

Rechtstatsachenforschung – Heute



Heinz Barta, Michael Ganner, Helmuth Lichtmannegger (Hg.)

The
innsbruck university press
in series

SERIES

Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung

Herausgegeben von
Heinz Barta und Michael Ganner

Band 1



iup • innsbruck university press

www.uibk.ac.at/iup

Gedruckt mit Unterstützung von

Vizerektorat für Forschung, Universität Innsbruck
Bundesministeriums für Wissenschaft und Forschung
Amt der Tiroler Landesregierung, Abt. Kultur
Amt der Vorarlberger Landesregierung, Abt. Wissenschaft und Weiterbildung

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://ddb.de> abrufbar.

© 2008 **innsbruck university press**

1. Auflage

Alle Rechte vorbehalten.

innsbruck university press

Universität Innsbruck

ICT-Technologiepark

Technikerstraße 21 a, A-6020 Innsbruck

www.uibk.ac.at/iup

Herausgeber: Heinz Barta, Michael Ganner, Helmuth Lichtmanegger

Verlagsredaktion: Carmen Drolshagen, Gregor Sailer

Umschlaggestaltung: Carmen Drolshagen, Helmuth Lichtmanegger

Titelbild: © Gerhard Berger

Herstellung: Studia GmbH, Innsbruck

ISBN: 978-3-902571-52-6

Heinz Barta / Michael Ganner / Helmuth Lichtmanegger (Hg.)

Rechtstatsachenforschung – Heute

Tagungsband 2007

Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung

Band 1

Es leben im Herzogtum Bukowina gegenwärtig, zum Teile sogar noch immer ganz friedlich nebeneinander, neun Volksstämme: Armenier, Deutsche, Juden, Rumänen, Russen (Lipowaner), Rutenen, Slowaken (die oft zu den Polen gezählt werden), Ungarn, Zigeuner. Ein Jurist der hergebrachten Richtung würde zweifellos behaupten, alle diese Völker hätten nur ein einziges, und zwar genau dasselbe, das in ganz Österreich geltende österreichische Recht. Und doch könnte ihn schon ein flüchtiger Blick davon überzeugen, dass jeder dieser Stämme in allen Rechtsverhältnissen des täglichen Lebens ganz andere Rechtsregeln beobachtet. Der uralte Grundsatz der Personalität im Rechte wirkt daher tatsächlich weiter fort, nur auf dem Papier längst durch den Grundsatz der Territorialität ersetzt.“

Eugen Ehrlich, Das lebende Recht der Völker der Bukowina (1912)

Vorwort

Wir freuen uns, den ersten Band der neuen Reihe „Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung“ vorzulegen. Er enthält die Referate der Tagung „Rechtstatsachenforschung – Heute“, die am 4. Oktober 2007 in Innsbruck stattgefunden hat. Es ist geplant die Tagung zu wiederholen, um auf diese Weise die Rechtstatsachenforschung kontinuierlich in Erinnerung zu rufen und weiter zu entwickeln.

Informationen zur Rechtstatsachenforschung an der Innsbrucker Rechtswissenschaftlichen Fakultät finden Sie künftig unter der Internetadresse www.rechtstatsachenforschung.at.

Zu danken haben wir für die Veröffentlichung und die Drucklegung den Autorinnen und Autoren die an der Tagung teilgenommen haben, jenen Institutionen die diese Publikation finanziell unterstützt haben und der *innsbruck university press* (Vize ректор Tilmann Märk und Frau Carmen Drolshagen) insbesondere dafür, diese neue Reihe verwirklichen zu können.

Innsbruck, im Juni 2008

Heinz Barta heinz.barta@uibk.ac.at

Michael Ganner michael.ganner@uibk.ac.at

Helmuth Lichtmanegger helmuth.lichtmanegger@uibk.ac.at

Inhalt

Heinz Barta Plädoyer für einen verstärkten Einsatz der Rechtstatsachenforschung in Rechtspolitik, Justiz und Rechtswissenschaft	9
Maria Berger Einleitende Worte der Frau Bundesminister für Justiz	17
Christa Pelikan Vom Nutzen rechtssoziologischer Forschung für die Justiz	21
Gabriele Steckel-Berger Möglichkeiten für eine österreichische Justizstatistik?	43
Walter Fuchs Von der Notwendigkeit einer Strafrechts-Tatsachenforschung – und warum die Kriminologie dabei weder stehen bleiben kann noch soll	66
Peter G. Mayr Rechtstatsachen aus der Zivilgerichtsbarkeit	85
Michael Ganner Aktuelle Entwicklungen im Altenrecht	110
Sandra Wehinger Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsrechts. Ergebnisse einer rechtstatsächlichen Untersuchung.....	128
Gertrud Kalchschmid Behandlungsschäden Patientenentschädigungsfonds im Lichte erster Erfahrungen	151

Elmar Hohmann	
Rechtstatsachen im Organtransplantationswesen in Deutschland und Österreich – ausgewählte Beispiele aus dem Bereich der postmortalen Organspende	167
Monika Niedermayr	
Was kann Rechtsgeschichte zur Rechtstatsachenforschung beitragen?	186
Anton Augscheller	
Das neue Südtiroler Höferecht unter besonderer Berücksichtigung der rechtstatsächlichen Wirklichkeit	194
Herwig Bichler	
Bestattungsvertrag: Parteienlegitimation und Geschäftsanbahnung	210
Claudia Rath	
Der Testamentsvollstrecker ein Instrument menschlicher Selbstbestimmung	219
Helmuth Lichtmannegger	
Rechtstatsachenforschung in wissenschaftlichen Arbeiten	238
Die Autorinnen und Autoren	244
Tagungsprogramm: „Rechtstatsachenforschung Heute“ 4. Oktober 2007	246

Heinz Barta

Plädoyer für einen verstärkten Einsatz der Rechtstatsachenforschung in Rechtspolitik, Justiz und Rechtswissenschaft

„Die Gerechtigkeit ist keine Privatsache.“

Friedrich Dürrenmatt, Justiz (1985)

Verehrte Frau Bundesminister, sehr geehrter Herr Präsident (des OLG Innsbruck Dr. Walter Pilgermair), liebe Vortragende und Zuhörer/innen!*

Ich freue mich Sie zu dieser kleinen Tagung begrüßen zu dürfen, die es sich zum Ziel gesetzt hat, an eine vernachlässigte Teildisziplin der Rechtswissenschaft – die Rechtstatsachenforschung – zu erinnern. Wir – und damit meine ich das Institut für Zivilrecht, vertreten durch Michael Ganner, Monika Niedermayr, Peter Jordan, Helmuth Lichtmanegger und mich – wollen Ihnen Einblicke in bereits geleistete oder noch in Entstehung begriffene wissenschaftliche Arbeit gewähren. Das betrifft wie Sie dem Programm¹ entnehmen können, sehr unterschiedliche Rechtsbereiche, die ich nicht alle einzeln aufzählen will. Im Programm wurde auch auf die schlechte Datenlage – betreffend Österreichs Rechtsordnung – hingewiesen, was vor allem für das Zivilrecht, aber auch das Öffentliche Recht gilt. Eugen Ehrlichs Plädoyer ist mittlerweile über 100 Jahre alt, wird aber immer noch nicht ernst genommen. – Als ehemaliger Assistent Franz Gschnitzers fühle ich mich verpflichtet, die von meinem Lehrer wiederaufgenommene Tradition fortzusetzen. Ich freue mich daher darüber, dass nunmehr auch Michael Ganner (2006) die *Venia legendi* für Rechtstatsachenforschung erworben hat; er wird künftig diesen Bereich fortführen.

Der Vormittag bringt mit den Referaten von Frau Prof. Christa Pelikan und Frau Prof. Gabriele Steckel-Berger eine theoretisch-sozialwissenschaftliche Fundierung der Rechtstatsachenforschung auf der die übrigen Referate aufbauen können.²

* Der Vortragsstil wird beibehalten.

¹ Abgedruckt auf Seite 242.

² Vgl. dazu die Ausführungen bei und in Anm. 13.

Frau Bundesministerin Berger hat in Innsbruck Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre studiert und hat hier 1979 promoviert; die anschließenden fünf Jahre bis 1984 war sie als Universitätsassistentin und Lehrbeauftragte am Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft tätig. Ihre weitere Laufbahn führte sie ins Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung, das Bundeskanzleramt (Vorbereitungen für den EU-Beitritt), zur EFTA nach Genf und Brüssel, an die Universität Krems (als Vizepräsidentin der Donauuniversität) und seit 1996 bis zum Jänner 2007 war Maria Berger Abgeordnete zum Europäischen Parlament in Brüssel. – Als Bundesministerin für Justiz hat sie mit aktuellen Herausforderungen ebenso fertig zu werden (Stichwort: Helmut Elsner), wie sie Reformen planen und umsetzen muss. Dabei ist ihr auf Grund reicher persönlicher Erfahrung die *soziale Funktion des Rechts und der Justiz* ein besonderes Anliegen. – Ich danke Frau Bundesministerin Berger dafür, dass sie zur Eröffnung unserer kleinen Tagung nach Innsbruck gekommen ist und damit der Rechtstatsachenforschung Anerkennung zollt. Vielleicht können wir gemeinsam etwas bewirken.

I. Thesen

Die mir zur Verfügung stehende Zeit zwingt mich zu knappen und andeutungsweisen Formulierungen in Thesenform: Ich darf Ihnen zunächst die Vortragenden vorstellen: ... [Siehe Tagungsprogramm: Seite 246]

Der bekannte deutsche Rechtssoziologe *Thomas Raiser* hat unlängst für Deutschland festgestellt: „*Die Rechtstatsachenforschung steht außer Frage.*“³ – Bei uns ist das anders! *Österreich* muss sich zu dieser Disziplin, die ein Österreicher ins Leben gerufen hat, erst durchringen. Dazu einen Anstoß zu geben, ist Ziel dieser Veranstaltung; gilt es doch künftig vermehrt neben rechtsdogmatischen auch rechtstatsächliche Einsichten zu beachten. – Um das Privatrecht und das Öffentliche Recht steht es dabei besonders schlecht; besser ist noch das Strafrecht dran (→ Kriminologie), obwohl auch hier die Bäume nicht in den Himmel wachsen. Gefragt ist heute neben der Aufbereitung des grundsätzlichen Zahlenmaterials auch Sensibilität gegenüber bestehenden sozialen Defiziten und realen Machtpositionen, seien es wirtschaftliche, politische oder sonstige.

Eine *moderne Rechtspolitik* braucht ein *empirisches Fundament*, ein *professionelles Befassen mit den Tatsachen des Rechts*; das gilt sowohl:

³ Grundlagen der Rechtssoziologie. 4., neu gefasste Auflage von ‚Das Lebende Recht‘ (2007⁴).

für das *Entstehen von Normen* (durch den Gesetzgeber: zB wäre das für die Regelung der Patientenverfügungen nötig gewesen⁴ und sollte künftig bei der Regelung der Sterbehilfe ebenso beachtet werden wie bei den dringenden Fragen der Patientenentschädigung und des vernachlässigten Medizinrechts)⁵, – als auch

bei der *Beobachtung und Kontrolle ihrer Wirkungen* (insbesondere bei Rechtsadressaten); dazu gehört auch die *Frage des Zugangs zum Recht*, der erstmals unter Justizminister Christian Broda in den 1970er Jahren politische Beachtung geschenkt wurde. – Wir müssen uns heute fragen, ob dieser Zugang noch gewährleistet ist? Es geht dabei politisch darum, dass das Recht seine wichtige soziale Funktion erbringen kann.

Anzustreben ist eine substanzielle *Zusammenarbeit von Politik* (Bundesministerium für Justiz), *Justiz* und *Wissenschaft* (Rechtswissenschaft + Rechtssoziologie + Statistik usw.!).

Wünschenswert wäre eine *Abteilung für Rechtstatsachenforschung im Bundesministerium für Justiz* mit dem vornehmlichen Aufgabenbereich:

Rechtspolitische Projekte *rechtstatsächlich vorzubereiten* und

den *Gesetzesvollzug zu begleiten* und *zu beobachten*, und das heißt auch die *(Aus)Wirkungen* von Gesetzen zu erforschen (*Evaluation*).

Für diese Aufgaben wäre ein *Budget* zu erstellen, das folgende Tätigkeiten finanziell abzudecken hätte:

Vergabe wissenschaftlicher Forschungsprojekte für den gesamten Aufgabenbereich der Abteilung für Rechtstatsachenforschung (im Bundesministerium für Justiz); das könnte eine verstärkte *grundlagenorientierte Forschung* in den Sektoren Justiz + Rechtsberufe + Rechtspolitik + Begleitforschung + Evaluierung und Implementation in allen Rechtsbereichen (und nicht nur dem Strafrecht) ankurbeln.

⁴ Vgl. dazu meine Ausführungen: Zur ‚Sorge um sich‘ am Lebensende. Das Patientenverfügungsgesetz als vertane Chance, die Patientenautonomie zu stärken, in: Memmer/Kern (Hg.), Patientenverfügungsgesetz. Stärkung oder Schwächung der Patientenrechte? 51-65 (Wien, 2006) sowie Barta/Kalchschmid (Hg.), Die Patientenverfügung – Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus (Wien/Münster, 2005).

⁵ Ich verweise dazu auf meine rechtspolitischen Überlegungen, etwa: Medizinhaftung (1995) oder Legistische Entwicklungsmöglichkeiten im Bereich der Medizinhaftung, in: Aktuelle Entwicklungen im Schadenersatzrecht. Vorträge gehalten bei der Richterwoche 2002 in Kufstein 101-125 (Wien, 2002).

Eine (möglichst hochwertige) *Justizstatistik* wäre Schritt für Schritt zu erstellen.

Daraus könnte künftig ein *Handbuch der Rechtstatsachen für Österreich* entstehen, das – wenn schon nicht jedes Jahr – so doch alle zwei Jahre erscheinen sollte.

Einer solchen Abteilung für Rechtstatsachenforschung (im oder doch unter Leitung) des Bundesministerium für Justiz käme auch insofern eine *Koordinationsaufgabe* zu, weil es künftig darum geht, besser als bisher bereits *vorhandene Daten zu sammeln* und *aufzubereiten*, wie darum, den derzeit *unbefriedigenden Datenstand* Schritt für Schritt *zu verbessern*.

Um die erwähnten Aufgaben effizient wahrnehmen zu können, braucht es *keine Großeinrichtung*, vielmehr kann mit *wenigen Planposten* (in BMfJ) das Auslangen gefunden werden. – Zu achten wäre aber auf eine sich ergänzende Kompetenz der Mitarbeiter/innen; Mischung aus Jurisprudenz, (Recht)Soziologie, Statistik. – In Ausbildung befindliche Richter/innen und Wissenschaftler/innen können in diese Einrichtung laufend eingebunden werden, womit die Rechtstatsachenforschung in Justiz und Wissenschaft getragen werden könnte.

Wichtig wäre – und deshalb wiederhole ich diese Forderung: Eine solche *Justizstatistik kann nicht nur das Strafrecht betreffen*, sondern muss *alle Rechtsbereiche einbinden*, was schrittweise erfolgen kann. – Einzubeziehen wären danach: Insbesondere das Zivil- und Privatrecht, das gesamte Öffentliche Recht und insbesondere auch das Verfahrensrecht;⁶ sinnvollerweise auch das Wirtschaftsrecht (einschließlich des Wettbewerbsrechts) und das Europarecht.

Für das Erstellen einer Justizstatistik wäre ein Projekt ins Leben zu rufen, das den Namen tragen könnte: *Justizstatistik-Informationssystem (JUSTIS)*; ausländische Modelle und Erfahrungen sind zu berücksichtigen.

Ein solches Erfassen der relevanten Rechtstatsachen fördert eine *lebendige Auseinandersetzung mit dem Recht*, was auch insofern wichtig wäre, weil dessen künftige Bedeutung eher zu-, als abnehmen wird! – Dadurch könnte in Politik, Justiz, den Rechtsberufen und der Rechtswissenschaft die demokratische Legitimation des gesamten Rechtswesens kontinuierlich gestärkt und Interesse gefördert werden.

⁶ Ich verweise diesbezüglich auf die Ausführungen von Kollegen Peter Mayr; s. Seiten 83 ff.

Jährliche Tagungen könnten abgehalten, eine *Schriftenreihe* gegründet sowie *Internetseiten/Homepages* des Bundesministerium für Justiz sowie anderer justizieller, administrativer und universitärer Einrichtungen geschaffen werden.

II. Ausblick

Im Vorfeld der *200 Jahr-Feiern des ABGB* (1811/1812-2011/2012)⁷ kommt auch der Rechtsstatsachenforschung Bedeutung zu; geht es doch auch darum zu wissen, was – um mich erneut der Diktion Eugen Ehrlichs zu bedienen – vom ABGB noch ‚lebt‘ und was bereits ‚totes‘ Recht ist und welche Rolle manche Rechtsinstitute – neue wie alte – im Rechtsleben spielen. Eine Reform des ABGB sollte sich auch an diesen Einsichten orientieren.⁸ Hilfreich könnte die Rechtsstatsachenforschung auch dabei sein, wenn zu entscheiden ist, welche bislang gesetzlich nicht geregelten Verträge ins Gesetz aufgenommen werden sollen und welche nicht. – Um einige Beispiele zu nennen: Die praktische Bedeutung spricht für die Aufnahme des medizinischen (und überhaupt des) *Behandlungsvertrags* in das ABGB,⁹ wogegen etwa die Aufnahme des Franchising- und Factoringvertrags nicht zwingend ist; diese Verträge gehören in das UGB, zumal ihre Schwerpunkte nicht im bürgerlichen, sondern im Unternehmensrecht liegen. Anders ist dies wiederum mit dem *Bestattungsvertrag*, dessen Regelung im ABGB dazu genutzt werden könnte, um einige Lücken des ABGB-Totenrechts zu schließen.¹⁰

⁷ Vgl. Barta/Pallaver (Hg.), Karl Anton von Martini. Ein österreichischer Jurist, Rechtslehrer, Justiz- und Bildungsreformer im Dienste des Naturrechts (Wien/Berlin, 2007) und schon Barta/Palme/Ingenhaeff (Hg.), Naturrecht und Privatrechtskodifikation. Martini Colloquium 1998 (Wien, 1999).

⁸ Sich für wohlüberlegte und sorgfältige Anpassungen des ABGB auszusprechen bedeutet nicht, es zum unberührbaren Denkmal zu erheben; aber eine solche Haltung tritt für einen moderaten, verständnisvollen und sprachlich wie inhaltlich sensiblen Umgang mit unserer Privatrechtskodifikation ein. Denn das ABGB kann uns noch gute Dienste leisten, da eine europäische Kodifikation noch in weiter Ferne liegt.

⁹ Die Regelung hätte klarzustellen: Der Behandlungsvertrag wurde bisher nahezu übereinstimmend als freier Dienstvertrag verstanden. Bestrebungen, den Behandlungsvertrag künftig als sogenannten Dienstleistungsvertrag zu qualifizieren, bringen nichts als Verwirrung; denn Dienstleistungen werden mit jedem Werkvertrag erbracht und nicht nur mit Dienstleistungsverträgen. Es ist daher vorzuziehen, das bisherige Verständnis des Behandlungsvertrags als freier Dienstvertrag beizubehalten. – Eine solche Regelung verlangt aber auch danach, den Dienstvertrag des ABGB als Dienst- oder Arbeitsvertrag umzubenennen und den freien Dienstvertrag miteinzubeziehen.

¹⁰ Vgl. dazu meine Ausführungen, in: ‚Rechtswissenschaft und Psychoanalyse‘, Rechtsdenken als Kulturarbeit, in: Ernst/Walter (Hg.), Psychoanalyse an der Universität 40 ff (Wien, 2004) sowie mein Zivilrecht, Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken II 728 und I 259, 537 (Wien, 2007²).

Eine *Synthese von Rechtstatsachenforschung* und (*Rechts*)*Politik*¹¹ wird aber nur gelingen, wenn alle an der Rechtsgestaltung beteiligten Kräfte zusammenwirken: Wissenschaft und Praxis, Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaften, Justiz (Richter, Rechtspfleger, Justizbeamte), Rechtsanwälte und Notare, Vertreter von Verbänden, Ministerien und sonstiger Einrichtungen. Für alle diese rechtlichen Berufsgruppen und Bereiche könnte die Rechtstatsachenforschung Grundlagenmaterial aufbereiten. – Auf diese Weise könnte von der öffentlichen Hand (hier dem Bundesministerium für Justiz) ein substanzieller Beitrag geleistet werden, um Rechtspolitik, Justiz und Rechtswissenschaft auf der Höhe der Zeit zu halten und als autonome Einrichtungen zu gestalten. – Privatisierungen im (Vor)Feld von Recht und Rechtsanwendung könnten eher vermieden werden und damit der häufig damit einhergehende gesellschaftliche Qualitätsverlust. Denn, um erneut mit Eugen Ehrlich zu sprechen:

„...der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung lieg[t] auch in unserer Zeit, wie zu allen Zeiten, weder in der Gesetzgebung noch in der Jurisprudenz oder in der Rechtsprechung, sondern in der Gesellschaft selbst.“¹²

Ich möchte noch vorausschauend erwähnen: Geplant ist eine *Publikation der Tagungsreferate* und ein *Weiterführen der Veranstaltung im nächsten und übernächsten Jahr*, denn wir konnten einige Fächer und Vortragende dieses Mal nicht mehr unterbringen; so blieben Handels- und Unternehmensrecht, Firmenbuch, aber auch Grundbuch und andere sachen- und schuldrechtliche Problemfelder, wie das Wohnungseigentum und das Mietrecht, insbesondere aber das Familien- und Erbrecht vor der Tür.

III. Rückblick

Schließen will ich mit einem Text, den ich vor 15 Jahren im Rahmen meiner Einführung in Werk und Leben Franz Gschnitzers veröffentlicht habe:¹³

Zum Vorwort Franz Gschnitzers zu Jurij Fedyskyj, Rechtstatsachen auf dem Gebiete des Erbrechts im Gerichtsbezirk Innsbruck 1937-1941 (1968 > S. 677):¹⁴ Wir

¹¹ Dazu Barta/Ganner, Plädoyer für eine neue Rechtspolitik in Österreich, in: Dimmel/Schmee (Hg.) *Politische Kultur in Österreich 2000-2005*, 199-209 (Wien, 2005).

¹² Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Vorrede (1913).

¹³ In: Barta/Kohlegger/Stadlmayer (Hg.), *Franz Gschnitzer Lesebuch* 39-41 (Wien/Innsbruck, 1993).

¹⁴ Die Verweisungen beziehen sich auf das Franz Gschnitzer Lesebuch (1993).

haben uns in hohem Maße daran gewöhnt, nicht mehr ‚selbst‘ zu leben, sondern gelebt zu werden. Unsere Zivilisation führt uns am Gängelband, läßt uns wenig Raum für eigenes, autonomes Sehen und Erleben. Gesellschaftliche Rahmenbedingungen, Gewohnheiten, Medien, Werbung etc. normieren unseren Alltag. Wir leben mehr und mehr aus vorgefaßten und übernommenen (Wert)Vorstellungen und Begriffen, denn eigenem Erleben, eigener Einsicht in die Wirklichkeit; leben nicht (eigen)verantwortlich, sondern ‚kopieren‘ oft nur Vorgegebenes. – Ausgeprägt tritt uns diese Tendenz auch in den Wissenschaften entgegen, die sich mitunter im Äther verdünnter Begrifflichkeit und Form etc. bewegen. Das gilt nicht nur für Philosophie, Theologie oder kunstgeschichtliche Betrachtungen, auch die Rechtswissenschaft blieb davon nicht verschont. Ein angeblich neues, vertieftes Methodenbewußtsein weist leider oft nur den Weg in eine Richtung, die wegführt von der Wirklichkeit und hin zu schemenhaften Kunstgebilden des juristischen Dings an sich. In Wahrheit bemänteln überzogene juristische Methodenansprüche oft nur schlecht die Blöße disziplinärer und ideologischer Wert- und Machtansprüche. Gschnitzer war sich dieser Gefahr bewusst. – Hier gilt es zunächst innezuhalten, sich zu besinnen und schließlich im Sinne des Erkannten gegenzusteuern, zumal sonst der Mensch auf der Strecke bleibt.

Die Rechtstatsachenforschung stellt solchen Tendenzen einen – im besten Wortsinn – bodenständig-erdhaften Denkansatz entgegen, indem sie versucht die Rechtswirklichkeit, das Rechtsleben im Sinne Eugen Ehrlichs ohne Beschönigung so zu sehen wie es tatsächlich ist und das erlangte Bild für die juristische Arbeit fruchtbar zu machen. Keine dürre und inhaltsleere Wortmusik, nein, Rechtstatsachenforschung ätzt nicht mit begrifflich-methodischer Säure das Fleisch von den Knochen rechtlich relevanter Sachverhalte, sondern sie ist bestrebt, das lebende und sich entfaltende Recht zu fassen, um dadurch dem Menschen zu dienen. Das Ergebnis kann bestätigend oder rechtspolitisch verändernd sein. So wie der Einzelmensch im Laufe seines Lebens trachten muss, seine persönliche Wahrnehmung zu vervollkommen, d.h. wirklichkeitsgerechter zu gestalten, sollte auch die Rechtswissenschaft bestrebt sein, das Rechtsleben nicht an einem imaginären Buchleben (*law in the books*) auszurichten, sondern den Mut aufbringen, das Recht auch in seinen Niederungen, Verengungen und Verzerrungen des Alltags anzuschauen (*law in action*). Dies in dem Sinn, dass nicht ignoriert wird, was es wahrzunehmen gilt, um Fehlentwicklungen zu beseitigen, aber auch um positive Ansätze zu stärken oder ans Licht zu heben. Dies zu erwähnen ist nicht überflüssig, zumal Rechtsdogmatik dazu tendiert, Begriff und Konstruktion über die Wirklichkeit zu stellen – Die Rechtstatsachenforschung, als Bindeglied der Rechtswissenschaft zu den Sozialwissenschaften, insbesondere der Rechtssoziologie, muss ernst genommen werden, was auch dem Pri-

vatrecht gut täte. Denn die Rechtstatsachenforschung ist eine natürliche Partnerin der Rechtsdogmatik und der Rechtspolitik.¹⁵ Die praktische Bedeutung der Rechtstatsachenforschung für Dogmatik und Legistik dürfte Geschnitzer erneut deutlich geworden sein, als er 1935 sein Gutachten für den deutschen Juristentag in der Tschechoslowakei verfasste.^{16, 17} Als Dissertationsvater Jurij Fedynskyjs kommt er (während des Krieges) darauf zurück.... Die bescheidene Fortführung seines rechtstatsächlichen Beginns an unserem Institut besitzt daher eine gewisse Tradition.¹⁸

Ich möchte allen danken, die dazu beigetragen haben, diese kleine Tagung zu ermöglichen, sei es finanziell, als Vortragende oder durch sonstige Unterstützung – und der Freude der Veranstalter darüber Ausdruck verleihen, dass neben Lehrenden, auch Studierende an der Tagung mitwirken. Das entspricht unserer Tradition; denn Franz Gschnitzer hat schon in den 1960er Jahren die erste namhafte rechtstatsächliche Arbeit im Nachkriegsösterreich veröffentlicht geholfen: *Jurij Fedynskyjs Dissertation* (1968).¹⁹

¹⁵ Viele Gschnitzer-Texte sind auch in dieser Hinsicht didaktisch anregend und sollten von Studierenden gelesen werden. Dies aus mehreren Gründen; enthalten sie doch rechtsgeschichtliche Einsichten ebenso wie dogmatische, und darüber hinaus stehen immer wieder materiellrechtliche Ergebnisse und deren prozessuale Bezüge in Genese und Wechselwirkung nebeneinander. Wo wird etwa das Fortschreiten vom gebundenen Beweisrecht zu freien richterlichen Beweiswürdigung (zB § 272 ZPO) so anschaulich (als Parallele der Entwicklung privatrechtlicher Form) dargestellt als in Gschnitzers Abhandlung in der spanischen Festschrift Tobenas „Formloser letzter Wille“ (1969 > S. 679). – Diese mutigen Ausführungen Gschnitzers, die erst nach seinem Tod erschienen sind, stellen für rechtskundige Leser einen Lesegenuß dar.

¹⁶ Vgl. den Hinweis bei N. Grass (> S. 1190), wonach Gschnitzers Interesse an Erbrecht und Rechtstatsachenforschung von seinem Lehrer Friedrich von Woess beeinflusst worden ist.

¹⁷ Der bäuerliche Rechtskreis mit seinen Rechtsinstituten der vorweggenommenen Erbfolge/Gutsübergabe, von Anerbenrecht und Realteilung, Aufgriffsrecht, Vorhau- sungs/Interimswirtschaft und Heimgangsrecht beschäftigte Gschnitzer lebenslang (> S. 339). Gschnitzer war Abgeordneter des Tiroler Bauernbundes im Nationalrat. In diesem Zusammenhang interessierte er sich auch für alte Rechtsbräuche und -sitten im ländlichen Bereich (vgl. seinen Vortrag > S. 451 und dem Nachruf von N. Grass > S. 1187). – Vgl. für Südtirol den Beitrag von Augsburg, abgedruckt S. 194 ff.

¹⁸ Zur Überlegung, eine ursprünglich geplante dritte Auflage des „Gschnitzer Lehrbuchs“ unter anderem mit einer ernstzunehmenden rechtstatsächlichen und rechtssoziologischen Dimension zu versehen, vergleiche meine Ausführungen im: „Krakauer Vortrag“ (siehe Anmerkung 9). Vorträge dazu wurden in Form von Diplomarbeiten und Dissertationen geleistet; vgl. etwa die Dissertationen von Maria Würzburger, Die Bedeutung der Rechtstatsachenforschung und Rechtssoziologie für das Familienrecht (1991) oder Monika Niedermayr, Kostenlose Rechtsberatung außerhalb gerichtlicher Verfahren. Theoretische Modelle und ihre Verwirklichung durch Tiroler Rechtsberatungsinstitutionen (1990). – Eine aktualisierte Zusammenstellung privatrechtlicher rechtstatsächlicher Diplomarbeiten und Dissertationen kann über das Institut für Zivilrecht angefordert werden; vgl. den auf den Seiten 234 bis 239 abgedruckten Beitrag von Helmuth Lichtmanegger.

¹⁹ Dazu im Pkt. III.

Ich wünsche der Tagung einen guten Verlauf mit interessanten Vorträgen und Diskussionen und bitte Frau Bundesministerin Dr. Maria Berger um ihre Eröffnungsworte.

Maria Berger

Einleitende Worte der Frau Bundesminister für Justiz

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zunächst bedanke ich mich für die Einladung, an dieser Tagung teilzunehmen. Ich habe diese Einladung sehr gerne angenommen, bietet sie mir doch die Gelegenheit wieder an meine alte Universität zurückzukehren und meine Kollegen aus Studenten- und Assistentenzeiten wieder zu treffen

Der Ankündigung zur „Tagung Rechtstatsachenforschung heute“ entnehme ich die Behauptung, die Datenlage im gesamten Rechtsbereich, nämlich sowohl für die Justiz, als auch für die Anwaltschaft, das Notariatswesen und zahlreiche andere relevante Rechtsbeziehungen, sei derzeit schlecht oder gar nicht aufbereitet.

Dies gelte für das Öffentliche und das Privatrecht, aber auch das Strafrecht sowie andere Rechtsgebiete und habe Auswirkungen auf den Bereich der Lehre und insbesondere auf die Rechtspolitik.

Es sei bedauerlich, dass in Österreich Bemühungen um die Grundlagen des Rechts in Gesellschaften aufzuzeigen in den vergangenen Jahren weder von der Politik, noch der rechtswissenschaftlichen Theorie und Praxis ernst genommen worden sei.“

Hat die Politik und öffentliche Verwaltung diesen Blick in den Rechtsalltag verloren, den uns Eugen Ehrlich lehren wollte und das von Mag. Lichtmannegger vom Institut für Zivilrecht der Universität Innsbruck unlängst in „Der Presse“ treffend beschrieben wurde¹ -, unseren „Blick in den Rechtsalltag“ zu schärfen. Haben wir die Orientierung verloren, wie das Gesetz von den Gerichten und dem Publikum tatsächlich angewandt wird, welche Zwecke tatsächlich mit den Normen verbunden werden und welche Wirkungen die Gesetze äußern?²

Liest man das „Plädoyer für eine neue Rechtspolitik in Österreich“, verfasst vom heute einladenden Ordinarius Prof. Barta und Herrn Dozent Ganner, scheint diese Frage erschreckenderweise mit ja zu beantworten

¹ Mag. Helmuth Lichtmannegger, „Pro und Kontra Pflichtteilsrecht: Zuerst Rechtstatsachen prüfen“, „Die Presse“, Printausgabe vom 29. Mai 2007

² Klaus F. Röhl: Zur Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht, Universität Bochum

sein: Beklagt wird der mangelnde rechtspolitische Diskurs, fehlende organisatorische Vorkehrungen, fehlende Lösungskompetenz und das Fehlen eines begleitenden rechtspolitischen Diskurses zwischen Politik und Wissenschaft.

Kritisiert wird, mein Ministerium würde im Gegensatz zum deutschen Bundesministerium der Justiz über kein eigenes Referat oder eine eigene Abteilung für Rechtstatsachenforschung verfügen. Die Qualität der zur Verfügung stehenden Justizstatistiken würde den rechtspolitischen Ansprüchen und Reformvorhaben neben einer gewissen Unwilligkeit der Ministerialbürokratie entgegenstehen.

Es ist mir ein persönliches Bedürfnis, dazu Stellung zu nehmen. Zum einen muss ich leider den Befund weitgehend bestätigen. Vor allem im Bereich der Gnadensachen und in Bezug auf Rückfallsstatistiken fehlen aussagekräftige Statistiken.

Es ist daher mir und den Beamten meines Hauses ein immer stärkeres Bedürfnis, mit Hilfe der Rechtstatsachenforschung legislative Maßnahmen nicht nur vorzubereiten und zu entwerfen, sondern auch nach In-Kraft-Treten auf ihre Wirksamkeit zu evaluieren.

So wurde etwa seit Aufhebung des § 209 StGB wiederholt die Frage aufgeworfen, wie viele Verurteilungen nach dieser Bestimmung nicht getilgt wurden. Insbesondere hat der Herr Bundespräsident im Rahmen von Begnadigungen nach § 209 StGB Verurteilter nach tilgungsrechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen. Die Universität Wien wurde daher mit einem entsprechenden Prüfungs- und Forschungsprojekt beauftragt, bei dem alle inländischen Verurteilungen nach § 209 StGB bzw. den entsprechenden Vorläuferbestimmungen, bei denen bislang keine Tilgung im Sinne des Tilgungsgesetzes erfolgt ist, erhoben werden.

Im Bereich Strafrecht und Kriminologie wurde im Rahmen des Modellversuchs „gemeinnützige Leistungen statt Ersatzfreiheitsstrafe“ die Durchführung der Begleitforschung zum Modellversuch beauftragt. Quantitative und qualitative Ergebnisüberprüfungen mit Blick auf die Zusammenarbeit und die Erfahrungen der Projektbeteiligten, die haftvermeidenden Wirkungen der Alternativsanktionen sowie die Rolle der Sozialarbeit stehen im Mittelpunkt des Forschungsprojekts.

Aber nicht nur im Strafrecht sondern auch im Bereich der Zivillegistik werden die Auswirkungen von Maßnahmen begleitend evaluiert: Insbesondere zum Kindschaftsrechtsänderungsgesetz 2001, und dort zur Obsorge beider Elternteile nach Scheidung wurden die Auswirkungen mit den ebenfalls untersuchten Konsequenzen der alleinigen Obsorge nach

Scheidung erforscht und die gesetzlichen Maßnahmen evaluiert. Zusätzlich wurde flankierend erhoben, ob die Einrichtung eines Kinderbeistandes in eskalierten Obsorge- bzw. Besuchsrechtsstreitigkeiten für die betroffenen Kinder von Vorteil sei.

Ressortübergreifend widmete sich zuletzt eine Studie der Erhebung der Kosten auf Grund häuslicher Gewalt in den Bereichen Sicherheitsexekutive, Justiz, Arbeit, Sozialhilfe, Gesundheit und Beratungseinrichtungen.

Eine Studie zu den Auswirkungen des Sachwalterrechtsänderungsgesetzes 2006 wurde ebenso beauftragt, um die Implementation des Gesetzes zeitnah zu beobachten und die Wirksamkeit der Reform weiter zu steigern. Ein Projekt zur Entwicklung von Kennzahlen für die gerichtliche Sachwalterrechtspraxis als Grundlage für die Abschätzung des Bedarfs an (Vereins)Sachwaltern ergänzt diese Maßnahmen.

Darüber hinaus gibt es Kooperationen mit dem Institut für gerichtliche Medizin der Universität Graz zur Erforschung von nicht invasiven Untersuchungsmethoden zur frühzeitigen Dokumentation von Verletzungen von Verbrechens- und Unfallopfern sowie eine Studienreihe der Technischen Universität Graz zur Analyse von tödlichen Verkehrsunfällen.

Allein die aus dem Jahr 2006 und 2007 exemplarisch erwähnten Forschungs- und Projektvorhaben dokumentieren das vorhandene Interesse der Rechtspolitik an Ergebnissen der Rechtstatsachenforschung.

Die im Bereich einer mangelnden oder lückenhaften Gerichtsstatistik attestierte „Fehlsichtigkeit“ habe ich nach meinem Amtsantritt zu korrigieren begonnen:

Die Reaktivierung der Rückfallsstatistik und die komplette Überarbeitung der Datengrundlagen für die Kriminaljustiz sind mir dabei ein besonderes Anliegen. Zu diesem Zweck habe ich eine eigene wissenschaftlich begleitete Arbeitsgruppe eingerichtet.

Jedoch auch für die Organisationsentwicklung und Qualitätssicherung in der Justiz werden neue Datengrundlagen erforderlich sein. Die Nachfrage der Politik, der Wissenschaft und internationalen Institutionen steigt in diesem Bereich ständig.

Die zunehmenden Wünsche nach laufend aktuellen Antworten auf die teils wechselnden Fragestellungen finden jedoch ihre Grenzen im Prinzip der sparsamen und effizienten Verwaltung:

Es darf nicht übersehen werden, dass die laufende Erfassung von statistischen Merkmalen bei jährlich mehr als drei Millionen an die Justiz gericht-

teten Anträgen, Klagen oder Anzeigen selbst bei geringen Bearbeitungszeiten große Personalkapazitäten beansprucht. Nichts desto trotz werden die Grundlagen für die Justizstatistiken sowohl im rechtspolitischen wie auch im betriebswirtschaftlichen Bereich überarbeitet:

Durch die Einrichtung eines Data-Warehouses und die mit unserem Nachbarn Kroatien gemeinsam zu verbessernde betriebliche Statistik wird die in diesen Bereichen international mehrfach ausgezeichnete österreichische Justiz ihre Leistungen noch steigern.

Wie uns der internationale Vergleich vor allem im Rahmen der von der Kommission für die Effizienz der Justiz des Europarates durchgeführten Studien zur Evaluierung der Justizsysteme zeigt, ist Österreich im Gegensatz zu vielen anderen Staaten der Europäischen Union in der Lage, fast alle erforderlichen Daten aktuell liefern zu können.

Ich kann ihnen daher versichern, dass im Rahmen der österreichischen Justizpolitik in Zukunft die gesellschaftlichen Dringlichkeiten und der Nutzen von Reformvorhaben entscheidend sein werden. Dazu wird es immer einer rechtstatsächlichen Gewichtung bedürfen. Die Bedeutung der Rechtstatsachenforschung wird weiter zunehmen. Mir wird es daher ein fortgesetztes Anliegen sein, die Rolle der Rechtstatsachenforschung zu fördern und zu unterstützen. Nur so werden wir im Sinne Eugen Ehrlichs die Lücken im Recht schließen, das tote Gesetz überwinden und den „juristischen Tatsachen“ lebendig ins Auge blicken können.

Christa Pelikan

Vom Nutzen rechtssoziologischer Forschung für die Justiz

Dieser Beitrag handelt von empirischer rechtssoziologischer Forschung, einer Forschung wie sie seit mehr als 20 Jahren am Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie (IRKS), einem unabhängigen Forschungsinstitut durchgeführt wird – in engem Kommunikationszusammenhang insbesondere mit dem Bundesministerium für Justiz.

Ich werde aus dieser Forschungspraxis berichten und ich werde versuchen, herauszukristallisieren, was ich für die zentralen Elemente einer solchen Forschung halte, die es wert sind, weiter entwickelt zu werden.

1. Was tut rechtssoziologische Forschung?

Rechtssoziologie ist mit zwei Fragestellungen befasst:

Welche sind die gesellschaftlichen Verhältnisse und die gesellschaftlichen Kräfte, die die Entstehung von Recht und von Gesetzgebung tragen und sie konstituieren?

Welche sind die gesellschaftlichen Verhältnisse, auf denen Recht, auf die vor allem neu zu schaffende rechtliche Regelungen ‚aufsitzen‘. (Das wären wohl die ‚Rechtstatsachen‘ im engeren Sinn); und

Welche Auswirkungen hat Recht, haben rechtliche Bestimmungen, Gesetze und deren Durchsetzung auf das Leben der Menschen, der Rechtsbenefiziare.

Der Nutzen, den ich meine, kann wohl am deutlichsten durch Beiträge einer empirischen Rechtssoziologie zur Beantwortung der beiden letzteren Fragen gestiftet werden. Man könnte auch sagen, dass die von einer empirischen Sozialforschung gelieferten Daten und Zahlen dazu dienen, einerseits besser zu verstehen, worauf das Recht auftrifft, und andererseits ein besseres Bild davon zu bekommen, was das Recht tut und wie es wirkt. Beides steht in einem Verhältnis wechselseitiger Beeinflussung.

Wie eine solche Forschung aussehen kann und auf welche Weise sie einen solchen Nutzen entfalten kann, will ich anhand von Beispielen aus der Forschungspraxis der IRKS darstellen.

Voranstellen möchte ich jedoch eine kurze Skizze:

2. Welche Sorten empirischer Sozialforschung im Bereich des Rechts gibt es?

Die geläufigste, vielleicht auch die ‚gefragteste‘ Sorte von empirischen Erhebungen sind

/ *Surveys*

Hier geht es um die Zulieferung von Zahlen, entweder aufbereitet auf der Grundlage von bereits existierenden statistischen Erhebungen, oder mittels speziell durchgeführter Befragungen. Es sollen repräsentative sozial-statistische Daten vorgelegt werden, auf die man sich für Reformvorhaben stützen kann. Sie sollen Auskunft geben über die Größenordnung von Phänomenen und die Verteilung von Erfahrungen, von Einstellungen und Erwartungen in der Bevölkerung oder bestimmten Bevölkerungsgruppen. Ein Beispiel dafür wäre die Erstellung eines europäischen vergleichenden Opfersurveys (wie er derzeit im Rahmen des EUROSTAT-Programms geplant ist).

/ *Sozialwissenschaftliche und rechtsvergleichende Reviews*

Hier wird anstelle eines eigenständigen Surveys – gleichzeitig jedoch meist mit erweiterter und ausdifferenzierter Fragestellung – ein Überblick über anderswo erstellte Surveys und sozialwissenschaftliche Studien geboten. In der Praxis des IRKS geschah das zumeist in Form eines Ländervergleichs. Dazu trat dann ein Vergleich der jeweiligen themenspezifischen rechtlichen Regelungen in unterschiedlichen Ländern in rechtssoziologischer Perspektive. Beispiele sind die Studie über die rechtlichen Regelungen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die Studie über die gemeinsame Ob-
sorge und die Stalking-Studie – die beiden letzteren für das ‚Frauenbüro‘ (MA 57).

Das führt direkt zu jenen Studien, die man als *Rechtstatsachenforschung* im engeren Sinn bezeichnen könnte:

/ spezifische empirische ‚rechtstatsächliche‘ Studien.

die auf die eigenständige Erhebung von sozialen Fakten, vor allem von Erwartungen und potentiellen Bedürfnissen von Rechtsbenefiziären abstellen und sich dazu einer Kombination von quantitativen und qualitativen Methoden bedienen. Die zugrunde liegenden Fragestellungen lauten hier: Sind gesetzgeberische Schritte oder sonstige Maßnahmen bei der Gesetzesimplementierung im Rahmen der Justizverwaltung bzw. in Kooperation mit anderen Einrichtungen erforderlich?

Als ein Beispiel für solche Forschungen werde ich auf die Scheidungsstudie: ‚Schutz vor Übervorteilung im Scheidungsverfahren‘ weiter unten näher eingehen.

/ Sozialwissenschaftliche Begleitforschung

stellt einen spezifischen Typus einer ‚interaktiven Forschung‘ dar. Das Besondere ist dabei einerseits die enge Kooperation zwischen den Akteuren eines Modellprojekts und der Forschung, zum anderen – damit eng zusammenhängend – ist es die Kombination von Evaluations- und Aktionsforschung. Wir haben das zum ersten Mal bei der Begleitforschung zum Außergerichtlichen Tatausgleich (ATA) entwickelt. In der Folge dann im Zusammenhang mit dem dreiteiligen Pilot Projekt: Familienberatung am Gericht – Familienmediation – Kinderbegleitung bei Scheidung und Trennung. Schließlich stellt auch die Studie zu den Grundlagen für die Implementation des Heimaufenthaltsgesetzes eine Form der Begleitforschung dar. Auch darauf werde ich näher eingehen.

/ Evaluations- und Wirkungsforschung

Die Frage ist hier: was bringt’s, bzw. was hat’s gebracht? Cui bono? Bedarf es des Ausbaus, der Ergänzungen, Modifikationen, oder der Beseitigung einer bestimmten gesetzlichen Regelung und der Modi ihrer Anwendung und ‚Durchsetzung‘?

Die zweite Phase der Untersuchung zum Heimaufenthaltsgesetz stellt eine solche Evaluationsforschung dar; als Wirkungsforschung im engeren Sinn könnte man die Studie: ‚Die Wirkungsweisen strafrechtlicher Interventionen bei Gewaltstraftaten in Paarbeziehungen‘ bezeichnen.

3. Beispiele aus der Forschung

3.1. Sozialwissenschaftliche und rechtsvergleichende Reviews:

3.1.1. ‚Die rechtliche Regelung nichtehelicher Lebensgemeinschaften‘ oder: Wie viel und welches Recht brauchen Männer und Frauen, die in nichtehelichen Lebensgemeinschaften leben?

In der Mitte der 80er-Jahre wurde das IRKS gebeten, eine sozialwissenschaftliche Studie über: ‚Die rechtlichen Regelungen der nichtehelichen Lebensgemeinschaften‘ zu erstellen. Auch damals wollte man bereits ‚verlässliche‘ und vor allem repräsentative Daten über die quantitative Verbreitung dieser Form des Zusammenlebens und über die Zukunftsvorstellungen, sowie die Erwartungen, die Frauen und Männer in solchen informellen Beziehungen gegenüber dem Recht haben. Die – vor allem finanziellen – Voraussetzungen für einen großen Survey, wie er einige Zeit

davor (1985) in Deutschland im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Jugend und Gesundheit vom Emnid Institut in Bielefeld durchgeführt worden war, fehlten freilich. Wir haben jedoch Folgendes gemacht: Wir haben einerseits das Phänomen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, der ‚free unions‘, unter soziologischen Gesichtspunkten in unterschiedlichen Gesellschaften Europas und Amerikas (inklusive Südamerika) betrachtet und das dazu existierende demographische Zahlenmaterial sammelt. Die bestehenden rechtlichen Regelungen in einzelnen Ländern, in Deutschland, Frankreich, England und Wales, in Schweden, in den USA, in Jugoslawien und natürlich in Österreich, wurden in historischer Perspektive und vor dem Hintergrund vorangegangener rechtssoziologischer Analysen – insbesondere zur Bedeutung des Ehegattenunterhalts – systematisch aufbereitet. Dabei wurden sowohl privatrechtliche als auch öffentlichrechtliche (sozialrechtliche) Regelungen und Leistungen in die Betrachtung einbezogen, ja deren Zusammenwirken gerade im Bereich des Unterhaltsrechts besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Schließlich habe ich eine empirische Studie der folgenden Art gemacht: Ich habe mit ehewilligen Paaren (die ich bei der Anmeldung auf den Standesämtern ansprach) und mit einer etwa gleichen Anzahl von unverheiratet zusammenlebenden Paaren (die ich von den ‚Ehewilligen‘ aus ihrem Bekanntenkreis genannt bekam) ausführliche Interviews (insgesamt etwa 50) geführt, bei denen es um folgende Themen ging:

/ Die Motivation für die Entscheidung zu heiraten oder nicht zu heiraten;

/ die Gestaltung des Alltags, d.h. die Aufteilung von Hausarbeit, die Regelung der finanziellen Angelegenheiten, die Freizeit- und Urlaubsarrangements und die Art wie die Betreuung eines Kindes erfolgt, oder wie sie geplant ist;

die Vorstellungen hinsichtlich der Bewältigung potentieller Krisensituationen oder schwieriger Entscheidungssituationen; und hinsichtlich solcher Situationen schließlich

/ die potentielle Nutzung des Rechts als Instrument zur Durchsetzung konfligierender Interessen.

Ergänzend dazu wurde schließlich noch eine Reihe von ExpertInneninterviews, vorwiegend mit SozialarbeiterInnen der Jugendwohlfahrt und zwar sowohl Einzel- als auch Gruppeninterviews durchgeführt.

Als Ergebnis dieses recht aufwändigen Forschungsdesigns konnten einige recht klare Aussagen gemacht werden, vor allem die, dass Bedürfnisse nach gesetzlichen Normierungen, die über die – etwa im Mietrecht und im Sozialversicherungsrecht – bestehenden Regelungen der ‚Lebensgefähr-

tenschaft' hinausgehen – von den ProtagonistInnen der ‚neuen‘ freien Lebensgemeinschaften nicht geäußert wurden. Verständnissvolle Befürwortung fand am ehesten eine Korrektur der Rechte des unehelichen Vaters in Richtung auf die Statuierung einer gemeinsamen Obsorge der in einer solchen formlosen Ehe lebenden Kindeseltern. Wie überhaupt sich damals bereits abzeichnete, dass die Eltern-Kind-Beziehungen einen prekär und sensibel gewordenen Bereich darstellten. Der familienrechtssoziologische Befund lautete hier, dass die Dejuridifizierung der Paarbeziehung mit einem verstärkten Regelungs- (Juridifizierungs) Bedarf für die Eltern-Kind-Beziehung einhergeht. Diesbezüglich hat sich in der Folge dann auch einiges bewegt. Insgesamt blieb die Forschungsarbeit freilich zum damaligen Zeitpunkt wenig genutzt und ist mittlerweile natürlich – jedenfalls in ihrem empirischen Teil – ‚überholt‘.

3.1.2. Die ‚Stalking-Studie‘, oder: Was wissen wir über das Phänomen Stalking, welche rechtlichen Regelungen gibt es anderswo – was braucht und will man in Österreich?

Diese Studie wurde im Auftrag der Frauenabteilung des Magistrats der Stadt Wien (MA 57 – Frauenförderung und Koordinierung von Frauenangelegenheiten) erstellt. Der Forschungsgegenstand dieser Studie wurde eingangs beschrieben als gekennzeichnet:

/ durch enorme Breite des Spektrums der Ereignisse und durch ihre Vielfalt.

Ein klares und kohärentes Bild zu entwerfen, erweist sich von daher als überaus schwierig. Das beginnt bereits damit, dass der Begriff des Stalking in sehr unterschiedlicher Weise verwendet wird; es findet auch seinen Niederschlag in den gesetzgeberischen Aktivitäten, die häufig sehr offen gefasste Tatbestände betreffen und große Interpretationsspielräume eröffnen.

/ durch die Tatsache, dass die Beschäftigung mit dem Phänomen weitgehend gleichzeitig mit gesetzgeberischen Aktivitäten auftritt.

Das ist ungewöhnlich und abweichend von dem Gang, den die Entstehung von neuen Gesetzen zumeist nimmt, wo zwischen der Wahrnehmung eines Phänomens als ‚soziales Problem‘ und dem Erheben der Forderung nach rechtlichen Interventionen doch einige Zeit verstreicht.

Für Stalking gilt: es wahrnehmen heißt, es rechtlich zu sanktionieren

(Diese Gleichzeitigkeit manifestiert sich auch darin, dass bei der Definition von Stalking eine große Nähe von rechtlichen Definitionen und den von der Psychologie und den Sozialwissenschaften angebotenen festzustellen ist.)

Auch hier wurde einerseits in einem Review sozialwissenschaftliche Evidenz zum Phänomen Stalking aufbereitet, andererseits die in mehreren Ländern bestehenden rechtlichen Regelungen in rechtssoziologischer Perspektive analysiert und systematisch dargestellt. Dabei wurde dem Verhältnis von straf- und von zivilrechtlichen Instrumenten zur rechtlichen Bearbeitung des Problems und der Rolle, die dabei der Polizei zugedacht wurde, besondere Aufmerksamkeit zugewandt.

Die Ergebnisse dieser Analysen wurden in einem Schaubild zusammengefasst. Ich möchte es im folgendem hier präsentieren, weil das doch einen gewissen Eindruck von dieser Vorgangsweise und ihren Resultaten bietet.

Die Stalking-Gesetzgebung (in der Studie behandelte Länderbeispiele):

Bereich Land	Strafrechtl. Bestimmungen	Strafrechtliche 'Weisungen'	Zivilrechtl. Anordnungen	Strafbewehrung	Besond.
U.S. Bundes- Staaten	„Anti-Stalking Laws“ in allen Bundesstaaten (1990: Kalifornien)	in allen Bundesstaaten möglich	Bestehen	Bestandteil der Anti-Stalking Laws; (Vergehen o.Verbreichen)	
Australien	Anti-Stalking Laws in allen Bundesstaaten (ab 1993 entstanden)	in allen Bundesstaaten möglich	Bestehen	In den Anti- Stalking Laws (als Vergehen)	
Kanada	Bill C-126 /section 264 Criminal Code of Canada aus 1993	mit der Criminal Harassment Bestimmung geschaffen	Bestehen		
Eng- land/Wales	Protection from Harassment Act 1997	mit Act (1997) ge- schaffen	verbunden mit zivilrechtlichem Tatbestand (mit Schadenersatz- ansprüche	ebenfalls 1997 verankert	
Schottland	keine	keine	Bestehen	nach engl. Vor-	

				bild geschaffen	
Irland	1997: Section 10 des ,Non-Fatal Offences Against the Person Act	??	??	??	
Belgien	Artikel 224 (bela- ging) 1998 in Belgi- sches Strafgesetz eingefügt	damit verbun- den	bestehen nicht		Antrags- delikt
Nieder- lande	Art. 285B (belaging) 2000 in NL- Strafgesetz eingefügt	damit verbun- den	Bestehen	?	Antrags- delikt
Finnland		,Act on the Restraining Order' 1999			Verfahrens- rechtl. Lösung auf Ebene BG
Deutschl.	keine	keine	GewaltschutzG § 1 Abs.2 2.	In § 4 GewSchG enthalten	

Im weiteren wurde zusammengetragen, was an Evaluationen bestehender Stalking-Gesetze existiert (Das bezog sich tatsächlich nur auf das Ausmaß und die Art, wie diese Gesetze genutzt werden, eine Evaluation der Wirkungsweise der Gesetzte lag noch nirgendwo vor.) Schließlich bestand der letzte Teil der Studie in einer Reihe von ExpertInneninterviews mit VertreterInnen von Frauenberatungsstellen und Schutzeinrichtungen, der Polizei, (Familien-)RichterInnen und RechtsanwältInnen und Beamten, die für Straf- oder Zivilgesetzgebung verantwortlich sind. Ich zitiere aus der Zusammenfassung dieser ExpertInnengespräche und zwar zum ‚kritischen‘ Punkt: Wie die Polizei ins Spiel kommt.¹

„Die von den ExpertInnen vorgetragenen Überlegungen und Argumente (waren) dazu angetan, das Bild, das sich aus der Beschreibung und Analyse der Anti-Stalking-Gesetzgebung und der Rechtspraxis anderer Länder ergeben hat, zu ergänzen und zu

¹Ich möchte diesen Punkt auch deshalb herausgreifen weil bei den jüngsten Beratungen im Rahmen der ‚Group of Specialists on Remedies for Crime Victims‘ in die ich als ‚Scientific Expert‘ eingebunden bin, die Bedeutung der Rolle der Polizei bei der Bearbeitung von Stalking betont wurde.

vertiefen. Es geht dabei vor allem um den Einsatz der staatlichen Zwangsgewalt im Falle eines Bruchs der zivil / exekutionsrechtlichen Anordnung (bzw. einer Einstweiligen Verfügung). Darüber hinaus wurde aber auch die Möglichkeit einer Erstintervention der Polizei angesprochen. Ein solches unmittelbares Eingreifen in Analogie zur polizeilichen Wegweisung nach dem Gewaltschutzgesetz wurde, wie das Thema der Strafrechtsbewehrung, ausgesprochen kontroversiell beurteilt. Die BeraterInnen konnten solchen Überlegungen einiges abgewinnen und meinten, dass das schiere Auftreten der Polizei eine Schutzwirkung entfalten könnte. Der Polizeilegist hat dafür plädiert, eine zugleich pragmatische und verfassungsrechtlich kompatible Lösung anzudenken und zu diskutieren. Auch der Straflegist hielt dieses Thema für zumindest diskussionswürdig. Energische Ablehnung solcher Überlegungen gab es von Seiten der RechtsanwältInnen und einer der RichterInnen.“

Ganz grundlegend diskutiert wurde schließlich die Thematik einer Innovation im Rechtsgüterschutz in Form eines erweiterten Schutzes der personalen Integrität.

Diese Diskussionen wurden ausgelöst durch die Präsentation des niederländischen Gesetzes. Hier zeichnet sich das Verständnis eines über die physische und psychische Integrität hinausgehenden Schutzes der ‚Lebenssphäre‘ und ihrer der Gestaltungsfreiheit ab. In dieser Hinsicht besteht auch ein Zusammenhang mit dem in den Gesetzen Schwedens, Norwegens und Spaniens angesprochenen Schutz der persönlichen Integrität.

Wir haben daraus die Schlussfolgerung gezogen, dass zwar die mit diesen Gesetzgebungen geschaffene besondere Berücksichtigung der Elemente von Dauer, von Wiederholung und von Geschichtlichkeit der Gewalt in Intimbeziehungen dieselben Element sind, die das Phänomen Stalking charakterisieren. Dennoch kann hier wohl nicht von einer Stalking-Gesetzgebung in der engeren begrifflichen Fassung, (für die wir uns in diesem Bericht entschieden hatten) gesprochen werden. Das Erfordernis, diese Elemente der rechtlichen Bearbeitung zugänglich zu machen, besteht als zusätzliche Aufgabe und ist nicht mit einer Stalking-Gesetzgebung abzudecken.

Beide Studien – wiewohl sie ein Zeitraum von 20 Jahren trennt, sind von demselben Erkenntnisinteresse gekennzeichnet – und bringen ein ähnliches Repertoire von Zugangsweisen zur Anwendung. Jeder dieser Studien sollte den Blick öffnen für die konkreten Ausprägungen des Phänomens, das rechtlich zu regeln war – dadurch dass vorhandene sozialwissenschaftliche Befunde zusammengetragen wurden, darüber hinaus durch das Sammeln, Systematisieren und Analysieren von hiezulande und anderswo bestehenden rechtlichen Regelungen und schließlich sollten durch speziell-

le qualitative Erhebungen Hinweise darauf gewonnen werden, welche Strebungen und Haltungen bei den potentiellen Nutznießern neuer gesetzlicher Regelungen bestehen so wie bei jenen, die für die Konstruktion und die Anwendung neuer rechtlicher Regelungen verantwortlich sind.

Die Stalking-Studie konnte jedenfalls fundiertes Hintergrundwissen für den Entwurf einer österreichischen Version eine Stalking-Gesetzgebung liefern.

3. 2. Spezifische empirische ‚rechtstatsächliche‘ Studien.

‚Schutz vor Übervorteilung im Scheidungsverfahren‘ oder: Brauchen wir die Verankerung einer verpflichtenden anwaltlichen Vertretung der Parteien bei Ehescheidungen?

Die zentrale Fragestellung dieses im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz durchgeführten Forschungsprojekts war freilich weiter gefasst als es das Stichwort ‚Anwaltszwang‘ vordergründig nahe legte. Sie richtete richtet sich darauf, welche Erfahrungen Scheidungspaare, Männer und Frauen, im Vorfeld, im Verlauf und nach einer Scheidung mit rechtlicher Beratung, mit anwaltlicher Begleitung und mit der Tätigkeit der RichterInnen und der Gerichte machen: Erfahren sie – und in welchen Verfahrenskonstellationen – subjektiv Übervorteilung und aufgrund welcher Interventionen und Hilfestellungen kommt eine in der Rückschau positive Bilanz zustande?

Die Tätigkeit der RechtsanwältInnen stand dabei zwar im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit und hat entsprechend die Fragen im Erhebungsbogen und in den Interviewleitfäden dominiert, dennoch war die Tätigkeit aller juristischen Professionen und ihre Wahrnehmung durch die Scheidungswilligen insgesamt, letztlich das Ereignis Scheidung und seine Bewältigung der Forschungsgegenstand.

In diesem Projekt wurden mehrere methodische Zugänge kombiniert und ‚zusammengeschaut‘, das heißt die jeweiligen Ergebnisse der einzelnen Forschungsschritte dienten der wechselseitigen Überprüfung, Ergänzung oder Vertiefung. Es bestand aus drei Teilen: einer Aktenerhebung, d.h. der Analyse einer Stichprobe von 588 Scheidungsakten, die im Jahr 2002 an sechs österreichischen Bezirksgerichten angefallen sind (diese Aktenerhebung wurde durch ExpertInneninterviews mit FamilienrichterInnen an den Untersuchungsorten ergänzt), einer Anzahl (50) von Intensiv- oder Tiefeninterviews mit Geschiedenen, die informell rekrutiert und mit denen anhand eines Interviewleitfadens ausführliche Gespräche über ihre Scheidungserfahrung – vor allem in Hinblick auf die Fragestellung der Studie – geführt wurden, und schließlich einer repräsentativen Kurzbefragung von

Personen (352) , die in den letzten zehn Jahren eine Scheidung erfahren hatten.²

Auf der Grundlage der Daten aus der *Aktenerhebung* ließen sich folgende Aussagen treffen:

- + RechtsanwaltInnen werden in einem Drittel aller Scheidungen in Anspruch genommen. Das Ausmaß der Anwaltsvertretung steht in Abhängigkeit von der Art der Scheidung.
- + Die AnwaltInnen werden vor allem in Richtung auf die Erarbeitung und Ausarbeitung eines Scheidungsvergleiches tätig.
- + Die wenigen Angaben, die sich aus dem Material zur Regelung der Scheidungsfolgen in Abhängigkeit von einer Anwaltsvertretung gewinnen lassen, beziehen sich einmal auf den Ehegattenunterhalt und die Ausgleichszahlungen und zum anderen auf die Obsorgeregelung. Der wechselseitige Unterhaltsverzicht – in gewisser Weise die Standardvereinbarung bei einvernehmlichen Scheidungen – ist seltener, wenn es eine Anwaltsvertretung gibt (72% versus 86% der Fälle).

Die *Tiefeninterviews* haben dann gezeigt, dass Scheidungswillige Einrichtungen der Rechtsberatung, ebenso wie anwaltliche Leistungen in hohem Maß in Anspruch nehmen. Dabei finden wir eine große Diversifizierung, was das Ausmaß und die Intensität einer solchen Inanspruchnahme betrifft, wobei Frauen durchwegs aktiver bei der Mobilisierung von Beratungs- und Vertretungsleistungen sind. Hinzugefügt werden muss auch, dass in der Großstadt mehr solcher Einrichtung kostenlos zugänglich sind.

AnwaltInnen werden zwar von den potentiellen KlientInnen vorwiegend als ‚Drohverstärker‘, als Scharfmacher und Streitverlängerer wahrgenommen, sie wirken aber faktisch doch überwiegend in Richtung auf die Erarbeitung und rechtstechnische Ausgestaltung von Vergleichen, ein Befund, der ein Ergebnis der quantitativen Aktenauswertung nochmals unterstreicht. In Ergänzung der Ergebnisse der Aktenerhebung erfuhren wir jedoch mehr über die der Mobilisierung von Recht und der Einschaltung von AnwaltInnen inhärenten Dynamik. Es kann nämlich auch so sein, dass die Einschaltung von AnwaltInnen zu einer Eskalation führt, die in eine länger währende strittige Auseinandersetzung, hauptsächlich über Schriftsätze der AnwaltInnen geführt, mündet. Die Transformation in die

² Die Teile 1 und 2 wurden von Mitarbeiterinnen des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie durchgeführt, die Repräsentativbefragung hat das Gallup-Institut in eine Serie monatlich durchgeführter Mehrthemenbefragungen inkludiert

von Anwälten formulierte Sprache des Rechts kann dabei zu einer Verschärfung des Tons und zu Missverständnissen führen. Eine solche Dynamik bringt es mit sich, dass lebensweltliche Bedürfnisse und Interessen überdeckt und in den Hintergrund gedrängt werden. Das sind dann die unglücklich verlaufenen Fälle, bei denen rückblickend die durch die Interventionen der RechtsanwältInnen bewirkte Streitverschärfung für diesen Verlauf mitverantwortlich gemacht werden. Andererseits kann das Drohpotential der Anwaltsmobilisierung bewusst und den Intentionen der Partei entsprechend zum Einsatz kommen. Aber auch hier kann es sich als schwierig erweisen, die mit den Kampfmitteln des Rechts geführte Auseinandersetzung wieder auf eine alltagsweltliche und auf eine den Vergleich ermöglichende Ebene zurück zu holen – dann, wenn nicht der Kampf bis zum bitteren Ende gewünscht ist – und das ist meistens der Fall. Dabei scheint dieses Zurückholen oder die 'Bremsung' der juristisch eskalierten Auseinandersetzung mit MittelschichtklientInnen leichter möglich zu sein als mit den der Arbeiterschicht entstammenden.

Schließlich haben die Ergebnisse der *Repräsentativbefragung* die Erkenntnisse aus den beiden anderen Untersuchungsteilen weiter vertieft und ergänzt. Das betrifft vor allem die Einschätzung der Tätigkeit der rechtsberatenden Professionen und Einrichtungen. Wir haben nun repräsentative Daten, die die breite Inanspruchnahme, vor allem der RechtsanwältInnen im Vorfeld der Scheidung, aber auch die doch beträchtliche Nutzung von anderen Beratungseinrichtungen belegen. Soweit die Differenzierung nach Geschlecht, Alter, Beruf und Einkommen (sowie nach dem Vorhandensein von Kindern) einigermaßen fundierte Aussagen zulässt, kann man zuerst einmal eine zumeist größere Zufriedenheit der weiblichen Ratsuchenden erkennen. Zudem finden sich Hinweise, dass ältere Personen, Hausfrauen und PensionistInnen insgesamt eine Scheidung als mühseliger und in ihren Auswirkungen verhängnisvoller erfahren als jüngere. Hier ergeben sich inhaltliche Querverbindungen zur Analyse der Tiefeninterviews, die erkennen hat lassen, wie schwierig es sein kann, gerade bei diffusen Erwartungen an eine Rechtsberatung, von den entsprechenden Einrichtungen und Professionen zufrieden gestellt zu werden. Dort wo die KlientInnen einer klaren, 'instrumentellen' Haltung gegenüber dem Recht und den beratenden Einrichtungen haben – und das scheint bei jüngeren Personen und bei solchen mit einem gehobenen beruflichen Status eher der Fall zu sein – bekommen sie auch eher das, was sie wollen und entsprechend höher ist ihre Zufriedenheit.

In einem gewissen Spannungsverhältnis stehen die Ergebnisse der Repräsentativbefragung allerdings zu der aus den Tiefeninterviews ersichtlichen rückblickenden Bewertung der Scheidungsfolgen, vor allem der Bewer-

tung eines Verzichts auf Ehegattenunterhalt. Dieser Verzicht wurde von 30% der Befragten als eine Fehlentscheidung bezeichnet. Die Bilanzierungen der Tiefeninterviews haben hier ein anderes Bild gezeichnet und zumeist einen solchen Verzicht als Resultat eines wohl begründeten Tausches gegen jene Güter, die man als vorrangig eingeschätzt hat, erscheinen lassen. Die rückblickende Bilanzierung hat in Hinblick auf fortdauernde finanzielle (Unterhalts)-Leistungen – für Ehegatten und/oder Kinder – eher die mangelnde Flexibilität und die fehlende Berücksichtigung von nicht vorhergesehen Veränderungen der Lebensumstände beklagt. Nun konnte natürlich in der Repräsentativbefragung der Gesamtkontext 'Scheidungsfolgenregelung' nicht in derart differenzierter Weise angesprochen werden. Aber dieses Ergebnis einer doch oft negativen rückblickenden Bewertung des Verzichts auf Ehegattenunterhalt gibt dennoch zu denken.

Das Bild von der rückblickenden Bewertung hat zudem weitere Facetten erhalten dadurch, dass die Einschätzung der von einem Rechtsanwalt/einer Rechtsanwältin geleisteten Hilfestellung zu der 'Bewährung' und Bewertung der Scheidungsfolgenregelungen in Beziehung gesetzt wurde. Dabei zeigt sich, dass die günstigeren derartigen Bewertungen bei jenen RespondentInnen zu finden sind, die keinen Anwalt beigezogen haben. Die eigenständige 'Bewältigung' der Scheidung und die möglicherweise anderweitig unterstützte, aber nicht delegierte Aushandlung der Scheidungsfolgen zeitigt also im größeren Teil der Fälle eine Akzeptanz und eine hinlängliche Zufriedenheit mit den vereinbarten Scheidungsfolgen.

Hingegen findet die negative Erfahrung mit dem Tätig-Werden eines Anwalts/einer Anwältin und deren Bewertung als 'hat sich nicht ausgezahlt' einen recht deutlichen Ausdruck auch in den schlechten Werten für das Zurechtkommen mit den Scheidungsfolgenregelungen. Umgekehrt bringt eine positive Bewertung der anwaltlichen Tätigkeit gerade bei den kinderspezifischen Regelungen die höchsten Werte eines 'guten Zurechtkommens' mit den getroffenen Regelungen mit sich.

Wir haben aus diesen Ergebnissen und der abwägenden Zusammenschau der drei Untersuchungsteile den Schluss gezogen, dass eine verpflichtende anwaltliche Vertretung in Scheidungsverfahren als weder wünschenswert noch sinnvoll erachtet wurde – wenngleich die Notwendigkeit eines Schutzes vor Übervorteilung durchaus auf Verständnis stieß.

Ein wichtiger Nachtrag zur Rezeption der Studie: Die in den Medien erschienene Kurzdarstellungen der Ergebnisse der Studie konzentrierte sich – wie zumeist – auf die ‚harten Zahlen‘, also die Ergebnisse der Repräsentativbefragung, aus denen die vergleichsweise etwas geringere Zufrieden-

heit der Befragten mit den Leistungen der Familienberatungsstellen am Gericht hervorving. Das provozierte eine besorgte Nachfrage einer Vertreterin einer der Trägerorganisationen dieser Beratungstätigkeit. Sie könne nicht glauben und sie sei entsetzt und betrübt, dass diese Familienberatungsstellen so schlecht ‚abgeschnitten‘ hätten. Im Zuge der darauf folgenden Korrespondenz – und der Zusendung der entsprechenden Abschnitte des Forschungsberichts, die die Tiefeninterviews berücksichtigten und sich um eine entsprechend abwägende Interpretation der Ergebnisse aus allen Studienteilen bemühten, konnte dieses oberflächliche und – fälschlich – negative Bild zurecht gerückt werden. Es ist dies ein Hinweis darauf, dass Ergebnisse nicht isoliert vorgelegt werden sollten, dass sie kontextuell interpretiert werden müssen – und dass die Akteure, deren Arbeit zur Betrachtung ansteht, in diesen Interpretationsprozess eingebunden werden sollten.

3.3. Sozialwissenschaftliche Begleitforschung

3.3.1. Sozialwissenschaftliche Begleitforschung zu den Modellprojekten ‚Außergerichtlicher Tatausgleich im Jugendstrafrecht und im allgemeinen Strafrecht, oder: Etwas Neues erproben: auf dem Weg zu einer ‚Restorative Justice‘.

Dies sind besonders markante Beispiele des Einsatzes der Sozialwissenschaften zur Unterstützung einer innovativen Rechts- und Kriminalpolitik. Dabei stellt die Etablierung eines Modellprojekts den entscheidenden innovativen Schritt dar – seine sozialwissenschaftliche Begleitung ist allerdings ein integraler und ein essentieller Bestandteil eines solchen Vorgehens. Der Modellversuch als justizpolitisches Instrument – zuvor bereits im Zusammenhang mit der Einführung eines neuen Sachwalterrecht zum Einsatz gekommen – wurde nun im Strafrecht in systematischer Weise und das hieß eben vor allem mit sozialwissenschaftlicher Begleitung etabliert.

Zu diesem Zeitpunkt gab es am Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie bereits eine längere Tradition einer Justizforschung, ganz überwiegend im Strafrechtsbereich, bei der die Rechtsbenefiziare, die KonsumentInnen oder KlientInnen rechtlicher Verfahren im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit standen. Gerhard Hanak hatte 1981 Strafverfahren am Bezirksgericht beobachtet und daraus empirische Befunde zur justiziellen Konfliktbearbeitung gewonnen. Es war dies der erste Schritt hin zu jener ‚Ethnologie der Konfliktbearbeitung‘ (Hanak 1987), die dann in die umfangreichen qualitativen Erhebungen und Analysen mündete, die in dem Buch ‚Ärgernisse und Lebenskatastrophen‘ präsentiert wurden. (Hanak, Stehr & Steinert 1989) Unter dem Einfluss der Rechtsethnologie und das heißt vor

allem der Arbeiten von Sally Engle Merry (Getting Justice and Getting Even 1990) und von John M. Conley & William O'Barr (Rules versus Relationships 1990) wurde dieser Zugang weiterentwickelt. Gelegenheit für die Anwendung eines derartigen rechtssoziologischen Zugangs bot sich nun im Zusammenhang mit Installierung der Modellprojekte zum ‚Außergerichtlichen Tatausgleich‘ (ursprünglich: Außergerichtliche Konfliktregelung bei in Jugendstraftaten⁷ – ATA).

Das Besondere an diesem Forschungsprojekt war das Faktum, dass das IRKS an der Lancierung des rechtspolitischen Grundgedankens maßgeblich beteiligt war. ‚Konflikte regeln statt Strafen‘ (Steinert, 1988) unter diesem Schlagwort wurde im Zuge der Diskussion eines neuen Jugendgerichtsgesetzes nach einer Alternative zur strafenden – und zur behandelnden – Reaktionsform gesucht. Die ‚Restorative Justice‘, die aufarbeitende Gerechtigkeit zeichnete sich als eine solche Alternative, als ein ‚dritter Weg‘ ab. Sie wird mittlerweile faktisch weltweit als eine wichtige kriminalpolitische Option gesehen. Die Rückkehr des Opfers in das Strafverfahren war ein anderer Paradigmenwechsel, der hinter dieser neuen ‚alten‘ Reaktionsform stand. Österreich wurde hier zu einem der Pioniere einer wichtigen kriminalpolitischen Reformbewegung (Pelikan/Trenczek 2006).

Die Begleitforschung war im Kontext des Modellprojekts Mit-Akteur der Reformbemühungen. Die MitarbeiterInnen dieses Forschungsprojekts haben neben der ‚rahmenden‘ Analyse von Gerichtsakten, die einerseits dazu diente, das potentielle Reservoir an ATA-geeigneten Fällen festzustellen, anderseits die besonderen Charakteristika der tatsächlich im ATA bearbeiteten Fälle zu analysieren, mit allen Projektbeteiligten im Zeitabstand wiederholte Gespräche geführt; zuerst über deren eigenes Involvement im Modellprojekt und über die Haltungen und Erwartungen gegenüber dem ATA; in der Folge wurde dann jeder einzelne Fall auf diese Weise ausführlich – und aus mehreren Blickwinkeln: dem der zuweisenden Instanzen, der StaatsanwältInnen und RichterInnen und dem des Konfliktreglers/der Konfliktreglerin – besprochen. Dazu traten regionale Konferenzen und Diskussionen, die Gelegenheit zum Vergleich und zur weiteren Auseinandersetzung boten. Die VertreterInnen der Begleitforschung, die zuhörten, aufzeichneten und mitdiskutierten, fügten den Sichtweisen der Projektakteure eine weitere Perspektive hinzu, die ist aber gleichzeitig ein Meta-Standpunkt, das heißt sie ist auf einer anderen Ebene angesiedelt. Es handelt sich um die Etablierung von wissenschaftlicher Beobachtung als ‚Beobachtung zweiter Ordnung‘, um mit Niklas Luhmann (1993, S. 403 f.) zu sprechen. Damit ist nicht ‚automatisch‘ ein übergeordneter ‚Wahrheitsanspruch‘ gegeben. Allerdings unterscheiden sich die auf die Analyse der Beobachtungen gründenden wissenschaftlich sys-

tematisierten Interpretationen von den verschiedenen Sichtweisen und Teilinterpretationen der beteiligten AkteurInnen insofern, als sie ‚handlungsentlastet‘ (Habermas 1992), das bedeutet distanziert und wissenschaftlich theoretisch fundiert, erfolgen. Um sie handlungsrelevant zu machen, müssen sie dann aber gleichsam rückgeholt werden. Das bedeutet, die von der Wissenschaft angebotenen Interpretationen müssen mit den anderen Akteuren diskutiert werden. Das Angebot von wissenschaftlich unterfütterten Erklärungen ‚Differenzschemata‘ kann nämlich nur dann wirksam werden, wenn sie von den AkteurInnen auch angenommen werden können. Der (wissenschaftliche) Beobachter, sagt Niklas Luhmann „kann auf diese Weise aufklären, wobei die Aufklärung aber nur wirkt, wenn sie ein Differenzschema verwendet, das der Aufzuklärende übernehmen kann.“ (Luhmann 1984, S. 654) Diese Übernahme kann jedoch kein Oktroi sein, sie bedarf der Überzeugung in der Auseinandersetzung.

Im Zuge der Begleitforschung zu den beiden Modellprojekten ist es gelungen, einen intensiven und fruchtbaren Austausch in dem oben skizzierten Sinn, in Form von systematischer, wissenschaftlich angeleiteter Reflexion in Gang zu setzen. Rückblickend betrachtet waren dafür zwei Faktoren maßgeblich. 1) Es handelte sich um ein innovatives, ja ein avantgardistisches Projekt: (fast) alles war für alle neu und alle verstanden sich als Teile einer Avantgarde. 2) Nicht zuletzt deshalb gab es von vornherein keine Hierarchie der Kompetenz und des Wissens. Die Forschung war mitagierend, die ATA-ArbeiterInnen waren mitforschend.

Die Nutzung und der Nutzen dieser Forschung bestand dann – in seiner sichtbarsten Form – in der Etablierung des ATA im Jugendstrafrecht und schließlich als Bestandteil des Diversionspakets im Strafprozessrecht.

3.3.2. Begleitforschung zum dreiteiligen Modellprojekt: Familienberatung am Gericht-Familienmediation – Kinderbegleitung bei Scheidung und Trennung’ oder: Brauchen wir solche Angebote und wie sollen sie aussehen?

Bei der Begleitforschung zu diesem Modellprojekt war das Neue die Erhebung der Erfahrung der unmittelbar Betroffenen (der Männer und Frauen, die eine Scheidungsmediation erfahren hatten) und das Panel-Design, also die Wiederholung dieser Interviews im Abstand von ein bis zwei Jahren.

Es ging beim zentralen Modellprojekt ‚Familienmediation‘ und dem recht groß angelegten Begleitforschungsprojekt darum, Erfahrungen mit einer solchen Familienmediation bei Scheidungen und in Streitigkeiten ums Kind zu gewinnen. Hier war Österreich – anders als im Bereich des Täter-

Opfer-Ausgleichs also der Mediation im Bereich des Kriminalrechts – ein Nachzügler gegenüber der Entwicklung in den westlichen Ländern. Paare, die eine Mediation in Anspruch nahmen, wurden also damals verglichen mit solchen, die durch ein Scheidungsverfahren oder ein pflegschaftsgerichtliches Verfahren gegangen waren. Der Kontakt mit den Mediationspaaren wurde über die MediatorInnen hergestellt, für den Zugang zu denjenigen, die nur durch das Gerichtsverfahren gegangen waren, mussten wir uns der Gerichte bedienen, die entsprechende Schreiben an ein Sample von ‚Fällen‘ verschickten. Auf freiwilliger Basis haben wir dann intensive Gespräche mit Paaren, mit Männern und Frauen getrennt, geführt. Wir haben diese Gespräche nach etwa ein bis eineinhalb Jahren wiederholt. Und wir haben mit MediatorInnen ausführlich über jeden von ihnen bearbeiteten Fall gesprochen, von den RichterInnen allerdings meist nur kurze Kommentare eingeholt.

Während die Etablierung der Mediation angeregt durch die Scheidungs- oder AußerstreitrichterInnen sich als recht schwieriges Unterfangen erwies, war dem ersten Teil des Modellprojekts: der ‚Familienberatung bei Gericht‘ ein voller Erfolg beschieden. Noch im Zuge des Modellprojekts – als ein Resultat der begleitenden interaktiven Forschung – war man dazu übergegangen, überall das Modell einer Co-Beratung, also einer Beratung sowohl durch JuristInnen als auch der VertreterInnen sozialpsychologischer Professionen zu etablieren. Eine Ausweitung fand sehr rasch statt; sie ist zwar nicht österreichweit flächendeckend erfolgt, aber bei der Mehrzahl der Gerichte gibt es mittlerweile ein solches Angebot und es ist beinahe eine Selbstverständlichkeit geworden. Vielleicht – so war zuletzt zu vernehmen – wäre ein wissenschaftliches Monitoring vonnöten, um einer Einrichtung, die mittlerweile sehr routineförmig abläuft, neuen Impetus zu verleihen?

Schließlich ein Beispiel aus der jüngsten Vergangenheit

3.3.3. Grundlagen für die Implementierung des Heimaufenthaltsgesetzes’ oder: Wie man neue Gesetze implementiert und welche Rolle dabei sozialwissenschaftliche Forschung spielen kann.

Mit dieser Studie wurde nicht ein Modellprojekt begleitet, vielmehr handelte es sich darum, die Vorbereitungsphase einer Gesetzesimplementierung ‚forschend‘ zu begleiten. Die Ausgangslage war die folgende: Das Bundesministerium für Justiz war durch einen Parlamentarischen Auftrag gebunden und sah sich vor eine doppelte Aufgabe gestellt. Es sollte hat die Voraussetzungen für eine möglichst wirksame Implementierung des Gesetzes schaffen und es sollte die Einführung des Heimaufenthaltsgesetzes und dessen Auswirkungen wissenschaftlich zu dokumentieren und zu

analysieren. Um der erstgenannten Aufgabe gerecht zu werden und den Implementierungsprozess zu unterstützen und nicht nur, weil ein Dokumentationssystem über Freiheitsbeschränkungen in den Heimen noch nicht existierte und erst installiert werden musste, wurde letztlich von einer anonymen und bürokratisch belastenden statistischen Massenerhebung abgesehen und eine qualitativ ausgelegte Erhebung gewählt. In persönlicher Kommunikation, in Interviews mit VertreterInnen und MitarbeiterInnen von Heimeinrichtungen sollte das herrschende „Verständnis“ von Problemen und ihrer Bewältigung durch freiheitsbeschränkende Maßnahmen sowie der Möglichkeiten und der Schwierigkeiten des kommenden Gesetzes hinterfragt werden.

Es wurden schließlich in 45 zufällig ausgewählten Heimen unterschiedlichen Typs (Alten- und Pflegeheimen, Behinderteneinrichtungen und den unter das Gesetz fallenden Abteilungen von Krankenanstalten) Interviews mit Verantwortlichen geführt. Die folgenden Ergebnisse wurden vorgelegt und – was besonders wichtig erscheint – sie wurden in einer Serie von Informations- und Diskussionsveranstaltungen, die in Kooperation zwischen dem Bundesministerium für Justiz, den Oberlandesgerichten, dem Dachverband Österreichischer HeimleiterInnen, dem Österreichischen Komitee für Sozialarbeit und dem Verein für Sachwalterschaft und Patientenanzwertschaft (in Zusammenarbeit wiederum mit den anderen Trägervereinen der Bewohnervertretung) und anderen Organisationen österreichweit durchgeführt wurden, präsentiert und zur weiteren gemeinsamen Reflektion über das Gesetzesvorhaben und seine Implementierung genutzt:

+ Die zum Einsatz kommenden Freiheitsbeschränkungen sind unterschiedliche mechanische und elektronische Hilfsmittel, die verhindern sollen, dass Bewohner weglaufen und in der Folge zu Schaden kommen oder sich durch Sturz verletzen. Dabei wird das Weglaufen und die dadurch gegebene Selbstgefährdung sowohl von den Altenheimen als auch den Behinderteneinrichtungen als das dringlichste Problem gesehen. Bei Personen mit mangelnder Orientierungsfähigkeit, die aufgrund ihrer körperlichen Schwäche unfallgefährdet sind, kommen Steckgitter und Rollstuhlgurte als die geläufigsten technischen Hilfsmittel zur Anwendung.

Demgegenüber spielen Probleme der Fremdgefährdung eine geringere Rolle; in den Behinderteneinrichtungen, wo sie doch bei jüngeren BewohnerInnen häufiger vorkommen, finden wir als eine Reaktion darauf vielfach medikamentöse ‚Einstellungen‘, die teilweise extern vorgenommen werden, oder es wird an die staatlichen Organe (Polizei/Amtsarzt) verwiesen.

+ Freiheitsbeschränkende Maßnahmen werden in dem Bewusstsein gesetzt, dass es sich dabei jeweils um pflegerisch notwendige und angemessene, auch rechtlich korrekte und ‚richtige‘ Maßnahmen handelt. Zumeist werden auch jetzt schon alle relevanten Akteure (Pflegedienstleitung, Physio- und ErgotherapeutInnen, ÄrztInnen, SachwalterInnen und Angehörige) in die Entscheidung einbezogen.

+ Gleichzeitig erfährt man den Bereich der Pflege von Alten und Behinderten als in hohem Maß der öffentlichen Aufmerksamkeit und Kritik ausgesetzt und man sieht sich im Alltag der Einrichtungen mit teils einander widersprechenden Erwartungshaltungen konfrontiert. Vielfach wird – das gilt für die Altenheime – eine Zunahme derjenigen BewohnerInnen konstatiert, bei denen Anforderungen der fürsorglichen Pflege und Sicherheit mit denen der Freiheitsgewährung kollidieren.

+ Die Vorinformation, die in Hinblick auf das Heimaufenthaltsgesetz besteht, ist sehr unterschiedlich. In jedem Fall bestehen aber große Unsicherheiten und vielfach auch Missverständnisse. Zu einem beträchtlichen Teil gibt es Skepsis, ja Ablehnung gegenüber dem Heimaufenthaltsgesetz. Sie rührt aus zwei konträren Annahmen bezüglich der generellen Ausrichtung des Gesetzes.

Einerseits befürchtet man als Folge der ‚Verrechtlichung‘ einen Druck in Richtung auf den Einsatz von mehr freiheitsbeschränkenden Maßnahmen und in dessen Folge eine Verschlechterung der Qualität der Pflege, möglicherweise auch eine strategische Abweisung einer ‚schwierigen‘ Klientel. Andererseits verbindet man mit dem neuen Gesetz die Vorstellung eines rigiden Verbots von bestimmten als unabdingbar erachteten freiheitsbeschränkenden Maßnahmen und ein daraus resultierendes Erschweren der Arbeit des Pflegepersonals. In beiden Fällen wird der Verlust von Möglichkeiten eines fallspezifischen individuellen Ermessens und eine Zunahme von abstrakter problemferner Kontrolle beklagt.

+ Doch es gibt auch positiv gestimmte Erwartungshaltungen gegenüber dem Heimaufenthaltsgesetz. Dabei erhofft man sich vor allem eine Signalwirkung in Richtung auf eine weitere Sensibilisierung im Umgang mit Freiheitsbeschränkungen und eine verstärkte Diskussion über Alternativen. Letztlich eine Verbesserung der Qualität der Pflege.

+ Besonders große Unsicherheit und Unklarheit herrscht bezüglich der Rolle der neu zu schaffenden BewohnervertreterInnen; manche vermuten die Einrichtung einer weiteren zusätzlichen Kontrollinstanz, eine Art der Kontrolle zudem, die aufgrund ungenügender Kenntnis des Arbeitsbereichs, der geriatrischen Pflege und der Behindertenarbeit, und einer ausschließlich juristischen Orientierung ineffektiv bleibt und nur zu einer wei-

teren bürokratischen Schikane gerät. Auch hier zeichnet sich jedoch auch die Perspektive der Ausgestaltung dieser Funktion als Beratungs- Vermittlungs- und Kommunikationsinstanz ab, die vor allem die Diskussion über alternative Lösungen, der Probleme des Schutzes vor Selbst- und Fremdgefährdung befördern kann.

+ Es ist nicht zu befürchten, dass Konflikte in der Handhabung freiheitsbeschränkender Maßnahmen nach der neuen Rechtslage zu einer signifikanten Anzahl von Gerichtsverfahren führen. Allerdings ist damit zu rechnen, dass eine Reihe von offenen Fragen und grundsätzlichen Problemen, die das Inkrafttreten des Heimaufenthaltsgesetzes entstehen, durch die Rechtsprechung geklärt werden müssen.

+ Die Erhebung hat auch erbracht, dass die Dimensionen der Risikoorientierung, der Flexibilität und der Kommunikation das Ausmaß und die Art des Einsatzes von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen beeinflussen. Zusammen mit ‚harten‘ Faktoren wie Einrichtungsgröße und bauliche Gegebenheiten bestimmen diese ‚kulturellen‘ Bedingungen die Qualität der Pflege im Spannungsfeld von Fürsorge und Schutz auf der einen, Selbstbestimmung und Freiheitsgewährung auf der anderen Seite.

+ Im Vergleich zu den im Rahmen der Untersuchung geführten Interviews mit einzelnen EinrichtungsvertreterInnen stellten sich die antizipierten Konflikte mit der neuen gesetzlichen Regelung und die Kritik am Heimaufenthaltsgesetz in den erwähnten Diskussionsveranstaltungen weniger prägnant dar. Im Zuge dieser interdisziplinären Informationsveranstaltungen wurde auf einem bereits höheren Informationsniveau konstruktiver und professionell lösungsorientiert argumentiert als in den einzelnen Interviews.

Es waren also einerseits die Interviews, man kann eher von Gesprächen reden, die die ForscherInnen in den Einrichtungen geführt haben, andererseits die bereits erwähnten Informationsveranstaltungen, die tatsächlich mit dazu beigetragen haben, dass der Boden für die Gesetzesimplementierung vorbereitet wurde und dass vor allem jene Reflektionsprozesse in Gang gekommen sind, die dann weiter diese Implementierung begleitet haben.

4. Evaluations- und Wirkungsforschung

Zur Implementation des Heimaufenthaltsgesetzes – Effekte von Rechtsschutz auf die Kultur der Pflege

Das oben skizzierte Forschungsprojekt fand seine Fortsetzung in einer

Evaluationsstudie, die nun tatsächlich feststellen sollte, wie das neue Gesetz sich bewährt und welche Wirkung es entfaltet. Hier befinden wir uns noch mitten im Prozess der Nutzung und der ‚Verwertung‘ dessen, was dieses Forschungsvorhaben, an Ergebnissen zutage gebracht hat. Es waren unterschiedliche Methoden zum Einsatz gekommen: eine Wiederholung der Interviews in den Einrichtungen, die im Zuge der ersten Studie besucht worden waren, eine Auswertung der mittlerweile eingelangten Daten über die erfolgten Meldungen von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen, eine Analyse der Rechtsprechung zum Heimaufenthaltsgesetz, sowie eine Auswertung einer Auswahl von Gerichtsakten und von Interviews mit RichterInnen, die einschlägige Fälle bearbeitet hatten. Entsprechend vielschichtig sind die Ergebnisse dieser Evaluationsstudie. Hier verweise ich auf den mittlerweile vorliegenden Forschungsbereich des IRKS sowie eine in der ‚Interdisziplinären Zeitschrift für Familienrecht‘ erscheinenden Beitrag der AutorInnen der Studie. Zitieren möchte ich daraus den folgenden zentralen Befund:

Wie sich im Rahmen unserer Untersuchung zeigte, ist mit dem Inkrafttreten des Heimaufenthaltsgesetzes und der Einführung des Bewohnervertreters ein Prozess in Gang gekommen, der auf mittlere Sicht zu einer nachhaltigen Verbesserung der Situation in den Einrichtungen der Alten- und Behindertenpflege führen kann. Dabei lässt sich exemplarisch eine Form der Rechtswirksamkeit analysieren, bei der ein Gesetz gleichsam „über die Bande“ wirkt. Recht dient hier in erster Linie als Kommunikationsmedium, d.h. kontroverse Fragen werden bearbeitbar, weil sie in einen Rechtscode übersetzt werden können, der sie im Rahmen institutioneller Routinen handhabbar macht.

Noch ein wichtiger Punkt, der zeigt, wie Forschung und Gesetzesimplementierung sinnvoll aufeinander bezogen werden können. Sowohl im Zusammenhang mit der Forschung zur Übervorteilung im Scheidungsverfahren als auch bei den beiden Projekten zur Implementierung des Heimaufenthaltsgesetzes waren Konsultativgremien, bestehend aus VertreterInnen der involvierten Berufsgruppen sowie der mit der Materie befassten Ministerien und anderen öffentlichen Stellen ins Leben gerufen worden, die in regelmäßigen Abständen zusammenkamen, über die Fortgang der Forschung informiert wurden und gleichzeitig an der Erarbeitung von Forschungsinstrumenten, Fragebögen und Interviewleitfäden beteiligt waren, sowie Hilfestellung bei der Eröffnung von Zugängen für die erforderlichen Erhebungen leisteten. Diese Konsultativgremien erweisen sich als ein wichtiges Instrument einer interaktiven Gestaltung von empirischer Forschung. Damit werden die Voraussetzungen für eine Nutzung von Forschung geschaffen, die über die passive Rezeption hinausgeht. Der Forschungsprozess und die Forschungsergebnisse werden Motoren einer gemeinsamen Reflektion des Prozesses der Implementierung –

im besten Fall leistet sozialwissenschaftliche Forschung auf diesem Wege dann tatsächlich einen Beitrag zu einer rationalen Rechtspolitik.

Literatur: Berlach-Pobitzer, Irene, Kreissl, Reinhard, Pelikan, Christa & Pilgram, Arno (2005): Grundlagen für die Implementation des Heimaufenthaltsgesetzes, Forschungsbericht des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie, Wien. Conley, John M. & O'Barr, William (1990). Rules versus relationships: The ethnography of legal discourse. London/Chicago: The University of Chicago Press. Engle Merry, Sally (1990). Getting justice and getting even. Legal consciousness among working-class Americans. London/Chicago: University of Chicago Press. Habermas, J., (1992): Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt/Main: Suhrkamp. Haidar, Anni, Leirer, Erbert, Pelikan, Christa, & Pilgram, Arno (1988). Konflikte regeln statt Strafen! Über einen Modellversuch in der österreichischen Jugendgerichtsbarkeit, Kriminalsoziologische Bibliografie, 58/59. Hammerschick, Walter, Pelikan, Christa & Pilgram, Arno (1994): Sozial Konflikte vor Gericht und im Außergerichtlichen Tausch – eine Gegenüberstellung, in: Hammerschick/Pelikan/Pilgram (Hrsg.): Ausweg aus dem Strafrecht – der „außergerichtliche Tausch“. Überlegungen anlässlich eines „Modellversuchs“ im österreichischen (Erwachsenen-)Strafrecht, Jahrbuch für Rechts- und Kriminalsoziologie, Baden-Baden: Nomos, 95-129. Hanak, Gerhard (1987). Ethnographie der Konfliktverarbeitung. Kriminalsoziologische Bibliographie, 14, 9-34. Hanak, Gerhard, Stehr, Johannes & Steinert, Heinz (1989). Ärgernisse und Lebenskatastrophen. Über den alltäglichen Umgang mit Kriminalität. Bielefeld: AJZ-Verlag. Hofinger, Veronika, Kreissl, Reinhard, Pelikan, Christa & Pilgram, Arno, Menschenrechte als Organisationsproblem – Die Wirkung des Heimaufenthaltsgesetzes in der Praxis. Erste Befunde aus rechtssoziologischer Sicht nach zwei Jahren, Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht (erscheint 2008). Kreissl, Reinhard & Pelikan, Christa (2004): Schutz vor Übervorteilung im Scheidungsverfahren. Forschungsbericht des IRKS, Wien. Luhmann, Niklas (1984). Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie. Frankfurt/Main: Suhrkamp. Luhmann, Niklas (1993) Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt/Main: Suhrkamp. Pelikan, Christa (1984); Vom Sorgen und Versorgt-Werden der Frauen und Mütter, Zeitschrift für Rechtssoziologie, 5, 260-275. Pelikan, Christa (1985): Die nichtehelichen Lebensgemeinschaften und ihre rechtliche Gestaltung, Forschungsbericht des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie, Wien. Pelikan, Christa (2003): Forschungsbericht Psychoterror. Ausmaß, Formen, Auswirkungen auf die Opfer und die gesetzlichen Grundlagen. Ein internationaler Vergleich, hrsg. von der MA 57 – Frauenförderung und Koordinierung von Frauenangelegenheiten, Wien. Pelikan, Christa, Hanak, Gerhard, Pelikan, Johanna & Schandl, Heinz (1996). Familienmediation. Forschungsbericht des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie, Wien. Pelikan, Christa & Schandl, Heinz (1996): Familienberatung am Gericht. Forschungsbericht des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie, Wien. Pelikan, Christa & Stangl, Wolfgang (1994). Das Strafrecht, die Konfliktregelung und die Macht der Frauen. Jahrbuch für Rechts- und Kriminalsoziologie 94, 47-74. Pelikan, Christa & Trenczek, Thomas (2006): Victim offender mediation and restorative justice: The European landscape, in: Sullivan/Tifft (eds.); Handbook of Restorative Justice, London and New York: Routledge. Steinert, Heinz

(1988): Kriminalität als Konflikt, in: Haidar/Leirer/Pelikan/Pilgram (Hrsg.) Konflikte regeln statt Strafen! Über einen Modellversuch in der österreichischen Jugendgerichtsbarkeit, Kriminalsoziologische Bibliografie, 58/59, 11-20.

Möglichkeiten für eine österreichische Justizstatistik?

1. Was ist Statistik?

Landläufig versteht man unter Statistik häufig eine Zusammenstellung von Daten meist in numerischer Form. Man assoziiert mit dieser Art von Statistik sofort Beispiele wie die Bevölkerungsstatistik eines Landes, die Geburtenstatistik, die Lohnsteuerstatistik, die Unfallstatistik, die Kriminalstatistik, die Einkommensstatistik, die Krankenstandstatistik, die Arbeitslosenstatistik und viele mehr. Zahlreiche Aufbereitungen von interessierenden Sachverhalten sind in diesem Zusammenhang unter www.statistik-austria.at für Österreich oder www.statistisches-bundesamt.de für Deutschland zu finden.¹

Die Statistik hat sich zum Teil aus der Idee entwickelt, einen Staat numerisch zu beschreiben. Seit Jahrhunderten war (staatliches) Interesse an Informationen über demografische, soziale sowie ökonomische Sachverhalte die Motivation für die Entwicklung der Statistik.²

Die moderne Statistik versteht sich jedoch vielmehr als eine Wissenschaft, die sich mit der methodischen Erhebung und Analyse von Daten befasst.³ Es werden darunter sämtliche Methoden der Analyse von Daten mit dem Ziel der Informationsverdichtung zusammengefasst.⁴ Insbesondere stimuliert die Notwendigkeit, große Mengen an verfügbaren Daten aus den verschiedensten Anwendungsgebieten in sinnvolle bzw. nutzbringende Informationen zu verwandeln, die theoretische und praktische Weiterentwicklung der statistischen Methodenlehre.⁵ Dass in diesem Zusammenhang der Präsentation und Interpretation von Daten ebenso Be-

¹ Neben diesen amtlichen Statistiken gibt es auch eine große Anzahl von nichtamtlichen und privaten Statistiken von Forschungsinstitutionen, Wirtschaftsverbänden, Unternehmen oder Markt- und Meinungsforschungsinstituten.

² Schira, J. (2005). Statistische Methoden der VWL und BWL, Theorie und Praxis. 2. Auflage. Pearson Studium. S 13.

³ Vgl. dazu z.B. auch Zöfel, P. (2003). Statistik für Wirtschaftswissenschaftler. Pearson Studium. S 11 und Mosler, K., Schmid, F. (2006). Wahrscheinlichkeitsrechnung und induktive Statistik. 2. Auflage. Springer. S 1.

⁴ Quatember, A. (2005). Statistik ohne Angst vor Formeln. Pearson Studium. S 12.

⁵ Schira (2003). S 13.

deutung beizumessen ist, sei hier nur erwähnt. Zur Entwicklung der Statistik als eigenständige Wissenschaft haben insbesondere die Arbeiten zur Wahrscheinlichkeitsrechnung beginnend mit Pascal (1623-1662), de Fermat (1601-1665) über Bernoulli (1654-1705), Moivre (1667-1754), Bayes (1702-1761) und Laplace (1749-1827) beigetragen. Namen wie Gauss (1777-1855), Poisson (1781-1840), Bravais (1811-1863) und Gosset (1876-1937) sind untrennbar mit der Weiterentwicklung der Wahrscheinlichkeitstheorie verbunden. Kolmogorov (1908-1987) stellte ein bis heute formal widerspruchsfreies Axiomensystem für die Wahrscheinlichkeitsrechnung auf, die als Ausgangspunkt der Entwicklung der induktiven Statistik betrachtet werden kann.

Bei der statistischen Analyse von Daten werden diese – entsprechend der jeweiligen Problemstellung – meist mittels geeigneter Parameter (z.B. Mittelwert, Anteilswert oder Zusammenhangskoeffizient) zusammengefasst bzw. verdichtet. Grafische Darstellungen (z.B. mit Balken-, Säulen- oder Kreisdiagrammen, Histogrammen und Streudiagrammen) dienen der Visualisierung der Verteilung der Daten und ermöglichen so einen raschen Überblick über relevante Charakteristika der zu untersuchenden Daten. Diese Methoden dienen der Deskription der Variablen. Bei der Exploration von Daten versucht man, (nicht unbedingt vermutete) Strukturen bzw. Besonderheiten in den interessierenden Daten zu finden. Stamm-Blatt-Diagramme und insbesondere Box-plots sind hierbei wesentliche statistische Instrumente, die häufig zu neuen Fragestellungen bzw. Hypothesen in der Anwendung führen können. Die induktive Statistik bzw. Inferenzstatistik ermöglicht durch das Einbeziehen der Wahrscheinlichkeitstheorie den Schluss von den Ergebnissen aus den erhobenen Daten (Zufallsstichproben) auf die entsprechende Grundgesamtheit. Damit sind allgemeine Schlussfolgerungen möglich, die auch zur weiteren Entscheidungsfindung eingesetzt werden können.

Neben der statistischen Datenanalyse beinhaltet die Statistik als Methodenlehre – zusätzlich zu den soeben genannten – auch Verfahren, die bei der Planung einer Erhebung bzw. eines Versuchs relevant sind. Ebenso gibt es statistische Verfahren zur Überprüfung der Reliabilität und Validität von Fragebögen.⁶

Die Anwendung statistischer Methoden ist heute in zahlreichen Wissenschaften wie z.B. der Betriebs- und Volkswirtschaftslehre, der Medizin, der Biologie, den Sportwissenschaften, der Pädagogik, um nur einige da-

⁶ Fahrmeir, L., Künstler, R., Pigeot, I., Tutz, G. (2007). Statistik. Der Weg zur Datenanalyse. 6. Auflage. Springer. S 11.

von zu nennen, eine Selbstverständlichkeit. In den Einführungen der gängigen Statistiklehrbücher wird auf zahlreiche dieser Wissenschaftsbereiche Bezug genommen. Auffallend ist in der Regel das Fehlen der Rechtswissenschaften in diesen Aufzählungen. Eine Ausnahme von dieser Regel stellt z.B. ein Statistik-Lehrbuch für Juristen dar, in dem – als offensichtliche Rechtfertigung für ein derartiges Lehrbuch überhaupt – auf das sich verändernde Arbeitsgebiet von Juristen verwiesen wird. In einer Vielzahl von Entscheidungs- und Beurteilungssituationen auch aus dem juristischen Bereich können statistische Methoden jedoch erfolgreich eingesetzt werden.⁷

Es scheint äußerst interessant und nutzbringend, die Vielfalt statistischer Methoden beginnend mit der einfachen Mittelwerts- oder Anteilswertberechnung bis hin zu varianz- oder regressionsanalytischen Verfahren auch auf Fragestellungen aus dem Bereich der Rechtswissenschaften einzusetzen und Erkenntnisse daraus zu gewinnen.

2. Aktueller Stand der Justizstatistik

Die Justizstatistik präsentiert sich derzeit als tabellarische (weitestgehend zahlenmäßige) Zusammenfassung von Sachverhalten aus dem Bereich der Rechtspflege.

Statistiken zur Rechtspflege werden sowohl in Deutschland als auch in Österreich geführt. In Deutschland wird beim Bundesamt für Justiz⁸ eine Justizstatistik als eigene Rubrik geführt, deren Inhalte Statistiken zur Rechtspflege darstellen. Die vom Bundesamt für Justiz für das Bundesministerium für Justiz geführten Statistiken werden – laut eigener Beschreibung – insbesondere zur Vorbereitung und Evaluierung von Gesetzesvorhaben, aber auch zur Beantwortung von Bürgeranfragen und Anfragen aus dem politischen Raum verwendet.

Dazu zählen die Geschäftsstatistiken der Rechtspflege. Diese stellen eine Art „Tätigkeitsnachweise“ zu Umfang, Art und Erledigung der Verfahren für die Zivil-, Familien-, Verwaltungs-, Finanz- und Strafgerichte und auch für die Staatsanwaltschaften dar. Ab 2007 werden zusätzlich Statistiken für die Bereiche der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit erstellt. Weiterhin zu

⁷ Hagen, J. (2005). Statistik für Juristen. Neuer wissenschaftlicher Verlag, S 3.

⁸ Bundesamt für Justiz (Hrsg.). Statistiken der Rechtspflege. Internetadresse: http://www.bundesjustizamt.de/cln_049/nn_258868/DE/Themen/Justizverwaltung/Justizstatistik/Justizstatistik_node.html?nnn=true. Zugriff am 30.10.2007.

nennen sind die auf Personen bezogenen Statistiken der Strafrechtspflege, die Informationen zur Strafverfolgung, zum Strafvollzug und zur Bewährungshilfe beinhalten.

In Österreich wird u.a. von der Statistik Austria im Statistischen Jahrbuch ein Abschnitt zur Rechtspflege geführt. Während bis zum Jahr 1997⁹ im Statistischen Jahrbuch diesem Beitrag ein Raum von etwa 150 Seiten gewidmet wurde,¹⁰ umfasst der Beitrag für das Jahr 2006 nur 7 Seiten.¹¹ Allerdings werden Statistiken zur Rechtspflege als Sonderauswertungen bereitgestellt. Ein Beispiel dafür ist die über 200 Seiten umfassende Sonderauswertung zur Kriminalstatistik.¹² Im Statistischen Jahrbuch (2006) der Statistik Austria finden sich neben allgemeinen Ausführungen und Erläuterungen Tabellen zu

Tätigkeit des Verfassungsgerichtshofes 1975 bis 2005

Tätigkeit des Verwaltungsgerichtshofes 1975 bis 2005

Zivilgerichtsbarkeit in allgemeinen Streitsachen 1995 bis 2005

Zivilgerichtsbarkeit in Arbeits- und Sozialrechtssachen 1995 bis 2005

Mahnsachen bei Bezirksgerichten und bei den Landesgerichten 1995 bis 2005

Anfall in den anderen Sparten 2005 und 2004

Tätigkeit der Rechtsmittelgerichte in Zivilrechtssachen 2005 (bundesweit)

Bezirksgerichtliche Verfahren in Strafsachen 1995 bis 2005

Tätigkeit der Bezirksanwälte 1995 bis 2005 (fallbezogene Zählung)

Strafsachen bei den Gerichtshöfen 1. Instanz 1995 bis 2005 (Register Ur)

Strafsachen bei den Gerichtshöfen 1. Instanz 1995 bis 2005 (Register Hv)

⁹ Laut Auskunft der Statistik Austria wurde bis zum Jahr 1997 die Statistik zur Rechtspflege von der Statistik Austria, dem damaligen Statistischen Zentralamt, geführt. Mittlerweile wird diese vom BMJ geführt.

¹⁰ Vgl z.B. Statistik der Rechtspflege für das Jahr 1996, herausgegeben vom Österreichischen Statistischen Zentralamt, 1997.

¹¹ Statistik Austria (Hrsg.) Statistisches Jahrbuch. Zuletzt geändert am 01.06.2007. Internetadresse: http://www.statistik-austria.at/web/de/services/stat_jahrbuch/index.html. Zugriff am 30.10.2007.

¹² Statistik Austria (Hrsg.), Gerichtliche Kriminalstatistik 2005. Wien 2006.

Tätigkeit der Staatsanwaltschaften 1995 bis 2005 (fallbezogene Zählung)

Tätigkeit der Rechtsmittelgerichte in Strafsachen 2005 (bundesweit)

Verurteilungen 1975 bis 2005

Verurteilungen 1975 bis 2005 nach Alter, Staatsangehörigkeit und Vorstrafen

Gerichtlich strafbare Handlungen 1979 bis 2005

Verurteilungen insgesamt 1979 bis 2005

Verurteilungen nach Deliktgruppen 1980, 1990 und 2005

Häufigste strafbare Handlungen 1980, 1990 und 2005

Polizeiliche Kriminalstatistik 1990 bis 2005

Derartige Tabellen stellen eine erste Zusammenfassung bzw Verdichtung von beobachteten Daten dar und können somit zum Bereich der deskriptiven Statistik gezählt werden. Zur Verbesserung der Information werden diese umfangreichen Tabellen zum Teil auch grafisch dargestellt. Durch die Bildung von z.B. Anteilswerten und weiteren statistischen Maßzahlen wie Mittelwerten und Streuungskenngrößen könnten zusätzliche Ergebnisse aus den vorliegenden Daten gewonnen werden. So könnte etwa eine durchschnittliche Verfahrensdauer (arithmetisches Mittel) und die dazugehörige Standardabweichung eine nützliche Information über die Verteilung der Verfahrensdauer (in Jahren oder Monaten) sein.

3. Rechtspflege und Grundaufgaben der Statistik

Auf die drei Aufgaben der Statistik – die Deskription, die Exploration und die Induktion – wurde bereits hingewiesen. Bei der Deskription und Exploration kann sowohl mit Daten aus Vollerhebungen als auch mit Stichproben gearbeitet werden. Die Induktion ist erforderlich, wenn Aussagen über Grundgesamtheiten anhand von Stichproben getroffen werden sollen.

Im Folgenden wird anhand eines Datensatzes versucht, die Anwendung von Methoden im Rahmen dieser drei Grundaufgaben zu verdeutlichen. Dieser stammt aus dem Bereich der Ehescheidungen aus dem Jahr 2005

und enthält Daten, die für die Rechtspflege relevant erscheinen.¹³ Von der grundsätzlichen Vorgangsweise lässt sich dieses Beispiel meines Erachtens auf viele Fragen der Rechtspflege und Problemstellungen der Rechtstatsachenforschung übertragen. Je nach Art der Daten (diskret oder stetig) und der konkreten Forschungsfrage gibt es spezifische statistische Methoden, die anzuwenden sind, um wissenschaftlich fundierte Ergebnisse zu erlangen. Zu betonen ist, dass für die folgenden Ausführungen sogenannte klassische statistische Methoden angewendet wurden, bei denen ausschließlich Informationen aus Daten relevant sind.¹⁴

3.1. Deskriptive Statistik in der Rechtspflege

Der Datensatz beinhaltet Informationen zu $n = 3925$ Ehen, die im Jahr 2005 geschieden wurden. Es wurden ca 90 Merkmale bzw Variable erhoben, von denen im Folgenden nur einige herausgegriffen werden. Eine kurze Beschreibung der hier analysierten Variablen befindet sich im Anhang.

Die Tabelle 1 beinhaltet die Häufigkeitstabelle mit den absoluten, prozentuellen und kumulierten Häufigkeiten für die Variable Einbringungsjahr der im Jahr 2005 geschiedenen Ehen.

Einbringungsjahr	absolute	prozentuelle	kumulierte
1996	1	0.03	0.03
1997	2	0.05	0.08
1998	0	0.00	0.08
1999	2	0.05	0.13
2000	2	0.05	0.18
2001	5	0.13	0.31
2002	19	0.48	0.79

¹³ Der Datensatz wurde von der Statistik Austria zur Verfügung gestellt und umfasst eine 50%-ige Zufallsstichprobe aus allen Ehescheidungen des Jahres 2005.

¹⁴ Für Bayes'sche Statistik oder entscheidungstheoretische Statistik, bei der auch (subjektive) a priori Informationen oder Konsequenzen möglicher Fehlentscheidungen in Form von Schadenfunktionen berücksichtigt werden können, siehe z.B. Marinell, G., Steckel-Berger, G. (2007) Statistische Datenanalyse. Unter Berücksichtigung von Stichproben-, Apriori- und Schadeninformationen. Oldenbourg.

2003	48	1.22	2.01
2004	698	17.78	19.8
2005	3148	80.2	100
	3925	100	

Tabelle 1: Häufigkeitstabelle für das Einbringungsjahr der im Jahr 2005 geschiedenen Ehen.

Es ist sofort ersichtlich, dass 80% der im Jahr 2005 geschiedenen Ehen im selben Jahr eingebracht wurden (das sind absolut 3148 Scheidungen im Jahr 2005). Nur eine im Jahr 2005 durchgeführte Scheidung wurde vor 9 Jahren (1996) eingebracht ($\approx 0.03\%$). Beinahe 18% der im Jahr 2005 geschiedenen Ehen wurden im Vorjahr (2004) eingebracht. Bei nur 2% der 2005 geschiedenen Ehen wurde die Scheidung im Jahr 2003 oder früher eingebracht.

Die Abbildung 1 zeigt die Verteilung des Merkmals Einbringungsjahr der Ehen, die im Jahr 2005 geschieden wurden, grafisch.

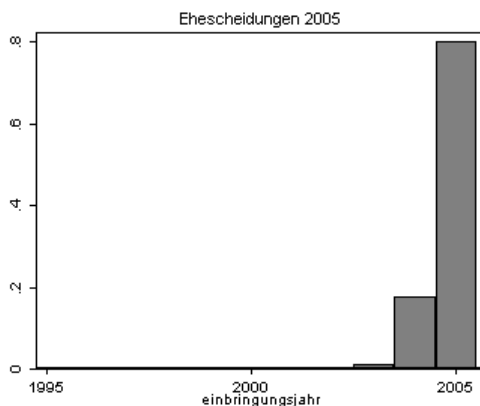


Abbildung 1: Die Grafik zeigt ein Säulendiagramm für das Einbringungsjahr der im Jahr 2005 geschiedenen Ehen.

Die höchste Säule, die den 80% der im Jahr der Einbringung geschiedenen Ehen entspricht, repräsentiert gleichzeitig den Modus der Verteilung. Der Modus entspricht jener Merkmalsausprägung, die gemäß der Häufigkeitstabelle am öftesten vorkommt. Die äußerst niedrigen relativen Häufigkeiten in den Jahren 2002 und 2003 sind als Säule gerade noch wahrnehmbar, während die weiter zurückreichenden Einzelfälle in dieser Darstellung

nicht mehr erkennbar sind. Die häufig in den Medien eingesetzte Darstellung mittels eines Kreisdiagrammes ist bereits bei dieser Anzahl von (und speziell bei dieser Verteilung der) Merkmalsausprägungen nicht sonderlich aussagefähig.

Die Tabelle 2 beinhaltet die Häufigkeitsverteilung der Variable Eheschließungsjahr jener Ehen, die im Jahr 2005 geschieden wurden.

Eheschließungsjahr	absolute Häufigkeiten	prozentuelle Häufigkeiten	kumulierte Häufigkeiten
1949	1	0.03	0.03
1951	1	0.03	0.05
1957	2	0.05	0.1
1960	1	0.03	0.13
1961	3	0.08	0.2
1962	1	0.03	0.23
1963	7	0.18	0.41
1964	6	0.15	0.56
1965	7	0.18	0.74
1966	11	0.28	1.02
1967	7	0.18	1.2
1968	10	0.25	1.45
1969	10	0.25	1.71
1970	13	0.33	2.04
1971	12	0.31	2.34
1972	20	0.51	2.85
1973	26	0.66	3.52
1974	28	0.71	4.23
1975	25	0.64	4.87
1976	30	0.76	5.63
1977	36	0.92	6.55

1978	47	1.2	7.75
1979	47	1.2	8.94
1980	50	1.27	10.22
1981	58	1.48	11.69
1982	88	2.24	13.94
1983	79	2.01	15.95
1984	72	1.83	17.78
1985	75	1.91	19.69
1986	96	2.45	22.14
1987	143	3.64	25.78
1988	78	1.99	27.77
1989	108	2.75	30.52
1990	97	2.47	32.99
1991	102	2.6	35.59
1992	129	3.29	38.88
1993	136	3.46	42.34
1994	125	3.18	45.53

Eheschließungsjahr	Absolute Häufigkeiten	prozentuelle Häufigkeiten	Kumulierte Häufigkeiten
1995	135	3,44	48,97
1996	134	3.41	52.38
1997	164	4.18	56.56
1998	171	4.36	60.92
1999	228	5.81	66.73

2000	229	5.83	72.56
2001	266	6.78	79.34
2002	302	7.69	87.03
2003	289	7.36	94.39
2004	201	5.12	99.52
2005	19	0.48	100.00
	3925	100.00	

Tabelle 2: Häufigkeitstabelle des Eheschließungsjahres der im Jahr 2005 geschiedenen Ehen.

Markante Punkte können auch aus dieser umfangreicheren Tabelle leicht abgelesen werden. So wurde im Jahr 2005 nur eine Ehe geschieden, die im Jahr 1949 geschlossen wurde ($\approx 0.03\%$). Ungefähr 0.5% der im Jahr 2005 geschiedenen Ehen wurden im selben Jahr auch geschlossen (das sind absolut 19). Die Hälfte der 2005 geschiedenen Ehen wurden vor dem Jahr 1996 geschlossen (also zwischen 1949 und 1996), die andere Hälfte im Zeitraum zwischen 1996 und 2005. Dies ist in der Spalte mit den kumulierten Häufigkeiten abzulesen. Jene Merkmalsausprägung (hier das Jahr 1996), bei der die kumulierten Häufigkeiten 50% überschreiten, ist der Median, der die Beobachtungen in zwei Hälften teilt. Diese Größe wird auch als 50%-Quantil bzw Zentralwert bezeichnet. Diese kumulierten (aufsummierten) Häufigkeiten werden als empirische Verteilungsfunktion bezeichnet, aus der beliebige p-Quantile abgelesen werden können. Rund ein Viertel ($\approx 25\%$ -Perzentil) der im Jahr 2005 geschiedenen Ehen wurden vor 1987 geschlossen, ebenso wurde rund ein Viertel ($\approx 75\%$ -Perzentil) der im Jahr geschiedenen Ehen nach 2001 geschlossen. Diese p-Quantile weisen auf eine linksschiefe bzw rechtssteile Verteilung hin. Ein Umstand, der in den nachstehenden Grafiken mit einem Blick zu erkennen ist.

Die Abbildung 2 zeigt die Verteilung des Merkmals Eheschließungsjahr grafisch.

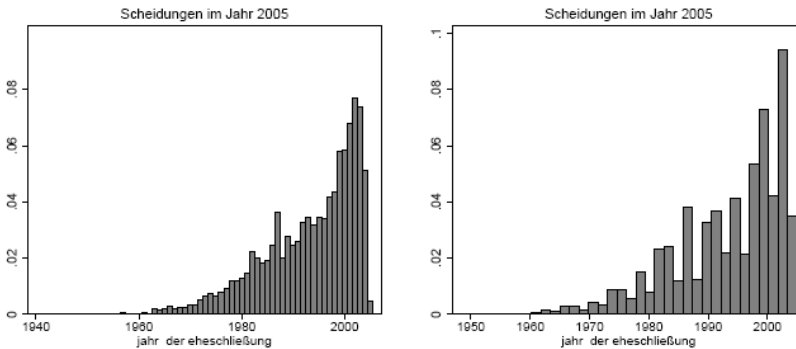


Abbildung 2: Die Grafik zeigt ein Säulendiagramm (links) sowie ein Histogramm (rechts) für das Jahr der Eheschließung der Ehen, die im Jahr 2005 geschieden wurden.

Während im Säulendiagramm jede Säule eine Merkmalsausprägung (jeweils ein Jahr im Zeitraum 1949 bis 2005) repräsentiert, werden im Histogramm Merkmalsausprägungen zunächst geeignet gruppiert und anschließend entsprechend den relativen Häufigkeiten Rechtecke eingezeichnet. Die Flächen dieser Rechtecke entsprechen den beobachteten relativen Häufigkeiten. Aus beiden ist ersichtlich, dass die Scheidungshäufigkeit abnimmt, je früher eine Ehe geschlossen wurde. Rechnet man die Variable Eheschließungsjahr um in eine neue Variable Ehedauer, so erleichtert dies die Interpretation.

Die Abbildung 3 zeigt die Verteilung des Merkmals Ehedauer grafisch.

Aus dieser Grafik ist ersichtlich, dass die kürzesten Ehen kein Jahr dauern, die längste Ehe, die im Jahr 2005 geschieden wurde, dauerte 56 Jahre. Zur weiteren Beschreibung dieser Variable können zusätzliche Parameter ermittelt werden. Die durchschnittliche Ehedauer, `Ehe_dauer`, ist ca 12 Jahre. Da die Verteilung linkssteil bzw rechtsschief ist, sollte jedoch nicht (ausschließlich) das arithmetische Mittel zur Charakterisierung des Zentrums der Verteilung herangezogen werden sondern (auch) der Median, `xmed`, als robustes Lagemaß. Dieser beträgt 9 Jahre. Die Hälfte der im Jahr 2005 geschiedenen Ehen dauerte zwischen 0 und 9 Jahren, die andere Hälfte zwischen 9 und 56 Jahren. Um die Streuung der Beobachtungen auszudrücken, kann die Standardabweichung (bei annähernd symmetrischen Verteilungen) bzw der Interquartilsabstand (bei ausreißerbehafteten

Daten) ermittelt werden. Die Standardabweichung beträgt hier 9 Jahre, d.h. die Beobachtungen streuen in diesem Ausmaß durchschnittlich um das arithmetische Mittel. Der Interquartilsabstand als Differenz zwischen dem 75%-Perzentil (18 Jahre) und dem 25%-Perzentil (4 Jahre) ist 14 Jahre. Die Hälfte aller im Jahr 2005 geschiedenen Ehen dauerte zwischen 4 und 18 Jahren.

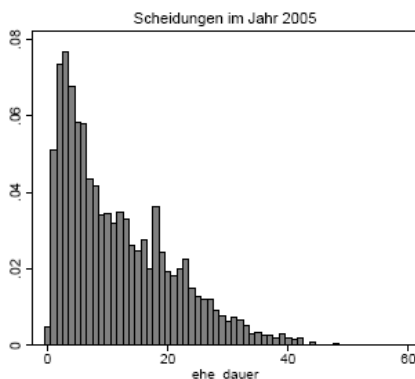


Abbildung 3:
Die Grafik zeigt die Verteilung
der Dauer der Ehen,
die im Jahr 2005 geschieden wurden,
anhand eines Säulendiagramms.

3.2 Explorative Statistik in der Rechtspflege

Einige dieser soeben berechneten Größen finden bei einer weiteren grafischen Darstellungsmöglichkeit der Verteilung einer Variable Anwendung. Bei der sogenannten Fünf-Punkte-Zusammenfassung werden das Minimum x_{\min} , die drei Quantile $x_{0.25}$, $x_{0.50}$ (Median), $x_{0.75}$ sowie das Maximum x_{\max} der Beobachtungen zur Visualisierung eingesetzt.

Die Abbildung 4 zeigt die Verteilung der Variable Ehedauer anhand eines Box-plots.

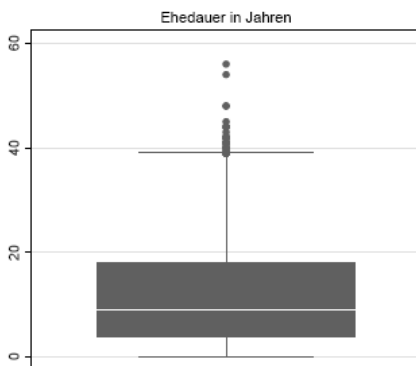


Abbildung 4: Die Grafik zeigt
einen Box-plot
für die Dauer der Ehen,
die im Jahr 2005 geschieden wurden.

Zentraler Punkt dieser Darstellung ist die Box („Schachtel“), die zwischen dem 25%-Quantil und dem 75%-Quantil eingezeichnet wird. Für die Ehedauer ist $x_{0.25} = 4$ Jahre und $x_{0.75} = 18$ Jahre. Daraus folgt unmittelbar, dass die Hälfte aller im Jahr 2005 geschiedenen Ehen zwischen 4 und 18 Jahre dauerte. Die Länge der Box wird als Interquartilsabstand $I_x = x_{0.75} - x_{0.25}$ bezeichnet und beträgt für die Ehedaten 14 Jahre. Der Median wird durch eine horizontale Linie innerhalb der Box abgetragen. Dieser ist in diesem Beispiel $x_{0.50} = 9$ Jahre. Unter- und oberhalb der Box werden weitere horizontale Linien, die sogenannten Whisker („Barthaare“) eingezeichnet. Diese reichen in herkömmlichen Box-Plots bis zum Minimum bzw Maximum der Daten. In modifizierten Box-Plots (wie auch in der Abbildung 4) werden imaginäre Zäune zu $z_u = x_{0.25} - 1.5I_x$ und $z_o = x_{0.75} + 1.5I_x$ liegen, werden gesondert in die Grafik eingezeichnet und als Ausreißer bezeichnet. Existieren keine Beobachtungen außerhalb dieses Zaunes, werden die Whisker bis zum kleinsten bzw größten Wert eingezeichnet. Für die Ehedauer ist $z_u = 4 - 1.5 \cdot 14 = -17$ und $z_o = 18 + 1.5 \cdot 14 = 39$ Jahre.

Da es bei den Ehedauern keine Werte kleiner als 0 gibt, wird der untere Whisker bis 0 (x_{\min}) eingetragen. Oberhalb von 39 gibt es einige Beobachtungen, sodass der obere Whisker bis zu jener Beobachtung, die gerade noch unterhalb dieses imaginären Zaunes liegt, eingezeichnet wird. Alle im Jahr 2005 geschiedenen Ehen, die länger als 39 Jahre dauerten, werden in diesem Diagramm als Ausreißer eingetragen.

Die Abbildung 5 zeigt die Verteilung des Alters aller im Jahr 2005 Geschiedenen anhand eines Box-plots getrennt nach dem Wohnbundesland.

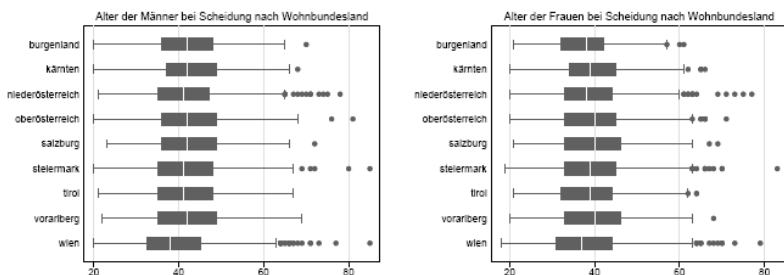


Abbildung 5: Die Grafik zeigt einen Box-plot für das Alter der im Jahr 2005 Geschiedenen. Links für Männer, rechts für Frauen getrennt nach dem Wohnbundesland. Abgesehen von einigen Ausreißern unterscheidet sich die Verteilung des Alters (weder von Männern noch von Frauen) in den einzelnen Bundesländern.

Die Abbildung 6 zeigt die Verteilung der Dauer der Ehen, die im Jahr 2005 geschieden wurden, anhand eines Box-plots getrennt nach dem Wohnbundesland. Auffallend ist, dass die Ehen, die im Jahr 2005 in Wien geschieden wurden, kürzer dauerten als in den übrigen Bundesländern.



Abbildung 6: Die Grafik zeigt einen Box-plot für die Dauer der im Jahr 2005 geschiedenen Ehen getrennt nach dem Wohnbundesland.

Die Abbildung 7 zeigt die Verteilung der Dauer der Ehen, die im Jahr 2005 geschieden wurden, anhand eines Box-plots getrennt nach dem Scheidungsgrund.

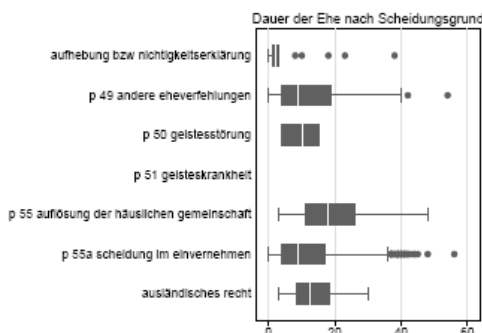


Abbildung 7: Die Grafik zeigt einen Box-plot für die Dauer der im Jahr 2005 geschiedenen Ehen getrennt nach dem Scheidungsgrund. Zahlreiche weitere Zusammenhanganalysen können auf diese Weise durchgeführt werden.

Stellvertretend für die zahlreichen induktiven Methoden soll nun im Folgenden erläutert werden, wie der Zusammenhang zwischen zwei Merkma-

len analysiert werden kann. Als Ausgangspunkt für kategoriale bzw. kategorisierte Variable (wie in diesem Datensatz z.B. die Variable Scheidungsgrund und Träger des Verschuldens) kann dazu eine Kreuz- bzw. Kontingenztafel betrachtet werden, die die gemeinsamen Häufigkeiten der beiden interessierenden Variablen beinhaltet. Die Tabelle 3 zeigt die gemeinsame Verteilung der absoluten Häufigkeiten für den Scheidungsgrund und den Träger des Verschuldens.

Schuld	Scheidungsgrund							
	AH	§49	§50	§51	§55	§55a	ausl.R.	total
Mann	0	117	2	0	85	7	7	218
Frau	0	34	1	1	10	39	0	85
beide	0	69	0	0	12	158	3	242
keiner	25	0	0	0	69	3272	14	3380
total	25	220	3	1	176	3476	24	3925

Tabelle 3: Gemeinsame (absolute) Häufigkeitsverteilung des Scheidungsgrundes und des Trägers des Verschuldens für die Scheidungen im Jahr 2005.

So wurden etwa 117 von den insgesamt 3925 Scheidungen aufgrund des §49 ausgesprochen, bei denen auch der Mann Träger des Verschuldens war. 158 Ehen wurden im Einvernehmen (§55a) geschieden, bei denen beidseitiges Verschulden vorlag. Der Großteil der Ehen (3272) wurde im Jahr 2005 im Einvernehmen geschieden ohne dass Mann oder Frau schuldig gesprochen wurde. Analog zur univariaten Analyse ist es auch bei der Zusammenhangsanalyse meist leichter, relative Häufigkeiten zu interpretieren, bei denen die absoluten Häufigkeiten in Relation zum Stichprobenumfang gesetzt werden. Die Tabelle 4 enthält die gemeinsamen relativen Häufigkeiten der beiden Variablen.

Schuld	Scheidungsgrund							
	AH	§ 49	§ 50	§ 51	§ 55	§ 55a	ausl.R.	total
Mann	0.00	3.00	0.10	0.00	2.20	0.20	0.20	5.60
Frau	0.00	0.90	0.00	0.00	0.30	1.00	0.00	2.20
beide	0.00	1.80	0.00	0.00	0.30	4.00	0.10	6.20
keiner	0.60	0.00	0.00	0.00	1.80	83.40	0.40	86.10
total	0.60	5.60	0.10	0.00	4.50	88.60	0.60	100.00

Tabelle 4: Gemeinsame (relative) Häufigkeitsverteilung des Scheidungsgrundes und des Trägers des Verschuldens für die Scheidungen im Jahr 2005.

Knapp über 80% (genau 83.40%) der Ehen wurden im Jahr 2005 geschieden ohne dass ein Mann oder eine Frau für schuldig gesprochen wurde. Aus den gemeinsamen absoluten bzw relativen Häufigkeiten lässt sich jedoch nicht auf den Zusammenhang zwischen dem Scheidungsgrund und dem Träger des Verschuldens schließen. Dazu ist es erforderlich, die absoluten Häufigkeiten auf die Teilgesamtheiten zu beziehen. Dies erfolgt mit der Berechnung bedingter relativer Häufigkeiten. Die relative Häufigkeit des Scheidungsgrundes unter der Bedingung Schuld = Mann, Frau, beide, keiner erhält man, indem die absoluten gemeinsamen Häufigkeiten durch die jeweilige Zeilen-Randsummen dividiert werden.

Die Tabelle 5 zeigt die bedingte relative Häufigkeitsverteilung des Scheidungsgrundes bezogen auf den Träger des Verschuldens.

Schuld	Scheidungsgrund							
	AH	§ 49	§ 50	§ 51	§ 55	§ 55a	ausl.R.	total
Mann	0	117	2	0	85	7	7	218
	0.00	53.67	0.92	0.00	38.99	3.21	3.21	100
Frau	0	34	1	1	10	39	0	85
	0.00	40.00	1.18	1.18	11.76	45.88	0.00	100
beide	0	69	0	0	12	158	3	242
	0.00	28.51	0.00	0.00	4.96	65.29	1.24	100
keiner	25	0	0	0	69	3272	14	3380
	0.74	0.00	0.00	0.00	2.04	96.80	0.41	100
total	25	220	3	1	176	3476	24	3925
	0.64	5.61	0.08	0.03	4.48	88.56	0.60	100

Tabelle 5: Bedingte relative Häufigkeitsverteilung des Scheidungsgrundes bezogen auf den Träger des Verschuldens für das Jahr 2005.

Die Verteilung des Merkmals Scheidungsgrund kann nun in den einzelnen Zeilen verglichen werden. 53.67% aller schuldig gesprochenen Männer wurden aufgrund des §49 (andere Eheverfehlungen) geschieden. Bei 38.99% aller schuldig geschiedenen Männer war die Auflösung der häuslichen Gemeinschaft (§55) Grund der Scheidung. Etwas differenziert ist die Verteilung des Scheidungsgrundes bei den für schuldig erachteten Frauen. Zwar wurden auch hier 40% wegen anderer Eheverfehlungen geschieden, ein größerer Anteil jedoch, genau 45.88%, wurde im Einvernehmen geschieden. Während gerade einmal 11.76% aufgrund der Auflösung der häuslichen Gemeinschaft geschieden wurden. Liegt das Verschulden bei beiden Ehepartnern, ist bei ca einem Drittel (28.51%) der Scheidungsgrund in anderen Eheverfehlungen zu suchen, bei ca zwei Drittel

(65.29%) wurde die Ehe einvernehmlich geschieden. Der Großteil (96.80%) aller Scheidungen, bei denen weder Mann noch Frau die Schuld trägt, wurde im Einvernehmen aufgelöst. Die absoluten gemeinsamen Häufigkeiten der beiden Variablen können auch auf die Spalten-Randsummen bezogen werden.

Die Tabelle 6 zeigt die bedingte relative Häufigkeitsverteilung des Trägers des Verschuldens bezogen auf den Scheidungsgrund.

In Analogie zu den Interpretationen der Ergebnisse in Tabelle 5 kann die Verteilung des Merkmals Träger des Verschuldens nun in den einzelnen Spalten analysiert werden.

Unter Zuhilfenahme der Randhäufigkeiten (der Zeilen- bzw Spalten-Randsummen) können nun unter Unabhängigkeit erwartete absolute Häufigkeiten ermittelt werden.

Die Differenz zwischen den beobachteten und den unter Unabhängigkeit erwarteten absoluten Häufigkeiten kann als Maß für den Zusammenhang zwischen den beiden interessierenden Variablen herangezogen werden und wird χ^2 -Koeffizient genannt.¹⁵

	Scheidungsgrund							
	AH	§ 49	§ 50	§ 51	§ 55	§ 55a	ausl.R.	total
Schuld								
Mann	0	117	2	0	85	7	7	218
	0.00	53.18	66.67	0.00	48.30	0.20	29.17	5.55

¹⁵ Der χ^2 -Koeffizient ist bestimmt durch

$$\chi^2 = \sum_{i=1}^k \sum_{j=1}^m \frac{(h_{ij} - \bar{h}_{ij})^2}{\bar{h}_{ij}}$$

Zur Herleitung dieser Formel basierend auf dem Unabhängigkeitspostulat und zu weiteren Ausführungen hinsichtlich dieses statistischen Testverfahrens vgl z.B. Fahrmeir, L., Künstler, R., Pigeot, I., Tutz, G. (2007). *Statistik. Der Weg zur Datenanalyse*. 6. Auflage. Springer. S 123ff und S 467ff.

Frau	0	34	1	1	10	39	0	85
	0.00	15.45	33.33	100	5.68	1.12	0.00	2.17
beide	0	69	0	0	12	158	3	242
	0.00	31.36	0.00	0.00	6.82	4.55	12.50	6.17
keiner	25	0	0	0	69	3272	14	3380
	100	0.00	0.00	0.00	39.20	94.13	58.33	86.11
total	25	220	3	1	176	3476	24	3925
	100.00	100.00	100.00	100.00	100.00	100.00	100.00	100.00

Tabelle 6: Bedingte relative Häufigkeitsverteilung des Trägers des Verschuldens bezogen auf den Scheidungsgrund für das Jahr 2005.

Wenn die Hypothese, dass es zwischen dem Träger des Verschuldens und dem Scheidungsgrund keinen Zusammenhang gibt, untersucht werden soll, kann dies mit einem statistischen Testverfahren, in diesem Fall dem sogenannten χ^2 -Unabhängigkeitstest, erfolgen. Mit diesem Test wird untersucht, ob die beiden Merkmale unabhängig sind.

Der χ^2 -Unabhängigkeitstest zeigt in diesem Fall, dass diese Nullhypothese H_0 (kein Zusammenhang) abzulehnen ist und es einen (hoch-)signifikanten Zusammenhang zwischen diesen beiden Merkmalen gibt. Der χ^2 -Koeffizient beträgt $\chi^2 = 2479.42$, der entsprechende p-Wert ist beinahe 0.000. Der Scheidungsgrund und die Tatsache, wer das Verschulden bei der Scheidung trägt, hängen in signifikanter Weise voneinander ab. Dieses Ergebnis ist jedoch mit Vorsicht zu interpretieren, da in dieser Kontingenztafel mehr als die Hälfte der Zellen eine Häufigkeit kleiner als 5 aufweisen, dieser Prozentsatz 20% nicht überschreiten dürfte. In diesem Fall könnten Merkmalsausprägungen zu Gruppen zusammengefasst werden oder ein exakter Test angewendet werden. Auf beide Varianten wird an dieser Stelle verzichtet.

4. Zusammenfassende Bemerkungen

Zur Zeit werden im Bereich der Rechtspflege verschiedenste Daten gesammelt und dokumentiert. Eine ausgeprägte Justizstatistik ist in Österreich noch nicht vorhanden. Die Daten werden je nach Gebiet unterschiedlich intensiv statistisch aufbereitet.

Methodisch ist die Justizstatistik in Österreich heute weitgehend der deskriptiven Statistik zuzuordnen. Aufgrund der Bedeutung der Rechtspflege und der Vielzahl der dort gegebenen Fragestellungen sollte sowohl eine Ausweitung der Anwendung der deskriptiven und explorativen als insbesondere auch der induktiven Statistik erfolgen.

Durch die angemessene und zielorientierte Anwendung statistischer Methoden können Beiträge zur Evaluierung der Rechtspflege, zur Vorbereitung von Gesetzesvorhaben und zur Bedarfsermittlung nach weiteren rechtlichen Regelungen geleistet werden.

Wenn in der Rechtswissenschaft verstärkt empirisch gearbeitet werden soll, ist eine Auseinandersetzung mit und ein intensiver Einsatz von statistischen Methoden unumgänglich.

5. Literatur

5.1. Monographien und Sammelwerke: Fahrmeir, L., Künstler, R., Pigeot, I., Tutz, G. (2007). Statistik. Der Weg zur Datenanalyse. 6. Auflage. Springer. Hagen, J. (2005). Statistik für Juristen. Neuer wissenschaftlicher Verlag. Marinell, G., Steckel-Berger, G. 2007. Statistische Datenanalyse. Unter Berücksichtigung von Stichproben-, Apriori- und Schadeninformationen. Oldenbourg. Mosler, K., Schmid, F. (2006). Wahrscheinlichkeitsrechnung und induktive Statistik. 2. Auflage. Springer. Österreichisches Statistisches Zentralamt (Hrsg.) Statistik der Rechtspflege für das Jahr 1996. Wien 1997. Quatember, A. (2005). Statistik ohne Angst vor Formeln. Pearson Studium. Schira, J. (2005). Statistische Methoden der VWL und BWL, Theorie und Praxis. 2. Auflage. Pearson Studium. Statistik Austria (Hrsg.), Gerichtliche Kriminalstatistik 2005. Wien 2006. Zöfel, P. (2003). Statistik für Wirtschaftswissenschaftler. Pearson Studium.

5.2. Homepages: Statistik Austria (Hrsg.) Statistisches Jahrbuch. Zuletzt geändert am 01.06.2007. Internetadresse: http://www.statistik-austria.at/web_de/services/stat_jahrbuch/index.html. Zugriff am 30.10.2007. Bundesamt für Justiz (Hrsg.). Statistiken der Rechtspflege. Internetadresse: http://www.bundesjustizamt.de/cdn_049/nn_258868/DE/Themen/Justizverwaltung/Justizstatistik/Justizstatistik_node.html?_nnn=true. Zugriff am 30.10.2007.

Anhang

Merkmale bzw Variable	Beschreibung
einjj einleit	Einbringungsjahr Art der Einleitung 1 = Klage des Mannes 2 = Klage der Frau 3 = Klage von Mann und Frau 4 = Antrag 5 = Klage des Staatsanwaltes
chejj	Eheschließungsjahr
ehe dauer	Dauer der Ehe in Jahren
schuld	Träger des Verschuldens bzw des Grundes
1 = Mann	2 = Frau 3 = beide 4 = keiner von beiden
grund	Scheidungsgrund 0 = bei Aufhebung oder Nichtigkeit 1 = §47 Ehebruch 2 = §48 Verweigerung der Fortpflanzung 3 = §49 andere Eheverfehlungen 4 = §50 Geistesstörung 5 = §51 Geisteskrankheit 6 = §52 ansteckende oder ekelerregende Krankheit 7 = §55 Auflösung der häuslichen Gemeinschaft 8 = §55a Scheidung im Einvernehmen 9 = ausländisches Recht

	79 = §47 und §49
	89 = §48 und §49
gebjff	Geburtsjahr der Frau
gebjfm	Geburtsjahr des Mannes
alter weiblich	Alter der Frau
alter maennlich	Alter des Mannes
wbdl	Wohnbundesland
	1 = Burgenland
	2 = Kärnten
	3 = Niederösterreich
	4 = Oberösterreich
	5 = Salzburg
	6 = Steiermark
	7 = Tirol
	8 = Vorarlberg
	9 = Wien
berufm	Beruf des Mannes
	1 = Landwirt
	2 = sonstiger Selbstständiger
	3 = Angestellter, Beamter
	4 = Arbeiter
	5 = arbeitslos
	6 = Student
	7 = Pensionist, Rentner
	8 = sonstiges (z.B. Hausmann)
beruff	Beruf der Frau
	s.o.
ozm	die wievielte Ehe des Mannes
ozf	die wievielte Ehe der Frau
kinder	Anzahl der gemeinsamen Kinder
erl	Art der Erledigung
	1 = Scheidung

2 = Aufhebung der Ehe

3 = Nichtigkeitserklärung der Ehe

Von der Notwendigkeit einer Strafrechts-Tatsachenforschung – und warum die Kriminologie dabei weder stehen bleiben kann noch soll

In der Ankündigung zu dieser Tagung heißt es, die Datenlage im gesamten Rechtsbereich in Österreich sei schlecht oder gar nicht aufbereitet. Diese Aussage scheint leider auch für das Gebiet des Strafrechts bzw. der Kriminologie nur allzu sehr zuzutreffen. Dazu ein Beispiel: als im Zeitraum zwischen 2000 und 2002 die Zahl der Häftlinge in Österreich dramatisch angestiegen war, wurde das Wiener Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie von der alarmierten Justizverwaltung beauftragt, diese offensichtlich völlig überraschende Entwicklung zu analysieren. Die beunruhigende und teure Explosion der Gefangenenzahlen sollte angesichts der damals anstehenden Budgetverhandlungen beschrieben und wenigstens annähernd verstanden werden. Arno Pilgram, der den Forschungsbericht¹ schließlich erstellte, mahnte an, die Justizverwaltung werde in Zukunft dafür zu sorgen haben, dass solche Entwicklungen rascher erkannt und kommuniziert werden können. Die Justizverwaltung müsse sich für wissenschaftliche Selbstbeobachtung öffnen, um auch ohne aufwändige Forschungsanstrengungen von außen über ein geeignetes Analyseinstrument zur Planung und Steuerung verfügen zu können. Eindeutig und wenig schmeichelhaft fällt Pilgrams Befund zur Lage der Kriminal- und Rechtspflegestatistiken in Österreich im Jahre 2004 aus: diese sei schlicht „katastrophal“.²

Über diesen Mangel an Datengrundlagen hinausgehend gibt es in Österreich generell eine im Vergleich mit anderen Ländern unterentwickelte Bereitschaft, empirisches Wissen über das Strafrecht bzw. über Kriminalität und deren Kontrolle zu rezipieren, und zwar nicht nur innerhalb der Rechtsanwendung und -wissenschaft, sondern auch im Bereich der Politik und der Medien. Dies soll zunächst anhand eines Beispiels verdeutlicht werden. Dabei möchte ich der Frage nachgehen, mit welcher Art von „Rechtstatsachen“ es kriminologische Forschung überhaupt zu tun hat. Daran anknüpfend soll skizzenhaft dargelegt werden, was eine rechtstatsächliche Forschung auf dem Gebiet des Strafrechts leisten könnte – und warum die Kriminologie als Disziplin, so meine These, darüber hinausge-

¹) *Pilgram*, Die Entwicklung der Haftzahlen in Österreich (2003).

²) *Pilgram*, Überfüllte Justizanstalten – Jugendliche als „Verursacher“ und Leidtragende, *Journal für Strafrecht* 2/2004, 50.

hen muss. Nach einigen Überlegungen zum Verwertungszusammenhang kriminologisch-rechtstatsächlichen Wissens schließt mein Referat mit schlagwortartigen Anregungen, wie die bereits angesprochene unbefriedigende Situation in Österreich verbessert werden könnte.

Nachdem diese Tagung an einer juristischen Fakultät stattfindet, möchte ich mit einem Beispiel aus der Welt der Justiz, nämlich einem Urteil des Obersten Gerichtshofs zeigen, wie leichtfertig – man könnte auch sagen: ignorant – in Diskursen wissenschaftlicher und politischer Eliten hierzulande mitunter gewisse Fakten einfach als gegeben betrachtet werden, ohne die Möglichkeit oder das Erfordernis seriöser erfahrungswissenschaftlicher Beobachtung auch nur in Betracht zu ziehen. In einem Urteil aus dem Jahr 1997³⁾ hatte der OGH die Frage zu entscheiden, inwieweit durch die Überwachung eines Hauses mit mehreren Mietwohnungen mittels Videoanlage in die Privatsphäre eines Mieters eingegriffen wird. Dabei war das Persönlichkeitsrecht des Mieters nach § 16 ABGB sowie sein Recht auf Privatsphäre nach Art 8 EMRK gegen das Recht der Hauseigentümerin auf Schutz ihres Objektes vor Einbrüchen und Sachbeschädigungen abzuwägen. Das Gericht kam zum Resultat, dass der Mieter ein gewisses Ausmaß an Videoüberwachung hinzunehmen habe. Begründet wurde dies unter anderem mit einer angeblich ansteigenden Verbrechensrate: „In Zeiten steigender Kriminalität durch Wohnungseinbrüche und Sachbeschädigungen und der dadurch immer häufiger angewendeten, erst in jüngerer Zeit entwickelten Überwachungsmethoden ist es einem Mieter durchaus zumutbar und dient auch seinem Schutz, dass jedenfalls der Eingang zu einem Miethaus durch Bewegungsmelder und Videokameras gesichert wird.“

Woher weiß der OGH, dass „die“ Kriminalität durch Wohnungseinbrüche und Sachbeschädigungen zunimmt? Wurden kriminologische Gutachten in Auftrag gegeben? Haben die Höchststrichter Kriminalstatistiken zu Rate gezogen? Haben sie über den Kriminalitätsanstieg in der Zeitung gelesen? Spiegelt sich in der Begründung die lebensweltliche Erfahrung (oder die berechnete Sorge) von Angehörigen der Mittelschicht wider, selbst Opfer von Einbrüchen geworden zu sein (oder zu werden)?⁴⁾ Meine Ver-

³⁾ OGH 30.1.1997, 6 Ob 2401/96y.

⁴⁾ In den Viktimisierungserfahrungen und –ängsten der Mittelschicht erblickt prominente britische Kriminologe David Garland einen wesentlichen Grund für die Entwicklung Großbritanniens und der USA zu *high crime societies*, in denen Kriminalität ein dominantes und hochgradig politisiertes Thema im öffentlichen Diskurs darstellt und in denen eine wohlfahrtsstaatliche Kriminalitätskontrolle weithin als gescheitert angesehen wird; *Garland, The Culture of Control* (2001), 147 ff.

mutung ist, dass es sich bei der Feststellung des Gerichts eher um ein empiriefreies Rasonnieren handelt; ein Rasonnieren das zwar – in juristischem Jargon ausgedrückt – ohne „Tatsachensubstrat“ auskommt, jedoch durchaus reale Konsequenzen entfaltet, so als hätte der OGH Anschauungsmaterial für eine fundamentale Erkenntnis der Sozialwissenschaften, das so genannte „Thomas-Theorem“, liefern wollen: „If men define situations as real, they are real in their consequences.“⁵ Um nicht missverstanden zu werden: es geht mir hier weder darum, den (in Sache durchaus nicht undifferenzierten) normativen Gehalt des Spruchs der Höchstrichter in diesem Fall zu kritisieren noch tatsächlich vorkommende Einbruchskriminalität schlechthin zu bagatellisieren. Erstaunlich und bedenklich ist meiner Meinung nach allerdings, wie hier ein *bloß behauptetes* Bedrohungsszenario herangezogen wurde, um (zumindest damals noch) neue Formen der Kontroll- und Sicherheitstechnologie zu legitimieren, die ganz real existierende Missbrauchsmöglichkeiten und Eingriffe in die Privatsphäre nach sich ziehen, über deren Effektivität und soziale Folgekosten jedoch (bis heute) keineswegs Klarheit herrscht.⁶

In den Feststellungen des Erstgerichts wurde der Hauseigentümerin, die die Installation der Überwachungsanlage veranlasst hatte, attestiert, unter „zumindest überdurchschnittlichen „Kriminalitätsängsten““ zu leiden. Nun gehört es zu den mittlerweile ganz gut abgesicherten Befunden der Kriminologie, dass es keinerlei Zusammenhang zwischen subjektivem Sicherheitsgefühl und objektiv fassbaren Gefahrenlagen gibt. Kriminalitätsfurcht hat mit dem Ausmaß der offiziell registrierten Kriminalitätsbelastung nichts zu tun. Aber auch eigene Erfahrungen (oder Erfahrungen von Personen aus dem sozialen Umfeld), Opfer einer Straftat geworden zu sein, sind für die Angst vor dem Verbrechen nicht ursächlich verantwortlich.⁷ Indes gibt es empirische Hinweise darauf, dass wahrgenommene Kriminalitätsentwicklungen – sozusagen „gefühlte Verbrechensraten“ – durch massenmediale Darstellungen spektakulärer Einzelfälle wesentlich beeinflusst werden.⁸ Ein dergestalt unterstellter Kriminalitätsanstieg ver-

⁵) Zitiert nach *Lamnek*, Theorien abweichenden Verhaltens⁷ (1999), 307.

⁶) Siehe etwa die Beiträge in *Hempel/Metelmann* (Hrsg.), Bild – Raum – Kontrolle (2005).

⁷) Vgl. nur *Boers*, Kriminalitätsfurcht (1991), 176 ff und 248 f; interessant ist das Beispiel Wien: das kriminalitätsbezogene Unsicherheitsgefühl ist dort trotz ähnlicher Raten angezeigter Straftaten deutlich geringer als in vergleichbaren europäischen Städten, was mit dem stark ausgeprägten Vertrauen der Bevölkerung in einen nach wie vor bestehenden Wohlfahrtsstaat zu tun haben dürfte; *Hanak/Karazman-Morawetz/Stangl*, Großstadtängste im Postfordismus – Wien im europäischen Vergleich, *Kriminologisches Journal* 2007, 98 ff.

⁸) Siehe etwa *Pfeiffer/Windzio/Kleinmann*, Die Medien, das Böse und wir, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 2004, 415 ff; diese Wirkung bestimmter medialer Inhalte ist freilich komplex. Man darf man sie sich weder linear und monokausal, noch quasi „verschwörungstheo-

mag aber nicht nur die Lebensqualität ganz real zu beeinträchtigen, sondern auch schnell zu einer sich selbst erfüllenden Prophezeiung zu werden: wenn sich viele Menschen abends nicht mehr auf die Straße trauen, wird diese tatsächlich leerer und aufgrund des dadurch bedingten Rückgangs an informeller sozialer Kontrolle unsicherer. Schließlich können solche Unsicherheitswahrnehmungen politisch zum Thema gemacht werden und dadurch erneute mediale Berichterstattung auslösen, die dann wiederum als Argument für bestimmte politische Forderungen (etwa nach mehr Härte gegen Straftäter) oder für kommerzielle Absichten (z.B. den Verkauf von Alarm- und Videoüberwachungsanlagen⁹⁾ benutzt wird.¹⁰

Dieses in der Literatur als „politisch-publizistischer Verstärkerkreislauf“¹¹ bezeichnete Phänomen stellt eine Herausforderung für eine Kriminologie dar, die sich als erfahrungswissenschaftliches Fachgebiet versteht. Dies gilt ganz besonders für ein Land wie Österreich, in dem der akademische Diskurs über Kriminalität weitgehend von der normativen Disziplin des Strafrechts bestimmt wird.¹² Man kann es als zentrale Aufgabe der Kriminologie ansehen, nüchtern festzustellen, was auf dem Gebiet des strafrechtlich Relevanten tatsächlich „der Fall ist“. So wäre es einerseits möglich, unplausible Gefahrenszenarien und unbegründete Ängste durch den Verweis auf die „Rechtstatsachen“ entkräften, andererseits aber auch Probleme und eventuell wirklich bedrohliche Entwicklungen wie etwa die eingangs angesprochene Haftzahlenexplosion rechtzeitig zu erkennen. Forschung, die solch einem primär deskriptiven Erkenntnisinteresse folgt, dient damit als Grundlage einer rationalen Kriminalpolitik, die sich für die Wirksamkeit und die nicht intendierten Konsequenzen bestimmter strafrechtlicher Maßnahmen interessiert. Des weiteren stellt sie einem folgenorientierten Kriminaljustizsystem ein Selbstbeobachtungsinstrument zur Verfügung – mit einer etwas mehr dem Zeitgeist entsprechenden Formulierung könnte

retisch“ intentional vorstellen. In dieser Hinsicht macht es sich die kriminologische Medienkritik oft zu einfach; vgl. *Brücher*, Woher kommt die Lust am Strafen?, in *Lautmann/Klimke/Sack* (Hrsg.), Punitivität, 230 ff.

⁹⁾ Insofern entfaltet die Furcht vor dem Verbrechen durchaus „produktive“ Kräfte; vgl. *Zinganel*, Real Crime: Architektur, Stadt & Verbrechen (2003), 29 ff.

¹⁰⁾ In diesem Zusammenhang ist eine Aussage des langjährigen Direktors des kommerziellen Sicherheitsunternehmens „Österreichischer Wachdienst“ und ehemaligen Staatssekretärs Eduard Mainoni (FPÖ bzw. BZÖ) nicht uninteressant, die dieser als Interviewpartner für eine Studie über Strategien rechtspopulistischer Parteien getätigt hat: „Alle politische Parteien, sogar ein Teil der Wirtschaft, funktionieren über die Angst, über das Geschäft mit der Angst. Versicherungen oder auch meine Branche, private Sicherheitsunternehmen, funktionieren nur über das Geschäft mit der Angst.“; *Geden*, Diskursstrategien im Rechtspopulismus (2006), 144.

¹¹⁾ *Scheerer*, Der politisch-publizistische Verstärkerkreislauf, *Kriminologisches Journal* 1978, 223 ff.

¹²⁾ *Stangl*, Die unwiderstehliche Normativität des Strafrechts, in *Pilgram/Prittowitz* (Hrsg.), Kriminologie – Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung (2005), 247 ff.

man hier von „Qualitätsmanagement“ sprechen.¹³ Last but not least erfüllt ein derartiges Programm wissenschaftlicher Beschreibung eine Art aufklärerische Korrektivfunktion, indem es Mythen über das emotionsgeladene Feld der Kriminalität und ihrer Kontrolle systematisch zu entlarven vermag.¹⁴ Mit Arthur Nussbaum, einem der Pioniere der Rechtstatsachenforschung, ließe sich das Ziel einer solchen Kriminologie als Rechtstatsachenforschung auf dem Gebiet des Strafrechts wie folgt formulieren: „zu erforschen, wie die Formen der tatsächlichen Anwendung des Gesetzes beschaffen sind, insbesondere in welcher Weise das Gesetz von den Gerichten und dem Publikum tatsächlich angewendet wird, ferner welche Zwecke mit den Normen verfolgt werden und welche Wirkungen sie äußern“¹⁵.

So wichtig – und, was Österreich betrifft, wie oben dargelegt von offizieller Seite vernachlässigt – diese Aufgabe auch ist: die Kriminologie kann sich meiner Meinung nach nicht darauf beschränken, durch das Rechtssystem vorgegebene Tatsachen zu beschreiben. Drei Gründe hierfür seien angeführt: die besondere Qualität der sozialen „Sinnprovinz Kriminalität“¹⁶, das der Disziplin schon historisch eingeschriebene kausal erklärende Forschungsprogramm und schließlich die aktuelle Tendenz sozialer Kontrolle, über das Feld des Strafrechts hinauszugehen.

Kriminalität ist *erstens*, wie hier anhand der Eigendynamik von Kriminalitätsfurcht versucht wurde zu zeigen, ein *rechtlich definiertes, aber auch gesellschaftlich konstruiertes Phänomen*, das nicht ohne weiteres schlicht gezählt oder gemessen werden kann. Es konstituiert sich durch im Strafrecht zum Ausdruck kommende und auf das Strafrecht bezogene *soziale* Normvorstellungen und deren Anwendung auf bestimmte entsprechend wahrgenommene und bewertete Sachverhalte. Somit kann auf dem Gebiet der Kriminalität bzw. des Strafrechts noch weniger als in anderen Bereichen „lebenden Rechts“¹⁷ das Tatsächliche einfach dem Normativen gegenübergestellt werden. Das Spannungsfeld von Verhalten und wertender Zuschreibung – oder in den Worten von Jürgen Habermas: von „Faktizität und Geltung“¹⁸ – ist dem Begriff des *crimen* schon etymologisch inhä-

¹³) In diese Richtung gehen einige Vorschläge der aus Sorge über die erwähnte Überbelegung im österreichischen Strafvollzug 2004 gegründeten „Kriminalpolitischen Initiative“; Graßl et al., Kriminalpolitische Initiative: Mehr Sicherheit durch weniger Haft!, Journal für Strafrecht 2004, 61 ff.

¹⁴) Vgl. Kötter, Das Sicherheitsrecht der Zivilgesellschaft, Kritische Justiz 2003, 71 f.

¹⁵) Nussbaum, Die Rechtstatsachenforschung (1914), 11.

¹⁶) Hess/Scheerer, Was ist Kriminalität?, Kriminologisches Journal 1997, 88.

¹⁷) Vgl. Ehrlich, Recht und Leben (1967), 11 ff.

¹⁸) Habermas, Faktizität und Geltung⁴ (1994), 21.

rent.¹⁹ Das heißt, dass „Rechtstatsachen“ auf dem Feld des Strafrechts, wie sie durch offiziellen Statistiken wiedergegeben werden, immer von bereits mehrfach getroffenen Bewertungsvorgängen (von Opfern, Zeugen, Anzeigern, Polizisten, Richtern, etc.) abhängig und daher entsprechend interpretationsbedürftig sind. In der Regel sagen sie das nicht aus, was alltagsweltlich in sie hineingelesen wird. Angenommen, in unserem Beispielurteil wären der Argumentation des OGH *polizeiliche Kriminalstatistiken* zugrunde gelegen, die einen Anstieg der in Rede stehenden Eigentumsdelikte angezeigt hätten. Wäre das behauptete Mehr an Kriminalität und Unsicherheit dann zweifelsfrei empirisch belegt? Die Antwort lautet nein: Kriminalstatistiken sind, wenn man in ihnen Indikatoren des „tatsächlich“ geschehenen Verbrechens sieht, „vermutlich die am wenigsten verlässlichen unter allen offiziellen Sozialdaten.“²⁰ Diese kriminologische Einsicht, die schon im Hinblick auf die große Masse nicht entdeckt oder angezeigter Straftaten unmittelbar einleuchtet, ist zwar weder originell noch neu, wird aber von Medien und Politik beharrlich ignoriert. Indes ist die (im jährlichen Sicherheitsbericht des Innenministeriums enthaltene) Zahl der von der Polizei registrierten Straftaten erkenntnistheoretisch gesehen nicht einfach nur ein reparaturbedürftiges Barometer der Sicherheit, dessen Quecksilbersäule irgendwie schlecht funktioniert. Sie bildet vielmehr – und dies keineswegs lückenhaft – die Aufzeichnungspraxis der Sicherheitsbehörden ab. Diese wiederum ist zu einem kleinen Teil durch die aus eigenem Antrieb geschehene *Verfolgungstätigkeit der Polizei* und zum allergrößten Teil durch das *Anzeigeverhalten der Bevölkerung*, also deren Bedarf, bestimmte Ereignisse als Kriminalität zu rahmen, bedingt.²¹ Dieser Bedarf hat mit „objektiven“ Gefahren aber nur sehr bedingt etwas zu tun: Hinter einem Anstieg der Eigentumsdelikte, die das Gros der registrierten Straftaten ausmachen, kann sich beispielsweise schlicht und einfach ein vermehrter gesellschaftlicher Bestand an Gütern (man denke etwa an Mobiltelefone) – oder mit einem Diktum des Innsbrucker Zivilrechtlers Heinrich Mayrhofer ausgedrückt: ein zugenommener „Fahrrisreichtum“²² – verbergen. Diese Güter können nicht nur gestohlen, sondern auch verloren oder beschädigt werden. Diebstahlsanzeigen erfolgen dann häufig, um Ersatz von der Versicherung zu erhalten. Aber auch *Verurteilten- und Gefange-*

¹⁹⁾ Kunz, Kriminologie⁴ (2004), 3.

²⁰⁾ Giddens, Soziologie² (1999), 199.

²¹⁾ Kriminalstatistiken geben also „durchaus „vollständige“ Wirklichkeiten wieder, Bilder der gesellschaftlich stattfindenden Kriminalisierungen und der durch sie geschaffenen sozialen Realitäten. Was Kriminalstatistiken ausdrücken ist eine bestimmte soziale Umgangsform und Organisationsform von gesellschaftlichen Problemen.“; Pilgram, Kriminalität in Österreich (1980), 37 f.

²²⁾ Zitiert nach Barta, Zivilrecht (2000), 274.

nenstatistiken sind keine „harten“ Kriminalitätsindikatoren.²³ Den Gerichten kommt zwar die verfassungsrechtlich legitime Definitionsmacht über Kriminalität zu. Richter und Staatsanwälte sind aber keine Subsumtionsautomaten; ihre (natürlich nicht willkürliche) Praxis ist entscheidend durch zeitlich und lokal variable Sanktionsstile mitgeprägt.²⁴ So sind Verurteilungsraten immer auch *Spiegelbilder unterschiedlicher Arten von Strafenpolitik*. Die Alternative zur Berufung auf die in Bezug auf die Sicherheitslage nur beschränkt aussagekräftigen amtlichen Statistiken kann freilich nicht ein normativistisch oder radikalkonstruktivistisch inspirierter Verzicht auf die empirische Annäherung an eine intersubjektiv nachvollziehbare Wirklichkeit sein: Im Gegenteil, nur eine *Verbreiterung der Datengrundlage* (z.B. durch Vergleich offizieller Datensammlungen mit Versicherungsdaten sowie Daten aus wissenschaftlicher Dunkelfeldforschung etc.) einerseits *verbunden mit theoretischer Reflexion* andererseits lässt einigermaßen gültige Aussagen über Kriminalitätsphänomene und deren Entwicklung zu. So muss eine Kriminologie, die „Rechtstatsachenforschung“ auf dem Gebiet des Strafrechts betreibt, stets auch miterforschen und hinterfragen, *wie ihre zu erforschenden Tatsachen überhaupt zu solchen werden*. Sie sollte demnach, um eine berühmte formelhafte Definition zu zitieren, nichts weniger sein als „a study of law-making, law-breaking, and reactions to law-breaking“²⁵.

Neben dem Konstruktcharakter von Kriminalität gibt es einen *zweiten*, in der Geschichte der Disziplin angelegten Grund, warum die Kriminologie nicht einfach nur eine eng verstandene Rechtstatsachenforschung auf dem Gebiet des Strafrechts betreiben kann. Das Programm einer Datensammlung für administrative Zwecke – man könnte es (etwas willkürlich) mit dem Namen des belgischen „Moralstatistikers“ Lambert Adolphe Jacques Quételet (1796-1874) verbinden²⁶ – stellt zwar eine wichtige Wurzel der Kriminologie dar und verleiht ihr bis heute Legitimität und Daseinsberechtigung. Ein ganz anderes, ebenfalls wesentliches und für das Fach historisch gesehen konstitutives Forschungsmotiv, für das üblicherweise der

²³ Vgl. nur *Muncie*, Official Criminal Statistics, in *McLaughlin/Muncie* (Hrsg.), The Sage Dictionary of Criminology² (2006), 276 ff.

²⁴ In Österreich wird die (von der „Kriminalitätsbelastung“ unabhängige) lokal unterschiedliche Strafrechtsanwendung seit den 1980er Jahren unter dem Begriff „Ost-West-Gefälle“ diskutiert; vgl. *Burgstaller/Császár*, Zur regionalen Strafenpraxis in Österreich, Österreichische Juristenzeitung 1985, 1 ff und 43 ff; kritisch *Stangl*, Die fragmentierte Anwendung des Strafrechts in Österreich und der Mangel an Rechtskultur in diesem Land, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1989, 89 ff; aktuell *Soyer/Stangl*, Regionale Disparitäten in der Strafrechtsanwendung und die neue Stellung des Staatsanwaltes im Vorverfahren, in *Moos/Jesionek/Müller* (Hrsg.), Strafprozessrecht im Wandel (2006), 523 ff.

²⁵ *Sutherland/Cressey*, Criminology⁹ (1974), 21.

²⁶ Vgl. *Mechler*, Studien zu Geschichte der Kriminalsoziologie (1970), 1 ff und 18 ff.

Name des italienischen Arztes Cesare Lombroso (1836-1909) steht, ist es hingegen, kausal erklärend irgendwie wissenschaftlich Kriminelle von gesetzestreu Menschen zu unterscheiden. Erst im historisch eher zufälligen, kontingenten Zusammenspiel beider Unternehmungen, so der britische Kriminologe David Garland, entsteht die Kriminologie als eigenständiger Diskurs über das Verbrechen.²⁷ Lombroso hatte mithilfe von viel scheinbar aussagekräftiger Empirie geglaubt, im Verbrecher eine eigene atavistische anthropologische Gattung entdeckt zu haben. Auch wenn seine „Mörderschädel“ schon bald nicht mehr ernst genommen wurden, treibt verschiedene Wissenschaften nach wie vor die im Prinzip selbe Fragestellung um: woran genau liegt es denn, dass sich bestimmte Menschen abweichend verhalten? Was unterscheidet diese Menschen von sich konform verhaltenden Gesellschaftsmitgliedern? Die Kriminologie wird zwar regelmäßig mit der Erwartungshaltung konfrontiert, darauf Antworten geben zu sollen, hat darin aber nicht unbedingt ein Monopol. Ihre sich kritisch verstehende Spielart, die das vermeintliche Persönlichkeitsmerkmal „kriminell“ als durch und durch gesellschaftlich bedingtes und zugeschriebenes Phänomen dekonstruiert hatte, wollte hingegen überhaupt keine ätiologische Forschung betreiben. Bei allen berechtigten Vorbehalten gegen die oft intellektuell dürftige und politisch missbrauchsanfällige Jagd nach dem *element of crime*:²⁸ die sozialwissenschaftliche Kriminologie sollte, gerade wenn sie ein emanzipatorisches Erkenntnisinteresse verfolgen will, den Diskurs über die individuellen Ursachen von als kriminell etikettiertem bzw. etikettierbarem Verhalten nicht der neurobiologischen Psychopathieforschung mit ihrem Menschenbild jenseits von Freiheit und Würde (oder gar halbwissenschaftlichen „Profilern“) überlassen.²⁹ Wenn es etwa um die Beurteilung der Wirksamkeit präventiver Maßnahmen auf der Verhaltensebene (z.B. schulische Programme der Gewalt- oder Suchtvorbeugung) zum Zwecke einer evidenzbasierten Kriminalpolitik geht, ist kriminologische Begleit- und Evaluationsforschung,

²⁷⁾ Garland, *Of Crimes and Criminals*, in *Maguire/Morgan/Reiner* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Criminology*³ (2002), 7 f.

²⁸⁾ Geradezu vernichtend fiel Michel Foucaults Urteil über eine solche Art von Kriminologie aus: „Haben Sie schon Texte von Kriminologen gelesen? Da haut es Sie um. Ich sage das nicht aggressiv, sondern erstaunt, weil ich nicht verstehen kann, wie dieser Diskurs der Kriminologen auf diesem Niveau bleiben konnte. Er scheint für das System so nützlich und notwendig zu sein, dass er auf theoretische Rechtfertigung oder methodische Konsistenz zu verzichten können glaubt.“; *Foucault, Mikrophysik der Macht* (1976), 41.

²⁹⁾ Vgl. *Strasser*, *Das neue Kontrolldenken in der Kriminologie*, *Kriminologisches Journal* 2005, 47 ff. Auf der anderen Seite sollte die Kriminologie neurobiologische Erkenntnisse oder die Existenz neuer Techniken der Kriminalitätsprofilierung auch nicht einfach verdrängen.

die sich auch über die Gründe bestimmter Verhaltensweisen Gedanken macht, schließlich unabdingbar.

Schließlich sei noch ein *drittes* Argument für meine These angeführt, wonach das Programm einer „Strafrechts-Tatsachenforschung“ für die Kriminologie etwas zu kurz greift: gegenwärtig sich verändernde Formen der sozialen Kontrolle beziehen sich immer weniger ausschließlich auf strafrechtlich definierte Abweichung, sondern organisieren sich zunehmend um Konzepte wie „Risiko“, „Gefährlichkeit“ oder „Sicherheit“. In der Literatur wird dieser gesellschaftliche Wandel in Anlehnung an Gilles Deleuze³⁰ als Übergang von der Disziplinar- zur Kontrollgesellschaft oder, an das Spätwerk von Michel Foucault³¹ anknüpfend, als „neoliberale Gouvernamentalität“³² beschrieben.³³ Diese neuen Kontrollstile, die solch theoretischen Befunden zufolge eine an individueller Schuld orientierte, strafende (und resozialisierende) Durchsetzung universaler Normen ablösen oder zumindest ergänzen, zeichnen sich auf der einen Seite durch eine Art *Normalisierung* aus: es geht um ein moralfernes, präventiv und situationsbezogen ausgerichtetes „versicherungsmathematisches“ Management kollektiver sozialer Risiken und eine technisch-kühle Ökonomie der Schadensminimierung;³⁴ auf der andern Seite wird komplementär dazu eine „verstärkte Tendenz der *Dämonisierung* bestimmter Täterfiguren“³⁵ z.B. von Sexualstraftätern, Drogendealern oder Selbstmordattentätern (für die bereits jetzt zunehmend ein „Feindstrafrecht“³⁶ zur Anwendung kommt) konstatiert. Solche gefährlichen Anderen dienen als „Vehikel einer punitiven Kriminalpolitik und populistischer Rhetorik, die sich auf vermeintliche Strafbedürfnisse in der Bevölkerung beruft und soziale, existenzielle und persönliche Unsicherheitsgefühle kanalisiert“³⁷. Innerhalb dieser aktu-

³⁰) Deleuze, Das elektronische Halsband – Innenansichten der kontrollierten Gesellschaft, Kriminologisches Journal 1992, 181 ff.

³¹) Siehe etwa Foucault, Die Gouvernamentalität, in Brückling/Krasmann/Lemke (Hrsg.), Gouvernamentalität der Gegenwart (2000), 41 ff.

³²) Vgl. Krasmann, Die Kriminalität der Gesellschaft (2003), 67 ff.

³³) Für einen Überblick siehe Singelstein/Stolle, Die Sicherheitsgesellschaft (2006), 55 ff.

³⁴) Vgl. Feeley/Simon, Actuarial Justice, in Nelken (Hrsg.), The Futures of Criminology (1994), 173 ff.

³⁵) Krasmann, Kriminelle Elemente regieren – und produzieren, in Honneth/Saar (Hrsg.), Michel Foucault – Zwischenbilanz einer Rezeption (2003), 96.

³⁶) Vgl. Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, Höchststrichterliche Rechtsprechung Strafrecht 3/2004, 88 ff.

³⁷) Krasmann, Kriminelle Elemente regieren – und produzieren, in Honneth/Saar (Hrsg.), Michel Foucault – Zwischenbilanz einer Rezeption (2003), 96; Garland zufolge entsprechen diesen gegenläufigen Bewegungen einerseits eine *criminology of the self*, die den Täter als völlig normales, rational handelndes Individuum charakterisiert und andererseits eine *criminology of the alien other*, die

ellen Veränderungen wären so disparate sicherheits- und kriminalpolitische Phänomene einzuordnen wie die Diversion, der Trend zur Mediation,³⁸ die elektronische Fußfessel, die Videoüberwachung,³⁹ die Ausweitung der Sicherungsverwahrung, sicherheitspolizeiliche Schutzzonen, der Einsatz privater Sicherheitsdienste⁴⁰ oder kriminalpräventive Maßnahmen auf verschiedenen Ebenen. Dazu kommt, dass – nicht erst seit dem 11. September 2001 – zunehmend äußere und innere Sicherheit verschwimmen⁴¹ und nicht nur Deutschlands Sicherheit „am Hindukusch verteidigt“⁴² wird. Eine kriminologisch-rechtstatsächliche Forschung, die diese Transformationen nicht verschlafen will, muss daher ihren Horizont weiten und neben dem Strafrecht auch Bereiche wie etwa das Polizeirecht, das Fremdenrecht und andere besondere Verwaltungsrechte, das zivilrechtliche Deliktsrecht oder das Versicherungsrecht in den Blick nehmen. Die Analyse kann auch nicht einfach an nationalstaatlichen Grenzen Halt machen. Eine wissenschaftliche Bestandsaufnahme der Sicherheitslage hätte zudem nicht nur ergebnisorientierte Daten, sondern auch Kommunikationsprozesse zwischen allen möglichen staatlichen und privaten Kontrollakteuren zu untersuchen.⁴³

Welche Chancen hätte bzw. hat nun die Kriminologie, mit ihrem empirischen Befunden auch gehört zu werden? Kann sie wirklich die Kriminalpolitik oder gar die Rechtsanwendung beeinflussen? Soll sie das überhaupt? Zunächst ist festzuhalten, dass sich allein Möglichkeit kriminologischer Forschung nicht zuletzt immer auch einer bestimmten politischen Praxis verdankt.⁴⁴ Die Kriminalpolitik kann ihr Geschäft ganz gut auch ohne eine sie beobachtende oder ihr zuarbeitende Wissenschaft

Verbrecher als bedrohliche Gesellschaftsfeinde darstellt, die kein Mitleid verdienen und denen auch nicht geholfen werden kann. Die einst dominierende, nunmehr in die Defensive geratene wohlfahrtsstaatliche Kriminologie habe hingegen Kriminelle als benachteiligt, defizitär sozialisiert und daher hilfebedürftig entworfen; *Garland, The Culture of Control* (2001), 137.

³⁸ Vgl. *Brückling*, Vermittlung als Befriedung – Über Mediation, *Kriminologisches Journal* 2002, 2 ff.

³⁹ Vgl. *Krasmann*, Mobilität: Videoüberwachung als Chiffre einer Gouvernementalität der Gegenwart, in *Hempel/Metelmann* (Hrsg.), *Bild – Raum – Kontrolle* (2005), 308 ff.

⁴⁰ Vgl. *Lindenberg/Schmidt-Semisch*, Komplementäre Konkurrenz in der Sicherheitsgesellschaft, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 2000, 306 ff.

⁴¹ Vgl. *Bigo*, The Möbius Ribbon of Internal and External Security(ies), in *Albert/Jacobson/Lapid* (Hrsg.), *Identities, Borders, Orders – Rethinking International Relations Theory* (2001), 91 ff.

⁴² So der ehemalige deutsche Verteidigungsminister Peter Struck in einer im März 2004 gehaltenen Rede vor dem Bundestag.

⁴³ *Pilgram*, Die unvollendete Verwissenschaftlichung der Sicherheitsberichterstattung, in *Pilgram/Prittwitz* (Hrsg.), *Kriminologie – Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung* (2005), 172 f.

⁴⁴ Für die Situation in Österreich vgl. *Pilgram*, Gesetzgebungs-, Rechtsprechungs- oder Verwaltungskriminologie, *Kriminologisches Journal* 2004, 284.

betreiben. Die bloße Empirie vermag ferner keine normativ-politischen Ziele vorzugeben; ihre Berücksichtigung macht die Politik des Strafrechts und der Inneren Sicherheit nicht zwangsläufig „vernünftig“ – egal ob man darunter eher eine effiziente Verbrechensbekämpfung oder mehr eine grundrechtsorientierte und Leid reduzierende Kontrollkultur verstehen will. Wenn man letzteres als Maßstab nimmt, so ist eine erfahrungswissenschaftlich gegründete „inhumane“ Politik genauso denkbar wie eine „aufgeklärte“, die sich nicht um nachvollziehbare Fakten kümmert. Beispiel für erstere wäre die durch empirische Forschung mitlegitimierte Strategie des gezielten Wegsperrens tatsächlicher oder vermeintlicher „Intensivtäter“ (*selective incapacitation*) in den USA, die für die dortigen einzigartig hohen Gefangeneneraten mitverantwortlich ist.⁴⁵ Exemplarisch für letztere Möglichkeit lässt sich die Jugendstrafrechtsreform in Österreich nennen. Der Diskurs des österreichischen Jugendstrafrechts, das mit seinem pragmatischen Grundsatz der Nichtintervention wohl zu Recht als „in der Welt führend“⁴⁶ gilt und noch immer von einem geradezu überraschend breiten, auch medialen Konsens getragen wird, sei Pilgram zufolge so sehr auf normative jugend-, demokratie-, sozial- und rechtspolitische Zwecke ausgerichtet, dass er gegenüber kriminologischem Empirie- und Theorie-wissen in Gleichgültigkeit verharre.⁴⁷ Nun kann es durchaus „Charme“ haben, sich bei der Umsetzung einer liberalen Politik nicht allzu sehr von Experten stören zu lassen, die ja auch Profiteure einer Problematisierung sein können. Im Hinblick auf die Möglichkeit, dass das Klima des gesellschaftlichen Umgangs mit jugendlicher Delinquenz sich so wie in anderen Ländern auch in Österreich wieder einmal in Richtung weniger Gelassenheit entwickelt, wäre es jedoch angebracht, nicht einfach nur normativ im Nebel zu stochern. Unabhängig von aktuellen medialen und politischen Skandalisierungen sollte kontinuierlich empirisches Orientierungswissen, das sich nicht nur auf die bloße Beschreibung einiger weniger Kennzahlen der offiziellen Kriminalstatistik beschränkt, bereitgestellt werden.⁴⁸

Was eine *gezielte* aufklärerische Wirkung kriminologischen Wissens betrifft, können allerdings die Erwartungen nicht allzu hochgeschraubt werden, zumindest wenn man der soziologischen Systemtheorie Glauben schenken

⁴⁵) Siehe dazu Kunz, Kriminologie⁴ (2004), 340 ff.

⁴⁶) Ries, Jugendstrafrechtliche Sanktionen in der Bundesrepublik Deutschland, Österreich, Schweiz und den USA (2005), 80.

⁴⁷) Pilgram, Getöse oder Stillschweigen – verfehlte Tonlagen der Jugendkriminalitätsdiskussion in Deutschland und Österreich, in Österreichisches Institut für Jugendforschung (Hrsg.), „Die Jugend ist die Zukunft Europas – aber bitte noch nicht jetzt!“ (2005), 66.

⁴⁸) Vgl. Fuchs, Zwischen Deskription und Dekonstruktion: Empirische Forschung zur Jugendkriminalität in Österreich von 1968 bis 2005 (2007), 32 ff.

will. Diese geht bekanntlich davon aus, dass Wissenschaft, Politik und Recht jeweils über spezifische Kommunikationsweisen vermittelte, selbstreferenziell operierende Teilsysteme der Gesellschaft darstellen. Wissenschaftliche Erkenntnisse können dann die Prozesse juristischen und politischen Entscheidens höchstens „irritieren“.⁴⁹ Ansonsten verfolgen Systeme ihre eigenen Programme, indem sich ihre Beobachtungen und Kommunikationen entlang einer bestimmten Unterscheidung, dem für sie kennzeichnenden „Code“ strukturieren: im Rechtssystem geht es demnach um Recht bzw. Unrecht und im politischen System um Macht bzw. Nicht-Macht, während für das Wissenschaftssystem die Differenz wahr/unwahr maßgeblich ist. „Wahrheit“ ist sozusagen der Politik und dem Recht äußerlich; sie gehört zur Umwelt dieser Systeme. Empirische Forschungsergebnisse müssen danach irgendwie in den Code der anderen Systeme „übersetzbar“ sein, wenn sie von diesen überhaupt verstanden oder gar benutzt werden sollen. So könne Niklas Luhmann zufolge die Tätigkeit beratender Experten oder Gutachter – etwa solchen der Kriminologie oder der Rechtstatsachenforschung – nicht mehr zueichend als Anwendung vorhandenen Wissens begriffen werden. Beratende Forscher „müssen einerseits die in der Wissenschaft noch bestehenden Unsicherheiten in der Kommunikation zurückhalten oder doch abschwächen und andererseits es vermeiden, politische Fragen als Wissensfragen vorzuent scheiden.“⁵⁰ „Die Auffassung, dass die Wissenschaft Wissen produzieren könnte, das im politischen System nur anzuwenden wäre, ja angewendet werden muss, wenn man rational handeln will, wird heute kaum noch vertreten.“⁵¹ Rechtsanwender könnten schließlich sozialwissenschaftliche Erkenntnisse überhaupt nicht verwerten: „Das Rechtssystem kann aus den soziologischen Analysen keinen Nutzen ziehen; es kann nicht seinerseits statistische Sachverhalte wie Regeln behandeln, die bei Entscheidungen zu berücksichtigen sind.“⁵²

Nun gibt es mittlerweile zahlreiche Beispiele gescheiterter Versuche von Kriminologen, kriminalpolitische Entscheidungen rational zu beeinflussen.⁵³ Auch Studien, die sich mit der nur höchst selektiv stattfindenden

⁴⁹) Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (1993), 442 ff; *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft (1997), 779 ff.

⁵⁰) *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft (1997), 785 f.

⁵¹) *Luhmann*, Die Politik der Gesellschaft (2000), 393.

⁵²) *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (1993), 542.

⁵³) Das trifft gleichermaßen für „konventionelle“ wie für „kritische“ Kriminologen zu. Der Kriminologe und ehemalige niedersächsische Justizminister Christian Pfeiffer (SPD) reflektiert in der „Zeit“ die bittere Erfahrung, sich als Politiker aufgrund des Drucks der Medien, der Opposition und der eigenen Fraktion wider besseren Wissens an kontraproduktiven symbolischen Strafver-

politischen Rezeption evidenzbasierter Ansätze der Kriminalprävention beschäftigen, scheinen die systemtheoretische Skepsis gegenüber der Möglichkeit einer Kriminalpolitik auf wissenschaftlicher Grundlage zu bestätigen.⁵⁴ Jenseits von allgemeinen Aussagen über „die“ Politik, „die“ Wissenschaft oder „das“ Recht, die sich aus hochabstrakten Theoriegebäuden deduzieren lassen, lohnt es sich jedoch, genauer zu differenzieren: *Auf welchen institutionellen und diskursiven Ebenen* des politischen Systems oder des Rechtssystems (z.B. Parlament, Regierung, zivilgesellschaftliche Öffentlichkeit, lokale Akteure, universitäre Ausbildung bzw. Rechtssprechung, Verwaltung oder Gesetzgebung) kann ein Transfer *welcher Art von Wissen* (autoritatives Expertenwissen „weiser“ Berater, ein Vorrat diskursiv-rational überprüfbarer Argumente oder mit lokalen Praktiken einhergehende Erfahrungsbestände) stattfinden?⁵⁵ Ein systematisches Einsickern kriminologischer Forschungsergebnisse in rechtliche und politische Entscheidungsprozesse – systemtheoretisch wäre dies als entwickelte „strukturelle Kopplung“⁵⁶ beschreibbar – erscheint dann nicht von vorneherein unmöglich oder unwahrscheinlich. Dazu möchte ich zum Abschluss einige Beispiele und Anregungen geben. Dabei handelt es sich durchwegs um bereits bestehende Ideen, auf die ich keinen wie auch immer gearteten Anspruch auf Originalität erheben kann. Trotzdem – oder vielleicht gerade deswegen – sind sie als Vorschläge für die österreichische Situation lesbar:

Eine *institutionalisierte wissenschaftliche Sicherheitsberichterstattung* (etwa nach Art des „Periodischen Sicherheitsberichts“ der deutschen Bundesregierung⁵⁷

schärfungen aus Anlass Aufsehen erregender Einzelfälle beteiligen zu müssen: „Ich war kein Kriminologe mehr, ich war Politiker“, sagt er. Diese Erfahrung, unter dem geballten Populismus in die Knie gegangen zu sein, sei die schlimmste in seiner Zeit als Justizminister gewesen. Als Konsequenz aus dieser Erfahrung widmet er sich jetzt – wieder ins Kriminologische Forschungsinstitut zurückgekehrt – mit besonderem Interesse jenen Mechanismen, die Justizminister in den blinden Aktionismus treiben.“; Rückert, Ab in den Knast, Die Zeit, 24.5.2006 (Dossier); vgl. ferner den (selbst)kritischen Beitrag von Kreissl, Die größten Kritiker der Elche waren früher selber welche, in Kolte et al. (Hrsg.), Gedankengefängnisse Aufbrechen (2001), http://www.bisdro.uni-bremen.de/FSQUENSEL/kreissl_reinhard.pdf; zum Scheitern der vom *Left Realism* inspirierten Kriminalpolitik von Tony Blairs *New Labour* in Großbritannien vgl. Bode/Lutz, Kriminalpolitik gegen sozialen Ausschluss?, Kriminologisches Journal 2001, 205 ff.

⁵⁴ Graebisch, „Evidence-Based Crime Prevention“, Kriminologisches Journal 2004, 266 ff; Schumann, Ist der Traum von einer rationalen Kriminalpolitik ausgeträumt?, in Kunz/Besozzi (Hrsg.), Soziale Reflexivität und qualitative Methodik (2003), 189 ff.

⁵⁵ Siehe dazu Kreissl, Die Kriminologie vor der Praxis – mehr oder weniger ratlos, Kriminologisches Journal 2004, 299 ff; Pilgram, Gesetzgebungs-, Rechtssprechungs- oder Verwaltungskriminologie, Kriminologisches Journal 2004, 284 ff.

⁵⁶ Vgl. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (1993), 440 ff; Luhmann, Die Politik der Gesellschaft (2000), 372 ff.

⁵⁷ Siehe Bundesministerium des Inneren/Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht (2006); das Erscheinen des Ersten Periodischen Sicherheitsberichts im Jahr 2001 hat eine fachinterne Debatte ausgelöst, aus der einige der hier zitierten Arbeiten hervorgegangen

oder des „British Crime Survey“⁵⁸⁾ kann unabhängig von tagesaktuell aufgeschaukelten politischen oder medialen Thematisierungen eine *außer Streit gestellte Ressource zur nüchternen Betrachtung von Kriminalitätsphänomenen* bieten. Diese Befunde können bei Bedarf verwendet werden, um jenseits bloß behaupteter oder unplausibler Problemdefinitionen einzuschätzen, ob ein bestimmter Handlungsbedarf besteht oder nicht. Eine solche Expertise hätte freilich auf breiter empirischer und theoretischer Grundlage zu erfolgen.⁵⁹⁾ Idealerweise sollte sie über ein bloßes Aufbereiten offizieller Kriminalstatistiken hinausgehen.

Durch eine *institutionalisierte Selbstbeobachtung der Justiz* ließen sich bestimmte *Rechtsbegriffe „empirisieren“*. Im Bereich des Strafrechts könnte z.B. eine erfahrungswissenschaftlich gesättigte Konkretisierung von Tatbeständen wie der Gewerbsmäßigkeit oder der Fluchtgefahr mithelfen, eine (im Hinblick auf Grundrechtseingriffe, präventive Effekte und knappe finanzielle Mittel) überschießende Haftpraxis zu vermeiden. Ohne dabei in die richterliche Unabhängigkeit im Einzelfall einzugreifen, könnten systematisch Ergebnisse aus bereits getroffenen Entscheidungen für neu anstehende Entscheidungen im Sinne einer Erweiterung der Entscheidungskriterien benützt werden.⁶⁰⁾

Wenn in bestimmten Bereichen auf *lokaler Ebene* – z.B. in Gemeinden, Schulen oder im öffentlichen Nahverkehr – sicherheitsrelevante Probleme diskutiert und Präventionsstrategien implementiert werden, können Forscher helfen, zu *genaueren Problembeschreibungen* zu gelangen. Ist Kriminalität überhaupt das Problem? Wenn dann bestimmte, meist kostenintensive Interventionen (Sucht- und Gewaltvorbeugung, Fahrgastbegleitung, bestimmte Überwachungsmaßnahmen) zum Einsatz kommen, kann eine wissenschaftliche *Prozess- und Effektevaluation* deren Wirksamkeit überprüfen und mithelfen, bei allen Beteiligten Lernprozesse zu fördern und zivilgesellschaftliche Selbststeuerungspotenziale zu erkennen.

sind; aufschlussreich ist die (meiner Meinung nach zu radikale) Kritik bei *Peters/Sack*, Von mäßiger Fortschrittlichkeit und soziologischer Ignoranz, *Kriminologisches Journal* 2003, 17 ff, sowie die Antwort eines Mitautors des Berichts, *Schumann*, Im Bunker des Elfenbeinturms, *Kriminologisches Journal* 2003, 135 ff.

⁵⁸⁾ Zu diesem siehe *Maguire*, Crime data and statistics, in *Maguire/Morgan/Reiner* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Criminology*⁴ (2007), 267 ff.

⁵⁹⁾ Vgl. *Pilgram*, Die unvollendete Verwissenschaftlichung der Sicherheitsberichterstattung, in *Pilgram/Prittwitz* (Hrsg.), *Kriminologie – Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung* (2005), 167 ff.

⁶⁰⁾ *Soyer/Stangl*, Regionale Disparitäten in der Strafrechtsanwendung und die neue Stellung des Staatsanwaltes im Vorverfahren, in *Moos/Jesionek/Müller* (Hrsg.), *Strafprozessrecht im Wandel* (2006), 535 ff.

Eine verstärkte (*Wieder*-)Eingliederung sozialwissenschaftlich-kriminologischer Inhalte in die juristische Lehre – sowohl auf der Universität als auch (und gerade) im Bereich der Richterausbildung – hätte nicht nur den Vorteil, den dogmatischen Unterricht anschaulicher und möglicherweise spannender zu machen, sondern würde auch dazu beitragen, ein Bewusstsein für die gesellschaftliche Relevanz und Verantwortung des späteren Berufs zu wecken. Ein grundlegendes Ziel wäre dabei das Fördern der Einsicht, dass es sich bei Kriminalität um kein der Gesellschaft äußerliches Phänomen handelt, das einfach bekämpft oder ausgemerzt werden kann oder muss, sondern dass letztlich „jede Gesellschaft die Verbrecher hat, die sie verdient“. ⁶¹ Zweifel sind meiner Meinung nach hingegen daran angebracht, ob die universitäre Kriminologie auch Kriminalistik betreiben soll. In Österreich hat dies eine gewisse Tradition und wird auch heute noch gelegentlich praktiziert und gefordert. ⁶² Angesichts der aktuellen Popularität des „Profiler“-Mythos ⁶³ könnten kriminalistisch-forensische Inhalte in einem juristischen Curriculum der Kriminologie sicherlich einen gewissen Aufmerksamkeitsbonus beschieren. Mit einer Wiederverquickung der beiden Fächer, die zwar oft verwechselt werden, sich aber ja nicht zufällig historisch ausdifferenziert haben, würde man allerdings nicht nur einer Verengung der „Kriminalwissenschaft“ auf eine Art polizeipraktischen Blickwinkel Vorschub leisten, sondern auch knappe Zeit verlieren. In Anbetracht der ohnehin bestehenden interdisziplinären Weite der Kriminologie, die – so der renommierte niederländische Kriminologe René van Swaeningen – „Kenntnisse von so vielen Disziplinen (von der Biometrik bis zur Ökonomie)“ erfordert, „dass sie Gefahr läuft, in einen leichtfüßigen Dilettantismus zu entgleiten“ ⁶⁴, können Blutspritzer, Schmauchspuren und Handschriftenvergleiche getrost der angewandten Forensik überlassen bleiben.

Die Vertreterinnen und Vertreter der Wissenschaft von der Kriminalität sollten ihrerseits verstärkt aktiv versuchen, sich in Diskurse ganz verschiedener Art einzuklinken, ⁶⁵ um „der Lohn- und Politikschreiberei auf dem

⁶¹) Dieser Aphorismus wird dem französischen Mediziner Alexandre Lacassagne (1843-1924) zugeschrieben („Les sociétés ont les criminels qu’elles méritent“); zitiert nach *Schwind*, *Kriminologie* ¹⁷ (2007), 98.

⁶²) Vgl. *Graf*, Hans Gross und die Methoden der Kriminalistik, in *Dienes/Rother* (Hrsg.), *Die Gesetze des Vaters* (2003), 80.

⁶³) Vgl. *Scheerer*, Mythos und Mythe – Zur sozialen Symbolik von Serienkillern und Profilern, in *Musolf/Hoffmann* (Hrsg.), *Täterprofile bei Gewaltverbrechen* (2002), 71 ff.

⁶⁴) *van Swaeningen*, Kriminologie unterrichten in Europa, *Kriminologisches Journal* 2001, 133.

⁶⁵) Vgl. *Temme*, Wissenstransfer in das Strafrechtssystem – ein Irrglauben?, *Kriminologisches Journal* 2004, 36.

Gebiet Genaueres und besser Durchdachtes entgegenzusetzen⁶⁶. Dies ist etwa im Bereich der traditionellen Medien aufgrund deren Logik zwar weder einfach noch risikolos, aber auch keineswegs unmöglich.⁶⁷ Eine vergleichsweise neue, innovative und noch viel zu wenig genutzte Möglichkeit stellt diesbezüglich das „Web 2.0“ dar.⁶⁸

Nicht wenig wäre schon erreicht, wenn Rechtsanwender und Politiker durch empirische Erkenntnisse veranlasst wenigstens „zweimal denken“⁶⁹, bevor sie aus scheinbaren „Strafrechts-Tatsachen“ folgenreiche Schlüsse ziehen. Angesichts der gerne verdrängten Tatsache, dass es sich beim Strafrecht trotz aller Humanisierungsbemühungen letztlich um ein staatlich organisiertes Instrument der Übelszufügung handelt, ist das vielleicht auch gar nicht allzu viel verlangt.

Literatur: Barta, Heinz (2000), *Zivilrecht – Einführung und Grundriss*, Wien: WUV. Bigo, Didier (2001), The Möbius Ribbon of Internal and External Security(ies), in: Albert, Mathias/Jacobson, David/Lapid, Yosef (Hrsg.), *Identities, Orders, Borders – Rethinking International Relations Theory*, Minneapolis/London: University of Minnesota Press, 91-116. Bode, Britta/Lutz, Tilman (2001), Kriminalpolitik gegen sozialen Ausschluss? Anspruch und Wirklichkeit von Tony Blairs New Labour, *Kriminologisches Journal* 2001, 205-215. Boers, Klaus (1991), *Kriminalitätsfurcht – Über den Entstehungszusammenhang und die Folgen eines sozialen Problems*, Pfaffenweiler: Centaurus-Verlagsgesellschaft. Bröckling, Ulrich (2002), Vermittlung als Befriedung – Über Mediation, *Kriminologisches Journal* 2002, 2-20. Brüchert, Oliver (2004), Woher kommt die Lust am Strafen? Einige Fallstricke kriminologischer Medienkritik, in: Lautmann, Rüdiger, Klimke, Daniela, Sack, Fritz (Hrsg.), *Punitivität – Kriminologisches Journal*, 8. Beiheft, 230-248. Burgstaller, Manfred/Császár, Franz (1985), Zur regionalen Strafenpraxis in Österreich, *Österreichische Juristenzeitung* 1985, 1-11 und 43-47. Bundesministerium des Inneren/Bundesministerium der Justiz (2006), Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht, Berlin [online: http://www.bka.de/lageberichte/ps/psb2_langfassung.pdf; besucht am 9.9.2007]. Deleuze, Gilles (1992), Das elektronische Halsband – Innenansichten der kontrollierten Gesellschaft, *Kriminologisches Journal* 1992, 181-186. Ehrlich, Eugen (1967), *Recht und Leben – Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und Freirechtslehre*. Ausgewählt und eingeleitet von Dr. Manfred Reh binder, Berlin: Duncker & Humblot. Feeley, Malcolm/Simon, Jonathan (1994), Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law, in: Nelken, David (Hrsg.), *The Futures of Criminology*, London: Sage, 173-201. Foucault, Michel (1976), *Mikrophysik der Macht*, Berlin: Merve. Foucault, Michel (2000), Die Gouvernementalität, in: Bröckling, Ul-

⁶⁶) Steinert, Kulturindustrie und die Zivilisierung der Gewalt, in *Albrecht/Backes/Kühnel* (Hrsg.), *Gewaltkriminalität zwischen Mythos und Realität* (2001), 105.

⁶⁷) Vgl. *Lehne*, Kriminologische Aufklärung?, *Kriminologisches Journal* 1996, 301 ff.

⁶⁸) *Präg/Thiel*, Die unabschließbare Relevanzdebatte: Ein Problem divergierender Interessen? (2007), 4.

⁶⁹) Vgl. *Schüler-Springorum*, Kriminalpolitik für Menschen (1991), 281.

rich/Krasmann, Susanne/Lemke, Thomas (Hrsg.), *Gouvernementalität der Gegenwart – Studien zur Ökonomisierung des Sozialen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 41-67. Fuchs, Walter (2007), *Zwischen Deskription und Dekonstruktion: Empirische Forschung zur Jugendkriminalität in Österreich von 1968 bis 2005*, IRKS Working Paper Nr. 5, Wien: Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie [online: http://www.irks.at/downloads/05_irks-fuchs.pdf; besucht am 9.9.2007]. Garland, David (2001) *The Culture of Control – Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press. Garland, David (2002), Of Crimes and Criminals, in: Maguire, Mike/Morgan, Rod/Reiner, Robert (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 3. Auflage, Oxford: Oxford University Press, 7-50. Geden, Oliver (2006), *Diskursstrategien im Rechtspopulismus – Freiheitliche Partei Österreichs und Schweizerische Volkspartei zwischen Opposition und Regierungsbeteiligung*, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften. Giddens, Anthony (1999), *Soziologie*, 2. Auflage, übersetzt nach der dritten englischen Auflage 1997 von Hans Georg Zilian, Graz/Wien: Nausner & Nausner. Graebisch, Christine (2004), „Evidence-Based Crime Prevention“ – Anspruch und Praxisbeispiel einer Kriminalpolitik nach medizinischem Modell, *Kriminologisches Journal* 2004, 266-283. Grafl, Christian (2003), Hans Gross und die Methoden der Kriminalistik, in: Dienes, Gerhard M./Rother, Ralf (Hrsg.), *Die Gesetze des Vaters. Problematische Identitätsansprüche. Hans und Otto Gross, Sigmund Freud und Franz Kafka*, Graz: Böhlau, 70-81. Grafl, Christian et al. (2004), Kriminalpolitische Initiative: Mehr Sicherheit durch weniger Haft!, *Journal für Strafrecht* 2004, 66. Habermas, Jürgen (1994), *Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp. Hanak, Gerhard/Karazman-Morawetz, Inge/Stangl, Wolfgang (2007), Großstadtängste im Postfordismus – Wien im europäischen Vergleich, *Kriminologisches Journal*, 39. Jg., 98-116. Hempel, Leon/Metelmann, Jörg (Hrsg.) (2005), *Bild – Raum – Kontrolle. Videoüberwachung als Zeichen gesellschaftlichen Wandels*, Frankfurt am Main: Suhrkamp. Hess, Henner/Scheerer, Sebastian (1997), Was ist Kriminalität? – Skizze einer konstruktivistischen Kriminalitätstheorie, *Kriminologisches Journal* 1997, 83-155. Jakobs, Günther (2004), Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *Höchststrichterliche Rechtsprechung Strafrecht, Aufsätze und Urteilsanmerkungen*, Heft 3/2004, 88-95. Kötter, Matthias (2003), Das Sicherheitsrecht der Zivilgesellschaft – Ein Plädoyer für Transparenz n Zeiten gesellschaftlicher Unsicherheit, *Kritische Justiz* 2003, 64-81. Krasmann, Susanne (2003), *Die Kriminalität der Gesellschaft – Zur Gouvernementalität der Gegenwart*, Konstanz: UVK Verlagsgesellschaft. Krasmann, Susanne (2003), Kriminelle Elemente regieren – und produzieren, in: Honneth, Axel/Saar, Martin (Hrsg.), *Michel Foucault – Zwischenbilanz einer Rezeption. Frankfurter Foucault-Konferenz 2001*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 94-114. Krasmann, Susanne (2005), Mobilität: Videoüberwachung als Chiffre einer Gouvernementalität der Gegenwart, in: Hempel, Leon/Metelmann, Jörg (Hrsg.), *Bild – Raum – Kontrolle. Videoüberwachung als Zeichen gesellschaftlichen Wandels*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 308-324. Kreissl, Reinhard (2001), Die größten Kritiker der Elche waren früher selber welche, in: Kolte, Birgitta et al. (Hrsg.), *Gedankenfängnisse Aufbrechen – Festschrift für Stephan Quensel zum 65. Geburtstag*, Bremen: Internetpublikation [http://www.bisd.ro.uni-bremen.de/FSQUENSEL./festschrift_index.htm; besucht am 9.9.2007]. Kreissl, Reinhard (2004), Die Kriminologie vor der Praxis – mehr oder weniger ratlos. Theoretische Überlegungen zum Verhältnis von Politik und Wissenschaft, demonstriert an ausgewählten Fallbeispielen, *Kriminologisches Journal*

2004, 298-319. Kunz, Karl-Ludwig (2004), *Kriminologie – Eine Grundlegung*, 4. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien: Haupt. Lamnek, Siegfried (1999), *Theorien abweichenden Verhaltens*, 7. Auflage, München: W. Fink (UTB). Lindenberg, Michael/Schmidt-Semisch, Henning (2000), Komplementäre Konkurrenz in der Sicherheitsgesellschaft – Überlegungen zum Zusammenwirken staatlicher und kommerzieller sozialer Kontrolle, *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 2000, 306-319. Lehne, Werner (1996), Kriminologische Aufklärung?, *Kriminologisches Journal* 1996, 301-309. Luhmann, Niklas (1993), *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp. Luhmann, Niklas (1997), *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp. Luhmann, Niklas (2000), *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp. Maguire, Mike (2007), Crime data and statistics, in: Maguire, Mike/Morgan, Rod/Reiner, Robert (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 4. Auflage, Oxford: Oxford University Press, 241-301. Mechler, Armin (1970), *Studien zur Geschichte der Kriminalsoziologie*, Göttingen: Verlag Otto Schwarz & Co. Muncie, John (2006), Official Criminal Statistics, in: McLaughlin, Eugene/Muncie, John (Hrsg.), *The Sage Dictionary of Criminology*, 2. Auflage, London: Sage, 276-278. Nussbaum, Arthur (1914), *Die Rechtstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht*, Tübingen: Mohr (Paul Siebeck). Peters, Helge/Sack, Fritz (2003), Von mäßiger Fortschrittlichkeit und soziologischer Ignoranz. Zum „Ersten Periodischen Sicherheitsbericht“, *Kriminologisches Journal* 2003, 17-29. Pfeiffer, Christian/Windzio, Michael/Kleinmann, Matthias (2004), Die Medien, das Böse und wir – Zu den Auswirkungen der Mediennutzung auf Kriminalitätswahrnehmung, Strafbefürfnisse und Kriminalpolitik, *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 2004, 415-435. Pilgram, Arno (1980), *Kriminalität in Österreich – Studien zur Soziologie der Kriminalitätsentwicklung*, Wien: Verlag für Gesellschaftskritik. Pilgram, Arno (2003), *Die Entwicklung der Haftzahlen in Österreich – Darstellung und Analyse der Ursachen*, Forschungsbericht, Wien: Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie [online: <http://www.irks.at/downloads/Haftzahlenanalyse.pdf>; besucht am 9.9.2007]. Pilgram, Arno (2004), Gesetzgebungs-, Rechtssprechungs- oder Verwaltungskriminologie – Versuche zur „administrativen Kriminologie“, *Kriminologisches Journal* 2004, 284-297. Pilgram, Arno (2004), Überfüllte Justizanstalten – Jugendliche als „Verursacher“ und Leidtragende, *Journal für Strafrecht* 2/2004, 41-50. Pilgram, Arno (2005), Die unvollendete Verwissenschaftlichung der Sicherheitsberichterstattung – am Beispiel Österreichs und Deutschlands, in: Pilgram, Arno/Prittowitz, Cornelius (Hrsg.), *Kriminologie – Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklungen. Über das schwierige Verhältnis der Wissenschaft zu den Verwaltern der Sicherheit*, Baden-Baden: Nomos, 165-177. Pilgram, Arno (2005), Getöse oder Stillschweigen – verfehlte Tonlagen der Jugendkriminalitätsdiskussion in Deutschland und Österreich, in: Österreichisches Institut für Jugendforschung (Hrsg.), *„Die Jugend ist die Zukunft Europas – aber bitte noch nicht jetzt!“ – Möglichkeiten der Integration und Partizipation von Jugendlichen in Europa*, Wien: Österreichisches Institut für Jugendforschung, 53-69. Präg, Patrick/Thiel, Stephanie (2007), *Die unabschließbare Relevanzdebatte: Ein Problem divergierender Interessen?*, Hamburg: Unveröffentlichtes Vortragsmanuskript. Ries, Melanie (2005), *Jugendstrafrechtliche Sanktionen in der Bundesrepublik Deutschland, Österreich, Schweiz und den USA – Eine rechtsvergleichende Analyse*, Frankfurt am Main: Lang. Rückert, Sabine (2006), Ab in den Knast, *Die Zeit* (Dossier), 24.5.2006. Scheerer, Sebastian (1978), Der politisch-publizistische Ver-

stärkerkreislauf – Zur Beeinflussung der Massenmedien im Prozess strafrechtlicher Normenese, *Kriminologisches Journal* 1978, 223-227. Scheerer, Sebastian (2002), Mythos und Mythe – Zur sozialen Symbolik von Serienkillern und Profilen, in: Musolf, Cornelia/Hoffmann, Jens (Hrsg.), *Täterprofile bei Gewaltverbrechen – Mythos, Theorie und Praxis des Profiling*, Berlin et al.: Springer, 71-85. Schumann, Karl F. (2003), Im Bunker des Elfenbeinturms. Peters & Sack werfen den PSB – Eine Replik, *Kriminologisches Journal* 2003, 135-140. Schumann, Karl F. (2003), Ist der Traum von einer rationalen Kriminalpolitik ausgeträumt?, in: Kunz, Karl-Ludwig/Besozzi, Claudio (Hrsg.), *Soziale Reflexivität und qualitative Methodik – Zum Selbstverständnis der Kriminologie in der Spätmoderne*, Bern/Stuttgart/Wien: Haupt, 189-211. Schüler-Springorum, Horst (1991), *Kriminalpolitik für Menschen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp. Schwind, Hans-Dieter (2007), *Kriminologie – Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen*, 17. Auflage, Heidelberg: Kriminalistik Verlag. Singelstein, Tobias/Stolle, Peer (2006), *Die Sicherheitsgesellschaft – Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert*, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften. Soyer, Richard/Stangl, Wolfgang (2006), Regionale Disparitäten in der Strafrechtspflege und die neue Stellung des Staatsanwaltes im Vorverfahren – Überlegungen zur Qualitätssicherung in der Strafrechtspflege durch Ressourcen- und Rechtsfolgenorientierung, in: Moos, Reinhard/Jesionek, Udo/Müller, Otto F. (Hrsg.), *Strafprozessrecht im Wandel – Festschrift für Roland Miklau zum 65. Geburtstag*, Innsbruck/Wien: Studienverlag, 523-540. Stangl, Wolfgang (1989), Die fragmentierte Anwendung des Strafrechts in Österreich und der Mangel an Rechtskultur in diesem Land, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1989, 89. Stangl, Wolfgang (2005), Die unwiderstehliche Normativität des Strafrechts – Kriminalwissenschaftliche Traditionen in Österreich, in: Pilgram, Arno/Prittwitz, Cornelius (Hrsg.), *Kriminologie – Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklungen. Über das schwierige Verhältnis der Wissenschaft zu den Vernaltern der Sicherheit*, Baden-Baden: Nomos, 247-262. Steinert, Heinz (2001), Kulturindustrie und die Zivilisierung der Gewalt, in: Albrecht, Günther/Backes, Otto/Kühnel, Wolfgang (Hrsg.), *Gewaltkriminalität zwischen Mythos und Realität*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 101-122. Strasser, Peter (2005), Das neue Kontrolldenken in der Kriminologie, *Kriminologisches Journal* 2005, 39-52. Sutherland, Edwin H./Cressey, Donald R. (1974), *Criminology*, 9. Auflage, Philadelphia/New York/Toronto: J. B. Lippincott. Temme, Gaby (2004), Wissenstransfer in das Strafrechtssystem – ein Irrglaube?, *Kriminologisches Journal* 2004, 25-36. van Swaaningen, René (2003), Kriminologie unterrichten in Europa – Was sollen zukünftige KriminologInnen wissen?, *Kriminologisches Journal* 2003, 125-134. Zinganel, Michael (2003), *Real Crime: Architektur, Stadt & Verbrechen – Zur Produktivkraft des Verbrechens für die Entwicklung von Sicherheitstechnik, Architektur und Stadtplanung*, Wien: edition selene.

Peter G. Mayr

Rechtstatsachen aus der Zivilgerichtsbarkeit

Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Der Geschäftsanfall bei den ordentlichen Gerichten
 - 1. Der Geschäftsanfall insgesamt
 - 2. Die Entwicklung des Geschäftsanfalls
 - 3. Der Geschäftsanfall beim Obersten Gerichtshof
- III. Das Verhältnis Zivilsachen zu Strafsachen
- IV. Die Aufteilung der Zivilsachen
- V. Die Aufteilung der (streitigen und außerstreitigen) Zivilverfahren auf die Gerichte
 - 1. Aufteilung zwischen Bezirksgericht und Gerichtshof
 - 2. Aufteilung bei den Gerichtshöfen
 - 3. Folgerungen
- VI. Die Besetzung der Gerichtshöfe I. Instanz
- VII. Richterzuständigkeit – Rechtspflegerzuständigkeit
- VIII. Das Mahnverfahren
- IX. Das Mandats- und Wechselmandatsverfahren
- X. Die Erledigungsdauer
- XI. Die Vergleichshäufigkeit
- XII. Die Anrufung des Obersten Gerichtshofes
 - 1. Die Erfolgshäufigkeit von Abänderungsanträgen
 - 2. Die Erfolgshäufigkeit von ordentlichen Rechtsmitteln
 - 3. Die Erfolgshäufigkeit von außerordentlichen Rechtsmitteln
- XIII. Schlusswort

I. Einleitung

Vorweg muss ich eingestehen, dass ich mich bislang mit den rechtstat-sächlichen Verhältnissen im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit nur wenig beschäftigt habe. Lediglich im Zusammenhang mit meiner Beschäftigung mit der Entwicklung und Reform der österreichischen Juristenausbildung habe ich mir die Mühe gemacht, eine Reihe von Zahlen zu sammeln und

zu veröffentlichen.¹ Nachdem ich – aus grundsätzlichem Interesse an der Materie – die Einladung von Prof. *Barta* zu diesem Vortrag (etwas leichtfertig) angenommen hatte, stand ich vor dem Problem, wie ich nun zu dem dafür notwendigen Zahlenmaterial kommen kann. Ich begann daher zu recherchieren:

Die amtliche „Statistik der Rechtspflege“² ist im Jahr 2000 mit dem Band für 1997 eingestellt worden. Es gibt aber noch das von der Statistik Austria jährlich herausgegebene „Statistische Jahrbuch Österreichs“, in dem jeweils im Kapitel 35 „Rechtspflege“ einige – allerdings nur sehr wenige – Zahlen über die Tätigkeiten der österreichischen Gerichte veröffentlicht werden.

Sehr viele Zahlen enthält hingegen die Leistungsstatistik der österreichischen Gerichte, die unter der Bezeichnung „Betriebliches Informationssystem der Justiz (BIS-Justiz)“ alljährlich von der Präsidialabteilung 3 des Bundesministeriums für Justiz (BMJ) erarbeitet und auch in Form einer über 370 Seiten starken Broschüre herausgegeben wird. Einige wichtige Leistungskennzahlen über die Tätigkeit der österreichischen Gerichte werden zusätzlich auf der Homepage des BMJ veröffentlicht.

Außerdem gibt es alljährlich eine parlamentarische Anfrage von Nationalratsabgeordneten an den/die Bundesminister/in für Justiz betreffend „Kosten der Justiz (Eigendeckungsgrad) – Erledigung der Geschäftsfälle“, deren Beantwortung einige interessante Erkenntnisse bietet.³

Aus all diesen Zahlen – vermehrt durch einige persönliche Auskünfte und Erläuterungen, die mir dankenswerterweise die Präsidialabteilung 3 des BMJ erteilt hat – habe ich im Folgenden (mit durchaus nicht unbedeutendem Aufwand) versucht, einige Fakten über die österreichische (Zivil-) Justiz herauszuarbeiten, die mE von allgemeinem Interesse sind.

* Ich danke Frau MMag. *Sandra Egger* für die Unterstützung insb bei der Erarbeitung der Abbildungen.

¹ Siehe die statistischen Zahlen in meinem Werk „Die österreichische Juristenausbildung“ (2. Aufl 1998), das ich (teilweise) auf der Homepage des Dekanats der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck fortsetze (www.uibk.ac.at/fakultäten/rechtswissenschaftliche/praxis). Aktuelle Zahlen über die Ergebnisse der praktischen Juristenprüfungen mache ich außerdem auf der Homepage des Instituts für Zivilgerichtliches Verfahren der Universität Innsbruck zugänglich (www.uibk.ac.at/zivilverfahren/statistik).

² Beiträge zur österreichischen Statistik Heft 1.332, hrsg von der Statistik Austria.

³ Zuletzt die Anfragebeantwortung 1139/AB XXIII. GP betreffend die Geschäftsfälle des Jahres 2006. Davor etwa 4584/AB XXII. GP betreffend das Jahr 2005 und 3156/AB XXII. GP betreffend 2004. Die parlamentarischen Anfragen und Anfragebeantwortungen können auf der Homepage des Parlaments (www.parlinkom.gv.at) unter „Parlamentarisches Geschehen“ und „Verhandlungsgegenstände im Nationalrat“ abgerufen werden.

II. Der Geschäftsanfall bei den ordentlichen Gerichten

1. Der Geschäftsanfall insgesamt

	BGe	Gerichtshöfe I. Instanz	OLGe	OGH	SUMME
Zivilsachen	652.204	90.731			742.935
Außerstreit- sachen	322.971	18.837			341.808
Grundbuch/ Firmenbuch	677.363	14.079			691.442
Exekutions- sachen	1.159.004				1.159.004
Insolvenz- sachen	9.087	14.292			23.379
Grundbuch- auszüge	163.478				163.478
Rechtsmittel in Zivilsachen		26.188	9.229	1.564	36.981
Zwischen- summe ohne Strafsachen	2.984.107	164.127	9.229	1.564	3.159.027
Strafsachen	69.320	63.874			133.194
Rechtsmittel in Strafsachen		2.673	6.740	720	10.133
Zwischen- summe ohne Justizverwal- tungssachen	3.053.427	230.674	15.969	2.284	3.302.354
Justizverwal- tungssachen	148.821	117.637	71.106	5.016	342.580
GESAMT	3.202.248	348.311	87.075	7.300	3.644.934

Abbildung 1: Geschäftsanfall 2006

Im Jahr 2006 gab es – wie sich aus der oben abgebildeten Übersicht ergibt, die (in einer ähnlichen Form) auf der Homepage des BMJ veröffentlicht

ist⁴ – insgesamt 3.644.934 Geschäftsfälle bei den ordentlichen Gerichten in Österreich⁵ (3.202.248 bei den Bezirksgerichten, 348.311 bei den Gerichtshöfen I. Instanz, 87.075 bei den Oberlandesgerichten und 7.300 beim Obersten Gerichtshof). Wenn man davon die Justizverwaltungssachen (Jv) abzieht (342.580 Geschäftsfälle im Jahr 2006), so ergibt dies einen bereinigten Geschäftsanfall in der Rechtspflege von 3.302.354.

2. Die Entwicklung des Geschäftsanfalls

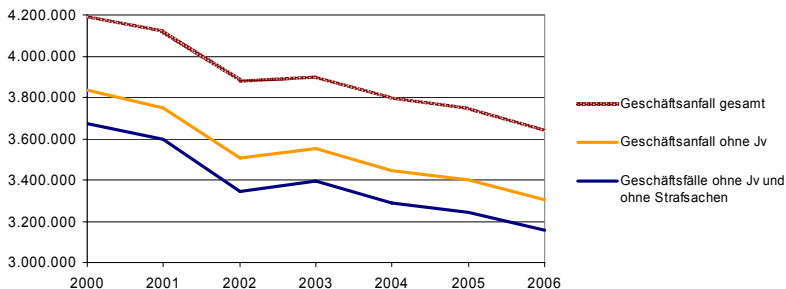


Abbildung 2: Entwicklung des Geschäftsanfalls im Zeitraum 2000 bis 2006

Die Entwicklung der Zahl der Geschäftsfälle seit dem Jahr 2000 zeigt, dass sowohl die Anzahl der Geschäftsfälle insgesamt⁶ als auch jene der Geschäftsfälle ohne Justizverwaltungssachen⁷ als auch schließlich die Zahl der Zivilsachen iwS (ohne Justizverwaltungssachen und ohne Strafsachen; siehe unten Kapitel III)⁸ kontinuierlich leicht zurückgegangen ist.

Ob diese Entwicklung Auswirkungen auf die Zahl der Planstellen im Bereich der Justiz haben kann (bzw muss), wage ich – ohne genauere Untersuchungen – nicht zu behaupten. Hier müssen nämlich sicherlich eine

⁴ www.bmj.gv.at/justiz/content.php?nav=18 (abgefragt am 1. 10. 2007).

⁵ In der Anfragebeantwortung 1139/AB XXIII. GP werden dagegen (zu den Fragen 7, 8, 12, 17 und 22) für das Jahr 2006 3.642.435 Geschäftsfälle genannt (zuzüglich 215.119 Geschäftsfälle aus dem Firmenbuch), welcher Unterschied in einer anderen Zählweise begründet ist. So wurde dort beispielsweise beim OGH der Geschäftsanfall in den Gattungen Ne, Nds und Ok mitgezählt.

⁶ Von 4.192.568 Geschäftsfällen im Jahr 2000 über 4.123.367, 3.881.102, 3.903.547, 3.800.775, 3.751.731 auf 3.644.934 im Jahr 2006.

⁷ Von 3.834.513 Geschäftsfällen ohne Jv im Jahr 2000 über 3.750.351, 3.504.065, 3.550.773, 3.445.219, 3.398.156 auf 3.302.354 im Jahr 2006.

⁸ Von 3.674.707 Geschäftsfälle ohne Jv und ohne Strafsachen im Jahr 2000 über 3.596.223, 3.344.839, 3.394.332, 3.288.662, 3.241.359 auf 3.159.027 im Jahr 2006.

Vielzahl von anderen Komponenten mitberücksichtigt werden, beispielsweise auch die steigende Komplexität und Schwierigkeit der zu lösenden Rechtsprobleme.

3. Der Geschäftsanfall beim Obersten Gerichtshof

Die Homepage des BMJ weist für den OGH 1.564 Rechtsmittel in Zivilsachen⁹ aus (siehe oben die Abbildung 1). Nach dem Tätigkeitsbericht des Obersten Gerichtshofs für das Jahr 2006¹⁰ handelt es sich bei der letzten Zahl jedoch nur um die ordentlichen Rechtsmittel einschließlich der angenommenen und meritorisch erledigten außerordentlichen Rechtsmittel; dazu kämen noch 1.619 außerordentliche Rechtsmittel, was zu einer Gesamtbelastung des OGH mit 3.183 Akten in Zivilsachen¹¹ führen würde. Der OGH kritisiert daher in seinem Tätigkeitsbericht (Seite 10), dass sich durch die Angaben des BMJ „in der Öffentlichkeit bedauerlicherweise ein völlig verzerrtes Belastungsbild“ ergebe. In der jüngsten parlamentarischen Anfragebeantwortung werden übrigens auch geringfügig andere Anfallszahlen genannt.¹²

Die Entwicklung des Geschäftsanfalls in Zivilsachen beim OGH in den letzten zehn Jahren ist in der nachfolgenden Tabelle wiedergegeben.¹³

	ord. RM	ao. RM	davon angenommene RM		ord. RM und ao. RM	ord. RM und angenomm. ao. RM
1997	1.627	2.589	503	19,43%	4.216	2.130
1998	1.929	1.687	417	24,72%	3.616	2.346

⁹ Zusätzlich 720 Rechtsmittel in Strafsachen. Im Tätigkeitsbericht des OGH (unten FN 10) und in der aktuellen Anfragebeantwortung (unten FN 12) werden dagegen 719 Rechtsmittel in Strafsachen angegeben.

¹⁰ Zl Präs 1001-14/07 vom 12. 6. 2007; veröffentlicht auf der Homepage des OGH unter www.ogh.gv.at (abgefragt am 1. 10. 2007).

¹¹ Tatsächlich handelt es sich jedoch, wenn man die ordentlichen und die außerordentlichen Rechtsmittel zusammenzählt, um 2.914 Rechtsmittel. Der OGH zählt allerdings zu dieser Summe die außerordentlichen Rechtsmittel, die vom OGH angenommenen (und meritorisch behandelt) wurden, (noch einmal) dazu, sodass er auf die oben angeführte Gesamtsumme von 3.183 Akten kommt.

¹² In der Anfragebeantwortung 1139/AB XXIII. GP wird nämlich bei der Beantwortung der Frage 25 angeführt, dass beim OGH im Jahr 2006 in Zivilsachen 1.307 ordentliche und 1.619 außerordentliche, insgesamt daher 2.926 Rechtsmittelakten, angefallen seien.

¹³ Siehe auch (mit den Zahlen von 1990 bis 2000) *Danzl*, Die Anrufbarkeit des OGH in streitigen Zivilrechtssachen, in FS Sprung (2001) 94.

1999	2.070	1.463	301	20,57%	3.533	2.371
2000	1.866	1.448	239	16,51%	3.314	2.105
2001	1.929	1.368	235	17,18%	3.297	2.164
2002	1.920	1.362	238	17,47%	3.282	2.158
2003	1.583	1.557	251	16,12%	3.140	1.834
2004	1.433	1.700	255	15,00%	3.133	1.688
2005	1.366	1.591	289	18,16%	2.957	1.655
2006	1.295	1.619	269	16,62%	2.914	1.564

Abbildung 3: Entwicklung des Geschäftsanfalls beim OGH

Es zeigt sich also, dass sowohl die Zahl der ordentlichen und der außerordentlichen Rechtsmittel an den OGH als auch die Gesamtzahl der ordentlichen und der angenommenen außerordentlichen Rechtsmittel kontinuierlich zurückgeht. Es mag somit zwar zutreffen, dass – wie der OGH in seinem Tätigkeitsbericht betont (Seite 9 f) – „der Anfall in Zivilsachen weiterhin absolut, aber auch relativ im internationalen Vergleich zu hoch“ ist, es darf aber auch nicht übersehen werden, dass sich die Belastungssituation des OGH in den letzten Jahren doch deutlich verbessert hat. Auf die Erfolgsquote der Rechtsmittel an den OGH werde ich unten im Kapitel XII. näher eingehen.

III. Das Verhältnis Zivilsachen zu Strafsachen

Von dem (um die Jv-Sachen bereinigten) Geschäftsanfall entfielen 2006¹⁴ 143.327 Fälle auf Strafsachen,¹⁵ sodass 3.159.027 Zivilsachen übrig blieben. Wenn man davon die 163.478 Grundbuchsauszüge – die nicht als „echte“ Zivilfälle bezeichnet werden können – abzieht, so ergibt dies 2.995.549 Zivilsachen. Es stehen also 2.995.549 Zivilsachen (iwS) 143.327 Strafsachen gegenüber, was einem Verhältnis von 95,43 % zu 4,57 % entspricht.

¹⁴ Im Jahr 2000 gab es 159.806 Strafsachen, 2001 154.128, 2002 159.226, 2003 156.441, 2004 156.557 und im Jahr 2005 156.797 Strafsachen.

¹⁵ Nämlich 69.320 Strafsachen vor den BG und 63.874 vor den LG sowie 2.673 Rechtsmittel vor den LG und 6.740 Rechtsmittel vor den OLG und 720 vor dem OGH.

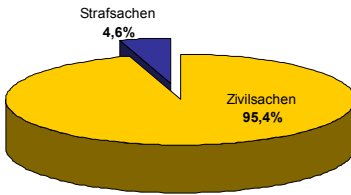


Abbildung 4: Verhältnis Zivilsachen zu Strafsachen

Selbst wenn man die Exekutionssachen, die Insolvenzsachen und die Grund- und Firmenbuchsachen weglässt, also nur noch die streitigen Zivilsachen und die Außerstreitverfahren berücksichtigt, so steht es immer noch 1.121.724 (streitige und außerstreitige) Zivilverfahren zu 143.327 Strafverfahren oder 88,67 % zu 11,33 %. Selbstverständlich gibt es auch unter diesen verbleibenden Zivilverfahren noch eine große Anzahl von einfacheren Routineangelegenheiten, insb soll die große Anzahl von (unbeeinspruchten) Mahnverfahren keineswegs verschwiegen werden (siehe unten Kapitel VIII), aber auch bei den Strafsachen handelt es sich durchaus nicht nur um aufwändige Schwurgerichtsverfahren.

Dass das Straf- und Strafverfahrensrecht mit seinen spektakulären Kriminalfällen und ihrer gerichtlichen Aufarbeitung im Mittelpunkt des medialen Interesses steht, ist allgemein bekannt und auch durchaus verständlich. Diese Dominanz in der Öffentlichkeit geht so weit, dass der/die „normale“ Staatsbürger/in die Gerichtsbarkeit oftmals überhaupt mit der Strafgerichtsbarkeit gleichsetzt und die Zivilgerichtsbarkeit gerne übersieht. Tatsächlich sind die Verhältnisse aber – man muss wohl sagen: glücklicherweise – völlig anders: Wie die oben angeführten Zahlen beweisen, spielt die Zivilgerichtsbarkeit in der Praxis eine ungleich größere Rolle als die Strafgerichtsbarkeit. Diese Rechtstatsache sollte von Zeit zu Zeit in Erinnerung gerufen werden, um eine einseitige Überbetonung eines Bereichs zu vermeiden.

IV. Die Aufteilung der Zivilsachen

Die genannten 2.995.549 Zivilsachen des Jahres 2006 (ohne Grundbuchsauszüge) verteilten sich auf

➤ 742.935 Zivilsachen ieS (nämlich 652.204 vor den Bezirksgerichten [Gattungszeichen C und Hc] und 90.731 vor den Gerichtshöfen I. Instanz [Gattungszeichen Cg, Cga, Cgs und Fs]);

- 341.808 Außerstreitsachen (nämlich 322.971 vor den Bezirksgerichten und 18.837 vor den Gerichtshöfen I. Instanz);
- 691.442 Grund- und Firmenbuchsachen (677.363 vor den Bezirksgerichten und 14.079 vor den Gerichtshöfen I. Instanz);
- 1.159.004 Exekutionssachen (nur vor den Bezirksgerichten);
- 23.379 Insolvenzsachen¹⁶ (9.087 vor den Bezirksgerichten und 14.292 vor den Gerichtshöfen I. Instanz) und schließlich
- 36.981 Rechtsmittel (26.188 bei den Gerichtshöfen I. Instanz, 9.229 bei den Oberlandesgerichten und 1.564 beim Obersten Gerichtshof¹⁷).

Prozentuell gesehen entfallen somit 24,8 % auf die Zivilsachen ieS und 11,4 % auf Außerstreitsachen, zusammen somit 36,2 % auf Streit- und Außerstreitsachen. Auf Exekutionssachen entfallen 38,7 %, auf Grund- und Firmenbuchsachen 23,1 %, auf Insolvenzsachen 0,8 % und schließlich auf Rechtsmittel 1,2 % der zivilen Geschäftsfälle der ordentlichen Gerichte.

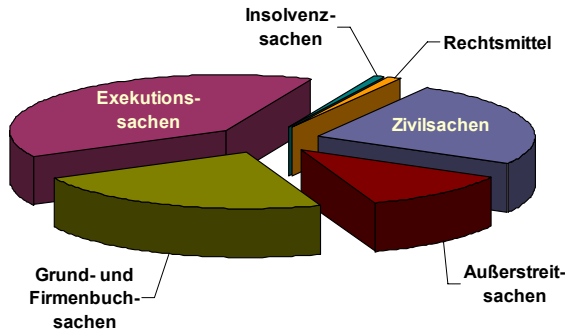


Abbildung 5: Aufteilung der Zivilsachen

Angesichts dieser Zahlen erscheint es geboten, dass sowohl die Gesetzgebung als auch Lehre und Praxis ein verstärktes Augenmerk auf das Zwangsvollstreckungsrecht, aber auch auf das Grund- und Firmenbuchrecht, legen, welche Rechtsbereiche offensichtlich in der Praxis eine be-

¹⁶ Siehe zur statistischen Entwicklung im Bereich des Insolvenzrechts zuletzt eingehend *Zotter*, Insolvenzstatistik 2006 für Österreich, ZIK 2007/10, 13.

¹⁷ Dies ist (nur) die Zahl der ordentlichen und der angenommenen außerordentlichen Rechtsmittel. Siehe dazu näher oben Kapitel II.3.

deutende Rolle spielen,¹⁸ jedoch in der (öffentlichen wie auch juristischen) Aufmerksamkeit oftmals – insb gegenüber dem (streitigen) Zivilprozess (und ganz zu Schweigen von den Strafsachen, siehe oben im Kapitel III) – in den Hintergrund treten.

V. Die Verteilung der (streitigen und außerstreitigen) Zivilverfahren auf die Gerichte

1. Aufteilung zwischen Bezirksgericht und Gerichtshof

Wenn man die Verteilung der streitigen und außerstreitigen Erkenntnisverfahren, also die Zivilprozesse iwS, auf die verschiedenen Gerichtstypen betrachtet, so fanden 975.175 Verfahren (652.204 streitige und 322.971 außerstreitige) vor den Bezirksgerichten und 109.568 Verfahren (90.731 streitige und 18.837 außerstreitige) vor den Gerichtshöfen I. Instanz statt, was einem Verhältnis von 89,9 % zu 10,1 % entspricht. Selbst wenn man nur die Streitsachen (also ohne Verfahren außer Streitsachen) berücksichtigt, so ergibt sich immer noch ein Verhältnis von 87,8 % zu 12,2 % zugunsten der Bezirksgerichte. Wenn man schließlich das Verhältnis von (reinen) Zivilprozessen (nach der ZPO) vor den Bezirksgerichten zu jenen vor den Gerichtshöfen betrachtet, so stehen sogar 633.105 C-Sachen 33.668 Cg-Sachen gegenüber, was einem Verhältnis von 94,95 % zu 5,05 % entspricht.

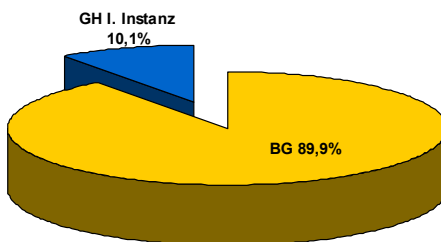


Abbildung 6: Geschäftsverteilung Bezirksgerichte – Gerichtshöfe

2. Aufteilung bei den Gerichtshöfen

Von den ca 90.700 streitigen Zivilverfahren vor den Gerichtshöfen I. Instanz entfallen rund 33.700 (= 37,2 %) auf allgemeine Zivilsachen (Cg),

¹⁸ Siehe in diesem Zusammenhang auch die Pressemeldungen: „Lohnpfändungen sind keine Seltenheit mehr“, Salzburger Nachrichten vom 13. 8. 2007 oder „Working poor: 762.105 Lohnpfändungen in Österreich“, Die Presse vom 13. 8. 2007.

22.600 (= 24,9 %) auf Arbeitsrechtssachen (Cga) und 34.400 (37,9 %) auf Sozialrechtssachen (Cgs).¹⁹

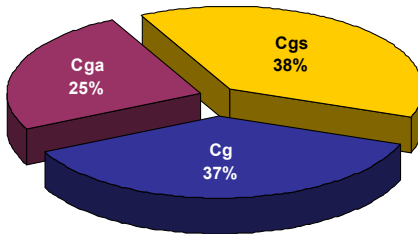


Abbildung 7: Aufteilung der Zivilprozesse bei den Gerichtshöfen I. Instanz

Zusätzlich gab es 26.188 Rechtsmittelverfahren vor den Gerichtshöfen I. Instanz, weiters 9.229 Rechtsmittelverfahren vor den Oberlandesgerichten und – wie bereits oben im Kapitel II.3 näher dargestellt – 1.564 (meritorisch behandelte) Rechtsmittelverfahren vor dem Obersten Gerichtshof.

3. Folgerungen

In den letzten Jahrzehnten hat eine sukzessive Verlagerung der sachlichen Zuständigkeit von den Gerichtshöfen hin zu den Bezirksgerichten stattgefunden. Ergebnis dieser Entwicklung ist es, dass heute im Bereich des Zivilrechts den Bezirksgerichten eine ungleich größere Bedeutung zukommt als den Gerichtshöfen. Dieses rechtstatsächliche Faktum hat in der geltenden Rechtslage jedoch noch keinen entsprechenden Niederschlag gefunden: Die geltende Zivilprozessordnung geht immer noch als Regelverfahren vom Gerichtshofprozess (vor einem Senat – dazu unten Kapitel VI) aus (§§ 226 ff ZPO) und normiert für das Verfahren vor den Bezirksgerichten einige wenige Besonderheiten (§§ 431 ff ZPO). Tatsächlich müsste es aber – wenn man überhaupt zwei unterschiedliche Verfahren aufrecht erhalten möchte²⁰ – ganz anders sein: Das bezirksgerichtliche Verfahren

¹⁹ Quelle: Betriebliches Informationssystem der Justiz (BIS-Justiz) 2006, Seite 24.

²⁰ Gegenwärtig bestehen nur noch ganz wenige Unterschiede zwischen dem bezirksgerichtlichen und dem Gerichtshofverfahren. Siehe *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶ (2003) Rz 741 ff. ME sollten diese Unterschiede beseitigt werden und nur noch Spezialbestimmungen für Verfahren mit unvertretenen Parteien aufrecht erhalten (bzw eingeführt) werden.

bildet heute das „Normalverfahren“ und das Gerichtshofverfahren stellt die Ausnahme dar! Dass diese Anpassung der Zivilprozessordnung noch nicht stattgefunden hat, wird wohl damit zusammenhängen, dass zwischen Gerichtshof- und Bezirksgerichtsverfahren ohnehin keine wirklich relevanten Unterschiede (mehr) bestehen, sodass diese aufwändige Umstellung (für die Praxis) kaum einen Vorteil, sondern nur Umstellungsprobleme bringen würde.

Die Frage, ob diese weitgehende Annäherung von Bezirksgerichts- und Gerichtshofverfahren und die weit fortgeschrittene Aushöhlung der Kompetenz der Gerichtshöfe I. Instanz (und insb der Oberlandesgerichte) nicht auch Auswirkungen auf die – noch aus einer längst vergangenen Zeit stammende – österreichische Gerichtsorganisation²¹ haben müsste, sei an dieser Stelle nur angedeutet.²²

Auffallend ist außerdem, dass bei den Gerichtshöfen die Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit eine bedeutende Rolle spielt (63 % Cga- und Cgs-Sachen zu 37 % Cg-Sachen). Nicht übersehen werden darf jedoch, dass einerseits die Arbeits- und Sozialrechtssachen ausschließlich in die sachliche Zuständigkeit der Gerichtshöfe (§ 3 ASGG) fällt (also keine bezirksgerichtlichen Verfahren dazukommen), andererseits im arbeits- und sozialgerichtlichen (Gerichtshof-)Verfahren aber dann doch wieder iW die Besonderheiten des bezirksgerichtlichen Verfahrens anzuwenden sind.²³

VI. Die Besetzung der Gerichtshöfe I. Instanz

Wie bereits oben dargelegt, ist die Zivilprozessordnung des Jahres 1895 vom Senatsprozess vor dem Gerichtshof als Modellverfahren ausgegangen. Durch zahlreiche Novellen ist nicht nur die sachliche Zuständigkeit immer mehr zu den Bezirksgerichten verlagert, sondern auch die Senatsgerichtsbarkeit immer stärker zurückgedrängt worden. Zuletzt hat die Zivilverfahrens-Novelle 1983²⁴ zwar die erstinstanzliche Senatsgerichtsbarkeit (formal) aufrecht erhalten (§ 7 Abs 1 JN), zugleich jedoch in § 7a Abs 2 JN angeordnet, dass ein Senat nur noch dann entscheidet, wenn der

²¹ Dazu etwa *Fellner*, Vom gemischten Bezirksamt zum Regionalgericht. Meilensteine der Gerichtsorganisation auf dem Weg vom 19. ins 21. Jahrhundert, in: Franz Klein Symposion (Schriftenreihe des BMJ Bd 123, 2005) 37 ff.

²² Siehe dazu näher *Mayr*, Gedanken zur Reform der österreichischen Gerichtsorganisation, in FS Jelinek (2002) 173 ff.

²³ Etwa *Reichberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶ Rz 1015.

²⁴ BGBl 1983/135.

Streitwert 500.000 ATS (bzw heute 50.000 €) übersteigt und der Kläger in der Klage oder der Beklagte in der Klagebeantwortung einen Antrag auf Senatsbesetzung gestellt hat. Die Gesetzesmaterialien²⁵ gingen davon aus, dass dadurch „praktisch das Einzelrichterverfahren zum Regelfall auch vor dem Gerichtshof“ gemacht werde. Auf eine konsequente Durchführung dieses Gedankens in der Weise, dass grundsätzlich das Verfahren als Einzelrichterverfahren geregelt werde (dem allenfalls ergänzende Bestimmungen für den Ausnahmefall eines Senatsverfahrens beigelegt werden), wurde deshalb verzichtet, weil dies „eine völlige Umgestaltung der JN und der ZPO bedingen“ würde, was insb für die Praxis große Schwierigkeiten bedeuten würde. Es erscheint daher heute – nahezu 25 Jahre später – interessant zu erheben, zu welchen rechtstatsächlichen Folgen diese Rechtsänderung geführt hat.

Nach der letztmalig für das Jahr 1997 erschienenen (offiziellen) Statistik der Rechtspflege²⁶ (Seite 21) gab es 1997 89.467 Zivilprozesse vor dem Gerichtshof. Davon fanden 42.490 Prozesse vor dem Einzelrichter und 46.977 vor dem Senat statt. Von diesen Senatsprozessen betrafen jedoch nicht weniger als 46.959 Arbeits- (21.471) und Sozialrechtssachen (25.488), in denen die Gerichtsbarkeit (grundsätzlich) immer in Senaten ausgeübt wird (§ 10 Abs 1 ASGG)²⁷ und lediglich 18 Verfahren „andere Prozesse“, also allgemeine Cg-Sachen.²⁸ Wie eine Auskunft aus dem BMJ ergab, fanden auch im Jahr 2006 lediglich 18 Cg-Verfahren vor dem Senat statt, alle anderen Verfahren hingegen vor dem Einzelrichter.

Angesichts dieses rechtstatsächlichen Befundes war es nur konsequent, dass der Ministerialentwurf einer Zivilverfahrens-Novelle 2001²⁹ vorgeschlagen hat, die Senatsgerichtsbarkeit in erster Instanz (auch auf dem Papier des Gesetzes) weitestgehend zu beseitigen und sie nur noch im Bereich der Arbeitsgerichtsbarkeit aufrecht zu erhalten. Nachdem jedoch insb die damit verbundene Beseitigung der fachmännischen Laienrichter in Handelssachen und der fachkundigen Laienrichter in der Sozialgerichtsbarkeit im Begutachtungsverfahren teilweise heftig kritisiert worden war, wurde dieses Vorhaben nachfolgend in der Zivilverfahrens-Novelle

²⁵ 669 BlgNR XV. GP 27.

²⁶ Siehe schon oben in der Einleitung FN 2.

²⁷ Auch in der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit befindet sich der Einzelrichter im Vormarsch: Siehe § 11a und 11b ASGG.

²⁸ Im Jahr 1996 haben immerhin noch 36 und im Jahr 1995 noch 210 (erstinstanzliche) Verfahren (außerhalb der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit) vor einem Senat stattgefunden.

²⁹ GZ BMJ 11.021/40-I.8/2000.

2002³⁰ nicht umgesetzt. Wenig später schlug der Ministerialentwurf einer Zivilverfahrens-Novelle 2004³¹ jedoch vor, die Senatsgerichtsbarkeit erster Instanz wenigstens in allgemeinen Zivilsachen zu beseitigen. Auch dieser Plan ist allerdings letztlich in der Zivilverfahrens-Novelle 2004³² nicht verwirklicht worden.

ME steht der Gesetzgeber derzeit am Scheideweg: Entweder er will die erstinstanzliche Senatsgerichtsbarkeit in einem relevanten Ausmaß aufrecht erhalten, dann muss er sie durch gesetzliche Maßnahmen fördern, etwa indem er sie für gewisse Materien oder ab einem gewissen Streitwert verpflichtend vorschreibt. Oder aber er zieht einen Schlussstrich unter die jahrzehntelange Entwicklung und beseitigt die erstinstanzliche Senatsgerichtsbarkeit zur Gänze (oder doch zumindest außerhalb der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit). Ein Aufrechterhalten der derzeitigen Situation, wo Gesetzeslage und Rechtspraxis geradezu diametral auseinanderklaffen, ist jedenfalls nicht länger zu vertreten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Rechtspraxis durch die verschwindend geringe Anzahl von Anträgen auf Senatsbesetzung schon längst die Beschreitung des zweiten Wegs akzeptiert hat.

VII. Richterzuständigkeit – Rechtspflegerzuständigkeit

In einschlägigen Publikationen liest man immer wieder die Aussage, dass ca 700 Rechtspfleger rund 85 % des gesamten Geschäftsanfalls der Justiz erledigen würden.³³ Über den tatsächlichen Umfang der Tätigkeit der Rechtspfleger konnte ich zwar keine genaueren Zahlen in Erfahrung bringen, ich habe jedoch keinen Grund, an der (grundsätzlichen) Richtigkeit dieser Schätzung zu zweifeln. Diese Verteilung der funktionellen Zuständigkeit bedeutet auf der anderen Seite, dass weit mehr als doppelt so viele Richter³⁴ den „bescheidenen“ Rest von 15 % des Geschäftsanfalls erledigen würden. Ich weiß natürlich, dass es gerade diese 15 % sind, die besonders aufwändig und schwierig zu behandeln und zu erledigen sind, und eben einen ganzen, voll ausgebildeten Richter oder Richterin verlangen, wogegen sich die anderen 85 % zu einem großen Teil aus einfacheren

³⁰ BGBl I 2002/76.

³¹ GZ BMJ 11.005/378-I.8/2004.

³² BGBl I 2004/128.

³³ Zuletzt etwa in: Der österreichische Rechtspfleger Heft 1/2007, 6.

³⁴ Am 4. 5. 2007 waren in Österreich (bei den ordentlichen Gerichten) 1.667 Richter ernannt, denen nur 622 Rechtspfleger gegenüberstanden (Quelle: Auskunft BMJ).

Routineangelegenheiten zusammensetzen. Dennoch haben mir diese Zahlen zu denken gegeben:

Nach Art 87a B-VG kann die Besorgung einzelner genau zu bezeichnender Arten von Geschäften der Gerichtsbarkeit erster Instanz in Zivilrechtssachen durch Bundesgesetz besonders ausgebildeten nichtrichterlichen Bundesbediensteten übertragen werden. Von dieser Möglichkeit hat der einfache Gesetzgeber mit dem Rechtspflegergesetz aus dem Jahr 1985³⁵ im reichen Ausmaß Gebrauch gemacht. Zusätzlich ist seither in zahlreichen Novellen³⁶ der Wirkungskreis der Rechtspfleger ausgedehnt worden, sodass wir schließlich zu jenem umfangreichen Wirkungskreis der Rechtspfleger in Zivilprozess- und Exekutionssachen (§§ 16, 17 RPfG), in Insolvenzsachen (§ 17a RPfG), in Verlassenschaftssachen (§ 18 RPfG), in Kindschafts- und Sachwalterschaftsangelegenheiten (§ 19 RPfG), in Angelegenheiten des Gerichtserlages und der Einziehung gerichtlicher Verwahrnisse (§ 20 RPfG), in Grundbuchs- und Schiffsregistersachen (§ 21 RPfG) sowie in Sachen des Firmenbuchs (§ 22 RPfG) gekommen sind, der zu dem erwähnten, exorbitant großen Geschäftsanfall bei den Rechtspflegern führt. Ob damit die vertretbaren Grenzen des Wirkungskreises eines zwar besonders geschulten aber doch nichtrichterlichen Gerichtsbeamten erreicht bzw vielleicht sogar bereits überschritten worden sind³⁷, sollte angesichts dieser Zahlen einmal ernsthaft und sachlich geprüft werden. Jedenfalls erscheint es mir notwendig, ein verstärktes Augenmerk auf die Aus- und Fortbildung der Rechtspfleger zu legen, da gerade dieser – von der Öffentlichkeit weitgehend unbeachtete – Berufsstand häufig an der „Front“ steht und so in einem hohen Ausmaß das Ansehen der Justiz in der rechtsuchenden Bevölkerung prägt.

VIII. Das Mahnverfahren

Das Mahnverfahren ist ein für bestimmte Geldleistungsansprüche vorgesehenes schriftliches (Vor-)Verfahren, das zur effizienten und ökonomischen Erledigung von Massenansprüchen dient.³⁸ Wesentliches Merkmal ist es, dass das Gericht auf Grund der Angaben des Klägers nach einer nur

³⁵ BGBl 1985/560. Damit wurde das frühere Rechtspflegergesetz, BGBl 1962/180, ersetzt.

³⁶ Zuletzt etwa durch BGBl I 2007/72.

³⁷ Beispielsweise fallen (seit dem AußStr-BegleitG) auch Unterhaltsansprüche volljähriger Kinder in den Wirkungskreis des Rechtspflegers (§ 19 Abs 1 Z 4 RPfG) oder ist der Rechtspfleger (seit der EO-Novelle 2005) auch für die Ausstellung der Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel zuständig (§ 16 Abs 1 Z 7 RPfG).

³⁸ Dazu etwa *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶ Rz 515/2 ff und 748.

eingeschränkten Prüfung einen bedingten Zahlungsbefehl erlässt, mit welchem dem Beklagten aufgetragen wird, den Klagsbetrag zu bezahlen oder Einspruch zu erheben. Wird kein rechtzeitiger Einspruch erhoben, so erwächst der Zahlungsbefehl in Rechtskraft und bildet einen Exekutionstitel. Das Mahnverfahren hat in Österreich eine lange Tradition und geht auf das Mahngesetz von 1873 zurück.³⁹ Durch die ZVN 1983 wurde es in die Zivilprozessordnung eingebaut und obligatorisch gemacht. Derzeit ist es (seit der ZVN 2002) nicht nur im bezirksgerichtlichen (§ 448 ZPO) und im arbeitsgerichtlichen (§ 56 ASGG) Verfahren, sondern auch im Gerichtshofverfahren bis zu einem Streitwert von 30.000 € (obligatorisch) vorgesehen (§§ 244 ff ZPO). Über die Bedeutung des Mahnverfahrens⁴⁰ geben die aktuellen Zahlen Aufschluss:

Von den 633.105 C-Sachen⁴¹ beim Bezirksgericht wurden 2006 nicht weniger als 535.183 (oder 84,53 %) im Mahnverfahren behandelt. Gegen die erlassenen Zahlungsbefehle gab es 50.988 rechtswirksame Einsprüche. Die Einspruchsquote betrug somit 2006 (nur) 9,53 %, was im Einklang mit dem langjährigen Schnitt steht.⁴²

Beim Gerichtshof⁴³ wurden von 33.668 Cg-Sachen 16.321 (= 48,48 %) im Mahnverfahren behandelt, davon 4.697 (oder 28,78 %) rechtswirksam beeinsprucht. Von den 22.545 Arbeitsrechtssachen wurde in 18.953 Fällen (= 84,07 %) ein Zahlungsbefehl erlassen, gegen den in 7.599 Fällen (= 40,09 %) ein Einspruch erhoben worden ist.

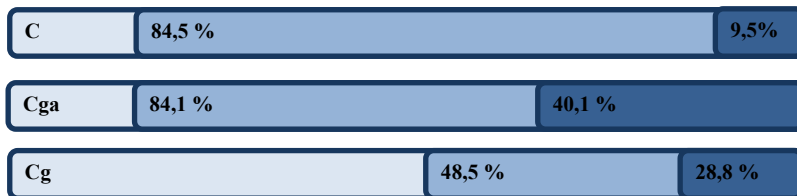


Abbildung 8: Zivilprozesse – Mahnquote – Einspruchsquote

³⁹ Zur Entwicklung siehe etwa G. Kodek in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² III (2004) Vor § 244 ZPO Rz 14 ff.

⁴⁰ Siehe auch G. Kodek in *Fasching/Konecny*, Kommentar² III Vor § 244 ZPO Rz 13.

⁴¹ Quelle: BIS-Justiz 2006, Seite 30. Diese Zahl ergibt sich, wenn man von den 653.597 in der Anfragebeantwortung (oben FN 12) genannten Zivilsachen bei den Bezirksgerichten die 19.099 im Jahr 2006 angefallenen Hc-Sachen und die 1.393 außerstreitigen Eheangelegenheiten abzieht.

⁴² Im Statistischen Jahrbuch Österreichs 2007 (siehe oben in der Einleitung) wird (auf der Seite 476) für das Jahr 2005 eine Einspruchsquote beim Bezirksgericht von 9,19 %, für das Jahr 1995 von 9,9 % und für das Jahr 2000 von 9,2 % angeführt. Die Einspruchsquote im arbeitsgerichtlichen Verfahren betrug 2005 42,73 % und im Cg-Verfahren 27,74 %.

⁴³ Quelle: BIS-Justiz 2006, Seite 24.

Diese Zahlen belegen eindrucksvoll die überaus große Bedeutung, die dem – in der Zwischenzeit weitgehend elektronisch geführten – Mahnverfahren in Österreich zukommt. Auffallend ist dabei, dass bei einer ähnlich hohen Mahnquote zwischen dem bezirksgerichtlichen und dem arbeitsgerichtlichen Verfahren jedoch eine stark unterschiedliche Einspruchsquote besteht. Im Gerichtshofverfahren ist die Mahnquote – bedingt (auch) durch die (gegenwärtige) Anwendungsgrenze – zwar relativ niedrig und die Einspruchsquote (im Vergleich zum C-Verfahren) relativ hoch, dennoch ist auch hier ein gewisser Entlastungseffekt feststellbar. Die Diskussion über eine Erhöhung oder (gänzliche) Beseitigung der Streitwertgrenze für das Mahnverfahren wird daher weitergehen⁴⁴, insb auch deshalb, weil im Europäischen Mahnverfahren, das ab dem 12. 12. 2008 in Kraft treten wird, keine Streitwertgrenze vorgesehen ist.⁴⁵

IX. Das Mandats- und Wechselmandatsverfahren

Das österreichische Mandatsverfahren nach den §§ 548 ff ZPO hat in seiner Mittelstellung zwischen dem vollstreckbaren Notariatsakt einerseits und dem Mahnverfahren andererseits von Anfang an keine große Bedeutung erlangen können. Nunmehr wird es bereits seit längerer Zeit allgemein als totes Recht angesehen⁴⁶ und daher dessen Abschaffung verlangt.⁴⁷

Dem Wechselmandatsverfahren (§§ 556 ff ZPO) wird hingegen regelmäßig eine größere Bedeutung attestiert.⁴⁸ Wenn man jedoch die absoluten Zahlen betrachtet, den starken Abwärtstrend der letzten Jahre verfolgt (nämlich von 1.920 Wechselmandatsverfahren im Jahre 2000 auf 900 im Jahre 2006⁴⁹) und außerdem berücksichtigt, dass eine (weitere) Erhöhung

⁴⁴ Siehe etwa *G. Kodek* in *Fasching/Konecny*, Kommentar² III § 244 ZPO Rz 39.

⁴⁵ Verordnung (EG) Nr 1896/2006, ABl 2006 L 399 S 1; dazu etwa *Tschütscher/Weber*, Die Verordnung zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ÖJZ 2007/27, 303; *Roth/Hauser*, Das neue Europäische Mahnverfahren, ecolex 2007, 568 oder *Sujecki*, Das Europäische Mahnverfahren, NJW 2007, 1622.

⁴⁶ Genauere Angaben über die aktuelle Zahl der Mandatsverfahren in Österreich konnte ich nicht in Erfahrung bringen.

⁴⁷ Vgl etwa *Mayr/Schmidt*, Gesetzlich geregelte Alternativen innerhalb und außerhalb des Zivilprozesses in Österreich, ZVglRWiss 1987, 245; *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts² (1990) Rz 1631; *Oberhammer*, Zur Entwicklung des österreichischen Urkundenprozesses, GedS Hofmeister (1996) 511 (531 ff).

⁴⁸ Etwa *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶ Rz 926; *Klicka* in *Fasching/Konecny*, Kommentar² IV/1 Vor § 548 ZPO Rz 1 oder *E. Kodek* in *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zur ZPO³ (2006) Vor § 548 ZPO Rz 3.

⁴⁹ Quelle: Auskunft des BMJ, Präsidialabteilung 3.

der Grenze für die Anwendung des Mahnverfahrens bzw – unter europäischen Einfluss – sogar eine gänzliche Abschaffung dieser Obergrenze möglicherweise bevorsteht, so muss man auch die Existenzberechtigung eines eigenen Wechselmandatsverfahren ernsthaft hinterfragen.

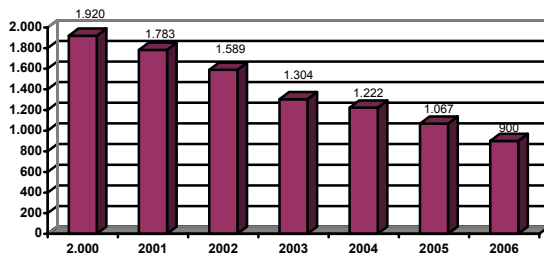


Abbildung 9:
Entwicklung der
Wechselmandatsverfahren

X. Die Erledigungsdauer

Eine Frage, deren Beantwortung die Öffentlichkeit in einem relativ großem Ausmaß interessiert, ist sicherlich jene nach der Dauer eines Zivilprozesses in Österreich. Dazu gibt es eine umfangreiche, vom BMJ alljährlich erarbeitete und im Intranet veröffentlichte Verfahrensdauerstatistik. Dieser habe ich folgende Daten über die durchschnittliche Verfahrensdauer für den Berichtszeitraum 2006 entnommen (Seite 6 f):

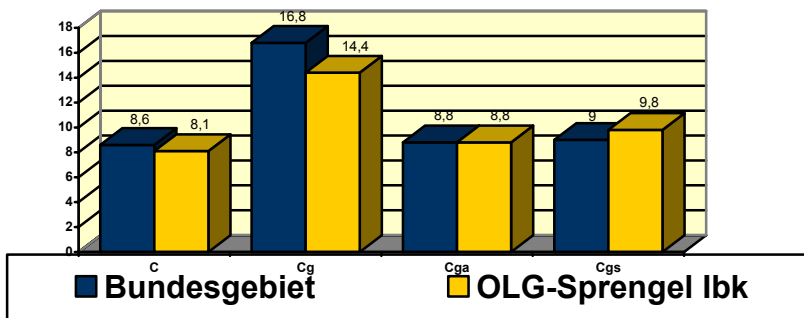


Abbildung 10: Verfahrensdauer in Monaten Bundesgebiet / OLG-Sprengel Innsbruck

Oder anders dargestellt:

- 49,14 % der C-Verfahren und 23,05 % der Cg-Verfahren werden innerhalb von 6 Monaten erledigt;
- 29,12 % der C-Verfahren und 28,88 % der Cg-Verfahren werden im Zeitraum von 6 bis 12 Monaten erledigt;

- 16,31 % der C-Verfahren und 27,83 % der Cg-Verfahren werden im Zeitraum von 12 bis 24 Monaten erledigt;
- 3,42 % der C-Verfahren und 10,66 % der Cg-Verfahren werden im Zeitraum von 24 bis 36 Monaten erledigt;
- 1,99 % der C-Verfahren und 9,57 % der Cg-Verfahren dauern mehr als 36 Monate.

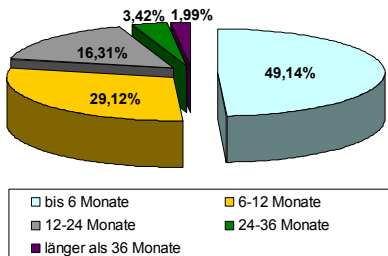


Abbildung 11: Erledigungsdauer im C-Verfahren

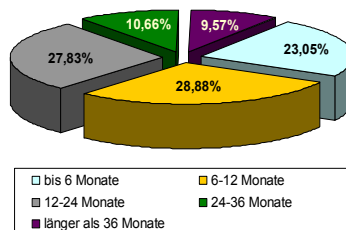


Abbildung 12: Erledigungsdauer im Cg-Verfahren

Wenn wir unser spezielles Augenmerk auf Westösterreich richten, so ist festzustellen (Verfahrensdauerstatistik Seite 19), dass die durchschnittliche Verfahrensdauer in Monaten beträgt beim

LG Innsbruck

Cg	15,2
Cga	9,9
Cgs	10,7

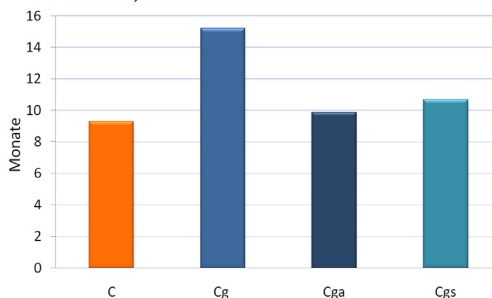
LG Feldkirch

Cg	12,7
Cga	6,3
Cgs	7,6

Im Sprengel des LG Innsbruck dauert ein C-Verfahren durchschnittlich 9,2 Monate, wobei die Bandbreite vom BG Lienz mit 5,5 Monaten bis zum BG Zell am Ziller mit 12,7 Monaten reicht. Das BG *Innsbruck* liegt mit einer durchschnittlichen Verfahrensdauer von 9,3 Monaten in etwa in der Mitte (siehe Verfahrensdauerstatistik Seite 24).

Noch besser schneidet der Sprengel des LG Feldkirch ab. Dort dauert ein C-Verfahren durchschnittlich 6,0 Monate (beim BG *Feldkirch* selbst durchschnittlich 6,6 Monate; sonst zwischen 4,7 Monaten beim BG Dornbirn bis zum BG Montafon mit 7,8 Monaten).

Abbildung 13: Verfahrensdauer
beim BG
und beim LG Innsbruck



Selbstverständlich stellen diese Zahlen nur einen Durchschnittswert dar, der insb durch die rasche Abwicklung der großen Anzahl von Mahnverfahren (siehe oben Kapitel VIII) erreicht wird, der aber im Einzelfall den von einem langwierigen Verfahren betroffenen Parteien wenig hilft. Mir fällt in diesem Zusammenhang der Ausspruch von *Franklin Roosevelt* ein, der gesagt hat: „Ich stehe Statistiken etwas skeptisch gegenüber. Denn laut Statistik haben ein Millionär und ein armer Kerl jeder eine halbe Million!“ Immerhin kann mit den angeführten Durchschnittswerten aber der gute Ruf bestätigt werden, den die österreichische Justiz international genießt.

XI. Die Vergleichshäufigkeit

Nach § 204 Abs 1 ZPO kann das Gericht bei der mündlichen Verhandlung in jeder Lage der Sache auf Antrag oder von Amts wegen eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder die Herbeiführung eines Vergleichs über einzelne Streitpunkte versuchen.⁵⁰ Die vorbereitende Tagsatzung dient gem § 258 Abs 1 Z 4 ZPO ausdrücklich auch zur Vornahme eines Vergleichsversuchs. Es ist nun sicherlich interessant zu erfahren, wie häufig ein Zivilprozess tatsächlich nicht mit einem Urteil, sondern mit einem Prozessvergleich (oder auf andere Weise) beendet wird.

Nach den Zahlen, die mir das BMJ zur Verfügung gestellt hat,⁵¹ kamen im Jahr 2006⁵² bei den Bezirksgerichten auf 26.354 Streiturteile 17.544 Prozessvergleiche.⁵³ Dazu kamen noch 928 sog „prätorische“ (also vorprozessuale) gerichtliche Vergleiche (nach § 433 ZPO) in allgemeinen Zivilsachen sowie 787 in Familienrechtssachen und 2.500 prätorische Räumungsvergleiche. Die restlichen 11.221 Verfahren sind auf eine andere Weise (zB Klagszurückziehung, Ruhen) erledigt worden.

Bei den Gerichtshöfen gab es 2006 in allgemeinen Zivilsachen (Cg) 4.746 Streiturteile und 4.130 Vergleiche (sonstige Erledigungen: 2.534), im arbeitsgerichtlichen Verfahren (Cga) 2.624 Streiturteile und 3.730 Vergleiche

⁵⁰ Dazu eingehend mwN *Mayr*, Der gerichtliche Vergleichsversuch (2002).

⁵¹ Diese Zahlen decken sich iW mit der „Vergleichsstatistik für das Jahr 2006“, welche die Beilage A der parlamentarischen Anfragebeantwortung 1139/AB XXIII. GP bildet. Dort werden 17.540 Vergleiche in C, 4129 in Cg, 3.729 in Cga, 9.292 in Cgs und 120 Vergleiche im Rechtsmittelverfahren genannt.

⁵² Siehe auch die Zahlen für die Jahre 1999 und 2000, die ich in meinem Buch „Der gerichtliche Vergleichsversuch“ Seite 66 FN 194 und 195 veröffentlicht habe.

⁵³ Insgesamt gab es 56.834 streitige Verfahren in C, die 2006 (insb) durch Urteil, Endbeschluss oder gerichtlichen Vergleich (aber ohne Räumungsvergleich) beendet worden sind: BIS-Justiz 2006, Seite 30.

(sonstige Erledigungen: 2.158), im sozialgerichtlichen Verfahren (Cgs) schließlich 7.471 Streiturteile und 9.293 Vergleiche (sonstige Erledigungen: 14.280).⁵⁴

Dazu kamen noch 119 Prozessvergleiche, die im Rechtsmittelverfahren abgeschlossen worden sind.⁵⁵

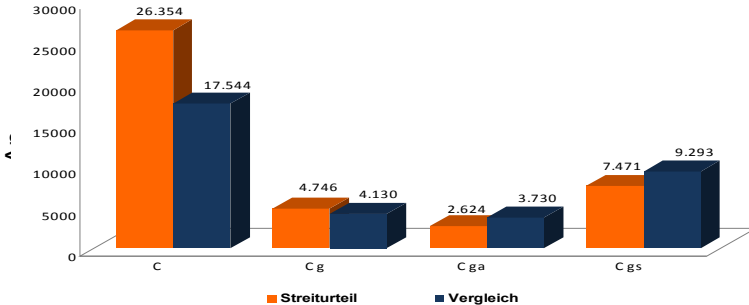


Abbildung 14: Vergleichshäufigkeit

Im bezirksgerichtlichen Verfahren lautet das Verhältnis Streiturteil zu Prozessvergleich somit 60,20 % zu 39,80 %; im Cg-Verfahren 53,47 % zu 46,53 %, im Cga-Verfahren 41,30 % zu 58,70 % und im Cgs-Verfahren 44,57 % zu 55,43 %. Nähere rechtstatsächliche Untersuchungen über den gerichtlichen Vergleich gibt es in Österreich⁵⁶ zwar bislang leider nicht, die Vergleichsquote (und überhaupt die Erledigungsquote ohne Streiturteil⁵⁷) ist aber jedenfalls sehr beachtlich. Dies bekräftigt die Ansicht, dass dem Verhandeln und Vergleichen sowohl in der Lehre als auch in der Praxis ein verstärktes Augenmerk geschenkt werden sollte.⁵⁸

⁵⁴ Siehe dazu eingehend *Proksch*, Der Vergleich im Sozialgerichtsverfahren, ZAS 1004/46, 260.

⁵⁵ Nämlich 56 bei den Gerichtshöfen I. Instanz und 33 bei den Oberlandesgerichten in allgemeinen Zivilsachen sowie 25 in Arbeitsrechtssachen und 5 in Sozialrechtssachen.

⁵⁶ Siehe jedoch in Deutschland etwa *W. Gottwald/Hutmacher/Röhl/Strempel* (Hrsg), Der Prozeßvergleich (1983); *Röhl*, Der Vergleich im Zivilprozeß (1983) oder *Hommerich/Prüiting/Ebers/Lang/Traut*, Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis (2006) 47 ff.

⁵⁷ Sie beträgt 52,2 % in C-Sachen, 58,4 % in Cg-Sachen, 69,2 % in Cga-Sachen und 75,9 % in Cgs-Sachen.

⁵⁸ Siehe insb *Gottwald/Haft* (Hrsg), Verhandeln und Vergleichen als juristische Fertigkeiten (1987); *Gottwald/Treuer*, Verhandeln und Vergleichen im Zivilprozess² (2005); *Haft*, Verhandlung und Mediation. Die Alternative zum Rechtsstreit² (2000).

XII. Die Anrufung des Obersten Gerichtshofes

Die Regelung der Anrufbarkeit des Obersten Gerichtshofes in Zivilrechts-sachen ist seit dem Inkrafttreten der Zivilprozessordnung am 1. 1. 1898 vielfachen Änderungen unterworfen gewesen. Die wechselvolle Geschichte der einschlägigen Bestimmungen ist von *Karl-Heinz Danz* in der Festschrift für Rainer Sprung bis zum Ende des Jahres 2000 minutiös und erschöpfend dargestellt worden.⁵⁹ Seither sind durch die Zivilverfahrens-Novellen 2002⁶⁰ und 2004⁶¹ wiederum zwei Änderungen wirksam geworden,⁶² die jedoch keine grundlegende Änderung des seit der Erweiterten Wertgrenze-Novelle (WGN) 1997⁶³ geltenden Systems gebracht haben. *Danz* hat auch wertvolles Zahlenmaterial über die Auswirkungen der diversen Novellen veröffentlicht. Anknüpfend an diese Daten sollen nachfolgend die aktuellen Zahlen in drei besonders interessanten und wichtigen Bereichen vorgestellt werden:

1. Die Erfolgshäufigkeit von Abänderungsanträgen

Nach § 508 ZPO (bzw § 528 Abs 2a ZPO) kann in einem bestimmten Streitwertbereich der Ausspruch des Rechtsmittelgerichts, dass eine ordentliche Revision (bzw ein ordentlicher Revisionsrekurs) mangels erheblicher Rechtsfrage (§ 502 Abs 1 ZPO) nicht zulässig ist, mit einem Abänderungsantrag bekämpft werden. Hält das Rechtsmittelgericht diesen Antrag für stichhältig, so hat es seinen Ausspruch mit Beschluss abzuändern und die ordentliche Revision – die bereits mit dem Abänderungsantrag einzubringen ist – für zulässig zu erklären. Im gegenteiligen Fall ist der Abänderungsantrag (samt der ordentlichen Revision) mit einem unanfechtbaren Beschluss zurückzuweisen. Diese Neuerung der WGN 1997 ist in Theorie und Praxis mit einigen Vorbehalten und Skepsis aufgenommen

⁵⁹ *Danz*, Die Anrufbarkeit des OGH in streitigen Zivilrechtssachen – von Franz Klein bis zur Gegenwart: Analyse – Rückblick – Ausblick, in FS Sprung (2001) 39 ff. Siehe auch *Zechner* in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² IV/1 (2005) Vor §§ 502 ff ZPO Rz 1 ff.

⁶⁰ BGBl I 2002/76. Sie brachte die Übernahme des Revisionsmodells der ZPO auch für das ASGG-Verfahren (Aufhebung der §§ 45 bis 47 ASGG; Einfügung des § 502 Abs 5 Z 4 ZPO); dazu insb *Fink*, Auswirkungen der ZVN 2002 auf das Verfahren in Arbeits- und Sozialrechtssachen – Ein Überblick, DRdA 2003, 221 und *Schoibl*, Neuerungen im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren, ZAS 2003, 214.

⁶¹ BGBl I 2004/128: Neuregelung der Anrufung des OGH bei Verbandsklagen in § 502 Abs 5 Z 3 ZPO.

⁶² Außerdem ist im neuen Außerstreitgesetz (BGBl I 2003/111) der Revisionsrekurs – aufbauend auf den Grundsätzen der WGN 1997 – neu geregelt worden. Siehe dazu etwa *Mayr/Fucik*, Das neue Verfahren außer Streitsachen³ (2006) Rz 293 ff.

⁶³ BGBl I 1997/140.

worden, bedeutet sie doch im Kern, dass das Gericht selbst darüber entscheiden kann, ob die eigene Entscheidung einer weiteren Überprüfung unterliegt oder nicht. Über die praktische Handhabung dieser Bestimmung gab es die verschiedensten Vermutungen, die von einer großzügigen Stattgebung aller Anträge bis hin zu einem radikalen „Abdrehen“ der Rechtsmittelmöglichkeit reichten. Umso interessanter ist es, die Statistik der Abänderungsanträge seit dem Inkrafttreten dieser Regelung zu verfolgen.⁶⁴

Jahr	Anträge	stattgegeben	in %	zurückgew.	in %
1998	495	119	24,04%	317	64,04%
1999	719	154	21,42%	541	75,24%
2000	659	132	20,03%	516	78,30%
2001	629	133	21,14%	475	75,52%
2002	660	222	33,64%	474	71,82%
2003	620	137	22,10%	493	79,52%
2004	664	165	24,85%	502	75,60%
2005	659	160	24,28 %	496	75,27 %
2006	628	158	25,16%	475	75,64%

Abbildung 15: Entwicklung der Abänderungsanträge

Die Erfolgshäufigkeit der Abänderungsanträge hat sich somit bei rund einem Viertel eingependelt, was mE ein durchaus befriedigendes Ergebnis darstellt, das die zuvor – grundsätzlich nicht zu Unrecht – gehegten Befürchtungen doch weitgehend entkräftet.

2. Die Erfolgshäufigkeit von ordentlichen Rechtsmitteln

Von den 591 (ordentlichen) Revisionen, die 2006 erledigt worden sind⁶⁵, wurden 240 (oder 40,61 %) zurückgewiesen und 351 (= 59,39 %) inhaltlich behandelt. 194 Mal (also in 55,27 % der angenommenen Fälle) kam es

⁶⁴ Quelle: *Danzl* in FS Sprung 92 f; Anfragebeantwortung 4074/AB XXI. GP (zu Fragen 30, 31 und 33); Anfragebeantwortung 496/AB XXII. GP (zu Frage 31); Anfragebeantwortung 1939/AB XXII. GP (zu Frage 32); Anfragebeantwortung 3156/AB XXII. GP (zu Frage 32); Anfragebeantwortung 1139/AB XXIII. GP (Beilage B). Hinzuweisen ist, dass die Summe der stattgegebenen und der zurückgewiesenen Anträge nicht mit der Anzahl der Anträge übereinstimmen muss, weil es zu jahreswechselbedingten Überschneidungen kommen kann bzw Anträge über den Auswertungszeitraum offen geblieben sind.

⁶⁵ Quelle: BIS-Justiz 2006, Seite 15. Dazu kamen zwei Revisionen, die zurückgezogen wurden und 37 Revisionen, die auf andere Weise erledigt worden sind.

dabei zu einer Bestätigung, 88 Mal (= 25,07 %) zu einer Abänderung und 69 Mal (= 19,66 %) zu einer Aufhebung der Entscheidung.

Von den 445 (ordentlichen) Revisionsrekursen des Jahres 2006⁶⁶ wurden 223 (= 50,11 %) zurückgewiesen, im Übrigen 112 Mal (= 50,45 % der angenommenen Fälle) die Entscheidung bestätigt, 61 Mal (= 27,48 %) kam es zu einer Abänderung und 49 Mal (= 22,07 %) zu einer Aufhebung der Vorentscheidung.

Auffallend ist hier der deutliche Unterschied in der Zurückweisungsquote zwischen (ordentlichen) Revisionen und Revisionsrekursen: Letztere werden um fast 10 % öfter als unzulässig zurückgewiesen. Im Gesamtdurchschnitt wurden rund 45 % der ordentlichen Rechtsmittel an den OGH als unzulässig zurückgewiesen. Von den angenommenen ordentlichen Rechtsmitteln hatten durchschnittlich 53 % keinen Erfolg, weil die angefochtene Entscheidung bestätigt wurde. Im Übrigen hob der OGH in rund 21 % der (angenommenen) Fälle die Entscheidung auf und in rund 26 % der (angenommenen) Fälle änderte er die angefochtene Entscheidung ab. Das bedeutet – wenn man die Gesamtzahl der (als unzulässig zurückgewiesenen und der angenommenen) ordentlichen Rechtsmittel als Basis nimmt – eine Erfolgsquote der ordentlichen Rechtsmittel an den OGH von 25,77 % (11,39 % Aufhebung und 14,38 % Abänderung).

45 % unzulässig	55 % zulässig		
	53 %	26 %	21 %

Abbildung 16: Erledigung ordentlicher Rechtsmittel durch den OGH

3. Die Erfolgshäufigkeit von außerordentlichen Rechtsmitteln

Wie schon oben in der Abbildung 3 dargestellt, wurden von den 1.619 im Jahr 2006 beim OGH angefallenen außerordentlichen Rechtsmitteln 269 (oder 16,62 %) angenommen und 1.350 (= 83,38 %) zurückgewiesen. Im Durchschnitt der letzten zehn Jahre ergibt sich bei den außerordentlichen Rechtsmitteln an den OGH eine Annahmequote von rund 18,3 %.

Bei den Erledigungen des Jahres 2006 schauen die Zahlen folgendermaßen aus: Von 1.129 im Jahre 2006 erledigten außerordentlichen Revisio-

⁶⁶ Zusätzlich wurden vier Revisionsrekurse zurückgezogen und 50 auf andere Weise erledigt.

nen⁶⁷ wurden 942 (= 83,44 %) zurückgewiesen und 187 (= 16,56 %) meritorisch behandelt (angenommen). Dabei gab es 50 Bestätigungen (= 26,74 %), 75 Abänderungen (= 40,11 %) und 62 Aufhebungen (= 33,15 %).

434 der 550 außerordentlichen Revisionsrekurse⁶⁸ wurden zurückgewiesen, was einer Zurückweisungsquote von 78,91 % entspricht. Die 116 behandelten außerordentlichen Revisionsrekurse führten zu 28 Bestätigungen (= 24,14 %), zu 56 Abänderungen (= 48,27 %) und zu 32 Aufhebungen (= 27,59 %) der angefochtenen Entscheidungen.

Im Gesamtdurchschnitt wurden daher rund 81,2 % der außerordentlichen Rechtsmittel zurückgewiesen. Von den angenommenen Rechtsmitteln führten im Schnitt 44,2 % zu einer Abänderung und 30,4 % zu einer Aufhebung der Entscheidung. In 25,4 % der angenommenen Fälle wurde die angefochtene Entscheidung vom OGH bestätigt. Wenn man wieder die Gesamtzahl der außerordentlichen Rechtsmittel als Basis nimmt, so lautet die Erfolgsquote der außerordentlichen Rechtsmittel (Revision und Revisionsrekurs) 13,4 % (davon 5,6 % Aufhebungen und 7,8 % Abänderungen).

81,2 % unzulässig	18,8 %		
	25 %	44 %	31 %

Abbildung 17: Erledigung außerordentlicher Rechtsmittel durch den OGH

Vergleicht man abschließend den Erfolg der ordentlichen und der außerordentlichen Rechtsmittel, so ist festzustellen, dass die ordentlichen Rechtsmittel eine fast doppelt so hohe Erfolgsquote aufweisen als die außerordentlichen Rechtsmittel.

⁶⁷ Zusätzlich wurden drei außerordentliche Revisionen zurückgezogen und zwölf auf andere Weise erledigt.

⁶⁸ Zusätzlich wurden fünf außerordentliche Revisionsrekurse zurückgezogen und 19 auf andere Weise erledigt.

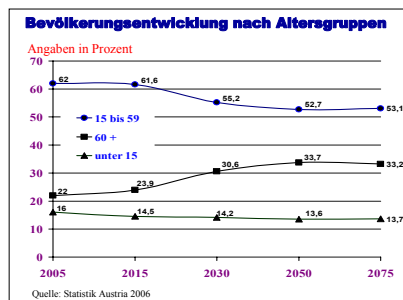
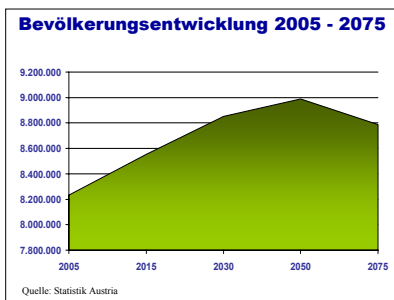
XIII. Schlusswort

Vorstehend habe ich versucht, aus dem (weitgehend) vorhandenen, aber nicht ausgewerteten Zahlenmaterial – den berühmten „Zahlenfriedhöfen“ – einige Daten herauszuarbeiten, die mir von breiterem Interesse erschienen sind. Diese ersten zaghaften Versuche haben – so glaube ich – mit ihren doch teilweise sehr bemerkenswerten und überraschenden Ergebnissen deutlich gezeigt, dass eine seriöse Rechtstatsachenforschung (auch) im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit eine Notwendigkeit ist.

Aktuelle Entwicklungen im Altenrecht

1. Einleitung

Die Betrachtung von Rechtsinstituten bloß aus dem Blickwinkel des Juristen kann keine objektive und abschließende Bewertung dieser ermöglichen, weil damit allenfalls die rechtlichen Auswirkungen für die unmittelbar betroffenen Personen, vereinzelt auch noch für das Umfeld, nicht jedoch die zumeist viel gravierenderen – viele Personen und Institutionen betreffenden – mittelbaren sozialen und wirtschaftlichen Auswirkungen dargestellt werden können. So ist es beispielsweise nicht nur von Bedeutung, wie die Normen des Sachwalterrechts auf die unter Sachwalterschaft stehenden Personen und auf die Sachwalter selbst wirken, sondern es ist auch von Bedeutung, welche Auswirkungen sie auf nahe Angehörige und Verwandte sowie auf potenzielle Vertragspartner haben. Nur wenn alle diese Aspekte beachtet werden, kann beurteilt werden, ob bestimmte Normen ihren Zweck auch erfüllen, und nur auf Grund einer solchen umfassenden Bewertung ist eine effiziente und vorausschauende Gesetzgebung möglich. Aufgabe der Rechtstatsachenforschung, welche die faktischen Verhältnisse sozialer Beziehungen in ihrem rechtlichen Regelungsrahmen erhebt, ist die Erforschung der Auswirkungen des Rechts auf die Menschen. Die Rechtstatsachenforschung ist damit ein wichtiges Instrument der Qualitätssicherung im Bereich der Gesetzgebung.



Aus der Veränderung der praktischen Anwendung rechtlicher Institute, wie zB der Sachwalterschaft, kann aber nicht nur auf einen allfälligen Re-

formbedarf in der Gesetzgebung geschlossen werden, sondern es kann auch allenfalls auf eine Änderung der sozialen Beziehungen sowie der Lebenssituation betroffener Personen geschlossen werden.

In der Folge werden neben den für das Altenrecht wichtigsten Datenquellen einzelne Beispiele rechtstatsächlicher Erhebungen in diesem Bereich ausgeführt.

2. Datenquellen

Zum Altenrecht gibt es vereinzelte, zum Teil auch regelmäßig wiederkehrende, rechtstatsächliche und rechtssoziologische Erhebungen. Eine umfassende Erforschung bestehender Verhältnisse fehlt ebenso wie in allen anderen Rechtsgebieten. Die problematische Kompetenzlage – Gesundheitsangelegenheiten sind im Wesentlichen Bundessache und Soziales ist Ländersache – verhindert wohl auch das einfache Zusammenführen oft, etwa in den Bundesländern, vorhandener Daten. Zumindest in so dynamischen Rechtsbereichen wie im Altenrecht wäre aber eine regelmäßige Evaluierung der bestehenden Rechtsnormen sinnvoll, um zu vermeiden, dass die Rechtsordnung der gesellschaftlichen Entwicklung ständig weit hinterhinkt.

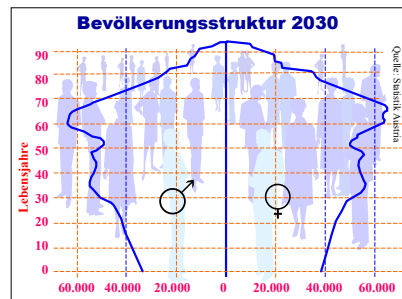
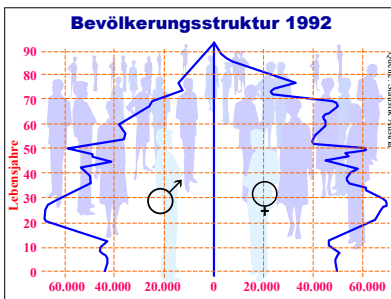
Als Datenquellen sind zu nennen:

- Das Bundesministerium für Soziales und Konsumentenschutz (BMSK):
 - Hier erscheint ein jährlicher Bericht des Arbeitskreises für Pflegevorsorge, der hauptsächlich Daten zum Pflegegeld und zu den ambulanten, teilstationären und stationären Betreuungsdiensten in den Bundesländern enthält.
 - Der österreichische Seniorenbericht 2000 war bisher eine einmalige Erhebung, ein „Hochaltrigenbericht“ ist derzeit in Ausarbeitung und sollte demnächst erscheinen.
- Das Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie (IRKS; <http://www.irks.at/>), welches vom Bundesministerium für Justiz (BMJ) fallweise mit Studien beauftragt wird, hat insbesondere zum Sachwalterrecht und zum Heimaufenthaltsgesetz Erhebungen durchgeführt.
- Die Statistik Austria führt neben einer sehr reduzierten Justizstatistik umfassende Statistiken zur Bevölkerungsentwicklung, die gerade im Altenrecht von Bedeutung sind.

- Der Verein Vertretungsnetz erhebt Daten im eigenen Tätigkeitsbereich, also insbesondere zum Sachwalterrecht, zum Unterbringungsgesetz (UbG) und zum Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG).¹
- Daneben liegen vereinzelt Daten aus parlamentarischen Anfragen sowie aus Dissertationen und Diplomarbeiten vor.

3. Bevölkerungsentwicklung

Wie in allen Industriestaaten mit Ausnahme der USA wird auch in Österreich der Anteil älterer Menschen an der Gesamtbevölkerung in den nächsten Dekaden stark zunehmen.² Während die österreichische Gesamtbevölkerung von jetzt knapp über 8 Millionen bis zum Jahr 2050 voraussichtlich nur leicht anwächst, steigt der Anteil der über 60-jährigen von 22 auf ca. 33 %. Im selben Zeitraum sinkt der Anteil der hauptsächlich erwerbstätigen Bevölkerungsgruppe der 15- bis 59-jährigen von rund 62 auf 53 %.³ Das hat auf der einen Seite zur Folge, dass die Finanzierung der Sozialleistungen von einem immer kleiner werdenden Bevölkerungsteil übernommen werden muss, dass aber auf der anderen Seite der Bedarf an sozialen Dienstleistungen – insbesondere für alte und pflegebedürftige Menschen – beträchtlich zunimmt.⁴



¹ VertretungsNetz – Sachwalterschaft, Patientenanwaltschaft, Bewohnervertretung (VSP); <http://www.vsp.at/>.

² Die unterschiedliche Entwicklung in den USA hat ihre Ursachen in der nach wie vor relativ starken Immigration sowie in der hohen Geburtenrate der lateinamerikanischen Bevölkerung.

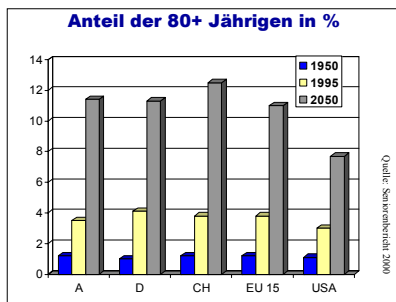
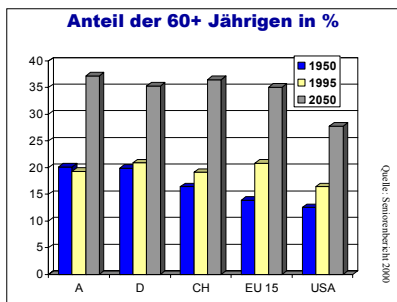
³ Statistik Austria, <http://www.statistik.at/>.

⁴ Diese Entwicklung führt insgesamt zu einer stärkeren Belastung von – regelmäßig volljährigen – „Kindern“. Auf der einen Seite steigen ihre Beiträge zu den allgemeinen Sozialleistungen und auf der anderen Seite muss die Pflege der Eltern, wenn sie zu Hause versorgt werden sollen, auf eine immer kleinere Kinderzahl aufgeteilt werden. Zusätzlich werden diese Kinder, bei zumindest teilweiser Finanzierung der Pflege durch den Sozialhilfeträger, im Rahmen ihrer zivilrechtlichen Unterhaltspflichten finanziell in Anspruch genommen.

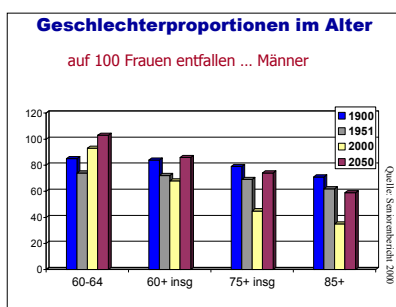
Markant ist der große Anteil der Frauen an den über 60-Jährigen. In dieser Bevölkerungsgruppe stehen 100 Frauen nur 66 Männern gleichen Alters gegenüber. Mit der Höhe des Lebensalters klappt das Verhältnis immer weiter auseinander. Auf 100 Frauen über 75 Jahre kommen nur 44 und auf 100 Frauen über 85 Jahre gar nur 33 Männer. Neben der höheren Lebenserwartung der Frauen sind dafür die zwei Weltkriege ausschlaggebend. Daher wird sich künftig das Verhältnis alter Frauen und alter Männer wieder stärker angleichen, zumal auch mit einer geringfügigen Annäherung der Lebenserwartung zu rechnen ist. Im Jahr 2015 wird das Verhältnis bei den über 60-Jährigen voraussichtlich 100 zu 80 und im Jahr 2025 100 zu 85 zugunsten der Frauen betragen.

4. Alter und Pflegebedürftigkeit

Zirka 85 % aller pflegebedürftigen Personen werden in Österreich nach wie vor im eigenen Angehörigenkreis, zum Teil mit Unterstützung durch



ambulante Dienste, versorgt. Eine stationäre Betreuung ist demnach bei nur rund 15 % der Pflegebedürftigen erforderlich.⁵ In Deutschland hingegen werden nur 72 % der Pflegebedürftigen zu Hause und folglich 28 % in statio-



⁵ BMsSG (Hg), Pflegevorsorge in Österreich (2001) 6. 68,5 % der pflegebedürftigen Personen werden durch Familienangehörige und 1,9 % durch Freunde oder Bekannte vollständig versorgt. 13,8 % erhalten Betreuung durch soziale Dienste. Aber fast ebenso viele Pflegebedürftige, nämlich 13,5 %, werden von niemandem unterstützt, wobei dieser Anteil im urbanen Bereich, und hier vor allem in Wien mit 26,5 %, besonders hoch ist; Der Standard 22.10.2003, 9.

nären Einrichtungen betreut.⁶ Allein auf Grund der Bevölkerungsentwicklung wird der Bedarf an Pflegeplätzen in Österreich weiter steigen. Auch im ambulanten Bereich müssen die Dienstleistungen massiv ausgebaut werden, will man den entstehenden Bedarf einigermaßen abdecken. Denn vor allem bei den über 75-Jährigen steigt der Anteil der Einpersonenhaushalte stark an, nämlich von 1991 bis 2030 um 55 %.⁷ Das ist vor allem darauf zurückzuführen, dass die Gruppe der alleinlebenden älteren Männer massiv anwächst. Diese Entwicklungen führen in der Folge zu einem stetig steigenden Bedarf an mehr und höher qualifiziertem Personal in der Pflege und Betreuung.⁸ Markant ist, dass derzeit vorwiegend ältere Frauen in Einpersonenhaushalten leben. 1997 wohnten immerhin 30 % der Männer über 60 Jahre in Mehrpersonenhaushalten, 57 % in Zweipersonenhaushalten, also in der Regel gemeinsam mit ihrer Partnerin, und nur 13 % in einem Einpersonenhaushalt, während bei den älteren Frauen 25 % in einem Mehrpersonenen-, 37 % in einem Zweipersonen- und immerhin 38 % in einem Single-Haushalt lebten.⁹

Dem kontinuierlich steigenden Pflege- und Betreuungsbedarf steht auch ein, wenn auch nicht gleichwertiger, Ausbau der Geld- und Sachleistungen (Pflegegeld sowie ambulante und stationäre Leistungsangebote) gegenüber. Vielleicht deswegen – und trotz der immer wieder auftretenden

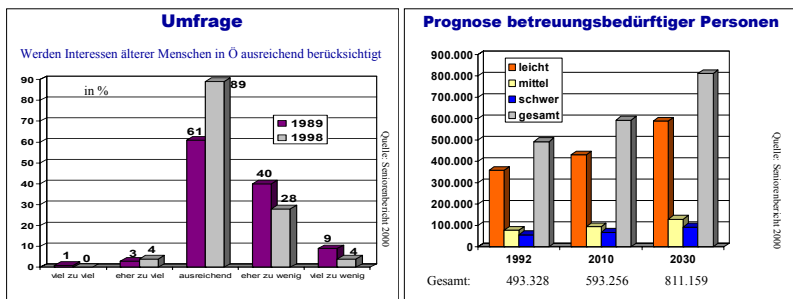
⁶ Statistisches Bundesamt, Pflegestatistik 1999 (2001) 4; während in Deutschland zirka 800.000 Personen in stationären Betreuungseinrichtungen leben, sind es in Österreich – bei einem Zehntel der Gesamtbevölkerung und bei vergleichbarer Pflegebedürftigkeit – nur rund 70.000.

⁷ BMsSG (Hg), Dienste und Einrichtungen für pflegebedürftige Menschen in Österreich – Übersicht über die Bedarfs- und Entwicklungspläne der Länder (1999) III. In Deutschland rechnet man für das Jahr 2030 mit rund 13,2 Mio Einpersonenhaushalten; vgl. Deutsche Bundesregierung (Hg), Armuts- und Reichtumsbericht 182.

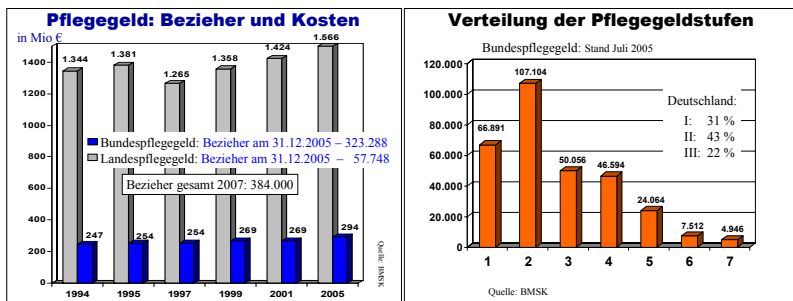
⁸ BMsSG (Hg), Beschäftigte im Bereich Pflege und Betreuung (2002) II ff; demnach waren zum 31.12.1999 im Altenbereich rund 45.000 Personen im Ausmaß von 30.000 Vollzeitäquivalenten beschäftigt; davon waren rund 31.000 (24.500 Vollzeitäquivalente) im Bereich von Alten- und Pflegeheimen und 14.200 (5.400 Vollzeitäquivalente) im ambulanten Bereich tätig. Zwischen 1993 und 1999 wurde der Personalstand sowohl im ambulanten als auch im stationären Bereich massiv erhöht: Im stationären Bereich wuchs die Berufsgruppe des gehobenen Dienstes (diplomiertes Gesundheits- und Krankenpflegepersonal) um 81 %, die Gruppe der Pflegehelfer, Altenhelfer und Alten(fach)betreuer um 33 %, das sonstige Personal um 13 %, während das Pflegehilfspersonal um 32 % reduziert wurde. Im ambulanten Bereich ist ein Anstieg beim gehobenen Dienst von 53 %, bei den Pflegehelfern, Altenhelfern und Alten(fach)betreuern um 89 % sowie bei der Heimhilfe, Haushilfe und Nächstenhilfe um 22 % zu verzeichnen. Daraus ist unzweifelhaft ersichtlich, dass im gesamten Pflegebereich eine Höherqualifizierung des Personals, aber auch ein Ausbau des Personalstandes insgesamt stattgefunden haben, woraus grundsätzlich wohl auch auf eine erhöhte Pflege- und Betreuungsqualität geschlossen werden kann, wenn auch zu berücksichtigen ist, dass in diesem Zeitraum auch die durchschnittliche Pflegebedürftigkeit der betreuten Personen zugenommen hat.

⁹ Hörl/Kytir in: BMsSG (Hg), Seniorenbericht 2000, 59.

Pflegeskandale – herrscht in der Öffentlichkeit zunehmend die Meinung, dass die Interessen älterer Menschen ausreichend berücksichtigt werden.



In Deutschland leben derzeit rund 800.000 Menschen auf Dauer in einem Heim, wovon 575.000 pflegebedürftig und zirka 490.000 älter als 65 Jahre sind. Ihr Durchschnittsalter liegt bei über 80 Jahren. Die Zahl der Pflegebedürftigen in privaten Haushalten beträgt mehr als 1,35 Mio, wovon rund 75 % älter als 65 Jahre sind.¹⁰ 1998 erhielten rund 1,23 Mio pflegebedürftige Personen ambulante und 511.000 vollstationäre Leistungen



aus der sozialen Pflegeversicherung. 54 % der Leistungsempfänger wählen dabei ambulante Leistungen und 25 % vollstationäre Pflege, 10 % Kombinationsleistungen und 8 % Pflegesachleistungen.¹¹ Dem standen

¹⁰ Deutsche Bundesregierung (Hg), Armuts- und Reichtumsbericht 182.

¹¹ Deutsche Bundesregierung (Hg), Armuts- und Reichtumsbericht 183.

auf der Seite der privaten Pflegepflichtversicherung¹² rund 70.000 Pflegebedürftige, die ambulante, und 27.000 Pflegebedürftige, die stationäre Leistungen bezogen, gegenüber. Auffallend ist dabei, dass der Anteil der Frauen – 56 % im ambulanten und 76 % im stationären Bereich – niedriger ist als in der sozialen Pflegeversicherung,¹³ was aber auf durchschnittlich geringere Einkünfte von Frauen zurückzuführen sein dürfte, sodass auch der Anteil der Frauen an den Versicherten in der privaten Pflegeversicherung geringer ausfallen dürfte als in der sozialen Pflegeversicherung.

Eine massive Herausforderung stellen – zumindest nach derzeitigen medizinischen Perspektiven – die Demenzerkrankungen dar. Europaweit wird sich diese Zahl von 7,1 Millionen im Jahr 2000 voraussichtlich auf 16,2 Millionen im Jahr 2050 mehr als verdoppeln. Die Zahl der Alzheimerpatienten, die den überwiegenden Teil der Demenzerkrankungen ausmachen, wird in diesem Zeitraum von 4,7 auf 11,2 Millionen ansteigen.¹⁴ Für Österreich wird mit der Zunahme demenzieller Erkrankungen von 83.000 im Jahr 1996 auf rund 100.000 im Jahr 2011 und 233.800 im Jahr 2050 gerechnet,¹⁵ bei Alzheimer von 57.100 im Jahr 2000 auf 151.400 im Jahr 2050.¹⁶ Vergleichbar ist – in Relation zur etwa zehnfachen Gesamtbevölkerungszahl – die Situation in Deutschland: Für das Jahr 1996 wurden 930.000 Demenzkranke geschätzt,¹⁷ wobei mit einer jährlichen Zunahme von 20.000 zu rechnen ist. Dementsprechend werden in Deutschland auf Grund der demographischen Entwicklung laut *Bickel* im Jahr 2030 1,56 Millionen und im Jahr 2050 mehr als 2 Millionen Menschen an Demenz

¹² Wer in Deutschland privat krankenversichert ist, muss auch gem § 1 Abs 2 und 23 SGB XI eine private Pflegeversicherung abschließen; vgl. *Schulin/Igl, Sozialrecht* (2002)⁷ Rz 352. Die Prämien zur privaten Pflege-Pflichtversicherung richten sich nicht nach dem Einkommen, sie sind aber vom Lebensalter beim Eintritt in die Versicherung abhängig. Die Höchstprämie ist zwar grundsätzlich gesetzlich festgelegt – sie darf nicht höher sein als der Höchstbeitrag in der sozialen Pflegeversicherung –, für Personen jedoch, die erst nach dem 1.1.1995 Mitglied eines privaten Krankenversicherungsunternehmens wurden, ist die Prämie auch vom Gesundheitszustand abhängig. Die gesetzliche Höchstgrenze gilt dann erst nach einer Vorversicherungszeit von fünf Jahren. Weiters besteht ein gesetzlicher Kontrahierungszwang (auch bei Vorerkrankungen und Pflegebedürftigkeit), eine Beschränkung der Rücktritts- und Kündigungsrechte der Unternehmen sowie die Verpflichtung zur beitragsfreien Mitversicherung der Kinder; vgl. *Schulin/Igl, Sozialrecht*⁷ Rz 396.

¹³ Deutsche Bundesregierung (Hg), *Armuts- und Reichtumsbericht* 183.

¹⁴ *Tiroler Tageszeitung* 25.11.2003, 8 unter Hinweis auf die APA.

¹⁵ BMSG (Hg), *Dienste und Einrichtungen für pflegebedürftige Menschen in Österreich* III.

¹⁶ APA, *Tiroler Tageszeitung* 25.11.2003, 8.

¹⁷ Davon litten rund zwei Drittel an der Alzheimerkrankheit. Das verbleibende Drittel ergibt sich aus vaskulären Demenzen und Mischformen vom degenerativ-vaskulären Typ sowie einer Vielzahl sonstiger Ursachen; *Bickel*, *Demenzen im höheren Lebensalter: Schätzungen des Vorkommens und der Versorgungskosten*, *Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie* 2001, 108 (109).

leiden,¹⁸ es sei denn, es werden derzeit nicht absehbare medizinischen Erfolge erzielt. Nach Schätzungen leiden derzeit bereits 1,2 bis 1,5 Mio Menschen in Deutschland an einer Form von Demenz,¹⁹ davon sind 800.000 bis 900.000 mittelschwere oder schwere Erkrankungsfälle. Bis 2010 werden nach dieser Schätzung bereits 1,7 Mio Menschen in Deutschland an Demenz leiden. Die beträchtlichen Differenzen in den Schätzungen sind vorwiegend darauf zurückzuführen, dass viele leichte Fälle von Demenz nicht erkannt und daher die Symptome anderen Krankheiten zugerechnet werden.

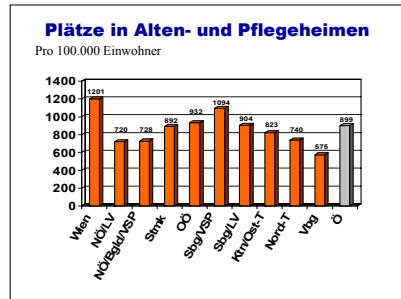
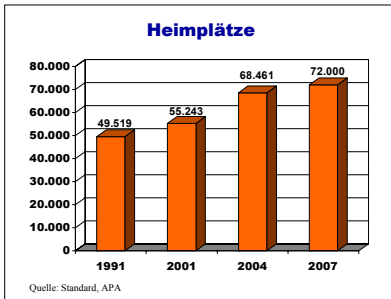
Demenzielle Erkrankungen betreffen ganz vorwiegend hochbetagte Menschen: In Deutschland waren 1996 nur etwa 50.000 Demenzkranke zwischen 65 und 69, 253.000 waren zwischen 85 und 90 und 142.000 über 90 Jahre alt.²⁰ Auf Grund des mit einer demenziellen Erkrankung verbundenen hohen Betreuungsaufwandes kann eine ambulante und familiäre Versorgung in der Regel nur bei leichteren Krankheitsstadien erfolgen. Nur rund 20 bis 35 % können bis zum Tod in häuslicher Umgebung versorgt werden. Etwa die Hälfte aller Demenzkranken ist derzeit in den westlichen Industriestaaten in Einrichtungen der stationären Altenhilfe untergebracht, was dazu führt, dass der Anteil der Demenzkranken an den PflegeheimbewohnerInnen mittlerweile zwischen 50 und 70 % beträgt.²¹ Das ist nicht nur eine enorme Herausforderung in Bezug auf die Wahrung der Würde und Selbstbestimmung betroffener Personen, sondern führt auch zu massivem Betreuungsaufwand und entsprechenden Kosten. Der Betreuungsaufwand beträgt je nach Schweregrad der Krankheit bis zu 14 Stunden täglich und verursacht nach Schätzungen jährliche Kosten von

¹⁸ Bickel, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2001, 108 ff.

¹⁹ Deutsche Bundesregierung (Hg), Armuts- und Reichtumsbericht 182.

²⁰ Dabei betrug die Gesamtzahl der jeweiligen Bevölkerungsgruppe bei den 65- bis 69-Jährigen knapp über 4 Millionen, bei den 85- bis 90-Jährigen nur mehr knapp über eine Million und bei den über 90-Jährigen 409.500. Demnach leiden 1,2 % der 65- bis 69-Jährigen, 23,9 % der 85- bis 90-Jährigen und 34,6 % aller über 90-Jährigen an einer demenziellen Erkrankung.

²¹ Bickel, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2001, 108 (111); so auch Deutsche Bundesregierung (Hg), Armuts- und Reichtumsbericht 182.



rund 43.604 € pro Person, wenn der meist unbezahlte Zeitaufwand in den Familien mit 12,72 € pro Stunde berechnet wird.²²

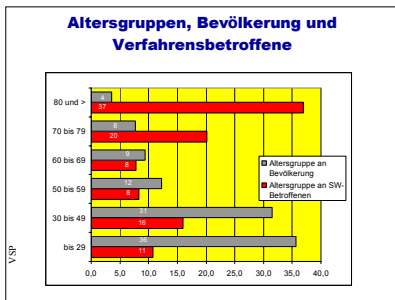
5. Sachwalterrecht

Das Sachwalterrecht, das 1984 die Entmündigung abgelöst hat, wird zunehmend zu einem Rechtsinstitut für überwiegend alte Menschen. Zwar ist die Zahl der Sachwalterschaften in den letzten zwei Dekaden insgesamt massiv angestiegen, ganz besonders stark ist der Zuwachs aber bei Personen über 80 Jahren.

Während 1981 insgesamt nur ca. 1.000 Personen entmündigt wurden, waren es im Jahr 2001 ca. 7.500 Personen, die unter Sachwalterschaft gestellt wurden. In den Folgejahren bis 2007 wurde jährlich für etwa ein Promille der Bevölkerung ein Sachwalter neu bestellt, sodass bei gleichbleibender Entwicklung davon ausgegangen werden müsste, dass in kurzer Zeit ein Prozent der Bevölkerung unter Sachwalterschaft stehen würde.²³ Das Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 (SWRÄG), das am 1. Juli 2007 in Kraft getreten ist, zielt darauf ab, diese Entwicklung zu stoppen. Um geeignete Maßnahmen setzen zu können, muss aber die Frage beantwortet werden, was die Gründe für diese massive Zunahme an rechtlicher und sozialer Hilfsbedürftigkeit sind und ob tatsächlich ein so großer Bevölkerungsanteil „unter den besonderen Schutz der Gesetze“ gestellt werden muss, obwohl nur ca. 10 % der Betroffenen mit der Sachwalterschaft einverstanden sind und der überwiegende Rest diese nach wie vor als „Entmündigung“ empfindet.

²² Bickel, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2001, 108 (112). Als Stundenlohn wurden 175,- S angesetzt.

²³ Pilgram, Das neue Sachwalterschaftsrecht aus der Sicht der Sozialwissenschaft, in Bundesministerium für Justiz (Hg), Recht und Würde im Alter (2006) 201.



Zahlenmäßige Entwicklung

- 1981: 1.000 Personen entmündigt
- 2001: 7.500 Personen werden neu unter SW gestellt
 - 1 Promille jährlich
- Umfang
 - Für eine Angelegenheit: 3 %
 - für einen Kreis von Angelegenheiten: 32 %
 - für alle Angelegenheiten: 65 %
- Sachwalter
 - Angehörige: 63 %
 - Rechtsanwälte und Notare: 19 %
 - Vereinssachwalter: 18 %
- Wesentliche Änderung durch SWRÄG 2006?

Quelle: Anfragebeantwortung des BMJ 1999 + IRKS

Die nahe liegende Erklärung, dass die demografische Entwicklung und mit ihr die Zunahme des Anteils hochaltriger und dementer Personen an der Gesamtbevölkerung den Hauptteil des Zuwachses verursacht, ist nur in geringem Ausmaß zutreffend. Demnach hätte sich die Anzahl in dieser Personengruppe um ein Drittel erhöhen müssen, tatsächlich hat sich die Zahl dieser Sachwalterschaften aber fast verzehnfacht.²⁴ Ähnliches gilt für das Schwinden sozialer Ressourcen und die zunehmende Komplexität alltäglicher (Rechts)Geschäfte. Veränderungen sind erkennbar, sie rechtfertigen den Anstieg an Sachwalterschaften in diesem Ausmaß aber nicht. Eine Veränderung der Familienstrukturen durch die Zunahme der Einpersonenhaushalte ist etwa nur bei den über 85-Jährigen zu verzeichnen. Die Zahl der in Anstalten betreuten Personen ist gleich geblieben, hat sich jedoch stark von psychiatrischen Anstalten zu Alten- und Pflegeheimen verschoben. Wesentliche Ursache für die in der Praxis häufige Bestellung eines Sachwalters dürften daher laut *Pilgram* „Verrechtlichungs- und Bürokratisierungstendenzen“ sein, die durch verbesserte sozialrechtliche Leistungen, wie zB das Pflegegeld, noch gefördert wurden.²⁵ Diese Entwicklung ist mE aber nicht ausschließlich negativ zu beurteilen, auch wenn dies die verwendeten Begriffe wohl intendieren. Denn die Gründe für diese Tendenzen dürften ua darin liegen, dass sich im Umgang mit psychisch kranken und geistig behinderten Personen das Grundrechtsbewusstsein verändert hat und dem Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte mehr Bedeutung beigemessen wird als früher. Daneben ist es grundsätzlich auch positiv zu bewerten, wenn die Rechtspraxis näher an die Rechtstheorie herangeführt wird: So werden heute häufig Sachwalterschaften für

²⁴ *Pilgram* in BMJ (Hg), Recht und Würde im Alter 205.

²⁵ *Pilgram* in BMJ (Hg), Recht und Würde im Alter 208 f.

Angelegenheiten bestellt, die früher von Angehörigen entschieden wurden, ohne dafür rechtlich befähigt zu sein. Damit fehlte auch jede gerichtliche Kontrolle.

Als jedenfalls nicht planmäßig ist die Entwicklung zu bezeichnen, wonach bisher in 65 % der Fälle ein Sachwalter für alle Angelegenheiten, in 32 % ein Sachwalter für einen Kreis von Angelegenheiten und nur in 3 % der Fälle ein Sachwalter für eine einzelne Angelegenheit bestellt wurde.²⁶ Ziel des Sachwalterrechts 1984 war es ja gerade, Einschränkungen der (Handlungsfähigkeit der) betroffenen Person nur im unbedingt erforderlichen Ausmaß vorzunehmen und daher in möglichst vielen Fällen Teilsachwalterschaften zu bestellen.

Eine durchaus vergleichbare Entwicklung ist beim deutschen Betreuungsrecht, für das das österreichische Sachwalterrecht als Vorbild gedient hat, zu verzeichnen. Die Anzahl der Betreuungen ist seit Inkrafttreten des neuen Betreuungsrechts 1992 stark gestiegen. In Bayern ist beispielsweise die Zahl der Betreuungen von 1992 bis zum Jahr 2002 von 89.000 auf über 150.000 gestiegen. Das ist mehr als das Doppelte von Österreich, obwohl Bayern nur rund eineinhalbmal so viele Einwohner hat (12,5 Mio). Um den weiteren Anstieg einzudämmen, werden ebenfalls jene Rechtsinstitute diskutiert, die – zumindest teilweise zu diesem Zwecke – in letzter Zeit in Österreich gesetzlich geregelt wurden (Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht, ex-lege-Vertretung durch nächste Angehörige). Obwohl gesetzliche Regelungen dafür in Deutschland fehlen, finden etwa die Patientenverfügung und die Vorsorgevollmacht beachtliche Verbreitung. So wurden von einer Broschüre des Bayerischen Staatsministeriums zur Vorsorgevollmacht in zwei Jahren mehr als 500.000 Stück verteilt.²⁷

6. HeimAufG

Das Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG) regelt die Zulässigkeit von und das Verfahren bei Freiheitsbeschränkungen in Alten- und Pflegeheimen, in Behinderteneinrichtungen und in Krankenanstalten.²⁸ Das Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie hat nunmehr das HeimAufG, welches am

²⁶ *Hammerschick/Pilgram*, Sachwalterschaftsverfahren und ihre gerichtliche Erledigung, Forschungsbericht des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie, Wien 2002 (Text und Tabellenband).

²⁷ *Hessler* in Hoffmann/Pilgram (Hg), Autonomie im Alter (204), 122.

²⁸ Für diese Art der Freiheitsbeschränkungen bestand seit dem Außer-Kraft-Treten der Entmündigungsordnung keine rechtliche Regelung.

1. Juli 2005 in Kraft getreten ist, im Auftrag des BMJ evaluiert, indem die praktische Handhabung des Gesetzes in den ersten eineinhalb Jahren, und zwar von Mitte 2005 bis Ende 2006, erhoben wurde.²⁹

Alten- und Pflegeeinrichtungen und Tageszentren			Behinderten- u. psychosoziale Langzeiteinrichtgn		K-Anstalten (außer Psychiatrie)		Gesamt	
	Zahl der Einrich- tungen	Anzahl der Plätze	Zahl der Einrichtgn	Anzahl/ Plätze	Zahl der Einrichtun- gen	Systemi- sierte Betten	Zahl der Einrich- tungen	Plätze u. systemisierte Betten
Bgld	33	1.679	14	247	6	1.486	53	3.412
Kärnten	56	4.175	23	495	11	3.909	90	8.579
NÖ	125	11.669	52	1.427	33	8.552	210	21.648
OÖ	129	12.981	70	1.707	23	8.185	222	22.873
Slbg	78	5.255	42	635	12	3.336	132	9.229
Stmk	216	9.700	57	1.507	30	7.135	303	18.342
Tirol	104	5.010	36	555	12	3.762	152	9.327
Vblg	50	1.989	25	491	8	1.796	83	4.276
Wien	91	20.210	96	1.021	21	9.378	208	30.609
Gesamt	882	72.668	415	8.088	156	47.539	1.453	128.295

Einrichtungen und Plätze, auf die das HeimAufG anwendbar ist. Stand 2004. Quelle: VSP

Die Ergebnisse beruhen auf der Verbindung qualitativer und quantitativer Daten. In einigen Bereichen wurden auch Daten aus einer früheren Untersuchung zu Vergleichszwecken herangezogen. Zu beachten ist jedoch, dass es sich um einen Rechtsbereich handelt, der vorher nicht (selbständig) geregelt war,³⁰ sodass nach eineinhalb Jahren nach In-Kraft-Treten noch nicht von einer gefestigten Rechtspraxis gesprochen werden kann.

Insgesamt wird in der genannten Studie das HeimAufG durchwegs positiv bewertet, weil es zu einer „*Sensibilisierung*“ für das Problem der Freiheitsbeschränkung in den Einrichtungen der Pflege von Alten und Behinderten geführt hat. Das ließ sich feststellen, weil das Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie bereits im Vorfeld des Inkrafttretens des HeimAufG im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz eine Untersuchung zu den Freiheitsbeschränkungen in stationären Betreuungseinrichtungen durchge-

²⁹ Hofinger/Kreissl/Pelikan/Pilgram, Zur Implementation des Heimaufenthaltsgesetzes – Effekte von Rechtsschutz auf die Kultur der Pflege, Studie aus Mitteln des Jubiläumsfonds der Österreichischen Nationalbank des Bundesministeriums für Justiz des Bundesministeriums für Gesundheit, Familie und Jugend, Wien, Juli 2007; http://www.irks.at/downloads_frame.html

³⁰ Zur Anwendung kamen vor allem strafrechtliche Normen wie die Nötigung und die Freiheitsentziehung sowie die entsprechenden Rechtfertigungsgründe.

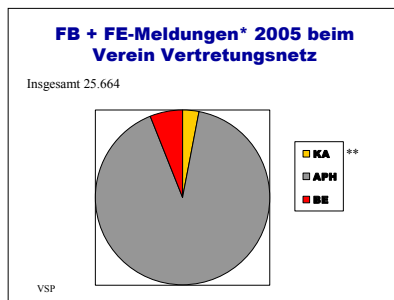
führt hat.³¹ Die damals untersuchten Einrichtungen wurden auch jetzt wieder in Form einer Panelstudie – Befragung in den gleichen Einrichtungen zu zwei verschiedenen Zeitpunkten – in die Untersuchung aufgenommen.

Auffällig ist die lokal sehr unterschiedliche Handhabung des Gesetzes, wobei schon vor Inkrafttreten des HeimAufG der Umgang mit Freiheitsbeschränkungen von Bundesland zu Bundesland stark differierte. Das ist darauf zurückzuführen, dass man sich zB in Salzburg schon länger mit der Problematik professionell auseinandergesetzt hatte, was dazu geführt hat, dass Freiheitsbeschränkungen wesentlich seltener als in anderen Bundesländern zum Einsatz kamen und nach wie vor kommen. Scheinbar paradoxerweise hat das nach In-Kraft-Treten des HeimAufG im Bundesland Salzburg zu einer (relativ) höheren Anzahl von gerichtlichen Überprüfungsverfahren – insbesondere auch in höheren Instanzen – geführt, weil die BewohnervertreterInnen mehr Zeit hatten, sich mit den einzelnen Fällen intensiver auseinanderzusetzen, während die BewohnervertreterInnen in anderen Bundesländern oft von der Zahl der Fälle so überhäuft waren, dass für aufwändige Gerichtsverfahren keine Zeit mehr blieb.

Anzahl der Einrichtungen
die unter das HeimAufG fallen

	Zahl der Einrichtungen	Anzahl der Plätze/Betten
Burgenland	53	3.412
Kärnten	90	8.579
Niederösterreich	210	21.648
Oberösterreich	222	22.873
Salzburg	132	9.229
Steiermark	303	18.342
Tirol	152	9.327
Vorarlberg	83	4.276
Wien	208	30.609
Österreich	1.453	128.295

VSP



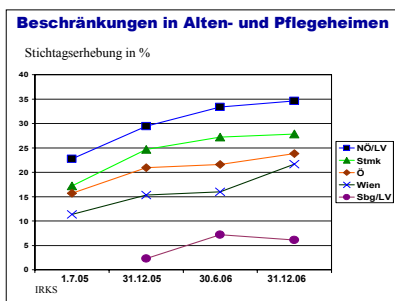
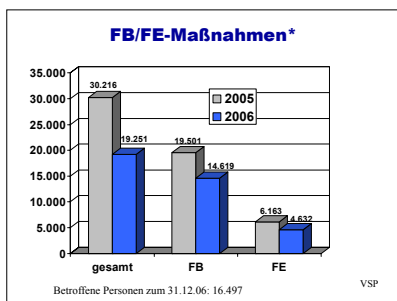
Die durch das HeimAufG neu geschaffenen Bewohnervertretungen, die vergleichbar der Patientenanwaltschaft nach dem Unterbringungsgesetz die von Freiheitsbeschränkungen betroffenen Personen in ihrem Grundrecht auf persönliche Bewegungsfreiheit vertreten, haben sich jedenfalls bewährt, weil sie dem Gesetz auch ohne obligatorische Befassung der Gerichte in der Praxis nachhaltige Wirkung zu verschaffen verögen. Vor allem durch die Vermittlungs- und Informationsfunktion der Bewohnerver-

³¹ Berlach-Pobitzer/Kreissl/Pelikan/Pilgram, Grundlagen für die Implementation des Heimaufenthaltsgesetzes (2005); http://www.irks.at/pub_berichte.html.

tretungen – Pflegepersonal und BewohnervertreterInnen besprechen oft schon vor der Durchführung einer Freiheitsbeschränkung die Notwendigkeit und mögliche Alternativen – ist die teilweise befürchtete Welle von gerichtlichen Überprüfungsverfahren ausgeblieben.

Beträchtliche Probleme bestehen (nach wie vor) im medizinischen Bereich. Das betrifft einerseits die Anordnung von Freiheitsbeschränkungen durch Ärzte und andererseits insgesamt die Anwendung des HeimAufG in Krankenanstalten.³² Daneben steht auch die Vermutung im Raum, dass die durch das Gesetz hervorgerufene wesentlich restriktivere Anwendung von mechanischen Mitteln der Freiheitsbeschränkung (Bettgitter, Fixierung mittels Gurten etc) zu vermehrten Freiheitsbeschränkungen durch Medikation geführt hat.

Nicht (durchgehend) zufrieden stellend ist derzeit auch die Rechtsprechung zum HeimAufG, was hauptsächlich wohl darauf zurückzuführen



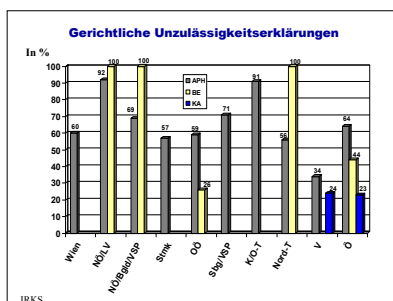
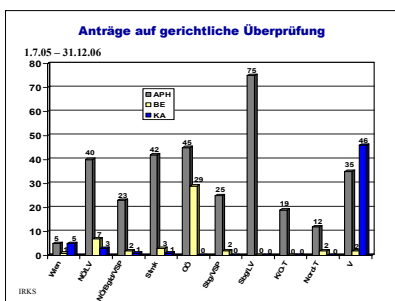
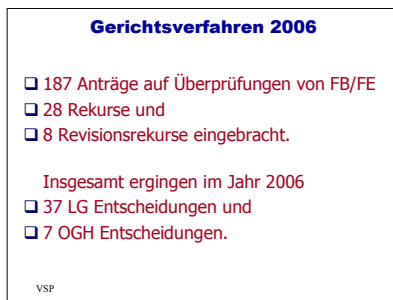
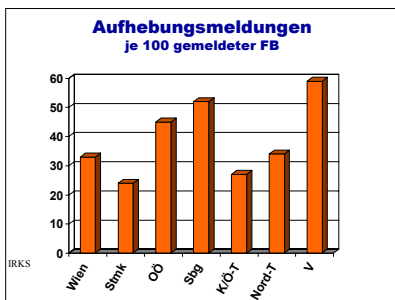
ist, dass es sich um eine sehr junge Rechtsmaterie handelt. Eine gefestigte Rechtsprechung fehlt jedenfalls noch. ME zu Recht bemängelt wird in der genannten Studie des IRKS, dass einzelne Richter dazu tendieren, sich primär an der Sicherheit der BewohnerInnen und nicht an Freiheitschutzrechten zu orientieren.

* Das HeimAufG unterscheidet zwischen Freiheitsbeschränkung (FB) und Freiheitseinschränkung (FE). Grundrechtlich problematisch sind nur Freiheitsbeschränkungen, die gegen den Wil-

³² Nicht zufrieden stellend geklärt ist noch immer die Bezahlung der Ärzte für diese Tätigkeit. Weiters handelt es sich dabei häufig um pflegerische Entscheidungen, für die die Ärzte nicht qualifiziert sind. In diesen Fällen werden die Entscheidungen oft von den zuständigen Pflegekräften getroffen und die Ärzte werden nur formal tätig. Hier wäre eine Gesetzesänderung, die die Verantwortung in diesen Fällen allein auf die Pflegekräfte überträgt, zielführend.

len oder zumindest ohne (gültige) Zustimmung der betroffenen Person vorgenommen werden. Eine Freiheitseinschränkung liegt hingegen vor, wenn die betroffene einsichts- und urteilsfähige Person der Einschränkung der Bewegungsfreiheit zugestimmt hat.

** KA = Krankenanstalt; APH = Alten- und Pflegeheim; BE = Behinderteneinrichtung.



7. Alternswissenschaften und Hochschulbildung

Für die gesellschaftliche Stellung der Alternswissenschaften, also der Gerontologie, der Geriatrie, der Pflege und auch des Altenrechts ist vor allem die Beachtung dieser Disziplinen im Bildungssystem insgesamt und in der Hochschulbildung im Besonderen von Bedeutung.

Die Versorgung unterstützungsbedürftiger alter Menschen war – abseits der Familie – lange Zeit Aufgabe von, zumeist religiösen, Hilfsorganisationen.³³ Die Pflege, die sie erbrachten, fußte auf Ehrenamtlichkeit, eine geregelte Berufsausbildung und ein Berufsrecht im engen Sinne gab es

³³ Pflegeorden (Malteser, Johanniter etc) und andere Institutionen betrieben Armen- und Sielchenhäuser, wo neben alten und pflegebedürftigen vor allem auch arme unterkunftslose Personen aufgenommen wurden.

nicht. Die Pflege, und insbesondere die Altenpflege, wurde oft bloß als Teil der Medizin gesehen und daher von dieser vereinnahmt. Erst im letzten Jahrhundert wurden die Krankenpflege und die Altenpflege, diese jedoch erst gegen Ende des letzten Jahrhunderts, als eigenständige Disziplinen anerkannt.

In der Medizin wurde zudem die Geriatrie und in der Sozialwissenschaft die Gerontologie lange Zeit vernachlässigt. In den letzten Jahren und Jahrzehnten wurde aber international ihre Bedeutung – zumindest grundsätzlich – erkannt und es wurden teilweise eigene Lehrstühle eingerichtet sowie zahlreiche Forschungsprojekte durchgeführt.³⁴

In Österreich werden im Bereich der Gerontologie, die ein Sammelbegriff für unterschiedliche Wissenschaftsbereiche und Tätigkeitsfelder ist, derzeit folgende Ausbildungsmöglichkeiten angeboten:³⁵ An der Universität Graz besteht am Institut für Erziehungs- und Bildungswissenschaft ein „Universitätslehrgang Interdisziplinäre Gerontologie“, an der Universität Salzburg werden gerontologische Aspekte am Zentrum für Neurokognitive Forschung berücksichtigt, und an der Universität Klagenfurt besteht an der Fakultät für Interdisziplinäre Forschung und Fortbildung ein „Interdisziplinärer Diskurs Gerontologie und Ethik“ als Kolloquium für Dissertanten und Habilitanten zu Palliative Care und Organisationsethik. An der Universität Wien wurden gerontologische wissenschaftliche Inhalte in unterschiedlicher Intensität in die Curricula der Bildungswissenschaft und der Soziologie integriert.

An den Medizinischen Universitäten werden keine eigenen Studiengänge für Gerontologie angeboten. Gerontologische Fragestellungen werden aber teilweise im Rahmen des Studiums der Humanmedizin bearbeitet, etwa an der Medizinischen Universität Graz im Rahmen eines 5-wöchigen speziellen Studienmoduls. Die Medizinische Universität Innsbruck arbeitet wissenschaftlich mit dem 1992 von der Österreichischen Akademie der Wissenschaften in Innsbruck gegründeten Institut für Biomedizinische Altersforschung zusammen.

Mehr und umfassendere Ausbildungsmöglichkeiten wurden in den letzten Jahren im Bereich der Pflegewissenschaften geschaffen: An der Universität Wien ist das Studium der Pflegewissenschaften als individuelles Studi-

³⁴ In Deutschland wurden der erste Lehrstuhl für Geriatrie bereits 1972 an der Universität Erlangen und der erste Lehrstuhl für Gerontologie 1986 an der Universität Heidelberg eingerichtet.

³⁵ Anfragebeantwortung des BM für Wissenschaft und Forschung vom 5.9.2007 (1249/AB XXI-II. GP).

um im Sinne des § 55 des Universitätsgesetzes 2002 eingerichtet.³⁶ An der Medizinischen Universität Graz wird seit dem Studienjahr 2004/2005 das Bachelorstudium „Pflegerwissenschaften“ angeboten.³⁷ Studiengänge in „Pflegerwissenschaften“ werden weiters an folgenden Privatuniversitäten angeboten oder sind vorgesehen:

Art	Dauer	ECTS	Akadem.Grad	Anbieter
Bakkalaureatsstudium	6	180	Bakkalarea/Bakkalaureus der Pflegewissenschaft	UMIT Private Universität für Gesundheitswissenschaften, Medizinische Informatik und Technik
Magisterstudium	4	120	Magistra/Magister der Pflegewissenschaft	
Doktoratsstudium	4	120	Doktorin/Doktor der Pflegewissenschaft	
Bachelorstudium (ab 2007/08)	6	180	Bachelor of Science (Pflegerwissenschaften)	Hall in Tirol Paracelsus Medizinische Privatuniversität 5020 Salzburg
Masterstudium (ab 2010/11)	4	120	Master of Science (Pflegerwissenschaften)	

Derzeit gibt es 60 Studierende der Pflegewissenschaft an der UMIT (Private Universität für Gesundheitswissenschaften, Medizinische Informatik und Technik), die sich wie folgt zusammensetzen:

Studiengänge der Pflegewissenschaft	Studierende
Anzahl der Studierenden Bachelor	37
Anzahl der Studierenden Master	20
Anzahl der Studierenden Doktorat	3
Summe Studienanfänger/innen bzw. der derzeit Studierenden	60

An der Paracelsus Medizinische Privatuniversität Salzburg wurde der Bachelorstudiengang Pflegewissenschaft mit dem Wintersemester 2007/08 mit einer Anzahl von 35 Studierenden begonnen.

³⁶ Das Studium ist nicht als Regelstudium eingerichtet und wird im Sommersemester 2007 von 866 Studierenden studiert.

³⁷ Die derzeitige Gesamtzahl der Studierenden des Bachelorstudiums Gesundheits- und Pflegewissenschaft an der Medizinischen Universität Graz beläuft sich auf 640.

8. Schluss

Das Altenrecht hat in Österreich in den letzten 15 Jahren im legistischen Bereich eine wichtige Rolle gespielt. Das begann mit der Pflegevereinbarung 1993 (gem. Art. 15a B-VG), auf die die Pflegegeldgesetze des Bundes und der Länder (1993) sowie die Landes-Heimgesetze (1994 bis 2005) folgten, und wurde mit dem Heimvertragsgesetz (2004), dem Heimaufenthaltsgesetz (2005) und dem Patientenverfügungsgesetz (2006) fortgeführt. Diese Entwicklung dürfte nunmehr mit dem Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 einen vorläufigen Abschluss gefunden haben. Mit Ausnahme des Heimaufenthaltsgesetzes und des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes 2006, in deren Vorfeld zumindest partielle rechtstatsächliche Erhebungen durchgeführt wurden, erfolgte die Gesetzzerdung regelmäßig ohne jegliches Datenmaterial über die Rechtsanwender und die rechtlichen, ökonomischen und sozialen Auswirkungen der regelmäßig völlig neuen Rechtsmaterien. Ebenso verhält es sich mit der Evaluierung nach In-Kraft-Treten der genannten Gesetze. Das hat dazu geführt, dass die Funktionalität dieser Rechtsnormen nur sehr eingeschränkt beurteilt werden kann, sowie dass teilweise erheblicher legistischer Nachbesserungsbedarf entstand und nach wie vor besteht. Daher wären gerade bei neuen Rechtsmaterien und solchen, die auf Grund gesellschaftlicher Entwicklungen schnellen Veränderungen unterworfen sind, regelmäßige rechtstatsächliche Erhebungen wichtig, damit der Gesetzgeber seine Funktion als Gestalter sozialer und ökonomischer Spielregeln effizient und zielsicher ausüben kann.

Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsrechts. Ergebnisse einer rechtstatsächlichen Untersuchung¹

1. Einleitung

Das Unterbringungsgesetz ist mit 1.1.1990 in Kraft getreten und löst ab diesem Zeitpunkt das so genannte Anhaltungsrecht, in dem bislang die gesetzlichen Voraussetzungen der Aufnahme und Anhaltung Geisteskranker in geschlossenen Abteilungen geregelt war, ab. Ziel der Reform war es, die Rechtsstellung psychisch kranker Patienten in psychiatrischen Krankenanstalten oder Abteilungen zu verbessern. Ihre Persönlichkeitsrechte sollten besonders geschützt, ihre Würde unter allen Umständen geachtet und gewahrt werden.² So war auch nicht die Fürsorge, sondern ausschließlich der Schutz der Persönlichkeitsrechte psychisch Kranker das Ziel des UbG.³

Als verfassungsrechtliche Rechtsgrundlagen sind das BVG über den Schutz der Persönlichen Freiheit (PersFrG) 1988 und die Bestimmung des Art 5 EMRK heranzuziehen. In diesem Zusammenhang ist allerdings festzuhalten, dass die Grenzen nach den Bestimmungen des UbG enger sind, als sie nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben sein müssten. Denn obwohl der Begriff der geistigen Behinderung als psychische Krankheit iSd PersFrG 1988 verstanden werden kann⁴, dürfen geistig Behinderte ohne Symptome einer psychischen Krankheit nach der Rspr des OGH auch dann nicht untergebracht werden, wenn sie im Zusammenhang mit ihrer Behinderung sich oder andere ernstlich gefährden.⁵

¹ Sämtliche personen- und funktionsbezogenen Bezeichnungen sind geschlechtsneutral zu verstehen.

² vgl. Das Bundesministerium für Justiz informiert: Die Unterbringung psychisch Kranker, 1990/1

³ vgl. Hopf/Aigner (1993). Unterbringungsgesetz samt den einschlägigen Bundesgesetzen, den Durchführungsvorschriften sowie einer Übersicht der Betreuungseinrichtungen in Österreich. Manz Verlag, Wien, § 1 Anm 2

⁴ vgl. BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit (BGBl 1988/684), Europäische Menschenrechtskonvention (BGBl 1958/210)

⁵ vgl. RS0075803 (vgl. OGH 4 Ob 541/91, OGH 4 Ob 542/91, OGH 7 Ob 550/92, OGH 7 Ob 555/92 u.a.)

2. Geltungsbereich § 2 UbG

Die Bestimmungen des UbG gelten für Krankenanstalten und Abteilungen für Psychiatrie, welche als „Anstalt“ bezeichnet werden und in denen Personen in einem geschlossenen Bereich angehalten oder sonstigen Beschränkungen ihrer Bewegungsfreiheit unterworfen werden.

Der Unterschied zwischen geschlossenem und offenem Bereich kann dahingehend definiert werden, dass sich in einem geschlossenen Bereich die freiheitsbeschränkende Maßnahmen in generellen und äußerlich erkennbaren Organisationsstrukturen niederschlagen und es sich im Gegensatz dazu bei sonstigen Beschränkungen der Bewegungsfreiheit um individuell personenbezogene Beschränkungen handelt, die auf andere Weise realisiert werden.⁶ Sobald ein Patient Bewegungseinschränkungen unterliegt, ist er iSd UbG untergebracht und zwar unabhängig davon, ob er sich in einem geschlossenen Bereich befindet oder nicht⁷ und auch unabhängig davon, ob sich der Kranke dieser Beschränkung der Bewegungsfreiheit bewusst ist.⁸ Lediglich im Falle eines überhaupt fehlenden Bewusstseins, d.h. wenn der Patient bewusstlos ist, kommt eine Bewegungseinschränkung begrifflich nicht in Frage.⁹ Maßgeblich für eine Bewegungseinschränkung ist, dass es einer Person unmöglich gemacht wird, ihren Aufenthalt nach ihrem freien Willen zu verändern.¹⁰ Vom Gesetzgeber wird aber keine besondere Erheblichkeitsschwelle für die Dauer und das Ausmaß der Beschränkung vorgesehen.¹¹ Es ist für die Qualifikation als Unterbringung auch nicht maßgeblich, ob die Beschränkung durch physische Zwangsmaßnahmen oder durch pharmakologische Beeinflussung erfolgt.¹²

Die Bestimmungen des UbG, vor allem jene über die Behandlung (§§ 35 bis 37 UbG), sind auf untergebrachte Kranke weiter anzuwenden, wenn sie sich wegen eines anderen Leidens vorübergehend, ohne dass die Unterbringung aufgehoben wurde, auf nichtpsychiatrischen Abteilungen befinden.¹³

⁶ vgl. EFSlg 97.430, OGH 5 Ob 571/93

⁷ vgl. EFSlg 101.273, OGH 6 Ob 198/02 i

⁸ vgl. EFSlg 101.274, OGH 6 Ob 198/02 i

⁹ vgl. RS0075852 (OGH 4 Ob 534/94, OGH 6 Ob 559/94, OGH 6 Ob 198/02 i)

¹⁰ vgl. EFSlg 101.276, OGH 6 Ob 198/02 i

¹¹ vgl. EFSlg 101.275, OGH 6 Ob 198/02 i

¹² vgl. RdM 1997/20 (OGH 7 Ob 2423/96s)

¹³ vgl. Hopf/Aigner, Unterbringungsgesetz § 2 Anm 4; Feil, Sachwalterrecht und Unterbringungsgesetz: Kurzkommentar für die Praxis² (1997) § 2 Z 1, Thanner/Vogl, Unterbringungsgesetz, UbG (2006) 42

3. Voraussetzungen der Unterbringung § 3 UbG

§ 3

In einer Anstalt darf nur untergebracht werden, wer

1. an einer psychischen Krankheit leidet und im Zusammenhang damit sein Leben oder seine Gesundheit oder das Leben oder die Gesundheit anderer ernstlich und erheblich gefährdet und
2. nicht in anderer Weise, insbesondere außerhalb einer Anstalt, ausreichend ärztlich behandelt oder betreut werden kann.

Die Unterbringungsvoraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, dies sowohl bei der Unterbringung auf als auch ohne Verlangen.¹⁴ Für eine „freiwillige“ Anhaltung oder Betreuung eines Patienten in einem geschlossenen Bereich einer Anstalt oder Abteilung ohne Unterbringung iSd § 2 UbG biete das Gesetz keine Handhabe.¹⁵ Die Voraussetzungen müssen während der gesamten Unterbringung erfüllt sein. Fällt auch nur eine Unterbringungsvoraussetzung des § 3 UbG weg, so ist die Unterbringung gemäß § 32 UbG aufzuheben.¹⁶ An dieser Stelle ist noch anzufügen, dass nach der Rspr des OGH im Unterbringungsverfahren nicht nur die materiellen, sondern auch die Erfüllung der formellen Voraussetzungen (bspw. Anschluss der ärztlichen Zeugnisse gemäß § 10 Abs 2 UbG) der Unterbringung zu prüfen sind. Diese Ansicht sei nicht nur aus verfassungsrechtlichen Überlegungen notwendig und richtig, sondern biete ebenfalls die Möglichkeit, dass die Missachtung von Verfahrensvorschriften in Bezug auf die Unterbringung nicht ohne Konsequenzen bleibe.¹⁷ Die Haftpflicht bestehe auch bei bloßen Verfahrensfehlern trotz Erfüllung der materiellen Unterbringungsvoraussetzungen. Bei der Unterbringung handle es sich nämlich um einen Freiheitsentzug, bei dem der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens unzulässig sei.¹⁸

2.1. Die psychische Krankheit

Die Frage, welche Zustandsbilder vom Begriff der psychischen Krankheit iSd § 3 UbG umfasst sind, ist zunächst keine medizinische, sondern eine juristische Auslegungsfrage, da es sich bei diesem Begriff um einen selbständigen Rechtsbegriff handelt. Eine unreflektierte Übernahme medizinischer Krankheitsbegriffe ist mit Hinweis auf unterschiedliche Funktionen, Zielsetzungen und systematische Bezüge rechtlicher und medizinischer

¹⁴ vgl. OGH 1 Ob 599/92

¹⁵ vgl. OGH 1 Ob 599/92

¹⁶ vgl. Kopetzki, Grundriss² Rz 74

¹⁷ vgl. Kopetzki, UbG II 627

¹⁸ vgl. EFSlg 97.424, OGH 1 Ob 251/00 v

Krankheitsbegriffe sowie abweichender Erkenntnisinteressen in der Medizin unzulässig. So ist im rechtlichen Sinn für das Vorliegen einer psychischen Krankheit das Auftreten der entsprechenden Symptome entscheidend. Deshalb sind auch Patienten, die an einer schubweisen Erkrankung leiden, im freien Intervall im Rechtssinn nicht „psychisch krank“, weil sich ihre Erkrankung aktuell nicht manifestiert.¹⁹ Dennoch besteht kein Zweifel daran, dass als Ausgangspunkt für die Auslegung des rechtlichen Krankheitsbegriffes ein Rückgriff auf das medizinische Krankheitsverständnis notwendig ist.²⁰

Nach der Rspr des OGH darf in einer Anstalt nur untergebracht werden, wer an einer psychischen Krankheit leidet. Eine analoge Anwendung des § 3 UbG auf andere Krankheiten ist ausgeschlossen.²¹ Auch psychische Störungen, die einer psychischen Krankheit gleichkommen, können eine Unterbringung dem OGH zu Folge nicht rechtfertigen.²² Somit dürfen nach dem UbG keine Personen in geschlossenen Bereichen von Krankenanstalten untergebracht werden, die zwar erheblich gefährdet sind, aber nicht an einer psychischen Krankheit leiden.²³

Nach *Kopetzki* liegt der genuin rechtliche Sinn des unterbringungsrechtlichen Krankheitsbegriffes in der Beeinträchtigung der Fähigkeit des Betroffenen zu autonomer Selbstbestimmung. Er zielt auf eine Beeinträchtigung des Sich-Verhalten-Könnens und der Fähigkeit zur Selbstbestimmung, also auf die Annahme eines krankheitsbedingten Verlustes von Handlungsfreiheit als Grund für die Anknüpfung besonderer rechtlicher Folgen.²⁴

Nach *Kopetzki* gehören körperlich begründbare Psychosen – also jene seelischen Störungen, die durch organische Veränderungen des Gehirns verursacht sind – zu den psychischen Krankheiten iSd UbG.²⁵ Ebenfalls unter den Begriff der psychischen Krankheit subsumiert werden können die endogenen Psychosen, worunter im medizinisch-psychiatrischen Sprachgebrauch herkömmlicherweise die Schizophrenien und die manisch-

¹⁹ vgl. *Kopetzki*, Grundriss² Rz 78

²⁰ vgl. *Hopf/Aigner*, Unterbringungsgesetz § 3 Anm 4

²¹ RS0075937 (vgl. OGH 8 Ob 578/91; OGH 4 Ob 2160/96 t)

²² vgl. OGH 6 Ob 546/95

²³ RS0075930 (OGH 7 Ob 586/91; OGH 4 Ob 541/91; OGH 4 Ob 542/91; OGH 8 Ob 593/91; OGH 7 Ob 550/92; OGH 8 Ob 562/92)

²⁴ vgl. *Kopetzki*, Grundriss² Rz 79

²⁵ vgl. *Kopetzki*, Grundriss² Rz 84

depressiven (affektiven) Psychosen zusammengefasst werden.²⁶ Neurosen und Psychosen stellen keine Krankheiten im medizinischen Sinne dar und können demnach nicht unter den Krankheitsbegriff des § 3 UbG subsumiert werden.²⁷ Es stellt sich hier jedoch die Frage, ob eine derart enge Auslegung noch wünschenswert ist, wenn diese Phänomene einen Krankheitswert erreichen, der einer psychischen Krankheit iSd UbG gleich kommt und die Betroffenen in Zusammenhang mit diesen Symptomen sich selbst oder andere gefährden. Diese Diskussion ist allerdings unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien zu führen, in denen eine gleichwertige psychische Störung neben der psychischen Krankheit als Unterbringungsvoraussetzung in der Reformdiskussion als eine – den allgemeinen Zielen des Reformvorhabens widerstreitende – Erweiterung der Aufnahmevoraussetzungen kritisiert und abgelehnt wurde.

Nach der Rspr des OGH kann aus der zeitgleich mit Inkrafttreten des UbG erfolgten Novellierung des § 37 Abs 1 KAG – in dem die bisherige Wortfolge „Geistesranke, Geistesschwache und Suchtkranke“ durch die bloße Nennung „psychisch Kranker“ ersetzt wurde – die eindeutige Absicht des Gesetzgebers abgeleitet werden, dass Geistesranke, Geistesschwache und Suchtkranke ohne Symptome einer psychischen Krankheit die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des § 3 UbG nicht erfüllen.²⁸ Demnach sind unabhängig von der medizinischen Begriffsbildung weder Alkohol-, Drogen- oder Suchtgiftmissbrauch noch Alkohol- oder Suchtgiftabhängigkeit psychische Krankheiten iSd UbG.²⁹ Im Übrigen wäre dies auch eine unzulässige Erweiterung der im Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG normierten Gründe einer zulässigen Freiheitsbeschränkung.

Das Problem der engen Unterbringungsvoraussetzungen

Viele Gesprächspartner führen es als großes Manko an, dass der Gesetzgeber die existentielle Bedrohung, die durch einzelne psychische Krankheiten entstehen könne und nicht nur den Patienten, sondern auch die Angehörigen betreffe, als Unterbringungsvoraussetzung außer Acht gelassen habe. Es wird dabei nicht berücksichtigt, dass eine Behandlung nicht

²⁶ vgl. Kopetzki, Grundriss² Rz 85

²⁷ vgl. Haiderer, Das Unterbringungsrecht 42; Vgl. Kopetzki, Unterbringungsrecht II, 492 – 493; vgl. Kopetzki, Grundriss² Rz 88; Vgl. Gaisbauer, Rechtsfragen zum neuen Unterbringungsrecht RZ (1993) 112 ff

²⁸ RS0075908 (vgl. OGH 4 Ob 541/91; OGH 4 Ob 542/91; OGH 8 Ob 593/91; OGH 10 Ob 337/99 b u.a.)

²⁹ vgl. Kopetzki, Grundriss² Rz 89

nur im Interesse der Allgemeinheit, sondern auch im Interesse der Patienten liege. Die Gefahr einer Chronifizierung bestünde auch bei psychischen Krankheiten. Jeder Rückfall verschlechtere das Krankheitsbild und führe gleichzeitig zu einer schlechteren Prognose. Damit einher gehe auch die schleichende Kriminalisierung, welche sich in einer steigenden Zahl von Personen im Maßnahmenvollzug manifestiere. Keineswegs hänge das aber mit einer steigenden Kriminalität psychisch Kranker zusammen, sondern vielmehr mit den engen Unterbringungsvoraussetzungen und der damit einhergehenden fehlenden Behandlungsmöglichkeit. Nur das „Strafrecht“ sehe eine längere Unterbringung vor.³⁰ Seit Inkrafttreten des UbG lässt sich laut *Medigovic* ein deutlicher Anstieg der forensischen Zahlen feststellen. Von zwei Ausnahmen zu Beginn des Beobachtungszeitraumes abgesehen, betrug die Zahl der Einweisungen in Österreich bis zum Jahr 1991 stets unter 30 pro Jahr. Mit Inkrafttreten des UbG konnte ein deutlicher Sprung von 28 auf 37 verzeichnet werden. Seither würden die Zahlen stetig ansteigen:³¹ 1995 wären 176 Maßnahmepatienten registriert worden, 2000 256 und am 1.1.2005 bereits 315, was einer Steigerung von 188 % seit den 1980er Jahren (1981 – 1990) entspreche.³²

2.2. Die ernstliche und erhebliche Gefährdung

„Da nicht jede psychische Krankheit regelmäßig zu einer Gefährdung des Kranken oder seiner Umwelt iSd § 3 Z 1 UbG führt, kommt es auf den im Einzelfall gegebenen Zusammenhang zwischen Erkrankung und der dadurch verursachten Gefahr an.“³³

Die Gefährdung von Gesundheit oder Leben kann nur bejaht werden, wenn der Schadenseintritt aufgrund objektiver und konkreter Anhaltspunkte wahrscheinlich ist. Unter ernstlicher Gefährdung werde die hohe Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts verstanden,³⁴ wobei die bloß vage Möglichkeit einer Selbst- oder Fremdschädigung nicht ausreichend ist.³⁵ Von der Erheblichkeit einer Gefährdung ist dann auszugehen, wenn gesundheitliche Nachteile im Ausmaß einer schweren Körperverletzung

³⁰ vgl. Wehinger, Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsrechts. Eine rechtsdogmatische, rechtstatsächliche und rechtspolitische Untersuchung (2007) 246

³¹ vgl. Medigovic, JBl 2001, 482 ff

³² vgl. Schanda/Stompe/Ortwein-Swoboda, Psychisch Kranke zwischen Psychiatriereform und Justiz: Die Zukunft des österreichischen Maßnahmenvollzugs nach § 21/1 StGB, in: Neuropsychiatrie, Band 20, Nr. 1/2006, 42

³³ EFSlg 97.476, OGH 7 Ob 610/91, OGH 4 Ob 513/93, OGH 2 Ob 573/93

³⁴ vgl. EFSlg 105.066, Salzburg 21 R 249/03 v, LGZ Wien 42 R 628/03 v

³⁵ vgl. EFSlg 97.481, OGH 7 Ob 610/91, OGH 2 Ob 542/92

zu befürchten sind.³⁶ Die Schutzgüter sind – wie sich aus § 3 Z 1 UbG ergibt – Leben und Gesundheit. Eine Gefährdung anderer Rechtsgüter, insb. von Sach- und Vermögenswerten oder der öffentlichen Ordnung, reiche daher als Unterbringungs Voraussetzung nicht aus.³⁷ Der Vollständigkeit halber ist aber festzuhalten, dass die Bestimmungen des UbG nach der Rspr des OGH nichts desto trotz die Vermeidung prognostizierbarer Sachschäden, die Dritten in unlösbaren Konnex mit Gefahren iSd UbG drohen, bezwecken.³⁸

Eine Gesundheitsgefährdung kann sowohl durch aktives Verhalten als auch durch ein Unterlassen, wie z.B. durch den Wegfall der Medikamenteneinnahme, verwirklicht werden.³⁹ Diesbezüglich ist zu erwähnen, dass die Gefährdung von Gesundheit oder Leben nicht nur dann zutrifft, wenn sich diese bereits realisiert hat, sondern auch dann, wenn nach der Lebenserfahrung zu schließen ist, dass krankheitsbedingte Verhaltensweisen zu schweren Gesundheitsschäden führen.⁴⁰ Nach der Rspr des OGH kann eine bloße Behandlungsbedürftigkeit nur dann einen Unterbringungsgrund darstellen, wenn das Unterbleiben einer Behandlung zu einer besonders schweren und ernstlichen Gefährdung der Gesundheit führt. Wie bereits erwähnt, muss der Schadenseintritt aufgrund objektiver und konkreter Anhaltspunkte wahrscheinlich sein. Die Gefahr, die sich aus dem infolge des krankheitsbedingten Verhaltens des Patienten befürchteten Verlust eines sozialen Umfeldes ergeben könnte – wie z.B. den Verlust des Heimplatzes in einem Pensionistenheim bei Unterbleiben einer Heilbehandlung im Rahmen einer Unterbringung – lässt sich als bloß indirekte Folge der Krankheit nicht unter den Gefährdungsbegriff des § 3 Z 1 UbG subsumieren. Eine Verwahrlosungsgefahr im hygienischen Sinn rechtfertigt eine Unterbringung ebenso wenig wie Belästigungen oder unruhiges, unsinniges, asoziales sowie störendes Verhalten.⁴¹ Insgesamt gesehen habe der Gesetzgeber die Vernachlässigung therapeutischer Interessen zugunsten des Freiheitsanspruches in Kauf genommen. Man sei sich bewusst, dass viele Kranke, die weder sich noch andere gefährden, dringend eine angemessene Behandlung benötigen. Diesen Bedürfnissen sei aber ohne Eingriff in die Rechte der Betroffenen Rechnung zu tragen. Auch im Ple-

³⁶ vgl. EFSlg 105.069, LG Salzburg 21 R 249/03 v

³⁷ vgl. Kopetzki, Grundriss² Rz 97

³⁸ vgl. OGH 1 Ob 247/98 z

³⁹ vgl. OGH 7 Ob 610/91

⁴⁰ vgl. OGH 4 Ob 513/93

⁴¹ RS0075892 (Vgl. OGH 2 Ob 573/93; OGH 3 Ob 538/93; OGH 7 Ob 173/03 x, OGH 8 Ob 04/03 m), Vgl. Kopetzki, Grundriss² Rz 99 - 100

num sei nicht übersehen worden, dass der eine oder andere nicht so schnell eingewiesen werde und vielleicht auch nicht so schnell dann einer Behandlung zugeführt werde. Dennoch sei eine „fürsorgliche“ Ausdehnung der Zwangsmöglichkeiten vom Gesetzgeber abgelehnt worden. Als Begründung wurde angeführt, dass man nicht etwa weltfremd gewesen sei, sondern alle davon überzeugt gewesen wären, dass ein Pendelschlag in die andere Richtung notwendig sei.⁴²

Das Problem der Divergenz von höchstrichterlicher Rspr und Praxis

Die Gefährdung muss nach der Rspr unmittelbar bevorstehen und es muss ein hohes Maß an die Wahrscheinlichkeit für den Schadenseintritt vorliegen. Die Fremdgefährdung ist aber nur sehr schwer einschätzbar. Es ist fraglich, ob und wann rein verbale Aggressionen nicht irgendwann doch in Tötlichkeiten umschlagen. Durch die strenge Auslegung des OGH wären Richter daher aus diesen Überlegungen oft in der misslichen Lage Entscheidungen zu treffen bzw. treffen zu müssen, die mit der Rspr nicht exakt übereinstimmen würden.⁴³

Eine Kluft sehen die Richter jedenfalls in den Anforderungen des OGH einerseits und der Realität im Pflegealltag andererseits. Den Anforderungen des OGH, möglichst schonend mit den Patienten und restriktiv mit Eingriffen in die Freiheit umzugehen, stehe zu wenig Personal gegenüber.⁴⁴ Es steht außer Frage, dass in etlichen Fällen durch dichtere pflegerische Betreuung beschränkende Maßnahmen oder Unterbringungen überhaupt unnötig wären. Die dichtere Betreuung wäre also in rechtlicher Hinsicht eine Alternative zu Unterbringung und/oder Beschränkung, womit ein Problem der Pflege und ärztlichen Behandlung zu einem Rechtsproblem wird.⁴⁵

2.3. Die Alternativen „außerhalb“ einer Anstalt

Die Gefährdung iSd § 3 UbG stellt nur dann einen Unterbringungsgrund dar, wenn keine ausreichenden ärztlichen Behandlungs- oder Betreuungsalternativen bestehen.⁴⁶

In der gemäß § 8 UbG zu erstellenden Bescheinigung ist zu erörtern, ob

⁴² Kopetzki, Grundriss² Rz 106

⁴³ vgl. Wehinger, Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsrechts (2007) 247

⁴⁴ vgl. Wehinger, Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsrechts (2007) 248

⁴⁵ vgl. Wehinger, Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsrechts (2007) 262

⁴⁶ vgl. EFSlg 97.503, OGH 4 Ob 513/93

Alternativen zur Unterbringung bestehen und wenn ja, welche.⁴⁷ Das Wort „ausreichend“ ist nach der Rspr ein Ausdruck dafür, dass die vom Kranken ausgehende Gefahr für sich oder andere nicht anders als durch eine Unterbringung abgewendet werden kann.⁴⁸ Die Unterbringung ist unzulässig, wenn eine Alternative möglich ist, welche schonender für den Patienten ist.⁴⁹ Als solche gegenüber der Unterbringung gelindere Alternativen sind die Betreuung im offenen Bereich bzw. die Behandlung ohne sonstige Beschränkungen zu nennen (Versorgung durch ambulante psychosoziale Dienste, niedergelassene Fachärzte für Psychiatrie etc).⁵⁰ Nach der ständigen Rspr ist eine Alternative aber nur dann ausreichend, wenn sie auch tatsächlich zur Verfügung steht.⁵¹ Und hier ist meines Erachtens eine große Schwachstelle des UbG vorhanden. Es kann nicht angehen, dass aufgrund der Untätigkeit des Bundes bzw. der Länder und der damit oft einhergehenden fehlenden Möglichkeit eines gelinderen Mittels zur Gefahrenabwehr, das Subsidiaritätsgebot ins Leere geht. Fehlende Ressourcen mögen zwar nach der Rspr kein ausreichender Grund für eine Unterbringung sein, doch ist das Fehlen der Betreuungskapazitäten oder überhaupt der notwendigen Bettenanzahl im offenen Bereich und der deshalb vorübergehend aufrechterhaltenen oder ausgesprochenen Unterbringung traurige Anstaltswirklichkeit.

Das Problem der fehlenden Ressourcen

Behandlungen erfolgen oft aus Platzmangel nur in Akutsituationen. „Bei den heute äußerst knappen strukturellen Ressourcen im stationären Behandlungssetting ist es kaum mehr möglich, Patienten in einer ‚Versorgungsabteilung‘ – auch wenn gewünscht – für einen längeren Zeitraum zu behandeln“, berichten Ärzte und Sozialarbeiter.⁵² Andererseits kommt es in der Praxis auch vor, dass die Unterbringung bei einer fehlenden Alternative⁵³ aufrecht erhalten bleibt, auch wenn die akute Selbst- und/oder Fremdgefährdung nicht mehr im erforderlichen Ausmaß bejaht werden kann.⁵⁴ Nach Einschätzung einiger Unterbringungsrichter wären viele Un-

⁴⁷ OGH 1 Ob 251/00 v

⁴⁸ EFSlg 97.502, OGH 4 Ob 513/93, OGH 3 Ob 538/94

⁴⁹ vgl. EFSlg 97.502, OGH 4 Ob 513/93, OGH 3 ob 538/94

⁵⁰ vgl. EFSlg 97.505, LG Salzburg 21 R 25/00 y

⁵¹ vgl. Kopetzki, Grundriss² Rz 128 ff

⁵² vgl. Wehinger, Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsrechts (2007) 260

⁵³ Die Angehörigen sind nicht bereit, den dementkranken Patienten wieder aufzunehmen, ein Pflegeplatz konnte aber noch nicht organisiert werden. Auf der offenen Station ist im Moment kein Bett frei.

⁵⁴ vgl. Wehinger, Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsrechts (2007) 263

terbringungen unzulässig, wenn subsidiäre Möglichkeiten bestehen würden. Derartige Möglichkeiten wären leider dünn gesät, weil man es bei der Öffnung der Psychiatrie verabsäumt habe, ein dichtes Netz an derartigen Einrichtungen zu schaffen.⁵⁵

4. Das Unterbringungsverfahren

Es gibt nach den Bestimmungen des UbG zwei Arten der Unterbringung: die Unterbringung auf Verlangen und die Unterbringung ohne bzw. gegen den Willen des Betroffenen.

4.1. Die Unterbringung auf Verlangen §§ 4 – 7 UbG

Bei dieser Form der Unterbringung kann eine Person, bei der die Voraussetzungen einer Unterbringung iSd § 3 UbG vorliegen, eine Unterbringung verlangen, sofern sie den Grund und die Bedeutung dieser einzusehen und ihren Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen vermag. Es gibt besondere formelle Voraussetzungen, welche bei einem entsprechenden Verlangen erfüllt sein müssen. So muss das Verlangen schriftlich in Gegenwart des Abteilungsleiters oder seines Vertreters sowie eines weiteren Facharztes gestellt werden. In § 4 Abs 3 UbG wird normiert, dass das Verlangen jederzeit, auch schlüssig widerrufen werden kann, worauf der Betroffene bei der Aufnahme hinzuweisen ist.

Auch Personen, denen ein Sachwalter bestellt ist, können ein entsprechendes Verlangen stellen. Sobald eine entsprechende Willenserklärung vom Wirkungskreis des Sachwalters umfasst wird, hat er aber der Unterbringung auf Verlangen zuzustimmen. Dasselbe gilt für Minderjährige – hier müssen die Erziehungsberechtigten bzw. gesetzlichen Vertreter einer Unterbringung auf Verlangen zustimmen. Wenn der Minderjährige bereits mündig ist, auch dieser (§ 5 UbG). Die betreffende Person muss im Anschluss daran vom Abteilungsleiter und einem weiteren Facharzt untersucht werden, wobei eine Aufnahme nur nach übereinstimmenden, unabhängig voneinander erstellten ärztlichen Zeugnissen über das Vorliegen der Unterbringungsvoraussetzungen sowie die Einsichts- und Urteilsfähigkeit aufgenommen werden darf.

Die Rechtstellung des „auf Verlangen“ Untergebrachten unterscheidet sich von jener des „ohne Verlangen“ Untergebrachten nur darin, dass kein gerichtliches Verfahren durchzuführen ist und der Patientenanwalt nicht ex lege zum Vertreter des Untergebrachten wird. Auf den Vollzug der Un-

⁵⁵ vgl. Wehinger, Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsrechts (2007) 284

terbringung auf Verlangen finden hingegen dieselben Regelungen – einschließlich der Zwangsbefugnisse der Anstalt und der gerichtlichen Kontrollzuständigkeiten bei Beschränkungen und Behandlungen (§§ 33 ff UbG) – Anwendung. Nur die Gesamtdauer der Unterbringung auf Verlangen ist zeitlich auf höchstens zehn Wochen beschränkt.⁵⁶

Problem der Unterbringung auf Verlangen in der Praxis

Die Unterbringung auf Verlangen kommt in der Praxis nach Ansicht einiger Gesprächspartner kaum vor, weil derartige Hürden an sie gestellt würden, dass die Durchführung kaum möglich sei. Hinzukommt, dass sie jederzeit widerrufen werden kann, was in einem psychotischen Zustand sehr wahrscheinlich sei.

Als weiteres Problem neben den formellen Hürden wird es angesehen, dass eine Unterbringung ohne Verlangen nicht in eine solche auf Verlangen umgewandelt werden kann, was für die Patienten einen enormen Nachteil darstelle. Es gebe auch bei anfänglich gegen ihren Willen untergebrachten Patienten solche, die – obwohl die Voraussetzungen für einen Aufenthalt im geschlossenen Bereich streng genommen nicht mehr vorliegen würden – geschlossen bleiben wollten.

Insgesamt treten viele Gesprächspartner bei vorliegender Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Patienten für eine Lockerung der Unterbringungsvoraussetzungen ein. Meistens würde es sich um Patienten handeln, die stundenweise aus dem geschlossenen Bereich gehen, sich aber auf der offenen Station mit dem ganzen Wirbel nicht wohl fühlen würden. In diesem Zusammenhang sei die Selbstbestimmung und die Vorsehung einer „Zwischenstufe“ ratsam, die sich nach dem jetzigen Gesetzestext nur aufgrund der wohlwollenden Auslegung der Rechtsanwender verwirklichen ließe.⁵⁷

4. 2. Die Unterbringung ohne Verlangen §§ 8 – 32 UbG

4. 2. 1. Die Verbringung in die Anstalt

Gemäß § 8 UbG darf eine Person gegen oder ohne Willen nur dann in eine Anstalt gebracht werden, wenn sämtliche Unterbringungsvoraussetzungen vorliegen. Üblicherweise muss der Betroffene von einem im öffentlichen Sanitätsdienst stehenden Arzt oder einem Polizeiarzt untersucht werden, welcher eine Bescheinigung über die Unterbringungsvorausset-

⁵⁶ vgl. Kopetzki, Grundriss² Rz 225

⁵⁷ vgl. Wehinger, Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsrechts (2007) 337 ff

zungen und die Gründe für deren Vorliegen auszustellen hat. Diese muss auch beinhalten, dass der an einer psychischen Krankheit Leidende nicht in anderer Weise, insb. außerhalb einer Anstalt, ausreichend ärztlich behandelt oder betreut werden kann.⁵⁸ Zu beachten ist hierbei, dass ein bloßes Ankreuzen formularhafter Bescheinigungen dem Begründungserfordernis des § 8 UbG nicht gerecht wird.⁵⁹ Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind gemäß § 9 Abs 1 UbG berechtigt und verpflichtet, den Betroffenen zur Untersuchung zum Arzt zu bringen oder diesen beizuziehen. Nach der positiven Bescheinigung haben sie die betroffene Person in eine Anstalt zu bringen oder dies zu veranlassen. Die Bescheinigung stellt lediglich die Voraussetzung für die Überstellung gegen oder ohne den Willen des Betroffenen dar, entfaltet aber keine Bindung für die Fachärzte der Anstalt, welche ihrerseits die Unterbringungsvoraussetzungen zu beurteilen haben.

Bei Gefahr im Verzug besteht die Möglichkeit seitens der Sicherheitsbehörden, den Betroffenen ohne Untersuchung und entsprechender Bescheinigung in eine Anstalt zu bringen. Da es sich hier um eine Ausnahmebestimmung handelt, ist diese Bestimmung eng auszulegen und in diesem Sinn eine entsprechende Vorgangsweise nur zulässig sein, wenn die Selbst- oder Fremdgefährdung ausschließlich durch eine sofortige Überstellung hintangehalten werden kann.⁶⁰

An dieser Stelle ist festzuhalten, dass gegen vermeintlich ungerechtfertigte oder überschießende Maßnahmen im Zuge der Verbringung eines Betroffenen in die Krankenanstalt Maßnahmenbeschwerde an den UVS ergriffen werden kann.⁶¹

Das Problem „Hürde Unterbringung“ in der Praxis

Im Regelfall werden die Sicherheitsbehörden zunächst von den Angehörigen verständigt, die eine erste Beurteilung über das Vorliegen der Unterbringungsvoraussetzungen vornehmen. Ärzte berichten davon, sehr oft von Angehörigen und auch Patienten selbst zu hören, dass die Polizei zwar öfters da war, das eine oder andere bereits veranlasst wurde und es trotz alledem nicht zu einer Einweisung gekommen ist. Und dies obwohl

⁵⁸ vgl. EFSlg 97.511, OGH 1 Ob 251/00 v

⁵⁹ vgl. IndRME 2002/562, 2 (Entscheidungsbesprechung OGH 9 Ob 3/02 k)

⁶⁰ vgl. Thanner/Vogl, UbG (2006) 68

⁶¹ vgl. Thanner/Vogl, UbG (2006) 81

aus Sicht der Angehörigen eine solche dringend notwendig gewesen wäre. Die Polizei verneine teilweise das Vorliegen der Unterbringungs Voraussetzungen ohne einen Amtsarzt hinzuziehen. Verschärfend hinzutritt, dass die Amtsärzte während den Nachtstunden und am Wochenende oftmals nicht erreichbar sind. Angehörige würden in der Folge häufig von der Polizei die Antwort erhalten, man könne erst aktiv werden, wenn etwas passiere. Die Folge davon sei natürlich, dass etliche dieser Patienten, die dann nicht rechtzeitig untergebracht werden, unter Umständen in der Schiene des Maßnahmenvollzugs landen würden.⁶²

Problematisch ist der Vorarlberger Patientenanwaltschaft zu Folge die Möglichkeit der Amtsärzte, Patienten durch die Polizei vorführen zu lassen bzw. die Praxis, den Betroffenen auf die Wachstube zu verbringen und dort auf das Eintreffen des Amtsarztes zu warten. Dies entspreche nicht dem Grundsatz, schonend mit dem Patienten umzugehen. Meines Erachtens ist hierfür auch der Grund zu sehen, warum die Standardprozedur⁶³ (Zuweisung aufgrund einer amtsärztlichen Bescheinigung) und die sog. Notfallprozedur⁶⁴ (direkte Vorführung durch die Sicherheitsbehörden bei Gefahr im Verzug) im Vergleich zu den informellen Verbringungen⁶⁵ einen verschwindend geringen Anteil ausmachen. Nach Einschätzung der befragten Personen (insb. Patientenanwälte, Psychologen, Angehörige) erleben Patienten und ihr soziales Umfeld diese Form der Verbringung als Form von Gewalt, Stigmatisierung und Diskriminierung.⁶⁶

4. 2. 2. Die Unterbringung in der Anstalt

In der Krankenanstalt ist der Betroffene unverzüglich von einem Abteilungsleiter und einem weiteren Facharzt zu untersuchen, wobei er nur aufgenommen werden darf, wenn nach übereinstimmenden, unabhängig voneinander erstellten fachärztlichen Zeugnissen die Voraussetzungen der Unterbringung vorliegen. In diesem Zusammenhang ist aber festzuhalten, dass eine Person als aufgenommen gilt, sobald das Anstaltspersonal die Bewegungsfreiheit derselben einschränkt. Nach der Rspr des OGH gelte das unabhängig von der unverzüglich erforderlichen Erstellung ärztlicher Zeugnisse gemäß § 10 Abs 1 UbG auch dann, wenn die Ausstellung sol-

⁶² vgl. Wehinger, Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsrechts (2007) 238

⁶³ 2005: 31 %

⁶⁴ 2005: 5 %

⁶⁵ 2005: 63 %

⁶⁶ vgl. Wehinger, Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsrechts (2007) 238-240

cher Zeugnisse als Voraussetzung eines rechtmäßigen Aufnahmevorgangs in der Folge unterbleiben sollte.⁶⁷ Diese Auslegung gewährleiste, dass der Gesetzeszweck, die Unterbringung in allen Phasen gerichtlicher Kontrolle zu unterwerfen und rechtswidrige Unterbringungen aufzuheben, erreicht werden könne.⁶⁸ Dieser Rspr zu Folge darf das Anstaltspersonal die Durchführung der Aufnahmeuntersuchung auch erzwingen⁶⁹, da ansonsten die Bestimmungen über die Unterbringung unvollziehbar wären.⁷⁰

Der Abteilungsleiter hat den Kranken ehestens über die Gründe der Unterbringung zu unterrichten und unverzüglich den Patientenanwalt, das Gericht unter Anschluss der beiden ärztlichen Zeugnisse und, wenn der Kranke nicht widerspricht, einen Angehörigen sowie auf Verlangen desselben auch dessen Rechtsbeistand von der Unterbringung zu verständigen (§ 10 UbG). Der Patientenanwalt wird mit der Aufnahme eines ohne Verlangen untergebrachten Patienten kraft Gesetzes dessen Vertreter für die Wahrnehmung der Rechte des Betroffenen (§ 14 UbG). Ein wichtiger Grundsatz im Unterbringungsrecht ist es, dass der Kranke grundsätzlich weiterhin selbst prozessual handeln kann, da seine Prozessfähigkeit durch die Vertretungsbefugnis des Patientenanwaltes nicht berührt wird.⁷¹ Der Kranke bleibt im Übrigen gemäß § 16 UbG in der Lage, selbst einen Vertreter zu wählen. Diesbezüglich bezieht sich die Selbstbestimmung allerdings nur auf die Möglichkeit, den Patientenanwalt durch einen (und auch nicht jeden beliebigen) Vertreter zu ersetzen, nicht jedoch darauf, überhaupt keinen Vertreter zu haben.⁷²

Die Regelung des Verfahrens zur Aufnahme sollte eine Fehlbeurteilung der Aufnahmevoraussetzungen und damit eine ungerechtfertigte Aufnahme nach Möglichkeit vermeiden.⁷³

In § 11 UbG wird die sinngemäße Anwendung des § 10 UbG normiert: Wenn bei einem sonst in die Anstalt aufgenommenen, nicht untergebrachten, Patienten Grund für die Annahme besteht, dass die Voraussetzungen für eine Unterbringung vorliegen, ein auf Verlangen Untergebrachter das Verlangen widerruft oder nach der höchstzulässigen Frist von zehn Wochen die Unterbringungsbedingungen immer noch vorliegen.

⁶⁷ vgl. Thanner/Vogl, UbG (2006) 81; OGH 4 Ob 17/98 y, OGH 1 Ob 247/98 z

⁶⁸ vgl. OGH 1 Ob 247/98 z

⁶⁹ vgl. OGH 1 Ob 247/98 z, Kopetzki, Grundriss² Rz 205

⁷⁰ vgl. Thanner/Vogl, (2006) UbG 81

⁷¹ vgl. Kopetzki, Grundriss² Rz 475

⁷² vgl. Haiderer, Das Unterbringungsrecht 142

⁷³ vgl. Thanner/Vogl, UbG (2006) 81; OGH 4 Ob 192/98 h

Das Problem der fachärztlichen Zeugnisse in der Praxis

In diesem Zusammenhang tritt die Veränderung der psychiatrischen Versorgung mit der Dezentralisierung deutlich zutage. In vielen kleineren Krankenanstalten ist aufgrund der personellen Ressourcen nur mehr eine Rufbereitschaft eingerichtet. Die Beurteilung der Unterbringungs Voraussetzungen kann nach einer medikamentösen Behandlung von dem später eintreffenden zweiten Facharzt aber nur mehr anamnestisch beurteilt werden. Davon ausgehend, dass es untherapeutisch wäre, einen einschlafenden Patienten für die Untersuchung wieder aufzuwecken, kann und muss sich der zweite Arzt nur auf die Erzählungen und Beurteilungen verlassen (können).⁷⁴

Ein praktisches Problem, das es meines Erachtens ebenfalls zu bedenken gilt, ist die Problematik, dass man durch ein fachärztliches Zeugnis mitunter die Entscheidung eines – bereits erfahreneren – Kollegen „untergräbt“.

Es kommt in der Praxis auch manchmal vor, dass der eine Facharzt Bezug auf das andere Zeugnis nimmt, in dem er darauf verweist. Diese Vorgehensweise ist unzulässig und bedeutet meiner Meinung nach eine Verletzung formeller Vorschriften, welche wiederum einen Amtshaftungsanspruch auslösen könnte.

4. 2. 3. Das gerichtliche Verfahren

Innerhalb der ersten vier Tage hat sich das Gericht einen persönlichen Eindruck vom Kranken in der Krankenanstalt zu verschaffen und ihn über Grund und Zweck des Verfahrens zu unterrichten und hiezu zu hören (§ 19 Abs 1 UbG). Entgegen der Praxis in einigen Sprengeln kann die Viertagesfrist bei verfassungskonformer Auslegung auch an Sonn- und Feiertagen enden, weshalb – wenn nicht anders möglich – auch an diesen Tagen eine Anhörung durchzuführen ist.⁷⁵ Das Gericht hat nach der Einsicht in die Krankengeschichte, der Anhörung des Anstaltsleiters, des Patientenanwaltes, des Patienten, etwaigen Angehörigen oder bestellten Sachverständigen zu entscheiden, ob die Voraussetzungen der Unterbringung vorliegen. Gelangt es zu dem Ergebnis, dass dem so ist, so hat es die Unterbringung vorläufig – bis zur endgültigen Entscheidung – für zulässig zu erklären und eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, die spätestens innerhalb von 14 Tagen nach der Anhörung stattzufinden hat

⁷⁴ vgl. Wehinger, Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsrechts (2007) 353 - 354

⁷⁵ vgl. Kopetzki, Grundriss² Rz 334

(§ 20 Abs 1 UbG). Aufgrund des vorläufigen Charakters der Entscheidung kommt ausschließlich dem Abteilungsleiter im Falle einer Unzulässigerklärung ein Rekursrecht zu, nicht aber dem Patienten oder seinem Vertreter im Falle einer Zulässigerklärung. Ihre Beschwerde kann erst mit dem gegen die nächstfolgende anfechtbare Entscheidung möglichen Rechtsmittel geltend gemacht werden⁷⁶; außer der Patient wurde – ohne dass eine derartige Entscheidung ergangen ist – bereits vorher entlassen.⁷⁷ Im Falle einer Unzulässigerklärung hat der Abteilungsleiter die Unterbringung sogleich aufzuheben, es sei denn, seinem Rekurs wird seitens des Gerichtes die aufschiebende Wirkung zuerkannt (20 Abs 2 UbG).

Zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung hat das Gericht einen Sachverständigen zu bestellen, welcher den Kranken unverzüglich zu untersuchen und ein schriftliches Gutachten über das Vorliegen der Unterbringungsvoraussetzungen zu erstatten hat. Dieser hat sein Gutachten dem Gericht, dem Vertreter des Kranken sowie dem Abteilungsleiter rechtzeitig vor der mündlichen Verhandlung zu übermitteln. Dem Kranken ist das Gutachten gemäß § 22 Abs 3 UbG nur zu übermitteln, sofern dies seinem Wohl nicht abträglich ist. Da die Unterbringungsvoraussetzungen und die Krankheit in der Tagsatzung aber ohnehin erörtert werden müssen, wird das sog. therapeutische Privileg weitgehend relativiert. Eine entsprechende Ausnahmebestimmung für die Übermittlung der Ladung zur mündlichen Verhandlung an den Kranken fehlt aber (Vgl. § 22 Abs 2 UbG). In diesem Zusammenhang löst die Zustellung durch Unterschriftsleistung oft eine große Krise bei den Patienten aus und verstärkt das Gefühl, angeklagt zu werden.⁷⁸

Für das Unterbringungsverfahren selbst gelten der Untersuchungsgrundsatz und der Grundsatz der Amtswegigkeit, was bedeutet, dass das Gericht von Amts wegen alle Umstände zu untersuchen hat, die auf eine Entscheidung Einfluss haben.⁷⁹ Damit sind Tatsachen, die außerhalb des fachärztlichen Erfahrungswissens des Sachverständigen liegen, vom Gericht durch weitergehende Beweise festzustellen. Insb. die Ermittlung der Betreuungsalternativen werde selten in den Kompetenzbereich des Sachverständigen fallen, da die Frage, ob eine Pflegemöglichkeit- oder Bereitschaft der Familie gegeben ist, idR keine medizinische Frage ist, sondern einer anderweitigen Beweisaufnahme bedarf.⁸⁰ Für das Verfahren an sich

⁷⁶ vgl. EFSlg 105.088, LG Salzburg 21 R 314/03 b

⁷⁷ vgl. EFSlg 105.090, LG Salzburg 21 R 249/03 v

⁷⁸ vgl. Wehinger, Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsrechts (2007) 254

⁷⁹ vgl. Hopf/Aigner, Unterbringungsgesetz § 23 Anm 1

⁸⁰ vgl. Kopetzki, UbG II 674

gelten die Bestimmungen des AußStrG, wonach sich ergibt, dass die mündliche Verhandlung einschließlich der Verkündung der richterlichen Entscheidung öffentlich ist.

Gemäß § 38c Abs 2 KAKuG hat der Rechtsträger der Anstalt dem Gericht zur Durchführung der mündlichen Verhandlung geeignete Räumlichkeiten zur Verfügung zu stellen. Kriterien sind etwa, ob der Raum ausreichend Platz für die Öffentlichkeit der Verhandlung bietet oder eine räumliche Trennung von den Krankenzimmern im Hinblick auf den Geheimnisschutz

des § 24 UbG gewährleistet ist.⁸¹ Diesen Ansprüchen wird die Praxis meiner Erfahrung nach nicht immer gerecht: So handelt es sich bei geeigneten Räumlichkeiten des Öfteren um sehr kleine Räume, in denen kaum Platz für die von Gesetzes wegen vorgesehenen Verfahrensbeteiligten gefunden werden kann. Nicht selten müssen diese Zimmer vor den Verhandlungen zunächst von den Patienten „geräumt“ werden, da sie außerhalb der Verhandlungszeiten u.a. als Raucherzimmer genutzt werden. Wenn man sich vor Augen hält, dass bei einer mündlichen Verhandlung verpflichtend 5 Personen anwesend sein müssen (Richter, Sachverständige, Patientenanwalt, Abteilungsleiter, Patient) und zu diesem Personenkreis noch Auskunftspersonen, Krankenpfleger, Rechtspraktikanten oder gewillkürte Vertreter des Betroffenen treten können, so stellt sich die Frage, ob angesichts der begrenzten Räumlichkeiten eine Öffentlichkeit überhaupt gewährleistet werden kann.

Das Problem des Kostenfaktors „Sachverständiger“

In § 22 Abs 1 UbG wird die verpflichtende Beiziehung eines Sachverständigen zur Beurteilung der Unterbringungs Voraussetzungen vorgesehen. Viele Gesprächspartner berichten, dass es in der Psychiatrie eine große Anzahl von Stammklientel gibt, d.h. grob geschätzt wären rund 60 % der Patienten schon seit Jahren bekannt. Ein großer Teil der Beschränkungen erfolgt derzeit zudem bei geriatrischen Patienten oder Patienten, bei denen feststeht, dass die Unterbringung vorübergehend die einzig mögliche Alternative ist und alles versucht wird, dies zu ändern. Eine derartige „Übergangslösung“ erfolgt meiner Erfahrung nach in Absprache mit Richtern, Ärzten und Patientenanwälten, sodass diesbezüglich zwar Konsens besteht, der „Form halber“ aber dennoch ein Gutachten erstattet werden muss. Schließlich entstehen durch die verpflichtende Beiziehung eines Sachverständigen enorme Kosten, die in vielen Fällen vermieden werden könnten. Ähnliches gilt für die Ausfertigung von Beschlüssen, die der Pa-

⁸¹ vgl. Kopetzki, Grundriss² Rz 373

tientenanwalt schon kennt, weil sie in der Verhandlung verkündet wurden und der Patient sie in vielen Fällen nicht versteht (z.B. Geronto). Zur Vermeidung dieses Aufwandes wäre es eine Möglichkeit, Beschlüsse nur auf Antrag oder nach Anmeldung eines Rechtsmittels auszufertigen. In diesem Sinne wäre auch eine Abänderung der verpflichtenden Beiziehung eines Sachverständigen zur fakultativen Beiziehung eines Sachverständigen sinnvoll.⁸²

Am Schluss der mündlichen Verhandlung hat das Gericht gemäß § 26 Abs 1 UbG über die Zulässigkeit der Unterbringung zu entscheiden, wobei der Beschluss in Gegenwart des Kranken zu verkünden, zu begründen und diesem zu erläutern ist. Die Zulässigerklärung ist zwingend mit der Festsetzung einer Frist verbunden, welche drei Monate ab Beginn der Unterbringung nicht übersteigen darf. Trotz der Frist hat der Abteilungsleiter gemäß § 32 UbG die Unterbringung jederzeit – auch vor deren Ablauf – aufzuheben, wenn nicht mehr alle Unterbringungsvoraussetzungen vorliegen. Wird die Unterbringung nicht spätestens mit Ablauf der festgesetzten Frist aufgehoben, so hat das Gericht erneut, erforderlichenfalls auch mehrmals, über die Zulässigkeit der Unterbringung zu entscheiden. Gemäß § 30 Abs 2 UbG muss der Abteilungsleiter spätestens vier Tage vor Ablauf der festgesetzten Frist dem Gericht mitteilen, aus welchen Gründen er die weitere Unterbringung für erforderlich hält. Meiner Erfahrung nach wird dieser Bestimmung in der Praxis kaum Folge geleistet.

Das Problem der Arzt-Patient-Beziehung infolge der den Ärzten zugeschriebenen Rolle

Nach Ansicht einer Psychiaterin könne man von einem Patienten im geschlossenen Bereich, der entlassen werden möchte, schwer erwarten, dass er seinem behandelnden Arzt alles anvertraue. Er wisse, dass bspw. die Information über Suizidideen einen längeren Aufenthalt in der geschlossenen Abteilung zur Folge haben könnte, womit das eigentliche Thema nicht zur Sprache gebracht werde. Man versuche deshalb durch die stärkere Einbindung von Psychologen im geschlossenen Bereich zwischen den Rollen zu trennen.⁸³

Einige der befragten Ärzte führten aus, dass die Darlegung der Unterbringungsvoraussetzungen in der mündlichen Verhandlung mit einer Belastung der Arzt-Patient-Beziehung einhergehe. Wenn der Arzt iSd UbG die Notwendigkeit einer Unterbringung argumentiere, werfe ihm der Patient

⁸² vgl. Wehinger, Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsgesetzes (2007) 359 - 360

⁸³ vgl. Wehinger, Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsrechts (2007) 252

vor, ihm in den Rücken gefallen zu sein. Er habe damit die Therapiechance verspielt, weshalb das Problem in der Praxis teilweise dadurch umgangen werde, dass keiner von den Ärzten zur Verhandlung hingehe.⁸⁴

Erklärt das Gericht die Unterbringung für unzulässig, so ist sie sofort aufzuheben, es sei denn, dem vom Abteilungsleiter erklärten Rekurs wird vom Gericht die aufschiebende Wirkung zuerkannt (§ 26 Abs 1 UbG). Zu beachten ist hierbei allerdings, dass die Feststellungsentscheidung nicht Gegenstand einer Vollstreckung nach § 19 AußStrG sein kann, da eine Entlassungsverfügung in § 26 Abs 3 UbG nicht vorgesehen ist.⁸⁵

Gegen die Entscheidung des Gerichts steht den Parteien sowie bestimmten Angehörigen des Patienten gemäß § 28 UbG das Rechtsmittel des Rekurses offen, wobei die Fristen für dessen Erhebung unterschiedlich ausgestaltet sind. So können der Kranke und sein Vertreter innerhalb von 14 Tagen ab Zustellung des Beschlusses Rekurs erheben, während dem Abteilungsleiter lediglich eine Frist von 8 Tagen zusteht. Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass die Rekurslegitimation des Kranken gegen einen die Zulässigkeit der Unterbringung bejahenden Beschluss auch nach Aufhebung der Unterbringung besteht, während umgekehrt eine entsprechende Rekurslegitimation des Abteilungsleiters⁸⁶ mit der Begründung verneint wird, dass das Gericht im Verfahren nach dem UbG in Wahrheit stets nur über die Zulässigkeit der weiteren Unterbringung zu befinden hat und eine Entscheidung über die Rechtfertigung der weiteren Unterbringung rein theoretischer Natur wäre.⁸⁷

Das Problem der unklaren Haftungsfolgen

Einige Ärzte führen die Möglichkeit, die Unterbringung nach einer Unzulässigerklärung formal aufzuheben, den Patienten Minuten später wieder unterzubringen und damit die gerichtliche Kontrolle wieder in Kraft zu setzen, an. Solange die Haftungsgesetze so wären, dass die Letztverantwortung dem Arzt zukomme, würde man eine solche Vorgehensweise beibehalten müssen.⁸⁸

Problematisch ist die Auslegung des OGH, dass ein Rekurs, dem keine aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde mit der Zurückweisung zu en-

⁸⁴ vgl. Wehinger, Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsrechts (2007) 253

⁸⁵ EFSlg 97.565, OGH 5 Ob 84/98 h

⁸⁶ vgl. Kopetzki, Grundriss² Rz 415

⁸⁷ vgl. Feil, Unterbringungsgesetz § 28 Rz 1

⁸⁸ vgl. Wehinger, Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsrechts (2007) 255

den hat, weil der Abteilungsleiter nach der Entlassung des Betroffenen kein rechtliches Interesse mehr habe. D.h. aber nichts anderes, als dass es der Erstrichter in der Hand hat, über den Rekurserfolg mitzuentcheiden, indem er die aufschiebende Wirkung erteilt oder nicht.⁸⁹

Das Rekursverfahren richtet sich im Wesentlichen nach den allgemeinen Regeln des Außerstreitrechts.⁹⁰ Abweichend vom AußstrG normiert § 29 Abs 1 UbG die Pflicht des Gerichts zweiter Instanz, innerhalb von 14 Tagen ab Einlangen der Akten zu entscheiden, sofern der Kranke noch untergebracht ist.

5. Vollzug der Unterbringung §§ 33 – 39 UbG

Da das UbG – anders als z.B. das StVG – von seiner Konzeption her kein lückenloses Vollzugsrecht bereitstellt, lassen sich viele Rechtsfragen des inneren Anstaltsbetriebes aus dem UbG allein nicht beantworten.⁹¹ §§ 33 bis 39 UbG enthalten die näheren Bestimmungen hinsichtlich des Vollzuges einer Unterbringung, wobei die Beschränkungen der Bewegungsfreiheit (§ 33 UbG) sowie des Verkehrs mit der Außenwelt (§ 34 UbG), die Ärztliche Behandlung (§§ 35 ff UbG), das dazugehörige Verfahren (§ 38 UbG) und schließlich eigentlich „außerhalb“ dieses Regelungskomplexes in § 39 UbG die Krankengeschichte näher geregelt werden. Die Beurteilung, ob nicht im UbG geregelte allenfalls während einer Unterbringung erfolgende Verletzung von Rechten eines Patienten durch die Anstaltsleitung, wie z.B. die Wegnahme der Privatkleidung, um ein Entweichen des Patienten zu verhindern, die Wegnahme anderer persönlicher Habe oder der Zwang, sich als ungerechtfertigt empfundenen Anstaltsregeln zu unterwerfen, vorliegen, ist nicht durch das UbG gedeckt und fällt daher nicht in die Kompetenz des außerstreitigen Unterbringungsverfahrens.⁹² Anstaltsordnungen und sog. Hausregeln finden ihre Berechtigung im PersFrG 1988, wonach gem Art 1 Abs 4 PersFrG jeder Angehaltene solchen Beschränkungen unterworfen werden darf, wenn sie hinsichtlich des Zwecks der Anhaltung angemessen oder zur Wahrung von Sicherheit und Ordnung am Ort seiner Anhaltung notwendig sind. Auf letzteres könnte ein anstaltsinternes Ordnungsrecht sowie notwendige Maßnahmen zum Schutz der Mitpatienten, des Anstaltspersonals oder des Anstaltsseigen-

⁸⁹ vgl. Wehinger, Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsrechts (2007) 271

⁹⁰ vgl. Kopetzki, Grundriss² Rz 427, Vgl. EFSlg 97.569, u.a. OGH 1 Ob 637/92

⁹¹ Kopetzki, Grundriss² Rz 538

⁹² RS0075786 (OGH 6 Ob 578/94)

tums gestützt werden.⁹³ Nach der jüngeren Lehre und Rsp müssen die Grundrechtsbeschränkungen von Angehaltenen in gleicher Weise gesetzlich gedeckt sein wie bei allen anderen Bürgern. Sie sind des Weiteren im Lichte der in Betracht kommenden Gesetzesvorbehalte im Einzelnen auf ihre Verfassungskonformität zu überprüfen.⁹⁴ Nach *Forster* erkenne das UbG durch die explizite Regelung dieser Beschränkungen zugleich subjektive Rechte an und erkläre nicht-normierte Beschränkungen für illegal.⁹⁵

Das Problem der im UbG nicht geregelten Einschränkungen

Probleme bestehen bei sonstigen Einschränkungen der Rechte, die nicht in das UbG aufgenommen worden sind, somit an sich auch nicht stattfinden dürften und in der Praxis trotzdem passieren: Entzug der Privatkleidung, Geldeinteilung, Urlaubsregelungen, Wegnahme von privaten Gegenständen usw. Problematisch hinzutritt die Notwendigkeit, Fotohandys abzunehmen, nicht aber mit der Begründung, dass eine Beschränkung des Verkehrs mit der Außenwelt aus therapeutischen Gründen absolut erforderlich sei, sondern um die Persönlichkeitsrechte anderer Patienten zu schützen. Kritik besteht hinsichtlich der Durchsetzungsmöglichkeiten nicht geregelter, weitergehender Einschränkungen. Es bestehe natürlich theoretisch die Möglichkeit, den UVS anzurufen. Diese sei aber sehr aufwändig, da die Dauer eines solchen Verfahrens sehr lange ist und idR erst Wochen später eine Verhandlung vor einem großen Gremium stattfindet.⁹⁶

6. Resümee

„Jedem, der ein Gesetz mit einem darüber geschriebenen juristischen Werk verglichen hat, wird aufgefallen sein, dass das Buch das Gesetz um ein Vielfaches übersteigt.“⁹⁷ Lediglich der Umstand, dass ein Gesetz erlassen wurde, bedeutet noch nicht, dass es in der Praxis in der gewünschten Form umgesetzt wird. Die Rechtstatsachenforschung soll einerseits aufzeigen, wie das geltende Recht samt Methoden „lebt“, d.h. bspw. aufklären, ob und wie bestimmte Normen angewandt werden etc und andererseits – darauf aufbauend – die gewonnenen faktisch-normativen Einsichten für die Legistik, Dogmatik und Rechtspolitik verwenden.

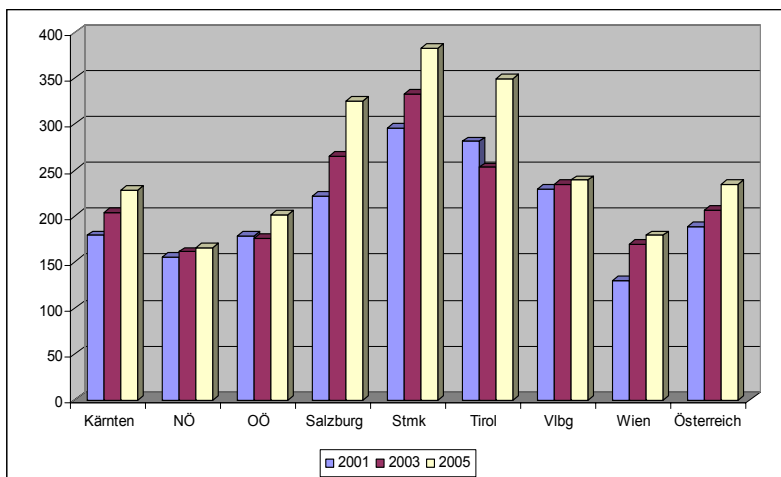
⁹³ Kopetzki, Christian in Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht Band III: Kommentar zu den Grundrechten (1999) Rz 83

⁹⁴ vgl. Kopetzki, PersFrG (1999) Rz 76

⁹⁵ vgl. Forster, Psychiatrische Macht und rechtliche Kontrolle (1997) 305

⁹⁶ vgl. Wehinger, Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsrechts (2007) 265

⁹⁷ Ehrlich, Soziologie und Jurisprudenz, in Rehinder Manfred (Hg.): Gesetz und lebendes Recht: vermischte kleinere Schriften (1986) 88



Die Ergebnisse meiner Dissertation zeigen, dass es in der Umsetzung des UbG viele regionale Unterschiede gibt, die bislang noch nicht geklärt sind, womit die Bedeutung von weitergehenden rechtstatsächlichen Untersuchungen offensichtlich wird. Als Beispiel soll stellvertretend für zahlreiche solcher Beispiele das folgende Diagramm gezeigt werden:⁹⁸

Dieses Diagramm zeigt die bevölkerungsbezogene Raten der bei den Gerichten gemeldeten Unterbringungen ohne Verlangen pro 100.000 Einwohner nach Bundesland. Bei der Betrachtung der relativen Unterbringungshäufigkeit fällt nach wie vor ein „West-Ost-Gefälle“ auf. Die österreichweite Rate der Unterbringungen ohne Verlangen pro 100.000 Einwohner liegt im Jahr 2005 bei 234; 2000 betrug diese Rate noch 188 pro 100.000 Einwohner. Das deutsche Ärzteblatt berichtete vor wenigen Jahren von einem drastischen Anstieg der Zwangseinweisungen. Im Jahr 2000 seien 175 von 100.000 Einwohnern zwangsuntergebracht worden.⁹⁹ Wie man unschwer erkennen kann, liegt der österreichische Schnitt para-

⁹⁸ vgl. ÖBIG, Statistische Informationen (2002) Tabelle 2c, Vgl. ÖBIG, Statistische Informationen (2006) Tabelle 6

⁹⁹ vgl. Traumatisierung in der Psychiatrie, Überarbeitete Fassung des Vortrags „Ordnungsmacht Psychiatrie“, den Marc Rufer am 10. September 2005 an der Tagung des BPE in Kassel hielt

doxerweise um einiges höher und das obwohl die Unterbringungs Voraussetzungen in Deutschland nicht so eng definiert werden wie in Österreich. Untersuchungen, warum in Österreich die Unterbringungsrate trotz der vergleichsweise sehr strengen gesetzlichen Ausgestaltung derart hoch ist, fehlen.

Anhand der weitergehenden Untersuchung in der Praxis (Rückmeldungen, persönliche Gespräche, Analyse Rspr und Lehre, Beobachtung) war es aber durchaus möglich, Unterschiede zwischen Gesetzestext und Umsetzung in der Praxis aufzudecken und anhand dessen pragmatische, rechtspolitische Lösungsvorschläge zu präsentieren. Dennoch erscheint mir die systematische Erhebung und Untersuchung gerade dieses sehr sensiblen Bereiches als unbedingt notwendig.

Gertrud Kalchschmid

Behandlungsschäden Patientenentschädigungsfonds im Lichte erster Erfahrungen

„Der Medicus kuriert die eine Krankheit weg,
die andere herbei und du kannst nie recht wissen,
ob er dir genutzt oder geschadet hat.“
„Der Aufgeregte“ von Goethe

1. Einleitung

„Wer arbeitet, macht Fehler, und wer Fehler macht, wird mit diesen konfrontiert und muss dafür geradestehen – dies gilt auch für ärztliche Behandlungsfehler.“ So trivial diese Feststellungen sind, so schwer ist der Umgang mit ihnen im Alltag. Dies hängt einerseits mit der Tradition zusammen, welche ein Reden über medizinische Fehler lange unmöglich machte, und andererseits ist es mitunter gerade in der Medizin schwierig, die Folgen der Erkrankung des Patienten selbst, die Folgen unerwünschter Komplikationen und Nebenwirkungen von tatsächlich vermeidbaren medizinischen Fehlern zu unterscheiden, zumal sich diese ja sogar überlagern.¹ Mit den Fortschritten der Medizin steigen nicht nur die Heilungschancen sondern auch die Anforderungen an das medizinische Personal und die Behandlungsrisiken. Dabei handelt es sich nicht nur um unvermeidbare Risiken, sondern auch um Risiken, die sich ex post als „vermeidbar“ und „verschuldet“ darstellen. Ärztliche Sachverständige können deshalb die Frage, ob ein „Behandlungsfehler“ vorgelegen hat, oft nicht mehr klar beantworten.

Die Arzt- oder besser Medizinhaftung ist derzeit in Österreich gesetzlich nicht besonders geregelt. Es gelten die allgemeinen Bestimmungen des ABGB; insbesondere § 1299 ABGB: sog Sachverständigenhaftung. Ärzte, Krankenanstalten, aber auch Pflegepersonal oder Therapeuten unterliegen ihr. Das ABGB steht auf dem Standpunkt der Verschuldenshaftung; § 1306 ABGB. Das schafft für Patienten beim Geltendmachen von Behandlungsfehlern immer wieder Probleme. Denn es ist für Patienten oft schwierig, ein Verschulden einer Krankenanstalt oder des behandelnden Arztes im Sinne des § 1299 ABGB zu beweisen.²

¹ Vgl. dazu Hansis/Hansis, Der ärztliche Behandlungsfehler (ecomед 2000).

² Vgl. dazu Barta, Medizinhaftung, Kann das historische Modell der gesetzlichen Unfallversicherung einer modernen Arztthaftung als Vorbild dienen? (Veröffentlichungen der Universität Innsbruck, 1995).

Der offenkundige oder vermutete Nachteil eines zivilgerichtlichen Verfahrens für Ärzte und Patienten (Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient, instabiler psychischer und gesundheitlicher Zustand des Patienten, Rufschädigung des Arztes bzw. der Krankenanstalt, ungewisser Verfahrensausgang, finanzieller Aufwand, Kostenrisiko, steigende Patientenansprüche, Beweislast usw.) war der Hintergrund zur Schaffung alternativer außergerichtlicher Schadensregulierungsmöglichkeiten.

2. Außergerichtliche Schadensregulierung

a) Schiedsstelle in Arzthaftpflichtfragen³

In allen Bundesländern Österreichs wurden daher auf Initiative der Ärztekammern schon vor mehreren Jahren Schiedsstellen in Arzthaftpflichtfragen eingerichtet, die klären, ob die Behandlung des Patienten auf einer haftungsbegründenden medizinischen Behandlung beruht. Ziel dieser Einrichtung ist die außergerichtliche Einigung zwischen Patient und Krankenanstalt bzw. Arzt. Das Verfahren vor den Schiedsstellen ist gesetzlich nicht geregelt und nur vereinzelt finden sich Verfahrensordnungen. Grundlage für das Tätigwerden ist eine Vereinbarung mit dem Verband der Versicherungsunternehmen Österreichs. Die Ergebnisse der Schlichtungsstellen werden zwar im Einzelfall erfasst, allerdings nicht statistisch ausgewertet oder veröffentlicht. Den Angaben der Schiedsstellen ist aber zu entnehmen, dass eine Entschädigung durchschnittlich in ca 20 bis 30 Prozent der eingebrachten Anträge zuerkannt wird.

b) Patientenvertretungen und -anwaltschaften⁴

Zur Verbesserung der Stellung der Patienten wurden sodann aufgrund einer Novelle des KAG⁵ im Jahre 1993 in allen Bundesländern Österreichs unabhängige und weisungsfreie Patientenanwaltschaften/-vertretungen eingerichtet. Aufgabe der Patientenanwaltschaften/-vertretungen ist die

³ Vgl. dazu Kalchschmid, Patientenrechte, Patientenvertretung und Schiedsstelle, Seite 225 ff; in: Barta/Schwamberger/Staudinger, Medizinrecht für Gesundheitsberufe (Berenkamp 1999).

⁴ Nach § 11e KAG (BGBl I/1957 idF BGBl I 801/1993) hat die Landesgesetzgebung vorzusehen, „daß zur Prüfung allfälliger Beschwerden und auf Wunsch zur Wahrnehmung der Patienteninteressen unabhängige Patientenvertretungen (Patientensprecher, Ombudseinrichtungen oder ähnliche Vertretungen) zur Verfügung stehen“. Diese Einrichtung wird in manchen Bundesländern als Patientenanwaltschaft (Burgenland, Kärnten, Niederösterreich, Vorarlberg, Wien) bezeichnet. Die Patientenanwaltschaft nach dem KAG (jetzt KAKuG) ist vom Patientenanwalt nach dem UBG 1990 für die Vertretung psychisch Kranker in Krankenanstalten und Abteilungen für Psychiatrie, soweit sie im geschlossenen Bereich angehalten oder Beschränkungen ihrer Bewegungsfreiheit unterworfen sind, zu unterscheiden.

⁵ nunmehr KAKuG

außergerichtliche Schadensregulierung bei vermuteten Behandlungsschäden. Dabei wird im Falle eines vermuteten kausalen schuldhaften und rechtswidrigen Patientenschadens einerseits versucht, eine Entschädigung direkt von der Haftpflichtversicherung des Krankenanstaltenträgers bzw. Arzthaftpflichtversicherers zu erwirken oder ein Schiedsstellenverfahren bei der Schiedsstelle in Arzthaftpflichtfragen einzuleiten. Die Schaffung von Patientenanwaltschaften/-vertretungen hat dazu beigetragen, dass vielen geschädigten Patienten geholfen werden konnte. Die Erfahrung zeigte, dass die unaufhaltsame Technisierung und Medikamentalisierung der Medizin in Verbindung mit komplexen Organisationsstrukturen und Probleme, steigende Zahl von Patientenansprüchen, die wichtige Einbeziehung von Sachverständigen in das Verfahren und die schwer zu beweisende Verschuldensprüfung nicht zu jenen Ergebnis führte, das sich Patient und Arzt wünschten. Dieser unbefriedigende Zustand für alle Betroffene (Patienten, Ärzte/Krankenanstalten, Versicherungen, Sachverständige) wurde wahrgenommen und auf Bundesebene eine Arbeitsgruppe zur Einführung einer sog. "verschuldensunabhängigen Patientenentschädigung" gebildet. Das Ergebnis dieser Arbeitsgruppe wurde in einem Positionspapier vom 6.2.2001 zur Umsetzung einer verschuldensunabhängigen Entschädigung im Medizinbereich (in der Folge kurz Positionspapier genannt) festgehalten. Der Bundesgesetzgeber hatte es allerdings sehr eilig und novellierte praktisch ohne Materialienvorgaben das Bundes-Krankenanstaltengesetz (KAG-Novelle BGBl I 5/2001). Die Novellierung trat mit Jänner 2001 in Kraft.

3. Patientenentschädigungsfonds gem. § 27a Abs 5 und Abs 6 KAKuG

Ausgangspunkt und gesetzliche Grundlage für die Errichtung von Patientenentschädigungsfonds in Österreich war die bereits erwähnte bundesgesetzliche Regelung des § 27a Abs 5 und Abs 6 KAG (nunmehr KAKuG, BGBl I 5/2001). Die Sonderklassepatienten waren von der Bezahlung des Beitrags ausgenommen. Seit dieser Novelle bezahlen daher Patienten der allgemeinen Gebührenklasse in Fondskrankenanstalten einen Beitrag von € 0,73 (ATS 10,-) pro Kalendertag für höchstens 28 Kalendertage im Kalenderjahr. Die von den Trägern der Fondskrankenanstalten eingehobenen Kostenbeiträge sind zur Entschädigung nach Schäden, die durch die Behandlung in diesen Krankenanstalten entstanden sind und bei denen eine Haftung des Rechtsträgers nicht eindeutig gegeben ist, zur Verfügung zu stellen.

Das Positionspapier vom 06.02.2001 auf Bundesebene enthielt u.a. folgende Grundsätze:

- kein subjektiver Rechtsanspruch des Patienten auf Entschädigung

- eine bundesweit einheitliche Entschädigungspraxis mit Aufbau einer Dokumentation der Entscheidungen,
- bundesweite Obergrenzen für Entschädigungen,
- Orientierung der Abgeltung an der Schmerzensgeldrechtsprechung,
- Orientierung nach sozialen Erwägungen bei Verdienstentgang und anderen (sozialen) Schäden
- Abgeltung schicksalhafter Ereignisse (zB. Zwischenfälle bei Applikation) als auch von Fehlabläufen, die bloß hinsichtlich Haftung nicht geklärt werden können
- Klärung und Prüfung einer allfälligen Haftung durch die Patienten-anwaltschaften und primäre außergerichtliche Schadensregulierung durch den Träger der Krankenanstalt bzw. Haftpflichtversicherung; bei nicht eindeutiger Haftung Prüfung durch eine unabhängige (weisungsfeie) landesweite Schlichtungskommission, wobei den Patienten-anwaltschaften „Parteistellung“ zukommt
- rasche Entscheidung innerhalb höchstens 18 Monaten

Durch diese Vorgaben hat sich der Bundesgesetzgeber erwartet, dass es zu einer bundesweit möglichst einheitlichen Umsetzung kommt. Dass diese Erwartungen nicht zu erfüllen sind, hätte dem Gesetzgeber wohl vom Anfang klar sein müssen, zumal die Vorgaben sehr dünn ausgefallen sind. Wie wir in den folgenden Ausführungen sehen werden, wurden selbst die im Positionspapier sinnvollen Vorgaben nicht umgesetzt. Vielmehr kam es zu einer wohl nicht wünschenswerten Länderpraxis, zumal die Voraussetzungen und das Verfahren für die Ausbezahlung von Fondsleistungen den Ländern gänzlich überlassen wurden. Für Patienten bedeutet dies, dass je nach Bundesland mit demselben Sachverhalt unterschiedliche Ergebnisse zu erzielen sind. Das reicht von Ablehnungen bis zu hohen Entschädigungen. Der Patient hat ja keine Überprüfungsmöglichkeit, was rechtsstaatlich bedenklich ist.

Mit der KAG- Novelle (nunmehr KAKuG) BGBl I 90/2002 wurden dann auch die Sonderklassepatienten als Beitragsleistende mit aufgenommen.⁶ Die Last der Ungleichbehandlung hätte wohl zu schwer gewogen

⁶ § 27a KAKuG in der geltenden Fassung lautet: Abs. 5: „Zusätzlich zum Kostenbeitrag ist von sozialversicherten Pflegenden der allgemeinen Gebühren-

und somit einer möglichen verfassungsrechtlichen Anfechtung wegen Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes nach Art. 7 Abs. 1 B-VG. Auch nach dieser Novelle sind (abgesehen von den sozial Schutzbedürftigen und Organspendern) weiterhin ambulante Patienten, Selbstzahler der allgemeinen Gebührenklasse, Mitversicherte nach ASVG, Versicherte nach BSVG (Bauernsozialversicherungsgesetz) nicht beitragspflichtig. Somit unterliegen nicht alle Personengruppen, welche Ansprüche an den Patientenentschädigungsfonds heranziehen können, der Beitragspflicht.

In den Erläuternden Bemerkungen zu den KAG- Novellen 2001/2002 (nunmehr KAKuG) sind keinerlei Informationen zur Auslegung dieser gesetzlichen Bestimmungen zu entnehmen. Lediglich klar formuliert ist, dass die Krankenanstaltenträger von den Patienten der allgemeinen Gebührenklasse und Sonderklasse einen Beitrag von € 0,73 pro Kalendertag für höchstens 28 Kalendertage in jedem Kalenderjahr einzuheben haben. Die Fondsmittel sind daher von den anfallenden Behandlungstagen der Patienten der allgemeinen Klasse und Sonderklasse abhängig und belaufen sich auf ca. € 115.000,- (Burgenland) bis € 1. Million (Wien). Insgesamt sehen daher österreichweit ca € 4,9 Millionen Fondsmittel jährlich zur Verfügung. Diese so von den Krankenanstaltenträgern einzukassierende Beiträge sind zur Entschädigung nach Schäden, die durch die Behandlung in diesen Krankenanstalten entstanden sind und bei denen eine Haftung des Rechtsträgers nicht eindeutig gegeben ist, zu verwenden. Voraussetzung für eine Fondsleistung ist demnach ein kausaler Schaden und die Haftung darf nicht eindeutig gegeben sein. Eine Erläuterung wäre jedenfalls notwendig, um überhaupt Klarheit zu schaffen, ab wann eine Haftung des Rechtsträgers nicht eindeutig gegeben ist. Sind Verfahrensvorschriften wie das Einholen von Gutachten oder ärztlicher Stellungnahmen erforderlich?

klasse und von Pflegelingen der Sonderklasse ein Beitrag von € 0,73 einzuheben. Dieser Beitrag darf pro Pflegeлинг für höchstens 28 Kalendertage in jedem Kalenderjahr eingehoben werden.

Abs 6: Der Beitrag gemäß Abs. 5 wird von den Trägern der Krankenanstalten eingehoben und

- [1] zur Entschädigung nach Schäden,
- [2] die durch die Behandlung in diesen [KAn] entstanden sind und
- [3] bei denen eine Haftung des Rechtsträgers nicht eindeutig gegeben

ist,

zur Verfügung gestellt.“

Burgenland	115.000 €	Salzburg	300.000 €
Kärnten	365.000 €	Tirol	394.000 €
Niederösterreich	962.000 €	Vorarlberg	212.000 €
Oberösterreich	840.000 €	Wien	1.007.000 €

Tabelle 1: Fondsmittel – abhängig von den tatsächlich anfallenden Behandlungstagen

In den meisten Fällen bedarf es eines medizinischen Gutachtens um überhaupt festzustellen, ob die Haftung des Rechtsträgers nicht eindeutig gegeben ist. Wird kein Gutachten erstellt, so kann nicht ausgeschlossen werden, dass wesentliche Sachverhalte gar nicht geklärt bzw. erhoben wurden und so der Patientenschaden sehr leicht als nicht eindeutig eingestuft wird und somit auf den Patientenentschädigungsfonds, der ja nur von den Patienten der allgemeinen Gebührenklasse und der Sonderklasse finanziert wird, überwälzt wird. Krankenanstalten, Pharmafirmen, Medizinproduktehersteller und Ärzte, die durchaus auch daraus Nutzen ziehen, leisten keinen finanziellen Beitrag. Die Entschädigungspraxis zeigt eindeutig, dass der Anteil des Patientenentschädigungsfonds an der Gesamtentschädigung (Haftpflichtversicherung und Patientenentschädigungsfonds) ständig zunimmt. Der Anteil der Patientenentschädigungsleistungen betrug im Jahre 2003 noch 29 % während dieser kontinuierlich ansteigt und 2006 bereits 61 % beträgt. Die Haftpflichtversicherer bzw. Krankenanstaltenträger mussten im Jahre 2003 noch 71 % der Gesamtentschädigung bezahlen, während ihr Anteil im Jahre 2006 nur mehr 39 % der Gesamtentschädigung beträgt.¹ Es besteht daher die Gefahr einer Schadensabwälzung. Die Gründe dafür dürften auch im Verfahren für die Ausbezahlung der Fondsleistungen der einzelnen Länder zu suchen sein, wie u.a. das Nichtvorhandensein von Gutachterbudgets der Entschädigungskommissionen und Patientenvertretungen und dem verstärkten Hinweis der Haftpflichtversicherer auf den Entschädigungsfonds in der Hoffnung dass keine weitere Ansprüche bei Ihnen gestellt werden.

Die Vorgaben seitens des Bundesgesetzgebers an die Länder sind somit sehr dünn ausgefallen und haben keineswegs zu einer wünschenswerten einheitlichen Landesausführungsgesetzgebung in den verschiedenen Bundesländern beigetragen.

Ich möchte daher in den folgenden Ausführungen nur auf ein paar Besonderheiten in den einzelnen Bundesländern hinweisen.

¹ Die zugrunde liegenden Zahlen und Erhebungen basieren auf den Entschädigungszahlen aller Patientenanwaltschaften/-vertretungen in Österreich.

4. Umsetzungsgesetze der Bundesländer²

a) Vorarlberg

Die Grundsatzbestimmung des § 27a Abs 5, 6 KAKuG wurde wortgleich in § 85 Abs 3 Vbg. Spitalsgesetz umgesetzt. Eine entsprechende Rechtsgrundlage zur Umsetzung des Patientenentschädigungsfonds erfolgte in der Novelle zum Patienten- und Klientenschutzgesetz, LGBI 21/2003 vom 10.4.2003.³ § 5 Abs 1 lit d Patienten- und Klientenschutzgesetz, LGBI 26/1999 idF 4/2006 bildet nunmehr die derzeit gültige Rechtsgrundlage.

Der Patientenanwalt in Vorarlberg hat als einziger Patientenanwalt in Österreich die Aufgabe, Entschädigungen für Patientenschäden zuzuerkennen. Der Patientenanwalt entscheidet über Entschädigungen bis € 5.000,-. Übersteigt die Entschädigung € 5.000,- entscheidet eine Schiedskommission. Der Höchstbetrag für eine Entschädigung beträgt € 45.000,-. Die Entschädigungsleistung wird den Krankenanstaltenträgern gemeldet, obwohl diese keinen Beitrag leisten.

b) Tirol

In § 41a Tir-KAG wurde die Grundsatzbestimmung des § 27a Abs 5 und 6 KAKuG umgesetzt. Die näheren Regelungen über die Entschädigung der Patienten werden durch das Tiroler Patientenentschädigungsfonds-Gesetz; LGBI 71/2001 idF. LGBI 39/2005 getroffen. Zudem wurden Richtlinien für die Gewährung von Entschädigungsleistungen sowie eine Verordnung über die Geschäftsordnung der Entschädigungskommission erlassen. Patienten haben im Wege der Tiroler Patientenvertretung einen Antrag einzubringen. Die Patientenvertretung hat als Entschädigungsbeauftragte alle notwendigen Krankenunterlagen und Stellungnahmen einzuholen und einen Entscheidungsvorschlag an die Entschädigungskommission weiterzuleiten. Zudem ist es auch üblich, dass die Tiroler Patientenvertretung zur Klärung einer Haftung einer Krankenanstalt noch zuvor ein Schiedsstellenverfahren in Arzthaftpflichtverfahren einleitet und erst daran anschließend einen entsprechenden Antrag bei der Entschädigungskommission einbringt. Gesetzlich ist dies zwar nicht zwingend, der Grund dürfte wohl darin gelegen sein, als die Tiroler Patientenvertretung seit 1.7.2005 nicht mehr die Möglichkeit hat, durch eigene

² Vgl. dazu Pitzl/Huber, Verschuldensunabhängige Patientenentschädigung, Patientenentschädigungsfonds, RdM 2003/54; Kossak, Der Entschädigungsfonds gem. § 27a Abs 5 und Abs 6 Krankenanstaltengesetz, RdM 2002/25.

³ Ludescher, Patientenentschädigung, RdM 2003, 188.

unabhängige Gutachter Sachverständigengutachten für Patienten einzuholen. Die zuvor tätige unabhängige und weisungsfreie Patientenvertretung in Tirol hatte noch die Möglichkeit einer eigenständigen Begutachtung, sodass eine Befassung der Schiedsstelle in Arzthaftpflichtfragen nicht notwendig war und das Verfahren zügig abgewickelt werden konnte. Eine Begutachtung ist nunmehr nur bei der Schiedsstelle in Arzthaftpflichtfragen möglich. Das Höchstausschlagmaß der Entschädigungsleistung beträgt grundsätzlich € 35.000,-, wobei bei schwerwiegenden gesundheitlichen Dauerschäden eine Entschädigung bis € 70.000,- möglich ist.

c) Salzburg

Die Einhebung des zusätzlichen Kostenbeitrags von € 0,73 regelt § 62 Abs. 4 SKAG. Das Salzburger Patientinnen- und Patientenentschädigungsfondsgesetz (PEG) regelt die Leistungen an die geschädigten Patienten. Es wurde ein Salzburger Patientenentschädigungsfonds geschaffen, wobei die Patientenvertretung als Geschäftsstelle fungiert.

Die Entschädigung beträgt in Salzburg grundsätzlich maximal € 22.000,-, kann jedoch bei besonderer Härte auf maximal € 70.000,- erweitert werden. Schmerzensgeldbeträge können maximal die Hälfte jenes Betrages erreichen, der nach zivilrechtlicher Rechtsprechung zuerkannt werden würde. Bei der Zuerkennung von Verdienstentgang wird die soziale Lage des Betroffenen berücksichtigt (Einkommens-/Vermögensverhältnisse, Unterhaltspflichten). Kausale Aufwendungen werden insofern berücksichtigt, als eine Entschädigung bis maximal die Hälfte des tatsächlich entstandenen Aufwandes möglich ist.

d) Kärnten

§ 57 Abs 5, 6 K-KAO regelt die Einhebung des Kostenbeitrages in Höhe von € 0,73. Die näheren gesetzlichen Regelungen wurden in den §§ 5, 11 Kärntner Gesundheitsfondsgesetz (K-GFG) LGBI 83/2005 idF 112/2005 umgesetzt. In Kärnten wurde ein eigenes Härtefall-Gremium geschaffen; § 11 GFG. Patientenanträge dürfen beim Härtefallgremium nur vom Patientenanwalt eingebracht werden oder müssen von ihm befürwortet werden. Der Patientenanwalt prüft somit sämtliche Schadensfälle. Der Entschädigungshöchstbetrag beträgt € 70.000,-.

e) Oberösterreich

In Oberösterreich regelt § 52 Abs 4 Oö-KAG (LGBI 31/2002) die Einhebung des Kostenbeitrages. §§ 86 a bis 86 f Oö-KAG (LGBI 17/2002) regeln die näheren Voraussetzungen der Patientenentschädigung. Die Umsetzung erfolgte daher im oberösterreichischen Krankenanstaltengesetz.

setz. Ein eigenes Gesetz wurde nicht erlassen.

Das Entschädigungsansuchen hat bei sonstigem Ausschluss innerhalb eines Jahres nach Abschluss der außergerichtliche Prüfung bei der Patientenvertretung und Schiedsstelle zu erfolgen. Voraussetzung einer Entschädigung ist die Prüfung durch die Patientenvertretung oder Schiedsstelle in Arzthaftpflichtfragen.

f) Steiermark

Die Einhebung des zusätzlichen Kostenbeitrags von € 0,73 regelt § 35 a Abs. 6 Stmk. KALG. Die gesetzliche Umsetzung erfolgte mit dem Gesetz vom 4.7.2002 über die Patientenentschädigung, LGBl 113/2002 idF. 146/2006.

Die Entschädigungshöhe beträgt grundsätzlich bis € 22.000,-, wobei bei sozialen Härtefällen eine höhere Entschädigung zuerkannt werden kann. Ein Antrag auf Patientenentschädigung ist auch nach Abschluss eines rechtskräftigen Zivilverfahrens innerhalb von 6 Monaten möglich, sofern die Klage abgewiesen wurde. Antragsberechtigt sind auch Rechtsnachfolger geschädigter Patienten. Es sind auch die Rechtsnachfolger geschädigter Patienten antragsberechtigt.

g) Niederösterreich

§ 27a Abs 5, 6 KAKuG wurde in § 45b NÖ-KAG (LGBl 23/2003) umgesetzt. Der niederösterreichische Patientenentschädigungsfonds wurde gesetzlich im Hauptstück I der §§ 98 ff NÖ-KAG geregelt.

Geschäftsführer des Patientenentschädigungsfonds und der Vorsitzende der Entschädigungskommission ist der NÖ-Patientenanwalt. Die Entscheidung über die Entschädigungshöhe obliegt dem Patientenanwalt nach Einholung einer Empfehlung der Entschädigungskommission. Eine Befassung des Fonds ist nur nach außergerichtlicher Prüfung durch den Patientenanwalt möglich und der Antrag ist bei sonstigem Ausschluss innerhalb eines Jahres nach außergerichtlicher Abklärung zu stellen. Die Entschädigungshöhe beträgt grs. bis € 21.801,85, wobei bei Vorliegen eines „besonders gelagerten sozialen Härtefalls“ die Höchstgrenze überschritten werden kann. Schmerzensgeldbeträge können maximal die Hälfte jenes Betrages erreichen, der nach zivilrechtlicher Rechtsprechung zuerkannt werden würde. Bei der Zuerkennung von Verdienstentgang wird die soziale Lage des Betroffenen berücksichtigt (Einkommens-/Vermögensverhältnisse, Unterhaltspflichten). Kausale Aufwendungen können bis maximal zur Hälfte des tatsächlich entstandenen Aufwandes zuerkannt werden.

h) Wien

Nach § 46a Abs 5 Wr.-KAG (LGBI 48/2001) ist ein zusätzlicher täglicher Kostenbeitrag von € 0,73 einzuheben und der Wiener Patientenanwaltschaft zur Verfügung zu stellen für Entschädigungen nach Schäden, die durch die Behandlung in Krankenanstalten entstanden sind und bei denen eine Haftung des Rechtsträgers nicht eindeutig gegeben ist. Weitergehende gesetzlichen Regelungen wurden in Wien nicht erlassen.

Die Wiener Patientenanwaltschaft hat eine Patientenentschädigungsfonds-Richtlinie erlassen. Die Gewährung einer Entschädigung erfolgt über Empfehlung eines bei der Wiener Patientenanwaltschaft eingerichteten Beirats, der sich aus dem Wiener Patientenanwalt als Vorsitzenden, ein Pflegedienstmitglied auf Vorschlag der ARGE der Pflegedirektorinnen, einem Juristen aus dem Gesundheits- und Spitalswesen sowie einem Vertrauensarzt zusammensetzt. Als Besonderheit zu erwähnen ist, dass eine Vertretungsmöglichkeit des Patienten vor dem Beirat besteht. Eine Entschädigung ist bis € 70.000,- möglich.

Zusätzlich zum Patientenentschädigungsfonds besteht in Wien seit 1995 die Möglichkeit auch Leistungen aus dem „Freiwilligen Wiener Härtefonds“ zu erhalten, welcher ausschließlich über Steuermittel dotiert ist. Voraussetzung ist, dass einerseits ein besonderer Härtefall gegeben ist und andererseits Ansprüche nur mit einem aufwändigen und lange dauernden (gerichtlichen) Beweisverfahren durchsetzbar wären. Leistungen werden allerdings nur an Personen ausbezahlt, die in Wien ihren Hauptwohnsitz haben und in einer Wiener Krankenanstalt oder in einem Pflegeheim der Stadt Wien behandelt wurden.

i) Burgenland

§ 27a Abs 5, 6 KAKuG wurde durch § 57 Abs 6, 7 Bgld.- KAG (LGBI 45/2001) umgesetzt. Die näheren Details und die Verfügung über die vereinnahmten Gelder werden im Burgenländischen Gesundheitswesengesetz, LGBI 5/2006 eher dürftig geregelt. Der „Intramurale Rat“ (§ 22) entscheidet über die Gewährung und Entscheidung über die Höhe von Entschädigungen. Die Mitglieder des Intramuralen Rats setzen sich aus sieben Mitglieder (das zuständige Mitglied der Landesregierung für Krankenanstalten, Bgl. Gesundheits- und Patientenanwalt, zwei von der Landesregierung ernannte Mitglieder, ein Vertreter der Gebietskrankenkasse sowie zwei Vertreter der Krankenanstaltenträger) zusammen.

Zusammenfassend kann ausgeführt werden, dass der Bundesgesetzgeber ausschließlich die Höhe des zusätzlichen Kostenbeitrages und lediglich festschreibt, dass einerseits diese Beiträge für kausale Behandlungsschäden

zu verwenden sind und andererseits die Haftung des Rechtsträgers nicht eindeutig. Dieser wohl breite Spielraum hat zu einer uneinheitlichen Landesausführungsgesetzgebung und Entschädigungspraxis geführt.

5. Gemeinsamkeiten der Landesausführungsgesetze

Die Patientenentschädigung ist wie oben dargestellt in den einzelnen Bundesländern sehr unterschiedlich ausgestaltet, lediglich folgende Gemeinsamkeiten sind zu erkennen:

- Schäden werden seit 1.1.2001 aus dem Patientenentschädigungsfonds entschädigt.
- Es besteht kein subjektiver Rechtsanspruch auf Entschädigungsleistungen für die Patienten.
- Entschädigungsleistungen werden nur dann erbracht, wenn noch keine Verjährung eingetreten ist.
- Während eines anhängigen Zivilverfahrens wird der Entschädigungsfonds nicht tätig.
- Das Verfahren ist für den Patienten kostenlos.
- Es besteht für Patienten keine Überprüfungsmöglichkeit der Entscheidungen und somit keine Möglichkeit Rechtsmittel einzulegen.
- Werden nachträglich gerichtlich oder außergerichtlich Entschädigungen zuerkannt, müssen erbrachte Leistungen des Patientenentschädigungsfonds zurückbezahlt werden.
- Die Mitglieder der Entschädigungskommission sind weisungsfrei, die Sitzungen sind nicht öffentlich.
- Die Patientenanwälte sind unterschiedlich in das Verfahren eingebunden.

6. Entschädigungsfondsleistungen

Die Entschädigungsfondsleistungen in den einzelnen Bundesländer unterscheiden sich teilweise deutlich voneinander. Ein Patient in der Steiermark erhält beispielsweise auch dann eine Entschädigung, wenn eine Haftung eindeutig nicht gegeben ist oder sich eine Komplikation einer Behandlung einstellt, über deren Verwirklichung der Arzt den Patient aufgeklärt hat. Hingegen erhält in Salzburg ein Patient diesbezüglich keinerlei Entschädigung.

Allerdings werden in Salzburg wiederum soziale Kriterien wie Einkommen und Unterhaltspflichten berücksichtigt

	Leistung, wenn Haftung eindeutig nicht gegeben	Leistung auch bei aufgeklärter Risiko-verwirklichung	Berücksichtigung sozialer Kriterien
Steiermark	JA	JA	JA
Niederösterreich	NEIN	JA	JA
Oberösterreich	NEIN	JA	NEIN
Salzburg	NEIN	NEIN	JA
Tirol	JA	JA	NEIN
Kärnten	NEIN	NEIN	JA
Burgenland	NEIN	NEIN	JA
Wien	NEIN	JA*	NEIN
Vorarlberg	NEIN	NEIN	JA

Tabelle 2: Unterschiedliche Fondsleistungen in den Bundesländern⁴

Da die Ausführungsgesetzgebungen stark divergieren und die Entschädigungstöpfe Überschüsse aufweisen, möchte nun der Bundesgesetzgeber mit einer Novelle des KAKuG dies sanieren und nun gesetzlich festhalten, dass Patienten auch dann eine Entschädigung erhalten sollen, wenn eine Haftung des Rechtsträgers nicht gegeben ist. Allerdings wird auch diese Novellierung nichts daran ändern, dass die Entschädigungspraxis in den Bundesländern unterschiedlich gehandhabt wird.

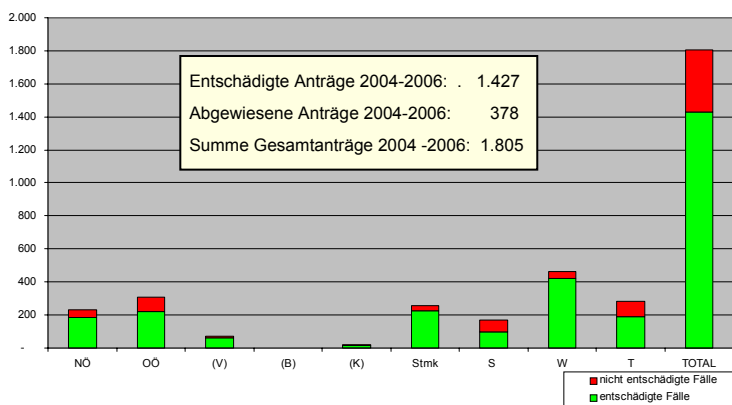
Vielmehr wäre darauf hinzuwirken, dass durch eine einheitliche Landesgesetzgebung eine bundesweit einheitliche Entschädigungspraxis (Verfahren, Höhe, Vorkehrungen zum Schutz der Schadensabwälzung auf den Entschädigungsfonds, Verjährung usw.) mit Aufbau einer Entscheidungsdocumentation geschaffen wird. Es wären auch andere Einrichtungen in die Finanzierung (Pharmaindustrie, Hersteller von Medizinprodukten, Versicherungen usw.) mit einzubeziehen sowie den Patientenentschädigungsfonds in ein echtes verschuldensunabhängiges Haftungsmodell überzuführen. Dabei geht es auch um die Schaffung subjektiver Rechte und somit auch die Möglichkeit des Patienten ein Rechtsmittel einzulegen! Derzeit besteht nämlich nicht die Möglichkeit, gegen die Entscheidung einer Entschädigungskommission ein Rechtsmittel einzulegen. Vielmehr wird dem Patienten derzeit nur mitgeteilt, ob er eine Entschädigung erhält oder

⁴ Erstellt von der Patientinnen-/Patienten- und Pflegeombudsschaft Steiermark.

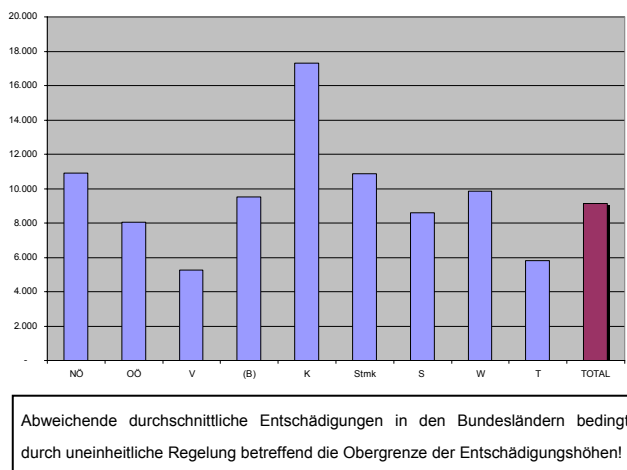
nicht. Im Falle einer Entschädigung wird zudem nur die Entschädigungssumme ohne nähere medizinische und rechtliche Begründung mitgeteilt. Als Patient und Zahler würde ich mir eine Begründung erwarten, weshalb ich keine Entschädigung bzw. eine Entschädigung in welcher Höhe erhalte. Diese Praxis wäre gänzlich zu ändern.

7. Auszüge der wichtigsten österreichweiten Statistiken:

a) Behandlung der EntschädigungsfondsAnträge 2004 – 2006

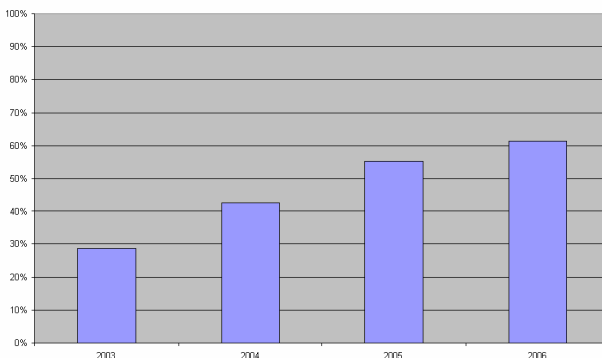


b) Durchschnittliche Entschädigungshöhen der Patientenentschädigungsfonds der Jahre 2003 – 2006

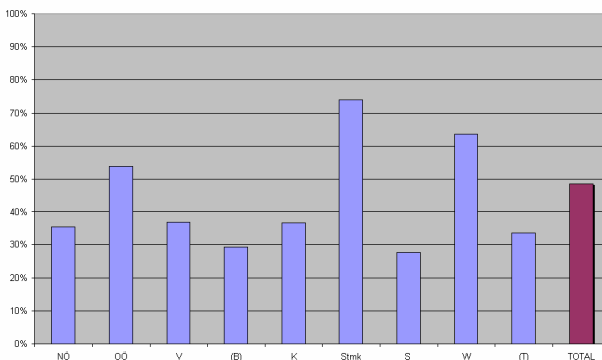


In Kärnten beispielsweise beträgt die durchschnittliche Entschädigung € 17.000,- während in Tirol diese bei ca. € 5.900,- liegt. Die durchschnittliche Entschädigungshöhe pro Patientenantrag beträgt österreichweit ca. € 9.000,-.

c) Anteil des Entschädigungsfonds an der Gesamtentschädigung



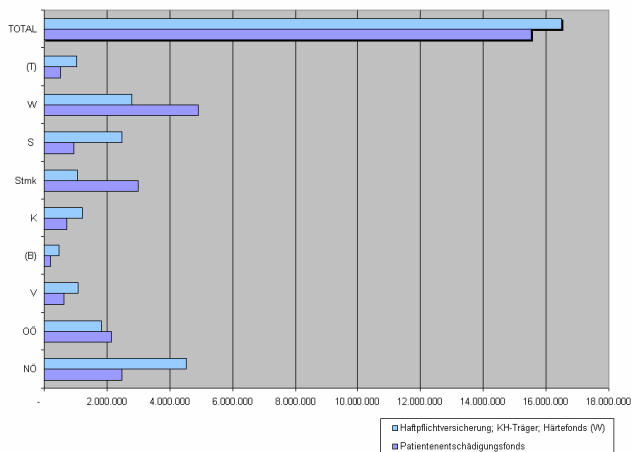
Der Anteil des Patientenentschädigungsfonds an der Gesamtentschädigung betrug im Jahre 2003 noch 29 % während dieser kontinuierlich ansteigt und 2006 bereits 61 % beträgt.



Der durchschnittliche Entschädigungsanteil in den Jahren 2003 bis 2006 beträgt daher immerhin schon 46 %. Das heißt dass in den letzten 4 Jahren

durchschnittlich schon 46 % an ausbezahlter Entschädigung aus dem Entschädigungsfonds stammt.

d) Entschädigungshöhen 2003 – 2006



Im Jahr werden durchschnittlich € 3.950.000,- an ca. 438 Patienten (€ 1 Mio. Überschuss) aus dem Entschädigungsfonds ausbezahlt. Ca. € 4.1 Mio./Jahr werden von den Haftpflichtversicherer bzw. Krankenanstaltenträgern bezahlt. Die Gesamtsumme an ausbezahlter Entschädigungsfondsleistung in den Jahren 2003 bis 2006 betrug € 16.800.000,-

Elmar Hohmann

Rechtstatsachen im Organtransplantationswesen in Deutschland und Österreich – ausgewählte Beispiele aus dem Bereich der postmortalen Organspende

I. Einleitung

Die Organtransplantation hat sich seit den 70er Jahren zu einem heute anerkannten Behandlungsverfahren für schwer kranke Patienten, die an einer nicht anders therapierbaren Dysfunktion eines Organs leiden, entwickelt. Seit der Möglichkeit der Unterdrückung des Immunsystems, der sog. Immunsuppression mit dem Medikament Cyclosporin Anfang der 80er Jahre gilt sie als anerkanntes chirurgisches Behandlungsverfahren.¹ Ziel ist die Lebensrettung und die Wiederherstellung der Gesundheit des Patienten.

Weltweites Hauptproblem des Transplantationswesens ist der Mangel an Spenderorganen. Dieser beruht teilweise auf der Unkenntnis der Bevölkerung von diesem wichtigen medizinischen Bereich, teilweise aber auch auf der Angst vor Missbrauch, also etwa vor einer Organentnahme vor Todeseintritt, vor verbotenem Organhandel oder irgendwelchen Versuchen.²

Dazu tragen die meistens nur negativen oder sensationslustigen Schlagzeilen in den Medien zu diesem Thema bei, wie beispielsweise:

„Ich verwende keine Säge, sondern Schere und Skalpell. Die Köpfe müssen ja sehr sorgfältig vom Rumpf getrennt werden“,³

„Bald können Ärzte ganze Gesichter transplantieren“,⁴

„Frische Leichenteile weltweit ... Ethik beim Körperrecycling“.⁵

Dass Organtransplantationen allerdings zahlreichen schwerst kranken Patienten das Leben retten oder ihr Leiden verringern können, findet nur selten Beachtung. Auch ist der Öffentlichkeit kaum bewusst, dass dieser medizinische Bereich nur funktionieren kann, wenn andere Menschen bereit sind, nach dem Tod Organe zu spenden und somit ein gesellschaftlich wichtiges Element, nämlich das der Solidarität mit Kranken, enthält.

¹ Gubernatis 12 (1998); Land, Prinzipien der Organspende 13; Neuhaus / Pfitzmann 780

² Vgl. die Umfrageergebnisse in: Hohmann 195 ff

³ Süddeutsche Zeitung v. 25.08.2000

⁴ Ärztezeitung-Online v. 20.12.2002

⁵ Die Zeit v. 15.02.2007

Das Organtransplantationswesen ist wie kaum ein anderer medizinischer Bereich von der Akzeptanz und der Spendenbereitschaft der Bevölkerung abhängig. Nur wenn Menschen bereit sind, in erster Linie nach ihrem Tod Organe zu spenden, kann die Transplantationsmedizin erfolgreich Patienten behandeln.

Es fehlt aber nicht nur an der Bereitschaft in der Bevölkerung Organe zu spenden, sondern auch an der von Intensivmedizinerinnen, auf die Erkennung potentieller Organspender zu achten und diese zu melden.

II. Überblick über die Rechtslage

Die Rechtslage in den beiden Nachbarländern Deutschland und Österreich ist sehr unterschiedlich.

In Deutschland gilt seit 1997 das Transplantationsgesetz (dTPG).⁶ Dieses verfolgt das Ziel, die vorher herrschende Rechtsunsicherheit über die Voraussetzungen von Entnahme und Übertragung menschlicher Organe zu beseitigen. Es will das Organtransplantationswesen in Deutschland zivil- und strafrechtlich absichern. Dabei spielt die Gleichbehandlung von auf ein Organ wartenden Patienten, die durch die Trennung der Verantwortlichkeiten für Organentnahme, Organvermittlung und Organübertragung erreicht werden soll, eine besondere Rolle.⁷

Das Transplantationsgesetz regelt insbesondere die postmortale Organspende, die Lebendspende, die Organverteilung und das Verbot des Organhandels. Weiterhin enthält es Strafvorschriften für Verstöße gegen die gesetzlichen Regelungen.

Für die Organentnahme bei einem Toten gilt die sog. erweiterte Zustimmungslösung. Der Verstorbene kann zu seinen Lebzeiten einer Organentnahme nach seinem Tod zustimmen oder widersprechen oder die Entscheidung auf eine namentlich benannte Vertrauensperson übertragen, § 2 Abs 2 S 1 dTPG. Die Erklärung ist formlos möglich und auf bestimmte Organe beschränkbar, § 2 Abs 2 S 2 dTPG. Sie kann auch jederzeit widerrufen werden. Für den Fall, dass weder eine Einwilligung noch ein Widerspruch des Toten schriftlich vorliegt, ist nach § 4 Abs 1 S 1 dTPG der nächste Angehörige des Toten zu befragen, ob ihm eine Erklärung des Toten für oder gegen eine Organspende bekannt ist. Der Begriff des nächsten Angehörigen ist in § 4 Abs 2 S 6 dTPG definiert und umfasst auch Personen, die dem Verstorbenen vor seinem Tod in besonderer per-

⁶ Zur Rechtslage in Deutschland ausführlich: Hohmann 99 ff

⁷ BT-Drs. 13 / 4355 1 ff; Hohmann 106

sönlicher Verbundenheit offenkundig nahestanden, wie etwa Verlobte oder Lebenspartner.

Ist dem nächsten Angehörigen eine Entscheidung des Verstorbenen für oder gegen eine Organspende nicht bekannt, darf er nach dem mutmaßlichen Willen des Verstorbenen eine Entscheidung treffen, § 4 dITPG.

Liegt weder eine Zustimmung des Verstorbenen zu dessen Lebzeiten noch eines Angehörigen nach dessen Tod vor, dürfen keine Organe entnommen werden.

In Österreich regeln seit 1982 im wesentlichen die §§ 62 a – c des Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetzes (KAKuG) das Organtransplantationswesen.⁸

Diese Vorschriften wollen im wesentlichen Rechtssicherheit für Ärzte und Krankenanstalten im Bereich der postmortalen Organspende schaffen. Dabei wird auf einen Interessenausgleich zwischen Spendern und Empfängern Wert gelegt, der Rettung und Erhaltung des Lebens unter gleichzeitiger Achtung der Pietät und der Gefühle der Angehörigen des Verstorbenen beinhaltet. Es soll niemand gegen seinen Willen zu einer postmortalen Organspende gezwungen werden.⁹

Das KAKuG regelt nur die postmortale Organspende und das Verbot des Organhandels. Weiterhin enthält es unzureichende Sanktionsmaßnahmen für Verstöße gegen die gesetzlichen Regelungen.

Im Gegensatz zu Deutschland sind Organverteilung und Lebendspende überhaupt nicht geregelt.

Dafür gibt es aber umfassende Vorschriften zur ethisch und rechtspolitisch bedenklichen finanziellen Förderung der Transplantationsmedizin bei der Identifizierung potentieller postmortaler Organspender, die an eine Art Kopfgeldprämie erinnern lässt, §§ 56 a ff KAKuG.

Für die postmortale Organspende gilt im Gegensatz zu Deutschland in Österreich die sog. Widerspruchslösung. Wer eine Organentnahme nach seinem Tod ablehnt, muss zu seinen Lebzeiten einen Widerspruch formuliert haben. Angehörige müssen nach dem KAKuG nicht befragt werden. Sie haben im Gegensatz zu Deutschland kein Recht, eine Erklärung abzugeben, sofern der Verstorbene oder sein gesetzlicher Vertreter zu seinen Lebzeiten seinen entsprechenden Willen nicht geäußert hat.

⁸ Zur Rechtslage in Österreich ausführlich: Hohmann 141 ff

⁹ StProtNR 15. GP 11623 ff

Hat der Verstorbene zu seinen Lebzeiten keine Erklärung für oder gegen die Organspende abgegeben, dürfen ihm Organe entnommen werden. Das Schweigen gilt somit als Zustimmung. Dieses steht der allgemeinen zivilrechtlichen Regel, dass Schweigen nicht als eine rechtsgeschäftliche Erklärung ausgelegt werden darf, nicht entgegen, da es sich bei der Erklärung zur Organspende nicht um eine solche handelt.¹⁰

Für die Erklärung des Widerspruchs gibt es keine zu beachtenden Formvorschriften. § 62 a Abs 1 S 3 KAKuG sieht zwar vor, dass eine entsprechende Erklärung auch im Widerspruchsregister des Österreichischen Bundesinstituts für Gesundheitswesen (künftig: Gesundheit Österreich GesmbH, Geschäftsbereich ÖBIG) eingetragen werden kann. Es besteht aber keine Pflicht, Widersprüche dort eintragen zu lassen. Viel schwerer wiegt aber, dass Ärzte vor einer Organentnahme zur Zeit noch keine Pflicht haben, das Register einzusehen.

Ein Entwurf eines Bundesgesetzes zur Änderung des KAKuG sieht allerdings vor, dass nach § 62 c KAKuG nun §§ 62 d und e KAKuG eingefügt werden sollen. Nach dem Entwurf des § 62 d KAKuG hat das Widerspruchsregister den Zweck der sicheren Dokumentation von Erklärungen, mit denen eine Organentnahme nach dem Tod abgelehnt wird. Weiterhin sieht er umfassende datenschutzrechtliche Regelungen vor.

Der Entwurf des § 62 e KAKuG enthält im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage vor einer Organentnahme eine Verpflichtung der Krankenanstalten zur Einsichtnahme in das Widerspruchsregister.

Fragwürdig allerdings erscheint, dass ein Verstoß gegen die Pflicht zur Einsichtnahme nicht ausdrücklich sanktioniert ist. Zwar ist nach § 62 a KAKuG eine Entnahme unzulässig, wenn den Ärzten eine entgegenstehende Erklärung vorliegt. Da die Pflicht zur Einsichtnahme aber erst nach der – unzureichenden – Androhung von Sanktionsmaßnahmen in § 62 a KAKuG normiert werden soll, könnte man meinen, dass ein Unterbleiben der Einsichtnahme als solche folgenlos bleibt. Die Regelung bietet also nur wenig Schutz für die Bevölkerung. Der österreichische Gesetzgeber sollte dies in seinem Entwurf ändern, um Rechtsklarheit zu schaffen.

III. Rechtstatsachen

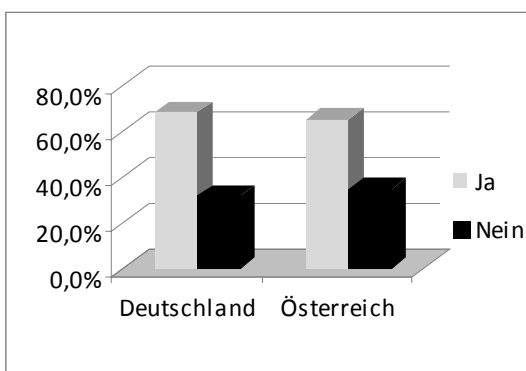
Die gesetzliche (Neu-) Regelung des Organtransplantationswesens ist

¹⁰ Kalchschmid / Barta 18

dringend, wie die folgenden ausgewählten Beispiele aus dem Bereich der postmortalen Organspende zeigen. Die Daten beruhen auf Ergebnissen einer eigenen Umfrage – die zwar nicht repräsentativ, aber doch klare Hinweise gibt – und auf statistischen Erhebungen anderer Institute.

Obwohl die Rechtsnormen zum Transplantationswesen in den beiden Nachbarländern Deutschland und Österreich unterschiedlich alt sind, ist die Kenntnis um ihre Existenz unter den Befragten ähnlich. Die meisten wussten, dass es gesetzliche Regelungen gibt.

Abb.: Wussten Sie, dass es in Deutschland / Österreich eine gesetzliche Regelung der Organtransplantation gibt?



	Deutschland	Österreich
Ja	68,3 %	65,0 %
Nein	31,7 %	35,0 %

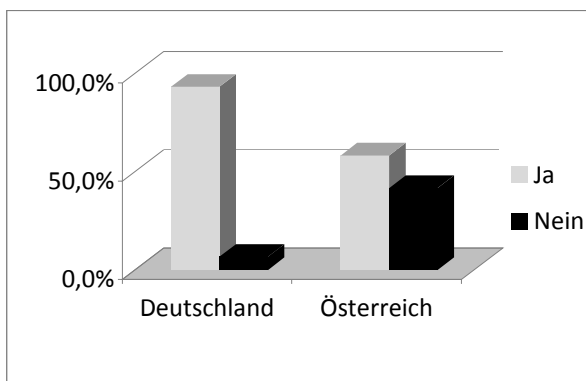
In Deutschland wussten demgegenüber noch viel mehr von den Befragten, nämlich 93,3 %, dass es gemäß der erweiterten Zustimmungslösung ihrer persönlichen Einwilligung zu Lebzeiten oder der Zustimmung ihrer Angehörigen für eine postmortale Organspende bedarf. Die Kenntnis um diese Entnahmevoraussetzungen beruht also nicht nur auf einer Gesetzeskenntnis, sondern vermutlich auch auf eigenem Rechtsempfinden.

In Österreich kannten demgegenüber nur wenige die gesetzlichen Entnahmevoraussetzungen. Nur 58,3 % wussten von der Widerspruchslösung

und dass es ihres ausdrücklichen Widerspruchs bedarf, wenn sie eine Organentnahme nach ihrem Tod ablehnen. Die meisten der Befragten zeigten sich sehr bestürzt als sie hörten, dass ihre Organe ohne ihre zu Lebzeiten erklärte Einwilligung und ohne die Zustimmung ihrer Angehörigen entnommen werden dürfen.

In beiden Ländern bedarf es demnach einer umfassenden Aufklärung der Bevölkerung über den Bedarf an Organen und über die Rechtslage.

Abb.: Kenntnis der gesetzlichen Entnahmevoraussetzungen



	Deutschland	Österreich
Ja	93,3 %	58,3 %
Nein	6,7 %	41,7 %

Grundvoraussetzung für eine Organtransplantation ist das Vorhandensein eines Transplantats und damit eines Organspenders. Hieran scheitern viele aus medizinisch-technischer Sicht mögliche Transplantationen.

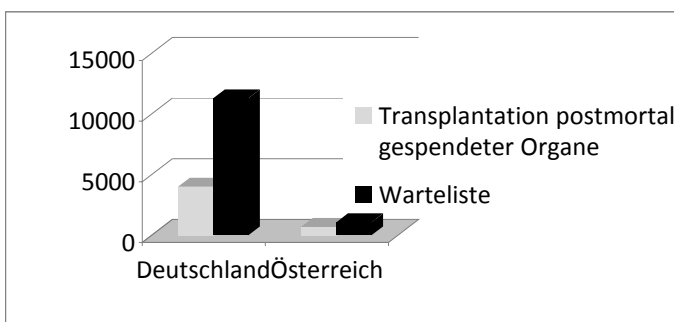
Vergleicht man allein die Zahl der Transplantationen postmortal gespendeter Organe im Jahr 2006 mit der der wartenden Patienten, wird der Bedarf an Organen besonders deutlich.

In Deutschland wurden 4.032 und in Österreich 678 postmortal entnommene Organe transplantiert.¹¹ Diese stammten aber nicht alle aus den jeweiligen Ländern, sondern auch aus solchen, die dem Eurotransplant-Verband angehören.

Der Anteil von Organspendern in der Bevölkerung war im Jahr 2006 in Österreich mit 24,5 pro Million Einwohner wesentlich höher als in Deutschland. Hier gab es nur 14,9 Organspender pro Million Einwohner.¹²

Demgegenüber warteten in Deutschland 11.297 und in Österreich 1.061 Patienten auf ein Organ.¹³

Abb.: Transplantation postmortal gespendeter Organe – Warteliste 2006¹⁴



	Deutschland	Österreich
Transplantation postmortal gespendeter Organe	4.032	705
Warteliste	11.297	1.061

Die Anzahl der Ablehnungen von Organentnahmen ist in Deutschland

¹¹ Deutsche Stiftung Organtransplantation 21; Gesundheit Österreich GesmbH / Geschäftsbereich ÖBIG 33

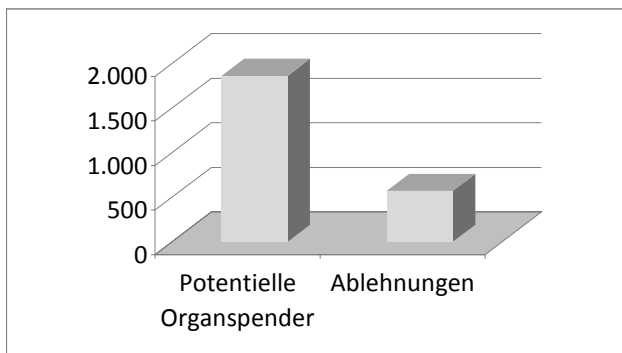
¹² Eurotransplant 27

¹³ Eurotransplant 32 ff

¹⁴ Deutsche Stiftung Organtransplantation 21; Eurotransplant 32 ff; Gesundheit Österreich GesmbH / Geschäftsbereich ÖBIG 33

nach wie vor beträchtlich. Dort wurden im Jahr 2006 1.865 verstorbene Personen als mögliche Organspender identifiziert. In 572 Fällen davon wurde eine Organentnahme abgelehnt. Entweder lagen zu Lebzeiten oder nach dem Tod von den Angehörigen erklärte Verweigerungen vor oder es gab andere Gründe, wie etwa keine Freigabe des Leichnams durch die Staatsanwaltschaft.¹⁵

Abb.: Potentielle Organspender – Ablehnung der Organspende in Deutschland im Jahr 2006¹⁶



Potentielle Organ-spender	Ablehnungen
1.865	572

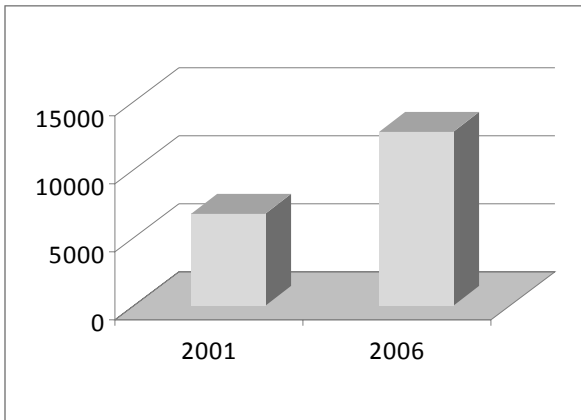
Auch in Österreich steigt die Ablehnung der Organspende von Jahr zu Jahr stetig an. Innerhalb der letzten 5 Jahre hat sich die Zahl der eingetragenen Widersprüche im Widerspruchsregister nahezu verdoppelt.

Im Jahr 2006 gab es 1.493 Neueintragungen. Insgesamt liegen 12.842 eingetragene Widersprüche vor, was ungefähr 0,15 % der österreichischen Bevölkerung entspricht.¹⁷

¹⁵ Deutsche Stiftung Organtransplantation 10 f

¹⁶ Ebd.

¹⁷ Gesundheit Österreich GesmbH / Geschäftsbereich ÖBIG 29

Abb.: Widerspruchsregister in Österreich in den Jahren 2001 und 2006¹⁸

	Eintragungen
2001	6.785 (= 0,08 % der österreichischen Bevölkerung)
2006	12.842 (= 0,15 % der österreichischen Bevölkerung)

Multiorganentnahmen sind in Deutschland mangels einer gesetzlichen Beschränkung zulässig.

In Österreich ist die Zulässigkeit der Entnahme in § 62 a Abs 1 S 1 KAKuG auf „einzelne“ Organe oder Organteile beschränkt. Nach herrschender – wenn auch nicht ganz unbestrittener – Meinung bedeutet dies die Unzulässigkeit der Entnahme aller Organe. Die Entnahme zu vieler Organe ist nicht erlaubt, wodurch die Würde des Toten und die Pietät geschützt werden sollen.¹⁹

Eine quantitative Begrenzung der zu entnehmenden Organe – wie teilweise angenommen –²⁰ lässt sich aus § 62 a Abs 1 S 3 KAKuG nicht herleiten, wonach die Entnahme „nicht zu einer die Pietät verletzenden Verunstaltung der Leiche führen“ darf.

¹⁸ Ebd.; Österreichisches Bundesinstitut für Gesundheitswesen 27 f

¹⁹ Barta 34 (2001); Eder-Rieder 290; Fieber 51; Gaisbauer 520; Kalchschmid 81 ff; Kalchschmid / Barta 21

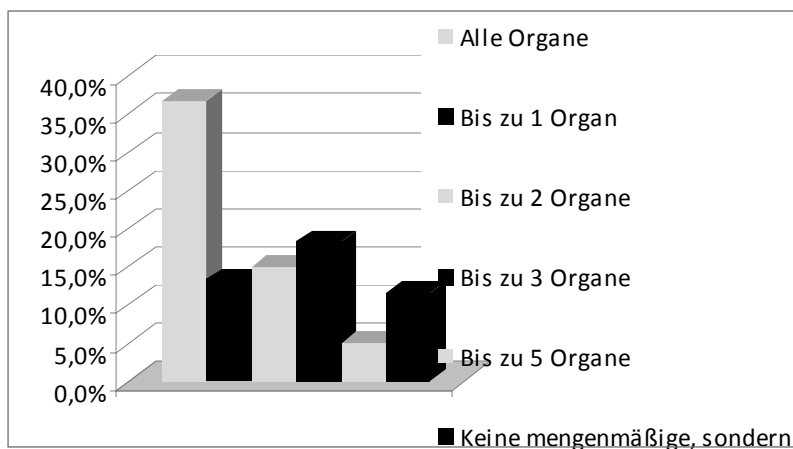
²⁰ Kopetzki 66 (1987); Kopetzki 139 f (1988)

Nach allgemeinem Sprachgebrauch versteht man unter „einzelne“ einige wenige im Sinne von zwei bis drei.

Eurotransplant definiert Multiorganentnahmen als Explantationen von mehr als einem Organ.²¹

Von den in Österreich befragten Personen verstehen nur 36,7 % unter dem Begriff „einzelne Organe“ alle Organe. Der Rest sieht darin überwiegend eine zahlenmäßige Grenze. Nur die wenigsten definieren das Wort „einzelne“ als Legitimation für eine Entnahme von mehr als 3 Organen.

Abb.: In Österreich ist es gesetzlich erlaubt, bei fehlendem Widerspruch einem Toten einzelne Organe zu entnehmen. Was verstehen Sie unter „einzelne Organe“?



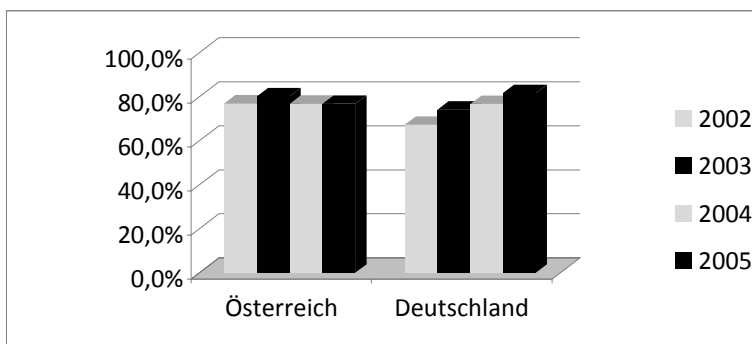
Alle Organe	36,7 %
1 Organ	13,3 %
Bis zu 2 Organe	15,0 %
Bis zu 3 Organe	18,3 %
Bis zu 5 Organe	5,0 %
Keine mengenmäßige, sondern räumliche Eingrenzung	11,7 %

²¹ Eurotransplant 29

Diese Zahlengrenze wird von den österreichischen Transplantationsmedizinern missachtet. Grundsätzlich wird jeder Verstorbene, bei dem der irreversible Ausfall des Gesamthirns festgestellt worden ist und keine anderen Organschäden oder funktionellen Störungen vorliegen, als potentieller Multiorganspender angesehen.²²

Die Zahl der Multiorganentnahmen übersteigt in Österreich in manchen Jahren sogar diejenige in Deutschland, wo sie zulässig ist.

Abb.: Multiorganentnahmen in Österreich und Deutschland in den Jahren 2002 bis 2005²³



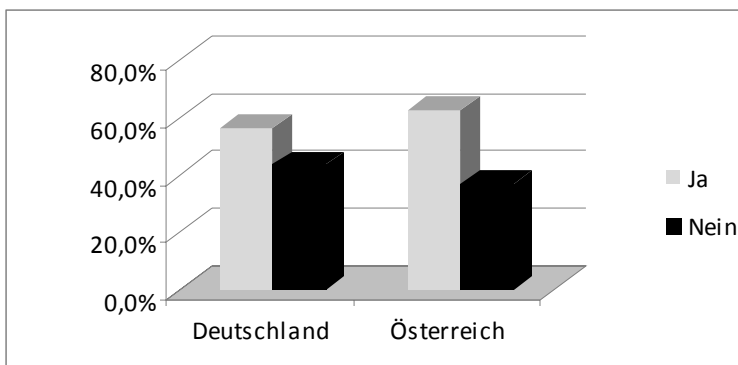
	Österreich	Deutschland
2002	76,9 %	67,3 %
2003	80,1 %	74,0 %
2004	76,8 %	76,7 %
2005	71,9 %	81,6 %

Die von mir befragten Personen sehen die Multiorganentnahme sehr skeptisch. Nur wenig mehr als die Hälfte, die einer postmortalen Organentnahme zustimmen, sind mit einer Entnahme aller Organe einverstanden.

Abb.: Würden Sie einer Entnahme aller Organe zustimmen?

²² Mayrhofer 56

²³ Matesanz / Miranda 19 (2003); dies. 18 (2004); dies. 24 f (2005); dies. 24 f (2006)



	Deutschland	Österreich
Ja	56,5 %	63,0 %
Nein	43,5 %	37,0 %

Der Begriff „einzelne“ in § 62 a Abs 1 S 1 KAKuG wirft im Zusammenhang mit der Widerspruchslösung weitere Probleme auf. Nach dem Gesetzeswortlaut muss man davon ausgehen, dass bei fehlendem Widerspruch die Entnahme von zwei bis drei Organen zulässig ist. Konsequenterweise müsste dann aber für die Entnahme von mehr als drei Organen die Zustimmung des Verstorbenen zu seinen Lebzeiten erteilt worden sein. Nach dem momentanen Gesetzeswortlaut muss man in Österreich also eigentlich von einer Kombination von Zustimmungs- und Widerspruchslösung ausgehen. Der Gesetzgeber ist daher dringend aufgefordert, eine klare Regelung zu schaffen. Entweder der Begriff „einzelne“ wird gestrichen oder es wird eine genaue Anzahl von zu entnehmenden Organen angegeben. Letzteres dürfte mit einer Anzahl von zwei bis drei nach den vorstehenden Umfrageergebnissen mehr dem Willen der Bevölkerung entsprechen. Ärzten dürfte die momentane Rechtslage überwiegend überhaupt nicht bewusst sein, vor allem aber nicht, dass sie sich bei einer Entnahme von mehr als drei Organen dem Vorwurf ungesetzlichen Handelns aussetzen.²⁴

Der österreichische Gesetzgeber sollte die gesetzliche Normierung dieser momentanen Kombination aus Zustimmungs- und Widerspruchslösung

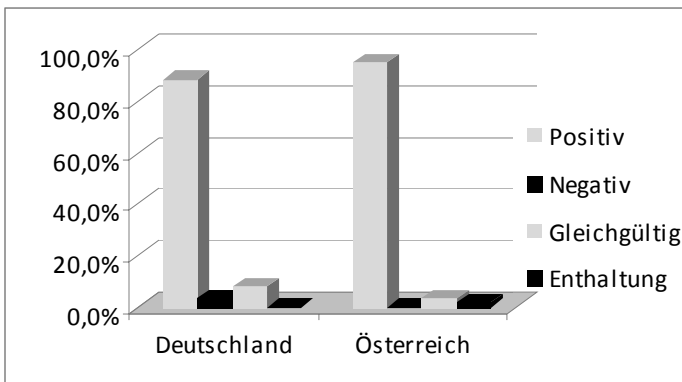
²⁴ Vgl. ausführlich: Hohmann 144 ff

in Betracht ziehen, da darin eine ausgewogene Berücksichtigung der Spenderautonomie und der Solidarität des einzelnen gegenüber der Gemeinschaft besteht.²⁵

Auch in Deutschland, wo zur Zeit die Abschaffung der erweiterten Zustimmungslösung und die Einführung der Widerspruchslösung wieder diskutiert wird, würde eine Kombination der beiden eine allen Interessen gerecht werdende Möglichkeit darstellen.

Dies würde in beiden Ländern auch dem Willen der Bevölkerung entsprechen. Denn grundsätzlich stehen die meisten der befragten Personen einer Organspende generell positiv gegenüber.

Abb.: Stehen Sie der Organspende generell positiv, negativ oder gleichgültig gegenüber?

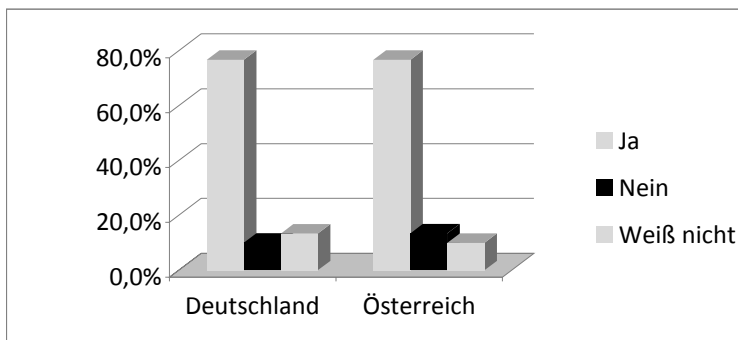


	Deutschland	Österreich
Positiv	88,3 %	95,0 %
Negativ	3,3 %	0 %
Gleichgültig	8,3 %	3,3 %
Enthaltung	0 %	1,7 %

76,7 % der Deutschen und Österreicher würden einer postmortalen Organentnahme zustimmen.

²⁵ I. d. S. auch Barta 39 (2001); Hohmann 147, 227

Abb.: Würden Sie einer Organentnahme nach Ihrem Tod zustimmen?



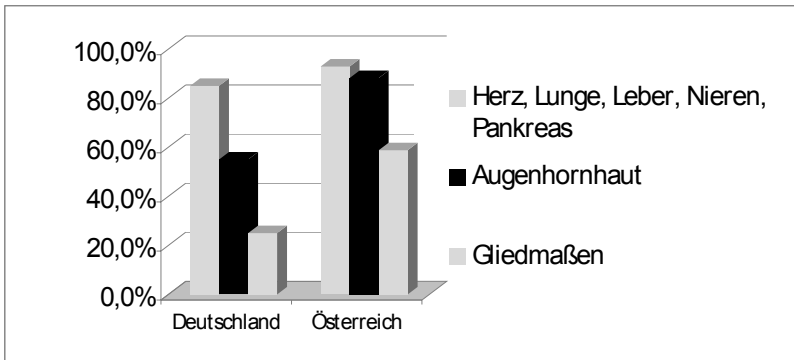
	Deutschland	Österreich
Ja	76,7 %	76,7 %
Nein	10,0 %	13,3 %
Weiß nicht	13,3 %	10,0 %

Wie aber oben bereits ausgeführt gibt es Grenzen hinsichtlich Anzahl und Art der zu entnehmenden Organe.

Auch zur Frage, welche Organe entnommen werden sollen, herrscht in der Bevölkerung eine klare Meinung. Von denen, die nicht alle Organe entnommen haben wollen, stimmen einer Entnahme von Herz, Lunge, Leber und Nieren die meisten der in Deutschland und Österreich Befragten zu.

Weniger Einverständnis mit der Entnahme besteht beispielsweise bei Augenhornhäuten und noch weniger bei der Transplantation von Gliedmaßen.

Abb.: Von denen, die nicht alle Organe entnommen haben wollen, stimmen einer Entnahme folgender Organe zu



	Deutschland	Österreich
Klassische Organe (Herz, Lunge, Leber Nieren, Pankreas)	85,0 %	92,9 %
Augenhornhaut	55,0 %	88,2 %
Gliedermaßen	25,0 %	58,8 %

Nicht alles, was medizinisch machbar ist, stößt also auf eine breite Zustimmung in der Bevölkerung. Transplantationen von Gliedmaßen, wie etwa Hände, wie sie in Innsbruck bereits transplantiert wurden, werden von einer breiten Schicht abgelehnt.

Die Gesetzgeber sollten dieses rechtstatsächliche Ergebnis ernst nehmen und auch hier klare Regelungen schaffen und sich nicht scheuen, der Medizin auch Grenzen zu setzen.

IV. Rechtspolitische Forderungen

Die Gesetzgeber in Deutschland und Österreich sollten sich den vorstehenden rechtspolitischen Ergebnissen nicht verschließen und eine neue und klare gesetzliche Regelung des Transplantationswesens nicht weiter durch endlose Diskussionen, die immer wieder nur im Sande verlaufen, verzögern.

Die Bevölkerung hat eine klare Meinung zu dem Thema. Diese gilt es in der weiteren rechtspolitischen Diskussion zu berücksichtigen, da das Funktionieren der Transplantationsmedizin insbesondere von der Organ-spendebereitschaft in der Bevölkerung abhängt.

An Organtransplantationen sind viele Menschen – insbesondere Organempfänger, Organspender, Ärzte sowie Pflegepersonal – beteiligt. Alle haben zwar das Ziel der Lebensrettung, gleichzeitig aber auch unterschiedliche Interessen und Motivationsgründe. In der rechtspolitischen Diskussion müssen alle Standpunkte berücksichtigt werden. Dabei darf es nicht allein darauf ankommen, die Spenderquote zu erhöhen. Wichtiger ist es, das Vertrauen von Medizinern und vor allem Nicht-Medizinern in die Organtransplantation zu stärken. Dies wird sich dann auch positiv auf die Spenderzahl auswirken.

Hierzu können klare gesetzliche Regelungen einen großen Beitrag leisten. Medizin und Recht, zwei Grundelemente unserer Gesellschaft, dürfen nicht an den Bedürfnissen und am Willen der Bevölkerung vorbeigehen.

Die Gesetzgeber müssen dabei auch den Mut haben, ethisch nicht vertretbaren Entwicklungen, wie sie sich schon in Versuchen der Transplantation von Kopf, Gesicht, Uterus oder Gliedmaßen zeigen, die weder der Lebensrettung dienen noch die einzige Möglichkeit zur Wiederherstellung der Gesundheit eines schwer kranken Menschen darstellen, Grenzen zu setzen.²⁶

Allerdings nutzen Transplantationsgesetze nichts, wenn sie einerseits nicht hinreichend bekannt gemacht werden und andererseits ihre Beachtung nicht kontrolliert wird.

So setzen sich die österreichischen Transplantationsmediziner einfach über gesetzliche Grenzen hinweg, indem sie Multiorganentnahmen auch über drei Organe hinaus durchführen, ohne zu prüfen, ob eine entsprechende Zustimmung vorliegt.

Selbst wenn die Bestimmungen des Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetzes nicht mehr zeitgemäß sein sollten, dürfen Ärzte nicht einfach faktische Verhältnisse schaffen. Vielmehr müssten gerade sie, die sich besonders gegen eine gesetzliche Neuregelung wehren, auf ein neues Gesetz dringen, um sich nicht dem Vorwurf ungesetzlichen Handelns auszusetzen.

²⁶ Hohmann 230

Die Forderung nach einer gesetzlichen Regelung des Transplantationswesens unter Beachtung rechtstatsächlicher Ergebnisse gilt aber nicht nur für die hier aufgeführten Beispiele aus dem Bereich der postmortalen Organspende, sondern auch für die Organverteilung und die Lebendspende,²⁷ die im vorliegenden Rahmen nicht erörtert werden konnten.

Darüber hinaus darf eine einheitliche gesetzliche Regelung für Europa nicht vernachlässigt werden.

Angesichts der Tatsache, dass viele Menschen im Ausland verunglücken und als Organspender in Betracht kommen, bergen die unterschiedlichen Regelungen etwa der postmortalen Organspende mit Widerspruchs- und Zustimmungslösung in den einzelnen europäischen Staaten Risiken. So läuft ein Mensch in dessen Heimatland er sich beispielsweise aus religiösen Gründen sicher sein konnte, dass sein Wille gegen eine postmortale Organspende respektiert wird, in Österreich im Falle seines dortigen Versterbens Gefahr, dass sein Wille missachtet wird. Die österreichischen Transplantationsmediziner und einige Juristen gehen nämlich von der unzutreffenden Annahme des Territorialprinzips aus, so dass das IPRG nicht in Betracht komme.²⁸ Diese Auffassung ist abzulehnen. Das Transplantationsrecht ist von Elementen sowohl des öffentlichen als auch des Privatrechts geprägt. Diese Gemengelage führt bereits zur Anwendung des IPRG.²⁹ Die Bestimmung des anzuwendenden Rechts richtet sich daher nach dem Personalstatut des Organspenders. Sieht das Herkunftsland daher beispielsweise die Zustimmungslösung vor, müsste für den in Österreich verstorbenen Ausländern eine Entnahme nach den entsprechenden Voraussetzungen erfolgen. Dies ist zur Zeit aufgrund der unsicheren Rechtslage aber nicht gewährleistet.³⁰

Außerdem vermag die Organverteilung über die Landesgrenzen hinaus einen größeren Organpool zu ermöglichen und letztlich mehr Patienten das Leben zu retten.

²⁷ Vgl. hierzu ausführlich: Hohmann

²⁸ Kopetzki 72 f (1987); Kopetzki 173 ff (1988)

²⁹ Barta 147 ff (2000); Frick 26 ff; Hohmann 154; Kalchschmid 149 f; Kalchschmid / Barta 29

³⁰ Barta 52 f (2000); Hohmann 154 f; Kalchschmid 150; Kalchschmid / Barta 29

Literatur: Barta, H., Zivilrecht – Einführung und Grundriss (Wien, 2000). Barta, H., Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Österreich – Organtransplantation zwischen rechtlicher Bindung und gesellschaftlichem Konsens – Überlegungen zum Verhältnis von Recht und Medizin in modernen Gesellschaften, in: Barta, H. / Weber, K. (Hg.), Rechtsfragen (2001), 19 ff. Barta, H. / Kalchschmid, G. / Kopetzki, C. (Hg.), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationswesens (Wien, 1999). Barta, H. / Weber, K. (Hg.), Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa (Wien, 2001). Brandstetter, W. / Kopetzki, C. (Hg.), Organtransplantationen – Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken (Wien, 1987). Deutsche Stiftung Organtransplantation (Hg.), Organspende und Transplantation 2006 (Neu-Isenburg, 2007). Eder-Rieder, M., Die gesetzliche Grundlage zur Vornahme von Transplantationen, in: Österreichische Juristen-Zeitung 1984, 289 ff. Eurotransplant, Annual Report 2006 (Leiden, 2007). Fieber, A., Chancen und Risiken der Organverpflanzung: die Grenzen der Machbarkeit (Wien, 1991). Frick, M.-Th., Persönlichkeitsrechte – Rechtsvergleichende Studie über den Stand des Persönlichkeitsschutzes in Österreich, Deutschland, der Schweiz und Liechtenstein (Wien, 1991). Gaisbauer, G., Gesetzliche Regelung der Organentnahme zum Zwecke der Transplantation in Österreich, in: Versicherungsrecht 1983, 520 ff. Gesundheit Österreich GesmbH / Geschäftsbereich ÖBIG, Jahresbericht 2006 (Wien, 2007). Gubernatis, G., Intensivierung der Organspende durch Regionalisierung, in: Med-Report 1998, Nr. 9, 12 ff. Hohmann, E. S., Das Transplantationswesen in Deutschland, Österreich und der Schweiz – unter Einbeziehung ethischer und rechtspolitischer Aspekte (Frankfurt, 2003). Kalchschmid, G., Die Organtransplantation – Überlegungen de lege lata und de lege ferenda (Wien, 1997). Kalchschmid, G. / Barta, H., Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation – Plädoyer für ein Transplantationsgesetz, in: Barta, H. / Kalchschmid, G. / Kopetzki, C. (Hg.), Rechtspolitische Aspekte, 13 ff. Kopetzki, C., Rechtsgrundlagen der Organgewinnung zu Transplantationszwecken, in: Brandstetter, W. / Kopetzki, C. (Hg.), Organtransplantationen (1987), 60 ff. Kopetzki, C., Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation – Eine systematische Analyse des geltenden Rechts (Wien / New York, 1988). Land, W. (Hg.), Breitner Chirurgische Operationslehre, Bd. XII, Transplantationschirurgie (München / Wien / Baltimore, 1996²). Land, W., Prinzipien der Organspende, in: Land, W. (Hg.), Breitner Chirurgische Operationslehre, 11 ff. Matesanz, R. / Miranda, B., International figures on organ donation and transplantation – 2002, in: Newsletter Transplant Vol. 8 (2003). Matesanz, R. / Miranda, B., International figures on organ donation and transplantation – 2003, in: Newsletter Transplant Vol. 9 (2004). Matesanz, R. / Miranda, B., International figures on organ donation and transplantation – 2004, in: Newsletter Transplant Vol. 10 (2005). Matesanz,

R. / *Miranda, B.*, International figures on organ donation and transplantation – 2005, in: Newsletter Transplant Vol. 11 (2006). *Mayrhofer, O.*, Die Todesfeststellung, in: Brandstetter, W. / Kopetzki, C. (Hg.), Organtransplantation, 54 ff. *Neubaus, P. / Pfitzmann, R.*, Organtransplantation, in: Siewert, J. (Hg.), Chirurgie, 779 ff. *Österreichisches Bundesinstitut für Gesundheitswesen*, Jahresbericht 2001 (Wien, 2002). *Siewert, J.* (Hg.), Chirurgie (Berlin / Heidelberg / New York, 2001).

Monika Niedermayr

Was kann Rechtsgeschichte zur Rechtstatsachenforschung beitragen?

Sehr geehrte Damen und Herrn!

Ich freue mich, heute zu Ihnen sprechen zu können und bedanke mich herzlich beim Veranstalter Prof. Heinz Barta für die freundliche Einladung dazu.

Der Titel meines Beitrags entstand spontan anlässlich einer kurzen Vorbesprechung. Ich selber habe ursprünglich die beiden Fächer in umgekehrter Reihenfolge gesehen: Wie kann die Rechtstatsachenforschung (RTF) der Rechtsgeschichte (RG) dienen? Aber Prof. Barta ging mit einer anderen Selbstverständlichkeit an die Sache heran und fragte mich: „Was kann die RG zur RTF beitragen?“ Diesen Vorschlag habe ich gerne aufgenommen: unter diesem Aspekt rückt die RTF in den Vordergrund eröffnet eine andere Perspektive.

Was dürfen Sie heute von mir erwarten?

Zuerst möchte ich Ihnen darlegen, was denn RTF im Sinne von *Eugen Ehrlich* ist? Die Suche nach einer Antwort auf diese Frage beginnt in den JBl 1911.

Danach versuche ich Unmögliches, nämlich den Forschungsgegenstand der Privatrechtsgeschichte der Neuzeit – über den es zahllose Werke gibt – in aller Kürze darzustellen, um anschließend die Frage zu beantworten, die den Titel meines Vortrags bildet. Abschließend bringe ich noch kurz zwei Beispiele für die mE gelungene Symbiose von RG und RTF aus der aktuellen Forschung.

1. Was ist RTF im Sinne von *Eugen Ehrlich*?

Eugen Ehrlich fordert in einem Aufsatz, publiziert in den JBl 1911, 229, ein „Institut für lebendes Recht“. Er kritisiert, dass „das Lebensfremde, nicht bloß des praktischen Juristen ..., sondern auch des juristischen Schriftstellers, des Lehrers und des Gesetzgebers, eine weitaus bedeutendere Rolle vor allem in der Juristenausbildung einnimmt, als die Befassung mit den

realen Erscheinungsformen und Auswirkungen des Rechts.“¹

Um sich diesen Erscheinungsformen wissenschaftlich nähern zu können, fordert *Ehrlich* folgendes:²

- Zunächst eine brauchbare Justizstatistik, die nicht nur aus nackten Zahlen besteht, sondern deren Bedeutung und Erläuterung muss durch Fachleute erfolgen.
- Die Befassung mit der Bürgerlichrechtlichen Rechtspflege soll über die damals üblichen reinen Formulariensammlungen weit hinausgehen. Es müssen „Aktenstücke in ihrer ursprünglichen und unverfälschten Form“³ zum Forschungs- und Unterrichtsgegenstand werden, nicht sorgfältig vorbearbeitet, sondern ohne Rücksicht auf Musterhaftigkeit. Aus ihnen lässt sich dann die Verfahrenspraxis erkennen, welche Normen beobachtet und welche außer acht gelassen werden, welches Recht die Richter anwenden oder wie die Tätigkeit von Behörden aussieht. Auch die heute üblichen Exkursionen aufs Grundbuch, etc. werden von *Ehrlich* gefordert. *Ehrlich* hebt lobend hervor, dass die Wichtigkeit des höchstinstanzlichen Urteils zwar bereits erkannt wird, dass es aber nicht durch die Form, sondern durch seinen Inhalt lebendig wird. *Ehrlich* beruft sich hier auf die französische Tradition, auf die Sammlungen von *Dalloz* und *Sirey*, die im *Journal du Palais* veröffentlichten Entscheidungen samt Anmerkungen. – Dieser Ansatz erscheint uns selbstverständlich, er ist es aber aus der damaligen Zeit betrachtet nicht, wie ich Ihnen noch erläutern möchte.
- Einen besonderen Stellenwert nimmt in den Forderungen von *Ehrlich* die Urkunde als Rechtsquelle ein. „Ein Blick ins Rechtsleben zeigt, dass es ganz überwiegend nicht vom Gesetze, sondern von der Urkunde beherrscht wird. das ganze nachgiebige Recht wird vom Urkundeninhalt verdrängt. In den Ehepakten, Kauf-, Pacht-, Baukredit-, Hypothekendarlehensverträgen, in den Testamenten, Erbverträgen, Satzungen der Vereine und Handelsgesellschaften, nicht in den Paragraphen der Gesetzbücher muss das lebende Recht gesucht werden.“⁴ An Verträgen ist ihr typischer, immer wiederkehrender Inhalt das wichtigste. - Den Dogmatikern gibt *Ehrlich* folgenden Rat

¹ JBl 1911, 230. Alle Seitenangaben ohne weitere Angabe in den Fußnoten beziehen sich auf diese Fundstelle.

² 230.

³ 230.

⁴ 241.

mit auf den Weg: „Unsere schriftstellernden Juristen wären gut, beraten, wenn sie sich in erster Linie damit befassen, ebenso wie es die Römer getan haben, die in ihren Ediktskommentaren und *libri iuris civilis* lange Abhandlungen über die immer wiederkehrende *duplae stipulatio* und die *institutio ex re certa* schrieben. Wir hätten dann wohl über den Rübenrayonnierungsvertrag⁵, über den Verkauf einer ärztlichen Praxis oder über die Kautions beim landwirtschaftlichen Pachtverträge mehr Monographien als über das Pfandrecht an eigener Sache.“⁶

- *Ehrlich* gibt sich damit noch nicht zufrieden, seine Forderungen reichen weiter: Das von ihm angestrebte Institut für Rechtsanwendung solle darüber hinaus noch untersuchen, „wie die Klage, das gerichtliche Urteil, die Zwangsvollstreckung, die Verlassenschaftsabhandlung, die Vormundschaft auf das Leben wirkt, wie sich das Leben ihrer bedient, und wie es sich mit ihnen abfindet, wie es darunter leidet oder sich ihnen entzieht.“⁷ Denn die Entscheidungen alleine geben nur ein Bild des Rechtslebens, das sich vor Gerichten oder Behörden abspielt. Es handelt sich aber nur um einen Bruchteil dessen, was tatsächlich passiert oder vom Rechtsweg ausgeschlossen, deswegen aber noch nicht „Nicht-Recht“ ist. Auch bei einer Urkunde ist nach Ansicht von *Ehrlich* nicht dasjenige lebendes Recht, was die Gerichte bei einer Entscheidung darüber judizieren, sondern das, woran sich die Parteien im Leben halten. Dass das lebende Recht nicht immer so aussieht, wie es nach der Absicht der Parteien oder dem Spruch eines Gerichts oder der Vorstellung des Gesetzgebers konzipiert war, ist Realität. Geltendes Recht ist der gültige Urkundeninhalt, lebendes Recht reicht aber nur so weit, als sich die Parteien regelmäßig auch daran halten. Hier setzt die von *Ehrlich* geforderte soziologische Betrachtungsweise an⁸.
- *Ehrlich* fordert auch den Juristen heraus und mutet diesem, wie er selber meint, Hartes zu: „[Der Jurist] möge versuchen, auch aus eigener Wahrnehmung zu lernen, nicht nur aus Paragraphen und Aktenfaszikeln, aber das ist eben unvermeidlich, und hier ist noch wunderbare Beute zu holen.“⁹ – Dem Rechtshistoriker legt *Ehrlich* besonders ans Herz, „das alte Recht, das Volksrecht und nicht bloße

⁵ Verteilung von Rüben.

⁶ 241.

⁷ 230.

⁸ 231.

⁹ 242.

Juristenrecht“, das unter einer dünnen Oberfläche weiter fortlebt, zu erforschen. „Der Rechtshistoriker kann hier nicht bloß vieles finden, wovon seine Quellen schweigen, sondern sich auch lebendige Anschauung von so manchem verschaffen, wovon man gemeiniglich annimmt, es gehörte einer längst verflossenen Zeit an.“¹⁰

Wie müssen wir uns den von *Ehrlich* gerügten Rechtshistoriker vorstellen? Er steht noch unter dem Einfluss der Historischen Rechtsschule, die versuchte, mithilfe historischer Quellen unmittelbaren Nutzen für das gegenwärtige Recht zu ziehen. Dogmatische Erörterungen und Systeme standen im Mittelpunkt des Forschungs- und Publikationsinteresses, leider einhergehend mit einer gewissen Überheblichkeit empirisch arbeitenden Disziplinen gegenüber. Ein Beispiel dafür möchte ich Ihnen nicht vorenthalten: *Franz Hofmann* formuliert 1873 in seinem Werk „Vom *Titulus* und *Modus adquirendi* und der *iusta causa traditionis*“: „Das System des Privatrechts ist also keine bloße Anordnung von Typen, wie das sog. natürliche System in der Botanik; denn letztere ist bloß eine Kunde, ersteres eine Wissenschaft.“¹¹ - *Ehrlich* wird nicht müde zu betonen, dass die Untersuchung der konkreten Rechtsanwendung und deren Auswirkung nichts Unwissenschaftliches an sich hat. *Ehrlichs* Forderungen waren also zu Beginn des 20. Jahrhunderts unzeitgemäß modern, geradezu revolutionär.

Noch ein Bonmot am Rande: Auch *Kelsen*¹², der bedeutende Vertreter des Rechtspositivismus, hatte seine Nöte mit *Ehrlichs* Forderungen, über weite Strecken lehnte er sie strikt ab.

Ehrlichs Kritik an dem Umstand, dass der Dogmatik stets eine höhere Bedeutung beigemessen wird als den realen Erscheinungsformen des Rechts, trifft ganz besonders auf das Fach Neuere Privatrechtsgeschichte zu: Geht es hier doch nicht um die Bewältigung realer Ansprüche mithilfe des Rechtes, sondern um traditionsgemäß etwas ganz anderes. Damit bin ich auch beim zweiten Punkt meiner Erörterung gelandet:

2. Versuch einer Definition des Forschungsgegenstandes des Faches Neuere Privatrechtsgeschichte.

¹⁰ 242.

¹¹ 84.

¹² Dazu die umfangreiche, in mehreren Teilen geführte Diskussion im Archiv für Rechts- und Sozialpolitik 1915-1917.

Franz Wieacker beschreibt die Aufgabe und den Forschungsgegenstand der Privatrechtsgeschichte der Neuzeit folgendermaßen¹³: Römische Rechtsgeschichte und Privatrecht haben das antike Römische Recht zum Gegenstand und werden in der Regel mit dem *justinianischen Corpus Iuris* abgeschlossen; denn von hier an wird die weitere Entwicklung des Römischen Rechts zu einer Geschichte seiner Wirkungen im westlichen Abendland, die andere Voraussetzungen und Methoden hat. Die Deutsche Rechtsgeschichte, soweit sie überhaupt bis in die Neuzeit fortgeführt wird, beschäftigt sich dann mehr mit den Rechtsquellen, der Gerichtsverfassung und der Rechtspflege, ... die deutsche Privatrechtsgeschichte widmet sich herkömmlich der Dogmengeschichte der deutschrechtlichen, genauer der nicht gemeinrechtlichen Institutionen. ... Demgegenüber gilt die Privatrechtsgeschichte der Neuzeit den geistigen und wirtschaftlichen Voraussetzungen des heutigen Privatrechts. Sie betrachtet die letzten fünf Jahrhunderte der deutschen Privatrechtsentwicklung in ihrem Gesamtzusammenhang und ihrer beständigen Verflechtung mit dem Ganzen der europäischen Rechtskultur, wie sie durch die Entstehung der Rechtswissenschaft im italienischen Hochmittelalter und deren Verbreitung in West- und Mitteleuropa begründet worden ist.¹⁴ Ihre klassische Einteilung besteht in den Forschungsrichtungen Romanistik, Germanistik und Kanonistik. *Anselm von Feuerbach* formuliert es drastischer: „Die Römer hatten nicht erst den Rechtsleichen eines vor einem Jahrtausend untergegangenen Volkes zu zergliedern, um denselben bey sich von neuem künstlich zusammenzusetzen und wieder zum Scheinleben aufzuwecken.“¹⁵

Aufgabe des Rechtshistorikers ist es nach *Wieackers* Ansicht nicht, „aktuelle Rechtstitel und Ansprüche historisch zu begründen, wie weithin im Mittelalter und bis zur Barockzeit oder die historische Auslegung geltender Rechtssätze zu ermöglichen, wie noch in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts [angesprochen ist hier die Historische Schule und Hermeneutik – sondern] vielmehr ist der Erkenntnisauftrag der Rechtsgeschichte wie der jeder anderen Historie nicht im vorgegebenen Material der einzelnen Daten und Fakten und ihrem Nutzwert für die Gegenwart begründet, sondern in der Geschichtlichkeit unserer eigenen Existenz selbst. Sie ist Geschichte schlechthin unter dem Gesichtspunkt menschlicher Rechtserfahrung.“¹⁶

¹³ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1996, 13ff.

¹⁴ *Wieacker* 13.

¹⁵ Kleine Schriften vermischen Inhalts. Osnabrück Reprint 1966, 133.

¹⁶ *Wieacker* 15f.

Wieacker folgert daraus weiter¹⁷: Das erste Forschungsinteresse dürfen daher nicht die einzelnen Institutionen und ihre Dogmengeschichte sein, denn als idiographische Wissenschaft hat die Rechtsgeschichte mit individuellen Vorgängen und Zuständen der geschichtlichen Welt zu tun. Übersetzen wir das in die Sprache von *Eugen Ehrlich*, dann sind dies die Rechtstatsachen.

In dieselbe Kerbe, nur noch viel deutlicher, schlägt der mittlerweile emeritierte Schweizer *Pio Caroni*¹⁸, wenn er fordert: „Eine Rechtsgeschichte, die sich konsequent der Abstraktion verschrieben hat und damit bedenkenlos Wirkliches ausrangiert und Unerwartetes übersieht (bzw. übersehen muß): eine Rechtsgeschichte, der es in diesem Sinne nicht gelingt, die Relativität und Sektoralität ihrer „Rückschau“ einzufangen. muss auf den Vorwurf der Manipulierung der Quellen bzw. der Vergewaltigung der Vergangenheit, der früher oder später kommen wird, gefasst sein. Hinter diesem Vorwurf steht das Bewusstsein darum, dass Abstraktion immer etwas mit stiller und blutloser, dafür effizienter Gewaltanwendung zu tun hat.“¹⁹ Auch für *Caroni* geht es vorrangig um ein Befassen mit den Rechtstatsachen. Allerdings ist dieser Ansatz nicht unumstritten, ich verweise in diesem Zusammenhang auf *Reinhard Zimmermann*²⁰, Berlin, *Eugen Bucher*²¹, Bern oder *Eduard Picker*²² aus Tübingen.

3. Wenn ich nun zur Ausgangsfrage zu rückkomme: Was kann die RG zur RTF beitragen?, so scheint die Antwort auf der Hand zu liegen:

Rechtsgeschichte,

- die über dogmatische Fragestellungen und Erörterungen hinausreicht,
- die sich mit Quellen beschäftigt, welche über Gesetze und Gesetzwerdungsmaterialien hinausgehen,
- die sich nicht nur mit Regesten zufrieden gibt, sondern sich vollinhaltlich auf ihre Quellen einlässt,
- die danach strebt, die wechselseitigen Abhängigkeiten des materiellen vom formellen Recht in der konkreten Ausgestaltung intradisziplinär zu erkennen,

¹⁷ 17.

¹⁸ Schiffbruch der Geschichtlichkeit, ZNR 1994, 100.

¹⁹ *Caroni* 100.

²⁰ Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 2000.

²¹ www.eugenbucher.ch.

²² AcP 2001, 763ff.

- die in ihrer Fragestellung auch die Auswirkungen des gesetzten Rechts im konkreten Leben berücksichtigen möchte, und somit auch interdisziplinäre Ansätze vertritt,
- die ihren Forschungsergebnissen offen gegenübersteht und akzeptiert, dass die historische Realität nicht der Erfüllung unserer Forscher-Thesen dient;

zeigt zumindest einen Teil des lebenden Rechts, wie es *Eugen Ehrlich* verstanden hat. Unter diesem Aspekt wird RG zur RTF.

Allerdings verlangt diese Art von RG eine andere Arbeitsmethode als Dogmatik: nämlich eine umfassende intradisziplinäre und interdisziplinäre Zusammenschau des Untersuchungszeitraums, das ist eine echte Herausforderung und ein Kampf gegen Vorurteile. Die Beschäftigung mit Originalakten ist Knochenarbeit, rechtliche Grundlagen stehen oft nicht fest, sondern müssen erst gesucht werden, die Juristen vergangener Jahrhunderte sprechen manchmal in Rätseln, sie bedienen sich heute unbekannter Ausdrücke, die verwirrende Suche nach der Nadel im ungeordneten Heuhaufen zerrt an den Nerven und kann auch ins Leere führen; dabei muss man sich auch die Finger schmutzig machen. Archive sind für Hygienefans und Stauballergiker ungeeignet. Rein dogmatisch motivierte Forschungsarbeiten bringen dagegen meist rascher und müheloser Ergebnisse. – Meine eigenen Erfahrungen zeigen, dass die Beschäftigung mit Rechtstatsachen immer noch gerne belächelt wird, der Dogmatik vielerorts immer noch eine höhere Bedeutung zugemessen wird. Diese Einstellung würde sich ändern, wollten wir wirklich wissen, wie Recht in früheren Jahrhunderten gelebt worden ist – aber in der Rechtsgeschichte ändert sich grundsätzlich nichts rasch.

4. Zum Abschluss meines Referats zeige ich Ihnen noch zwei Beispiele für mE gelungene Forschungsbeiträge der Neueren Privatrechtsgeschichte zur RTF:

- Das noch fast druckfrische Stockwerkseigentum meines Studienkollegen *Gerald Kohl*, Universität Wien²³. *Kohl* untersucht in seiner Habilitationsschrift Geschichte, Theorie und Praxis der materiellen Gebäudeteilung unter besonderer Berücksichtigung österreichischer Rechtstatsachen. Er verbindet in vorbildlicher Weise dogmatische Überlegungen mit Rechtstatsachen und widmet den Hauptteil seines Werkes dem Stockwerkseigentum im Rechtsleben.

²³ Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, Wien 2007.

- Meine eigene Arbeit, die sich um die Ratsprotokolle der Obersten Justizstelle 1814 – 1844, vor allem um den Tyrolisch-Vorarlbergischen Senat dreht, der über Sachverhalte zu entscheiden hatte, die sich in Nord-, Ost-, Südtirol, im Trentino und in Vorarlberg ereignet haben.²⁴ Untersuchungsgegenstand sind die höchst-richterlichen Urteilsentwürfe, die im Staatsarchiv in Wien aufbewahrt werden und den Justizpalastbrand unversehrt überstanden haben. Das wichtigste Grundprinzip meiner Arbeit, das vielerorts nicht verstanden und oft kritisiert wird, heißt: Volltexttranskription und keine Auszüge oder Regesten. Meine Erfahrung zeigt, dass die vollumfängliche Textfassung wesentlich mehr offenbart als bloße Anwendungsbeispiele fürs ABGB in seinen Anfangsjahren. Die starken Wechselwirkungen zwischen dem neu in Kraft getretenen ABGB und den damals bereits seit einigen Jahren in Geltung befindlichen Gerichtsordnungen AGO und WGGO führen teilweise zu gänzlich anderen Entscheidungsergebnissen bei bis heute gleich gebliebener materieller Rechtslage. Nur mit dieser Methode kann die Judikatur vollumfänglich nach Inkrafttreten des ABGB verstanden werden. Die Volltextfassung ermöglicht einen ausführlicheren Blick auf das in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts gelebte Recht als bloße Entscheidungen in Auszügen, wie sie zB in den damals bekannten Entscheidungssammlungen²⁵ referiert wurden. Mir ist aber bewusst, dass es sich hierbei auch nur um einen etwas vergrößerten Ausschnitt des lebenden Rechts und nicht um sein ganzes Spektrum handelt.

Somit bin ich am Ende meines Kurzreferats angelangt. Ich danke Ihnen herzlich für Ihre Aufmerksamkeit.

²⁴ Bisher erschienen sind die Bände 1-3, Innsbruck 2003 – 2006. Band 4 ist in Druck.

²⁵ *Peitler*, Sammlung von Entscheidungen zum allgemeinen österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche, Wien 1858; *Glaser/Unger* (Hg.), Sammlung von Civilrechtlichen Entscheidungen der k.k. obersten Gerichtshofes. Erster Band Wien 1873.

Anton Augscheller

Das neue Südtiroler Höferecht unter besonderer Berücksichtigung der rechtstatsächlichen Wirklichkeit

1. Vorwort

Dem folgenden Beitrag liegt meine Dissertation mit dem Titel „Das Südtiroler Höferecht unter besonderer Berücksichtigung der tatsächlichen Wirklichkeit“ zugrunde.

Das sich bereits seit Jahrhunderten haltende Rechtsinstitut des „Geschlossenen Hofes“ ist seit jeher eine elementare Voraussetzung für die Wirtschaftlichkeit der Höfe in Südtirol. Ziel des Höferechts ist es, eine ökonomisch sinnvolle und funktionierende Landwirtschaft zu gewährleisten. Um diese Zielsetzung zu erreichen werden die bäuerlichen Höfe, welche als „Geschlossener Hof“ gelten, besonderen gesetzlichen Regelungen unterstellt. Das Rechtsinstitut des „Geschlossenen Hofes“ ist prinzipiell durch die Unteilbarkeit der landwirtschaftlichen Güter, welche von einem Erben übernommen werden, gekennzeichnet, wodurch die Existenz der bäuerlichen Familie gesichert wird.

Die Unteilbarkeit der landwirtschaftlichen Güter steht im Gegensatz zur so genannten Realteilung. Bei der Realteilung wird der Hof real aufgeteilt. Diese Aufteilung findet bei jedem Erbgang statt. Diese Regelung bringt den großen Nachteil mit sich, dass es nach und nach zu einer immer größeren Zersplitterung der landwirtschaftlichen Grundstücke kommt. Dies geht oft so weit, dass sich die Bewirtschaftung dieses Grundstücks wirtschaftlich nicht mehr lohnt und es dadurch verlassen wird. Eine Folge davon ist, dass in Gebieten mit Realteilung oft große Flächen brachliegen oder an Großbauern verpachtet werden. Durch diese Regelung wäre die Überlebensfähigkeit von Kleinbetrieben, wie wir sie heute in Südtirol häufig sehen, nicht mehr gegeben.

Im Jahre 2001 wurde das Südtiroler Höferecht grundlegend reformiert. Ziel meiner Arbeit ist es aufzuzeigen, welche Punkte der Reform gelungen sind, und wo das Höfegesetz eventuelle Lücken aufweist und verbessert werden sollte.

Um diese Zielsetzung erreichen zu können, war es zweckdienlich eine empirische Untersuchung bezüglich einiger brisanter Themen des Höfegesetzes durchzuführen.

Die dadurch erhaltenen Daten ermöglichen es, einen Einblick in das „lebende Recht“ des Höferechts in Südtirol zu bekommen. Die Untersuchung wurde mit der Methode der Fragebögen durchgeführt, weshalb die

diesbezüglichen Daten sicherlich nicht repräsentativ sind. Ich bin jedoch der Meinung, dass man auch anhand dieser Methode ein durchaus aussagekräftiges Ergebnis erhält, mit welchem das gelebte Recht aufgezeigt werden kann.

2. Geschichtliche Entwicklung

Um einen besseren Einblick in das Thema zu erhalten, seien nachfolgend einige Eckdaten der geschichtlichen Entwicklung des Höferechtes im Tiroler Bereich wiedergegeben.

Der „Geschlossenen Hofes“ geht auf ein sehr altes germanisches Gewohnheitsrecht zurück. Bajuwarische Eroberer führten dieses Rechtsinstitut in Südtirol am Ende des VI. Jahrhunderts ein. Der geschlossene Hof ist also eine typisch germanische Errungenschaft. Daher ist dieses Rechtsinstitut außerhalb der Provinz Bozen in Italien unbekannt.

Der Großteil der geschlossenen Höfe war seit dem Mittelalter einer strengen Erbfolgeordnung unterworfen, um einer Zerstückelung von Grund und Boden entgegenzutreten und die Rentabilität der Höfe zu gewährleisten. Um diese Ziele verwirklichen zu können, wurde der Hof einem einzigen Erben zuerkannt und war unaufteilbar.

Erste schriftliche Bestimmungen über das Rechtsinstitut „Geschlossener Hof“ finden wir in den kaiserlichen Genehmigungen von Maria Theresia aus dem Jahre 1770, von Josef II. aus dem Jahre 1787 gegen die Zerstückelung von Grund und Boden und von Franz I. über die Erbfolge der Bauern.

In Tirol wurde eine umfassende Regelung der geschlossenen Höfe allerdings erst mit dem „Tiroler Höfegesetz“ von 1900 erreicht. Mit diesem Gesetz wurden die besonderen juristischen Verhältnisse der geschlossenen Höfe in der gefürsteten Grafschaft Tirol geregelt.

Nach der Annektierung Südtirols durch Italien nach dem Ersten Weltkrieg wurde das Tiroler Höfegesetz in Südtirol noch bis zum 1. Juli 1929 angewandt. Mit diesem Datum trat das kgl. Dekret Nr. 2325 vom 4. November 1928 in Kraft, mit welchem die italienische Gesetzgebung auf die neuen Provinzen ausgedehnt wurde.

Das Tiroler Höfegesetz wurde in Südtirol von der italienischen Regierung zwar außer Kraft gesetzt, allerdings trat an seine Stelle wieder das alte Tiroler Gewohnheitsrecht. Jedoch wies das Gewohnheitsrecht erhebliche Lücken auf.

Der Umstand, dass das Gewohnheitsrecht wieder Anwendung fand und

es in der Praxis dadurch zu keinen größeren Veränderungen kam, ist nur der Selbstdisziplin der Bauernfamilien, vor allem aber den weichenden Erben zu verdanken.

Nach dem Fall des Faschismus in Italien und dem Ende des Zweiten Weltkrieges wurde durch den Pariser Vertrag und in der Folge durch das erste Autonomiestatut von 1948 die Möglichkeit geschaffen, auf das alte Recht zurückzugreifen. Von dieser Möglichkeit wurde in der Folge dann auch Gebrauch gemacht. Im Jahre 1954 verabschiedete der Südtiroler Landtag das Südtiroler Höfegesetz.

Dieses Gesetz bezog sich im Wesentlichen auf das alte Tiroler Höfegesetz von 1900.

Das Südtiroler Höfegesetz wurde in der Folge mehrmals ergänzt und geändert, um es den Erfordernissen der Zeit und den Bestimmungen über das neue Familien- und Erbrecht anzupassen.

Mit dem Vereinheitlichten Text der Landesgesetze über die Regelung der geschlossenen Höfe vom 28. Dezember 1978 wurden die bisher erlassenen Bestimmungen koordiniert und zusammengefasst. Weitere Ergänzungen zum Höfegesetz wurden in den Jahren 1982 sowie 1993 erlassen.

In weiterer Folge wurde das Höfegesetz vom Verfassungsgerichtshof in mehreren Punkten für verfassungswidrig erklärt, wie zum Beispiel im Bezug auf die Gleichstellung von Mann und Frau. Diese Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes, sowie die im Zuge der Anwendung des Höfegesetzes gewonnenen Erkenntnisse erforderten weitere Änderungen und Ergänzungen des Höfegesetzes.

Schon in den 1990-er Jahren wurde mehrfach versucht eine umfassende Reform des Höfegesetzes durchzubringen. Diese Versuche scheiterten aber an verschiedenen Gründen.

Im Jahre 2001 gelang es der Landesregierung schließlich einen Gesetzesentwurf vorzulegen, welcher vom Landtag mehrheitlich angenommen wurde. Dabei entschied sich die Landesregierung dafür, alle bisherigen und die neu zu erlassenden Bestimmungen über die geschlossenen Höfe durch ein neues Gesetz zu regeln, in welchem die einzelnen Bestimmungen des Höferechtes sachbezogen und übersichtlich eingeordnet sind. Überholte und gegenstandslos gewordene Bestimmungen wurden dabei nicht mehr in das neue Gesetz aufgenommen.

Die Reform befasste sich vor allem mit folgenden Punkten:

- a. Voraussetzungen für die Neubildung eines geschlossenen Hofes
- b. Neue Festlegung der Kriterien für die Auswahl des Hofübernehmers
- c. Verbesserung der Stellung des überlebenden Ehegatten
- d. Besserer Schutz der minderjährigen und behinderten Miterben
- e. Änderung verfahrensrechtlicher Bestimmungen

3. Das neue Südtiroler Höferecht und seine wesentlichen Neuerungen

3. 1. Neubildung eines geschlossenen Hofes

Das Südtiroler Höfegesetz sieht in Artikel 2 Abs. 1 als Voraussetzungen für die Neubildung eines geschlossenen Hofes das Vorhandensein eines Wohn- und Wirtschaftsgebäude sowie einen Jahresdurchschnittsertrag des Hofes, welcher zum angemessenen Unterhalt von mindestens vier Personen ausreichen muss, vor.

Im Gegensatz zur alten Regelung sieht das neue Gesetz als Mindestertrag nicht mehr die Erhaltungsfähigkeit von mindestens 5 Personen, sondern nur mehr von 4 Personen vor.

Die Festsetzung des Mindestjahresdurchschnittsertrages war bereits seit Jahren Gegenstand leidenschaftlicher Diskussionen. Im Zuge eines Vortrages anlässlich der Fachtagung „Der geschlossene Hof“ im Jahre 1996 in Bozen machte der Innsbrucker Universitätsprofessor Dr. Bernhard Eccher bereits den Vorschlag, die Untergrenze für die Neubildung eines geschlossenen Hofes wie in Österreich (mit Ausnahme Tirols) auf zwei oder drei Personen herabzusetzen. Dagegen wurden jedoch verschiedene Einwände vorgebracht: So fürchtete man, dass man sich bei einer Herabsetzung der Untergrenze mit einer Vielzahl unberechtigter Ansuchen auf Hofschließung, die nur zum Zwecke des Bauens im „landwirtschaftlichen Grün“ gestellt werden, auseinandersetzen muss. Zu diesem Argument nimmt Professor Eccher wie folgt Stellung: *„Dieses Argument erscheint unklar: Sollte damit angedeutet werden, dass die Höfehörden dort, wo sie die Hofschließung und allenfalls eine Baumöglichkeit für gerechtfertigt halten, ein Auge zudrücken, wenn sie die Ertragsfähigkeit für fünf Personen – wohlgemerkt ohne Berücksichtigung als allfälliges Nebeneinkommen – bejahen, während sie in anderen Fällen unter Hinweis auf die schwer erreichbaren gesetzlichen Kriterien das Ansuchen ablehnen können?“* Ein anderes Argument welches gegen eine solche Herabsetzung in den Raum gestellt wurde, war, dass man in diesem Fall nicht mehr so viel

Baukubatur beanspruchen könne, weil der Hof nicht mehr für so viele Personen Existenzgrundlage sei.

Die Herabsetzung der Mindestgröße war schließlich auch bei der Abstimmung über den gegenständlichen Absatz im Landtag Gegenstand längerer Diskussionen. In seinem Begleitbericht zum Landesgesetzentwurf Nr. 69/01 „Höfegesetz“ führte der Landesrat für Landwirtschaft aus, dass sich der Gesetzgeber durch die Herabsetzung des Mindestertrages von fünf auf vier Personen der demographischen Entwicklung anpasse. Mehrere Abgeordnete der Oppositionsparteien befanden, dass der Großteil der heutigen Höfe auch nicht für den Erhalt von vier Personen ausreichen würde, weshalb die Anzahl der zu erhaltenden Personen noch weiter reduziert werden müsse. Carlo Willeit von den Ladins brachte diesbezüglich einen Änderungsvorschlag zum Gesetzesentwurf ein, wonach Art. 2 Abs. 1 dahingehend geändert werden sollte, dass für die Neubildung eines geschlossenen Hofes nur mehr die Erhaltung von drei Personen anstatt vier vorgesehen werden müsse. Gegen den Abänderungsantrag des Abgeordneten Willeit brachte der zuständige Landesrat Berger vor, dass „die Reduzierung von fünf auf vier Personen im Sinne der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht aufgrund irgendwelcher Überlegungen erfolgt“. Man dürfe das Schließen von Höfen oder das Auflösen von geschlossenen Höfen nicht zu leicht machen. Dieser Abänderungsantrag wurde vom Landtag jedoch nicht angenommen.

Obwohl auch der Lösungsvorschlag, wonach es für die Neubildung eines geschlossenen Hofes ein Jahresdurchschnittsertrag, welcher für den Erhalt einer zwei- bis dreiköpfigen Familie ausreichen würde, einige Vorteile mit sich bringen würde, hat sich der Landesgesetzgeber also letztendlich doch für die Lösung mit der Erhaltungsfähigkeit von 4 Personen entschieden, um einem Missbrauch des Höfegesetzes entgegenzuwirken.

Die Ergebnisse meiner empirischen Untersuchung zeigen, dass dieses Thema auch heute noch für Diskussionsstoff sorgt. So traten manche von mir befragte Personen für eine weitere Herabsetzung des Mindestertrages ein, andere hingegen finden die geltende Regelung für durchaus gerechtfertigt.

Die Obergrenze für die Neubildung eines geschlossenen Hofes wurde ebenfalls reduziert und zwar von der Erhaltungsfähigkeit von 15 Personen auf 12 Personen, wobei diese Obergrenze in Südtirol wohl kaum eine praktische Rolle spielt.

Im Bezug auf die Mindestgröße ist an dieser Stelle noch zu erwähnen, dass die Auflösung eines geschlossenen Hofes nur möglich ist, wenn der Ertrag

unter die Hälfte des für die Schließung erforderlichen Wertes fällt, also der Ertrag nicht einmal mehr für 2 Personen ausreicht.

In einem Rechtsgutachten zur Reform des Südtiroler Höfegesetzes, welches die Universität Innsbruck im Auftrag der Südtiroler Landesregierung erstellte, wurde vorgeschlagen, dass die Ertragsfähigkeit sowohl für die Neubildung als auch für die Auflösung eines geschlossenen Hofes gleich hoch sein sollte. Dieser Vorschlag wurde vom Südtiroler Gesetzgeber allerdings nicht in die Tat umgesetzt.

3. 2. Änderung am Bestand eines geschlossenen Hofes

Gemäß Art. 4 HöfeG muss die Bewilligung der örtlichen Höfekommission immer dann eingeholt werden, wenn die Größe eines geschlossenen Hofes oder der Umfang der mit dem Hof verbundenen dinglichen Rechte geändert werden soll und dies nicht auf eine Enteignung im Interesse der Allgemeinheit oder auf einen von der Landesregierung genehmigten Flurbereinigungsplan zurückzuführen ist. Auch bei der Einräumung eines Überbaurechts ist diese Bewilligung erforderlich.

Im Gegensatz zum alten Höfegesetz ist die Bewilligung der Höfekommission bei der Einräumung einer Erbpacht oder eines Weiderechts nicht mehr erforderlich. Dies hat seinen Grund in der Tatsache, dass sich derartige Fälle in der Praxis letzthin nicht mehr ergeben haben.

Mit der Reform wurde allerdings eine neue Bestimmung eingeführt, welche vorsieht, dass in einem Gerichtsverfahren zur Feststellung der eingetretenen Ersitzung eines Teiles eines geschlossenen Hofes die örtlich zuständige Höfekommission angehört werden muss.

Diese Regelung wurde mit der Überlegung eingeführt, dass dadurch weniger missbräuchliche Ersitzungsprozesse angestrengt werden, da die örtliche Höfekommission die örtlichen Verhältnisse kennt und in ihrer Stellungnahme den wahren Sachverhalt aufzeigen könnte.

Wie aus meiner Untersuchung allerdings hervorgeht, konnte durch diese neue Bestimmung die Zahl der Ersitzungsprozesse nicht wirklich reduziert werden. Diesbezüglich muss nämlich angemerkt werden, dass die Stellungnahme der örtlichen Höfekommission keinesfalls ein Beweismittel in einem Ersitzungsprozess darstellt. Zur Feststellung der Tatsache, ob die Voraussetzungen für die Ersitzung eines Teiles eines geschlossenen Hofes gegeben sind, kann die örtliche Höfekommission nach Meinung der von mir befragten Personen nicht beitragen. Allerdings haben letztere befunden, dass die Anhörung der Höfekommission trotzdem nicht überflüssig ist.

3. 3. Abtrennung von Grundstücken

Wenn dem Hof gleichzeitig ein anderes, für die Hofwirtschaft gleichwertiges Grundstück angegliedert wird, so kann die örtliche Höfekommission die Genehmigung zur Abtrennung von Teilen eines geschlossenen Hofes erteilen. Wenn schwerwiegende Gründe wirtschaftlich-sozialer Art oder landwirtschaftlichen Interesses vorliegen und der Gesamtertrag des geschlossenen Hofes nicht erheblich vermindert wird, so kann die Bewilligung zur Abtrennung eines Teiles des geschlossenen Hofes oder von mit dem Hofeigentum verbundenen dinglichen Rechten auch ohne Angliederung eines gleichwertigen Grundstückes gegeben werden.

Laut Art. 9 HöfeG kann die Bewilligung auch ohne Rücksicht auf den verbleibenden Hofertrag gegeben werden, wenn dies für den Bau oder die Instandsetzung von öffentlichen Wegen oder für die Bach- oder Flussverbauung notwendig erscheint.

Im Unterschied zum Text des ehemaligen Artikels 12 wurde der Bezug auf die „landwirtschaftlichen und industriellen Zwecke im öffentlichen Interesse“ weggelassen. Dadurch kann eine solche Bewilligung allgemein für „Bach- und Flussverbauungen“ erteilt werden. Außerdem wurde auch das Wort „nützlich“ aus dem Gesetzestext gestrichen. Damit wollte der Gesetzgeber vermutlich ausdrücken, dass die Abtrennung von Grundstücken für obgenannte Zwecke wirklich nur dann zulässig ist, wenn dies unbedingt notwendig ist.

Was die Bestimmung betrifft, wonach „die Bewilligung ohne Rücksicht auf den verbleibenden Hofertrag erteilt werden kann“, so wurde dagegen eingewandt, dass gerade beim geschlossenen Hof von dieser Möglichkeit abgesehen werden müsste, da eine Enteignung so durchzuführen sei, dass für das Privateigentum der geringste Schaden entstehe. Aus diesen Gründen sollte speziell beim geschlossenen Hof jede Enteignung für öffentliche Zwecke der Wert- und Ertragsverminderung der Hofeinheit Rechnung tragen. Daher sollte die Höfekommission überprüfen, ob sich die Enteignung anders gestalten lasse bzw. ob sie überhaupt notwendig sei.

Dieser Einwand wurde im neuen Gesetz jedoch nicht berücksichtigt und zwar mit der Begründung, dass in diesem Fall das Allgemeininteresse vor dem Einzelinteresse stehe. Mit dieser Regelung versucht der Gesetzgeber ein Verfahren vorzusehen, auf dessen Grundlage die Abtrennung eines Grundstückes für obgenannte Zwecke im gegenseitigen Interesse möglich ist. Die Abtrennung des Grundstückes unterliegt aber jedenfalls der Zustimmung der örtlichen Höfekommission.

Zum Schutz des Eigentümers des geschlossenen Hofes ist im 2. Absatz des Artikels 9 vorgesehen, dass der geschlossene Hof auf Verlangen des Eigentümers bzw. der Eigentümerin zur Gänze zu enteignen ist, wenn er durch die geplante Teilenteignung die Mindestgröße des geschlossenen Hofes gemäß Art. 2 HöfeG nicht mehr erfüllt.

Dadurch soll verhindert werden, dass der Hofeigentümer nach der Enteignung mit einem dermaßen kleinen Hof dasteht, mit welchem er im Grunde nichts mehr anfangen kann.

Die gegenständliche Regelung wird auch von den von mir befragten Praktikern befürwortet. Als Begründung wird vorwiegend angegeben, dass in diesem Fall das öffentliche vor dem privaten Interesse stehe. Es könne also nicht angehen, dass man beim Bau einer Straße unnötige Umwege macht, nur um die Mindestgröße des Geschlossenen Hofes zu gewährleisten. Zudem biete die Möglichkeit, wonach der Bauer die Enteignung des gesamten Hofes verlangen kann, wenn der Hof diese Mindestgröße nicht mehr erfüllt, genügend Schutz für den Bauern.

3. 4. Bestimmung des Hofübernehmers bei der gesetzlichen Erbfolge

Mit der Reform des Südtiroler Höfegesetzes wurden die Auswahl und die Rangfolge bei der Bestimmung des Hofübernehmers aufgrund neuer Kriterien festgesetzt.

Der neue Text sieht nur für den Fall, dass unter den Miterben keine Einigung über die Bestimmung des Hofübernehmers oder über die Höhe des Übernahmepreises erzielt wird, eine gerichtliche Entscheidung vor.

Eine wesentliche Neuerung im neuen Gesetz ist der Umstand, dass die Ungleichbehandlung zwischen Mann und Frau aus dem Südtiroler Höfegesetz beseitigt wurde.

Die über Jahrzehnte vorherrschende Meinung, wonach die Bevorzugung der männlichen Erben dadurch gerechtfertigt sei, dass diese als Hofübernehmer zur direkten Bearbeitung des Bodens berufen sind und aus diesem Grund keine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes zwischen den Geschlechtern im Höferecht bestünde, wurde im Laufe der Zeit immer mehr kritisiert und schließlich als überholt angesehen.

In der italienischen Rechtsordnung hat sich immer mehr das Gleichheitsprinzip zwischen den Geschlechtern durchgesetzt. Dies spiegelt sich auch im Alltag wider. Es gibt kaum noch vernünftige Gründe in der Arbeitswelt, welche die lange Zeit vorherrschende Meinung rechtfertigt, wonach ein Mann für gewisse Tätigkeiten geeigneter wäre als eine Frau. Dies wurde auch bei der Bewirtschaftung eines Hofes angenommen.

Der italienische Verfassungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung lange Zeit weder die Verfassungsmäßigkeit der Ungleichbehandlung zwischen Mann und Frau im Rahmen des Höferechtes bestätigt, noch verneint.

Infolge der Änderung gesellschaftlicher, sozialer und wirtschaftlicher Bedingungen revidierte er diese Meinung jedoch und erklärte diese Bestimmung des Südtiroler Höferechtes für verfassungswidrig.

Mit der Gesetzesnovelle aus dem Jahre 2001 reagierte der Gesetzgeber schließlich auf diese veränderten Voraussetzungen. Er schaffte die Bevorzugung des männlichen Geschlechts gegenüber dem weiblichen Geschlecht ab, womit er sich der staatlichen Gesetzgebung sowie den Vorgaben des Verfassungsgerichtshofes anpasste.

Die Ungleichbehandlung zwischen Mann und Frau stellte in der Praxis allerdings kaum ein relevantes Problem dar. Zum einen wurde und wird der Hofübernehmer in den meisten Fällen durch Hofübernahmeverträge unter Lebenden oder testamentarischer Bestimmungen ohnehin aufgrund der persönlichen Präferenz des Erblassers bestimmt. Zum anderen war es bei der alten Regelung so, dass nur für den Fall, dass zwei Erben absolut dieselben Voraussetzungen hatten, dem männlichen Erben der Vorzug gegeben wurde. Dies kommt in der Praxis allerdings nur selten vor. War es nämlich eine weiblich Erbin, die gewohnheitsmäßig am Hof mitarbeitete, dann wurde dieser der Vorzug vor dem männlichen Miterben gegeben.

Dieser Umstand wird auch durch das Ergebnis meiner Untersuchung bestätigt, wonach die Anzahl der weiblichen Hofübernehmer seit der Gesetzesreform aus dem Jahre 2001 nur unmerklich zugenommen hat.

Nichtsdestotrotz war die gesetzliche Gleichstellung der Geschlechter unter Berücksichtigung der veränderten gesellschaftlichen Anschauungen absolut notwendig.

Auf Grundlage derselben Überlegungen wurden die adoptierten Kinder den übrigen Kindern (eheliche und außereheliche Nachkommen) des Erblassers gleichgestellt.

Bei den Auswahlkriterien wurde im Rahmen der Verabschiedung des Gesetzes auch darüber diskutiert, welche gleichrangigen Nachkommen zu bevorzugen seien: Jene, welche eine landwirtschaftliche Schulausbildung genossen haben, oder jene, welche gewohnheitsmäßig auf dem Hof mitgearbeitet haben.

Letztendlich entschied man sich dafür, dass der Vorrang vor anderen Miterben jene Nachkommen haben, welche am Hof aufwachsen bzw. aufge-

wachsen sind, wobei bei mehreren solcher Miterben jenen der Vorrang gebührt, welche die letzten zwei Jahre vor der Eröffnung der Erbschaft gewohnheitsmäßig an der Bewirtschaftung und Bearbeitung des Hofes teilgenommen haben.

Erst wenn mehrere Miterben diese Voraussetzungen erfüllen, sind jene Miterben zu bevorzugen, die eine staatliche oder vom Land anerkannte Fachschule für Land- und Hauswirtschaft abgeschlossen haben oder eine andere vom Land anerkannte Ausbildung vorweisen.

Mit dieser Entscheidung hat der Gesetzgeber also der praktischen Erfahrung den Vorzug vor der theoretischen Ausbildung gegeben. Dass der Gesetzgeber dabei die richtige Entscheidung getroffen hat, geht eindeutig aus den Ergebnissen meiner Umfrage hervor.

Neben der gesetzlichen Erbfolge gibt es aber auch noch weitere Möglichkeiten der Hofübergabe. Es ist daher interessant zu erheben, welches die häufigste Übertragungsform geschlossener Höfe ist: Übertragung zu Lebzeiten (die sog. „Vorweggenommene Erbfolge“), gesetzliche Erbfolge, Bestimmung durch Testament.

Wie die Ergebnisse meiner Befragung zeigen, wird der Großteil der geschlossenen Höfe durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden übertragen. Die Hofübernahme zu Lebzeiten bietet gegenüber der Hofübernahme im Erbweg eine Reihe von Vorteilen, wie z.B. die Bestimmung des geeigneten Zeitpunkts der Hofübernahme, die gemeinschaftliche, gütliche Regelung der Hofübernahme durch einen Hofübernahmevertrag und natürlich weitere Vorteile.

Diesen Vorteilen stehen auf der anderen Seite aber auch Nachteile gegenüber. Beispiele hierfür sind, dass der Hofübergeber sowohl das Eigentum als auch jegliches Mitspracherecht am Hof verliert, oder die Probleme, die entstehen, wenn der Hofübernehmer den Hof verkauft, bevor der Hofübergeber verstirbt, oder der Hofübernehmer vor dem Hofübergeber verstirbt.

Diese Risiken können vom Hofübergeber durch entsprechende Klauseln im Hofübernahmevertrag weitestgehend ausgeschaltet werden.

Auch bei der Hofübergabe durch Rechtsgeschäft unter Lebenden gilt als Grundlage für die Auszahlung der weichenden Erben nicht der Handelswert, sondern der Ertragswert; dies um den Fortbestand des Hofes zu sichern.

Andere Bestimmung betreffend die vorweggenommene Erbfolge bzw. die Übergabe zu Lebzeiten sind im Gesetz nicht vorgesehen. Es stellt sich da-

her die Frage, ob weitere Sonderregeln in diesem Zusammenhang wünschenswert wären. Die von mir befragten Personen sind jedoch der Meinung, dass keine weiteren Sonderbestimmungen, welche die Übertragung zu Lebzeiten betreffen, notwendig seien.

3. 5. Der Übernahmepreis

Die Höhe des Übernahmepreises richtet sich in erster Linie nach einer diesbezüglichen Festlegung durch den Erblasser selbst. Ist eine solche Festlegung nicht vorhanden, oder sind der Hoferbe oder die weichenden Erben damit nicht einverstanden, kommt es zur gesetzlichen Festsetzung des Hofübernahmewertes.

Wie bereits erwähnt errechnet sich der Übernahmepreis jedoch nicht auf Grundlage seines Marktwertes, sondern auf Basis des Ertragswertes. Der Gesetzgeber hat dabei die Kriterien für die Bewertung des Übernahmepreises minuziös genau geregelt.

Die Bewertung des Übernahmepreises, welche bereits seit dem Erlass des Südtiroler Höferechts für Diskussionsstoff sorgt, wurde auch im Rahmen der Reform des Höfegesetzes ausgiebig behandelt.

Es wurde von mehreren Seiten die Forderung gestellt, dass die Bewertung des Übernahmepreises bei Nebenerwerbsbauern anders erfolgen sollte, als bei Vollzeitbauern. Der Nebenerwerb sollte bei der Bewertung also Berücksichtigung finden.

Der Grundsatz, dass der Übernahmepreis auf Grundlage des Ertragswertes festgelegt wird, fußt auf dem althergebrachten Grundsatz im Höferecht, dass der Übernahmepreis so zu bestimmen sei, dass der Hofübernehmer „wohl bestehen“ kann.

Dieser Grundsatz geht aber von der Prämisse aus, dass der Übernehmer und seine Familie ganz oder vorwiegend vom landwirtschaftlichen Einkommen leben mussten. Wäre der Übernahmepreis auf Grundlage des Marktwertes bestimmt worden, so wäre ein Überleben auf dem Hof in vielen Fällen nicht möglich gewesen.

In der heutigen Zeit haben sich diese Voraussetzungen allerdings verändert. Vielfach ist es so, dass der Hofübernehmer hauptberuflich einer anderen Tätigkeit nachgeht und dadurch nicht mehr primär vom Hofertrag lebt.

Dieser Umstand war ausschlaggebend, dass mehrere Seiten forderten, dass bei der Ermittlung des Übernahmepreises, das Einkommen des Übernehmers aus seiner Nebenerwerbstätigkeit berücksichtigt werden sollte,

um einen gerechten finanziellen Ausgleich zwischen den Miterben zu erhalten.

Gegen diese Forderung wurde argumentiert, dass der Bauer das Einkommen aus der Nebenerwerbstätigkeit ohnehin wieder in den Hof investiere und dass die Arbeit auf dem Hof auch die gleiche bleibe. Außerdem sei die Erhaltungsfähigkeit einer Familie mit den ausschließlichen Erträgen aus dem Hof nicht gewährleistet.

Der Gesetzgeber hat sich bei der Lösung dieses Problems dafür entschieden, die Erträge aus der Nebenerwerbstätigkeit des Bauern nicht zu berücksichtigen.

Der Großteil der von mir bisher befragten Personen befürwortet diese Entscheidung.

3. 6. Die Nachtragserbteilung

Für den Fall, dass der Hofübernehmer den Hof oder Teile davon innerhalb von 10 Jahren nach dem Erbfall, bzw. nach der Hofübernahme veräußert, so ist er verpflichtet, jenen Betrag zur Nachtragserbteilung herauszugeben, um den der bei einem Verkauf erzielbare Erlös den Übernahmspreis übersteigt.

Diese Bestimmung wurde im Rahmen der Reform ebenfalls grundlegend überarbeitet. Im alten Text war vorgesehen, dass der den weichenden Erben auszubezahlende Betrag aus der Differenz zwischen dem Verkaufserlös und dem Übernahmspreis gebildet wurde.

Diese Regelung wurde in der Praxis jedoch allzu oft umgangen, indem beispielsweise ein niedriger Verkaufspreis angegeben wurde, als der tatsächlich erzielte. Diese Neuregelung war daher absolut notwendig geworden, um diesen Missbräuchen entgegenzutreten.

Wie aus meiner Befragung jedoch hervorgeht, weißt auch diese neue Regelung einige Mängel auf: Z.B. ist unklar, auf Grundlage welcher Kriterien der zu erzielende Preis berechnet werden soll.

Ein anderer Punkt dieser Bestimmung sieht vor, dass die Nachtragserbteilung nicht zum Tragen kommt, wenn der Hofübernehmer nach dem Verkauf eines Teiles des geschlossenen Hofes ein gleichwertiges Grundstück kauft. Es ist absolut fraglich, was mit gleichwertigem Grundstück gemeint ist. Handelt es sich dabei um ein Grundstück gleicher Größe, gleicher Güte, oder um ein Grundstück mit demselben Wert. Bedenkt man z.B. den Fall, dass der Hofübernehmer 5.000 m² als Baugrund verkauft. Gilt als gleichwertiges Grundstück jedes Grundstück, welches dieselbe Größe

aufweist, oder muss es sich dabei ebenfalls um einen Baugrund handeln, welcher denselben Wert hat. Baugrund hat bekanntlich einen vielfach höheren Wert als ein Grundstück, welches als landwirtschaftliches Grün ausgewiesen ist.

Es zeigt sich also, dass diesbezüglich im neuen Gesetz noch mehrere Punkte unklar sind.

3. 7. Ansprüche des überlebenden Ehegatten und der minderjährigen Nachkommen

Die Stellung des überlebenden Ehegatten sowie der minderjährigen Nachkommen wurde mit dem neuen Gesetz ebenfalls neu geregelt.

Art. 34 des Höfegesetzes sieht zu Gunsten des überlebenden Ehegatten im Gegensatz zum alten Text das Recht auf ein Ausgedinge vor. Dieses Recht enthält nicht bloß ein Wohnrecht und das Recht auf Benützung der Einrichtung, sondern ein Recht auf einen den ortsüblichen Lebensumständen und der Leistungsfähigkeit des Hofes angemessenen Unterhalt, wenn der Ehegatte sich nicht aus eigenem Vermögen oder Einkommen erhalten kann.

Wenn schwerwiegende Gründe vorliegen, wie unverschuldete Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Hofübernehmers, unverschuldete Erhöhung der Bedürfnisse des überlebenden Ehegatten und Unzumutbarkeit des weiteren Verbleibens auf dem Hof infolge ständiger Zwisigkeiten, kann der Unterhalt auf Lebzeiten jederzeit vermindert oder erhöht oder anders gestaltet werden.

Im Falle der Übertragung des Hofes unter Lebenden oder von Todes wegen, kann die Verpflichtung des Übernehmers zum Unterhalt des Übergebers und dessen Ehegatten durch die grundbücherliche Eintragung dieser Verpflichtung als Reallast sichergestellt werden.

Auch die Stellung der minderjährigen Nachkommen des Erblassers wurde mit dem neuen Gesetz wesentlich verbessert. Der Gesetzgeber orientierte sich dabei an den in Österreich geltenden Höfegesetzen, welche bereits so genannte Versorgungsansprüche minderjähriger Nachkommen des Erblassers vorsahen.

Mit dem neuen Art. 35 des Südtiroler Höfegesetzes wird die Versorgung von minderjährigen Nachkommen des Erblassers, die auf dem Hof leben, gesichert, sofern sie nicht ihren Unterhalt aus eigenen Einkünften oder eigenem Vermögen bestreiten können oder von anderer Seite erhalten werden können.

Dieser Anspruch auf dem Hof erhalten zu werden erlischt, sobald der Minderjährige sich selbst erhalten kann, und dauert längstens bis zu dessen Volljährigkeit.

Während der Dauer des Unterhalts des Minderjährigen auf dem Hof werden seine Abfindungsansprüche nicht fällig.

3. 8. Änderung von Verfahrensregeln

Im Rahmen der Reform wurden auch mehrere Verfahrensbestimmungen des Gesetzes abgeändert. Bisher war es so, dass über die Festsetzung des Hofübernehmers und anderer mit der Hofübernahme zusammenhängende Fragen nach den Bestimmungen eines streitigen Verfahrens entschieden wurde, während die Festsetzung des Übernahmepreises nach den Bestimmungen eines außerstreitigen Verfahrens vorzunehmen war, was zur Führung zweier Prozesse zwang, mit all den damit verbundenen Nachteilen, wie Zeitverlust und hohe Prozesskosten.

Die neue Regelung sieht vor, dass die Bestimmung des Hofübernehmers gleichzeitig mit der Festsetzung des Übernahmepreises durch das Gericht in ein und demselben Verfahren zu erfolgen hat.

Mit der neuen Regelung werden daher alle mit der Hofübernahme auftretenden Streitigkeiten in einem einzigen Verfahren, vor ein und demselben Richter abgewickelt.

Neu ist ebenfalls, dass als Voraussetzung für die Einbringung einer Klage vor Gericht, die sich auf die Regelung der geschlossenen Höfe bezieht, ein Schlichtungsversuch vor der Abteilung Landwirtschaft der Provinz Bozen zu erfolgen hat.

Diese neue Regelung ist äußerst begrüßenswert. Meine Untersuchung hat nämlich gezeigt, dass es der Abteilung Landwirtschaft der Provinz Bozen, vor welcher der Schlichtungsversuch stattfindet, schon ein ums andere Mal gelungen ist, ein streitiges Verfahren zu verhindern.

Als Verfahrenstyp ist nunmehr der Ritus des Arbeitsverfahrens vorgesehen. Dieses Verfahren ist gegenüber dem allgemeinen Streitverfahren schneller und daher für die Parteien günstiger.

Mit diesen Änderungen wollte der Gesetzgeber die Anzahl der Verfahren verringern, die Kosten reduzieren und die Dauer der Abwicklung verkürzen. Meine Befragung hat, zumindest was die Dauer des Verfahrens angeht, gezeigt, dass diese im Vergleich zur alten Regelung nur unwesentlich verkürzt wurde. Die Kosten des aktuellen Verfahrens hingegen konnten durchaus gesenkt werden. Wie bereits gesagt, konnten durch den obligato-

rischen Schlichtungsversuch, seit der Geltung des neuen Gesetzes einige Verfahren verhindert werden.

3. 9. Die örtliche Höfekommission

In jeder Gemeinde besteht eine so genannte „örtliche Höfekommission. In den Gemeinden, die aus mehreren Fraktionen oder Katastralgemeinden bestehen, kann für jede Fraktion oder Katastralgemeinde oder für einige derselben eine gesonderte Höfekommission errichtet werden. Die Entscheidung darüber steht dem Landesausschuss zu.

Im Zuge der Reform wurde auch die Bestimmung, welche die örtliche Höfekommission regelt, geändert. Zwar besteht sie wie bisher aus drei Mitgliedern. Allerdings wird der Vorsitzende nicht mehr vom Bezirksausschluss des Südtiroler Bauernbundes, sondern vom Bezirksausschuss des am stärksten vertretenen Bauernbundes vorgeschlagen. Auch die anderen zwei Mitglieder werden nicht mehr vom Ortsausschuss des Südtiroler Bauernbundes vorgeschlagen, sondern ebenfalls vom Ortsausschuss des am stärksten vertretenen Bauernbundes. Das vom Ortsausschuss vorgeschlagene Mitglied muss nicht mehr, wie bei der früheren Regelung, aus dem Kreise der Bauern der Gemeinde, Fraktion oder Katastralgemeinde, in der die Kommission ihre Tätigkeit ausübt, gewählt werden.

Um den sich geänderten Verhältnissen in der Landwirtschaft, der Wahrung des Gleichheitsprinzips zwischen Mann und Frau gerecht zu werden, sieht das neue Gesetz vor, dass eine der drei Mitglieder der Höfekommission eine Frau sein muss.

Die Vergütung, welche dem Vorsitzenden der Kommission gewährt wird, wird nicht mehr im Gesetz mit einem bestimmten Höchstbetrag festgesetzt, sondern wird nunmehr mit Beschluss der Landesregierung festgelegt.

Die neue Regelung der örtlichen Höfekommission sieht vor, dass bei Fehlen der Beschlussfähigkeit der Höfekommission die Landesregierung innerhalb von 60 Tagen ab Eintritt dieses Ereignisses eine neue Kommission einsetzt, für welche die Vorschläge für die Bestimmung der Mitglieder von den zuständigen Gremien innerhalb von 30 Tagen ab der entsprechenden Aufforderung des Landesrates für Landwirtschaft eingebracht werden müssen.

Falls diese Vorschläge nicht fristgerecht eingebracht werden, so bestellt die Landesregierung einen außerordentlichen Kommissar, der die Aufgaben der Höfekommission wahrnimmt.

Die neue Höfekommission bzw. der außerordentliche Kommissar bleiben bis zum Ende der Amtsperiode der ersetzten Höfekommission im Amt.

Im Vorfeld der Reform des Südtiroler Höferechtes wurde von mehreren Seiten gefordert, dass der örtlichen Höfekommission zwingend eine fachlich besonders ausgewiesene Person angehören sollte.

Im neuen Gesetz wurde eine solche Bestimmung schließlich dann doch nicht aufgenommen. Meiner Meinung nach wäre dies aber durchaus zu empfehlen, um Interessenskonflikte zu vermeiden. Aus meiner Befragung geht nämlich hervor, dass die Effizienz der örtlichen Höfekommission oft dadurch gemindert wird, dass dieser Personen angehören, die selbst ein Interesse am zu behandelnden Thema haben. Dieses Problem könnte durch die Beiziehung eines Experten, welcher seinerseits kein Bauer ist, sicherlich gelöst werden.

4. Abschließende Bemerkungen

Abschließend kann gesagt werden, dass das Höferecht in Südtirol immer noch eine zentrale Rolle in der Landwirtschaft darstellt. Dank der besonderen Bestimmungen des Höferechtes, ist es bis heute möglich eine Zerstückelung der bäuerlichen Landschaft zu verhindern sowie bäuerliche Kleinbetriebe zu erhalten.

Mit der Reform des Südtiroler Höferechtes aus dem Jahre 2001 hat der Gesetzgeber das Höferecht den neuen Erfordernissen der Zeit angepasst. Außerdem ist es ihm gelungen verschiedene Bestimmungen, welche nicht mehr zeitgemäß waren oder den Bestimmungen der italienischen Verfassung widersprachen, zu beseitigen.

Insgesamt kann man sicherlich sagen, dass das Südtiroler Höfegesetz mit der Reform in wesentlichen Teilen verbessert wurde. Wie aus meiner Untersuchung jedoch hervorgeht, gibt es immer noch einige Themen, welche für Diskussionsstoff sorgen und durchaus verbesserungsfähig sind.

Herwig Bichler

Bestattungsvertrag: Parteienlegitimation und Geschäftsanbahnung

„Was es denn da Besonderes gäbe?“ und „Da könnte man doch gleich den Werkvertrag behandeln“ waren gängige Kommentare zum Vorhaben, den Bestattungsvertrag nicht bloß durch die rechtstheoretische Brille, sondern auch empirisch zu betrachten und zu untersuchen.

Die Befassung mit dem heute weitgehend aus dem Alltagsleben verbannten Thema Tod und Sterben war mit vielen interessanten Gedanken und Erfahrungen verbunden, die oft genug bloß eine persönliche Bereicherung darstellten ohne sich in nennenswertem Ausmaß direkt für die Dissertation verwerten zu lassen. Beispielhaft seien erwähnt, die historische aber auch gegenwärtige Rolle des Todes für Rechtsentwicklung und Kultur, das Wesen der „Person“ und Beginn und Ende ihrer Existenz, die Auswirkungen der Totenbeschau auf die Kriminalstatistik, die Entwicklung des Bestattergewerbes als notwendige Antwort auf die Verbannung des Todes aus dem sozialen Alltag und die Geschichte des „Grabluxus“ bis hin zu aktuellen Trends und den Gebieten Bestattung und Trauer samt ihrer Bewältigung.

Aber auch nicht bloß auf das Bestattungswesen bezogene, sondern Rechtsbereiche von allgemeiner Bedeutung, gerieten unter kritische Betrachtung: So etwa die Frage, unter welchen Umständen die Abänderung einer rechtserzeugenden Norm zur Aufhebung der erzeugten führt. Vor der Gewerbeliberalisierung 2002 war die Ausübung des Bestattergewerbes an eine Bedarfsprüfung gebunden. Als Ausgleich für die so entstandenen regionalen Monopole war die Erlassung einer Tarifverordnung zwingend vorgeschrieben. Nach Fall der Bedarfsprüfung war eine Tarifverordnung nicht mehr verpflichtend, sondern nur in besonderen Fällen vorgesehen (z. B. Preispolitik zum Nachteil der Konsumenten). Die Tarifverordnungen wurden aber nicht in allen Bundesländern förmlich aufgehoben, weil manche Länder der Ansicht waren, daß mit dem Wegfall einer Verordnungspflicht auch die aufgrund dieser Verpflichtung erzeugten Tarifverordnungen automatisch außer Kraft treten würden. Argumentierbar wäre aber auch, daß Tarifverordnungen ja weiterhin möglich sind und der Umstand, daß eine Tarifverordnung nicht förmlich aufgehoben wird den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck bringt, die bisher geltende (verpflichtende) Tarifverordnung auch weiterhin als gültig zu betrachten, weil eben die Umstände für die Erlassung einer möglichen Tarifverordnung vorlä-

gen. Der interessierte Bürger konnte also im Rechtsinformationssystem des Bundes (www.ris.bka.gv.at) Bestatter-Tarifverordnungen finden, die nach Ansicht mancher Landesjuristen automatisch außer Kraft getreten wären, nach anderer Ansicht aber Gültigkeit besäßen. Dem Rechtsunterworfenen, der sogar die selten beobachtbare Mühe der Rechtsrecherche auf sich nimmt, bleiben derartige Überlegungen freilich verborgen. Er findet eine (scheinbar?) gültige Norm und hat keinen Grund an deren Berechtigung zu zweifeln. Die Vorarlberger Tarifverordnung wurde aufgrund dieser Arbeit aus dem Rechtsinformationssystem entfernt, die burgenländische Tarifverordnung dürfte immer noch dort auffindbar sein und burgenländische Bestatter sind – als Ergebnis der empirischen Untersuchung – geteilter Ansicht über deren Geltung.

Eine weitere, nicht bloß auf das Bestattungswesen beschränkte Frage bezieht sich auf das mE kaum thematisierte Spannungsverhältnis zwischen Bundesstaatlichkeit und der verfassungsrechtlichen Einheit des österreichischen Wirtschaftsraumes (Art 4 B-VG). Fallweise – so auch im Bereich Bestattung – entstehen durch Landesgesetzgebung Verkehrsbeschränkungen zwischen den Bundesländern, die zwischen EWR-Staaten nicht haltbar wären.

Durch die branchentypische „Diskretion“, die Tabuisierung der Thematik und dem Umstand, daß Kritik an Rechnungen über Bestattungsdienstleistungen weitgehend als unschicklich gilt, ist es zu erklären, daß jeder Feedbackmechanismus, der rechtspolitischen Druck erzeugen würde, fehlt. Nach diesem Abstecher nun zurück zum eigentlichen Thema dieses Referates:

Bestattungsverträge weisen schon ganz offensichtliche Besonderheiten auf:

Die schlechte Vorbereitung, mit der ein Geschäft dieser Größenordnung sonst nicht geschlossen wird. Die Tabuisierung verhindert hier frühzeitige Gespräche über das unvermeidliche Lebensende und damit ebenbürtige Vertragspartner des Bestattungsunternehmens. Ein Gebrauchtwagenkauf ist üblicherweise besser vorbereitet, die Bestattung wird meist ahnungslos in Auftrag gegeben.

Der Zeitdruck, unter dem Bestattungsverträge geschlossen werden. Für lange Preis- und Leistungsvergleiche bleibt keine Zeit, auch wenn der Sterbeort in Klinik oder Heim gelegen ist.

Der soziale Druck bestimmt die Vertragsinhalte nicht unwesentlich. Die Wertschätzung für die verstorbene Person hat sich auch im Bestattungsaufwand niederschlagen, die Erwartungen des sozialen Umfeldes gilt es zu erfüllen.

Die psychische Verfassung der BestellerInnen ist keine ideale Voraussetzung Geschäfte solcher Größenordnung und Bedeutung zu schließen.

Die Situation eines unter den Anbietern perfekt aufgeteilten Marktes wirkt ebenfalls auf die konkrete Ausgestaltung der Bestattungsverträge. Auch nach Fall der Bedarfsprüfung 2002, ist es für Jungunternehmer nicht einfach, gegen den etablierten Platzhirsch anzutreten, sofern die Zunft überhaupt die Befähigungsprüfung ermöglicht. Es darf den Bestattern aber nicht angelastet werden, daß ihr Gewerbe überhaupt notwendig ist und sie zwangsläufig am Unglück anderer verdienen. Die ambivalente Beziehung zum Bestatter ist vor allem in ländlichen Gegenden, wo der Bestatter nicht bloß als solcher präsent ist, sonder auch soziale Rollen abseits urbaner Anonymität spielt, von Bedeutung. Ausschlaggebend ist jedenfalls die faktische Vormachtsstellung am Markt.

Vor der rechtlichen Betrachtung muß eine Beleuchtung der Funktionen der Bestattung und ihrer Rituale stehen, um Ansprüche und Schutzwürdigkeiten der Beteiligten ausreichend beurteilen zu können:

Die – ganz nüchtern betrachtet – fachgerechte Entsorgung des toten Körpers ist eine gesundheitspolizeilich gebotene Maßnahme im öffentlichen Interesse, auch wenn ein Leichnam nicht an sich gefährlich ist; Leichengift als solches ist ein Mythos. Eine Leiche ist aber Nährboden auch für infektiöse Organismen und bedarf der entsprechenden Behandlung.

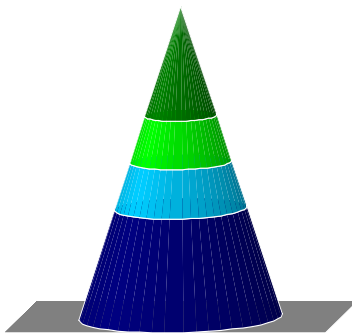
Der Aufrechterhaltung des Menschenbildes oder der menschlichen Würde dienen der pietätvolle Umgang mit dem Leichnam sowie die Achtung zu Lebzeiten geäußerte Wünsche der verstorbenen Person. ME ist das Konstrukt der „fortlebenden Persönlichkeitsrechte“ zumindest hier verzichtbar. Im Schutzbereich pietätvollen Umgangs mit Leichen und der Achtung letztwilliger Wünsche stehen ME die Lebenden. Damit ist keinesfalls eine Abwertung verbunden. Aber während eine nicht (mehr) existente Person keine rechtlichen, tatsächlichen oder sonstigen Interessen haben kann, wirkt sich die wahrgenommene Erfahrung lebender Personen bezüglich des Umgangs mit Verstorbenen und deren Wünschen ganz gewaltig auf das Selbstbild aus. Wenn Körper und Wünsche aktuell verstorbener Personen nichts wert sind, ist das auch in Hinblick auf den eigenen Tod zu erwarten und wertet somit den lebenden Menschen ab. Zudem halten nahestehende Hinterbliebene eine Zeit lang an der Existenz der verstorbenen Person fest, welche durch den Leichnam repräsentiert wird.

Auch hier geht es um die Interessen der lebenden Hinterbliebenen.

Die Bestattung und ihre Rituale dienen als einmalige und unwiederbringliche Chance der erfolgreichen Trauerbewältigung. Die Nichtberücksichtigung berechtigter Interessen kann aus der normalen Trauer – die mehr als ein bloßes Unlustgefühl ist – ein ernstes Krankheitsbild entstehen lassen.

Die Art und Durchführung der Bestattung sowie der damit verbundenen Rituale signalisiert dem sozialen Umfeld einerseits die Bedeutung der verstorbenen Person für die Hinterbliebenen, aber auch den Grad der Bereitschaft, sich an Traditionen zu halten oder diese modifizieren zu wollen. Insofern ist eine gesellschaftliche Funktion feststellbar, die freilich regional unterschiedlich ausgeprägt ist

Daneben ist eine Bestattung eine gewerbliche Leistung mit wirtschaftlicher



Bedeutung, wobei das Bedauern dieses Umstandes und die einseitige Zurechnung (der Bestatter-Sphäre) dieser Entwicklung recht heuchlerisch wäre. Der Kegel links zeigt den Umfang von Bestattungsleistungen samt dem Grad öffentlichen Interesses (blau = öffentliches, grün = privates Interesse). Der

dunkelblaue Bereich (■) stellt die Entsorgung als gesundheitspolizeiliche Maßnahme mit großem öffentlichem Interesse dar. Der hellblaue Bereich (■) ist die notwendige Pietät, deren Einhaltung (Menschenbild) ebenfalls im öffentlichen Interesse steht und außer im Seuchenfall als Mindeststandard der Entsorgung zu gelten hat (einfache Bestattung, deren Kosten notfalls vom Staat zu tragen sind). Der hellgrüne Bereich (■) ist ein Mehr an Pietät, dessen Einhaltung schon weniger im öffentlichen Interesse liegt und durch eine sogenannte standesgemäße Bestattung verwirklicht wird, die der Trauerbewältigung und sozialen Signalwirkung dient (und deren Kosten gem. § 549 ABGB am Nachlaß haften). Der dunkelgrüne Bereich (■) symbolisiert den „Grabluxus“, an welchem als Instrument der Selbstdarstellung kein öffentliches Interesse besteht bzw. diesem sogar zuwiderläuft.

Vertragspartei

Vertragspartei des Bestatters werden einerseits sogenannte Vorsorger, welche die eigene Bestattung zu Lebzeiten regeln, oder Dritte, die die Bestattung einer verstorbenen Person veranlassen. Die Selbstverständlichkeit, mit der letztere Aufgabe in der Praxis übernommen wird, steht im krassen Gegensatz zur rechtstheoretischen Problematik der Legitimation.

Die meisten Landesgesetze (nicht in Tirol) regeln diese Zuständigkeit. Meist als Verpflichtung zur Bestattungsobsorge formuliert (teils unter Strafandrohung!), wird nach rein formellen Kriterien eine Rangfolge der Verpflichteten festgelegt, die LebensgefährtenInnen regelmäßig unberücksichtigt lässt oder an letzter Stelle reiht. Für zusätzliches Konfliktpotential sorgen Landesgesetzgeber, die nicht nur eine *Verpflichtung* zur Bestattungsobsorge formulieren – die wohl nur bei Fehlen freiwilliger zum Tragen käme –, sondern eine Rangfolge der *Berechtigten* nach untauglichen Kriterien erstellen und somit nahestehende Hinterbliebene von dieser für deren Trauerbewältigung wichtigen Aufgabe ausschließen würden. Absolut unpraktikabel auch das Ansinnen mancher Landesgesetzgeber, die Pflicht zur Bestattungsobsorge und das Recht zur Bestimmung der Bestattungsart (und analog dazu wohl weiterer Vertragsinhalte) auf verschiedene Personen zu verteilen. Die lebensfremden Bestimmungen haben allerdings kaum praxisrelevante Auswirkungen, weil die Leichen- und Bestattungsgesetze kaum jemand kennt und schon gar nicht vollständig beachtet; auch Bestatter nicht. Dieser Umstand (das fehlende Feedback) führt zum Fehlen jeden Drucks auf den Gesetzgeber, untaugliche Gesetze zu reparieren und an die gelebte Praxis anzupassen.

Für sogenannte nicht in Anspruch genommene Leichen wird der Staat, regelmäßig die Gemeinde, zuständig und hat diese den Anatomischen Instituten zu Forschungszwecken anzubieten. Zumindest das Innsbrucker Institut lehnt regelmäßig ab, weil es Institutspolitik ist, bloß zu Lebzeiten freiwillig der Anatomie überschriebene Körper anzunehmen. Dies ist freilich leicht zu tun, wenn die Freiwilligen ausreichen und den Bedarf decken. Zudem sind „nicht in Anspruch genommene Leichen“ oftmals nicht im besten Zustand und nur bedingt geeignet.

Der OGH gibt in seiner RSpr den tatsächlich nahestehenden Hinterbliebenen neben den geäußerten oder mutmaßlichen Wünschen der Verstorbenen den Vorzug vor formal näher verwandten Personen.

Versuch, einer widerspruchsfreien, verfassungs- und weitgehend normtextkonformen Systematisierung:

Die Verpflichtung zur Bestattungsobsorge kann mE keine Verpflichtung zum Vertragsschluß darstellen. Erstens wäre eine solche absolut unverhältnismäßig und könnte aufgrund der Marktstruktur der regionalen Monopole höchstens auf Seiten der Bestattungsunternehmen bestehen. Zweitens wäre dies als zivilrechtliche Bestimmung eine verfassungswidrige Anmaßung von Bundeskompetenzen. Das Leichen- und Bestattungswesen ist ausdrücklich aus der Bundeskompetenz „Gesundheitswesen“ ausgenommen und fällt somit – mangels weiterer Erwähnungen – in die Kompetenz der Länder. Die deutliche Ausgliederung aus dem Gesundheitsbereich indiziert und stützt die Behauptung, daß die Länder (bloß) die gesundheitspolizeilichen Belange und keinesfalls zivilrechtliche regeln sollen. B-VG Art 15 Abs 9 ermächtigt die Länder zwar *erforderliche* zivilrechtliche Bestimmungen zu erlassen, die zivilrechtliche Verpflichtung zum Abschluß eines Bestattungsvertrages durch Hinterbliebene ist aber für die Regelung des Bestattungswesens keineswegs erforderlich. Empirisch bewiesen ist dies durch das Fehlen einer derartigen Bestimmung in Tirol, wo die Bestattungspraxis nicht schlechter als in anderen Bundesländern funktioniert.

Wenn die Landesgesetze nicht zum Vertragsschluß verpflichten können, könnte in der Verpflichtung zur Bestattungsobsorge bei verfassungskonformer Interpretation eine verwaltungsrechtliche Inpflichtnahme geringerer Intensität gesehen werden. Die Verpflichteten werden von der an sich für die gesundheitspolizeilich gebotene Entsorgung und Bestattung der Leiche zuständigen Behörde in die Pflicht genommen, dies an Stelle der (oder für die?) Behörde zu veranlassen. Inpflichtnahmen sind verfassungsrechtlich grundsätzlich möglich und die Intensität des Eingriffs scheint recht gering, gehört die Bestattungsobsorge doch üblicherweise ohnehin zu den familiären Aufgaben. Außerdem ist mit der Inpflichtnahme keinerlei Kostentragung verbunden: Die Kosten einer standesgemäßen Bestattung haften am Nachlaß (§ 549 ABGB) und die Kosten einer einfachen Bestattung (die nach der RSpr ebenfalls ortsüblich zu sein hat) wären notfalls von der öffentlichen Hand zu tragen.

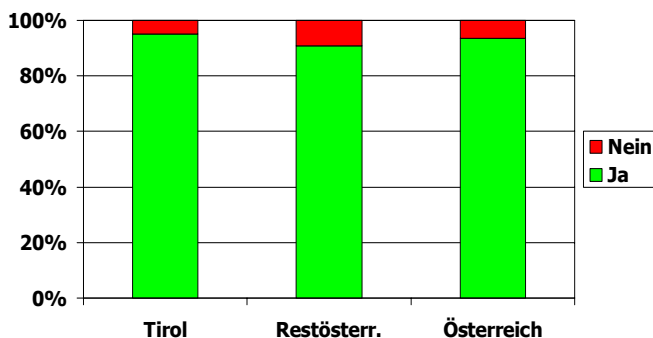
Zudem käme die Verpflichtung, nur bei Fehlen freiwilliger Übernahme der Bestattungsobsorge zum Tragen; also in praktisch seltenen Fällen.

Problematischer sind jene Fälle, in denen die Landesgesetze Berechtigungen formulieren. Hier könnte Verfassungswidrigkeit hinsichtlich der Kompetenzverteilung angenommen werden, weil die vorrangige Berechtigung zum Vertragsschluß einen Zivilrechts-Tatbestand darstellt und auch einen rechtswidrigen Eingriff in die persönlichen Rechte der nahestehenden Hinterbliebenen darstellen könnte.

Zusammenfassend wären somit in erster Linie die tatsächlich nahestehenden Personen zur Bestattungsobsorge berechtigt, in Ermangelung solcher die Gemeinde für die gesundheitspolizeilich gebotene Verbringung des Leichnams zuständig, die sich dabei des Instruments der Inpflichtnahme bedient.

Empirische Daten zur Vertragspartei

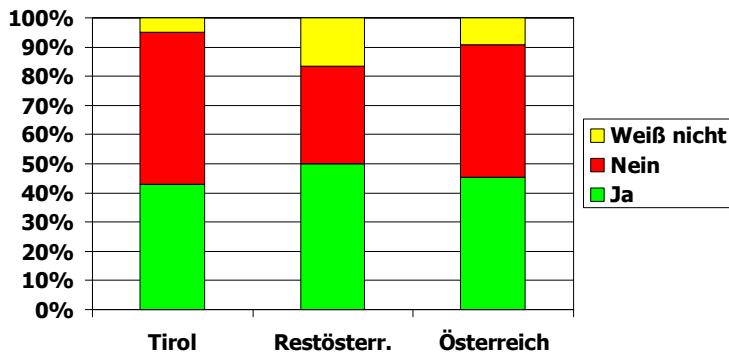
Für dieses Referat wurde (noch) keine Inferenzstatistik gerechnet (obwohl die Stichprobengröße dies zuließe), das heißt es kann hier keine Aussage darüber getroffen werden, wie hoch die Wahrscheinlichkeit für ein Zufallsergebnis ist.



Die Daten sind vorläufig bloß als Erkundungsexperiment zu betrachten

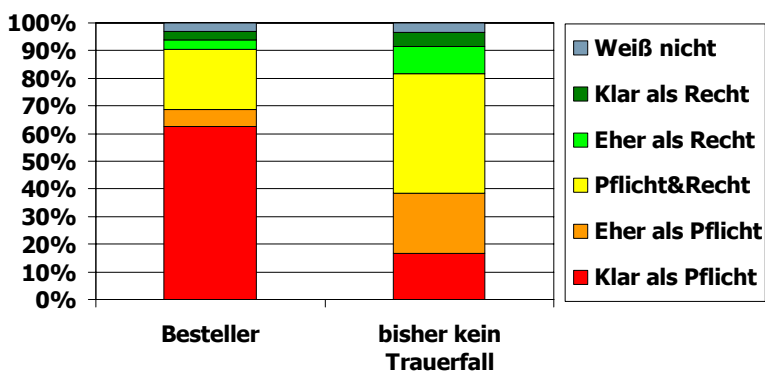
„Haben Sie sich gleich für die Bestattung zuständig gefühlt?“ haben ca. 60 Besteller einer Bestattung (je ca. 30 aus Tirol und 30 aus Restösterreich) überwiegend mit JA beantwortet (linke Grafik).

Zwischen Tirol (keine gesetzliche Regelung) und Restösterreich sind keine signifikanten Unterschiede festgestellt worden.

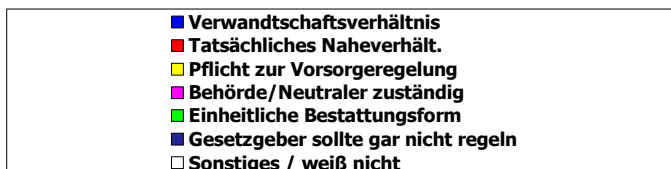
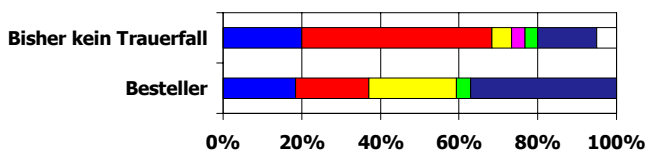


„Ob sich noch andere Personen zuständig gefühlt haben“, wurden die Besteller gefragt. Deren Anteil dürfte noch größer als die erhobenen 50 % sein, weil nicht immer offen darüber gesprochen worden ist. Potential für positive Kompetenzkonflikte ist also gegeben (rechte Grafik). Die Unterschiede zwischen Tirol und Restösterreich sind sicher nicht signifikant.

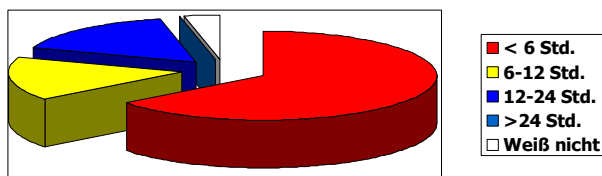
„Empfinden Sie die Zuständigkeit eher als Pflicht oder als Recht?“



Wer noch keinen Trauerfall erlebt hat, tendiert eher zur Mitte ohne klare Positionierung. Daß die Besteller (Gesamtösterreich) ihre Zuständigkeit so überwiegend als Pflicht und kaum als Recht empfunden haben, hat über-rascht.



Nach welchen Kriterien sollte die Zuständigkeit vom Gesetzgeber geregelt werden?“ haben Besteller und Personen ohne Trauerfall unterschiedlich beantwortet. Die Erfahrung lässt gesetzliche Regeln möglicherweise unnötiger (oder sinnlos?) erscheinen, erhöht dafür aber den Wunsch nach einer gesetzlichen Verpflichtung, die eigene Bestattung vorsorglich selbst zu regeln, was gewiß viel Druck von den Hinterbliebenen nehmen würde. Hinterbliebene als Besteller der Bestattung erteilen nämlich innerhalb weniger Stunden nach Erhalt der Todesnachricht den Bestattungsauftrag (Grafik links), üblicherweise wird kein zweiter Bestatter kontaktiert, was in den meisten Fällen mit der Marktstruktur der regionalen Monopole erklärbar ist. Innsbruck mit mehr als fünf Bestattungsunternehmen für ca. 120.000 Einwohner ist eine absolute Ausnahme. Die Sterblichkeit liegt übrigens bei ca. 0,8 bis 0,9 % der Gesamtbevölkerung.



Unternehmensgründungen: Niko Hofinger (www.altneuland.at) hat eine Datenbanklösung für Vorsorger entwickelt (kostenlose Abfrage durch Bestatter bei Auftragsannahme), derzeit gibt es keine Registrierungsmöglichkeit für zu Lebzeiten getroffene Entscheidungen hinsichtlich der eigenen Bestattung. Der Verfasser der Dissertation wird als GF der Bestattungsanstalt UNSCHWARZ (www.unschwarz.eu) kundenorientierte Bestattungsdienstleistungen zu fairen Bedingungen anbieten und somit Ergebnisse der empirischen Studie umsetzen. Beide Projekte starten Anfang 2008. Infos bald auf der Forschungswebsite www.bestattungsvertrag.at

Claudia Rath

Der Testamentsvollstrecker ein Instrument menschlicher Selbstbestimmung

A. Einführung in die Problematik

Das Rechtsinstitut des Testamentsvollstreckers ist ein altes und ehrwürdiges Instrument, das der menschlichen Selbstbestimmung über den Tod hinaus dienen soll. – Meine Diplomarbeit beschäftigt sich damit.

Die Regelungen der §§ 816, 817 ABGB, die dem Erblasser zur Sicherstellung der Erfüllung seiner letztwilligen Anordnungen vorrangig das Recht einräumen, selbst einen Exekutor zur Vollziehung seines Willens zu bestellen, sind bereits seit Beginn des ABGB 1812 in Kraft;

ebenso wie die Normen der §§ 16, 17 ABGB, die die „angeborenen natürlichen“ Rechte, damit auch das Recht auf Selbstbestimmung, jedes Menschen zugunsten des Bestehens dieser Persönlichkeitsrechte, dh solange das Gegenteil nicht bewiesen ist (!), festschreiben.

Diese gesetzlichen Bestimmungen wurden sohin bis heute weder geändert noch aufgehoben. Warum nicht? Und warum scheint gleichzeitig dasselbe Rechtsinstitut in der Praxis va bei den Rechtsanwendern zunehmend „aus der Mode“ zu geraten?

Ein weiteres Faktum erscheint widersprüchlich:

Gerade in letzter Zeit wurden vom Gesetzgeber andere Selbstbestimmungsinstrumente wie etwa die Patientenverfügung oder die Vorsorgevollmacht neu eingeführt sowie im Bereich der Sachwalterschaft der Aspekt der Selbstbestimmung gestärkt¹;

was sowohl von der Allgemeinheit, als auch von den Rechtskundigen im Großen und Ganzen in diesem Sinne anerkannt und begrüßt wird.²

¹ Vgl *BMJf Dr. Maria Berger*, in der Broschüre zum SWRÄG 2006 „Sachwalterschaft. Wissenswertes für

Betroffene, Angehörige und Interessierte“ (Wien, 2007) 5.

² Etwa *Matyk*, Ständiger Vertreter der ÖNK in Brüssel, in meinem Fragebogen zur Testamentsvollstreckung (Brüssel, 2007) „Menschliche Selbstbestimmung ist Sehr wichtig/unverzichtbar“ und wird als Grund für die Einrichtung dieser beiden neuen Selbstbestimmungsinstrumente genannt; auch ÖNK, www.notar.at/de/portal/service/sterreichischeszentralesvertretungs-verzeichnis/

Hingegen soll dem Rechtsinstrument der Testamentsvollstreckung, jedenfalls seitens eines beachtlichen Teiles der maßgebenden Juristen, offenbar keine stärkere Position beigemessen werden; sei dies nun in der Judikatur, in der Lehre oder insbes in der Rechtspraxis, wie bspw von den Notaren als Gerichtskommissären³.

So vertritt etwa, bei der grundsätzlich str Frage, wem betreffend die Verwaltung des ruhenden Nachlasses im Falle der Interessenkollision zwischen Testamentsvollstrecker und Erben der Vorzug zu geben ist⁴, Eccher die Ansicht, daß die Erben jedenfalls vorgehen und demzufolge nur noch str sei, ob dies ohne Grund oder nur aus wichtigem Grund möglich sei, wobei Eccher hiebei wiederum zu letzterem tendiert⁵.

Obwohl die Befugnis des Testamentsexekutors, Anträge zu stellen und Rechtsmittel zu ergreifen, zweifelsfrei feststeht⁶, entscheidet der OGH im Zuge dessen Anrufung durch den Verein „Die Flamme“ als Testamentsvollstrecker für den Wunsch auf Feuerbestattung, dass dieser im Zuge seiner Überwachungspflicht betreffend die Erfüllung der Anordnungen des Erblassers zwar Anträge stellen kann, an die das Gericht jedoch nicht gebunden ist;⁷ (!!!)

Dieser Diktion folgend, wird der Vollzieher des letzten Willens in seiner Rechtsstellung von Rspr und Literatur nicht selten missachtet bzw schlichtweg übergangen (!):

So soll bspw das Verlassenschaftsgericht, trotz Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, nicht daran gebunden sein, dass der Erblasser letztwillig einen „Verlassenschaftskurator“ oder „Nachlaßverwalter“ iS eines „verwaltenden“ Testamentsvollstreckers gem § 816 ABGB, ernannt hat.⁸

(Wien, 2007) „ÖZVV - Damit Ihr Wille nicht nur auf dem Papier steht.“.

³ Siehe hiezu das Ergebnis der rechtstatsächlichen Untersuchung Pkt C.

⁴ Eccher, Bürgerliches Recht VI. Erbrecht (Wien, 2008³) 4/121.

⁵ Eccher, Vorlesung aus Bürgerlichem Recht. Erbrecht (Universität Innsbruck, WS 2007/2008).

⁶ Bspw OGH 15.6.1967, 1 Ob 104 105/67, ÖJZ 1968, 210/120.

⁷ Eccher in *Schwimmann*, § 816 Rz 5 Fn 14.

⁸ RIS-Justiz RS0107528, OGH 6.3.1997, 10 Ob 507/95, SZ 70/40, NZ 1998, 79; krit jedoch schon damals

Zankel, NZ 1998, 71, der den Weg in die stRspr korrigierend voraussah.

Welser meint gar, dass für eine vom Erblasser ausgehende Beauftragung eines Dritten, wie dies der Testamentsvollstrecker sei, kein Raum mehr bleibe, weil der Gerichtskommissär ein bestimmter Notar sei, der im Außerstreitverfahren Amtshandlungen für das Gericht zu besorgen habe und insbes mit dem Gericht die Verlassenschaftsabhandlung erledige⁹. (!)

Sowohl Inhalt, als auch Form letztwilliger Verfügungen werden nach ganz hA und iS des „Erblasserwillens als Auslegungsmaxime“¹⁰ ausschließlich dem wahren Willen des Erblassers gem § 655 ABGB unterstellt; sog „favour testamenti“ dh im Zweifel soll das vorliegende Testament, freilich im Rahmen der gesetzlichen Grenzen¹¹, die ihrerseits idR Schutzvorschriften für den Erblasser selbst darstellen, iS des Fortbestehens des Selbstbestimmungsrechts des Erblassers gültig sein.

Im Fall der Ernennung eines Testamentsexekutors in einer letztwilligen Verfügung scheint, wie aus og Ausführungen zu entnehmen ist, hiebei regelmäßig eine Ausnahme zu Ungunsten des letzten Willens gemacht zu werden. Der vom Erblasser eingesetzte Machthaber wird vielfach einfach nicht ernstgenommen.

Kurzum, der Testamentsvollstrecker ist eine strittige¹² und im Hinblick auf manche Rspr und einen Teil der Lehre auch eine etwas „undurchsichtige“ Rechtsfigur. Das verwundert umso mehr, weil gleichzeitig die rechtlichen Grundlagen klar formuliert und vorhanden sind und demzufolge eine gewisse „rechtliche Schieflage“ bei objektiver Betrachtungsweise wohl nicht zu leugnen ist.

Die Stellung der Notare als Gerichtskommissäre entspricht im Wesentlichen jener eines Richters¹³; § 1 Abs 1 Z 1 GKOärG, was grundsätzlich nicht zu bemängeln, sondern insbes wg der ausgeprägten erbrechtlichen Kenntnisse dieses Berufsstandes zu begrüßen ist.

⁹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II (Wien, 2007¹³) 514.

¹⁰ *Perner/Spitzner*, Bürgerliches Recht. Lernen – Üben – Wissen (Wien, 2007) 534.

¹¹ Insbes §§ 565, 566 ff, §§ 575, 576 u § 579 ff ABGB.

¹² So selbst oben zit *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II (Wien, 2007¹³) 513.

¹³ Siehe nicht zuletzt ÖNK, [www.notar.at/de/portal/der notar/aktuelles](http://www.notar.at/de/portal/der%20notar/aktuelles) (Wien, 2004) Änderungen beim Erben

ab 1.1.2005 „Das Gericht hat lediglich die Aufgabe, die vom Notar vorgenommenen Amtshandlungen

abzusegnen.“

Doch ist mE dem Testamentsexekutor, der vom Erblasser hinsichtlich der Vollziehung des letzten Willens bevollmächtigt und beauftragt ist, als Verfahrensbeteiligtem in gleicher Weise Respekt entgegenzubringen.

Denn einerseits ist das Ernstnehmen einer Partei auch in anderen gerichtlichen Verfahren, sei es im Streitigen, oder im Außerstreitigen, ein sehr hohes Gut¹⁴, andererseits steht die Hilflosigkeit einer Person immer unter dem besonderen Schutz der Rechtsordnung; so ist zB das ungeborene Kind ab dem Zeitpunkt der Vereinigung von Ei- und Samenzelle gem § 22 ABGB, zwar bedingt (durch spätere Lebendgeburt) und beschränkt (nur zu seinem Vorteil), rechtsfähig;

oder etwa die vertretene Person gem § 284d Abs 2 ABGB ungeachtet des Verlusts ihrer Geschäftsfähigkeit oder Einsichts- und Urteilsfähigkeit berechtigt die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger zu widerrufen;

auch darf bspw der auf Verdacht „behinderten Person“ gem § 268 Abs 2 Satz 3 ABGB ein Sachwalter nicht nur deshalb bestellt werden, um einen Dritten vor der Verfolgung eines, wenn auch bloß vermeintlichen Anspruchs zu schützen.

Personen, die in welcher Form und warum auch immer, wehrloser als andere sind, sind zum einen gefährdeter in Bezug auf Verletzungen ihrer Rechts- und damit ihrer Persönlichkeitssphäre, zum andern können sie allfälligen Eingriffen in ihre Rechtsgüter, wenn überhaupt, nur mit abgeschwächten Mitteln begegnen.

Gerade deshalb hat wohl der „Urgesetzgeber“ des ABGB –

„Aus der Betrachtung, daß die bürgerlichen Gesetze, um den Bürgern volle Beruhigung über den gesicherten Genuß ihrer Privatrechte zu verschaffen, nicht nur nach den allgemeinen Grundsätzen der Gerechtigkeit; sondern auch nach den besonderen Verhältnissen der Einwohner bestimmt, ... haben Wir ... unausgesetzt Sorge getragen, daß die ... Abfassung eines vollständigen, einheimischen bürgerlichen Gesetzbuches ihrer Vollendung zugeführt werde.“¹⁵

- der Person des Erblassers in Form der §§ 816, 817 iVm § 16, 17 ABGB ein Instrument an die Hand gegeben, um in ihrer letztwilligen Verfügung selbst einen Machthaber einsetzen zu können, der die Erfüllung ihrer Anordnungen vollzieht oder jedenfalls überwacht.

¹⁴ Vgl rechtliches Gehör gem Art. 6 EMRK oder auch Nichtigkeit gem § 477 Abs 1 Z 4 ZPO.

¹⁵ Kundmachung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. Kaiserliches Patent vom 1.6.1811. JGS 946, 1.

Auch das Testament als einseitiges Rechtsgeschäft ist, entgegen der Wortbedeutung, vom Begriff der Vertragsfreiheit umfasst, weil diese – historisch gesehen – stets den gesamten individuellen Handlungsspielraum des Einzelnen im Privatrecht gemeint hat.¹⁶

Die Vertragsfreiheit wiederum beinhaltet ua die Inhaltsfreiheit, die iVm § 16 ABGB als Generalklausel der Persönlichkeitsrechte Rechtsgrundlage für die Selbstbestimmung des Erblassers in der Erklärung seines letzten Willens ist.

Die „angeborenen Rechte“ brachten schon in das Privatrecht des 18. Jhd – neben Freiheit und Achtung der Menschenwürde – den wichtigen Gleichheitsgedanken ein, der auch für das Privatrecht noch heute bestimmend ist.¹⁷

Aus der Verletzung dieser absoluten Rechte können Schadenersatz- und Beseitigungsansprüche (uU auch Bereicherungsansprüche) resultieren und sind darüber hinaus schon bei Gefahr der Verletzung vorbeugende Unterlassungsansprüche möglich.¹⁸

Der Schutz der Person durch die Persönlichkeitsrechte besteht im Bereich des Schutzes der Ehre oder des Schutzes der Privatsphäre des Betroffenen auch nach dem Tod der Person weiter.¹⁹ Doch bestehen immer noch offene Fragen bei den Nachwirkungen der menschlichen Existenz, also der Phase des Nicht-mehr-Menschseins betreffend des Schutzes der Rechtspersönlichkeit des Menschen.²⁰

Nach bislang herrschender und grundsätzlich nach wie vor geltender Ansicht, insbes der stRspr des Obersten Gerichtshofes ist für den jeweiligen Schutz der Persönlichkeit aber regelmäßig eine Güter- und Interessenabwägung entscheidend. Es ist aber auch anerkannt, dass der höchstpersönliche Lebensbereich den Kernbereich der geschützten Privatsphäre darstellt und daher einer den Eingriff rechtfertigenden Interessenabwägung idR nicht zugänglich ist.²¹

¹⁶ So *Ganner*, Selbstbestimmung im Alter. Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in

Österreich und Deutschland (Wien, 2005) 74.

¹⁷ *Barta*, Zivilrecht. Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken (Wien, 2004²) 248.

¹⁸ *Mader*, Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil (Wien, 2007⁶) 35.

¹⁹ So etwa *Mader*, Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil (Wien, 2007⁶) 35.

²⁰ Siehe dazu *Barta*, Zivilrecht. Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken (Wien, 2004²) 252.

²¹ *Aicher* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd I (Wien, 2000³) § 16 Rz 24.

Zu diesem höchstpersönlichen Kernbereich gehören jedenfalls die Gesundheit, das Sexualleben, und das Leben in und mit der Familie.²²

Meiner Ansicht nach ist von diesem Leben in der Familie im Kontext mit dem postmortalen Persönlichkeitsrecht auch der Schutz des Erblasserwillens und damit die Ernennung eines Testamentsvollstreckers umfasst, insbes. weil in letztwilligen Anordnungen oft über höchstpersönliche Lebensbereiche, wie etwa Obsorgeangelegenheiten, verfügt wird.

Die Interessen des Erblassers wären dann auch aus diesem Grund keiner Abwägung mit jenen des Erben zugänglich, wie dies etwa auch im Zuge meiner rechtstatsächlichen Untersuchung gelegentlich von Seiten der Notare eingewendet wurde.

Welche Gründe sind nun für die untergeordnete Rolle und zu geringe Würdigung des Rechtsinstituts des Testamentsvollstreckers in der Praxis zu nennen?

Hiezu nachstehende Überlegungen:

- Zu einem nicht unbeträchtlichen Teil denke ich, daß „weitergeleitete Unkenntnis“ ursächlich sein könnte. Was nicht als „Wichtig“ hervorgehoben, nicht als „Prüfungsrelevant“ gelehrt wird usw. wird von den Auszubildenden idR auch nicht anders wiedergegeben werden.
- Oder ist dieser Gedanke zu naiv und spielen eher auch „Partikularinteressen, wie *machtpolitische* und *monetäre Interessen* der Politik und der Rechtsberufe“ wie dies etwa *Barta* hinsichtlich des Patientenverfügungsgesetzes ua in den Raum stellt²³, eine Rolle?
- Die Rechtsstellung des Notars als Gerichtskommissär weicht insofern von jener eines „gewöhnlichen Richters“ ab, als dass dieser, freilich in einem anderen Verfahren, häufig als Erbenvertreter auftritt und andererseits wiederum, Erblasser bei der Testamentserrichtung begleitet. Diese „Zwitterstellung“ zwischen „Richter“ und „Anwalt“ ist mA im Hinblick auf, auch künftige, *mögliche Interessenkollisionen*, nicht ganz unproblematisch.
- Schließlich ein einfaches, aber wohl nicht weniger bedeutsames Faktum: Die letztwillige Verfügung ist, jedenfalls nach dessen Tod, *des Erblassers letztes Rechtsgeschäft* ... ? ! ? ! ...

²² So erst jüngst OGH 25.5.2007, 6 Ob 103/07a, RIS-Justiz RS0122148.

²³ *Barta*, „Zur Sorge um sich“ am Lebensende. Das Patientenverfügungsgesetz als vertane Chance, die

Privatautonomie zu stärken (2006).

B. Rechtliche Grundlagen

I. Die Bestimmungen der §§ 816, 817 ABGB

Der Erblasser kann in einer gültigen letztwilligen Verfügung (Testament, Kodizill), oder auch in einem Erbvertrag²⁴, zur Vollziehung seines letzten Willens, is einer Vollmacht auf den Todesfall, einen Testamentsvollstrecker ernennen; § 816 Satz 1 ABGB.

Bei Annahme des so erteilten „Mandats“ Verpflichtung des Testaments-exekutors, als Machthaber die Erfüllung der Anordnungen des Erblassers, ggf durch Antreiben der Erben, zu überwachen; § 816 Satz 2 ABGB.

In eventu (!), dh nur für den Fall, daß kein Vollstrecker des letzten Willens ernannt wurde bzw dieser sein Amt nicht annimmt, sind dazu unmittelbar die Erben beauftragt; § 817 Satz 1 ABGB.

Das Selbstbestimmungsrecht des Menschen umfasst auch das Recht, einen Vertreter zu bestellen; § 1002 iVm § 16 ABGB – *lex generalis*.

Die Regelungen der §§ 816, 817 ABGB gehen hiezu jedoch vor – *leges speciales*.

Ein Testamentsvollstrecker wird nach hA nicht vom Gericht, sondern vom Erblasser bestellt („ernannt“).²⁵ Aber selbst das ist nicht ganz unstrittig, aA etwa *Eccher*, der meint, dass bei Annahme des Amtes durch den Vollstrecker das Gericht ihn nach Prüfung der Bestellungs Voraussetzungen zu ernennen habe.²⁶

Dies kann aber wohl schon deshalb nicht ganz richtig sein, weil der Erblasser auch sonst keinem Dritten die Ernennung seines Testamentsvollstreckers überlassen kann.²⁷

Das Verlassenschaftsgericht hat sohin lediglich die Aufgabe, dem Testamentsvollzieher die Anordnungen des Erblassers bekanntzumachen.²⁸

Die Rechte und Pflichten des Testamentsvollstreckers sind in L u Rspr str²⁹. Hat der Erblasser nichts Besonderes verfügt, so hat dieser gem des

²⁴ *Eccher*, Bürgerliches Recht VI. Erbrecht (Wien, 2008³) 4/120.

²⁵ *Dittrich/Tades*, ABGB³⁶ § 816 E 1.

²⁶ *Eccher*, Bürgerliches Recht VI. Erbrecht (Wien, 2008³) 4/120.

²⁷ *Weiß in Klang* III² § 816, 1037.

²⁸ Vgl *Welser in Rummel* I³ § 816 Rz 3.

²⁹ *Welser in Rummel* I³ § 816 Rz 5

Gesetzeswortlauts nur die, allerdings unwiderrufliche³⁰ (!), Aufgabe, die Durchführung des letzten Willens zu überwachen und zu betreiben.

Aber bereits *F. Bydlinski* stellte fest, dass das Gesetz sehr wohl einen „verwaltenden Testamentsvollstrecker“ vorsieht, nämlich dann, wenn der Erblasser dem Testamentsvollzieher die Befugnis erteilt, aus dem Nachlassvermögen die Mittel zu entnehmen, die zur Erfüllung der letztwilligen Anordnungen erforderlich sind, und diese Anordnungen durchzuführen, hat er ihm Verwaltungsbefugnisse bezüglich des Nachlassvermögens eingeräumt.³¹

Ein angemessenes Entgelt gebührt jedenfalls, wenn dies dem Stande nach (insbes für RAe und Notare) als bedungen gilt; § 1004 ABGB.³²

Allfällige Entlohnungsansprüche sind auf dem Rechtsweg im Streitigen Verfahren durchzusetzen, wobei ein Retentionsrecht jedoch nicht zusteht.

Hat der Erblasser hingegen einen juristischen Laien zu seinem Testamentsexekutor bestellt und nichts zu dessen Tätigkeitsvergütung verfügt, wird dieser zwangsweise nach hA kein Entgelt erhalten können. („Gefälligkeitsgeschäft“)

Das Amt des Testamentsvollstreckers endet nicht unbedingt mit dem Einantwortungsbeschluss, sondern mit Erfüllung der letztwilligen Anordnung.³³

Dies gilt demnach auch für den sog „verwaltenden“ Testamentsvollstrecker, dessen Verwaltungsbefugnisse über die Beendigung des Verlassenschaftsverfahrens hinausreichen.³⁴

Erben können den Testamentsvollstrecker nach verbreiteter Ansicht jederzeit abberufen; dem ist wohl nicht zuzustimmen. Krit etwa auch *Zankl*, der darauf verweist, dass auch sonstige Anordnungen des Erblassers nicht einfach widerrufen werden können.³⁵ Zweifelnd hiezu auch:

³⁰ *F. Bydlinski*, Letztwillige Verwaltungsanordnungen, JBl 1981, 72.

³¹ Dieser weiters in JBl 1981, 72.

³² So zB EFSlg 59.957.

³³ Vgl auch *Eccher* in *Schwimmann*, ABGB³ III § 816 Rz 9.

³⁴ So auch *Dittrich/Tades*, ABGB³⁶ § 816 E 13.

³⁵ *Zankl*, Zivilrecht 24, 161.

Wenn dem Testamentsvollstrecker „Amtscharakter“ beigemessen wird, ist dies so zu verstehen, dass er eine von den Erben unbeeinflussbare Rechtsstellung innehat, sodass diese dessen „Mandat“ nicht widerrufen können.³⁶

Ein Testamentsvollstrecker haftet, jedenfalls als RA, etwa einem mj Erben gegenüber für den Schaden, der dadurch entstanden ist, dass er dessen gesetzlichem *Vertreter rechtswidrig Nachlasswerte ausgehändigt* hat;³⁷

Der Testamentsvollzieher steht weiters nach ganz überwiegender Meinung immer unter der Aufsicht und Kontrolle des Verlassenschaftsgerichtes und kann von diesem aus wichtigem Grund enthoben werden.

Dies kann mA nur in Ansehung des „Amtscharakters“ der Rechtsfigur und der Tatsache, dass der Erblasser seinen Machthaber nicht mehr selbst abberufen kann, gerechtfertigt sein.

Als solch wichtiger Grund wäre etwa denkbar, dass dieser ein Verhalten setzt, das ihn des Vertrauens des Erblassers unwürdig macht, ferner, wenn er nicht mehr unbefangen agieren kann, also bei Interessenkollisionen, oder wenn von ihm – sei es verschuldet oder unverschuldet – eine ordnungsgemäße Vollstreckung des letzten Willens nicht mehr zu erwarten ist.³⁸

Der Erblasser kann sich jedoch gegen den Widerruf seiner Anordnungen oder Behinderungshandlungen durch den Erben, durch die Setzung von Bedingungen (auch eine auflösende Bedingung gerichtet auf den Verlust der Zuwendung oder eine Sozinische Klausel) und Auflagen schützen, allerdings nur in den Grenzen des Pflichtteilsrechts (§ 774) und des Verbots der Sittenwidrigkeit.³⁹

Die Sozinische Klausel dh etwa eine Zuwendung unter der Bedingung, dass jemand das Testament nicht anfechten kann, wirkt aber dann nicht (!), wenn die Anfechtung nur erfolgt, damit der wahre Wille des Erblassers zum Vorschein kommt und ist selbst im Pflichtteilsrecht möglich, wenn jemand mehr als den Pflichtteil bekommt und widrigenfalls lediglich die Mehrzuwendung verliert.⁴⁰

³⁶ LGZ Wien 14.12.2000, 42 R 501/00p, EFSlg 93.387.

³⁷ So OGH 16.5.2002, 6 Ob 196/01v, NZ 2002, 334, *Dittrich/Tades*, ABGB³⁶ § 816 E 17.

³⁸ LG Salzburg 25.9.2002, 21 R 243/02k, EFSlg 100.641.

³⁹ *Escher* in *Schwimmann* § 816 Rz 6 Fn 23.

⁴⁰ *Escher*, Vorlesung aus Bürgerlichem Recht. Erbrecht (Universität Innsbruck, WS 2006/2007).

II. Der Vollzieher des letzten Willens und seine Stellung als Partei des Verlassenschaftsverfahrens insbesondere im Lichte der Außerstreitreform 2003

Dass der Testamentsvollstrecker im Verlassenschaftsverfahren Parteistellung hat, ist dem Grunde nach unstrittig;⁴¹

nach stRspr stehen ihm aber im Gegensatz zu den anderen Parteien, auch in anderen Verfahren außer Streitsachen, nicht die vollen Parteirechte zu, so wird ihm bspw ein Rekursrecht gegen Beschlüsse des AbhandlungsgERICHTES regelmäßig nur insoweit zugestanden, als er mit der Rekurerhebung sein Überwachungsrecht ausübt.⁴²

Dies mag auf den ersten Blick logisch erscheinen, doch wo bleibt dann der „verwaltende“ Testamentsvollstrecker mit seinen Rechten etwa in Zusammenschau mit der Ansicht des Obersten Gerichtshofes, dass die Bestellung zum Verwalter des Nachlasses letztlich beim Gericht liegt⁴³? (!)

Dass der Parteibegriff des neuen AußStrG im Allgemeinen nach wie vor ein nicht ganz klarer ist, entwirrt die Lage nicht; nach § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG sind (materielle) Parteien (nur) solche Personen, deren rechtlich geschützte Stellung durch die gerichtliche Tätigkeit unmittelbar beeinflusst würde, wobei diese Formulierung vom Gesetzgeber bewusst gewählt wurde, um auch den einzelnen Verfahrenszweck als wichtigen Gesichtspunkt einfließen zu lassen.⁴⁴

Das klingt nicht schlecht, was hilft es aber, wenn die rechtlich geschützte Stellung weder gesetzlich definiert, noch sonst zweifelsfrei und verbindlich feststeht?

Auch wurde zwar gem § 15 AußStrG die Sicherstellung des rechtlichen Gehörs etwa in Form der Einführung einer generellen Zweiseitigkeit von Rechtsmitteln gestärkt, es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Rspr in diesem Maße immer daran hält.⁴⁵

Weiters traten im Zuge des neuen zivilgerichtlichen Verfahrens außer Streitsachen am 1.1.2005 die Regelungen der §§ 171, 172 AußStrG iVm § 810 ABGB in Kraft.

⁴¹ Etwa ÖJZ 1968, 210, 120; oder auch NZ 1977, 139.

⁴² Vgl NZ 1977, 139.

⁴³ Vgl OGH SZ 70/40.

⁴⁴ *Mayr/Fucik*, Das neue Verfahren außer Streitsachen (Wien, 2006³) Rz 88.

⁴⁵ Vgl RdW 2007/242.

Demnach sind die Erben in Bezug auf die Verwaltung der Verlassenschaft bereits vor (!) Einantwortung ex lege vertretungsbefugt, sodass auf Antrag der Notar als Gerichtskommissär eine diesbezügliche Amtsbestätigung auszustellen hat.

Die entsprechende Judikatur und Literatur hierzu bleibt im Wesentlichen abzuwarten, doch scheint sich die „Unklarheit“ bzgl des Vollziehers des letzten Willens weiter fortzusetzen: „Keine Neuerungen brachte die Novelle für die Rechtsstellung des Nachlassverwalters und des mit der Verwaltung betrauten Testamentsvollstreckers. Insbesondere wurde die Frage, inwiefern § 810 hinter einer Anordnung des Erblassers zurückzustehen hat, nicht beantwortet.“⁴⁶

C. Der Testamentsvollstrecker in der Rechtspraxis

Fragebogen – Analyse – 15 NotarInnen/KandidatInnen – September 2007

Im Rahmen einer österreichweiten rechtstatsächlichen Untersuchung wurden nachstehende Fakten (Auszug) erhoben:

- Das Rechtsinstitut der Testamentsexekution beurteilen die Befragten im Vergleich mit anderen Selbstbestimmungsinstrumenten (wie Testament, Vertrag, Patientenverfügung etc.) einhellig als „Weniger hoch“.
- Die menschliche Selbstbestimmung halten 73,3 % für „Sehr wichtig/unverzichtbar“, 20 % für „Wichtig“ und 6,7 % befürworten diese grundsätzlich nur zu Lebzeiten.
- Auf die Frage wie häufig nach der Erfahrung der Befragten in einer letztwilligen Verfügung ein Testamentsvollstrecker eingesetzt wird, gaben 60 % an, daß dies „Weniger häufig“, 40 % „Gar nicht“ der Fall ist.
- 13,3 % wollen dem Rechtsinstrument in Zukunft lieber eine „Stärkere“, 20 % eine „Schwächere“ Position beimessen, 40 % halten es überhaupt für „Unnötig“ und 26,7 % wollen dieses belassen wie es ist.
- Die Frage wie diesbezüglich die Rolle rechtskundiger Personen (Notar, Anwalt, Richter etc.) eingeschätzt wird, stufen 26,7 % diese als „Sehr wichtig“, 53,3 % immerhin als „Wichtig“, 6,7 % als „Unwichtig“ ein und 13,3 % haben die Frage nicht beantwortet.

⁴⁶ *Spitzer*, Benützung, Verwaltung und Vertretung des Nachlasses (§ 810 ABGB neu), NZ 2006, 33 Fn 34.

- Ob die Befragten im Rahmen der Testamentserrichtung oder bei anderen Anlässen Ihre Klientel über die Möglichkeit aufklären, einen Testamentsvollstrecker zu bestellen, antworten nur 20 % mit „Ja“, ebenso 20 % mit „Nein“ und die restlichen 60 % mit „Manchmal“.
- Gesetzliche Änderungen für nötig erachten 20 % (wobei hierbei die Mehrheit die gesetzliche Regelung für unzureichend hält), hingegen sehen 80 % diesbezüglich keine Notwendigkeit.
- Zur Frage warum andere Selbstbestimmungsinstrumente wie etwa die Patientenverfügung oder die Vorsorgevollmacht vom Gesetzgeber eingerichtet wurden, meinen 86,7 %, dass diese „der Selbstbestimmung dienen“, 33,3 % sehen darin eine „Unterstützung der Ärzteschaft“ und 33 % „Sonstige Gründe“ (va die Entlastung der Gerichte aufgrund explodierender und teurer SW-Verfahren).
- Die neuen Regeln des Außerstreitgesetzes 2003 (§§ 171, 172 iVm § 810 ABGB), dass die Vertretungsbefugnis des/der Erben in Bezug auf die Verwaltung der Verlassenschaft bereits ex lege eintritt und auf Antrag vom Gerichtskommissär eine diesbezügliche Amtsbestätigung auszustellen ist, beurteilen die Befragten zu
 - 80 % grundsätzlich positiv (sinnvoll, praktikabel, zeitgemäß, gut für raschere auch „selbstbestimmte einvernehmliche Regelung“ der Abwicklung),
 - 13,3 % als sehr problematisch (im Hinblick auf den Schutz pflegebefohlener Noterben und die Übervorteilung Pflichtteilsberechtigter) und
 - 6,7 % eher neutral (kaum Vorteile, setzt Abgabe einer Erbantrittserklärung voraus).
- Die Frage, ob ein Testamentsvollstrecker vom/von den *Erben abberufen* werden können soll, beantworten lediglich 33,3 % mit „Nein“, 20 % klar mit „Ja“ und immerhin 46,7 % sind der Meinung, dass dies „nur bei Vorliegen bestimmter Gründe“ der Fall sein soll.
- Auf die Frage, welche *Rechte* nach Ansicht der Befragten ein Testamentsvollstrecker insbesondere im Verlassenschaftsverfahren haben sollte, antworten 13,3 % mit „Jene eines Stellvertreters wie zu Lebzeiten des Machtgebers“, 60 % meinen „Keinesfalls mehr als der/die Erben“ und 26,7 % denken „Ist egal, spielt ohnehin keine Rolle“.

- Abschließend wurden die NotarInnen/KandidatInnen gefragt, wie wichtig für Sie *Pietät* als Ausdruck postmortaler Selbstbestimmung des/der Erblassers/In grundsätzlich ist:

40 % halten sie für „Sehr wichtig“ und 46,7 % für „Wichtig“; 6,7 % für „Weniger wichtig“ und 6,7 % haben die Frage nicht beantwortet.

- D. Warum spielt die Rechtsfigur des Testamentsvollstreckers in anderen Rechtsordnungen – etwa dem dtBGB, dem frCC oder dem Schweizer ZGB – eine wesentlich bedeutendere Rolle?

Bereits der Grundsatz der Menschenwürde und der Gleichheitssatz gebieten, dass Entscheidungen, die in Ausübung des Selbstbestimmungsrechtes getroffen wurden, wie hier die Ernennung eines Testamentsexekutors in einer letztwilligen Verfügung, geachtet und respektiert werden.

In der österreichischen Bundesverfassung ist die Würde des Menschen jedoch, ganz im Gegensatz etwa zum Bonner Grundgesetz (Art 1 Abs 1 GG) nirgends verankert.

Österreichische Höchst Richter können daher in ihren Entscheidungen auf keine derartige (spezielle) Bestimmung Bezug nehmen;

anders in Deutschland, wo die Würde etwa des Betroffenen im SW-Recht immer wieder herangezogen wird, um den Respekt vor eigenverantwortlichen Entscheidungen hervorzuheben.⁴⁷

Auch ist in anderen Rechtsordnungen das Amt des Testamentsvollstreckers wesentlich ausführlicher – vgl in Österreich: zwei materiellrechtliche Paragraphen – geregelt.⁴⁸

In der Schweiz, wo die Rechtsfigur als „Willensvollstrecker“ bezeichnet wird, ist etwa allgemein anerkannt, dass es neben der primären Pflicht, den Willen des Erblassers zu vollstrecken, dessen sekundäre Pflicht ist, die Erbschaftsverwaltung zu besorgen und insbes, im Gegensatz zu Österreich, den Erben von jeder Verfügung des Nachlasses auszuschließen; Artt. 517, 518 ZGB.

⁴⁷ Vgl zB BGH 17.3.2003.

⁴⁸ Bspw in Deutschland (§§ 2197 - 2228 BGB)

Eine Abberufung des Testamentsvollstreckers durch den Erben, ist weder im dtBGB, noch im frCC, noch im Schweizer ZGB möglich; was nur logisch sein kann, weil Erben und Testamentsvollstrecker, insbes noch während des Verlassenschaftsverfahrens, naturgemäß oft widerstreitende Interessen verfolgen.

Die Gründe für die im Hinblick auf diesen kurzen Rechtsvergleich derart untergeordnete Rolle der Testamentsvollstreckung im österreichischen Recht, scheinen mA vornehmlich im rechtspolitischen Bereich zu liegen.

Denn eines muß offen und wertfrei festgehalten werden, die Stärkung des Testamentsvollstreckers geht zwangsläufig mit einer gewissen Beschränkung der Position des/der Erben einher.

E. Rechtspolitischer Ausblick – Schlusswort

Im Zeitpunkt des Todes eines Menschen dh mit seinem Hirntod erlischt dessen Rechtsfähigkeit.

Die Gesamtheit der Rechte und Pflichten einer Person, nicht nur die körperlichen⁴⁹, werden plötzlich, soweit sie vererblich sind, trägerlos; die Unvererblichen erlöschen.

Damit entsteht der Nachlass – die Verlassenschaft – die „Erbschaft“; – selbst eine unkörperliche Sache, jedoch keine Gesamtsache.⁵⁰

Das subjektive Erbrecht also das Annehmen der Erbschaft und das Ausweisen des Erbrechts ist nur der Titel auf dem Weg Erbe, dh Träger jener Rechte und Pflichten zu sein, die vom Erblassers auf den sog ruhenden Nachlass als juristische Person, für die Dauer des Verlassenschaftsverfahrens, übergegangen sind.

Bis zur Rechtskraft des Einantwortungsbeschlusses ist der „Erbe“ sohin noch nicht zweifelsfrei der wahre Erbe, sondern hat lediglich ein Anwartschaftsrecht auf diese Position.(!)

Erst mit gerichtlichem Beschluss bekommt der Erbberechtigte den Besitz an der Erbschaft zugesprochen (Modus) und wird Träger der Gesamtheit og Rechte und Pflichten (Universalsukzession).

Nun wurde im Zuge der Novellierung des Außerstreit- und damit des

⁴⁹ Etwa auch die Obsorgeverpflichtungen gegenüber minderjährigen Kindern (!).

⁵⁰ *Echer*, Vorlesung aus Bürgerlichem Recht. Erbrecht (Universität Innsbruck, WS 2007/2008).

Verlassenschaftsverfahrens sowohl die rechtliche Stellung des Notars als Gerichtskommissär⁵¹, als auch jene des Erben als Anwärter auf das Erbrecht⁵² gestärkt.

Zudem ist damit die Reichweite der Entscheidungskraft dieses Gerichtes maßgeblich erhöht worden. Insbes ist jetzt im Außerstreitverfahren selbst die Entscheidung zu treffen, ob ein Testament gültig ist oder nicht; es gibt also keine Verweisung ins Streitige Verfahren mehr.

Hiezu hat das Gericht im Rahmen des Vorbringens der Parteien und ihrer Beweisanbote das Erbrecht der Berechtigten festzustellen und die übrigen Erbantrittserklärungen abzuweisen; § 161 Abs 1 AußStrG. (Dh der Notar beurteilt, wer der wahre Erbe ist und wer nicht.)

Der Testamentsvollstrecker als „Anwalt“ des Erblassers ist, wie bereits ausgeführt, auch Partei des Verfahrens und wäre daher hinsichtlich seiner Parteienrechte dem gesamten Umfange nach ernstzunehmen, wenn er etwa Vorbringen erstattet oder Beweisanbote stellt.

Der gelegentliche Einwand der Notare, dass der Testamentsexekutor nicht notwendig, sondern überflüssig sei, weil für die Umsetzung des Erblasserwillens der Gerichtskommissär ausreichend Sorge trage und dieser daher oft nur unnötige Kosten und etwaige Verfahrensverlängerungen verursache, ist mE unberechtigt.

Denn gesetzlich ist die Grundlage des Rechtsinstituts in den §§ 816, 817 ABGB klar und verständlich festgeschrieben und daher dem Grunde nach keiner Interpretation über den Wortlaut hinaus zugänglich. Der Notar mag eine sicherlich neutrale Richterstellung innehaben, doch kann man sich auch in anderen außerstreitigen Verfahren einen Anwalt zur Wahrung seiner rechtlichen Interessen nehmen.

Ob die Regelungen für sinnvoll, „unnötig“ oder „zu stark kostenverursachend“ gehalten werden, muß in der Rechtsanwendung unbeachtlich und daher allenfalls dem Gesetzgeber iS einer Gesetzesänderung vorbehalten bleiben;

sowie es schließlich auch dem Erblasser selbst überlassen bleiben muß, sich dieser bürgerlichrechtlichen Bestimmungen zu bedienen und einen Testamentsvollstrecker einzusetzen oder nicht.

⁵¹ Vgl Fn 13.

⁵² Siehe Regelungen der §§ 171, 172 AußStrG iVm § 810 ABGB und Fn 46.

Hier scheint ein Vergleich mit dem Selbstbestimmungsinstrument der Patientenverfügung angebracht:

– „Zu vermeiden ist eine Position, nach der die Entscheidung über die Sinnhaftigkeit einer Patientenverfügung allein von medizinischer Seite getroffen wird. ... Dabei bleibt leicht der autonome – zweifellos vorrangige – Patientenwille auf der Strecke.“⁵³

– Die dem Grunde nach ebenso wie die Vorsorgevollmacht eine selbstbestimmte Lebensgestaltung über den Tod hinaus ermöglicht.⁵⁴

Es ist weiters Ausfluss der Privatautonomie des Menschen, über seine Rechte wie hier etwa betreffend das eigene Vermögen zu verfügen und dabei auch allenfalls objektiv „unvernünftige Entscheidungen“⁵⁵ zu treffen.

Wie wir uns schließlich auch entscheiden werden, mit dem Selbstbestimmungsrecht des Erblassers und damit mit seiner freien Entscheidung, einen Testamentsvollstrecker zur Vollziehung seiner letztwilligen Verfügungen zu bestellen, umzugehen; – es wird immer ein Spiegel unseres Respekts vor den Rechten anderer Menschen und damit ein Spiegel von uns selbst sein; – in dem wir uns vielleicht früher als wir glauben, selber wieder finden könnten.

„Wie die Generationen vor uns, haben wir unser Weltbild aufzubauen, das immer weniger dem unserer Vorfahren gleicht. Teil dieses Weltbildes ist das Menschenbild und – daraus fließend – das Verständnis der Menschenwürde. Zu unserem Menschenbild und unserem Verständnis der Menschenwürde zählen auch die über den Tod hinaus reichenden Persönlichkeitsrechte ...“⁵⁶

„Harnack (1996) definiert Selbstbestimmung folgendermaßen: „Selbstbestimmt leben zu können, heißt für Menschen mit geistiger Behinderung, eigene Lebensziele in freier Entscheidung zu verwirklichen und dadurch Verantwortung für sich und die Gemeinschaft zu übernehmen.“ ... wird

⁵³ Barta/Kalchschmid, Die Patientenverfügung – Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus (Wien, 2005) 37.

⁵⁴ Vgl dazu etwa Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts. Mit Angehörigenvertretung,

Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung (Wien, 2007) 339.

⁵⁵ Vgl hiezu zB Ganner, Vorlesung aus Bürgerlichem Recht. Familienrecht zum SW-Recht (Universität

Innsbruck, WS 2006/2007)

⁵⁶ Barta, Zivilrecht. Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken (Wien, 2004²) 1068.

ersichtlich, wie sehr die individuelle Selbstbestimmung mit der sozialen Umgebung verbunden ist.“⁵⁷

„Wir werden uns fragen müssen gibt es im Wechselspiel zwischen Individuum und seinem familiären, welche gesellschaftlichen und medizinisierten Umfeld eine Priorität der Interessen und wenn, dann

welche? Wie sind die Freiheit des Einzelnen und die der Anderen, unterschiedliches Wissen, die Inbalance von Informationen und all die damit verbundenen unterschiedlichen Handlungsspielräume und Interessen zu bewerten?“⁵⁸

„Patientenverfügungen sind als wichtiges Element im Gesamtkonzept der Versorgung Sterbender zu begreifen; es geht hierbei nicht bloß um die rechtliche Problematik, sondern vielmehr um existenzielle Fragen und ethische Grundeinstellungen.“⁵⁹

Sohn ist festzuhalten, dass das interdisziplinäre Zusammenspiel der Wissenschaften, insbes zwischen den Disziplinen der Rechtswissenschaft, der Medizin und der Sozialwissenschaften eine immer bedeutsamere und wichtigere Rolle für das Wohl der Menschen zu spielen scheint.

Eine unvoreingenommene und respektvolle Zusammenarbeit kann daher für eine bestmögliche individuelle Vorsorgemöglichkeit der eigenen Lebens- und Rechtsverhältnisse, insbes am Lebensende, nur wünschenswert sein.

Als Bsp hiezu etwa *Barta*, der eine Verbindung der Patientenverfügung mit der Vorsorgevollmacht – vergleichbar mit dem Testamentsvollstrecker ist einer einheitlichen Regelung für wichtig hielte.⁶⁰

In diesem Sinne wäre rechtspolitisch eine Stärkung des Rechtsinstituts der Testamentsvollstreckung im ABGB, jedenfalls aber ein kritisches Überdenken der verfahrensrechtlichen Stellung des Vollziehers des letzten Willens insbes im Zusammenspiel mit der Erbenposition erstrebenswert.

⁵⁷ Erlinger G., Selbstbestimmung und Selbstvertretung von Menschen mit Lernschwierigkeiten (Innsbruck, 2004) 32.

⁵⁸ Grünwald K., Vorwort zu: Die Patientenverfügung – Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus

(Wien, 2005) 6.

⁵⁹ Teuschl H., Begegnung mit Ängsten vor der letzten Lebensphase, FamZ 07/2006, 85.

⁶⁰ Barta, in der Medical Tribune (38. Jg, Nr. 7, 15. Februar 2006): Patientenverfügung. kratzt am Selbstverständnis der Medizin.

Denn Erbe im rechtlichen Sinn ist man nun einmal nicht schon mit Beginn, sondern erst mit Ende der Verlassenschaftsabhandlung.

Bis dahin ist nicht zuletzt dem Schutz der Interessen Pflichtteilsberechtigter und va pflegebefohlener Noterben ein gleich hoher, eigentlich höherer Stellenwert beizumessen. Die freie Verfügungsbefugnis des Erben über den Nachlass vor (!) Einantwortung stellt eine immerhin beachtliche Gefahr der Verletzung dieser Interessen dar.

Der Gerichtskommissär (bzw dieser iVm dem AHG) haftet nach neuer Rechtslage jedenfalls nicht mehr per se für allfällige Schäden, weil er bei ausreichendem Ausweis des Erbrechts die entsprechende Amtsbestätigung auszustellen *hat*. Wer dann?

Mit einer konkreten Bestimmung, die die Parteienrechte des Testamentsvollstreckers klar gesetzlich verankert, wäre mE viel gewonnen; denn was nützt die beste materiellrechtliche Regelung, wenn sie formellrechtlich nicht durchgesetzt werden kann?

Sollte hingegen das Rechtsinstitut des Testamentsvollstreckers etwa wg „Veraltung“ oder „Lästigkeit“ in Österreich nicht mehr gewünscht sein, wäre es bes im Hinblick auf die Rechtssicherheit ehrlicher und angenehmer, die §§ 816, 817 ABGB abzuschaffen.

Ich hoffe, dass ich mit meiner Arbeit ein paar hilfreiche rechtstatsächliche Informationen zu einer hoffentlich bevorstehenden rechtspolitischen Entscheidung beitragen konnte.

Denn wie der Arzt zu einer erfolgversprechenden Therapie als Pendant zu einer erwartbar richtigen rechtspolitischen Entscheidung zunächst die richtige Diagnose dh ein rechtssicheres Rechtsgeschäft braucht, muß auch der Jurist dafür wiederum *erst* einen „Befund“ also den tatsächlichen Zustand „des Patienten“ dh der Rechtswirklichkeit erheben.

Zu diesem Befund kommt der Mediziner aber nur, wenn er sich die Mühe macht, die Krankengeschichte zu erfragen, und der Jurist, indem er die Rechtstatsachen und deren Ursachen erforscht.

Die Ursache entscheidet in der Medizin in aller Regel über die erfolgversprechendste Therapie.

Die Ursache des von mir zu Beginn aufgeworfenen „Rechtsproblems“ ist der Wille des Erblassers; – Die beste Therapie dessen Erfüllung.

Denn wie das Ziel jedweden Strebens des Arztes die Gesundheit seines Patienten sein muß, hat es Ziel jedweden Strebens des Juristen zu sein, dem Bürger die „... volle Beruhigung über den gesicherten Genuß seiner Privatrechte zu verschaffen ...“.⁶¹

⁶¹ Vgl. Fn 15.

Rechtstatsachenforschung in wissenschaftlichen Arbeiten

Die Rechtstatsachenforschung fristet in Österreich – in abgeschwächter Form auch in Deutschland und der Schweiz – ein Schattendasein. Zu wenig noch wird das Potential erkannt, das sie für die Rechtswissenschaft, aber vor allem auch für eine realitätsnahe, ökonomische Gesetzgebung und eine effiziente Rechtspolitik zur Verfügung stellen kann. Freilich wird sie auch gefürchtet, weil sie falsche Ansätze oder uneffiziente Methoden erkennen läßt, was gerade in der Rechtspolitik nicht immer erwünscht ist, wo Entscheidungen vornehmlich parteipolitisch motiviert sind. Die Rechtstatsachenforschung gibt uns die Möglichkeit rechtliche Phänomene zu analysieren und bestehende Regelungen auf Ihre Effektivität und Effizienz zu überprüfen.

An der Universität Innsbruck nutzen Studierende seit vielen Jahren die Möglichkeit, im Rahmen von Seminar-, Diplom- und Doktorarbeiten das wissenschaftliche Instrument „Rechtstatsachenforschung“ kennen zu lernen. Zu verdanken ist dies, und der Umstand, dass hier auch in einem gewissen Ausmaß geforscht und gelehrt wird, Heinz Barta, der einen Teil seiner Arbeit dieser wissenschaftlichen Disziplin widmet.¹ So ist im Laufe der Jahre eine gar nicht so kleine Zahl an interessanten Arbeiten zusammen gekommen, die hier aufgelistet und zum Teil (Dissertationen) auch kurz vorgestellt werden sollen. Einzelne Ergebnisse dieser Arbeiten weisen mit Nachdruck darauf hin, welche Bedeutung die Rechtstatsachenforschung für die Rechtspolitik haben könnte, würde sie gefördert und in Rechtsfindungsprozesse integriert.

Die Auflistung erfolgt nach dem jeweiligen Betreuer, der Betreuerin geordnet. Nach dem Titel sind der Name des Autors oder der Autorin sowie das Erscheinungsjahr oder –semester angeführt.

Dissertationen betreut von *Heinz Barta*

- Das Kindeswohl im Obsorgerecht: *Roman Feichter* 2008 – in Bearbeitung. Historische und familiensoziologische Annäherung an den Begriff ‚Kindeswohl‘. Judikaturanalyse; Rechtsvergleich mit Deutschland und der

¹ Siehe z. B. Barta, *Zivilrecht*, 2004², II 1061 ff; s. auch den Beitrag von Heinz Barta auf den Seiten 8 ff.

Schweiz. Eine rechtstatsächliche Untersuchung in Form einer schriftlichen Befragung betroffener Kinder, Eltern und Mitarbeitern der Jugendwohlfahrt sowie Erziehungswissenschaftlern.

- Medizinrechtliche Fragen der Zahnmedizin: *Christian Sparl* 2008 – in Bearbeitung. Einblick in die Praxis niedergelassener Zahnärzte. Entwicklung der zahnmedizinischen Haftungsfälle. Zahlen der Patientenschlichtungsstelle der Tiroler Ärztekammer. Rechtsvergleich mit der Schweiz und Deutschland.
- Der Bestattungsvertrag – Eine rechtstatsächliche und rechtsdogmatische Untersuchung: *Hervig Bichler* 2008 – in Bearbeitung)
- Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsrechts: *Sandra Wehinger* 2007. Eine rechtsdogmatische, rechtstatsächliche und rechtspolitische Untersuchung zur praktischen Anwendung des Unterbringungsgesetzes (UbG). Zahlreiche Gespräche und Email-Korrespondenzen mit Ärzten, Psychologen, Richtern und Sozialarbeitern sowie 39 Tabellen gewähren einen Überblick über die Vor- und Nachteile des UbG. Diese Publikation ist in Druck und wird 2008 als Buch erscheinen. Siehe auch den in diesem Band abgedruckten Vortrag von Frau Wehinger.
- Die Verwendung von Leichenteilen zu medizinischen Zwecken: *Stefan Mathes* 2003. Die Arbeit widmet sich insbesondere der Transplantationsmedizin. Vereinzelt wird in Form von Tabellen oder unter Bezugnahme auf eine Untersuchung Rechtstatsächliches vermittelt; Rechtspolitische und rechtsvergleichende (Österreich, Deutschland, Schweiz) Betrachtungen.
- Das Transplantationswesen in Deutschland, Österreich und der Schweiz: *Elmar Sebastian Hohmann*, WiSe 2002/03. Rechtsvergleichender Überblick zum Transplantationswesen in Deutschland, Österreich und der Schweiz mit rechtstatsächlicher Untersuchung zur Akzeptanz der Organspende und das Wissen über das Organspendewesen in Deutschland und Österreich (Befragung von 120 Personen in Deutschland und Österreich) und grafische Darstellung. Diese Publikation ist 2003 als Buch erschienen.
- Erwerberschutz im Rahmen des Bauträgervertrags – Theorie und Praxis des BTVG unter Berücksichtigung des WEG – eine rechtsdogmatische, rechtstatsächliche und rechtsvergleichende Untersuchung: *Wiltrud Priglinger*, WiSe 2001/02. Die Arbeit gibt eine Übersicht über die Entwicklung des Bauträgervertrags, den Erwerberschutz und das BTVG 1997. Kurzer Rechtsvergleich mit D und F. Rechtstatsächliche Untersuchung zur Effizienz des BTVG in der Praxis (Befragung von 15 Notaren und Anwälten in Oberösterreich) und grafische Darstellung.

- Zur Arzthaftung und Praxis der Arzthaftpfllichtversicherung in Oberösterreich: *Hans Peter Schmid*, SoSe 1999. Ausführliche Untersuchung des Systems der Arzthaftpfllichtversicherung am Beispiel Oberösterreichs. Rechtstatsächliche Untersuchung unter selbständigen und angestellten Ärzten (Schriftliche Befragung von 18 Personen); grafische Darstellungen.
- Die Zuordnung von Sachteilen beim Wohnungseigentum. – Zur Abgrenzung so genannter allgemeiner Teile der Liegenschaft von Einzelwohnungseigentum: *Alexandra Mair*, WiSe 1996/97. Überblick über die geltende Gesetzeslage. Rechtsvergleich (F, BE, NL, I, ESP, GR). Rechtstatsächliche Untersuchung (Schriftliche, umfassende Befragung unter gemeinnützigen und privaten Hausverwaltern). Diese Publikation ist 2001 als Buch erschienen.
- Die Organtransplantation – Überlegungen de lege lata und de lege ferenda: *Gertrud Kalchschmid*, WiSe 1996/97. Ausführlicher Überblick über die Rechtslage in Österreich und kurzer Überblick über die Rechtslage in Deutschland. Zahlreiche Tabellen und Statistiken (tw. auch zu anderen europäischen Staaten). Rechtspolitischer Forderungskatalog. Diese Publikation ist 1997 als Buch erschienen.
- Grundsätze und Streitfragen der Bankgarantie unter besonderer Berücksichtigung der Bankpraxis: *Alfred Geismayr*, SoSe 1993. Überblick über Funktion, Merkmale und Rechtsnatur der Bankgarantie. Rechtstatsächliche Untersuchung zur Bankgarantie in der Praxis (Schriftliche Befragung) unter 24 Wiener Kreditinstituten, von denen allerdings nur 11 zur Auskunft bereit waren. Div. Vertragsmuster.
- Die Bedeutung der Sozialwissenschaften – insbesondere der Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung – für das Familienrecht: *Maria Würzburger*, SoSe 1991. Ausführlicher Überblick über die Sozialwissenschaften und deren Methoden, die Rechtssoziologie, die Rechtstatsachenforschung, familiensoziologische Begriffe und Aspekte. Blick in die „Familienwirklichkeit“: Mann und Frau am Standesamt, Familie und Beruf, Scheidung und Sorgerecht. Tabellen und Statistiken.
- Alters- und Pflegeheimverträge sowie Heimordnungen in Tirol. Rechtstatsächliche Erhebung und rechtsgemässige Einordnung: *Gerhard Thaler*, SoSe 1991. Die Arbeit gliedert sich in einen dogmatischen und einen rechtstatsächlichen Teil, sowie eine kurze rechtspolitische Beurteilung. Die rechtstatsächliche Untersuchung erfolgte va. mittels zweier Fragebogen, einer gerichtet an Heimleiter, der andere gerichtet an Heimbewohner. Zwischen 56 und 64 Fragen wurden jeweils gestellt. Alternativen zur herkömmlichen Heimunterbringung werden angeführt, ein Rechtsvergleich zur Situation in Deutschland, Frankreich, Großbritannien, den Niederlanden und Belgien angestellt.

- Der Liefervertrag unter besonderer Berücksichtigung des Getränkelieferungsvertrages – Ein Beitrag zur Lehre vom Dauerschuldverhältnis und zur Rechtstatsachenforschung: *Bernd Schmidhammer*, SoSe 1991. Zur Theorie und Praxis des Getränkelieferungsvertrages. Rechtstatsächliche Untersuchung durch Kontaktaufnahme mit 50 österreichischen Brauereien und Auswertung der Befragungsergebnisse. Vertragsmuster. Diese Publikation ist 1992 als Buch erschienen.
- Kostenlose Rechtsberatung außerhalb gerichtlicher Verfahren. Theoretische Modelle und ihre Verwirklichung durch Tiroler Rechtsberatungsinstitutionen: *Monika Niedermayr*, SoSe 1991. Theoretische Auseinandersetzung mit Rechtsberatung im vor- und außerprozessualen Feld und Überblick über die Rechtsberatungseinrichtungen in Österreich. Blick in die tägliche Praxis Rechtsberatungseinrichtungen in Tirol wie dem Mobilien Bürgerservice, der AK-Rechtsberatung, dem Verein für Konsumenteninformation, dem Tiroler Landesvolksanwalt ua. Rechtspolitischer Forderungskatalog. Zahlreiche Statistiken und Grafiken.
- Die MRG-Judikatur im Spiegel ihrer Kritik und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zum Mietengesetz: *Wolfgang Hirn*, SoSe 1990. Judikaturanalyse einschlägiger Mietrechtszeitschriften.
- Die Gesellschaft Bürgerlichen Rechts als Rechtsform Tiroler Skischulen: *Alice Fuchs*, WiSe 1989/90. Überblick über die Entwicklung des Tiroler Skischulrechts seit 1981 und die gesellschaftsrechtliche Konstruktion Tiroler Skischulen. Die GesBR als Gesellschaftsform für den Betrieb von Skischulen. Rechtstatsächliche Untersuchung (Schriftliche Befragung) an 50 Tiroler Skischulen Ende der Wintersaison 1987/88. Statistische Auswertungen mittels SPSS. Mustervertrag. Rechtspolitischer Forderungskatalog.

Diplomarbeiten betreut von *Heinz Barta*

- Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung im deutschen Sprachraum. Entwicklung – Stand – Methoden – Funktionen: *Caroline Voithofer*, 2008 – in Bearbeitung.
- Konsumentenschutz im Medizinrecht – Die niederländische Zentralhaftung, ein Vorbild für Österreich?: *Silvia Zangerle*, 2008; in Bearbeitung.
- Rechtstatsachen zur Organtransplantation: *Christina Kirchbner*, WiSe 2002/03. Siehe auch Beitrag in Heinz Barta/Karl Weger (Hg.), Rechtsfragen zur Organtransplantation, 2001.

- Die nicht-eheliche Lebensgemeinschaft in Frankreich: Der „Pacte Civile de Solidarité“: *Sabine Sanin*, SoSe 2002.
- Adoption in Österreich. Rechtspolitische Überlegungen im Lichte neuester Kleinkindforschung: *Michaela Bliem*, SoSe 2000.
- Der Belegarztvertrag. Rechtstatsachen und Rechtsdogmatik zur Tiroler Praxis: *Gabriele Hilber*, SoSe 1997. Diese Publikation ist 1999 als Buch erschienen.
- Der Scheidungsgrund der Zerrüttung im Sinne der Heimtrennung: *Alexander Wischounig*, SoSe 1995.
- Vom Hausbesorger zur Reinigungsfirma: *Mai Salzmann*, WiSe 1993/94.
- Hofübergabe und Ausgedinge: *Manfred Parigger*, WiSe 1992/93.
- Adoption in Tirol: *Ingrid Neyer/Christine Horn*, SoSe 1992.
- Vereinswesen in Tirol: *Anton Frisch*, SoSe 1992
- Unterhaltsrecht mit Schwerpunkt auf dem Unterhaltsrecht für Kinder: *Gabriele Ginther*, SoSe 1992.
- Privatverschuldung der Österreichischen Haushalte: *Evelyne Thöni*, WiSe 1991/92.
- Die Mängelrüge im Wirtschaftsleben Vorarlbergs: *Christian Schöll*, WiSe 1991/92.
- Beförderungsbedingungen von Seilbahnen in Tirol. *Wolfgang Löderle/Robert Peisser*, WiSe 1991/92.
- Der Architektenvertrag in der Tiroler Praxis: *Margarethe Flora/Dagmar Unterberger*, WiSe 1991/92.
- Der Pauschalreisevertrag in Österreich, der Schweiz, der BRD und den USA: *Christoph Haidlen*, SoSe 1991.
- Das Unterbringungsgesetz: *Nadja Grabher-Meyer*, SoSe 1991.
- Das Wohnungseigentumsgesetz 1975 im Blickfeld der Rechtstatsachenforschung: *Christian Linser*, SoSe 1990.
- Die Pflegekindschaft – Rechtstatsachen und Privatrechtliche Aspekte: *Renate Weitgruber*, SoSe 1990.
- Gutscheine und Geldprämien im Wettbewerbsrecht unter besonderer Berücksichtigung von § 1 UNG: *Sigrid Zangerl*, SoSe 1990.
- Die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen und Lieferbedingungen unter besonderer Berücksichtigung von Fälligkeit, Mahnung, Stundung sowie Verzug und Rücktritt im Geschäftsleben Tirols: *Renate Fischler*, WiSe 1989/90.
- Selbstverwaltung und Einfachwohnbau im sozialen Wohnbau: *Gunther Fiala*, WiSe 1989/90.

- Fälligkeit, Mahnung, Verzug, Rücktritt, Gewährleistung etc. im Geschäftsleben Vorarlbergs, insbesondere auf Rechnungen und in AGB: *Viktor Thurnher*, WiSe 1989/90.
- Die Bankgarantie und ihre praktische Handhabung in Vorarlberg: *Alfred Geismayr*, WiSe 1988/89.
- Die Rechtstatsächliche und Rechtsdogmatische Einordnung der Alters-Pflegeheimverträge und Heimordnung in Tirol: *Gerhard Thaler*, WiSe 1988/89.
- Wofür dient der Ehevertrag?: *Günther Krenböck*, SoSe 1988.
- Die MRG-Judikatur im Spiegel ihrer Kritik. Judikaturanalyse einschlägiger Mietrechtszeitschriften: Westöstr. Hausbesitzerzeitung, der Mieter, die Mieterzeitung: *Wolfgang Hirn*, SoSe 1988.
- Die Benützungsregelung bei Miet- und Wohnungseigentum: *Christian Fuchshuber*, SoSe 1988.

Diplomarbeiten betreut von *Michael Ganner*:

- Patientenverfügungsgesetz: *Bianca Griesser* – in Arbeit.
- Pflege zu Hause: *Barbara Schlemmer* – in Arbeit.
- Heimaufenthaltsgesetz: *Alfred Schöbel*, 2006.

Diplomarbeit betreut von *Monika Niedermayr*²:

- Die „Schlüsselgewalt“ nach dem ABGB 1811. Beispiele aus der Judikatur: *Franziska Maria Klettner*, WiSe 2007/08.

² Monika Niedermayr ist Universitätsprofessorin am Institut für Zivilrecht an der Universität Innsbruck.

Die Autorinnen und Autoren

Heinz Barta ist Universitätsprofessor am Institut für Zivilrecht an der Universität Innsbruck. Er lehrt und forscht im Bereich des Allgemeinen Zivilrechts, der Rechtstatsachenforschung, der Rechtsgeschichte und dem Medizinrecht. Zahlreiche Veröffentlichungen ua. zu rechtstatsächlichen Themen; etwa Habilitationsschrift: ‚Kausalität im Sozialrecht‘ (erschienen bei Duncker&Humblot, 1983).

Maria Berger ist österreichische Bundesministerin für Justiz. Nach ihrer Assistententätigkeit am Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft in Innsbruck, schlug sie als Mitarbeiterin im Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung die politische Laufbahn ein. Vor ihrer Bestellung zur Justizministerin war sie Abgeordnete zum Europäischen Parlament und Justizsprecherin der SPE-Fraktion.

Christa Pelikan ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Projektleiterin am Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie an der Universität Wien. Von 1999 bis 2003 war sie Mitglied des Criminological Scientific Council beim Europarat. Arbeits- und Forschungsschwerpunkte: Familienrechtssoziologie, Alternative Konfliktregelung (Außergerichtlicher Tatausgleich), Restorative Justice. Sie ist Autorin und Herausgeberin zahlreicher Publikationen.

Gabriele Steckel-Berger ist Universitätsprofessorin am Institut für Statistik an der Universität Innsbruck. Die Schwerpunkte ihrer Forschungs- und Lehrtätigkeit liegen ua. im Bereich der Datenanalyse, der Bayes Statistik und der multivariaten Statistik. Sie ist Koautorin mehrerer Lehrbücher zur Statistik.

Walter Fuchs ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Kriminalwissenschaften (Abteilung Kriminologie) der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg. 2006 wurde ihm der ‚Franz-Gschnitzer-Förderungspreis‘ der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck für die Dissertation: ‚Private Sicherheitsdienste und öffentlicher Raum‘ zuerkannt.

Peter G. Mayr ist Universitätsprofessor am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren an der Universität Innsbruck. Umfangreiche Lehrtätigkeit ua. an den Universitäten von Wien, Mainz, Straßburg, Paris und Athen. Autor, Co-Autor und Herausgeber zahlreicher Publikationen zum österreichischen und internationalen Zivilverfahrensrecht.

Michael Ganner ist Universitätsprofessor am Institut für Zivilrecht an der Universität Innsbruck und ausgebildeter Mediator. Sein Forschungsschwerpunkt liegt im Altenrecht. Er ist Autor und Herausgeber diverser Publikationen. Habilitationsschrift: ‚Selbstbestimmung im Zivilrecht – unter besonderer Berücksichtigung der Pflege und Betreuung alter und pflegebedürftiger Menschen‘.

Sandra Wehinger arbeitet als Juristin am Institut für Sozialdienste und Rechtsanwaltsanwärtlerin. Dissertationsthema: ‚Aktuelle Problemfelder des Unterbringungsrechts. Eine rechtsdogmatische, rechtstatsächliche und rechtspolitische Untersuchung‘.

Gertrud Kalchschmid ist Juristin und ausgebildete Mediatorin in der Rechtsabteilung der Tilak – Tiroler Landeskrankenanstalten GmbH, deren Patientenvertreterin sie in den Jahren 1996 – 2005 war.

Elmar Hohmann ist Rechtsanwalt und Mediator in Budenheim bei Mainz. Doktoratsstudium in Innsbruck: Disseratitionsthema: ‚Das Transplantationswesen in Deutschland, Österreich und der Schweiz – unter Einbeziehung ethischer und rechtspolitischer Aspekte‘.

Monika Niedermayr ist Universitätsprofessorin am Institut für Zivilrecht an der Universität Innsbruck und ausgebildete Mediatorin sowie Ehe-, Familien- und Beziehungsberaterin. Sie habilitierte sich über Neuere Privatrechtsgeschichte unter besonderer Berücksichtigung der Bürgerlichrechtlichen Quellenforschung.

Anton Augscheller ist Jurist in der Rechtsabteilung der Raiffeisenkasse Lana in Südtirol. Disserationsthema: ‚Das neue Südtiroler Höferecht unter besonderer Berücksichtigung der rechtstatsächlichen Wirklichkeit‘.

Hervig Bichler ist Geschäftsführer der liechtensteinischen Bestattungsanstalt Unschwarz und absolvierte die Befähigungsprüfung für das Gewerbe „Bestattung“. Dissertationsthema: „Der Bestattungsvertrag“.

Claudia Rath ist promovierte Medizinerin und Studentin der Rechtswissenschaft; Diplomarbeitsthema: ‚Der Testamentsvollstrecker‘.

Helmuth Lichtmannegger ist Assistent und Projektmitarbeiter am Institut für Zivilrecht an der Universität Innsbruck; Arbeitsschwerpunkte: Rechtstat-sachenforschung, Medizinrecht und eLearning im Recht.

Tagungsprogramm: „Rechtstatsachenforschung Heute“

4. Oktober 2007

Vormittag:

- 9.15 Uhr: Einführung (Barta)
- 9.30 Uhr: BMfJ Dr. Maria Berger
- 9.45 Uhr: Christa Pelikan (Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie/Wien): Die Bedeutung der Sozialwissenschaften für Justiz und Rechtswissenschaft
- 10.15 Uhr: Prof. Steckel-Berger (Institut für Statistik, Innsbruck): Möglichkeiten für eine (qualitative) österreichische Justizstatistik?
- 10.45 Uhr: Kaffeepause
- 11.00 Uhr: Prof. Peter Mayr (Institut für Zivilgerichtliches Verfahren/Innsbruck): Rechtstatsachen im Zivilverfahren und der Juristenausbildung
- 11.30 Uhr: Einleitung Prof. Andreas Scheil (Institut für Strafrecht/Innsbruck) und Referat von Walter Fuchs (Innsbruck/Hamburg): Kriminologie
- Diskussion und Mittagspause

Nachmittag:

- 15.00 s.t. Uhr: Prof. Michael Ganner (Institut für Zivilrecht/ Innsbruck): Rechtstatsachenforschung und Altenrecht
- 15.20 Uhr: Sandra Wehinger/Feldkirch: Zur Entwicklung des Unterbringungsrechts
- 15.40 Uhr: Gertrud Kalchschmid/Christian Trabucco (Innsbruck): Behandlungsschäden und Patientenentschädigungsfonds im Lichte erster Zahlen
- 16.00 Uhr: RA Dr. Elmar Hohmann/Budenheim: „Die Entwicklung der Organtransplantation in Deutschland“
- 16.20 Uhr: Prof. Monika Niedermayr (Institut für Zivilrecht/Innsbruck): Rechtsgeschichte und Rechtstatsachenforschung
- Kaffeepause
- 16.40 Uhr: Anton Augscheller (Südtirol): Das neue Südtiroler Höferecht
- 17.00 Uhr: Herwig Bichler (Innsbruck): Bestattungsvertrag und dessen Umfeld
- 17.20 Uhr: Claudia Rath (Innsbruck): Der Testamentsvollstrecker
- 17.40 Uhr: Peter Jordan (Institut für Zivilrecht/Innsbruck): Umgehungsgeschäfte, ein weiterhin dominierenden Phänomen des Tiroler Grundverkehrs?
- Diskussion + Brot und Wein

Die Reihe „Innsbrucker Schriften zur Rechtstatsachenforschung“ setzt sich das Ziel, die gesellschaftlichen Grundlagen des Rechts und seiner Anwendung aufzubereiten, zu analysieren und zugänglich zu machen. Die Daten im gesamten Rechtsbereich (Justiz, Verwaltung, Rechtswissenschaft, Anwaltschaft, Notare, Interessenvertretungen uam.) sind derzeit schlecht oder gar nicht aufbereitet, was Auswirkungen auf die Qualität der Rechtspolitik, der Rechtspraxis, aber auch der universitären Lehre hat. Denn es ist auch für Studierende interessant, die Bedeutung von Rechtsinstituten und überhaupt rechtliche Entwicklungen kennenzulernen. – Die Rechtstatsachenforschung geht auf den Österreicher Eugen Ehrlich (1862-1922) zurück, der als Erster erkannte, wie wichtig die Beachtung der gesellschaftlichen Grundlagen für eine funktionierende Rechtsordnung ist. – Bereits erhobene Daten sollen zusammengeführt und bislang nicht beachtete Rechtstatsachen erhoben werden.

Der erste Band enthält die Referate der Tagung „Rechtstatsachenforschung – Heute“, die im Oktober 2007 in Innsbruck stattgefunden hat. Inhaltlich behandeln die Beiträge erste Überlegungen zu den theoretischen, rechtssoziologischen und statistischen Grundlagen der Rechtstatsachenforschung und andererseits werden aktuelle Anwendungsbereiche durch Lehrende und Lernende vorgestellt; etwa: Rechtstatsachen zum zivilgerichtlichen Verfahren, aktuelle Entwicklungen im Alten- und Unterbringungsrecht, Erfahrungen mit den Patientenentschädigungsfonds, dem Organtransplantationswesen in Deutschland und Österreich, aber auch zum Bestattungsvertrag, dem neuen Südtiroler Höferecht und der Testamentsvollstreckung.