österreich bereits in der Gruppe der bis 19-Jährigen weniger als Männer. Diese Schere öffnet sich bis zur Gruppe der 35- bis 39-Jährigen weiter, was insbesondere auf die größere Häufigkeit von Teilzeitarbeit und Erwerbsunterbrechungen bei Frauen in diesen Altersgruppen zurückzuführen ist. Die Einkommen der 40- bis 59-jährigen weiblichen Angestellten stiegen mit zunehmendem Alter in etwa parallel mit jenen der männlichen Angestellten; erstere sahen sich aber, ebenso wie Arbeiterinnen und in abgeschwächtem Maße Arbeiter, mit einem Einkommensrückgang in der höchsten Altersgruppe der über 60-Jährigen konfrontiert. Bei den Arbeiterinnen verdienten 2010 die jüngeren Kohorten mehr als die älteren. Den Einkommensrückgang insbesondere in der Kohorte der 30- bis 35-Jährigen konnten Arbeiterinnen früherer Jahrgänge nicht mehr aufholen. Zwischen 2000 und 2010 fielen insbesondere die Realeinkommen der Randgruppen der Altersverteilung. Angestellte nahmen Reallohnverluste von 8,3% für die bis 19-Jährigen, 6,3% für die 20- bis 24-Jährigen, und 12,9% sowie 7,1% für die 55- bis 59-Jährigen und über 60-Jährigen hin. Zuwächse verzeichneten vor allem die 30- bis 34-Jährigen und 35- bis 39-Jährigen mit 3,3% und 2,4% Reallohnwachstum. Die Einkommen der Arbeiter\_innen fielen real zwischen 2000 und 2010 in jeder Altersgruppe mit Ausnahme der 45- bis 49-Jährigen, deren Einkommen stagnierten (+0,1%), und den über 60-Jährigen, die ein Wachstum von 14,8% verzeichneten. Allerdings konnte auch dieses Wachstum die niedrigeren Einkommen von Arbeiter\_innen bei den über 60-Jährigen im Vergleich zu jüngeren Kohorten nicht ausgleichen.

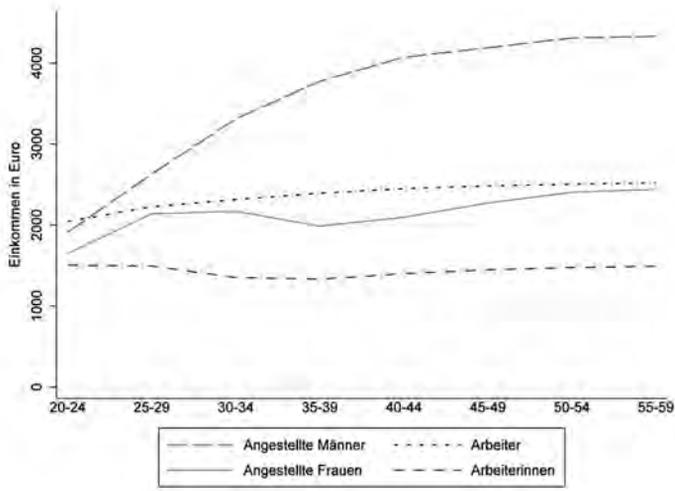


Abbildung 3: Alter-Einkommenskurven nach Geschlecht und Arbeiter\_innen/Angestellten 2010

Quelle: Glocker et al 2012.

Das Medianeinkommen der Frauen betrug von 2000 bis 2010 67% des Medianeinkommens der Männer nach Daten der Sozialversicherungsstatistik. Diese unterschätzen die Differenz, weil die gekappten Einkommen über der Höchstbeitragsgrundlage über-

wiegend von Männern bezogen werden, während im Bereich der nicht erfassten geringfügigen Einkommen der Anteil der Frauen überwiegt. Die Hauptgründe für das Lohngefälle sind Unterschiede in der Arbeitszeit, der Verteilung über Berufsgruppen und Branchen, der Dauer der Unternehmenszugehörigkeit sowie Laufbahnunterbrechungen und Ausbildungsunterschiede. Die Lohnschere bleibt auch nach einer Bereinigung um die unterschiedlichen Arbeitszeiten zwischen Männern und Frauen weit offen: Bei vergleichbarer Arbeitszeit betragen die Fraueneinkommen 2010 knapp 90% der Männereinkommen nach Sozialversicherungsdaten, und knapp 80% nach der Lohnsteuerstatistik.

Die mittleren Einkommen sind zwischen den Branchen sehr unterschiedlich, und die Verteilung der Männer über die Branchen verstärkt die Einkommensunterschiede zu Frauen. So war etwa das mittlere Einkommen in der Energieversorgung 2010 mit 4.027 Euro mehr als 2,5-mal so hoch wie im Gastgewerbe (1.670 Euro). Abbildung 4 illustriert die Ungleichverteilung der Einkommen über die Branchen nach ÖNACE 2008, sowie den höheren Frauenanteil an den Beschäftigten in Branchen unter dem Medianeinkommen. Insbesondere Sektoren mit einem hohen Dienstleistungsanteil wie das Gastgewerbe, Erziehung, Kunst, Gesundheitswesen und der Handel weisen Medianeinkommen deutlich unter dem Durchschnitt, von etwa 75% (sonstige Dienstleistungen, 1.826 Euro) bis 86% (Handel, 1.912 Euro) des Medianeinkommens, auf. Mit Ausnahme von Verkehr und der Landwirtschaft sind Frauen in diesen Sektoren gleich stark oder stärker vertreten als in den Gesamtbeschäftigten.

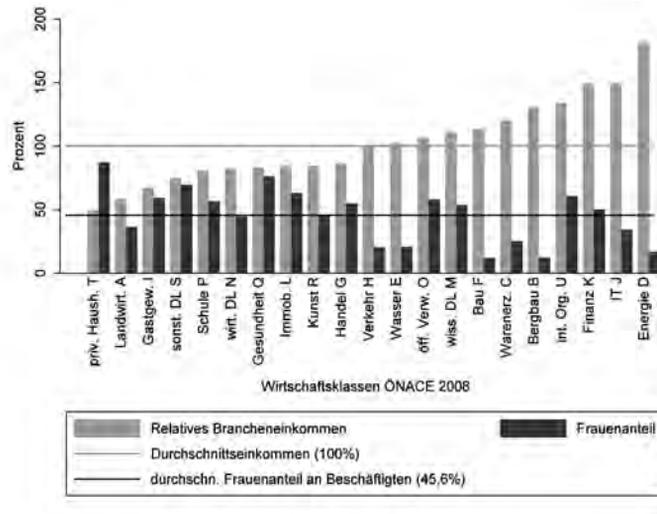


Abbildung 4: Relative Einkommen und der Frauenanteil von Branchen 2010

Quelle: Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, Glocker et al (2012).

Mit den reichhaltigen Daten der Verdienststrukturerhebung 2002 zeigt Geisberger (2007), dass in Österreich die Dauer der Unternehmenszugehörigkeit sowie die Branchenzugehörigkeit die größten Auswirkungen auf die Unterschiede in den Bruttostun-

denverdiensten zwischen Männern und Frauen haben. Die Zugehörigkeit zu Berufsgruppen, sowie der Ausbildungsgrad und das Alter haben hingegen einen weniger starken Einfluss. Unter Einbezug all dieser Faktoren bleiben dennoch etwa 15% der geschlechtsspezifischen Unterschiede in den Stundenverdiensten unerklärt.

#### 4. Sozialstaat verteilt merklich nach unten um

In Österreich betragen die Ausgaben des Staates, vom Bund über Länder und Gemeinden bis zur Sozialversicherung, im Jahr 2012 150 Milliarden Euro. Das entspricht etwa der Hälfte der gesamten Wirtschaftsleistung. Der im Vergleich mit anderen EU-Ländern überdurchschnittlichen Belastung mit Steuer- und Beitragszahlungen im Ausmaß von 43% des BIP stehen überdurchschnittlich umfangreiche öffentliche Leistungen gegenüber. Diese beinhalten etwa die Leistungen der Arbeitslosen- und Pensionsversicherung, die sozialen Dienstleistungen des Bildungs- und Gesundheitssystems oder die öffentliche Verkehrs- und Kommunikationsinfrastruktur. Die Kernbereiche des Sozialstaats machen einen Großteil der Staatsausgaben aus, so entfallen 42% der gesamten Staatsausgaben auf den Bereich der sozialen Sicherheit im engeren Sinn, 15% auf das Gesundheitswesen und 11% auf den Bildungsbereich.

Der Sozialstaat hat den Verlauf und die Auswirkungen der jüngsten Finanz- und Wirtschaftskrise in vielfältiger Hinsicht abgemildert (*Leoni et al 2011*). Wirtschaft und Beschäftigung wurden stabilisiert, Unsicherheit wurde minimiert und der Volatilität privater Absicherungsformen entgegengewirkt. Darüber hinaus erfüllt der Sozialstaat wichtige Umverteilungsfunktionen, deren Ausmaß leicht unterschätzt werden kann.

Der kontinentaleuropäische und skandinavische Sozialstaat erbringt universelle Leistungen, die unabhängig von der sozialen Bedürftigkeit vergeben werden. Dies gilt sowohl für Geldleistungen im Rahmen der Pensions- oder Arbeitslosenversicherung als auch für Sachleistungen etwa im Gesundheits- und Bildungswesen. Die Umverteilung erfolgt deshalb zunächst vor allem horizontal: Der Sozialstaat bietet den Menschen eine Absicherung für Perioden, in denen kein hohes Erwerbseinkommen bezogen werden kann. Die Beiträge für diese Versicherung werden in Lebensphasen gezahlt, in denen Erwerbseinkommen erzielt wird. Der Sozialstaat verteilt somit Einkommen von den derzeit Beschäftigten zu den Pensionist\_innen, von den Erwerbstätigen zu den Arbeitslosen, von den Gesunden zu den Kranken und von den Haushalten ohne Kinder zu jenen mit Kindern um. Durch dieses Prinzip erreicht der Sozialstaat die gesamte Bevölkerung, wenn auch zu verschiedenen Lebenszeitpunkten. Von einem Sozialstaat, der sich nicht nur auf die Verhinderung von Armut konzentriert, sind sowohl die Armen und die Mittelschicht als auch die Vermögenden begünstigt: Die soziale und wirtschaftliche Lage der untersten Einkommensgruppen wird durch Familientransfers, Gesundheits- und Bildungsleistungen markant verbessert, der Mittelschicht leistet das öffentliche Pensionssystem eine gute Absicherung im Alter, die breite Bevölkerung hat Zugang zur

Spitzenmedizin, der Einkommensverlust bei Arbeitslosigkeit wird deutlich gemildert, und selbst die (ehemaligen) Spitzenverdiener\_innen profitieren von Kindergärten und Heimhilfen.

Als Folge dieser horizontalen Verteilungswirkungen zwischen Lebensphasen der Erwerbstätigkeit und solchen ohne Erwerbseinkommen entstehen auch umfangreiche vertikale Verteilungseffekte von den oberen zu den unteren Einkommensgruppen: Die Gesundheits- und Bildungsleistungen, die Familienbeihilfen und Arbeitslosengelder haben gemessen am Einkommen in den unteren Einkommensgruppen einen viel höheren Anteil als in den oberen (*Guger et al 2009; Guger/Marterbauer 2009*). So betragen etwa die in Anspruch genommenen staatlichen Gesundheitsleistungen im unteren Einkommensdrittel der Haushalte (von unselbständig Beschäftigten und Pensionist\_innen) fast 40% des Einkommens, im oberen Drittel hingegen nur 8% (siehe Abbildung 5). Das ist nur zum kleinen Teil die Folge höherer Krankheitsraten unter den Ärmern, sondern primär dadurch bedingt, dass die gleichen in Anspruch genommenen Leistungen des Gesundheitssystems gemessen am Haushaltseinkommen bei geringem Einkommen viel mehr ausmachen. Ähnlich ist die Situation bei den öffentlichen Bildungsleistungen: Sie betragen im unteren Haushaltsdrittel 16% des Einkommens, im oberen nur 2%.

Die staatlichen Familienleistungen – von der Familienbeihilfe über das Kinderbetreuungsgeld bis zum Kindergarten – machen im unteren Drittel der Haushalte 12% des Einkommens aus, im oberen nur 1%. Betrachtet man ausschließlich Haushalte mit Kindern, so betragen die Familienleistungen im unteren Drittel sogar mehr als 40% des Haushaltseinkommens. Die Arbeitslosenunterstützungen bessern das Haushaltseinkommen im unteren Drittel um 12% auf, hingegen spielen sie im oberen Drittel keine Rolle. Während die Sachleistungen und Geldleistungen des Sozialstaates im Prinzip für alle gleich sind, profitieren gemessen an der sozialen Lage vor allem die unteren und

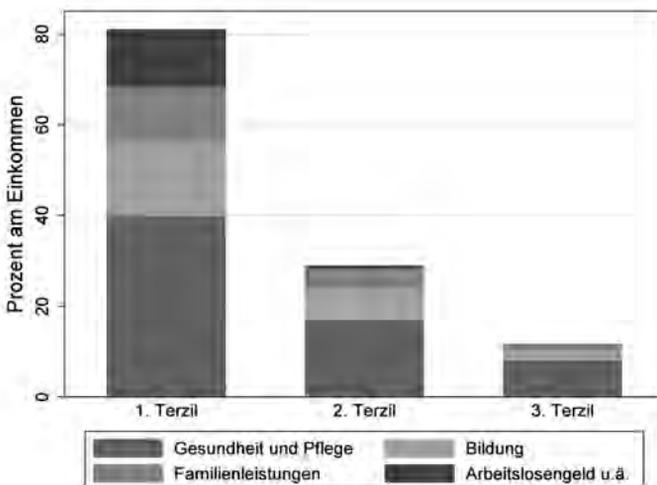


Abbildung 5: Anteil staatlicher Leistungen am Haushaltseinkommen

Anmerkung: Unselbständigenhaushalte; gemessen am Bruttoäquivalenzmarkteinkommen

Quelle: Guger et al (2009, 332)

mittleren Gruppen. Für diese findet eine substantielle Verbesserung der Qualität des Gesundheits- und Bildungssystems gegenüber jenen statt, die sie privat finanzieren könnten.

Obwohl sich der universelle Wohlfahrtsstaat an alle Bürger\_innen richtet, ist er in der Verhinderung von Armut viel erfolgreicher als ein minimalistischer Sozialstaat angelsächsischen Typs, der die Bekämpfung von Armut zur Hauptaufgabe erklärt (*Esping-Andersen* 1990, 2009). So verringert das Transfersystem (ohne Pensionsleistungen) in Österreich das Armutsrisiko der Haushalte von 24% auf 12%, bei Haushalten mit Kindern von 31% auf 13% (*Till-Tentschert et al* 2010). Im Durchschnitt der OECD-Länder verbessert das Steuer- und Transfersystem die Ungleichheit der Markteinkommen gemessen am Verteilungsmaß des Gini-Koeffizienten um etwa ein Viertel von 0,41 auf 0,31 (OECD, 2011). In Österreich ist die Verringerung der Ungleichheit durch den Staat noch etwas stärker: Der Gini-Koeffizient sinkt von 0,41 auf 0,27.

### 5. Abgabensystem: Keine Umverteilung, aber wichtige Finanzierungsrolle

Voraussetzung für die Erfüllung der Umverteilungsfunktion des Sozialstaates ist ein adäquates Finanzierungssystem. Steuern und Sozialversicherungsbeiträge haben vor allem die Aufgabe, die finanziellen Mittel für den Sozialstaat bereitzustellen. Damit bildet das Abgabensystem eine wichtige Voraussetzung für die positive Umverteilungswirkung der Staatsausgaben. Die Staatseinnahmen selbst weisen allerdings keine gravierende Umverteilungswirkung zwischen verschiedenen Einkommensgruppen auf (siehe Abbildung 6). So ist die Abgabenlast gemessen am Haushaltseinkommen über die gesamte Verteilung relativ konstant.

In der öffentlichen Diskussion wird in Bezug auf die Belastung durch Abgaben meist die Bedeutung der Lohn- und Einkommensteuer überschätzt. Von dieser progressiven Steuer gehen aufgrund des hohen Grundfreibetrags und der steigenden Grenzsteuersätze tatsächlich erhebliche Umverteilungswirkungen aus: Das Aufkommen an Lohnsteuer macht im obersten Zehntel der Haushalte mit unselbständigem Einkommen 20,7% des Einkommens aus, im untersten Dezil hingegen nur 2,6%.

Während vom Einkommensteuersystem insgesamt trotz vieler Begünstigungen deutlich progressive Effekte ausgehen, wirken die Verbrauchsteuern (Mehrwertsteuer uä) stark regressiv. Sie belasten also die unteren Einkommensgruppen in Relation zum Einkommen stärker als die oberen. Gemessen am verfügbaren Haushaltseinkommen zahlt das unterste Zehntel 20,8% für Verbrauchsteuern, das oberste Einkommensdezil nur 7,6%. Einen wichtigen Grund für diese negative Verteilungswirkung der Verbrauchssteuern liegt darin, dass ärmere Haushalte fast ihr gesamtes Einkommen für ihren laufenden Bedarf ausgeben müssen, während bei den oberen Einkommensgruppen ein großer Teil für Ersparnisse bleibt. Die Verteilungswirkung der Sozialversicherungsbeiträge ist leicht regressiv, da sie nur von Einkommen bis zur Höchstbeitragsgrundlage erhoben werden.

Etwa ein Zehntel der unselbständig Erwerbstätigen bezog 2012 ein monatliches Einkommen über der Grenze von 4.230 Euro. Dabei sind die Sozialbeiträge mit einem Aufkommen von etwa 50 Milliarden Euro und die Verbrauchssteuern mit 30 Milliarden Euro fiskalisch deutlich ergiebiger als die Einkommenssteuer (Lohnsteuer plus veranlagte Einkommensteuer) mit 26 Milliarden Euro.

Würden die Nichtlohneinkommen in die Analyse einbezogen, was wegen des Fehlens von Daten bei den Vermögenseinkommen nicht im Detail möglich ist, so müsste für das Abgabensystem insgesamt sogar eine regressive Wirkung festgestellt werden: Die Haushalte im oberen Bereich zahlen gemessen an ihrem Einkommen weniger Steuern und Beiträge als jene im unteren Bereich (Humer *et al* 2013). Allerdings ist es jüngst durch die Besteuerung realisierter Wertzuwächse bei Wertpapieren und Immobilien gelungen, die steuerliche Begünstigung der leistungslosen Vermögenseinkommen merklich zu verringern. Dennoch ist in Österreich der Beitrag aus Vermögen zur Finanzierung des Sozialsystems im internationalen Vergleich sehr gering, was weitere vermögensbezogene Steuern rechtfertigen würde.

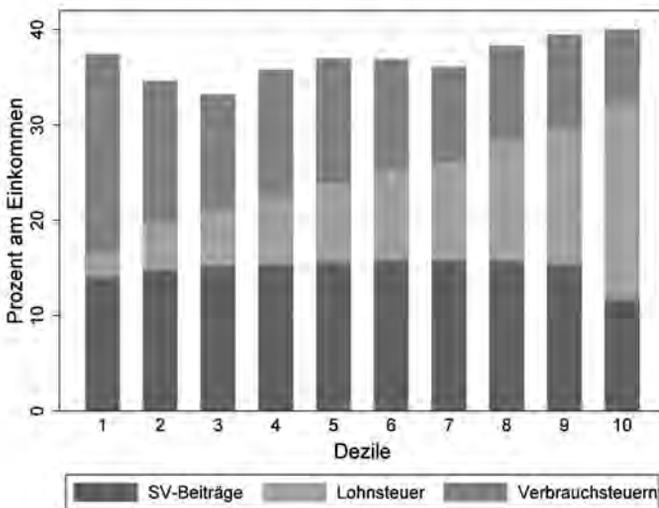


Abbildung 6: Anteil der Abgaben am Haushaltseinkommen

Anmerkung: Unselbständigenhaushalte; gemessen am Bruttoäquivalenzmarkteinkommen

Quelle: Guger *et al* (2009, 131)

## 6. Schlussfolgerungen für die Verteilungspolitik

Die Finanz- und Wirtschaftskrise führte zu einer deutlichen Ausweitung der Ungleichheit der Verteilung von Einkommen (Feigl *et al* 2012). Vor allem in den Krisenländern Süd- und Osteuropas bewirkte der markante Anstieg der Arbeitslosigkeit eine schwere soziale Krise, aber auch eine deutliche Schwächung der Verhandlungsmacht der unselbständig Beschäftigten in den Gehaltsverhandlungen. Dazu kommt, dass die Maßnahmen der Konsolidierung der öffentlichen Haushalte sehr oft im Sozialstaat ansetzen und so die soziale Absicherung der Arbeitslosen und unteren sozialen Gruppen

gerade zu jenem Zeitpunkt schwächen, an dem diese besonders auf sie angewiesen wären.

Österreich ist wirtschaftlich und sozial im Vergleich mit den anderen EU-Ländern gut durch die Finanzkrise gekommen. Doch auch bei uns wurde das Wachstum der Einkommen, der Beschäftigung und damit auch des Aufkommens an Abgaben zur Finanzierung des Sozialstaates in den Jahren 2008 und 2009 empfindlich gedämpft. Die Wirkungen dieser Rezession sind auch mittelfristig merkbar.

Die Lohnquote ist unmittelbar in der Krise sprunghaft gestiegen, vor allem weil die Gewinne eingebrochen sind. Mittelfristig ist aufgrund des krisenbedingten Anstiegs der Zahl der Arbeitslosen – sie liegt derzeit um gut 100.000 höher als im Jahr 2008 – mit einer Schwächung der Verhandlungsmacht der Gewerkschaften und damit einer weiteren Dämpfung des Lohnanstiegs zu rechnen. Das wird vor allem im unteren Qualifizierungsbereich merkbar, wo die Arbeitslosigkeit besonders hoch ist und sich der Zustrom zusätzlicher Arbeitskräfte aus dem Ausland besonders stark niederschlägt.

Eine aktive Beschäftigungs- und Qualifizierungspolitik bildet ein zentrales Instrument der Verteilungspolitik, weil sie zur Verringerung der Arbeitslosigkeit beiträgt und so die Spielräume für Gehaltserhöhungen ausweitet. Dazu könnten auch innovative Formen der Reduktion des Arbeitskräfteangebots durch Verkürzung der Arbeitszeit, etwa im Wege der Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf, Familie und Weiterbildung entscheidend beitragen. Arbeitszeitpolitik bildet neben der Berufs- und Branchenwahl und der gewerkschaftlichen Lohnpolitik ein wesentliches Instrument der Verringerung der Ungleichheit der Einkommen zwischen Männern und Frauen. Dabei geht es um die gerechtere Verteilung der bezahlten und – als Voraussetzung dafür – auch der unbezahlten Arbeit zwischen den Geschlechtern. Eine Verringerung der geleisteten Arbeitszeit bei den vollzeitbeschäftigten Männern und ein Anstieg der Arbeitszeit bei den teilzeitbeschäftigten Frauen würde die personelle Einkommensverteilung deutlich ausgewogener machen.

Den bedeutendsten Ansatzpunkt für eine gleichmäßigere Verteilung der Einkommen findet die Politik allerdings in der Auseinandersetzung mit der Verteilung der Vermögen. Die Einkommen aus Vermögensbesitz sind vor allem in den 2000er Jahren international besonders stark gewachsen, viel rascher als die Arbeitseinkommen. Die Verteilung der Vermögenseinkommen wiederum wird von der Verteilung der Vermögensbestände bestimmt, und deren hohe Konzentration erweist sich deshalb als entscheidende Determinante der Einkommensverteilung.

Eine gleichmäßigere Verteilung der Vermögen ist aus vielen sozialen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Gründen wünschenswert. Erreicht werden kann sie primär durch eine Besteuerung von Vermögensbeständen. Die wichtigsten Ansatzpunkte für eine Ausweitung der Besteuerung von Vermögen bilden die Einführung einer allgemeinen Vermögenssteuer, die durch die Einräumung von hohen Freibeträgen vor allem auf hohe Vermögen abzielt; die Anpassung der Grundsteuer, die derzeit auf veralteten Werten

basiert und deren Aufkommen deshalb auch im internationalen Vergleich besonders niedrig ist; die Einführung einer Erbschaftssteuer, welche die Übertragung großer Vermögen erfasst und damit die Vererbung der Ungleichheit auf die nächste Generation zumindest mildert. Durch diese Steuern könnte die Finanzierung des Ausbaus sozialer Dienstleistungen gewährleistet werden.

Die Besteuerung von Vermögensbeständen bietet für eine Politik der gleichmäßigeren Verteilung der Einkommen den wichtigsten Ansatzpunkt im oberen Bereich. Im unteren und mittleren Bereich der Verteilung stellt neben aktiver Beschäftigungspolitik der Sozialstaat den wichtigsten Ansatzpunkt der Verteilungspolitik dar.

Der Sozialstaat hat sich in der Finanz- und Wirtschaftskrise in vielfacher Hinsicht bewährt: Er hat die Konjunktur durch aktive Maßnahmen wie Kurzarbeit, aber vor allem durch die Stabilisierung der Erwartungen der privaten Haushalte und die Verhinderung von „Angstsparen“ gestützt. Die horizontale und vertikale Umverteilungswirkung des Sozialstaates stärkt die Einkommen und die Konsumnachfrage. Gut ausgebaute Sozialstaaten sind deutlich besser durch die Krise gekommen als Länder mit schwachem Sozialstaat, und öffentliche Umverteilungssysteme haben ihre Überlegenheit in Krisen gegenüber primär privaten Absicherungsformen bewiesen.

Eine gleichmäßigere Verteilung der verfügbaren Einkommen stellt neben der Regulierung und Verkleinerung des Finanzsektors die wichtigste Voraussetzung für eine stabilere gesamtwirtschaftliche Entwicklung und damit eine Prävention für künftige Wirtschaftskrisen dar. Denn sie dämpft das Wachstum der Einkommen im oberen Bereich, das zu einem hohen Teil gespart und risikoreich auf den Finanzmärkten veranlagt wird, und sie begünstigt das Wachstum der Einkommen im unteren Einkommensbereich, das zum überwiegenden Teil für produktions- und beschäftigungswirksame Konsumnachfrage aufgewendet wird.

Dr. Markus Marterbauer, Arbeiterkammer Wien; markus.marterbauer@akwien.at

Miriam Rehm, Ph.D., Arbeiterkammer Wien; miriam.rehm@akwien.at

Mag. Matthias Schnetzer, Arbeiterkammer Wien; matthias.schnetzer@akwien.at

## Literatur

Altzinger, Wilfried; Berka, Christopher; Humer, Stefan; Moser, Matthias (2012): Die langfristige Entwicklung der Einkommenskonzentration in Österreich 1957–2009. Teil 2: Methodik und Ergebnisse, in: *Wirtschaft und Gesellschaft*, Nr 38, S 77 ff.

Chaloupek, Günther (1978): Die Verteilung der persönlichen Einkommen in Österreich II.: Die Arbeitsverdienste, in: *Wirtschaft und Gesellschaft*, Nr 4, S 191–208.

Dimmel, Nikolaus; Schenk, Martin; Stelzer-Orthofer, Christine (Hg) (2014): *Handbuch Armut in Österreich*. In Druck.

Esping-Andersen, Gosta (1990): *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge.

Esping-Andersen, Gosta (2009): *The Incomplete Revolution. Adapting to Women's New Roles*, Cambridge.

- Feigl, Georg; Marterbauer, Markus; Rehm, Miriam (2012): Einkommensverteilung und Krise; in: *Wirtschaft und Gesellschaft*, Nr 2, S 357 ff.
- Geisberger, Tamara (2007): Geschlechtsspezifische Lohn- und Gehaltsunterschiede, in: *Statistische Nachrichten*, Nr 7, S 633–642.
- Glocker, Christian; Horvath, Thomas; Mayrhuber, Christine (2012): Einkommensverteilung in Österreich; in: *BMASK (Hg): Sozialbericht 2012/2013*, Wien.
- Guger, Alois; Agwi, Martina; Buxbaum, Adolf; Festl, Eva; Knittler, Käthe; Halsmayer, Verena; Pitlik, Hans; Sturn, Simon; Wüger, Michael (2009): Umverteilung durch den Staat in Österreich, *WIFO Studie*, Wien.
- Guger, Alois; Marterbauer, Markus (2005): Langfristige Tendenzen in der Einkommensverteilung in Österreich, in: *WIFO Monatsberichte*, Nr 9, S 615–628.
- Guger, Alois; Marterbauer, Markus (2009): Umverteilung durch den Staat, *WIFO Monatsberichte* Nr 11, Wien.
- Guger, Alois, Mayrhuber, Christine; Scheiblecker, Markus (2013): Möglichkeiten zur Ermittlung und Systematisierung der Nicht-Lohn-Erwerbseinkommen und ihrer Verteilung in Österreich. *WIFO Studie*, Wien
- Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (mehrere Jahre): *Statistisches Handbuch*.
- Humer, Stefan; Moser, Mathias; Schnetzer, Matthias; Ertl, Michael; Kilic, Atila (2013): Über die Bedeutung von Kapitaleinkommen für die Einkommensverteilung Österreichs. *Wirtschaft und Gesellschaft* 39 (4), S 571–586.
- Leoni, Thomas; Marterbauer, Markus; Tockner, Lukas (2011): Die stabilisierende Wirkung der Sozialpolitik in der Finanzmarktkrise, *WIFO-Monatsberichte*, Nr 3, Wien.
- OECD (2011): *Divided We Stand*, Paris.
- Onaran, Özlem (2009): Wage share, globalization and crisis: the case of the manufacturing industry in Korea, Mexico and Turkey; in: *International Review of Applied Economics*, Nr 23, S 113 ff
- Rehm, Miriam; Zuckerstätter, Sepp (2013): Austria – A classless society? Paper presented at Momentum Kongress, 17.–20. Oktober 2013, [http://momentum-kongress.org/cms/uploads/PAPER\\_Rehm-Miriam\\_Zuckerst%C3%A4tter-Sepp\\_Schicht-oder-Klasse1.pdf](http://momentum-kongress.org/cms/uploads/PAPER_Rehm-Miriam_Zuckerst%C3%A4tter-Sepp_Schicht-oder-Klasse1.pdf)
- Statistik Austria (mehrere Jahre): *Lohnsteuerstatistik*.
- Steindl, Josef (1958): Die Schichtung der persönlichen Einkommen in Österreich, in: *Monatsberichte des Österreichischen Instituts für Wirtschaftsforschung* 31/Beilage 32, S 1–19.
- Till-Tentschert, Ursula, Lamei, Nadja; Till, Matthias; Eiffe Franz; Glaser, Thomas; Heuberger, Richard; Kafka, Elisabeth; Skina-Tabue, Magdalena (2010): Armutsgefährdung und soziale Ausgrenzung; in: *BMASK (Hg): Sozialbericht 2009–2010*, Wien.
- WIFO (Wirtschaftsforschungsinstitut) 2013: *Datenbank*.

# Menschenrechtsbindung der Troika<sup>1</sup>

Steffen Kommer / Andreas Fischer-Lescano

---

Der Menschenrechtskommissar des Europarats *Nils Muižnieks* hat Ende 2013 einen Bericht über die desaströsen Folgen der Austeritätspolitik auf die Menschenrechte vorgelegt.<sup>2</sup> Die Kürzung von Sozialausgaben, Steuer- und Abgabenerhöhungen, die Deregulierung von Arbeitsmärkten und einschneidende Pensionsreformen lassen das Verwirklichungsniveau sozialer Rechte drastisch absinken.<sup>3</sup> Sparmaßnahmen und Strukturreformen, die ohne ausreichende Transparenz und Beteiligung von Parlamenten eingeleitet werden, gefährden zugleich bürgerliche und politische Rechte.<sup>4</sup> Kürzungen können auch den Zugang zu Gerichten erschweren und damit prozessuale Menschenrechte einschränken.<sup>5</sup> Im Falle der Krisenstaaten Griechenland, Irland, Portugal und Zypern beruht die Austeritätspolitik weniger auf einzelstaatlichen Initiativen als auf direkten Vorgaben der sog „Troika“. Die EU-Kommission (KOM), die Europäische Zentralbank (EZB) und der Internationale Währungsfonds (IWF) knüpfen die Vergabe von Hilfskrediten an angeschlagene Euro-Länder an die Verfolgung einer rigiden Sparpolitik. Grundlage bilden sog Memoranda of Understanding (MoU), welche detaillierte Pläne und entsprechende Zeitfenster enthalten. Mittlerweile ist das Verfahren zur Aufstellung eines MoU in Art 13 Abs 3 und 4 des Vertrages zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Vertrag)<sup>6</sup> festgelegt: Danach handelt die KOM im Einvernehmen mit EZB und IWF das MoU mit dem betroffenen Mitgliedstaat aus, legt die Finanzierungsaufgaben fest und unterzeichnet das MoU. Der Gouverneursrat macht die MoU sodann zur Grundlage der Auszahlung von Finanzhilfen nach dem ESM.<sup>7</sup> Diese Konditionierung wirft die Frage auf, ob und inwieweit die Troika selbst für Menschenrechtsverletzungen verantwortlich gemacht werden kann, welche unmittelbar auf die Vorgaben eines MoU zurückgehen. Eine Antwort soll hier in vier Schritten skizziert werden: Zunächst wird dargelegt, warum die KOM und die EZB auch als Mitglieder der Troika an unionsrechtliche Grundrechte ge-

---

1 Der Beitrag basiert auf einer Studie, die im Auftrag der Arbeiterkammer Wien, des Österreichischen Gewerkschaftsbundes und des Europäischen Gewerkschaftsbundes erstellt wurde.

2 *Council of Europe – Commissioner for Human Rights*, Safeguarding human rights in times of economic crisis (2013).

3 Siehe auch OHCHR, Report: Austerity measures and economic, social and cultural rights, E/2013/82, 7.5.2013.

4 *Commissioner for Human Rights*, Safeguarding human rights, 20 ff.

5 *Commissioner for Human Rights*, Safeguarding human rights, 21.

6 Der ESM hat den Europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus (EFSM) abgelöst. Der ESM-Vertrag ist am 27. September 2012 in Kraft getreten, vgl BGBI II 2012/1086.

7 Der Gouverneursrat ist das entscheidende Exekutivgremium des ESM, in welchem alle ESM-Mitgliedstaaten vertreten sind, vgl Art 5 ESM-Vertrag.

bunden bleiben (1). Danach werden der Eingriffscharakter der MoU geklärt (2) und Beispiele für konkrete Grundrechtsbeeinträchtigungen genannt (3). Schließlich wird die mangelnde Rechtfertigung der geforderten Austeritätspolitik erörtert (4).

## 1. Keine Suspendierung der Unionsgrundrechte

Die Troika ist als solche kein völkerrechtliches Zurechnungssubjekt, sondern besteht aus unterschiedlichen Akteuren, die an jeweils unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen gebunden sind. Während der IWF als internationale Organisation ein eigenes Völkerrechtssubjekt bildet, sind KOM und EZB Unionsorgane. Dies hat zur Folge, dass der IWF an den völkergewohnheitsrechtlichen Kernbestand sozialer Menschenrechte gebunden ist,<sup>8</sup> wohingegen die KOM und die EZB darüber hinaus gem Art 6 EUV einer Bindung an die Unionsgrundrechte unterliegen. Die Bindung an die Unionsgrundrechte wird auch nicht dadurch unterbrochen, dass die KOM und die EZB auf völkerrechtlicher Grundlage des ESM-Vertrages außerhalb des Primärrechts handeln. Allein die Mitgliedstaaten unterliegen lediglich einer eingeschränkten unionsrechtlichen Grundrechtsbindung. Nur für sie gilt gem Art 51 Abs 1 Satz 1 der Grundrechte-Charta (GRCh) eine Grundrechtsbindung „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“. Die Bindung von Unionsorganen ist hingegen absolut. Durch eine „Flucht in die Organleihe“ kann die Grundrechtsbindung nicht umgangen werden.<sup>9</sup> In diesem Sinne hat auch die Generalanwältin *Juliane Kokott* in ihrer Stellungnahme im Pringle-Verfahren betont, dass „die Kommission [...] auch bei ihrem Handeln im Rahmen des ESM als Organ der Union in vollem Umfang an das Unionsrecht, einschließlich der Grundrechte-Charta, gebunden“ bleibt.<sup>10</sup> Daneben besteht eine unmittelbare völkervertragliche Pflicht der KOM und der EZB zur Achtung und zum Schutz der UN-Behindertenrechtskonvention. Dieses Übereinkommen, welches eine Reihe von sozialen Rechten enthält, hat die EU im Dezember 2010 ratifiziert.<sup>11</sup> Eine eindeutige Bindungswirkung besteht ferner gegenüber der EMRK. Die EU ist zwar bislang kein Mitglied der EMRK, auch wenn Art 6 Abs 2 EUV sie zum Beitritt verpflichtet und eine Beitrittsvereinbarung mittlerweile im Entwurf vorliegt.<sup>12</sup> Die durch die EMRK gesetzten Standards bilden gem Art 6 Abs 3 EUV und Art 52 Abs 3 GRCh jedoch seit dem Vertrag von Lissabon einen zentralen Maßstab für die Bestimmung der Unionsgrundrechte.<sup>13</sup> Weitere Beachtungspflichten können sich mittelbar aus Art 6 Abs 3 EUV

---

8 *Krajewski*, Human Rights and Austerity Programmes, in *Cottier* ua (Hrsg), *The Rule of Law in Monetary Affairs* (erscheint 2014) Manuskript 8.

9 IdS auch *Pieter-Augustijn van Malleghem*, *Pringle: A Paradigm Shift*, GLJ 14 (2013), 141 (158)

10 *Generalanwältin Kokott*, Rs C-370/12, Stellungnahme v 26.10.2012, Rn 176.

11 Vgl *United Nations Treaty Collection*, Chapter IV, No 15, *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, New York, 13 December 2006.

12 Vgl den Entwurf zu einem Beitrittsabkommen: *Council of Europe*, *Final Report to the CDDH* (10.6.2013), 47+1(2013)008rev2.

13 EuGH 26.6.1997, C-368/95, *Familiapress*, Rn 26.

ergeben. Danach sind die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts. Soziale Menschenrechte sind Bestandteil mitgliedstaatlicher Verfassungstraditionen<sup>14</sup> und demnach auch als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts anzuerkennen.<sup>15</sup> Eine Beachtungspflicht kann schließlich ebenfalls aus der Niveausicherungsklausel des Art 53 GRCh abgeleitet werden. Nach dieser Norm darf eine Bestimmung der Charta nicht als eine Einschränkung oder Verletzung eines Menschenrechts und der Grundfreiheiten ausgelegt werden, die durch internationale Übereinkünfte, bei denen alle Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind, anerkannt werden. Dies ist etwa beim UN-Sozialpakt der Fall, den sämtliche EU-Länder ratifiziert haben.<sup>16</sup> Der EuGH zieht in ständiger Rsp internationale Menschenrechtskodifikationen zur Ausdeutung der Unionsgrundrechte heran. So hat er auf diesem Weg etwa die UN-Kinderrechtskonvention und den UN-Zivilpakt<sup>17</sup> sowie die Europäische Sozialcharta von 1961 (ESC)<sup>18</sup> gewürdigt.<sup>19</sup>

## 2. Rechtscharakter eines Memorandum of Understanding

Eine Beeinträchtigung von Menschenrechten durch ein MoU könnte ausgeschlossen sein, wenn es sich bei diesem um eine unverbindliche politische Verabredung ohne Rechtswirkungen handeln würde. Selbst wenn man eine vertragliche Bindungswirkung der MoU ablehnt, sind diese in der Völkerrechtspraxis nicht rechtsfolgenlos. MoU, die so weitreichend und detailliert die Voraussetzungen und Konditionalisierungen finanzieller Transaktionen abstützen und begleiten, wie das im Fall der MoU der Troika gegeben ist, schaffen Vertrauenstatbestände, strukturieren gegenseitige Verhaltenserwartungen und sind die Grundlage darauf aufsetzender synallagmatischer Beziehungen. In diesem Sinne hat der EuGH in der Pringle-Entscheidung im Hinblick auf Art 13 Abs 4 ESM-Vertrag die Funktion der MoU darin gesehen, dass mit ihrer Unterzeichnung „die mit einer Stabilitätshilfe verbundenen Auflagen festgelegt werden“ und die Einhaltung des allgemeinen Unionsrechts gewährleistet wird.<sup>20</sup> Die Auflagen sollen hierbei auf eine solide Haushaltspolitik „verpflichten“.<sup>21</sup> Aber auch MoU, die nicht als Rechtsakte sui generis zu qualifizieren sind, sondern lediglich Empfehlungen bzw Realakte darstellen, können Grundrechtsbeeinträchtigungen bewirken. Der EuGH hat in der Vergangenheit immer wieder Realakte als Grundrechtseingriff gewertet.<sup>22</sup> Unionsorgane haben die allgemeine Pflicht,

14 *Europäisches Parlament*, Fundamental Social Rights in Europe, Working Paper 1999, PE 168.629, abrufbar via [www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/104\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/104_en.pdf) (2.11.2013); *Iliopoulos-Strangas* (Hrsg), Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon (2010).

15 *Tuori*, The European Financial Crisis: Constitutional Aspects and Implications, EUI Working Papers LAW 28/2012, 49.

16 Internationaler Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, U.N.T.S. 993, 3.

17 Internationaler Pakt für bürgerliche und politische Rechte, U.N.T.S. 999, 171.

18 SEV Nr 35.

19 EuGH 27.6.2006, C-540/03, *EP/Rat*, Rn 37, zur ESC siehe insb EuGH 15.6.1978, Rs 149/77, *Defrenne*.

20 EuGH 27.11.2012, C-370/12, *Pringle*, Rn 69 u 112.

21 *Weiß/Haberkmann*, Der ESM vor dem EuGH, *EuZW* 2013, 95 (99).

22 Bspw EuGH 20.5.2003, C-465/00, *Österreichischer Rundfunk*, Rn 74.

zu verhindern, dass ihr Einwirken Mitgliedstaaten zu Grundrechtsbeeinträchtigungen veranlasst.<sup>23</sup>

### 3. Menschenrechtliche Beeinträchtigungen

Die durch die Troika ausgehandelten MoU sehen erhebliche Einschnitte in sozialstaatliche Errungenschaften, insb im Gesundheits- und Bildungssystem, vor.<sup>24</sup> An dieser Stelle sollen allein die Vorgaben im Bereich des Arbeitsrechts und der sozialen Sicherheit herausgegriffen werden, welche den Gewährleistungsbereich fundamentaler Menschenrechte beeinträchtigen.

#### 3.1 Arbeitsrecht

Die Troika fordert signifikante Lohnkürzungen bei öffentlich Angestellten.<sup>25</sup> Auch eine Absenkung des Niveaus von Mindestlöhnen<sup>26</sup> bzw eine Nichterhöhung wird verlangt.<sup>27</sup> Gehaltsreduzierungen und das Einfrieren von Lohnuntergrenzen berühren den Schutzbereich des Rechts auf angemessenen Arbeitslohn, wie es in Art 7 a ii) des UN-Sozialpakts und Art 4 Abs1 (R)ESC<sup>28</sup> verbürgt ist. Auch Art 31 GRCh schützt eine gerechte Arbeitsentlohnung, welche eine Mindestanforderung an „gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen“ bildet.<sup>29</sup> Nach der Auslegung des Europäischen Sozialausschusses (ESA) ist ein Lohn als gerecht anzusehen, wenn er mindestens 60 Prozent des durchschnittlichen Landeseinkommens entspricht.<sup>30</sup> Vor diesem Hintergrund hat der ESA bereits 2010 die Unvereinbarkeit des spanischen Mindestlohns mit Art 4 Abs1 (R)ESC festgestellt.<sup>31</sup>

Die MoU fordern zudem Strukturreformen im kollektiven Arbeitsrecht, um mehr Flexibilität zu gewährleisten und die Wettbewerbsfähigkeit zu verbessern. Im MoU mit Grie-

23 *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union (2005) § 7 Rn 515.

24 Diese Vorgaben beeinträchtigen etwa Art 14 GRCh (Recht auf Bildung) bzw Art 35 GRCh (Recht auf Gesundheitsschutz).

25 Siehe etwa MoU on Specific Economic Policy Conditionality (Griechenland), abgedr in KOM, The Second Economic Adjustment Programme for Greece: First Review – December 2012, Nr 1 (250); MoU on Specific Economic Policy Conditionality (Portugal), 17.5.2011, abgedr in KOM, The Economic Adjustment Programme for Portugal, June 2011, Nr 1.9 ii) (60); MoU on Specific Economic Policy Conditionality (Zypern), abgedr in KOM, The Second Economic Adjustment Programme for Cyprus, May 2013, Nr 2.11 (80).

26 Bspw MoU on Specific Economic Policy Conditionality, 08.12.2010 (Irland), abgedr in KOM, The Economic Adjustment Programme for Ireland: First Review – February 2011, Nr 1 ii) (63): “Reduce by €1.00 per hour the nominal level of the current national minimum wage”; MoU Greece (Fn 25), Table 10A (116): “The minimum wages established by the national general collective agreement (NGCA) will be reduced by 22 per cent compared to the level of 1 January 2012; for youth (for ages below 25), the wages established by the national collective agreement will be reduced by 32 per cent without restrictive conditions.”

27 Bspw MoU Portugal (Fn 25), Nr 4.7 (24); MoU Cyprus (Fn 25), Nr 4.2 (93).

28 Gemeint sind sowohl die Fassung der ESC v 1961 als auch die revidierte Fassung v 1996, SEV Nr 163.

29 *Giorgis*, in *Mock/William* (Hrsg), Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union (2010) 194–195.

30 *Council of Europe*, Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, 1 September 2008, Art 4, 43.

31 European Committee of Social Rights, Conclusions XIX-3, Spain, Article 4-1, Doc 2010/def/ESP/, 12/03/2010.

chenland verpflichtet sich die griechische Regierung, sicherzustellen, dass arbeitsrechtlichen Vereinbarungen auf Unternehmensebene Vorrang vor sektoriellen Vereinbarungen zukommt und Allgemeingültigkeitserklärungen von Tarifverträgen künftig unterbleiben.<sup>32</sup> Dies stellt einen Eingriff in die von Art 28 GRCh geschützte Tarifautonomie dar. Die Aushöhlung nationaler Tarifvertragssysteme durch Einführung zeitlicher, räumlicher und personeller Beschränkungen im Hinblick auf die Geltung von Tarifverträgen<sup>33</sup> widerspricht auch dem Geist der ILO-Konvention 98, welche das Recht auf Kollektivverhandlungen schützt.<sup>34</sup>

### 3.2 Recht auf soziale Sicherheit

Regelmäßig schreiben MoU auch die Verringerung von Sozialleistungen vor.<sup>35</sup> Auch die Reduzierung von Pensionszahlungen und strukturelle Reformen der Pensionssysteme (zB die Erhöhung des Pensionsalters)<sup>36</sup> mit dem Ziel der Ausgabenverringerungen werden eingefordert.<sup>37</sup> Damit greifen MoU in das Recht auf soziale Sicherheit ein, welches von Art 9 des UN-Sozialpakts, Art 12 und 13 (R)ESC und Art 34 GRCh garantiert wird. Ein Minimalschutz für bestehende Sozialleistungen sowie von Anwartschaften darauf ist zudem dem Recht auf Eigentum nach Art 1 des ZP 1 der EMRK<sup>38</sup> zu entnehmen.<sup>39</sup>

## 4 Rechtfertigung der Grundrechtsbeeinträchtigung

Die mit dem Abschluss der MoU verbundenen Grundrechtsbeeinträchtigungen durch die Unionsorgane KOM und EZB könnten nach Art 51 Abs 1 Satz 1 GRCh gerechtfertigt sein. Das setzt voraus, dass KOM und EZB im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen gehandelt haben und die mit den Maßnahmen verbundenen Grundrechtsbeeinträchtigungen materiell gerechtfertigt sind.

---

32 Bspw MoU on Specific Economic Policy Conditionality v. 6.08.2010 (Griechenland), abgedr in KOM, The Economic Adjustment Programme for Greece: First Review – August 2010, Nr 1 iv (92): “Government ensures that firm level agreements take precedence over sectoral agreements which in turn take precedence over occupational agreements. Government removes the provision that allows the Ministry of Labour to extend all sectoral agreements to those not represented in negotiations.”

33 Gesamtüberblick bei *Waas*, Tarifvertragsrecht in Zeiten der Krise, in *Schubert* (Hrsg), Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht, Liber Amicorum in honour of Otto Ernst Kempfen (2013), 38.

34 ILO, Report on the High Level Mission to Greece, Athen (19.-23.9.2011), Rn 306 und 307.

35 Bspw MoU Greece (Fn 25), Nr 8 (251).

36 Bspw MoU Cyprus (Fn 25), Nr 3.1 (15).

37 Siehe etwa MoU Ireland (Fn 26), Nr 1 i (60): “A reduction of existing public service pensions on a progressive basis averaging over 4% will be introduced”; MoU Portugal (Fn 25), Nr 1.11 (6): “Reduce pensions above EUR 1,500 according to the progressive rates applied to the wages of the public sector as of January 2011, with the aim of yielding savings of at least EUR 445 million”.

38 Zuletzt geändert durch Protokoll 14: SEV Nr 194; Protokoll 11: SEV Nr 155.

39 Dies gilt auch für nicht beitragsfinanzierte Systeme, siehe EGMR 6.6.2005, 65731/01 u 65900/01, *Stec and Others/ The United Kingdom*, Rn 53.

#### 4.1 Einhaltung der unionsrechtlichen Kompetenzordnung

Der EuGH hat im Pringle-Urteil die Kompetenzzuweisungen durch den ESM-Vertrag an KOM und EZB grundsätzlich als zulässig erachtet, „sofern diese Aufgaben die den Organen durch den EU-Vertrag und den AEU-Vertrag übertragenen Befugnisse nicht verfälschen.“<sup>40</sup> Soweit MoU Vorgaben zu Politikbereichen enthalten, in welchen die Union keine Kompetenz besitzt, setzen sich die KOM und die EZB über die Schranken des geltenden Primärrechts hinweg. Der ultra vires-Charakter der MoU ist offensichtlich, wo die MoU detaillierte Vorgaben zur Höhe von Löhnen und Gehältern machen.<sup>41</sup> In diesem Bereich fehlt es EZB und KOM an der Handlungskompetenz. Art 153 Abs 5 AEUV nimmt neben dem Arbeitsentgelt noch weitere Bereiche aus der Kompetenz der EU, insb im Hinblick auf die Regelung des Koalitionsrechts, des Streikrechts sowie des Ausspernungsrechts. Aber auch die Organkompetenz ist problematisch, da der Demokratiegrundsatz aus Art 10 EUV wegen der Nichteinbeziehung des Europaparlaments verletzt wird. Bei der EZB kommt dazu – darauf hat der Ausschuss für Wirtschaft und Währung (ECON) des Europäischen Parlaments in seinem Entwurf des Berichtes zur Troika zu Recht hingewiesen – dass „das Mandat der EZB durch den AEUV auf Geld- und Kreditpolitik begrenzt ist und dass die Beteiligung der EZB an jeglichen Angelegenheiten, die sich auf Haushalts-, Fiskal- und Strukturmaßnahmen beziehen, auf unsicherer rechtlicher Grundlage erfolgt“.<sup>42</sup>

#### 4.2 Verhältnismäßigkeit der Eingriffe

In materieller Hinsicht können drei Minimalanforderungen an die Rechtfertigung von Austeritätsmaßnahmen gestellt werden. Erstens müssen diese den Kernbestand der jeweiligen Menschenrechte unangetastet lassen. Diesen Aspekt hat der UN-Sozialausschuss kürzlich mit Blick auf Spanien hervorgehoben. Danach soll jederzeit sichergestellt sein,

“that all the austerity measures adopted reflect the minimum core content of all the Covenant rights and that it take all appropriate measures to protect that core content under any circumstances, especially for disadvantaged and marginalized individuals and groups.”<sup>43</sup>

In diesem Sinne umfasst etwa der Kerngehalt des Rechts auf soziale Sicherheit den Zugang zu essentieller Gesundheitsvorsorge, Unterkunft, Trinkwasser und einer sanitären Einrichtung, Nahrung sowie basaler Bildung.<sup>44</sup>

Zweitens sind auch graduelle Kürzungen, welche den Kerngehalt unberührt lassen, rechtfertigungspflichtig, wobei der Maßstab umstritten ist. Der EGMR hält Pensionskürzun-

---

40 EuGH 27.11.2012, C-370/12, *Pringle*, Rn 158.

41 Siehe etwa MoU Greece (Fn 25), Nr 9.6, 1 (250).

42 ECON-Report (Entwurf v 16/01/2014), 2013/2277(INI), Rn 34.

43 CESCR, Concluding Comments upon the review of the fifth periodic report of Spain (18.5.2012), UN Doc E/C.12/ESP/C0/5, Z 8.

44 CESCR, General Comment No 19 (2008), UN Doc E/C.12/GC/19, Rn 59.

gen grundsätzlich für zulässig, soweit diese nicht in den Kernbestand des Pensionsanspruchs eingreifen oder exzessiv ausfallen.<sup>45</sup> Der Gerichtshof hat die vorübergehende Kürzung von Versorgungsansprüchen portugiesischer Pensionistinnen und Pensionisten, die insgesamt 11 Prozent der Bezüge ausmachten, als verhältnismäßig eingestuft.<sup>46</sup> Auch hielt der EGMR erhebliche Lohn- und Pensionsreduzierungen in Griechenland angesichts einer beispiellosen wirtschaftlichen Krise des Landes für gerechtfertigt.<sup>47</sup> Der Gerichtshof wies das Vorbringen griechischer Kläger auch deshalb zurück, weil diese keine Verletzung von Subsistenzrechten darlegen konnten.<sup>48</sup>

Der portugiesische Verfassungsgerichtshof hat demgegenüber in seiner Grundsatzentscheidung zum Sparhaushalt 2013 einen engeren Maßstab angelegt und im Wesentlichen eine gleichmäßige Belastung aller Bürgerinnen und Bürger gefordert.<sup>49</sup> Das Gericht kam zu dem Schluss, dass öffentlich Angestellte und Pensionsempfangende in einer evident unverhältnismäßigen Weise stärker belastet wurden als Personen, die ihr Einkommen aus anderen Quellen beziehen.<sup>50</sup> Auch der Europäische Sozialausschuss (ESA) hat in mehreren im April 2013 veröffentlichten Entscheidungen zu Griechenland die Rechtswidrigkeit von Austeritätsmaßnahmen festgestellt.<sup>51</sup> Der ESA befand, dass die massiven Kürzungen im griechischen Pensionssystem in ihrer Gesamtheit das Recht auf soziale Sicherheit gem Art 12 Abs 3 (R)ESC vieler betroffener Pensionistinnen und Pensionisten verletzen. Der ESA verlangt zur Erfüllung der Pflicht aus Art 12 (R)ESC allgemein, dass die Begünstigungen aus Sozialsystemen in einem angemessenen Verhältnis zu dem vorherigen Einkommen stehen müssen und niemand unter die Armutsgrenze fallen soll. Der Schwellenwert wird mit 50 Prozent des durchschnittlichen Landeseinkommens angesetzt.<sup>52</sup> Liegt der tatsächliche Wert zwischen 40 und 50 Prozent des Durchschnittseinkommens, ist dieses Absinken rechtfertigungspflichtig.<sup>53</sup> Der ESA bemängelte nicht alle Kürzungen und hielt insb die Streichung von Urlaubsgeldern für gerechtfertigt.<sup>54</sup> Die Regierung habe es jedoch versäumt, ein ausreichendes Schutzniveau für die am meisten gefährdeten Personen aufrechtzuerhalten, obgleich die ergriffenen Sparmaßnahmen die Gefahr einer massenhaften Verarmung der Bevölkerung mit sich gebracht hätten.<sup>55</sup>

45 EGMR 12.10.2004, 60669/00, *Kjartan Asmundsson/Iceland*, Rn 39.

46 EGMR 8.10.2013, 62235/12 u 57725/12, *Mateus ua/Portugal*, Rn 18.

47 EGMR 7.5.2013, 57665/12 u 57657/12, *Koufaki u ADEDY/Griechenland*, Rn 37.

48 EGMR, *Koufaki und ADEDY*, Rn 44: "It further observed that the applicants before it had not claimed specifically that their situation had worsened to the extent that they risked falling below the subsistence threshold".

49 Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 187/2013, Lisboa, 5 de abril de 2013 – Lei do Orçamento do Estado para 2013.

50 Vertiefend von *Homeyer/Kommer*, Verfassungsgericht kippt Sparhaushalt. Anmerkung zum Urteil des Tribunal Constitucional de Portugal vom 5. April 2013, KJ 2013, 325.

51 Siehe etwa European Committee of Social Rights 7.12.2012, Complaint No 76/2012, *Federation of employed pensioners of Greece (IKA-ETAM)/Greece*.

52 Es wird auf den Medianwert und die Eurostat-Statistik „at-risk-of-poverty threshold“ abgestellt, *Council of Europe*, Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, 1 September 2008, Art 12, 90.

53 Ebd.

54 Vgl ECSR, Complaint No 76/2012, Rn 77.

55 ECSR, Complaint No 76/2012, Rn 81.

Drittens sind auch formelle Anforderungen an die Rechtfertigung von Austeritätsmaßnahmen zu stellen. In diesem Sinne bemängelte der ESA zu Recht, dass in Griechenland keine ausreichenden Folgenabschätzungen vorgenommen und Alternativen zur Kürzungspolitik nicht hinreichend erwogen wurden.<sup>56</sup> Dieser Vorwurf trifft nicht nur den umsetzenden Nationalstaat, sondern auch die EU-Institutionen, die die MoU ausgehandelt haben. So hat die ILO kritisiert, dass Griechenland keine Möglichkeit hatte, die negativen Auswirkungen der geforderten Austeritätsmaßnahmen für die betroffenen Bevölkerungsgruppen mit der Troika zu evaluieren.<sup>57</sup>

## 5. Schlussbemerkung

Die Troika ist beim Abschluss von MoU an Menschenrechte gebunden. Die KOM und die EZB unterliegen ferner der Bindung an die Unionsgrundrechte. Enthalten die MoU hinreichend bestimmte Vorgaben zu Einschnitten in das Arbeitsrecht und soziale Sicherheitssysteme, kann dies zur Verletzung von Menschenrechten führen. Eine Rechtfertigung setzt als Minimalbedingungen voraus, dass Eingriffe den Kernbestand sämtlicher Menschenrechte unberührt lassen, verhältnismäßig erfolgen und eine ausreichende Folgenabschätzung getroffen wurde, um soziale Härten abzufedern. Eine Klage könnte gegen die KOM als maßgebliche Akteurin gerichtet werden. Der EuGH hat bereits mehrfach die Gelegenheit versäumt, den Rechtsrahmen der Austeritätspolitik zu konkretisieren. Umso wichtiger wird es sein, den Druck auf den EuGH sowohl politisch als auch juristisch – insb durch die Einleitung von Verfahren vor internationalen Menschenrechtsausschüssen und Gerichten – zu erhöhen. Verfahren in Portugal haben gezeigt, dass auch nationale Klagen gegen Austeritätsmaßnahmen nicht chancenlos sind. Es wird darum gehen, die rechtswidrige und ökonomisch verfehlte Austeritätspolitik, die den Nexus von finanzieller und sozialer Stabilität verkennt, in der Breite zu delegitimieren. Gerichtliche Verfahren können hierbei nur ein Baustein sein. Aber der Kampf gegen die Austeritätspolitik darf eben nicht nur ökonomisch und politisch, er muss auch juristisch geführt werden, wenn man die skandalösen und entwürdigenden Zustände in Europa beenden möchte.

Steffen Kommer (ass. iur) ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) der Universität Bremen; kommer@uni-bremen.de

Andreas Fischer-Lescano ist Professor für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Rechtstheorie an der Universität Bremen und Direktor des ZERP; voelkerrecht@zerp.uni-bremen.de

---

<sup>56</sup> ECSR, Complaint No 76/2012, Rn 80.

<sup>57</sup> ILO, Report on the High Level Mission to Greece, Athen (19.-23.10.2011) Rn 88.

# Tendenzen im Arbeitszeitrecht

## Die Forderung nach Flexibilität und die Frage der Regelungsebene

Gerda Heilegger

---

### 1. Widerstreitende Interessen und gesetzlicher Rahmen

Wie das Arbeitsrecht generell, ist auch das Arbeitszeitrecht gekennzeichnet von widerstreitenden Interessenlagen. Für die *Beschäftigten* ist die Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben wichtig, die Arbeitszeiten sollen vorhersehbar und nicht überbordend sein. So wünschen sich beispielsweise 84 % der männlichen Vollzeitbeschäftigten eine Arbeitszeit von maximal 40 Wochenstunden.<sup>1</sup>

Im Gegensatz dazu möchten *ArbeitgeberInnen* typischer Weise möglichst kurzfristig planen, um die Beschäftigten entsprechend dem aktuellen Arbeitsaufkommen einsetzen zu können. Von Wirtschaftsseite gefordert wird zudem eine weitere Ausweitung der Arbeitszeiten sowie stärkere Flexibilisierung, beides nach Möglichkeit auf betrieblicher oder individueller Ebene.

Dazu ist anzumerken, dass es sich beim aktuellen Arbeitsaufkommen im Betrieb um eine typische Ausformung des *unternehmerischen Risikos* handelt, welches grundsätzlich der/die ArbeitgeberIn zu tragen hat. Eine Überwälzung auf die Beschäftigten ist bedenklich und nur in eng gesteckten Grenzen zulässig. ArbeitnehmerInnen sind voll zu bezahlen, auch wenn sie aus betrieblichen Gründen weniger als vereinbart gearbeitet haben. Werden Beschäftigte hingegen bei stärkerer Auftragslage über das vereinbarte Ausmaß hinaus eingesetzt, ist bei Leistung von Mehr- und Überstunden der entsprechende Zuschlag zu leisten (vgl §§ 10, 19d Abs 3a AZG<sup>2</sup>) – der/die ArbeitnehmerIn wird für die im betrieblichen Interesse erbrachte Mehrleistung honoriert, die ArbeitgeberInnen hingegen angehalten, ein Überborden der Überstundenleistung (auch) aus wirtschaftlichen Gründen zu überdenken. Eine durch den/die ArbeitgeberIn erfolgende einseitige *Verschiebung der vereinbarten Normalarbeitszeit* (welche einem Anfallen von Überstunden entgegenwirken kann) ist nur zulässig, wenn die grundsätzliche Möglichkeit dazu vereinbart wurde, dies sachlich gerechtfertigt ist, keine berücksichtigungswürdigen Interessen des/r konkreten Arbeitnehmers/in dagegen sprechen und die Änderung mindestens zwei Wochen im Vorhinein bekannt gegeben wird (so § 19c Abs 2 AZG).

---

1 IFES, Sonderauswertung AKOÖ-Arbeitsklimaindex, September 2010.

2 Arbeitszeitgesetz BGBl 1969/461 idF BGBl I 2013/71.

## 2. Was hinter den Forderungen der Wirtschaft steckt

### 2.1. Die Forderung nach Ausdehnung der Höchstarbeitszeit

Um näher untersuchen zu können, was hinter den genannten ArbeitgeberInnenforderungen eigentlich steckt, sei ein kurzer Blick auf die Konstruktion des österreichischen Arbeitszeitrechts geworfen. Dieses enthält zwei wesentliche Arbeitszeitgrenzen: einerseits die Gesamtarbeitszeit oder Höchstarbeitszeit, andererseits die Normalarbeitszeit. Die *Gesamtarbeitszeit* besagt, wie lang täglich oder wöchentlich maximal gearbeitet werden darf, unabhängig davon, ob dabei auch Überstunden anfallen. Hier ist gesetzlich grundsätzlich eine *tägliche Höchstarbeitszeit* von 10 Stunden und eine *wöchentliche Höchstarbeitszeit* von 50 Stunden vorgesehen (§ 9 Abs 1 AZG), die in bestimmten Fällen (zB bei regelmäßigem Vorliegen von Arbeitsbereitschaft in erheblichem Ausmaß oder bei Schichtarbeit, §§ 4a Abs 3, 5, 5a AZG) aber noch erweiterbar ist (etwa auf 12 Stunden täglich und 60 Stunden wöchentlich). Zudem ist die durch die EU-Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG<sup>3</sup> eingezogene Grenze zu beachten, dass im Durchschnitt *nicht mehr als 48 Stunden in der Woche* gearbeitet werden dürfen (§ 9 Abs 4 AZG).

Keine Rolle spielt für die Höchstarbeitszeit, ob und in welchem Ausmaß dabei Überstunden und somit Zuschläge anfallen, es geht im Wesentlichen nur um die Frage, *wieviele Überstunden bei starker Auftragslage zusätzlich legaler Weise geleistet werden dürfen* (§§ 7 f AZG).

### 2.2. Die Forderung nach Flexibilisierung der Normalarbeitszeit

Bei der *Normalarbeitszeit* handelt es sich um die Arbeitszeit, die regelmäßig *ohne Zuschlag* geleistet werden darf. Wird sie überschritten, so liegen Überstunden vor, die grundsätzlich nach § 10 AZG mit einem Zuschlag von 50% abzugelten sind (manche Kollektivverträge sehen für bestimmte Überstunden – zB nachts – einen höheren Zuschlag von in der Regel 100% vor). Die gesetzliche Normalarbeitszeit beträgt gem § 3 Abs 1 AZG 8 Stunden pro Tag und 40 Stunden in der Woche. Kollektivverträge können die wöchentliche Normalarbeitszeit weiter herabsetzen – wie etwa der Handelskollektivvertrag auf 38,5 h – jedoch steht ungeachtet dessen der gesetzliche Überstundenzuschlag erst ab Überschreitung der gesetzlichen Normalarbeitszeit zu (es sei denn der Kollektivvertrag regelt das anders).

Die Grenzen der Normalarbeitszeit bestimmen somit, ab wann ein *Überstundenzuschlag* zu bezahlen ist – wird hier mehr Flexibilität gefordert, so handelt es sich im Kern um eine *entgeltrechtliche Frage*. Der/die ArbeitgeberIn kann die Beschäftigten flexibel einsetzen, ohne dafür Überstundenzuschläge leisten zu müssen.

---

3 RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung ABL L 2003/299, 9.

So sieht beispielsweise das AZG in § 4 Abs 2 vor, dass die Normalarbeitszeit nicht an allen Wochentagen gleich lang sein muss, sondern an einzelnen Tagen regelmäßig gekürzt und die ausfallende Normalarbeitszeit auf die übrigen Tage der Woche verteilt werden kann – bis zu neun Stunden täglich. Eine zehnte Stunde darf zwar auch noch geleistet werden, dabei handelt es sich allerdings nicht mehr um Normalarbeitszeit, sondern um eine Überstunde.

## 2.3. Die Frage der richtigen Regelungsebene

### 2.3.1. Die Problematik der individuellen Ebene

„Kleine“ Durchrechnungsmodelle wie die eben beschriebene Durchrechnung über eine Woche nach § 4 Abs 2 AZG regelt das Gesetz unmittelbar selbst. Eine kollektivvertragliche oder betriebliche Einigung ist somit nicht erforderlich, ein solches Modell kann direkt zwischen ArbeitgeberIn und ArbeitnehmerIn vereinbart werden. Für die Durchrechnung über längere Zeiträume (§ 4 Abs 6 AZG erlaubt Durchrechnungszeiträume, die sogar über ein Jahr hinausgehen können) ist hingegen die *Zulassung durch Kollektivvertrag* erforderlich. Derartige Vereinbarungen stellen eine Kernmaterie kollektivvertraglicher Regelung dar, da damit ja implizit auch eine Entlohnungsfrage mitgeregelt wird – nämlich ab wann ein Überstundenzuschlag zusteht.

Das Gesetz gibt den Rahmen vor – so darf zB gem § 4 Abs 6 AZG bei einem Durchrechnungszeitraum von bis zu acht Wochen die wöchentliche Normalarbeitszeit maximal 50 Stunden, bei einem längeren Durchrechnungszeitraum höchstens 48 Stunden betragen. Am Ende des Durchrechnungszeitraumes darf eine wöchentliche Arbeitsleistung von 40 Stunden im Durchschnitt nicht überschritten werden, andernfalls die darüber hinausgehenden Stunden ebenfalls als Überstunden zu werten sind (sofern keine Übertragungsmöglichkeit gem Abs 7 leg cit in den nächsten Durchrechnungszeitraum vorgesehen ist). Bei den Kollektivvertragsverhandlungen stehen einander die SozialpartnerInnen als gleichwertige VerhandlungspartnerInnen gegenüber – was für eine ausgewogene Interessenabwägung und für beide Seiten vertretbare Lösungen sorgt. Vollkommen anders stellt sich dies auf *individueller Ebene* dar (zur betrieblichen Ebene sogleich unter Pkt 2.3.2.). Der/die Einzelne traut sich aus Angst vor Kündigung oder Benachteiligung vielfach nicht, nein zu sagen und Ansprüche geltend zu machen. Besonders deutlich zeigt sich diese Problematik im Bereich der weit verbreiteten unfairen Arbeitsvertragsklauseln, wo ArbeitnehmerInnen vielfach nahezu allen Inhalten zustimmen, nur um eine Arbeitsstelle zu bekommen bzw zu behalten. Es sollte daher gut überlegt sein, welche Materien der individuellen Ebene zur Verhandlung überlassen werden. Nicht umsonst werden Beschäftigte in weiten Bereichen des Arbeitsrechts durch das *Günstigkeitsprinzip* geschützt: auf der jeweils untergeordneten Ebene kann für den/die Beschäftigten Günstigeres, nicht aber Ungünstigeres vereinbart werden als in den übergeordneten Rechtsebenen.

### 2.3.2. Die Problematik der betrieblichen Ebene

Der Betriebsrat hat gemäß § 97 Abs 1 Z 2 Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG)<sup>4</sup> die Kompetenz, die generelle Festsetzung des Beginns und Endes der täglichen Arbeitszeit, der Dauer und Lage der Arbeitspausen und der Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage durch Betriebsvereinbarung vorzunehmen. Somit ist es dem Betriebsrat – sinnvoller und praktikabler Weise – möglich, mittels Betriebsvereinbarung eine für den jeweiligen Betrieb passende, spezifische Arbeitszeiteinteilung zu vereinbaren.

Nicht der Betriebsvereinbarung übertragen, sondern weiterhin grundsätzlich den Kollektivverträgen vorbehalten ist hingegen die Kompetenz zur Zulassung der etwa in § 4 Abs 6 AZG enthaltenen „*großen Durchrechnungsmodelle*“. Dies hat einen guten Grund: Der Betriebsrat bzw dessen Mitglieder verfügen durch ihre im ArbVG geregelte Absicherung (insb den Benachteiligungs- und Beendigungsschutz gem §§ 115 Abs 3, 120 ff ArbVG) zwar über eine deutlich bessere Verhandlungsposition als die einzelnen Beschäftigten, jedoch bestehen auf betrieblicher Ebene je nach (vorgeblicher) Wirtschaftslage des Betriebes – anders als bei den Kollektivvertragsparteien – doch deutlich erhöhte Möglichkeiten, den Betriebsrat bzw dessen Mitglieder unter Druck zu setzen.

Überdies würden unterschiedliche Zulassungen von Abweichungen vom AZG in den Betrieben der gleichen Branche zu unfairer Wettbewerbsdruck führen und eine Nivellierung nach unten befürchten lassen. Den Gewerkschaften wäre außerdem eine wichtige Verhandlungsmaterie im Gesamtpaket Kollektivvertrag genommen und sie würden dadurch an Verhandlungsmacht verlieren. Somit ist es wohl begründet, dass die Zulassung der großen Durchrechnungsmodelle dem Kollektivvertrag vorbehalten ist. Lediglich *eine Ausnahme* wurde hier im Zuge der AZG-Novellierung 2008<sup>5</sup> geschaffen: Nur dort, wo der Abschluss eines Kollektivvertrages gar nicht möglich ist, weil keine kollektivvertragsfähige Körperschaft auf Arbeitgeberseite existiert, darf die Betriebsvereinbarung die arbeitszeitrechtlichen Zulassungen anstelle des Kollektivvertrages vornehmen (§ 1a AZG).

## 3. Änderungen durch die umfassende AZG-Novelle 2008

### 3.1. Durchrechnung der Normalarbeitszeit

Im Sinne der eben geschilderten Interessenabwägung wurde im Zuge der AZG-Novelle 2008 dem *Kollektivvertrag* (und bewusst nur diesem) die Möglichkeit eröffnet, generell (unabhängig von einem bestimmten Durchrechnungsmodell) die *tägliche Normalarbeitszeit auf zehn Stunden zu erhöhen* (§ 4 Abs 1 AZG). Dass diese Zulassung nur auf kollektivvertraglicher Ebene getroffen werden kann, ist für einen ausgewogenen Interessenausgleich unerlässlich.

---

4 BGBl 1974/22 idF BGBl I 2013/71.

5 BGBl I 2007/61.

Andere Erweiterungen, die im Zuge der Novellierung geschaffen wurden, bedürfen hingegen nicht der kollektivvertraglichen Zulassung, sondern können bereits unmittelbar auf Grund des Gesetzes oder durch Betriebsvereinbarung getroffen werden. Dabei handelt es sich um Regelungen, die typischer Weise (auch) im Interesse der Beschäftigten gelegen sind. So wurde etwa bei der *vier-Tage-Woche* die Ausdehnung der täglichen Normalarbeitszeit auf zehn Stunden zugelassen, auch wenn diese vier Tage nicht aufeinanderfolgend sind (§ 4 Abs 8 AZG). Bei der *Gleitzeit*, die ja eine selbstbestimmte Gestaltung der Arbeitszeit durch den/die ArbeitnehmerIn ermöglichen soll, wurde die zulässige Normalarbeitszeit von neun auf zehn Stunden erhöht (§ 4b Abs 4 AZG). Beim *Einarbeiten von Feiertagen* in Verbindung mit Feiertagen wurde die Dauer der grundsätzlich zulässigen Durchrechnung auf 13 Wochen und die zulässige tägliche Normalarbeitszeit auf zehn Stunden erhöht (§ 4 Abs 2 AZG).

### 3.2. Erhöhung der Gesamtarbeitszeit in Zeiten besonderen Bedarfs

Nicht um eine der oben geschilderten Erhöhungen der Normalarbeitszeit, sondern um eine *Ausdehnung der zulässigen Höchstarbeitszeit* handelt es sich bei der im Zuge der AZG-Novelle 2008 vorgenommenen Erweiterung des § 7 Abs 4 AZG. In nunmehr grundsätzlich 24 (statt bis dahin zwölf) Wochen ist bei vorübergehend auftretendem besonderen Arbeitsbedarf zur Verhinderung eines unverhältnismäßigen wirtschaftlichen Nachteils durch Betriebsvereinbarung die Ausdehnung der maximalen täglichen Höchstarbeitszeit auf zwölf und der maximalen wöchentlichen Höchstarbeitszeit auf 60 Stunden möglich, wenn andere Maßnahmen (wie etwa die Einstellung zusätzlichen Personals) nicht zumutbar sind. Bei diesen zusätzlich möglichen Arbeitsleistungen handelt es sich um *Überstunden*, dh die ArbeitgeberInnen sparen sich durch Nutzung dieser Bestimmung keine Zuschläge. Die Regelung soll dabei helfen, unvorhergesehene Auftragsspitzen in legaler Art und Weise abarbeiten zu können – ohne dabei zu in der Praxis häufigen illegalen Praktiken wie „Abschneiden“ der Arbeitszeitaufzeichnungen bei Erreichen der Höchstgrenze und gänzliche Nichtbezahlung der geleisteten Überstunden zu greifen (knapp ein Viertel der geleisteten Überstunden in Österreich werden nicht bezahlt)<sup>6</sup>.

### 3.3. Faire Abgeltung für Flexibilität Teilzeitbeschäftigter

Ein wesentlicher Punkt der AZG-Novelle 2008 war die Schaffung eines *25% Zuschlages für Teilzeitbeschäftigte*. Dadurch sollen einerseits Teilzeitbeschäftigte eine Abgeltung der im betrieblichen Interesse eingebrachten Flexibilität erhalten, andererseits die Mehrstundenleistung für ArbeitgeberInnen verteuert werden und somit ein Anreiz gebildet werden, die vereinbarten Arbeitszeiten auch tatsächlich einzuhalten.

---

<sup>6</sup> Statistik Austria, Mikrozensus-Arbeitskräfteerhebung 2012.

Während die *Möglichkeit zum flexiblen Einsatz* eines/r Vollzeitbeschäftigten durch die vergleichsweise geringe Differenz zwischen vereinbarter Arbeitszeit und Höchstarbeitszeitgrenze beschränkt ist, eröffnet sich bei Teilzeitbeschäftigten ein viel größerer Spielraum: Wer etwa halbtags beschäftigt ist, kann bis zur wöchentlichen Höchstarbeitszeitgrenze von 50 Stunden, nicht nur 10 (was bei einem/r Vollzeitbeschäftigten der Fall wäre), sondern noch 30 Stunden legal dazu leisten – also mehr als seiner wöchentlichen Arbeitsverpflichtung entspricht!

In der Praxis zeigte sich eine Tendenz der ArbeitgeberInnen, Vollzeitarbeitsplätze in Teilzeitbeschäftigungen zu zerstückeln, um sich diese Möglichkeit der Flexibilisierung offen zu halten und – was bis zur Novelle 2008 möglich war – auch Zuschläge für Mehrleistungen bis zur gesetzlichen Normalarbeitszeit zu vermeiden. Von manchen Unternehmen wurde die „*Arbeit auf Abruf*“, dh der flexible Einsatz Teilzeitbeschäftigter, oft auch ohne fixe Vereinbarung des Arbeitszeitausmaßes, bis zum Exzess getrieben – was schließlich vom OGH für unzulässig erklärt wurde.<sup>7</sup> Das Höchstgericht stellte im Zuge dessen auch fest, dass den Beschäftigten, die in rechtswidriger und kurzfristiger Art und Weise zur Arbeitsleistung herangezogen werden, *Zuschläge* zur Abgeltung ihrer Flexibilität zustehen. Einzelne Kollektivverträge (zB der Kollektivvertrag für Gesundheits- und Sozialberufe) haben diesen Gedanken aufgegriffen und Zuschläge für die Mehrarbeit Teilzeitbeschäftigter schon vor der Einführung des gesetzlichen Mehrarbeitszuschlages für Teilzeitbeschäftigte festgelegt.

Im Zuge der AZG-Novellierung 2008 konnte schließlich die Schaffung eines gesetzlichen 25% Zuschlages für Mehrarbeit erreicht werden. Auch wenn die geleisteten Mehrarbeitsstunden innerhalb des Quartals gem § 19d Abs 3b AZG wieder durch Zeitausgleich 1:1 ausgeglichen werden können, konnte damit jedenfalls ein wichtiges Ziel erreicht werden: Mit Inkrafttreten der Novelle am 1.1.2008 wurde das von den ArbeitgeberInnen zu niedrig festgelegte Arbeitsausmaß (die Vereinbarung hat seit der Novellierung schriftlich zu erfolgen) in vielen Fällen auf das den tatsächlichen Erfordernissen etwa entsprechende Ausmaß angehoben. Der missbräuchlichen Praxis, ein geringeres Arbeitszeitausmaß offiziell zu vereinbaren, um durch zuschlagsfreie Mehrarbeit betriebliche Schwankungen auffangen zu können und damit das Unternehmerrisiko auf die Beschäftigten abzuwälzen, wurde damit klar ein Riegel vorgeschoben. Auch wenn die Regelung in einigen Punkten umstritten und sicherlich noch verbesserungsfähig ist, wurde damit ein wichtiger Grundstein gelegt.

#### 4. Aktuelle Anliegen

Das aktuelle Regierungsprogramm (2013–2018)<sup>8</sup> enthält Sozialpartnereinigungen, welche die oben dargestellten Abwägungen widerspiegeln. So ist etwa geplant, bei *Gleitzeit-*

7 Vgl etwa OGH 8 ObA 116/04y, DRdA 2005, 184 und 417.

8 [www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=53264](http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=53264) (11.2.2014).

*regelungen* (dh bei einer im Interesse der Beschäftigten gelegenen Flexibilisierung) eine tägliche Arbeitszeit von bis zu zwölf Stunden zuzulassen – allerdings (wie gehabt) bei Einhaltung einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 50 Stunden.

Einen wichtigen Punkt für die Beschäftigten, der im Regierungsprogramm vorgesehen ist, stellt die zwingende Bezifferung des Grundlohns in *All-In-Verträgen* dar. Unbestimmte All-In-Klauseln beinhalten für die Beschäftigten ein beträchtliches Täuschungspotenzial, da ihnen häufig ein sehr guter Verdienst vorgegaukelt wird, was sich manchmal erst Monate danach als Irrtum herausstellt, da bei Hineinrechnung sämtlicher erbrachter Mehrleistungen kaum das kollektivvertragliche Mindestgehalt überschritten (und in manchen Fällen sogar unterschritten) wird.

Vorgesehen ist weiters die Evaluierung von freiwilligen *Zeitwertkonten*. Dabei handelt es sich um zusätzliche Entgeltbestandteile, die in einem Guthabenkonto gesammelt werden und die später – gegebenenfalls auch bei einem/r anderen ArbeitgeberIn – in Form von Freizeit abgerufen werden können.<sup>9</sup> Hier gilt es, Modelle zu finden, die nicht nur den betrieblichen Anforderungen gerecht werden, sondern auch abgesichert sind gegen einen allfälligen Missbrauch durch die ArbeitgeberInnen. Es muss sichergestellt sein, dass die Beschäftigten die angesparten Zeitguthaben selbstbestimmt in Anspruch nehmen können und nicht unter Druck gesetzt werden, um „freiwillig“ – etwa bei schlechter Auftragslage – ihre angesparten Zeitguthaben zu verbrauchen.

Die auch im Zuge der aktuellen Verhandlungen von der Wirtschaftsseite wieder erhobene Forderung nach Arbeitszeitflexibilisierung auf betrieblicher Ebene mit zehnstündiger täglicher Normalarbeitszeit wurde abgelehnt und derartige Regelungen weiterhin *dem Kollektivvertrag vorbehalten*. Wie unter Punkt 2.3.2. dargestellt, handelt es sich dabei um eine Regelung von so grundlegender Bedeutung, dass eine ausgewogene Berücksichtigung der Interessen nur auf kollektivvertraglicher Ebene gewährleistet werden kann.

Wesentlich war auch die *Verhinderung der Ausweitung der Ausnahme* von AZG und Arbeitsruhegesetz (ARG)<sup>10</sup> für leitende Angestellte, denen maßgebliche Führungsaufgaben selbstverantwortlich übertragen sind. Eine Ausnahme sämtlicher Beschäftigter mit „selbständiger Entscheidungsbefugnis“ würde einen Gutteil der ArbeitnehmerInnen aus dem Geltungsbereich ausnehmen und zu einer unerträglichen Individualisierung der Arbeitszeitregelungen führen – und damit zu einem Druck, dem erfahrungsgemäß die wenigsten ArbeitnehmerInnen auf individueller Ebene standhalten können. Die „Freiwilligkeit“ von Vereinbarungen auf individueller Ebene ist im Arbeitsverhältnis stets mit großer Vorsicht zu betrachten.

<sup>9</sup> Siehe dazu auch *Klein*, Arbeitsrechtliche Vorhaben im neuen Koalitionsübereinkommen, DRdA 2014/2.

<sup>10</sup> BGBl 1983/144 idF BGBl I 2013/71.

## 5. Conclusio

Anders als der ständige wirtschaftsseitige Ruf nach mehr Flexibilisierung vermuten ließe, bieten die österreichischen Arbeitszeitregelungen bereits vielfältige Möglichkeiten zur Durchrechnung der Arbeitszeit. So enthält das AZG einige Flexibilisierungsmodelle, die unmittelbar angewendet werden können oder mittels Betriebsvereinbarung für den jeweiligen Betrieb nutzbar gemacht werden können.

Allerdings ist essenziell, dass die Zulassung umfangreicher Durchrechnungsmodelle auch weiterhin an die kollektivvertragliche Zulassung gebunden bleibt. Bei der Durchrechnung der Normalarbeitszeit handelt es sich auf Grund des damit verursachten Entfalls der Überstundenzuschläge auch um eine entgeltrechtliche Regelung, die damit in die Kernkompetenz der Kollektivverträge fällt. Nur auf kollektivvertraglicher Ebene ist überdies gewährleistet, dass die Interessen beider Sozialpartner ausgewogen berücksichtigt werden und für eine Branche einheitliche Spielregeln gelten. Bei einer Regelung auf betrieblicher Ebene würde es zu Wettbewerbsverzerrungen und einer Nivellierung nach unten kommen.

Eine Regelung auf betrieblicher oder individueller Ebene erscheint dort vertretbar, wo die Flexibilität im Interesse der Beschäftigten gelegen ist – wie etwa bei Gleitzeit, dem Einarbeiten wegen Entfalls von Fenstertagen in Verbindung mit Feiertagen, oder der vier-Tage-Woche.

Höchstleistungszeiten sollten schon im Sinne des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten nicht zu sehr ausgeweitet werden. Österreich gehört ohnedies bereits zu den Staaten mit hoher Überstundenleistung: In einer 2012 durchgeführten Erhebung<sup>11</sup> wies Österreich mit 41,8 Stunden europaweit die zweithöchste durchschnittliche geleistete Wochenarbeitszeit auf. Nur Großbritannien übertraf diesen Wert mit 42,3 Stunden noch. Der europäische Mittelwert lag bei 40,4 Stunden.

Mit steigender Arbeitszeit nimmt die Produktivität ab, während die Unfallhäufigkeit zunimmt. ArbeitgeberInnen sollten die damit verbundenen Folgekosten durch Krankenstände etc bewusst sein.

Im Auge behalten werden sollte nicht zuletzt auch der gesamtwirtschaftliche Effekt der Verminderung der Überstundenleistung: durch Reduzierung der Überstundenleistung und die dadurch erfolgende Aufteilung der Arbeit auf eine größere Anzahl von Beschäftigten würden auch der Arbeitsmarkt entlastet und damit gesamtwirtschaftlich positive Auswirkungen erreicht werden.

Mag.<sup>2</sup> Gerda Heilegger, Arbeiterkammer Wien; Gerda.Heilegger@akwien.at

---

11 Eurostat, European Union Labour Force Survey 2011 (2012).

# Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsverhältnis von Flexibilisierung und ArbeitnehmerInnenschutz

Felix Schörghofer

---

## 1. Einleitung

*„Es darf [...] nie übersehen werden, dass wegen der unlösbaren Verbindung der Arbeitskraft mit ihrer Person derjenige, der die Arbeitskraft am Arbeitsmarkt kauft, gleichzeitig auch Besitz von der Person ergreift. Die geltende Rechtsordnung billigt diese Abhängigkeit des Arbeitskraftverkäufers von seinem Käufer. Nur in diesem Umfang, also nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, ist eine mit dem Kauf der Arbeitskraft verbundene Herrschaft über die Person unvermeidbar und daher rechtlich gebilligt. Wo diese Herrschaft aber nicht durch den Kauf der Arbeitskraft zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses bedingt ist, ist sie ein von der Rechtsordnung missbilligter Eingriff in die Personalstellung des Menschen (§ 16 ABGB.). Daher beinhaltet ein Vertrag womit ein Mensch verpflichtet wird, sich zur Arbeitsleistung an Dritte zur Verfügung stellen zu lassen, die Erniedrigung eines Menschen zur Sache, die auch mit seiner Zustimmung von der Rechtsordnung nicht geduldet werden kann.“*

Mit dieser Stellungnahme verneinte das Arbeitsgericht Wien im Jahr 1967 die Zulässigkeit der Arbeitskräfteüberlassung.<sup>1</sup> Anders sah das das Berufungsgericht. Dieses führte aus, man *„wird nun nicht im Ernst behaupten können, dass die Bereitstellung der Arbeitskraft eines Dienstnehmers durch den Dienstgeber für einen Dritten mit dieser programmatischen Erklärung [gemeint ist § 16 ABGB, Anm des Verfassers] in irgendeiner Weise kollidiere und etwa mit Sklaverei oder Leibeigenschaft im Zusammenhang stehen könnte.“*<sup>2</sup>

Diese Meinungsverschiedenheit fand sich nicht nur in der Gerichtsbarkeit, auch in der Gesetzgebung war die Arbeitskräfteüberlassung heftig umstritten. In zwei Gesetzesentwürfen wurde ein Verbot der Arbeitskräfteüberlassung vorgeschlagen.<sup>3</sup> Stattdessen wurde schlussendlich die grundsätzliche Zulässigkeit der Arbeitskräfteüberlassung mit dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) 1988 gesetzlich festgeschrieben und einer genauen, im Wesentlichen am Schutzinteresse der überlassenen Arbeitskraft orientierten Regelung unterworfen.

---

1 Wiedergegeben in LG ZRS Wien 44 Cg 70/67 Arb 8421.

2 LG ZRS Wien 44 Cg 140/66 Arb 8306 – diese Stellungnahme ging der eben zitierte Aussage des Arbeitsgerichts im fortgesetzten Verfahren voraus.

3 Vgl ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 14.

Liest man die Erwägungsgründe der Leiharbeits-RL aus dem Jahr 2008, könnte man meinen, die ursprünglichen Bedenken gegen die Arbeitskräfteüberlassung seien längst ausgeräumt: „Die Leiharbeit entspricht nicht nur dem Flexibilitätsbedarf der Unternehmen, sondern auch dem Bedürfnis der Arbeitnehmer, Beruf und Privatleben zu vereinbaren. Sie trägt somit zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Teilnahme am und zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt bei.“<sup>4</sup> Anders als dieses Zitat glauben machen will, polarisiert die Arbeitskräfteüberlassung (auch: Leiharbeit oder Zeitarbeit) aber auch heute noch und stellt die Arbeitsrechtswissenschaft immer wieder vor neue Herausforderungen. Warum das so ist, soll im vorliegenden Beitrag gezeigt werden. Dazu wird zuerst die Benachteiligung überlassener Arbeitskräfte gegenüber ArbeitnehmerInnen in zweipersonalen Arbeitsbeziehungen dargestellt. Im Anschluss wird die Funktion der Arbeitskräfteüberlassung im österr Arbeitsrecht erläutert. Zuletzt wird eine aktuelle Entwicklung der Arbeitsrechtswissenschaft dargestellt.

## 2. Die Benachteiligung überlassener Arbeitskräfte

Die Arbeitskräfteüberlassung ist ein Fall des Drittpersonaleinsatzes, sie begründet eine dreipersonale Arbeitsbeziehung. Zwei UnternehmerInnen schließen einen Vertrag, in dem sich der/die ÜberlasserIn verpflichtet, dem/der BeschäftigerIn Arbeitskräfte zur Verfügung zu stellen. ÜberlasserInnen setzen dazu ihre Arbeitskräfte ein. Diese Arbeitskräfte leisten ihre Arbeit im Unternehmen der BeschäftigerInnen, mit denen sie keinen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben. Am Stichtag 31.7.2013 waren in Österreich rd 72.000 Arbeitskräfte überlassen, das sind 2,2% aller unselbständig Erwerbstätigen.<sup>5</sup>

Überlassene Arbeitskräfte sind gegenüber „normalen“ ArbeitnehmerInnen in zweipersonalen Arbeitsbeziehungen in mehrfacher Hinsicht schlechter gestellt. Dies zeigt sich, neben der Zersplitterung der betriebsverfassungsrechtlichen Ansprüche,<sup>6</sup> sowohl in den Arbeitsbedingungen während der Überlassung, als auch bei der Beendigung der Überlassung und des Arbeitsvertrags.

Die Benachteiligung im Hinblick auf die individualarbeitsrechtlichen Ansprüche der überlassenen Arbeitskräfte gegenüber der Stammbesellschaft während der Überlassung sollte eigentlich der Gleichstellungsanspruch des § 10 AÜG verhindern. Die Intention dieser Bestimmung ist, der überlassenen Arbeitskraft jene Arbeitsbedingungen zu gewähren, die zustehen würden, wenn eine direkte Einstellung von dem/der BeschäftigerIn für denselben Arbeitsplatz erfolgt wäre. Dieser Anspruch ist allerdings in dreifacher Hinsicht beschränkt:<sup>7</sup> Erstens gilt er nur für bestimmte Arbeitsbedingungen, nämlich Entgelt, Arbeitszeit, Urlaub,

---

4 ErwGr 11 der RL 2008/104/EG über Leiharbeit, ABl L 2008/327, 10.

5 Webportal Statistik der Arbeitskräfteüberlassung und privaten Arbeitsvermittlung im Auftrag des BMASK, <https://akupav.eipi.at/akupav/> (23.1.2014).

6 Vgl allg zu II. Teil des ArbVG und der Arbeitskräfteüberlassung *Tomanđl*, Betriebsverfassungsrechtliche Fragen der Arbeitskräfteüberlassung, ZAS 2011, 248.

7 Vgl zum Folgenden *Schörghofer*, Gleichbehandlung und Gleichstellung im AÜG, in *Brodil* (Hrsg), Diener fremder Herren, erscheint 2014.

Wohlfahrtseinrichtungen und Wohlfahrtsmaßnahmen und bestimmte Betriebspensionsregelungen. Allerdings handelt es sich dabei wohl um die wichtigsten Arbeitsbedingungen. Zweitens bestehen teilweise zusätzliche Voraussetzungen: Der Anspruch auf Gleichstellung bzgl der Betriebspensionsleistungen beginnt erst nach einer Überlassungsdauer von vier Jahren. Der Anspruch auf Zugang zu betrieblichen Wohlfahrtseinrichtungen und Wohlfahrtsmaßnahmen kann aus sachlichen Gründen ausgeschlossen werden.

Drittens bezieht sich der Gleichstellungsanspruch grds nur auf bestimmte Rechtsquellen im BeschäftigerInnenbetrieb. Schon immer musste Bedacht darauf genommen werden, welchen gesetzlichen und kollektivvertraglichen Arbeitsbedingungen die überlassene Arbeitskraft bei Direktanstellung durch den/die BeschäftigerIn unterliegen würde. Seit der Novelle 2012<sup>8</sup> wird der Gleichstellungsanspruch grds auch auf „sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“ ausgedehnt. Diese Formulierung stammt aus der umzusetzenden Leiharbeits-RL, ihre Auslegung hat einen tiefen Graben im Schrifttum gezogen. Umstritten ist, ob neben den unzweifelhaft erfassten Betriebsvereinbarungen (BV) auch freie BV, Betriebsübungen, Vertragsschablonen und Konzernrichtlinien erfasst sind.<sup>9</sup> Dagegen wird insb vorgebracht, dass diese Regelungen „nur“ arbeitsvertragliche Ansprüche begründen und deshalb weder allgemein,<sup>10</sup> noch verbindlich<sup>11</sup> sind. Warum eine (wenngleich vertragliche) Regelung, der alle ArbeitnehmerInnen eines Unternehmens unterliegen, nicht „allgemein“ sein soll, ist nicht nachvollziehbar. Ebenso wenig ist ersichtlich, warum eine vertragliche Regelung nicht „verbindlich“ sein soll. Die RL, ebenso wie die österr Umsetzung stellen nicht auf „allgemeinverbindliche“ Bestimmungen ab, sie verlangen also keine Normwirkung. Das Gesetz verwendet nicht jene Formulierung, mit der in anderen Bestimmungen die Normwirkung beschrieben wird („unmittelbar rechtsverbindlich“<sup>12</sup>). Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass auch freie BV, Betriebsübungen, Vertragsschablonen und Konzernrichtlinien „sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“ sind und daher Gegenstand des Gleichstellungsanspruchs sind.

Selbst bei weiter Auslegung dieses Begriffs ist zu beachten, dass die Gleichstellung bzgl „sonstiger verbindlicher Bestimmungen allgemeiner Art“ gerade beim Entgelt, wo die Ausdehnung auf betriebliche Rechtsquellen besonders bedeutsam wäre, kaum zur Anwendung kommen wird. Das Gesetz sieht nämlich für das Entgelt in § 10 Abs 1 letzter Satz AÜG eine Ausnahmebestimmung vor.<sup>13</sup> Diese schließt die Entgeltgleichstellung bzgl „sonstiger verbindlicher Bestimmungen allgemeiner Art“ aus, wenn sowohl ÜberlasserIn als auch BeschäftigerIn einem Kollektivvertrag (KV) unterliegen. Das ist in Österreich meistens der

---

8 BGBl I 2012/98.

9 Zum Folgenden *Schörghofer in Brodil* (erscheint 2014).

10 *Bruckmüller/Zehentmayer*, Was sind „sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“?, *ecolex* 2013, 679 (681).

11 *Schrank*, Die wichtigsten Neuerungen zur Arbeitskräfteüberlassung (Teil 1), *RdW* 2013, 31 (32).

12 §§ 11, 31 ArbVG.

13 Wenngleich unionsrechtliche Bedenken gegen ihre Zulässigkeit sprechen, vgl *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV<sup>2</sup> (2013) 43 f.

Fall. Im Ergebnis besteht daher kraft Gesetzes häufig keine reale Entgeltgleichheit zwischen überlassenen Arbeitskräften und der Stammebelegschaft. Der KV für überlassene ArbeiterInnen<sup>14</sup> versucht dies auszugleichen, indem für Hochlohnbranchen und bei betrieblichen Entgeltregelungen eine pauschale prozentuelle Überzahlung des Mindestentgelts des BeschäftigerInnen-KV vorgesehen ist. Der anwendbare KV für überlassene Angestellte<sup>15</sup> enthält demgegenüber keine gleichartige Regelung.

Besonders deutlich wird die Benachteiligung überlassener Arbeitskräfte bei der *Beendigung der Überlassung und der damit oft in Verbindung stehenden Beendigung ihres AV*. Die abrupte Beendigung der Überlassung ist ein ständiges Risiko für überlassene Arbeitskräfte. Wie sich insb in der Wirtschaftskrise gezeigt hat, trifft Personalabbau typischerweise diese zuerst.<sup>16</sup> Das liegt daran, dass die Trennungskosten für BeschäftigerInnen geringer sind, diese müssen keine (arbeitsrechtlichen) Kündigungsfristen beachten und sie setzen sich nicht dem Risiko von Anfechtungsverfahren aus. Die vorrangige Trennung von überlassenen Arbeitskräften vor StammarbeitnehmerInnen wird überdies grds auch von der Rechtsordnung gefordert. Der OGH hat entschieden, dass die Kündigung eines Mitglieds der Stammebelegschaft, bei gleichzeitiger Weiterbeschäftigung einer überlassenen Arbeitskraft nur bei Vorliegen von sachlichen Gründen erlaubt ist.<sup>17</sup>

Die *Beendigung der Überlassung* kann für die Arbeitskraft spürbare *Entgelteinbußen* zur Folge haben. Entweder, weil in Folge eine Überlassung an eine/n BeschäftigerIn mit einem niedrigeren KV-Mindestlohn erfolgt,<sup>18</sup> oder weil keine neue Einsatzmöglichkeit gefunden wird und daher während der „Stehzeit“ nur Anspruch auf das Grundentgelt besteht<sup>19</sup>. Die Novelle 2012 hat sich diesem Problem nur zaghaft genähert: Gem § 12 Abs 6 AÜG müssen ÜberlasserInnen ihre Arbeitskräfte (mit zwei Einschränkungen) 14 Tage davor über das Ende der Überlassung informieren. Diese Pflicht wird allerdings nicht durch Verwaltungsstrafe sanktioniert (§ 22 Abs 1 Z 3 lit b AÜG), nach den Materialien soll sie „keine Rechtsfolgen für die Rechtswirksamkeit dieser Beendigung oder eines anderen Arbeitseinsatzes“ haben.<sup>20</sup> Ein Ersatz der Entgeltdifferenz zwischen Überlassungs- und Grundentgelt aus dem Titel des Schadenersatzes wird ebenfalls scheitern.<sup>21</sup> Mangels wirksamer Sanktion wird § 12 Abs 6 AÜG das Risiko abrupter Beendigungen der Überlassung daher nicht verhindern können.

---

14 Arbeiterkollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung.

15 Rahmenkollektivvertrag für Angestellte im Handwerk und Gewerbe in der Dienstleistung, in Information und Consulting.

16 Vgl zum Rückgang der Arbeitskräfteüberlassung in der Krise *Geppert*, Das Phänomen Arbeitskräfteüberlassung – Entstehung, Entwicklung und Probleme, DRdA 2011, 507 (508).

17 OGH 8 ObA 31/13m DRdA 2014, 44 (Goricnik).

18 *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV<sup>2</sup> 23.

19 AA *Schindler* in ZellKomm<sup>2</sup> § 10 Rz 38, wonach dem AN während Stehzeiten das „während des letzten Einsatzes geschuldete Entgelt“ zusteht. Vgl auch Art IX Abs 6 Arbeiter-KV, wonach das Durchschnittsentgelt der letzten 13 Wochen fortzuzahlen ist.

20 ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 4.

21 Vgl *Pöschl/Unterrieder*, Novelle zum AÜG – Neue Pflichten für Beschäftiger und Überlasser, *ecolex* 2012, 999 (1001).

Das ist auch deshalb problematisch, weil in vielen Fällen auf eine Beendigung der Überlassung auch eine Beendigung des Arbeitsvertrags des/der betroffenen ArbeitnehmerIn folgt<sup>22</sup> – obwohl der OGH bei Kündigung ÜberlasserInnen eine weitgehende soziale Gestaltungspflicht auferlegt.<sup>23</sup> Es muss demnach geprüft werden, ob „sich innerhalb eines zumutbaren Zeitraumes eine Möglichkeit zur Weiterbeschäftigung des AN bei anderen Auftraggebern eröffnen wird.“ Tatsächlich werden die meisten Arbeitsverträge überlassener ArbeitnehmerInnen aber einvernehmlich beendet.<sup>24</sup> Zu vermuten ist, dass diese Einigung häufig durch wirtschaftlichen Druck der ÜberlasserInnen und durch die Hoffnung der Arbeitskräfte auf eine spätere Wiedereinstellung herbeigeführt wird.

### 3. Die Funktionen der Arbeitskräfteüberlassung

Diese Benachteiligung und die damit einhergehende Segmentierung der Belegschaft eines Unternehmens verlangen eine Rechtfertigung, also einen Zweck der Arbeitskräfteüberlassung, der diese Nachteile aufwiegt. Im AÜG sucht man vergeblich nach einem Hinweis auf die Funktion der Arbeitskräfteüberlassung. Stattdessen unterstellt das Gesetz dieser Beschäftigungsform offensichtlich gewisse Risiken. Es geht davon aus, dass die überlassenen Arbeitskräfte (§ 2 Abs 1 Z 1 AÜG), die (Stamm-)Belegschaft der BeschäftigerInnen (§ 2 Abs 3 AÜG) und der Arbeitsmarkt (§ 2 Abs 1 Z 2 AÜG) durch das AÜG geschützt werden müssen. Demgegenüber werden die Interessen der ÜberlasserInnen und der BeschäftigerInnen nicht erwähnt.

Im Schrifttum werden der Arbeitskräfteüberlassung insb zwei Funktionen zugeschrieben, die sich auch in den oben zitierten Erwägungsgründen der Leiharbeits-RL finden. Erstens soll die Arbeitskräfteüberlassung dem Flexibilitätsbedürfnis der UnternehmerInnen dienen. Ursprünglich war damit gemeint, dass durch überlassene Arbeitskräfte kurzfristiger Personalbedarf in Unternehmen abgedeckt werden soll, etwa bei Auftragsspitzen, bei Krankheit oder bei Elternkarenz.<sup>25</sup> Zweitens soll die Arbeitskräfteüberlassung auch einen positiven Aspekt für Arbeitssuchende haben. Die Arbeitskräfteüberlassung soll ein „integrierender Bestandteil des Arbeitsmarktes“ sein.<sup>26</sup> Es wird insb gehofft, dass die überlassenen Arbeitskräfte von den BeschäftigerInnen in die Stammebelegschaft übernommen werden. Gesetzlich wird diese Brückenfunktion durch § 11 Abs 2 Z 6 und § 8 Abs 2 AÜG abgesichert. Vereinbarungen im Arbeitsvertrag sowie zwischen den beteiligten UnternehmerInnen, die dem Wechsel der Arbeitskraft insb in die Stammebelegschaft des/der BeschäftigerIn entgegenstehen, sind verboten. Der OGH hat das zuletzt sehr weit interpretiert und die vertragliche Verpflichtung der BeschäftigerInnen, bei Übernahme einer Arbeitskraft eine Vermitt-

22 *Schindler*, DRdA 2009, 177.

23 OGH 9 Ob A 233/98z wbl 1999/121.

24 *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV<sup>2</sup> 35.

25 *Geppert*, DRdA 2011, 507; *Davidov*, Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships, *British Journal of Industrial Relations* 2004, 727 (728).

26 ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 16.

lungsprovision zu zahlen, für unzulässig erklärt.<sup>27</sup> An der faktischen Wirksamkeit dieser „Übernahme-, Klebe-, Türöffner- oder Brückenfunktion“ wird allerdings gezweifelt.<sup>28</sup>

Der oben zitierte ErwGr der Leiharbeits-RL unterstellt außerdem, dass die Arbeitskräfteüberlassung zusätzlich „dem Bedürfnis der Arbeitnehmer, Beruf und Privatleben zu vereinbaren“ dient. Es wird behauptet, dass durch die Arbeitskräfteüberlassung Personen für den Arbeitsmarkt gewonnen werden, für die eine Daueranstellung nicht in Frage kommt.<sup>29</sup> Zum einen ist aber fraglich, ob die Arbeitskräfteüberlassung wirklich neben Teilzeit-, Gleitzeit- und befristeter Arbeit zusätzliche Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet. Zum anderen handelt es sich jedenfalls nur um eine kleine Gruppe innerhalb der überlassenen Arbeitskräfte.<sup>30</sup> Bei dem Großteil wird die berufliche Situation nicht, wie im ErwGr behauptet, eine positive Auswirkung auf ihr Privatleben haben. Eine Studie (zum deutschen Recht) hat festgestellt, dass Arbeitskräfteüberlassung „den Befragten weder in finanzieller noch beruflicher Hinsicht eine kontinuierliche Lebensplanung ermöglicht.“<sup>31</sup>

Neben diesen intendierten Funktionen gibt es noch andere Gründe für den Einsatz von Arbeitskräfteüberlassung, die für die Gesetzgebung wohl nicht ausschlaggebend waren, da sie keinen dokumentierten Niederschlag im Gesetzgebungsprozess gefunden haben. Denkbar ist etwa, dass Unternehmen wegen Unternehmens- oder Konzernvorgaben keine zusätzlichen Mitarbeiter einstellen dürfen.<sup>32</sup> Durch Arbeitskräfteüberlassung kann eine Umwandlung von Personalaufwand in Sachaufwand erreicht werden und damit eine gewisse „Bilanzkosmetik“.<sup>33</sup> Vergleichbar ist der Einsatz der Arbeitskräfteüberlassung im öffentlichen Bereich zur Umgehung von Aufnahmesperren.<sup>34</sup>

In Deutschland wird außerdem aktuell ein Funktionswandel der Arbeitskräfteüberlassung diagnostiziert. Vor dem Hintergrund der Erfahrungen in der Krise würde die Arbeitskräfteüberlassung nun als „strategisches Mittel der Personalpolitik“ gesehen um auf schwankende Absatzmärkte reagieren zu können.<sup>35</sup> Ähnliches wird auch für Österreich gesagt.<sup>36</sup> Symptomatisch für diese Entwicklung sind langfristige Überlassungen. Im Jahr 2013 dauerten 35% der Überlassungen länger als ein Jahr, 2006 waren es noch 25%.<sup>37</sup> Dauerhafte Über-

27 OGH 9 Ob 19/12b ZAS 2013, 31 (Gleißner).

28 Schapler, Arbeitskräfteüberlassung in der Praxis (2009) 25 f; Sansone, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht (2011) 37 (zu Deutschland).

29 Vgl krit Schapler, Arbeitskräfteüberlassung 24.

30 Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung – Ein arbeitsmarktpolitisches Erfolgsrezept?, juridikum 2003, 92.

31 Mayer/Scheibe, Wer sind die Leiharbeitnehmer (2012) 8.

32 Schapler, Arbeitskräfteüberlassung 49.

33 Schneller, Arbeitskräfteüberlassung: Mitbestimmung bei Versetzungen und anderen personellen Maßnahmen, ecolex 2006, 1018 (1021).

34 Ministerien umgehen Aufnahmestopp, derstandard.at vom 14.1.2013 <http://derstandard.at/1356427710395/Bilanztricks-Staat-macht-es-Firmen-nach> (27.1.2014); Prekär beim Bund, paroli-magazin.at [http://www.paroli-magazin.at/606/\(27.1.2014\)](http://www.paroli-magazin.at/606/(27.1.2014)).

35 Krause, Arbeit in der Holzklasse, Kritische Justiz 2013, 119 (121).

36 Geppert, DRdA 2011, 509: „Manche Betriebe (Unternehmen) organisieren das Wachstum somit nicht mehr mit festangestellten Arbeitskräften, sondern mit Überlassungskräften.“

37 Webportal Statistik der Arbeitskräfteüberlassung und privaten Arbeitsvermittlung im Auftrag des BMASK, <https://akupav.eipi.at/akupav/> (27.1.2014).

lassungen erfüllen nicht die oben dargestellten Ausgleichs- und Brückenfunktionen. Langfristige Überlassungen dienen eben nicht der Abdeckung kurzen Arbeitsbedarfs wie bei Auftragsspitzen und Krankenständen, die überlassenen Arbeitskräfte belegen Dauerarbeitsplätze. Ihnen wird damit auch nicht der Wechsel in die Stammebelegschaft ermöglicht, sie besetzen ja eigentlich bereits einen solchen Dauerarbeitsplatz. Es ist also zu vermuten, dass Unternehmen, beeinflusst durch die Geschehnisse der Krise, die Arbeitskräfteüberlassung als langfristige Flexibilitätsabsicherung „neu“ entdecken. Das bedeutet allerdings nicht, dass auch die Rechtsordnung diesen Funktionswandel billigt. Aus den gesetzlichen arbeitsrechtlichen Maßnahmen des Gesetzgebers während der Krise lässt sich nicht ableiten, dass er, wie bei langfristigen Überlassungen im Ergebnis anzunehmen, dem Flexibilitätsbedürfnis der Unternehmen Vorrang vor dem Bestandschutzinteresse der ArbeitnehmerInnen einräumt. Das zeigen mE die Novelle der Kurzarbeit 2009,<sup>38</sup> die Verlängerung der Anfechtungsfrist bei Beendigung 2010<sup>39</sup> und die Einführung der Auflösungsabgabe 2013<sup>40</sup>.

Bei langfristigen Überlassungen deutet das Gesetz dennoch in eine andere Richtung.<sup>41</sup> Das AÜG enthält seit seiner Schaffung keine Höchstdauer der Überlassung. Der/die BundesministerIn für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz hat zwar die Möglichkeit die Dauer durch Verordnung zu beschränken (§ 15 AÜG), hat dies aber in der Praxis noch nie getan. In den Erläuterungen zu einem Ministerialentwurf hat gerade dieses befugte Ministerium diese Möglichkeit als „totes Recht“ bezeichnet.<sup>42</sup> In der Rsp gab es einen Ansatz langfristige Überlassungen als Sonderfall der Arbeitskräfteüberlassung zu betrachten.<sup>43</sup> Obwohl es sich nur um eine vereinzelt gebliebene Entscheidung handelt, ist man dieser Auffassung vor kurzem legistisch entgegengetreten. In der AÜG-Novelle 2012 wurde der Gleichstellungsanspruch bzgl Pensionskassenleistungen und betrieblichen Kollektivversicherungen eingeführt (§ 10 Abs 1a AÜG). Allerdings beginnt die Gleichstellung erst ab einer Überlassungsdauer von vier Jahren. Daraus lässt sich ableiten, dass auch über vierjährige Überlassungen zulässig sind.<sup>44</sup> Während in Deutschland diskutiert wird, ob die Leiharbeits-RL ein Verbot der Leiharbeit verlangt<sup>45</sup> und im Koalitionsvertrag eine grds Beschränkung auf 18 Monate vorgesehen ist,<sup>46</sup> entscheidet sich die österr Regierung also für die gegenteilige Entwicklung. Sie unterstützt damit den Funktionswandel der Arbeitskräfteüberlassung – eine mE fragwürdige Entscheidung, die in Österreich bisher aber kaum diskutiert wird.

---

38 BGBl I 2009/12.

39 BGBl I 2010/101.

40 BGBl I 2012/35.

41 Vgl zum Folgenden *Rebbahn/Schörghofer*, Staatliche Regulierung des Drittpersonaleinsatzes – Erfahrungen in Österreich, in *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/ Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (Hrsg), Bitburger Gespräche in München, Band 4: Unternehmerische Entscheidungsfreiheit vs. sozialpolitische Regulierung, erscheint 2014.

42 366/ME 24. GP Erläut 5.

43 OGH 9 ObA 113/03p DRdA 2004/47 (*Balla*).

44 *Schörghofer*, Zur Umsetzung der Leiharbeits-RL im AÜG, ZAS 2012, 336 (344).

45 *Schörghofer*, ZAS 2012, 343 f; der EuGH wird diese Frage möglicherweise in der Rs C-533/13, AKT, beantworten.

46 Entwurf des deutschen Koalitionsvertrags, 69.

#### 4. Der funktionelle ArbeitgeberInnen-Begriff

Die Arbeitskräfteüberlassung allgemein und ihr Funktionswandel im Speziellen sind Beispiele für eine Entwicklung der Arbeitsbeziehungen, die dem Trend zur „vertical disintegration“ entspricht, also zur Zersplitterung großer Unternehmen.<sup>47</sup> Befürchtet wird, dass durch diese organisatorische Entflechtung auch ArbeitnehmerInnenrechte verringert werden können. Werden etwa (auch eng zusammenhängende) Arbeitsschritte auf zwei Unternehmen aufgeteilt, kann sich die Belegschaft des einen Unternehmens bei einem Diskriminierungsvorwurf grds nicht auf die besseren Arbeitsbedingungen der Belegschaft des anderen Unternehmens berufen.<sup>48</sup>

Die Arbeitskräfteüberlassung eröffnet bei der Organisationsgestaltung zusätzliche Möglichkeiten: Sie erlaubt das ArbeitgeberInnen-Risiko zur Gänze auf eine Gesellschaft zu übertragen, während die Wertschöpfung durch die Arbeitsleistung in einem anderen Unternehmen erfolgt.<sup>49</sup> Die Arbeitsleistung kann also von den anderen Produktionsfaktoren getrennt werden.

Im Schrifttum wird zT eine sehr grundlegende Reaktion auf diese Entwicklung gefordert. Angeknüpft wird an einen blinden Fleck der Arbeitsrechtswissenschaft, nämlich den Begriff des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin. Dieser wird üblicherweise nur vertraglich definiert, nämlich als VertragspartnerIn des/der ArbeitnehmerIn. Diese Definition ist allerdings blind gegenüber den „faktischen Unterschieden“ zwischen vertraglichen ArbeitgeberInnen.<sup>50</sup> Ein Extremfall stellt bspw das sog Payrolling dar. Mit diesem Begriff werden in der Praxis auftretende Sonderfälle der Arbeitskräfteüberlassung beschrieben, in denen die BeschäftigtenInnen beinahe alle relevanten Entscheidungen treffen, von der Auswahl der zu überlassenden Arbeitskraft bis zu deren Kündigung.<sup>51</sup> Bei dem/der vertraglichen ArbeitgeberIn (dem/der ÜberlasserIn) verbleibt oft einzig die Aufgabe den ArbeitnehmerInnen ihr Entgelt auszuzahlen, also die Führung der namensgebenden „Payroll“. Dennoch sind die ÜberlasserInnen, zumindest nach dem Willen der beteiligten Unternehmen, VertragspartnerInnen der Arbeitskräfte und damit deren ArbeitgeberInnen. Faktisch werden die relevanten Entscheidungen aber von einem anderen Unternehmen getroffen.

Anknüpfend an diese und andere Situationen wird im Schrifttum eine Definition des Begriffs „ArbeitgeberIn“ anhand einer funktionelle Analyse angedacht.<sup>52</sup> In Modellen werden

---

47 *Collins*, Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws, *Oxford Journal of Legal Studies* 1990, 353.

48 *Collins*, Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Patterns of Economic Integration, *The Modern Law Review* 1990, 731 (740).

49 *Vallée*, What is Corporate Social Responsibility? The Case of Canada, *Managerial Law* 2005, 20 (30); *Fudge*, The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection, in *Davidov/Langile* (Hrsg), *Boundaries and Frontiers of Labour Law* (2006), 295 (302).

50 *Däubler*, Der Arbeitgeber – ein Fixpunkt des Arbeitsrechts?, *Kritische Justiz* 2013, 133.

51 *Schapler*, Arbeitskräfteüberlassung 49; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung (2010) 31; *Davidov*, *British Journal of Industrial Relations* 2004, 730.

52 *Fudge* in *Davidov/Langile* 314 f; *Deakin*, The Changing Concept of the ‘Employer’ in Labour Law, *ILJ* 2001, 72 (79 ff); *Prassl*, Die Suche nach dem Arbeitgeber im englischen Recht, *EuZA* 2013, 472 (491 f).

dafür die verschiedenen ArbeitgeberInnen-Funktionen aufgezählt.<sup>53</sup> Für die Bestimmung des/der ArbeitgeberIn oder die Aufteilung der ArbeitgeberInnen-Verpflichtungen soll es dann weniger auf die Vertragsbeziehungen ankommen, sondern darauf, wer diese ArbeitgeberInnen-Funktionen tatsächlich ausübt.

Im deutschsprachigen Raum muss dieser Ansatz in einem historischen Kontext betrachtet werden. Die Definition der ArbeitgeberInnen als VertragspartnerInnen der ArbeitnehmerInnen ist das Erbe einer Diskussion, die in der Mitte des 20. Jahrhunderts intensiv geführt wurde, der Auseinandersetzung zwischen der Eingliederungs- und der Vertragstheorie.<sup>54</sup> Der Kern der Eingliederungstheorie war (zumindest in ihrer ursprünglichen Fassungen),<sup>55</sup> dass in Ausnahmefällen auch ohne den Abschluss eines Arbeitsvertrags „durch die bloße Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb“ ein Arbeitsverhältnis entstehen kann.<sup>56</sup> Es gab also in der deutschsprachigen Lehre auch schon früher Ansätze, im Arbeitsvertrag nicht das einzige Identifikationsmerkmal der ArbeitgeberInnen zu sehen. Dieser Ansicht stellte sich allerdings, schlussendlich erfolgreich, die Vertragstheorie<sup>57</sup> entgegen.

Es lässt sich aber vorsichtig behaupten, dass der Triumph der Vertragstheorie (auch) damit zusammenhing, dass die wahre Bedeutung der Eingliederungstheorie damals noch verkannt wurde. Ausgangspunkt des Streits zwischen Eingliederungs- und Vertragstheorie waren ungültige Arbeitsverträge und die juristische Beurteilung dennoch erbrachter Arbeitsleistungen, wobei beide Theorien dieses Problem lösen konnten.<sup>58</sup> Die Eingliederungstheorie hatte daher (damals) nur eine eingeschränkte Bedeutung. Das war für *Bydlinski*, in seiner für die österr Arbeitsrechtswissenschaft bedeutsamen Stellungnahme zur Eingliederungstheorie, ein Grund für deren Ablehnung: Die faktische Arbeitsleistung trotz ungültiger Vertragsgrundlage sei nur ein „Ausnahmefall [...], an dem sich das Arbeitsrecht nicht in erster Linie orientieren kann“.<sup>59</sup> Möglicherweise wäre die Auseinandersetzung zwischen der Eingliederungs- und Vertragstheorie noch intensiver geführt worden, wenn sie vor dem Hintergrund der heute immer wichtiger werdenden dreipersonalen Arbeitsbeziehungen, insb der Arbeitskräfteüberlassung diskutiert worden wäre. Zwar wurde die juristische Auseinandersetzung mit der Arbeitskräfteüberlassung zumindest zu Beginn noch von der Eingliederungstheorie beeinflusst, wie deutsche Urteile der 1940er Jahre zeigen.<sup>60</sup> Die nachfolgenden Untersuchungen der Arbeitskräfteüberlassung im Schrifttum bauen aber offensichtlich auf der „siegreichen“ Vertragstheorie auf.<sup>61</sup> Bei einer Untersuchung von dreipersonalen Arbeitsbe-

---

53 *Deakin*, ILJ 2001, 79 ff; *Prassl*, EuZA 2013, 476 f; *Prassl*, The Notion of the Employer, Law Quarterly Review 2013, 380 (393 ff).

54 Auf die Eingliederungstheorie im Zusammenhang mit aktuellen Entwicklungen des Arbeitsrechts hat jüngst *Kocher* (Die Grenzen des Arbeitsrechts, Kritische Justiz 2013, 145 [155]) aufmerksam gemacht.

55 Nach *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts I (1963) 118 wird diese Aussage in späteren Fassungen der Eingliederungstheorie nicht mehr vertreten.

56 *Nikisch*, Arbeitsrecht I<sup>3</sup> (1961) 174.

57 *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch I 116.

58 *Bydlinski*, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht (1969) 78 ff.

59 *Bydlinski*, Arbeitsrechtskodifikation 84.

60 Vgl *Heinze*, Rechtsprobleme des sog. echten Leiharbeitsverhältnisses, ZfA 1976, 183 (185 ff).

61 Vgl *Heinze*, ZfA 1976, 197; vgl für Österreich *Geppert*, AÜG (1989) 67.

ziehungen im Jahr 1973 wird etwa gesagt: „Eine prinzipielle Auseinandersetzung mit der Eingliederungstheorie scheint weder an dieser Stelle noch überhaupt in der heutigen Arbeitsrechtswissenschaft notwendig zu sein.“<sup>62</sup> Pointiert formuliert kann man behaupten, die Eingliederungstheorie hatte das Pech, dass sie zum falschen Zeitpunkt diskutiert wurde, nämlich bevor die Arbeitsrechtswirklichkeit mit den dreipersonalen Arbeitsbeziehungen ihre wesentlichen Anwendungsfälle aufzeigen konnte.

Die oben genannten Stellungnahmen zum „funktionellen Arbeitgeberbegriff“<sup>63</sup> teilen ein Grundanliegen mit der Eingliederungstheorie: Die Abkehr vom Arbeitsvertrag als alleinigen Anknüpfungspunkt des Arbeitsrechts. Für das AÜG ist dazu zu bemerken, dass dieses erkennbar auf der Vertragstheorie basiert. Es sieht insb Verpflichtungen der BeschäftigtenInnen vor, die sich gerade erübrigen würden, wenn durch die „Eingliederung“ der überlassenen Arbeitskräfte in deren Betrieben bzw der Übernahme von ArbeitgeberInnen-Funktionen ein Arbeitsverhältnis zu diesen entstehen würde (§ 6 AÜG). Das AÜG setzt andererseits das Anliegen der anderen Theorien teilweise um, indem es den BeschäftigtenInnen einzelne ArbeitgeberInnen-Pflichten auferlegt.

Eine Möglichkeit die Überlegungen zum funktionellen ArbeitgeberInnen-Begriff darüber hinausgehend für das geltende österr Arbeitsrecht fruchtbar zu machen, bietet sich zwar wohl nur selten, es können aber Spezialfälle damit befriedigend gelöst werden, wie zB das „Payrolling“. In der Lehre wird zu Recht vertreten, dass beim Payrolling, also bei einer Übertragung der meisten ArbeitgeberInnen-Funktionen auf die BeschäftigtenInnen, gem § 2 Abs 4 AMFG ein Wechsel des Arbeitsvertrags zum/zur BeschäftigtenIn erfolgt.<sup>64</sup>

## 5. Zusammenfassung

Die Arbeitskräfteüberlassung führt trotz der Regulierung im AÜG zur Benachteiligung der überlassenen Arbeitskräfte, die in engem Zusammenhang mit den erhofften Funktionen der Arbeitskräfteüberlassung für den Arbeitsmarkt steht. Wie gezeigt wurde, findet hier aktuell ein Umdenken in der Praxis und möglicherweise auch in der Rechtsordnung statt.

Die Arbeitskräfteüberlassung ist außerdem im Schrifttum ein Ausgangspunkt für Überlegungen zum ArbeitgeberInnen-Begriff. Diese Überlegungen rütteln damit an einer Grundsäule der Arbeitsrechtswissenschaft, die lange Zeit kaum beachtet wurde.

Mag. Felix Schörghofer ist Universitätsassistent am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien; felix.schoerghofer@univie.ac.at

---

62 Ramm, Die Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion, ZfA 1973, 263 (273): außerdem würde ein automatischer Wechsel des Arbeitsverhältnisses auf den weisungsbefugten Dienstleistungsempfänger über die Forderungen der Eingliederungstheorie hinausgehen (277).

63 Dieser Begriff wird in der deutschen Rechtswissenschaft schon länger verwendet: vgl Nikisch, Arbeitsrecht I (1961) 145; Koche, KJ 2013, 154.

64 Schindler in ZellKomm<sup>2</sup> § 3 AÜG Rz 5; wohl auch Sacherer in Sacherer/Schwarz, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz<sup>2</sup> (2006) 309 f.

# Tendenzen zur Individualisierung der Rechtsdurchsetzung im Arbeitsrecht

Dargestellt am Einsatz von Mediation

Martin Risak

---

## 1. Die Durchsetzung von Arbeitnehmer\_innenansprüchen: Entwicklung und aktuelle Herausforderungen

Es entspricht einer juristischen Binsenweisheit, dass es nicht ausreicht bloß Recht zu haben – es ist mindestens genauso wichtig, sein Recht auch durchsetzen zu können. Das trifft in einem besonderen Ausmaß für jene Rechtsverhältnisse wie insb das Arbeitsverhältnis zu, die durch starke Kräfteungleichgewichte geprägt sind.<sup>1</sup> Dieser Umstand verringert nämlich die Wahrscheinlichkeit der Geltendmachung eines an sich bestehenden Anspruches, weil eine Partei ihre Macht dazu verwenden kann, die andere eben davon abzuhalten. Darum sind rechtliche und vor allem auch institutionelle Vorkehrungen zur Verringerung bestehender Machtgefälle für den Zugang zum Recht von besonderer Bedeutung.

Fragen der Anspruchsdurchsetzung haben aus diesem Grund bei der Entwicklung des Arbeitsrechts immer eine gewisse Rolle gespielt, wobei unterschiedliche Zugänge gewählt wurden:<sup>2</sup> Auf der einen Seite steht in Europa das britische System, das nicht nur bei der Regelung der Arbeitsbedingungen auf eine *autonome Regelung der Betroffenen unter Einbindung der Gewerkschaften* setzt, sondern auch bei der Rechtsdurchsetzung.<sup>3</sup> Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien fanden sich traditionellerweise im Wesentlichen nur in Kollektivverträgen, die auch Streitbeilegungsmechanismen enthalten, welche nicht Teil des staatlichen Gerichtssystems sind.<sup>4</sup> In den letzten 50 Jahren hat sich jedoch die frühere geringe Bedeutung und Dichte staatlicher Regelungen im Arbeitsrecht geändert – und parallel dazu auch die Durchsetzungsmechanismen. Dies hat mit der Abnahme des Organisationsgrades und der Macht der Gewerkschaften ebenso

---

1 Siehe dazu Risak, Mediation arbeitsrechtlicher Konflikte – Potenziale und Barrieren in Österreich, perspektive mediation 2013, 240.

2 Purcell, Individual Disputes at the Workplace – Alternative Dispute Resolution (2010) 2.

3 Dickens, Introduction – Making Employment Rights Effective: Issues of Enforcement and Compliance, in Dickens, Making Employment Rights Effective (2012) 1.

4 Morris, Employment Rights and Enforcement Mechanisms, in Dickens, Making Employment Rights Effective (2012) 8.

zu tun wie mit dem Einfluss des Europarechts. Nunmehr setzten auch im Vereinigten Königreich einzelne Arbeitnehmer\_innen ihre auf Gesetz gegründeten Rechte vor den staatlichen „Employment Tribunals“ durch, die 1964 (damals noch unter dem Namen „Industrial Tribunals“) eingeführt wurden. Wie in vielen kontinentaleuropäischen Staaten sind diese Tribunale tri-paritätisch besetzte Kollegialorgane, die aus einem juristisch ausgebildeten Berufsrichter und einem Laienrichter der Arbeitnehmer\_innen- und der Arbeitgeber\_innenseite zusammengesetzt sind.

Der kontinentaleuropäische Zugang unterscheidet sich hingegen vom traditionellen britischen vor allem dadurch, dass von der Gewerkschaftsbewegung schon viel früher verstärktes Gewicht auf die *Einflussnahme der Gesetzgebung und die Veränderung staatlicher Institutionen* gelegt wurde. Dies entspricht der Grundstrategie der kontinentaleuropäischen Arbeiter\_innenbewegung, auch die politische Arena massiv zur Verfolgung ihrer Ziele zu nutzen.<sup>5</sup> Ziemlich früh wurden daher in zahlreichen Staaten – konkret in Frankreich (1806), Belgien (1809), Italien (1893) und Deutschland (1890, 1904 und 1926) – besondere Arbeitsgerichte eingerichtet; damit sollte nicht nur Klassenvorurteilen und der mangelnden Kompetenz der Richter\_innen, was die Arbeitswirklichkeit betrifft, entgegengetreten werden, sondern auch den mit der Gerichtsbarkeit ansonsten verbundenen hohen Kosten, zeitlichen Verzögerungen und der als übertrieben empfundenen Verfahrensformalität.<sup>6</sup> Diese Institutionen banden daher Arbeitgeber\_innen- und Arbeitnehmer\_innenvertreter mit ein und machten damit ua deren Entscheidungen für beide Seiten eher akzeptabel.

Ein anderer, oft parallel zur formellen Rechtsdurchsetzung eingeschlagener, Weg besteht darin, die Sozialpartner\_innen (insb die Gewerkschaften und – wo sie denn bestehen – die Betriebsräte) in die *informelle, außergerichtliche Streitbeilegung* einzubinden. Besonders in Österreich, Deutschland, Dänemark und Schweden, wo eine tief verwurzelte Kultur der kooperativen Zusammenarbeit der Sozialpartner\_innen besteht, bestimmen informelle Streitbelegungsmechanismen unter Einbindung kollektiver Akteur\_innen den Arbeitsalltag.<sup>7</sup> Dahinter steht ein Konzept, das als „*Kollektivierung*“ *individueller Konflikte*<sup>8</sup> bezeichnet werden kann: Durch die Einschaltung von Arbeitnehmer\_inneninteressenvertretungen in einen individuellen arbeitsrechtlichen Konflikt wird dieser auf eine höhere, kollektive Ebene gehoben. Der/die Arbeitgeber\_in steht nun nicht mehr einem/einer einzelnen Arbeitnehmer\_in gegenüber, sondern dem Kollektiv. Das dem Arbeitsverhältnis innewohnende Kräfteungleichgewicht wird damit durch die Einschaltung der betrieblichen oder überbetrieblichen Interessenvertretung in einem gewissen

---

5 Vgl Frege, Industrial Relations in Continental Europe, in *Ackers/Wilkinson*, Understanding Work & Employment (2010) 250.

6 *Ramm*, Workers' Participation, the Representation of Labour and Special Labour Courts, in Hepple, The Making of Labour Law in Europe (1986) 270.

7 *Purcell*, Individual Disputes 10.

8 *Risak*, Die Mediation im Arbeitsrecht, ÖJZ 2012, 389 (395).

Maße ausgeglichen – die Verhandlungen zur Konfliktlösung finden damit zwischen annähernd gleich starken Verhandlungspartner\_innen statt und ihr Ergebnis ist damit – so zumindest die Theorie – für beide Seiten akzeptabel.

In der Vergangenheit spielten diese kollektiven Akteur\_innen eine bedeutende Rolle in den Arbeitsbeziehungen – dies auch deshalb, da die Arbeitenden nicht darauf vertrauten, dass der Staat ihnen gegenüber unvoreingenommen war und sie befürchteten, dass dieser primär die Interessen der dominanten Klasse fördere. Um auch von den Arbeitnehmer\_innen akzeptiert zu werden, öffnete der Staat entweder Räume, in denen Gewerkschaften agieren konnten (britisches voluntaristisches Modell) oder beteiligte sie nicht nur am Normschaffungsprozess sondern auch bei der formellen ebenso wie an der informelle Durchsetzung von Arbeitnehmer\_innenansprüchen (kontinentaleuropäisches korporatistisch ausgerichtetes Modell).

Heutzutage werden diese traditionellen, auf dem Konzept des Ausgleichs von Machtungleichgewichten durch kollektive Interessenvertretungen beruhenden Prozesse bisweilen als zu langsam und zu teuer sowie als intransparent und ineffizient angesehen. Dies hat nicht nur mit der zurückgehende Organisationsdichte und dem abnehmenden Einfluß von Gewerkschaften, sondern auch mit dem grundsätzlichen Misstrauen gegenüber kollektiven Vertretungen und dem grundsätzlichen Trend zur Individualisierung zu tun. Ebenso kritisiert wird, dass die Zufriedenheit der Konfliktparteien, sowohl was das Ergebnis als auch das Verfahren anbelangt, gering sei. „Alternative“ Formen der Konfliktbeilegung, insb Mediation, werden als praktikable Möglichkeiten angesehen, arbeitsrechtliche Konflikte sowohl effizienter als auch mit höherer Parteienzufriedenheit zu lösen. Politisch wird darüber hinaus argumentiert, dass dadurch ein vereinfachter Zugang zum Recht, eine „Ermächtigung“ der Parteien iS eines Kompetenzerwerbes zur selbstbestimmten Streitbeilegung sowie eine kooperative Konfliktlösungskultur gefördert werde.<sup>9</sup>

Diese dergestalt propagierten neuen Wege der Rechtsdurchsetzung verschieben auch den Schwerpunkt von einem kollektiven Zugang zu den Arbeitsbeziehungen hin zu einem, der den/die Arbeitnehmer\_in verstärkt als selbstbestimmte Individuen und weniger als Teil eines Kollektives ansieht. Sie brechen damit grundsätzlich mit jahrzehntelangen Traditionen des Umganges mit dem dem Arbeitsverhältnis immanenten Kräfteungleichgewicht.

## 2. Der weitere Kontext: Die Individualisierung des Arbeitsrechts

Dieser Befund der Verlagerung der Lösung von Problemen des Arbeitslebens von der kollektiven auf die individuelle Ebene ist nicht auf die Durchsetzung von Arbeitneh-

---

<sup>9</sup> N. Alexander, Global Trends in Mediation: Riding the Third Wave, in N. Alexander, Global Trends in Mediation<sup>2</sup> (2006) 9.

mer\_innen-Ansprüchen beschränkt – es besteht ein genereller Trend im Arbeitsrecht weg von kollektiven Lösungen (insb den Branchenkollektivverträgen) hin zur Individualisierung der Ansprüche. Die offizielle sozialpolitische Agenda hat sich in weiten Bereichen weg von der Umverteilung und dem Arbeitnehmer\_innenschutz hin zu einem Diskurs über die Notwendigkeit von Wettbewerb und Flexibilität verlagert.<sup>10</sup> Wenngleich sich die nationale Ausgangsbasis für diese Entwicklung zT grundlegend unterscheidet und sie nicht immer gradlinig vonstatten geht, so scheint sich doch ein Trend abzuzeichnen: Es findet eine Bewegung weg von kollektiven Lösungen, dh jenen, die kollektive Akteur\_innen wie Gewerkschaften und Betriebsräte einbinden, hin zu solchen statt, die die Individualität der einzelnen Arbeitnehmer\_innen betonen und die Lösungen zu den Problemen des Arbeitslebens demnach auch auf der individuellen Ebene suchen.

Aus meiner Sicht umfasst diese als „Individualisierung des Arbeitsrechts“<sup>11</sup> zu umschreibende Entwicklung *auch* die *Durchsetzung von Arbeitnehmer\_innenansprüchen*. Die Hinweise in diese Richtung sind divers und hängen stark vom jeweiligen nationalen System der Arbeitsbeziehungen ab. Wesentlich sind dabei folgende Aspekte, die unter Pkt 4. an Hand der Fallstudien von Neuseeland und Österreich kurz vertieft werden sollen:

- Die Verlagerung weg von Streitbeilegungsmechanismen in einem Kollektivvertrag, die insb autonome, paritätisch besetzte Kollegialorgane zur Entscheidung berufen, hin zum rechtlich geregelten staatlichen Gerichtssystem;
- Im offiziellen Gerichtssystem die Verlagerung von einer Schlichtung und Entscheidung durch ein Kollegium, das Interessenvertreter\_innen beider Seiten des Arbeitsverhältnisses mitumfasst, hin zu neutralen Personen (Richter\_innen und/oder Mediationspersonen);
- Die Verlagerung von kollektiven Mechanismen, die eine gemeinsame Lösungsfindung unter Beteiligung von Gewerkschaften und Betriebsräten ermöglichen, hin zu Vereinbarungen, die von Individuen verhandelt werden.

Der verstärkt propagierte Einsatz von Mediation kann dabei mE geradezu als musterbildliches Symptom dieser Verschiebung von kollektiver Lösungsfindung hin zu individuell ausgehandelten Vereinbarungen angesehen werden. Probleme im Rahmen des Arbeitsverhältnisses werden nicht in erster Linie als dem Wirtschaftssystem, dh dem Kapitalismus in seinen unterschiedlichen Ausformungen, immanent angesehen, weshalb Durchsetzungsmechanismen gewählt werden, die die Vielschichtigkeit des Problems widerspiegeln, nämlich dass dieses neben einem individuellen Aspekt auch einen systemischen aufweist. Deshalb zielen auch traditionelle Konfliktlösungsmechanismen im

---

10 Fudge, Labour as a ‚Fictive Commodity‘, in Davidov/Langille, The Idea of Labour Law (2011) 24.

11 Siehe dazu Risak, Arbeitsrecht, in WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Eigenverantwortung vs Solidarität (2014).

Arbeitsrecht in zwei Richtungen: einerseits wird das konkrete individuelle Problem behandelt, andererseits werden aber auch Interessenvertreter\_innen mit eingebunden, die darüber hinausgehende sozialpolitische Ziele berücksichtigen können.

Die Mediation als auf der Selbstbestimmung des Individuums aufbauendes Konzept der Konfliktbeilegung hingegen verheißt anderes ...

### 3. Was sind die „Verheißungen der Mediation“?

*Bush* und *Folger*<sup>12</sup> entwickeln mehrere plastische Narrative (*stories*) über die Verheißungen der Mediation, die den Blick sehr gut für die einzelnen mit dieser außergerichtlichen Streitbeilegungsmethode verfolgten Ziele<sup>13</sup> schärfen:

- Nach der *Satisfaction Story* ist Mediation ein kraftvolles Werkzeug um menschliche Interessen und Bedürfnisse zu befriedigen und das mit individuellen Konflikten häufig verbundene menschliche Leid zu lindern. Wegen der Flexibilität, der mangelnden Formalitäten und der Freiwilligkeit kann Mediation den Konfliktparteien alle Dimensionen des Problems bewusst machen. Sie kann den Parteien helfen, einen umstrittenen Konflikt als gemeinsam zu lösendes Problem neu zu definieren und zu „besseren“ Lösungen zu führen, dh zu solchen Ergebnissen, die möglichst umfassend die Bedürfnisse und Interessen der Konfliktparteien befriedigen und all ihre Probleme auch außerhalb rechtlicher Kategorien lösen.<sup>14</sup>
- Die *Social Justice Story* betont das Potenzial von Mediationsprozessen Individuen zu organisieren und die Gemeinschaft in vielen Aspekten zu stärken. Der Zugang zum Recht kann dadurch erleichtert werden, dass auch Personen erreicht werden, die dem staatlichen Gerichtssystem nicht vertrauen oder durch dessen Formalismus abgeschreckt werden. Mediation kann insb auch einzelnen Personen, die sich als Kontrahent\_innen wahrnehmen, helfen den größeren Zusammenhang zu verstehen in dem sie einer/einem gemeinsamen Gegner\_in gegenüberstehen.
- Nach der *Transformation Story* liegt das besondere Potenzial der Mediation in ihrer Möglichkeit die Qualität der Konfliktinteraktion zu wandeln und so zu transformieren, dass der Konflikt sowohl die Parteien als auch die Gesellschaft, der sie angehören, stärkt; sie kann einen Lernprozess einleiten, der die Konfliktkultur innerhalb einer Gesellschaft verbessert.
- Die *Efficiency Story* nimmt darauf Bezug, dass Mediationsverfahren eine rasche und kosteneffiziente Weise sind Konflikte beizulegen – gerade Gesetzgeber\_innen und die (Justiz-)Verwaltung betonen häufig diese Aspekte. Außerdem sollen autonom abge-

12 *Bush/Folger*, *The Promise of Mediation* (2005) 9; deutsch: *Konflikt – Mediation und Transformation* (2009).

13 Siehe auch *N. Alexander*, in *N. Alexander*, *Global Trends* 2 9; *Duss-von Werdt*, *Systemische Aspekte*, in *Haft/Schlieffen*, *Handbuch Mediation*<sup>2</sup> (2009) 231.

14 *Menkel-Meadow*, *Dispute Resolution*, in *Canel/Kritzer*, *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (2010) 596.

schlossene Vereinbarungen eher freiwillig eingehalten werden und sich positiv auf die Beziehung zwischen den Parteien auswirken.<sup>15</sup>

Neben diesen „Erfolgsgeschichten“ gibt es aber auch eine kritische Sichtweise (*Oppression Story*)<sup>16</sup>: Auch wenn die Mediationsbewegung in ihren Ursprüngen die besten Absichten verfolgt hat, so entpuppte sie sich in der Folge als gefährliches Instrument um die staatliche Macht über den Einzelnen bzw die Macht der stärkeren gegenüber der schwächeren Konfliktpartei zu mehren. Mediation kann als kostengünstige und zielgerichtete „Beigabe“ zu formalen rechtlichen Verfahren missbraucht werden, die zwar auf den ersten Blick den Zugang zum Recht erleichtert, aber tatsächlich wegen der mangelnden Regelungen in formeller und materieller Hinsicht ebenso wie wegen der fehlenden sozialen Kontrolle bestehende Machtungleichgewichte verstärkt. Sie ermöglicht derart die Druckausübung und Manipulation durch die stärkere Partei. Weil im Rahmen der Mediation nur vertrauliche Einzelfalllösungen gefunden werden, kommt es zur Individualisierung grundsätzlicher gesamtgesellschaftlicher Probleme, die so nicht gelöst, sondern perpetuiert werden.

Welche dieser *stories* trifft nun zu?

#### 4. Zwei Länderstudien

Ich möchte anhand von zwei kurze Länderstudien, Österreich und Neuseeland, zeigen, welche Richtung eine Entwicklung nehmen kann, wenn von Seiten der Politik Mediation individualarbeitsrechtlicher Konflikte gefördert wird. Beide Staaten haben bzw hatten eine lange Tradition starker kollektiven Akteur\_innen im Arbeitsleben, die auch deren Einbindung in die Durchsetzung arbeitsrechtlicher Ansprüche mitumfasste. Trotz ähnlicher Ausgangsbasis unterscheiden sich die beiden Länder nunmehr gewaltig; während Gewerkschaften in Neuseeland auf Basis einer marktliberal ausgerichteten politischen Neuorientierung grundlegend geschwächt wurden, bestehen in Österreich die traditionellen neo-korporatistischen Strukturen weiter und haben wegen ihrer stabilisierenden Rolle in der Krise zT sogar noch an Bedeutung gewonnen. Die beiden hier zu behandelnden Staaten haben demnach sehr unterschiedliche Zugänge zur kollektiven und individuellen Seite der Arbeitsbeziehungen und des Arbeitsrechts. Dieser Kontrast kann für die Beantwortung der Frage nutzbar gemacht werden, wie neue Wege der Rechtsdurchsetzung und konkret die Mediation in unterschiedliche Systeme der Arbeitsbeziehungen passen und welche zukünftige Rolle sie innerhalb dieser spielen können.

---

15 Vgl den sechsten Erwägungsgrund der MediationsRL 2008/52/EG „*kostengünstige und rasche außergerichtliche Streitbeilegung*“ sowie „*Vereinbarungen, die im Mediationsverfahren erzielt wurden, werden eher freiwillig eingehalten und wahren eher eine wohlwollende und zukunftsfähige Beziehung zwischen den Parteien*“.

16 Siehe auch Clark, *Lawyers and Mediation* (2012) 156; Anleu, *Law and Social Change*<sup>2</sup> (2010) 140 mwN; für das österreichische Arbeitsrecht Schindler, *Mediation in der komplexen Struktur des Arbeitslebens – ein neuer Zugang zum Recht für Arbeitnehmerinnen?*, in FS Cerny (2001) 635 (638).

#### 4.1. Neuseeland<sup>17</sup>

Neuseeland nahm schon in der Vergangenheit eine Vorreiterrolle beim Gebrauch außergerichtlicher Konfliktbeilegungsmechanismen im Arbeitsleben ein; bereits 1894 kam es zum Einsatz von Schlichtung und Schiedsgerichtsbarkeit im Rahmen von Kollektivvertragsverhandlungen. Eigene Regelungen für die Lösung individueller Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis wurden hingegen erst verhältnismäßig spät, nämlich mit dem *Industrial Relations Act 1973* eingeführt. Interessant ist dabei, dass diese Rechtsbehelfe bei ihrer Einführung nur Gewerkschaftsmitgliedern offen standen, die durch einen Kollektivvertrag erfasst waren. Dieser Zugang unterscheidet sich grundlegend von der kontinentaleuropäischen Tradition, wo das Arbeitsrecht (auch) auf in ihrem Ursprung zum Beginn des 19. Jahrhunderts zurückreichenden universell anwendbaren Gesetzen beruht und die Durchsetzung vor staatlichen Gerichten erfolgt.<sup>18</sup> Die erste staatliche Einrichtung zur außergerichtlichen Beilegung individualarbeitsrechtlicher Streitigkeiten, das *New Zealand Department of Labour Mediation Service* wurde in den frühen 1970er Jahren eingerichtet. Mediator\_innen spielten in diesem System eine herausragende Rolle bei der Durchsetzung individualarbeitsrechtlicher Ansprüche, da diese als Vorsitzende tri-paritätisch besetzter Kollegialorgane (*grievance committees*) fungierten. Diese Ausschüsse waren der Rahmen in dem ein Vergleich zur Beilegung der Streitigkeit ausverhandelt werden sollte; mangels gütlicher Beilegung konnte der/die Mediator\_in aber auch eine verbindliche verfahrensbeendende Entscheidung treffen. Diese tri-paritätisch besetzten Ausschüsse bestanden bis zum In-Kraft-Treten des *Employment Contracts Act 1991*, der im Sinne der nunmehr marktliberal ausgerichteten Sozialpolitik das Kollektivvertragssystem deregulierte und Gewerkschaften in den Hintergrund drängte. Der *Employment Contracts Act* förderte im Wesentlichen Institutionen und Verfahren, die seiner Grundausrichtung entsprachen: Da das Arbeitsverhältnis als ein zwischen Individuen begründetes Vertragsverhältnis gesehen wird, sollen auch im Rahmen dessen auftretende Konflikte auf individueller Ebene gelöst werden. Die Hauptanlaufstelle für die Durchsetzung von Arbeitnehmer\_innenansprüchen war daher das neu geschaffene *Employment Tribunal*, das sowohl die Aufgabe der Schlichtung als auch der Entscheidung hatte. Seine Mitglieder übten ihre Funktion aber nicht mehr in tri-paritätisch besetzten Ausschüssen aus, sondern waren unabhängige, alleine agierende staatliche Funktionär\_innen. Damit wurde nicht nur die Grundlage des Arbeitsverhältnisses von der kollektiven auf eine individuelle Ebene verlagert, sondern auch bei der die Rechtsdurchsetzung die Mitwirkung der Sozialpartner\_innen beseitigt.

---

<sup>17</sup> McAndrew, The employment institutions, in Rasmussen, *Employment Relationships – Workers, Unions and Employers in New Zealand* <sup>2</sup> (2010) 74; zum Kontext Geare/Edgar, *Employment Relations – New Zealand and Abroad* (2007) 247; Rasmussen, *Employment Relations* (2009) 383.

<sup>18</sup> Ramm, in Hepple, *The Making of Labour Law in Europe* 270.

Mit dem *Employment Relations Act 2000* (ERA 2000) wurde das *Employment Tribunal* dann wieder beseitigt und das *Mediation Service of the Department of Labour* (wieder-)eingeführt. Obwohl für die Regelung der Arbeits- und Entgeltbedingungen kollektiven Verhandlungen – wenngleich mit bescheidenem Erfolg – wieder der Vorzug eingeräumt wurde, blieb die Ebene zur Lösung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten weiterhin die individuelle und es kam auch zu keiner Einbindung der Sozialpartner\_innen mehr. Das deklarierte Hauptziel des ERA 2000 war auf das individuelle Arbeitsverhältnis bezogen: Durch die Förderung des beiderseitigen Vertrauens (*good faith*) in allen Aspekten des Arbeitslebens sollen produktive Arbeitsverhältnisse unterstützt werden. Dieses Ziel soll unter anderen auch dadurch erreicht werden, dass Mediation als primärer Problemlösungsmechanismus gefördert und damit die Notwendigkeit gerichtlicher Entscheidungen reduziert wird.<sup>19</sup> Arbeitsrechtliche Konflikte wurden damit als individuelle Probleme gesehen, die auch individuell gelöst werden müssen – mit dieser Logik gibt es keine Rechtfertigung mehr für die Einbindung kollektiver Interessenvertretungen in das Rechtsdurchsetzungsverfahren.

#### 4.2. Österreich

Das österreichische System der Arbeitsbeziehungen unterscheidet sich grundlegend vom derzeitigen neuseeländischen Modell, der Trend zur Individualisierung der Rechtsdurchsetzungsmechanismen ist deshalb weniger augenscheinlich. Die Arbeitsbeziehungen in Österreich sind durch eine besonders intensive Ausprägung des Neo-Korporatismus, der zumeist als Sozialpartner\_innenschaft bezeichnet wird, bekannt.<sup>20</sup> Dieses System gründet auf einer engen, ursprünglich freiwilligen, nunmehr aber zT auch institutionalisierten Zusammenarbeit des Staates mit den Interessenvertretungen der Arbeitgeber\_innen und der Arbeitnehmer\_innen (insb den im Österreichischen Gewerkschaftsbund organisierten Gewerkschaften, den Kammern für Arbeiter\_innen und Angestellte sowie den Wirtschaftskammern).

Das österreichische System formeller Rechtsdurchsetzung war lange auf die *Arbeitsgerichtsbarkeit* konzentriert. Auf allen drei Ebenen (Arbeits- und Sozialgericht bzw Landesgerichte als Arbeits- und Sozialgerichte, Oberlandesgerichte als Berufungsinstanz, Oberster Gerichtshof) werden die Streitigkeiten vor Senaten verhandelt und entschieden, denen neben Berufsrichter\_innen auch fachkundige Laienrichter\_innen angehören, die von den gesetzlichen Interessenvertretungen der Arbeitnehmer\_innen und Arbeitgeber\_innen nominiert werden. Der Zugang zum Recht wird durch ein bewusst einfach gehaltenes Verfahren und durch den mangelnden Vertretungszwang in erster Instanz

---

<sup>19</sup> ERA 2000, s 3 (a) (v) and (vi).

<sup>20</sup> Siehe dazu bspw *Tálos*, Sozialpartnerschaft (2008); *Hermann/Flecker*, Das „Modell Österreich“ im Wandel, in *Hermann/Atzmüller*, Die Dynamik des „österreichischen Modells“ (2009) 17.

gefördert. Die Vertretung der Arbeitnehmer\_innen und die Tragung der Kosten wird zumeist durch die Gewerkschaft oder die Kammern für Arbeiter\_innen und Angestellte<sup>21</sup> bewerkstelligt.

Eine andere, wissenschaftlich weit weniger aufgearbeitete Form des Umgangs mit Konflikten am Arbeitsplatz ist die *Einbindung von Arbeitnehmer\_innen-Interessenvertretungen* (Betriebsräte, Gewerkschaften, Kammer für Arbeiter\_innen und Angestellte) *bei der informellen Streitbeilegung*: Im Falle einer individualarbeitsrechtlichen Streitigkeit wendet sich der/die betroffene Arbeitnehmer\_in idR entweder an den Betriebsrat, die Gewerkschaft oder die Kammer für Arbeiter\_innen und Angestellte um Informationen, Beratung oder auch rechtliche Unterstützung zu erhalten. In den meisten Fällen intervenieren diese bei den Arbeitgeber\_innen um den Konflikt außergerichtlich zu lösen, was idR auch zum Erfolg führt.<sup>22</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das österreichische System der Durchsetzung individueller Arbeitnehmer\_innenansprüche sowohl was den formellen als auch den informellen Weg betrifft eine *starke Präsenz der Arbeitnehmer\_inneninteressenvertretungen* aufweist und sich in das Grundkonzept der Sozialpartner\_innenschaft gut einfügt. Aber es scheint Risse zu bekommen. Jüngere Entwicklungen bewegen sich nämlich in eine andere Richtung, die sehr gut in den oben beschriebenen internationalen Trend zu passen scheint – es ist bei den Gesetzesänderungen der vergangenen Jahre ebenfalls eine *Tendenz zur Individualisierung von Konflikten* und zur *Einbindung neutraler bzw. allparteilicher Dritter* zu beobachten: 2003 wurde ein erster Grundstein mit dem Zivilrechtsmediationsgesetz (ZivMediatG, BGBl I 2003/29) gelegt, das die gesetzlichen Rahmenbedingungen für den Einsatz von Mediation festlegt und nach § 1 Abs 2 auch auf individuelle Arbeitsrechtsstreitigkeiten Anwendung findet. Dazu kommt das EU-Mediationsgesetz (BGBl I 2011/21), das die Mediationsrichtlinie 2008/52/EC umsetzt. Auch wenn diese Gesetze bis dato noch kaum zu einem flächendeckenden Einsatz von Mediation im Bereich des Arbeitsrechts geführt haben, können sie mE doch als Hinweis für eine Änderung des Zugangs zur Konfliktdefinition und der Konfliktlösung gesehen werden.

In einigen Teilbereichen des Individualarbeitsrechts kam es darüber hinaus im letzten Jahrzehnt zu gesetzgeberischen Aktivitäten, die die Wichtigkeit außergerichtlicher Konfliktlösung betonen, indem sie die Arbeitsvertragsparteien dazu verpflichten derartige, die Sozialpartner\_innen typischerweise nicht mit einbindende Bereinigungsversuche zu unternehmen bevor es zur Einleitung einer Klage kommt.

- Seit 2005 müssen sich diskriminiert erachtende *Arbeitnehmer\_innen mit Behinderungen* vor Klageeinbringung ein Schlichtungsverfahren vor dem Bundessozialamt ein-

21 Siehe dazu insb §§ 4,7 Arbeiterkammergesetz.

22 Adam, Austria: Individual disputes at the workplace – alternative disputes resolution. Country Report für EIRO (2010), <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tn0910039s/at0910039q.htm> (13.1.2013).

leiten (§ 7k BEinstG iVm §§ 14 ff BGStG).<sup>23</sup> Die Schlichtung wird durch besonders ausgebildete Arbeitnehmer\_innen des Bundessozialamts (Schlichtungsreferent\_innen) durchgeführt, alternativ besteht die Möglichkeit sich privater Mediator\_innen zu bedienen, die aus öffentlichen Mitteln bezahlt werden – eine Möglichkeit, die in der Praxis jedoch kaum genützt wird.<sup>24</sup>

- Ein anderes, 2008 eingeführtes Verfahren, das explizit auf Mediation Bezug nimmt, betrifft die *außerordentliche Beendigung von Lehrverhältnissen* nach § 15a BAG. Der/die Arbeitgeber\_in hat davor ein von ihm/ihr zu bezahlendes Mediationsverfahren einzuleiten; nur im Falle von dessen Scheitern und wenn zumindest eine Sitzung stattgefunden hat, kann das Lehrverhältnis beendet werden.<sup>25</sup>
- Bisweilen enthalten neue gesetzliche Bestimmungen sowohl individuelle als auch kollektive Elemente: Arbeitnehmer\_innen, die mindestens drei Jahre in einem Betrieb mit mehr als 20 Beschäftigten gearbeitet haben, besitzen seit 2004 einen Anspruch auf *Elternteilzeit* bis zum siebenten Lebensjahr ihres Kindes bzw einem danach liegenden Schuleintrittszeitpunkt (§§ 15h ff MSchG, §§ 8 ff VKG). Das Gesetz sieht einen mehrstufigen Durchsetzungsprozess vor: Der/die Arbeitnehmer\_in hat einen konkreten Vorschlag zu einer Teilzeitvereinbarung zu machen – der/die Arbeitgeber\_in kann diese annehmen oder einen Gegenvorschlag machen. An letzteren schließen Verhandlungen an, zuerst individuell, dann unter Einschaltung des Betriebsrats (wenn denn ein solcher besteht) und (wenn dies die Vertragsparteien wünschen) auch unter Einbindung der überbetrieblichen Interessenvertretungen. Letzte Verhandlungsstufe ist ein prätorischer Vergleichsversuch vor dem Arbeits- und Sozialgericht; wenn auch dieser scheitert, dann entscheidet das Gericht, das dabei aber wenig Spielraum hat und nur dem Vorschlag entweder des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin oder des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin stattgeben darf.<sup>26</sup> Ein ähnliches, in Details jedoch abweichendes Verfahren besteht seit 2002 für die Freistellung im Zusammenhang mit der *Sterbebegleitung* (Familienhospizkarenz) bzw der *Begleitung von schwersterkranken Kindern* (§§ 14a und 14b AVRAG).<sup>27</sup>

## 5. Ergebnis

Wenngleich in ihrer Intensität unterschiedlich ausgeprägt, lassen sich zwei wesentliche Grundströmungen hinsichtlich der Durchsetzung von Arbeitnehmer\_innenansprüchen

---

23 Sollte dieses zu keinem Ergebnis führen, so kann binnen einer Frist von drei Monaten (im Fall diskriminierender Beendigung: einem Monat) Klage beim Arbeits- und Sozialgericht eingebracht werden.

24 Dazu *Risak*, ÖJZ 2012, 392.

25 Dazu *Mayr*, Die Zwangsmediation im Berufsausbildungsrecht, FS Binder (2010) 295; *Risak*, ÖJZ 2012, 393.

26 Dazu *Risak*, Die Interessenabwägung bei der Elternteilzeit mit Rechtsanspruch, FS Binder (2010) 412.

27 Siehe dazu *Binder*, AVRAG<sup>2</sup> (2010) § 14a Rz 1ff.

feststellen, die unter anderem auch zum stärkeren Einsatz bzw der politischen Förderung der Mediation in diesem Bereich führen:

- Arbeitgeber\_innen und Arbeitnehmer\_innen sollen ihre individuellen Streitigkeiten möglichst *außergerichtlich* beilegen, und
- die *Rolle der Sozialpartner\_innen* bei der Konfliktbeilegung entweder durch ihre Beteiligung an gemeinsamen tri-paritätisch besetzten Kollegialorgane bzw ihre Intervention auf informeller Ebene wird *zu Gunsten des verstärkten Einsatzes neutraler Personen* beim Aushandeln derartiger außergerichtlicher Einigungen *zurückgedrängt*.

Dieser Trend mag auch dem Rückgang an gewerkschaftlicher Organisationsdichte und dem Bemühen der Legislative diese Lücke zu schließen, geschuldet sein. Er ist aber wohl auch das Ergebnis einer politischen Entscheidung, Arbeitnehmer\_innen verstärkt individuell ausgerichtete Möglichkeiten der Konfliktbeilegung (insb in Form von Mediation) zu bieten als jene traditionellen, die stark auf die kollektive Vertretung ihrer Interessen aufbauen.

Die Änderungen werden oft damit gerechtfertigt, dass Mediation das Potenzial in sich birgt, die Effizienz der Rechtsdurchsetzung und die Parteienzufriedenheit zu erhöhen sowie einen besseren Zugang zum Recht zu ermöglichen. Konflikte können damit außerdem in produktive Lernprozesse transformiert werden und die Konfliktkultur damit nachhaltig verändert werden (siehe Pkt 3.). Mediation wird so im Gegensatz zu oft als überholt angesehenen Streitlösungsmethoden, die auf kollektive Mechanismen aufbauen, als der „bessere“ Weg des Umganges mit Konflikten am Arbeitsplatz gepriesen. Aber es ist aus meiner Sicht noch nicht bewiesen, dass Mediation und andere individuelle Mechanismen der Konfliktbeilegung tatsächlich sowohl die individuellen als auch die strukturellen Machtungleichgewichte im Arbeitsverhältnis ausreichend ausgleichen können – das Potenzial zur Festigung und gar zur Verstärkung dieser ungleichen Kräfteverhältnisse ist in dieser Konfliktbeilegungsmethode zumindest ebenso angelegt (siehe Pkt 3.). Dies führt aus meiner Sicht zu einer differenzierten Einschätzung des Potenzials des Einsatzes von Mediation zur Lösung individualarbeitsrechtlicher Konflikte – eine grundlegende Diskussion der einzelnen Pro- und Contra-Argumente in Politik, Wissenschaft und Praxis anstatt einer unreflektierten Weitererzählung der „Erfolgsgeschichten“ wäre deshalb dringend angebracht.<sup>28</sup>

Dr. Martin Risak ist ao Universitätsprofessor am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien; martin.risak@univie.ac.at.

28 Eine rühmliche Ausnahme stellt *Schindler*, in FS Cerny 635 dar.

# Der (gesellschaftliche) Wert von Bildungsarbeit

Eine Diskussion anhand der prekären Beschäftigungsverhältnisse von Erwachsenenbildner\_innen

Birgit Krupka

---

## 1. Einleitung

Bildung wird immer mehr als Wettbewerbsvorteil zwischen den Ländern und zwischen den Arbeitnehmer\_innen gesehen. Aber auch die Bildung selbst unterliegt immer mehr einem Wettbewerbsdruck, was sich insbesondere auch in der Erwachsenenbildung zeigt. Hier werden bereits viele Bildungsangebote auf Projektbasis oder in Form eines Auftrages von den Bildungseinrichtungen erfüllt. Ökonomische Kriterien spielen bei der Vergabe von Projekten und Aufträgen eine immer stärkere Rolle. Durch eine Auslagerung von fix angestellten Mitarbeiter\_innen, die meist kollektivvertraglichen Vorgaben unterliegen (Stichwort BABE<sup>1</sup>, dazu später mehr), hin zu mehr freien Dienstnehmer\_innen oder Werkvertragsnehmer\_innen kann die Wettbewerbsfähigkeit einer Bildungseinrichtung im Hinblick auf neoliberale Maßstäbe erhalten werden. Die Erwachsenenbildung entwickelt sich auf Grund der wachsenden strukturellen Veränderungen von einem stabilen, inhalts- und zielgruppenorientierten Angebot hin zu einer flexiblen wettbewerbs- und outputorientierten Serviceleistung.

*Hinweis:* Im Rahmen dieses Beitrages wird vor allem der Begriff der „Erwachsenenbildung“ verwendet; aber auch der Begriff der „Weiterbildung“ ist verbreitet, wenn es darum geht, das Berufsfeld der Erwachsenenbildner\_innen zu thematisieren. Die Begrifflichkeiten sind in der Praxis nicht klar definiert, weshalb hier das Vertiefen von vorhandenem Wissen und Erfahrungen in einem institutionellen Rahmen genauso gemeint ist, wie das Erlernen von neuem Wissen auf Grund von beruflichen Umschulungen und das Nachholen von Bildungsabschlüssen. Auch Bildungsangebote für die persönliche Weiterentwicklung wie der Erwerb von Sprachen sollen darunter verstanden werden.

Die Berufsbezeichnungen von Beschäftigten in der Erwachsenenbildung (hier kurz: Erwachsenenbildner\_innen) werden ebenfalls nicht einheitlich verwendet, dazu aber später mehr. Ist im vorliegenden Beitrag von Erwachsenenbildner\_innen die Rede, handelt es sich, wenn nicht anders beschrieben, um jenen überwiegenden Teil von Erwachsenen-

---

1 Dabei handelte es sich um den Kollektivvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der privaten Bildungseinrichtungen, abgeschlossen zwischen der Berufsvereinigung der ArbeitgeberInnen privater Bildungseinrichtungen (BABE) und dem Österreichischen Gewerkschaftsbund (Gruppen: gpa und vida).

bildner\_innen in atypischen Beschäftigungsverhältnissen. Ihre Aufgaben reichen von der Begleitung von Erwachsenen in beruflichen Umschulungsangeboten bis hin zur Unterstützung von Erwachsenen in Alphabetisierungskursen oder DAF/DAZ (Deutsch als Fremdsprache/Deutsch als Zweitsprache) Kursen. Ein Großteil dieser Erwachsenenbildner\_innen ist auf Basis eines Honorarvertrages angestellt und somit an ein prekäres atypisches Beschäftigungsverhältnis gebunden.

## 2. Die Ist-Situation

Erste Studien über die berufliche Situation von Erwachsenenbildner\_innen wurden bereits 1978/1979 in Berlin durchgeführt. Die Ergebnisse von *Dieckmann*<sup>2</sup> entsprechen überwiegend auch den heutigen Ergebnissen aus Österreich<sup>3</sup>, was etwa die prekäre Anstellung bei gleichzeitig hoher Qualifikation der Arbeitnehmer\_innen betrifft. Die Problemstellungen und Herausforderungen in der Beschäftigung von Erwachsenenbildner\_innen sind somit nicht neu, sondern über viele Jahre im deutschsprachigen Raum gewachsen.

### 2.1. Das Beschäftigungsverhältnis und dessen Aufgabenstellungen

Während die Anstellungsverhältnisse im regulären Bildungsbereich klar definiert und klassifiziert sind (Bundeslehrer\_in in höheren Schulen, Landeslehrer\_in in Pflichtschulen usw), sind die Formen der Anstellungen für Erwachsenenbildner\_innen ebenso wenig einheitlich und klar geregelt wie es einheitliche Berufsbezeichnungen gibt. Beispiele für weit verbreitete aber uneinheitlich genutzte Bezeichnungen sind etwa Erwachsenenbildner\_in, Erwachsenenpädagoge\_in, Weiterbildner\_in, Hauptberufliche\_r Pädagogische\_r Mitarbeiter\_in (HPM), Bildungsmanager\_in, Erwachsenenbildungsreferent\_in, Dozent\_in, Lehrende, Kursleiter\_in, Trainer\_in, Teamer\_in, (Lern-)Berater\_in, Moderator\_in, (Lern-)Begleiter\_in oder Coach.<sup>4</sup>

Auf Grund ungenügender Rechtsgrundlagen (dazu später mehr) und eines fehlenden klar abgegrenzten Tätigkeitsfeldes sind eindeutige Bezeichnungen und Definitionen bisher schwer möglich. Die Tätigkeitsfelder, die der Erwachsenenbildung zuzurechnen sind und die insb von den prekär beschäftigten Erwachsenenbildner\_innen durchgeführt werden, sind weit reichend. Von der Lehre über das Management bis hin zu Beratungen (zB Lerncoaching), Planung, Öffentlichkeitsarbeit und (Kurs-)Verwaltung<sup>5</sup> sind die Aufgaben von Erwachsenenbildner\_innen gestreut. Auch innerhalb der ursprünglichen

---

2 *Kraft*, Aufgaben und Tätigkeiten von Weiterbildner/inne/n – Herausforderungen und Perspektiven einer weiteren Professionalisierung in der Weiterbildung (2006) 12, online unter [www.die-bonn.de/espid/dokumente/doc-2006/kraft06\\_02.pdf](http://www.die-bonn.de/espid/dokumente/doc-2006/kraft06_02.pdf) (14.10.2013)

3 *GPA-djp*, Honorare und Arbeitsbedingungen in der Erwachsenenbildung 2012 (2012).

4 *Kraft*, Aufgaben 26.

5 *Kraft*, Aufgaben 18; *Sprung*, Zwischen Diskriminierung und Anerkennung. Weiterbildung in der Migrationsgesellschaft. Interkulturelle Bildungsforschung (2011) 268.

Kernaufgabe, der Lehre, geht es heute nicht mehr nur darum, einen bestimmten Gegenstand zu unterrichten, sondern in verschiedenen Kursangeboten einzuspringen, flexibel zu sein, sozialarbeiterische Aufgaben zu übernehmen, Berater\_in und Mediator\_in für eine schwierige Lerngruppe zu sein oder auch sprachlich qualifiziert zu sein, um etwa der wachsenden Mehrsprachigkeit in den Kursen gerecht zu werden.<sup>6</sup>

Viele Erwachsenenbildungseinrichtungen können oder wollen Erwachsenenbildner\_innen nicht dauerhaft anstellen, da auch sie meist von Projektauftraggeber\_innen und deren Entscheidungen und Vergaben abhängig sind. Prekarität<sup>7</sup> ist somit auf vielen Ebenen der Erwachsenenbildungslandschaft zu finden. Gemäß *Madner/Pixner*<sup>8</sup> schwanken Erwachsenenbildner\_innen dabei zwischen Recht und Sicherheit auf der einen Seite und andererseits der Möglichkeit, einer sinnstiftenden und abwechslungsreichen Tätigkeit nachzugehen. Was sagt dieser Zustand unseres Erwachsenenbildungssystems über ihre gesellschaftliche Akzeptanz und Wertschätzung aus?

Warum arbeiten viele hoch qualifizierte Erwachsenenbildner\_innen in prekären Beschäftigungsverhältnissen? In einer deutschen Studie<sup>9</sup> fanden sich dazu unterschiedliche Motive zwischen den Geschlechtern. Frauen (78%) gaben dabei häufiger als Männer (56%) an, dass die Arbeit als Erwachsenenbildner\_in ihrem Berufswunsch entspricht oder zur Lebensplanung passt. Viele Frauen sahen die Arbeit als Erwachsenenbildner\_in auch als Etablierungsmöglichkeit am Arbeitsmarkt und als persönliche Herausforderung. Diesen Ergebnissen steht gegenüber, dass männliche Erwachsenenbildner zufriedener sind in Bezug auf Chancengleichheit und Rahmenbedingungen (familienfreundliche Arbeitszeiten, Flexibilität, etc).

Diese Studie hat auch gezeigt, dass es „den oder die ‚typische‘ Lehrende(n) in der Erwachsenenbildung“ nicht gibt; das kommt in den unterschiedlichen Parametern ihrer Berufstätigkeit (unterschiedliche Rahmenbedingungen, Anforderungen, Dauer, Zielgruppe, Finanzierungsformen etc) zum Ausdruck.<sup>10</sup> Auch die Abbildung 1 zeigt, wie breit gestreut alleine der Tätigkeitsbereich der Lehre sein kann. Berufliche (Umschulungen etc) und allgemeine Weiterbildung (Nachholen von Schulabschlüssen etc) sind dabei am häufigsten zu finden.<sup>11</sup>

---

6 *Dobischat/Fischell/Rosendahl*, Beschäftigung in der Weiterbildung. Prekäre Beschäftigung als Ergebnis einer Polarisierung in der Weiterbildungsbranche (2009) 15, [www.netzwerk-weiterbildung.info/upload/m4b7fcf38b5810\\_verweis1.pdf](http://www.netzwerk-weiterbildung.info/upload/m4b7fcf38b5810_verweis1.pdf) (14.10.2013)

7 Prekariat versteht sich in diesem Kontext als durch die Erwerbstätigkeit begründete Unsicherheit, den Lebensstandard und den sozialen Status trotz Erwerbstätigkeit aufrecht zu erhalten oder zu erhöhen; prekäre Beschäftigung geht einher mit geringer und meist auch kurzer Arbeitsplatzsicherheit, fehlendem arbeits- und sozialrechtlichen Schutz sowie niedrigem Einkommen.

8 *Madner/Pixner*, Gar nicht typisch: Atypische Beschäftigte verkörpern den Umbruch der Arbeitswelt, *Format-online* (26.7.2009), [www.format.at/articles/0930/524/247158/gar-atypisch-beschaeftigte-umbruch-arbeitswelt](http://www.format.at/articles/0930/524/247158/gar-atypisch-beschaeftigte-umbruch-arbeitswelt) (14.10.2013).

9 *Wirtschafts- und Sozialforschung (WSF)*, Erhebung zur beruflichen und sozialen Lage von Lehrenden in Weiterbildungseinrichtungen. Schlussbericht. (2005) 11ff, online unter [http://www.bmbf.de/pubRD/berufliche\\_und\\_soziale\\_lage\\_von\\_lehrenden\\_in\\_weiterbildungseinrichtungen.pdf](http://www.bmbf.de/pubRD/berufliche_und_soziale_lage_von_lehrenden_in_weiterbildungseinrichtungen.pdf) (14.10.2013).

10 WSF, Erhebung 13.

11 WSF, Erhebung 38.

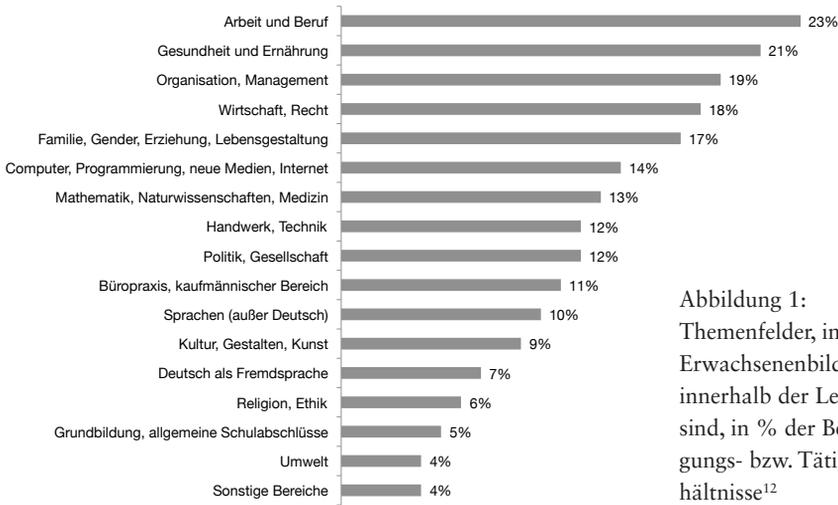


Abbildung 1:  
Themenfelder, in denen die  
Erwachsenenbildner\_innen  
innerhalb der Lehre tätig  
sind, in % der Beschäfti-  
gungs- bzw. Tätigkeitsver-  
hältnisse<sup>12</sup>

Viele Erwachsenenbildner\_innen sehen die Lehre als Kern ihrer Tätigkeit, aber organisatorische, verwaltende und sozialpädagogische Aufgaben nehmen in der allgemeinen und beruflichen Erwachsenenbildung immer mehr zu<sup>13</sup>.

Neben den verschiedenen rechtlichen Anstellungsformen können auch die unterschiedlichen Motivationstypen unter den Erwachsenenbildner\_innen unterschieden werden. Der Soziologe A. *Riesenfelder* (L&R Sozialforschung) teilt laut *Madner/Pixner*<sup>14</sup> atypisch Beschäftigte in verschiedene Typen ein, vom Typ der „Selbstverwirklicher\_innen“, die das Beschäftigungsverhältnis positiv einstufen, da sie sich frei vom Normalarbeitsverhältnis fühlen, bis zum Typ der „Gefährdeten“, der als armutsgefährdet gilt, weil das prekäre Beschäftigungsverhältnis als Haupteinkommen im Haushalt dienen muss, es keine regelmäßigen Arbeitszeiten gibt und somit etwa auch private Pflegeaufgaben zugekauft werden müssen. Der Typ der „Übergangsorientierten“ sieht die Beschäftigung als Zwischenlösung, wie etwa Student\_innen, Kurzarbeitslose oder Karenzierte.

## 2.2. Rechtliches

Ein Großteil der Erwachsenenbildner\_innen ist in Österreich atypisch in dem Sinne beschäftigt, dass sie in keinem Arbeitsverhältnis stehen, sondern Selbstständige sind.<sup>15</sup> Für sie gilt somit kein Acht-Stunden-Tag, keine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, sie haben kei-

12 In Anlehnung an die Grafik aus WSF, Erhebung 59.

13 *Fischell/Rosendahl*, Das Spannungsverhältnis zwischen Beschäftigungslage und Professionalisierung in der Weiterbildung, in *Ulmer/Weiß/Zöllner* (Hrsg), Berufliches Bildungspersonal: Stellenwert, Entwicklungstendenzen und Perspektiven für die Forschung (2012) 59 (62ff), online unter [www.kibb.de/cps/rde/xbcr/SID-6405696F-0652C863/kibb/a12\\_voevz\\_agbfn\\_11\\_fischell\\_rosendahl.pdf](http://www.kibb.de/cps/rde/xbcr/SID-6405696F-0652C863/kibb/a12_voevz_agbfn_11_fischell_rosendahl.pdf) (14.10.2013).

14 *Madner/Pixner*, Format-online, 26.7.2009.

15 *GPA-djp*, Honorare 9.

nen Anspruch auf bezahlten Urlaub, auf Mindestlohn und kaum Kündigungsschutz. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass sie zumeist auf Grund von freien Dienstverträgen oder anderen gesetzlich kaum geregelten Dauerschuldverhältnissen beschäftigt werden. Erwachsenenbildner\_innen weisen nämlich häufig eine geringe oder gar keine persönliche Abhängigkeit auf; sind nicht in die Organisation des Betriebes eingegliedert, können ihre Arbeitszeiteinteilung und das Arbeitszeitausmaß wesentlich mitbestimmen und eigene Arbeitsmittel verwenden. Sie übernehmen keine Erfolgsgarantie und werden normalerweise nach geleisteten Stunden bezahlt.<sup>16</sup>

Besonders bedeutsam ist der Umstand, dass es derzeit keine Regelungen bezüglich der Bezahlung von freien Dienstnehmer\_innen/Selbstständigen in der Erwachsenenbildung gibt. Mangels Arbeitnehmer\_inneneigenschaft kommen nämlich auf sie keine Kollektivverträge, die einen gesetzlichen Mindestlohn oder zumindest Kündigungsfristen vorsehen würden, zur Anwendung.<sup>17</sup> Viele Erwachsenenbildner\_innen haben oft auch nach Jahrzehnten der Lehrtätigkeit keine fixe Anstellung und sind befristet auf das jeweilige Bildungsangebot beschäftigt. Der Bildungsmarkt wird dabei von neoliberalen Mechanismen bestimmt<sup>18</sup>, ein billiges Bildungsangebot zählt, weniger die langjährige Erfahrung und die Qualität von Bildungsanbieter\_innen. Dazu kommt, dass Bildungsangebote oftmals projektfinanziert sind, welche dann bisweilen von den Bildungsanbieter\_innen sogar vorfinanziert werden müssen. Bei der Ausschreibung einer neuen Projektfinanzierung muss sich die Bildungseinrichtung bewähren. Leistungsdruck und Kostendruck erlauben wenig Nachhaltigkeit und Qualität von Wissen, Material, Erfahrung, Routine oder gute Zusammenarbeit. Darüber hinaus stehen Bildungsangebote für die Interessierten bereits lange im Vorhinein fest und werden lange Zeit im Voraus beworben, während die Erwachsenenbildner\_innen ebenfalls lange im Voraus ihre Arbeitszeit einzuteilen haben, aber erst kurz vor dem Kurs erfahren, ob dieser zustande kommt und somit die Beschäftigung gesichert ist. Der überwiegende Teil des Risikos liegt somit meist bei den Erwachsenenbildner\_innen.<sup>19</sup>

Faktisch wirkt sich diese mangelnde Einbindung und der ungesicherte Vertragsstatus dahingehend aus, dass es für selbstständige Erwachsenenbildner\_innen schwer ist, sich gewerkschaftlich zu organisieren und kollektiv für die eigenen Interessen aufzutreten, um Missstände und Ungleichbehandlungen zu bekämpfen (dazu später mehr).

### 2.3. Ausbildungsanforderungen

Dem Lebenslangen Lernen wird heute ein hoher Wert beigemessen, um gesellschaftliche und ökonomische Veränderungen und Herausforderungen bewältigen zu können. Auch im

---

16 *Arbeiterkammer*, Freier Dienstvertrag (2013), [www.arbeiterkammer.at/beratung/steuerundeinkommen/freiedienstnehmerinnen/arbeitsrecht/freiedienstnehmerinnen/Freier\\_Dienstvertrag.html](http://www.arbeiterkammer.at/beratung/steuerundeinkommen/freiedienstnehmerinnen/arbeitsrecht/freiedienstnehmerinnen/Freier_Dienstvertrag.html) (14.10.2013).

17 *Arbeiterkammer*, Freier Dienstvertrag.

18 *Odenwald/Rödde*, Schwarzbuch. Beschäftigung in der Weiterbildung. Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (2010) 32, online unter [www.gew.de/Binaries/Binary65354/](http://www.gew.de/Binaries/Binary65354/) (14.10.2013).

19 *Odenwald/Rödde*, Schwarzbuch 20.

EU Memorandum des Europäischen Rates aus dem Jahr 2000<sup>20</sup> wird immer wieder vom „Zeitalter des Wissens“ gesprochen, und das Lebenslange Lernen der Gesellschaft und der Wirtschaft wird als zentrales Ziel in der EU gesehen. Diese positive Zuschreibung spiegelt sich allerdings kaum in den Beschäftigungsverhältnissen der Erwachsenenbildner\_innen wider. Dies ist umso unverständlicher, als auf Grund der immer stärker wissensbasierten Arbeitsbereiche Erwachsenenbildner\_innen angehalten sind, stets professionell und auf dem aktuellen Wissensstand zu sein.

Erst Schritt für Schritt findet in Österreich und in der Schweiz (weniger noch in Deutschland) eine präzise Definition der Qualität und der Anforderungen an die Qualifikationen und Kompetenzen der Erwachsenenbildner\_innen statt.<sup>21</sup> Hinzu kommt, dass viele Erwachsenenbildner\_innen eine schulpädagogische Ausbildung, aber keine in der Erwachsenenbildung (Andragogik) vorweisen können und somit die Erwachsenenbildung oft auch nur als Zwischenlösung zur Anstellung in einer Regelschule oder als Tätigkeit neben der regulären Anstellung der Schule sehen. Eine Verwässerung der Disziplin und Profession der Andragogik findet statt. Beschäftigte in der Erwachsenenbildung stellen demnach keine einheitliche Berufsgruppe dar, es fehlen weiter einheitliche Kompetenzprofile.

Auch *Dobischat*<sup>22</sup> schreibt: „Trotz hoher formaler Qualifikation<sup>23</sup> wird mit Blick auf die alltäglichen Arbeitsanforderungen mit ihrem beschleunigten Wechsel eine zunehmende Passungengenauigkeit konstatiert [...]“. Für viele Erwachsenenbildner\_innen ist die eigene Weiterbildung kaum möglich, da keine finanzielle Unterstützung, keine bezahlte Freistellung oder erhöhte berufliche Chancen vorhanden sind. Dazu kommt eine fehlende finanzielle Unterstützung von Seiten der Vertragspartner\_innen (Bildungseinrichtungen etc) für die beruflichen Anpassungsqualifizierungen. Es herrscht daher hohe Frustration über die sich ständig verändernden Aufgabenprofile. Durch die ständige Dynamik und die vielseitigen Veränderungen in der Erwachsenenbildung gibt es auch keine klare Profession und kein einheitliches Berufsethos<sup>24</sup>.

Rückgänge von (öffentlichen) Finanzierungen in der Erwachsenenbildung, besonders in der grundlegenden Weiterbildung<sup>25</sup> sind zu verzeichnen<sup>26</sup>. Es handelt sich dabei um einen Teilbereich der Erwachsenenbildung, in dem Erfolge und Output kaum messbar und unmittelbar verwertbar sind und trotzdem ein enormer Aufwand für wenige Lernende notwendig

---

20 *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen: Memorandum über Lebenslanges Lernen, 30.10.2000, SEK(2000) 1832, online unter [www.bologna-berlin2003.de/pdf/MemorandumDe.pdf](http://www.bologna-berlin2003.de/pdf/MemorandumDe.pdf) (14.10.2013).

21 *Kraft*, Aufgaben 30ff.

22 *Dobischat/Fischell/Rosendahl*, Beschäftigung 16.

23 Anm: 80% der Erwachsenenbildner\_innen haben einen akademischen Bildungsabschluss. 40% davon haben ein pädagogisches Studium absolviert. (*Fischell/Rosendahl* in *Ulmer/Weiß/Zöllner* 66; *WSF*, Erhebung 48.)

24 *Fischell/Rosendahl* in *Ulmer/Weiß/Zöllner* 66.

25 Als grundlegende Weiterbildungen werden hier sozialpolitische Bildungsmaßnahmen wie Basisbildung (Lesen, Schreiben etc) und das Nachholen von Bildungsabschlüssen verstanden

26 *Dobischat/Rosendahl/Fischell*, Die Weiterbildungsbranche – ein Beispiel für die Etablierung prekärer Beschäftigungsformen?, *Denk-doch-mal.de* 2011/3 (Train the Trainer), 1, online unter [www.denk-doch-mal.de/sites/denk-doch-mal.de/files/Dobischatua.pdf](http://www.denk-doch-mal.de/sites/denk-doch-mal.de/files/Dobischatua.pdf) (14.10.2013)

ist. Die private Finanzierung von Bildung verlagert nun stetig die Bereiche und Tätigkeitsanforderungen für Erwachsenenbildner\_innen.

### 3. Die wirtschaftliche Lage

Generell basieren immer mehr Beschäftigungsverhältnisse – wenn es sich überhaupt noch um Arbeitsverträge handelt – auf unregelter Arbeitszeit, Teilzeitstundenausmaß, befristeter Beschäftigung und wechselnden Anstellungsverhältnissen. Besonders häufig finden sich derartige atypische Beschäftigungen auch unter den Erwachsenenbildner\_innen, die häufig mit Teilzeitarbeit, geringfügiger Beschäftigung, befristeten Arbeitsverhältnissen und überhaupt nur mehr mit freien Dienstverträgen mit kaum rechtlichem Schutz konfrontiert sind.<sup>27</sup> Aus diesem Grund wird das atypische Arbeitsverhältnis für viele als Notlösung betrachtet, als Übergangslösung bis zur nächsten fixen Anstellung oder als Zuverdienstmöglichkeit neben der regulären Anstellung. Überwiegend ist festzustellen, dass vor allem Frauen einer prekären Teilzeitbeschäftigung in der Erwachsenenbildung nachgehen, die als deren Haupteinkommensquelle herhalten muss.<sup>28</sup> Es zeigt sich, dass Männer die stundenweise Tätigkeit in der Erwachsenenbildung häufiger als Zuverdienst sehen und dass die stundenweise Tätigkeit der Frau in der Erwachsenenbildung als Zweiteinkommen in einer Partnerschaft angesehen wird.

#### 3.1. Zahlen und Fakten

In einer deutschen Studie zur Beschäftigung von Erwachsenenbildner\_innen<sup>29</sup> zeigte sich, dass vor allem männliche, nebenberufliche Erwachsenenbildner einem Hauptberuf nachgehen (69%), während bei den nebenberuflich lehrenden Frauen nur 48% einen Hauptberuf haben. Nebenberuflich lehrende Frauen mit Hauptberuf haben fast zur Hälfte eine Teilzeitstelle (49%), Männer sind dagegen überwiegend Vollzeit beschäftigt (81%). Auch für den Haushalt sind vor allem die weiblichen Erwachsenenbildner\_innen (24% der Frauen; 1% der Männer) zuständig. Weiter wurde in dieser Studie deutlich, dass mit steigendem Alter immer weniger Frauen in der Erwachsenenbildung als Beschäftigte zu finden sind. So sind 17% der nebenberuflich lehrenden Männer bereits in Pension, bei den Frauen dagegen nur 7%. Auch *Odenwald/Rödde* kommen zu dem Ergebnis, dass deutliche Unterschiede zwischen Männern und Frauen in prekären Beschäftigungsverhältnissen in der Erwachsenenbildung in Deutschland bestehen, und zwar sind unter den hauptberuflich tätigen Honorarkräften 78 % Frauen und 22 % Männer<sup>30</sup> (ähnliche Zahlen liegen für Österreich lt Angaben der KEBÖ – Konferenz der Erwachsenenbildung Österreich – vor).

---

27 *Kirisits*, Atypische Beschäftigung. Auf der Suche nach den Grenzen zwischen Missbrauch und gewünschter sowie sozialpolitisch vertretbarer Flexibilität (2003) 39, online unter [http://wug.akwien.at/WUG\\_Archiv/2003\\_29\\_1/2003\\_29\\_1\\_0039.pdf](http://wug.akwien.at/WUG_Archiv/2003_29_1/2003_29_1_0039.pdf) (14.10.2013)

28 *Kirisits*, Atypische Beschäftigung 40 ff.

29 *WSF*, Erhebung 63.

30 *Odenwald/Rödde*, Schwarzbuch 36.

62% der Erwachsenenbildner\_innen in Deutschland waren nebenberuflich tätig. Welchen Tätigkeiten gingen diese in ihrem Hauptberuf nach? In der Studie der *Wirtschafts- und Sozialforschung (WSF)* aus dem Jahr 2005 waren 58% der nebenberuflichen Erwachsenenbildner\_innen außerhalb der Erwachsenenbildung erwerbstätig, 6% befanden sich in Ausbildung, 12% waren bereits in Pension und 14% waren Hausfrauen/Hausmänner.<sup>31</sup>

### 3.2. Unterschiedliche Beschäftigungstypen in der Erwachsenenbildung

Diejenigen Erwachsenenbildner\_innen, für die die Tätigkeit in der Erwachsenenbildung als einzige Einnahmequelle dient, versuchen daher, mehrere Beschäftigungsverhältnisse bei unterschiedlichen Bildungsanbieter\_innen zu unterhalten, um ihr finanzielles Risiko zu streuen und das geringe Einkommen zu erhöhen.<sup>32</sup> Der Koordinationsaufwand liegt dabei in der Verantwortung der Arbeitnehmer\_innen. Mehrfachabhängigkeiten entstehen und manches Mal kommt es auch vor, dass entgegengesetzte Aufgaben (beispielsweise das Üben von Bewerbungsgesprächen mit einer Gruppe von Arbeitslosen und das Trainieren von Kündigungsgesprächen mit einer anderen Gruppe) in den einzelnen Beschäftigungsverhältnissen zu bewerkstelligen sind.<sup>33</sup>

*Fischell/Rosendahl*<sup>34</sup> unterscheiden verschiedene Beschäftigungstypen in der Erwachsenenbildung:

- *Selbstständige in der öffentlich finanzierten Erwachsenenbildung*: Dieser Typus definiert sich durch eine meist prekäre Beschäftigung, er kennt flexible Arbeitseinsätze, verdient im Schnitt ca 800 bis 1.100 Euro netto pro Monat, seine sozialen Absicherungen muss er selbst bewerkstelligen, Materialien besorgt er oft auch selbst. Viele Stunden werden in der Lehre absolviert, um bei Krankheitsfall oder Ferienzeit den Verdienstausschlag mit einem vorab aufgebauten Polster abdecken zu können. Durch Unsicherheiten gelingt schwer eine klare Lebensplanung und oftmals driften erworbene Qualifikationen und tatsächliche Arbeit auseinander. *Fischell/Rosendahl*<sup>35</sup> nennen diese Entwicklung „De-professionalisierung“.
- *Selbstständige in der privat finanzierten Erwachsenenbildung*: Diese Personen verdienen im Schnitt ca 3.300 netto pro Monat, ein Gefühl der Autonomie herrscht vor, die Arbeitsfelder werden als stabiler wahrgenommen, die Finanzkraft der Kund\_innen und der Bildungsträger\_innen spiegelt sich in den Beschäftigungen der Erwachsenenbildner\_innen wider und eine klare Kerntätigkeit als Coach oder Berater\_in, Lehrende oder Vermittler\_in ist vorhanden.

31 WSF, Erhebung, 58.

32 *Fischell/Rosendahl* in *Ulmer/Weiß/Zöller* 62.

33 *Dobischat/Fischell/Rosendahl*, Beschäftigung 14.

34 *Fischell/Rosendahl* in *Ulmer/Weiß/Zöller* 65ff.

35 *Fischell/Rosendahl* in *Ulmer/Weiß/Zöller* 69; *Dobischat/Fischell/Rosendahl*, Beschäftigung 15, 21ff; *Dobischat/Rosendahl/Fischell*, Weiterbildungsbranche 6.

- *Festangestellte in der Erwachsenenbildung*: Sie sind vertraglich abgesicherter (oftmals gilt für sie der Kollektivvertrag für Arbeitnehmer\_innen der privaten Bildungseinrichtungen, kurz BABE), bewerkstelligen mehr administrative Aufgaben und haben nach eigener Einschätzung nur noch wenig Kontakt zu den Lernenden. Weniger die Lehre als vielmehr administrative und verwaltende Aufgaben werden von dieser Gruppe erfüllt.

Dass prekär Beschäftigte besonders im Bereich der öffentlich finanzierten Erwachsenenbildungseinrichtungen die Anstellung als „benachteiligt“ empfinden, während die Selbstständigen in der privat finanzierten (betrieblichen) Weiterbildung mit deutlich besserer Einkommens- und Beschäftigungssituation tätig sind, zeigt, dass „Polarisierungs- und Segmentations Tendenzen“ in der Erwachsenenbildung stattfinden. Sichtbar wird dieser Wandel auch durch ein verstärktes Auftreten von privaten Bildungseinrichtungen, finanziert und beauftragt durch die öffentliche Hand<sup>36</sup>.

Die durchschnittlichen Honorare von Erwachsenenbildner\_innen in Deutschland (ähnliche Daten liegen auch für Österreich lt GPA-djp<sup>37</sup> vor) schwanken zwischen den einzelnen Bildungsbereichen.<sup>38</sup> Während in der beruflichen Bildung, bei Bewerbungstrainings, Integrationskursen und DAF/DAZ-Kursen<sup>39</sup> die Honorare zwischen den Jahren 2009 und 2010 ca 17 Euro pro Unterrichtseinheit (UE) betragen, verdienen Erwachsenenbildner\_innen bei Fremdsprachen, EDV-Kursen und anderen – insb VHS-Kursen – ca 30 Euro/UE. Deutlich besser verdienen Erwachsenenbildner\_innen im Hochschulunterricht (ca 34,54 Euro/UE) und in der betrieblichen beruflichen Weiterbildung (45,07 Euro/UE). Diese Zahlen zeigen, dass es je nach Bildungsbereich Gewinner\_innen und Verlierer\_innen unter den atypisch beschäftigten Erwachsenenbildner\_innen geben kann.

„Unter dem Gesichtspunkt der sozialen Absicherung und der finanziellen Lage sind vor allem die hauptberuflichen Honorarkräfte hervorzuheben, die sich tatsächlich zu einem großen Teil – fast drei Viertel – in einer prekären Lage befinden. Dennoch ist die Motivation und das Engagement der Lehrenden – nach deren Angaben zu schließen – sehr hoch, nicht zuletzt weil man überwiegend pädagogisch tätig sein möchte.“<sup>40</sup>

#### 4. Der Alltag

Um sich die Herausforderungen und die Besonderheiten in der Tätigkeit von Erwachsenenbildner\_innen besser vorstellen zu können, soll hier ein kurzer Einblick in den Alltag gegeben werden.

36 *Dobischat/Rosendahl/Fischell*, Weiterbildungsbranche 7 ff.

37 *GPA-djp*, Honorare und Arbeitsbedingungen in der Erwachsenenbildung 2012 (2012) 12 ff.

38 *Schulz-Oberschelp*, Honorare in der Weiterbildung (2010) 3, online unter [www.netzwerk-weiterbildung.info/upload/m4c501e5e64cb9\\_verweis1.pdf](http://www.netzwerk-weiterbildung.info/upload/m4c501e5e64cb9_verweis1.pdf) (14.10.2013).

39 Deutsch als Fremdsprache bzw Deutsch als Zweitsprache.

40 *WSF*, Erhebung 13.

#### 4.1. Die vertraglichen Rahmenbedingungen

So kann es etwa vorkommen, dass ein Kurs nach seinem Ende nicht mehr wiederholt wird und kein neuer Kurs mehr beginnt, da es die Lage am Arbeitsmarkt nicht mehr erfordert, die finanziellen Mittel fehlen, es nicht genug angemeldete Teilnehmer\_innen gibt oder einfach nur, weil die räumlichen Kapazitäten des Bildungsträgers erschöpft sind. All dies sind Einflussfaktoren, auf die Erwachsenenbildner\_innen keinen Einfluss nehmen können. Die Erwachsenenbildner\_innen haben beispielsweise einen vierteljährigen oder halbjährigen Honorarvertrag, für die Dauer des Kurses. Das Honorar bezieht sich auf die geleisteten Unterrichtseinheiten im Kurs, nicht jedoch auf Vor- und Nachbereitungen. Diese fallen meist in die Freizeit der Erwachsenenbildner\_innen.

#### 4.2. Das Kursgeschehen

Doch auch im eigentlichen Kursgeschehen stehen oft Hürden im Weg. In manchen Fällen ist etwa nicht genügend Unterrichtsmaterial vorhanden und muss von den Erwachsenenbildner\_innen selbst zur Verfügung gestellt und aufbereitet werden. Abends werden daher oft die Unterlagen für den nächsten Tag vorbereitet, beispielsweise aktuelle Zeitungsartikel gesucht und am nächsten Tag wird früh in die Erwachsenenbildungseinrichtung gefahren, um noch schnell alles zu kopieren. Viele Erwachsenenbildner\_innen müssen sich mit wechselnden Kursangeboten auch immer wieder neu einarbeiten und neues Material beschaffen. Ein fixer Ort zum Arbeiten, ein eigener Zugang zum PC oder ein eigener Tisch sind in den wenigsten Fällen vorgesehen.

Auch die Pausen zwischen den Unterrichtseinheiten dienen oft nicht zur Erholung, da Erwachsenenbildner\_innen in dieser Zeit meist durcharbeiten, Fragen beantworten, sozialpädagogische Aufgaben zu lösen haben, Unterlagen kopieren oder organisatorische Notwendigkeiten wie Anwesenheitslisten, Krankmeldungen, Kursdokumentation etc erledigen.<sup>41</sup>

Die Wochenstunden, in denen Erwachsenenbildner\_innen einen Kurs leiten, schwanken meist zwischen drei und 35 Stunden reiner Kurszeit (dh ohne Vor- und Nachbereitung). Arbeitslosigkeit von heute auf morgen oder das Verlieren von vielen Kursstunden ist von einer Kursperiode zur nächsten möglich und meist nicht absehbar, da eben Kurse plötzlich zustande kommen können oder ausfallen.

Hinzu kommt, dass der häufige Wechsel der Arbeitsorte enorme Mobilitätszeiten mit sich bringt und vielseitige Anforderungen von Aufgaben zu bewältigen sind.<sup>42</sup>

Einer abwechslungsreichen und spannenden Tätigkeit stehen meist geringes Einkommen, notwendige zeitliche und inhaltliche Flexibilität, Unsicherheit und Existenzängste in der Beschäftigung in der Erwachsenenbildung gegenüber.

---

41 Odenwald/Rödde, Schwarzbuch 15.

42 Dobischat/Fischell/Rosendahl, Beschäftigung 11.

## 5. Ausblick und Möglichkeiten in der Zukunft

### 5.1. Der Zusammenhang zu gesamtgesellschaftlichen Veränderungen

Eine schleichende Privatisierung findet auch im (Erwachsenen-)Bildungsbereich statt. Produktivität, messbarer Output und Effizienz sind neue Schlagwörter nicht nur im Bildungssektor. Finanzielle Absicherung von beruflichen und allgemeinen Erwachsenenbildungsangeboten sinken, die Anforderungen des Arbeitsmarktes verändern sich rapide. Auch im Hinblick auf den Arbeitsmarkt geht es dabei oftmals nur noch darum, schnelle, kurzfristig reintegrative Bildungsmaßnahmen anzubieten, die wiederum für die Erwachsenenbildner\_innen ein sich ständig änderndes Tätigkeitsfeld darstellen, das insb wiederholt kurzfristig neu zu entwickelnde Materialien erforderlich macht. In dieser Form werden auch Wissen und Ressourcen wenig nachhaltig genutzt.

Auch der demographische Wandel stellt die Erwachsenenbildung vor Herausforderungen: Der Anteil an Migrant\_innen am Arbeitsmarkt verändert sich, der Anteil älterer Arbeitnehmer\_innen steigt und auch die verstärkte Erwerbstätigkeit der Frauen ist eine gesellschaftliche Veränderung, auf die mit passenden Angeboten in der Erwachsenenbildung reagiert werden muss. Die Qualifikationen und Anforderungen der Erwachsenenbildner\_innen müssen sich demnach neu ausrichten.

Auch die Digitalisierung zeigt sich in der Bildung. Die Lehre muss dementsprechend angepasst werden, Erwachsenenbildner\_innen müssen auf dem Laufenden sein, um digitale Medien in die Lehre einzubinden bzw neue Formen eines Lernsettings wie etwa Lernplattformen, Online-Kurse etc mit zu tragen.

Ein gesellschaftlicher Trend hin zu mehr atypischer Beschäftigung zeigt am Beispiel der Erwachsenenbildung damit einhergehende sinkende Solidarität innerhalb einer Berufsgruppe, abnehmende soziale Stabilität und einen schwindenden Schutz, der von Seiten der Gesamtgesellschaft mitgetragen wird. Erwachsenenbildner\_innen in prekären Beschäftigungsverhältnissen haben sich bspw selbst sozial abzusichern, tragen Selbstverantwortung dafür und müssen ihre Sicherheiten selbst managen. Die Individualisierung der Gesellschaft schreitet auch in diesem Sektor voran. Ein beidseitiger stabiler Vertrag zwischen Arbeitgeber\_innen und Arbeitnehmer\_innen existiert häufig nicht (mehr), finanzielles Risiko und Abhängigkeit verschieben sich einseitig zu Lasten der Beschäftigten. Hinzu kommt ein Trend, bei dem auch der Anteil hoch qualifizierter Beschäftigter im Niedriglohnsektor steigt und Bildung keinen Garant für Chancen und Möglichkeiten darstellt. Doch wie kann dieser Veränderung in der hier betrachteten Branche entgegengewirkt werden?

### 5.2. Gewerkschaftliche Organisationsmöglichkeiten

Die immer häufigere atypische Beschäftigung bei den Erwachsenenbildner\_innen erzeugt einen hohen Druck auf die Arbeitssuchenden und zwingt sie, Arbeit zu „fast jedem Preis und

zu jeder Bedingung“ anzunehmen.<sup>43</sup> Lohndumping zwischen den atypisch beschäftigten Erwachsenenbildner\_innen entsteht<sup>44</sup>, sie werden damit als Lehrkräfte zweiter Klasse gegenüber den in regulären schulischen Bildungseinrichtungen Lehrenden. Innerhalb einer Bildungseinrichtung entsteht eine Zweiklassen-Belegschaft, eine Stamm- und eine Randbelegschaft, in der Erwachsenenbildner\_innen auf Honorarbasis keine betriebliche Einbindung erfahren<sup>45</sup> und nicht als Schlüsselkräfte im Unternehmen wahrgenommen werden. Darüber hinaus werden sie als Arbeitnehmer\_innen an den Rand der Erwerbsgesellschaft gedrängt. Da es sich bei den prekär beschäftigten Erwachsenenbildner\_innen um eine sehr inhomogene Gruppe mit inhomogenen Interessen handelt ist die gewerkschaftliche Organisations- und Vertretungsarbeit dementsprechend schwierig. Das Tätigkeitsfeld ist von vielen Einzelkämpfer\_innen geprägt<sup>46</sup>, wie kann da mit einer Stimme gesprochen werden, um gehört zu werden und arbeitsrechtliche Verbesserungen zu erwirken? Vor allem wenn man bedenkt, dass einerseits viele Erwachsenenbildner\_innen die Freiheit der atypischen Beschäftigung bevorzugen und andererseits viele Erwachsenenbildner\_innen unter dieser instabilen prekären Anstellung leiden.

Es stellt sich auch die Frage, welche Organisationsformen es für diese Berufsgruppe braucht. Darüber hinaus kommt erschwerend hinzu, dass in der Erwachsenenbildung nicht nur atypisch Beschäftigte eine inhomogene Gruppe darstellen, auch die Arbeitgeber\_innen bestehen aus einer Vielzahl an Bildungsanbieter\_innen mit unterschiedlichen Rechtsformen, Finanzierungen und Zielsetzungen, von privaten und betriebsinternen über öffentliche bis hin zu kirchlichen oder parteipolitischen Anbieter\_innen<sup>47</sup> gibt es auch hier eine inhomogene Verhandler\_innengruppe.

Auch geplante Kollektivverträge für Erwachsenenbildner\_innen werden nicht von allen Seiten begrüßt, auch nicht von allen betroffenen Arbeitnehmer\_innen, da etwa der Verband für Berufs- und Bildungsberater für erfolgreiche und finanziell besser gestellte Erwachsenenbildner\_innen eine Schlechterstellung befürchtet, niedrigere Löhne und mangelnde Wahlfreiheit. Die Heterogenität der Gruppe der Erwachsenenbildner\_innen und die damit verbundenen unterschiedlichen Interessen stellen somit auch bei der Einführung von Kollektivverträgen, bei der Definition eines klaren Berufsbildes und bei gesetzlichen Regelungen ein Problem dar.

Es ist aber auch die Aufgabe der Arbeitnehmer\_innenvertretungen, die atypisch beschäftigten Erwachsenenbildner\_innen stärker als bisher als Zielgruppe zu sehen und für klare Anstellungsverhältnisse und Kontinuität im beruflichen Alltag einzutreten. Denn Sicherheit und Stabilität und damit einhergehende Erfahrungen und notwendige Routine fördern die Qualität der Erwachsenenbildung.<sup>48</sup>

---

43 *Odenwald/Rödde*, Schwarzbuch 18.

44 *Madner/Pixner*, Format-online, 26.7.2009.

45 *Madner/Pixner*, Format-online, 26.7.2009.

46 *Odenwald/Rödde*, Schwarzbuch 30.

47 *Kraft*, Aufgaben 10.

48 *Kiritsits*, Atypische Beschäftigung 39.

In Betrieben ist bei der Findung von allgemeinen Regelungen darauf zu achten, dass sich Stamm- und Randbelegschaft als gemeinsames Kollegium verstehen, kollektiv ihre gemeinsamen Interessen vertreten und gleiche Zugänge zu Ressourcen (Materialien, Bedarf an angebotenen Unterrichtseinheiten etc) für beide Gruppen ermöglicht werden.<sup>49</sup>

Besonders auf Ebene der Erwachsenenbildner\_innen muss ein Bewusstsein für Zusammengehörigkeit und Zusammenhalt entstehen, das die gemeinsame Vertretung der eigenen Interessen bündelt und erst ermöglicht.

### 5.3. Notwendige strukturelle Veränderungen in der Zukunft

Eine gesamte Aufwertung der Bildungsarbeit ab der Kleinkindbetreuung bis zur Erwachsenenbildung ist mE notwendig. Dies insb auch unter dem Aspekt, dass der Anteil an weiblichen (Erwachsenen-)Bildner\_innen hoch ist und die Erwachsenenbildung eine Schlechterstellung eines von Frauen dominierten Tätigkeitsfeldes darstellt. Gerade auch der Start ins Arbeitsleben soll jungen Pädagog\_innen und Andragog\_innen eine faire Beschäftigung ermöglichen, anstatt von Anfang an mit der Ausbeutung junger qualifizierter Beschäftigter konfrontiert zu werden.

Eine mögliche Strategie ist ein kollektivvertraglich ausgehandelter Mindestlohn als Schutzzone in der gesamten Branche, der die Umsetzung des Prinzips von Equal-Pay bzw gute Bildung durch gute Arbeit ermöglicht.<sup>50</sup> Dem ist in Österreich durch den derzeit bestehenden Mindestlohntarif für private Bildungseinrichtungen<sup>51</sup> Rechnung getragen, womit sich diese Frage im Gegensatz zu Deutschland in einer geringeren Schärfe stellt, wenngleich natürlich die Entgelthöhe diskutabel ist. Hierbei sollte nach *Odenwald/Rödde*<sup>52</sup> gerade die staatlich finanzierte Erwachsenenbildung zu einer Vorbildfunktion verpflichtet werden. Zu betonen ist dabei, dass die Entgelthöhe nicht der einzige problematische Aspekt der Beschäftigung in diesem Arbeitsmarktsegment ist, gerade die Beschäftigungssicherheit spielt eine wesentliche Rolle und kann durch kollektive Verhandlungen gestärkt werden.

Ausschreibungen und Auftragsvergaben der öffentlichen Hand könnten die Bezahlung eines Mindestlohns oder fixe Anstellungsverhältnisse für einen Teil der Erwachsenenbildner\_innen als Bedingungen für den Zuschlag vorsehen. Mindeststandards und sichere Beschäftigungsverhältnisse könnten so fixe Bestandteile eines Bildungsauftrages sein.

Auch ein Trend hin zu einheitlichen, anerkannten Qualifizierungen in der Erwachsenenbildung (wie etwa die österreichische Weiterbildungsakademie, kurz wba) kann die Etablierung von Kollektivverträgen, klaren Gehaltsvorstellungen und arbeitsrechtlichen Grundlagen fördern.<sup>53</sup> Aufgrund mangelnder geregelter Berufsausbildung und fehlender standardi-

---

49 *Kirisits*, Atypische Beschäftigung 39.

50 *Dobischat/Rosendahl/Fischell*, Weiterbildungsbranche 8.

51 Mindestlohntarif für in privaten Bildungseinrichtungen beschäftigte Arbeitnehmer/innen, M 17/2012/XXIII/97/1.

52 *Odenwald/Rödde*, Schwarzbuch 34.

53 *Kirisits*, Atypische Beschäftigung 55 ff.

sierter, vergleichbarer, systematischer und wechselseitiger Anerkennungen zertifiziert die wba als bisher erste Einrichtung in Österreich die verschiedensten Beschäftigungen in der Erwachsenenbildung und schafft somit einen ersten gemeinsamen Qualifizierungsrahmen.<sup>54</sup> Bisheriges Problem ist aber noch immer, dass auch dieser Rahmen nicht für alle Erwachsenenbildungsmaßnahmen Gültigkeit besitzt. Ein Ausbau des bisherigen Qualifikationsrahmens und auch die Anerkennung von informellen und nonformalen Kompetenzen sind trägerübergreifend als zukünftige Maßnahme dringend notwendig. Die Qualifikationen sind dann als Grundlage für die Einstufung der Gehälter gemäß dem BABE-Kollektivvertrag zu verstehen, welche neu zu verhandeln und festzulegen sind. Eine Sicherstellung der Qualität gepaart mit kollektivvertraglich festgelegten Mindeststandards für alle Erwachsenenbildner\_innen kann so gelingen.

## 6. Schlussworte

Die Erwachsenenbildung unterliegt wie viele andere Bereiche der öffentlich geförderten Wirtschaft dem bei der öffentlichen Mittelvergabe gepriesenen Wettbewerbsdruck. Durch die Vergabe von geförderten Bildungsmaßnahmen nach vorwiegend ökonomischen Kriterien entgleitet die Erwachsenenbildung bisherigen, jahrzehntelang gewachsenen Strukturen, die über die notwendigen Erfahrungen und Qualitäten verfügen, hin zu outputorientierten, gewinnorientierten Anbieter\_innen. Während in regulären Lehranstalten des Bundes und der Länder Machtstrukturen und Privilegien in Stein gemeißelt scheinen, wird die Erwachsenenbildung zum Spielball der Marktkräfte. Der Staat lagert seine Zuständigkeit und Verantwortung über die Erwachsenenbildung aus und überlässt diese den Mächten des Marktes. Um diesem Druck standhalten zu können, werden arbeitsrechtliche Errungenschaften umgangen und Wettbewerbsfähigkeit auf Kosten von immer mehr prekär Beschäftigten in Kauf genommen.

Verlässliche Strukturen statt kurzfristiger Projekte und Aufträge, geregelte Arbeitsbedingungen statt atypisch beschäftigte Erwachsenenbildner\_innen als selbstverständlichen Teil betrieblicher Arbeit und Kultur zu verstehen, soll sowohl den Beschäftigten als auch den Kursteilnehmer\_innen als langfristige und nachhaltige Basis für hoch qualitative Bildungsettings dienen. Nachhaltigkeit (auch von vorhandenem und erarbeitetem Wissen) soll in der Erwachsenenbildung gesichert werden. Lebenslanges Lernen und Qualifikation sollen in Zukunft nicht nur Kursteilnehmer\_innen bessere Chancen und Möglichkeiten am Arbeitsmarkt ermöglichen, sondern sollen Leitideen der gesamten Bildungsbranche und all ihrer Beteiligten sein.

MMag.a Birgit Krupka MA ist Sozialwirtin und Erwachsenenbildnerin; birgit.krupka@gmx.at

---

<sup>54</sup> Kraft, Aufgaben 30 ff.

# Der Arbeitskampf der Initiative Abfallberatung

Verena Sommer<sup>1</sup>

---

Nachdem die Abfallberater\_innen bei der Magistratsabteilung 48 (MA 48) der Stadt Wien jahrelang mit befristeten Werkverträgen beschäftigt waren, forderten sie Verbesserungen ihrer Arbeitsbedingungen und rechtskonforme Dienstverträge. Sie schlossen sich zur „Initiative Abfallberatung“ zusammen. Gemeinsam stellten sie sich den Mühen des Arbeitskampfes gegen die Stadt Wien. Ein Mitglied der *Initiative Abfallberatung* berichtet.

## 1. Die Wiener Abfallberatung

Anfangs erschien vielen die Arbeit als Abfallberater\_in als Traumberuf: eine abwechslungsreiche und anspruchsvolle Arbeit im Umweltbereich.

Über Inserate wurden Akademiker\_innen oder Maturant\_innen am besten aus den Studienrichtungen Abfallwirtschaft, Ökologie oder Pädagogik gesucht. Sie sollten Fremdsprachenkenntnisse mitbringen, großes Interesse an Umweltschutz und am besten auch Erfahrung mit Kindern haben. Nach einem erfolgreichen Bewerbungsgespräch mussten die zukünftigen Abfallberater\_innen einen Ausbildungskurs besuchen und eine Prüfung ablegen. „Ein mehrtägiger Ausbildungskurs mit darauf folgender Prüfung ist [...] für alle AbfallberaterInnen verpflichtend. In diesem Kurs werden die gesetzlichen Grundlagen und Vorgaben, die Spezifika der Wiener Abfallwirtschaft und die Hintergründe einer modernen Abfallvermeidung geschult. Danach folgt die praktische Ausbildung (100 Stunden) nach dem Motto „Learning by doing“, indem die neuen AbfallberaterInnen von erfahrenen KollegInnen in die verschiedenen Aufgabenfelder eingewiesen werden.“<sup>2</sup>

Zwar gab es ab und zu weniger herausfordernde manuelle Tätigkeiten, überwogen haben aber Tätigkeiten wie Abfallberatung für Kinder in Schulen, Führungen verschiedener Gruppen aus dem In- und Ausland durch eine der Wiener Müllverbrennungsanla-

---

1 Es handelt sich um ein Pseudonym, der Name des Autors/der Autorin ist der Redaktion bekannt.

2 *Magistratsabteilung 48-Abfallwirtschaft Straßenreinigung und Fuhrpark* (Hrsg), Wiener Abfallvermeidungsprogramm und Wiener Abfallwirtschaftsplan (Planungsperiode 2013-2018) im Rahmen der Strategischen Umweltprüfung 2011/2012 (2012) 30; [www.wien.gv.at/umwelt/ma48/service/pdf/awp-avp-2013-2018.pdf](http://www.wien.gv.at/umwelt/ma48/service/pdf/awp-avp-2013-2018.pdf) (31.1.2014); siehe allgemein auch: [www.wien.gv.at/umwelt/ma48/beratung/umweltschutz/sup2012-oeffentliche-einsicht.html](http://www.wien.gv.at/umwelt/ma48/beratung/umweltschutz/sup2012-oeffentliche-einsicht.html) (31.1.2014)

gen, die neben Deutsch auch in den Sprachen Englisch, Französisch oder Ungarisch angeboten wurden, Vorträge an Universitäten, die Konzeption des Schulwettbewerbs „Mistmeister“ oder die Bürger\_innenberatung am „Misttelefon“.

Noch im Oktober 2012 lobte die MA 48 die Abfallberater\_innen und ihre „beispielhaften“ Leistungen im *Wiener Abfallvermeidungsprogramm* und *Wiener Abfallwirtschaftsplan* (pikanterweise für die Planungsperiode 2013 bis 2018): „Die AbfallberaterInnen der MA 48 nehmen die Beratung der Bevölkerung nach außen hin wahr. Zur Erfüllung der Aufgaben im Bereich der Abfallberatung ist je 150.000 EinwohnerInnen ein(e) AbfallberaterIn erforderlich.“<sup>3</sup> Genannt werden unter anderem 30.000 Beratungsstunden, 70.000 – 75.000 zufriedene Anrufer\_innen am Misttelefon, 30.000 Bürger\_innenkontakte an 150 Veranstaltungstagen und auch die regelmäßigen Rundfahrten zu den klassischen Anlagen der MA 48: den Abfallbehandlungsanlagen im Rinterzelt, den Mistplätzen, der Deponie Rautenweg und dem Kompostwerk Lobau.<sup>4</sup>

Die Geschichte der Abfallberatung ist eng mit der Stärkung des Umweltbewusstseins, aber auch mit der Zunahme der Müllmengen verbunden. Als Mitte der 1980er Jahre die flächendeckende Mülltrennung eingeführt wurde, um ein Anwachsen der Mülldeponien zu verringern sowie wiederverwertbare Stoffe zu recyceln und so Ressourcen zu sparen, war rasch klar, dass die technischen Möglichkeiten des Recyclings nur mithilfe der Bevölkerung umsetzbar waren. Die Abfallberatung entstand: Abfallberater\_innen sollten richtige Mülltrennung und Abfallvermeidung vermitteln.

Auch über Änderungen der gesetzlichen Vorgaben und neueste technische Möglichkeiten in der Verwertung sollte informiert werden.<sup>5</sup> Rund 20 Jahre später bestand die Wiener Abfallberatung aus einem engagierten, multiprofessionellen Team. Techniker\_innen, Biolog\_innen, Pädagog\_innen, Psycholog\_innen waren ebenso unter ihnen zu finden wie die eine oder der andere Künstler\_in. „Durch ein einschlägiges Studium bringen die meisten von ihnen bereits Fachwissen in der Abfallwirtschaft und im Bereich des Umweltschutzes sowie Erfahrungen im pädagogischen Umgang von [sic] Kindern und Jugendlichen mit. [...] Seminare, Kurse zum Thema Umgang mit herausfordernden Situationen, Fachexkursionen und interne wie externe Vorträge (beispielsweise zu Gesetzesnovellen) runden die Ausbildung ab und sind auch für ‚altgediente AbfallberaterInnen‘ zur laufenden Weiterbildung verpflichtend vorgesehen.“<sup>6</sup>

Einige der Abfallberater\_innen arbeiteten fast fünfzehn Jahre, andere knappe zwei Jahre mit Gewerbeschein auf Werkvertragsbasis bei der Wiener MA 48. Die Werkverträge waren jeweils auf ein Kalenderjahr befristet. Jedesmal zu Jahresbeginn wurden neue befristete Verträge aufgesetzt.

---

3 MA 48, Wiener Abfallvermeidungsprogramm und Wiener Abfallwirtschaftsplan, 30.

4 MA 48, Wiener Abfallvermeidungsprogramm und Wiener Abfallwirtschaftsplan, 30.

5 Vgl Abfallberatung der MA 48, [www.wien.gv.at/umwelt/ma48/beratung/abfallberatung.html](http://www.wien.gv.at/umwelt/ma48/beratung/abfallberatung.html) (31.1.2014)

6 MA 48, Wiener Abfallvermeidungsprogramm und Wiener Abfallwirtschaftsplan, 30.

Für den „Traumberuf“ und aufgrund der prekären Lage am Arbeitsmarkt nahmen einige die Nachteile eines Werkvertrags in Kauf. Für die Teilzeitbeschäftigten erschien ein Werkvertrag sogar vorteilhaft, weil er freie Zeiteinteilung verhielt. In der Realität sahen die Arbeitsbedingungen dann aber ganz anders aus.

## 2. Selbständige Arbeit?

Die Arbeiten wurden bei einem zweiwöchentlich stattfindenden Jour Fixe von zwei Vorgesetzten verteilt: Die Termine für einzelne Dienste wurden der Reihe nach genannt. Jene Abfallberater\_innen, die zum jeweiligen Termin arbeitsbereit waren, mussten ihr Interesse per Handzeichen kundtun. Die Vorgesetzten wählten dann unter den Interessent\_innen aus, wer den Dienst machen durfte. Da es oft mehr Abfallberater\_innen als Tätigkeiten gab, war der Druck sehr groß, genügend Arbeit zu bekommen. Es gab keine Garantie für eine fixe Anzahl an Wochenstunden. Die Abfallberater\_innen wurden nach geleisteten Stunden bezahlt und konnten nicht mit einem fixen Einkommen rechnen.

Die Tätigkeiten selbst waren dann, wie bereits beschrieben, teils sehr anspruchsvoll, aber trotzdem nach Weisung durchzuführen. In Minopolis, einer Spielstadt für Kinder, hatte die MA 48 eine eigene Station. Hier wurden die Kinder von den Abfallberater\_innen spielerisch mit den Themen Abfall, Abfallvermeidung oder Mülltrennung vertraut gemacht. Das Spielmaterial wurde von der MA 48 zur Verfügung gestellt. Die Konzepte wurden in Arbeitsgruppen vorbereitet, mussten aber vor Umsetzung den Vorgesetzten vorgelegt werden. Für die weitere Vorgehensweise gab es klare Anweisungen.

Die Abfallberater\_innen hatten bei verschiedenen Aufgaben die dafür vorgesehene Kleidung zu tragen und wurden bei ihren Tätigkeiten überprüft, Fehlverhalten konnte „bestraft“ werden. So wurde von einer Zeugin in einem Verfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht (ASG) Wien beschrieben, nach Ausfällen wegen Krankheit und Tausch von Diensten (solcher musste durch die Vorgesetzten genehmigt werden) sei ihr das Durchführen des Journaldienstes nur mehr vertretungsweise zugestanden worden.

Ein wesentlicher Punkt, der auf einen Dienstvertrag nach der Wiener Vertragsbedienstetenordnung (VBO)<sup>7</sup> hinwies, war die Diensterteilung: Wünsche für bestimmte Tätigkeiten konnten die Abfallberater\_innen zwar mitteilen; Lage und Dauer der Dienstzeiten wurden aber von der MA 48 einseitig vorgegeben. Journaldienste, Führungen, Abfallberatung mit Kindern in Schulen, die Mobile Abfallberatung bei Veranstaltungen usw fanden zu ganz bestimmten, festgesetzten Zeiten statt – den Abfallberater\_innen stand es somit lediglich frei, ob sie sich für einen der von der Stadt Wien fix festgelegten Termine melden wollten. Urlaube konnten von den Abfallberater\_innen nicht einseitig in Anspruch genommen werden, sondern mussten mit den Vorgesetzten abgesprochen werden.

---

7 Gesetz über das Dienstrecht der Vertragsbediensteten der Gemeinde Wien LGBl 1995/50 idF LGBl 2013/49.

Bei einer 40-Stunden-Woche war eine wirtschaftliche Abhängigkeit in dem Sinne gegeben, dass die Abfallberater\_innen mit dem durch diese Tätigkeit erzielten Entgelt ihren Lebensunterhalt bestritten. Aber auch die Teilzeit arbeitenden Abfallberater\_innen waren finanziell von dieser Arbeit abhängig.

Organisatorisch waren die Abfallberater\_innen der Öffentlichkeitsarbeit der Stadt Wien zugeordnet und erledigten Aufgaben dieser Abteilung. Sie waren aber auch in anderen Projekten der MA 48, wie zB im Qualitätsmanagement der Straßenreinigung, unterstützend tätig, die eine oft sinnvolle Ergänzung zur klassischen Abfallberatung darstellten. Dabei waren die Abfallberater\_innen klar in die betriebliche Organisation eingegliedert: Sie waren mit Visitenkarten, Telefondurchwahlen und Emailadressen der Abteilung ausgestattet und nutzten Arbeitsplätze und Arbeitsmittel, die von der Stadt Wien zur Verfügung gestellt wurden. Selbst so genannte Verwendungsausweise, spezielle Lenkberechtigungen für Fahrzeuge der Stadt Wien, wurden Abfallberater\_innen nach Ablegung einer internen Prüfung ausgestellt, damit sie Autos der MA 48 benutzen konnten. Das alles waren einmal mehr deutliche Hinweise auf unselbständige Beschäftigung.

### **3. Belastende Arbeitsbedingungen**

Konsequenz dieser Umgehung von Arbeitsverhältnissen war fehlender Schutz durch arbeits- und sozialrechtliche Normen. So war ein 24-Stunden-Dienst ohne Pause ebenso keine Seltenheit wie eine 80-Stunden-Woche. Abfallberater\_innen berichteten, dass sie aufgrund unregelmäßiger und unsicherer Einkommen auch im Krankheitsfall ihrer Tätigkeit nachgingen, da keine Entgeltfortzahlung geleistet wurde.

Die Abfallberater\_innen kamen nicht in den Genuss von Vorteilen eines Arbeitsverhältnisses wie Weihnachts- und Urlaubsremuneration, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder Zuschlägen für Überstunden-, Nacht- und Wochenendarbeit. Hinzu kam die Belastung durch die geringe Arbeitsplatzsicherheit: Die Vorgesetzten hatten es in der Hand, von einem Tag auf den anderen weniger oder gar keine Dienste zuzuweisen. Mangels Kündigungsfrist und Arbeitslosenversicherung war das ein existenzbedrohendes Szenario. Außerdem gibt es für Abfallberater\_innen in Wien kein anderes Betätigungsfeld als beim kommunalen Dienstleister, der MA 48.

Die fehlende Absicherung war sicherlich mit ein Grund, weshalb es nicht eher zu einer arbeitsrechtlichen Auseinandersetzung mit der Stadt Wien hinsichtlich der rechtlichen Qualität der Verträge kam. Die Angst vor dem Jobverlust war eine berechtigte, denn als sich kollektiver Widerstand der Initiative Abfallberatung formierte, war die erste Reaktion der Stadt Wien, dass sie den dort aktiven Abfallberater\_innen alle Dienste strich – und ihnen damit auf einen Schlag das Einkommen entzog.

Über die Jahre hinweg hielten sich Gerüchte und Drohungen, die unter den Abfallberater\_innen immer wieder für Verunsicherung sorgten – und auch einzelne davon abziel-

ten, (weiter) aktiv zu werden: Beratungsgespräche bei Interessensvertretungen wurden wahrgenommen, weitere Schritte traute sich die eine/der andere aber nicht zu unternehmen. Als Beispiel für eines dieser (von wem auch immer lancierten) Gerüchte kann die „Drohung mit dem Kartellrecht“ genannt werden: Die „gewerbetreibenden“ Abfallberater\_innen sollten angeblich wegen Absprachen vor Gericht gebracht werden. Aus heutiger Sicht ist dies auch für die Abfallberater\_innen absurd, aber es stellte in diesem Stadium der Selbstorganisation einen Hinderungsgrund für ein (gemeinsames) Auftreten dar.

Im ohnehin schon prekären Arbeitsalltag war wenig Platz für eine arbeitsrechtliche Auseinandersetzung. Die inhaltlichen Anforderungen an die Arbeit als Abfallberater\_in waren eine Zeit lang für viele wichtiger als eine Beschäftigung mit dem Arbeitsrecht.

Ende 2011 wurde dann seitens der Vorgesetzten verlautbart, dass die Werkverträge nicht mehr wie bisher um ein Jahr, sondern nur mehr um drei Monate verlängert würden. Nun akute Befürchtungen der Abfallberater\_innen, ihre Arbeit zu verlieren, wurden nicht zerstreut – weitere Informationen wurden ihnen vorenthalten. Schließlich erfuhren die Mitarbeiter\_innen in Einzelgesprächen, dass die MA 48 vorhabe, zehn von rund 35 Personen in ein Dienstverhältnis zu übernehmen. Die geplante Einstufung als „Betriebsassistent\_innen“ in der „Handwerklichen Verwendung“ bedeutete, dass Vordienstzeiten und Ausbildungen nicht angerechnet werden sollten. Alle anderen wären plötzlich ohne Job und Leistungen der Arbeitslosenversicherung übrig geblieben.

#### 4. Die Initiative Abfallberatung

Die „Initiative Abfallberatung – für faire und rechtskonforme Arbeitsbedingungen bei der MA 48“ wurde im Frühling 2012 gegründet. Rund 30 Abfallberater\_innen forderten gemeinsam in einem offenen Brief an die zuständige Umweltstadträtin Ulli Sima soziale Absicherung, rechtskonforme Dienstverhältnisse und eine faire Entlohnung.<sup>8</sup> Sie hielten auch dezidiert fest, dass sie weiterhin bei der Stadt Wien als Abfallberater\_innen tätig sein wollten und sicherten der MA 48 ihre Arbeitsbereitschaft zu.

Ein schließlich stattfindendes Gespräch zwischen den Verantwortlichen der MA 48 und rund 25 Abfallberater\_innen führte zu keinem Ergebnis. Vielmehr waren Sanktionen für Mitglieder der Gruppe die Folge. Obwohl die Werkverträge bis Juli 2012 liefen, bekamen sie schon Ende Juni 2012 keine Aufträge mehr und hatten ab diesem Zeitpunkt kein Einkommen.

Was in den nächsten Monaten folgte, war ein kreativer und öffentlicher Arbeitskampf. „Von einer Petition an Umweltstadträtin Ulli Sima über einen Blog und eine Facebook-Seite bis hin zu einem Aktionstag mit Live-Musik, Straßentheater und einer Abfallbera-

---

8 Brief an die Stadträtin unter <http://abfallberatung.blogspot.co.at/2012/06/brief-die-stadtratin-vom-16052012.html> (31.1.2014)

tung für PassantInnen – [...] eine Aktion jagte die nächste.“<sup>9</sup> Die Abfallberater\_innen wandten sich aktiv an die Öffentlichkeit und suchten Unterstützung.

„Diese bekamen sie beispielsweise durch zahlreiche Solidaritätserklärungen, verfasste Berichte sowie Unterschriften für ihre Petition für faire und rechtskonforme Arbeitsverhältnisse bei der MA 48. Einen Höhepunkt ihrer Proteste stellt wohl der Aktionstag am 30. Juli 2012 da. An diesem Tag boten die Abfallberater\_innen an der Ecke Museumsquartier/Mariahilfer Straße ‘Tipps und Tricks zur Müllvermeidung & gegen Scheinselbstständigkeit bei der MA 48’. Den ganzen Tag über gab es ein Programm mit unter anderem Infostand, Müll-Rätsel-Spielen, Lesung, Percussion und Auftritten vom Prekär-Kasperl. Auch später trat die Initiative Abfallberatung zahlreiche Male in Erscheinung. So beispielsweise bei mehreren Diskussionsveranstaltungen (mit dem PrekärCafé oder im Rahmen der Wienwoche), dem Volksstimmefest, der Critical Mass oder bei einem politischen Liederabend.“<sup>10</sup>

## 5. Kollektive Interessenvertretung

Der übliche Weg, sich bei arbeitsrechtlichen Auseinandersetzungen an die Einrichtungen der kollektiven Interessenvertretung zu wenden, konnte von den scheinselfständigen Abfallberater\_innen nicht ohne weiteres beschritten werden.

Die Personalvertretung in der MA 48 sah sich für die Abfallberater\_innen unter Hinweis auf deren Status als Werkvertragsnehmer\_innen als nicht zuständig an. Die Abfallberater\_innen waren im Mai 2012 geschlossen der zuständigen Gewerkschaft GdG-KMSfB (Gemeindebedienstete – Kunst Medien Sport freie Berufe) beigetreten. Diese finanzierte eine außergerichtliche Rechtsvertretung durch einen Anwalt und sicherte zunächst auch Rechtsschutz für eine etwaige Klagseinbringung zu, obwohl die sonst für die Gewährung von Rechtsschutz notwendige sechsmonatige Mitgliedschaft noch nicht vorlag.

Diese Zusage wurde jedoch Anfang 2013 plötzlich wieder zurück genommen. „Das Ende der Fahnenstange“ sei erreicht, kommentierte der von der GdG-KMSfB für Verhandlungen eingesetzte Anwalt die Situation. Er meinte, die Gruppe solle sich mit dem derzeitigen Verhandlungsergebnis, einer Abschlagszahlung, die in etwa dem Streitwert für die Entgeltendifferenzen von drei Abfallberater\_innen entsprach, für alle dreißig Mitglieder der Initiative Abfallberatung, zufrieden geben (zum Verfahren siehe weiter unten).

Der Initiative ging es jedoch nicht nur um eine finanzielle Entschädigung. Ein wesentliches Ziel war die Feststellung, dass die Abfallberater\_innen im Rahmen von Arbeitsverträgen und nicht als Werkvertragsnehmer\_innen tätig waren. Beabsichtigt war es, mit einem solchen Urteil ein Signal für andere „Scheinselfständige“ zu setzen.

9 *Sigl/Stern*, Mülltrenners of the world, unite!, analyse & kritik 2012/575, 22.

10 *Katzlinger et al*, Einflussfaktoren auf die Entstehen sozialer Bewegungen am Beispiel der Initiative Abfallberatung. Unveröffentlichte Forschungsarbeit (2012). Darin heißt es zusammenfassend: „Aber es war ganz deutlich zu spüren, dass irgendetwas jetzt in Bewegung ist“.

Dass die GdG-KMSfB den Abfallberater\_innen keine Unterstützung für die weitere Auseinandersetzung vor Gericht bot, war überraschend: Denn schon Anfang der 90er Jahre hatten die Abfall- und Umweltberater\_innen der Stadt Graz auf ihre Scheinselbständigkeit aufmerksam gemacht, waren vor Gericht gezogen und hatten eine rückwirkende Anstellung erwirkt. Die Unterstützung der Gewerkschaft wäre dringend notwendig gewesen, denn zeitgleich mit ihrem Rückzug wurden allen Abfallberater\_innen, die weniger als drei Jahre beschäftigt waren, Eventualkündigungen zugestellt: Kündigungen, die im Falle des (gerichtlich festgestellten) Vorliegens eines aufrechten Dienstverhältnisses wirksam werden sollten. Nach § 42 VBO ist die Kündigungsmöglichkeit seitens der Gemeinde nämlich erst bei einem Dienstverhältnis von mindestens drei Jahren eingeschränkt, eine Kündigung ist dann nur aus besonderen persönlichen oder organisatorischen Gründen möglich.

Die betroffenen Abfallberater\_innen brachten beim ASG Wien Anfechtungen gegen diese Kündigungen ein, da sie diese als Reaktion auf die Geltendmachung ihrer Rechte sahen. Die Anfechtungen stützten sich auf § 105 Abs 5 lit i Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG). Gleichzeitig wurde auf die Sittenwidrigkeit gem § 879 ABGB hingewiesen. Die Stadt Wien argumentierte, dass das ArbVG gem § 33 Abs 2 Z 1 ArbVG bei der MA 48 nicht zur Anwendung komme und demnach die Klage abzuweisen sei. Einige Klagen wurden deshalb ausgedehnt auf die Feststellung, dass die Kündigung wegen Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB unwirksam sei. Nach Ankündigungen der Stadt Wien, nötigenfalls den Instanzenzug bis zum Obersten Gerichtshof auszuschöpfen und nach Rücksprache mit mehreren Anwält\_innen, die auf die mögliche Dauer des Verfahrens und das Kostenrisiko hinwiesen, zogen die Betroffenen die Klagen zurück und einigten sich mit der Stadt Wien auf außergerichtliche Vergleiche mit „Prozesskostenablösen“. Für eine Fortsetzung der gerichtlichen Auseinandersetzung hätten die persönlichen und finanziellen Ressourcen der Abfallberater\_innen nicht gereicht.

Den Weg vor Gericht wagten nur jene Mitglieder der Initiative weiter zu beschreiten, welche schon mindestens drei Jahre beschäftigt waren und für die deshalb Kündigungsschutz nach der VBO bestand. Für diese war die Ausgangslage für den Prozess entschieden besser. Politisch agierte und agiert die Gruppe nach wie vor geschlossen.

„Für uns ist die Sache erledigt und vom Tisch“<sup>11</sup> wird die Pressesprecherin der zuständigen Stadträtin Sima im Jänner 2013 zitiert. Doch vom Tisch war längst noch nichts.

## 6. Feststellungsklagen beim Arbeits- und Sozialgericht

Noch im Jänner 2013 wurde, nach langen erfolglosen Gesprächsversuchen mit der Stadt Wien, die erste Klage eingereicht. Geklagt wurde auf Feststellung eines aufrechten

---

11 *Format*, Simas Award, 25.1.2013.

unbefristeten Dienstverhältnisses. Im Gegensatz zu den Kündigungsanfechtungen wegen Sozialwidrigkeit beim ASG, die gerichtsgebührenfrei und kostenersatzfrei waren, musste die Feststellungsklage aus privaten Mitteln finanziert werden.

Zwei weitere Feststellungsklagen wurden von der Kammer für Arbeiter und Angestellte Wien (AK Wien) finanziert, um grundsätzliche Fragen der Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Dienstvertrag zu klären. Auch der *Grün-Alternative Verein zur Unterstützung von BürgerInnen-Initiativen*<sup>12</sup> bot finanzielle Unterstützung in einem Verfahren.

Einige weitere Abfallberater\_innen konnten private Rechtsschutzversicherungen oder Verfahrenshilfe in Anspruch nehmen. Erwähnt werden sollte auch der Fall einer Abfallberaterin, deren Rechtsschutzversicherung aus nicht nachvollziehbaren Gründen jegliche Leistung verweigert und die nach Interventionen des Konsumentenschutzverbands Österreich mitteilte, sie solle „ihre Argumente im Rahmen eines Rechtsstreits [Anm: mit der Rechtsschutzversicherung] vor einem ordentlichen Gericht“<sup>13</sup> vortragen. Die Betroffene verzichtete vorerst auf einen weiteren Rechtsstreit mit der Rechtsschutzversicherung.

Im August 2013 erging das erste Urteil des ASG Wien<sup>14</sup> zu den eingebrachten Feststellungsklagen, das den Abfallberater\_innen endlich Recht gab. Demnach wurde von den Abfallberater\_innen kein konkretes Werk geschuldet, sondern die Zuverfügungstellung ihrer Arbeitskraft für die übernommenen Termine. Es lagen somit keine Werkverträge, sondern Dauerschuldverhältnisse vor. Aus den Feststellungen ergab sich, dass Arbeitsort, Arbeitsabfolge und die Art der Ausführung durch Vorgesetzte festgelegt wurden, diese umfassende Weisungsbefugnis bei Tätigkeiten wie Misttelefon oder Journaldienst hatten, ausschließlich mit Betriebsmitteln des Magistrats gearbeitet wurde, bei Übernahme von Diensten feste Arbeitszeiten und -orte einzuhalten waren, die der Kontrolle der beklagten Partei unterlagen, und die Nutzung der im Vertrag eingeräumten Vertretungsbefugnis mit Nachteilen verbunden gewesen wäre, welche die tatsächliche Nutzung de facto nicht erwarten ließen. Da die Arbeitseinsätze in persönlicher Abhängigkeit erbracht wurden, sei von einem echten Arbeitsvertrag auszugehen. Da keine Kündigung iSd § 42 VBO ausgesprochen wurde, bestehe ein aufrechtes Dienstverhältnis nach der VBO.

Nach diesem Urteil stehen mittlerweile vier der Abfallberater\_innen wieder im Dienste der Stadt Wien.

## 7. Sozialversicherungsrechtliche Prüfung

Auch auf sozialversicherungsrechtlicher Seite wurden die Abfallberater\_innen aktiv und erstellten Niederschriften in Hinblick auf eine Prüfung der Dienstnehmer\_inneneigen-

---

12 [www.buergerinitiativen.at](http://www.buergerinitiativen.at) (13.2.2014)

13 Aus dem Archiv der Initiative Abfallberatung.

14 ASG Wien 17.05.2013, 8 CGA 149/12 g.

schaft durch die Gebietskrankenkasse. Noch steht ein endgültiges Ergebnis der Prüfung aus.

Informationen der Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK) schwanken zwischen (frühen) Aussagen, dass alles auf ein Dienstverhältnis aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht hinweise, und der (späteren) Feststellung, dass die WGKK nicht zuständig sei und auf die Krankenfürsorgeanstalt (KFA) der Stadt Wien verweise. Auch innerhalb der WGKK erfolgte ein auffallend häufiger Wechsel der Ansprechpartner\_innen für die Abfallberater\_innen. Von Seiten der KFA gibt es bis dato wiederum keine klare Aussage dazu, ob das Vorliegen eines Dienstverhältnisses geprüft werde oder nicht.

## 8. Nach der Klage ist vor der Klage

Das Urteil des ASG Wien vom August 2013 war ein erster wichtiger Erfolg. Es geht jedoch weiter. Jene vier Abfallberater\_innen, die von der Stadt Wien im Laufe des Herbsts 2013 wieder eingestellt werden mussten, wurden in andere Magistratsabteilungen der Stadt Wien versetzt. Sie verrichten Tätigkeiten, die kaum mit ihrer Arbeit als Abfallberater\_innen vergleichbar sind. Sie wurden, auch um möglichst geringe Gehälter zu zahlen, in der „Handwerklichen Verwendung“ als „Betriebsassistent\_innen“ eingestuft und erledigen nun einfache manuelle Arbeiten sowie Kanzleitätigkeiten. Daher wurden Klagen gegen die rechtswidrigen Versetzungen und auf Zahlung von Entgelt Differenzen eingebracht, denn bei der derzeitigen Gehaltseinstufung werden Hochschulstudium bzw Matura nicht berücksichtigt.

Andere Abfallberater\_innen müssen aber noch um die Feststellung des Dienstverhältnisses kämpfen. So weigert sich die Stadt Wien, die Vordienstzeiten einer Mitarbeiterin anzuerkennen, die sich nach der Geburt ihrer beiden Kindern 2011 und 2012 der Kinderbetreuung widmete. Nach § 31 VBO hätte sie Anspruch auf Elternkarenz gehabt. Im Rahmen der Scheinselbstständigkeit hatte sie in dieser Zeit keinen Werkvertrag mit der Stadt Wien unterschrieben. Wie *dieStandard.at* im November berichtete, hatte die Betroffene aufgrund der befristeten Werkverträge ihren Wiedereinstieg in Gefahr gesehen und daher um ein Gespräch mit dem Vorgesetzten gebeten. Dieser hatte auf ihr Nachfragen gemeint: „Na, durfte denn je eine Schwangere nicht mehr zurück zur Abfallberatung?“ Bisher allerdings hat die Stadt Wien die Weiterbeschäftigung als Abfallberater\_in abgelehnt, weshalb sie ebenfalls eine Klage auf Feststellung eines Dienstverhältnisses eingebracht hat. Sie ist nun als Kindergartenpädagog\_in wieder für die Stadt Wien tätig. Vom Ausgang des Verfahrens hängt ab, ob die bisherigen Dienstjahre als Abfallberaterin angerechnet werden und sie dementsprechend höher im Gehaltsschema einzustufen ist.<sup>15</sup>

---

15 *DieStandard.at*, Stadt Wien verweigert Abfallberaterin Rückkehr nach Karenz, <http://diestandard.at/1381371964020/Stadt-Wien-verweigert-Abfallberaterin-Rueckkehr-nach-Karenz?ti=u-4M7PP125K0Z5Vi8sXRaW4oeN2c6hk5T>

Inzwischen nimmt der Umgang der Stadt Wien mit den ehemaligen Abfallberater\_innen absurde Ausmaße an. Nachdem die Wiedereingestellten während des Rechtsstreits von Juli 2012 bis Herbst 2013 ohne Einkommen und Arbeitslosengeld leben mussten, rechneten sie mit einer baldigen Nachzahlung der Stadt Wien für diesen Zeitraum. Unerwartet wurden sie aber im Gegenzug von Geldforderungen der Stadt Wien getroffen. Ausgehend vom (niedrigen) Gehalt der Einstufung „Handwerkliche Verwendung“ seien ihnen in der Vergangenheit zu hohe Honorare bezahlt worden. Sie sollen nun die Differenz für die letzten drei Jahre zurückzahlen. Dabei handelt es sich um tausende Euro – im Vergleich zu den Gehältern, welche die ehemaligen Abfallberater\_innen derzeit verdienen, sind das horrenden Beträge.

### 9. Fazit: Der Arbeitskampf ist zwar noch nicht ganz gewonnen ...

... was aber jetzt schon feststeht, ist, dass die *Initiative Abfallberatung* erfolgreich ihr politisches Ziel erreicht hat. Es wurde gerichtlich festgestellt, dass es sich bei ihrer Tätigkeit um Dienstverhältnisse nach der VBO handelte und nicht um Werkverträge. Auch die AK Wien sieht das Urteil als richtungsweisend für andere Scheinselbständige.<sup>16</sup> Ihr Arbeitskampf gegen einen Gegner, der mehrmals betonte, seine Übermacht in der Rechtsdurchsetzung zu nutzen, kann als Vorbild dienen. Ihr politisches Engagement, ihre kreativen und technischen Ressourcen, ihre Erfahrung sich in Gruppen zu organisieren und zu arbeiten, ihre Erfahrung mit Öffentlichkeitsarbeit und andere vielfältige Ressourcen, die sie sich zu Nutze machten, verbanden sie mit neu erworbenem arbeitsrechtlichen Wissen. Letzteres eigneten sie sich zum Teil selbst an, konnten aber auch auf rechtliche Beratung der sie unterstützenden Gruppen und Einzelpersonen zurückgreifen (Aktivist\_innenkollektiv PrekärCafe<sup>17</sup>, Einzelpersonen aus der Gewerkschaftsfraktion Konsequente Interessenvertretung/Unabhängige GewerkschafterInnen<sup>18</sup> und aus der GdG-KMSfB sowie andere).

Wichtig war auch ihre Entscheidung, basisdemokratisch vorzugehen. Jede Aktion wurde von allen mitgetragen – und das nicht nur aus dem Bestreben, eine möglichst große Gruppe für den Arbeitskampf zu bilden, sondern auch aus einer persönlichen Verbundenheit zueinander. Sich selbst als Kollektiv zu verstehen und sich als ein solches zu organisieren, war deshalb erforderlich, weil die kollektiven Interessensvertretungen nicht bzw nur zum Teil ihren Aufgaben nachkamen. Die Personalvertretung fühlte sich gänzlich unzuständig, die Gewerkschaft engagierte sich nur für eine finanzielle Entschä-

---

Xfxd4r-SICZhbbaEKNmKE\_tZ2-LFB69mpAv2yffOEayRGqlhAMrnmGnzBW348QejeoI3wvq7VVv16X2it11CA ETCQGZlFtWp\_t2DVIBNr8mJsbHTalkqR1giE (31.1.2014)

16 *Pressestelle AK Wien*, Arbeitsgericht Wien stellt mit Musterurteil Rechtslage für WerkvertragsnehmerInnen klar, [http://wien.arbeiterkammer.at/service/presse/AK\\_gewinnt\\_Verfahren\\_gegen\\_Scheinselbstaeendigkeit.html](http://wien.arbeiterkammer.at/service/presse/AK_gewinnt_Verfahren_gegen_Scheinselbstaeendigkeit.html) (31.1.2014)

17 [www.prekaer.at](http://www.prekaer.at) (13.2.2014).

18 [www.kiv.at](http://www.kiv.at) (13.2.2014).

digung, die den politischen Zielen der Abfallberater\_innen nicht entgegenkam und deren Interessen sie nicht durchzusetzen vermochte. Erfreulicherweise hat die AK Wien zwei Musterprozesse unterstützt.

Besonders bedauerlich ist es, dass sich die öffentliche Hand – wohl aus Kostengründen – nicht an gesetzliche Standards des Arbeitsrechts hielt – trotz des politischen Bekenntnisses im letzten Regierungsübereinkommen, in dem es heißt: „Wien bekennt sich zur strikten Einhaltung aller arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften und Standards. Dies ist auch in aller Strenge zu berücksichtigen, wenn es um die Beauftragung von externen Unternehmen geht.“<sup>19</sup> Bleibt zu hoffen, dass dieses Bekenntnis in Zukunft ernst genommen wird.

Den Kampf um alle Arbeitsplätze der Abfallberater\_innen hat die Initiative nicht gewinnen können, nur vier der rund 30 Mitglieder der Initiative sind noch in einem aufrechten Dienstverhältnis zur Stadt Wien, allerdings nicht als Abfallberater\_innen. Dennoch ist der Arbeitskampf für die Einzelnen persönlich wichtig. Viele schätzen das Wissen, das sie in dieser Zeit gesammelt haben, und die Erfahrung, sich selbst und die eigenen Rechte zu behaupten. Allein deshalb hat es sich gelohnt zu kämpfen.

Was die Stadt Wien verloren hat, ist ein kreatives, gut ausgebildetes und hoch motiviertes Abfallberatungs-Team, das sich kompetent für Umwelt- und Ressourcenschutz eingesetzt hat. Und das ist schade.

Verena Sommer<sup>20</sup>, Mitglied der Initiative Abfallberatung; abfallberatung@gmail.com

---

<sup>19</sup> *wien.at*, Regierungsübereinkommen Wien 2010 – Integration, Frauenfragen, KonsumentInnenschutz, Personal (2010), Kapitel Personal, [www.wien.gv.at/politik/strategien-konzepte/regierungsuebereinkommen-2010/integration-frauenfragen-konsumentenschutz-personal/](http://www.wien.gv.at/politik/strategien-konzepte/regierungsuebereinkommen-2010/integration-frauenfragen-konsumentenschutz-personal/) (13.2.2014)

<sup>20</sup> Es handelt sich um ein Pseudonym. Der Name des Autors/der Autorin ist der Redaktion bekannt.

# Krise der Männlichkeit?!

Ein längst überfälliger Diskurs

Nina Eckstein

---

„Not am Mann“ hieß die Titelgeschichte, die Anfang Jänner in der Zeitschrift *Die Zeit*<sup>1</sup> erschienen war. In den Beiträgen wurde die Situation der Männer genauer unter die Lupe genommen und ua konstatiert, dass Männer häufiger krank seien als Frauen, mehr Alkohol trinken und generell ungesünder leben würden. Grundsätzlicher Tenor der Titelgeschichte: Männer würden in allen Bereichen immer mehr zurückfallen, weil das gesellschaftliche Hauptaugenmerk mittlerweile vermehrt auf den Chancen der Frauen liege. Geschlussfolgert wurde, dass Männer letztlich mit dem gesellschaftlichen Wandel nicht mehr Schritt halten könnten und die Brüchigkeit männlicher Identitäten immer virulenter werde.

Kaum jemand wird bestreiten, dass gesellschaftliche Veränderungen und Verschiebungen im Geschlechtergefüge stattfanden und nach wie vor stattfinden. Entscheidend vorangetrieben wurden diese Entwicklungen durch die Frauenbewegung(en) und viele kämpferische Frauen. Die Frauenbewegung(en) haben maßgeblich die Gleichberechtigung der Geschlechter zugunsten der Frauen beeinflusst. Das Selbstbewusstsein und das Selbstbild von Mädchen und Frauen wurden auf diese Weise positiv verändert. Ein Begleitphänomen ist auch die Existenz weiblicher *role models*, deren Lebensentwürfe und Auftreten Vorbildwirkung haben für andere Frauen. Darüber hinaus bieten sie Orientierung, ermöglichen die Überwindung existierender Rollenklischees und starrer Geschlechterkonzepte und öffnen den Raum für alternative Lebensentwürfe.

Derartige Entwicklungen finden sich so in den Reihen des männlichen Geschlechts nicht. Emanzipatorische Ansätze zur Veränderung und Überwindung bestimmter Männlichkeitsvorstellungen und männlicher Identitäten scheinen aus der Perspektive von Männern auf den ersten Blick in diesem Zusammenhang geradezu paradox, galt und gilt das männliche Geschlecht doch als das begünstigte, dem jahrhundertlang gesellschaftlich und rechtlich Macht und Privilegien quasi von Geburt an zugestanden wurden. Jede Veränderung in diese Richtung ist daher für Männer immer auch verbunden mit einem Verlust an Privilegien und Macht. Daher nimmt es nicht wunder, dass derartige Veränderungsprozesse gerade von den Männern selbst wenig gewollt und ge-

---

1 *Die Zeit*, Not am Mann, 2.1.2014, 2.

wünscht wurden. Ist es daher überhaupt legitim, von einer Identitätskrise der Männer zu sprechen und einen Paradigmenwechsel einzufordern?

Die Fragestellung selbst stellt sich schon als komplex dar, muss sie doch immer vor ihrem geschichtlichen und gesellschaftlichen Hintergrund gelesen werden.

Differenzierte Antworten auf diese diffizile Frage (ver)sucht eine noch recht junge wissenschaftliche Disziplin: die *Kritische Männerforschung*.<sup>2</sup> Ihr wissenschaftliches Bestreben liegt im kritischen Hinterfragen des Konstrukts *Mann* und der Etablierung eines differenzierteren Blickes auf *die Männer* im Allgemeinen. Kritische Männerforschung sieht sich in der Tradition feministischer Theorie und positioniert sich dieser wie auch den politischen Frauenbewegungen gegenüber solidarisch. Ihr (wissenschaftliches) Ziel ist es, einen Beitrag zur Herbeiführung geschlechtergerechter Verhältnisse zu leisten. Männliche Täterschaft innerhalb patriarchaler Strukturen und in der Geschichte wird als gegeben angenommen, wiewohl sie gleichzeitig für einen differenzierten Opferdiskurs im Zusammenhang mit Männern eintritt. Kritische Männerforschung zeichnet sich auch durch wissenschaftliche und persönliche Distanz gegenüber konservativen und reaktionären Männerbewegungen aus, deren Ziel häufig die Fortschreibung alter bzw. bestehender Geschlechterstereotype und Männlichkeitsbilder ist.<sup>3</sup>

Eine wichtige Strömung innerhalb der Kritischen Männerforschung steht in der Tradition der feministisch-konstruktivistischen Betrachtungsweise von Geschlecht.<sup>4</sup> Diese Betrachtungsweise legt den Fokus auf die (De)Konstruktion von Männlichkeit und männlicher Identität und beschäftigt sich mit der Frage, inwieweit nicht auch Männlichkeit als soziale und gesellschaftliche Kategorie zu betrachten sei. Davon ausgehend erforscht sie den Zusammenhang zwischen Männlichkeitskonstruktionen und der Aufrechterhaltung patriarchaler Strukturen.

Ein wissenschaftlicher Meilenstein ist das theoretische Konzept von *Raewyn Connell*, das mittlerweile innerhalb der Disziplin etabliert ist.<sup>5</sup> In *Connells* Konzeption werden verschiedene Kategorien von Männlichkeit herausgearbeitet. Wesentliche Erkenntnis ist, dass nicht alle Männer gleichermaßen Profiteure patriarchaler Strukturen sind. *Hegemoniale Männlichkeit* bezieht sich vornehmlich auf *weiße*, heterosexuelle Männer. Deren Hegemonie manifestiert sich durch einen bestimmten Habitus und sozialen Status, die beide normativ wirken. Sihin sind Männer, die dieser Kategorie zuzuordnen sind, als die eigentlichen Profiteure patriarchaler Strukturen zu betrachten. Demgegenüber, sehr vereinfacht dargestellt, steht ua die Kategorie *marginalisierter Männlichkeit*. Männer, die in diese Kategorie fallen, sehen sich trotz bzw gerade aufgrund patriarcha-

---

2 Siehe dazu ua *Meuser*, *Geschlecht und Männlichkeit. Soziologische Theorie und kulturelle Deutungsmuster* (2010).

3 Siehe dazu ua *Rosenbrock*, *Die antifeministische Männerrechtsbewegung. Denkweisen, Netzwerke und Online-Mobilisierung. Eine Expertise für die Heinrich-Böll-Stiftung* (2012).

4 *Carrigan/Connell/Lee*, *Ansätze zu einer neuen Soziologie der Männlichkeit*, in *BauSteineMänner (Hrsg)*, *Kritische Männerforschung. Neue Ansätze in der Geschlechtertheorie* (1996) 38–75.

5 *Meuser*, *Geschlecht und Männlichkeit* 91ff.

ler Verhältnisse mit Ausgrenzungen und Stigmatisierungen konfrontiert. Als Beispiel werden nicht-heterosexuelle oder nicht-*weiße* Männer genannt.

*Connells* Konzept ermöglicht einen differenzierten Blick auf die verschiedenen ausgestalteten Positionen von Männern innerhalb der Gesellschaft und hinterfragt, inwieweit alle Männer im gleichen Ausmaß tatsächlich von ihrer Vormachtstellung profitieren.

Die wissenschaftlichen Auseinandersetzungen innerhalb der Kritischen Männerforschung finden durchaus auch Resonanz in der Praxis. Nicht wenige Männer, oftmals vor allem jüngere, haben immer stärker das Bedürfnis, sich mit der eigenen Geschlechterrolle auseinander zu setzen, Zuschreibungen, die ihnen von außen auferlegt werden, zu hinterfragen und letztlich neue Lebensentwürfe und Identitätskonzepte zu entwickeln. Dass die Suchprozesse der Männer einhergehen mit Unsicherheiten und einer gewissen Orientierungslosigkeit, steht wahrscheinlich außer Zweifel.

Gerade auch im Interesse der Frauen und im Lichte ihrer Errungenschaften ist es höchst an der Zeit, dass sich der Diskurs in diese Richtung bewegt. Die Losung kann nur heißen: Grundsätzliches Aufbrechen der starren Korsette *Mann* und *Frau*.

Auch kritische Rechtswissenschaft kann dazu ihren Beitrag leisten, indem sie sich intensiver mit der Konstruktion *Mann* im Recht auseinandersetzt und den Weg auch rechtlich ebnet für andere Entwürfe und Möglichkeiten, die Männern dadurch eröffnet werden, denn letztlich braucht es weder „starke Männer“ noch „schwache Frauen“ sondern grundsätzliche Solidarität und gleich verteilte Partizipationsmöglichkeiten von Menschen in einer Gesellschaft.

Mag.<sup>a</sup> Nina Eckstein, BA ist Juristin, studierte Soziale Arbeit am FH Campus Wien und ist Redaktionsmitglied des juridikum; nina.eckstein@gmx.at

# Korruptionsrelevante Bestimmungen kompakt auf einen Blick

Durch das am 1. Jänner 2013 in Kraft getretene Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2012 haben die korruptionsrelevanten Bestimmungen des StGB ihre aktuelle Fassung erhalten. Die bedeutende Neuausrichtung bzw Ausdehnung der Tatbestände (Stichwort „Anfüttern“) sowie die Verwendung neuer, inhaltlich noch nicht näher ausgefüllter Begriffe (zB „ungebührlicher Vorteil“) stellen Praktiker wie Theoretiker vor neue Herausforderungen. Das Buch bietet dafür eine fundierte Hilfestellung, indem es den Einstieg in die Materie erleichtert, aber auch die Möglichkeit zur Vertiefung eröffnet. Neben einer problemorientierten Darstellung der wesentlichen Aspekte der geltenden Korruptionsbestimmungen für den öffentlichen wie den privaten Bereich werden ausführliche Lösungen für praxisrelevante Fallbeispiele präsentiert. Verweise auf die Judikatur des OGH und Übersichten sowie Fallprüfungsschemata ergänzen dieses unverzichtbare Nachschlagewerk für Praxis, Wissenschaft und Studium.



**Dr. Susanne Reindl-Krauskopf**, Universitätsprofessorin am Institut für Strafrecht und Kriminologie an der Universität Wien

**MMag. Stefan G. Huber**, Universitätsassistent am Institut für Strafrecht und Kriminologie an der Universität Wien

Reindl-Krauskopf/Huber  
**Korruptionsstrafrecht  
in Fällen**

Casebook  
148 Seiten, broschiert  
ISBN 978-3-7046-6607-9  
Erscheinungsdatum: 18.2.2014  
€ 28,-

Versandkostenfrei bestellen auf:  
**www.verlagoesterreich.at**



# juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

## Die juristische Fachzeitschrift, die nicht dem Mainstream folgt!

### Inhalt

Seit mehr als zwanzig Jahren ist das *juridikum* die Fachzeitschrift, die rechtliche Fragen in ihrem gesellschaftlichen und politischen Kontext beleuchtet. Diesem kritischen Anspruch folgend verbindet das *juridikum* theoretische und praktische Perspektiven.

Dabei widmet sich die Rubrik „recht & gesellschaft“ aktuellen Themen wie etwa Fremdenrecht, Geschlechterverhältnissen, Polizei- und Strafrecht, sozialen Fragen und menschenrechtlichen Aspekten. Mit dem „thema“ hat jede Ausgabe zusätzlich einen inhaltlichen Schwerpunkt.

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



Online bestellen unter:

[www.juridikum.at](http://www.juridikum.at)



JURIDIKUM

**zeitschrift für  
kritik | recht | gesellschaft**

ISSN 1019-5394

Jahresabo (4 Hefte) € 60,-

Einstiegsabo (2 Hefte) € 11,-  
zzgl. Versandkosten

Online bestellen auf:

[www.juridikum.at](http://www.juridikum.at)

### HerausgeberInnen

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