



Bericht der Volksanwaltschaft 2003



an den Nationalrat
und an den Bundesrat





**Bericht über die Tätigkeit
der Volksanwaltschaft
im Jahr 2003
an den Nationalrat
und den Bundesrat**

Vorwort

Der vorliegende **27. Bericht** stellt die Tätigkeit und Wahrnehmungen der Volksanwaltschaft (VA) vom 1. Jänner bis 31. Dezember 2003 dar.

Dem Berichtsteil über die Ressorts ist ein **Grundrechtsteil** beigefügt, der die Wahrnehmungen der VA auf dem Gebiet der Gesetzgebung und Vollziehung im Bereich ausgewählter Grundrechtsmaterien enthält.

Die legistischen Anregungen der VA sind am Ende des Berichtes aufgelistet.

Eine Zusammenstellung der Anzahl und der Gegenstände der im Jahr 2003 eingelangten Beschwerden und sonstigen Anbringen sowie der im Berichtszeitraum eingeleiteten amtsweigigen Prüfungsverfahren, wird - um dem Grundsatz der Sparsamkeit zu entsprechen - nur auf Anforderung übermittelt.

Für nähere Erläuterungen stehen wir gerne zur Verfügung. Dies betrifft sowohl im Bericht erwähnte als auch andere Einzelfälle, sowie allgemeine Fragen der Verwaltungskontrolle bzw. die Anregungen an die Verwaltung sowie den Gesetzgeber.

Die Volksanwälte danken an dieser Stelle ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern sowie den Bediensteten von Bundesministerien und sonstigen Verwaltungseinrichtungen für die auch in diesem Berichtszeitraum geleistete Zusammenarbeit. Dies gilt auch für die Bezirkshauptmannschaften und die Ämter der Landesregierungen, die einen Beitrag zur Durchführung unserer Sprechtagte außerhalb von Wien geleistet haben. Ebenso unterstützten die Rechtsanwaltkammern in dankenswerter Weise die VA, indem sie für jeden Sprechtag außerhalb Wiens Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte namhaft machten, die für eine kostenlose anwaltliche Erstauskunft in den Fällen zur Verfügung standen, in denen die Zuständigkeit der VA nicht gegeben war.

Der vorliegende Bericht wurde in der kollegialen Sitzung am 30. April 2004 beschlossen.

Rosemarie Bauer
Dr. Peter Kostelka
Mag. Ewald Stadler

Wien, im April 2004

Inhalt

Inhaltsverzeichnis

Seite

1	WEITERENTWICKLUNG DER VOLKSAWALTSCHAFT	15
2	INANSPRUCHNAHME UND TÄTIGKEIT DER VA	16
2.1	Entwicklung des Geschäftsanfalles	16
2.2	Erledigungen	20
2.3	Bürger- und Behördenkontakte zu Prüfungsverfahren aus 2003	23
2.4	Auskunftsdiest	23
2.5	Mitwirkung der VA an der Erledigung der an den Nationalrat gerichteten Petitionen und Bürgerinitiativen (Art. 148a Abs. 3 B-VG)	24
2.6	Gesetzesbegutachtungen - Legislative Anregungen der VA	24
2.7	Bisherige legistische Anregungen	25
2.8	Internationale Kontakte	25
2.9	Öffentlichkeitsarbeit	26
3	BUNDESKANZLER	27
3.1	<u>Geschäftsbereich von Volksanwalt Dr. Peter Kostelka</u>	27
3.1.1	Hinsichtlich der Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung bzw. deren Mitglieder besteht Regelungsbedarf	27
3.1.2	Überschreitung der gesetzlichen Entscheidungsfrist im Verfahren vor der Datenschutzkommission	29
3.1.3	Mikrozensuserhebung – Unklare Rechtslage betreffend den Entfall der Auskunftspflicht	29
3.1.4	Kopiersituation im Österreichischen Staatsarchiv	30
4	BUNDESMINISTERIN FÜR AUSWÄRTIGE ANGELEGENHEITEN	31
4.1	<u>Geschäftsbereich von Volksanwalt Dr. Peter Kostelka</u>	31
4.1.1	Hilfestellung durch Vertretungsbehörde nach einem Verkehrsunfall in Indien	31
5	BUNDESMINISTERIN FÜR BILDUNG, WISSENSCHAFT UND KULTUR	33
5.1	<u>Geschäftsbereich von Volksanwältin Rosemarie Bauer</u>	33
5.1.1	Fiktive Anrechnungen einer Familienbeihilfe mindert Studienbeihilfe	33

Inhalt

5.1.2	Unterlassene Herabsetzung einer Studienbeihilfenrückforderung	35
5.1.3	Gewährung eines Studienzuschusses an Kandidaten für die Studienberechtigungsprüfung	37
5.1.4	Auszahlung der Studienunterstützung im Nachhinein bringt Nachteile	38
5.1.5	Unterschiedliche Altersregelung bei Studienunterstützung für Fernstudien	40
5.1.6	Zwingende Exmatrikulation bei nicht vollständiger Zahlung des Studienbeitrages? – Universität Wien	41
5.1.7	Härtefälle bei Unterstellung unter einen neuen Studienplan	46
5.1.8	Verweigerung der Anfertigung von Kopien von Prüfungsunterlagen	48
5.1.9	Zulassung zum Studium der Pferdewissenschaften mit Hindernissen	49
5.1.10	Denkmalschutz: Staatsoper: Verhüllung des Eisernen Vorhangs verspätet bewilligt	52
5.1.11	Denkmalschutz: Mehrfache Säumigkeit in Berufungsverfahren	54
5.2	<u>Geschäftsbereich von Volksanwalt Mag. Ewald Stadler</u>	56
5.2.1	Ungerechtfertigter "Verweis" im Personalakt verhindert Versetzung einer Lehrerin	56
5.2.2	Haftung im Rahmen von Schulunfällen	57
5.2.3	Zweimalige falsche Rechtsauskunft durch Personalabteilung des Landesschulrats für Oberösterreich	58
5.2.4	Säumnis der Behörde verhindert Inanspruchnahme der vorzeitigen Alterskarenz	59
5.2.5	Einschreiten der VA verbessert Qualität staatlichen Handelns	60
5.2.6	Zulassung zur Berufsreifeprüfung	61
6	BUNDESMINISTER FÜR FINANZEN	63
6.1	<u>Geschäftsbereich von Volksanältin Rosemarie Bauer</u>	63
6.1.1	Arbeitnehmerveranlagung: Säumnis – BMF; FA Bregenz, FA Feldkirch	63
6.1.2	Arbeitnehmerveranlagung: Säumnis – FA St. Johann i. Pongau	64
6.1.3	Unabhängiger Finanzsenat: Neue Organisationsstruktur verzögert Berufungsverfahren	65
6.1.4	Zeugengebühr: Verzögerte Auszahlung – FA in Wien	66
6.1.5	Mietzinsbeihilfe: Mangelhafte Information – FA in Wien	66
6.1.6	Steuerfreiheit von Aufwandsentschädigungen für ehrenamtliche Mitarbeiter sozialer Vereine - BMF	67
6.1.7	Unterbleiben einer angekündigten Gutschrift – FA Linz	67
7	BUNDESMINISTERIN FÜR GESUNDHEIT UND FRAUEN	69
7.1	<u>Geschäftsbereich von Volksanwalt Dr. Peter Kostelka</u>	69
7.1.1	Allgemeines	69
7.1.2	Legistische Anregungen	69

Inhalt

7.1.3	Krankenversicherung	71
7.1.3.1	Die Sicherung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten als wesentliche Zielsetzung der sozialen Krankenversicherung	71
7.1.3.2	Erwerbsunfähigkeit – Ein mehrdeutiger Rechtsbegriff schafft Unklarheit	73
7.1.3.3	Keine Rückerstattung von Kostenanteilen bei einem rückwirkenden Zuständigkeitswechsels im Bereich der Krankenversicherung	75
7.1.3.4	Versteinerte Beitragsgrundlagen führen zu Nachteilen für Versicherte	77
7.1.3.5	Unzureichende Versorgung für Kinder mit Zahnproblemen	78
7.1.3.6	Keine Kostenübernahme bei Überstellungstransport in einem anderen Bundesland	79
7.1.3.7	Kein Versicherungsschutz trotz Beitragszahlung	79
7.1.3.8	Keine Aliquotierung des Zusatzbeitrages für mitversicherte Ehegatten in der gewerblichen Krankenversicherung	80
7.1.4	Bereich Gesundheit	81
7.1.4.1	Eingeschränkte Leistungsverpflichtung aus dem Hepatitis-C-Fonds	81
7.1.5	Unfallversicherung	82
7.1.5.1	Judikaturbedingte Härtefälle durch Verschärfung der Anspruchsvoraussetzungen für die Zuerkennung einer Integritätsabgeltung	82
7.1.5.2	Einzelfälle und sonstige Wahrnehmungen	83
7.1.5.2.1	Vollzugsfehler	83
7.1.6	Veterinärwesen	85
7.1.6.1	Säumnis bei der Umsetzung der Legehennen-Richtlinie - Käfighaltung in Österreich	85
8	BUNDESMINISTER FÜR INNERES	88
8.1	<u>Geschäftsbereich von Volksanwalt Mag. Ewald Stadler</u>	88
8.1.1	Allgemeines	88
8.1.2	Staatsbürgerschaftsrecht	88
8.1.2.1	"Österreicher" ohne Staatsbürgerschaft	88
8.1.2.2	Datenschutzbestimmungen verzögern Staatsbürgerschaftsverfahren	89
8.1.3	Personalwesen	91
8.1.3.1	Ungerechtfertigte Ablehnungen von Bewerbungen	91
8.1.3.2	Lange Dauer von Disziplinarverfahren	94
8.1.3.3	Nachzahlung von Nebengebühren	95
8.1.4	Zivildienstwesen	97
8.1.4.1	Sicherung der Verpflegung von Zivildienstleistenden	97
8.1.4.2	Höchstgerichtlicher Rechtsschutz lückenhaft	99
8.1.5	Melderecht	100
8.1.5.1	Abfragemöglichkeit aus dem Zentralen Melderegister	100
8.1.6	Erkennungsdienstliche Maßnahmen	102
8.1.6.1	Behauptete Sachbeschädigung in Nachbarschaftsstreit macht Fotografieren des Verdächtigen erforderlich (VA BD/95-I/97)	102

Inhalt

8.1.6.2	Jugendliche "Ladendiebin" wird zu Abnahme der Fingerabdrücke gezwungen (VA BD/17-I/01)	103
8.1.6.3	Kriminalitätsopfer wird als Wiederholungstäter gebrandmarkt (VA BD/94-I/03)	104
8.1.7	Fremdenrecht	105
8.1.7.1	Illegaler Einwanderung – Besuch eines Grenzüberwachungspostens	105
8.1.7.2	Niederlassungsbewilligung für Schlüsselarbeitskraft – Nichtgewährung von Parteiengehör	108
8.1.7.3	Untergriffige Formulierungen in einem Ausweisungsbescheid	109
8.1.7.4	Niederlassungsbewilligung – Probleme wegen nicht aktuellem Namen im Reisepass	110
8.1.7.5	Niederlassungsbewilligung – Probleme bei Ausfolgung der Vignette	111
8.1.7.6	Aufenthaltstitel durch Adoption	112
8.1.7.7	Überprüfung von Reisedokumenten durch Fluglinien	113
8.1.7.8	Gewährung von Abschiebungsaufschüben ohne Prüfung des Sachverhalts	114
8.1.8	Verschiedene Angelegenheiten der Inneren Verwaltung	118
8.1.8.1	Doppelbezahlung einer Verwaltungsstrafe	118
8.1.8.2	Verzögerte Ausfolgung einer Geldbörse	120
8.1.8.3	Polizei sah bei Denkmalschändung untätig zu	121
8.1.8.4	Unfreundliche Behandlung durch Polizisten	124
8.1.8.5	Behindertengerechte Toilettenlagen und Aufzüge	125
8.1.8.6	Problematische Behandlung einer Versammlungsanzeige	126
9	BUNDESMINISTER FÜR JUSTIZ	128
9.1	<u>Geschäftsbereich von Volksanwalt Mag. Ewald Stadler</u>	128
9.1.1	Allgemeines	128
9.1.2	Verfahrensdauer	129
9.1.3	Mangelnde Sorgfalt der Gerichte	131
9.1.4	Außerstreitgesetz – Rechtsprechungspraxis der Gerichte	133
9.1.5	Anerkennung eines ausländischen Scheidungsurteils	134
9.1.6	Verbesserung der Stellung des Subsidiaranklägers	136
9.1.7	Strafvollzug	138
9.1.7.1	Freigänger als Vergewaltiger	138
9.1.7.2	Tod eines Häftlings durch Suchtgiftkonsum	140
9.1.7.3	Sexueller Missbrauch in Justizanstalt	140
9.1.8	Tätigkeit der Staatsanwaltschaften	141
9.1.8.1	Rechtwidriges diversionelles Vorgehen	141
9.1.8.2	Unzureichende Ermittlungen der StA Wiener Neustadt	143
9.1.9	Dienstrecht	145
9.1.9.1	Keine Einstellung als Justizwachebeamter bei Überschreiten der Altersgrenze von 30 Jahren	145

Inhalt

10	BUNDESMINISTER FÜR LANDESVERTEIDIGUNG	148
10.1	<u>Geschäftsbereich von Volksanwalt Mag. Ewald Stadler</u>	148
10.1.1	Allgemeines	148
10.1.2	Rechtswidrige Kündigung von langjährigen Pachtverträgen	148
10.1.3	Legistische Anregung betreffend Fahrtkostenzuschuss – ein Erfolg nach mehr als zwölf Jahren:	151
10.1.4	Ungerechtes Disziplinarverfahren	152
10.1.5	Unverständliche Hindernisse bei der Heranziehung zum Auslandseinsatz	154
10.1.6	Verletzung durch mangelnde Rücksichtnahme	156
11	BUNDESMINISTER FÜR LAND- UND FORSTWIRTSCHAFT, UMWELT UND WASSERWIRTSCHAFT	158
11.1	<u>Geschäftsbereich von Volksanwältin Rosemarie Bauer</u>	158
11.1.1	Allgemeines	158
11.1.2	Verlängerung eines Wassernutzungsrechtes verzögert sich - Amt NÖ LReg	158
11.1.3	Überlanges Wiederaufnahmeverfahren betreffend die wasserrechtliche Bewilligung für die Errichtung einer Teichanlage - BMLFUW	161
11.1.4	Konsenswidriger bzw. konsensloser Betrieb eines Werkskanals: Verfahrensverzögerungen – BH Baden	162
11.1.5	Abwasserbeseitigungsanlage: Zögernde Vorgangsweise der Wasserrechtsbehörde - Amt NÖ LReg	166
11.1.6	Perma-Kultur: Zögerliche Vorgangsweise der Behörde - BH Jennersdorf	166
11.1.7	Säumnis bei der Erledigung eines Devolutionsantrages - BMLFUW	168
11.1.8	Konsenslose Einleitung in Retentionsbecken: Säumnis der Behörde - BH Salzburg-Umgebung	169
11.1.9	Fehlende Hochwasserschutzmaßnahmen – Bezirkshauptmannschaft Deutschlandsberg	170
11.1.10	Hangrutschung: Mangelnde Bestellung einer Bauaufsicht – Amt OÖ LReg	177
11.1.11	Mangelnde Nichtigerklärung eines Bescheides - BMLFUW	178
11.1.12	Fehlbeurteilung des § 73 AWG 2002 – BH Völkermarkt	180
12	BUNDESMINISTER FÜR SOZIALE SICHERHEIT, GENERATIONEN UND KONSUMENTENSCHUTZ	182
12.1	<u>Geschäftsbereich von Volksanwalt Dr. Peter Kostelka</u>	182
12.1.1	Pensionsversicherung	182
12.1.1.1	Allgemeines	182
12.1.1.2	Berücksichtigung legistischer Anregungen der VA	182

Inhalt

12.1.1.3	Fusion der Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter und der Pensionsversicherungsanstalt der Angestellte	183
12.1.1.4	Beträchtliche Verfahrensverzögerungen	185
12.1.1.5	Unzureichende Bescheidbegründungen	191
12.1.1.6	Einzelfälle und sonstige Wahrnehmungen	192
12.1.1.6.1	Vollzugsfehler	192
12.1.2	Pflegevorsorge	193
12.1.2.1	Allgemeines	193
12.1.2.2	Ruhens bei stationären Krankenhausaufenthalten – Rückforderung des Taschengeldes nur anteilmäßig zulässig	194
12.1.2.3	Begründung der Pflegegeldbescheide haben jedenfalls das Ausmaß des vom Entscheidungsträger festgestellten Pflegebedarfes zu enthalten	196
12.1.2.4	Pflegegeldanspruch im Sterbemonat	196
12.1.2.5	Unzureichende Information von möglichen Fortsetzungsberechtigten	197
12.1.2.6	Pflegegeld – Einstufungsdivergenzen nach Übergang der Zuständigkeit	197
12.1.2.7	Einzelfälle und sonstige Wahrnehmungen	197
12.1.3	Folgen der Unfallrentensteuer abgeschafft?	198
12.1.4	Kriegsopfersversorgungsgesetz	200
12.1.5	Behindertenangelegenheiten und Versorgungsgesetze	201
12.1.5.1	Bundesbehindertengesetz	201
12.1.5.2	Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz – Antragsprinzip führt zu Härtefällen	202
12.1.5.3	Verbrechensopfergesetz	203
12.1.5.4	Heeresversorgungsgesetz	203
12.1.5.5	Impfschadengesetz	203
12.1.5.6	Einzelfälle und sonstige Wahrnehmungen	204
12.1.6	Bereich Familie	204
12.1.6.1	Kinderbetreuungsgeld	204
12.1.6.1.1	Allgemeines	204
12.1.6.1.2	Einkommensbegriff des KBBG: Sind Witwenpensionen anzurechnen?	206
12.1.6.1.3	Zwischenstaatliche Koordinationsprobleme beim Kinderbetreuungsgeld im Verhältnis zur Bundesrepublik Deutschland	208
12.1.6.2	Unterschiedliche Modelle der Anstellung von Pflegeeltern in Österreich	210
12.1.6.3	Teilweise Aufhebung des § 12a Familienlastenausgleichsgesetz	211
12.1.6.3.1	Keine Lehrlingsfreifahrt für Personen nach GuKG	212
12.1.6.3.2	Keine Familienbeihilfe für ein Praktikum in der EU	212
12.1.6.4	Unterhaltsvorschuss – Verbesserung in Sicht?	213
12.1.6.5	Einzelfälle und sonstige Wahrnehmungen	214

Inhalt

13	BUNDESMINISTER FÜR VERKEHR, INNOVATION UND TECHNOLOGIE	216
13.1	<u>Geschäftsbereich von Volksanwalt Dr. Peter Kostelka</u>	216
13.1.1	Allgemeines	216
13.1.2	Kraftfahrwesen	216
13.1.2.1	Gesetzwidrige Befristung der Lenkberechtigung	216
13.1.2.2	Befristung der Lenkberechtigung – Formulare der Bundespolizeidirektion Wien	218
13.1.2.3	Organisatorische Mängel der amtsärztlichen Untersuchungsstelle im Verkehrsamt der Bundespolizeidirektion Wien	219
13.1.2.4	Sonderfälle der Entziehung der Lenkberechtigung	220
13.1.2.5	Verwendung einer Fremdsprache im Rahmen der Führerscheinprüfung	220
13.1.2.6	Besondere Wahrnehmungen und Einzelfälle	221
13.1.3	Bahn	222
13.1.4	Post, Telekommunikation und Fernmeldewesen	223
13.1.4.1	Österreichische Post AG	223
13.1.4.2	Fernsprechentgeltzuschussgesetz und Fernmeldegebührenordnung	224
13.1.4.3	Probleme mit Dialer-Programmen	225
13.1.4.4	Verzögerungen bei der Weiterleitung einer Berufung durch das beim Vorstand der Telekom Austria AG eingerichtete Personalamt	226
13.1.5	Gebühren Info Service GmbH (GIS)	226
13.2	<u>Geschäftsbereich von Volksanwalt Mag. Ewald Stadler</u>	229
13.2.1	Allgemeines	229
13.2.1.1	Bundesstraßen	229
13.2.2	Straßenbemautung und Mautvignetten	230
14	BUNDESMINISTER FÜR WIRTSCHAFT UND ARBEIT	232
14.1	<u>Geschäftsbereich von Volksanwalt Dr. Peter Kostelka</u>	232
14.1.1	Arbeitsmarktverwaltung	232
14.1.1.1	Allgemeines	232
14.1.1.2	Sperre des Arbeitslosengeldes bzw. Notstandshilfe bei Ablehnung einer durch das AMS zugewiesenen Beschäftigung	233
14.1.1.3	Härten für ältere arbeitslose Menschen durch das Konjunkturbelebungsgesetz	236
14.1.1.4	Probleme im Zusammenhang mit Weiterbildungs- und Qualifizierungsmaßnahmen von arbeitssuchenden Menschen	237
14.1.1.5	Sonstige Wahrnehmungen und Einzelfälle	240

Inhalt

14.2	Geschäftsbereich von Volksanwalt Mag. Ewald Stadler	242
14.2.1	Allgemeines	242
14.2.2	Gewerberecht	242
14.2.3	Gesetzgebung	242
14.2.4	Vereinfachtes Betriebsanlageverfahren	243
14.2.5	Verordnungsermächtigung des LH gemäß § 112 Abs. 3 GewO 1994 idF BGBl. I Nr. 111/2002	244
14.2.6	Gastgewerbebetriebe	244
14.2.7	Vollziehung	245
14.2.8	Vereinfachtes Betriebsanlageverfahren	246
14.2.9	Anfechtung der Gastgarten - Sperrstunden VO 2003 des LH von Stmk beim VfGH	247
14.2.10	Gastgewerbebetriebe	248
14.2.11	Abgrenzung Gewerberecht zu anderen Rechtsgebieten	250
14.2.12	Gewerbliche Tätigkeit von Vereinen	250
14.2.13	Gewerbliche Tätigkeit der Freiwilligen Feuerwehr	251
14.2.14	Veranstaltungen in Gastgewerbebetrieben	252
14.2.15	Ausnahmekatalog im § 2 GewO	252
14.2.16	Verfahrensverzögerungen	253
14.2.16.1	Sanierungsauftrag erst auf Grund eines Gutachtens des Amtssachverständigen	253
14.2.16.2	Verzögerung bei der Erteilung einer Gewerbeberechtigung	253
14.2.16.3	Personalsituation beim Amt der Steiermärkischen Landesregierung bedingt Verfahrensverzögerung	254
14.2.16.4	Verfahrensverzögerung beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit	255
14.2.16.5	Versuchsbetriebsgenehmigung im laufenden Betriebsanlageverfahren	256
14.2.16.6	Maßnahmen zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes	256
14.2.16.7	BIG verweigert Auskunftserteilung an Volksanwaltschaft	258
15	GRUNDRECHTSTEIL	259
15.1	Grundlegende rechtsstaatliche Anforderungen der Bundesverfassung (Art. 18 und 129 ff B-VG)	259
15.1.1	Kostenersatzpflicht im verwaltungsgerichtlichen Verfahren trotz Bewilligung der Verfahrenshilfe (VA BD/4-BKA/03)	259
15.1.2	Erteilung einer falschen Rechtsmittelbelehrung (VA BD/321-V/03)	261
15.1.3	Voraussetzungen der Beschwerdelegitimation an die VA (VA BD/57-V/03)	262
15.2	Recht auf angemessene Verfahrensdauer (Art 6 EMRK; Rechtsstaatsprinzip; Art. 41 EU-Charta; Kodex für eine gute Verwaltungsführung)	263
15.2.1	Allgemeiner Teil	263

Inhalt

15.2.2	Einzelfälle	266
15.2.2.1	Gerichtsverfahren (VA BD/759-J/02, VA BD/234-J/03, VA BD/367-J/03)	266
15.2.2.2	Anspruch auf Pflegegeld ist "civil right" (VA BD/1085-SV/03, VA BD/1045-SV/03)	269
15.2.2.3	Verschleppung eines Berufungsverfahrens beim Personalamt der PostAG (VA BD/76-V/00)	271
15.2.2.4	Fünfjährige Verfahrensdauer bei Erlassung eines Berufungsbescheides – BMLFUW (VA BD/BD/78-LF/03, BMLF 13.812/26-I 3/2003)	272
15.2.2.5	Säumnis mit der Erteilung wasserpolizeilicher Aufträge – BH St. Veit/ Glan (VA BD/140-LF/02, K LReg 8-ALL-602/15-2002)	273
15.2.2.6	Drei Instanzen verweigern Entscheidung – BMLFUW (VA BD/156-LF/02, BMLF 680.255/17-I6/02)	274
15.2.2.7	Unzumutbare Verzögerungen im wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren zur Errichtung einer Uferbefestigung – BH Neusiedl/ See (BD/161-LF/02, BMLF 16.341/01-I6/03)	276
15.2.2.8	Lösung eines Wasserrechts: Verspäteter Berufungsbescheid – Amt Ktn LReg (VA BD/39-LF/03, K LReg 8-ALL-617/3-2003)	278
15.3	Gleichheitssatz (Art. 7 B-VG, Art. 2 StGG)	280
15.3.1	<u>A. Gesetzgebung</u>	280
15.3.1.1	Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (VA BD/25-JF/02)	280
15.3.1.2	Nichtberücksichtigung von Mehrlingsgeburten im Rahmen des Kinderbetreuungsgeldes	280
15.3.1.2.1	Anspruch von Zeugen auf Ersatz ihrer Aufwendungen (VA BD/201-V/02)	281
15.3.1.2.2	Fernsprechentgeltzuschussgesetz (VA BD/395-V/03)	282
15.3.1.2.3	Ungleichbehandlung von Fremden im Rahmen des Verbrechensopfergesetzes (VA BD/194-SV/03)	283
15.3.2	<u>B. Vollziehung</u>	285
15.3.2.1	Kürzung einer Versorgungsleistung (VA BD/40-GU/02; ähnlich VA BD/24-GU/02) ..	285
15.3.2.2	Freiheit des Eigentums (Art. 5 StGG/Rechtsstaatsprinzip)	286
15.3.2.2.1	Gewerbebehördliche Genehmigung eines Versuchsbetriebes	286
15.4	Erwerbsfreiheit (Art. 6 StGG)	289
15.4.1	Wiederausstellung von Taxilenkerausweisen (VA BD/250-V/96, 342-V/02)	289
15.5	Datenschutz (§ 1 DSG 2000)	290
15.5.1	Übermittlung von Melderegisterdaten an lokale Tageszeitungen (VA BD/6-BKA/03)	290
15.5.2	Sicherheit geht vor Datenschutz (VA BD/73-I/01)	291
15.5.3	Unwirksame Auskunftssperre nach Meldegesetz (VA BD/366-I/02)	294
15.5.4	Erkennungsdienstliche Maßnahmen (Grundrecht auf Achtung des Privatlebens, Art.8 EMRK)	295

Inhalt

15.6	Recht auf faires Verfahren (Art 6 MRK)	300
15.6.1	Gerichtliche Durchsetzung von Nachbarrechten bei vereinfacht genehmigten Betriebsanlagen (§359b GewO)	300
15.7	Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK)	302
15.7.1	Schutz des Familienlebens bei Inkognitoadoptionen (VA BD/1216-SV/03)	302
15.7.2	Recht auf Beibehaltung des Familiennamens (VA BD/11-AA/03)	302
15.7.3	Sonderzeichen bei der Namensschreibweise (VA BD/244-V/03)	303
15.7.4	Geheime Anbringung eines Peilsenders an PKW	304
15.8	Grundrechte der Europäischen Union	307
15.8.1	Art. 12 EGV	307
15.8.1.1	Nichtgewährung von Pflegegeld an im Inland lebende Unionsbürger mit Anspruch auf EWR – Pensionen ("negativer Kompetenzkonflikt" zwischen Bund und Ländern; VA OÖ/232-SOZ/03, 157-SV/03, 170-SV/04)	307
15.8.2	Art. 18, 38 und 43 EGV	308
15.8.2.1	Nichtanrechnung von Kindererziehungszeiten in einem EU-Mitgliedstaat (VA BD/413-SV/02)	308
15.8.2.2	Nachkauf von in einem EU-Mitgliedsstaat zurückgelegten Schulzeiten (VA BD/341-SV/03)	309
15.8.3	Art. 39 und VO (EWG) 1612/68 (Freizügigkeitsverordnung)	310
15.8.3.1	Unterstützung nach dem Verbrechensopfergesetz	310
15.8.3.2	Säumigkeit des Gesetzgebers bei der Umsetzung der Rassismus- und der Beschäftigungsrichtlinie (VA K/140-LAD/03)	310
16	LEGISLATIVE ANREGUNGEN DER VA	312
	ANHANG	
17	WEITERENTWICKLUNG DER VOLKSANWALTSCHAFT	326

Weiterentwicklung der VA

1 Weiterentwicklung der Volksanwaltschaft

Die VA hat wiederholt in ihren Berichten an den Verfassungsgesetzgeber Vorschläge zur Weiterentwicklung des parlamentarischen Kontrollorgans erstattet.

In ihrer kollegialen Sitzung vom 1. März 2004 haben die Volksanwälte einstimmig beschlossen dem Österreich-Konvent ihre Überlegungen und einen Textentwurf zu übermitteln.

Zur Information des Bundesverfassungsgesetzgebers ist diese Stellungnahme der VA als Anhang I (Pkt. 17, S. 326) dem Bericht angeschlossen.

Geschäftsanfall

2 Inanspruchnahme und Tätigkeit der VA

2.1 Entwicklung des Geschäftsanfalles

Im Kalenderjahr 2003 wurde die VA in 15 787 Fällen in Anspruch genommen.

15 787 Anbringen führten zu 6 561 Prüfungsverfahren

10 316 Beschwerden betrafen den Bereich der Verwaltung. Es wurde in 6 561 Fällen ein Prüfungsverfahren eingeleitet. Bei den verbleibenden 3 755 Beschwerden waren die behördlichen Verfahren noch nicht abgeschlossen oder es stand den Beschwerdeführern ein Rechtsmittel (Rechtsbehelf) noch offen (vgl. Art. 148a B-VG).

In 69 Fällen wurde ein **amtswegiges** Prüfungsverfahren eingeleitet.

	<u>2002</u>	<u>2003</u>
Anbringen	14 851	15 787
Verwaltung (Bundes- und Landesverwaltung)	10 087	10 316
Prüfungsverfahren	6 896	6 561
Bundesverwaltung	4 463	4 198
Landes- und Gemeindeverwaltung	2 433	2 363
Unzuständig	4 764	5 471

Geschäftsanfall

Prüfverfahren Bundesverwaltung

	Jahr 2002	Jahr 2003
Bundeskanzleramt	20	24
Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten	33	33
Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur	177	170
Bundesministerium für Finanzen	494	359
Bundesministerium für Gesundheit und Frauen	467	364
Bundesministerium für Inneres	387	330
Bundesministerium für Justiz	933	938
Bundesministerium für Landesverteidigung	74	65
Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft	211	214
Bundesministerium für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz	784	843
Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie	414	424
Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit	449	420

Bundesverwaltung - Gesamt	4 443	4 184
---------------------------	-------	-------

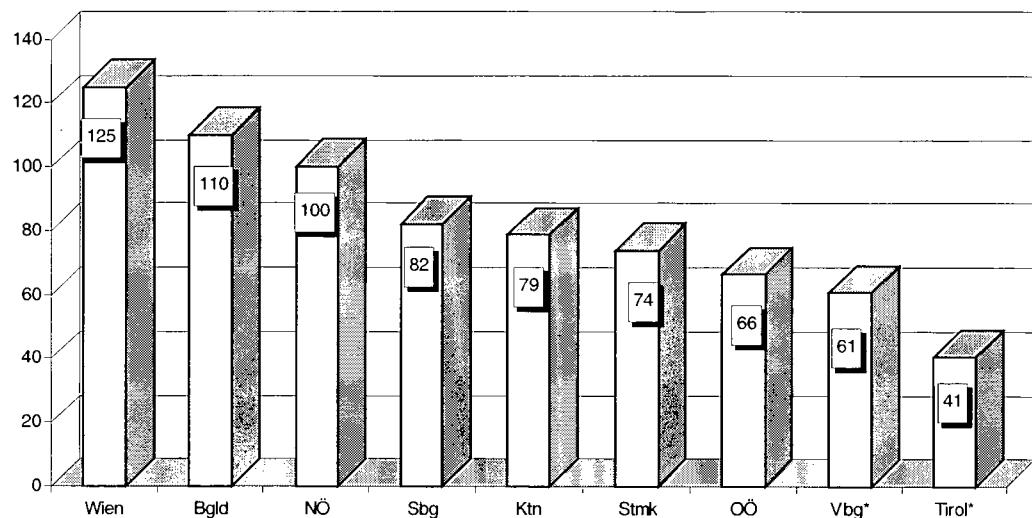
Landes- und Gemeindeverwaltung - Gesamt	2 433	2 363
---	-------	-------

Akt-Code	Prüfverfahren nach Aufgabenbereichen	2002	2003
	Aufgabenbereich von Volksanwalt Dr. Peter Kostelka		
BKA	Bundeskanzler	20	24
SV	Bundesminister für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz (<i>Bereich Soziales</i>)	714	787
SV	Bundesministerin für Gesundheit und Frauen (<i>Bereich Kranken- und Unfallversicherung</i>)	423	322
SV	Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit (<i>Bereich AMS</i>)	205	207
JF	Bundesminister für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz (<i>Bereich Familie</i>)	70	56
GU	Bundesministerin für Gesundheit und Frauen (<i>Bereich Gesundheit</i>)	44	42
V	Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (<i>Bereich Verkehr</i>)	386	384
AA	Bundesministerin für auswärtige Angelegenheiten	33	33
VORS	Zuständigkeitsbereich des Vorsitzenden	6	
	Landes- und Gemeindeverwaltung	554	498
	Zwischensumme Volksanwalt Dr. Peter Kostelka	2 455	2 353
	Aufgabenbereich von Volksanwältin Rosemarie Bauer		
FI	Bundesminister für Finanzen	494	359
LF	Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft (<i>Bereich Land- und Forstwirtschaft</i>)	198	204
U	Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft (<i>Bereich Umwelt</i>)	13	10
WF	Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft u. Kultur (<i>Bereich Wissenschaft</i>)	95	89
HWG	HochwasserG	10	5
VORS	Zuständigkeitsbereich der Vorsitzenden		1
	Landes- und Gemeindeverwaltung	1 313	1 226
	Zwischensumme Volksanwältin Rosemarie Bauer	2 123	1 894
	Aufgabenbereich von Volksanwalt Mag. Ewald Stadler		
WA	Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit	230	213
WA	Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (<i>Bereich Bundesstraßen, Patentangelegenheiten u. Mautvignetten</i>)	42	40
I	Bundesminister für Inneres	387	330
J	Bundesminister für Justiz	933	938
LV	Bundesminister für Landesverteidigung	74	65
UK	Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft u. Kultur (<i>Bereich Bildung</i>)	82	81
VORS	Zuständigkeitsbereich des Vorsitzenden	4	8
	Landes- und Gemeindeverwaltung	566	639
	Zwischensumme Volksanwalt Mag. Ewald Stadler	2 318	2 314
Gesamt		6 896	6 561

Geschäftsanfall

Die "Beschwerdehäufung" ist nicht gleichmäßig über das Bundesgebiet verteilt.

**Beschwerden pro 100.000 Einwohner
im Berichtszeitraum**



* nur betreffend Bundesverwaltung

Geschäftsanfall

2.2 Erledigungen

Insgesamt konnten im Berichtsjahr 7 078 Prüfungsverfahren abgeschlossen werden, wobei es in 10 besonders schwer wiegenden Fällen einer formellen **Empfehlung**, in 9 Fällen einer **Missstandsfeststellung** und in 2 Fällen einer **Verordnungsanfechtung** in Form eines Kollegialbeschlusses bedurfte.

**Erledigung von 7 078
Prüfungsverfahren**

Erledigungen	2002	2003
Beschwerde berechtigt/Beanstandung	642	758
Beschwerde nicht berechtigt/keine Beanstandung	3 698	3 336
Beschwerde unzulässig (Verwaltungsverfahren anhängig)	902	938
Beschwerde zurückgezogen	452	488
VA unzuständig	1 608	1 426
zur geschäftsordnungsmäßigen Behandlung nicht geeignet	85	111
Missstandsfeststellung	10	9
Empfehlung	13	10
Verordnungsanfechtung	0	2
Gesamterledigung	7 410	7 078

Geschäftsanfall

Die 3 **Empfehlungen**, die sich auf die Bundesverwaltung bezogen, betrafen nachstehende Prüfungsverfahren:

VA-Zahl	Empfehlung ergangen an/Gegenstand	am	Reaktion
5-UK/02	Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft und Kultur Ruhestandsversetzung – Verzögerung	18.02.2003	Empfehlung wurde entsprochen
85-SV/03	Vorstand der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft/Bundesminister für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz Bundespflegegeldgesetz - Ruhen der Leistung bei Aufnahme in Krankenanstalt, Verrechnung des Überbezuges bei Legalzession;	15.04.2003	Empfehlung wurde entsprochen
216-V/03	Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie Geschwindigkeitsbeschränkung A21	01.10.2003	Empfehlung wurde nicht entsprochen, daher Verordnungsanfechtung

Die 8 **Missstands feststellungen**, die sich auf die Bundesverwaltung bezogen, betrafen nachstehende Prüfungsverfahren:

VA-Zahl	Missstands feststellung ergangen an/Gegenstand	am
76-V/00	Vorsitzender des Vorstandes der Österreichische Post AG Post - Dienstrech - Übertretung in zu niedrige Dienstzulagengruppe	24.02.2003
55-LV/01	Bundesminister für Landesverteidigung Unverständliche Disziplinarmaßnahme	21.01.2003
252-I/02	Bundesminister für Inneres Unterlassen fremdenpolizeilicher Maßnahmen	26.11.2003
410-J/02	Bundesminister für Justiz a) Unterhaltsherabsetzung - Verzögerung b) Nichtigerklärung einer Ehe – Verzögerung	23.01.2003
759-J/02	Bundesminister für Justiz Gerichtsverfahren – Verzögerung	30.04.2003

Geschäftsanfall

9-AA/03	Bundesministerin für auswärtige Angelegenheiten Schreiben der Bundesministerin für Auswärtige Angelegenheiten betreffend das Wahlrecht für Auslandsösterreicher	27.05.2003
234-J/03	Bundesminister für Justiz Gerichtsverfahren – Verzögerung	20.10.2003
552-J/03	Bundesminister für Justiz Zurücklegung einer Strafanzeige - diversionelle Erledigung	10.03.2004

Die 2 **Verordnungsanfechtungen**, die sich auf die Bundesverwaltung bezogen, betrafen nachstehende Prüfungsverfahren:

VA-Zahl	Verordnungsanfechtung/Gegenstand	am
65-WA/00 69-WA/02 218-WA/02	Gewerbeausübung in Gastgärten - Verordnung gemäß § 148 Abs. 2 Gewerbeordnung 1994	17.10.2003
216-V/03	Geschwindigkeitsbeschränkung A21	19.12.2003

Wenngleich die VA gemäß Art. 148a Abs. 1 B-VG nur in jenen Fällen, in denen ein Prüfungsverfahren eingeleitet wurde, den Beschwerdeführern das Ergebnis mitzuteilen hat, sind die Volksanwälte bemüht, den Anliegen der rechtsuchenden Bevölkerung auch in den anderen Fällen durch Erteilung von Auskünften oder Klarstellungen weitgehend zu entsprechen.

Aufklärung durch
Auskunft

Geschäftsanfall

2.3 Bürger- und Behördenkontakte zu Prüfungsverfahren aus 2003

Bürger- und Behördenkontakte	2002	2003
Sprechtag der Volksanwaltschaft	263	270
Vorsprachen	2 262	2 067
Auskunftsdiest	7 645	8 341
Schriftverkehr mit Beschwerdeführern	21 093	19 683
davon Ausgangsschreiben an Beschwerdeführer	9 054	9 297
Eingangsschreiben von Beschwerdeführern	12 039	10 386
Schriftverkehr mit Behörden	10 499	11 307
davon an geprüfte Organe und Behörden	5 125	5 785
von geprüften Organen und Behörden	5 374	5 522

2.4 Auskunftsdiest

Außerhalb von Sprechtagen der Volksanwälte können die Rat- und Hilfe Suchenden täglich von 8.00 bis 16.00 Uhr beim Auskunftsdiest der VA persönlich vorsprechen oder sich unter der Wiener Tel.Nr. 01/515 05/100 DW telefonisch an den Auskunftsdiest wenden.

Darüber hinaus ist seit 14. September 2001 eine kostenlose Service-Nummer unter 0800/223 223 mit Durchwahlmöglichkeit zu allen Nebenstellen eingerichtet.

Kostenlose Service-nummer

Von den insgesamt 8 341 telefonischen und persönlichen Anbringen beim Auskunftsdiest betrafen 3 755 die Verwaltung.

In den restlichen 4 586 Fällen war eine Zuständigkeit der VA nicht gegeben. Es handelt sich dabei um zivilrechtliche Probleme zwischen Privatpersonen. Daran hatten den größten Anteil familiengerichtliche Probleme, hauptsächlich im Zusammenhang mit Scheidung und Scheidungsfolgen, wie zB Unterhalts-, Obsorge- und Besuchsrechtsregelungen.

Vielfach zivilrechtliche Probleme

Geschäftsanfall

2.5 Mitwirkung der VA an der Erledigung der an den Nationalrat gerichteten Petitionen und Bürgerinitiativen (Art. 148a Abs. 3 B-VG)

Im Berichtszeitraum wurden der VA vom Petitionsausschuss 8 Bürgerinitiativen und 17 Petitionen zugemittelt.

2.6 Gesetzesbegutachtungen - Legislative Anregungen der VA

Entsprechend der bisherigen Praxis war die VA auch wieder im Rahmen des Begutachtungsverfahrens zu Gesetzesentwürfen tätig und zwar zu Entwürfen von nachstehenden Bundesgesetzen:

- Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das ASVG, GSVG, BSVG und B-KUVG im Rahmen des Budgetbegleitgesetzes 2003 geändert werden (VA 6100/78-V/1/03)
- Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das ALVG 1977, das AMPFG, das AMSG, das IESG, das KGG und das ArbVG geändert werden (Budgetbegleitgesetze 2003) (VA 6100/82-V/1/03)
- Bundesgesetz, mit dem das Studienförderungsgesetz 1992 geändert wird (VA 6100/102-V/1/03)
- Entwurf eines Bundesgesetzes über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz - GIBG) (VA 6100/171-V/1/03)
- Entwurf einer Novelle, mit der das Kinderbetreuungsgeldgesetz geändert wird (VA 6100/210-V/1/03)
- Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Tierschutzgesetz erlassen sowie das Bundes-Verfassungsgesetz und die Gewerbeordnung 1994 geändert werden (6100/263-V/1/03)
- Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das BPGG, das BSAG und das BBG geändert werden; (VA 6100/277-V/1/03)
- Entwurf eines Gesetzes, mit dem das Kärntner Jugendschutzgesetz geändert wird (VA 8681/8-V/1/03)
- Entwurf eines Gesetzes, mit dem das Salzburger Wohnbauförderungsgesetz 1990 geändert wird (VA 8684/26-V/1/03)
- Gesetz über die Zuweisung von Bediensteten der Gemeinde Wien an den Fonds Soziales Wien (Fonds Soziales Wien - Zuweisungsgesetz) und mit dem das Wiener Personalvertretungsgesetz (7. Novelle zum Wiener Personalvertretungsgesetz) geändert wird (VA 8686/26-V/1/03)

Anhand der Erfahrungen aus ihrer Prüfungstätigkeit übermittelte die VA ihre Anregungen und Stellungnahmen dem jeweiligen Bundesministerium.

Geschäftsanfall

2.7 Bisherige legistische Anregungen

Die VA hat seit dem **10. Tätigkeitsbericht** an den Nationalrat, aber auch in den Berichten davor, zahlreiche Anregungen an die Gesetzgebung unterbreitet. Diese Anregungen stützen sich auch auf die Entschließung des Nationalrates E54 XVII. GP, welche die VA veranlasst hat, den Berichten auch nach Ressorts gegliederte Verzeichnisse über diese Anregungen anzuschließen. Diesen Verzeichnissen ist auch zu entnehmen, welche Anregungen zu einer entsprechenden gesetzlichen Änderung geführt haben, welche für Umsetzungen von den Ressorts für Regierungsvorlagen vorgemerkt wurden und enthalten auch solche Anregungen, bei denen in nächster Zeit eine Reaktion des Bundesgesetzgebers nicht zu erwarten ist.

Über das Ergebnis dieser legistischen Anregungen der VA an die Ressorts kann auf die Ausführungen im **25. Bericht an den Nationalrat und Bundesrat** über das Jahr 2001 auf S 26 f verwiesen werden.

2.8 Internationale Kontakte

Von Anbeginn ihrer Tätigkeit im Jahr 1977 nahm die VA eine aktive Rolle bei der Förderung und Hilfestellung zur Schaffung von parlamentarischen Ombudsmaneinrichtungen ein. Den Erfahrungs- und Meinungsaustausch auf der Ebene der internationalen Ombudsmanngemeinschaft erachtet die VA für notwendig und wichtig. Dennoch versucht die VA dabei selektiv vorzugehen und einen "Konferenztourismus" zu vermeiden.

Im Jahr 2003 nahm die VA am Seminar "Ombudsmen and the Protection of Rights in the European Union" in Athen, an der Internationalen Ombudsmann-Konferenz in Nicosia, über Einladung des Deutschen Bundestages am Treffen der Petitionsausschüsse und Bürgerbeauftragten in Kiel, sowie am Round Table Gespräch des Europarates mit den Ombudsmännern in Oslo teil.

Arbeitsgespräche wurden mit dem Ombudsmann Kroatiens, dem regionalen Ombudsmann Kataloniens und Vertretern der Ombudsmaneinrichtung der Tschechischen Republik geführt.

Geschäftsanfall

2.9 Öffentlichkeitsarbeit

Die VA betreibt seit 1996 unter "<http://www.volksanwaltschaft.gv.at>" eine Homepage mit einem umfangreichen Informationsangebot, wobei seit April 2000 auch die Berichte der VA an die gesetzgebenden Körperschaften ab dem Jahr 1998 aufgenommen werden.

Im Jahr 2003 haben ca. 135 000 Besucher insgesamt ca. 700.000 Abfragen auf der VA-Homepage getätigt.

Seit 1. April 1997 ist die VA per E-Mail unter der Adresse

post@volksanwaltschaft.gv.at

erreichbar. Für die Beschwerdeführer steht ein Online-Beschwerdeformular zur Verfügung.

Die im Jänner 2002 wieder aufgenommene Sendereihe "Volksanwalt - Gleicher Recht für alle", in der die Volksanwälte besonders berichtenswerte Fälle aus ihrer Prüfungstätigkeit darstellen, ist gleich zu Beginn auf ein sehr positives Echo gestoßen und das trotz des wenig zuschauerträchtigen Sendetermins am Samstag um 17.45 Uhr.

In den 42 Fernsehsendungen im Jahre 2003 wurde ein Marktanteil von durchschnittlich 35% mit einer durchschnittlichen Zuschauerquote von 436.000 erreicht. Somit zählt diese Sendereihe auf Grund der veröffentlichten TV-Quoten zu den am Samstag meistgesehenen Sendungen in ORF 2 und zwar auch in Haushalten mit Kabel- oder Satellitenanschluss.

3 Bundeskanzler

3.1 Geschäftsbereich von Volksanwalt Dr. Peter Kostelka

3.1.1 Hinsichtlich der Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung bzw. deren Mitglieder besteht Regelungsbedarf

Die Informationstätigkeit der Bundesregierung bzw. deren Mitglieder gegenüber der Bevölkerung ist sinnvoll und notwendig. Rein parteipolitisch motivierte Aussendungen und Werbemaßnahmen, bei denen Sachinhalte fehlen bzw. eindeutig hinter einseitigen Einflussnahmen zurücktreten, werfen zwangsläufig Fragen über die Grenzen der Finanzierung von Öffentlichkeitsarbeit aus dem Budget auf. Nach dem Bundesministeriengesetzes 1986 obliegt dem BKA die (ressortübergreifende) Information der Öffentlichkeit über die Arbeit der Bundesregierung. Die VA teilt die Ansicht des Rechnungshofes, dass es genereller Regelungen oder zumindest Richtlinien bedürfte, um grundlegende Meinungsunterschiede, unter welchen Voraussetzungen aus Haushaltsmitteln bezahlte Informations- und Werbemaßnahmen zulässig bzw. unzulässig sind, hintan zu halten. Insbesondere in Vorwahlzeiten wäre – wie in anderen europäischen Ländern auch – besondere Zurückhaltung geboten.

Einzelfälle:

VA BD/18–BKA/03, 9-AA/03 (GZ 028.03/0033e-IV.3/2003)

Der Rechnungshof hat in dem im Mai 2003 erschienen Bericht (Teilbericht der Gebarung des Bundes 2003/1, S. 47 ff) dargelegt, dass das BKA von 1991 bis 2001 allein 54,1 Mill € für Informations- und Werbemaßnahmen der Bundesregierung aufgewendet hat. Die Beurteilung, ob sich öffentlichkeitswirksame Kampagnen tatsächlich ausreichend auf die geleistete Arbeit oder künftige Vorhaben beziehen der Bundesregierung oder einzelner ihrer Mitglieder beziehen und damit sachdienliche Informationen enthalten oder bloß reine Sympathiewerbung darstellen, ist in der politischen Diskussion, wie parlamentarische Debatten und Anfragen zeigen, auch in Österreich höchst umstritten.

**Zulässige Regierungs-
werbung oder Reklame?**

BKA

VA Dr. Peter Kostelka

In zahlreichen EU Staaten gibt es durch die Festschreibung von Grundsätzen und Standards für Regierungswerbung mehr Klarheit, wodurch sich die jeweiligen Entscheidungsträger auf gesichertem Terrain bewegen können, ohne ständig Vorwürfen ausgesetzt zu sein bzw. unter besonderem Rechtfertigungsdruck zu stehen.

Die VA hat in ihrer Sitzung am 26. Mai 2003 auf Grund der Beschwerde eines Auslandsösterreichers festgestellt, dass "die Bundesministerin für auswärtige Angelegenheiten im Vorfeld der Nationalratswahl 2002 unter Heranziehung der überwiegend nur ihr bekannten Zustelladressen von Auslandsösterreicherinnen und Auslandsösterreichern wegen der klar bloß Wahlwerbung enthaltenden Aussendungen vom September und Oktober 2002 den sich aus Art. 26 B-VG ergebenden Grundsatz der freien Wahl verletzt hat, was einen **Missstand** in der Verwaltung gemäß Art. 148a Abs. 1 B-VG darstellt." Wenngleich die Bundesministerin für auswärtige Angelegenheiten auch im Rahmen einer parlamentarischen Anfragebeantwortung (556/J XXII. GP) vermeinte, dass "Wahlwerbung inhaltlich ganz anders aussieht", sieht die VA keine Veranlassung, von ihrer Haltung abzugehen, zumal zwei mit dem Bild der Bundesministerin versehenen und weit gehend inhaltsleeren Aussendungen sowohl in Bezug auf Aufmachung und Inhalt bloß als zusätzliches Wahlkampfmaterial der Ressortverantwortlichen aufgefasst werden mussten. Dass es der Außenministerin möglich war, auf aktuell bei den Außenämtern aufliegendes Adressmaterial zurück zu greifen, hat ihr die Möglichkeit eröffnet, darin lediglich darzutun, dass sich die im Amt befindliche Bundesregierung ebenso wie sie selbst der "Wiederwahl" stellt.

**Missstands feststellung
der VA unterstreicht
Regelungsbedarf**

In Deutschland hat die Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichtes richtungsweisende Beurteilungsmaßstäbe gesetzt (vgl. BVerfGE 44,125 ua.). In einigen Erkenntnissen wurde ausdrücklich herausgearbeitet, dass und weshalb sich aus der Verpflichtung der Bundesregierung, sich jeder parteiergreifenden Einwirkung auf eine bevorstehende Wahlentscheidung zu enthalten, das Gebot äußerster Zurückhaltung und das Verbot jeglicher mit Haushaltsmitteln betriebener Öffentlichkeitsarbeit in Form so genannter Erfolgsberichte ergibt. Das Bundesverfassungsgericht hat weiters deutlich gemacht, dass gerade in der heißen Phase des Wahlkampfes eine derartige Beschränkung notwendig ist, um das Rechte der politischen Parteien auf Chancengleichheit nicht zu verletzen.

**Bundesverfassungsgericht in Deutschland
untersagt Regierungsmitgliedern Werbung in
amtlicher Funktion
insbesondere im Vorfeld
von Wahlen**

Die Erarbeitung vergleichbarer Leitlinien durch das BKA wäre auch in Österreich dringend geboten.

VA Dr. Peter Kostelka

BKA

3.1.2 Überschreitung der gesetzlichen Entscheidungsfrist im Verfahren vor der Datenschutzkommission

Der Bundeskanzler ist gemäß § 38 Abs. 2 Datenschutzgesetz 2000 gesetzlich verpflichtet, für die Unterstützung in der Geschäftsführung der Datenschutzkommission (DSK) eine Geschäftsstelle einzurichten und die notwendige Sach- und Personalausstattung bereitzustellen, damit die Datenschutzkommission ihre gesetzlichen Aufgaben ordnungsgemäß erfüllen kann.

Einzelfall:

VA BD/27-BKA/02 (BK 810.023/013-V/3/2003)

Im Zuge der Behandlung einer gegen die DSK gerichteten Beschwerde musste die VA feststellen, dass die gesetzlich verankerte Erledigungsfrist um ca. zwei Monate überschritten wurde.

Auf Anfrage der VA hat das geschäftsführende Mitglied der DSK mitgeteilt, "dass die 6-monatige Entscheidungsfrist aus Mangel an Personalressourcen tatsächlich vielfach nicht eingehalten werden kann." In dem Datenschutzbericht 2001 vertritt die DSK die Ansicht, "dass die für ihre Geschäftsstelle zur Verfügung gestellten Personalressourcen völlig unzureichend sind."

Verfahrensdauer vielfach über der gesetzlichen Höchstfrist

Mit Schreiben vom 2. Juli 2003 teilte der Leiter des BKA-VD im Auftrag des von der VA mit dieser Situation konfrontierten BK mit, dass organisatorische Maßnahmen getroffen wurden, um eine Beschleunigung der Verfahren zu erwirken. So wurde insbesondere beschlossen, zusätzliche Mitarbeiter für die Vorbereitung der Kommissionsbescheide einzusetzen. Der VA wurde versichert, dass mit den getroffenen Maßnahmen der kontinuierliche Abbau des bestehenden Rückstaus bewältigbar ist.

Datenschutzkommission wird zusätzliches Personal zugewiesen

3.1.3 Mikrozensuserhebung – Unklare Rechtslage betreffend den Entfall der Auskunftspflicht

Die VA wurde im Berichtszeitraum mit zwei Beschwerden befasst, die die Frage nach dem (Weiter)bestehen einer Auskunftspflicht im Rahmen der Mikrozensuserhebung zum Gegenstand hatten.

Auskunftspflicht im Rahmen der Mikrozensuserhebung?

Die VA stellte in den Verfahren VA 5-BKA/03 und 15-BKA/03 (BK 10.00/009-KabHBK/2003) fest, dass im Bundesstatistikgesetz 2000 nicht eindeutig geregelt ist, was im Fall der Nichtänderung bzw. Nichtaufhebung von auf Grundlage des (außer Kraft getrete-

Unklare Rechtslage lässt unterschiedliche Interpretationen zu

BKA**VA Dr. Peter Kostelka**

nen) Bundesstatistikgesetzes 1965 erlassenen Verordnungen nach dem Ablauf der Übergangsfrist mit Jahresende 2002 rechtmässig sein soll. Weder Gesetzestext noch Materialien ist zu entnehmen, ob diese Verordnungen – zu denen auch die Mikrozensusverordnung BGBl. Nr. 334/1967 zu zählen ist – seit 1. Jänner 2003 (allenfalls teilweise gesetzwidrig) auf der Grundlage des Bundesstatistikgesetzes 2000 weiterhin in Geltung stehen oder aber außer Kraft getreten sind.

Das BKA vertrat dazu die Auffassung, dass die Rechtsgrundlage für Erhebungen im Rahmen des Mikrozensus "auf Grund von § 73 Abs. 3 Bundesstatistikgesetz 2000 mit Ablauf des 31.12.2002 weggefallen ist" und daher seit dem 1. Jänner 2003 bei der Mikrozensuserhebung keine Rechtpflicht zur Auskunftserteilung mehr besteht. Die vom BKA darauf hingewiesene Bundesanstalt "Statistik Österreich" hat versichert, dass die Erhebungsorgane angewiesen wurden, auf die Freiwilligkeit der Auskunftserteilung aufmerksam zu machen.

Trotz dieser Lösung möchte die VA dazu abschließend festhalten, dass es im Interesse von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zweckmäßig wäre, bei Übergangsbestimmungen in Zukunft verstärkt darauf zu achten, dass sie so formuliert sind, dass Auslegungsprobleme, wie sie den beiden Beschwerden zu Grunde liegen, tunlichst vermieden werden.

BKA geht vom Entfall der Auskunftspflicht aus

Sorgfältigere Formulierung von Übergangsbestimmungen geboten

3.1.4 Kopiersituation im Österreichischen Staatsarchiv

Rechtsanwalt N.N. beschwerte sich bei der VA über die unzureichende Kopiermöglichkeit im Forschersaal des Österreichischen Staatsarchivs (VA 2-BKA/04; GZ 15.00/004-KabHBK/2004)). Da nur ein einziger Kopierapparat für die Benutzer zur Verfügung stehe, führe dies auf Grund der steigenden Besucherzahlen zu langen Wartezeiten und Streitigkeiten unter den Wartenden. Bei einem Defekt des Gerätes sei die Anfertigung von Kopien überhaupt nicht möglich. Diese Kopiersituation widerspreche seiner Meinung nach dem Abkommen zwischen der Österreichischen Bundesregierung und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika zur Regelung von Fragen der Entschädigung und Restitution für Opfer des Nationalsozialismus, BGBl. III Nr. 121/2001.

Die VA setzte sich daraufhin mit dem BK in Verbindung und regte im Sinne einer bürgerfreundlichen Lösung erfolgreich die Aufstellung eines zweiten Kopiergerätes an.

Beschwerde über nur ein zugängliches Kopiergerät im Forschersaal

VA erreicht die Aufstellung eines zweiten Kopiergeräts im Forschersaal

VA Dr. Peter Kostelka

BMAA

4 Bundesministerin für auswärtige Angelegenheiten

4.1 Geschäftsbereich von Volksanwalt Dr. Peter Kostelka

Im abgelaufenen Berichtsjahr ergab sich für die VA wegen 33 Beschwerden die Notwendigkeit der Kontaktnahme mit dem BMAA. An dieser Stelle sei dem Ministerium und den österreichischen Vertretungsbehörden im Ausland dafür gedankt, dass – wie etwa im Fall VA BD/28-AA/03 innerhalb kurzer Zeit doch noch eine Lösung im Interesse der Bf gefunden werden konnte. Durch die an den Tag gelegte Servicebereitschaft war die VA auch gegenüber den Einschreitern relativ rasch im Stande, Auskünfte darüber zu erteilen, ob überhaupt bzw. unter welchen Voraussetzungen etwa die Erteilung von Visa in Betracht kommt. Im Prüfungsverfahren VA BD/21-AA/03 musste der **Beschwerde** eines Hoteliers, bei dem in der Vergangenheit mehrfach ausländische Reisegruppen zu Gast waren, wegen der Verfahrensdauer bei Ausstellung von Touristenvisa durch die Österreichische Botschaft in Kiew **Berechtigung** zuerkannt werden. Der VA ist aber zugesichert worden, dass Evaluierungen, welche Aufschluss über die Arbeitsbelastung in diesem Konsularbereich bringen sollen, eingeleitet wurden. Darüber hinaus sind nach Gesprächen mit der Repräsentanz der Österreichwerbung in Kiew nähere Kriterien für die Einbringung von Visumanträgen durch Reisegruppen festgelegt worden. Diese neue Praxis hat nach Auskunft der Österreichwerbung bzw. nach den Erfahrungen der Botschaft bereits erste Erfolge gezeigt.

Verfahrensverzögerungen im Bereich der Botschaft in Kiew führten zu Maßnahmen

4.1.1 Hilfestellung durch Vertretungsbehörde nach einem Verkehrsunfall in Indien

VA BD/20-AA/01 (BMaA 120370/0006e-IV.1/2003)

Herr S teilte der VA mit, dass er 1998 in Indien an einem Verkehrsunfall mit Personenschaden beteiligt gewesen ist. In weiterer Folge habe er für die Tätigkeit eines Rechtsanwaltes an die Österreichische Botschaft New Delhi Geld überwiesen, jedoch keine Auskunft über den Stand des Gerichtsverfahrens bekommen.

Keine Information über den Stand eines in Indien anhängigen Verfahrens

Die BM für auswärtige Angelegenheiten teilte der VA dazu mit, dass es weder der Botschaft in New Delhi noch dem österreichischen Honorarkonsulat in Mumbai gelungen sei, nähere Informationen in Erfahrung zu bringen. Dem Bf. Wurde gegen Kostenerstattung nochmals angeboten, dass ein Mitarbeiter des Honorarkonsulates bei der Polizei in Khed vorspricht und Akteneinsicht nimmt.

Informationsbeschaffung schwierig

BMAA**VA Dr. Peter Kostelka**

Mit Schreiben vom 11. August 2003 setzte Herr S. die VA darüber in Kenntnis, dass er – mehr als neun Monate nach Überweisung des verlangten Kostenbeitrags – noch immer keine Nachricht erhalten habe, was eine neuerliche Kontaktnahme der VA notwendig machte. Kurz darauf konnten die vom Bf geforderten Auskünfte dann doch erteilt werden, sodass die VA das Prüfungsverfahren abschloss.

**Bf. wird gewünschte
Auskunft erteilt**

Zu einem in die Verfassungssphäre reichenden Problem der Festlegung des Familiennamens nach einem Fehler der österreichischen Vertretungsbehörde in München siehe die Ausführungen im Grundrechtsteil, Pkt. 15.7.2. S. 302.

5 Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft und Kultur

5.1 Geschäftsbereich von Volksanwältin Rosemarie Bauer

5.1.1 Fiktive Anrechnungen einer Familienbeihilfe mindert Studienbeihilfe

VA BD/66-WF/03, BMBWK 54.020/8-VII/13a/2003

N.N. wandte sich an die VA und brachte vor, dass auf Grund der Tatsache, dass seine Mutter in Deutschland wohnhaft sei, er von dort Kindergeld in Höhe von rund 150 € monatlich erhalten habe. Diese Zahlungen seien Mitte Dezember 2001 eingestellt worden, da eine mittlerweile in Österreich gewährte Studienbeihilfe in Deutschland zum Einkommen bei der Berechnung des Kindergeldes hinzugezählt wurde. Er sei österreichischer Staatsbürger und studiere an der Technischen Universität Wien.

Ein Antrag auf Familienbeihilfe sei vom zuständigen Finanzamt abgewiesen worden, da ein Anspruch auf diese Familienleistung grundsätzlich nur im Beschäftigungsland bestehe. Das Beschäftigungsland sei im gegenständlichen Fall aber nicht Österreich, sondern Deutschland.

Da der Beschwerdeführer (bzw. seine Mutter) nun weder Kindergeld aus Deutschland noch Familienbeihilfe in Österreich erhalten habe, sei ihm nicht verständlich gewesen, warum die Familienbeihilfe (fiktiv) bei der Berechnung der Studienbeihilfe angerechnet wurde, obwohl sie – ohne Verschulden des Beschwerdeführers – ihm nicht zukam.

Er habe daher den negativen Familienbeihilfenbescheid zum Anlass genommen, um einen Erhöhungsantrag bei der Studienbeihilfenbehörde einzubringen. Für sein Studium wurde ihm eine Studienbeihilfe in der Höhe von 410 € mit Bescheid vom 1. November 2001 zuerkannt. Auf Grund des Erhöhungsantrages wurde mit Bescheid der Studienbeihilfenbehörde vom 28. Februar 2003 die Studienbeihilfe von 410 € auf 606 € erhöht. Mit Bescheid vom 3. Juni 2003 nahm die Studienbeihilfenbehörde allerdings das gegenständliche Verfahren wieder auf und setzte die Höhe der Studienbeihilfe erneut mit 410 € fest.

Zuerst Erhöhung der
Studienbeihilfe, dann
Herabsetzung

Als Begründung führte die Behörde aus, dass das Verfahren wegen "neuer Tatsachen" wieder aufgenommen worden sei und die (fiktive) Familienbeihilfe doch von der Höchststudienbeihilfe in

BMBWK**VA Rosemarie Bauer**

Abzug zu bringen wäre. Daraus ergäbe sich für den Beschwerdeführer auch eine Rückzahlungsverpflichtung in Höhe von 1 960 €.

Dagegen erhob der Beschwerdeführer Rechtsmittel.

Die VA befasste die Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft und Kultur mit dem gegenständlichen Fall. Gegenstand dieser Anfrage war zum einen die Frage, worin die Behörde hier einen Wiederaufnahmegrund für das Studienbeihilfenverfahren sieht und zum anderen, weshalb die gegenständliche Fallkonstellation keine Berücksichtigung in § 30 Abs. 2 StudFG findet. In dieser Bestimmung ist geregelt, in welchen Fällen die Familienbeihilfe nicht von der höchstmöglichen Studienbeihilfe abzuziehen ist.

Das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur führte in seiner Stellungnahme aus, dass nach der geltenden Rechtslage tatsächlich die Familienbeihilfe zum Abzug zu bringen gewesen wäre. Da jedoch keine neuen Tatsachen im Zuge des Verfahrens hervorgekommen waren, würde die gegenständliche Wiederaufnahme des Verfahrens zu Ungunsten des Beschwerdeführers vom Senat der Stipendienstelle Wien als unzulässig erkannt und daher der "Herabsetzungsbescheid" aufgehoben.

Herabsetzungsbescheid aufgehoben

Zur Frage der geltenden Rechtslage führte das Bundesministerium aus, dass das Studienförderungsgesetz in zwei typischen Fällen keine Anrechnung der (fiktiven) Familienbeihilfe vorsieht. Dies nämlich bei Überschreitung der Altersgrenze sowie bei einer Verehelichung, bei der eine Familienbeihilfe nicht weiter gebührt, da eine Unterhaltpflicht des Ehegatten besteht.

Andere Fälle nicht gebührender Familienbeihilfe, die in "besonderen Konstellationen auftreten können", sollen im Studienbeihilfenverfahren ausdrücklich keine Berücksichtigung finden. Dafür könnten aber bei besonderen Härtefällen Studienunterstützungen nach Untersuchung des Einzelfalles gewährt werden.

Bei Härtefällen nur Studienunterstützung

Die VA hielt im gegenständlichen Fall fest, dass offensichtlich zwei Fehlleistungen im Bereich der Stipendienstelle Wien zur gegenständlich in Beschwerde gezogenen Rückforderung sowie Herabsetzung der Studienbeihilfe geführt haben.

So wurde zunächst offenbar den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend die Familienbeihilfe auf die zu gewährende Studienbeihilfe angerechnet, nach Vorlage einer Bestätigung des Studierenden über die Nichtgewährung der Familienbeihilfe aber die Studienbeihilfe neu berechnet und erhöht. In der Folge wurde das Studienbeihilfenverfahren ohne Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes wieder aufgenommen und der Erhöhungsbetrag wiederum zurückgefördert.

VA Rosemarie Bauer**BMBWK**

Diese Fehlleistungen waren seitens der VA zu **beanstanden**. Auf Grund der Gesetzeslage wurde der Beschwerdeführer über die Möglichkeit eines Ansuchens auf Gewährung einer Studienunterstützung informiert, da im Zuge weiterer Studienbeihilfenanträge damit zu rechnen ist, dass die – ihm tatsächlich nicht zukommende – Familienbeihilfe wiederum auf die Höchststudienbeihilfe angerechnet wird.

In diesem Zusammenhang wurde die Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft und Kultur aber darauf hingewiesen, dass, gerade in Fällen, in denen der Wegfall der Familienbeihilfe – anders als z.B. infolge nicht erbrachter Studienerfolgsnachweise – nicht vom Studierenden zu vertreten ist und die den in § 30 Abs. 1 StudFG genannten Gründen gleichkommen, aus denen die Familienbeihilfe nicht abzuziehen ist, das Fehlen eines Rechtsanspruches unbefriedigend erscheint.

Rechtslage unbefriedigend

5.1.2 Unterlassene Herabsetzung einer Studienbeihilfenzurückforderung

VA BD/73-WF/03, BMBWK 54.019/67-VII/13a/2003

N. N. wandte sich an die VA und gab an, dass er für sein Studium im Wintersemester 1993 und Sommersemester 1994 Studienbeihilfe bezogen habe. Da er aus Sicht der Studienbeihilfenbehörde die notwendigen Nachweise für den günstigen Studienerfolg aus diesem Zeitraum nicht fristgerecht erbracht habe, sei mit Bescheid der Stipendienstelle Wien vom 7. Februar 1995 die gewährte Studienbeihilfe in Höhe von ATS 51.900,-- zurückgefördert worden. Ein Rechtsmittel dagegen sei erfolglos geblieben.

Weiters behauptete der Beschwerdeführer, dass er die erforderlichen Erfolgsnachweise fristgerecht erbracht und auch rechtzeitig an die Stipendienstelle übermittelt habe. Dies habe er damals auch dem zuständigen Sachbearbeiter der Stipendienstelle Wien erklärt, worauf dieser gemeint habe, dass die Angelegenheit damit als erledigt anzusehen sei.

Tatsächlich wurden in der Folge von der Behörde keine weiteren Einbringungsschritte gesetzt, sondern erhielt der Beschwerdeführer erst am 8. Mai 2002, daher rund 7 Jahre nach Rechtskraft des Rückzahlungsbescheides eine Zahlungserinnerung hinsichtlich des "noch offenen Betrages von € 3.771,73". Mit Bescheid vom 19. Juli 2002 sprach die Stipendienstelle Wien im Hinblick auf den Rückzahlungsbescheid vom 7. Februar 1995 die Verpflichtung aus, € 377,-- zurück zu bezahlen. Als Rechtsgrundlage dafür wurde § 51 Abs. 1 Z. 5 iVm Abs. 3 StudFG angegeben.

Späte Zahlungserinnerung

Um weitere Schwierigkeiten zu vermeiden, habe der Beschwerdeführer diesen Betrag eingezahlt, die Rechtsgründe dafür sei

BMBWK**VA Rosemarie Bauer**

ihm aber insbesondere im Hinblick auf die dargestellte Vorgangsweise der Stipendienstelle nicht verständlich.

Im Zuge des durchgeführten Prüfverfahrens stellte die VA nach Kontaktaufnahme mit dem Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur fest, dass ein Nachweis, dass der Beschwerdeführer die für die Verhinderung des Entstehens einer Rückzahlungsverpflichtung nach dem Studienförderungsgesetz vorgesehenen Erfolgsnachweise rechtzeitig vorgelegt hätte, sich aus den Verfahrensakten nicht ergab.

Da auch der Beschwerdeführer keinen solchen Nachweis – z.B. in Form eines Belegs über die rechtszeitige Übermittlung der Zeugnisse – vorweisen konnte, war nicht zu beanstanden, dass die Studienbeihilfenbehörde hier von einer nicht fristgerechten Vorlage der Erfolgsnachweise ausging.

Auf Grund der Rechtslage war sohin die Rückforderung gerechtfertigt.

Rückforderung gesetzmäßig

Nicht verifizieren ließ sich in diesem Zusammenhang, ob vom zuständigen Sachbearbeiter der Stipendienstelle Wien tatsächlich eine Zusage dahingehend gemacht wurde, dass die gegenständliche Rückforderung hinfällig wäre. So war ein Anhaltspunkt dafür den Verfahrensakten nicht zu entnehmen und auch eine Befragung des Sachbearbeiters nicht mehr möglich, da dieser in der Zwischenzeit verstorben war.

Eine formale Beanstandung einer solchen etwaigen rechtsgrundlosen Zusage war daher nicht vorzunehmen, wenn auch der Umstand, dass die oben angeführte Zahlungsaufforderung erst ca. 7 Jahre nach dem Rückzahlungsbescheid erfolgte, doch einen Anhaltspunkt für das Zutreffen der diesbezüglichen Aussagen des Beschwerdeführers gab.

Das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur sprach in diesem Zusammenhang davon, dass die "*Rückzahlung außer Evidenz geraten*" sein könnte und die ausständige Rückforderung erst anlässlich der Umstellung der elektronischen Bearbeitung auf das neue Datenbanksystem "*neuerlich zur Kenntnis genommen*" worden sei.

Festzuhalten war, dass der Beschwerdeführer die erforderlichen Erfolgsnachweise der Stipendienstelle aktenkundig am 23. Jänner 1996 vorgelegt hat. Obwohl dadurch feststand, dass er die notwendigen Prüfungsleistungen rechtzeitig erworben hatte um eine Rückzahlungsverpflichtung hintanzuhalten und die Erfolgsnachweise lediglich verspätet vorlegte, erfolgte zunächst keine Reduktion der Rückforderung auf 10% der Rückforderungssumme wie in § 51 Abs. 1 Z. 5 iVm Abs. 3 StudFG (in der damals geltenden Fassung) vorgesehen. Eine solche wurde nämlich erst mit oben angeführtem Bescheid vom 10. Juni 2002 vorgenommen.

VA Rosemarie Bauer**BMBWK**

Eine solche wurde nämlich erst mit oben angeführtem Bescheid vom 10. Juni 2002 vorgenommen. Dabei wurde von der Behörde allerdings übersehen, dass sich die Rechtslage im Hinblick auf die Reduzierung eines Rückforderungsbetrages inzwischen geändert hatte.

**Änderung der
Rechtslage übersehen**

So ist in § 51 Abs. 3 Z. 2 StudFG in der Fassung BGBl. Nr. 76/2000, welcher auf den gegenständlichen Fall anwendbar war, vorgesehen, dass, wenn die erforderlichen Erfolgsnachweise zwar rechtzeitig erworben, der Stipendienstelle aber nicht fristgerecht vorgelegt werden, die Rückforderungssumme nunmehr pauschal auf € 180,-- (im Gegensatz zu 10% der Rückforderungssumme nach alter Rechtslage) zu reduzieren ist. Dieses Veräumnis der Studienbeihilfenbehörde war zu **beanstanden**.

Das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur teilte der VA mit, dass die Studienbeihilfenbehörde angewiesen worden sei, die gegenständliche Rückforderung auf den gesetzlich vorgesehenen Betrag von € 180,-- zu reduzieren, weshalb weitere Veranlassungen durch die VA nicht erforderlich waren.

Reduktion erfolgt

5.1.3 Gewährung eines Studienzuschusses an Kandidaten für die Studienberechtigungsprüfung

VA BD/53-WF/03, BMBWK 54.007/21-VII/13b/2003

N.N. wandte sich an die VA und gab an, dass ihm für die Absolvierung der Studienberechtigungsprüfung eine Studienbeihilfe zuerkannt worden sei. Diese Zuerkennung erfolgte auf Grundlage einer Verordnung, die vorsieht, dass Personen, die sich auf die Studienberechtigungsprüfung vorbereiten, hinsichtlich des Anspruches auf Studienbeihilfe mit Studierenden an Universitäten gleichgestellt sind.

Studienbeihilfe zuerkannt

Es sei ihm weiters seitens des zuständigen Sachbearbeiters der Stipendienstelle Wien zugesichert worden, dass ihm der Studienbeitrag für das Bezug habende Semester – wie anderen Studienbeihilfenbeziehern auch – in Form eines Studienzuschusses ersetzt werde.

Zusätzlich Zusicherung eines Studienzuschusses

Zu einer solchen Auszahlung des Studienzuschusses sei es aber in der Folge nicht gekommen, da die Stipendienstelle Wien - entgegen der vorherigen Ankündigung – unter Hinweis auf die Rechtsmeinung des Bundesministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur plötzlich die Auffassung vertreten habe, dass die Zuerkennung eines Studienzuschusses an Kandidaten für die Studienberechtigungsprüfung nicht zulässig wäre.

Studienzuschuss nicht ausbezahlt

BMBWK

VA Rosemarie Bauer

Der Beschwerdeführer sah darin eine unsachliche Ungleichbehandlung und bemängelte auch, dass hier eine Zusage der Stipendienstelle Wien nicht eingehalten werden sollte.

Diese Zusage wurde der VA vom Beschwerdeführer anhand schriftlicher Mitteilungen der Stipendienstelle an ihn glaubhaft gemacht.

Die VA ersuchte die Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft und Kultur um Stellungnahme, worin die sachliche Begründung für die Nichtgewährung eines Studienzuschusses für Studienbeihilfenbezieher, die sich auf die Studienberechtigungsprüfung vorbereiten, liege.

Die Bundesministerin vertrat daraufhin die Auffassung, dass die Zuerkennung eines Studienzuschusses an Kandidaten für die Studienberechtigungsprüfung doch im Studienförderungsgesetz eine gesetzliche Deckung finde.

Ministerium bestätigt gesetzliche Deckung für Auszahlung

Gemäß § 52c Abs. 2 StudFG haben nämlich "*Studienbeihilfenbezieher, die einen Studienbeitrag entrichtet haben*" einen Anspruch auf einen Studienzuschuss.

"Studienbeihilfenbezieher" in diesem Sinne sei auch der Beschwerdeführer, weshalb die Studienbeihilfenbehörde angewiesen worden sei, den dieser Rechtsauffassung entsprechenden Zustand herzustellen und den Studienzuschuss auszubezahlen.

5.1.4 Auszahlung der Studienunterstützung im Nachhinein bringt Nachteile

VA BD/14-WF/03, BMBWK 54.016/24-VII/13b/2003

VA BD/27-WF/03

Die VA wurde von Studierenden grenznaher nicht österreichischer Bildungseinrichtungen mit der Problematik befasst, dass Studienunterstützungen gemäß § 68 Studienförderungsgesetz (StudFG) für ihr Studium vom Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur lediglich im Nachhinein, also am Ende des Studienjahres ausbezahlt werden. Demgegenüber werde eine Studienbeihilfe monatlich parallel zum Studium angewiesen. Nicht zuletzt wegen laufender Zahlungsverpflichtungen bestünde bei Studienunterstützungsbeziehern letztlich dieselbe Notwendigkeit einer raschen Auszahlung der Förderung wie bei Studienbeihilfenbeziehern.

Probleme bei laufenden Zahlungsverpflichtungen

Gemäß § 68 StudFG kann die zuständige Bundesministerin/der Bundesminister im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung an Studierende und Absolventen ordentlicher Studien zum Ausgleich sozialer Härten oder besonders schwieriger Studienbedingungen, zur Unterstützung von Wohnkosten, zur Förderung von Studien

VA Rosemarie Bauer**BMBWK**

an grenznahen nicht österreichischen Universitäten etc. Studienunterstützungen gewähren.

Die Studienunterstützung kann grundsätzlich als Einmalzahlung oder auch als laufende Zuwendung gewährt werden. Ausführungen über einen bestimmten Auszahlungszeitpunkt der Studienunterstützungen finden sich im Gesetz nicht.

Auszahlungszeitpunkt nicht näher definiert

Das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur führte zur gegenständlichen Problematik aus, dass sich die unterschiedliche Behandlung von Studienunterstützungen im Vergleich zu Studienbeihilfen im Hinblick auf den Auszahlungszeitpunkt dadurch ergebe, dass bei Studienbeihilfen, welche auf Grund eines Rechtsanspruches mit Bescheid zuerkannt werden, die gesetzliche Möglichkeit bestehe, diese – z.B. bei mangelndem Nachweis des notwendigen Studienerfolges – bescheidmäßig zurückzufordern.

Da Studienunterstützungen im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung vergeben werden, wäre hier eine bescheidmäßige Rückforderung nicht möglich, eine gerichtliche Rückforderung aber mit erheblichem Aufwand verbunden. Daher würden Studienunterstützungen zunächst in Aussicht gestellt und erst bei Vorlage der Zeugnisse über den Studienerfolg zur Auszahlung gebracht.

Dazu hielt die VA fest, dass im Falle der Rückforderung eines Studienabschlussstipendiums, welches ebenfalls ohne Rechtsanspruch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung zuerkannt wird, sehr wohl gesetzlich eine bescheidmäßige Rückforderungsmöglichkeit vorgesehen ist (§ 52b Abs. 4 StudFG).

Gesetzliche Anregung der VA

Eine solche Möglichkeit schiene auch für Studienunterstützungen denkbar. Um allfällige Härtefälle auszuschließen wären hier allerdings Gründe wie Erkrankungen oder andere unvorhergesehene oder unabwendbare Ereignisse in Anlehnung an § 19 Abs. 2 StudFG festzulegen, bei deren Vorliegen von einer Rückforderung der Studienunterstützung trotz Nichterbringung des geforderten Studienerfolgsnachweises Abstand zu nehmen wäre.

Die Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft und Kultur sagte die Prüfung einer diesbezüglichen Änderung der Vorgangsweise bzw. einer etwaigen Gesetzesinitiative zu.

Prüfung zugesagt

BMBWK

VA Rosemarie Bauer

5.1.5 Unterschiedliche Altersregelung bei Studienunterstützung für Fernstudien

VA BD/87-WF/03, BMBWK 54.013/35-VII/13b/2003

Frau N. N. wandte sich an die VA und zog in Beschwerde, dass ihr für ihr an einer Fernuniversität in Deutschland betriebenes Studium auf Grund ihres Alters keine Studienunterstützung durch die Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft und Kultur gewährt werde. Zum Zeitpunkt der Aufnahme dieses Studiums sei sie 32 Jahre alt gewesen.

Die VA musste die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang über folgende Rechtslage informieren:

Nach dem Studienförderungsgesetz ist für ein Studium an nichtösterreichischen Fernuniversitäten keine Studienbeihilfe vorgesehen. § 68 Abs. 1 Studienförderungsgesetz regelt allerdings, dass die zuständige Bundesministerin im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung zur Förderung von Studien an nichtösterreichischen Fernuniversitäten Studienunterstützungen gewähren kann.

Auf Basis dieser Bestimmung wurden vom Bundesministerium Richtlinien erlassen, die vorsehen, dass eine Voraussetzung für die Gewährung einer solchen Studienunterstützung ist, dass das Studium vor Vollendung des 30. Lebensjahrs begonnen wurde.

Studienbeginn vor dem 30. Lebensjahr notwendig

Diese Altersgrenze ist nach den angesprochenen Richtlinien eine absolute und wird, anders als im Studienförderungsgesetz bei Vergabe einer Studienbeihilfe (§ 6 Z. 4) vorgesehen, auch im Falle von Selbsterhaltern nicht erhöht. Nach der angesprochenen Bestimmung des Studienförderungsgesetzes muss das Studium, für das Studienbeihilfe beantragt wird, ebenfalls vor Vollendung des 30. Lebensjahrs begonnen werden. Diese Altersgrenze erhöht sich für Selbsterhalter allerdings

- a) um ein weiteres Jahr für jedes volle Jahr, in dem der Studierende sich länger als vier Jahre zu Gänze selbst erhalten hat, sowie
 - b) um die Hälfte der Zeit, die Selbsterhalter Kinder bis zum Ende des zweiten Lebensjahres gepflegt und erzogen haben, sofern sie dazu gesetzlich verpflichtet waren,
- höchstens jedoch um insgesamt 5 Jahre.

Die Beschwerdeführerin gab nun an, dass sie als Selbsterhalterin insbesondere im Zusammenhang mit Kindererziehungszeiten im Fall eines Studiums im Inland auf Grund der Einhaltung der genannten Obergrenze von maximal 35 Jahren einen Rechtsanspruch auf eine Studienbeihilfe gehabt hätte.

VA Rosemarie Bauer**BMBWK**

Weshalb nun in den angesprochenen Richtlinien über die Förderung von Studien an Fernuniversitäten eine niedrigere Altersgrenze eingezogen wurde, sei ihr nicht verständlich.

Auch für die VA ergibt sich hiefür kein sachlicher Grund, weshalb daher das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur mit der gegenständlichen Problematik befasst wurde.

Ungleichbehandlung nicht verständlich

In einer Stellungnahme führte das Bundesministerium aus, dass die gegenständlich Anregung der VA für eine Änderung der Richtlinien zur Kenntnis genommen und einer Prüfung unterzogen würde, eine Änderung der Richtlinie während des Studienjahres zur Vermeidung von Ungleichbehandlungen grundsätzlich aber nicht vorgenommen würde. Sachliche Gründe für eine Ungleichbehandlung wurden nicht vorgebracht.

Die VA hält daher die Anregung zur Angleichung des Höchstalters für den Bezug einer Studienunterstützung für Studien an nichtösterreichischen Fernuniversitäten in den angesprochenen Richtlinien an die Altersgrenze des Studienförderungsgesetzes aufrecht.

VA fordert Gleichstellung

Zudem schiene eine solche Gleichstellung aus Sicht der VA auch in anderen geltenden Richtlinien über die Vergabe von Studienunterstützungen, wie etwa den Richtlinien über die Förderung von Studien an grenznahen, nichtösterreichischen Universitäten, wo ebenfalls eine Altersgrenze von 30 Jahren eingezogen ist, geboten.

5.1.6 Zwingende Exmatrikulation bei nicht vollständiger Zahlung des Studienbeitrages? – Universität Wien

VA BD/29-WF/03, BMBWK 52..630/26-VII/6b/2003

N.N. führte bei der VA **Beschwerde** darüber, als Folge eines zu gering bezahlten Studienbeitrages für das Wintersemester 2002/2003 exmatrikuliert worden zu sein und nunmehr ihr Studium nach dem "neuen", seit 1.7.2002 in Kraft stehenden Studienplan fortsetzen zu müssen. Es habe dies neben einer Reihe nochmals abzulegender Prüfungen eine Verlängerung des Studiums um mindestens 3 Semester zur Konsequenz.

Das Prüfverfahren ergab:

Die Beschwerdeführerin studiert seit dem Wintersemester 1993 das Diplomstudium "Psychologie" an der Universität Wien. Diese Studienrichtung wurde von ihr im Sommersemester 2002 auch gültig inskribiert. Als Folge der gültigen Inskription wurde N.N. ein Auszug aus dem Studienbuch übersandt. Ihm beigeschlossen war ein Zahlschein, auf dem als Empfängerin die Universität Wien, und als Auftraggeberin die Beschwerdeführerin angeführt ist. In

BMBWK

VA Rosemarie Bauer

dem Feld "Betrag" findet sich die Summe von € 377,22 eingesetzt. Als "Verwendungszweck" findet man angemerkt: "Studienbeitrag für Wintersemester 2002; Zahlungsfrist: 29.10.2002".

Feststeht, dass die Beschwerdeführerin diesen Betrag bis 29.10.2002 nicht zur Einzahlung brachte, sondern erst 1 Monat später, einen Tag vor Ablauf der Nachinskriptionsfrist, einzahlt.

Zahlung innerhalb der Nachinskriptionsfrist

Als sich N.N. im März 2003 zu den letzten noch abzulegenden Prüfungen anmelden wollte, wurde ihr vom Diplomprüfungsreferat mitgeteilt, dass sie im Wintersemester 2002 die Meldung der Fortsetzung ihres Studiums unterlassen habe. Zugleich erhielt sie Kenntnis von dem Umstand, dass im Wintersemester 2002/2003 für die Studienrichtung "Psychologie" ein neuer Studienplan in Kraft getreten sei, der andere Schwerpunkte beinhaltet als der bis zu diesem Zeitpunkt in Geltung gestandene.

Als Folge der Umstellung auf den neuen Studienplan habe die Beschwerdeführerin - anstelle der noch drei abzulegenden Prüfungen, welche problemlos binnen eines Semesters absolviert hätten werden können – Lehrveranstaltungen im Umfang von 36 Wochenstunden zu belegen und die dafür erforderlichen Leistungsnachweise und Prüfungen zu erbringen. In einem Schreiben des Diplomprüfungsreferates für die Studienrichtung Psychologie, Dekanat der Grund- und Integrativwissenschaftlichen Fakultät vom 13.5.2003 wird N.N. bestätigt, dass sich für sie die Studiendauer hierdurch "*in jedem Fall noch (um) drei Semester wenn nicht mehr*" verlängere.

Gilt neuer Studienplan?

Rechtlich ist zu alledem zu sagen:

I. Gemäß § 32 Abs. 1 Bundesgesetz über die Studien an den Universitäten (Universitäts-Studiengesetz – UniStG), BGBl. I 1979/48 i.d.g.F. sind die Studierenden verpflichtet, innerhalb der allgemeinen Zulassungsfrist oder Nachfrist jedes Semesters dem Rektor der Universität, an der eine Zulassung zum Studium besteht, die Fortsetzung des Studiums der jeweiligen Studienrichtung zu melden. Die allgemeine Zulassungsfrist endete für die Universität Wien im Wintersemester 2002/2003 am 29.10.2002. An sie schloss eine einmonatige Nachfrist an. Sie lief am 30.11.2002 aus.

Gemäß § 32 Abs. 2 Zif 1 UniStG ist die Meldung der Fortsetzung des Studiums unzulässig, solange die allfälligen Hochschultaxen gemäß Hochschul-Taxengesetz 1972, BGBl 1972/75 idgF nicht eingelangt sind. Die Hochschultaxen betragen für Studierende, welche die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen, € 363,36 pro Semester. Sie erhöhen sich bei Entrichtung innerhalb der Nachfrist um 10 vH (§ 10 Abs 1 Hochschul-Taxengesetz 1972). Der Studienbeitrag ist für jedes Semester im Voraus zu entrichten.

Säumniszuschlag bei Zahlung innerhalb der Nachfrist

VA Rosemarie Bauer**BMBWK**

Die Zahlungsabwicklung findet man in einer Verordnung der Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft und Kultur über Studienbeiträge (Studienbeitragsverordnung) BGBl. II 2001/205 näher geregelt. Ihr § 5 besagt in seinen ersten drei Absätzen:

- (1) Die oder der Studierende hat den Studienbeitrag, den Studierendenbeitrag und einen allfälligen Sonderbeitrag für jedes Semester in einem einzigen Zahlungsvorgang zu entrichten. Wird ein zu geringer Betrag bezahlt, so gelten der Studienbeitrag, der Studierendenbeitrag und der allfällige Sonderbeitrag als nicht entrichtet.
- (2) Studienbeiträge, Studierendenbeiträge und allfällige Sonderbeiträge gelten mit der Gutschrift auf dem Studienbeitragskonto oder mit Einlangen der Mitteilung der Universität gemäß Abs. 6 oder 7 als entrichtet. Die Bezahlung gilt als rechtzeitig, wenn der Betrag spätestens zehn Werktagen nach Ende der allgemeinen Zulassungsfrist bzw. der Nachfrist auf dem von der Bundesministerin oder dem Bundesminister gemäß Anlage 1 festgelegten Studienbeitragskonto einlangt. Bei späterem Einlangen ist der Nachweis, dass vor Ablauf der allgemeinen Zulassungsfrist bzw. der Nachfrist eingezahlt wurde, durch die oder den Studierenden zulässig.
- (3) Wurde ein um höchstens 10 vH zu geringer Betrag bezahlt, so hat die oder der Studierende den Differenzbetrag in einem einzigen Zahlungsvorgang an dieselbe Universität zu entrichten. Wurde der um höchstens 10 vH zu geringe Betrag innerhalb der allgemeinen Zulassungsfrist bezahlt, so ist bei der Bemessung des Differenzbetrages von einem Studienbeitrag gemäß § 2 Abs. 1 oder Abs. 2 auszugehen.

Der Studienbeitrag, der Studierendenbeitrag und der allfällige Sonderbeitrag gelten mit Einzahlung des Differenzbetrages als entrichtet.

II. Gemäß § 39 Abs. 1 Zif 2 UniStG erlischt die Zulassung für eine Studienrichtung, wenn die oder der Studierende die Meldung der Fortsetzung des Studiums der jeweiligen Studienrichtung unterlässt, ohne beurlaubt zu sein. Mit dem Erlöschen der Zulassung verlieren abgelegte Prüfungen – wie es bei *Bast/Klemmer/Langeder, Universitäts-Studiengesetz² [2002]* in Anmerkung 2 zu § 39 heißt – „*ihrer ‚Wirksamkeit‘ nicht; eine Fortsetzung des Studiums ist daher grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Aus dem Begriff des Erlöschens folgt, dass für eine Fortsetzung des Studiums eine neuerliche Zulassung erforderlich ist, also die Meldung der Fortsetzung des Studiums und dergleichen nicht ausreicht*“.

III. Zu verweisen ist letztlich auf § 80 Abs. 2 UniStG. Demnach sind auf ordentliche Studierende, die ihr Studium vor dem Inkrafttreten der Studienpläne auf Grund dieses Bundesgesetzes begonnen haben, die bisherigen besonderen Studiengesetze, Studienordnungen und Studienpläne in der am 31. Juli 1997 geltenden Fassung anzuwenden. Ab dem Inkrafttreten des jeweiligen Studienplanes auf Grund dieses Bundesgesetzes sind sie berechtigt, jeden der Studienabschnitte, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Studienplanes noch nicht abgeschlossen sind, in einem der gesetzlichen Studiendauer zuzüglich eines Semesters entsprechenden Zeitraum abzuschließen. Im Studienplan

kann dieser Zeitraum für das ganze Studium um insgesamt höchstens zwei Semester, für Studien, die in drei Studienabschnitte gegliedert sind, für insgesamt höchstens drei Semester erstreckt werden, sofern die grundlegende Umgestaltung eines Studiums einen längeren Übergangszeitraum zur Berücksichtigung des Vertrauenschutzes gegenüber den ordentlichen Studierenden erfordert. Wird ein Studienabschnitt nicht fristgerecht abgeschlossen, ist die oder der Studierende für das weitere Studium dem neuen Studienplan unterstellt. Im Übrigen sind diese Studierenden berechtigt, sich jederzeit freiwillig dem neuen Studienplan zu unterstellen. Die Studienkommissionen sind berechtigt, für die Dauer der Anwendung der bisherigen besonderen Studiengesetze, Studienordnungen und Studienpläne durch Verordnung einzelne Prüfungen aus nachfolgenden Studienabschnitten festzulegen, die bereits vor dem Abschluss des jeweils vorangehenden Studienabschnittes abgelegt werden dürfen.

IV. Vor dem Hintergrund dieser Bestimmungen wird die Tragweite jenes Fehlers, der der Beschwerdeführerin unterlaufen ist, deutlich.

Hätte N.N. binnen der "allgemeinen Zulassungsfrist" (um nicht mehr als 10 %) weniger als auf dem Zahlschein angeführt bezahlt, so wäre ihr vom Bundesrechenzentrum der fehlende Betrag zur Nachzahlung vorgeschrieben worden. Da für den in der Nachfrist zu entrichtenden Betrag diesbezügliche Vorkehrungen **nicht** getroffen wurden, bewirkt die Einzahlung des Sollbetrages der allgemeinen Zulassungsfrist in der Nachfrist, dass der Studienbeitrag gemäß § 5 Abs. 1 Studienbeitragsverordnung "als nicht entrichtet" gilt. Dies wiederum hat nach Meinung des Bundesministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur wie des Rektors der Universität Wien zur Konsequenz, dass keine Meldung der Fortsetzung des Studiums erfolgte.

Unterschiedliche Folgen bei unvollständiger Entrichtung des Studienbeitrages

Der vorliegende Fall ist kein Einzelfall. Allein im Sommersemester 2003 haben an der Universität Wien – wie es in der Stellungnahme des Rektors der Universität Wien vom 25.5.2003 heißt – "29 Studierende ... im Laufe der Nachfrist den ‚regulären‘ Studienbeitrag entrichtet". Sie mussten in Folge um Neuzulassung zum Studium ansuchen.

V. Die Rechtmeinung des Bundesministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur wie des Rektors der Universität Wien ist weder zwingend noch wird sie konsequent vertreten.

Unstimmig ist es, wenn es in der Stellungnahme der Frau Bundesministerin vom 21. Mai 2003 zum gegenständlichen Beschwerdefall heißt: "Nach Einschau in die Beitragsevidenz des Bundesrechenzentrums am 16. Mai 2003 ist für das Wintersemester 2002/2003 am 3. Dezember 2002 ein Betrag in der Höhe von € 377,22 am Studienbeitragskonto der Universität Wien eingegangen.

Nicht zwingende Rechtsmeinungen werden vertreten

langt. *Eine Nachzahlung in der Höhe des Differenzbetrages ist nicht ersichtlich und somit offensichtlich auch nicht erfolgt*". Unklar ist auch die Stellungnahme der Universität Wien vom 25. Mai 2003, derzufolge "29 Studierende im Sommersemester 2003 im Laufe der Nachfrist "regulären" Studienbeitrag entrichtet haben, ohne in weiterer Folge die 10%ige Differenz zu entrichten".

Folgt man der jeweils vertretenen Meinung, so hätte von keinem der Betroffenen im Falle der Nachreichung des fehlenden Betrages die Rechtsfolgen der nicht fristgerechten Einzahlung (noch) abgewendet werden können. Zu welchem Zwecke bei dieser Sicht eine "*Nachzahlung in der Höhe des Differenzbetrages*" (überhaupt) erfolgen soll, bleibt unklar.

VI. Tatsächlich zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass der Wortlaut der anzuwendenden Bestimmung die vom Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur und vom Rektor der Universität Wien vertretene Auffassung gar nicht gebietet.

So ist gemäß § 32 Abs. 2 Zif 1 UniStG die Meldung der Fortsetzung des Studiums unzulässig, solange die allfälligen Hochschultaxen gemäß Hochschul-Taxengesetz 1972, BGBl 1972/75 idG nicht eingelangt sind. Das Gesetz unterscheidet damit zwischen der Meldung der Fortsetzung des Studiums und dem Eintritt der Rechtswirkungen der Meldung. Rechtswirkungen entfaltet die Meldung erst, wenn die zu entrichtenden Hochschultaxen eingelangt sind.

Das Gesetz knüpft damit an zwei unterschiedliche Ereignisse an. Einerseits an die Meldung der Fortsetzung des Studiums. Diese muss – soll sie zeitgerecht erfolgt sein – binnen der in § 31 Abs 1a UniStG normierten Frist abgegeben werden; andererseits an das Einlangen der Hochschultaxen. Diese müssen vollständig entrichtet werden, sollen sie als "entrichtet" im Sinn des § 5 Abs. 1 StudienbeitragsVO gelten.

Nicht erhebt das Gesetz zur Bedingung, dass die Hochschultaxen binnen der in § 31 Abs 1a UniStG normierten Zulassungsfrist vollständig entrichtet sein müssen, anderenfalls die Meldung nicht erfolgt sei. Wohl um sachwidrige Ergebnisse zu vermeiden, die auf den Eintritt des vom Gesetzgeber gewünschten Lenkungseffektes ohne jede Auswirkung blieben und nur die Zweifel an der Sachgerechtigkeit der gesetzlichen Regelung aufkommen lassen würden, hat der Gesetzgeber von einer derartigen Regelung Abstand genommen. Nach Meinung der VA sollte dem Gesetz nicht ein Inhalt unterstellt werden, der derartige in die Verfassungssphäre reichende Bedenken nach sich zöge.

Die Praktikabilität der Regelung kann dem nicht entgegengehalten werden. Derartige Gesichtspunkte haben dann zurückzutreten, wenn der Vollzug einer Bestimmung im Ergebnis deswegen zu

BMBWK

VA Rosemarie Bauer

unverhältnismäßigen, sachlich nicht rechtfertigbaren Auswirkungen führt, weil der Regelung einer Ausnahme in Einzelfall erlangt (VfGH 12.6.2002, G 322/01). Eben solche unverhältnismäßigen Auswirkungen hätten Studierende zu gewärtigen, wollte man an der vom Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur und Universität Wien vertretenen Meinung festhalten.

VII. Vor dem Hintergrund der **hier** vertretenen Auffassung machen auch die Stellungnahmen des Bundesministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur wie des Rektors der Universität Wien Sinn.

Unter der Annahme, dass (in allen 30 Fällen) die Meldung binnen der in § 31 Abs. 1a UniStG normierten Zulassungsfrist, sohin zeitgerecht, abgegeben, kann diese Meldung Rechtswirkung jeweils erst dann entfalten, wenn die Hochschultaxen eingelangt sind. Wird gemäß § 5 Abs. 3 Studienbeitragsverordnung ein fehlender Restbetrag nachgereicht, so tritt mit dem Zeitpunkt der Gutschrift auf dem Studienbeitragskonto die Rechtswirkungen der Meldung der Fortsetzung des Studiums ein. Die Betroffenen wären daher zur Nachrechnung des fehlenden Restbetrages aufzufordern.

VIII. Zusammenfassend vertritt die VA die Auffassung, dass der Wortlaut des § 32 Abs 2 Zif 1 UniStG Studierenden die Möglichkeit eröffnet, auch noch nach Ablauf der Nachfrist einen fehlenden Restbetrag auf den (erhöhten) Studienbeitrag nachzuzahlen, und damit noch fristwährend die Meldung der Fortsetzung des Studiums abgegeben zu haben. Erfreulicherweise schloss sich die Universität Wien dem Rechtsstandpunkt der VA an, sodass das gegenständliche Prüfverfahren zu einem positiven Abschluss gebracht werden konnte. N.N. ist es möglich, auf der Basis des "alten" Studienplanes ihr Studium abzuschließen. Die Universität Wien stellte zudem in Aussicht, auch die anderen Fälle einer neuерlichen Beurteilung zu unterziehen.

**Universität Wien
schließt sich Rechts-
meinung der VA an**

5.1.7 Härtefälle bei Unterstellung unter einen neuen Studienplan

VA BD/21-WF/03, BMBWK 52.009/17-VII/6b/2003
VA BD/47-WF/03; 55-WF/03; 68-WF/03

Im Zusammenhang mit der unter 5.1.5 dargestellten Problematik ist darauf hinzuweisen, dass die VA auch in weiteren Fällen mit dem Umstand befasst wurde, dass die "zwangsweise" Unterstellung unter einen neuen Studienplan bzw. die Unmöglichkeit einer Rückoption in einen alten Studienplan aus wichtigen Gründen als unverhältnismäßige Härte empfunden wurde. In diesem Zusammenhang dürfen folgende Fallbeispiele angeführt werden:

VA Rosemarie Bauer**BMBWK**

1. In einem Beschwerdefall (VA BD/21-WF/03) hatte sich die Studierende zunächst freiwillig dem neuen Studienplan Medizin an der Universität Wien unterstellt. Da sich dieser neue Studienplan in der Folge aber als ungünstiger im Hinblick auf Anwesenheitspflichten, Praktika sowie Kleingruppenunterricht erwiesen habe und dies mit ihrer Berufstätigkeit bei einer praktischen Ärztin nicht vereinbar war, wollte die betroffene Studierende in den alten Studienplan zurückwechseln.

Rückoptierung nicht möglich

Dies wurde von der Universität Wien sowie dem Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur allerdings als rechtlich nicht möglich erachtet, da das Universitäts-Studiengesetz sowie das Universitätsgesetz eine Rückoption in einen alten Studienplan auch bei Vorliegen wichtiger Gründe nicht ausdrücklich vorsehen.

2. In einem anderen Fall (VA BD/47-WF/03) unterbrach ein berufstätiger Studierender sein Studium für zwei Semester, da ihm auf Grund seiner Berufstätigkeit eine Teilnahme am universitären Betrieb in diesen Semestern nicht möglich war. Ein gesetzlicher Beurlaubungsgrund lag nicht vor. Da einem Studienbeitrag für diese Semester aus seiner Sicht keine Gegenleistung der Universität gegenüber gestanden wäre, habe er diesen nicht einbezahlt.

Probleme für berufstätige Studenten

Ihm sei dabei nicht bekannt gewesen, dass dies zur Folge habe, dass er bei Fortsetzung seines Studiums dem inzwischen in Kraft getretenen neuen Studienplan unterliegt. Da in seinem Fall zahlreiche nach dem alten Studienplan abgelegte Prüfungen nicht auf das "neue Studium" anrechenbar waren, ergibt sich für den Betroffenen eine erhebliche Verlängerung seines Studiums.

3. In einem ähnlich gelagerten Fall (VA BD/55-WF/03) habe die Studierende alle Prüfungen in ihrem Studium absolviert, auf Grund einer Berufstätigkeit habe ihr aber die Zeit gefehlt, die noch ausständige Diplomarbeit sofort anzufertigen.

Um sich für jene Semester, in denen sie nicht am Lehrbetrieb teilnahm und auch keine Diplomarbeit einreichen konnte, den Studienbeitrag zu ersparen, habe sie die Fortsetzung des Studiums für diese Semester nicht gemeldet. Auch diese Studierende war nach in Kraft treten des neuen Studienplans damit konfrontiert, dass noch eine Reihe weiterer Prüfungen abzulegen waren.

4. In einem anderen Fall (VA BD/68-WF/03) wechselte der Studierende in der selben Studienrichtung von der Universität Graz zur Universität Wien.

Studienortwechsel mit Hindernissen

Während im Geltungsbereich der alten Studienpläne ein solcher Wechsel mit keinen Problemen verbunden gewesen wä-

BMBWK

VA Rosemarie Bauer

re, führte der Umstand, dass mittlerweile an der Universität Wien ein neuer Studienplan in Kraft getreten war, dem der Studierende aufgrund des Studienortwechsels automatisch unterstellt war, ebenfalls zu einer Studienverzögerung. Auch ihm sei dies zum Zeitpunkt des Studienortwechsels nicht bekannt gewesen.

Das mit dieser Problematik befasste Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur führte aus, dass Studierende, die ihr Studium mehrere Semester unterbrochen haben, schon aus organisatorischen Gründen nur in jenen Studienplan aufgenommen werden können, der zum Zeitpunkt der neuerlichen Zulassung in Kraft ist. Eine dahingehende Bestimmung, dass Studierende in auslaufende Studienpläne rückwirkend aufgenommen werden können, wäre weder zweckmäßig noch verwaltungstechnisch durchführbar und sei auch mit einer sparsamen Ressourcenverwaltung nicht in Einklang zu bringen.

Die VA verweist in diesem Zusammenhang weiterhin darauf, dass es den Betroffenen zwar verständlich sein muss, dass sie in einem Semester, in dem sie keinen Studienbeitrag einbezahlt und daher die Fortsetzung ihres Studiums nicht wirksam melden, keine Prüfungen ablegen können. Damit, dass sie aufgrund der Unterlassung der Einzahlung eines Studienbeitrages oder auch im Zuge eines bloßen Studienortwechsels automatisch einem allenfalls neu erlassenen Studienplan unterliegen, könne aber nicht unbedingt gerechnet werden. Daher gewinnt hier eine entsprechende umfassende Informationstätigkeit auch der Universitäten an Bedeutung.

Information wäre zu verbessern

5.1.8 Verweigerung der Anfertigung von Kopien von Prüfungsunterlagen

VA BD/81-WF/03, BMBWK 52.009/23-VII/6b/2003

N. N. wandte sich an die VA und zog in Beschwerde, dass es Studierenden entgegen einer ausdrücklichen Bestimmung im Universitäts-Studiengesetz (UniStG) von mehreren Lehrenden an der Medizinischen Fakultät der Universität Graz verwehrt werde, Kopien von Beurteilungsunterlagen betreffend eigene Prüfungen anzufertigen. Dabei ginge es insbesondere um das Fragenheft bei "Multiple-Choice-Prüfungen". Diese Praxis würde gepflogen, obwohl der Vizerektor für Studium und Lehre der Universität Graz eine schriftliche Weisung an alle Lehrenden erteilt habe, wonach – gestützt auf eine diesbezügliche rechtliche Beurteilung des Bundesministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur – auch das Anfertigen von Kopien des Fragenheftes zu ermöglichen sei.

Gesetzwidrige Verweigerung der Einsicht in Beurteilungsunterlagen

Das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur verwies auf die Rechtslage gemäß § 60 Abs. 3 UniStG. Dieser lautet:

VA Rosemarie Bauer**BMBWK**

"Der oder dem Studierenden ist Einsicht in die Beurteilungsunterlagen und in die Prüfungsprotokolle zu gewähren, wenn sie oder er dies innerhalb von 6 Monaten ab Bekanntgabe der Beurteilung verlangt. Die oder der Studierende ist berechtigt, von diesen Unterlagen Kopien anzufertigen".

Die VA teilte die Auffassung der Aufsichtsbehörde, wonach daher in sämtliche Beurteilungsunterlagen und Prüfungsprotokolle, somit auch in die Fragenhefte, Einsicht genommen werden darf und die Studierenden berechtigt sind, Kopien dieser Unterlagen anzufertigen.

Die gegenteilige Praxis einiger Lehrenden an der Universität Graz widersprach dieser gesetzlichen Bestimmung und war daher zu beanstanden.

Im Zuge einer Stellungnahme teilte der Vizerektor für Studium und Lehre der (in der Zwischenzeit neu eingerichteten) Medizinischen Universität Graz diese Rechtsauffassung und kündigte an, dass in Hinkunft die Lehrenden das Kopieren der Fragenhefte gestatten würden.

Bedenken der Lehrenden im Hinblick auf die Sicherung der Qualität der Prüfungen seien dahingehend berücksichtigt worden, als computerunterstützt eine Form der Multiple-Choice-Prüfungen entwickelt würden, die eine hohe Variabilität sicherstelle, sodass ein reines Auswendiglernen von Fragenmustern an Stelle des Inhaltes im Hinblick auf bekannte Fragenhefte nicht möglich sein werde.

Der gegenständliche Beschwerdegrund konnte daher als behoben angesehen werden.

5.1.9 Zulassung zum Studium der Pferdewissenschaften mit Hindernissen

VA BD/59-WF/03, VA BD/64-WF/03, VA BD/71-WF/03,
VA BD/74-WF/03, VA BD/75-WF/03; BMBWK 52.009/12-VII/6/2003

Mehrere Betroffene wandten sich an die VA und brachten vor, dass sie sich für das Studium der Pferdewissenschaften, welches ab dem Wintersemester 2003/04 an der Veterinärmedizinischen Universität Wien zunächst als individuelles Diplomstudium in Kooperation mit der Universität für Bodenkultur angeboten werde, interessiert hätten. Dieses Studium sei durch die Veterinärmedizinische Universität Wien im In- und Ausland "beworben" worden, zumal es zumindest im deutschsprachigen Raum kein vergleichbares Studium gebe.

Werbung für Studienangebot im In- und Ausland

Im Vorfeld der Einführung des Studiums wurden mit Interessenten Informationsveranstaltungen durchgeführt. Im Zuge dieser Veran-

Hearing zugesagt

BMBWK**VA Rosemarie Bauer**

staltungen wurde den Interessenten mitgeteilt, dass sie zu einem "Hearing" im Zuge einer Auswahl von Kandidaten für dieses Studium eingeladen würden.

Ein solches Auswahlverfahren sei nötig, da einer beschränkten Anzahl von Studienplätzen eine Anzahl von mehreren hundert Interessenten aus dem In- und Ausland gegenüber stünden.

Die Beschwerdeführer führten nun aus, dass es zu keinem solchen "Hearing" in ihrem Fall gekommen sei, sondern vielmehr ihnen von der Veterinärmedizinischen Universität Wien im Auftrag des Rektors bereits im September 2003 und noch vor Einbringung eines Zulassungsantrages schriftlich mitgeteilt worden sei, dass sie im Wintersemester 2003 zum Studium der Pferdewissenschaften auf Grund einer "*deutlich über den verfügbaren Unterrichtskapazitäten liegenden Zahl von Studieninteressenten und infolge Haushaltskürzungen für die Universität nicht zugelassen werden können*".

Die Beschwerdeführer sahen darin einen im österreichischen Studienrecht nicht vorgesehenen "numerus clausus".

Weiters wurde von einzelnen Beschwerdeführern in Beschwerde gezogen, dass Mitarbeiter des für die Inschrift zuständigen Dekanats an der Veterinärmedizinischen Universität Wien die Inschrift dadurch erschwerten, dass im Fall der Absicht, einen Zulassungsantrag für das Studium der Pferdewissenschaften stellen zu wollen, die dafür vorgesehenen Unterlagen und Evidenzbögen nicht herausgegeben würden. Auch sei angekündigt worden, man werde Anträge auf Zulassung zum Studium der Pferdewissenschaften erst gar nicht entgegen nehmen. Die Betroffenen hätten dabei den Eindruck erhalten, dass Zulassungsverfahren solle nur für "vorausgewählte" Interessenten ermöglicht werden.

Die VA befasste den Rektor der Veterinärmedizinischen Universität Wien mit diesen Beschwerden und wies darauf hin, dass die Voraussetzungen, unter denen der Rektor den Antrag auf Genehmigung eines individuellen Diplomstudiums bescheidmäßig positiv zu erledigen hat, in § 17 (des damals geltenden) Universitäts-Studiengesetzes abschließend angeführt sind. Demnach stellten beschränkte Unterrichtskapazitäten bzw. Haushaltskürzungen keine Grundlage für eine Versagung der Genehmigung eines individuellen Diplomstudiums dar. Vielmehr besteht bei Erfüllen der in § 17 UniStG angeführten Voraussetzungen ein im Instanzenzug durchsetzbarer Rechtsanspruch auf Genehmigung dieses Studiums.

Der Rektor der Veterinärmedizinischen Universität führte in einer Stellungnahme dazu aus, dass zu diesem Zeitpunkt noch keine definitive Ablehnung von Bewerbern erfolgt sei.

Keine Zulassung zum Studium

Zulassungsverfahren nur für "Vorausgewählte"?

Rechtsanspruch auf Zulassung

VA Rosemarie Bauer**BMBWK**

Er verwies aber darauf, dass im Zuge der Erfüllung der in § 17 UniStG angeführten Voraussetzungen für die Genehmigung eines individuellen Diplomstudiums auch ein "Qualifikationsprofil" enthalten sein müsse. Bei der von den Beschwerdeführern angeführten Formulierung in den in Beschwerde gezogenen Schreiben der Universität handle es sich um "*etwas missverständliche Formulierungen*". Diese seien inzwischen dahingehend geändert worden, dass im Hinblick auf die "*genaue Abklärung des angestrebten Qualifikationsprofils*" eine weitere Beratung zu erfolgen habe.

Die VA verwies in diesem Zusammenhang darauf, dass das angesprochene "Qualifikationsprofil", welches im Zuge der Genehmigung eines individuellen Diplomstudiums vorzulegen ist, offenbar bereits von der Veterinärmedizinischen Universität Wien erstellt und auf den entsprechenden Internetseiten veröffentlicht war.

Erforderliches Qualifikationsprofil war bereits erstellt

Die VA ging davon aus, dass ein über diese Unterlagen hinausgehendes "individuelles Qualifikationsprofil" nicht abzuverlangen ist und hier aus dem Gesetz insbesondere nicht abgeleitet werden kann, dass ein Zulassungswerber bestimmte Vorkenntnisse oder (berufliche) Qualifikationen mitbringen müsste, die bei der Entscheidung über die Genehmigung des individuellen Diplomstudiums relevant wären.

Die VA hielt weiters fest, dass der Inhalt der in Beschwerde gezogenen Schreiben der Veterinärmedizinischen Universität Wien zu **beanstanden** war.

Zum einen wäre nämlich die Begründung einer abweislichen Entscheidung über einen Zulassungsantrag lediglich gestützt auf "mangelnde Unterrichtskapazitäten" oder "Haushaltskürzungen" rechtswidrig und zum anderen die verbindliche Beurteilung, ob die Genehmigung eines individuellen Diplomstudiums erfolgen kann oder nicht, einer Prüfung im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens nach § 17 UniStG vorbehalten gewesen, die in einem entsprechenden Bescheid des Rektors - nach zwingend vorgesehener Befassung der facheinschlägigen Studienkommissionen - zu münden gehabt hätte.

Zum Zeitpunkt der in Beschwerde gezogenen Mitteilungen lag aber weder ein Zulassungsantrag vor noch konnte die Studienkommission dazu gehört worden sein.

Bei den Betroffenen musste auf Grund der gewählten Formulierungen der Eindruck entstehen, dass ein Antrag auf Genehmigung des individuellen Diplomstudiums der Pferdewissenschaften von vornherein aussichtslos oder über eine diesbezügliche Zulassung überhaupt bereits entschieden wäre.

BMBWK

VA Rosemarie Bauer

Da der VA im Zuge des Prüfverfahrens daraufhin mitgeteilt wurde, dass letztlich (bis zu einem bestimmten Stichtag) alle Anträge auf Genehmigung des individuellen Diplomstudiums positiv erledigt wurden, waren hier weitere Veranlassungen nicht zu setzen.

Zulassung letztlich erfolgt

Allerdings war im Hinblick auf die gegenständlichen Beanstandungen, die in einer abschließenden Mitteilung des Rektors an die VA enthaltene **Feststellung**, dass nämlich "*Ablehnungsbescheide auf Grund der intensiven Beratung* (gemeint wohl der Universität) *vermieden werden konnten*" für die VA nicht nachvollziehbar.

Dazu kommt, dass der Vorwurf von Studienzulassungswerbern, wonach ihnen die Einbringung eines Antrages auf Genehmigung des individuellen Diplomstudiums der Pferdewissenschaften durch das zuständige Dekanat zeitweise erschwert worden sei, von der Veterinärmedizinischen Universität Wien nicht vollständig ausgeräumt werden konnte.

5.1.10 Denkmalschutz: Staatsoper: Verhüllung des Eisernen Vorhangs verspätet bewilligt

VA BD/70-WF/02, BMBWK 37.001/24-IV/3/2003

VA BD/71-WF/02

Unabhängig voneinander führten zwei Beschwerdeführer Beschwerde hinsichtlich der längerfristigen Verhängung des Eisernen Vorhangs der Wiener Staatsoper und des darauf befindlichen Gemäldes "Orpheus und Euridice" von Prof. Rudolf Eisenmenger durch periodisch pro Spielsaison wechselnde Großbilder im Rahmen der Aktion "museum in progress".

Aktion "museum in progress"

Das volksanwaltschaftliche Prüfungsverfahren, in dessen Verlauf nicht nur die Originalakten des Bundesdenkmalamtes eingehend geprüft, sondern auch ein Lokalaugenschein in der Staatsoper durchgeführt wurde, ergab, dass bereits zu Beginn der Aktion "museum in progress" in der Spielsaison 1998/99 nach Rücksprache mit dem Bundesdenkmalamt durch einschlägige restauratorische und statische Fachgutachten sowie Materialtests und Brandversuche festgehalten wurde, dass eine Gefährdung des Originalgemäldes auf dem Eisernen Vorhang durch die Verhängung sowie durch den Austausch der Überspannungen nicht zu erwarten ist.

Keine Gefährdung des Originalgemäldes

Allerdings wurde es in weiterer Folge verabsäumt, diese Veränderung des Innenraums der kraft gesetzlicher Vermutung unter Denkmalschutz stehenden Wiener Staatsoper auch bescheidmäßig zu bewilligen, wie dies gemäß den Bestimmungen des Denkmalschutzgesetzes (DMSG) erforderlich gewesen wäre. Gemäß § 4 DMSG war auch schon bisher bei Denkmalen die Zerstörung sowie jede Veränderung, die den Bestand, die überlieferte Er-

VA Rosemarie Bauer**BMBWK**

scheinung oder künstlerische Wirkung beeinflussen könnte, ohne Bewilligung des Bundesdenkmalamtes verboten.

Die erforderliche bescheidmäßige Bewilligung der Veränderung des Eisernen Vorhangs war jedoch seinerzeit unterblieben, da das Bundesdenkmalamt zunächst die Meinung vertreten hatte, eine solche wäre bei einer Maßnahme "transitorischen Charakters" nicht erforderlich. Auch wenn die VA die politische Sensibilität des Falles, der bereits im Wiener Gemeinderat für Debatten gesorgt hatte, nicht verkennt, konnte dieser Begründung schon allein aufgrund der beabsichtigten Dauer der Verhängung über insgesamt neun Spielsaisonen nicht gefolgt werden.

Verhängung bewilligungspflichtig

Im Zuge des Prüfverfahrens schloss sich das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur als Aufsichtsbehörde des Bundesdenkmalamtes der Rechtsansicht der VA an und wies dieses an, die Erlassung eines schriftlichen Bescheids nachzuholen. Den **Beschwerden** war daher **Berechtigung zuzuerkennen**.

Fest steht, dass der Bezug habende Bescheid des Bundesdenkmalamtes erst auf Betreiben der VA erlassen wurde. Er erging schließlich mit Datum vom 25. Juli 2003 und erwuchs unbekämpft in Rechtskraft. Darin wurde dem Ansuchen der Wiener Staatsoper GmbH, den von Prof. Eisenmenger gemalten Eisernen Vorhang in der Staatsoper im Rahmen der Ausstellungsreihe "museum in progress" durch vorgespannte und periodisch wechselnde Bilder abzudecken, stattgegeben und die Bewilligung zur temporären Veränderung der unter Denkmalschutz stehenden Wiener Staatsoper durch die Verhängung des Eisernen Vorhangs gemäß § 5 Abs. 1 DMSG bis zum Ende des Jahres 2007 erteilt.

Die VA meldete in diesem Zusammenhang ernsthafte Bedenken an, dass es sich um eine vollständige Verhängung des Eisernen Vorhangs handelt und das Geltendmachen des temporären Aspekts sowie der Unversehrtheit des darunter befindlichen Gemäldes von Prof. Eisenmenger die vom Gesetz geforderte Abwägung der Beweggründe im Bewilligungsbescheid nicht ersetzen kann. Gemäß § 5 Abs. 1 DMSG hat das Bundesdenkmalamt *alle vom Antragsteller geltend gemachten oder von Amts wegen wahrgenommenen Gründe, die für eine Zerstörung oder Veränderung sprechen, gegenüber jenen Gründen abzuwägen, die für eine unveränderte Erhaltung des Denkmals sprechen*.

Bescheidbegründung mangelhaft

Genau diese vom Gesetz geforderte Auseinandersetzung fand jedoch in der Bescheidbegründung nicht statt, worüber die Aufsichtsbehörde im Rahmen der Abschlussbesprechung unmissverständlich aufmerksam gemacht wurde. Da diese zusicherte, das Bundesdenkmalamt künftig anzuweisen, Bescheide gemäß § 5 Abs. 1 DMSG ausführlicher zu begründen und bei der Bewilligung von temporären Veränderungen von Denkmalen darauf zu achten, dass der Veränderungszeitraum überschaubar bleibt, konnte

BMBWK

VA Rosemarie Bauer

letztlich von einer Missstands feststellung Abstand genommen werden.

5.1.11 Denkmalschutz: Mehrfache Säumigkeit in Berufungsverfahren

VA BD/24-WF/03, BMBWK 11.020/2-IV/3/2003

N. N. hatte bei der VA Beschwerde geführt, als Eigentümer eines Altbau im Zentrum einer steirischen Grenzstadt im Jahr 1999 im Zuge der Behandlung der fristgerecht eingebrachten Berufungen gegen die Unterschutzstellung seines Objektes sowie gegen die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung mehrfach mit überlanger Verfahrensdauer konfrontiert gewesen zu sein. Darüber hinaus habe mit dem Bundesdenkmalamt, Landeskonservatorat für Steiermark, hinsichtlich des bewilligungspflichtigen Austausches von sanierungsbedürftigen Fenstern bislang kein Einvernehmen hergestellt werden können.

Das volksanwaltschaftliche Prüfverfahren ergab, dass das Wissenschaftsministerium im Zuge der Unterschutzstellung des gegenständlichen Objekts die Berufung gegen den Bescheid des Bundesdenkmalamtes hinsichtlich einer angestrebten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vom 8. Juli 1999 erst mit Bescheid vom 22. März 2000 abgewiesen hatte.

Gemäß § 73 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) sind Behörden verpflichtet, wenn in den Verwaltungsvorschriften nichts anderes bestimmt ist, über Anträge von Parteien und Berufungen ohne unnötigen Aufschub, spätestens aber sechs Monate nach deren Einlangen den Bescheid zu erlassen.

Wenngleich mit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand keine erkennbaren Vorteile für den Beschwerdeführer verbunden gewesen wären, lag hier Säumigkeit der Aufsichtsbehörde vor. Ebenso verhielt es sich mit der fristgerecht eingebrachten Berufung vom 24. Juni 1999 gegen den Unterschutzstellungsbescheid des Bundesdenkmalamts, über den vom Wissenschaftsministerium als Oberbehörde erst mit abweisendem Bescheid vom 24. April 2002, also nach fast dreijähriger Verfahrensdauer, abgesprochen wurde. Auch über die ebenfalls fristgerechte Berufung vom 22. Juli 1999 gegen den Bescheid über die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung der Erstberufung wurde von der Aufsichtsbehörde erst mit Datum vom 28. Dezember 2001 entschieden.

Auch wenn die überlange Dauer der Berufungsverfahren von Seiten des Bundesministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur bedauert und mit fehlenden personellen Kapazitäten sowie einer Dienstzuteilung des befassten Sachbearbeiters an den Ver-

Wiedereinsetzungsantrag abgewiesen

Entscheidung über die Berufung erst nach fast dreijähriger Verfahrensdauer

VA Rosemarie Bauer**BMBWK**

waltungsgerichtshof begründet wurde, war der **Beschwerde** angesichts der wiederholten Säumigkeit der Aufsichtsbehörde **Berechtigung** zuzuerkennen.

In der Frage der Fenstererneuerung regte die Aufsichtsbehörde an, einen Bescheid des Bundesdenkmalamtes gemäß § 5 Abs. 1 DMSG zu beantragen, welcher nach erfolgter Berufung im Rechtsmittelweg durch die Aufsichtsbehörde einer vordringlichen Überprüfung unterzogen werden könnte. Da dies dem Beschwerdeführer unverzüglich schriftlich mitgeteilt wurde, waren weitere Veranlassungen durch die VA nicht erforderlich.

BMBWK**VA Mag. Ewald Stadler**

5.2 Geschäftsbereich von Volksanwalt Mag. Ewald Stadler

5.2.1 Ungerechtfertigter "Verweis" im Personal- akt verhindert Versetzung einer Lehrerin

VA BD/11-UK/02, BMI 27.570/16-III/11b/2003

Die von einer AHS-Lehrerin im Jahr 2000 beantragte Versetzung bzw. Dienstzuteilung in den Bereich des Stadt Schulrates für Wien (LSR-W) war abgelehnt worden, weil sie die zuständige Landesschulinspektorin (LSI) des Landes Schulrates für Oberösterreich (LSR-OÖ) durch einen in ihrem Personalakt befindlichen "Verweis" aus dem Jahr 1995 beschuldigte, eine "unzweifelhaft" positive schriftliche Arbeit "bewusst" negativ beurteilt zu haben. Die Lehrerin beantragte dazu im Jahre 2001 die Einleitung einer Dienstaufsichtsbeschwerde gegen die verantwortliche LSI. Ob und in welcher Form das Dienstaufsichtsverfahren durch den LSR-OÖ behandelt worden war, erfuhr die Einschreiterin nicht. Daher wandte sie sich im Jahre 2002 an die VA, die im Zuge eines Prüfverfahrens eine Stellungnahme des Bundesministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur (BMBWK) einholte.

**"Verweis" einer Lan-
desschulinspektorin
im Personalbogen
verhindert Versetzung**

Im Ergebnis fühlte sich zunächst niemand dafür zuständig, das Schreiben der (inzwischen in den Ruhestand getretenen) LSI aufzuheben bzw. zu relativieren, obwohl der LSR-OÖ den Verweis aus dem Jahre 1995 für "unangebracht" ansah.

**Bf erhebt Dienstauf-
sichtsbeschwerde**

Die VA empfahl dem BMBWK, besagtes Schreiben aus formalen Gründen, weil es weder einen Verweis darstellte (da es nicht im Zuge eines Disziplinarverfahrens verfasst worden war) noch eine Weisung (da eine solche sich auf ein zukünftiges Verhalten bezieht) aufzuheben.

**VA fordert Aufhebung
bzw. Relativierung der
Eintragung**

Diesem Ersuchen entsprach der LSR-OÖ, in dem er in einem Schreiben an die Beschwerdeführerin im Februar 2003 die Ansicht der VA übernahm und zusätzlich betonte, dass die "ausgezeichnete Dienstbeurteilung nie in Frage gestellt" und in den "Folgejahren" eine "korrekte und transparente Leistungsbeurteilung festgestellt" worden sei. – Insofern kann dieser Beschwerdegrund als behoben angesehen werden.

**Landesschulrat für OÖ
entspricht dieser For-
derung**

Im selben Schreiben wurde die Beschwerdeführerin weiters in Kenntnis darüber gesetzt, dass ihre im Jahre 2000 gegen die LSI erhobene Dienstaufsichtsbeschwerde deswegen nicht weiterverfolgt worden sei, "da keine Dienstpflichtverletzung" vorgelegen habe.

**Über Prüfung der
Dienstaufsichtsbe-
schwerde wurde Bf
nicht informiert**

VA Mag. Ewald Stadler

BMBWK

Dass die Dienstaufsichtsbeschwerde der Beschwerdeführerin überhaupt aufgegriffen wurde, konnte erst durch das Einschreiten der VA geklärt werden, was als wenig bürgerfreundlich zu kritisieren ist. Aus diesem Grund und weil die VA zum Ergebnis gelangte, dass der so genannte "Verweis" vom 25.10.1995 der Beschwerdeführerin finanziell aber vor allem persönlich zum Nachteil gereichte und sich als ungerechtfertigt erwies, war der **Beschwerde Berechtigung** zuzuerkennen.

Beschwerde war berechtigt

5.2.2 Haftung im Rahmen von Schulunfällen

VA BD/32-UK/03, BMI 27.570/3-III/11b/2004

Anlässlich der Erkrankung einer Schülerin auf einem Schulskikurs entschloss sich eine Lehrerin – um die auf 40 Grad angestiegene Fiebertemperatur einer Schülerin abzusenken – dieser sog. "Essigpatscherl" anzulegen. Dabei wäre es medizinisch angebracht gewesen, mit Wasser verdünnten Essig zu verwenden. Ohne sich vom tatsächlichen Inhalt eines gereichten Kännchens zu überzeugen, tränkte die Lehrerin, im Glauben Speiseessig vor sich zu haben, die Stutzen mit der unverdünnten Essigsäure und legte sie der Schülerin an. Eine weitere Lehrkraft wusste zwar über die Beschaffenheit der Flüssigkeit Bescheid, unterließ es jedoch, ihre Kollegin darüber aufzuklären. – Die Schülerin blieb in der Folge unbeaufsichtigt zurück.

Fiebersenkung auf Schulskikurs mittels sog. "Essigpatscherl"

Da diese bereits nach kurzer Zeit ein Brennen und Jucken verspürte, entfernte sie nach 20 Minuten die "Essigpatscherl". Während der zu Mittag beigezogene Arzt zunächst nur eine leichte Rötung feststellen konnte, verschlechterte sich der Zustand der Beine am Abend. Der mit reiner Essigsäure durchtränkte Stoff führte nicht nur zu schweren Verätzungen der beiden Vorderfüße, großen Schmerzen und Narbenbildung, sondern überdies zu Bewegungseinschränkungen im Bereich des linken Vorderfußes, die eine aufwendige Bewegungstherapie nötig machten. Dauerfolgen sind nicht auszuschließen.

Mit unverdünnter Essigsäure durchtränkter Stoff bewirkt schwere Verätzungen an den Beinen

Der Bezirksanwalt erachtete die Schuld der Lehrerin infolge ihrer bisherigen Unbescholtenseit als gering und legte die Anzeige wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung unter Verhängung einer Probezeit von zwei Jahren gem. § 90f Abs. 1 StPO vorläufig zurück, das Verfahren gegen die Kollegin wurde überhaupt eingestellt.

Bezirksanwalt verneint Vorliegen grober Fahrlässigkeit

Wenngleich Schüler bei Unfällen, die sie in Ausübung der Schulpflicht erleiden, grundsätzlich Versicherungsschutz genießen, deckt doch die Schülerunfallversicherung nicht alle Folgeschäden, wie nachfolgende Operationen zur optischen Verbesserung oder besondere Formen der Heilbehandlungen, ab. Die Mutter begehrte daher für ihre Tochter Schadenersatz von der Finanzprokuratur aus dem Titel der Amtshaftung, der abgelehnt wurde.

Schülerunfallversicherung schließt nicht alle Folgeschäden ein

BMBWK

VA Mag. Ewald Stadler

Die Mutter wandte sich schließlich Beschwerde führend an die VA, die ein Verfahren einleitete und die Prüfung einer außergerichtlichen Schadenswiedergutmachung durch das Bundesministerium für Bildung Wissenschaft und Kultur (BMBWK) anregte.

Das BMBWK sah sich dazu vorerst unter Berufung auf fehlende Geldmittel dazu außer Stande. Erst der Hinweis, dass der Fall bereits für die Fernsehsendung "Volksanwalt – Gleicher Recht für Alle" in Aussicht genommen sei, führte zu einem Umdenken: das BMBWK lenkte ein und erkannte auf Grund der besonderen und außergewöhnlichen Umstände des Unfalls der Schülerin eine einmalige außerordentliche Unterstützung in Höhe von 7.500 € zu. Durch das Einschreiten der VA konnte schließlich doch noch eine vertretbare Lösung erreicht werden.

BMBWK gewährt einmalige außerordentliche Unterstützung

5.2.3 Zweimalige falsche Rechtsauskunft durch Personalabteilung des Landesschulrats für Oberösterreich

VA BD/35-UK/03

Eine Lehrerin wandte sich an die VA, da sie im Vertrauen auf eine (wie sich herausstellen sollte) falsche Rechtsauskunft der Personalabteilung des Landesschulrats für Oberösterreich (LSR-OÖ) ihr Dienstverhältnis mit dem Bund gelöst hatte und dadurch einen schweren dienstrechtlichen Nachteil erlitt:

Die Beschwerdeführerin stand zunächst von 1977 bis 1986 als Hauptschullehrerin in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Land Oberösterreich, wobei sie vom Land 1980 pragmatisiert wurde. Zwischen 1986 bis 1995 unterrichtete sie als Hauptschullehrerin in Wien (Pragmatisierung 1986). Nach Abschluss des Pädagogik-Studiums 1994 erfolgte ihre Dienstzuteilung an eine Übungshauptschule des Bundes; 1997 wurde die Beschwerdeführerin in den Bundesdienst übernommen.

Seit 1980 Beamtin

Aus privaten Gründen suchte sie im September 2002 wieder um Versetzung in den Landesdienst des Landes Oberösterreich und um Pragmatisierung an. Von der Personalabteilung des LSR-OÖ wurde ihr dazu erklärt, dass sie für eine neuerliche Pragmatisierung beim Land zuvor ihr Bundesdienstverhältnis aufzulösen hätte.

Selbstkündigung wegen falscher Rechtsauskunft

Nach Austritt beim Bund stellte man in der Personalabteilung allerdings fest, dass auf Grund des Deregulierungsgesetzes – Öffentlicher Dienst 2002 (BGBI I 119/2002) vom 9.8.2002 die Pragmatisierung durch das Land aus Altersgründen - bei Landeslehrern, welche das 40. Lebensjahr bereits überschritten haben, war die Möglichkeit einer Nachsichterteilung weggefallen - nicht mehr möglich war. Davon habe man selbst erst Anfang Oktober 2002 erfahren. Die Austritt sei, da bereits rechtskräftig, nicht mehr rückgängig zu machen.

Neues Gesetz verhindert Nachsicht von Altersklausel

VA Mag. Ewald Stadler**BMBWK**

Die VA leitete ein Prüfverfahren ein und ersuchte das Bundesministerium für Bildung Wissenschaft und Kunst (BMBWK) um Stellungnahme, zumal ein offensichtlicher Fehler des LSR-OÖ nicht zu Lasten einer Bediensteten gehen dürfe.

In diesem Fall schloss sich das Ministerium der Auffassung der VA an, zumal die Gesetzeslage – erfreulicher Weise – eine Korrektur zuließ:

Gesetzeslage nicht gekannt!

Die Personalabteilung des LSR-OÖ hatte offensichtlich die Bestimmung des § 4 Abs. 3 Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz 1984 (LDG) übersehen, der sehr wohl vorsieht, im Anschluss an ein anderes Lehrer-Dienstverhältnis in ein pragmatisches Dienstverhältnis zum Land aufgenommen zu werden. Dies unabhängig davon, ob die betreffende Person beim Eintritt in den Landesdienst das 40. Lebensjahr bereits überschritten hat. In diesem Sinne konnte das Problem letztlich gelöst werden. Hinsichtlich der mangelhaften Rechtsauskunft sowie der Unkenntnis der gesetzlichen Bestimmungen erkannte die VA der **Beschwerde Berechtigung** zu.

5.2.4 Säumnis der Behörde verhindert Inanspruchnahme der vorzeitigen Alterskarenz

VA BD/40-UK/03, BMI 27.570/64-III/11b/2003

Eine Lehrerin aus Kärnten wandte sich an die VA. Sie führte Beschwerde darüber, dass ihr durch die Säumnis der Personalabteilung des Landesschulrates für Kärnten (LSR-K) die Möglichkeit genommen wurde, die befristete Karenzurlaubsregelung nach § 22a Bundesbediensteten-Sozialplangesetz (BB-SozPG) in Anspruch zu nehmen:

Lehrerin will Alterkarenz in Anspruch nehmen

Die Beschwerdeführerin hatte sich dazu in der zweiten **Dezemberwoche 2002** an die zuständige Personalabteilung im LSR-K gewandt, worauf ein Termin für ein persönliches Gespräch im **Jänner 2003** vereinbart wurde. Dort wurde ihr die Karenzierung angeboten, was sie der Leiterin ihrer Schule unverzüglich meldete. Erst im **April 2003** wies die Personalabteilung die Schulleitung darauf hin, die Alterskarenzierung sei nun wegen **Fristversäumnis** doch nicht mehr möglich.

Rechtzeitiger Kontakt mit Personalabteilung

Die VA leitete ein Prüfverfahren ein.

Die zuständige Sachbearbeiterin im LSR-K rechtfertigte sich damit, dass nach einer Information des Bundesministeriums für Bildung Wissenschaft und Kultur (BMBWK) vom 1. Jänner 2002 die Bestimmung des § 22a leg cit auf Gewerbelehrer nicht anzuwenden sei. Auch im Rundschreiben 3/2002 des BMBWK vom 15. März 2002 seien solche Lehrer noch nicht vom Anwendungsbereich erfasst gewesen.

Gesetz ursprünglich für Lehrer nicht anwendbar

BMBWK

VA Mag. Ewald Stadler

Erst später kam es zu Vereinbarungen zwischen dem Zentralausschuss für Bundeslehrer und dem BMBWK, wonach Gewerbelehrer in diese Sozialplanregelung einbezogen werden konnten. Der Zentralausschuss habe am 27. August 2002 dem Ministerium die Namen aller möglichen Anwärter auf die Sozialplanregelung für Gewerbelehrer übermittelt. Mit dem LSR-K sei kein Kontakt aufgenommen worden, sodass für diesen Bereich eine Leermeldung erfolgte, weswegen das BMBWK den LSR-K auch nicht näher über die Einzelheiten der Durchführung unterrichtet habe. – Dem LSR-K sei deswegen nicht bekannt geworden, dass die Antragsfrist gem. § 24 leg cit Abs 4 schon mit 31.12. 2002 endigte, zumal das Sozialplangesetz bis 31.12. 2003 galt.

Aus der Sicht der VA ist dazu festzuhalten, dass unabhängig davon, ob der LSR-K vom BMBWK über den Anwendungsbereich auf Gewerbelehrer informiert wurde oder nicht, die Karenzierungen nur bis 31. Dezember 2002 gesetzlich vorgesehen waren. Die Kenntnis über die ordnungsgemäß im BGBl I 155/2001 kundgemachten gesetzlichen Bestimmungen wird von der VA vorausgesetzt.

§ 24 leg cit sieht in Abs. 4 vor, dass Zustimmungen zu angebotenen Karenzierungen nach § 22a leg cit nur bis zum Ablauf des 31. Dezember 2002 wirksam erteilt werden können. Dies hätte die Personalabteilung im LSR-K der Beschwerdeführerin noch bei der ersten Anfrage im Dezember 2002 mitteilen müssen, weil ein Antrag damals noch fristgerecht hätte gestellt werden können. Die diesbezügliche behördliche Versäumnis stellt aus der Sicht der VA zweifellos einen Verwaltungsmisstand dar.

Die VA versuchte daher eine Kulanzlösung beim BMWK zu erwirken, zumal das BB-SozPG ohnedies noch bis 31.12. 2003 in Geltung stand, wozu jedoch von Seiten des Ministeriums letztlich keine Bereitschaft bestand.

5.2.5 Einschreiten der VA verbessert Qualität staatlichen Handelns

VA BD/50-UK/02, BMI 27.570/20-III/11b/2003

Ein seit 1974 an einer AHS tätiger Lehrer bewarb sich im Juli 2000 beim Landesschulrat für Salzburg (LSR-Sbg) um die Stelle eines Schulleiters. Noch Ende September fand das Anhörungsverfahren statt, nach dessen Ergebnis die Reihung der Bewerber vorgenommen wurde und diese dem Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kunst (BMBWK) zur Entscheidung vorgelegt wurde. Als er nach beinahe zwei Jahren weder vom LSR-Sbg noch vom BMBWK Nachricht erhielt, wandte sich der Lehrer im Juni 2002 an die VA, die umgehend ein Prüfverfahren einleitete.

Ausdehnung auf Lehrer erst durch spätere Vereinbarung

Da Kärnten keine Lehrer meldet, unterbleibt weitere Information durch Ministerium

Kenntnis der Gesetze ist vorauszusetzen

Säumigkeit der Schulbehörde stellt Verwaltungsmisstand dar

Ministerium zu Kulanzlösung nicht bereit

Lehrer bewarb sich 2000 um Stelle als Direktor

Nach zwei Jahren noch keine Antwort

Abweisender Bescheid drei Monate später als Ernennungsbescheid

VA Mag. Ewald Stadler

BMBWK

Zunächst konnte die VA in Erfahrung bringen, dass im April 2002 der bisherige Administrator zum Direktor bestellt worden war, der Beschwerdeführer selbst aber erhielt seinen abschlägigen Bescheid erst im Juli 2002.

Überlange Verwaltungsabläufe im Ministerium

Mitte Oktober nahm das BMBWK das erste Mal zur langen Dauer des Ernennungsverfahrens Stellung und begründete diese damit, dass erst überprüft werden musste, ob der Beschwerdeführer überhaupt rechtsgültig in den Dreievorschlag aufzunehmen war, da er eine Verwendung an einer bestimmten Schulart, die als erwünscht ausgeschrieben worden war, nicht vorweisen konnte. Es hätten "mehrmalige Begründungen angefordert" werden müssen. – Damit war jedoch die zeitliche Diskrepanz zwischen Ernennungsbescheid vom April und abweisenden Bescheid vom Juli 2000 noch immer nicht geklärt.

Erst im März 2003(!) langte schließlich ein Schreiben ein, das als Begründung für den Umstand, dass der ablehnende Bescheid wesentlich später als der Bestellungsbescheid an den Erstgekreierten ausgestellt worden war, "weitere Ermittlungsschritte" nannte. Um welche Ermittlungsschritte es sich dabei handelte blieb unklar.

VA erreichte, künftige Verbesserung interner Verwaltungsabläufe im Ministerium

Selbstkritisch gestand das BMBWK schließlich ein, die Beschwerde der VA zum Anlass genommen zu haben, "die Verwaltungsabläufe zu überprüfen und als Ergebnis dieser Überprüfung neu zu organisieren". Durch diese internen Veranlassungen solle gewährleistet werden, "dass hinkünftig alle abschließenden Bescheide (an die Parteien des Bestellungsverfahrens) gleichzeitig erlassen werden". Der Beschwerde war seitens der VA Berichtigung zuzuerkennen, wobei auf Grund der angekündigten organisatorischen Maßnahmen von der Vermeidung solcher Säumigkeiten – auch in anderen Fällen – künftig auszugehen ist.

5.2.6 Zulassung zur Berufsreifeprüfung

VA BD/69-UK/03, Landesschulrat für Oberösterreich B3-530/33ad1-03

Die VA hatte das Thema Berufsreifeprüfung zuletzt im **Bericht über die Tätigkeit der VA an den National- und Bundesrat** aus dem Jahr 1998 aufgegriffen. Immer wieder muss die VA seither auch **Beschwerden** betreffend Zulassung zur Berufsreifeprüfung registrieren. Die meisten Wünsche betreffen die Genehmigung des **Fachbereichs**, der – seit einer Änderung der gesetzlichen Bestimmungen im Jahr 2000 – aus dem Berufsfeld des Prüfungskandidaten (einschließlich des fachlichen Umfelds) stammen muss.

BMBWK**VA Mag. Ewald Stadler**

Ein erfolgreicher Einzelhandelsverkäufer, der bereits mit 22 Jahren zum Leiter einer Filiale mit sieben Angestellten befördert wurde und mit 29 Jahren gute Chancen hatte, zum Regionalleiter aufzusteigen, beabsichtigte, die Berufsreifeprüfung abzulegen.

Erfolgreicher Handelsangestellter will Berufsreifeprüfung ablegen

Seine beiden Anträge auf Bewilligung, die fünfstündige Klausurarbeit im Fachbereich Betriebswirtschaft und Rechnungswesen ablegen zu dürfen, wurden von der Bundeshandelsakademie Linz mit der Begründung abschlägig beschieden, dass er auf Grund seines Lehrberufes (er hatte mit 18 Jahren den Beruf des Kellners positiv abgeschlossen) und seiner bisherigen Berufserfahrung, den Fachbereich des Kellners zu absolvieren habe.

Zehnjährige Berufserfahrung sollte weniger wiegen als dreijährige Lehre im nie ausgeübten Beruf

Da die Prüfung einen Bezug zu den beruflichen Erfahrungen und Kenntnissen des Prüfungskandidaten herstellen soll (wie es in der Begründung zum Initiativantrag 152/A der XXI. Gesetzgebungsperiode des Nationalrates heißt), war aus Sicht der VA nicht aufrechtzuerhalten, dass die zehnjährige Berufserfahrung eines erfolgreichen Handelsangestellten weniger wiegen sollte als der mit 18 Jahren erlernte Beruf, den der Beschwerdeführer seither nie mehr ausgeübt hatte. – Der **Beschwerde** kam also **Berechtigung** zu.

Fachbereichsprüfung soll Bezug zu beruflichen Erfahrungen und Kenntnissen herstellen.

Diese Meinung schloss sich auch der von der VA kontaktierte LSR-OÖ an, der der VA mitteilte, die Berufsreifekommission habe dem Beschwerdeführer die Prüfung aus dem begehrten Fachbereich schließlich doch genehmigt.

VA erreichte Zulassung zur Prüfung

VA Rosemarie Bauer**BMF**

6 Bundesminister für Finanzen

**6.1 Geschäftsbereich von
Volksanwältin Rosemarie Bauer**

**6.1.1 Arbeitnehmerveranlagung: Säumnis – BMF;
FA Bregenz, FA Feldkirch**

VA BD/480-FI/02, 482-FI/02, 484-FI/02, 495-FI/02, 496-FI/02,
497-FI/02, 502-FI/02, 512-FI/02, 513-FI/02, 514-FI/02, 23-FI/03,
31-FI/03, 32-FI/03, 39-FI/03, 40-FI/03, 52-FI/03, 74-FI/03, 76-FI/03,
77-FI/03, 78-FI/03, 96-FI/03, 97-FI/03

Dreiundzwanzig Väter aus Vorarlberg beschwerten sich bei der VA über die lange Dauer (sechs Monate und mehr) der von ihnen bei den Finanzämtern Bregenz und Feldkirch angestrengten Verfahren auf Wiederaufnahme ihrer Arbeitnehmerveranlagungen für die vergangenen Kalenderjahre, gestützt auf eine Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 4.12.2001.

Wiederaufnahmeanträge gestellt,..

Das Bundesministerium für Finanzen teilte der VA im Prüfverfahren mit, dass auf Grund des genannten Erkenntnisses, in dem ausgesprochen worden war, dass es die geltende Rechtslage nicht von vornherein ausschließe, Unterhaltsleistungen an sich ständig im Ausland aufhaltende, haushaltsgehörige Kinder nach den allgemeinen Regeln des § 34 EStG 1988 als außergewöhnliche Belastung zu berücksichtigen, bei vielen Finanzämtern eine große Anzahl von Anträgen auf Wiederaufnahme bereits abgeschlossener Arbeitnehmerveranlagungsverfahren einlangte. Da dieses Judikat im Ergebnis bedeutet, dass für die betroffenen Kinder der halbe Unterhalt ohne Abzug eines Selbstbehaltes als außergewöhnliche Belastung geltend gemacht werden kann, sahen sich die Finanzämter mit einem enormen administrativen Mehraufwand konfrontiert, weil die Ermittlung des jeweiligen individuellen Ausmaßes der zu berücksichtigenden Unterhaltpflicht sich am entsprechenden angemessenen Unterhalt im Ausland und an eventuellen ausländischen Familienleistungen zu orientieren hat.

...gestützt auf Erkenntnis des VfGH

Die Finanzämter seien daher seitens des Bundesministeriums für Finanzen ersucht worden, mit einer Behandlung der Anträge zu warten, bis eine einheitliche und verwaltungsökonomische Vorgangsweise gefunden werden konnte. Dies sei aber auf Grund der Brisanz der Thematik erst am Beginn des Jahres 2003 möglich gewesen. Eine entsprechende Information der Finanzämter und Finanzlandesdirektionen und damit eine Weiterbearbeitung der Anträge, konnte erst ab diesem Zeitpunkt erfolgen.

BMF sucht Lösung

BMF**VA Rosemarie Bauer**

Die VA hat den **Beschwerden** insbesondere deshalb **Berechtigung** zuerkannt, als es ihrer Auffassung nach – wenn schon das Ermitteln einer einheitlichen Vorgangsweise rund ein Jahr in Anspruch nimmt – im Sinne einer serviceorientierten Verwaltung wünschenswert und angebracht erschienen gewesen wäre, die Betroffenen in der Zwischenzeit durch die Finanzämter entsprechend zu informieren.

VA kritisiert unterbliebene Information

6.1.2 Arbeitnehmerveranlagung: Säumnis – FA St. Johann i. Pongau

VA BD/58-FI/03, BMF V-AP121/03

N.N. führte bei der VA im Zusammenhang mit der Vorgangsweise des Finanzamtes St. Johann/Pongau bei der Durchführung seiner Arbeitnehmerveranlagungen Beschwerde. Er brachte vor, er habe am 4. Dezember 2001 gegen die Einkommensteuerbescheide (2000, 1999, 1998, 1997 und 1996) Berufung eingebracht, die ebenso wie die Arbeitnehmerveranlagung für das Jahr 2001 nicht bearbeitet werde.

Bei einer telefonischen Anfrage beim zuständigen Sachbearbeiter habe ihm dieser mitgeteilt, dass er sich eine Weiterbehandlung der Anträge nur vorstellen könne, wenn er alle Berufungen zurückziehe, bzw. werde er den Lohnsteuerantrag für das Jahr 2001 erst erledigen, wenn die Berufungen zurückgezogen seien.

Aus der eingeholten Stellungnahme des Bundesministeriums für Finanzen geht hervor, dass das Finanzamt versuchte, die offenen Berufungen durch Vorladung des Beschwerdeführers und Aufnahme einer Niederschrift (vom 29. Jänner 2002) einer Erledigung zuzuführen. Nach Darstellung des Finanzamtes habe sich die Besprechung und die Aufnahme der Niederschrift als schwierig erwiesen. Die Unterschrift auf der Niederschrift sei vom Beschwerdeführer verweigert worden, seit dem Zeitpunkt habe das Finanzamt auf eine angekündigte schriftliche Stellungnahme gewartet.

Aufnahme einer Niederschrift bleibt unvollendet

Zum Vorwurf, dass eine Weiterbehandlung nur vorstellbar wäre, wenn der Beschwerdeführer alle Berufungen zurückziehe, wurde dahingehend Stellung genommen, dass anlässlich eines Telefonautes mit dem Beschwerdeführer, in dem er die Erledigung der Arbeitnehmerveranlagung 2001 urgierte, in Erinnerung gebracht worden sei, dass noch immer die angekündigte schriftliche Stellungnahme zur Niederschrift vom 29. Jänner 2002 ausständig und für die abschließende Erledigung der Berufung notwendig sei. In diesem Zusammenhang sei lediglich auf die Möglichkeit hingewiesen worden, die Berufung zurückzuziehen.

VA Rosemarie Bauer**BMF**

Abschließend hat das Bundesministerium für Finanzen mitgeteilt, dass dem Beschwerdeführer eine Frist zur Nachrechnung der angekündigten Stellungnahme eingeräumt werde und bei Nichteinhaltung der Frist das Finanzamt über die offenen Berufungen bzw. Anträge nach der Aktenlage entscheiden werde.

Die VA hat der gegenständlichen **Beschwerde** insofern **Berechtigung** zuerkannt, als nicht nachvollziehbar dargelegt werden konnte, aus welchen Gründen dem Beschwerdeführer erst nach Ablauf von mehr als einem Jahr (nach der Besprechung am 29. Jänner 2002) eine Frist zur Nachrechnung der angekündigten Stellungnahme eingeräumt bzw. bei Nichteinhaltung der Frist durch den Beschwerdeführer eine Entscheidung nach Aktenlage in Aussicht gestellt wurde.

Verspätete Nachfrist-einräumung

Der Umstand, dass sich "die Besprechung und Aufnahme der Niederschrift als schwierig erwiesen hat", vermag die lange Verfahrensdauer nicht zu rechtfertigen.

Diese zögernde Vorgangsweise kann von der VA nicht mehr als "angemessen" beurteilt werden.

Grundrechtseingriff

6.1.3 Unabhängiger Finanzsenat: Neue Organisationsstruktur verzögert Berufungsverfahren

VA BD/50-FI/03, BMF V-AP17/03

N. N. führte bei der VA Beschwerde darüber, am 17. Juni 2002 beim Finanzamt für den 12., 13. und 14. Bezirk eine Berufung gegen den Einkommensteuerbescheid 2001 fristgerecht persönlich abgegeben, jedoch nach Ablauf von sechs Monaten noch keine schriftliche Stellungnahme der Behörde erhalten zu haben. Auf telefonische Anfrage sei ihr im November 2002 lediglich mitgeteilt worden, dass das Berufungsschreiben der Finanzlandesdirektion vorgelegt worden sei.

Das daraufhin eingeleitete volksanwaltschaftliche Prüfungsverfahren ergab, dass die Berufung am 5. November 2002 der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland als Berufungsbehörde II. Instanz vorgelegt wurde. Deren Aufgabenbereich wurde mit Jänner 2003 dem Unabhängigen Finanzsenat übertragen, der nicht mehr dem Aufsichtsrecht des Bundesministeriums für Finanzen unterliegt. In weiterer Folge teilte der Unabhängige Finanzsenat mit, dass die Berufungsentscheidung zwischenzeitlich erfolgt und am 24. April 2003 postalisch hinterlegt wurde.

Organisationsände-rung verlängert Ent-scheidungsfrist nicht

Da die Finanzbehörde gemäß § 311 BAO verpflichtet ist, über Anbringen der Parteien ohne unnötigen Aufschub, jedenfalls aber innerhalb von sechs Monaten nach Einlangen der Anbringen zu entscheiden, war der **Beschwerde** auch unter Berücksichtigung

BMF**VA Rosemarie Bauer**

der organisatorischen Änderungen im Bereich der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland **Berechtigung** zuzuerkennen. Mit der Berufungsentscheidung durch den Unabhängigen Finanzsenat wurde der Beschwerdegrund allerdings behoben, sodass keine weiteren Veranlassungen durch die VA erforderlich waren.

6.1.4 Zeugengebühr: Verzögerte Auszahlung – FA in Wien

VA BD/291-FI/03, BMF V-AP124/03

N.N. hat sich über die lange Bearbeitungsdauer seines Antrages auf Zeugengebühren nach dem Gebührenanspruchsgesetz bei der VA beschwert. Der Beschwerdeführer hatte mit Schreiben vom 11. März 2003 einen Antrag auf Zeugengebühren gestellt und sich Anfang Oktober 2003 an die VA gewendet, weil sein Antrag zu diesem Zeitpunkt noch nicht bearbeitet worden war.

Das BMF hat der VA mitgeteilt, dass auf Grund eines Missverständnisses das zuständige Finanzamt fälschlicherweise davon ausgegangen ist, dass dieser Antrag auf Zeugengebühr nach dem Gebührenanspruchsgesetz von der Prüfabteilung Strafsachen zu erledigen gewesen wäre. Erst nach Aufklärung dieses Missverständnisses wurde der betreffende Bescheid am 4. November 2003 erlassen.

Missverständnis innerhalb der Behörde

Die VA hat der **Beschwerde Berechtigung** zuerkannt, weil mit einer Verfahrensdauer von rund acht Monaten die im Gesetz vorgeschriebene Entscheidungsfrist von sechs Monaten überschritten wurde.

6.1.5 Mietzinsbeihilfe: Mangelhafte Information – FA in Wien

VA BD/254-FI/03, BMF V-AP106/03
VA BD/289-FI/03

Zwei Beschwerden betrafen eine geltend gemachte Säumnis zweier Finanzämter bei der Entscheidung über Anträge auf Gewährung von Mietzinsbeihilfe.

Gemäß § 107 EStG 1988 werden auf Antrag des unbeschränkt steuerpflichtigen Hauptmieters Erhöhungen des Hauptmietzinses als außergewöhnliche Belastungen berücksichtigt, wenn sie seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wesentlich beeinträchtigen. Die außergewöhnliche Belastung wird durch Zahlung eines monatlichen Betrages abgegolten. Der Abgeltungsbetrag ist bescheidenmäßig festzusetzen.

VA Rosemarie Bauer**BMF**

Voraussetzung für die Gewährung von Mietzinsbeihilfe ist unter anderem das Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung eines Gerichtes (einer Gemeinde), auf der die Mietzinserhöhung beruht.

Frühere Erledigung ...

In beiden Prüfverfahren der VA ergab sich, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung auf Gewährung von Mietzinsbeihilfe keine rechtskräftigen Entscheidungen der Schlichtungsstellen vorlagen, weshalb eine frühere Erledigung der Ansuchen durch die jeweiligen Finanzämter nicht erfolgen konnte.

... mangels rechtskräftiger Entscheidung der Schlichtungsstelle nicht möglich

Aus Anlass dieser Beschwerden erscheint es der VA allerdings im Interesse einer bürgerorientierten Verwaltung erforderlich, anzuregen, dass jene Personen, deren Anträge auf Mietzinsbeihilfe mangels Vorliegen rechtskräftiger Entscheidungen der Gerichte (Schlichtungsstellen) vorerst nicht bearbeitet werden können, darüber schriftlich von den Finanzämtern verständigt werden sollten.

Informationserteilung angeregt

6.1.6 Steuerfreiheit von Aufwandsentschädigungen für ehrenamtliche Mitarbeiter sozialer Vereine - BMF

VA BD/67-FI/03, BMF V-AP80/03

Der Verein N.N. betreut kranke Personen und hat bei der VA Beschwerde geführt, weil Aufwandsentschädigungen, die er seinen ehrenamtlichen Mitarbeitern zahlt, der Einkommensteuer unterworfen wurden.

Auf Grund der Anfrage der VA hat das BMF für die Aufwandsentschädigungen von ehrenamtlichen Sozialarbeitern in diesem Verein insofern eine Steuerfreiheit gewährt, als dafür die in der RZ 776 der Vereinsrichtlinien 2001 (Erlass des BM für Finanzen vom 20. Dezember 2001, GZ. 06 5004/10-IV/6/01) vorgesehene steuerliche Behandlung von der Finanzbehörde akzeptiert wird.

Die Vereinsrichtlinien 2001 sehen vor, dass bei freiwilligen Mitarbeitern, die von ihrem Verein Beträge zur Abgeltung ihrer durch die freiwillige Mitarbeit verursachten Mehrkosten (Verpflegung, Unterhalts- und Fahrtkosten) erhalten, bis zu bestimmten Beträgen keine Einkünfte vorliegen.

Abgeltung von Mehrkosten keine Einkünfte

6.1.7 Unterbleiben einer angekündigten Gutschrift – FA Linz

VA BD/313-FI/03, BMF V-AP136/03

Frau N.N. wandte sich an die VA und brachte vor, nach dem Tod des am 13. April 2002 verstorbenen Vaters habe ihr das Finanzamt Linz einen Einkommensteuerbescheid 2001 vom 31. März 2003 zugestellt, in welchem eine "in den nächsten Tagen durch

BMF**VA Rosemarie Bauer**

die Post auszubezahlende Abgabengutschrift in der Höhe von € 1.329,26" festgesetzt wurde. Die Auszahlung der angekündigten Gutschrift, die die Beschwerdeführerin mit der Unfallrentensteuerung ihres Vaters in Zusammenhang brachte, sei jedoch unterblieben.

Aus eingeholten Stellungnahme des Bundesministeriums für Finanzen geht hervor, dass der fragliche Bescheid zunächst auf Grund unrichtiger Datenübernahme (im EDV-Bereich) durch das Finanzamt Linz an Frau N.N. zugestellt wurde. Zu einer Auszahlung des Guthabens an Frau N.N. ist es aber deshalb nicht gekommen, weil aus der später (am 28. April 2003) beim Finanzamt Linz eingelangten Einantwortungsurkunde des Bezirksgerichtes Linz-Land die Tochter M.M. als Erbin und die Beschwerdeführerin N.N. als Pflichtteilsberechtigte hervorging. An diese wurde der Betrag in der Höhe von € 1.460,80 zur Auszahlung gebracht. Der Beschwerdeführerin sei dies in mehreren Telefonaten seitens des Finanzamtes Linz mitgeteilt worden.

**Übertragungsfehler
bei Datenübernahme**

Positiv vermerkt wird, dass das Finanzamt Linz veranlasst wurde, den Bescheid gemäß § 299 BAO aufzuheben.

Aus Sicht der VA ist, wiewohl Übertragungsfehler bei einer Datenübernahme selbst bei größter Umsicht der Behörde nicht zu vermeiden sind, zu kritisieren, dass nicht eher (nach den Telefonaten mit der Beschwerdeführerin) im Bemühen um Rechtssicherheit und Rechtsklarheit die Bescheidaufhebung gemäß § 299 BAO erfolgte.

7 Bundesministerin für Gesundheit und Frauen

7.1 Geschäftsbereich von Volksanwalt Dr. Peter Kostelka

7.1.1 Allgemeines

Im Berichtsjahr 2003 betraf der überwiegende Teil der Eingaben, welche in den Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit und Frauen resultieren, Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung. Der 2003 feststellbare Rückgang des Beschwerdeaufkommens (2002: 348, 2003: 251) ist ausschließlich darauf zurückzuführen, dass nach vehementen Protesten gegen die Vorschreibung von Ambulanzzgebühren, wie sie im Vorjahr auch bei der VA noch gehäuft eingingen, gesetzliche Änderungen erfolgt sind, welche auch die Rückerstattung des bereits bezahlten Selbstbehaltes ermöglichten.

Beschwerdeaufkommen

Die Anzahl der Beschwerden, die allgemeine Gesundheitsangelegenheiten (2002: 44, 2003: 42) und die gesetzliche Unfallversicherung (2002: 75, 2003: 71) betrafen, ist im Wesentlichen gleich geblieben.

7.1.2 Legistische Anregungen

Durch das 2. Sozialversicherungs-Änderungsgesetz 2003, BGBl. I Nr. 145/2003 wurde auf Anregung der VA vorgesehen, dass die Zeiten während derer die Versicherten wegen der Sterbegleitung eines nahen Verwandten oder Begleitung eines schwerstkranken Kindes nicht das volle oder kein Arbeitsentgelt beziehen, in Hinkunft bei der Bemessung des Wochengeldes außer Betracht bleiben. In einem Beschwerdefall (VA BD/601-SV/03) hat sich nämlich gezeigt, dass allein die Berücksichtigung dieser Zeiträume bei der Bemessung des Wochengeldes zu einer Reduktion des Leistungsanspruches führen hätte müssen, was in Anbetracht der Zielsetzungen der Familienhospizkarenz aber unbefriedigend gewesen wäre.

Keine Berücksichtigung von Zeiten der Familienhospizkarenz ohne bzw. mit reduziertem Entgelteinzug für die Berechnung des Wochengeldes

Die VA hat in ihrem **25. Bericht an den Nationalrat und den Bundesrat** (S. 201) angeregt, einen Leistungsanspruch aus dem In-Vitro-Fertilisations-Fondsgesetz auch in jenen Fällen vorzusehen, in denen für einen Ehepartner die Leistungszuständigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung gegeben ist und der andere Ehepartner privat versichert ist. Eine entsprechende Regelung zur Kostentragung bei Leistungszuständigkeit eines privaten Versi-

Leistungsanspruch für In-Vitro-Fertilisation auch bei privater Krankenversicherung

BMGF

VA Dr. Peter Kostelka

cherungsunternehmens und dessen Einverständnis zur Übernahme von 50% der Kosten wurde mittlerweile in eine Regierungsvorlage zur Änderung des IVF-Fonds-Gesetz aufgenommen (Beilagen zu den stenografischen Protokollen des Nationalrates, Nr. 369, XXII.GP).

In ihrem **26. Bericht an den Nationalrat und den Bundesrat** (S. 139) hat die VA auf Versorgungslücken für chronisch Kranke hingewiesen, deren Krankengeldanspruch ausgeschöpft ist, weil trotz des Erwerbs weiterer Versicherungszeiten im Falle einer durchgehenden Arbeitsunfähigkeit kein neuerlicher Krankengeldanspruch entstehen kann. Im Berichtszeitraum war die VA neuerlich mit entsprechenden Beschwerden konfrontiert, wobei sich diese nachteilige Situation für die Betroffenen noch insofern verschärft hat, als sich die aktuelle Dauer der Pensionsverfahren generell verlängert hat. Die VA tritt daher nochmals nachdrücklich dafür ein, dass in § 139 Abs. 4 ASVG eindeutig klargestellt werden sollte, dass der Erwerb von weiteren Versicherungszeiten unabhängig davon, ob eine durchgehende Arbeitsunfähigkeit im Einzelfall anzunehmen ist oder nicht, jedenfalls neuerlich einen Krankengeldanspruch eröffnet, um eine adäquate Absicherung des Lebensunterhaltes der Betroffenen sicherzustellen.

**Versorgungslücken für
chronisch Kranke nach
Ausschöpfung des
Krankengeldanspruches
bestehen weiter**

VA Dr. Peter Kostelka**BMGF**

7.1.3 Krankenversicherung

7.1.3.1 Die Sicherung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten als wesentliche Zielsetzung der sozialen Krankenversicherung

Die Berücksichtigung von ökonomischen Gesichtspunkten in der sozialen Krankenversicherung rechtfertigen es nicht, dass Versicherten notwendige Leistungen für die Führung eines selbstbestimmten und möglichst eigenständigen Lebens vorenthalten werden.

In diesem Sinne ist gerade die persönliche Betroffenheit von Menschen besonders zu beachten, die an einer schweren chronischen Krankheit leiden und deshalb naturgemäß besonders kostenintensive Betreuung benötigen, für die in wesentlichen Bereichen eine Leistungsverpflichtung der sozialen Krankenversicherung besteht.

Einzelfall:

VA BD/909-SV/03

Im Bereich der sozialen Krankenversicherung sind Umfang und Grenzen des Krankenbehandlungsanspruches in § 133 Abs. 2 ASVG geregelt. Nach dieser Bestimmung muss die Krankenbehandlung allgemein ausreichend und zweckmäßig sein, darf jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Darüber hinaus soll durch die Krankenbehandlung die Gesundheit, die Arbeitsfähigkeit und die Fähigkeit für die lebenswichtigen persönlichen Bedürfnisse zu sorgen, also die Selbsthilfefähigkeit, nach Möglichkeit wiederhergestellt, gefestigt oder gebessert werden.

Leistungsauftrag der sozialen Krankenversicherung

In seiner mittlerweile gefestigten Rechtssprechung hat der Oberste Gerichtshof hiezu eindeutig klargestellt, dass die Zweckmäßigkeit einer Krankenbehandlung nicht allein nach ökonomischen Gesichtspunkten beurteilt werden kann (vgl. hiezu OGH vom 26.4.1994, 10 ObS 113/94).

Zweckmäßigkeit einer Krankenbehandlung ist nicht ausschließlich durch ökonomische Aspekte determiniert

Das sich daraus ergebende Spannungsverhältnis zwischen ökonomischen Erwägungen und der Wahrung der persönlichen Integrität der Betroffenen zeigt sich besonders deutlich bei beatmungspflichtigen querschnittsgelähmten Patienten. Die VA war mit dieser Thematik auch in einen Beschwerdefall konfrontiert, in dem die extramurale Betreuung eines 40-jährigen Wieners sicherzustellen war. Hiefür musste ein komplexes Betreuungskonzept erstellt wird, für dessen Verwirklichung qualifiziertes Betreuungspersonal und hochwertige technische Hilfsmittel erforderlich waren.

Anlassfall: Beatmungspflichtiger querschnittsgelähmter Patient

BMGF**VA Dr. Peter Kostelka**

Im Speziellen war es strittig, inwieweit eine Leistungsverpflichtung der Wiener Gebietskrankenkasse hinsichtlich der Kostenübernahme eines elektrischen Rollstuhles mit Kinnsteuerung besteht, dessen Finanzierung durch die Bemühungen der VA unter Einbindung aller in Betracht kommender Kostenträger letztlich doch sichergestellt werden konnte.

VA erreicht Finanzierung eines hochwertigen E-Rollstuhles

Dieser Fall zeigt nun exemplarisch, dass gerade Patienten, die an einer schweren chronischen Krankheit leiden, ihr Selbst- und Aufenthaltsbestimmungsrecht nur dann ausüben können, wenn auf ihre persönlichen Verhältnisse konkret Bedacht genommen wird. Gerade bei hospitalisierten Patienten besteht in Anbetracht der Infektionsgefahr generell eine höhere Komplikationsrate. Auch die psychische Integration ist bei extramuraler Unterbringung wegen der vermehrten Freiräume jedes Einzelnen ungleich leichter zu gewährleisten, als während langjähriger stationärer Behandlungen. Für jüngere Patienten führt die Betreuung im häuslichen Bereich oder in Wohngemeinschaften zu einer wesentlichen Erhöhung der Lebensqualität, weil soziale Kontakte und Bindungen leichter geschlossen werden können.

Vorrang für ein selbstbestimmtes Leben

Aus der Sicht der VA ist hiebei hervorzuheben, dass eine rein ökonomische Betrachtung letztlich im Konflikt mit der Menschenwürde stünde, was auch in der Judikatur unter Bezugnahme auf die Lehre betont wird (vgl. hiezu grundlegend Mazal in Krankheitsbegriff und Risikobegrenzung und OGH vom 22.5.2001, 10 ObS 315/00)).

Ökonomische Betrachtung darf nicht zur Verletzung der Menschenwürde führen

Demnach kommt der Entscheidung von Patienten hinsichtlich der Wahl zwischen mehreren Behandlungsmethoden, die zwar im Wesentlichen zum selben Ziel führen doch unterschiedliche Betreuungsformen zum Gegenstand haben, nach Auffassung der VA essenzielle Bedeutung zu. Dieser Grundsatz gilt umso mehr, wenn durch eine Behandlungsmethode die Lebensqualität eines Menschen erheblich gesteigert werden kann.

Wahlfreiheit des Patienten

Demnach ergibt sich auf Grund der bestehenden Rechtslage, dass für chronisch erkrankte Patienten im Regelfall ein Leistungsanspruch aus der sozialen Krankenversicherung hinsichtlich der gesamten medizinischen Behandlungsspektrums einschließlich der medizinischer Hauskrankenpflege, Heilbehandlung und Hilfsmittel besteht, weil nur so eine möglichst eigenständige Lebensführung im häuslichen Bereich gewährleistet werden kann (vgl. hiezu Mazal ZAS 2002, 33 und in ASoK 2004, S. 14).

Umfassender Leistungsanspruch aus der sozialen Krankenversicherung für chronisch Kranke

VA Dr. Peter Kostelka

BMGF

7.1.3.2 Erwerbsunfähigkeit – Ein mehrdeutiger Rechtsbegriff schafft Unklarheit

Unterschiedliche Voraussetzungen für die Annahme der "Erwerbsunfähigkeit" eines volljährigen Kindes in der Krankenversicherung, der Pensionsversicherung und in Bezug auf den Anspruch auf Familienbeihilfe sind für Betroffene unverständlich und führen in der Vollzugspraxis zu Wertungswidersprüchen. Die VA tritt für eine Harmonisierung der jeweiligen Voraussetzungen ein.

Einzelfall:

VA BD/792-SV/02

Die Angehörigeneigenschaft gemäß § 123 Abs. 4 Z 2 lit.a ASVG besteht auch nach der Vollendung des 18. Lebensjahres weiter, wenn und so lange das Kind seit der Vollendung des 18. Lebensjahres infolge Krankheit oder Gebrechen erwerbsunfähig ist.

Eigenständiger Erwerbsunfähigkeitsbegriff im Bereich der Angehörigeneigenschaft

Die Judikatur und Lehre hat hiebei für die Angehörigeneigenschaft im Bereich der Krankenversicherung und für die Kindeseigenschaft gemäß § 252 Abs. 2 Z 2 ASVG in der Pensionsversicherung einen eigenständigen Erwerbsunfähigkeitsbegriff entwickelt, der mit dem Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit bzw. der Erwerbsunfähigkeit in der Pensionsversicherung nicht ident ist und über diesen hinausgeht.

Unterschied zur Pensionsversicherung

Eine Erwerbsunfähigkeit, die eine Verlängerung der Angehörigeneigenschaft auch über das 18. Lebensjahr zur Folge hat, liegt demnach vor, wenn jemand wegen des nicht nur vorübergehenden Zustandes der körperlichen und geistigen Kräfte und nicht etwa nur wegen der ungünstigen Lage des Arbeitsmarktes oder wegen vorübergehender Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit nicht im Stande ist, auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt einen nennenswerten Erwerb zu erzielen.

Betonung der medizinischen Einschätzung

Bei der Beurteilung der Erwerbsunfähigkeit kommt es also darauf an, ob das Kind auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt einem Erwerb nachgehen kann. Ob dies infolge Krankheit oder Gebrechens unmöglich ist, muss ausschließlich nach medizinischen Gesichtspunkten und ohne Bedachtnahme darauf beurteilt werden, ob und in welchem Umfang das Kind nicht dennoch, etwa auf Kosten seiner Gesundheit, weiterhin ein Einkommen aus selbstständiger oder unselbstständiger Tätigkeit bezieht.

Ist etwa eine Erwerbstätigkeit nur möglich, wenn dadurch der Leidenszustand negativ beeinflusst wird, oder wenn etwa der Dienstgeber dem Erwerbstätigen über den auf dem allgemeinen Ar-

Beschäftigung schließt Erwerbsunfähigkeit nicht aus

beitsmarkt üblichen Rahmen entgegenkommt, so kann dennoch Erwerbsunfähigkeit vorliegen, wenn die Erwerbstätigkeit dem Versicherten unter Berücksichtigung seines Leidenszustandes nicht zumutbar ist. Die Beschäftigung eines Betroffenen kann daher allenfalls ein Indiz für seine Erwerbsfähigkeit darstellen, ein direkter Schluss, der eine Erwerbsunfähigkeit jedenfalls ausschließt ist jedoch hingegen nicht zulässig (vgl. hiezu zB OGH vom 29.9.1992, 10 ObS 206/92, SSV-NF 6/102, mwN).

Dem gegenüber ist gemäß § 2 Abs. 1 lit.c FLAG für volljährigen Kindern eine Verlängerung des Anspruches auf Familienbeihilfe dann möglich, wenn das Kind wegen seiner vor Vollendung des 21. Lebensjahres eingetretenen Behinderung voraussichtlich dauernd außer Stande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Nach der Rechtssprechung des Verwaltungsgerichtshofes widerlegt allerdings bereits eine längere berufliche Tätigkeit die Annahme, das Kind sei infolge seiner Behinderung außer Stande gewesen sich selbst den Unterhalt zu verschaffen (vgl. hiezu VwGH vom 20.9.1995, ZI 95/13/0007). Der für die Familienbeihilfe maßgebliche Erwerbsunfähigkeitsbegriff stellt sohin in erster Linie auf eine allfällige tatsächliche Beschäftigung des Kindes ab, die letztlich im Ergebnis trotz einer medizinisch festgestellten dauernden Erwerbsunfähigkeit zu einer Beendigung des Familienbeihilfenanspruches führen kann.

Erwerbsunfähigkeitsbegriff für die Verlängerung des Familienbeihilfebezuges stellt primär auf eine tatsächliche Beschäftigung ab

Demnach ist zusammenfassend festzustellen, dass unterschiedliche Voraussetzungen für die Annahme einer Erwerbsunfähigkeit in der Krankenversicherung, der Pensionsversicherung und für den Anspruch auf Familienbeihilfe bestehen, was für die Betroffenen in der Vollzugspraxis der beteiligten Behörden zu erheblichen Härten führen kann. So hat sich in einem Prüfungsverfahren der VA gezeigt, dass ein Antrag der betroffenen Bf auf Erwerbsunfähigkeitspension von der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft zunächst mit der Begründung abgewiesen wurde, dass ihre Erkrankung bereits vor Vollendung des 18. Lebensjahres aufgetreten ist, weshalb sie bereits vor Eintritt der Versicherungspflicht in der gewerblichen Sozialversicherung erwerbsunfähig gewesen sein musste. Da sie somit niemals zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Lage war, konnte ihr auch keine Erwerbsunfähigkeitspension zugesprochen werden.

Anlassfall zeigt Schnittstellenproblematik

Daraufhin ging sie bei der SVA der gewerblichen Wirtschaft eine freiwillige Weiterversicherung in der Krankenversicherung ein, weil die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse trotz Nichtzuerkennung einer Erwerbsunfähigkeitspension annahm, dass die Voraussetzungen für eine weitere Mitversicherung in der Krankenversicherung bei ihren Eltern nicht gegeben sei. Nach Einschaltung der VA konnte letztlich erreicht werden, dass sowohl die NÖ Gebietskrankenkasse rückwirkend die beitragsfreie Mitversicherung als Angehörige in der Krankenversicherung anerkannte, weshalb auch die bereits geleisteten Beiträge für die freiwillige

VA Dr. Peter Kostelka**BMGF**

Krankenversicherung in der gewerblichen Sozialversicherung storniert werden konnten und ergänzend hiezu auch eine erhöhte Familienbeihilfe geleistet wurde.

Die VA tritt daher im Interesse der Betroffenen dafür ein, dass im gegebenen Zusammenhang ein möglichst einheitlicher Erwerbsunfähigkeitsbegriff gesetzlich verankert wird, durch den sichergestellt werden sollte, dass die beteiligten Behörden bei Vorliegen eines medizinisch gesicherten Krankheitsbildes die Voraussetzungen für einen Leistungsanspruch nicht unterschiedlich beurteilen können. Flankierend hiezu wäre es wünschenswert, dass zumindest bei Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen für eine verlängerten Angehörigeneigenschaft in der Krankenversicherung bzw. eines Anspruches auf Familienbeihilfe das Vorliegen einer Erwerbsunfähigkeit durch eine Begutachtungsstelle beurteilt wird.

Anregung eines einheitlichen Erwerbsunfähigkeitsbegriff und einer gemeinsamen Begutachtungsstelle

7.1.3.3 Keine Rückerstattung von Kostenanteilen bei einem rückwirkenden Zuständigkeitswechsels im Bereich der Krankenversicherung

Geleistete Selbstbehalte sollten bei einem nachträglichen Wechsel des zuständigen Krankenversicherungsträgers rückerstattet werden, sofern solche Selbstbehalte im Leistungsrecht des endgültig zuständigen Krankenversicherungsträger nicht vorgesehen sind.

Einzelfall:

VA BD/1042-SV/03

Ein rückwirkender Zuständigkeitswechsel im Bereich der Krankenversicherung kann beispielsweise dann auftreten, wenn ein selbstständig Erwerbstätiger einen Pensionsantrag einbringt, zu deren Behandlung auf Grund seiner früheren Erwerbstätigkeit als Unselbstständiger die Pensionsversicherungsanstalt zuständig ist. Nimmt dieses Pensionsverfahren einige Zeit in Anspruch, weil zu klären ist, ob krankheitsbedingt tatsächlich eine Berufsunfähigkeits- oder Invaliditätspension zuerkannt wird, ist nicht auszuschließen, dass der Betroffene vorerst weiterhin eine ärztliche Behandlung auf Kosten der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft in Anspruch nimmt und erst im Nachhinein festgestellt wird, dass auf Grund der rückwirkenden Pensionszuerkennung die Zuständigkeit der Gebietskrankenkasse des Wohnortes bereits mit dem Zeitpunkt des nachträglich festgestellten Pensionsbeginns anzunehmen ist.

Zuständigkeitswechsel in Wanderversicherungsfällen

BMGF**VA Dr. Peter Kostelka**

In einem Prüfungsverfahren der VA zu dieser Thematik konnte festgestellt werden, dass im konkreten Fall zwischen der SVA der gewerblichen Wirtschaft und der NÖ Gebietskrankenkasse eine Vereinbarung über die pauschalierte Abgeltung von gegenseitigen Ersatzansprüchen bezüglich der für Versicherte und deren Angehörige von unzuständigen Krankenversicherungsträger erbrachten Leistungen besteht. Im Rahmen dieser Vereinbarung leistet die NÖ Gebietskrankenkasse der SVA der gewerblichen Wirtschaft einen jährlichen Pauschalbetrag mit dem allfällige entsprechende Ersatzansprüche abgegolten sind.

Rückabwicklung nur zwischen Krankenversicherungsträger im Rahmen einer Pauschalvereinbarung

Die Rückforderung der von Betroffenen erbrachten Kostenanteile sind hingegen unter Bedachtnahme auf die hiefür maßgeblichen Regelungen und die Rechtssprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht möglich, weil hiefür keine Rechtsgrundlage im Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz vorhanden ist. In den hiefür maßgeblichen Bestimmungen ist nämlich nur vorgesehen, dass für nachträglich als zu Unrecht festgestellten Leistungen ein Ersatzanspruch gegenüber den Versicherten erhoben werden kann. Ebenso ist es der SVA der gewerblichen Wirtschaft auch nicht möglich, Kostenanteile mit einem rückwirkend zuständig gewordenen Krankenversicherungsträger zu verrechnen.

Keine Refundierung der Kostenanteile

Im gegenständlichen Beschwerdefall zeigte sich die daraus ergebenden Konsequenzen besonders deutlich, weil die Betroffene während eines Pensionsverfahrens auf Zuerkennung einer Berufsunfähigkeitspension nach einer Lähmung auf Grund einer Gehirnblutung unter anderem Leistungen in einem spezialisierten Therapiezentrum in Anspruch nehmen musste, wodurch sich ein relativ hoher Kostenanteil von rund € 430,-- ergeben hat, der seitens der SVA der gewerblichen Wirtschaft nicht rückerstattet werden konnte.

Beschwerdeführerin hat nach Gehirnblutung hohen Kostenanteil endgültig zu tragen

Die VA tritt daher dafür ein, dass in solchen Fällen eine Rückerstattung des Selbstbehaltes für in Anspruch genommene Leistungen der sozialen Krankenversicherung ausdrücklich vorgesehen wird.

Legistische Anregung der VA

VA Dr. Peter Kostelka

BMGF

7.1.3.4 Versteinerte Beitragsgrundlagen führen zu Nachteilen für Versicherte

Die VA tritt für die Nachbemessung der Beitragsgrundlagen in der gewerblichen Sozialversicherung auf Antrag der Betroffenen ein, unabhängig davon, ob eine solche Nachbemessung zum Pensionsstichtag noch nicht durchgeführt wurde.

Einzelfälle:

VA BD/608-SV/03 und VA BD/1150-SV/03

Vorläufige Beitragsgrundlagen für selbstständig Erwerbstätige, die am Stichtag einer Pensionsleistung noch nicht nachbemessen sind, gelten gemäß § 25 Abs. 7 GSVG als endgültige Beitragsgrundlagen.

Versteinerte Beitragsgrundlagen

Daraus ergibt sich, dass, wenn bis zum Pensionsstichtag noch keine Nachbemessung auf Grund des Steuerbescheides des jeweiligen Kalenderjahres durchgeführt wurde, die Beitragsgrundlage des drittvorangegangenen Jahres als endgültige Beitragsgrundlage herangezogen wird. Diese Beitragsgrundlage des drittvorangegangenen Jahres kann allerdings naturgemäß auf Einkünften beruhen, die wesentlich höher als jene Einkünfte sind, die im Kalenderjahr tatsächlich erzielt wurden, für den diese "versteinerten" Beitragsgrundlagen letztlich auch gelten. Die Betroffenen haben daher für Zeiten, die kurz vor ihrem Pensionsantritt liegen, im Ergebnis überhöhte Beiträge zu leisten. Entscheidend hierfür ist allerdings ausschließlich, ob die Veranlagung durch das Finanzamt und die Nachbemessung durch die Sozialversicherung rasch durchgeführt wird. Im Fall einer Nachbemessung nach Pensionsbeginn ergeben sich hingegen erhöhte Beitragsgrundlagen, die unter Umständen zu keiner bzw. nur einer geringfügigen Pensionserhöhung führen, denen Beitragszahlungen im erheblichen Ausmaß gegenüberstehen können (vgl hierzu Stulik, ASOK 2000, S. 334f).

Mangels Nachbemessung werden frühere Einkünfte herangezogen, die zum Nachteil der Betroffenen zu überhöhten Beitragsvorschreibungen führen können

Die VA tritt für eine Änderung des § 25 GSVG ein und fordert eine Novellierung dieser Regelung dahingehend, dass auf Antrag des Versicherten eine Beitragsnachbemessung auf Grundlage der tatsächlichen Einkünfte auch nach dem Pensionsstichtag ermöglicht wird, und die sich daraus ergebende Beitragsgrundlage letztlich sowohl für die Beitragszahlung als auch für die Pensionsbemessung herangezogen wird.

Legistische Anregung der VA

BMGF

VA Dr. Peter Kostelka

7.1.3.5 Unzureichende Versorgung für Kinder mit Zahnproblemen

Ein Salzburger wandte sich an die VA und führte im Wesentlichen aus, dass seine damals 3-jährige Enkelin auf Grund schwerer Zahnschäden eine umfassende Zahnsanierung benötigte, die im Problembehandlungszentrum der Salzburger Zahnärzte durchgeführt wurde. Daraufhin hatte die Salzburger Gebietskrankenkasse allerdings nur eine teilweise Kostenerstattung geleistet und einen Kostenersatz für die notwendige Anästhesie im Zusammenhang mit dieser Zahnbehandlung zur Gänze abgelehnt.

Anlassfall: Keine volle Kostenübernahme für die Zahnsanierung eines Kleinkindes

Im daraufhin durchgeföhrten Prüfungsverfahren der VA (VA BD/191-SV/03) teilte die Salzburger Gebietskrankenkasse der VA zunächst mit, dass sie mit dem Notdienstzentrum der Salzburger Zahnärzte GmbH einen Vertrag für behinderte Versicherte und Angehörige abgeschlossen hat, die einer besonderen Betreuung und Behandlung bedürfen und daher nicht in einer standardmäßig eingerichteten Praxis eines niedergelassenen Zahnarztes behandelt werden können.

Grund: Keine vertragliche Direktabrechnung für Kinder

Auf Grund dieser Vereinbarung konnten zwar neben behinderten Patienten, für die eine direkte Leistungsverrechnung unter Bedachtnahme auf die doppelten Vertragstarife, eine Fallpauschale und die entsprechende Narkosetarife durchgeföhrert wird, auch andere Versicherte bzw. Angehörige behandelt werden. Nach einer Behandlung erhalten diese Patienten aber eine Privathonorarnote, für die die Salzburger Gebietskrankenkasse nur einen teilweisen Kostenersatz leistet.

Diese Vertragslage führt im vorliegenden Fall dazu, dass eine Honorarnote in Höhe von € 949,20 zur Kostenerstattung eingereicht wurde, wofür die Salzburger Gebietskrankenkasse lediglich einen Kostenersatz in Höhe von € 335,52 leistete. Die VA ist daher aus Anlass dieses Beschwerdefalles gegenüber der Salzburger Gebietskrankenkasse mehrmals für eine Erweiterung dieser Vereinbarung eingetreten, weil es zweifellos nicht einsichtig ist, dass für kleine Kinder keine direkte Abrechnungsmöglichkeit besteht, obwohl sie, ähnlich wie behinderte Menschen, einer besonderen Betreuung und Behandlung bedürfen, die auch eine notwendige Narkose umfassen kann.

Die Salzburger Gebietskrankenkasse hat der VA hiezu letztlich mitgeteilt, dass eine entsprechende vertragliche Vereinbarung mit 1.1.2004 getroffen wurde, und eingeräumt, dass zuvor Kinder zwar in den Landeskliniken behandelt wurden, doch nicht nach dem heutigen medizinischen Standard. Zudem war es offensichtlich längere Zeit zwischen dem Land Salzburg und der Salzburger Gebietskrankenkasse strittig, ob eine "normale Zahnbehandlung" überhaupt in den Landeskliniken anzubieten ist und inwieweit hiefür eine Verpflichtung zur Kostenübernahme durch das Land besteht.

Vertragsergänzung scheitere längere Zeit wegen Meinungsdiscrerenzen zwischen Land Salzburg und GKK

VA Dr. Peter Kostelka

BMGF

Aus der Sicht der VA ist hiezu festzustellen, dass ein derartiger Zustand, in dem offensichtlich Meinungsverschiedenheiten der in Betracht kommenden Kostenträger zu unvertretbaren Nachteilen für die betroffenen Patienten führt, jedenfalls nicht akzeptiert werden kann.

7.1.3.6 Keine Kostenübernahme bei Überstellungstransport in einem anderen Bundesland

Auf Grund der maßgeblichen Satzungsbestimmungen der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse werden Transportkosten grundsätzlich nur dann übernommen, wenn ärztlich bescheinigt wird, dass der kranke Patient auf Grund seines körperlichen oder geistigen Zustandes kein öffentliches Verkehrsmittel benutzen kann. Weitere spezielle Voraussetzung für eine solche Kostenübernahme in Niederösterreich ist es allerdings, dass ein Rettungsunternehmen in Anspruch genommen wird, das einen Vertrag mit einer Gemeinde im Sinne des § 1 Niederösterreichisches Gemeinde-Rettungsdienstgesetz abgeschlossen hat. Andernfalls ist eine Kostenübernahme lediglich in Höhe des halben amtlichen Kilometergeldes möglich. Diese Rechtslage kann allerdings im Falle der Notwendigkeit eines Überstellungstransportes zwischen Krankenanstalten zweier Bundesländer zu hohen Kostenbelastungen führen, wenn nicht ausreichende Informationen an Versicherte ergehen.

Satzungsregelung in Niederösterreich führt zu Härten bei Überstellungstransporten in anderen Bundesländern

Die NÖ Gebietskrankenkasse hat gegenüber der VA eingeräumt, dass Patienten mangels entsprechender Hinweise "unfreiwillig" Rettungsunternehmen in Anspruch nehmen, deren Kosten nicht in voller Höhe übernommen werden. Wegen dieses unverschuldeten Informationsdefizits auf Seiten einer Versicherten wurden in einem Prüfungsverfahren die Transportkosten letztlich von der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse doch zur Gänze übernommen (VA BD/722-SV/03).

Die NÖ Gebietskrankenkasse hat daher zugesichert, die Vertragspartner und die Versicherten über die sich daraus ergebenen Konsequenzen verstärkt zu informieren. Überdies soll im Rahmen eines Projektes in dem die NÖ Gebietskrankenkasse vom Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger befasst wurde, eine Vereinfachung auf dem Gebiet des Rettungstransportwesens herbeigeführt werden, um eine kundenorientierte Verwaltung österreichweit sicherzustellen.

Information der Versicherten und umfassende Neugestaltung des Rettungstransportwesens erforderlich

7.1.3.7 Kein Versicherungsschutz trotz Beitragszahlung

Im Bereich der gewerblichen Krankenversicherung kann der Beginn der Beitragszahlung und der Beginn des Krankenversicherungsschutzes auseinander fallen. Dies hat seinen Grund darin,

Lücke im Krankenversicherungsschutz

BMGF**VA Dr. Peter Kostelka**

dass die Pflichtversicherung in der gewerblichen Krankenversicherung beispielsweise erst mit dem Tag der Erlangung der Gewerbeberechtigung gegeben ist, während daraus resultierende Beitragsbelastung aber für das gesamte Kalendermonat, also ab Beginn des jeweiligen Kalendermonates, zu leisten sind. Diese Rechtslage hat in einem Beschwerdefall (VA BD/1325-SV/03) dazu geführt, dass dem Versicherten für die stationäre Behandlung seiner Ehegattin erhebliche Kosten in Rechnung gestellt wurden, obwohl er auf Grund seiner Beitragszahlung verständlicherweise davon ausging, dass für seine Angehörigen bereits ein Krankenversicherungsschutz bestand hat.

Anlassfall: Kostentragung für stationäre Behandlung

Die VA tritt zur Vermeidung von Härtefällen für eine Statuierung eines durchgehenden Krankenversicherungsschutzes, der zeitgleich mit dem Beginn der Beitragspflicht beginnen sollte, ein.

Legistische Anregung

7.1.3.8 Keine Aliquotierung des Zusatzbeitrages für mitversicherte Ehegatten in der gewerblichen Krankenversicherung

Die monatliche Beitragsabrechnung im Bereich der gewerblichen Sozialversicherung führt dazu, dass Zusatzbeiträge für mitversicherte Ehegatten gemäß § 27c GSVG auch dann für das gesamte Kalendermonat zu leisten sind, wenn in diesem Kalendermonat auf Grund der Beschäftigung des mitversicherten Ehegatten eine tageweise Abrechnung in Betracht käme.

Beitragsleistung für das volle Kalendermonat führt zu Härten bei kurzen Beschäftigungsverhältnissen

In einem Prüfungsverfahren (VA BD/841-SV/03), in dem die Ehegattin mehrere kurzfristige Beschäftigungsverhältnisse im Zusammenhang mit Aushilfstätigkeiten einging, wies das Bundesministerium für Gesundheit darauf hin, dass für solche Fälle in Anwendung der Richtlinien zur Befreiung vom Zusatzbeitrag für Angehörige die jeweilige Beitragsleistung angepasst werden sollte.

Aus der Sicht der VA ist hiezu aber auszuführen, dass auf Grund der aktuellen Arbeitsmarktlage generell mit der Zunahme von nicht durchgehenden Beschäftigungsverläufen zu rechnen ist, weshalb durch eine eindeutige gesetzliche Regelung eine Aliquotierung des Zusatzbeitrages im Bereich der gewerblichen Sozialversicherung ermöglicht werden sollte

VA tritt für klare Regelung zur Ermöglichung einer tageweisen Abrechnung ein

VA Dr. Peter Kostelka**BMGF**

7.1.4 Bereich Gesundheit

7.1.4.1 Eingeschränkte Leistungsverpflichtung aus dem Hepatitis-C-Fonds

Die VA tritt dafür ein, dass aus den Mitteln des Hepatitis-C-Fonds Entschädigungsleistungen auch an Personen geleistet werden können, die nicht auf Grund einer Blutspende, sondern durch den Empfang von infiziertem Blut im Rahmen einer Krankenhausbehandlung an Hepatitis-C erkrankten.

Einzelfälle:

VA BD/26-GU/02, VA BD/77-SV/02 (BMSG GZ. 21.750/50-VI/C/15/02)

Derzeit werden Entschädigungen aus den Mitteln des Hepatitis-C-Fonds nur für Personen erbracht, die durch das Spenden von Plasma mit Hepatitis-C infiziert wurden. Diese Einschränkung wird im Wesentlichen damit begründet, dass es sich dabei um Personen handelt, die durch eine altruistische, für die Versorgung mit aus Plasma hergestellten Produkten auch für das Gesundheitswesen wichtige Spende geschädigt wurden.

Entschädigung nur für Plasmaspender

Keine Zuwendungen erhalten hingegen Patienten, die nachfolge einer Transfusion bei einer Operation an Hepatitis-C erkrankten. Für diesen Personenkreis kommt auch eine Leistung gemäß § 27a Abs. 5 und 6 Bundeskrankenanstaltengesetz, sofern eine Haftung des Krankenanstaltenträgers nicht eindeutig gegeben ist, zumeist nicht in Betracht, da Entschädigungsleistungen nur hinsichtlich der nach dem 1. Jänner 2001 absolvierten Spitalsaufenthalte angesprochen werden dürfen. Die VA tritt dafür ein, zumindest für Infektionsfälle, die sich vor diesem Zeitpunkt ereignet haben, Leistungen aus dem Hepatitis-C-Fonds vorzusehen.

Erweiterung des anspruchsberechtigten Personenkreises wünschenswert

7.1.5 Unfallversicherung

7.1.5.1 Judikaturbedingte Härtefälle durch Verschärfung der Anspruchsvoraussetzungen für die Zuerkennung einer Integritätsabgeltung

Die Voraussetzungen für die Zuerkennung einer Integritätsabgeltung nach einem Arbeitsunfall sollten durch die gesetzliche Verankerung eines objektiven Sorgfaltスマßstab eindeutiger bestimmt werden.

Einzelfall:

VA BD/1009-SV/02

Die Integritätsabgeltung wurde als neuartige Leistung der sozialen Unfallversicherung im Rahmen der 48. ASVG-Novelle, BGBl. Nr. 642/1989, eingeführt. Durch die Integritätsabgeltung können jene schadenersatzrechtliche Ansprüche ausgeglichen werden, die der Arbeitnehmer gemäß § 333 ASVG gegen den Dienstgeber nicht geltend machen kann (Verunstaltungentschädigung, Schmerzengeld).

Zweck der Integritätsabgeltung

Eine Integritätsabgeltung gebührt nun gemäß § 213a Abs. 1 ASVG allerdings unter anderem nur dann, wenn der Arbeitsunfall oder die Berufskrankheit durch die grob fahrlässige Außerachtlassung von Arbeitnehmervorschriften verursacht wurde.

Der Oberste Gerichtshof hat sich in mehreren Entscheidungen mit dieser Thematik befasst und in einer Grundsatzentscheidung vom 26. Mai 1992, 10 ObS 97/92 ausgeführt, dass grobe Fahrlässigkeit im gegebenen Zusammenhang mit dem Begriff der auffallenden Sorglosigkeit im Sinne des § 1324 ABGB gleichzusetzen ist. Demnach muss ein objektiv besonders schwerer Sorgfaltsmißstand auch subjektiv vorwerfbar sein. Dabei ist im Wesentlichen zu prüfen, ob ganz einfach und nahe liegende Überlegungen nicht angestellt worden sind.

Judikatur des OGH führt zu Härten für Unfallopfer

Die sich aus dieser Judikatur ergebenden Härten zeigten sich in einem Beschwerdefall besonders deutlich. Der Bf hatte im Mai 1998 in einem Sägewerk als Werksarbeiter zu arbeiten begonnen. Drei Monate später wollte er an der im Betrieb befindlichen Kappsäge vorbeigehen. Als er feststellte, dass im Bereich des Kettenförderers ein Brett verklemmt war, stolperte er und versuchte sich an dem horizontalen Schutzblech abzustützen. Dabei stürzte er mit dem linken Arm in das ungesicherte rotierende Sägeblatt und zog sich gravierende Verletzungen zu.

Anlassfall: Keine Integritätsabgeltung trotz schwerster Verletzungen

VA Dr. Peter Kostelka**BMGF**

Daraufhin wurde ihm eine Versehrenrente entsprechend einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von 70% zuerkannt. Hingegen wurde ein Anspruch auf Integritätsabgeltung nach bescheidmäßiger Ablehnung der Allgemeinen Unfallversicherungsanstalt letztlich auch im sozialgerichtlichen Verfahren abgelehnt.

Obwohl der linke Arm und die linke Hand des Bf auf Dauer geschädigt sind und auch Amputationen dreier Finger unumgänglich waren, wurde die Nichtzuerkennung einer Integritätsabgeltung im Wesentlichen damit begründet, dass sich im Sägewerk seit 1972 kein schwerer Unfall ereignet hatte, die Kappsäge nicht der unmittelbare Arbeitsbereich des Dienstnehmers war und es für den Dienstgeber deshalb nicht vorhersehbar gewesen sein soll, dass einer seiner Mitarbeiter im Nahbereich der Säge zu Sturz kommen könnte.

Aus der Sicht der VA ist daher nachdrücklich festzuhalten, dass die bestehende Judikatur zu den Leistungsvoraussetzungen für einen Anspruch auf Integritätsabgeltung einen weitgehend untermittelte Ermessensspielraum eröffnet, der dem Leistungs- zweck der Integritätsabgeltung nicht entspricht, wonach primär die Schwere der Unfallfolgen und die wirtschaftliche Lage des Ver- sehrten maßgeblich ist, was die VA auch gegenüber dem Bundesministerium für Gesundheit und Frauen unter Hinweis auf zahlreiche Judikate ausführlich darlegte.

Ermessensspielraum zum Nachteil der Betroffenen

Die VA tritt daher dafür ein, dass durch die gesetzliche Veranke- rung eines objektiveren Sorgfaltsmaßstabes als Voraussetzung für die Zuerkennung einer Integritätsabgeltung dieser Ermessens- spielraum eingeengt wird, um damit auch ein höheres Maß an Rechtssicherheit zu erreichen. Ergänzend hiezu sollte durch eine Gesetzesänderung auch § 77 Abs. 2 ASGG dahingehend erweitert werden, dass der in dieser Bestimmung enthaltene pauschalierte Streitwert auch für Streitigkeiten über die Integritätsabgel- tung zum Tragen kommt.

Objektiver Sorgfalts- maßstab zur Erhöhung der Rechtssicherheit erforderlich

7.1.5.2 Einzelfälle und sonstige Wahrnehmungen

7.1.5.2.1 Vollzugsfehler

Die VA konnte im Berichtszeitraum sowohl Prüfungsverfahren im Bereich der Krankenversicherung als auch der Unfallversicherung nach **Feststellung** einer rechtlich nicht korrekten Vorgangsweise bzw. nach Aufzeigen besonders berück- sichtigungswürdiger Umstände einer für die Betroffenen zufrieden stellenden Lö- sung zuführen. In Kooperation mit den betroffenen Sozialversicherungsträgern wurden unter anderem nachfolgende Beschwerden behoben:

- Rückwirkende Befreiung von der Kranken- und Pensionsversicherung und entsprechende Beitragsstornierung bei geringfügiger Erwerbstätigkeit durch

BMGF**VA Dr. Peter Kostelka**

die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (VA BD/1303-SV/02).

- Befreiung von Rezeptgebühren und Ersatz für bereits geleistete Selbstbehälte aus Mitteln des Unterstützungsfonds durch die Vorarlberger Gebietskrankenkasse für einen schwerstbehinderten Versicherten (VA BD/314-SV/03).
- Nachträgliche Erhöhung der Kostenerstattung bei einer Behandlung bei einem Wahlarzt durch die Steiermärkische Gebietskrankenkasse (VA BD/1164-SV/03).
- Richtigstellung einer fehlerhaften Krankenscheinzusendung durch die OÖ Gebietskrankenkasse (VA BD/1189-SV/03).
- Rezeptgebührenbefreiung für einen Landwirt wegen außerordentlich hohem Medikamentenverbrauch (VA ST/71-SOZ/03).
- Erhöhung der Versehrtenrente wegen Verschlimmerung der Unfallfolgen durch die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (VA BD/97-SV/03).
- Bewilligung von Blutzuckerteststreifen für Diabetikerin durch die VA öffentlich Bediensteter (VA BD/443-SV/03).
- Bewilligung eines Medikamentes zur Linderung einer Alzheimer-Erkrankung für eine betagte Pensionistin (VA BD/151-SV/03).
- Kostenzuschuss für eine notwendige Operation in Jugoslawien durch die Salzburger Gebietskrankenkasse (VA BD/228-SV/03).
- Verbesserung der Information für Selbstversicherte bei rückwirkender Beendigung des Versicherungsverhältnisses und Rückerstattung des entstandenen Guthabens durch die Wiener Gebietskrankenkasse (VA BD/321-SV/03).
- Kostenzuschuss für eine notwendige Zahnsanierung durch die OÖ Gebietskrankenkasse (VA BD/565-SV/03).
- Rückwirkende Beitragsreduktion unter Annahme der Einstellung des Betriebes durch die SVA der gewerblichen Wirtschaft (VA BD/79-SV/03).
- Kostenzuschuss für eine Akupunkturbehandlung bei einem Wahlarzt durch die VA der öffentlich Bediensteter (VA BD/686-SV/03).
- Stornierung der Kostenanteile für den verstorbenen Ehegatten durch die Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (VA BD/736-SV/03).
- Nachträgliche Übernahme von Transportkosten durch die NÖ Gebietskrankenkasse (VA BD/758-SV/03).
- Bewilligung dringend notwendiger Schmerzmedikamente durch die NÖ Gebietskrankenkasse (VA BD/1241-SV/03).

VA Dr. Peter Kostelka

BMGF

7.1.6 Veterinärwesen

7.1.6.1 Säumnis bei der Umsetzung der Legehennen-Richtlinie - Käfighaltung in Österreich

Säumigkeit bei der Umsetzung der Legehennen-Richtlinie und fehlende personelle Ressourcen sowie mangelhafte und/oder unzureichende Kontrollen sind ursächlich dafür, dass Defizite bei der Gewährleistung adäquater Tierschutzstandards in der Nutztierhaltung unübersehbar sind.

Einzelfall:

VA BD/26-GU/03

Im August des vorliegenden Berichtsjahres wandte sich eine Tierschutzorganisation an die VA und führte im Wesentlichen darüber Beschwerde, dass die Republik Österreich der Verpflichtung zur vollständigen Umsetzung der Richtlinie 1999/74/EG des Rates der EU vom 19. Juli 1999 zur Festlegung von Mindestanforderungen zum Schutz von Legehennen, Amtsblatt Nr. L 203 vom 3. August 1999, nicht fristgerecht entsprochen habe.

Anlass des Einschreitens der VA

Seitens der VA konnte infolge eines nachfolgend eingeleiteten Prüfverfahrens festgestellt werden, dass die Bundesländer Kärnten, Salzburg und Vorarlberg zu jenem Zeitpunkt immer noch keine legislativen Umsetzungsmaßnahmen gesetzt hatten. In den anderen Bundesländern waren zu jenem Zeitpunkt die entsprechenden Umsetzungsverordnungen bzw. Gesetzesänderungen bereits erfolgt, wenngleich es auch hier zu Verspätungen gekommen war. In Salzburg erfolgte die Umsetzung mit Landesgesetzblatt Nr. 123/2003 vom 30. Dezember 2003. Im Bundesland Kärnten wurde die Richtlinie mit Verordnung der Kärntner Landesregierung vom 2. Dezember 2003, LGBI. 7/2003 vom 22. Dezember 2003 umgesetzt.

Umsetzungsproblematik

In einem weiteren **amtswegigen** Prüfverfahren zu VA BD/26-GU/03 prüfte die VA auch die Effizienz der tierschutzrechtlichen Kontrollen durch die Amtstierärzte im Bereich der Käfighaltung von Legehennen. Es war in diesem Zusammenhang festzustellen, dass die gegebenen personellen Ressourcen im Bereich der zuständigen Kontrollbehörden (Bezirkshauptmannschaften) nicht ausreichend sind, um eine flächendeckende und entsprechend intensive Kontrolltätigkeit entfalten zu können. So hat die EU bereits in zahlreichen Prüfberichten - sogar im Bereich der den Amtstierärzten obliegenden veterinärrechtlichen Aufgaben- Überwachungs- und Dokumentationsdefizite in Ö beanstandet.

Kontrolldefizite wegen fehlender personeller Ressourcen

BMGF

VA Dr. Peter Kostelka

Gleichwohl – dies wurde auch seitens der Tierschutzorganisation bestätigt – führte das volksanwaltschaftliche Prüfverfahren zu einer merkbaren Intensivierung der Kontrollen vor Ort; es wurden insbesondere in allen Bundesländern Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet und fallweise auch Strafanzeigen wegen Tierquälerei erstattet, was bislang in der Nutztierhaltung alles andere als gängige Praxis war.

Im Zuge des Gesetzesbegutachtungsverfahrens eines Bundesgesetzes, mit dem ein Tierschutzgesetz erlassen sowie das Bundes-Verfassungsgesetz und die Gewerbeordnung 1994 geändert werden soll (GZ 601.751/087-V/2/2003) hat die VA die Auffassung vertreten, dass ein einheitliches Bundes tierschutzgesetz nicht nur die derzeitige Kompetenzzersplitterung, welche Ausdruck in (inkl. Salzburger Nutztierschutzgesetz) zehn Landesgesetzen, 36 Verordnungen und mehr als 600 Paragraphen und zahlreichen Bundesgesetzen (zB Fleischtieruntersuchungsgesetz, Tiertransportgesetze etc.) findet, beenden sollte. Es gilt vielmehr auch Klarstellungen in Bezug auf Haltungsbedingungen zu treffen, die sich zumindest mittelfristig nicht bloß an den bestehenden niedrigsten Tierschutzstandards orientieren sollen. Ein Großteil tierschutzrelevanter Bestimmungen wird im Entwurf aber auf die Ebene von nicht weniger als 17 Verordnungsermächtigungen abgeschoben, an denen nicht weniger als 5 Ministerien mitarbeiten. Die lange Liste der Verordnungsermächtigungen wirft nicht nur die Frage auf, was den der Gesetzgeber überhaupt noch selber zu regeln beansprucht, sondern macht auch eines sichtbar: in allen Bereichen, die auch nur entfernt mit der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung zu tun haben, hat der Landwirtschaftsminister ein Vetorecht. Nur mit seiner Zustimmung und im Einvernehmen mit ihm können Regelungen als Verordnung erlassen werden. Für die Vorlage von Verordnungsentwürfen wurde nicht einmal ein Stichtag angegeben.

Kritik der VA am Begutachtungsentwurf

Besonders problematisch erscheint die in § 24 vorgesehene Berücksichtigung der ökonomischen und ökologischen Auswirkungen bei der Festlegung der Haltungsanforderungen für landwirtschaftliche Nutztiere. Abgesehen davon, dass eine Einschränkung von Tierschutzstandards aus ökonomischen Gründen in einem bundeseinheitlichen Tierschutzgesetz geradezu kontraproduktiv erscheint, ist zu befürchten, dass die darauf gestützten Verordnungen nicht dem Tierschutzgedanken, sondern den finanziellen Bedenken der Tierhalter, Lebensmittelproduzenten und -vermarkter Rechnung tragen werden, was jeden Anreiz für den Umstieg in eine tierschutzfreundlichere Nutztierhaltung im Keim erstickt. Für bestehende Anlagen und Haltungseinrichtungen sollen die Anforderungen des Gesetzes (§ 44 des Entwurfs) nur dann gelten, wenn entweder die Einhaltung der Normen ohne baulich Maßnahmen, die über die Instandsetzung oder die Ersetzung einzelner Elemente hinausgehen, möglich ist oder darüber hinausgehende bauliche Maßnahmen an von diesen Anforderun-

VA Dr. Peter Kostelka**BMGF**

gen betroffenen Teilen der Anlagen oder Haltungseinrichtungen durchgeführt werden. Es liegt also an den Eigentümern bestehender Anlagen, diese dem Tierschutzgesetz zu unterstellen oder die Anwendbarkeit des Gesetzes "ewig" hinauszuschieben.

Wichtig erscheint der VA auch der Verweis darauf, dass die Verabschiedung eines Tierschutzgesetzes - ohne dass gleichzeitig eine Sicherstellung effektiver Vollzugsstrukturen erfolgt - den beabsichtigten Zweck verfehlen wird. Am Beispiel anderer europäischer Staaten zeigt sich, dass regionale Tierschutzbeauftragte, so genannte TierschutzinspektorInnen, eine sehr effiziente, flächen-deckende Kontrolle ermöglichen. Schwedische TierschutzinspektorInnen werden in einem 2-jährigen Kurs ausgebildet und übernehmen dann die Kontrolle aller dem Tierschutzgesetz unterliegenden Tierhaltungen; deren behördliche Befugnisse umfassen Betretungsrechte und die Möglichkeit die Schließung von Stallungen bei groben Misshandlungen von Nutztieren.

Kein Tierschutz ohne effektive, nachhaltige Kontrollen

8 Bundesminister für Inneres

8.1 Geschäftsbereich von Volksanwalt Mag. Ewald Stadler

8.1.1 Allgemeines

Die Zahl der dem Ressort Inneres zugeordneten Beschwerden sankt im Vergleich zum Vorjahr um 15% auf 330. Schwerpunkte ergaben sich im Bereich des Personalwesens und im Fremdenrecht. Die Anzahl fremdenrechtlicher Beschwerden blieb mit 62 im Vergleich zum Vorjahr konstant. Negativ ist die unsachgemäße Behandlung von Bewerbern für den Gendarmeriedienst aufgefallen.

8.1.2 Staatsbürgerschaftsrecht

8.1.2.1 "Österreicher" ohne Staatsbürgerschaft

VA W/565-POL/03

Die VA forderte erstmals in ihrem 8. Bericht im Staatsbürgerschaftsgesetz einen Sondererwerbstatbestand für Personen, die nach vielen Jahren erfahren, dass sie – entgegen ihrer bisherigen Meinung – nie österreichische Staatsbürger waren. Die Annahme, die österreichische Staatsbürgerschaft zu besitzen, wurde oftmals durch behördliches Vorgehen, etwa Ausstellung österreichischer Reisepässe oder Aufforderung zur Ableistung des Wehrdienstes, bestärkt.

Sondererwerbstatbestand im Staatsbürgerschaftsgesetz sei Jahrzehnten gefordert

Die Notwendigkeit dieser legitistischen Maßnahme wird nahezu jährlich durch an die VA herangetragene Fälle bestätigt. Auch in diesem Berichtszeitraum traten Betroffene mit einem solchen Problem an die VA heran.

In einem Fall stellte sich anlässlich einer Bewerbung als Honorarkonsul im Jahr 1999 heraus, dass vierzig Jahre zuvor die österreichische Staatsbürgerschaft verloren gegangen war. Ein Österreicher hatte nämlich als junger Mann die kanadische Staatsbürgerschaft angenommen und nicht gewusst, dass damit automatisch der Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft verbunden ist. Mangels Vorhandenseins eines Sondererwerbstatbestandes musste der Beschwerdeführer die Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft erneut beantragen und sich einem zum Zeitpunkt seiner Vorsprache immerhin bereits 2 Jahre dauernden Verfahren unterziehen. Zum Zeitpunkt der Vorsprache bei der VA stand das Verfahren kurz vor dem positiven Abschluss (VA W/565-POL/03).

"Österreicher" erfahren nach Jahrzehnten, dass sie "Ausländer" sind

VA Mag. Ewald Stadler

BMI

In einem weiteren Fall glaubte eine schweizer Staatsbürgerin durch Eheschließung die österreichische Staatsbürgerschaft im Jahr 1967 erworben zu haben. Bis zum Jahr 1966 war nämlich die Eheschließung mit einem Österreicher automatisch mit dem Erwerb der Staatsbürgerschaft verbunden. Im Zeitpunkt der Eheschließung im Jahr 1967 musste nach einer Gesetzesänderung dafür eine eigene Erklärung abgegeben werden, über die die Beschwerdeführerin vom Standesbeamten nicht belehrt wurde. Da die Beschwerdeführerin in der Folge in die Wählerevidenz eingetragen wurde, ging sie davon aus, die österreichische Staatsbürgerschaft zu besitzen. Der damit befasste Innenminister vermutete, dass die Eintragung in die Wählerevidenz auf die Unkenntnis der neuen Rechtsgrundlage durch die Behörde zurückzuführen war. Erst als die Vorlage eines Staatsbürgerschaftsnachweises für eine Pensionierung im Jahr 2002 erforderlich wurde, erfuhr die Beschwerdeführerin, dass sie niemals die österreichische Staatsbürgerschaft besessen hatte. Unmittelbar nach einer Darstellung in der ORF Sendung "Volksanwalt-Gleiches Recht für alle" wurde der Beschwerdeführerin die österreichische Staatsbürgerschaft verliehen (VA K/59-POL/03).

"Nichtösterreicherin"
jahrzehntelang wahlberechtigt

Diese Fälle bestätigen die Aktualität der Forderung der VA, entsprechende legistische Vorkehrungen zur Vermeidung langwieriger und kostspieliger Verfahren zu treffen. Die Tatsache, dass "Nichtösterreichern" österreichische Pässe ausgestellt wurden, was in den dargestellten Beispielen der Fall war, und an Wahlen teilgenommen haben, unterstreicht den legistischen Handlungsbedarf.

Gesetzesänderung
kann Abhilfe schaffen

8.1.2.2 Datenschutzbestimmungen verzögern Staatsbürgerschaftsverfahren

VA BD/319-I/02, BMI 60.630/51-III/4/a/03

Ein im Bereich der Verwaltung des Bundeslandes Wien durchgeführtes Prüfverfahren der VA ergab, dass eine unzumutbare Verfahrensdauer vorgelegen war, die jedoch nicht aus Verschulden der Staatsbürgerschaftsbehörde, sondern auf Grund einer ungünstigen Gesetzeslage entstanden war.

Sicherheitspolizeigesetz erschwert Behördenermittlungen

Die VA hat aus Anlass dieses, im Bereich der Verwaltung des Bundeslandes Wien geführten Prüfverfahrens eine **amtswegige** Prüfung im Ressort Inneres begonnen, um legistische Vorarbeiten, die zur Lösung dieses Problems erforderlich wären, anzuregen.

Die behördlichen Überlegungen hatten zum Inhalt, dass nur bestimmte, der Sicherheitsbehörde bekannte personenbezogene Daten an eine Staatsbürgerschaftsbehörde weiter gegeben werden dürfen. Im konkreten Beschwerdefall hatte die Bundespolizeidirektion Wien, Büro für Personen- und Objektschutz, ohne nähe-

Sicherheitsbehörde darf Bedenken gegen Staatsbürgerschaftsverleihung nicht begründen

re Angaben bekannt gegeben, es würden Bedenken gegen die Verleihung der Österreichischen Staatsbürgerschaft bestehen. Nähere Angaben dazu wurden im Hinblick auf die restriktiven Übermittlungsbestimmungen des Sicherheitspolizeigesetzes abgelehnt, weshalb die Behörde selbst umfangreiche weitere Einzelermittlungen durchzuführen hatte und auch die Antragstellerin mehrere verschiedene, von ihr ursprüngliche nicht verlangte amtliche Bestätigungen beizubringen hatte.

Einer ersten Stellungnahme des BMI zu Folge dürfen Sicherheitsbehörden den Staatsbürgerschaftsbehörden zwar personenbezogene Daten, die nach § 52 des Sicherheitspolizeigesetzes (SPG) verarbeitet wurden, übermitteln, hingegen biete § 57 Abs. 3 SPG keine Grundlagen für eine Datenübermittlung aus der zentralen Informationssammlung.

SPG zu restriktiv?

Die hier erwähnten maßgeblichen Bestimmungen haben folgenden Wortlaut:

§ 56 Abs. 1 Z 2

Die Sicherheitsbehörden dürfen personenbezogene Daten nur übermitteln ... inländischen Behörden, soweit dies ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist oder für den Empfänger eine wesentliche Voraussetzung zur Wahrnehmung einer ihm gesetzlich übertragenen Aufgabe bildet ...

§ 57 Abs. 3

Die Sicherheitsbehörden sind ermächtigt, die von ihnen in der zentralen Informationssammlung gespeicherten Daten zu benutzen. Übermittlungen der gemäß Abs. 1 verarbeiteten Daten sind an Behörden für Zwecke der Sicherheitsverwaltung und der Strafrechtspflege zulässig. Im Übrigen sind Übermittlungen nur zulässig, wenn hierfür eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung besteht.

Wenn daher – wie vermutlich im ursprünglichen Beschwerdefall – eine Eintragung in der zentralen Informationssammlung (z.B. Fahndung, anhängige strafrechtliche Ermittlungen, Opfer einer Straftat o.ä.) besteht und die Sicherheitsbehörde auf Grundlage dieser Vormerkungen Bedenken gegen eine Einbürgerung hegt, kann sie dies nach der geltenden Rechtslage der Staatsbürgerschaftsbehörde gegenüber nur in allgemein gehaltenen Ausführungen mitteilen.

Antragsteller muss behördliche Daten beschaffen

Wie der konkrete Beschwerdefall gezeigt hat, hat die Beschwerdeführerin seinerzeit selbst einen Auszug aus dem kriminalpolizeilichen Aktenindex beschafft und es waren darin drei Eintragungen ersichtlich, die sich auf sicherheitsbehördliche Ermittlungen wegen Verdachts der Körperverletzung bezogen.

VA Mag. Ewald Stadler**BMI**

Da diese Eintragungen ohne nähere Daten erfolgt sind, musste die Beschwerdeführerin weiters dazu verhalten werden, Bestätigungen der Staatsanwaltschaft mit jeweils dem Inhalt beizubringen, dass diese Anzeigen kein Strafverfahren nach sich gezogen haben.

**Völlig falscher Ein-
druck eines Bürgers
entstanden**

Da ein solches Vorgehen weder bürgerfreundlich noch effizient ist, gab das BMI der VA bekannt, es sei beabsichtigt, im Rahmen der Staatsbürgerschaftsreferentenkonferenz eine Lösung zu erarbeiten. Zum Zeitpunkt der Berichterstellung lag die weitere Mitteilung vor, am Entwurf der nächsten Sicherheitspolizeigesetznovelle werde gearbeitet, und dieser Entwurf könne eventuell im ersten Halbjahr 2004 fertig gestellt werden.

**Vorschlag auf Geset-
zesänderung**

8.1.3 Personalwesen

8.1.3.1 Ungerechtfertigte Ablehnungen von Bewer- bungen

VA BD/108-I/03, BMI 51.193/1484-I/1/c/03

Die VA prüfte die Abweisung von Bewerbungen um freie Planstellen durch das Landesgendarmeriekommando für Niederösterreich.

Mit gleichartigen Schreiben wurde den Beschwerdeführern mitgeteilt, dass ihrer Bewerbung nicht stattgegeben werden könne. Sie seien gemäß § 55 Sicherheitspolizeigesetz einer Sicherheitsüberprüfung unterzogen worden, wobei sich nachstehende Gründe ergeben hätten, die eine Aufnahme in den Gendarmeriedienst ausschlössen:

**Bewerber wurden
Sicherheitsüberprü-
fung unterzogen**

Betrug (Warenbetrug); Tatzeit 1.2.01 bis 28.2.01, Tatort GP Hohenau an der March (VA BD/251-I/02) sowie Gefährliche Drohung, Körperverletzung (Arbeitsplatz); Tatzeit 18.11.2000, Tatort BPD Wien, BezPolKoat Ottakring (108-I/03). Weiters wurde den Beschwerdeführern der Vorhalt gemacht, diese "Fakten" in der Sicherheitserklärung nicht angeführt zu haben.

Die Schreiben des Landesgendarmeriekommandos für Niederösterreich erwecken den Eindruck, dass die Beschwerdeführer rechtskräftig verurteilt worden wären. Richtig ist jedoch, dass die Anzeige gegen die eine Beschwerdeführerin (VA BD/251-I/02) durch die Staatsanwaltschaft ohne weitere gerichtliche Vorerhebungen gem. § 90 Abs. 1 StPO zurückgelegt wurde. Der andere Beschwerdeführer zu 108-I/03 wurde sogar gerichtlich vom vorgeworfenen Verhalten freigesprochen. Dafür, dass die Beschwerdeführer die in der Ablehnung jeweils angegebenen Sacheverhalte verwirklicht hätten, fehlte jeder Anhaltspunkt.

**Unbescholtene Be-
werber wie Kriminelle
behandelt**

BMI

VA Mag. Ewald Stadler

Im Zuge des Prüfverfahrens zu BD/251-I/02 teilte das Bundesministerium für Inneres mit, dass "zwar das Verfahren gegen die Beschwerdeführerin gemäß § 90 StPO eingestellt wurde, die Beschwerdeführerin jedoch darüber in der Sicherheitserklärung keine Angaben gemacht hatte. Auch wenn die Beschwerdeführerin im Sinne des Gesetzes als unbescholtener gilt, sei die Bundesgendarmerie bestrebt nur Bewerber mit tadellosem Leumund aufzunehmen, bei denen sich im Zuge der Sicherheitsüberprüfung keine Anhaltspunkte ergeben haben die die Vertrauenswürdigkeit ausschließen würden".

Falsche Rechtsansicht des BMI zum Umfang der Angaben in der Sicherheitserklärung

Ziel der Sicherheitsüberprüfung ist die Klärung der sicherheitspolizeilichen Frage ob ein Mensch als unzuverlässig einzustufen ist. Die Sicherheitserklärung bildet einen Teil der Sicherheitsüberprüfung. Die im gegenständlichen Fall maßgebliche Frage in der Sicherheitserklärung war Folgende:

Erwägungen der VA brachten Umdenkprozess in Gang

Ist gegen Sie jemals im In- oder Ausland ein gerichtliches Strafverfahren (Ermittlungsverfahren) geführt worden? (Getilgte Verurteilungen sind nicht anzuführen)

Wenn ja, von welchem Gericht, wegen welchen Deliktes und mit welchem Ergebnis?

Leiter des Ermittlungsverfahrens in der Phase der Vorerhebungen ist der Staatsanwalt, somit ein Organ einer Verwaltungsbehörde, kein Gericht. Da, wie der Bundesminister für Justiz der VA mitteilte, seitens der Staatsanwaltschaft zur Ermittlung des Sachverhalts keine gerichtlichen Organe herangezogen wurden, kann daher mangels Involvierung gerichtlicher Organe von keinem gerichtlichen Strafverfahren (Ermittlungsverfahren) gesprochen werden.

Gerichtliches Ermittlungsverfahren fand nicht statt

Gemäß § 90 Abs. 2 StPO hat der Staatsanwalt bei Zurücklegung der Anzeige nur Personen die bereits als der strafbaren Handlung verdächtig vernommen worden sind, oder nach dem Inhalt der Akten oder sonst von dem gegen sie gerichteten Verdacht Kenntnis erlangt haben, von der Zurücklegung der Anzeige zu verständigen. Aufgrund dieser Bestimmung haben verdächtige Person in vielen Fällen überhaupt keine Kenntnis von der Anzeige und den eventuellen Vorerhebungen gegen sie und müssen daher auch nicht von der Zurücklegung der Anzeige informiert werden.

Eine Angabepflicht einer durchgeführten Vorerhebung oder sofortigen Zurücklegung der Anzeige in der Sicherheitserklärung, will man diese so wie das BMI verstehen, würde somit eine Pflicht statuieren die der Betreffende in vielen Fällen schlechthin nicht erfüllen kann. Dieser denkunmöglich Inhalt kann der Verordnung nicht unterstellt werden, was für die Richtigkeit der Handlung der Beschwerdeführerin spricht. Anders gestaltet ist die Verpflichtung des Beschwerdeführers zu BD/108-I/03, da dieser einen gerichtli-

Unterstellung eines denkunmöglich Inhalts

VA Mag. Ewald Stadler

BMI

chen Freispruch erlangte, somit nach dem Wortlaut der Sicherheitserklärung zur Angabe des Verfahrens verpflichtet war.

Auch den weiteren Ausführungen des Bundesministeriums für Inneres konnte nicht gefolgt werden.

Die Tatsache, dass wider eine bestimmte Person eine Anzeige ergangen ist, ist von dieser nicht beeinflussbar. Es ist zwar richtig dass das Ziel der Sicherheitsüberprüfung nicht die Feststellung der strafrechtlichen Unbescholtenheit sondern die Vertrauenswürdigkeit eines Menschen ist. Die Behörde hat sich aber auch bei dieser Beurteilung von sachlichen Gesichtspunkten leiten zu lassen. Eine Person nach (sofortiger) Zurücklegung einer einzigen Anzeige (die das LGK siehe oben gar in eine erwiesene Tat umzudeuten schien) als vertrauensunwürdig einzustufen, ist unsachlich. Würde man diesen Standpunkt des BMI teilen, so läge es in der Hand einer beliebigen Person (eventuell sogar mutwillig) durch Anzeige die Ambitionen des Einstellungswerbers zu nichte zu machen.

Unsachliche Würdigung zur Vertrauenswürdigkeit

Zur Sicherheitserklärung selbst ist anzumerken, dass Personen gegen die ein Strafverfahren durchgeführt wurde, welches mit Freispruch endete, sowie eine Person gegen die gerichtliche Vorerhebungen oder Voruntersuchungen durchgeführt wurden verpflichtet sind diese in der Sicherheitserklärung anzugeben. Diese Besserstellung zu verurteilten Straftätern, deren Strafe getilgt wurde, ist nicht nachvollziehbar, auch wenn Tilgungen aufgrund der Altershöchstgrenze von 30 Jahren bei der Aufnahme in den Gendarmeriedienst als unwahrscheinlich anzusehen sind. Diese Diskrepanz in der Behandlung von Verurteilten aber rehabilitierten Straftätern gegenüber durch Freispruch rehabilitierten Angeklagten lässt die Verordnung selbst aus Gleichheitsgründen verfassungsrechtlich bedenklich erscheinen.

Sicherheitserklärung verfassungsrechtlich bedenklich

Die Feststellung des Landesgendarmeriekommendos für Niederösterreich bezüglich der Gründe, welche die Aufnahme der Beschwerdeführerin in den Gendarmeriedienst ausschließen würden, sind, wie auch der Vertreter des Bundesministeriums für Inneres, in der ORF Darstellung des Falls zubilligte, inhaltlich falsch.

Fernsehsendung brachte Lösung

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die Abweisungen der Bewerbungsgesuche mit der verwendeten Begründung zu Unrecht erfolgte, eine Überarbeitung der Sicherheitserklärung wurde in Aussicht gestellt. Den **Beschwerden** war daher **Berechtigung** zuzuerkennen. Die Beschwerdeführer wurden zur neuerlichen Bewerbung eingeladen, sodass die Beschwerdegründe als behoben betrachtet werden können.

Beschwerdegrund behoben

BMI**VA Mag. Ewald Stadler**

8.1.3.2 Lange Dauer von Disziplinarverfahren

VA BD/64-I/01, BMI 46.000/1840-I/2/02

Im Mai 1996 sorgt ein Vorfall im Bereich einer Bundespolizeidirektion für große mediale Aufmerksamkeit und es entstand nach mehreren Jahren der Eindruck, sowohl die strafgerichtliche als auch dienstbehördliche Ahndung von Gesetzesverletzungen durch Polizeibeamte werde verschleppt oder gar unterlassen.

VA prüft amtswegig

Der Vorwurf lautete, es sei in einer Polizeidienststelle gegenüber einer drogenabhängigen Ausländerin zu sexuellen Übergriffen gekommen und ein dabei beteiligter Beamter sei infolge einer Überdosis Suchtgifte in Lebensgefahr geraten, wobei die anderen Beamten eine Hilfeleistung unterlassen hätten. Gegen einen der Beamten wurde ein gerichtliches Strafverfahren nach dem Suchtmittelgesetz im September 1998 vorläufig und im Oktober 2000 (nach Ablauf der Probezeit) endgültig eingestellt. Die übrigen Beamten wurden vom Strafgericht im Juni 1998 wegen Unterlassung der Hilfeleistung (§ 95 StGB) für schuldig erkannt. Gegen einen dieser drei Beamten wurde überdies nach dem Suchtgiftgesetz (nun Suchtmittelgesetz) ein gesondertes gerichtliches Strafverfahren durchgeführt, und dieser im April 1999 nach Abweisung eines Rechtsmittels verurteilt.

Schwerste Vorwürfe gegen Polizisten

Die dienstrechtlichen Maßnahmen begannen zunächst damit, dass bei Bekannt werden der Verdachtsmomente die Beamten vorläufig suspendiert wurden. Danach war die Disziplinarbehörde in Hinblick auf die Bestimmungen des § 95 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes gehalten, den Ausgang der strafgerichtlichen Untersuchungen abzuwarten.

Suspendierungen jahrelang aufrecht

Zahlreiche Vorwürfe, die zu keiner strafgerichtlichen Verfolgung der Beamten geführt hatten, weil die Staatsanwaltschaft die Anzeigen gemäß § 90 StPO zurückgelegt hat, mussten von der Disziplinarbehörde gesonderten Ermittlungsschritten unterzogen werden, inwieweit die Vorwürfe, auch wenn sie strafrechtlich nicht relevant waren, doch als Dienstpflichtverletzung zu berücksichtigen waren.

Unterbrechung der Disziplinarverfahren während strafgerichtlicher Untersuchung

Im Dezember 2000 hat die Disziplinarkommission beim Bundesministerium für Inneres über drei der vier Beamten jeweils die Disziplinarstrafe der Entlassung verhängt und diese Erkenntnisse wurden von der im Berufungswege angerufenen Disziplinaroberkommission im März 2001 bestätigt.

Das Disziplinarverfahren gegen einen weiteren Beamten war aus Befangenheitsgründen gesondert zu führen und wurde in erster Instanz im März 2002 beendet.

VA Mag. Ewald Stadler

BMI

In einer Gesamtbetrachtung lagen weder im Bereich der Strafjustiz noch im Bereich der Disziplinarbehörden Fehlleistungen vor, die zu dieser enormen zeitlichen Ausdehnung geführt haben (immerhin waren die Beamten mehrere Jahre suspendiert und bezogen in dieser Zeit – ohne eine Dienstleistung zu erbringen – zwei Drittel ihres bisherigen Bezuges).

Jahrelange Verfahrensdauer trotz Fehlens schuldhafter Verzögerungen

Dieser Fall wirft somit die Frage auf, in welcher Weise die hier festgestellte lange Dauer zwischen Bekannt werden von Dienstpflichtverletzungen und Wirksamwerden der Entlassungen verkürzt werden könnte. Eine solche Verkürzung läge nicht nur im budgetären Interesse, sondern ist nach Ansicht der VA insbesondere auch im Hinblick auf generalpräventive Aspekte zwingend notwendig.

Generalprävention wird durch lange Verfahrensdauer beeinträchtigt

Wie sich aus der obigen zeitlichen Darstellung ergibt, ist insbesondere die Vorschrift des § 95 BDG Ursache dafür, dass die Disziplinarbehörde trotz Kenntnis aller relevanten Vorwürfe erst dann inhaltlich mit ihrem Verfahren beginnen kann, wenn die strafgerichtlichen (und allenfalls auch verwaltungsstrafbehördlichen) Verfahren ihren Abschluss gefunden haben. Diese "Blockade" der Disziplinarbehörden für einen von ihnen gar nicht zu beeinflussenden Zeitraum sollte bei schwer wiegenden Dienstpflichtverletzungen entfallen und es sollte in solchen Fällen ein Disziplinarverfahren auch neben (und nicht erst nach) einem allfälligen gerichtlichen Strafverfahren durchgeführt werden dürfen.

Novellierungsbedarf bei § 95 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes

8.1.3.3 Nachzahlung von Nebengebühren

VA BD/394-I/02, BMI 51.193/1495-I/1/e/04

Zwei Beschwerdeführer, beide Angehörige der BPD-Wien, wandten sich wegen der Nichtauszahlung von Nebengebühren Beschwerde führend an die VA. Beide Beamte waren auf Grund von ihnen vorgeworfenen Dienstpflichtverletzungen vom 31.10.2000 bis 19.3.2001 vom Dienst suspendiert worden. Da sowohl das gegen die Beschwerdeführer geführte Strafverfahren, als auch das Disziplinarverfahren wegen der schlussendlichen Haltlosigkeit der Anschuldigungen eingestellt wurde, wurde das nach § 112 Abs. 1 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (BDG) einbehaltene Gehaltsdrittel auf Grund der Aufhebung ihrer Suspendierung gemäß § 13 Gehaltsgesetz (GehG) nachbezahlt. Auf Grund der, durch die Suspendierung begründete Dienstverhinderung, erwuchsen den Beamten durch die Nichtauszahlung der Nebengebühren Einkommensverluste von je € 2.119,27 (ATS 29.161,85).

Einkommensverluste durch Suspendierung

Die Beschwerdeführer wurden seitens der VA aufgeklärt, dass gemäß § 15 GehG i.V.m §§ 17, 20, 82, 82a, 82b und 83 GehG eine Suspendierung von mehr als einem Monat eine Dienstabwesenheit "aus einem anderen Grund" darstellt und somit unter die Ruhensbestimmung des § 15 Abs. 5 zweiter Satz GehG fällt.

Vorwürfe nicht bestätigt

BMI

VA Mag. Ewald Stadler

Trotzdem erscheint die Situation, dass Beamte (der Sicherheitsexekutive), die in nicht unbeträchtlichem Umfang auf die pauschalierten, somit auch auf längere Zeit voraussehbaren und in die Lebensplanung einfließenden, Nebengebühren als Bestandteil ihres Monatsbezuges angewiesen sind, diese bei einer Suspendierung auf Grund von Anschuldigungen, die sich im Zuge des Disziplinarverfahrens als unhaltbar erwiesen haben verlieren, als unbefriedigend und verbesserungswürdig.

Gesetzliche Lage scheint verbesserrungswürdig

Aus den erläuternden Bemerkungen zur 24. Gehaltsgesetznovelle ergibt sich, dass auf Grund der Pauschalierung die Auszahlung dieser Nebengebühren nicht bei jeder Dienstverhinderung oder jedem Urlaub einzustellen ist, sondern in Zeiten, in denen allenfalls die anspruchsberechtigende Mehrleistung nicht erbracht wird, kurzfristige Weiterbezahlungen vorgesehen sind. Die Möglichkeit der Zahlung ohne Erbringung der zugrundeliegenden Leistung ist bereits bei der Festsetzung der Pauschale zu berücksichtigen.

Einstellung von Nebengebühren nicht in jedem Fall

Der Anspruch auf pauschalierte Nebengebühren wird demnach durch einen bezahlten Urlaub sowie wegen anderer Gründe, wie z.B. Krankenstände welche kürzer als einen Monat dauern, nicht berührt. (Vgl. dazu auch das Rundschreiben des BKA vom 9. November 1972, Zi. 120.000-3 b/72.)

Der Anspruch auf Weiterbezug der pauschalierten Nebengebühren auf Grund eines Dienstunfalls beruht hingegen nicht auf dem der Pauschale allgemein zugrundeliegenden Jahresdurchschnitt, sondern resultiert aus der Schutz- und Fürsorgepflicht des Dienstgebers.

In dem der VA vorliegenden Fall, wurden zwei Exekutivdienstbeamte unter Verlust ihrer Nebengebühren suspendiert. In den Disziplinarverfahren wurden beide komplett freigesprochen.

Beamte vollkommen unschuldig

Zwar ist es möglich Einkommensverluste, welche durch eine willkürliche Vorgangsweise von Seiten des Dienstgebers herbeigeführt wurden, vom betroffenen Beamten im Amtshaftungsweg geltend zu machen. Da die Suspendierung ihrem Wesen nach eine sichernde Maßnahme darstellt, die bei Zutreffen der gesetzlichen Voraussetzungen im Verdachtsbereich zwingend zu treffen ist und keine endgültige Lösung darstellt, braucht jedoch nicht nachgewiesen werden, dass der Beamte die ihm zur Last gelegte Dienstpflichtverletzung tatsächlich begangen hat. Diese Aufgabe kommt vielmehr erst den Disziplinarbehörden zu. Es genügt, wenn hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen welche die Annahme des Vorliegens einer Dienstpflichtverletzung rechtfertigen. Nur im Falle, dass solche Anhaltspunkte nicht gegeben sind, kann von einer willkürlichen Vorgangsweise des Dienstgebers gesprochen werden, welche wie oben angeführt, Ansprüche nach dem Amtshaftungsgesetz begründet. Daraus ergibt sich, dass Beamte ohne ein disziplinarrechtlich zu verfolgendes Fehlverhalten gesetzt

Amtshaftungsanspruch liegt in der Regel nicht vor

VA Mag. Ewald Stadler

BMI

zu haben, rechtmäßig vom Dienst suspendiert werden können und diesfalls keine Ansprüche nach dem Amtshaftungsgesetz bestehen.

Die Möglichkeit vom Anzeigenden Schadenersatz zu erhalten ist in der Praxis ebenso wenig Erfolg versprechend wie eine Geltendmachung von Ansprüchen nach dem Amtshaftungsgesetz.

Für die VA sind die unterschiedlichen Folgen einer unverschuldeten Suspendierung und einem unverschuldeten Dienstunfall sachlich nicht gerechtfertigt.

Im Sinne einer effektiven Schutz- und Fürsorgepflicht hielte die VA eine Änderung der Rechtslage für angebracht.

Daher wäre für die VA eine – eventuell in den § 15 GehG einzufügende - Regelung der Nachzahlung der pauschalierten Nebengebühren durch den Dienstgeber an diejenigen Beamten zu begründen, deren Beschuldigung sich im Nachhinein als objektiv falsch herausgestellt hat. Dies könnte unter gleichzeitiger Abtretung aller fälliger Ansprüche, die der Suspendierte gegen den Anzeiger geltend machen kann, erfolgen. Das Bundesministerium für Inneres teilte der VA auf deren Anfrage hin bereits mit, dass eine solche Regelung vorstellbar erscheint, das BKA sei bis dato jedoch noch nicht befasst worden.

Zivilrechtlicher Anspruch nicht aussichtsreich

Unterscheidung sachlich nicht gerechtfertigt

Dienstgeber soll Fürsorgepflicht nachkommen

Legistische Anregung

8.1.4 Zivildienstwesen

8.1.4.1 Sicherung der Verpflegung von Zivildienstleistenden

VA BD/271-I/03, BMI 93.241/193-III/7/03

Eine Abgeordnete zum Nationalrat ist unter Vorlage eines anonymisierten Bescheides der Zivildienstverwaltungs GmbH an die VA herangetreten und hat eine Prüfung der behördlichen Verwaltungspraxis zum Thema Verpflegkosten von Zivildienstleistenden angeregt.

Allgemeine Prüfung eines massenhaft versendeten Bescheides

Nach der mit der Zivildienstgesetznovelle 2001 geänderten Rechtslage ist es dzt. Aufgabe der Zivildiensteinrichtung, für die angemessene Verpflegung der bei diesen Einrichtungen Zivildienst leistenden Personen zu sorgen. Die Verletzung dieser Verpflichtung ist mit Verwaltungsstraf sanktion bedroht.

Zivildiensteinrichtung hat angemessen zu verpflegen

Die VA hat im Begutachtungsverfahren zur Zivildienstgesetznovelle 2001 Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit einer solchen Verwaltungsstraf sanktion geäußert, drang jedoch mit dieser Meinung nicht durch.

VA hatte bereits bei Gesetzesbegutachtung Bedenken

BMI**VA Mag. Ewald Stadler**

Da sich die Verpflegssituation bei den verschiedenen Einrichtungen unterschiedlich gestaltete und bei Nichtgewährung von Naturalverpflegung die für Verpflegszwecke vorgesehenen Geldleistungen bei den verschiedenen Einrichtungen in der Höhe stark schwankten, nahmen viele Zivildienstleistende die Möglichkeit war, die (Nicht-)Angemessenheit der Verpflegungsgewährung bescheidmäßigt feststellen zu lassen. Diese Möglichkeit ergab sich aus einer Entscheidung des VfGH vom 29. Juni 2002, ZI G 275/01-11, womit verfassungsrechtliche Bedenken zu § 28 Abs. 1 ZDG unter Hinweis auf die Möglichkeit der Beantragung eines Feststellungsbescheides verworfen worden waren.

Höchstgericht erklärt Feststellungsbescheid betr. "Angemessenheit" für zulässig

Die Zivildienstverwaltungs GmbH als zuständige erstinstanzliche Behörde hat in weiterer Folge über eine Vielzahl von derartigen Feststellungsbegehren Bescheide erlassen, in denen – entgegen dem Wortlaut der Anträge – lediglich festgestellt worden ist, dass die Zivildienstleistenden Anspruch darauf haben, vom Rechtsträger der Zivildiensteinrichtung angemessen verpflegt zu werden. Diese (ausschließliche) Wiedergabe des Gesetzeswortlautes als Bescheidspruch ist zweifellos kein Feststellungsbescheid im Sinne des erwähnten VfGH-Erkenntnisses und führte demgemäß zu einer hohen Zahl von Rechtsmitteln beim BMI.

Feststellungsbescheid gibt lediglich Gesetzeswortlaut wieder

Eine ablehnende Berufungsentscheidung des BMI führte zu einem "Musterprozess" beim VfGH, der mit Entscheidung vom 29. September 2003 zu ZI B 1731/01 die (selbstverständliche) Verpflichtung der Behörde einmahnte, die konkrete Verpflegssituation des jeweiligen Antragstellers im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens festzustellen.

Verfassungsgerichtshof verwirft bestätigende Berufungsentscheidung des BMI

Kurioserweise hat der BMI im gegenständlichen Prüfverfahren noch in einer am 11. November 2003 an die VA ergangenen Stellungnahme die letzterwähnte höchstgerichtliche Entscheidung unberücksichtigt gelassen und erst nach ausdrücklichem Hinweis ergänzt, dass in allen gegenwärtig anhängigen und zukünftigen Prüfverfahren ein derartiges Ermittlungsverfahren stattfinden werde. Bereits ergangene Bescheide, die dieser höchstgerichtlichen Entscheidung widersprechen, werden amtsweig aufgehoben und einer neuen Entscheidung zugeführt.

Individuelle Prüfung jedes einzelnen Antrages wird nun nachgeholt

Die VA hält zusammenfassend fest, dass sowohl das Vorgehen der Zivildienstverwaltungs GmbH als auch das Vorgehen des BMI als bloße Verzögerungstaktik vermutet werden muss. Jedenfalls sind in diesen Fällen rechtsstaatliche Überlegungen hintangestellt worden.

Hunderte Zivildiener Opfer einer Verzögerungstaktik

Für die VA schiene die einheitliche Festschreibung von Verpflegungsleistungen (durch Gesetz oder Verordnung) am ehesten geeignet, derartige Vorkommnisse zu unterbinden und die bisherige, offenkundige Ungleichbehandlung der Zivildienstleistenden damit zu beenden.

Bundeseinheitliche Regelung wünschenswert

VA Mag. Ewald Stadler

BMI

8.1.4.2 Höchstgerichtlicher Rechtsschutz lückenhaft

VA BD/234-I/02, BMI 93.241/176-IV/3/02

Die Prüfung der Beschwerde eines Zivildienstpflchtigen lässt die Notwendigkeit legistischer Maßnahmen erkennen.

Das Bundesministerium für Inneres erließ am 31. Mai 2001 einen Bescheid, mit welchem der ordentliche Zivildienst von N.N. mit Wirkung vom 6. Juni 2001 unterbrochen wurde. Diese Unterbrechung, die offenkundig als Disziplinierungsmittel gedacht war, wurde in weiterer Folge vom Verwaltungsgerichtshof als rechtswidrig erkannt und der Bescheid aufgehoben.

Unterbrechung des Zivildienstes war rechtswidrig

Der Zivildienstleistende wandte sich in weiterer Folge an die VA, weil er sich zunächst nicht Klarheit darüber verschaffen konnte, welche faktischen Auswirkungen diese Bescheidaufhebung nach sich gezogen hat. Eine mögliche Argumentation lautete dahingehend, dass durch die Nichtunterbrechung des Zivildienstes (der Beschwerdeführer hatte sich vom ursprünglichen Unterbrechungszeitpunkt an bis zur höchstgerichtlichen Entscheidung dienstbereit gehalten) die Pflicht zur Zivildienstleistung mit dem ursprünglichen, im Zuweisungsbescheid festgesetzten Datum 31. Jänner 2002 geendet habe.

Trotz Aufhebung des Unterbrechungsbescheides bleibt Zivildienst unterbrochen

Die andere Argumentation, wonach die tatsächliche Dienstleistung mit dem im Bescheid festgetzten Unterbrechungszeitpunkt 6. Juni 2001 geendet habe und daher für die verbleibende Dauer der Zivildienstpflcht eine neue Zuweisung erfolgen müsse, erwies sich in weiterer Folge als zutreffend und der Beschwerdeführer hat den ihm zugegangenen weiteren Zuweisungsbescheid zur Ableistung des restlichen Zivildienstes nicht weiter bekämpft.

Die VA musste der letzteren Rechtsauffassung beipflichten, da diese der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entspricht, der in einem vergleichbaren Fall mit Erkenntnis vom 25. Oktober 1988, ZI 88/11/0185, unter anderem ausgeführt hat, die Unterbrechung des Zivildienstes werde als nicht wieder rückgängig machbares Faktum angesehen, weshalb nach Aufhebung eines rechtswidrigen Unterbrechungsbescheides eine neuerliche Zuweisung zur Ableistung des restlichen Zivildienstes zu erfolgen habe.

keine faktischen Auswirkungen der Bescheidaufhebung

Für den Beschwerdefall bedeutet dies, dass der Beschwerdeführer mit seiner VwGH - Beschwerde durchgedrungen ist, von der Behebung des rechtswidrigen Bescheides aber de facto nichts hat.

Die tatsächliche Rechtsstellung des Bürgers (so wie im vorliegenden Fall als auch in ähnlich gelagerten anderen Fällen) bleibt ohne Unterschied, ob er einen Bescheid erfolgreich höchstgerichtlich bekämpft oder aber diesen rechtswidrigen Bescheid ohne weiter Maßnahme einfach hinnimmt.

Rechtsschutz unwirksam

Nach Auffassung der VA liegt daher ein Fall von unwirksamem Rechtsschutz vor, weil nach erfolgreicher Anrufung des Höchstgerichts die Rechtsstellung des Betroffenen keine faktische Änderung erfährt. Eine solche Situation ist rechtsstaatlich bedenklich, kann aber auf Ebene der Verwaltung nicht geändert werden.

Es bedarf daher legislativer Maßnahmen, um in derartigen Fällen einen wirksamen Rechtsschutz zu garantieren.

Gesetzgeber ist gefordert

8.1.5 Melderecht

8.1.5.1 Abfragemöglichkeit aus dem Zentralen Melderegister

VA BD/33-I/03, BMI 11.010/172-III/3/03

Die VA führte zu der Problematik des Umfangs des online Zugriffs von sonstigen Abfrageberechtigten (sog. Businesspartner) im Zentralen Melderegister (ZMR) ein **amtsweiges Prüfverfahren** durch.

Wer Abfragen aus dem ZMR online durchführen darf (z.B: Rechtsanwälte, Banken und Versicherungen) legt § 16a Meldegesetz und § 1 Z 4MeldeG-DurchführungsVO BGBL II Nr66/2002 fest. Nach Absatz 5 des § 16a MeldeG ist der Bundesminister für Inneres ermächtigt, bestimmten Personen im Rahmen des § 16 Abs. 1 leg. cit. auf Antrag eine Abfrageberechtigung im Wege des Datenfernverkehrs auf die im Zentralen Melderegister verarbeiteten Daten, für die keine Auskunftssperre besteht, zu eröffnen.

ZMR Zugriff nicht nur für Behörden

§ 16 Abs. 1 leg. cit legt fest, dass das zentrale Melderegister insofern ein öffentliches Register ist, als der Hauptwohnsitz eines Menschen oder jener Wohnsitz, an dem dieser Mensch zuletzt mit Hauptwohnsitz gemeldet war, abgefragt werden kann, wenn der Anfragende den Menschen durch Vor- und Familiennamen, das Geburtsdatum und ein zusätzliches Merkmal, wie etwa Geburtsort, ZMR-Zahl oder einen bisherigen Wohnsitz, bestimmt.

Gesetzliche Voraussetzungen eindeutig

Aus einer Webseite eines dieser Businesspartner ging hervor, dass diese Abfrage "zweistufig" erfolgen könne. Auch ohne die Angabe des Geburtsdatums werde, bei Angabe der übrigen Voraussetzungen eine Liste von möglichen Geburtsdaten generiert. Nach Selektion eines Geburtsdatums wird dann die eigentliche Abfrage getätig.

Businesspartner ermöglichte zweistufige Abfrage

Diesem Unternehmen wurde die Abfragemöglichkeit durch das BM.I unterbunden, da nach § 16 a Abs. 5 MeldeG die abfragenden Personen regelmäßig Meldeauskünfte zur erwerbsmäßigen Geltendmachung oder Durchsetzung von Rechten oder Ansprüchen benötigen müssen, nicht jedoch der Verkauf solcher Daten erfolgen darf. Gleichzeitig teilte des BMI der VA jedoch mit, dass in der zweistufigen Abfrage kein Verstoß gegen § 16 Abs. 1 Mel-

BMI unterbindet Verkauf

VA Mag. Ewald Stadler**BMI**

deG erblickt werden kann, die technische Umsetzung dennoch von der Datenschutzkommission geprüft wird.

Die VA hielt in dieser Prüfsache von Anfang an fest, dass sie die Zweistufigkeit der Meldeabfrage mit dem MeldeG für unvereinbar hält.

Diese Rechtsansicht wurde auch durch die Datenschutzkommission bestätigt, welche ausführte dass die Selektion eines Geburtsdatums aus einer generierten Liste nicht dem Gesetz entspricht.

Erfreulicherweise entschloss sich das BMI in Folge die Suchparameter zu ändern, hielt aber dennoch an der Rechtsansicht fest, dass die ursprünglich zweistufige Abfrage mit dem MeldeG vereinbar war. Begründend wurde dazu ausgeführt, dass die Abfrage selbst erst dann durchgeführt wurde, wenn der Gesuchte durch (freilich aus der Liste selektiertem) Geburtsdatum bestimmt war.

Dieser Rechtsansicht kann, wie bereits oben angeführt seitens der VA nicht beigetreten werden. Unzweifelhaft ist es die Intention des Gesetzgebers bei Schaffung dieser Bestimmung gewesen, die Abfragen auf die tatsächlich betroffene Person zu reduzieren und nicht ein "blättern" in anderen Datensätzen zu ermöglichen. Wenn nun eine generierte Liste mit allen möglichen Geburtsdaten zur Verfügung und freien Auswahl gestellt wird, ist bereits der Zugriff auf Daten nicht beteiligter Personen ermöglicht. Die Zurverfügungstellung dieser Liste findet im Gesetz jedoch keinerlei Grundlage. Darüber hinaus wäre die Bestimmung offenkundig ihres Zwecks beraubt. Wenn der Gesetzgeber die Abfrage an die Bestimmung des Geburtsdatums knüpft, so setzt er zweifellos voraus, dass der Abfragende das Geburtsdatum kennt. Diese Kenntnis ist selbstverständlich, will man nicht irgendjemanden abfragen, auch dann von Nöten, wenn der Abfragende das Geburtsdatum aus der Liste auswählen will. Es kann daher festgehalten werden, dass diejenigen die das Geburtsdatum kennen es bereits im ersten Abfrageschritt eingeben könnten. Diejenigen die es nicht kennen von der "Auswahlmöglichkeit" keinen seriösen Gebrauch machen können. Eine Auswahl auf "Gut Glück" einräumen zu wollen kann dem Gesetzgeber jedoch nicht unterstellt werden.

Die extensive Interpretation der gesetzlichen Bestimmungen (dass ein selektiertes Geburtsdatum als "bestimmt" i.S. des § 16 MeldeG anzusehen ist) verbietet sich schon aus dem Grund, da in einen grundrechtlich (§ 1 Abs 1 DSG) geschützten Bereich eingegriffen wurde. Gemäß Abs. 2 leg. cit. sind Beschränkungen des Anspruchs auf Geheimhaltung nur zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen zulässig, und zwar bei Eingriffen einer staatlichen Behörde nur auf Grund von Gesetzen, die aus den in Art. 8 Abs. 2 der Europäischen Konvention zum Schut-

Presseaussendung durch VA

DSK bestätigt die Rechtsansicht der VA

BMI ändert Abfragelogik beharrt aber auf falscher Rechtsansicht

Grundrechtsfeindliche Auslegung

ze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), BGBI. Nr. 210/1958, genannten Gründen notwendig sind. Derartige Gesetze dürfen die Verwendung von Daten, die ihrer Art nach besonders schutzwürdig sind, nur zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen vorsehen und müssen gleichzeitig angemessene Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen festlegen. Auch im Falle zulässiger Beschränkungen darf der Eingriff in das Grundrecht jeweils nur in der gelindesten, zum Ziel führenden Art vorgenommen werden. Dass diese Voraussetzungen durch Ermöglichung des Zugriffs auf Daten von Personen mit verschiedenen Geburtsdaten nicht erfüllt sind, ist offenbar.

Da, wenn auch ohne das damalige Fehlverhalten eingesehen zu haben, der rechtmäßige Zustand hergestellt wurde, konnten weitere Schritte der VA unterbleiben.

8.1.6 Erkennungsdienstliche Maßnahmen

Nachstehend werden einige exemplarische Einzelfälle aufgezeigt, die erkennen lassen, dass die Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen unter Missachtung gesetzlicher Regelungen erfolgen. Die allgemeinen Betrachtungen der VA in grundrechtlicher Sicht finden sich im Grundrechtsteil unter Pkt. 15.5.4, S. 295

8.1.6.1 Behauptete Sachbeschädigung in Nachbarschaftsstreit macht Fotografieren des Verdächtigen erforderlich

VA BD/95-I/97, BMI 6506/759-II/4/99

Länger dauernde nachbarschaftliche Probleme führten letztlich zu sicherheitsbehördlichen Ermittlungen wegen des Verdachtes der Sachbeschädigung. Der geschädigte Wohnungsmieter hatte angegeben, die angezeigte Vermieterin habe zwei Satz-Empfangsantennen aus der Verankerung "gerissen".

Den Beschwerdeangaben zufolge habe das auf dem Gendarmerieposten durchgeführte Verhör damit geendet, dass zwangsweise die Anfertigung von Lichtbildern und die Abnahme von Fingerabdrücken durchgesetzt worden sei.

Im Prüfverfahren der VA wies der BMI darauf hin, dass die Beschwerdeführerin in den letzten drei Jahren vor dem gegenständlichen Vorfall insgesamt drei mal wegen des Verdachts der Sachbeschädigung zur Anzeige gebracht worden sei. Daher sei von Wiederholungsgefahr auszugehen.

Zur kriminalistischen Bedeutung der Abnahme von Fingerabdrücken und der Anfertigung von Lichtbildern führte der BMI zunächst aus, dass bei Sachbeschädigungsdelikten verwertbare Spuren

**Nachbarschaftsstreit-
übliche Anzeigen und
Gegenanzeigen**

**Von Gendarmerie zu
Fingerabdrucknahme
gezwungen**

**Wiederholungsgefahr
wegen Vormerkungen
über erstattete Strafan-
zeigen**

VA Mag. Ewald Stadler**BMI**

vorgefunden werden können, die dann sowohl zur Be- als auch Entlastung eines Verdächtigen beitragen können.

Zur kriminalistischen Bedeutung der Lichtbilder führt der BMI in einer gesonderten Stellungnahme aus, Lichtbilder seien "ein durchaus geeignetes Mittel, einen allenfalls tatverdächtigen Menschen wieder zu erkennen".

Unberücksichtigt ließ der BMI allerdings im gesamten Prüfverfahren, dass die Beschwerdeführerin vom gegenständlichen Tatvorwurf inzwischen gerichtlich freigesprochen worden war. Auch zu den sonstigen "einschlägigen Vormerkungen" unterblieben Feststellungen über den Ausgang alffälliger strafgerichtlicher Verfahren.

Mit dem klar erkennbaren Zweck, die Beschwerdeführerin in ein schlechtes Licht zu rücken, wurde hingegen auf eine vom Zeitpunkt des prüfgegenständlichen Vorfalles bereits vierzehn (!) Jahre zurück liegende Strafanzeige hingewiesen, die den Verdacht der Körperverletzung betroffen hat.

Der VA konnte vom BMI weder die Rechtmäßigkeit dieser Datenspeicherung erläutert werden noch ist auch hier erhoben worden, welches Ergebnis das strafgerichtliche Verfahren damals erbracht hat.

8.1.6.2 Jugendliche "Ladendiebin" wird zu Abnahme der Fingerabdrücke gezwungen

VA BD/17-I/01, BMI 104 374/1-KBM/01

Ein knapp über 14 Jahre altes Mädchen hatte aus einem Drogenmarkt eine Packung Damenbinden entwendet, wobei die Eltern des Kindes der VA gegenüber angaben, die Regelblutung habe unerwartet eingesetzt und das Kind habe kein Geld bei sich gehabt.

Das Kind wurde verhaftet, auf dem Gendarmerieposten verhört und es wurden Lichtbilder angefertigt sowie Fingerabdrücke abgenommen.

Der BMI hielt das Vorgehen der Gendarmeriebeamten für korrekt und nahm den Standpunkt ein, die Zulässigkeit von erkennungsdienstlichen Maßnahmen liege "...schon bei jedem Verdacht einer mit Strafe bedrohten Handlung vor".

Die in einem derartigen Falle wohl vorrangige Frage der Verhältnismäßigkeit blieb ebenso unbeantwortet wie die Frage der - auf die Person des Kindes Bezug nehmende - Wiederholungsgefahr.

Zweck der Lichtbilderanfertigung unergründlich

Kein Interesse an strafgerichtlichen Verfahrensergebnissen

14 Jahre alte Vormerkung wegen Verdachts der Körperverletzung zur Beurteilung des Persönlichkeitsbildes verwendet

Kindliche Unbesonnenheit führt zu Behandlung als Schwerverbrecher

BMI sieht "Verpflichtung" der Gendarmerie für derartiges Vorgehen

BMI

VA Mag. Ewald Stadler

8.1.6.3 Kriminalitätsopfer wird als Wiederholungstäter gebrandmarkt

VA BD/94-I/03, BMI 6506/1048-II/1/c/03

Ein zum Vorfallszeitpunkt 16 Jahre alter Jugendlicher, der Opfer schwerster körperlicher Misshandlungen war (u.a. doppelte Unterkieferfraktur) war verdächtig, kurz vor diesen erlittenen Misshandlungen mit dem Fuß gegen Abfallbehälter getreten zu haben, wodurch diese Behälter (unwesentlich) und ein abgestellter PKW beschädigt worden seien.

Wie ein Opfer zum Täter wird

Der Fahrzeugbesitzer, der gemeinsam mit einer zweiten Person verdächtig war, die Misshandlungen begangen zu haben, bezifferte den Schaden an seinem PKW mit ATS 60,- (€ 4,36).

Eingetretener Schaden nicht nur strittig, sondern auch in minimaler Höhe

Obwohl die Staatsanwaltschaft die Anzeige gegen den Jugendlichen wenige Wochen nach diesem Vorfall zurückgelegt hat, hielt die Bezirksverwaltungsbehörde die bescheidmäßige Verpflichtung des Jugendlichen betr. erkennungsdienstliche Maßnahmen für erforderlich.

Staatsanwalt legt Anzeige sofort zurück

In diesem Bescheid wurde hinsichtlich des Verdachts der Sachbeschädigung wörtlich ausgeführt:

*"Auf Grund dieser **von Ihnen begangenen** strafbaren Handlung ist zu befürchten, dass Sie weitere Vergehen nach dem Strafgesetzbuch begehen könnten, zumal in einem statistisch nicht unerheblichen Maße einmal **straffällig gewordene Personen** neuerlich, wenn auch in anderen Sparten der Kriminalität auffällig werden."*

Behörde bezeichnet Jugendlichen als Täter und hält Wiederholungsgefahr für gegeben

Für die **Feststellung**, dass der Beschwerdeführer die strafbare Handlung tatsächlich begangen hatte bot der Bescheid keine Anhaltspunkte. Vielmehr war der Bescheid in sich widersprüchlich, da die Behörde gleichzeitig ausführte, der Beschwerdeführer sei der strafbaren Handlung (bloß) dringend verdächtig. Überdies war der völlig allgemein gehaltene Hinweis auf eine "statistische Wahrscheinlichkeiten" nicht nur nicht nachvollziehbar, weshalb auch der weiteren gesetzlichen Voraussetzung der spezialpräventiven Wirkung einer erkennungsdienstlichen Behandlung nicht entsprochen war, sondern steht in klarem Widerspruch zur ständigen Judikatur des VwGH, welche auf eine konkrete Prognose abstellt.

Ausführungen stehen mit ständiger VwGH Judikatur im Widerspruch

Der BMI hat im Zuge des VA-Prüfverfahrens die Aufhebung dieses rechtswidrigen Bescheides veranlasst.

VA konnte Bescheidaufhebung erreichen

VA Mag. Ewald Stadler**BMI**

8.1.7 Fremdenrecht

8.1.7.1 Illegale Einwanderung – Besuch eines Grenzüberwachungspostens

VA BD/205-I/01, BMI 26.000/114-III/1/b/03

Die VA hat ein **amtsweigig** eingeleitetes Prüfungsverfahren zum Thema "illegale Einwanderung" durchgeführt. Um unmittelbare Eindrücke zu gewinnen, hat VA Mag. Stadler am 23. Oktober 2001 den Grenzüberwachungsposten (GÜP) Hainburg besucht. Die im Zuge dieses Gesprächs aufgeworfenen Fragen wurden in der Folge an das Bundesministerium für Inneres herangetragen. Um ein persönliches Bild über die weitere Entwicklung zu erhalten, hat VA Mag. Stadler dem Grenzüberwachungsposten Hainburg am 25. August 2003 einen neuerlichen Besuch abgestattet. Über das Ergebnis wurde nachstehender Bericht an den Bundesminister für Inneres übermittelt:

1. Aufgriffe illegaler Grenzgänger

Statistik: Aufgriffe illegaler Grenzgänger

Im Jahr 2001 haben Beamte des GÜP Hainburg insgesamt 2.081 illegale Grenzgänger aufgegriffen. Der Schnitt der Aufgriffe der Jahre davor betrug etwa 300 bis 500 Personen. Die aufgegriffenen Personen kamen in Gruppen bis zu 20/25 Personen. Im Jahr 2001 kam ein Großteil der Flüchtlinge aus dem Mittleren und Fernen Osten, insbesondere aus Afghanistan, Irak und aus Indien, teilweise aber auch aus der Türkei (Kurden). Im Schnitt kam es pro Tag zu ca. 10 Aufgriffen.

Im Jahr 2002 griffen die Beamten des GÜP Hainburg 1.201 Personen auf, von Jänner bis einschließlich Juli 2003 insgesamt 443 Personen. Seit August ist wieder ein leichter Anstieg zu spüren. Grundsätzlich liegt eine Stabilisierung auf höherem Niveau vor, die extrem hohe Zahl von 2001 wurde aber seither nicht mehr erreicht. Bis August 2003 wurden im Abstand von einigen Tagen Gruppen von 4 – 5 Personen aufgegriffen, seit August stieg diese Anzahl auf 7 – 10 Personen pro Woche an. Zur Zeit werden in erhöhtem Ausmaß minderjährige Kinder und ihre Mütter aufgegriffen. Die aufgegriffenen Personen stammen derzeit vor allem aus Tschetschenien, Moldawien, Georgien und Aserbaidschan. Die Anzahl der aufgegriffenen Iraker ist seit Ausbruch des Krieges rückläufig. Die Fluchtroute führt nach wie vor über die Ukraine in die Slowakei, wobei die aufgegriffenen Personen (wie in der Vergangenheit) zu einem großen Teil nicht in Besitz von Dokumenten sind. Zumindest etwa die Hälfte der Aufgegriffenen dürfte nach Schätzung der Beamten des GÜP Hainburg während des Asylverfahrens "untertauchen", weshalb in diesen Fällen das Asylverfahren auch nicht finalisiert werden kann.

Nationalität und Fluchtrouten

2. Zusammenarbeit mit der Slowakei

Der im Jahr 2001 gewonnene Eindruck der Beamten, dass die Slowakei sich eher unkooperativ verhalte und keine ausreichenden Maßnahmen zur Verhinderung des illegalen Grenzübertritts nach Österreich setze, musste nach den neuerlichen Gesprächen nicht mehr aufrecht erhalten werden. Das vom Bundesministerium für Inneres eingerichtete Verbindungsbüro mit der Slowakei funktioniert gut. Regelmäßige Kontakte mit der Slowakei finden nicht nur auf Ministerebene, sondern auch auf Vollzugsebene statt. Seit Herbst 2002 werden koordinierte Patrouillen durchgeführt, nördlich der Donau von slowakischen Beamten, südlich der Donau von österreichischen Beamten. Weiters stellt Österreich der Slowakei ein Wärmebildfahrzeug zur Verfügung. Es besteht auch ständiger Handy- und Funkkontakt.

Zusammenarbeit mit slowakischen Behörden

3. Ausstattung des GÜP Hainburg

Zum Zeitpunkt des ersten Besuches des GÜP Hainburg befand sich dieser gerade im Umbau. Die Beamten bestätigten, dass der Umbau der Räumlichkeiten zur Unterbringung von aufgegriffenen Flüchtlingen erfolgreich abgeschlossen wurde. Insbesondere sind nunmehr ausreichend Sanitärräume und Duschen vorhanden, auch die Aufenthaltsräume für die aufgegriffenen Personen sind nunmehr ausreichend. Für lebenswichtige Artikel (Lebensmittel, Windeln, Babynahrung u.a.) wird nach wie vor von der Bezirkshauptmannschaft Bruck/Leitha ein "Voraus-Akonto" bezahlt, ein Auslegen von Geldbeträgen für derartige Anschaffungen durch Beamte persönlich – wie in den Jahren davor – ist daher nicht mehr erforderlich.

Räumliche und technische Ausstattung des GÜP

Zum Zeitpunkt des ersten Besuches am GÜP Hainburg war das Eurodac-Fingerprintsystem noch nicht umgesetzt. Nunmehr verfügt der GÜP Marchegg bereits über ein entsprechendes Gerät, der GÜP Hainburg soll noch im September 2003 ein solches erhalten. Das im Jahr 2001 angesprochene Problem betreffend Verfügbarkeit von Dolmetschern für ausgefallenere Sprachen liegt derzeit nicht vor, dem GÜP Hainburg stehen ausreichend Dolmetscher zur Verfügung.

Eurodac-Fingerprintsystem und Patrouillenboot beim 2. Besuch schon im Einsatz

Das neue Patrouillenboot, dessen Anschaffung im Jahr 2001 von den Beamten des GÜP Hainburg gegenüber der VA ausdrücklich als erforderlich erachtet wurde, ist seit 1. März 2003 im Dienst. Beschwerden über starke Lärmbelastungen für die Besatzung nahm der Bundesminister für Inneres zum Anlass, das Patrouillenboot innen durch die Herstellungs firma dämmen zu lassen. Auch der Steg im Hafenbecken wurde saniert und ist derzeit betriebssicher. Lediglich kleine Arbeiten sind noch erforderlich. Das Hafenbecken selbst wurde zwischenzeitlich ausgebaggert.

VA Mag. Ewald Stadler

BMI

Allerdings ergab sich der Eindruck, dass hinsichtlich des Umbaus des Hafenbeckens die Besitz- und Zuständigkeitsverhältnisse immer noch nicht klar geregelt sind. Die Beamten des GÜP Hainburg erachteten daher die Übernahme des Zollstegs Hainburg als – im Gegensatz zu einem aufwändigen Hafenumbau – günstiger und zielführender. Auch hält die Gendarmerie die Übertragung der schifffahrtspolizeilichen Aufgaben im eigentlichen Sinn, also etwa Anhalterecht für Sportboote u.ä., für zielführend. Die baulichen Aufgaben selbst sollten weiterhin vom BMVIT koordiniert werden. Der bei der Besprechung vom 25. August 2003 ebenfalls anwesende Sicherheitsdirektor für Niederösterreich teilte dazu mit, dass die Übertragung der schifffahrtspolizeilichen Aufgaben an die Gendarmerie bereits in Umsetzung begriffen ist. Ein Entwurf für eine Novelle der Wasserstraßenverordnung war jedenfalls in Begutachtung.

Ausbau Hafenbecken beim 2. Besuch umgesetzt**Übertragung schifffahrtspolizeilicher Aufgaben im Gange**

Hinsichtlich des Außenbereiches des GÜP Hainburg konnte eine Verbesserung dahingehend wahrgenommen werden, dass der Hof asphaltiert wurde.

4. Rückmeldung bei ansteckenden Krankheiten

Anlässlich des ersten Besuchen thematisierten die anwesenden Beamten auch das Problem, welches sich aus ansteckenden Krankheiten, an denen aufgegriffene Personen eventuell leiden könnten, ergibt. Die Beamten fühlten sich seitens der Bundesbetreuungsstelle Traiskirchen, an die die aufgegriffenen Personen weitergeleitet wurden, über festgestellte – insbesondere ansteckende - Krankheiten zu wenig informiert.

Rückmeldung bei ansteckenden Krankheiten zum Schutz der Beamten

Nunmehr teilten die Beamten mit, dass eine Rückmeldung nach der Untersuchung in der Bundesbetreuungsstelle Traiskirchen über allfällige ansteckende Krankheiten gut funktioniert. Auch hat das Bundesministerium für Inneres selbst eine entsprechende "E-Mail-Hotline" zur Verbesserung des Informationsflusses zur Verfügung gestellt. Die Beamten des GÜP Hainburg werden durch das AMZ arbeitsmedizinisch betreut, häufigere Untersuchungen als in anderen Dienststellen finden jedoch nicht statt. Da es sich bei den Flüchtlingen häufig um Familien handelt, kommt es jedoch selten zu aggressiven Auseinandersetzungen – etwa in Form eines Kampfes – mit aufgegriffenen Personen, woraus bereits eine erhöhte Ansteckungsgefahr herrühren könnte.

5. Personalsituation

Personelle Ausstattung des GÜP

Im Jahr 2001 war der GÜP Hainburg mit 35 Planstellen systemisiert, insgesamt 36 Beamte (einschließlich einer Dienstzuteilung) haben damals den Dienst am GÜP versehen. Die Planstellen wurden seither auf 46 aufgestockt. Allerdings leisten derzeit nur 39 Beamte tatsächlich den Dienst am GÜP Hainburg. Die fehlenden 7 Beamten befinden sich in Ausbildung oder sind anderen

BMI

VA Mag. Ewald Stadler

Dienststellen zugeteilt. Eine Vollbesetzung der Planstellen unmittelbar am GÜP Hainburg erscheint dringend geboten. Im Schnitt werden derzeit 25 Überstunden im Monat geleistet. Der Bundesminister für Inneres sagte der VA eine weitere Aufstockung um 2 Beamte zu, weitere Beamte könnten auf Grund der Versetzung von 100 Zollwachebeamten an das Bundesministerium für Inneres folgen.

Aufstockung zugesagt

8.1.7.2 Niederlassungsbewilligung für Schlüsselarbeitskraft – Nichtgewährung von Parteiengehör

VA BD/109-I/03, BMI 70.011/503-III/4/03

Ein Beschwerdeführer wandte sich mit dem Vorbringen an die VA, dass seine Familie und er bereits seit mehreren Jahren auf die Erteilung von Niederlassungsbewilligungen warten. Zunächst waren keine Quotenplätze frei, danach gab das Arbeitsmarktservice in Bezug auf seine Qualifikation als Schlüsselarbeitskraft ein negatives Gutachten ab.

Da das Verfahren zum Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung noch anhängig war, richtete sich die Aufmerksamkeit der VA vor allem auf die gesetzlichen Bestimmungen, welche diesem "Schlüsselkräfteverfahren" zugrunde lagen. Mit der Fremdengesetznovelle BGBl. I 126/2002 trat nämlich die Bestimmung des § 89 Abs. 1a am 1. Jänner 2003 in Kraft. Dieser Bestimmung zufolge trifft Entscheidungen im Zusammenhang mit Niederlassungsbewilligungen für Schlüsselkräfte der Landeshauptmann unverzüglich, längstens jedoch binnen 6 Wochen ab Einbringung des Antrages. Gibt die Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice in einem solchen Verfahren ein negatives Gutachten zur Frage, ob es sich um eine Schlüsselkraft handelt oder nicht, ab, so hat der Landeshauptmann den Antrag ohne weiteres abzuweisen.

Eigenes Schnellverfahren für Schlüsselarbeitskräfte

Der Innenminister teilte dazu mit, dass die Fremdengesetznovelle das Ziel verfolgt, die Neuzuwanderung auf Schlüsselkräfte zu konzentrieren und Verfahrensabläufe zu straffen. Insbesondere sei für diese Zielgruppe ein deutlich schnelleres Verfahren mit einem einheitlichen behördlichen Ansprechpunkt ("One-Stop-Shop-Prinzip") geschaffen worden. Die Raschheit des Verfahrens sei serviceorientiert und diene vor allem den Interessen des Antragstellers. Würde – wie in anderen Verwaltungsverfahren – Parteiengehör gewährt, so wäre die Einhaltung der 6-wöchigen Frist unrealistisch.

Arbeitsmarktservice gibt Gutachten ab**Beschleunigtes Verfahren ohne Parteiengehör**

Aus Sicht der VA ist problematisch, dass der Landeshauptmann den Antrag nach einem negativen Gutachten des Arbeitsmarktservice ohne weiteres abzuweisen hat. Dadurch wird der Partei die Möglichkeit genommen, eine Stellungnahme zu dem Beweisergebnis abzugeben und eventuell auch ein Gegengutachten vorzulegen. Die abschließende Entscheidung über die

VA Mag. Ewald Stadler**BMI**

Erteilung bzw. Nichterteilung einer Niederlassungsbewilligung wird damit im Prinzip der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice übertragen. Die Partei wird durch diese Bestimmung und das in Verwaltungsverfahren grundsätzlich zustehende Recht auf Parteiengehör gebracht, was erhebliche Zweifel in Bezug auf die Fairness des Verfahrens aufkommen lässt. Eine Verfahrensbeschleunigung sollte aus Sicht der VA nicht ausschließlich durch Verkürzung der Parteienrechte, sondern vor allem durch Straffung der Organisation sowie der organisatorischen Abläufe erreicht werden.

Fairness bleibt auf der Strecke

Das Innenministerium verweist zwar darauf, dass im Berufungsverfahren jedes Argument vorgebracht und auch ein Gegengutachten vorgelegt werden kann, allerdings wird bei dieser Argumentation zu wenig berücksichtigt, dass es sich bei den Antragstellern um Ausländer handelt, die weder mit der österreichischen Rechtsordnung noch in der Regel mit der deutschen Sprache ausreichend vertraut sind, um ohne – kostenpflichtigen – Parteienvertreter in einem solchen Verfahren "zu bestehen".

Berufungsmöglichkeit besteht, kann aber für Ausländer eine unüberwindliche Hürde bedeuten

Die VA regt daher an, in § 89 Abs. 1a Fremdengesetz die Gewährung des Parteiengehörs ausdrücklich zu verankern. Um der Behörde eine entsprechende Würdigung der von der Partei vorgebrachten Gegenargumente zu ermöglichen, kann die Entscheidungsfrist durchaus auf 8 bis 10 Wochen verlängert werden. Das Ziel einer Verfahrensbeschleunigung sollte nicht auf Kosten einer inhaltlich fundierten Entscheidung erreicht werden.

Verfahrensbeschleunigung darf nicht auf Kosten von Parteirechten gehen

Dem BMI wurde über die Wahrnehmungen der VA berichtet.

8.1.7.3 Untergriffige Formulierungen in einem Ausweisungsbescheid

VA BD/220-I/02, BMI 1227.649/3-III/16/02

Der Rechtsanwalt eines Beschwerdeführers wandte sich in einem anhängigen Ausweisungsverfahren an die VA und führte Beschwerde darüber, dass die Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck in ihrem Bescheid höchst unsachliche und untergriffige Formulierungen verwendet habe. Diese Formulierungen lauteten folgendermaßen:

"Sie haben sich [...] in Verhöhnung der sich rechtstreu verhaltenden Zuwanderungswerber – gegenüber einer österreichischen (Vertretungs-)Behörde eine Einreise- und Aufenthaltsberechtigung verschafft [...]" und "Im selben Licht erscheint der Behörde in diesem Zusammenhang die charakterliche Einstellung ihrer um die österreichische Staatsangehörigkeit werbenden Gattin, nachdem diese Beihilfe zu ihrem seit nunmehr [...] andauernden unrechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet leistet. [...]".

BH unterstellt Gattin des Beschwerdeführers Charakterlosigkeit

BMI**VA Mag. Ewald Stadler**

Die VA teilte dem Bundesminister für Inneres dazu mit, dass diese Formulierungen unsachlich sind und die von der Behörde zu erwartende Objektivität vermissen lassen. Vielmehr lassen diese Formulierungen darauf schließen, dass sehr persönliche Vorurteile in die Entscheidung eingeflossen sind. Keinesfalls steht es nach Ansicht der VA der Behörde zu, über die charakterliche Einstellung der Gattin des Antragstellers zu urteilen. Auch eine weitere Passage, dass der Sachverhalt der Staatsbürgerschaftsbehörde zwecks Einbeziehung in das noch anhängige Einbürgerungsverfahren berichtet werde, ist aus Sicht der VA in der Bescheidbegründung völlig fehl am Platz und unterstreicht die negative Einstellung der Behörde gegenüber dem Beschwerdeführer bzw. dessen Gattin.

Der Innenminister schloss sich der Meinung der VA an und teilte mit, dass der zuständige Sachbearbeiter die Verwendung dieser Formulierungen bedauere. Zusätzlich wies der Minister aber auch die Sicherheitsdirektion für das Bundesland Oberösterreich an, sich hinkünftig einer angemesseneren Ausdrucksweise zu bedienen.

8.1.7.4 Niederlassungsbewilligung – Probleme wegen nicht aktuellem Namen im Reisepass

VA BD/287-I/02, BMI 70.011/462-III/4/03

Ein Oberösterreicher ersuchte die VA um Hilfestellung, da die Fremdenpolizei Wels nicht bereit sei, den Antrag seiner rumänischen Gattin auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung entgegenzunehmen. Begründend sei dafür mitgeteilt worden, dass der neue Doppelname noch nicht im rumänischen Reisepass eingetragen war.

Zum Hintergrund dieser Vorgangsweise teilte das Innenministerium mit, dass es sich bei Aufenthaltstiteln sowohl um Bescheide, als auch um öffentliche Urkunden handelt. Sie richten sich an eine bestimmte Person und räumen dieser ein individuelles Recht ein. Wegen ihrer besonderen äußereren Form (im Reisedokument eingecklebte Vignette oder Karte mit eingescanntem Lichtbild) wird gleichzeitig und untrennbar auch die Identität des Inhabers "amtlich beurkundet" und dessen Aufenthaltsrecht nach dem Fremdengesetz dokumentiert. Der Aufenthaltstitel darf als Bescheid nur auf den wahren und aktuellen Namen ausgestellt werden, da sonst eine falsche Tatsache beurkundet wird. Bei Nichtübereinstimmung zwischen dem Namen im Reisepass und dem auf der Vignette befindlichen Namen könnten sich Probleme bei der Identitätsfeststellung ergeben.

Im Beschwerdefall konnte der Vorwurf, dass die Entgegennahme des Antrages völlig verweigert wurde, nicht erhärtet werden. Die Bundespolizeidirektion Wels wählte zur Lösung des Problems den

Persönliche Vorurteile der Behörde gegenüber dem Antragsteller?

Ausdrucksweise auch nach Ansicht des BMI unangemessen

Name nach Eheschließung im Pass (noch) nicht neu eingetragen

Name auf der Vignette und dem Pass muss gleich lautend sein

Problem durch Bescheid statt Vignette gelöst

VA Mag. Ewald Stadler**BMI**

nach den gesetzlichen Bestimmungen ebenfalls gangbaren Weg, dass der Aufenthaltstitel zunächst in Bescheidform erteilt wurde. So wurde das bestehende Niederlassungsrecht in Österreich beseidmäßigt festgestellt, der Beschwerdeführer aber auch die Möglichkeit eingeräumt, bei Vorhandensein eines auf ihren neuen Namen ausgestellten rumänischen Reisepasses eine Vignette, die dann in den neuen Pass eingeklebt wird, zu erhalten.

8.1.7.5 Niederlassungsbewilligung – Probleme bei Ausfolgung der Vignette

VA BD/125-I/03, BMI 70.011/492-III/4/03

Einem türkischen Ehepaar erteilte das Bundesministerium für Inneres mit Bescheiden vom Februar 2003 Niederlassungsbewilligungen. Im Mai 2003 hatten die Beschwerdeführer immer noch nicht die Vignetten, welche von der österreichischen Botschaft in Ankara in den Reisepass anzubringen waren, erhalten. Die individuelle Beschwerdesache selbst konnte nach Einschreiten der VA relativ rasch erledigt werden.

Der für die Übermittlung der Vignetten an die österreichische Botschaft Ankara zuständige Wiener Magistrat brachte der VA allerdings zur Kenntnis, dass es wiederholt zu Beschwerden bei der Ausfolgung von Vignetten durch die österreichischen Vertretungsbehörden im Ausland gekommen ist. Die VA ersuchte daher den Bundesminister für Inneres um Vornahme entsprechender Veranlassungen, um diese Situation zu verbessern.

Der Innenminister verwies auf die im Gesetz verankerte Möglichkeit, dass die für die Ausstellung der Vignette notwendigen Daten auf elektronischem Wege an die Vertretungsbehörde übermittelt werden können. Diese hat dann die Aufgabe, die Vignette zu bedrucken und die formale Zustellung vorzunehmen. Dieser Vorgang der Zustellung – von der erkennenden Behörde bis zur persönlichen Entgegennahme – kann innerhalb eines Tages erfolgen. Seitens des Innenministeriums seien die Länder noch vor Inkrafttreten dieser gesetzlichen Bestimmung (1.1.2003) zur Festlegung einer bundesweit einheitlichen Vorgangsweise eingeladen worden. Wegen der verschiedenen EDV-Standards aller Bundesländer und insbesondere auch unterschiedlichen technischen Ausstattungen habe diese serviceorientierte Vorgangsweise jedoch nur schrittweise im gesamten Bundesgebiet umgesetzt werden können.

Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Prüfungsverfahrens im Herbst 2003 dürften jedoch die meisten technischen und organisatorischen Probleme bereits gelöst gewesen sein und von der Möglichkeit der elektronischen Zustellung hauptsächlich Gebrauch gemacht werden.

Beschwerden wegen Ausfolgungsdauer bei Botschaften

Datenübermittlung im elektronischen Weg seit 1.1.2003 möglich

Umsetzung der Bundesländer unterschiedlich

Erledigung künftig binnen eines Tages möglich

8.1.7.6 Aufenthaltstitel durch Adoption

VA BD/838-J/02, BMI 10.000/1-PR.3/2003

Die VA hat sich bereits im 26. Parlamentsbericht der Problematik betreffend Scheinadoptionen zur Erlangung eines Aufenthaltstitels angenommen. Da im Berichtsjahr 2002 derartige Adoptionen angestiegen sind, sah sich der Gesetzgeber mit einer Fremdengesetznovelle dazu veranlasst, Maßnahmen zur Hintanhaltung von Scheinadoptionen zu treffen.

Die VA vertrat damals die Auffassung, dass die im Fremdengesetz vorgesehenen Bestimmungen allein nicht ausreichen werden. Der von der VA mit dieser Problematik auch befasste Justizminister vertrat damals noch die Meinung, dass ein Änderungsbedarf im Bereich des ABGB nicht gegeben ist.

Im heurigen Berichtszeitraum hat sich offenbar bestätigt, dass mit den Bestimmungen im Fremdengesetz allein eine Verbesserung der Situation nicht erreicht werden konnte. Das Bundesministerium für Justiz sandte im Dezember 2003 einen Entwurf "Adoptionsrechts-Änderungsgesetz 2004" in Begutachtung, der sowohl Änderungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, als auch des Internationalen Privatrechtesgesetzes vorsieht.

Erklärtes Ziel des Gesetzesvorschlages ist, die missbräuchliche Verwendung des Rechtsinstitutes Adoption im Falle von Erwachsenenadoptionen einzudämmen. Zu diesem Zweck soll eine Erwachsenenadoption nur mehr dann bewilligt werden, wenn bereits ein enges Eltern-Kind-Verhältnis vorliegt, insbesondere wenn das Wahlkind während 5 Jahren vor der Annahme mit dem Annehmenden in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat. Da im Rechtsvergleich die meisten mittel- und osteuropäischen Staaten, viele afrikanische sowie süd- und nordamerikanische Rechtsordnungen die Erwachsenenadoption gänzlich untersagen, sollen für Staatsangehörige dieser Länder die dortigen (strengeren) Rechtsvorschriften gelten. Dies bedeutet, dass bei Untersagung der Erwachsenenadoption im Rechtssystem des Heimatstaates eine Adoption nach österreichischem Recht auch nicht zulässig sein soll.

Sollte das geplante Adoptionsrechts-Änderungsgesetz 2004 umgesetzt werden, ist die VA zuversichtlicher als im vergangenen Jahr, dass die Zahl der Adoptionen zur Erlangung von Aufenthaltstiteln zurückgehen wird.

Verschärfung des Fremdengesetzes im Jahr 2002

BMJ wollte adoptionrechtliche Bestimmungen damals noch nicht überdenken

Trendwende im BMJ Ende 2003

Adoptionsrechts-Änderungsgesetz in Begutachtung

VA diesmal zuversichtlicher, dass Scheinadoptionen zurückgehen

VA Mag. Ewald Stadler**BMI**

8.1.7.7 Überprüfung von Reisedokumenten durch Fluglinien

VA BD/34-I/03, BMI 6506/1170-II/2/a/03

Im Rahmen einer anonymen Beschwerde wurde an die VA herangetragen, dass Beförderungsunternehmen Ihrer in den §§ 53 und 103 Fremdengesetz normierten Verpflichtungen zur Auskunftserteilung über beförderte Personen an die Grenzkontrollbehörden und Überprüfung der sachlichen Richtigkeit der Reisedokumente vor Gewährung des Zutrittes zum Beförderungsmittel nicht nachkommen. Nach Meinung des anonymen Beschwerdeführers würden Beförderungsunternehmen weder dazu angehalten werden, Fremde ohne erforderliche Reisedokumente wieder mitzunehmen, noch den vorgesehenen pauschalierten Kostenersatz von € 3000,-- zu leisten. Dies führe dazu, dass wesentlich mehr Fremde nach Österreich einreisen könnten und dadurch in die Lage gebracht würden, Asylanträge zu stellen.

Schengener Durchführungsübereinkommen nimmt Fluglinien in die Pflicht

Die VA ließ sich vom Bundesministerium für Inneres auf Grund dieses Vorbringens über die Vorgangsweise der Behörden sowie der Fluglinien informieren.

Im Rahmen des Schengener Durchführungsübereinkommens wurde festgelegt, dass sich die Beförderungsunternehmer darüber vergewissern müssen, ob Drittäusländer vor Antritt der Reise über die nötigen Reisedokumente verfügen. Weiters müssen sie jene Passagiere, denen die Einreise verweigert wird, unverzüglich rücktransportieren. Diese Vorgaben wurden durch die erwähnten §§ 53 und 103 im Fremdengesetz umgesetzt.

Das Innenministerium berichtete, dass die betroffenen Fluglinien kontinuierlich an der Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtungen arbeiten. Zwischen den zuständigen Behörden und der Austrian Airlines Group besteht eine enge Kooperation, die in Schulungen und gemeinsam erarbeiteten Richtlinien ihren Niederschlag findet. Es kommt jedoch nicht nur auf Flügen der Austrian Airlines Group zu fremdenpolizeilichen Maßnahmen, sondern auch auf Flügen zahlreicher anderer Airlines (z.B. Royal Jordanian, Ukraine International, Egypt Air u.a.).

Enge Kooperation mit Austrian Airlines und anderen Unternehmen

Das Innenministerium verfügt auch über einen eigenen Pool von Spezialisten, der in den für illegale Einreisen besonders relevanten Ausgangsländern für Mitarbeiter von Beförderungsunternehmen Dokumentenberatungen – und Schulungen zur Erkennung von gefälschten Reisedokumenten/Visa sowie missbräuchlichen verwendeten Reisedokumenten durchführen soll. Erste Entsendungen dieser Dokumentenberater haben im November 2003 in mehrere Länder stattgefunden.

Spezialisten des BMI sollen vor Ort Mitarbeiter von Flugunternehmen schulen

BMI

VA Mag. Ewald Stadler

Dass die Fluglinien ihre Verpflichtungen im Fremdengesetz erfüllen erläuterte der Innenminister am Beispiel Tirana, wo im Jahre 2000 239 Personen, im Jahre 2001 648 Personen und im Jahr 2002 619 Personen vom Transport ausgeschlossen werden konnten. Wenn der Beförderungsunternehmer seiner Auskunftsverpflichtung über die Identitätsdaten einer beförderten Person nicht nachkommt, so hat er einen Kostenersatz vom € 3.000,-- zu leisten. Dieser entfällt allerdings dann, wenn der Unternehmer auf eigene Kosten die unverzügliche Abreise des Fremden bewirkt. Seit dem Jahr 1999 wurde nach Angaben des Innenministeriums 135 Mal (bis Mai 2003) der Kostenersatz vorgeschrieben.

**Kostenersatz seit 1999
in 135 Fällen vorge-
schrieben**

Im Rahmen des durchgeführten Prüfungsverfahrens konnte sich die VA davon überzeugen, dass die Bestimmungen der §§ 53 und 103 Fremdengesetz nicht – wie im Beschwerdevorbringen behauptet – "totes Recht" sind. Weiters wird die Initiative des Bundesministeriums begrüßt, dass mittels speziellen Beratern bereits vor Ort Schulungen von Mitarbeitern der Beförderungsunternehmen stattfinden. Auf diese Weise kann von vorn herein eine für den Betroffenen aussichtslose Einreise nach Österreich verhindert werden.

8.1.7.8 Gewährung von Abschiebungsaufschüben ohne Prüfung des Sachverhalts

VA BD/252-I/02, BMI 653.291/24-II/3/03

Bei der VA langte ein anonymes Schreiben ein, in welchem gegenüber dem Bundesminister für Inneres der Verdacht eines Amtsmissbrauchs bzw. schwerer Dienstpflichtverletzungen in Zusammenhang mit der Nichtabschiebung der Frau N. N. geäußert wurde. Dieses Schreiben wurde der VA, der Staatsanwaltschaft Wien und diversen Medien zur Kenntnis gebracht. Die VA leitete ein Prüfungsverfahren ein. Im Zuge dessen holte sie beim Bundesministerium für Inneres eine Stellungnahme ein und nahm in die bezughabenden Originalakten sowohl des Bundesministeriums für Inneres als auch der Bundespolizeidirektion Wien Einicht. Inhaltlich war von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Anonyme Beschwerde

N. N. hält sich seit Beginn der 1970er Jahre in Österreich auf und verfügte regelmäßig über zunächst befristete und in der Folge über einen unbefristeten Sichtvermerk. Mit Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien wurde sie wegen versuchten Mordes zu 11 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Der Oberste Gerichtshof setzte jedoch die Freiheitsstrafe auf 8 Jahre herab.

**Verurteilung wegen
versuchten Mordes**

Die Bundespolizeidirektion Wien erließ in Jahr 1994 ein unbefristetes Aufenthaltsverbot, das der Verwaltungsgerichtshof letztlich bestätigte. Ihrer Ausreiseverpflichtung kam N. N. jedoch nicht nach. Sie wurde 1996 in Schubhaft genommen. Die Bundespolizeidirektion Wien trug in der Folge das Ersuchen an das Bundes-

**Aufenthaltsverbot und
Schubhaft folgen**

VA Mag. Ewald Stadler

BMI

ministerium für Inneres heran, zur Abschiebung und Tragung der Schubhaftkosten die Zustimmung zu erteilen.

Gut ein halbes Jahr zuvor trat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin an das Bundesministerium für Inneres heran und teilte mit, dass beabsichtigt sei, jedenfalls Beschwerde in Strassburg bei der Europäischen Kommission für Menschenrechte einzubringen. Das Bundesministerium für Inneres ersuchte daher die Sicherheitsdirektion um Mitteilung, ob es im Hinblick auf (den damals geltenden) § 37 Abs. 3 Fremdengesetz vertretbar wäre, mit der allfälligen Abschiebung bis zu einer Entscheidung dieser Instanz zuzuwarten. Die Sicherheitsdirektion Wien befürwortete die Abschiebung wegen der Schwere des Delikts und der bisherigen Missachtung der Ausreiseverpflichtung und ersuchte um Erteilung einer Weisung über die weitere Vorgangsweise.

**Sicherheitsdirektion
befürwortet Abschiebung**

Das Bundesministerium für Inneres veranlasste daraufhin eine hausinterne Überprüfung, ob bereits eine Verfügung der Europäischen Kommission für Menschenrechte vorliegt. Der Rechtsanwalt von N. N. informierte das Innenministerium über ein Schreiben der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom Februar 1996, in dem der Eingang der Beschwerde bestätigt wird. Darin wurde die Vorprüfung der Kommission über die Zulässigkeit der Beschwerde in Aussicht gestellt. Das Bundesministerium für Inneres teilte der Bundespolizeidirektion Wien daher mit, dass der beabsichtigten Abschiebung im Hinblick auf eine anhängige Beschwerde vor der Europäischen Kommission für Menschenrechte derzeit nicht zugestimmt werde. Weiters sei ein Abschiebungsaufschub mit 6-monatiger Gültigkeitsdauer zu erteilen. Weitere Abschiebungsaufschübe erteilte die Bundespolizeidirektion Wien im Jahr 1997 (6 Monate) und im Jahr 1998 (1Jahr) auf Weisung des Innenministeriums.

3 Abschiebungsaufschübe wegen angeblich anhängigem EKMR-Verfahren per Weisung vom BMI erteilt

Nach Ablauf des letzten Abschiebungsaufschubes kontaktierte der Rechtsvertreter von N. N. erneut die Bundespolizeidirektion Wien, Fremdenpolizeiliches Büro, hinsichtlich einer Verlängerung. Die Bundespolizeidirektion Wien ersuchte daraufhin das Innenministerium mit Schreiben im Februar 1999 um Mitteilung, ob das Verfahren vor der Europäischen Kommission für Menschenrechte immer noch anhängig ist bzw. mit welchem Ergebnis es abgeschlossen wurde. Auch wurde neuerlich um Weisung hinsichtlich Abschiebungsaufschub und Dauer gebeten. Mangels Antwort des Ministeriums nach zweimaliger Urgenz teilte die Bundespolizeidirektion Wien dem Rechtsvertreter der N. N. im Dezember 1999 mit, dass ein neuerlicher Abschiebungsaufschub nicht mehr erteilt werden könne und seine Mandantin auf eine ehebaldige Ausreise vorzubereiten sei.

Erstmalig im Mai 1999 holte das Bundesministerium für Inneres Erkundigungen darüber ein, ob die Beschwerde der N. N. bei der Europäischen Kommission für Menschenrechte noch anhängig

3 Jahre nach Weisung ermittelt BMI erstmalig

BMI

VA Mag. Ewald Stadler

bzw. das Verfahren bereits abgeschlossen ist. Im Zuge dessen wurde telefonischer Kontakt mit dem Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten aufgenommen. Aus dem über dieses Gespräch erstellten Aktenvermerk geht hervor, dass "die Beschwerde aus dem Jahr 1996 von der Kommission zwar registriert wurde aber von der Kommission [...] für unzulässig erklärt wurde und dass der Bundesregierung hierüber jedoch kein Bericht zugegangen ist." Aus diesem Grund habe es von der Kommission auch keine Empfehlung einer vorübergehenden Maßnahme gegeben. Weiters geht aus dem Aktenvermerk hervor, dass ein (neuerlicher) Abschiebungsaufschub zwar rechtlich möglich sei, nicht jedoch auf das Verfahren vor der Kommission gestützt werden könne, "da die Beschwerde bereits im Jahr 1996 [...] für unzulässig erklärt wurde".

Beschwerde von der EKMR schon 1996 für unzulässig erklärt

Im Mai 2000 ersuchte die Bundespolizeidirektion Wien neuerlich im Hinblick auf eine beabsichtigte Vollstreckung des Aufenthaltsverbotes um Weisungserteilung. Erst im Juli 2002 teilte das Bundesministerium für Inneres mit, dass das bestehende Aufenthaltsverbot gemäß § 68 AVG zu beheben sei. Begründet wurde dies im Wesentlichen mit der vollen sozialen Integration sowie der Tatsache, dass die Betroffene seit ihrer Verurteilung nicht mehr straffällig geworden ist.

Aufhebung des Aufenthaltsverbotes wegen sozialer Integration

Die VA stellt zunächst klar, dass sie gegen die Aufhebung des Aufenthaltsverbotes nach der nunmehr geltenden Rechtslage keine rechtlichen Bedenken hegt. N. N. wurde durch die jahrelange Gewährung von (ungerechtfertigten) Abschiebungsaufschüben ein rechtlich abgesicherter Aufenthalt ermöglicht. Sowohl ihre beruflichen, als auch ihre familiären Beziehungen sind über mehrere Jahre aufrecht. Da sie in diesen Jahren in Folge Unterlassens einer weiteren Straftat unter Beweis stellen konnte, dass für sie eine positive Zukunftsprognose gilt, wäre es tatsächlich eine nicht vertretbare Härte gewesen, die seit Jahrzehnten in Österreich aufhältige jugoslawische Staatsbürgerin in ihren Heimatstaat abzuschieben.

Durchsetzung des Aufenthaltsverbotes nach so vielen Jahren hätte unbillige Härte bedeutet

Für ungerechtfertigt hält die VA allerdings die über mehrere Jahre gewährten Abschiebungsaufschübe. Als Rechtsgrundlage vor dem 1. Jänner 1998 war § 36 Fremdengesetz einschlägig:

"§ 36 (1) Fremde, gegen die ein Aufenthaltsverbot oder eine Ausweisung durchsetzbar ist, können von der Behörde zur Ausreise verhalten werden (Abschiebung), wenn

1. *die Überwachung ihrer Ausreise aus Gründen der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung oder Sicherheit notwendig erscheint oder*
2. *sie ihrer Verpflichtung zur Ausreise nicht zeitgerecht nachgekommen sind oder*

VA Mag. Ewald Stadler**BMI**

3. auf Grund bestimmter Tatsachen zu befürchten ist, sie würden ihrer Ausreiseverpflichtung nicht nachkommen oder sie dem Aufenthaltsverbot zuwider in das Bundesgebiet zurückgekehrt sind.

(2) Die Abschiebung eines Fremden ist auf Antrag oder von Amts wegen auf bestimmte, jeweils ein Jahr nicht übersteigende Zeit aufzuschieben (Abschiebungsaufschub), wenn sie unzulässig ist (§ 37) oder aus tatsächlichen Gründen unmöglich scheint. Für die Festsetzung von Auflagen und für den Widerruf gelten die §§ 24 und 25 Abs. 1 [...]."

Die Abschiebung war gemäß § 37 Abs. 6 dann unzulässig, solange der Abschiebung die **Empfehlung** einer einstweiligen Maßnahme durch die Europäischen Kommission für Menschenrechte oder die **Empfehlung** einer vorläufigen Maßnahme durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entgegen gestanden ist. Ab dem 1. Jänner 1998 trat § 56 Fremdengesetz mit nahezu wortlautgleichen Inhalt in Kraft:

Fest steht auf Grund des Akteninhaltes, dass das Bundesministerium für Inneres bereits zum Zeitpunkt der Erteilung des ersten Abschiebungsaufschubes eine Prüfung dahingehend unterlassen hat, ob die Voraussetzungen dafür gegeben waren. Im Zeitpunkt der ersten Weisung war lediglich bekannt, dass der Rechtsanwalt der N. N. eine Beschwerde an die Europäische Kommission für Menschenrechte gerichtet hat. Es war jedoch weder zum damaligen Zeitpunkt, noch zu einem späteren Zeitpunkt aktenkundig, dass die Europäische Kommission für Menschenrechte eine einstweilige Maßnahme oder der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine vorläufige Maßnahme im Sinne des § 37 Abs. 6 FrG empfohlen hat. Dass der erste Abschiebungsaufschub aus einem anderen Grund erteilt worden wäre, geht aus den vorgelegten Akten nicht hervor.

Rechtsgrundlage für Abschiebungsaufschübe war nie gegeben

Vor den Weisungserteilungen vom Februar 1997 und Jänner 1998, mit denen Abschiebungsaufschübe für ein halbes bzw. für ein Jahr ermöglicht wurden, wurde ebenfalls keine Ermittlungsbzw. Überprüfungstätigkeit dahingehend vorgenommen, ob das Verfahren vor der Europäischen Kommission für Menschenrechte noch anhängig ist, eine einstweilige Maßnahme empfohlen wurde oder ob bereits ein möglicher Verfahrensabschluss vorliegt. Die Bundespolizeidirektion Wien, Fremdenpolizeiliches Büro, hat dem Bundesministerium für Inneres bereits mit Schreiben vom Mai 1997 zur Kenntnis gebracht, dass "nach vertraulicher, ha. eingegangener Information [...] das Verfahren jedoch vor kurzem für die N. N. negativ abgeschlossen worden sein [soll]." Trotz dieses Hinweises erfolgte keine Ermittlungstätigkeit der zuständigen Abteilung des Ministeriums in diese Richtung.

Das Bundesministerium für Inneres ist nach Antrag auf neuerliche Verlängerung des Abschiebungsaufschubes vom Dezember 1998 darüber hinaus in einer einen **Missstand** in der Verwaltung darstellenden Weise mit der von der Bundespolizeidirektion Wien schriftlich im Februar 1999 ersuchten Erteilung einer Weisung säumig geworden. Erst im Mai 1999 - nach zweimaliger Urgenz – ermittelte das Innenministerium, dass das Verfahren vor der Europäischen Kommission für Menschenrechte bereits seit dem Jahr 1996 durch Zurückweisung abgeschlossen wurde. Wiederum erst mehr als 3 Jahre später, nämlich im Juli 2002 wurde an die Bundespolizeidirektion Wien die Weisung erteilt, das Aufenthaltsverbot zu beheben.

Ersuchen der BPD um Weisung blieb 3 Jahre im BMI liegen

Warum seit dem Weisungssuchen der Bundespolizeidirektion Wien im Jahr 1999 bis zur endgültigen Weisungserteilung betreffend Aufhebung des Aufenthaltsverbotes fast 3 Jahre verstrichen sind, lässt sich anhand der Akten nicht abschließend erklären. Grund dafür dürfte aber sein, dass die Akten längere Zeit nicht gefunden wurden und/oder über längere Zeit aus nicht bekannten Gründen unbearbeitet geblieben sind. Die Bundespolizeidirektion Wien hat jedenfalls im Dezember 2001, eingelangt beim Bundesministerium für Inneres im Jänner 2002, zuletzt eine Erledigung der Angelegenheit urgirt.

Sowohl durch die entgegen der Rechtslage per Weisung ermöglichten Abschiebungsaufschübe, als auch durch die jahrelange Nichtbearbeitung der Akten ermöglichte das Innenministerium der N. N., ihre wirtschaftliche und soziale Integration in Österreich zu verfestigen, andererseits wurde ihr persönlich aber auch der Eindruck vermittelt, sie halte sich in Österreich rechtmäßig – und von fremdenpolizeilichen Maßnahmen unbehelligt – auf.

Rechtswidrige Abschiebungsaufschübe und Untätigkeit des BMI ermöglichten Integration der Betroffenen

Die Erteilung der Abschiebungsaufschübe ohne Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes sowie die daran anknüpfende jahrelange Untätigkeit bis zur endgültigen Aufhebung des Aufenthaltsverbotes stellt aus den dargelegten Erwägungen einen **Missstand** im Bereich des Bundesministeriums für Inneres dar.

8.1.8 Verschiedene Angelegenheiten der Inneren Verwaltung

8.1.8.1 Doppelbezahlung einer Verwaltungsstrafe

VA BD/154-I/03, BMI 6506/1112-II/1/c/03

NN wandte sich an die VA und gab an, ein Beamter der BPD Wien habe ihn trotzdem er seine Verwaltungsstrafe bereits am 18. Februar 2002 bezahlt hatte am 12. Februar 2002 zur nochmaligen Bezahlung aufgefordert.

VA Mag. Ewald Stadler**BMI**

Die VA konnte nach Befassung des Bundesministeriums für Innen erheben, dass NN zum Zwecke der Akteneinsicht in einer anderen Angelegenheit am 12. Februar 2002 im Strafvollzug des BPK Wieden erschienen ist. Daraufhin wurde er von einem Beamten auf das Ersuchen des BPK Margareten um Vorführung zum Strafantritt hingewiesen, nachdem die über ihn verhängte Strafe nicht bezahlt worden sei. Herr NN erwiderte, er hätte die Strafe bereits bezahlt, konnte dies aber nicht belegen.

Eine unverzügliche Rückfrage beim BPK Margareten ergab, dass wohl ein Schreiben des Beschwerdeführers über die erfolgte Bezahlung der Strafe aufliege, der Eingang der Einzahlung jedoch noch nicht registriert und deshalb auch das Ersuchen zur Vorführung zum Strafantritt noch nicht widerrufen wurde.

**Falsche Auskunft
durch BPK Margareten**

NN wurde in der Folge darauf hingewiesen, dass er im Falle der Zahlungsverweigerung zum Strafantritt festgenommen werde, worauf dieser unter Protest bezahlte. Das Ersuchen zur Vorführung wurde am zuständigen Wachzimmer widerrufen, der einbezahlte Betrag gebucht und der Vorführungsakt dem das Verwaltungsstrafverfahren führenden BPK Margareten rückgemittelt.

Vom Strafvollzug Margareten wurde bei einer neuerlichen Durchsicht des Verwaltungsstrafaktes festgestellt, dass tatsächlich am 1.2.2002 die Einzahlung mittels Erlagschein erfolgte, am 6.2.2002 einlangte und verbucht wurde.

Nach Bezahlung Aufklärung der Sachlage

Das Ersuchen um Vorführung blieb jedoch irrtümlich bestehen. Die Rückzahlung des doppelt bezahlten Strafbetrags wurde unverzüglich veranlasst.

Ersuchen um Vorführung blieb trotz Bezahlung bestehen

Bezüglich des Verhaltens von Beamten im Strafvollzug des Bezirkspolizeikommissariats Wieden und des Strafvollzugs des Bezirkspolizeikommissariats Margareten hält die VA fest, dass den Beamten des Bezirkspolizeikommissariats Wieden kein Vorwurf zu machen ist, da diese unverzüglich Rückfrage gehalten haben.

Zu **beanstanden** ist vielmehr das Verhalten des Beamten des Bezirkspolizeikommissariats Margareten. Dieser widerrief trotz Einlangens des Zahlscheins vom 6.2.2003 nicht das Ersuchen um Vorführung. Weiters beauskunftete er, anlässlich oben angeführter Rückfrage, das Bezirkspolizeikommissariat Margareten falsch, da er angab, der Eingang der Einzahlung sei noch nicht registriert worden.

Der **Beschwerde** war aus diesem Grunde **Berechtigung** zuzuerkennen.

BMI

VA Mag. Ewald Stadler

8.1.8.2 Verzögerte Ausfolgung einer Geldbörse

VA BD/180-I/03, BMI 6506/1134-II/1/c/03

NN wandte sich an die VA und brachte vor am 4. Juni 2003 seiner Brieftasche verlustig gegangen zu sein. Er habe zwar eine Verständigung erhalten, dass die Brieftasche abholbereit sei, es konnte ihm diese, trotz immer neuer Verweisung auf mehrere (angeblich zuständige) Wachzimmer aber nicht ausgefolgt werden. Nach einer Woche wurde dem Bf schlussendlich geraten abzuwarten und nicht weiter nachzufragen.

Beschwerdeführer wird auf Odyssee geschickt

Das Bundesministerium für Inneres nahm zu der Beschwerde zusammengefasst wie folgt Stellung:

Der Beschwerdeführer erstattete am 05.06.2003 Anzeige wegen Diebstahls. Nach der damals geltenden Organisations- und Geschäftsortnung wurde der Fall zuständigkeitshalber an das Kriminalkommissariat Zentrum-Ost, Außenstelle Vermögensdelikte, weitergeleitet. Noch am Nachmittag des selben Tages wurde die Geldbörse am WZ Bäuerlegasse abgegeben. Die bei der Rückstellung der Geldbörsen bedauerlicherweise zu verzeichnende Zeitverzögerung erklärt sich aus den zu diesem Zeitpunkt aktuellen Umstrukturierungsmaßnahmen im Bereich der BPD Wien. Zur Verbesserung des Bürgerservices vor Ort wurde das Kriminalkommissariat Zentrum-Ost mit einer eigenen Depositenstelle zur Verwahrung sichergestellter Gegenstände ausgestattet. Den in der Einarbeitungsphase befindlichen Beamten war es daher leider nicht sofort möglich dem Ersuchen des Bf Rechnung zu tragen, sodass die Übergabe der Geldbörse erst am 15.07.2003 arrangiert werden konnte. Die befassten Behörden und Organe sind bemüht, den rechtmäßigen Besitzern ihre Gegenstände so rasch als möglich auszufolgen. Das Bundesministerium für Inneres bedauert die Unannehmlichkeiten, die dem Bf entstanden sind.

Die VA stellt hiezu fest, dass die seitens des Bundesministeriums zugestandene Zeitverzögerung sich ausschließlich auf ein Fehlverhalten der in Beschwerde gezogenen Behörde gründet.

Verzögerung ausschließlich durch Behörde zu verantworten

Die Begründung es sei den in der Einarbeitungsphase befindlichen Beamten nicht möglich gewesen dem Ersuchen Rechnung zu tragen lässt für die VA keinen anderen Schluss zu, als dass die Umstrukturierung ungenügend vorbereitet wurde. Eine Verzögerung der Aushändigung einer Geldbörse welche mit 5. Juni 03 entdeckt wurde erst am 15. Juli 03 arrangieren zu können, stellt für die VA die Offenbarung von Organisationsmängeln dar.

Offensichtlich ungünstige Vorbereitung der Organisationsreform

Auch der Umstand, dass dem Bf seitens der kontaktierten Beamten nicht die zuständige Dienststelle – wie sich aus dem Schreiben des Bundesministeriums für Inneres ergibt – das Kriminalkommissariat Zentrum-Ost, Außenstelle Vermögensdelikte, bzw. dessen Depositstelle genannt wurde, sondern der Bf vielmehr auf

Bf wird unnötig auf unzuständige Dienststellen verwiesen

VA Mag. Ewald Stadler**BMI**

mehrere Wachzimmer geschickt wurde, stellt eine weitere Unzulänglichkeit im Bereich der Verwaltung dar.

Auf Grund obiger Feststellungen war Ihrer **Beschwerde Berechtigung** zuzerkennen.

Beschwerde berechtigt

8.1.8.3 Polizei sah bei Denkmalschändung untätig zu

VA BD/178-I/02, BMI 10.000/21-PR3/2003

Am 8.5.2002 wurde ein Gefallenendenkmal in der Aula des Hauptgebäudes der Universität Wien schwer beschädigt. Ein unbekannter Täter schlug dem unter Denkmalschutz stehenden "Siegfriedskopf", mit Hammer und Meisel die Nase ab.

Daraufhin erschienenen Medienberichten war zu entnehmen, dass offenbar aus Angst zwei Polizisten nichts gegen die Beschädigung unternahmen, sondern nur zusahen. Bereits einige Tage vor der Straftat erschien ein Artikel in der Zeitung der ÖH-Wien, "Unique", in dem eine solche Tat angekündigt wurde. Der Titel des zum Thema "Siegfriedskopf" erschienenen Artikels lautete "Köpfe müssen rollen".

Straftat medial angekündigt

Auf Grund dieser Faktenlage leitete die VA ein **amtswegiges** Prüfungsverfahren ein. Mit Schreiben vom 16.1.2003 gab der Bundesminister für Inneres die folgende Stellungnahme an die VA ab:

VA prüft amtswegig

"Am 8.5.2002 wurde von der Österreichischen Hochschülerschaft vor dem Gebäude der Universität Wien eine Protestkundgebung gegen die beabsichtigte Gedenkfeier des "Ringes Volkstreuer Verbände" abgehalten. Aus Anlass dieser Kundgebung waren sowohl Kräfte der Sicherheitswache als auch Kriminalbeamte vor der Universität präsent.

Wie die BPD Wien berichtet, sammelten sich vor dem Universitätsgebäude auf der dort befindlichen Rampe und dem Stiegenaufgang etwa 50 – 60 Personen (laut div. Zeugenangaben ca. 150 Personen), die jedoch vorerst kein aggressives Verhalten an den Tag legten. Von den anwesenden Exekutivkräften konnten ursprünglich daher keine Anhaltspunkte für die später stattgefundenen Aktion gegen den Siegfriedkopf wahrgenommen werden.

Bis zu 150 Teilnehmer bei Protestkundgebung

Von den Kriminalbeamten wurde in der Folge der Bereich der Aula mitbeobachtet. Die Beamten wechselten hierbei ihren jeweiligen Standort und hielten sich zum Teil vor der Universität und zum Teil im Gebäude selbst auf.

Die Ausrüstung der kommandierten Kriminalbeamten bestand aus Dienstpistole, Pfefferspray, Handfesseln und Funkgerät.

Das Tragen von beschussicheren Westen (beschussichere Westen der Klasse 1, welche unter dem Hemd getragen werden

BMI**VA Mag. Ewald Stadler**

können) ist für Sonderlagen, wie z. B. Geiselnahmen, gewaltsame Demonstrationen etc. vorgesehen, nicht aber für Anlässe wie die gegenständliche Protestkundgebung bei der mit Ausschreitungen in diesem Ausmaß nicht gerechnet werden konnte.

Gegen 12.30 Uhr drängten Aktivisten und Studenten, welche sich zuvor auf der Rampe bzw. auf dem Stiegenaufgang vor der Universität aufgehalten haben, plötzlich in das Universitätsgebäude. Dieser Vorgang war spontan und unvorhersehbar. Die beiden Kriminalbeamten befanden sich zu diesem Zeitpunkt vor dem Universitätsgebäude und konnten vorerst aufgrund der großen Personenanzahl und aus Gründen der Eigensicherung nicht sofort in die Aula vordringen. Für kurze Zeit war Geschrei aus dem Bereich der Aula zu hören und herrschte eine außerordentlich aggressive und angespannte Stimmung vor. Bereits nach ca. 3 Minuten verstummt die Stimmen im Universitätsgebäude und Aktivisten und Studenten verließen die Aula, um sich erneut im Bereich der Rampe und des Stiegenaufganges zu sammeln.

Eskalation tatsächlich unvorhersehbar?

Den Kriminalbeamten gelang es zwischenzeitlich, das Universitätsgebäude zu betreten, wo sie die Beschädigung des Siegfriedkopf sowie Beschmierungen an Wänden wahrnehmen konnten. Hinsichtlich der Sachbeschädigung handelte es sich seitens der Kriminalbeamten somit um keine eigenen dienstlichen Wahrnehmungen.

Polizei immer einen Schritt zu spät

Der genaue Zeitablauf der Ereignisse konnte aufgrund des Funkprotokolls eruiert werden:

Dem zu Folge teilte ein unbekannter Aufforderer um 12.36 Uhr am Notruf der Bundespolizeidirektion Wien mit, dass es vor dem Universitätsgebäude zu Ausschreitungen komme. Diesbezüglich meldeten aber die vor Ort anwesenden Sicherheitswachebeamten und Kriminalbeamten ein normales Straßenbild. Laut Funkprotokoll wurde erstmals um 12.37 Uhr die Beschädigung des Siegfriedkopfes gemeldet.

Unbekannter meldet Ausschreitungen

Da sich die Situation genauso schnell beruhigt hatte wie sie auch eskaliert war, wurden die anwesenden Sicherheitswachebeamten lediglich hinsichtlich der Anzeigenaufnahme um Unterstützung ersucht. In weiterer Folge wurde die Tatortgruppe der Kriminaldirektion 3 (vormals Büro für Erkennungsdienst, Kriminaltechnik und Fahndung) zwecks Tatbestandsaufnahme bzw. fotografische Dokumentation der Beschädigungen angefordert."

In einem weiteren Schreiben teilte der Bundesminister für Inneres mit, dass lediglich zwei Beamte in Zivil während der Beschädigung des Siegfriedkopfes gegen 12.45 Uhr anwesend waren, allerdings aus Eigensicherungsgründen nicht eingeschritten sind.

Lediglich zwei Beamte anwesend

Die VA erachtet die Verantwortung des Bundesministers für Inneres in ihrer Gesamtheit für nicht überzeugend und beendete das

VA Mag. Ewald Stadler

BMI

amtswegige Prüfungsverfahren daher mit einer **Beanstandung**. Wesentlich für diese Qualifizierung war der Umstand, dass die Straftat bereits medial angekündigt wurde und ein Datum wie der 8. Mai (Kapitulation der Deutschen Wehrmacht) ein besonderes Maß an vorbeugenden Maßnahmen erfordert hätte. Offenbar erfolgte die Recherche im Vorfeld allerdings nur lückenhaft, sonst hätte der gesteigerte Sicherungsbedarf auffallen müssen.

Im Prüfungsverfahren der VA ist auch hervorgekommen, dass die Straftat von einem Kamerateam des ORF gefilmt wurde. Die VA überprüfte daher auch, ob eine Auswertung dieses Filmmaterials zu Zwecken der Strafverfolgung erfolgte.

ORF filmt Straftat

Dabei wurde festgestellt, dass vom Landesgericht für Strafsachen Wien in Mai 2002 ein Beschlagnahmebeschluss hinsichtlich des ORF-Filmmaterials erlassen wurde. Wie der Bundesminister für Inneres der VA mitteilte, war eine Beschlagnahme des ORF-Filmmaterials durch Beamte der Bundespolizeidirektion Wien jedoch nicht möglich, da seitens der ORF-Rechtsabteilung die Übermittlung des Beschlagnahmebescheides mittels Telefax mit der Begründung nicht anerkannt wurde, dass es sich dabei um keine Zustellung nach dem Zustellgesetz handle.

In weiterer Folge wurde im Juni 2002 der Beschlagnahmebeschluss des Landesgerichtes für Strafsachen Wien daher per RSb-Brief übermittelt. Der ORF war allerdings nicht gewillt, das vorhandene Filmmaterial zur Verfügung zu stellen.

ORF verweigert Herausgabe von Beweismitteln

Die VA ist daher auch an den Bundesminister für Justiz herangetreten, um eine Herstellung des gesetzeskonformen Zustandes zu gewährleisten.

Ratskammer verneint Herausgabepflicht

Dabei ist hervorgekommen, dass auf Antrag der Anklagebehörde der Untersuchungsrichter einen Beschluss auf Beschlagnahme des gesamten ungeschnittenen Filmmaterials des ORF fällte. Dagegen erhob der ORF Beschwerde bei der Ratskammer des Landesgerichtes für Strafsachen Wien. Diese gab der Beschwerde mit Beschluss vom Juli 2002 Folge und hob den Beschluss des Untersuchungsrichters auf. Die Ratskammer sah die Aufzeichnungen des ORF als unter dem Schutz des Redaktionsgeheimnisses nach § 31 Mediengesetz stehend an.

In weiterer Folge teilte der Bundesminister für Justiz mit, dass die Generalprokuratur beim Obersten Gerichtshof gegen den Beschluss der Ratskammer des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 3. Juli 2002 am 6. Mai 2003 eine Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes gemäß § 33 Abs. 2 StPO erhoben hat. Mit Entscheidung vom September 2003 stellte der Oberste Gerichtshof fest, dass der Beschluss der Ratskammer des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom Juli 2002 das Gesetz in der Bestimmung des § 31 Abs. 2 Mediengesetz verletzt hat.

Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes

BMI

VA Mag. Ewald Stadler

Wie der Bundesminister für Justiz in seiner Stellungnahme vom November 2003 der VA mitteilte, blieb die höchstgerichtliche Entscheidung im gegenständlichen Verfahren jedoch ohne konkrete Wirkung, da sich die Gesetzesverletzung nicht zum Nachteil des Verdächtigten ausgewirkt hat. Es bleibt daher festzuhalten, dass eine rechtswidrige Entscheidung der Ratskammer des Landesgerichts für Strafsachen Wien eine strafrechtliche Verfolgung jener Person, die dem unter Denkmalschutz stehenden "Siegfriedskopf" beschädigt hat, erschwert oder gar vereitelt hat.

Rechtswidrige Entscheidung der Ratskammer erschwert Strafverfolgung

8.1.8.4 Unfreundliche Behandlung durch Polizisten

VA BD/136-I/03, BMI 6506/1072-II/1/c/03

Herr NN wandte sich Beschwerde führend an die VA und monierte die unfreundliche Behandlung seiner Person durch einen Beamten der BPD Wien.

Der Bf gab an, sein KFZ mit beschädigter Begutachtungsplakette abgestellt zu haben. Auf Grund einer, am Fahrzeug hinterlassenen Nachricht nahm er mit dem zuständigen Beamten der BPD Wien Kontakt auf. Von diesem wurde der Bf aufgefordert binnen einer Woche die Begutachtungsplakette nachzureichen widrigfalls er "nach Strich und Faden angezeigt" werde. Auf die Entgegennahme des Bf, er könne dieser Aufforderung aus beruflichen Gründen nicht binnen einer Woche entsprechen sei ihm mitgeteilt worden "Sinds a Häferl oder was?"

"A Häferl oder was?"

Solch geartete Beschwerden bereiten im Regelfall Schwierigkeiten, da oftmalig der Eindruck für die VA nicht beseitigt werden kann, dass es sich aufgrund einer wider den Bf geführten Amtshandlung um einen ungerechtfertigten Revancheakt des Bf handelt und der Sachverhalt für gewöhnlich nicht objektiviert werden kann.

Wenngleich der Beamte in seiner Stellungnahme betont, den Bf in höflicher, sachlicher, aber bestimmter Form über die gesetzliche Situation aufgeklärt zu haben, waren im gegenständlichen Fall die Ausführungen des Beschwerdeführers glaubhaft davon getragen, dass er sein eigenes Fehlverhalten einsieht. Ein Revancheakt des Bf wurde als nicht gegeben angenommen und der **Beschwerde Berechtigung** zuerkannt.

Freie Beweiswürdigung durch die VA

Diese Ansicht wurde auch durch die Stellungnahme des Bundesministeriums für Inneres erhärtet, in welcher mitgeteilt wurde, dass, auf Grund von einschlägigen Beschwerden ein Fehlverhalten in Form eines unfreundlichen Auftretens des Beamten nicht ausgeschlossen werden konnte.

Die gegenständliche Beschwerde wurde daher vom Dienstvorgesetzten zum Anlass genommen, mit dem involvierten Beamten ein eingehendes Gespräch zu führen, worin dieser insbesonders an-

Sensibilisierung des Beamten erfolgte

VA Mag. Ewald Stadler**BMI**

gewiesen wurde, hinkünftig seine Wortwahl und seinen Umgangston entsprechend zu sensibilisieren.

Seitens des Bundesministeriums für Inneres wurde die VA ersucht eine entsprechende Entschuldigung für das Verhalten des Beamten zu übermitteln, welchem die VA selbstverständlich nachkam.

Entschuldigung wurde übermittelt

8.1.8.5 Behindertengerechte Toilettenlagen und Aufzüge

VA BD/84-I/03, BMI 25.068/21-IV/3/03

NN wandte sich bezüglich der langen Dauer zur Errichtung einer behindertengerechten Toiletteanlage am Kommissariat Favoriten an die VA und regte ein Prüfverfahren an.

Im Zuge des Herantretens an das Bundesministerium für Inneres wurde die VA in Kenntnis gesetzt, dass auf Grund des Einschreitens der VA die zuständige Fachabteilung des BMI im Zusammenwirken mit der Bundesimmobiliengesellschaft die Umsetzung der beschwerdegegenständlichen Maßnahme prioriert hat und losgelöst vom Projekt der Polizeireform die raschest mögliche Verwirklichung anstrebt.

Einschreiten der VA brachte rasche Lösung

Weiteren Eingaben des Beschwerdeführers war zu entnehmen, dass es ihm insgesamt ein Anliegen ist, dass Amtsgebäude behindertengerechte Toiletteanlagen und behindertengerechte Aufzüge besitzen. Im Bezug auf das Kommissariat Döbling merkte der Beschwerdeführer an, dass es im Raum stehe, einen neuen – nicht behindertengerechten – Aufzug einzubauen. Es wurde in folge das Bundesministerium für Inneres ersucht den aktuellen Stand bezüglich Barrierefreiheit in den Amtsgebäuden der Bundespolizeidirektionen Wien mitzuteilen.

Es konnte erhoben werden, dass die Polizeikommissariate Deutschesmeisterplatz, Margareten, Josefstadt, Simmering, Meidling, Fünfhaus, Ottakring, Favoriten, Floridsdorf, Donaustadt und das Kriminalkommissariat Wien Mitte bereits mit behindertengerechten Aufzugsanlagen ausgestattet sind.

Engagiertem Bürger konnte erfreuliche Mitteilung gemacht werden

Die Polizeikommissariate Innere Stadt, Margareten, Josefstadt, Favoriten, Simmering, Ottakring, Floridsdorf und Donaustadt verfügen über behindertengerechte Toiletteanlagen.

Die für Februar 2004 bis Oktober 2004 geplante behindertengerechte Adaptierung des Kommissariates Döbling umfasst die Errichtung eines behindertengerechten Aufzuges, einer behindertengerechten Toiletteanlage und eines barrierefreien Zuganges.

Befürchtungen wurden zerstreut

Nach Maßgabe der budgetären Möglichkeiten intendiert das Bundesministerium für Inneres für alle Wiener Kommissariate einen einheitlich hohen Standard an derartiger behindertengerechter

Ausstattung sicherzustellen. Die zuständige Fachabteilung des Bundesministeriums für Inneres hat deshalb die Bundespolizeidirektion Wien eingeladen, ein entsprechendes Konzept zu erarbeiten.

8.1.8.6 Problematische Behandlung einer Versammlungsanzeige

VA BD/53-I/03, BMI 41.250/23-III/3/03

Eine OÖ Bezirkshauptmannschaft hat die Anzeige eines Tierschutzvereins, eine öffentliche Versammlung abhalten zu wollen, mit Zurückweisungsbescheid erledigt und dabei auch die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Berufung aberkannt.

Im nachfolgenden Berufungsbescheid der Sicherheitsdirektion für das Bundesland OÖ wurde dieser Bescheid infolge Rechtswidrigkeit aufgehoben.

Bemerkenswert ist der Zeitablauf in dieser Angelegenheit. Die Versammlungsanzeige wurde am 25. Juni 2001 erstattet und der Zurückweisungsbescheid am 27. Juni 2001 ausgestellt. Die beabsichtigten Versammlungstermine waren auf den Zeitraum zwischen 29. Juni und 8. Juli verteilt. Der Berufungsbescheid erging am 9. Oktober 2001.

Der Beschwerdeführer brachte als Missstandsbehauptung vor, er sei durch das rechtswidrige Vorgehen der Bezirkshauptmannschaft im Recht der Versammlungsfreiheit unzulässig beschränkt worden.

Der BMI hat zu diesem Vorwurf ausgeführt, bereits im erstinstanzlichem Bescheid sei weder ein Verbot des beabsichtigten Vorhabens ausgesprochen worden noch sei – objektiv betrachtet – eine unmittelbare Anwendung des Veranstaltungsgesetzes für das beabsichtigte Vereinsvorhaben (Informationsveranstaltungen auf Straßen) zu erwarten gewesen.

Bemerkt wurde auch, dass die erstinstanzliche Behörde auf allenfalls nach anderen Rechtsvorschriften bestehende Anzeige- oder Bewilligungspflichten allgemein hingewiesen hat.

Der BMI bestätigte der VA gegenüber zunächst, dass der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung im Zusammenhang mit einem Zurückweisungsbescheid rechtlich verfehlt gewesen ist, weil ein Zurückweisungsbescheid auch im weitesten Sinn betrachtet nicht vollstreckbar sein könne. Die rechtsrichtige Beurteilung, dass das beabsichtigte Vorhaben keine Versammlung im Sinne des Versammlungsgesetzes darstelle, wurde im Berufungsbescheid der Sicherheitsdirektion für das Bundesland OÖ ausführlich begründet und gibt der VA keinen Grund zur Vermutung eines Missstandes.

Versammlungsanzeige zurückgewiesen

Zurückweisung war rechtswidrig

Wurde durch Zeitablauf Grundrecht auf Versammlungsfreiheit geschmälert?

Versammlungsgesetz für geplantes Vorhaben nicht anwendbar

Überflüssige Aberkennung der aufschiebenden Wirkung der Berufung

VA Mag. Ewald Stadler**BMI**

So weit die zeitliche Komponente herangezogen wird, bemerkte die VA dem Beschwerdeführer gegenüber, dass die äußerst knappe Zeit zwischen Erstattung der Anzeige und dem Termin der ersten geplanten Veranstaltung wohl zu seinen Lasten zu gehen habe, da dadurch der erstinstanzlichen Behörde kein ausreichender Zeitraum zur ausführlichen Sachverhaltsermittlung und rechtlichen Beurteilung geblieben ist.

Erstinstanzliche Behörde entschied unter Termindruck

Insgesamt fand die VA im vorliegenden Fall das grundrechtliche Recht auf Versammlungsfreiheit nicht beeinträchtigt und schloss mit dieser Mitteilung an den Beschwerdeführer das Prüfverfahren ab.

Keine Grundrechtsverletzung

BMJ

VA Mag. Ewald Stadler

9 Bundesminister für Justiz

9.1 Geschäftsbereich von Volksanwalt Mag. Ewald Stadler

9.1.1 Allgemeines

Im Berichtszeitraum wurden dem Ressort des Bundesministers für Justiz 938 Eingaben zugeordnet. Diese Zahl bedeutet gegenüber dem Vorjahr eine Steigerung von ca. 1%. In dieser Anfallszahl sind auch viele Ersuchen um Rechtsauskunft in privat- und strafrechtlichen Angelegenheiten sowie Beschwerden über richterliche Entscheidungen und Ersuchen um Unterstützungen in anhängigen Gerichtsverfahren enthalten. In allen Fällen, in welchen sich die VA für unzuständig erklären muss, ist sie bemüht, neben dem Hinweis auf die für Rechtsberatungen zuständigen Stellen auch Rechtsaufklärungen zu geben.

Auffallend hoch war auch in diesem Berichtszeitraum die Anzahl jener Beschwerden, die sich auf die überlange Verfahrensdauer bei Gericht beziehen. Der sachzuständige Volksanwalt hat sich daher mit der Anregung an den Bundesminister für Justiz gewandt, als Amtspartei die gesetzliche Möglichkeit eingeräumt zu erhalten, Fristsetzungsanträge gemäß § 91 Gerichtsorganisationsgesetz (GOG) stellen zu können. Ein solches Recht der VA zur Überprüfung von Verfahrensverzögerungen wurde auch zu 98/A (21. GP) des Nationalrates (Demokratiepaket) beantragt. Die Notwendigkeit einer solchen Gesetzesänderung wird auch durch ein Expose des Kreditschutzverbandes von 1870 bekräftigt. Diesem Expose, welches die volkswirtschaftlichen Auswirkungen einer Beschleunigung von Zivilprozessen beleuchtet, ist zu entnehmen, dass die Einbringung von Forderungen auf dem außgerichtlichen Weg ca. 60 Tage dauert, auf dem gerichtlichen Weg hingegen durchschnittlich 320 Tage. Auf Grundlage dieser Studie wurde vom Bundesminister für Justiz anlässlich der Erörterung des letzt jährigen Berichtes der VA an den Nationalrat und an den Bundesrat im Plenum des Bundesrates ausgeführt, dass, wenn alle Konkursverfahren binnen einem Jahr abgeschlossen würden, dies einen volkswirtschaftlichen Vorteil von € 1 Milliarde pro Jahr bringen würde. Die dafür zusätzlich erforderlichen Richterstellen würden sich hingegen lediglich auf Kosten in der Höhe von € 15 Millionen pro Jahr belaufen. Angesichts dieser Fakten ist es unverständlich, dass der Bundesminister für Justiz auf den Vorschlag der VA, als Amtspartei Fristsetzungsanträge stellen zu können, ablehnend reagiert hat. Diese Ablehnung wird im Wesentlichen mit verfassungsrechtlichen Überlegungen begründet. Aus Sicht der VA ist dazu festzuhalten, dass die verfassungsrechtliche Problematik nicht verkannt wird. Gerade deshalb er-

VA Mag. Ewald Stadler

BMJ

wartet aber die VA eine Initiative des Bundesministers im Rahmen des Österreich-Konventes.

9.1.2 Verfahrensdauer

Ein großer Teil jener Beschwerden, für deren Behandlung die VA zuständig ist, betraf wieder die lange Dauer von Gerichtsverfahren sowie Verzögerungen bei der Ausfertigung und Zustellung von Gerichtsentscheidungen. Verzögerungen von Gerichtsverfahren stehen auch im Berichtszeitraum meist im direkten Zusammenhang mit der Notwendigkeit der Einholung von Sachverständigengutachten, wobei die Erstellung der Sachverständigengutachten manchmal exorbitant lange Zeiträume von jedenfalls mehr als 6 Monaten (in einem Einzelfall sogar 20 Monate) in Anspruch nimmt, woran oft auch durch das Gericht gesetzte Urgenzen nichts zu ändern vermögen. Dazu kommt noch, dass nicht selten schon bei der Bestellung der Sachverständigen bzw. nach dem endlichen Einlangen der Gutachten im Bereich der Gerichte selbst gelegene Verzögerungen eintreten.

Weiters sind Richterwechsel bzw. personelle Engpässe sowie über längere Zeiträume unbesetzte Gerichtsabteilungen als Ursache für Verfahrensverzögerungen festzustellen. Verfahrensstillstände sind jedoch nicht nur von den jeweils zuständigen Richtern bzw. Rechtspflegern zu verantworten, sondern auch von Kanzleibediensteten, die für verzögerte Aktenvorlagen bzw. für Verzögerungen bei der Ausfertigung und Abfertigung von Schriftstücken verantwortlich sind. Bei der Prüfung von Beschwerden über die lange Dauer von gerichtlichen Verlassenschaftsverfahren ist nicht selten eine verzögerte Bearbeitung durch die als Gerichtskommissäre bestellten Notare festzustellen. Insbesondere fällt auch im Berichtszeitraum bei den von der VA geprüften Beschwerdefällen auf, dass gravierende Verfahrensstillstände nicht selten dann eintreten, wenn die Ruhestandsversetzung des (der) jeweils zuständigen Richters (Richterin) bevorsteht (VA BD/774-J/02, 851-J/02, 125-J/03, 131-J/03, 215-J/03, 368-J/03, 453-J/03, 504-J/03, 535-J/03, 619-J/03).

Auf Grund einer Beschwerde über die lange Dauer eines Verfahrens des Bezirkgerichtes Innsbruck wurde im Prüfungsverfahren der VA eine gravierende Verfahrensverzögerung bei der Erstellung eines Sachverständigengutachtens festgestellt, wobei der Akt dem Sachverständigen am 18. Juni 2001 übermittelt wurde und das mit 13. Februar 2002 datierte Gutachten erst am 13. November 2002 bei Gericht wieder eingelangt ist. Dazu kam noch, dass davor der Akt als in Verstoß geraten galt und – wie der Bundesminister für Justiz in seiner Stellungnahme gegenüber der VA erklärt hat – "erst nach zahlreichen und hartnäckigen Urgenzen der Richterin wieder aufgefunden werden konnte" (VA BD/397-J/03).

Sachverständigengutachten als Ursache für Verzögerungen

Ruhestandsversetzung von Richtern als Verzögerungsgrund

Unzumutbare Dauer eines Sachverständigengutachtens und in Verstoß Geraten des Aktes

BMJ

VA Mag. Ewald Stadler

Im Zuge der Prüfung einer im Jänner 2003 bei der VA geführten Beschwerde über die lange Dauer eines seit dem Februar 1999 anhängigen Verfahrens des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz musste festgestellt werden, dass der letzte Gerichtstermin am 2. März 2000 stattgefunden hatte und dass danach nur mehr erfolglos die Beischaffung eines Aktes des Landesgerichts für Strafsachen Graz betrieben wurde. Wie der Bundesminister für Justiz in seiner Stellungnahme aufzeigte, konnten die Organe der Justizverwaltung von den gravierenden Verzögerungen zuvor keine Kenntnis erlangen, weil der Richter immer wieder die Betreibung des beizuschaffenden Aktes in das Register eintragen ließ und der Akt so in den zur Verfügung stehenden Prüfungsinstrumenten, die Verfahrensstillstände aufzeigen sollen, niemals aufschien. Dazu kam noch, dass die Parteien des Verfahrens von der ihnen offen stehenden Möglichkeit, Fristsetzungsanträge zu stellen oder sich mit Aufsichtsbeschwerde an den Präsidenten des Gerichtshofes zu wenden, keinen Gebrauch machten. Im Zuge des Prüfungsverfahrens der VA wurden dienstaufsichtsbehördliche Maßnahmen zur Erwirkung eines nunmehr raschen Verfahrensfortgangs gesetzt. Gegen den zuständigen Richter wurde Disziplinaranzeige erstattet (VA BD/48-J/03).

Umgehung dienstaufsichtsbehördlicher Kontrollmechanismen durch den zuständigen Richter

Der Umstand, dass nach Schluss der Verhandlung die Ausfertigung bzw. Zustellung der Gerichtsentscheidung einen unzumutbaren Zeitraum in Anspruch nimmt, gibt ebenfalls ständig Anlass für Beschwerden. Trotz der zwingenden Bestimmungen des § 415 Zivilprozessordnung (ZPO) bzw. des § 270 Abs. 1 Strafprozessordnung (StPO), wonach jedes Urteil binnen 4 Wochen nach Schluss der Verhandlung bzw. vom Tage der Verkündung schriftlich abzufassen bzw. auszufertigen ist, kommt es immer wieder zu erheblichen Überschreitungen dieser Frist. In zwei speziellen Beschwerdefällen wurde festgestellt, dass in einem Verfahren des Bezirksgerichtes St. Peter in der Au die Ausfertigung und Zustellung des Urteils einen Zeitraum von 13 Monaten in Anspruch genommen hat, in einem Verfahren des Bezirksgerichtes Salzburg einen Zeitraum von 12 Monaten. In beiden Fällen wurden einerseits der zuständige Richter und andererseits die zuständige Richterin kurz danach in den Ruhestand versetzt (VA BD/463-J/03, 769-J/03).

Ruhestandsversetzung von Richtern als Ursache für Verzögerungen bei Urteilsausfertigungen

Die oben zitierten zwingenden Bestimmungen des § 415 ZPO bzw. des § 270 Abs. 1 StPO werden in den Verfahren vor den Arbeits- und Sozialgerichten durch die Bestimmung des § 39 Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz (ASGG) verstärkt, wonach das Verfahren besonders rasch durchzuführen und Ladungen und Entscheidungen unverzüglich auszufertigen sind. Trotzdem kam es bei der Ausfertigung und Zustellung eines Urteils des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien zu einer Verzögerung von 3 Monaten, wobei es darüber hinaus bei der Zustellung des Urteils zu Verzögerungen gekommen ist. Im Prüfungsverfahren der VA war nicht

VA Mag. Ewald Stadler**BMJ**

mehr feststellbar, ob das Verschulden daran bei der Post oder beim Gericht selbst zu suchen ist (VA BD/629-J/03).

Als typisch für die Gleichgültigkeit die manche Richter gegenüber den Verfahrensparteien an den Tag legen ist das Verhalten eines Bezirksgerichtsvorsteher zu bewerten, der während eines gemeldeten Krankenstandes an einer gesellschaftlichen Veranstaltung, nämlich einer Bildstockweihe, teilnahm. Über die dort von ihm gehaltene Rede wurde in den lokalen Medien berichtet. Die Verfahrensführung dieses Richters hat wiederholt zu Beschwerden bei der VA geführt. Auch dieser öffentliche Auftritt führte zur Beschwerde einer Partei, der gegenüber die überlange Verfahrensdauer mit dem Krankenstand des Richters begründet wurde.

Der Bundesminister für Justiz vermochte im Prüfungsverfahren keinen Missstand zu erkennen, weil die Teilnahme an der Veranstaltung die Genesung des Richters in keiner Weise beeinträchtigte. Es habe sich nämlich nicht um eine gesellschaftliche, sondern um eine religiöse Veranstaltung gehandelt. Darüber hinaus wurde der in Beschwerde gezogene Bezirksgerichtsvorsteher ohnedies von einem Kollegen vertreten. Die VA beendete das **amtswegige Prüfungsverfahren mit der Beanstandung**, dass das aufgezeigte Verhalten nicht geeignet ist das Vertrauen der Bevölkerung in die Justiz zu stärken (VA BD/300-J/03).

Weitere gravierende Beispiele für überlange Gerichtsverfahren, bei welchen es zu gravierenden Verzögerungen bei der Bestellung von Sachverständigen, bei der Erstellung der Sachverständigengutachten selbst, bei der Anberaumung von Tagsatzungen, bei der Ausfertigung und Zustellung von Urteilen sowie durch Richterwechsel und Überlastung bzw. Überforderung von kurz vor ihrer Pensionierung stehenden Richtern gekommen ist, werden im Grundrechtsteil behandelt.

9.1.3 Mangelnde Sorgfalt der Gerichte

Im Berichtszeitraum mussten von der VA Irrtümer bei der Erstellung und Versendung von gerichtlichen Schriftstücken festgestellt werden. In einem Fall sandte die zuständige Kostenbeamte einen Zahlungsauftrag an eine unrichtige Adresse, die Post übermittelte jedoch keinen Postfehlbericht, sondern hinterlegte die Sendung und übersandte nach Ablauf der Hinterlegungsfrist einen Zustellschein mit dem Vermerk "nicht behoben", was zur Folge hatte, dass das Gericht von einer ordnungsgemäßen Zustellung ausging und den Zahlungsauftrag in den Folge für vollstreckbar erklärte. Im Zuge des Prüfungsverfahrens der VA wurde die Vollstreckbarkeit des Zahlungsauftrags aufgehoben und es wurden die im Rahmen eines bereits durchgeföhrten Exekutionsverfahrens angefallenen Gebühren zurückerstattet. In einem anderen Fall unterblieb nach Einlangen eines Sachverständigengutachtens die registermäßige Wiedereröffnung des Verfahrens, weder wurde sie

Richter eröffnet Bildstock während Krankenstand

Für BMJ kein Problem

Grundrechtsrelevante Verzögerungen

Fehlleistungen und Irrtümer von Gerichtsbediensteten bei der Erstellung und Zustellung von Schriftstücken

BMJ**VA Mag. Ewald Stadler**

von der Richterin angeordnet noch von der Kanzlei aus Eigenem veranlasst. Darüber hinaus gerieten die der Richterin vorgelegten Akten in Verstoß und konnten erst nach einem Zeitraum von 3 ½ Monaten wieder aufgefunden werden. Es wurden dienstaufsichtsbehördliche Maßnahmen gesetzt (VA BD/413-J/03, 612-J/03).

In einem Besuchsrechtsverfahren des Bezirksgerichtes Leopoldstadt wurde der Kindesmutter und Beschwerdeführerin die Stellungnahme des Kindesvaters zu ihrem Besuchsrechtsantrag nicht zur Kenntnis gebracht. Ein Schreiben des Gerichtes wurde noch mit dem ehelichen Namen der Beschwerdeführerin an sie gerichtet, obwohl sie bereits ein halbes Jahr zuvor die Wiederannahme ihres Geschlechtsnamens dem Gericht bekannt gegeben hatte. Der danach ergangene Beschluss des Bezirkgerichtes Leopoldstadt enthielt zwar den aktuellen Namen der Beschwerdeführerin, jedoch fälschlicherweise als Adresse die seinerzeitige Ehewohnung, obwohl auch die neue Adresse dem Gericht bereits seit geraumer Zeit bekannt war. Knapp drei Wochen später erhielt die Einschreiterin einen nicht unterfertigten Berichtigungsbeschluss des Bezirksgerichtes Leopoldstadt, in welchem sie unter anderem aufgefordert wurde, den an sie ergangenen Beschluss dem Gericht "binnen 14 Tagen zur Berichtigung zu übersenden". In diesem Berichtigungsbeschluss wurden der im ersten Beschluss richtig und der Vereinbarung mit dem Kindesvater entsprechend festgelegte Beginn der Besuchszeit von 9 Uhr auf (fälschlicherweise) 10 Uhr verlegt. Die Beschwerdeführerin erklärte gegenüber der VA auch, dass sie entgegen der Begründung dieses Berichtigungsbeschlusses eine darin angeführte Note vom 25. Juni 2002 mit der Aufforderung zu einer Stellungnahme niemals erhalten habe.

Häufung von Irrtümern des Gerichtes in einem Pflegschaftsverfahren

Der von der VA zu diesem Vorbringen um Stellungnahme erachte Bundesminister für Justiz bestätigte die Vorwürfe der Beschwerdeführerin hinsichtlich der angeführten Mängel in den Ausfertigungen, die "zum Teil bei der zuständigen Richterin und zum anderen Teil in der Kanzlei passiert sind". Als Ursache dafür wurde die besonders hohe Arbeitsbelastung in der Urlaubszeit "vermutet". Im Zuge des Prüfungsverfahrens der VA wurden vom Präsidenten des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien dienstaufsichtsbehördliche Maßnahmen gesetzt sowie der Beschwerdeführerin ein Entschuldigungsschreiben übermittelt (VA BD/810-J/02).

Bei der Prüfung einer Beschwerde über die lange Dauer eines Strafverfahrens des Landesgerichtes Klagenfurt, welchem sich der Beschwerdeführer als Privatbeteiligter angeschlossen hatte, konnte zwar keine Verzögerung des bereits längst mit Urteil beendeten Verfahrens festgestellt werden, jedoch wurde der Beschwerdeführer und Privatbeteiligte in seinem ihm gemäß § 47 Abs. 2 StPO zustehenden Recht verletzt, "zur Hauptverhandlung geladen zu werden und dort das Wort ergreifen zu können, um

Unterbleiben der gesetzlich vorgeschriebenen Verständigung des Privatbeteiligten vom Hauptverhandlungstermin

VA Mag. Ewald Stadler**BMJ**

seine Ansprüche auszuführen und zu begründen und die Anträge zu stellen über die er im Haupterkenntnis mitentschieden haben will". Das Urteil war also ergangen, ohne dass der Beschwerdeführer und Privatbeteiligte seine Ansprüche hatte geltend machen können. Der für dieses Verfahren zuständige Richter wurde – wie der Bundesminister für Justiz in seiner Stellungnahme erklärte – auf die irrtümlich unterbliebene Verständigung des Geschädigten hingewiesen.

Da grundsätzlich sowohl die Frage der Ladung eines Privatbeteiligten als auch das bereits ergangene Urteil des Landesgerichtes Klagenfurt Angelegenheiten der unabhängigen Rechtsprechung sind, musste sich die VA mit der Aufklärung dieses bei Gericht eingetretenen Irrtums begnügen und konnte den Einschreiter nur auf weitere ihm zustehende rechtliche Möglichkeiten (etwa das Aufforderungsverfahren nach § 8 Amtshaftungsgesetz [AHG]) hinweisen (VA BD/638-J/03).

9.1.4 Außerstreitgesetz – Rechtsprechungspraxis der Gerichte

Gemäß § 183 Außerstreitgesetz kann das Gericht eine Lohnauskunft vom Dienstgeber des Unterhaltpflichtigen einholen, wenn dieser seiner Auskunftspflicht nicht nachkommt und keine (hinreichende) Überprüfung seiner Angaben ermöglicht.

Diese Gesetzesvorschrift regelt die Rangfolge der möglichen Beweismittel und die Reihenfolge der Beweisaufnahme. Ein Ersuchen an den Arbeitgeber des potentiell Unterhaltpflichtigen ist nach dem eindeutigen Wortlaut dieser Gesetzesvorschrift nur dann zulässig, wenn der Betroffene seinen Auskunftspflichten nicht nachkommt.

In seiner Beschwerde an die VA wandte sich ein Linzer Rechtsanwalt dagegen, dass – wie er es ausdrückte – "die Gerichte massenhaft die Verstöße betreiben", nicht vorher den Unterhaltpflichtigen um Bekanntgabe seiner Einkommensverhältnisse zu ersuchen, sondern sich unmittelbar mit seinem Arbeitgeber in Verbindung zu setzen, wodurch dieser an seinem Arbeitsplatz Nachteile erleiden könne.

Gesetzwidrige Vorgangsweise der Gerichte bei der Einholung von Lohnauskünften

Der von der VA mit dieser Beschwerde befasste Bundesminister für Justiz zieht sich in seiner Stellungnahme auf den Standpunkt zurück, dass die Beweisaufnahme im Verfahren in Außerstreitsachen (und damit auch in Unterhaltssachen minderjähriger Kinder) – ebenso wie die Beweisaufnahme im Zivilprozess – ausschließlich in den Zuständigkeitsbereich der unabhängigen Rechtsprechung fällt. "Ob ein Beweismittel vom Gericht in Unterhaltsverfahren verfrüht – allenfalls auch contra legem – eingeholt wurde, ist nur von den ordentlichen Gerichten zu klären. Dem Bundesmini-

BMJ

VA Mag. Ewald Stadler

ster für Justiz ist es aus verfassungsrechtlichen Gründen untersagt, der unabhängigen Rechtsprechung diesbezüglich (sei es im Erlassweg, sei es in einem Schreiben an die VA) eine Rechtsmeinung vorzugeben oder deren Entscheidungen zu kommentieren".

Für den im Gegenstande eventuell eingetretenen Fall, dass durch rechtswidriges und schulhaftes Verhalten von Rechtsprechungsorganen ein Schaden entstanden sein sollte, verweist der Bundesminister für Justiz darauf, "dass nach Ausschöpfung des Instanzenzuges – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des Amtshaftungsgesetzes – die Geltendmachung eines Amtshaftungsanspruchs in Erwägung gezogen werden könnte. Im Falle des Vorwurfs rechtswidrigen und schulhaften Verhaltens stehe in Ansehung von Rechtsprechungsorganen auch die Möglichkeit der Dienstaufsichtsbeschwerde nach § 78 Gerichtliches Organisationsgesetz (GOG) zur Verfügung".

Der Beschwerde führende Rechtsanwalt verweist – nach Meinung der VA zutreffend – darauf, dass "im Durchschnittsfall durch eine solche rechtsmissbräuchliche Anfrage beim Dienstgeber kein Schaden entstehen könne, der im Wege der Amtshaftung geltend gemacht werden könnte, weil kein Betroffener ernsthaft behaupten kann, dass ihm durch die Anfrage selbst ein (Vermögens) Schaden entstanden ist. Hingegen würde bei Einhaltung des rechtmäßigen Weges und Aufforderung an den Unterhaltpflichtigen, den entsprechenden Gehaltsnachweis beizubringen, das selbe Beweisergebnis erbracht, wie bei einer – rechtsmissbräuchlichen – sofortigen Anfrage an den Dienstgeber".

Die VA, der es als Prüfungseinrichtung über die öffentliche Verwaltung verwehrt ist, auf die Praxis der unabhängigen Rechtsprechung einen direkten Einfluss zu nehmen, hält das Anliegen des Linzer Rechtsanwaltes grundsätzlich für berechtigt und hat den Bundesminister für Justiz in einem gesonderten Schreiben erachtet, im Rahmen von Richtertagen und in Ausbildungsveranstaltungen auf die angesprochene Problematik hinzuweisen (VA BD/724-J/02).

**Ersuchen der VA,
Richter auf Problematik
hinzuweisen**

9.1.5 Anerkennung eines ausländischen Scheidungsurteils

Eine Beschwerdeführerin aus Wien erklärte gegenüber der VA, dass sie sich nach ihrer Scheidung in Belgien in Österreich wieder verehelichen wollte und an das für ihren Wohnsitz zuständige Bezirksgericht Donaustadt verwiesen wurde, weil sie "nur" über eine mit 27. August 2002 datierte beglaubigte rechtskräftige Ehescheidungsurkunde über ihre einvernehmliche Scheidung in Belgien vom 6. März 1987 verfügt. Der zuständige Richter bestehe auf der Vorlage eines Scheidungsurteils, welches gesondert im Falle einer einvernehmlichen Scheidung in Belgien aber nicht erstellt

VA Mag. Ewald Stadler

BMJ

werde, sondern jeweils, soweit eine Vereinbarung getroffen wird, integrierender Bestandteil der Ehescheidungsurkunde sei. Sie habe außerdem erfahren, dass noch einmal ihr geschiedener Ehemann befragt werden müsse, ob die Ehescheidung aufrecht und die Urkunde rechtskräftig sei. Die Beschwerdeführerin konnte nicht glauben, dass amtlich beglaubigte Schriftstücke eines EU-Mitgliedstaates in Österreich nicht anerkannt werden.

Das gerichtliche Verfahren zur Anerkennung der belgischen Scheidung der Beschwerdeführerin aus dem Jahr 1987 gemäß § 228a Außerstreichgesetz ist erforderlich, damit die belgische Scheidung in Österreich wirksam wird. Die Brüssel II-Verordnung (VO EG/00/1347 des Rates vom 29. Mai 2000) sieht zwar für eheauflösende Entscheidungen aus anderen Mitgliedstaaten der EU eine automatische Anerkennung vor; dies gilt jedoch nach Art. 42 dieser Verordnung nicht für Entscheidungen, die – wie im vorliegenden Fall – vor In-Kraft-Treten der Verordnung ergangen sind.

Notwendigkeit eines gerichtlichen Anerkennungsverfahrens wegen Rechtslage vor EU-Verordnung

In seiner Stellungnahme gegenüber der VA erklärte der Bundesminister für Justiz zum Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass eine "Zustimmung" des geschiedenen Ehemannes für die Anerkennung nicht erforderlich ist und dass die diesbezüglichen Ausführungen der Beschwerdeführerin auf einem Missverständnis beruhen könnten. Das Gericht habe aber einen Anerkennungsbeschluss zu erlassen, wobei dessen Rechtskraft vor Ablauf der im konkreten Fall zweimonatigen Rechtsmittelfrist nicht bestätigt werden könne. Dabei habe auch der geschiedene Ehegatte die Möglichkeit, ein Rechtsmittel einzulegen.

Zur Vermeidung der mit dem gerichtlichen Anerkennungsverfahren verbundenen Verzögerungen gab der Bundesminister für Justiz die Absicht bekannt, mit der für das Personenstandswesen zuständigen Abteilung des Bundesministeriums für Inneres und mit Vertretern des Fachverbandes der Österreichischen Standesbeamten die Frage zu erörtern, ob auf das konstitutive Anerkennungsverfahren generell verzichtet werden könnte. In diesem Fall könnte die Anerkennung einer ausländischen eheauflösenden Entscheidung in jedem gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Verfahren – insbesondere auch bei der Prüfung der Ehefähigkeit durch die Personenstandsbehörde vor einer neuen Eheschließung – vorfrageweise beurteilt werden. Das selbstständige gerichtliche Anerkennungsverfahren wäre dann – wie schon jetzt im Anwendungsbereich der oben genannten EG-Verordnung vom 29. Mai 2000 – nur mehr fakultativ.

Ankündigung von Maßnahmen zur Vermeidung von mit gerichtlichem Anerkennungsverfahren verbundenen Verzögerungen

Als Ergebnis dieser angekündigten Erörterungen teilte der Bundesminister für Justiz schließlich mit, dass der Vorschlag seines Ministeriums, auch außerhalb des Anwendungsbereiches der Verordnung 1347/2000 (VO-Brüssel II) eine Inzidentanerkennung ausländischer eheauflösender Entscheidungen vorzusehen, all-

BMJ

VA Mag. Ewald Stadler

gemein akzeptiert worden ist. In Zukunft wird es daher nicht mehr erforderlich sein, vor einer Eheschließung im Inland die gerichtliche Anerkennung einer ausländischen eheauflösenden Entscheidung herbeizuführen. Vielmehr wird der Standesbeamte bei der Prüfung der Ehefähigkeit inzident zu beurteilen haben, ob die ausländische Entscheidung die Voraussetzungen für eine Anerkennung im Inland erfüllt. Eine gerichtliche Entscheidung wird dann nur mehr bei Zweifeln über die Anerkennungsfähigkeit erforderlich sein. Der Bundesminister für Justiz sicherte die Einarbeitung dieser Neuregelung in den Entwurf für das neue Außerstreitgesetz zu, was in der Zwischenzeit auch geschehen ist. § 97 Abs. 1 des Außerstreitgesetzes BGBl. I 2003/111 sieht vor, dass eine ausländische Entscheidung über die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes, die Ehescheidung oder die Ungültigerklärung einer Ehe sowie über die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe in Österreich anerkannt wird, wenn sie rechtskräftig ist und kein Grund zur Verweigerung der Anerkennung vorliegt. Die Anerkennung kann als Vorfrage selbstständig beurteilt werden, ohne dass es eines besonderen Verfahrens bedarf.

Neuregelung im Außerstreitgesetz

Auch wenn diese Lösung der geschilderten Problematik für die Beschwerdeführerin zu spät kam, hat ihr Fall doch Anlass gegeben, eine entsprechende gesetzliche Änderung herbeizuführen (VA BD/808-J/02).

9.1.6 Verbesserung der Stellung des Subsidiaranklägers

Eine Beschwerdeführerin erklärte gegenüber der VA, dass Sie wegen des Vergehens der falschen Beweisaussage vor einer Verwaltungsbehörde gemäß § 289 Strafgesetzbuch (StGB) gegen zwei Amtsärzte eine Subsidiaranklage eingebracht hatte. Dieses Privatanklageverfahren endete mit Freispruch, worauf der Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin das Rechtsmittel der Berufung anmeldete, welcher Umstand auch vom Richter zu Protokoll genommen wurde. In der Folge stellte sich jedoch heraus, dass gemäß § 465 Abs. 3 StPO die Berufung **nur** vom (öffentlichen) Ankläger eingebracht werden kann; vom Subsidiarankläger (der gemäß § 49 Abs. 2 Z 3 StPO nur die Rechtsmittelbefugnis eines Privatbeteiligten hat) nur wegen seiner privatrechtlichen Ansprüche. Dieses Berufungsrecht kommt nur dann zum Tragen, wenn ihm das Gericht etwas zugesprochen hat, er aber mit dem Zuspruch nicht zufrieden ist; also bei teilweiser Verweisung auf den Zivilrechtsweg. Da jedoch der Privatbeteiligte (Subsidiarankläger) gemäß § 366 Abs. 1 StPO im Fall eines Freispruchs mit seinen Ansprüchen zwingend auf den Zivilrechtsweg zu verweisen ist, war im gegenständlichen Fall eine Berufung auch in diesem Umfang unzulässig.

Keine Rechtsmittelbefugnis des Subsidiaranklägers bei strafgerichtlichem Freispruch

VA Mag. Ewald Stadler**BMJ**

Zur trotzdem durch den Richter vorgenommenen Protokollierung bzw. Anerkennung des angemeldeten Rechtsmittels gegen eine allfällige Abweisung der behaupteten privatrechtlichen Ansprüche der Beschwerdeführerin im oben genannten Gerichtsverfahren hat die VA den Bundesminister für Justiz um eine Stellungnahme erucht. In dieser Stellungnahme erklärt der Bundesminister für Justiz zunächst, dass eine ausdrückliche Bestimmung, wonach eine Rechtsmittelanmeldung einer dazu nicht berechtigten Person vom Erstgericht zurückzuweisen bzw. nicht zu Protokoll zu nehmen wäre, der Strafprozessordnung fremd ist und zieht sich sodann auf den Standpunkt zurück, dass die Beurteilung der Zulässigkeit einer Berufung bzw. der Rechtsmittellegitimation im bezirksgerichtlichen Verfahren ausschließlich dem Gerichtshof erster Instanz als Berufungsgericht im Rahmen der richterlichen Unabhängigkeit obliegt.

Zur Frage, ob an eine Aufhebung der Bestimmung des § 465 Abs. 3 StPO im Rahmen der Strafprozessreform gedacht war bzw. ist, erklärte der Bundesminister für Justiz in seiner Stellungnahme, dass im Rahmen dieses Vorhabens zwar eine umfassende Verbesserung der Rechtstellung des "Opfers" im Ermittlungsverfahren geplant ist, dass jedoch nicht vorgesehen ist, im Bereich der Rechtsmittelbefugnis des als Subsidiarankläger einschreitenden Privatbeteiligten eine Änderung vorzuschlagen. Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage begründen dies damit, dass es schlicht unverhältnismäßig wäre, den Angeklagten weiterer Strafverfolgung auszusetzen, obwohl die Staatsanwaltschaft (nach sorgfältiger Prüfung der Sach- und Rechtslage) von der Anklage zurückgetreten ist und das Gericht einen Freispruch gefällt hat.

Auch nach neuerlicher Befassung durch die VA blieb der Bundesminister für Justiz auf seinem Standpunkt und erklärte überdies, dass der Entwurf eines Strafprozessreformgesetzes bereits dem Nationalrat zugeleitet und von diesem auf die Tagesordnung des Justizausschusses am 8. April 2003 gesetzt worden war, weshalb eine Änderung des Entwurfs nur mehr im Rahmen einer parlamentarischen Behandlung möglich ist.

Zum von der VA aufgeworfenen Argument der "Chancengleichheit" zwischen Beschuldigtem und Subsidiarankläger stellt sich der Bundesminister für Justiz auf den Standpunkt, "dass primäres Ziel staatlicher Strafverfolgung die Wahrung der "Waffengleichheit" zwischen öffentlichem Ankläger und dem Beschuldigten sein muss. Trete der zur amtswegigen Verfolgung unter Beachtung des Legalitäts- und Objektivitätsprinzips verpflichtete öffentliche Ankläger von der Strafverfolgung zurück, so sei es zwar gerechtfertigt, dem Privatbeteiligten (wie es die geltende Gesetzeslage vorsieht) zur Befriedigung seines konkreten Verfahrensziels – der Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche – zu ermöglichen, die Anklage aufrechtzuerhalten. Die Subsidiaranklage solle jedoch

VA fordert Chancengleichheit zwischen Subsidiarankläger und Beschuldigtem

BMJ**VA Mag. Ewald Stadler**

nicht allein dem privaten Genugtuungsinteresse dienen, weshalb die Einführung einer Rechtsmittelbefugnis gegen ein freisprechendes Erkenntnis des Gerichts überschließend wäre. Der Privatbeteiligte erleide ja durch einen Freispruch für sich genommen keinen Nachteil, weil ihm weiterhin die Durchsetzung seiner Ansprüche auf dem Zivilrechtsweg – gegebenenfalls mit Unterstützung eines Verfahrenshilfseanwalts – offen steht. Aus seiner Sicht sei daher ein Änderungsbedarf an der erwähnten Regierungsvorlage abzulehnen". Der Bundesminister für Justiz stellte jedoch in Aussicht, dass im zur eingehenden Beratung des Entwurfs einer Strafprozessreform eingesetzten Unterausschuss unter Zuziehung von zahlreichen Experten (auch solchen von Opferschutzverbänden) eine neuerliche und offene Diskussion möglich sein werde, bei der auch die Anregung der VA diskutiert werde. Die VA regt in Anbetracht und in Würdigung der in diesen Zeilen ausführlich dargelegten Sach- und Rechtslage zur Verbesserung des Rechtsschutzes und der Strafrechtspflege auch bei minderen Straftatbeständen die Einführung entsprechender Möglichkeiten in den Entwurf eines Strafprozessreformgesetzes an (VA BD/57-J/03).

9.1.7 Strafvollzug

9.1.7.1 Mehr Kontrolle bei Freigängen

Auf Grund von in den Tageszeitungen erschienenen Pressemeldungen über einen in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher Untergebrachten, der während eines (unbegleiteten) Freiganges eine Vergewaltigung verübte, leitete die VA ein **amtsweiges Prüfungsverfahren** ein, wobei sich nach Einholung von Stellungnahmen des Bundesministers für Justiz folgender Sachverhalt ergab:

Bei dem Untergebrachten handelt es sich um einen österreichischen Staatsbürger, der mit mehreren rechtskräftigen Urteilen verschiedener Strafgerichte wegen versuchter Schändung und Diebstahls zu Freiheitsstrafen von 3 Jahren, 5 Monaten und 7 Monaten verurteilt wurde, wobei das letzte errechnete Strafende der 8. August 2001 war. Anlässlich der ersten Verurteilung erfolgte gleichzeitig die Einweisung in den Maßnahmenvollzug gemäß § 21 Abs. 2 StGB am 9. April 1999 in die Justizanstalt Wien-Mittersteig. Dort nahm er während der Jahre an einem "intensiven therapeutischen Behandlungsprogramm" durch den anstaltspsychiatrischen und -psychologischen Dienst teil. Dieses Behandlungsprogramm sieht nach Aufarbeitung des Deliktes und der Persönlichkeitsstörung vorerst im geschlossenen Bereich die anschließende Erprobung des Sozialverhaltens im gelockerten Vollzug vor. Dies geschieht im Hinblick auf eine allfällige spätere bedingte Entlassung. Der gelockerte Vollzug erfolgt schrittweise.

"Intensive therapeutische Behandlung" eines abnormen Rechtsbrechers

VA Mag. Ewald Stadler

BMJ

Es werden nach erfolgreichem Absolvieren begleiteter Ausgänge und Überprüfung des Sozial- und Kontaktverhaltens durch Justizbedienstete nach und nach unbegleitete Einzelausgänge und Unterbrechungen zu verlässlichen Kontaktpersonen (im vorliegenden Fall war es die Lebensgefährtin) gewährt.

Im Juli des Jahres 2002 wurde die Genehmigung zu unbegleiteten Ausgängen gegeben, deren Ziel es war, die Kontakte zur langjährigen Lebensgefährtin zu intensivieren, eine Verbesserung der beruflichen Qualifikation im Wege von Kursen zu erreichen und eine Arbeitsstelle für die Zeit nach der Entlassung zu organisieren. Am 20. Oktober 2002 meldete die Lebensgefährtin des Untergetriebenen, dass dieser von einer ihm gewährten Unterbrechung der Unterbringung nicht wieder in die Justizanstalt einrücken werde, da er ihr gegenüber seine Flucht angemeldet habe. Außerdem gab sie an, dass sie schon öfter unrichtige Aufenthaltsbestätigungen für den Untergetriebenen ausgefertigt habe und auch bei telefonischen Kontakten entgegen der Wahrheit angegeben habe, er befände sich bei ihr. Daraufhin wurde am selben Tag ein Fahndungsersuchen gestellt, das erfolgreich war. Der Flüchtige konnte festgenommen werden und wurde am 5. März 2003 vom Landesgericht Wiener Neustadt wegen Vergewaltigung und schweren Diebstahls zu einer mehrjährigen unbedingten Freiheitsstrafe verurteilt und gemäß § 21 Abs. 2 StGB wieder in eine Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher eingewiesen. Er hatte während des Freiganges aus der Justizanstalt Wien-Mittersteig im Zeitraum zwischen dem 22. und 26. Oktober 2002 mehrere Straftaten, darunter ein Sittlichkeitsdelikt, begangen.

Rückfall bei unbegleittem Ausgang

Nach Meinung der VA beweisen der im vorliegenden Fall eingetretene Rückfall und die unrichtigen Angaben der als "verlässliche Kontaktperson" eingeschätzten Lebensgefährtin, dass das für derartige Fälle vorgesehene Kontrollsysteem nicht engmaschig genug war. Der Untergetriebene war für unbegleitete Ausgänge offensichtlich noch nicht reif. Bei dem neuerlich begangenen Sittlichkeitsdelikt hat er offenbar das selbe Verhaltensmuster gezeigt wie in den Fällen, die zu seinen ersten Verurteilungen geführt haben, wobei der manifeste Unterschied darin liegt, dass es in den ersten Fällen beim Versuch geblieben war und nunmehr, nach Absolvierung des "intensiven therapeutischen Behandlungsprogramms", die Tat vollendet wurde.

VA beanstandet Lücken im Kontrollsysteem

Der Bundesminister für Justiz hat Maßnahmen angekündigt, um die Wiederholung derartiger Vorfälle in Zukunft hintanzuhalten, was von der VA als Schritt in die richtige Richtung begrüßt wird. Die VA ist der Meinung, dass alle Anstrengungen zu setzen sind, um in derartigen Fällen ein Abwälzen des Restrisikos auf die Gesellschaft zu minimieren. Die VA hat in der vorliegenden Angelegenheit eine **Beanstandung** ausgesprochen (VA BD/865-J/02).

BMJ

VA Mag. Ewald Stadler

9.1.7.2 Tod eines Häftlings durch Suchtgiftkonsum

Ebenfalls auf Grund eines Medienberichtes leitete die VA ein **amtswegiges** Prüfungsverfahren ein. Ein 24-jähriger Häftling war in der JA Klagenfurt in seiner Zelle verstorben, anfangs wurde ein Herzversagen vermutet. Infolge einer Anzeige der Verwandten des Verstorbenen wurde eine Obduktion durchgeführt. Als Todesursache wurde eine Hirnlähmung infolge einer massiven wässrigen Hirnschwellung nach Suchtmittelvergiftung (Methadon) festgestellt.

Suchtgiftmissbrauch als Todesursache

In seiner Stellungnahme führt der Bundesminister für Justiz aus, dass es ungeklärt sei, wie der Verstorbene sich die Suchtmittel verschaffte. Eine Hortung des Präparates Heptadon, welches dem Verstorbenen unter ärztlicher Aufsicht verabreicht wurde wird ebenso ausgeschlossen wie eine Beschaffung über Mitinsassen.

Beschaffung von Suchtgiften unerklärlich

Die VA beendete das Prüfungsverfahren mit einer **Beanstandung**. Obgleich ein konkretes Fehlverhalten einzelner Justizorgane nicht nachgewiesen werden konnte war festzustellen, dass im Gegenstande ein Verwaltungsmissstand durch Nachlässigkeit vorgelegen ist.

Beanstandung durch VA

Wie bereits aus früheren Prüfverfahren der VA bekannt ist, kann der Drogenhandel in den Vollzugsanstalten offenbar nicht restlos unterbunden werden. Alleine der Umstand aber, dass von einem Häftling illegal Methadon konsumiert wurde und dieser dadurch zu Tode kam, ist dem Strafvollzug zuzuordnen und kann – ob die verantwortlichen Vollzugsorgane daran eine Schuld trifft oder nicht – keinesfalls als korrekt im Sinne der Rechtslage angesehen werden (VA BD/816-J/02).

Gesetzeswidrigkeit systemimmanent

9.1.7.3 Sexueller Missbrauch in Justizanstalt

Auf Grund der Information eines ehemaligen Häftlings über einen bisher nicht zur Anzeige gebrachten Fall sexuellen Missbrauchs in der Justizanstalt Leoben leitete die VA das **amtswegige** Prüfverfahren ein. Ein ehemaliger Häftling wandte sich nach seiner Entlassung an die VA und teilte mit, dass ein 19-jähriger Mann durch Mitinsassen sexuell missbraucht worden sei.

Amtsweigiges Prüfverfahren wegen sexuellen Missbrauchs in Justizanstalt

Der von der VA kontaktierte Justizminister bestätigte, dass der sexuelle Missbrauch eines 19-jährigen Mannes durch Mitinsassen der Anstaltsleitung bislang nicht bekannt gewesen sei. Erst auf Grund der von der VA weitergeleiteten Angaben konnte das Opfer ermittelt und zum angegebenen Sachverhalt befragt werden. Das Opfer bestätigte nach anfänglichem Zögern, im besagten Zeitraum durch Mitinsassen misshandelt worden zu sein, wobei es auch zur Vornahme sexueller Handlungen gekommen war. Eine Meldung an den zuständigen Abteilungsbeamten hatte er jedoch offensichtlich aus Scham unterlassen.

Justizminister erlangte erst durch VA Kenntnis von Vorfall

Sexueller Missbrauch durch Mithäftlinge wird von Opfer bestätigt

VA Mag. Ewald Stadler**BMJ**

Von der Justizanstalt Leoben wurden daraufhin die zum Schutz des Insassen und zur Wahrheitsfindung notwendigen Maßnahmen getroffen und gemäß § 118 Abs. 2 StVG Anzeige bei der Staatsanwaltschaft Leoben erstattet.

Justizanstalt erstattet Anzeige bei der Staatsanwaltschaft

Seitens des Justizministeriums wird darauf in der ausführlichen Stellungnahme verwiesen, dass sämtliche Hafträume der Justizanstalt Leoben entsprechend den Bestimmungen der Vollzugsordnung für Justizanstalten täglich kontrolliert würden. Wöchentliche Inspektionen würden durch die Justizwachkommandanten vorgenommen und zwecks Überprüfung durch den Anstaltsleiter schriftlich dokumentiert. Darüber hinaus würde bei der wöchentlichen Haftvisite durch den Vizepräsidenten des Landesgerichtes Leoben den Insassen die Möglichkeit geboten, Bitten und Beschwerden vorzubringen.

Kontrollinstrumentarien in der Justizanstalt haben in diesem Fall versagt

Da diese Kontrollinstrumentarien in der Justizanstalt Leoben in diesem besonders schwer wiegenden Fall versagt haben, regt die VA an, dass im Zuge der üblichen Kontrollen den Insassen verstärkt die Möglichkeit zu Einzelgesprächen angeboten wird (VA BD/386-J/03).

VA regt mehr Einzelgespräche mit Insassen an

9.1.8 Tätigkeit der Staatsanwaltschaften

9.1.8.1 Rechtwidriges diversionelles Vorgehen

VA BD/552-J/03, Bundesministerium f. Justiz JMZ99.445/4-IV2/03

Die VA führte aufgrund der Beschwerde des Vaters eines Opfers eines Verkehrsunfalls ein Prüfverfahren im Bereich des Bundesministeriums für Justiz betreffen dem diversionellen Vorgehen nach §§ 90a, 90c StPO der Staatsanwaltschaft Korneuburg durch.

Im Zuge des Prüfverfahrens der VA ergab sich, dass der Verkehrsunfall mit Personenschaden an den Bezirksanwalt beim Bezirksgericht Korneuburg übermittelt wurde.

Der Unfall (das KZF durchstieß die Randleitschiene, schleuderte über die dort ca. 2 Meter hohe Böschung, überschlug sich angeblich, kam schließlich einige Meter weiter zu liegen und brannte völlig aus) ereignete sich auf einer Autobahnausfahrt bei Nacht. Laut Aussage des ebenfalls geschädigten Beifahrers war der Unfallenker bereits trotz mehrmaliger Aufforderung mit immens hoher Geschwindigkeit gefahren.

220 Km/h auf Autobahn

Gravierende Unfallfolgen

Sowohl der Beifahrer als auch die auf dem Rücksitz mitfahrende Tochter des Einschreiters erlitten schwere Verletzungen. Als Folge des Unfalls musste bei der Tochter des Einschreiters, die im künstlichen Tiefschlaf gehaltenen wurde, eine Oberschenkelamputation durchgeführt werden.

Einfache Zahlung statt Strafverfahren am selben Tage angeboten

BMJ

VA Mag. Ewald Stadler

Noch am Tage des Einlangens der Anzeige, genehmigte die Staatsanwaltschaft Korneuburg, trotz Kenntnis der Unfallfolgen den Vorschlag zur Zahlung eines Geldbetrags gemäß § 90 c StPO und trat nach der Bezahlung endgültig von der weiteren Verfolgung zurück.

Die Staatsanwaltschaft Korneuburg berichtete im Zuge des Prüfverfahrens, dass folgende Erwägungen für das Vorgehen nach § 90c StPO ausschlaggebend waren:

"Da der Eintritt des gegenständlichen Verkehrsunfalls und der daraus resultierenden Folgen auch bei einer relativ geringfügigen vom Beschuldigten eingeräumten Überschreitung der höchstzulässigen Geschwindigkeit von 130 km/h möglich erschien, wurde dem Beschuldigten die Zahlung eines Geldbetrages gemäß § 90 c StPO in der Höhe von € 1.870,-- angeboten und nach erfolgter Bezahlung durch den Beschuldigten das Verfahren am 25. Juni 2003 gemäß § 90 c Abs. 5 StPO eingestellt."

Die diversionelle Erledigung durch die Staatsanwaltschaft Korneuburg stellt aus mehreren Gründen einen **Missstand** in der Verwaltung dar.

Aus spezialpräventiver Sicht ist die Diversion nur dann zulässig, wenn der Täter schon allein durch das bisherige Ermittlungsverfahren, durch das Erkennen des Unrechtsgehalts der Tat und die daraus folgende Einsicht oder durch andere Umstände genügend abgeschreckt ist, sodass die Prognose erstellt werden kann er werde eine strafbare Handlung nicht mehr begehen.

Bei Vorliegen von einer schweren Schuld, welche nach den allgemeinen Grundsätzen der Strafbemessung zu bestimmen ist, ist das Vorgehen mittels Diversion ebenfalls unzulässig. Daher ist bei der Prüfung der Voraussetzungen nach § 90a StPO auch die Intensität der deliktspezifischen Rechtsgutbeeinträchtigung, d.h. der zurechenbare Erfolg im Rahmen der Schuldfrage zu berücksichtigen.

Dies hat die Staatsanwaltschaft Korneuburg jedoch nicht getan. Der Unfallenker gestand selbst zu, die abstrakt zulässige Höchstgeschwindigkeit "geringfügig" überschritten zu haben (das Erfordernis der Reduktion der Fahrtgeschwindigkeit bei Dunkelheit und die Bedachtnahme dass der gegenständliche Unfall sich auf einer Autobahnausfahrt ereignete, auf welcher selbst eine Geschwindigkeit von 130 km/h als auffallender Sorgfaltswiderstoß hätte qualifiziert werden müssen, scheint gänzlich außer Betracht geblieben zu sein). Infolge der Amputation des Beins der Tochter des Einschreiters sowie weiterer schwerer Verletzungen war auch ein außergewöhnlich schwerer Erfolg eingetreten.

Unhaltbare Rechtsansicht

€ 1870 für zerstörtes Leben

Verfahren begründet mehrere Missstände

Voraussetzungen für diversionelles Vorgehen

Schwere Schuld verkannt

StA verkennt Ausschlussgrund

VA Mag. Ewald Stadler

BMJ

Im Ergebnis war festzuhalten dass unter Abwägung aller schuld-relevanten Strafzumessungsfaktoren die Schuld als schwer i.S. des § 90a StPO einzustufen gewesen wäre. Eine diversionelle Erledigung der Strafsache steht daher mit dem Gesetz nicht im Einklang.

Erledigung rechtswidrig

Weiters vermisste die VA Erhebungen zu der Voraussetzung des § 90a StPO, ob spezialpräventive Gründe der diversionellen Erledigung entgegenstehen. Jedenfalls wären in diesem Zusammenhang mögliche verwaltungsbehördliche Vormerkungen des Unfallenkers wegen Übertretungen der Straßenverkehrsordnung zu überprüfen gewesen, was aber nicht erfolgte.

Spezialpräventive Voraussetzungen nicht geprüft

Dem Tagebuch der Staatsanwaltschaft Korneuburg selbst waren keinerlei Erwägungen bereffend die Anwendbarkeit der §§ 90a ff StPO zu entnehmen, sodass die Staatsanwaltschaft Korneuburg auch ihrer Dokumentationspflicht nicht nachgekommen ist.

Dokumentation nicht genügend

Aus diesen Gründen (unrichtige Beurteilung der Schwere der Schuld, mangelnde Ermittlungen zu spezialpräventiven Überlegungen, mangelhafte Dokumentation) stellte die VA einen **Missstand** im Bereich der Staatsanwaltschaft Korneuburg fest.

VA stellt Missstand fest

Im Zuge der Darstellung dieses Falle im ORF pflichtete der Vertreter des BMJ der Rechtsansicht der VA bei, dass das diversionelle Vorgehen nicht dem Gesetz entsprach. Für die VA stellt sich im Ergebnis die Situation insofern als unbefriedigend dar, als das als gravierend fehlerhafte Entscheidungen der StA die weitere Verfolgung von Tätern verhindern kann.

Einsehen von Fehlverhalten

Die VA regt daher an, geeignete Instrumentarien zu schaffen, welche bei Vorliegen gravierender rechtlicher Fehleinschätzung durch die StA, nicht nur die **Feststellung** der Rechtswidrigkeit des staatsanwaltschaftlichen Handelns, sondern auch die weitere Verfolgung des diversionell behandelten Täters sichern.

9.1.8.2 Unzureichende Ermittlungen der StA Wiener Neustadt

VA BD/760-J/02, BMJ JMZ90.846/14-IV2/03

N.N. wandte sich Beschwerde führend an die VA und brachte vor, dass die StA Wiener Neustadt hinsichtlich des tragischen Unfall-todes ihrer Mutter keine entsprechenden Ermittlungen pflege.

Der Beschwerde liegt zu Grunde, dass die 88-jährige Mutter der Beschwerdeführerin im September 1999 in ihrer Wohnung über eine steile, gewedelte Treppe stürzte und sich dabei schwer verletzte. Die Mutter der Beschwerdeführerin war alleine zu Hause. Die Verunfallte verstarb einen Tag nach dem Unglück an tödlichen Kopfverletzungen. Moniert wird in diesem Zusammenhang, dass die Verunfallte von der herbeigerufenen Rettung (ohne

Tragischer Unfall

BMJ**VA Mag. Ewald Stadler**

Arztbesatzung) 3 ½ Stunden ohne jegliche Hilfe und Versorgung im Stich gelassen wurde und erst 5 Stunden nach dem Unfall ins Spital eingeliefert wurde.

Im Zuge des volksanwaltschaftlichen Prüfungsverfahrens kam folgender Sachverhalt hervor: Wenige Tage nach dem Unfall langte in der Kanzlei der StA Wiener Neustadt eine Sachverhaltsdarstellung der Beschwerdeführerin ein, in der diese um strafrechtliche Beurteilung insbesondere des Verhaltens der Sanitäter ersuchte. Diese Sachverhaltsdarstellung wurde dem Bezirksgericht Mödling mit dem Antrag auf Durchführung von Erhebungen durch den Gendarmerieposten Maria Enzersdorf übermittelt. Der Gendarmerieposten Maria Enzersdorf wurde ersucht, die verdächtigen Rettungsfahrer auszuforschen. Wenige Wochen später langte beim BG Mödling die an den Bezirksanwalt adressierte Vollanzeige des Gendarmeriepostens Maria Enzersdorf ein und wurde in weiterer Folge dem Gericht rückgestellt. Eine Registrierung der nunmehr namentlich angezeigten Sanitäter unterblieb jedoch sowohl bei Gericht als auch bei der Bezirksanwältin beim BG Mödling.

Unterlassene Hilfeleistung?

Am 1. Mai 2000 übersandte die Beschwerdeführerin der StA Wiener Neustadt ein Beschwerdeschreiben, in dem sie im Wesentlichen um aufsichtsbehördliche Überprüfung des Vorgehens der Bezirksanwältin beim BG Mödling ersuchte. Im Zuge der Überprüfung des Tagebuches durch die StA Wr. Neustadt wurde das Beschwerdeschreiben der Beschwerdeführerin vom 1. Mai 2000 ohne Ersichtlichmachung des Datums seines Einlangens und ohne weitere Behandlung vorgefunden. Trotz dieser festgestellten offenkundigen Mängel kam es in weiterer Folge zu keinem Verfahrensfortgang.

Trotz erkannter Mängel unterbleibt Aktenbearbeitung

Nachdem die bislang zuständige Bezirksanwältin pensioniert wurde, wurde die nunmehr zuständige Bezirksanwältin beim BG Mödling im September 2002 auf den Umstand aufmerksam, dass das Verfahren hinsichtlich der 3 Sanitäter noch unerledigt war. Nach der Setzung von Verfahrensschritten gab die nunmehr zuständige Bezirksanwältin die Erklärung gemäß § 90 Abs. 1 StPO ab.

Neue Bezirksanwältin stellt Verfahren zu Unrecht ein

Daraufhin wandte sich die Beschwerdeführerin an die VA, die das Verfahren im Oktober 2002 einleitete. Im November 2002 fiel bei der Überprüfung des Tagebuches auf, dass wesentliche gerichtsmedizinische Gutachten dem Akt fehlten. In weiterer Folge stellte sich heraus, dass eine verlässliche Beurteilung des Verhaltens der 3 Sanitäter insbesondere im Hinblick auf § 95 Abs. 1 StGB einer Verbreiterung der Entscheidungsgrundlage bedürfe. Nach dem Einschreiten der VA beantragte der Leiter der StA Wiener Neustadt daher im Dezember 2002 beim BG Mödling nach formloser Fortsetzung des Strafverfahrens gegen die 3 Sanitäter die Vervollständigung des Aktes. Insbesondere wurde

Ordnungsgemäße Aktenbearbeitung erst nach Beschwerde bei VA

VA Mag. Ewald Stadler**BMJ**

die Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens zur Frage des Ausmaßes der Hilfsbedürftigkeit und der Art der zweckmäßigen Hilfeleistung beantragt.

Ein Strafverfahren gegen die 3 verdächtigen Sanitäter ist mittlerweile beim BG Mödling anhängig.

Strafverfahren eingeleitet

Aus Sicht der VA ist festzuhalten, dass die erörterten Unzulänglichkeiten in der Tagebuchführung und die daraus resultierende Verfahrensverzögerung eindeutig als gesetzwidrig zu qualifizieren sind. Seitens des Bundesministeriums für Justiz wurde dieser Fall zum Anlass genommen, bei der regelmäßig stattfindenden allgemeinen Besprechung mit Bezirksanwälten, Aufsichtsstaatsanwälten und Kanzleibediensteten der StA Wiener Neustadt mit Nachdruck auf die erforderliche Sorgfalt bei der Aktenführung und die Notwendigkeit der richtigen Erfassung von Einlaufstücken hinzuweisen. Weitere aufsichtsbehördliche Maßnahmen unterblieben im Hinblick auf die bereits erfolgte Versetzung der seinerzeit zuständigen Bezirksanwältin beim BG Mödling in den dauernden Ruhestand.

9.1.9 Dienstrecht

9.1.9.1 Keine Einstellung als Justizwachebeamter bei Überschreiten der Altersgrenze von 30 Jahren

Drei Bf wandten sich unabhängig voneinander an die VA, da ihnen im Hinblick auf das Überschreiten der Altersgrenze von 30 Jahren die Aufnahme in den Justizwachdienst verweigert worden war.

Verweigerung der Aufnahme in den Justizwachdienst aus Altersgründen

Mit Erlass vom 4. Dezember 2001 genehmigte das Bundesministerium für Justiz die Einleitung eines Ausschreibungsverfahrens zur Besetzung von Planstellen im Justizwachdienst. Die drei Bf bewarben sich auf Grund dieses Ausschreibungsverfahrens unabhängig voneinander als Justizwachebeamte, im Glauben, dass Nachsichtsmöglichkeiten bei Überschreiten des Höchstalters von 30 Jahren im Exekutivdienst vorgesehen waren. Zwei der Bf hatten das 30. Lebensjahr bereits überschritten, ein weiterer Bf war zum Zeitpunkt der Bewerbung und erfolgreich abgelegten Prüfung erst 29 Jahre.

Bewerbungen wegen Streichung der Nachsichtsmöglichkeit von Vorneherein aussichtslos

Im Hinblick auf die erfolgreich abgelegte Aufnahmeprüfung unterzog sich der 29-jährige Bf einer teuren Augenlaseroperation und lehnte eine Aufnahme als Gemeindebediensteter ab. Im Jänner 2003 erhielt er jedoch eine definitive Absage – er war vor dem 1. September 2002 30 Jahre alt geworden - unter Berufung auf das Deregulierungsgesetz - Öffentlicher Dienst 2002, welches mit 1. September 2002 in Kraft getreten war.

Ablehnung einer anderen Arbeitsstelle im Vertrauen auf in Aussicht gestellte Aufnahme

BMJ**VA Mag. Ewald Stadler**

Im Fall des zweiten Bf hatte der Präsident des Oberlandesgerichtes Linz - ohne Berücksichtigung der geltenden Rechtslage – mit Schreiben vom 23. September 2002 die Ermächtigung erteilt, diesen als Justizwachebeamten aufzunehmen. Der Bf wurde trotz Vollendung des 30. Lebensjahres eingeladen, sich am 4. November 2002 zum Dienstantritt zu melden. Auf Grund einer telefonischen Anfrage im Justizministerium am 3. Oktober 2002 wurde die zuständige Sachbearbeiterin des Präsidiums des Oberlandesgerichtes Linz darauf hingewiesen, dass die neuen gesetzlichen Bestimmungen auch bereits anhängige Bewerbungsverfahren betreffen, wenn die tatsächliche Aufnahme in den Justizwachdienst erst nach dem 1. September 2002 erfolgt. Daraufhin wurde die an den 32-jährigen Bf bereits zugestellte Einladung zum Dienstantritt noch am selben Tag mündlich und in der Folge schriftlich durch das OLG Linz unter Berufung auf das Deregulierungsgesetz – Öffentlicher Dienst 2002 widerrufen.

Bereits zugesagte Aufnahme widerrufen

Der dritte Bf hatte sich als definitiv gestellter Beamter des österreichischen Bundesheeres mit Schreiben vom 10. September 2002 um Übernahme in den Justizwachdienst der Justizanstalt Wels beworben und den Eignungstest bestanden. Seine Bewerbung wurde mangels Planstelle – ungeachtet der Überschreitung des 30. Lebensjahres - vorerst in Evidenz genommen. Auch in diesem Fall wurde die seit 1. September 2002 durch das Deregulierungsgesetz – Öffentlicher Dienst 2002 geschaffene Rechtslage nicht berücksichtigt.

Mit Eignungstest Hoffnung auf beruflichen Umstieg geweckt

Durch dieses Gesetz wurde nämlich die in § 4 Abs. 4 BDG geregelte Möglichkeit, eine Nachsicht bei Überschreiten der Altersobergrenze von 30 Jahren zu erteilen, ersatzlos gestrichen. Auf diese Gesetzesänderung wurden die nachgeordneten Dienstbehörden im Bereich des Justizressorts mit Erlass des Bundesministeriums für Justiz vom 24. September 2002 zusätzlich hingewiesen.

Deregulierungsgesetz streicht Nachsichtsmöglichkeit bei Überschreiten der Altersobergrenze

In den von der VA angeforderten Stellungnahmen hält der Justizminister ausdrücklich fest, dass der Wegfall der Möglichkeit einer Nachsicht vom Höchstalter von 30 Jahren bei Eintritt in den Exekutivdienst gerade im Bereich des Justizwachdienstes schwer verständlich ist, zumal eine Nachsicht wirklich nur in Ausnahmefällen beantragt wurde und die jahrelange Erfahrung gezeigt habe, dass gereifte Persönlichkeiten oft in Kombination mit Berufserfahrung eine Bereicherung für die Arbeit mit Insassen waren.

Nachsicht auch aus Sicht des BMJ sinnvoll

Wiewohl in allen drei Beschwerdefällen Beschwerdegegenstand die geltende Rechtslage ist und ein Missstand in der öffentlichen Verwaltung nicht vorliegt, sondern vielmehr alle potenziellen Bewerber bei Überschreiten der Altersgrenze gleichermaßen betroffen sind, hat die Neuregelung durch das Deregulierungsgesetz – Öffentlicher Dienst 2002 für alle drei Bfs eine unerwartete Wendung der Bewerbungsverfahren bewirkt. Im Hinblick darauf, dass

VA regt Wiedereinführung der Nachsichtsmöglichkeit an

VA Mag. Ewald Stadler

BMJ

es auch nach Meinung des Justizministeriums von Vorteil ist, wenn ausgereifte Persönlichkeiten die Insassen von Justizanstalten betreuen, regt die VA an, seitens des Parlaments die Wieder einföhrung der Ermöglichung von Ausnahmebestimmungen bei Erreichen von Altersobergrenzen zu erwägen (VA BD/236-J/03, VA BD/854-J/04 und VA BD/79-J/03).

BMLV

VA Mag. Ewald Stadler

10 Bundesminister für Landesverteidigung

10.1 Geschäftsbereich von Volksanwalt Mag. Ewald Stadler

10.1.1 Allgemeines

Das Beschwerdeaufkommen im Ressortbereich des Bundesministers für Landesverteidigung ist gegenüber dem Vorjahr annähernd gleich geblieben.

Beschwerdeaufkommen und Schwerpunkte gegenüber dem Vorjahr nahezu unverändert.

Wie bereits in den Vorjahren, so bildeten auch im gegenständlichen Berichtszeitraum Dienstrechtsbelange und vermutete Unrechtmäßigkeiten bei der Einberufung zur Wehrpflicht den Großteil der Eingaben. Gegenüber den Vorjahren ist auch die Anzahl derjenigen Beschwerden gestiegen, die Probleme im Grundwehrdienst oder gar behauptete Schikanen zum Gegenstand hatten. Konnte noch im **24. Bericht an den Nationalrat** darauf hingewiesen werden, dass keine einzige Beschwerde mit Bezug auf Schikanen vorliegt, ist die Tendenz seither leider steigend. Tatsächlich umfassen die behandelten Beschwerden ein äußerst vielfältiges Spektrum vom Schadenersatzrecht (Flurschäden) über Probleme mit Naturalwohnungen (Benützungsentgelt, Betriebskosten, etc.) bis zu Anpassungsschwierigkeiten im Auslandseinsatz oder als ungerecht empfundenen Disziplinarstrafen:

Nach wie liegt der Schwerpunkt der Beschwerden mit Landesverteidigungsbezug im Bereich dienst- und pensionsrechtlicher Probleme. Viele der diesbezüglichen Eingaben haben Schwierigkeiten im Verhältnis zwischen Vorgesetzten und Untergebenen zum Gegenstand oder beziehen sich gar auf den ausdrücklichen Vorwurf von "Mobbing". Überhaupt zeigt sich, dass Berufsmilitärpersonen bzw. zivile Ressortbedienstete im Vergleich zu Präsenzdienern wesentlich beschwerdefreudiger sind. Möglicherweise werden von Präsenzdienern allfällige Probleme angesichts der nur kurzen Wehrdienstdauer als unmaßgeblich verdrängt oder aber an die Bundesheer-Beschwerdekommision herangetragen. Demgegenüber vertrauen Ressortbedienstete eher auf die alsbalige Abstellung von Belastungen durch die Hilfe der VA.

Ressortbedienstete erweisen sich im Vergleich mit Präsenzdienern als wesentlich beschwerdefreudiger.

10.1.2 Rechtswidrige Kündigung von langjährigen Pachtverträgen

Eine Landwirtin aus Tirol führte bei der VA Beschwerde über die Kündigung von langjährigen Pachtverträgen durch das Bundesministerium für Landesverteidigung.

VA Mag. Ewald Stadler

BMLV

Im Jahre 1938 wurden landwirtschaftliche Flächen gegen Entschädigung zu Gunsten des Truppenübungsplatzes Lizum abgelöst. Im Falle der beschwerdegegenständlichen "Ziener Aste" betrug die Ablöse laut Kaufvertrag vom 16.09.1939 RM 71.000,00 (Reichsmark), was nach heutigen Wert etwa € 291.100,00 entspricht.

Ablöse von Liegenschaften im III. Reich

Nach dem 2. Weltkrieg wurden die gegenständlichen Grundstücke zwar beim Truppenübungsplatz Lizum belassen, jedoch an die Bauern um öS 300,00 pro Jahr verpachtet. Eine Wertsicherungsklausel zu Lasten der jeweiligen Pächter wurde nicht vereinbart. Im Falle der beschwerdegegenständlichen "Ziener Aste" wurde der Pachtvertrag zwischen dem Ehemann der Beschwerdeführerin und dem öffentlichen Verwalter für ehemalige Wehrmachtsliegenschaften in Tirol bei der Bundesgebäudeverwaltung II in Innsbruck im Mai 1949 vorerst für die Dauer von sechs Jahren geschlossen. Mit einer Zusatzvereinbarung im Juni 1954 wurde der Vertrag auf unbestimmte Zeit verlängert.

"Friedenspacht" nach dem zweiten Weltkrieg vereinbart

In der Entscheidung der Rückstellungskommission beim Landesgericht Innsbruck vom 23.06.1949 zu Zahl 467/48-14 wurde den Rückstellungsanträgen der seinerzeitigen Eigentümer und nunmehrigen Pächter der Almen entgegengehalten, dass "durch vertragliche Bindungen die Verwendung für almwirtschaftliche Zwecke ermöglicht wird". Angesichts der Absicht des Österreichischen Bundesstaates, das gegenständliche Gebiet künftig für Wehrzwecke zu verwenden, wurde den Rückstellungsanträgen im Zusammenhang mit den angekündigten "vertraglichen Bindungen für die almwirtschaftliche Nutzung" nicht stattgegeben.

Rückstellungsanträge abgewiesen

Die Pachtverträge wurden mit der Übergabevereinbarung zwischen der Republik Österreich und dem Land Tirol vom 27.10.1955 abgesichert. Die Rechtswirksamkeit dieser Absicherung wurde durch § 5 des Staatsvertragsdurchführungsgesetzes (BGBI. 165/1956) bekräftigt. Im Zuge der Übergabeverhandlung haben das Bundesministerium für Handel und Wiederaufbau und das Land Tirol in Innsbruck am 27.10.1955 zu Punkt III. festgelegt:

Einvernehmen mit Tiroler LReg. wird zur Bedingung für Vertragsänderungen

13.) *"Hinsichtlich des Pachtzinses sowie weiterer Einzelheiten über die Pachtverträge zur landwirtschaftlichen Nutzung von Grundstücken werden im Einvernehmen mit dem Amte der Tiroler Landesregierung, Gruppe III, getroffen."*

14.) *"Meinungsverschiedenheiten in der Auslegung dieser Vereinbarung sollen unter tunlichster Vermeidung des Rechtsweges durch Anruf des Landeshauptmannes von Tirol durch diesen oder des von ihm Beauftragten nach Anhören aller Beteiligten ausgetragen werden."*

BMLV

VA Mag. Ewald Stadler

Der Ehemann der Beschwerdeführerin wurde als Pächter der "Ziener Aste" vom Militärkommando Tirol mit Schreiben vom 12 12 2000 davon in Kenntnis gesetzt, dass zur Erzielung eines marktkonformen Pachtschillings eine öffentliche Ausschreibung des Pachtgegenstandes vorzunehmen sei, weshalb auftrags des Heeres- Bau- und Vermessungsamtes der gegenständliche Pachtvertrag unverzüglich aufzulösen und das Pachtverhältnis per 01 02 2001 gekündigt sei. Es wurde dem Pächter allerdings gestattet, die "Ziener Aste" für die Nutzungsperiode 2001 weiter zu nützen.

Plötzlicher Eingriff des BMLV in bestehende Verträge

Anfang Mai 2001 wurde der bisherige Pächter vom Heeres- Bau- und Vermessungsamt darüber informiert, dass sein Angebot betreffend die Neuverpachtung der "Ziener Aste" (ca. 2,42 ha) mit öS 5.000,00 pro Jahr weit unter den Bestgeboten von öS 26.000,00 liegt. In diesem Schreiben wurde der bisherige Pächter bzw. nunmehrige Pachtwerber auch eingeladen, sein Angebot nachzubessern und allfällige Investitionen der letzten zehn Jahre zwecks etwaiger Einrechnung als Vorleistung auf den künftigen Pachtzins bekannt zu geben. Im Zuge einer diesbezüglichen Besprechung erhob der Pächter Mitte Mai 2001 Einwendungen gegen die nicht fristgerechte Kündigung.

BMLV will mehr Geld von Bergbauern

Mit Schreiben des Heeres- Bau- und Vermessungsamtes wurde der Pächter allerdings im Jänner 2002 aufgefordert, die gegenständliche Aste im Hinblick auf den gekündigten Pachtvertrag bis Ende Februar 2002 dem Militärkommando Tirol zurückzustellen. Trotz weiterer Einwendungen des Pächters bestand das Heeres- Bau- und Vermessungsamt auf dem Rückgabetermin.

Pächter soll Alm zurückgeben

Seitens des Rechtsvertreters des Pächters wurde im Dezember 2002 beim Bezirksgericht Hall eine Feststellungsklage betreffend die Kündigung des Pachtverhältnisses gerichtsanhangig gemacht.

Rechtlich ist festzuhalten, dass die Vereinbarung zwischen der Republik Österreich und dem Land Tirol vom 27 10 1955 in den Zeitraum (08 05 1945 bis 31 07 1956) fällt, in dem die Republik Österreich gemäß § 5 des 1. Staatsvertragsdurchführungsgesetzes (BGBl. 165/1956) für durch Bundesdienststellen eingegangene Verpflichtungen haftet. Daraus ergibt sich unzweifelhaft, dass die seinerzeitige Vereinbarung seitens des Bundesministeriums für Landesverteidigung nicht eingehalten wurde. Es hätte die Tiroler Landesregierung vor jeder Änderung der Pachtverträge zumindest zur Stellungnahme bzw. zur Vermittlung aufgefordert werden müssen.

Die Verpflichtung, vor Änderung der Pachtverträge das Einvernehmen mit der Tiroler Landesregierung herzustellen, wurde vom Bundesministerium für Landesverteidigung nicht eingehalten

Die Heeresverwaltung wendete sich vielmehr gegen die Einhaltung der geschlossenen Pachtverträge unter Missachtung der Übertragungsvereinbarung vom 27 10 1955. Die im Bundesministerium für Landesverteidigung eingenommene Haltung, wonach es das vereinbarte Einvernehmen mit dem Amt der Tiroler Lan-

Vorgehensweise des BMLV nach Ansicht der VA rechtswidrig

VA Mag. Ewald Stadler**BMLV**

desregierung nicht herstellen wolle, entbehrt einer nachvollziehbaren Begründung. Die seinerzeit geschlossenen Vereinbarungen können nämlich weder durch Zeitablauf, noch durch Änderungen der Ressortzuständigkeit auf Bundesebene obsolet geworden sein. Dies gilt auch für die Übertragungsvereinbarung vom 27 10 1955. Nach Ansicht der VA waren deshalb die vom Bundesministerium für Landesverteidigung vorgenommenen Pachtvertragskündigungen ohne Herstellung des Einvernehmens mit dem Lande Tirol rechtswidrig.

Der Bundesminister für Landesverteidigung hat außerdem mit Schreiben vom 11 02 2003 zu Zahl 91154/1-PMVD/2003 zum Ausdruck gebracht, vor Abschluss der derzeit beim Bezirksgericht Hall/Tirol laufenden Feststellungsklage des Ehemannes der Beschwerdeführerin (betroffener Pächter) keine Stellungnahme im Gegenstande abgeben zu wollen. Dabei wird offensichtlich verkannt, dass ein laufendes zivilgerichtliches Verfahren nicht geeignet ist, die Prüfungszuständigkeit der VA zu unterbrechen oder einzuschränken.

BMLV verkennt Zuständigkeit der VA

Die Beschwerdeführer haben sich mit dem Bundesministerium für Landesverteidigung im Dezember 2003 vor dem Bezirksgericht Hall/Tirol verglichen. Der Vergleich erwuchs am 31 01 2004 in Rechtswirksamkeit. Aus Sicht der VA ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführer in Verkennung der geltenden Rechtslage zu einer, für das BMLV lukrativeren Lösung gedrängt wurden. Die Prozessanhängigkeit war völlig überflüssig. Das BMLV hätte sich bereits Anfang 2003 dem Vorschlag der VA nach einer vernünftigen Lösung anschließen können. (VA BD/58-LV/01)

Vergleich nach überflüssigen Prozess

10.1.3 Legistische Anregung betreffend Fahrtkostenzuschuss – ein Erfolg nach mehr als zwölf Jahren:

Seit dem **13. Bericht an den Nationalrat (für das Jahr 1990)** forderte die VA in den legistischen Anregungen im Anhang zu ihren Berichten eine Änderung im Gehaltsgesetz 1956. Es zeigte sich nämlich, dass die Bestimmungen des § 20b Abs.6 Z.1 dieser Norm für Dienstnehmer unzumutbare Härten nach sich zieht. Im Falle der Einstellung des Fahrtkostenzuschusses – etwa wegen einer Dienstzuteilung – ist eine Neubemessung erst mit dem auf die Änderung folgenden Monatsersten wirksam. Beginnt nun beispielsweise eine zweitägige Dienstzuteilung an einem Monatsletzten und endet am darauf folgenden Monatsersten, dann geht der Betroffene – trotz normaler Dienstleistung während des fast ganzen Monats – bis zum nächsten Monatsersten seines Fahrtkostenzuschusses verlustig. Einen Anspruchsverlust für einen ganzen Monat bei lediglich tagweisem Wegfall der Voraussetzungen hält die VA für ungerechtfertigt.

Bisherige Bemühungen blieben erfolglos

Die bisherigen Bemühungen der VA verliefen weitgehend erfolglos. Auch dem sachlich für Dienstrechtsangelegenheiten zuständigen Regierungsmitglied war dieses Problem bislang offenbar kein Anliegen. Nunmehr jedoch hat der Bundesminister für Landesverteidigung aufgrund einer neuerlichen Anfrage der VA mitgeteilt, dass die bestehende Gesetzeslage auch seiner Ansicht nach unbefriedigend ist. Deshalb habe er den Auftrag zur Ausarbeitung einer Problemlösung angeordnet, die im Rahmen der nächsten Dienstrechtsnovelle an das federführende Bundeskanzleramt übermittelt werden wird. (VA BD/134-C/01)

**Nunmehr Umdenken im
BMLV**

10.1.4 Ungerechtes Disziplinarverfahren

Ein Unteroffizier der Militärstreife hat sich an die VA gewandt und führte Beschwerde über eine willkürliche Bestrafung im Kommandantenverfahren. Dieser Bestrafung liegt ein dienstliches Vorgehen des Beschwerdeführers gegen einen Offizier zugrunde. Die VA hat ein Prüfungsverfahren durchgeführt, wobei nicht nur mehrere Stellungnahmen des Bundesministers für Landesverteidigung eingeholt wurden, sondern auch sämtliche bezughabenden Schriftstücke aus dem Disziplinarakt einer Beurteilung unterzogen worden sind.

**Offizier und Unteroffizier
prallen aneinander**

Während der Bundesheer-Übung "Retzerland 2002" kam es am Hauptplatz der Stadt Retz zu einer Auseinandersetzung zwischen dem Beschwerdeführer – dieser ist Unteroffizier der Militärstreife – und einem Offizier der dort eingerichteten Informations- und Pressestelle. Der gegenüber dem Beschwerdeführer nicht befehlshabende Offizier störte nämlich eine Amtshandlung des Unteroffiziers durch unqualifizierte Bemerkungen sowie Beschwichtigungs- und Beeinflussungsversuche. Der Unteroffizier untersteht dem Militärrkommandanten der Steiermark, während der Offizier – ein Milizionär – beim Militärkommando Niederösterreich beordert ist. Diese beiden Militärrkommanden gehörten ehemals (vor der Neustrukturierung des Bundesheeres) dem Korpskommando I (gemeinsames Kommando) an.

**Offizier stört Amts-
handlung**

Der Beschwerdeführer hatte laut Streifenauftrag des Militärkommandos Steiermark Überprüfungen im Übungsraum Retz vorzunehmen. Er sah sich durch unbewacht in einem Fahrzeug deponierte Militärwaffen richtigerweise zum Einschreiten veranlasst und hat die diesbezügliche Amtshandlung gegen die betroffenen Soldaten vorschriftsmäßig durchgeführt. Von keinem der niederschriftlich vernommenen Soldaten wurde ein unkorrektes Verhalten der Militärstreife behauptet.

**Offizier verweigert
Ausweisleistung und
will sich der Identitäts-
feststellung entziehen**

Die Perlustrierung der Fahrzeugbesatzung durch den Militärstreifentrupp wurde durch diesen Offizier gestört, der sich ohne Veranlassung und Zuständigkeit in die Amtshandlung einmengte. Er wurde deshalb vom Beschwerdeführer zur Ausweisleistung

VA Mag. Ewald Stadler

BMLV

aufgefordert, die er jedoch verweigerte und seine Störung – unqualifizierte Bemerkungen über die Amtshandlung, Beschwichtigungs- und Beeinflussungsversuche – fortsetzte. Als ihm aus diesem Grunde vom Beschwerdeführer die Festnahme angedroht wurde, versuchte sich der Offizier durch Entfernen vom Ort der Amtshandlung der Feststellung seiner Identität zu entziehen und wurde deshalb vom nacheilenden Beschwerdeführer am rechten Oberarm und kurzfristig auch am rechten Unterarm festgehalten. Da der Festgehaltene aber dennoch versuchte, seine Flucht fortzusetzen, zog er sich eine Schulterzerrung zu.

Noch am gleichen Tage wurde das Verhalten des Beschwerdeführers von dessen unmittelbarem Vorgesetzten ausdrücklich als richtig beurteilt. In weiterer Folge richtete der betroffene Offizier eine ordentliche Beschwerde an das Korpskommando I. Dieses erklärt die **Beschwerde** im Mai 2002 für **berechtigt**. Demgegenüber stellte der Rechtsberater des Militärrkommandanten der Steiermark noch im Juni 2002 fest, dass der Beschwerdeführer sich angemessen verhalten hat und regte an, das Verhalten des betroffenen Offiziers disziplinär zu würdigen. Eine Sachverhaltsdarstellung des Militärrkommandos Steiermark, die der Ordnung halber an die Staatsanwaltschaft Graz übermittelt wurde, wurde umgehend gemäß § 90 Abs.1 StPO (Nichtvorliegen von Verfolgungsgründen) zurückgelegt und das Verhalten des Angezeigten als gerechtfertigt qualifiziert. Trotzdem kam es im Juli 2002 letztendlich zur disziplinären Bestrafung des Beschwerdeführers durch den Kommandanten der Stabskompanie des Militärrkommandos Steiermark. Dieses Disziplinarerkenntnis wurde im Berufungsverfahren vom Militärrkommandanten der Steiermark bestätigt.

Sogar Staatsanwaltsschaft beurteilt Verhalten als gerechtfertigt

Es ist deshalb unverständlich, wenn dem Beschwerdeführer zum Vorwurf gemacht wird, durch Nacheile bzw. Festhalten des Verdächtigen eine allenfalls weiterhin erforderliche Festnahme auch tatsächlich zu ermöglichen. Letztendlich konnte nur durch das Einlenken des Verdächtigen (Ausweisleistung) eine Festnahme desselben unterbleiben.

Bemerkenswert ist auch der Unterschied in der unterschiedlichen Behandlung des Beschwerdeführers und einerseits und des Offiziers andererseits. Während gegen den Unteroffizier ein Disziplinarerkenntnis erlassen wurde, wurde gegen den Offizier, der die gesamte Misere verursacht hat, kein Disziplinarverfahren eingeleitet. Auch angesichts dieser unsachlichen Ungleichbehandlung kam die VA zu dem Schluss, dass man sich durchwegs der Rechtsansicht der StA Graz hätte anschließen können, nämlich das Verhalten des Beschwerdeführers als gerechtfertigt zu beurteilen. Der Versuch der VA eine Aufhebung der Bestrafung zu erwirken scheiterte an der, vom BMLV korrekt wiedergegebenen Rechtslage, wonach nach den einschlägigen Bestimmungen des HDG nur eine Verletzung von Verfahrensvorschriften zur Behebung eines rechtskräftigen Disziplinarerkenntnisses führen kann.

Der an dem Vorfall beteiligte Unteroffizier wird disziplinär bestraft. Der an den Ereignissen schuldige Offizier wird hingegen geschont.

BMLV

VA Mag. Ewald Stadler

Die von der VA festgestellte inhaltliche Rechtswidrigkeit ist für den Beschwerdeführer daher leider nur mehr von deklaratorischer Bedeutung. (VA BD/67-LV/02)

10.1.5 Unverständliche Hindernisse bei der Heranziehung zum Auslandseinsatz

Im Zusammenhang mit der Bearbeitung einer Eingabe wurde der VA bekannt, dass der zivile Arbeitgeber eines Freiwilligen für den Kosovo-Einsatz dessen Arbeitskraft auf Einsatzdauer nicht verlieren wollte. Deshalb hat er das Bundesministerium für Landesverteidigung auf ein gegen den Betroffenen anhängiges Verwaltungsstrafverfahren hingewiesen. Aus diesem Grunde wurde dem Freiwilligen – er sollte im August 2002 in den Einsatz gehen – der Einberufungsbefehl **amtswegig** aufgehoben. Unter Berücksichtigung des Postlaufes hat der Betroffene etwa zwei Tage vor dem Abmarsch von seinem Ausscheiden erfahren. Es ist davon auszugehen, dass er zu diesem Zeitpunkt längst alle privaten Dispositionen für eine sechsmonatige Einsatzdauer getroffen hatte. Die VA führte deshalb ein **amtswegiges** Prüfungsverfahren betreffend die Personalverwaltungsrichtlinien des Bundesministeriums für Landesverteidigung für die Entsendung in das Ausland durch.

Restiktive Personalverwaltungsrichtlinien des BMLV

In diesen Richtlinien (Erlass vom 28.12.1999 zu Zahl 21.300/19-2.8/99) wird in Punkt IV/B/3./b/cc tatsächlich normiert, dass unter anderem offene Anzeigen, offene Pfändungsforderungen und Pfändungsverfahren generelle Ausschließungsgründe für eine Auslandsentsendung sind. Diese Bestimmung stellt sich für die VA aus mehreren Gründen als **beanstandenswert** dar:

Unzulässige Abkehr von der Unschuldsvermutung

Zum Zeitpunkt einer Anzeige bzw. im schwebenden Verfahren steht noch gar nicht fest, ob der Angezeigte überhaupt schuldhaft gehandelt hat. Es wird – unabhängig von den Umständen der Anzeige – gleichsam ein Fehlverhalten des Angezeigten vorweggenommen und ihm eine erhebliche Erwerbschance genommen. Diese Vorgangsweise lässt sich bei Verwaltungsstrafverfahren auch nicht mit der Verfahrenssicherung (Schutz vor Verjährung) begründen, weil es sich in diesem Bereich zumeist um geringfügige Delikte handelt. Es bestehen hingegen keinerlei Bedenken dagegen, anhängige und auch rechtskräftig verurteilende Strafgerichtsverfahren als Hinderungsgrund für einen Auslandseinsatz anzusehen.

Letztendlich ist es jedem, dessen Interessen sich gegen die Auslandsverwendung eines bestimmten Freiwilligen richten (Arbeitgeber, nachgereichte Mitbewerber zum Einsatz, etc.) durch eine – wenn auch unbegründete – Anzeige möglich, den Einsatz des Betroffenen zu verhindern.

Denunzianten wird Tür und Tor geöffnet

VA Mag. Ewald Stadler**BMLV**

Für die weitaus meisten Betroffenen ist ein Auslandseinsatz die einzige Möglichkeit, rasch sehr viel Geld zu verdienen. Es ist deshalb unverständlich, dass denjenigen, die diese Erwerbschance am dringendsten benötigen (Verschuldete, Gepfändete), die Möglichkeit eines Auslandseinsatzes grundsätzlich genommen wird. Fälle von verantwortungsloser Krida fallen ohnedies bereits durch das strafgerichtliche Einschreiten aus der Heranziehbarkeit zum Auslandseinsatz heraus. Privatrechtliche Verpflichtungen bzw. anhängige Lohnpfändungen sind militärisch bedeutungslos.

Die Grenzen für die Heranziehbarkeit zum Auslandseinsatz wurden offenbar etwas zu eng gezogen. Deshalb scheint es erforderlich, eine allfällige Änderung der Personalauswahlkriterien zu überdenken. Der Bundesminister für Landesverteidigung hat gegenüber der VA im Wesentlichen ausgeführt, dass eine Änderung der gegenwärtigen Praxis aus verfahrensökonomischen Gründen nicht beabsichtigt sei. Auch liege bei Parteien anhängeriger Verwaltungsverfahren ein "beeinträchtigtes Verhältnis zur Rechtsordnung und den rechtlich geschützten Werten" vor.

Die österreichische Rechtsordnung unterscheidet hinsichtlich strafbarer Verhaltensweisen zwischen Verbrechen, Vergehen und Verwaltungsübertretungen. Die letzte Gruppierung umfasst den umfangreich größten Bereich von Gesetzesverstößen, der tatsächlich wegen seiner Vielfalt nicht katalogisiert werden kann. Faktum ist aber auch, dass schon alleine der Begriff "Verwaltungsübertretung" eine in Vergleich zu gerichtlich zu ahndenden Straftaten bestehende Geringfügigkeit in sich birgt. Der Argumentation des Verteidigungsministers hinsichtlich "beeinträchtigtes Verhältnis zur Rechtsordnung und den rechtlich geschützten Werten" kann deshalb nicht gefolgt werden. Es kann nämlich grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass nahezu jeder Bürger im Verlaufe seines Lebens – wenn auch nur wegen fahrlässig begangener Verfehlungen – in mehrere Verwaltungsstrafverfahren verwickelt ist (Verkehrsdelikte, etc.). Der geäußerten Ansicht des BM/LV zu folgen würde letztendlich bedeuten, dass dem Großteil der österreichischen Bevölkerung ein gestörtes Verhältnis zur Rechtsordnung und den rechtlich geschützten Werten unterstellt wird.

Es ist vielmehr objektiv so, dass vereinzelte Verwaltungsübertretungen – diese können aufgrund der Materiengesetze zumeist auch fahrlässig begangen werden – keinesfalls ein brauchbares Indiz für die Einstellung einer Person gegenüber der Rechtsordnung bilden. Laut dem gegenständlichen Erlass ist eine Person aber nicht erst bei einer Vielzahl von einschlägigen Verwaltungsübertretungen und rechtskräftigen Verwaltungsstrafen als für den Auslandseinsatz ungeeignet anzusehen, sondern bereits bei Vorliegen einer einzigen Anzeige. Dem Grundsatz der Unschuldsvermutung wird dadurch krass verletzt.

Eine Änderung der Personalauswahlkriterien für Auslandseinsätze wäre erforderlich.

Es ist nicht richtig, wenn Parteien von Verwaltungsstrafverfahren seitens des Verteidigungsministeriums kriminalisiert werden.

Das Verteidigungsministerium hält ohne plausibler Begründung an seinen Ansichten fest

Aspekte der militärischen Sicherheit bei zu hoher Verschuldung sind sicherlich abhängig von der Funktion des Betroffenen. Ein grundsätzlicher Zusammenhang zwischen Schulden und militärischer Unzuverlässigkeit kann nicht gesehen werden. So kennt beispielsweise das Wehrgesetz 2001 keine Befreiung von der Wehrpflicht wegen hoher Schulden.

Richtig ist, dass laufende Lohnpfändungen durch einen Auslandseinsatz eine Unterbrechung erfahren würden, weil der bisherige Drittshuldner keine Überweisungen mehr tätigt, ein neuer Drittshuldner aber über den Hauptverband der Sozialversicherungsträger nicht festzustellen ist (keine Sozialversicherungspflicht im Auslandseinsatz). Der Gläubigerschutz gehört aber nicht zu den Aufgaben des BMLV. In diesem Zusammenhang wäre es zweckmäßig, im Falle laufender Lohnpfändungen vom Schuldner einen Nachweis darüber zu verlangen, dass er den betreibenden Gläubiger von der Tatsache und von der voraussichtlichen Dauer des Auslandseinsatzes verständigt hat. Das Vorliegen eines solchen Nachweises würde weitere Gläubigerschutzüberlegungen des BMLV gegenstandslos machen.

Ein Einschreiten des Gesetzgebers könnte das Vorgehen des Verteidigungsministeriums beenden

Das Auslandseinsatzgesetz 2001 regelt nur den groben Rahmen der Entsendung von Personen bzw. Einheiten in das Ausland. Die Kriterien für die Personalauswahl liegen alleine im Ermessen des BMLV. Es gibt keinen Rechtsanspruch auf Annahme einer Freiwilligenmeldung. Für die VA wirft sich allerdings die Frage auf, ob der Österreichische Nationalrat als Gesetzgeber wiederholte Verletzungen der Unschuldsvermutung sowie die Verhinderung von Erwerbschancen von Bürgern tatsächlich gewollt hat, als er es mangels entsprechender gesetzlicher Bestimmungen dem Bundesministerium für Landesverteidigung überlassen hat, die Kriterien für die Personalauswahl auf dem Erlasswege zu regeln.
(VA BD/54-LV/02)

10.1.6 Verletzung durch mangelnde Rücksichtnahme

Ein ehemaliger Präsenzdiener wandte sich an die VA, weil die mangelnde Beachtung ärztlich verordneter Ausbildungsbeschränkungen durch einen vorgesetzten Unteroffizier beim Beschwerdeführer zu einer Verletzung mit erheblichen Schmerzen führte. Der Beschwerdeführer war wegen Knieproblemen "hindernisbahnbefreit". Mit der Begründung, dass es sich um eine "Kampfbahn" handle, wurde der Beschwerdeführer verhalten, einen Teil der "Hindernisbahn" zu bewältigen, was prompt zu einer schweren Verletzung am bereits lädierten Knie führte. Die VA forderte vom BMLV daraufhin ein angemessenes Schmerzensgeld.

Ein Grundwehrdiener muss trotz ärztlicher Befreiung Hindernisse bewältigen.

Vom Bundesminister für Landesverteidigung wurde eingeräumt, dass der Beschwerdeführer sehr wohl vom Militärarzt von den Ausbildungsthemen Sport, Lauf, Marsch und Hindernisbahn be-

Kampfbahn ist keine Hindernisbahn?

VA Mag. Ewald Stadler**BMLV**

freit worden war. Keine Befreiung lag hingegen betreffend das Ausbildungsthema Waffen- und Schießdienst vor. Bei dem unfallgegenständlichen Ausbildungsvorhaben ging es darum, die Handfeuerwaffe richtig und dem Gelände entsprechend einzusetzen. Zur drillmäßigen Übung wurden dabei Teile der Hindernisbahn als "Kampfbahn" verwendet. Das Bewältigen der Hindernisbahn (genormte militärische Sportausbildungsstätte) als solche war nicht Thema der Ausbildung und sei dem Beschwerdeführer auch nicht abverlangt worden.

Für die VA steht fest, dass genau jene Verletzung eingetreten ist, die vom Militärarzt unter Berücksichtigung der auf der Hindernisbahn üblichen Bewegungsabläufe ehemals befürchtet wurde und diesen veranlasst hat, eine Befreiung des Beschwerdeführers von dieser Anlage zu verfügen.

Nach Ansicht der VA ist es unmaßgeblich, ob die Hindernisbahn zur Gänze als solche oder nur zum Teil als "Kampfbahn" verwendet worden ist. Die militärärztliche Befreiung von der Hindernisbahn soll bewirken, dass der betreffende Soldat zur Schonung seiner Gesundheit den körperlichen Anforderungen auf dieser Ausbildungsstätte nicht ausgesetzt werden darf. Dabei ist völlig unmaßgeblich, aus welchem Grunde diese Hindernisse genommen werden sollen. Es ist zur Beurteilung des Fehlverhaltens des Vorgesetzten auch nicht von Bedeutung, dass – wie seitens des Bundesministeriums für Landesverteidigung vorgebracht worden ist – vom Ausbildungsleiter der Vorrang eigener Sicherheit gegenüber dem Übungszweck ausdrücklich betont worden ist.

Vielmehr hätte der vorgesetzte Unteroffizier – nachdem er vom Beschwerdeführer auf die vorliegende Befreiung aufmerksam gemacht worden ist – diesen von der beabsichtigten Ausbildungsmaßnahme dispensieren müssen. Diesem Gebot der Fürsorglichkeit wurde jedoch nicht entsprochen. Der Beschwerdeführer wurde – im Gegenteil – sogar ausdrücklich zu eben jenen Bewegungsabläufen befohlen, von welchen er militärärztlicherseits befreit worden war. Die Folge davon war eine schmerzhafte Verletzung, deren Eintritt vorherzusehen war und die bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt zweifellos hätte verhindert werden können.

Das Prüfungsverfahren im Gegenstande ist noch nicht abgeschlossen, weil der VA noch keine endgültige Reaktion des Ressortministers in Bezug auf die Anregung einer finanziellen Entschädigung an den Beschwerdeführer zugegangen ist.
(VA BD/22-LV/03)

Sinn des ärztlichen Verbo tes ignoriert

Der verantwortliche Vorgesetzte hat dem Gebot der Fürsorglichkeit nicht entsprochen

Die VA hat eine finanzielle Entschädigung angeregt.

11 Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft

11.1 Geschäftsbereich von Volksanwältin Rosemarie Bauer

11.1.1 Allgemeines

Die häufigsten Prüfungsverfahren bei denen die VA der Beschwerde Berechtigung zuerkennen musste betrafen wiederum Verfahrensverzögerungen (vgl. auch Bericht der VA 2002). Die gravierendsten Fälle werden im Grundrechtsteil (Pkt. 15.2.2.4 - 15.2.2.8, S. 272) dargestellt.

11.1.2 Verlängerung eines Wassernutzungsrechtes verzögert sich - Amt NÖ LReg

VA BD/150-LF/03, Amt NÖ LReg WA1-W-33.829/24-03

Mit Bescheid des Landeshauptmanns von Niederösterreich vom 29. März 1994 sei der Betrieb der Teichanlage des Rechtsvor-gängers von N.N. rechtskräftig bewilligt und bis zum 31. März 2004 befristet worden.

N.N. habe als Rechtsnachfolger sodann am 10. Juli 2002 beim Amt der Niederösterreichischen Landesregierung, Abteilung Was-serrecht, einen Antrag um Verlängerung der in Rede stehenden wasserrechtlichen Bewilligung eingebracht. Trotz mehrfacher Rückfragen habe er aus für ihn nicht nachvollziehbaren Gründen bislang keinen Bescheid betreffend die Verlängerung der wasser-rechtlichen Bewilligung erhalten. In diesem behördlichen Verhal-ten vermutete N.N. einen Missstand in der Verwaltung.

Für die VA erhab sich nach Einholung einer behördlichen Stel-lungnahme folgendes Bild:

Die zuständige Wasserrechtsbehörde bestätigte gegenüber der VA zunächst, dass mit obgenanntem Bescheid die wasserrechtli-che Bewilligung für die Nutzung des Grundwasserteiches - befri-stet bis zum 31. März 2004 - erteilt wurde.

Gegen diesen Bescheid hat die Landeshauptstadt St. Pölten Be-rufung erhoben und beantragt, das Wasserrecht anstelle von 10 Jahren nur auf 5 Jahre zu befristen.

Berufung gegen befr-i-stete Bewilligung

VA Rosemarie Bauer**BMLFUW**

Die Berufung wurde vom Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft mit Bescheid abgewiesen und der genannte erstinstanzliche Bescheid des Landeshauptmanns von Niederösterreich vom 29. März 1994 bestätigt. Dieser Bescheid ist in Rechtskraft erwachsen.

Die zuständige Wasserrechtsbehörde führte als Grund für die Befristung und die Berufung der Landeshauptstadt St. Pölten an, dass der genannte Teich in einem besonders potenzen und schützenswerten Grundwasserspeicher angelegt sei und somit am Rande des für die Trinkwasserversorgung für St. Pölten benötigten Grundwasserfeldes IV der Landeshauptstadt St. Pölten liege. Weiters liege der Teich innerhalb bestehender Schutz- und Schongebiete.

Die Wasserrechtsbehörde bestätigte gegenüber der VA auch das Einlangen des Antrages des Beschwerdeführers vom 10. Juli 2002, mit welchem dieser um die Wiederverleihung des Wasserrechts im höchstmöglichen Ausmaß ersucht hat.

Die Wasserrechtsbehörde führte weiters aus, dass im Hinblick auf die heikle wasserwirtschaftliche Situation sodann mit Schreiben vom 12. Juli 2002 um gutachterliche Stellungnahme der Amtsachverständigen für Biologie ersucht worden sei. Diese habe mit Schreiben vom 15. Juli 2003 festgestellt, dass nach fachlicher Ansicht davon auszugehen sei, dass das öffentliche Interesse am Schutz des Grundwassers ausreichend geschützt sei, wenn weiterhin die im Bescheid festgelegten Rahmenbedingungen eingehalten würden. Allerdings befindet sich die Anlage innerhalb eines für die Trinkwasserversorgung in der Stadt St. Pölten relevanten Grundwasserkörpers, weshalb daher im Zuge des Verfahrens zur Wiederverleihung zu prüfen sein werde, ob sich zwischenzeitig die wasserwirtschaftlichen Rahmenbedingungen geändert hätten. Diese Informationen seien vor Erstellung eines abschließenden Gutachtens von der Behörde einzuholen.

Die Behörde hat in weiterer Folge für 2. September 2003 eine Ortsaugenscheinverhandlung für 9. Oktober 2003 unter Beziehung der erforderlichen Sachverständigen und sämtlicher Beteiligten anberaumt. Das Verhandlungsprotokoll ist der VA ebenfalls zwischenzeitig übermittelt worden. Weitere behördliche Schritte wurden der VA bislang nicht zu Kenntnis gebracht.

Die Behörde stützte sich begründend weiters auf die Bestimmungen des § 21 Abs. 3 2. Satz Wasserrechtsgesetz 1959 idgF., die besagt, dass der bisher Berechtigte – wenn das Ansuchen rechtzeitig gestellt wird – einen Anspruch auf Wiederverleihung des Rechtes hat, wenn öffentliche Interessen nicht im Wege stehen und die Wassernutzung unter Beachtung des Standes der Technik erfolgt. Bis zur Wiederverleihung bzw. Abweisung des Antrages darf das Wasserrecht jedenfalls ausgeübt werden.

BMLFUW

VA Rosemarie Bauer

Die VA hat hiezu Folgendes erwogen:

Gemäß § 73 Abs. 1 AVG ist die Behörde verpflichtet über Anträge von Parteien ohne unnötigen Aufschub, spätestens aber innerhalb von 6 Monaten nach dessen Einlangen den Bescheid zu erlassen. Dies bedeutet, dass jede Partei in einem Verwaltungsverfahren jedenfalls einen subjektiven Rechtsanspruch auf Erlassung eines Bescheides hat, wenn ein Antrag oder eine Berufung offen ist.

Wie die Behörde gegenüber der VA bestätigt hat, ist in dem von N.N. beanstandeten Verfahren zu Erlassung des wasserrechtlichen Bewilligungsbescheides bislang keine Entscheidung ergangen.

Entscheidungspflicht verletzt

Die Behörde hat somit die in § 73 Abs. 1 AVG normierte höchstzulässige Entscheidungspflicht von 6 Monaten beträchtlich überschritten.

Wiewohl die VA nicht verkennt, dass auf Grund der von der Behörde dargestellten heiklen wasserwirtschaftlichen Situation das Ermittlungsverfahren umfangreich und arbeits- sowie zeitintensiv gestaltet sein mag, vermögen die von der Behörde angeführten Gründe die lange Verfahrensdauer nicht zu rechtfertigen.

Auch der Umstand, dass der Ablauf der Bewilligungsdauer gemäß § 21 Abs. 3 Wasserrechtsgesetz 1959 i.d.g.F. bis zur rechtskräftigen Entscheidung über das Ansuchen um Wiederverleihung gehemmt ist, entbindet die zuständige Wasserrechtsbehörde nicht von ihrer gesetzlichen Entscheidungspflicht gemäß § 73 Abs. 1 AVG.

Die erhebliche Überschreitung der gesetzlichen Entscheidungsfrist von 6 Monaten liegt daher im überwiegenden Verschulden der Behörde. Der **Beschwerde** war daher insoweit **Berechtigung** zuzuerkennen.

Die VA hat der Wasserrechtsbehörde daher nahe gelegt, umgehend und raschestmöglich ihrer gesetzlichen Entscheidungspflicht nachzukommen und über das gegenständliche Ansuchen des Beschwerdeführers vom 10. Juli 2002 mit Bescheid abzusprechen.

VA Rosemarie Bauer**BMF**
MLFUW

**11.1.3 Überlanges Wiederaufnahmeverfahren be-
treffend die wasserrechtliche Bewilligung
für die Errichtung einer Teichanlage -
BMF**

VA BD/130-LF/03, BMF 13.812/58-I3/2003

Am 13. Dezember 2001 hat N.N. einen (zweiten) Antrag auf Wiederaufnahme des mit Bescheid vom 18. Juni 2001 durch die Oberste Wasserrechtsbehörde abgeschlossenen wasserrechtlichen Bewilligungsverfahrens (mit dem die Berufung über den abweislichen wasserrechtlichen Bewilligungsbescheid für den Betrieb einer Teichanlage auf dem Grundstück 10850, KG Oberwart, abgewiesen wurde) eingebracht.

Mit Bescheid des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft vom 12. September 2003 hat die Oberste Wasserrechtsbehörde diesem Wiederaufnahmeantrag nicht stattgegeben.

Die 21 Monate (!) lange Verfahrensdauer begründete die Oberste Wasserrechtsbehörde damit, dass erneut zahlreiche Verfahrenssachverhalte (welche im Übrigen nicht näher ausgeführt wurden) in der Angelegenheit "Teichanlage des Herrn N.N." durchzuführen waren.

**21 Monate für Ent-
scheidung**

Auch seien die Verwaltungsakten dem Bundesministerium bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 24. Jänner 2002 nicht vorgelegen.

Darüber hinaus sei eine fristgerechte Erlassung des Bescheides auf Grund des Erfordernisses einer umfassenden rechtlichen Beurteilung und angesichts der großen Arbeitsbelastung in der für die Angelegenheit zuständigen Abteilung nicht möglich gewesen.

Hiezu war festzuhalten, dass es Sache der zuständigen Behörde ist, sich die entscheidungswesentlichen Aktenunterlagen vorlegen zu lassen und für den Fall, dass diese Aktenunterlagen auch Teil eines bei einem anderen Entscheidungsträger anhängigen Verfahrens sind, entsprechende Kopien anzufertigen.

Auch Hinweise auf die Überlastung einer Behörde können die Geltendmachung der Entscheidungspflicht nicht vereiteln. Die Überlastung der mit behördlichen Aufgaben betrauten Organe selbst begründet zwar kein Verschulden dieser Organe, sehr wohl aber jedenfalls ein Organisationsverschulden der mit der personellen Ausstattung befassten Stellen.

Auch das Argument der Behörde, dass eine umfassende rechtliche Beurteilung des Falles einer fristgerechten Erlassung des Bescheides entgegengestanden habe, vermag die zögerliche

BMLFUW

VA Rosemarie Bauer

Vorgangsweise bei der bescheidmäßigen Absprache über den zweiten Wiederaufnahmeantrag insofern nicht rechtfertigen, als die ordnungsgemäße und umfassende Beurteilung von Lebenssachverhalten auf ihre rechtliche Stimmigkeit in einem wie dem vorliegenden Verfahren – wenn eine Entscheidung in der Sache zu erfolgen hat – ohnedies grundsätzlich verfahrensimmanent ist.

Die von der Behörde angeführten Gründe vermögen daher die zögerliche Vorgangsweise bei der Durchführung des (zweiten) Wiederaufnahmeverfahrens nicht rechtfertigen und sind daher der Behörde zuzurechnen.

Die lange Dauer des vorliegenden Wiederaufnahmeverfahrens war daher zu **beanstanden** und der **Beschwerde** des Herrn X.X. insofern **Berechtigung** zuzuerkennen.

Da die Behörde – wenn auch wesentlich verspätet – mit Ergang des Bescheides vom 12. September 2003 ihrer Entscheidungspflicht nachträglich nachgekommen ist, waren weitere Veranlassungen entbehrlich.

11.1.4 Konsenswidriger bzw. konsensloser Betrieb eines Werkskanals: Verfahrensverzögerungen – BH Baden

VA BD/10-LF/03, Bezirkshauptmannschaft Baden 9-W-1226-2002

Das Ehepaar N.N. wandte sich an die VA und brachte vor, dass es infolge eines undichten Wehrkanals zu einer beträchtlichen Kellervernässung auf ihrem Grundstück komme. Die Wasserrechtsbehörde sei säumig bei der Vornahme entsprechender wasserpolizeilicher Maßnahmen zur Herstellung eines wasserrechtsgesetzlichen und bescheidmäßigen Zustandes.

Undichter Wehrkanal führt zu Schäden

Nach Einholung diverser Stellungnahmen bei der Wasserrechtsbehörde ergab sich für die VA nachstehendes Bild:

1. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Baden vom 15. Jänner 1993 wurde der Rechtsvorgänger der XX, Herr YY, verpflichtet, innerhalb von 3 Monaten um die Erteilung einer nachträglichen Bewilligung für die Neuerrichtung der Stauanlage "Rotes Wehr" als Klappenwehr anzusuchen.

Auf Grund der dagegen fristgerecht erhobenen Berufung hat der Landeshauptmann von Niederösterreich mit Bescheid vom 25. März 1998 entschieden, dass innerhalb von 3 Monaten entweder das "Rote Wehr" wiederum als Segmentwehr wieder herzustellen (sohin in den ursprünglichen Zustand zurückzuführen) oder innerhalb dieser Frist unter Anschluss der erforderlichen Unterlagen um die Erteilung der wasserrechtlichen Bewilligung zur Abänderung dieser Wehranlage als Kappenwehr anzusuchen ist.

VA Rosemarie Bauer**BMF**
UW

Infolge der Anrufung des Verwaltungsgerichtshofes durch X.X. hat das Höchstgericht mit Erkenntnis vom 25. Juli 2002 den bekämpften Bescheid des Landeshauptmanns von Niederösterreich vom 25. März 1998 aufgehoben

VwGH hebt Bescheid auf

In Entsprechung dieses Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 25. Juli 2002 wurde mit neuerlichem Bescheid des Landeshauptmanns von Niederösterreich vom 9. Oktober 2002 der Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Baden vom 15. Jänner 1993, 9-W80206/61, behoben und die Angelegenheit zur neuerlichen Verhandlung (und Erlassung eines neuen Bescheides) an die Bezirkshauptmannschaft Baden zurückverwiesen.

Eine bescheidmäßige Absprache in diesem wasserpolizeilichen Auftragsverfahren ist – von den der VA vorgelegten Informationen und Unterlagen ausgehend – jedoch bislang nicht erfolgt.

Den behördlichen Informationen war auch nicht zu entnehmen, ob und bejahendenfalls welche ergänzenden Erhebungen in Folge des höchstgerichtlichen Judikats vom 25. Juli 2002 durch die Bezirkshauptmannschaft Baden als zuständige Wasserrechtsbehörde erfolgt sind.

Dass die zuständige Wasserrechtsbehörde im zweiten Rechtsgang einen neuerlichen Bescheid erlassen hat bzw. das Verfahren einem rechtsrichtigen Abschluss zugeführt hat, war aus den vorliegenden Informationen nicht ersichtlich und wurde auch von der Behörde gegenüber der VA nicht behauptet.

Verzögerungen im 2. Rechtsgang

Vielmehr führte die Bezirkshauptmannschaft Baden in ihrer Stellungnahme vom 15. Jänner 2004 aus, dass das in Rede stehende wasserpolizeiliche Verfahren gemäß § 138 Abs. 2 WRG 1959 idgF mit Behebung des Bescheides des Landeshauptmanns von Niederösterreich durch den Verwaltungsgerichtshof und der erfolgten Zurückverweisung an die Bezirkshauptmannschaft Baden infolge des Bescheides des Landeshauptmanns von Niederösterreich vom 9. Oktober 2002 abgeschlossen sei.

Die Bezirkshauptmannschaft Baden hätte jedoch aufgrund des genannten Bescheides des Landeshauptmanns von Niederösterreich vom 9. Oktober 2002 jedenfalls entsprechende ergänzende Erhebungen durchzuführen gehabt.

In diesem zweiten Rechtsgang hätte sie sodann im Zuge des fortgesetzten wasserpolizeilichen Verfahrens aufgrund der Erhebungen entweder einen neuerlichen Bescheid allenfalls in Form eines wasserpolizeilichen Auftrages (z.B. eines Alternativeauftrages gemäß § 138 RG 1959 idgF) zu erlassen bzw.

Notwendige Erhebungen unterbleiben

BMLFUW

VA Rosemarie Bauer

das Verfahren auf Grund der ergänzenden Erhebungen rechtlich einwandfrei und nachvollziehbar einem anderen Abschluss (etwa durch Einstellung) zuzuführen gehabt.

Auch das Bewilligungsansuchen vom 5. März 1992 für die Abänderung der Streichwehr in eine Klappenwehr entbindet die Bezirkshauptmannschaft Baden ohne weitere Erhebungen nicht von dem beanstandeten behördlichen Handlungsbedarf.

Der **Beschwerde** des Ehepaars N.N. war daher bezüglich dieses Fehlverhaltens der Wasserrechtsbehörde, das in Rede stehende Verfahren nach Ergang des höchstgerichtlichen Erkenntnisses nicht gesetzmäßig fortzusetzen und entsprechend abzuschließen, insoweit **Berechtigung** zuzerkennen.

Die VA hat der Wasserrechtsbehörde daher nahe gelegt, die in diesem Zusammenhang notwendigen rechtsbereinigenden Maßnahmen im Sinne der dargelegten Ausführungen zur Herstellung des wasserrechtsgesetzlichen Zustandes raschest möglich nachzuholen und ersucht, ihr über die von der Behörde vorzunehmenden Schritte sowie über den Abschluss des wasserpolizeilichen Verfahrens entsprechend zu berichten.

2. Den behördlichen Informationen zufolge handelte es sich bei der gegenständlichen Ausbildung der Streichwehr als Klappenwehr infolge des Hochwasserereignisses im Dezember 1991 um eine bewilligungspflichtige Abänderung der ursprünglich bewilligten Anlage.

Unerledigter Bewilligungsantrag

Diesbezüglich sei von der Gemeinde Trumau am 5. März 1992 um Erteilung einer (nachträglichen) wasserrechtlichen Bewilligung angesucht worden.

Festzustellen war auch, dass die Bezirkshauptmannschaft Baden als zuständige Wasserrechtsbehörde hiefür bislang weder ein wasserrechtliches Bewilligungsverfahren durchgeführt noch einen wasserrechtlichen Bescheid (in Form einer Ab- oder Zurückweisung des Antrages oder der Erteilung einer wasserrechtlichen Bewilligung) erlassen hat.

Vielmehr sei den behördlichen Angaben zufolge der in Rede stehende Antrag offensichtlich einem anderen wasserrechtlichen Bezugsakt irrtümlich beigeschlossen worden. Der Antrag ist damit bislang unbehandelt geblieben.

Darüber hinaus wird die Anlage in ihrer derzeit bestehenden Form aus wasserrechtlicher Sicht konsenslos betrieben.

Anlässlich einer kommissionellen Überprüfung des Werkskanals am 31. Oktober 2002 sei von den Vertretern der Betreiberin in diesem Zusammenhang in Aussicht gestellt worden, dass eine technische Verbesserung der Wehranlage ohnehin

VA Rosemarie Bauer**BMLFUW**

geplant und im Zuge dessen auch beabsichtigt sei, dass um Erteilung der wasserrechtlichen Bewilligung für die 1992 (!) erfolgte Abänderung der Streichwehr in eine Klappenwehr und über die beabsichtigten Abänderung angesucht würde.

Dieses Ansuchen sei jedoch bislang bei der Wasserrechtsbehörde nicht eingegangen.

Vielmehr werde nach Angaben der Behörde derzeit geklärt, ob das 1992 von der Gemeinde Trumau beantragte Verfahren fortgeführt oder mit einer entsprechenden Einreichung eines weiteren Ansuchens gerechnet werden könne.

Aus Sicht der VA war festzuhalten, dass es zwar grundsätzlich zweckmäßig und auch rechtlich geboten ist, rechtlich oder tatsächlich zusammenhängende Gegenstände aus prozessökonomischen Gründen zu verbinden.

Demgegenüber bestand jedoch aufgrund des vorliegenden fehlenden wasserrechtlichen Konsens ein dringender Handlungsbedarf der Wasserrechtsbehörde zur Rechtsbereinigung.

Es bestand dringender Handlungsbedarf

Darüber hinaus hat der Bewilligungswerber auch im laufenden wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren noch immer die Möglichkeit, den Verfahrensgegenstand abzuändern oder zu erweitern.

Letztlich erschien der dem Bewilligungswerber eingeräumte Zeitraum zur Einbringung des in Aussicht gestellten Antrages zur Bewilligung der technischen Verbesserungen der bestehenden Anlage auch im Lichte einer bürgerfreundlichen Verwaltung im Ausmaß von rund 17 Monaten (!) jedenfalls ausgeschöpft.

Die von der Behörde vorgebrachten Gründe vermochten ihre zögerliche Vorgangswise bzw. ihre Säumnis bezüglich der Fortsetzung und des Abschlusses des wasserrechtlichen Bewilligungsverfahrens nicht rechtfertigen. Dieses Verhalten der Wasserrechtsbehörde war daher zu **beanstanden** und der **Beschwerde** des Ehepaars N.N. insoweit ebenfalls **Berechtigung** zuzuerkennen.

Die VA hat der Wasserrechtsbehörde daher nahe gelegt, raschestmöglich über den in Rede stehenden Antrag ein entsprechendes Verfahren durchzuführen und darüber mit Bescheid abzusprechen und der VA über den Fortgang des wasserrechtlichen Bewilligungsverfahrens sowie über den Abschluss desselben entsprechend zu berichten.

BMLFUW

VA Rosemarie Bauer

11.1.5 Abwasserbeseitigungsanlage: Zögernde Vorgangsweise der Wasserrechtsbehörde - Amt NÖ LReg

VA BD/115-LF/03, Amt NÖ LReg LAD1-BI-20/033-99

N.N. wandte sich als Vertreter einer Bürgerinitiative im Zusammenhang mit der Marktgemeinde Wiener Neudorf mit Bescheid des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom 11. April 1996 erteilten wasserrechtlichen Bewilligung der Abwasserbeseitigungsanlage an die VA.

Anlage 1997 fertig gestellt...

Er brachte vor, obwohl die Anlage nicht funktioniere und immer wieder Mängel aufgezeigt werden, sei es zu einer Wiederverleihung des Wasserrechts gekommen.

...Überprüfungsverfahren dauert an

Aus der übermittelten Stellungnahme des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung geht hervor, dass das Überprüfungsverfahren zu den wasserrechtlichen Bewilligungsbescheiden vom 13. Dezember 1994 und vom 11. April 1996 noch nicht bescheidmäßig abgeschlossen wurde. Ebenso wenig erfolgte eine Wiederverleihung des mit Bescheid vom 11. April 1996 verliehenen Wasserrechtes.

Keine angemessene Verfahrensdauer

Die VA kritisiert die hier vorliegende zögernde Vorgangsweise der Behörde, zumal bereits im Prüfverfahren zu VA BD/18-LF/99 seitens der VA festgestellt werden musste, dass die Abwasserbeseitigungsanlage am 1. März 1997 fertig gestellt wurde. Die Begründung der Behörde, dass mehrere Eingaben des N.N. die Einholung zusätzlicher Sachverständigengutachten erforderten, reicht nicht aus, den noch ausstehenden bescheidmäßigen Abschluss des Überprüfungsverfahrens zu rechtfertigen.

Die vorliegende Verfahrensdauer kann auch nicht mehr als "angemessen" bezeichnet werden.

11.1.6 Perma-Kultur: Zögerliche Vorgangsweise der Behörde - BH Jennersdorf

VA BD/81-LF/03, BH Jennersdorf 09-06-506/28

N.N. und X.X. wandten sich an die VA und brachten vor, dass ihre Nachbarn vor etwa rund 1 ½ Jahren mit der Errichtung einer Perma-Kultur in Henndorf begonnen hätten. Dabei habe offensichtlich die Absicht bestanden, hanggeneigte Grundstücke in mehrere Terrassen zu gliedern, um dort eine spezielle Baumkultur zu pflanzen.

Beginn der Errichtung einer Perma-Kultur...

Im Zuge dessen seien umfangreiche Erdbaggerungsarbeiten durchgeführt worden, die zu gravierenden Veränderungen der

..Aufschüttung von Erdwällen...

VA Rosemarie Bauer**BMLFUW**

Geländestruktur und des Landschaftsbildes geführt hätten. Es seien Erdwälle bis zu einer Höhe von 5 m bis 6 m aufgeschüttet und Vertiefungen und Ausgrabungen für Teiche hergestellt worden, wobei die Ab- und Überläufe in Richtung der Nachbargrundstücke geführt worden seien.

Darüber hinaus seien auch Tiefenbohrungen bis 80 m vorgenommen worden, die anscheinend zur Bewässerung der Teiche dienen sollten. Auf Grund der durchgeföhrten Tiefenbohrungen führe nach Angaben von N.N. die von ihm genutzte, auf dem Nachbargrundstück befindliche Quellfassung kein Wasser mehr.

...Tiefenbohrung lässt Wasser versiegen...

Ein wasserrechtliches Bewilligungsverfahren für die Tätigkeiten auf dem Nachbargrundstück sei nach Angaben des Beschwerdeführers nicht durchgeführt worden und lägen diesbezüglich auch keine wasserrechtlichen Bewilligungen vor. Die Wasserrechtsbehörde habe trotz Kenntnis der Vorgänge keine entsprechenden Maßnahmen zur Rechtsbereinigung vorgenommen.

Bewilligungsverfahren nicht durchgeführt

Aus dem mit der zuständigen Wasserrechtsbehörde geföhrten Schriftverkehr und der Einsicht in die Originalunterlagen ergab sich für die VA folgendes Bild:

Auf Grund der in die Aktenunterlagen genommenen Einsicht war inhaltlich festzustellen, dass die Bezirkshauptmannschaft Jennersdorf als zuständige Wasserrechtsbehörde wasserrechtliche Bewilligungsverfahren durchgeföhrte, diesbezügliche Erhebungen getätigt, eine mündliche Verhandlung geföhrte und über die jeweils vorgelegenen wasserrechtlichen Bewilligungsanträge mit Bescheid abgesprochen hat.

Insoweit den Beschwerdeführern in diesem Verfahren Parteistellung zugekommen ist, wurden sie diesen beigezogen und haben Einwendungen erhoben.

Mit den Bescheiden vom 19. September 2003 hat die Bezirkshauptmannschaft Jennersdorf als zuständige Wasserrechtsbehörde den Bewilligungswerbern unter anderem die nachträgliche wasserrechtliche Bewilligung für die Abteufung der Tiefenbohrungen auf drei der betroffenen Grundstücke sowie für die Durchführung eines Pumpversuches bei der Bohrung auf einem Teil der betroffenen Grundstücke unter diversen Auflagen erteilt.

Die genannten Entscheidungen wurden unter anderem den Beschwerdeführern am 24. September 2003 nachweislich zugestellt.

Hinsichtlich der Verfahrensdauer wird von der VA im Hinblick auf die vorliegenden Informationen und Unterlagen nicht verkannt, dass sich die jeweiligen Ermittlungsverfahren auf Grund der Komplexität der Sachlage umfangreich und arbeits- sowie zeitintensiv gestaltet haben; bei einer Gesamtbetrachtung der Abwicklung der behördlichen Verfahrensschritte war aus verfahrensrechtlicher

Komplexität der Sachlage verlängert Entscheidungsfrist nicht

BMLFUW

VA Rosemarie Bauer

Sicht jedoch eine zögerliche Vorgangsweise der Wasserrechtsbehörde bei der Vornahme rechtbereinigender Maßnahmen festzustellen und zu **beanstanden**.

So wurde seitens der Behörde erst Monate nach Kenntnis des gegenständlichen wasserrechtlich relevanten Sachverhaltes für die Abwicklung entsprechender wasserrechtlicher Bewilligungsverfahren Sorge getragen bzw. Veranlassungen für verwaltungsstrafrechtlichen Schritte getroffen.

Die VA hat darauf hingewiesen, dass gegenständlich offensichtlich keine wasserpolizeilichen Maßnahmen gesetzt bzw. deren Vornahme – soweit dies den Aktenunterlagen zu entnehmen war – seitens der Behörde nicht erwogen wurden.

Selbst für den Fall, dass die Behörde bewusst von der Durchführung wasserpolizeilicher Maßnahmen abgesehen hat, war zu **beanstanden**, dass der VA die Gründe hiefür von der Bezirkshauptmannschaft Jennersdorf nicht bekannt gegeben wurden und somit die Unterlassung behördlicher Schritte unnachvollziehbar blieb.

Die VA hatte auch zu **beanstanden**, dass ihr trotz Aufforderung nicht konkret über den Stand des am 28. Mai 2003 eingeleiteten Strafverfahrens bzw. dessen Endergebnis berichtet wurde.

Der **Beschwerde** war daher im Sinne der obigen Ausführungen **Berechtigung** zuzuerkennen.

Da die Behörde die rechtsbereinigenden Maßnahmen, insbesondere die Erlassung der wasserrechtlichen Bescheide nachgeholt und damit den Beschwerdegrund behoben hat, waren weitere Maßnahmen der VA entbehrlich.

11.1.7 Säumnis bei der Erledigung eines Devolutionsantrages - BMLFUW

VA BD/50-LF/03, BMLF 13.812/59-I3/2003

N. N. zog in Beschwerde, dass der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft mit der Erledigung seines Devolutionsantrages vom 31. Jänner 2003 betreffend eine Berufung gegen einen Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Gmünd vom 12. September 2001 in einer Wasserrechtsangelegenheit säumig sei.

Trotz Ablauf der in § 73 Abs. 1 AVG vorgesehenen Entscheidungsfrist von maximal 6 Monaten sei sein Devolutionsantrag nach wie vor nicht bescheidmäßig erledigt.

VA Rosemarie Bauer**BMF**
MLFUW

Das Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft führte im Hinblick auf die zu diesem Zeitpunkt ca. einjährige Verfahrensdauer aus, dass – nachdem in einem "Parallelverfahren" eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes ergangen sei – nunmehr das Verfahren "weiterbearbeitet" werde.

Gründe für die gegenständliche Verfahrensdauer, die nicht der Behörde zuzurechnen gewesen wären, wurden nicht vorgebracht.

Die gegenständliche **Beschwerde** war daher **berechtigt** und der Bundesminister ersucht, im Hinblick auf das bereits sehr lang andauernde Verfahren für eine raschest mögliche bescheidmäßige Erledigung Sorge zu tragen.

11.1.8 Konsenslose Einleitung in Retentionsbekennen: Säumnis der Behörde - BH Salzburg-Umgebung

VA BD/120-LF/03, S LReg 20001-1381/943-2003

Mieter einer Wohnhausanlage wandten sich an die VA und brachten vor, dass für ihre Wohnhausanlage ein Retentionsbekennen betrieben und hier das anfallende Dach- und Oberflächenwasser der Wohnhausanlage in einen angrenzenden Bach abgeleitet werde.

Dadurch entstünden den Mietern der gegenständlichen Wohnhausanlage entsprechende Betriebskosten.

Zwei Nachbarn hätten an diese Anlage Anschlüsse hergestellt, ohne dass dafür die erforderliche wasserrechtliche Bewilligung vorgelegen sei.

Nachbarn leiten ohne Bewilligung ein

Obwohl dies der Bezirkshauptmannschaft Salzburg-Umgebung als zuständige Wasserrechtsbehörde seit längerem bekannt sei, würden keine entsprechenden behördlichen Schritte gesetzt.

Die VA stellte fest, dass der Wasserrechtsbehörde nach der Aktualisierung der Umstand der konsenslosen Einleitung zumindest seit 17. September 2002 bekannt war.

Eine Aufforderung, hierfür um wasserrechtliche Bewilligung anzusuchen oder die Einleitung aufzulassen, erging erst mit Schreiben der Wasserrechtsbehörde vom 23. Juni 2003; der entsprechende Bescheid datiert vom 31. Juli 2003

9 Monate für Schreiben der Behörde

Die Behörde begründete die gegenständliche Verfahrensdauer mit "verfahrensökonomischen Gründen", die aber aus Sicht der

BMLFUW**VA Rosemarie Bauer**

VA das Zuwarten mit den schließlich getroffenen Veranlassungen nicht rechtfertigen konnten.

Die **Beschwerde** über diese Verfahrensdauer erwies sich daher als **berechtigt**.

11.1.9 Fehlende Hochwasserschutzmaßnahmen – Bezirkshauptmannschaft Deutschlandsberg

VA BD/145-LF/03, BH Deutschlandsberg 3.0486/2000

In ihrer Eingabe vom 2.9.2003 führten die Eheleute N.N. der VA gegenüber aus: Nördlich ihrer Grundstücksgrenzen fließe der Leibenbach. Ihn quere eine Brücke. Sie verbinde die Ortschaften Hollenegg und Deutschlandsberg. Die Brücke sei Anfang der 60er Jahre als kleine Wirtschaftsbrücke mit einem Durchflussquerschnitt von nur 1,15 x 0,60 m gebaut worden. Über sie führe die einzige Zufahrt zu einer zwischenzeitig entstandenen Wohnsiedlung in Hollenegg.

Der geänderte Wasserführung des Leibenbaches einerseits, und die zu geringen Dimension der Brücke andererseits brächten es mit sich, dass es bei länger anhaltenden Regenfällen sowie in Zeiten der Schneeschmelze zu Verklausungen komme. Das austretende Wasser führe zu Überschwemmungen der ufernahen Grundstücke.

Das Prüfverfahren ergab:

Die Eheleute N.N. sind Eigentümer der Parzelle ... Mit Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Hollenegg vom 10.11.1988 wurde ihnen die Widmungsbewilligung zwecks Neubau eines Wohnhauses erteilt. Das Grundstück war zum damaligen Zeitpunkt als "Bauland-Dorfgebiet" gewidmet.

Mit Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Hollenegg vom 24.11.1988 wurde die Baubewilligung für die Errichtung eines Wohnhauses erteilt. Das Haus wurde in Folge plangemäß errichtet. Das Verfahren wurde mit Erteilung der Benützungsbewilligung am 19.10.1990 geschlossen.

Mit Schreiben vom mit 28. Jänner 2004 bestätigte die Gemeinde Hollenegg, dass zum Zeitpunkt der Erteilung der Baubewilligung eine Gefährdung der Parzelle .. durch Hochwasser und dergleichen auf Grund schlüssig nachvollziehbarer Sachverständigen-gutachten auszuschließen war. Mangels darüber hinausgehender Anhaltspunkte einer Gefahrensituation – das Grundstück war vor Erteilung der beantragten Bewilligung bebaut – wären die Widmungs- und Baubewilligung antragsgemäß zu erteilen gewesen.

Nässeschäden

Haus ist bewilligt

**Gemeinde bestätigt:
keine Überschwem-
mungsgefahr**

VA Rosemarie Bauer**BMF****L****FUW**

Mit Schreiben vom 23. Juli 1991 setzten N.N. die Stadtgemeinde Deutschlandsberg als Eigentümerin der Leibenbachbrücke (vulgo: "Knappbrücke") davon in Kenntnis, dass die Brücke in den letzten Tagen "zum wiederholten Male überflutet wurde". Der zu geringe Durchflussquerschnitt der Brücke führe bei stärkeren Regenfällen zu Geschiebebildung und Verklausungen. Der Bach trete aus den Ufern. Auf den angrenzenden Grundstücken komme es zu entsprechenden Überschwemmungen samt damit einhergehenden Schäden. Eine Durchschrift dieses Schreibens wurde der Gemeinde Hollenegg zur Kenntnis gebracht.

Brücke zu klein

Mit Schreiben vom 31.7.1991 teilte der Bürgermeister der Stadtgemeinde Deutschlandsberg N.N. mit, dass "aufgrund der regen Bautätigkeit auf Hollenegger Gemeindegebiet in absehbarer Zeit ein Ausbau der Zufahrtstraße sowie die Neuerrichtung einer Brücke über den Leibenbach notwendig werden". Aus diesem Grund sei bereits eine Kontaktnahme mit der Gemeinde Hollenegg sowie mit dem forsttechnischen Dienst für die Wildbach- und Lawinenverbauung erfolgt. Dabei solle die weitere Vorgangsweise geklärt werden.

Gemeinde verspricht baldige Abhilfe...

Mit Eingabe vom 19.7.1999 suchte die Stadtgemeinde Deutschlandsberg als Eigentümerin der "Knappbrücke" um die wasserrechtliche Bewilligung für die Durchführung von Hochwasserschutzmaßnahmen am Leibenbach in den Katastralgemeinden Leibenthal und Warnblick zwecks Herstellung von Hochwasserschutzdämmen, Neubau der "Knappbrücke" über den Leibenbach, einschließlich Herstellung von Anschluss- und Übergangsstrecken im Bachbett an. Hierüber wurde von der Bezirkshauptmannschaft Deutschlandsberg für den 30. August 1999 eine mündliche Verhandlung angesetzt. Zu ihr wurden auch die Beschwerdeführer geladen.

.. und wartet 8 Jahre zu

In der über dies Verhandlung aufgenommenen Niederschrift heißt es unter anderem: "*Bei der Begehung am heutigen Tag wurde die Knappbrücke in baufälligem Zustand angetroffen. Die lichte Weite zum Abfluss der Wässer beträgt 1,4 m, die lichte Höhe am heutigen Tag ist durch die Anlandungen auf ca. 50 cm verringert. Hochwässer können durch diesen Abflussquerschnitt nicht zur Gänze durchgeführt werden, fließen daher vor der Brücke rechtsufrig aus dem Gerinne und in weiterer Folge über die Gemeindestraße in südlicher Richtung ab. Es sind durch die Ausuferung angrenzende Gebäude vom Hochwasser bedroht. Im Speziellen ist dies das Grundstück Nr. ..., KG Kressbach, befindliche Objekt*".

Festgehalten wurde, dass sich die "Knappbrücke" im Eigentum der Stadtgemeinde Deutschlandsberg (Gemeindestraße, öffentliches Gut) befindet.

BMLFUW

VA Rosemarie Bauer

Vorgebracht wurde weiters, dass sich die Zuflussverhältnisse in den Leibenbach auf Grund von Wegbauarbeiten, Asphaltierungen, Ausbau der Gemeindestraßen und der Landesstraße 619, deren Oberflächenwässer in den Leibenbach entsorgt werden, geändert haben. Der Leibenbach habe daher erheblich mehr Wässer abzuleiten, als dies noch bis vor Geraumem der Fall war. Eine bloße Vergrößerung des Abflussquerschnittes der "Knappbrücke" brächte nur teilweise Abhilfe. Zwar ließe sich die Situation vor Ort entschärfen. Stattdessen würden aber bachabwärts liegende Äcker und Wiesen, die bislang vom Hochwasser verschont blieben, überschwemmungsgefährdet. Die Anwesenden kamen sohin überein, dass einer Änderung des Projektes, unter Einbeziehung eines zu errichtenden Rückhaltebeckens oberhalb der "Knappbrücke", der Vorzug einzuräumen sei.

Abflussverhältnisse haben sich geändert

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Deutschlandsberg vom 10.1.2000 wurde das Verfahren "antragsgemäß ... auf unbestimmte Zeit ausgesetzt". Es solle "nur über neuen Antrag wieder weitergeführt" werden. Dieser Bescheid ging ausschließlich der Stadtgemeinde Deutschlandsberg als Projektantin zu. Er erwuchs unbekämpft in Rechtskraft.

Verfahren "ruhend gestellt"

Den übermittelten Aktenunterlagen liegt weiters ein mit 18. Dezember 2000 datierter "Amtsvermerk" inne. Demnach einigten sich die Stadtgemeinde Deutschlandsberg, die Gemeinde Hollenegg, die Baubezirksleitung Leibnitz und die Bezirkshauptmannschaft Deutschlandsberg darauf, dass "die Errichtung einer Brücke allein ohne Begleitmaßnahmen nicht zielführend" sei. Vorgeschlagen wurde, dass die Baubezirksleitung Leibnitz "die Möglichkeit eines gesonderten konzeptiven Schutzes für die Knapp-Siedlung ehestmöglich" prüfen möge.

Mit Schreiben vom 23.4.2001 wandten sich Herr N.N. an die Bezirkshauptmannschaft Deutschlandsberg, monierte die mangelnde Übersendung der Verhandlungsschrift vom 30.8.1999 und begehrte nunmehr ausdrücklich Maßnahmen im Sinn des § 38 Abs. 2 lit b Wasserrechtsgesetz.

Hiezu teilte ihm die Bezirkshauptmannschaft Deutschlandsberg mit Schreiben vom 25.4.2001 mit, "dass die Wasserrechtsbehörde im Anlassfall keine Vorkehrung oder Maßnahmen zu treffen hat". Es sei "alleinige Sache des Straßenerhalters, das Projekt 'Knappbrücke' weiter zu verfolgen und einen entsprechenden Neubau durchzuführen, der den Anforderungen an den Hochwasserabfluss entspricht". In diesem Schreiben erwähnte die Bezirkshauptmannschaft auch, dass die Objekte des Beschwerdeführers innerhalb der Grenzen des Leibenbaches situiert sind.

BH negiert Zuständigkeit....

Offensichtlich in Unkenntnis des Aussetzungsbeseides brachte Herr N.N. am 5. März 2002 beim Amt der Steiermärkischen Landesregierung einen Devolutionsantrag ein. Dieser wurde mit Be-

VA Rosemarie Bauer**BMLFUW**

scheid des Landeshauptmanns vom 27. Mai 2002 zurückgewiesen.

Dem Akt liegt weiters eine Amtsvermerk vom 19.11.2003 inne, welcher eine weitere Besprechung zwischen Vertretern der Stadtgemeinde Deutschlandsberg, der Baubezirksleitung Leibnitz und der Bezirkshauptmannschaft Deutschlandsberg zusammenfasst. Aus ihm ergibt sich unter anderem, dass laut einem Gutachten des Amtes der Steiermärkischen Landesregierung, Fachabteilung IIIa - Wasserwirtschaft, vom 5. Mai 1992 der Abfluss des Leibenbachs bei einem 30-jährlichen Hochwasserereignis $13 \text{ m}^3/\text{sec}$ beträgt. Demgegenüber weise der Bachquerschnitt lediglich eine Durchflussfläche von 1,5 bis 2 m^2 auf. Das Anwesen N.N. liege daher "jedenfalls innerhalb des Abflussbereiches des 30-jährlichen Hochwassers".

Bezüglich der weiteren Vorgangsweise wurde vereinbart, dass auf Basis des mittlerweile geänderten Projektes ein Schätzgutachten hinsichtlich der Bewertung der erforderlichen Grundstücke in Auftrag gegeben werde. Nach dessen Vorliegen sollen die noch ausstehenden Grundeinlöseverhandlungen geführt werden. Sodann werde das Projekt fertig gestellt und den Rechtsträgern zur weiteren Veranlassung übermittelt.

Mit Schreiben vom 9.12.2003 teilte die Bezirkshauptmannschaft Deutschlandsberg den Eheleuten N.N. mit, dass ihre "Objekte jedenfalls innerhalb der Grenzen des Abflussbereiches des HQ 30 des Leibenbachs" liegen. Für diese Objekte sei "deshalb schon zum Zeitpunkt der Errichtung eine wasserrechtliche Bewilligung im Sinn des § 38 WRG 1959 erforderlich" gewesen. Die Liegenschaftseigentümer hätten binnen einer Frist von zwölf Wochen unter Anschluss eines Projektes die nachträgliche wasserrechtliche Bewilligung für die Errichtung dieser Anlagen zu beantragen.

... und nimmt stattdessen Bf in die Pflicht !

Nachzutragen ist, dass die Gemeinde Hollenegg den Eheleuten N.N. mit Schreiben vom 21. Juli 2003 mitteilte, dass erst nach Vorliegen der Zustimmungserklärungen der betroffenen Grundeigentümer das Projekt zur wasserrechtlichen Bewilligung eingereicht werden könne. In diesem Zusammenhang müsse festgehalten werden, dass "das Nichtvorliegen aller Zustimmungserklärungen eine Einreichung des Projektes bei der Wasserrechtsbehörde hindert". Andernfalls "würde seitens der Behörde eine Zurückweisung des Ansuchens erfolgen".

Beide Gemeinden fordern Zustimmungserklärungen

Die Stadtgemeinde Deutschlandsberg wiederum hielt in ihrem Schreiben an die VA vom 13. Februar 2004 fest, dass im Falle einer mangelnden Einigung "laut Aussage des Grundeinlösers des Landes dieses Projekt nicht weiter verfolgt" werde.

Die VA hält zu alledem fest:

BMFJUW

VA Rosemarie Bauer

1. Gemäß § 38 Abs. 2 lit. b Wasserrechtsgesetz 1959 (WRG), BGBI. Nr. 215/1959 zuletzt geändert durch BGBI. I Nr. 74/1997, bedürfen kleine Wirtschaftsbrücken und -stege bei nicht zur Schiff- oder Floßfahrt benutzten Gewässerstrecken keiner Bewilligung nach dem WRG. Erweist sich jedoch eine solche Überbrückung als schädlich oder gefährlich, so hat die Wasserrechtsbehörde über die Beseitigung der Übelstände notwendigen Maßnahmen zu erkennen.

Dass die "Knappbrücke" eine "kleine Wirtschaftsbrücke" im Sinne des § 38 Abs. 2 lit.b WRG ist, wird von der **Bezirkshauptmannschaft Deutschlandsberg** in ihrer Stellungnahme vom 9.12.2003 außer Streit gestellt. Wiewohl für ein Einschreiten der Behörde nicht erforderlich, wurden Maßnahmen nach § 38 Abs. 2 lit. b WRG vom Beschwerdeführer in seinem Schreiben vom 23.4.2001 ausdrücklich begehrte. Im Hinblick darauf ist die Reaktion auf dieses Schreiben, wonach "die Wasserrechtsbehörde im Anlassfall keine Vorkehrungen oder Maßnahmen zu treffen hat" und alle Verantwortung die Stadtgemeinde Deutschlandsberg als Straßenhalter treffe, nicht anders zu deuten, als dass sich die Bezirkshauptmannschaft Deutschlandsberg zu Unrecht einer ihr auferlegten Zuständigkeit entzögelt.

BH ist zuständig

Abgesehen davon, dass die beschwerdegegenständlichen Beeinträchtigungen bei Verfertigen des Schreibens vom 25.4.2001 bereits an die zehn Jahre währten, scheinen Maßnahmen nach § 38 Abs 2b WRG schon deshalb angezeigt, da aus jenem Gutachten, auf das sich die Bezirkshauptmannschaft Deutschlandsberg selbst beruft, hervorgeht, dass es im Bereich der Liegenschaft der Beschwerdeführer nahezu jährlich zu Überschwemmungen kommt.

Mit ihrer Säumnis geht die Behörde ein hohes Risiko ein. Sie unterlässt trotz Bestehens einer gesetzlichen Verpflichtung (arg aus § 38 Abs 2 lit b letzter Satz: "hat") eine Handlungspflicht und hat damit im Schadenfall haftungsrechtliche Konsequenzen zu gewärtigen (vgl. OGH SZ 70/46, 62/73 u.a.).

2. Die VA verkennt dabei nicht, dass dauerhaft Abhilfe nur Hochwasserschutzmaßnahmen am Leibenbach bringen, die neben einem Neubau der Knappbrücke auch begleitende Maßnahmen beinhalten. Soweit sich eine Änderung des am 19.7.1999 eingereichten Projektes in oder nach der wasserrechtlichen Verhandlung am 30.8.1999 als zwecktunlich erwies, wäre allerdings verfahrensrechtlich der korrekte Weg gewesen, das eingereichte Ansuchen zurückzuziehen. Die Bezirkshauptmannschaft Deutschlandsberg wäre so ihrer Entscheidungspflicht enthoben worden. Eines Aussetzungsbescheides - unter Verkennung des Inhalts von § 38 AVG, der eine Absprache nach dieser Bestimmung weder von einem Ansuchen abhängig macht noch die Be-

**Aussetzungsbescheid
rechtswidrig**

VA Rosemarie Bauer**BMF****L****FUW**

hörde ermächtigt, Verfahren "auf unbestimmte Zeit" auszusetzen - hätte es nicht bedurft.

3. Lediglich der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass gemäß § 14 Abs. 6 AVG 1991 sämtlichen beigezogenen Personen auf Verlangen eine Ausfertigung der Niederschrift auszufolgen und zuzustellen ist. Der Inhalt der Bestimmung wurde der Behörde in dem zu der Zahl BD/4-LF/00 geführten volksanwaltschaftlichen Prüfverfahren in Erinnerung gerufen.

4. Einzuräumen ist freilich, dass die Bezirkshauptmannschaft Deutschlandsberg nur über aufrechte Ansuchen absprechen darf. In diesem Zusammenhang ist sowohl der **Gemeinde Hollenegg** wie der **Stadtgemeinde Deutschlandsberg** entgegen zu halten, dass das Nichtvorliegen aller Zustimmungserklärungen eine Einreichung des Projektes bei der Wasserrechtsbehörde weder hindert noch einer Sachabsprache entgegensteht.

Zwangstrechte denkbar

So kann die Wasserrechtsbehörde gemäß § 63 WRG - um die nutzbringende Verwendung der Gewässer zu fördern, um ihren schädlichen Wirkungen zu begegnen, zur geordneten Beseitigung von Abwässern und zum Schutz der Gewässer - in dem Maße als erforderlich

- a) Dienstbarkeiten begründen, die den Zugang zu einem öffentlichen Gewässer eröffnen oder erheblich erleichtern;
- b) für Wasserbauvorhaben, deren Errichtung, Erhaltung oder Betrieb im Vergleich zu den Nachteilen von Zwangstrechten überwiegende Vorteile im allgemeinen Interesse erwarten lässt, die notwendigen Dienstbarkeiten einräumen oder entgegenstehende dingliche Rechte einschließlich Nutzungsrechte im Sinne des Grundsatzgesetzes 1951 über die Behandlung der Wald- und Weidenutzungsrechte sowie besonderer Felddienstbarkeiten, BGBI. Nr. 103, einschränken oder aufheben, damit die genehmigte Anlage mit den zu ihr gehörigen Werken und Vorrichtungen hergestellt, betrieben und erhalten sowie der Vorschreibung sonstiger Maßnahmen entsprochen werden kann;
- c) Liegenschaften und Bauwerke, ferner Werke, Leitungen und Anlagen aller Art ganz oder teilweise enteignen, wenn in den Fällen der unter lit. b bezeichneten Art die Einräumung einer Dienstbarkeit nicht ausreichen würde;
- d) wesentliche Veränderungen der Grundwasserverhältnisse gestatten, wenn diese sonst nur durch unverhältnismäßige Aufwendungen vermieden werden könnten und die Voraussetzungen von lit. b zutreffen.

Zu Wasserbauvorhaben im Sinne des § 63 lit. b zählen auch Schutz- und Regulierungswasserbauten (*Raschauer, Kommentar zum Wasserrecht [1993] § 63 Rz 5*). Sie umfassen sämtliche

BMF UW

VA Rosemarie Bauer

wasserbaulichen Maßnahmen, deren ausschließliche oder hauptsächliche Aufgabe es ist, das Regime eines Wasserlaufes im bestimmten Sinne zu beeinflussen und das anliegende Gelände vor Überflutungen und Vermurungen zu bewahren (VwGH 26.3.1957, 1155/56 u.v.a.). Hierzu zählen insbesondere Hochwasserdämme, Uferbauten, Durchstiche, Begradigungen, Verbreiterungen, Einschränkungen sowie alle Maßnahmen zur Sicherung der Sohle des Wasserlaufes (OGH 14.6.1989, 1 Ob 597/89).

Beiden projektwerbenden Gemeinden ist zunächst beizupflichten, wenn sie sich um die Zustimmung betroffener Grundeigentümer bemühen. Tatsächlich handelt es sich dabei um das Entsprechen eines gesetzlichen Gebotes, sieht doch § 60 Abs 2 WRG vor, dass Maßnahmen nach § 63 nur gegen angemessene Entschädigung und nur dann zulässig sind, wenn eine gütliche Übereinkunft zwischen den Beteiligten nicht erzielt werden kann. Auch wenn der Verwaltungsgerichtshof in der Verletzung dieser Bestimmung keinen Verfahrensmangel erblickt (so die ständige Rsp; zuletzt ZfVB 2003/1649), so gebietet es schon die **Achtung des verfassungsgesetzlich geschützten Eigentums**, dass sich sowohl Projektant wie Behörde über den Inhalt des § 60 Abs 2 WRG nicht leichtfertig hinwegsetzen.

Grundrechtsrelevanz

So sehr die VA die Bemühungen, bereits **vor** Einreichung des Projekt die Zustimmung der betroffenen Grundeigentümer zu erwirken, begrüßt, so wenig mag sie - schon im Hinblick auf den bisherigen Einsatz öffentlicher Gelder und den getätigten Planungsaufwand - die Absicht, im Falle mangelnden Zustandekommens einer gütlichen Einigung das gegenständliche Projekt nicht weiter zu verfolgen, gutheißen.

VA strenger als VwGH

Die VA verweist vielmehr auf eine jüngst ergangene Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 27.5.2003 zu der Zahl 2002/07/110, wonach eine Enteignung dann nicht rechtswidrig ist, wenn Grundstücksteile in Anspruch genommen werden, ohne die das Regulierungsprojekt technisch und wirtschaftlich nicht einwandfrei durchgeführt werden kann, wenn der für das Projekt erforderliche Grund nicht anders als durch ein Zwangsrecht zu beschaffen war, wenn weiters die Regulierungsmaßnahme im öffentlichen, das entgegenstehende Interesse des Grundeigentümers überwiegenden Interesse steht, und wenn Art und der Umfang der Zwangsrechtsbegründung nicht unverhältnismäßig sind und das angestrebte Ziel sinnvollerweise nicht durch gelindere Maßnahmen zu erreichen ist.

Von einem Ausschöpfen der Bemühungen, eine gütliche Einigung zu erzielen (arg: "nicht anders als durch Zwangsakt"), wird man im Hinblick auf die seit Geraumem mit einem bestimmten Grundeigentümer geführten Gespräche sprechen können. Wenngleich die Abgabe der fehlenden Zustimmungserklärungen nunmehr unmittelbar bevorstehen soll, so gibt die VA (doch) zu bedenken, dass

Säumnis kann zu Haftung führen!

VA Rosemarie Bauer**MLFUW**

bei mangelnder Einreichung und in Folge Nichtrealisierung eines nahezu fertig gestellten Projektes - auch im Falle gesetzter Maßnahmen nach § 38 Abs. 2 lit. b WRG - weitere Überschwemmungsschäden nicht auszuschließen wären. **Beide Gemeinden** könnten dafür in Verantwortung genommen werden.

5. Was letztlich das mit 19.12.2003 zu der GZ 3.0-145/03 datierte Schreiben der **Bezirkshauptmannschaft Deutschlandsberg** an die Beschwerdeführer betrifft, dürfte der Behörde entgangen sein, dass die Frage, ob die Errichtung einer Anlage innerhalb der Grenzen des Hochwasserabflusses fließender Gewässer ohne die erforderliche wasserrechtliche Bewilligung vorgenommen worden ist, nur anhand der Rechtslage im Zeitpunkt der Errichtungs-handlung beurteilt werden kann (VwGH ZfVB 2000/1693). Sämtliche Objekte auf dem Grundstück der Beschwerdeführer wurden vor dem 1.7.1990 errichtet. Maßgeblich ist daher nicht, ob sich die Objekte - ungeachtet der sich inzwischen geändert habenden Abflussverhältnisse - "innerhalb der Grenzen des Abflussbereiches des HQ 30 des Leibenbachs" befinden. Entscheidend ist vielmehr, ob die Objekte auf einer Fläche errichtet wurden, die erfahrungsgemäß häufig überflutet wurde.

**BH verkennt auch § 38
Abs 3 WRG**

Ohne den zwischenzeitig in die Wege geleiteten "ergänzenden Erhebungen durch das wasserbautechnischen Sachverständigen" vorgreifen zu können, sprechen die Ausführungen in dem Schreiben der Gemeinde Hollenegg vom 28.1.2004 dagegen. So legt die Gemeinde in diesem Schreiben offen, dass zum Zeitpunkt der Erteilung der Baubewilligung eine Gefährdung der Grundstücks-fläche des Beschwerdeführers durch Hochwasser weder bekannt noch erwartbar war. Die VA geht davon aus, dass diese Ausfüh-ruungen bei der weiteren Erhebung des maßgeblichen Sachver-haltes nicht unberücksichtigt bleiben.

Aus den vorstehenden Gründen erwies sich die **Beschwerde** als **berechtigt**. In einer Replik versuchte die BH Deutschlandsberg der Kritik der VA entgegenzutreten. Gelungen ist ihr dies nicht. Neuerlich wurde die Auffassung vertreten, dass eine Aussetzung nach § 38 WRG beantragt werden kann. Soweit - unbelegt – behauptet wird, dass schon bisher die Zuständigkeit nach § 38 Abs 2 lit b WRG gewahrt wurde, kann die VA nur auf die Aktenlage verweisen. Anhaltspunkte dafür fanden sich in den übermittel-ten Unterlagen nicht.

11.1.10 Hangrutschung: Mangelnde Bestellung einer Bauaufsicht – Amt OÖ LReg

VA BD/64-LF/03, OÖ LReg WA-304528/28-2003-Gra/Ka

N.N. führte bei der VA Beschwerde über die Risse an seinem Wohnhaus..., KG Scharten, als Folge einer Rutschung im Bereich "Scheminger Siedlung".

BMLFUW

VA Rosemarie Bauer

Im Bereich dieser Siedlung kam es zu Beginn der 80iger-Jahre zu einer ersten und Ende der 80iger-Jahre zu einer zweiten Rutschung, welche letztendlich durch Hangdrainierungsmaßnahmen zu Stillstand gebracht hätten werden sollen. Ein diesbezügliches wasserrechtliches Projekt wurde von der Gemeinde Scharten am 16. Dezember 1997 zur Genehmigung eingereicht. Mit Bescheid vom 10. März 1998 erteilte der Landeshauptmann von Oberösterreich die beantragte Bewilligung. Obgleich in diesem Bewilligungsbescheid der Gemeinde Scharten in Form von Auflagen ausdrücklich eine ausreichende Beweissicherung auch beim Anwesen des Beschwerdeführers vorgeschrieben wurde, kam die Gemeinde Scharten diesen Vorschreibungen nicht nach.

Gemeinde hält sich nicht an Auflagen

So hatte der Amtssachverständige für Wasserbautechnik und Hydrogeologie anlässlich der wasserrechtlichen Überprüfungsverhandlung festzustellen, dass weder die jährlichen Berichte über die Inklinometermessungen noch jene zu den Abstichmessungen der Behörde fristgerecht übermittelt wurden. Es führte dies zur Vorschreibung weiterer Beweissicherungsmaßnahmen im Bescheid des Landeshauptmannes, datiert mit 5. Dezember 2002. Diese Beweissicherungsmaßnahmen sind auf mehrere Jahre angelegt. Erst deren Ergebnis wird zeigen, ob die seither aufgetretenen Schäden an den Objekten der Siedler auf die wasserrechtlich genehmigten Bauführungen zurückzuführen sind.

Weitere Messungen = weitere Kosten für die öffentliche Hand

Die VA vertritt die Auffassung, dass die mangelnde Einhaltung der Auflagen von einer geeigneten Bauaufsicht rechtzeitig erkannt worden wäre. Auf die Gemeinde hätte daher zeitgerecht eingewirkt werden können, bescheidmäßig auferlegten Verpflichtungen zu entsprechen, was weitere Unkosten, die nunmehr aus der Erfüllung der nachträglich vorgeschriebenen Auflagen erwachsen, hinangehalten hätte. Weshalb die Wasserrechtsbehörde trotz Kenntnis um die Sensibilität des Projektes und dessen Größenordnung – die veranschlagten Baukosten betragen immerhin 8 Millionen ATS - von der Möglichkeit der Bestellung einer Bauaufsicht gemäß § 120 Wasserrechtsgesetz nicht Gebrauch gemacht hat, ist unklar.

Bauaufsicht hätte Versäumnissen entgegenwirken können

11.1.11 Mangelnde Nichtigerklärung eines Bescheides - BMLFUW

VA BD/66-LF/03, BMLF 13.812/24-I/3/03

N.N. führte bei der VA Beschwerde über die Erteilung der Bewilligung zur Errichtung einer Forststraße. Er legte dabei zwei Bescheide des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft vor, mit denen seine Berufung – aus unterschiedlichen Gründen – zurückgewiesen wurde.

VA Rosemarie Bauer**BMLFUW**

In beiden Fällen wurde die Zuständigkeit des Bundesministeriums als Berufungsbehörde durch einen vom Beschwerdeführer eingebrachten Devolutionsantrag infolge Säumnis des Landeshauptmanns von Steiermark begründet. In beiden Bescheiden findet sich in der Begründung wortgleich folgende Passage:

"Mit Schreiben vom 2.1.2003 (eingelangt beim Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft am 7.1.2003) richteten die Berufungswerber einen Devolutionsantrag an den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, da über ihre Berufung gegen den Bescheid der BH Weiz vom Landeshauptmann von Steiermark nicht innerhalb der sechsmonatigen Entscheidungsfrist gemäß § 73 Abs. 1 AVG entschieden wurde. Noch vor Kenntnis des gegenständlichen Devolutionsantrages hat der Landeshauptmann von Steiermark mit Bescheid vom 20. Jänner 2003 über die gegenständliche Berufung entschieden. Über den nunmehr vorliegenden Devolutionsantrag und die Berufung wird wie folgt erwogen:...." Es folgen jeweils nähere Begründungsausführungen.

Die VA vermochte den vorgelegten Unterlagen keine Anhaltpunkte zu entnehmen, dass die Bescheide des Landeshauptmanns vom Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft gemäß § 68 Abs. 4 Z. 1 AVG 1991 richtig erklärt wurden. Befragt dazu führte das Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft aus, bei § 68 Abs. 4 Z. 1 AVG handle es sich um eine "Kann-Bestimmung", einer der Bescheide sei ohnedies beim Verwaltungsgerichtshof angefochten worden, und der Landeshauptmann von Steiermark habe in seiner Gegenschrift selbst den "Antrag gestellt ..., den in Beschwerde gezogenen Bescheid mangels Zuständigkeit" zu beheben. Im Übrigen lägen keine verschiedenen Sachentscheidungen vor.

Die VA hält hiezu fest:

Liegen die Voraussetzungen für einen Devolutionsantrag vor, so geht mit dem Einlagen des Antrages bei der Oberbehörde die Zuständigkeit zur Entscheidung über den zu Grunde liegenden Antrag an diese Behörde über; ein nach diesem Zeitpunkt durch die Unterbehörde erlassener Bescheid ist infolge Unzuständigkeit dieser Behörde, unabhängig davon, ob die Unterbehörde tatsächlich schuldhaft säumig im Sinn des § 73 Abs. 2 letzter Satz AVG war sowie ohne Rücksicht darauf, wann die Unterbehörde von der Anrufung der Oberbehörde Kenntnis erlangt und wann das zuständige Organ den Bescheidentwurf durch seine Unterschrift genehmigt hat, rechtswidrig (ständige Rechtsprechung, vgl. nur die bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze I² [1998] § 73 AVG zu E 234 angeführten Judikate).

Zwar ist im Hinblick auf die ständige Rsp des Verwaltungsgerichtshofs (zuletzt 18.10.2001, 2000/06/0018) mit einer Behebung

BMF**VA Rosemarie Bauer**

des angefochtenen Bescheides zu rechnen. Aus dem Rechtsbestand zu eliminieren bleibt jedoch auch **jene** Entscheidung, die nicht angefochten wurde. Die Anregung (zumindest) den zweiten Bescheid iS § 68 Abs. 4 AVG nichtig zu erklären, war daher dem Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft gegenüber aufrecht zu erhalten.

11.1.12 Fehlbeurteilung des § 73 AWG 2002 – BH Völkermarkt

VA BD/127-LF/03, BH Völkermarkt VK3-NS-27/4-2003

N.N. führt bei der VA Beschwerde über die konsenslose Ablagerung von mehreren tausend Kubikmetern Schüttmaterial auf dem nachbarlichen Grundstück des X.X.

Im hieraufhin eingeführten Prüfverfahren konnte sich die VA zwar vergewissern, dass der Beschwerde des N.N. durch Vornahme eines Ortsaugenscheins nachgegangen wurde. Dabei wurde auch ein Sachverständiger aus dem Bereich Abfallwirtschaft zugezogen. Dieser beschränkte sich jedoch auf eine oberflächliche Begutachtung des Schüttmaterials.

In ihrer Stellungnahme an die VA führte die Bezirkshauptmannschaft Völkermarkt aus, dass keine äußereren Anzeichen für Ablagerungen, wie Sperrmüll, Kühlschränke und Autowracks, gefunden wurden. Auszuschließen seien diese jedoch nicht. Klarheit hätte die Ziehung von Probeschlitten gebracht. Dafür gebe es jedoch keine rechtliche Grundlage, da § 73 Abs. 1 AWG 2002 die dort vorgesehenen "erforderlichen Maßnahmen" nur zulässig erscheinen lasse, wenn die im § 73 Abs. 1 AWG 2002 angeführten Verfehlungen erwiesen seien.

Die VA teilt diese Auffassung nicht. Sie hielt der Bezirkshauptmannschaft Völkermarkt die einschlägige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu der vergleichbaren Bestimmung des § 31 Abs. 3 WRG entgegen, wonach von den dort vorgesehenen "erforderlichen Maßnahmen" durchaus auch Beweiserhebungsmaßnahmen, wie die Installation einer Grundwassersonde oder sonstige Erkundigungsmaßnahmen, die darauf abzielen, die Bodenkontamination festzustellen, gedeckt sind (z.B. VwGH ZfvB 1997/2214, 1999/1961 u.a.).

Unter Vorhaltung dieser Rechtsprechung hatte die VA im gegenständlichen Fall zu kritisieren, dass keine ordnungsgemäße Erhebung des maßgeblichen Sachverhaltes erfolgte.

Die Klärung der Sachlage erscheint schon deshalb unumgänglich, da nur so eine vertretbare Aussage gewonnen werden kann, ob Veranlassungen im Sinn des § 73 AWG 2002 zu setzen sind.

Betrachtung der Oberfläche reicht dann nicht aus...

... wenn Zweifel bleiben

Mangelhafte Erhebungen

VA Rosemarie Bauer**BMLFUW**

Zwar trifft es zu, dass § 1 AWG 2002 der Abfallverwertung vor der Abfallbeseitigung den Vorrang einräumt. Beides setzt jedoch das Vorliegen von "Abfall" im Sinn des AWG 2002 voraus. In diesem Zusammenhang vermisst die VA Erhebungen, die über eine Be- trachtung der Oberfläche hinausgehen und denen Aussagekraft zur Konsistenz des verwendeten Materials zukommt.

Die VA hatte sohin die Bezirkshauptmannschaft Völkermarkt zu ersuchen, das Verfahren nach dem AWG 2002 entsprechend nachzubessern. Dies nicht nur um § 37 AVG 1991, sondern auch um verfassungsrechtlichen Vorgaben wie dem Bundesverfas- sungsgesetz vom 27. Oktober 1984 über den umfassenden Um- weltschutz, BGBl 1984/491, zu entsprechen. Sein § 1 Abs 2 hat die Bewahrung der natürlichen Umwelt als Lebensgrundlage des Menschen vor schädlichen Einwirkungen zum Ziel. Der umfas- sende Umweltschutz besteht dabei insbesondere in Maßnahmen zur Reinhaltung der Luft, des Wassers und des Bodens sowie zur Vermeidung von Störungen durch Lärm.

Erst das Ergebnis wird zeigen, ob tatsächlich keine Veranlassun- gen im Sinn des AWG 2002 zu treffen sind.

**Auch dem BVG über
den umfassenden
Umweltschutz ist zu
entsprechen**

BMSGK

VA Dr. Peter Kostelka

12 Bundesminister für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz

12.1 Geschäftsbereich von Volksanwalt Dr. Peter Kostelka

12.1.1 Pensionsversicherung

12.1.1.1 Allgemeines

Im Berichtsjahr 2003 war ein 11 %iger Anstieg der Beschwerdefälle im Vollzugsbereich der gesetzlichen Pensionsversicherungssträger zu verzeichnen (2002: 468 , 2003: 519). Die Häufung von Vorbringen, die sich gegen Verfahrensverzögerungen der Pensionsversicherungsanstalt (PVA) einerseits und den unzureichenenden Entscheidungsbegründungen aller Pensionsversicherungssträger richteten, veranlasste die VA zur Einleitung zweier umfangreicher **amtswegiger** Prüfungsverfahren (VA BD/838-SV/03 und VA BD/178-SV/03). Dazu mehr unter 1.1.1.3.

Neuerlicher Anstieg von Prüfungsverfahren im Bereich der Pensionsversicherung

An dieser Stelle ist hervorzuheben, dass alle Pensionsversicherungssträger um ein positives Einvernehmen mit der VA bemüht sind, auf die Einleitung von Prüfungsverfahren rasch reagieren und letztlich anerkennen, dass auch die VA ihre Tätigkeit im Interesse der Versicherten ausübt.

2 amtswegige Verfahren

12.1.1.2 Berücksichtigung legistischer Anregungen der VA

Durch das in der Öffentlichkeit intensiv diskutiert Budgetbegleitgesetz 2003 erfolgte unter anderem auch die Umsetzung legistischer Anregungen der VA:

- So wurde durch das Budgetbegleitgesetz (BGBI. I Nr. 71/2003) in § 103 Abs. 2 die Aufrechnung gegen rückständige Beiträge oder Überbezüge etc. dahingehend limitiert, dass der leistungsberechtigten Person ein Nettoeinkommen in der Höhe des Ausgleichszulagenrichtsatzes zu verbleiben hat. Diese insbesondere für Pensionsbezieher wichtige Bestimmung wurde allerdings durch das 2. Sozialversicherungsänderungsgesetz 2003 (BGBI. I Nr. 145/2003) wieder geändert, sodass Leistungsberechtigten nun zumindest 90 % des jeweils in Betracht kommenden Richtsatzes für den Bezug der Ausgleichszulage zu verbleiben haben.

Aufrechnungsbeschränkung geändert

VA Dr. Peter Kostelka

BMSGK

- Mit der neu geschaffenen Bestimmung des § 70b ASVG (und Parallelgesetze) wurde die Möglichkeit einer Erstattung von unwirksam gebliebenen aber freiwillig geleisteten Beiträgen zum Nachkauf von Schul- und Studienzeiten im Gesetz verankert. Schul- und Studienzeiten - Erstattung
- Hervorzuheben ist auch die Bestimmung des § 248c ASVG; (und Parallelgesetze), welche die Berücksichtigung von Versicherungszeiten nach Anfall der Alterspension ab 2005 ermöglicht. Versicherungszeiten nach Anfall der Alterspension
- Mit dem 2. Sozialrechtsänderungsgesetz 2003 wurde durch die Bestimmung des § 255 Abs. 7 ASVG (und Parallelgesetze) ein neuer Versicherungsfall geschaffen, der sozialen Problemfällen begegnet und auf die Anregung der VA im **26. Bericht an den National- und Bundesrat** (Seite 133ff) zurückgeht. Der Zugang zu einer Pension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit steht seit 1.1. 2004 nun auch Personen offen, die trotz gravierender gesundheitlicher Probleme 10 Jahre und mehr gearbeitet haben und dann wegen einer bereits ins Arbeitsleben mitgebrachten Erkrankung unfreiwillig arbeitsunfähig geworden sind. Invaliditätspension für Behinderte

12.1.1.3 Fusion der Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter und der Pensionsversicherungsanstalt der Angestellte

Das Bundesministerium für soziale Sicherheit und Generationen übermittelte am 16. Oktober 2001 den Entwurf einer 59. Novelle zum ASVG (Ende der Begutachtungsfrist: 9. November 2001!), welcher die gesetzlichen Grundlage für die Fusion der beiden bis dahin größten in Österreich bestehenden Pensionsversicherungsträger zu einer einheitlichen "Pensionsversicherungsanstalt der ArbeitnehmerInnen" enthielt. Diese Fusion erfasst 2,6 Mio. Versicherte und unmittelbar auch 1,6 Mio. Pensionisten.

Enormer Zeitdruck bei der Vorbereitung

In der geänderten Regierungsvorlage (834 der Beilagen XXI.GP), aber auch im Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales (AB 892 d.Blg. XXI.GP wird festgehalten, dass die Zusammenlegung wegen der zu erwartenden Synergieeffekte angestrebt wird und mittel- und langfristig eine Einsparung des Verwaltungs- und Verrechnungsaufwandes von rund 10 % bewirken soll. Es ist den Gesetzesmaterialien allerdings nicht zu entnehmen, auf welchen Grundlagen diese Berechnungen basieren. Das Bundesgesetz BGBI. I Nr. 2002/1 ist am 4. Jänner 2002 kundgemacht worden und sah die Installierung eines Gremiums, welches die Fusion vorzubereiten hatte, vor.

Fusion wird mit Synergieeffekten und Einsparungen begründet

BMSGK

VA Dr. Peter Kostelka

Am 21. März 2002 hatte sich der Nationalrat auf Grund eines Initiativantrages abermals mit der Zusammenlegung der beiden Sozialversicherungsträger zu befassen (IA 649/A XXI. GP). Mit dieser Antragstellung war beabsichtigt, die zeitlichen Vorgaben für die Fusion sicherzustellen. Oberste Zielsetzung war die effektive Umsetzung des Vorhabens unter Einhaltung des Termins 1. Jänner 2003, zu dem die neue Pensionsversicherungsanstalt reibungslos ihren Betrieb aufzunehmen hatte. Diese Änderung des ASVG wurde im Bundesgesetzblatt I Nr. 2002/84 am 24. Mai 2002, 7 Tage vor dem Termin für die in Aussicht genommene Bestellung des leitenden Angestellten des neuen Versicherungsträgers, kundgemacht.

Auf allen Beteiligten lastete in der Folge der enorme zeitliche Druck, alle organisatorischen und personellen Entscheidungen bis Jahresende vorzunehmen.

Die VA wurde auf Grund der ungefilterten Wahrnehmungen von Versicherten, also den Kunden der PVA, auf die für diese spürbaren ersten Auswirkungen der Fusion durch Beschwerden unterrichtet. Deren Bewertung nach den Kriterien der Effizienz, Bürger Nähe und Serviceorientierung ergibt im Berichtsjahr kein positives Ergebnis. Es sind dringende Verbesserungen in der Ablauforganisation notwendig, um wenigstens den Standard vor der Fusion zu erreichen. Nähere Ausführungen zu den statistischen Daten, die auf Grund konkreter Fragestellungen der VA im **amtsweigigen** Prüfungsverfahren der VA von der PVA zur Verfügung gestellt wurden, sind dem folgenden Abschnitt zu entnehmen.

**Ergänzung zur 59.
ASVG-Novelle sollte
zusätzlich Effizienz
bringen**

**Umsetzung aus Sicht
der Versicherten man-
gelhaft**

**Erhebliche Arbeitsrück-
stände**

VA Dr. Peter Kostelka**BMSGK**

12.1.1.4 Beträchtliche Verfahrensverzögerungen

Das **amtswegige** Prüfungsverfahren zu VA BD/838–SV/03 wurde mit einer **generelle Beanstandung** auf Grund zahlreicher berechtigter Beschwerden wegen überlanger Verfahrensdauer beendet.

Die durchschnittliche Bearbeitungsdauer der PVA im Jahr 2003 ist signifikant länger als jene, welche sowohl die PVArb als auch die PVAng jeweils ein Jahr zuvor zur Bearbeitung im Wesentlichen gleich gelagerter Anträge benötigt hatten. Wartezeiten nach Antragstellung nahmen zum Teil Dimensionen an, die auch das in der EMRK verankerte Grundrecht auf ein faires Verfahren verletzten (siehe Grundrechtsteil Pkt. 15.2.2.2, S. 269) Versicherte, die immer wieder nur vertröstet werden und keine Information darüber erhalten, wann konkret mit einem Begutachtungstermin zu rechnen ist oder die nächsten Verfahrensschritte gesetzt werden, waren davon nicht nur angesichts der längeren Ungewissheit über den Verfahrensausgang sondern fallweise auch in ihrer materiellen Existenz betroffen.

Statistische Auswertungen veranschaulichen das Ansteigen der Verfahrensdauer im Jahr vor und nach der Fusion. Dass die längere Bearbeitungsdauer tatsächlich ausschließlich auf Mängel in der Ablauforganisation und nicht auf einen (hinzugetretenen) vermehrten Arbeitsanfall zurückzuführen ist, zeigt sich daran, dass 2003 keine Steigerung - sondern im Gegenteil - ein leichter Rückgang der insgesamt zu bewältigenden Pensions- sowie Pflegegeldverfahren zu beobachten war.

BMSGK

VA Dr. Peter Kostelka

	2002	2003	Differenz
Neuanträge – Pensionen (ohne Anträge auf Weitergewährung) davon Berufsunfähigkeits- und Invaliditätspensionen	133.827 54.648	131.169 57.956	-2.658 +3.308
Erledigungen a) allgemein b) Berufsunfähigkeits- und Invaliditätspensionen davon: Arbeiter Angestellte	130.521 51.180 38.730 12.450	116.580 43.734 30.915 12.819	-13.941 -7.446 -7.815 +369
Anzahl der offenen Fälle jeweils im Dezember Berufsunfähigkeits- und Invaliditätspensionen	30.367	44.803	+14.436
Durchschnittliche Erledigungsdauer / Anträge wegen des Versicherungsfalles der geminderten Arbeitsfähigkeit im Dezember (in Monaten)	3.5	6.3	+2.8
Verfahrensdauer aller Pensionsverfahren jeweils per Dezember	2.8	4.4	+1.6

Die Darstellung zeigt, dass sich die Bearbeitungsdauer im Bereich der Pensionsanträge aus dem Versicherungsfalle der geminderten Arbeitsfähigkeit im Verlauf des Kalenderjahres 2003 von 3,5 um mehr als 50% auf 6,3 Monate erhöht hat. Die Anzahl der mit Ende des Jahres offenen Fälle erhöhte sich gleichfalls nahezu um 50%.

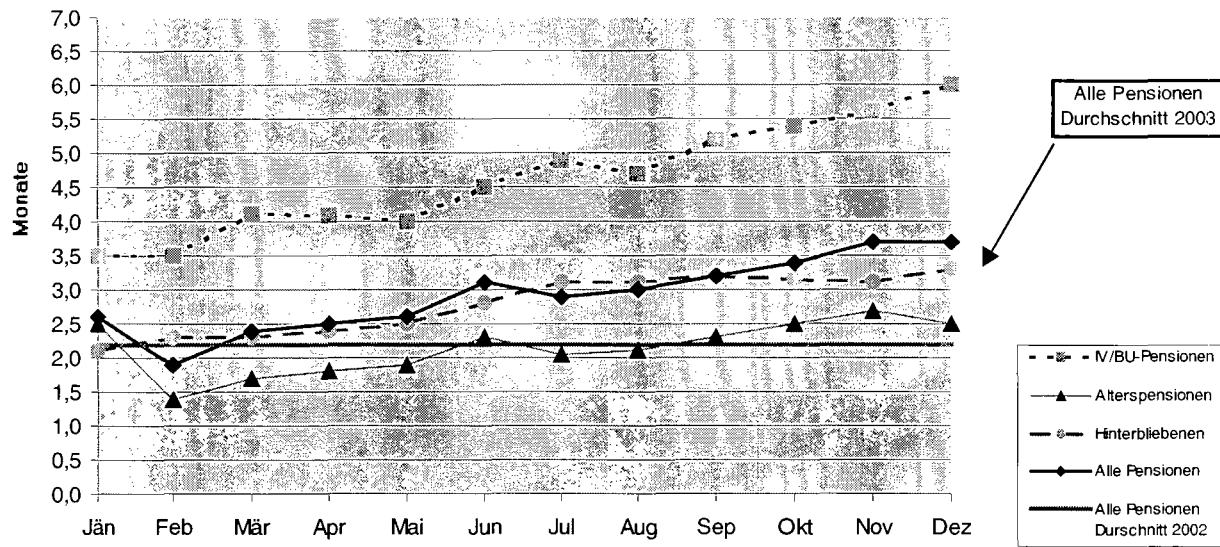
Auffällig ist, dass Gesamtzahl der erledigten Invaliditätspensionsanträge von 38.730 im Jahr 2002 auf 30.915 im Jahr 2003 gesunken ist, während die Zahl der bescheidmäßig abgeschlossenen Anträge auf Berufsunfähigkeitspension mit 12.450 im Jahr 2002 bzw. 12.819 im Jahr 2003 nahezu konstant blieb. Das bedeutet aber auch, dass von den negativen Folgen der Zusammenführung der bis 2003 selbstständig agierenden Pensionsversicherungsträger vor allem Antragsteller, die als Arbeiterinnen und Arbeiter, zu den einkommensschwächeren Versicherten der PVA gehören, betroffen waren. In absoluten Zahlen war die Gesamtzahl der Erledigungen im Jahr 2002 um mehr als 10 % höher als die des Jahres 2003.

Weniger Begutachtungen und längere Wartezeiten betreffen vor allem Invaliditätspensionswerber

VA Dr. Peter Kostelka

BMSGK

Durchschnittliche Verfahrensdauer der Pensionsanträge in Monaten
Zuerkennungen 2003
innerstaatl. und zwischenstaatl. gesamt



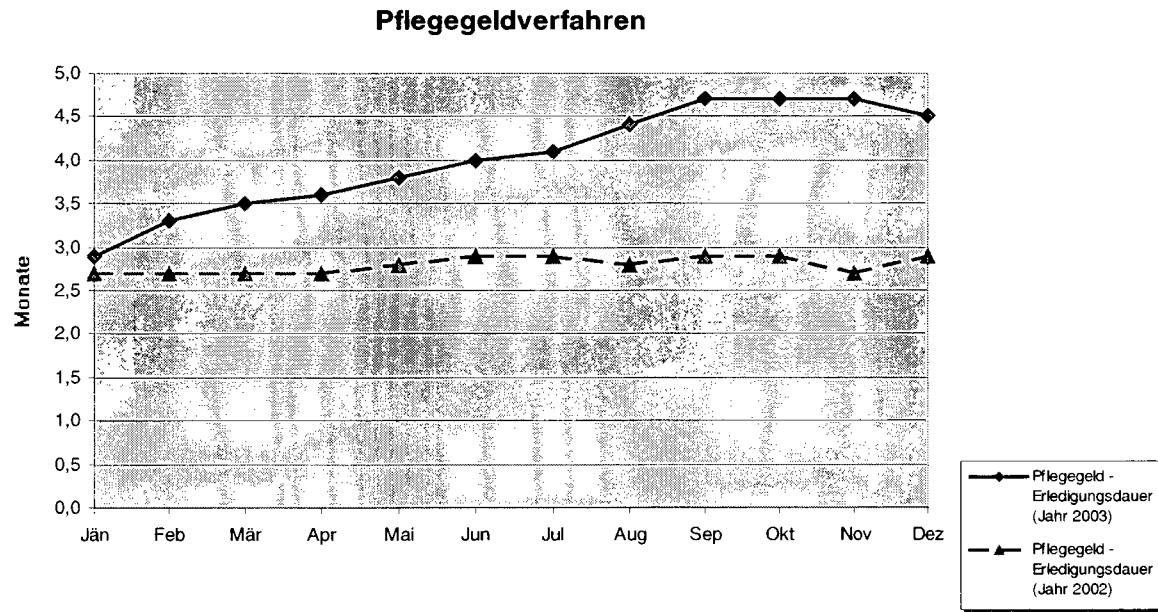
Quelle: Pensionsversicherungsanstalt

Auch im Bereich der Pflegegeldverfahren ergab sich ein erhebliches Ansteigen der Erledigungsdauer (mehr als 50%) und ein signifikantes Absinken der Erledigungszahl:

	2002	2003	Differenz
Erstmalige Anträge	53.562	49.037	-4.525
Dazu Erledigungen	52.453	45.278	-7.175
Offen per Dezember	11.108	14.865	+3.757
Erhöhungsanträge	50.873	45.424	-5.449
Dazu Erledigungen	50.344	41.491	-8.853
Offen per Dezember	9.132	13.062	+3.930
Durchschnittliche Verfahrensdauer (Dezember) in Monaten	2.9	4.5	+1.6

BMSGK

VA Dr. Peter Kostelka



Quelle: Pensionsversicherungsanstalt

Die VA hat den Generaldirektor der Pensionsversicherungsanstalt zu allen Beschwerden zur Stellungnahme aufgefordert, zumal von den Beschwerdeführern dann und wann ausdrücklich vorgebracht wurde, dass telefonische Urgenzen erfolglos geblieben ("rufen Sie in zwei Monaten wieder an") oder bloß mit Hilflosigkeit der zum Teil überlasteten Sachbearbeiter ("deswegen geht es auch nicht schneller") quittiert wurden. Tatsächlich sind in dieser Situation auch die Telefonkontakte sind im Jahresvergleich allein in der Landesstelle Wien um fast 60 % auf 216.176 angewachsen. Weil die Antragswerber über Monate hinweg im Unklaren darüber gelassen wurden, wann mit einer bescheidmäßigen Erlledigung zu rechnen ist, wurde gegenüber der VA in Kritik gezogen, dass man auch dann nichts erfährt, wenn man schriftlich oder telefonisch Fragen zum Verfahrensstand hat. Folgende bei weitem nicht vollständige Aufstellung, soll die Problemlagen aus der Sicht der Betroffenen verdeutlichen, da die durchschnittliche statistische Bearbeitungsdauer im Jahr 2003 wenig darüber sagt, wie lange einzelne Versicherte, deren Anspruch auf effektive, effiziente und versichertennahe Vollziehung des ASVG nach Ansicht der VA verletzt wurde, tatsächlich bis zur Zuerkennung von Geldleistungen warten mussten:

- **14 Monate:** Berufsunfähigkeitspension (VA BD/932-SV/03)
- **14 Monate:** befristete Invaliditätspension (VA BD/216-SV/04)
- **12 Monate:** Invaliditätspension (VA BD/447-SV/03)

Enorme Verfahrensverzögerungen 2003

VA Dr. Peter Kostelka

BMSGK

- **12 Monate:** Erhöhung des Pflegegeldes (VA BD/163-SV/04)
- **11 Monate:** befristete Berufsunfähigkeitspension, noch immer keine Ausgleichszulage zuerkannt (VA BD/207-SV/04)
- **11 Monate:** Pflegegelderhöhungsantrag einer 91-jährigen Frau (VA BD/1045-SV/03)
- **8 Monate:** befristete Invaliditätspension und Pflegegeld der Stufe 2 (VA BD/740-SV/03)
- **8 Monate:** Zuerkennung von Pflegegeld der Stufe 4 an einen 92 – jährigen Mann (VA BD/1085-SV/04)
- **8 Monate:** Alterspension (zwischenstaatliches Verfahren), keine vorschussweise Leistung (VA BD/217-SV/04)
- **7 Monate:** befriste Invaliditätspension und Ausgleichszulage (VA BD/880-SV/03)
- **7 Monate:** Berufsunfähigkeitspension (VA BD/1327-SV/03)

Der Generaldirektor der PVA führte in seiner Stellungnahme an die VA aus, dass neben fusionsbedingten organisatorischen Schwierigkeiten auch andere Faktoren, wie beispielsweise der Mangel an Gutachterärzten und urlaubsbedingte Personalengpässe sowie EDV-Probleme für die Verfahrensverzögerungen ursächlich seien. Verschiedene Maßnahmen zur Verkürzung der Verfahrensdauer, wie

- die Beiziehung von mehr Vertrauensärzten
- die Begutachtung von Invaliditäts- und Berufsunfähigkeitspensionswerbern nur mehr durch jenen Facharzt, in dessen Gebiet die Hauptursache der Minderung der Erwerbsfähigkeit fällt,
- die Begutachtung in Pflegegeldfällen bis Stufe 3 ohne chefärztliche Oberbegutachtung,
- vermehrte Auszahlung von vorschussweisen Pensionen

wurden mittlerweile getroffen. Ob die Qualität der getroffenen Entscheidungen unter diesen Maßnahmen leidet, lässt sich nicht abschließend beurteilen, obwohl – zur Beschleunigung - von Begutachtungsstandards, die bis 2002 durch das 4-Augenprinzip zur Vereinheitlichung der Entscheidungspraxis gegeben waren, abgegangen wurde.

Bei Pflegegeldverfahren war ein Anstieg der durchschnittlichen Erledigungsdauer von 2,8 Monate im Jahr 2002 auf 4,1 Monate im Jahr 2003 zu verzeichnen. Von einer Trendwende ab Oktober 2003 zur sprechen, wie dies die PVA gegenüber der VA bereits tat, ist angesichts einer bloßen Stabilisierung der durchschnittlichen Erledigungsdauer auf 4,7 Monate in den Monaten Septem-

Keine wirkliche Trendwende in Pflegegeldverfahren in Sicht

BMSGK**VA Dr. Peter Kostelka**

ber bis November 2003 und einer geringfügigen Absenkung auf 4,5 Monate im Dezember 2003 nicht überzeugend. Dies vor allem im Hinblick darauf, dass die durchschnittliche Erledigungsduer im Dezember 2002 vergleichsweise bloß 2,9 Monate betragen hatte.

Der Gesetzgeber hat mit dem 2. Sozialversicherungsänderungsgesetz 2003 (61. ASVG- Novelle) eine weitere Deckelung der Verwaltungskosten bei den Sozialversicherungsträgern auf dem Niveau von 1999 vorgenommen, die im Gesetzesentwurf noch vorgesehenen Grundsätze einer Qualitätssicherung im ärztlichen Bereich aus dem ASVG völlig gestrichen und eine weitere Fusionierung beschlossen. Einspareffekte – als Ziel von Reformen der Aufbauorganisation von Entscheidungsträgern der gesetzlichen Sozialversicherung – sollten nach Ansicht der VA nicht losgelöst von den Erfordernissen, die eine reibungslose Ablauforganisation nach sich zieht, garantieren, beurteilen kann. Reformen, die sich zu Lasten der Pflichtversicherten und Pensionisten auswirken,

In Gesprächen mit der VA und Zeitungsmeldungen (zB Kurier vom 18. Februar 2004) wurde – nicht zu Unrecht – hervorgehoben, dass die Pensionsreform 2003, die mit 1. Jänner 2004 in Kraft trat, in der Umsetzung zeit- und personalintensiv ist. Die Heranziehung von drei unterschiedlichen "Hacklerregelungen", Änderungen bei der Altersteilzeit, das gleitende Abschaffen der Früh-Pension wegen langer Arbeitslosigkeit, sowie die Verpflichtung zur Berechnung aller Pensionen nach "Neu – und Altrecht" zur Feststellung der sich daraus ergebenden Einbussen (Deckelung, Härtefond) bindet ebenso Kapazitäten, wie reine "Korrektur-Novellen" – wie das Sozialversicherungsänderungsgesetz 2004 – mit dem - unter Berücksichtigung der Vorausempfänge in zwei Bundesländern - die unterjährige Anweisung von Einmalzahlungen an Pensionisten mit Bruttopensionen unter € 780,00 nachträglich eingeführt wurde.

**Mit Entspannung der
Situation demnächst
eher nicht zu rechnen**

VA Dr. Peter Kostelka**BMSGK**

12.1.1.5 Unzureichende Bescheidbegründungen

Bescheide der Versicherungsträger in Leistungs- und Verwaltungssachen sind gemäß § 357 ASVG (§ 182 BSVG, § 194 GSVG, usw.) iVm § 58 bis 61 AVG zu begründen, indem die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammengefasst wird.

Amtswegiges Prüfungsverfahren:

VA BD/178-SV/03

Ausgangspunkt eines **amtswegigen** Prüfungsverfahrens waren vor allem Beschwerden von Hinterbliebenen, denen die Ermittlung der Höhe der ihnen gebührenden Leistung auch nach Bescheiderteilung durch die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft nicht nachvollziehbar erschien. Im diesbezüglichen Prüfverfahren teilte der Versicherungsträger der VA mit, dass er ab 1. Jänner 2005 an einer gemeinsamen Softwareentwicklung aller Pensionsversicherungsträger teilnehmen wird und alle verfügbaren Ressourcen, die für eine eventuelle Änderung von Bescheidlayouts notwendig wären, durch die diesbezüglichen Einbindungsarbeiten in das Großprojekt gebunden seien.

Entscheidungen der Pensionsversicherungsträger ohne Begründung nicht nachvollziehbar

Die VA setzte ihre Prüfung im Bereich der federführenden Pensionsversicherungsanstalt fort und ersuchte um Bekanntgabe des Standes der Vorarbeiten

Eindringlich war von der VA auf die Rechtssprechung des Verfassungsgerichtshofes, der wiederholt ausgesprochen hat, dass durch die Unerlassung einer ausreichenden Begründung Willkür geübt und dadurch das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz verletzt wird, hingewiesen worden.

Fehlen der Begründung ist Willkür

Nach Ansicht der VA sollen daher in Bescheiden:

Verbesserungsvorschläge der VA

- Die Entscheidungsgrundlagen so dargelegt werden, dass Verfahrensparteien entweder selbst oder zumindest mit Hilfe von beratenden Institutionen den Spruch der Entscheidung nachvollziehen können.
- Die Berechnungsgrundlagen in den Begründungen dargelegt werden.
- In schlüssiger Weise die vorgenommene Begutachtung, etwa beim Versicherungsfall der geminderten Erwerbsfähigkeit (und deren Ergebnis), zusammengefasst dargestellt werden

BMSGK**VA Dr. Peter Kostelka**

- Wenn diese Begründungselemente im Wege der automatisationsunterstützten Datenverarbeitung nicht unmittelbar in die Erledigung aufgenommen werden können, sollten den Versicherten als Beilage die erstellten medizinischen Gutachten bzw. die Berechnungsblätter mit den Berechnungsgrundlagen (Versicherungszeitenaufstellung, Höhe der herangezogenen Bemessungsgrundlagen) zur Verfügung gestellt werden.

Die diesbezüglichen Bemühungen der VA waren teilweise erfolgreich:

- Zunächst ist festzuhalten, dass in den Bescheiden betreffend Ausgleichszulage nunmehr auch jene Einkünfte aus (übergeannter) Land(Forst)wirtschaft angegeben werden, die auf die Ausgleichszulage angerechnet werden.
- Die Pensionsversicherungsanstalt überdenkt die Übersendung einer Aufstellung von Versicherungsmonaten und Bemessungsgrundlagen in der Beilage zu den Pensionsbescheiden.
- Es wird ferner in Aussicht genommen, die Bescheidbegründungen bei den Bescheiden mit denen ein Antrag auf eine Leistung aus dem Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit abgelehnt wird zu optimieren.

Abschließend ist anzumerken, dass die VA der Pensionsversicherung angeboten hat, bei den Arbeitskreisen zur Evaluierung und Optimierung der Bescheide mitzuwirken. Eine diesbezügliche Einladung ist aber bisher an die VA noch nicht ergangen.

VA bietet Mitwirkung an

12.1.1.6 Einzelfälle und sonstige Wahrnehmungen

12.1.1.6.1 Vollzugsfehler

Die VA konnte auch im abgelaufenen Berichtszeitraum in zahlreichen Fällen, in denen festzustellen war, dass der **Beschwerde Berechtigung** zukommt, eine Behebung des Beschwerdegrundes erwirken. In anderen Fällen konnte erreicht werden, dass die Versicherungsträger in sozialer Rechtsanwendung den Versicherten auf Grund des Einschreitens der VA entgegengekommen sind: Beispielhaft sei auf folgende Fälle verwiesen:

Auswahl berechtigter Beschwerden

- Abstandnahme von einer Rückforderung (VA BD/810-SV/01)
- Nachzahlung an Ausgleichszulage € 8.924,91 (VA BD/274-SV/03), € 4.641,33 (VA BD/746-SV/02) und € 28.042,74 (VA BD/770-SV01)
- Zuerkennung einer unbefristeten Invaliditätspension (VA BD/1038-SV/02, 334-SV/03, 1214-SV/02)

VA Dr. Peter Kostelka

BMSGK

- Zuerkennung bzw. Weitergewährung einer befristeten Invaliditäts- oder Berufsunfähigkeitspension (VA BD/1162-SV/02, 1299-SV/02, 16-SV/03, 44-SV/03, 370-SV/03, 410-SV/03; 507-SV/03, 709-SV/03, 1062-SV/03).
- Zuerkennung einer vorzeitigen Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit VA BD/216-SV/03)
- Pensionsbeginn: Zuerkennung eines günstigeren Stichtages (VA BD/1268-SV/02, VA BD/800-SV/03)
- Zuerkennung eines Zuschusses zur Anschaffung eines behindertengerechten PKW (VA BD/1362-SV/02)
- Bewilligung eines Anschlussheilverfahrens im Kurzentrum Althofen (VA BD/243-SV/03).
- Berichtigung vorgeschriebener Beiträge zur Pensionsversicherung (VA BD/413-SV/03)
- Feststellung fehlender Versicherungszeiten (VA BD/578-SV/03)
- Beseitigung der Folgen einer unrichtigen Information (VA BD/882-SV/03)
- Berichtigung von Fehlern in der Anweisung und Verrechnung (VA BD/169-SV/03, 201-SV/03, 240-SV/03, 510-SV/03, 780-SV/03, 787-SV/03)

12.1.2 Pflegevorsorge

12.1.2.1 Allgemeines

Im Berichtsjahr 2003 ist die Anzahl der Beschwerdefälle betreffend das Bundespflegegeldgesetz im Vergleich zum Vorjahr mit 110 Fällen um 11% angestiegen.

Besonders zahlreiche Beschwerden gab es im Zusammenhang mit langen Verfahrensdauern. Diesbezüglich wurde von der VA ein **amtswegiges** Verfahren eingeleitet (VA BD/838-SV/03).

Im **amtswegigen** Verfahren VA BD/178-SV/03 befasste sich die VA mit den oft unzureichenden Begründungen von Pflegegeldbescheiden.

Die in der Stellungnahme zum **26. Bericht der VA an den Nationalrat und den Bundesrat** enthaltene Einschätzung des BMSG auf Grund einer Bund-Ländersitzung am 8. April 2003, dass die Schaffung eindeutiger Einstufungskriterien für pflegebedürftige Kinder und geistig (psychische) Behinderte auch aus Sicht der

BMSGKVA Dr. Peter Kostelka

Länder kein weiter zu behandelndes Thema sei, kann von der VA nicht gefolgt werden.

Die Bund-Ländersitzung zum Thema "Einstufung von Kindern und Jugendlichen im Pflegegeldverfahren" vom 12. November 2003 zeigt, dass die Ermittlung des Pflegebedarfes schwerst behinderter Kleinkinder noch immer eine Schwachstelle im System der Pflegevorsorge darstellt.

12.1.2.2 Ruhens bei stationären Krankenhausaufenthalten – Rückforderung des Taschengeldes nur anteilmäßig zulässig

Das Taschengeld von Pflegegeldbeziehern ruht bei Spitalspflege nur im Ausmaß des täglichen Betrages, nicht jedoch in Höhe des Pflegegeldes.

VA BD/85-SV/03; BMSG 147.315/1-4/03

Anlässlich des gegenständlichen Prüfungsverfahrens stellte sich heraus, dass es der Praxis der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft entspricht, in Fällen, in denen der Pflegegeldbezieher in einem Wohn- oder Pflegeheim auf Kosten oder unter Kostenbeteiligung eines Landes, einer Gemeinde oder eines Sozialhilfeträgers untergebracht ist, bei nachträglich hervorgekommenen Ruhensstatbeständen (insbesondere aufgrund eines stationären Aufenthaltes), die entstandene Überbezahlung zur Gänze auf das monatliche Taschengeld, das dem Pflegegeldbezieher nach der Spitalsentlassung gebührt, anzurechnen.

VA deckt rechtswidrige Verwaltungspraxis auf

Die VA **beanstandete** diese Praxis im allgemeinen und im Beschwerdefall als **Missstand** im Sinne des Art. 148a B-VG und erteilte gemäß Art. 148 c B-VG die **Empfehlung**, die zu viel ruhend gestellten Taschengeldbeträge zurückzuzahlen.

§ 13 Abs. 1 Z 1 BPFGG bestimmt, dass wenn eine pflegebedürftige Person auf Kosten oder unter Kostenbeteiligung eines Landes, einer Gemeinde oder eines Sozialhilfeträgers in einem Pflege-, Wohn-, Alten- oder Erziehungsheim stationär gepflegt wird, für die Zeit dieser Pflege der Anspruch auf Pflegegeld bis zur Höhe der Verpflegskosten, höchstens jedoch bis zu 80% auf den jeweiligen Kostenträger übergeht. Für die Dauer des Anspruchsüberganges gebührt der pflegebedürftigen Person ein Taschengeld in Höhe von 10% des Pflegegeldes der Stufe 3; im Übrigen ruht der Anspruch auf Pflegegeld.

Gemäß § 12 Abs. 1 Z 1 BPFGG ruht der Anspruch auf Pflegegeld während eines stationären Aufenthaltes in einer Krankenanstalt ab dem Tag, der auf die Aufnahme folgt, wenn ein in- oder aus-

VA Dr. Peter Kostelka**BMSGK**

ländischer Träger der Sozialversicherung für die Kosten der Pflege in der allgemeinen Gebührenklasse überwiegend aufkommt. § 12 Abs. 6 BPGG normiert für den Fall, dass der Entscheidungsträger Pflegegelder angewiesen hat, die gemäß Abs. 1 nicht mehr auszuzahlen waren, dass diese Pflegegelder auf das Taschengeld oder künftig auszuzahlendes Pflegegeld anzurechnen sind.

Nach Ansicht der VA besteht in den Fällen, in denen weder der Taschengeldbezieher noch der Sozialhilfeträger der Verpflichtung zur Meldung eines Spitalsaufenthaltes fristgerecht nachkommt und sich durch das verspätete Hervorkommen des Ruhenstatbestandes Überzahlungen an Pflegegeld ergeben, gemäß § 11 Abs. 3 BPGG auch gegenüber dem Träger der Sozialhilfe auf Grund dessen besonderer Rechtsposition ein anteiliger Rückforderungsanspruch.

Die Vorgangsweise der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, den auf den Spitalsaufenthalt entfallenden ruhend gestellten Teil des Pflegegeldanspruches zur Gänze auf das monatliche Taschengeld, das dem Pflegegeldbezieher in weiterer Folge nach der Spitalsentlassung gebühren würde, anzurechnen, war daher gesetzwidrig.

Die VA vertritt hiezu die Ansicht, dass § 12 Abs. 6 BPGG dem Träger des Pflegegeldes – entgegen der Rechtsansicht der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft nur scheinbar eine Wahlmöglichkeit, gegen welchen der Leistungsempfänger er die Rückforderung geltend macht, einräumt. Der Wortlaut des Gesetzes kann nur dahingehend gedeutet werden, dass auch gegenüber dem Sozialhilfeträger eine Verpflichtung zur Anrechnung der anteiligen Überzahlung besteht.

Die kritisierte Vorgangsweise widerspricht auch dem Zweck des Pflegegeldgesetzes, Menschen in Pflegeheimen regelmäßig ein Taschengeld aus dem Pflegegeld zu belassen. Sie kann dazu führen, dass Heimbewohnern nach Krankenhausaufenthalten wegen der Anrechnung der gesamten Überzahlung mehrere Monate hindurch kein Taschengeld erhalten, während die erfolgte Überzahlung von 80% des Pflegegeldanspruches an den Sozialhilfeträger unangetastet bleibt.

Es bedurfte des Einschreitens der VA und eines von ihr initiierten Erlasses des BMSG die Sozialversicherungsträger zu veranlassen, zu Unrecht ausbezahltes Taschengeld nicht nur gegenüber den Taschengeldempfänger, sondern anteilig auch gegenüber dem Träger der Sozialhilfe aufzurechnen.

VA fordert anteilige Anrechnung der Überbezahlung gegenüber Sozialhilfeträger

Heimbewohnern wird nach Krankenhausaufenthalten kein Taschengeld ausbezahlt

VA erwirkt Herstellung des rechtmäßigen Zustandes

BMSGK**VA Dr. Peter Kostelka**

12.1.2.3 Begründung der Pflegegeldbescheide haben jedenfalls das Ausmaß des vom Entscheidsträger festgestellten Pflegebedarfes zu enthalten

Die VA hat sich im Zuge ihrer Prüfungstätigkeit häufig mit Beschwerden auseinander zu setzen, dass Pflegegeldbescheide nicht ausreichend begründet sind. Die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens werden gegenüber den Antragstellern gegenüber nicht verständlich dargelegt bzw. fehlen zur Gänze. Diesbezüglich wurde ein **amtswegiges** Prüfungsverfahren (VA BD/178-SV/03) eingeleitet.

Entscheidungen sind für die Antragsteller oft nicht nachvollziehbar

Die VA vertritt hiezu die Ansicht, dass die Entscheidungsträger, die das BPGG zu vollziehen haben, gemäß § 60 AVG 1991 zur Begründung ihrer Bescheide verpflichtet sind. Im Falle einer Ablehnung ist in der Begründung des Bescheides jedenfalls das Ausmaß des festgestellten Pflegebedarfes anzuführen, wobei dieser nach Richt- und Fixwerten unter Auflistung der zu veranschlagenden Stundenzahl aufgegliedert sein muss.

Der Generaldirektor der Pensionsversicherungsanstalt teilte in seiner Stellungnahme dazu mit, dass in Entsprechung des Erlasses des Bundesministeriums für soziale Sicherheit und Generationen vom 2. Oktober 2002, GZ 43.010/113-4/02, sowie der daraufhin ergangenen **Empfehlung** des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger vom 9. Oktober 2002 bei negativen Pflegegeldentscheidungen künftig die Anzahl der Stunden des berücksichtigten Gesamtpflegebedarfes in der Bescheidbegründung angeführt wird.

VA wird Verbesserung der Bescheidbegründungen zugesagt

12.1.2.4 Pflegegeldanspruch im Sterbemonat

Die VA hat bereits mehrmals darauf hingewiesen, dass durch die mit der Einführung des § 47 Abs. 4 BPGG geschaffenen Rechtslage betreffend Personen, welche 1996/97 einen Vorschuss an Pflegegeld anstelle des aliquoten Teiles des im Sterbemonat gebührenden Pflegegeldes ausbezahlt wurde, gravierende Härtefälle entstehen können (vgl. die Ausführungen zuletzt im **26. Bericht an den Nationalrat und den Bundesrat**).

Derzeitige Rechtslage führt zu Härtefällen

Auch in diesem Berichtjahr wurden der VA Fälle herangetragen, in welchen die Ergebnisse der geltenden Rechtslage unterstreichen (VA BD/1103-SV/02, VA BD/1029-SV/03).

Die VA hält daher wiederholt geäußerten Standpunkt aufrecht, wonach eine Differenzzahlung zur Vermeidung von Härten in begründeten Einzelfällen gerechtfertigt erscheint.

VA Dr. Peter Kostelka**BMSGK**

12.1.2.5 Unzureichende Information von möglichen Fortsetzungsberechtigten

Wie von der VA im **26. Bericht an den Nationalrat und den Bundesrat** ausgeführt, wissen mögliche Fortsetzungsberechtigte gemäß § 19 Abs. 3 BPGG über ihre Rechtsstellung oft nur unzureichend Bescheid. Die VA fordert deshalb, dass die Vollzugsbehörden mögliche Fortsetzungsberechtigte im Zuge einer über die Manuduktionspflicht des § 13 AVG hinausgehenden Serviceleistung **amtswegig** über ihre Rechte informieren.

VA fordert amtswegige Information möglicher Fortsetzungsberechtigter

Im Prüfungsverfahren VA BD/1329-SV/02 konnte erst durch das Einschreiten der VA erwirkt werden, dass die Fortsetzungsberechtigung der BF von der PVA anerkannt wurde und eine Nachzahlung des Pflegegeldes im Umfang der Stufe 7 erfolgte.

12.1.2.6 Pflegegeld – Einstufungsdivergenzen nach Übergang der Zuständigkeit

Wie die VA bereits wiederholt ausgesprochen hat (vgl. zuletzt **26. Bericht an den Nationalrat und den Bundesrat**), widersprechen Unterschiede bei der Ermittlung des Pflegebedarfes den Vereinbarungen, welche zwischen dem Bund und den Ländern zur Vereinheitlichung der Grundsätze der Pflegevorsorge (BGBI. Nr. 866/1993) getroffen wurden.

Erlass des BMSG hat Rechtssicherheit gebracht

Wegen des Erlasses des BMSG, vom 28. Mai 2003, GZ.: 43.010/44-4/03, mit dem festgelegt wurde, dass die Sozialversicherungsträger grundsätzlich die Pflegegeldinstufung der Länder übernehmen, treten nur mehr vereinzelt Leistungskürzungen ein, die nicht mit einer Verbesserung des Gesundheitszustandes einhergehen und somit für die Betroffenen nicht nachvollziehbar sind (VA BD/364-SV/03).

12.1.2.7 Einzelfälle und sonstige Wahrnehmungen

Auch im Berichtsjahr 2003 kamen **Beschwerden** im Zusammenhang mit dem Bundespflegegeld **Berechtigung** zu. Beispielhaft sei auf nachstehende Fälle verwiesen, wo erst durch das Einschreiten der VA eine Beseitigung des Beschwerdegrundes erfolgte:

- Rücküberweisung des irrtümlich ruhend gestellten Pflegegeldes. Festzuhalten ist, dass das Prüfungsverfahren von der PVA zum Anlass genommen wurde, Verbesserungen bei der Information über ein Ruhen des Pflegegeldes vorzunehmen (VA BD/94-SV/03).

- Prozessvermeidende Zuerkennung von Pflegegeld (VA BD/828-SV/03).
- Rückwirkende Erhöhung des Pflegegeldes (VA BD/352-SV/03).

12.1.3 Folgen der Unfallrentensteuer abgeschafft?

Die ab 1. Jänner 2001 eingeführte Unfallrentensteuer wurde wegen fehlender Übergangsbestimmungen durch den Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 7. 12. 2002, G 85/02 mit 31. 12. 2003 aufgehoben. Für die Jahre 2001 und 2002 bleiben die Unfallrenten aufgrund des VfGH-Judikats steuerfrei, Gleiches gilt ab dem Jahr 2004, da der Gesetzgeber die "Reparaturfrist" verstreichen lies. Für das Jahr 2003 bleibt die Steuerpflicht allerdings bestehen, sodass die Besteuerung von Unfallrenten zusammen mit gesetzlichen Pensionen oder Ruhebezügen gemäß § 47 Abs 4 EStG weiterhin vorzunehmen ist. Dies hat Verwunderung und Verunsicherung bei den Betroffenen hervorgerufen. Die Härteausgleichsregelung des Bundesbehindertengesetz reicht nicht aus, um die negativen Auswirkungen auszugleichen.

Einzelfälle:

VA BD/1226, 1334-SV/03

Bereits bei der Einführung der genannten Regelung wurde die plötzliche Wiedereinführung der Einkommensteuerpflicht von gesetzlichen Unfallrenten aufgrund fehlender Übergangsregelungen von Teilen der Lehre und Literatur für verfassungswidrig befunden (vgl ua Rudda, Die Besteuerung von Unfallversicherungsrenten - Härteausgleich, SozSi 2001, 416). Der VfGH führt in der genannten Entscheidung zwar aus, dass es aus verfassungsrechtlicher Sicht keinen Bedenken begegnet, Versehrtenrenten aus einer gesetzlichen Unfallversorgung als einkommensteuerpflichtige Bezüge zu behandeln, hält jedoch gleichzeitig fest, dass eine Maßnahme, durch die das Einkommen von - wenn auch in unterschiedlichem Ausmaß - Behinderten bereits ab einer Höhe von ca 1.090,00 Euro monatlich um mindestens 10 Prozent netto absinkt, nicht als geringfügiger Eingriff qualifiziert werden kann. Auch kann angesichts der Anzahl der davon Betroffenen (etwa 12.000) nicht davon ausgegangen werden, dass es sich nur um vereinzelte "Härtefälle" aufgrund besonderer, vom Gesetzgeber nicht vermeidbarer Umstände handelt.

Einführung der Unfallrentenbesteuerung von Beginn an verfassungsrechtlich umstritten

VA Dr. Peter Kostelka**BMSGK**

Die Rückzahlung erfolgt grundsätzlich im Rahmen der (Arbeitnehmer-)Veranlagung beim Finanzamt. Betreffend das Jahr 2001 können die Anträge bis spätestens 31. 12. 2006, betreffend das Jahr 2002 bis spätestens 31. 12. 2007 gestellt werden. Wenn für das Jahr 2001 ein Einkommensteuerbescheid bereits ergangen ist oder eine Einkommensteuererklärung abgegeben wurde, ist kein neuerlicher Antrag erforderlich; für alle Steuerpflichtigen, die aufgrund einer rechtskräftigen Veranlagung bereits eine Vorschreibung erhalten haben, erfolgt die Rückerstattung nämlich von Amts wegen (vgl. Aktuelle Information der Steuersektion, 20. 12. 2002, SWK 2003, T 7). Lediglich wenn für die Jahre 2001 und 2002 noch keine Einkommensteuererklärung abgegeben wurde, erfolgt in der Regel keine amtsweige Rückerstattung.

Rückabwicklung aufwändig und für Betroffene hinsichtlich der Vorgangsweise auch nicht durchschaubar

Der VfGH ist aber auch zum Ergebnis gekommen, dass die in § 33 Bundesbehinderteng getroffene Beihilfenregelung die von der Einkommensteuerpflicht besonders intensiv betroffene Gruppe überhaupt nur zum Teil erfasst. Die VA hat bereits im Zuge der von ihr am 9.10. 2001 veranstalteten Enquête zum Thema "Sozialrecht ohne Rechtsschutz ? am Beispiel der Refundierung der Unfallrentenbesteuerung in Härtefällen" diese Auffassung vertreten und dargelegt, dass Unterstützungsfo nds als Ausgleichsinstrumente für untypische Notlagen, in die Sozialversicherte geraten können, konzipiert (vgl. § 84 ASVG) sind und sich nicht zur Rückerstattung der zuvor mit staatlicher Strenge und Akkuratesse eingetriebenen Ertragsteuern eignen. Die "U-Fonds – Härterege lung im Bundesbehindertengesetz" degradiert auch jene Steuerzahler, bei denen der Gesetzgeber selbst davon ausgeht, dass deren Leistungsfähigkeit nicht nur ausnahmsweise und in atypischen Fällen überschritten wird, zu "Bittstellern", die "keinen einklagbarer Rechtsanspruch" (so der Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales, S 3) auf Abgeltung der Mehrbelastung haben. Rückzahlungen für das Jahr 2003 können nur geleistet werden, wenn der Versicherungsfall (dh Arbeitsunfall/Berufskrankheit) spätestens am 30. 6. 2001 eingetreten ist (§ 55 Abs. 1 Bundesbehindertengesetz) und bestimmte Einkommensgrenzen nicht überschritten wurden.

Das Zusammenspiel von hoheitlichem Steuervollzug und nachfolgender Herbeiführung von "Steuergerechtigkeit" im Wege der Privatwirtschaftsverwaltung ist rechtsstaatlich bedenklich

Durch die §§ 33 und 34 Bundesbehindertengesetz wird ein gesetzliches Schuldverhältnis im Sinne der einschlägigen Rechtsprechung des OGH zwischen dem Unterstützungsfo nds und den anspruchsberechtigten Beziehern von Unfallrenten begründet, das verfassungsrechtlich vorgezeichnet insbesondere einen Anspruch auf sachliche Ausgestaltung der Voraussetzungen für die Zuwendungen in den vorgesehenen Richtlinien des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen und einen Anspruch auf gleichheitskonforme, insbesondere willkürfreie Vollziehung vermittelt. In grundrechtskonformer "sinngemäßer" Anwendung schließt § 25 Bundesbehindertengesetz derartige, vor den Zivilgerichten geltend zu machende Ansprüche nicht aus. Auf diesem Weg kann dann auch die Frage der verfassungskonformen Aus-

BMSGK

VA Dr. Peter Kostelka

gestaltung der Anspruchsgrundlagen releviert und – allerdings erst in zweiter Instanz – angeregt werden, das Gericht möge verfassungsrechtliche Bedenken (zB gegen § 55 Abs 1 Bundesbehindertengesetz) mit einem Gesetzesprüfungsantrag an den Verfassungsgerichtshof herantragen.

Auch an die VA wandten sich Personen, die voraussichtlich keine Zuwendung zum Ausgleich der steuerlichen Belastung durch die Unfallrentenbesteuerung für das Jahr 2003 erhalten werden, weil entweder ihr Einkommen geringfügig die gesetzlich vorgesehene Einkommensgrenze von € 16.714,75 überschreitet und/oder der Versicherungsfall des Arbeitsunfalls oder der Berufskrankheit nach dem 30. Juni 2002 eingetreten ist. Die VA nimmt angesichts ihrer Kritik im **25. Tätigkeitsbericht an den Nationalrat und Bundesrat** (S. 145ff und 232f) zustimmend zur Kenntnis, dass das BMSG unter anderem eine Änderung des Bundesbehindertengesetzes beabsichtigt und es dabei zumindest zum Entfall der zeitlichen Begrenzung kommen soll, sodass künftig auch Versicherungsfälle, die sich bis spätestens Dezember 2003 ereignet haben, vom Unterstützungsfoonds als relevant erachtet werden könnten.

Novellierung der Härtefondsregelung geplant;

Auf Grund von Medienberichten wurde zu VA BD/134-SV/04 aber auch ein **amtswegiges** Prüfungsverfahren eingeleitet, in dessen Rahmen zu klären sein wird, ob und inwieweit es nach Kundmachung des VfGH – Erkenntnisses tatsächlich zu nennenswerten Verzögerungen bei der für 2001 und 2002 vorzunehmenden Steuerrückvergütung gekommen ist bzw. in wie vielen Fällen für 2003 keine (teilweise) Abgeltung zugesprochen werden konnte.

12.1.4 Kriegsopfersversorgungsgesetz

Die VA konnte im Verfahren VA BD/1153-SV/03 die bescheidmäßige (BMSSGK GZ 141.567/3-5/03) rückwirkende Zuerkennung einer Leistung gemäß § 76 Abs. 1 Kriegsopfersversorgungsgesetz an einen Bf, der 1943 von einem auf Sonderurlaub befindlichen Soldaten der deutschen Wehrmacht angeschossen und nach mehrfachen Operationen 8 Tage später am linken Oberschenkel amputiert werden musste, erwirken. Den in den Jahren 1958, 1979 und 1980 eingebrachten Leistungsanträgen wurde keine Folge gegeben und diese – teilweise im Instanzenzug – abgewiesen bzw. zurückgewiesen, obwohl die Einwendungen der Eltern bzw. in späterer Folge des Kriegsopferverbandes immer wieder darauf abzielten, dass hier ein Kind unverschuldet zum Schwerstinvaliden geworden war. Im Jahr 1993 hat sich das damalige Bundesministerium für Arbeit und Soziales im Hinblick auf das besonders tragische Schicksal und die außergewöhnlichen Umstände dieses Falles bemüht, wenigstens die Zustimmung des Bundesministeriums für Finanzen zu einem Härteausgleich gemäß § 76 KOVG in Höhe einer Beschädigtenrente für Erwerbs-

60 Jahre nach Kriegsverletzung erfolgt Zuerkennung einer Leistung nach § 76 Abs. 1 KOVG

VA Dr. Peter Kostelka**BMSGK**

unfähige zu erwirken. Diesem Vorschlag stimmte das Bundesministerium für Finanzen über Jahre hinweg nicht zu, obwohl die VA im Rahmen der **Empfehlung** vom März 2000 die nachteilige Ermessensübung als Verwaltungsmisstand qualifizierte. Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis ZI 2000/09/0177 vom 2. Oktober 2003 die Rechtsauffassung der VA ausdrücklich und vollinhaltlich bestätigt. 23 Bundesregierungen wurden mussten angelobt werden, bis der BF als Härtefall vor dem Gesetz anerkannt wurde.

12.1.5 Behindertenangelegenheiten und Versorgungsgesetze

12.1.5.1 Bundesbehindertengesetz

Von den im vergangenen Jahr an die VA herangetragenen Beschwerdefälle, welche die für die Förderung der Mobilität behinderter Menschen geschaffenen Regelungen des Bundesbehindertengesetzes betrafen, sind insbesondere die folgenden hervorzuheben:

- Im Zuge des Prüfungsverfahrens VA BD/232-SV/03 konnte die VA erreichen, dass der Bf. aus dem Unterstützungsfonds für Menschen mit Behinderung zum Ankauf eines gebrauchten Pkw eine Förderung in Höhe von € 1.200,00 bewilligt wurde.
- Im Zuge des Verfahrens VA BD/278-SV/03 wurde der Grad der Behinderung des Sohnes des Bf. mit 70 v.H. festgesetzt sowie festgestellt, dass ihm die Benützung öffentlicher Verkehrsmittel auf Grund seiner Behinderung nicht zumutbar ist, sodass die für die Ausstellung einer Gratisvignette erforderliche Eintragung in den Behindertenpass durchgeführt werden konnte.
- Auch im Verfahren VA BD/644-SV/02 konnte die VA die Vornahme der Zusatzeintragung "Unzumutbarkeit der Benützung öffentlicher Verkehrsmittel wegen dauernder Gesundheitsschädigung" erwirken.

Besonders gelagerte Einzelfälle

VA erwirkt Zuerkennung einer Förderung

Schaffung der Voraussetzungen für die Ausstellung einer Gratisvignette

12.1.5.2 Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz – Antragsprinzip führt zu Härtefällen

Die VA tritt für eine Lockerung des Antragsprinzips dahingehend ein, dass in Fällen, in denen auf Grund des festgestellten Sachverhaltes erwiesen ist, dass die Anspruchsvoraussetzungen zum Bezug der Leistung schon vor Antragstellung vorgelegen sind, auch die rückwirkende Auszahlung der Geldleistungen ermöglicht wird.

Einzelfall:

VA BD/995-SV/03 (BMSG 147.413/1-5/03)

Die VA hat bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass das Antragsprinzip immer wieder zu massiven Nachteilen für jene Menschen führt, die auf Grund ihrer persönlichen Verhältnisse keinen ausreichenden Zugang zu Informationen haben (vgl. zuletzt für den Bereich des Pensionsversicherungsrechts die Ausführungen im **26. Bericht an den Nationalrat und den Bundesrat**, S. 127f).

Antragsprinzip verursacht Härtefälle

Auch hinsichtlich des Kriegsgefangenenentschädigungsgesetzes, das von seiner Zielsetzung her vorwiegend hochbetagten Menschen zugute kommen soll, führt das Antragsprinzip zu gravierenden Härtefällen. Dies belegt beispielhaft der vorliegende Fall, wo mit Urteil des Landesgerichtes für ZRS Graz festgestellt wurde, dass dem Umstand, dass dem Kläger auf Grund seiner Seh- und Hörschwäche nicht bekannt war, dass er einen Antrag auf Leistungen bereits früher stellen können, keine rechtliche Relevanz zukommt.

Dieser Fall illustriert, dass es praktisch unmöglich ist, Betroffenen zu erläutern, weshalb der Gesetzgeber zwar Vorkehrungen dafür trifft, dass jene Menschen, die im Verlauf des ersten oder zweiten Weltkriegs in Gefangenschaft gerieten oder im Verlauf des zweiten Weltkrieges oder während der Zeit der Besetzung Österreichs durch die alliierten Mächte von einer militärischen Macht aus politischen oder militärischen Gründen festgenommen und angehalten wurden, Geldleistungen in Anspruch genommen werden können, es aber gleichzeitig verabsäumt, durch Härteregelungen erkennbare Lücken zu Gunsten jener zu schließen, die aus Unkenntnis der Rechtslage die Informations- und Beratungsangebote nicht für sich nutzen konnten. Die Verknüpfung von Leistungsanfall und Antragstellung verhindert die Leistungszuerkennung an Menschen, die aus Unbeholfenheit und Unkenntnis sowie den Belastungen, die mit ihrer persönlichen Situation einhergehen, faktisch keinen Zugang zu Informationsmaterial haben.

Antragsprinzip steht einer rückwirkenden Zuerkennung von an sich gebührenden Leistungen entgegen

VA Dr. Peter Kostelka**BMSGK**

Die VA ist daher der Auffassung, dass eine Lockerung des Antragsprinzips erforderlich ist.

12.1.5.3 Verbrechensopfergesetz

Die VA erreichte im Zuge des Prüfungsverfahrens VA BD/75-SV/03 die Erlassung einer bundesweiten Dienstanweisung des Bundesministeriums für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz, mit welcher klargestellt wurde, dass die Einschränkungen des § 16 Abs. 3 VOG auf Unionsbürger, welche sich im Rahmen ihrer Arbeitnehmerfreizügigkeit in Österreich aufhalten, nicht angewendet werden dürfen. Zur näheren Erörterung dieses Falles siehe Grundrechtsteil, Pkt. 15.8.3 S. 310.

**VA erwirkt Einstellung
der Benachteiligung von
Unionsbürgern**

12.1.5.4 Heeresversorgungsgesetz

Im Prüfungsverfahren VA BD/84-SV/02 konnte die VA erwirken, dass ein Bescheid der Schiedskommission beim (damaligen) BM für soziale Sicherheit und Generationen, mit dem ein Antrag des Bf auf Zuerkennung von Leistungen nach dem Heeresversorgungsgesetz rechtskräftig abgewiesen worden war, von Amts wegen (Bescheid vom 13. Mai 2003, GZ 41.550/306-9/03/HVG) dahingehend abgeändert wurde, dass dem Bf. eine Beschädigtenrente entsprechend einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von 100 v.H. zuerkannt wurde. Damit konnte einem jungen Mann, der im Zuge seines Präsenzdienstes einen Kreislaufkollaps erlitt und so unglücklich zu Sturz kam, dass er ein schweres Schädel-Hirn-Trauma erlitt, auf Grund dessen er voraussichtlich den Rest seines Lebens schwer behindert bleiben wird, zumindest in finanzieller Hinsicht geholfen werden.

**VA erwirkt Zuerkennung
von Leistungen durch
Anerkennung einer
Gesundheitsschädigung
als Dienstbeschädigung**

12.1.5.5 Impfschadengesetz

Die VA tritt dafür ein, dass die Verjährungsbestimmung des § 4 Impfschadengesetz ersatzlos gestrichen wird.

Einzelfall:

VA BD/177-SV/03 (BMSG 146.946/1-5/04)

Herr M. erhob Beschwerde wegen der Abweisung eines Antrags auf Entschädigung nach dem Impfschadengesetz wegen eingetretener Verjährung.

Abweisung eines Antrags wegen Verjährung

In dem Prüfungsverfahren musste die VA feststellen, dass in dem abweisenden Bescheid des Bundessozialamtes Vorarlberg nicht

BMSGK**VA Dr. Peter Kostelka**

dargetan wurde, zu welchem Zeitpunkt dem Geschädigten der Schaden tatsächlich bekannt geworden ist. Der sachzuständige BM veranlasste daraufhin die Aufhebung dieses Bescheides.

Unabhängig von dieser erfreulichen Lösung des Beschwerdefalls ist die VA jedoch der Auffassung, dass die in § 4 Impfschadengesetz vorgesehenen Verjährungsfristen unbillig kurz sind, da die betroffenen Menschen über ihre Ansprüche oft gar nicht Bescheid wissen. Im Interesse der von einem Impfschaden betroffenen, zumeist ohnedies leidgeprüften Menschen hat die VA daher dem sachzuständigen BM unter Hinweis darauf, dass vergleichbare Verjährungsfristen in keinem anderen Versorgungsgesetz vorgesehen sind, die Ausarbeitung einer Gesetzesänderung vorschlagen, die den Entfall dieser Verjährungsfristen vorsieht. Der angesprochene BM hat auf diese Anregung positiv reagiert und der VA mitgeteilt, dass der Entfall der Verjährungsbestimmung des § 4 Impfschadengesetz im Zuge einer weiteren Angleichung des Sozialentschädigungsrechts erfolgen soll.

VA regt Aufhebung der Verjährungsbestimmung an

12.1.5.6 Einzelfälle und sonstige Wahrnehmungen

Auf Grund von Veranlassungen der VA konnten folgende Beschwerden im Sinne der Betroffenen einer positiven Erledigung zugeführt werden:

- Zuerkennung einer einmaligen Unterstützung in Höhe von € 500,00 aus den Mitteln der Sonderfürsorge (VA BD/902-SV/03)
- Amtsweigige Behebung eines Bescheides, mit dem die für viele Jahre gewährte Pflegezulage der Stufe 5 auf die Pflegezulage der Stufe 2 gemindert wurde, obwohl keine Besserung des Gesundheitszustands eingetreten war (VA BD/311-SV/03).

12.1.6 Bereich Familie

12.1.6.1 Kinderbetreuungsgeld

12.1.6.1.1 Allgemeines

Im vorliegenden Berichtszeitraum hatte die VA insgesamt 11 Fälle im Zusammenhang mit dem Kinderbetreuungsgeld zu behandeln. Dabei wurden durchwegs Rechtsfragen grundsätzlicher Art berührt, wobei teilweise unbefriedigende Ergebnisse durch legistische "Mangelbehebungsmaßnahmen" saniert werden konnten.

Anzahl und Inhalt der Beschwerdefälle

VA Dr. Peter Kostelka

BMSGK

Zu erwähnen ist an dieser Stelle etwa die zu VA BD/886-SV/03 behandelte Beschwerde einer Mutter aus Vorarlberg. Dieser war die Höhe des monatlichen Kinderbetreuungsgeldes unter Bezugnahme auf § 7 KBGG in dessen Stammfassung zunächst eingekürzt worden, weil die Nachweise für die Mutter-Kind-Pass-Untersuchung geringfügig (um einige Tage) zu spät bei der zuständigen Gebietskrankenkasse vorgelegt worden waren. Im Hinblick darauf, dass derartige Fälle offensichtlich gehäuft auftraten und immer wieder zu Härten führten, erfolgte mit BGBl I 122/2003 eine Novellierung der maßgeblichen Rechtsvorschrift des § 7 Abs. 3 KBGG. Dort wurde nunmehr die Wahrung des vollen Anspruches auf Kinderbetreuungsgeld verankert, wenn die Vornahme oder der Nachweis der Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen aus Gründen, die nicht vom leistungsbeziehenden Elternteil zu vertreten sind, unterbleibt oder der entsprechende Nachweis bis spätestens zur Vollendung des 3. Lebensjahres des Kindes nachgebracht wird. Im konkreten Beschwerdefall war festzustellen, dass seitens der zuständigen Gebietskrankenkasse unter Bezugnahme auf einen Erlass des Bundesministeriums zu GZ: 250/4450/11-V/3/03 unter Vorwegnahme jener Novelle die verspätete Beibringung des Untersuchungsnachweises nachgesehen und dementsprechend das volle Kinderbetreuungsgeld rückwirkend zur Auszahlung gebracht werden konnte.

Härten durch verspäteten Nachweis von Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen

Eine weitere legistische Sanierung erfolgte im Bereich der Mehrlingsgeburten. Hier ist darauf hinzuweisen, dass die VA bereits im Tätigkeitsbericht betreffend das Jahr 2002 im Rahmen des Grundrechtsteiles (Punkt 14.2.1.3) darauf hingewiesen hatte, dass eine Regelung, wonach das Kinderbetreuungsgeld auch bei Mehrlingsgeburten nur in einfacher Höhe gebührt, mit dem Gleichheitssatz nach Artikel 7 B-VG nicht vereinbar ist und es sachlich nicht gerechtfertigt sei, eine Mehrlingsgeburt in Bezug auf die Gebührlichkeit des Kinderbetreuungsgeldes einer normalen Geburt gleichzustellen. Mit BGBl I 58/2003 wurde der Auffassung der VA entsprochen. Durch Einfügung des § 3a wird nunmehr festgelegt, dass sich das Kinderbetreuungsgeld bei Mehrlingsgeburten für das 2. und jedes weitere Kind um 50 % erhöht. Damit wurde aus der Sicht der VA einerseits der erhöhten Belastung (Betreuungs- und Zeitaufwand) im Fall von Mehrlingsgeburten Rechnung getragen, zugleich aber auch eine Berücksichtigung gewisser Synergieeffekte nicht außer Acht gelassen. Insofern kann von einer sachgerechten Lösung gesprochen werden.

Sachwidrige Gleichstellung von Mehrlingsgeburten mit Einfachgeburten beseitigt

In weiterer Folge ist nun auf 2 besondere Problemlagen grundätzlicher Art einzugehen.

BMSGK

VA Dr. Peter Kostelka

12.1.6.1.2 Einkommensbegriff des KBBG: Sind Witwenpensionen anzurechnen?

Witwenpensionen sollten aus dem Einkommensbegriff nach dem KBGG ausgeklammert und im Hinblick auf die Prüfung einer Überschreitung der Einkommensgrenze ("Zuverdienstgrenze") außer Ansatz bleiben.

Einzelfall:

VA BD/328-SV/03; BMSG 52.4410/29-V/3/03

Anlässlich eines zu VA BD/328-SV/03 geführten Prüfverfahrens stellte sich die Frage, ob eine Witwenpension unter den Einkommensbegriff des KBGG (Gesamtbetrag der Einkünfte im Sinne des § 8 KBGG) zu subsumieren ist und demgemäß bei der Prüfung der Einhaltung der Zuverdienstgrenze beim Kinderbetreuungsgeld gemäß § 2 Abs. 1 Z 3 KBGG berücksichtigt werden muss bzw. unter Umständen zur Vernichtung des Kinderbetreuungsgeldanspruches führt.

Die VA kontaktierte in diesem Zusammenhang den zuständigen Bundesminister und plädierte dafür, die Witwenpension nicht als (unter Umständen anspruchsschädliches) Einkommen im Sinne des KBGG zu qualifizieren.

Seitens der VA wird in diesem Zusammenhang eingeräumt, dass eine rein – wenn man so will formalistisch – am Gesetzeswortlaut orientierte Auslegung des § 8 KBGG zum Ergebnis führt, dass auch Witwenpensionsleistungen unter den für das Kinderbetreuungsgeld maßgeblichen Einkommensbegriff fallen. Der Wertungswiderspruch, welcher aber dann dieser Bestimmung innerwohnt, wurde seitens der VA gegenüber dem Bundesminister herausgearbeitet. Bei einer Witwenpension handelt es sich nämlich um nichts anderes, als den Ersatz der zuvor vom Ehemann (und in der Regel Kindesvater) erbrachten Unterhaltsleistung, die nach dessen Tod ausbleibt. Das Einkommen des Ehepartners sowie die Höhe der von ihm erbrachten Unterhaltsbeiträge bei bestehender aufrechter Ehe sind aber für den Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld unbeachtlich bzw. unschädlich. Warum dann die gegenüber dem Erwerbseinkommen geringeren Hinterbliebenenpensionen als für das Kinderbetreuungsgeld anspruchsminderndes Einkommen gewertet werden müssen, bleibt angesichts der Tragik, die mit dem frühen Tod des Familienerhalters einhergehen, unverständlich. Es ist zum Glück weder die Regel, dass ein werdender Vater – wie im Fall der Bf - die Geburt seines ersten Kindes nicht erlebt, noch muss man im Alter von 30 Jahren damit rechnen, Witwe zu werden. Der Gesetzgeber hat an derartige Fallkonstellationen nicht gedacht und wäre zu einer Klarstel-

Problemstellung – Anlassfall

Vorschlag einer sachgerechten Lösung: Die Zweckausrichtung der Witwenpension spricht gegen deren Berücksichtigung als anrechenbares Einkommen

VA Dr. Peter Kostelka**BMSGK**

lung aufgerufen, da in solchen Fallkonstellationen die Ankündigung, dass vielleicht doch mit einer Rückforderung des KBGG ins Haus steht, als unbillig und zusätzlich belastend empfunden wird.

Bedauerlicherweise zeigte sich der zuständige Bundesminister bislang nicht bereit, auf die soeben Argumentationslinie der VA einzuschwenken. Auch eine teleologische Reduktion wurde unter Hinweis auf den Wortlaut des § 8 KBGG bedauerlicherweise abgelehnt. Dem wäre freilich zu entgegnen, dass das Auslegungsinstrument der teleologischen Interpretation gerade darauf ausgerichtet ist, den Gesetzeswortlaut korrigierend enger auszulegen, um dem zu Grunde liegenden Gesetzeszweck zum Durchbruch zu verhelfen. Die VA möchte somit mit Nachdruck deponieren, dass hier jedenfalls eine Vollzugsänderung im genannten Sinne zu überlegen ist bzw. allenfalls auch eine entsprechende Novellierung des KBGG angezeigt wäre.

Bundesminister blockt ab**Legistische "Sanierung" allenfalls empfehlenswert**

BMSGK

VA Dr. Peter Kostelka

12.1.6.1.3 Zwischenstaatliche Koordinationsprobleme beim Kinderbetreuungsgeld im Verhältnis zur Bundesrepublik Deutschland

Auslegungsdifferenzen hinsichtlich der EU-Wanderarbeitnehmerverordnung (VO 1408/71) zwischen Österreich und Deutschland führen zu verkürzten Familienleistungen für Dienstnehmerinnen, die in Österreich in einem (karenzierten) Dienstverhältnis stehen und in Deutschland wohnen.

Seitens der Österreichischen Bundesregierung sollten verstärkt Bemühungen gesetzt werden, um ein – europarechtskonformes – Einlenken der deutschen Behörden zu erreichen.

Einzelfälle:

VA BD/254-SV/03; 361-SV/03; 694-SV/03; 1199-SV/03 (BMSG: 52.4410/14-V/3/03)

Die VA war im vorliegenden Berichtszeitraum immer wieder mit Anfragen bzw. Beschwerden (VA BD/361-SV/03) konfrontiert, bei denen es um die Anspruchsberechtigung auf Kinderbetreuungsgeld bei Wohnsitz der Mutter und des Kindes im Ausland, konkret in der Bundesrepublik Deutschland, ging. Durchwegs handelt es sich dabei um folgende Sachverhaltskonstellation:

Die Kindesmutter ist mit einem in Deutschland selbstständig oder unselbstständig erwerbstätigen Ehemann (Kindesvater) verheiratet und lebt mit diesem auch in Deutschland im gemeinsamen Haushalt. Bis zur Geburt des Kindes ist die Kindesmutter, zumeist eine österreichische Staatsangehörige, in Österreich (Grenzgebiet zu Deutschland) als Dienstnehmerin nach österreichischen Rechtsvorschriften erwerbstätig und nimmt im Anschluss an den Mutterschutz Karenzurlaub in Anspruch, um sich am Familienwohnsitz der Kindesbetreuung zu widmen.

Nach rechtlicher Beurteilung der VA liegt bei der geschilderten Konstellation die primäre Leistungszuständigkeit bei Behörden in Deutschland. Bei Familienleistungen, wie dem Kinderbetreuungsgeld, ist grundsätzlich vom Beschäftigungslandprinzip auszugehen. Führt die Anknüpfung am Beschäftigungsstaat jedoch zur Anwendbarkeit von zwei verschiedenen nationalen Rechtsordnungen - also etwa dann, wenn die beiden Elternteile in jeweils unterschiedlichen Mitgliedstaaten erwerbstätig sind – so gibt der Wohnsitz der Kinder den Ausschlag. Die primäre Leistungszuständigkeit liegt also beim Wohnsitzstaat (Deutschland). Aus österreichischer Sicht ist lediglich eine Ausgleichszahlung auf die in der Regel niedrigere deutsche Familienleistung (Bundeserziehungsgeld) zu gewähren (Art 73, 76 iVm art 12 VO 1408/71).

Problemstellung

Standpunkt der VA – primäre Leistungszuständigkeit liegt bei deutschen Behörden

VA Dr. Peter Kostelka**BMSGK**

Das faktische Problem besteht jedoch darin, dass sich die deutschen Behörden weigern, rechtskonform vorzugehen und den Anspruch auf deutsches (Bundes-)Erziehungsgeld anzuerkennen. Es wird damit argumentiert, dass deutsche Rechtsvorschriften für die vormals in Österreich beschäftigten Kindesmütter nicht zur Anwendung kämen. Seitens der deutschen Behörden wird dazu auf Art 13 VO 1408/71 Bezug genommen und im Ergebnis eine nur auf die Kindesmutter bezogene Individualbetrachtung unter Außerachtlassung der Familiensituation in ihrer Gesamtheit vorgenommen.

Deutsche Behörden verweigern Anerkennung des Anspruches auf (Bundes-) Erziehungsgeld

Die VA ist der Auffassung, dass die Haltung der deutschen Behörden als verfehlt, weil europarechtswidrig zu beurteilen ist. Im Grund läuft die deutsche Rechtsmeinung darauf hinaus, dass ein an sich schon allein nach innerstaatlichem deutschen Recht gebelter Leistungsanspruch auf Grund der VO 1408/71 vernichtet werden kann. Dies steht im Widerspruch zur Judikatur des EuGH, wonach die Anwendung der VO 1408/71 eine derartige Rechtsfolge keinesfalls zeitigen darf (EuGH Rs 24/75 – Petroni).

Kritik an der deutschen Auslegung

Befremdlich erscheint es aus Sicht der VA auch, dass seitens der deutschen Behörden nach den Wahrnehmungen der VA nur ausnahmsweise vorläufige Leistungen im Sinne des Art 114 der Durchführungsverordnung 574/72 zur Verordnung 1408/71 ausbezahlt werden, obwohl bei Zuständigkeitsstreitigkeiten vorübergehend der jeweilige Wohnsitzstaat die strittige Leistung zu erbringen hätte. Augenscheinlich möchte es die deutsche Seite auf ein Verfahren vor dem EuGH ankommen lassen, was sicherlich für die Betroffenen als wenig befriedigend anzusehen ist.

Deutschland verweigert zumeist auch "vorläufige" Leistungsgewährung

BMSGK

VA Dr. Peter Kostelka

12.1.6.2 Unterschiedliche Modelle der Anstellung von Pflegeeltern in Österreich

Sämtliche Bundesländer haben eigene Modelle für die Anstellung von Pflegeeltern ausgearbeitet. Dadurch ergeben sich Unterschiede bei der Höhe des Pflegeentgelts für die laufende Betreuung eines Pflegekindes und vor allem auch in Bezug auf die sozialversicherungsrechtliche Absicherung der Pflegeeltern.

Die VA regt ein bundeseinheitliches Anstellungsmodell an und erachtet die Verpflichtung zu Schulungen gegen ein adäquates Entgelt für die übernommene Verantwortung als eine Voraussetzung dafür an, in Zukunft mehr engagierte Menschen als Pflegeeltern gewinnen zu können.

Einzelfall:

VA BD/43-JF/03, BMSG 422890/2-V/2/03;

Gemäß Artikel 12 B-VG ist die Grundsatzgesetzgebung im Bereich der Jugendwohlfahrt Bundessache, während die Erlassung von Ausführungsgesetzen und die Vollziehung den Ländern obliegt. Wegen der verfassungsmäßigen Autonomie der Länder wurden die Maßnahmen der vollen Erziehung unterschiedlich ausgeformt. Sowohl die finanziellen Leistungen an Pflegeeltern im Bereich des Pflegebeitrages und Pflegegeldes als auch die sozialversicherungsrechtliche Absicherung von Pflegeeltern ist österreichweit uneinheitlich geregelt. Probleme in diesem Zusammenhang werden sichtbar, wenn Pflegeeltern Kinder aus anderen Bundesländern versorgen. So weigert sich etwa das Land Salzburg, welches im Juni 1999 ein Modell für die Anstellung von Pflegeeltern eingeführt hat, die weitaus höheren Kosten des oberösterreichischen Modells anzuerkennen. Dies führt dazu, dass 10 Pflegeeltern, die Kinder aus Salzburg in ihre Familien aufgenommen haben, bislang nicht angestellt wurden, obwohl sie sämtliche Voraussetzungen dafür erfüllen würden. Diese 10 Familien sind - trotz des Wohnsitzes in diesem Bundesland – schlechter gestellt, als andere in Oberösterreich lebende Pflegefamilien. Im Zuge eines **amtswegigen** Prüfungsverfahrens trat die VA als Landesvolksanwaltschaft an die Bundesländer heran, um sich einen Überblick über die verschiedenen Modelle zu verschaffen. Diese wurden in der Folge dann dem Bundesminister für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz mit dem Ersuchen um Stellungnahme zur Kenntnis gebracht.

VA regt die Gleichstellung an

VA Dr. Peter Kostelka**BMSGK**

Wie für die VA erkennbar war, werden von einigen Bundesländern vor allem aus finanziellen Überlegungen die Übernahme kostenintensiver Pflegeelternmodelle abgelehnt. Andere hingegen haben den Vorschlag der VA zur Vereinheitlichung der Anstellungsmodelle begrüßt und sich bereit erklärt, das Thema bei der nächsten Sitzung der ARGE Jugendwohlfahrt aufzugreifen. Die VA begrüßt auch die Bereitschaft des zuständigen Ressortministers, einen Arbeitskreis mit dem Ziel der Harmonisierung der Modelle zur Anstellung von Pflegeeltern einzuberufen.

12.1.6.3 Teilweise Aufhebung des § 12a Familienlastenausgleichsgesetz

Die Wortfolge des § 12a FLAG "und mindert nicht dessen Unterhaltsanspruch" wurde vom VfGH mit Erkenntnis vom 19. Juni 2002 aufgehoben, sodass sich der OGH in der Folge nicht ohne Vorbehalte um die Umsetzung dieser Entscheidung in die unterhaltsrechtliche Praxis bemühen musste. Der sich nach § 140 ABGB ergebende Geldunterhalt wird nun um jenen Teil des Kinderabsetzbetrages und der Familienbeihilfe gekürzt, welcher die steuerliche Entlastung des Geldunterhaltspflichtigen bezweckt. Zu befürchten ist, dass allein erziehende Elternteile und deren Kinder dadurch unverschuldet in die Armutsfalle geraten, da ein Teil der Familienbeihilfe in unterschiedlicher Höhe nunmehr zur Deckung des Existenzminimums für Kinder sondern zur steuerlichen Entlastung der getrennt lebenden Unterhaltsverpflichteten bestimmt ist.

Materienakt:

VA BD/104-A/02; BMSG 510401/0-V/1/04

Die VA wandte sich auf Grund einiger Beschwerden und dem Er suchten um Unterstützung durch den Verein der Amtsvormünder Österreichs an den Bundesminister für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz, und belegte an Hand von Einzelfällen, dass eine Neuregelung im Bereich der Unterhaltsbemessung zur Absicherung des Unterhaltsanspruches notwendig scheint. Der angesprochene Ressortminister gab bekannt, dass unmittelbar nach dem zitierten Erkenntnis des VfGH eine interministerielle Arbeitsgruppe, bestehend aus Vertretern des Bundesministeriums für Justiz, des Bundesministeriums für Finanzen und des Bundesministeriums für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz eingerichtet wurde. Deren Ziel soll es sein, eine Lösung zu finden, wie negative Folgen für den das Kind betreuenden Elternteil und das gegenüber dem anderen Elternteil

Neuregelung zur Existenzsicherung von Kindern wäre geboten

unterhaltsberechtigte Kind abgemildert werden können. Als schwierig erweist sich dabei, dass sowohl steuer- als auch unterhaltsrechtliche Aspekte und budgetärer Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind. Ein endgültig befriedigendes Ergebnis konnte bislang noch nicht erzielt werden. Es sind allerdings einige konkrete Vorschläge in diesem Zusammenhang ausgearbeitet worden.

12.1.6.3.1 Keine Lehrlingsfreifahrt für Personen nach GuKG

Personen, welche eine Ausbildung nach dem Gesundheits- und Krankenpflegegesetz (GuKG) absolvieren, konnten keine Freifahrten von der Wohnung zum Ausbildungsort erhalten. Fahrten zu einem Praktikum, das außerhalb des Schulstandortes in verschiedenen anderen Krankenanstalten, in Senioren oder in Pflegeheimen oder in privaten Haushalten stattfindet, sind nach der derzeitigen Regelung des FLAG 1967 von der Schüler/innenfreifahrt ausgenommen, da kein Schulweg im Sinne des Gesetzes vorliegt. Anders ist es bei Lehrlingen nach dem Berufsausbildungsgesetz und Personen, die sich in einem anerkannten Lehrverhältnis befinden. Dem Vorschlag der VA auch disloziert stattfindenden Praktika der Gesundheits- und Krankenpflegeschüler/innen analog zu anerkannten Lehrverhältnissen unter die Lehrlingsfreifahrt nach § 30j FLAG 1967 zu subsumieren, ist der Bundesminister vorerst nicht gefolgt. Eingeräumt wurde jedoch, dass die laufende Entwicklung von Lehrplänen und Ausbildungsformen in enger Kooperation mit der Wirtschaft vermehrt zu praxisorientiertem Unterricht führen und daher eine Neudefinition des bisherigen Schulweges im Familienlastenausgleichsgesetz angebracht wäre. Eine diesbezügliche Novellierung des FLAG 1967 ist für das kommende Schuljahr geplant.

**Keine Freifahrt für
Praktika außerhalb des
Schulstandortes?**

12.1.6.3.2 Keine Familienbeihilfe für ein Praktikum in der EU

Frau R. ersuchte die VA, sie bei der Gewährung der Familienbeihilfe für ihre Tochter zu unterstützen, die in Genua ein Praktikum absolviert hat.

Im Verfahren VA BD/39-JF/02 (BMSSGK R 1709/0-V/1/03) teilte der sachzuständige BM dazu mit, dass die im Rahmen des "Leonardo-da-Vinci"-Programms ausgeübte Tätigkeit nicht als Berufsausbildung im Sinne der maßgebenden Bestimmung des § 2 FLAG 1967 angesehen werden kann. Zwar werde es den Praktikanten im Rahmen dieses Projekts ermöglicht, praktische Berufserfahrungen in einem anderen europäischen Land zu sammeln, ihre linguistischen Fähigkeiten zu erweitern und langfristig Kontakte zur EU und Unternehmen aufzubauen. Eine Ausbildung zur Ausübung eines konkreten Berufes finde jedoch nicht statt.

Gewährung der Familienebeihilfe an junge Erwachsene nur während der Berufsausbildung möglich

VA Dr. Peter Kostelka**BMSGK**

Angesichts der Textierung des § 2 Abs.1 lit.b. FLAG ("für einen Beruf ausgebildet") vermag die VA der Rechtsauffassung des BM nicht entgegenzutreten. In rechtspolitischer Hinsicht ist es jedoch kaum einzusehen ist, dass die Teilnahme an diesem wichtigen Programm im Rahmen der Familienförderung nicht unterstützt werden kann, zumal es gerade angesichts einer immer enger zusammenwachsenden europäischen Staatengemeinschaft überaus zweckmäßig erscheint, dass junge Akademiker Gelegenheit erhalten, in einem anderen Mitgliedstaat der EU Berufserfahrungen zu sammeln. Die VA tritt daher dafür für eine Änderung der Rechtslage dergestalt ein, dass auch in den Fällen wie dem vorliegenden Familienbeihilfe gewährt werden kann.

VA tritt für eine Ausweitung der Familienbeihilfe ein

12.1.6.4 Unterhaltsvorschuss – Verbesserung in Sicht?

Wie zuletzt im **23. Bericht an den Nationalrat und Bundesrat** (Jahr 1999, S. 143ff) ausführlich thematisiert, wenden sich jedes Jahr zahlreiche betroffene Elternteile im Zusammenhang mit der Vollziehung des Unterhaltsvorschussgesetzes an die VA. Doppelgleisigkeiten und Leerläufe, vor allem ein umständlicher Informationsfluss und die mangelnde Transparenz der vielfach langwierigen Verfahren stehen im Zentrum der Kritik. Zumindest bei jenem Elternteil, dem die Obsorge obliegt, muss zwangsläufig der Eindruck entstehen, als verhalte sich der Bund, der das Gläubigerrisiko für einen ansonsten nur schwer oder unregelmäßig realisierbaren Unterhaltsanspruch übernimmt, nicht anders, wie der zahlungsunwillige oder vorübergehend bzw. dauernd zahlungsunfähige Unterhaltsschuldner. Wer hofft, rasch und ohne viel Förmlichkeit den Unterhaltsbedarf für mj. Kinder durch Unterhaltsvorschüsse konstant bedecken zu können, wird wegen der starren Bindung der Unterhaltsvorschussleistung an den Unterhaltstitel und die zahlreichen Wendungen, die in diesen Verfahren bloß auf Grund von einer immer ausdifferenzierteren Judikatur zur Bemessung von Unterhaltsansprüchen und Herabsetzungsbegehren, die auch rückwirkend gestellt werden können, fast immer enttäuscht.

Unterhaltsvorschussgesetz für Betroffene unbefriedigend

Mehrfache Novellen des UVG haben bislang Problemstellungen, die sich in der praktischen Anwendung des Gesetzes laufend ergeben, nicht lösen können, sodass der Rechnungshof bereits im Rahmen seines Tätigkeitsberichtes des Jahres 1991 (S. 124 ff) die Einführung von Mindestpauschalsätzen angeregt hat. Die VA schließt sich aus den selben Erwägungen dem Vorschlag des Vereins für Amtsvormünder Österreichs zur Erlassung eines "Unterhaltssicherungsgesetzes für Minderjährige" an. Dieser Vorschlag beinhaltet die Auszahlung fixer Unterhaltssicherungsbeträge, die weitgehend unabhängig vom Unterhaltstitel nach Altersstufen gestaffelt sind. Es gilt angesichts der immer komplexer und langwiger Unterhaltsbemessungsverfahren eine Lösung zu finden, die tatsächlich gewährleistet, dass Unterhaltsvorschüsse rasch und bedarfsgerechter als es bisher der Fall ist, zur Anwendung gelangen.

Novellierungsvorschläge liegen seit langem am Tisch

BMSGK

VA Dr. Peter Kostelka

Da der VA durch die Beschwerdefälle immer wieder die Unzulänglichkeiten der geltenden Rechtslage vor Augen geführt werden, erschien es notwenig, neuerlich auf Unzulänglichkeiten hinzuweisen. Auf Grund von Eingaben der VA an den für Familienagenden zuständigen Bundesminister konnte sich auf seine Initiative hin im Bundesministerium für Justiz eine Arbeitsgruppe konstituieren (422320/2-V/2/03). An der ersten Sitzung am 11.12. 2003 nahmen neben Beamten beider Ressorts auch Vertreter der Richterschaft, Rechtspfleger, der Verein für Amtsvormünder und die Plattform für Alleinerziehende sowie eine Vertreterin der VA teil. Einvernehmen bestand darüber, dass das UVG im Vollzug derzeit überaus aufwändig ist, juristisch sehr komplexe Problemlagen, die durch das EU-Recht zusätzlich noch überlagert werden, zum Inhalt hat, sodass verfahrensrechtliche Möglichkeiten zur Beschleunigung angedacht und die Verteilungswirkung der ausbezahlten Leistungen hinterfragt werden muss.

Arbeitsgruppe mit Analyse der Problemfelder befasst

12.1.6.5 Einzelfälle und sonstige Wahrnehmungen

In folgenden Fällen konnte durch das Einschreiten der VA die Beschwerden erfolgreich erledigt werden:

- Die VA hat im **26. Bericht an den Nationalrat und den Bundesrat** (Seite 162 ff) ausführlich die Probleme im Zusammenhang mit der Rückforderung der erhöhten Familienbeihilfe dargelegt. Dazu kann an dieser Stelle darauf verwiesen werden, dass sämtliche Beschwerdefälle positiv gelöst wurden und das im Berichtsjahr noch offene Prüfungsverfahren durch Gewährung einer Teilnachsicht beendet werden konnte (VA BD/38-JF/02).
- Nachzahlung der einbehaltenen Familienbeihilfe nach gewährter Nachsicht über zu Unrecht bezogene erhöhte Familienbeihilfe (VA BD/36-JF/01). Nachzahlung
- Im Zuge des Berufungsverfahrens bestätigt das Bundessozialamt die von der VA vertretene Ansicht, dass die Tochter der Bf voraussichtlich dauernd außer Stande sei, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen (VA BD/68-JF/02).
- Rückwirkende Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe (VA BD/36-JF/03; VA BD/49-JF/03;). Rückwirkende Zuerkenntnungen
- Das zuständige Finanzamt übersah, dass bei Beendigung des Präsenzdienstes die Familienbeihilfe von Beginn des Monates zu gewähren ist, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden (VA BD/46-JF/03).
- Ausbildung zur zahnärztlichen Ordinationshilfe bzw. Assistentin, Praktikanten bei Wirtschaftstreuhändern, Steuerberatern sowie Buchprüfern oder Wirtschaftsprüfern gelten nunmehr Freifahrt für Ordinationshilfen

VA Dr. Peter Kostelka**BMSGK**

als anerkannte Lehrverhältnisse im Sinne des Familienlastenausgleichsgesetz. Nach Aufhebung des Wortes "gesetzlich" im 1. Satz des § 30j Abs. 2 FLAG 1967 durch den Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 3. März 2003 wurde ab 1. September 2003 diese Bestimmung entsprechend geändert. Nunmehr wird diesen Auszubildenden ab 1. September 2003 die Freifahrt für Lehrlinge gewährt (VA BD/52-JF/02).

13 Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie

13.1 Geschäftsbereich von Volksanwalt Dr. Peter Kostelka

13.1.1 Allgemeines

Gesamtzahl der Fälle: 384 (2002: 397)

13.1.2 Kraftfahrwesen

13.1.2.1 Gesetzwidrige Befristung der Lenkberechtigung

Um eine bloß bedingte Eignung zum Lenken von Kraftfahrzeugen anzunehmen, bedarf es auf einem ärztlichen Sachverständigengutachten beruhender konkreter Sachverhaltsfeststellungen darüber, dass eine gesundheitliche Beeinträchtigung besteht, bei der ihrer Art nach in Zukunft mit weiteren einschränkenden Verschlechterungen gerechnet werden muss.

Einzelfälle:

VA BD/107-V/03 (BMVIT 14500/194-CS3/03)
VA BD/274-V/03 (BMVIT 422105/6-II/ST4/03)

Den beiden Beschwerdefällen lag zu Grunde, dass die Lenkberechtigung auf Grund eines amtsärztlichen Gutachtens lediglich befristet erteilt wurde, weil bei einer Messung ein erhöhter Blutdruck festgestellt wurde.

Befristung der Lenkberechtigung wegen erhöhtem Blutdruck

Die Notwendigkeit von Nachuntersuchungen im Sinne des § 8 Abs. 3 Z 2 FSG ist nur dann gegeben, wenn eine "Krankheit" festgestellt wurde, bei der ihrer Natur nach mit einer zum Verlust oder zur Einschränkung der Eignung zum Lenken von Kraftfahrzeugen führenden Verschlechterung gerechnet werden muss (vgl. zB VwGH 18. Jänner 2000, ZI. 99/11/0266). Die Tatsache, dass bei einer Untersuchung ein erhöhter Blutdruck gemessen wird, lässt für sich alleine aber noch nicht erkennen, dass nach Ablauf von fünf Jahren mit einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes in diesem Sinne gerechnet werden muss.

Anordnung einer Nachuntersuchung nur unter bestimmten Voraussetzungen rechtmäßig

VA Dr. Peter Kostelka

BMVIT

Die VA gelangte in den jeweils durchgeföhrten Prüfungsverfahren zu der Ansicht, dass die jeweiligen amtsärztlichen Gutachten keine Ausführungen enthalten, die eine Befristung der Lenkberechtigung rechtfertigen. Hinzuweisen war in diesem Zusammenhang insbesondere darauf, dass Hypertonie erst dann diagnostiziert werden kann, wenn wiederholte Messungen pathologische Werte ergeben (idS bereits VwGH 14. März 2000, Zl. 99/11/0254).

Einzelne Messung eines erhöhten Blutdrucks rechtfertigt Befristung der Lenkberechtigung nicht

Die VA ersuchte daher den BM für Verkehr, Innovation und Technologie, gemäß § 68 Abs. 2 AVG 1991 die **amtswegige** Behebung der gesetzwidrigen Befristung der Lenkberechtigung zu veranlassen. Da dieser Anregung in beiden Fällen umgehend entsprochen wurde, konnte der Beschwerdegrund der beiden jeweils als **berechtigt** anerkannten **Beschwerden** behoben werden.

VA erwirkt amtswegige Behebung der rechtswidrigen Bescheide

Ebenfalls positiv erledigt werden konnte das Prüfungsverfahren VA BD/190-V/03 (BMVIT GZ 14500/173-CS3/03). Diesem Verfahren lag zu Grunde, dass die Lenkberechtigung der Bf. lediglich für ein Jahr mit der Auflage, alle drei Monate Leberwerte vorzulegen, befristet erteilt wurde, wobei diese Maßnahme ausschließlich damit begründet wurde, dass sie "zur Abklärung eines eventuell bestehenden Alkoholproblems [diene]." Weder dem amtsärztlichen Gutachtens noch einem anderen Teil des Verwaltungsaktes ließ sich jedoch ein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass die Behörde über Ermittlungsergebnisse verfügt, die darauf hindeuten, dass die Bf. tatsächlich ein Alkoholproblem hat.

Gesetzwidrige Befristung der Lenkberechtigung zur Abklärung eines nicht nachgewiesenen Alkoholproblems

Die VA erachtete diese Befristung daher als rechtswidrig, wobei auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hinzuweisen war, dass der bloße Umstand, dass der Lenker bei einem einzigen ihm zu Last liegenden Alkoholdelikt einen hohen Alkoholisierungsgrad aufgewiesen hat, nicht die Verfügung einer Befristung der Lenkberechtigung rechtfertigt (VwGH 18.1.2000, Zl. 99/11/0266). Der sachzuständige BM wurde daher ersucht, die Aufhebung des Befristungsbescheides zu veranlassen. Da auch dieser Anregung umgehend entsprochen wurde, konnte auch in diesem Beschwerdefall der Beschwerdegrund behoben werden.

Beschwerdegrund wird durch Behebung des Bescheides behoben

BMVIT**VA Dr. Peter Kostelka**

13.1.2.2 Befristung der Lenkberechtigung – Formulare der Bundespolizeidirektion Wien

Formulare, welche die Möglichkeit eines Berufungsverzichts vorsehen, sind so auszustalten, dass den Betroffenen die rechtlichen Konsequenzen ihres Verhaltens mit Nachdruck vor Augen geführt werden.

Einzelfall:

VA BD/281-V/02 (BMVIT 14500/10-CS3/04)

Auch wenn ein Rechtsmittelverzicht in Fällen einer Befristung der Lenkberechtigung zulässig ist, setzt seine Wirksamkeit voraus, dass er ohne Druck und in Kenntnis seiner Rechtsfolgen abgegeben wird (vgl. VfSlg 11.171/1986 und 12.604/1991). Die Behörde ist daher verpflichtet, den betroffenen Personen mit Nachdruck die Konsequenzen ihrer Verzichtshandlung vor Augen zu führen.

Rechtsmittelverzicht ist nur wirksam, wenn er ohne Druck und in Kenntnis der Rechtsfolgen abgegeben wird

Die VA hat aus Anlass eines Prüfungsverfahrens Kenntnis davon erlangt, dass immer wieder Menschen gibt, die sich nicht ausreichend über die Folgen des Rechtsmittelsverzichts aufgeklärt fühlen. Die VA hat daher angeregt, in dem betreffenden Musterformular die Möglichkeit eines Berufungsverzichtes zu streichen.

Bürger fühlen sich nicht ausreichend informiert

Da die Bundespolizeidirektion Wien jedoch trotz einer entsprechenden Aufforderung des BM für Verkehr, Innovation und Technologie nicht bereit war, diese Anregung umzusetzen, hat die VA Vorschläge betreffend die Umgestaltung des einschlägigen Niederschriftmusters gemacht, um die Situation der betroffenen Mitbürgerinnen und Mitbürger dennoch zu verbessern. Die Bundespolizeidirektion Wien erklärte sich letztlich bereit, dieses Formular entsprechend den Vorstellungen der VA zu ändern.

VA erwirkt Änderung des Niederschriftmusters

VA Dr. Peter Kostelka

BMVIT

13.1.2.3 Organisatorische Mängel der amtsärztlichen Untersuchungsstelle im Verkehrsamt der Bundespolizeidirektion Wien

Die VA ist der Auffassung, dass organisatorische Maßnahmen erforderlich sind, damit eine bürgerfreundliche Abwicklung der medizinischen Untersuchungen gewährleistet und medizinische Feststellungen getroffen werden können, die der Situation entsprechen.

Einzelfall:

VA BD/117-V/03 (BMI 6506/1232-II/1/b/04)

Aus Anlass der Beschwerde von Herrn F. stellte die VA fest, dass im Verkehrsamt Wien für amtärztliche Untersuchungen in Führerscheinangelegenheiten pro Person ein durchschnittliches Zeitkонтингент für die Untersuchungsdauer und die Erläuterung des Untersuchungsergebnisses von 6 Minuten 45 Sekunden zur Verfügung steht. Im konkreten Beschwerdefall musste der Bf zudem eine Wartezeit von mehr als 4 Stunden in Kauf nehmen, wobei dann seine Fragen mit dem Bemerkung "dafür ist keine Zeit" abgetan und jede nachvollziehbare Begründung für die Haltung des Amtsarztes verweigert wurde.

Termindruck bei Untersuchungen in Führerscheinangelegenheiten

Die VA hat den BM für Inneres von dieser Situation in Kenntnis gesetzt und um die Durchführung organisatorischer Maßnahmen ersucht, die eine qualitative Verbesserung der derzeitigen Situation bewirken könnten. Der Generaldirektor für die öffentliche Sicherheit sieht im gegebenen Zusammenhang jedoch keinen Handlungsbedarf, weil seiner Auffassung nach im Jahr 2003 für eine amtsärztliche Untersuchung im Verkehrsamt Wien durchschnittlich 9 Minuten aufgewendet wurden und dies ausreichend sei, diese ordnungsgemäß abzuwickeln. Die VA hält jedoch an ihrer Kritik fest, weil es bei einer realistischen Betrachtung auch innerhalb von durchschnittlich 9 Minuten nicht möglich erscheint, eine den Bestimmungen des Führerscheinengesetzes entsprechende Untersuchung durchzuführen und daran anschließend den Führerscheinwerber – bzw. die Person, deren Lenkberechtigung eingeschränkt oder entzogen werden soll – von dem Ergebnis hinreichend zu informieren.

VA hält organisatorische Maßnahmen für dringend erforderlich

BMVIT**VA Dr. Peter Kostelka**

13.1.2.4 Sonderfälle der Entziehung der Lenkberechtigung

VA BD/347-V/02, 67-V/03 (BMVIT 14500/113-CS3/03)

Die VA hat bereits im **26. Bericht an den Nationalrat und Bundesrat** (S. 167 f) darauf hingewiesen, dass die von einem Entziehungsverfahren betroffenen Fahrzeuglenker bloß wegen der Einbringung und Bearbeitung von Rechtsmitteln Nachteile erleiden. Können Verwaltungsstrafverfahren über die Dauer von Lenkverboten nicht erledigt werden, stehen Rechtsmittelwerber vor der Entscheidung, sich trotz der Einwendungen gegen die nicht in Rechtskraft erwachsene Bestrafung kostenpflichtigen Begutachtungen zu unterziehen oder den Ausgang der Verwaltungsstrafverfahren über die Entziehungszeit hinaus abzuwarten. Wenngleich der Verfassungsgerichtshof in dem Erkenntnis VfGH 14.3.2003, G 203/02, die Verfassungsmäßigkeit der diese Rechtslage bewirkenden Normen bestätigt hat, hält die VA an ihrer rechtspolitischen Kritik fest, weil die Rechtslage mitunter dazu führt, dass jemand fast ein Jahr ohne Führerschein ist, obwohl er nachträglich vom Vorwurf der Begehung der Verwaltungsstraftat, welche die Grundlage des Entziehungsverfahrens war, freigesprochen wurde.

Einbringung eines Rechtsmittels führt häufig zu einem längeren Entzug der Lenkberechtigung

Der BM für Verkehr, Innovation und Technologie hat der VA zugesichert, dass er beabsichtigt, dieses Problem im Rahmen der nächsten Novelle des FSG einer Lösung zuzuführen.

BMVIT sichert VA Bedachtnahme auf Bedenken und gesetzliche Neuregelung zu

13.1.2.5 Verwendung einer Fremdsprache im Rahmen der Führerscheinprüfung

VA BD/324-V/03 (BMVIT 14500/13-CS3/04)

Aus Anlass einer Beschwerde von Frau S. stellte die VA fest, dass die theoretische computerunterstützte Führerscheinprüfung in Österreich derzeit nur in den Sprachen Deutsch, Englisch, Kroatisch, Slowenisch und Türkisch angeboten wird. Im Gegensatz dazu kann die Führerscheinprüfung in Deutschland nicht nur in deutscher, sondern auch in 11 Fremdsprachen abgelegt werden. Zusätzlich ist die Ablegung der Prüfung in weiteren Fremdsprachen grundsätzlich ebenfalls möglich, wobei die Prüfstelle einen Dolmetscher auswählt, dessen Kosten der Prüfling zu tragen hat. Die VA hat daher den sachzuständigen BM um Prüfung ersucht, ob im Interesse fremdsprachiger österreichischer Staatsbürger die Möglichkeit geschaffen werden könnte, die theoretische Fahrprüfung in zusätzlichen Fremdsprachen abzulegen. Leider wurde der entsprechenden Anregung der VA unter Hinweis auf den finanziellen und administrativen Aufwand, der mit einer solchen Maßnahme verbunden wäre, nicht nahe getreten.

VA fordert Ausweitung der Möglichkeit der Ablegung der theoretischen Führerscheinprüfung in weiteren Fremdsprachen

VA Dr. Peter Kostelka**BMVIT**

13.1.2.6 Besondere Wahrnehmungen und Einzelfälle

- Frau P. teilte im Verfahren VA BD/57-V/03 der VA mit, dass ihr die Lenkberechtigung wegen der Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Betrug für die Dauer von 8 Monaten entzogen wurde. Da die Tathandlung aber keinen Zusammenhang mit dem Besitz der Lenkberechtigung erkennen ließ, nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs aber grundsätzlich jede strafbare Handlung dahingehend zu überprüfen ist, ob sie die Annahme der Verkehrsunzuverlässigkeit rechtfertigt, gelangte die VA zu der Auffassung, dass die Entziehung gesetzwidrig verhängt wurde. Auf Grund der Einschreitens der VA wurde der Entziehungsbescheid **amtswegig** behoben.

VA erwirkt Behebung eines Lenkberechtigungsentzugsbescheids

- Herr S. führte in dem Verfahren VA BD/290-V/03 darüber Beschwerde, dass er mit Bescheid der BH Bludenz aufgefordert wurde, ein von einem Amtsarzt erstelltes Gutachten über seine gesundheitliche Eignung zum Lenken von Kraftfahrzeugen vorzulegen, weil durch einen anonymen Meldungsleger mitgeteilt wurde, dass er seit längerer Zeit ein Alkoholproblem habe. Die VA vertrat die Ansicht, dass bloße Behauptungen eines anonymen Meldungslegers für sich allein niemals ausreichen können, um begründete Bedenken zum Lenken eines Kraftfahrzeuges im Sinne des § 24 Abs. 4 FSG entstehen zu lassen. Vielmehr kann von solchen Bedenken erst dann gesprochen werden, wenn die Behörde in Kenntnis von konkreten Umständen gelangt, die es nahe liegend erscheinen lassen, dass eine der für die Erteilung der Lenkberechtigung maßgebliche Eignungsvoraussetzung weggefallen ist.

Anonyme Anzeige rechtfertigt kein Verfahren zur Befristung der Lenkberechtigung

Obwohl sich das BMVIT dieser Auffassung angeschlossen hat, erwies sich die Vorgangsweise der BH Bludenz letztlich doch als vertretbar, weil die Behörde Kenntnis von Umständen im beschriebenen Sinn hatte. Angesichts dieser Sachlage wurde das Prüfungsverfahren mit der **Beanstandung** abgeschlossen, dass der Bescheid der BH Bludenz unzulänglich begründet wurde.

- In dem Prüfungsverfahren VA BD/301-V/03 konnte die VA die BH Oberpullendorf davon überzeugen, dass allein eine Übertretung von Bestimmungen der StVO für sich nicht ausreicht, um Bedenken betreffend die gesundheitliche Eignung der betreffenden Person zum Lenken von Kraftfahrzeugen zu erwecken.
- Im Verfahren VA BD/295-V/03 führte Herr G. darüber Beschwerde, dass über ihn eine Geldstrafe verhängt wurde, weil auf seinem Fahrzeug eine abgelaufene Begutachtungsplakette angebracht war. Im Prüfungsverfahren konnte die VA dazu feststellen, dass die nächste Begutachtung erst sechs Monate nach dem von der Behörde angegebenen Tatzeit-

VA erwirkt Aufhebung eines offenkundig rechtswidrigen Strafbescheides

punkt stattzufinden hat. Die Strafverfügung, der somit offenkundig ein Ablese- oder Schreibfehler zu Grunde lag, wurde angesichts dieser Sachverhaltsfeststellungen gemäß § 52a Abs. 1 VStG 1991 aufgehoben.

- Ebenfalls positiv erledigt werden konnte das Prüfungsverfahren VA BD/364-V/03. Auch diesem Verfahren lag ein Ablesefehler zu Grunde, der zur Einholung einer Lenkerauskunft von einer Person geführt hat, die das vorgeworfene Delikt gar nicht begangen haben konnte. Die VA konnte die umgehende Einstellung des gegen die falsche Person eingeleiteten Verwaltungsstrafverfahrens erwirken.
- Herr P. teilte der VA mit, dass ein ÖAMTC-Stützpunkt für ein Gebrauchtfahrzeug anstandslos eine Begutachtungsplakette ausgestellt hat, obwohl das Auto laut Gerichtsurteil schon zum Zeitpunkt der Übergabe nicht verkehrs- und betriebssicher war. In dem Prüfungsverfahrens VA BD/36-V/03 konnte die VA erwirken, dass ein Verfahren zur Überprüfung der Ermächtigung des betreffenden ÖAMTC-Stützpunktes zur Durchführung der wiederkehrenden Begutachtung gemäß § 57a KFG durchgeführt wurde. Im Zuge dieser Revision wurde eine Behebung der festgestellten Mängel angeordnet sowie eine Abmahnung ausgesprochen, welche bei nochmaliger Verfehlung zu einem Widerruf der Ermächtigung führt.
- Frau A. informierte die VA darüber, dass es nur mit einem großen technischen Aufwand möglich sei, Kennzeichentafel-Halter herzustellen, die nur die nach § 49 Abs. 6 KFG für zulässig erklärte Fläche von ca. 10 cm² verdecken. In dem Verfahren VA BD/132-V/03 (BMVIT 14500/211-CS3/03) wurde zwar seitens des BM für Verkehr, Innovation und Technologie keine Notwendigkeit für eine Gesetzesänderung gesehen. Da diese Beschwerde jedoch von einem auf diesem Gebiet tätigen Unternehmen eingebracht wurde, regt die VA eine Prüfung an, ob der in § 49 Abs. 6 KFG enthaltene Klammerausdruck "bis zu einer Fläche von zirka 10 cm²" gestrichen werden könnte.

13.1.3 Bahn

Obwohl die ÖBB als ausgegliederter Rechtsträger nicht der Prüfzuständigkeit der VA unterliegen, nimmt die VA einlangende Beschwerden regelmäßig zum Anlass, Kontakt mit dem Unternehmen aufzunehmen und auf eine Behebung des Beschwerdegrundes hinzuwirken. Auch im Berichtsjahr konnte die VA mit dieser Vorgangsweise wieder einigen Bürgern behilflich sein:

- Die 80-jährige Frau P. teilte der VA mit, dass sie am 23. August 2003 vergeblich versucht hat, im Bahnhof Edlitz-

Einstellung eines Verwaltungsstrafverfahrens auf Grund der Intervention der VA

VA veranlasst Überprüfung eines ÖAMTC-Stützpunktes

Praxisfremde Regelung betreffend die Kennzeichentafel-Halter?

VA erwirkt Kostenübernahme durch ÖBB

VA Dr. Peter Kostelka**BMVIT**

Grimmenstein die Türe des Wagons zu öffnen. Als der Zug kurz nach dem Bahnhof stehen blieb, versuchte sie mit anderen Fahrgäste bei der geöffneten hinteren Wagontüre auszusteigen, kam zu Sturz, verletzt sich und die Brille ging zu Bruch. In Anbetracht der erlittenen Unannehmlichkeiten erklärten sich die ÖBB im Verfahren VA BD/312-V/03 bereit, Schadenersatz zu leisten.

- Dem Verfahren VA BD/73-V/03 lag eine Bestandsvereinbarung zu Grunde, die zwischen einem Ehepaar und der Eisenbahn-Hochleistungsstrecken AG abgeschlossen wurde. Darin wurde für eine vereinbarte Grundbenützung eine Entschädigung zugesichert. Da es jedoch in weiterer Folge nach Auffassung der HL-AG zu gar keiner Benützung der Bestandsfläche gekommen ist, wurde das Ehepaar zur Rücküberweisung des bereits vor mehreren Jahren überwiesenen Betrages in Höhe von € 853,93 aufgefordert, was von diesem insbesondere deshalb als unbillig empfunden wurde, weil das Grundstück auf Grund des Vertrages nicht bewirtschaftet wurde. Die VA konnte erfolgreich vermitteln und erreichen, dass sich die HL-AG bereit erklärte, von der Rückforderung Abstand zu nehmen.

VA erreicht im Sinne des Bf. Ehepaars gelegene Lösung mit der HL-AG

13.1.4 Post, Telekommunikation und Fernmeldewesen

13.1.4.1 Österreichische Post AG

Die Österreichische Post AG unterliegt nur insoweit der Prüfkompetenz der VA, als sie als beliehener Rechtsträger mit Aufgaben der Hoheitsverwaltung betraut ist. In diesem Bereich musste die VA im Berichtsjahr angesichts der Dauer eines Berufungsverfahrens von fast 13 Jahren im Verfahren VA BD/76-V/00 einen **Missstand** feststellen. Näheres dazu im **Grundrechtsteil**, Pkt. 15.2.2.3, S. 271.

Missstand wegen überlanger Verfahrensdauer

Dass auch in jenem Bereich der Tätigkeit der Post AG, der nicht der Prüfzuständigkeit der VA unterliegt, gelegentlich durchaus Prüfungserfolge insbesondere für alte und behinderte Menschen erzielt werden können, belegt der Umstand, dass die VA eine Änderung der baulichen Beschaffenheit des Postamtes 1106 Wien bewirken konnte, wo zwei sich gleichzeitig öffnende und schließende Türen, die eine beträchtliche Gefahr für die Kunden darstellten, beseitigt wurden (VA BD/194-V/03). Darüber hinaus konnte die Post AG dazu bewegt werden, im Postamt 1190 Wien einen barrierefreien Nebeneingang zu schaffen (VA BD/52-V/03).

VA erwirkt bauliche Veränderungen in zwei Postämtern

13.1.4.2 Fernsprechentgeltzuschussgesetz und Fernmeldegebührenordnung

Die VA hat bereits im Rahmen des **25. Berichtes an den Nationalrat und Bundesrat** (Seite 188f) auf zahlreiche gravierende inhaltliche Mängel des Fernsprechentgeltzuschussgesetzes hingewiesen. Auch im Berichtsjahr wurden zahlreiche Beschwerden an die VA herangetragen, deren Ursachen in einzelnen Bestimmungen des Fernsprechentgeltzuschussgesetzes wurzelten. Hervorzuheben sind insbesondere zahlreiche Fälle, in denen der Zuschuss zum Fernsprechentgelt erst ab dem Beginn des Monates berücksichtigt wurde, in dem der Zuerkennungsbescheid der GIS Gebühren Info Service GmbH bei der Telekom Austria AG einlangte, obwohl darin ein früheres Datum des Beginns der zuerkannten Zuschussleistungen angegeben war. Wenngleich die VA in mehreren einschlägigen Fällen bei der Telekom Austria AG eine Gutschrift der Befreiung mit dem im Bescheid der GIS angeführten Datum erwirken konnte (zB VA BD/77-V/03, 172-V/03, 214-V/03, 300-V/03 und 382-V/03), so besteht in diesem Punkt doch ein dringender legislativer Handlungsbedarf.

Fernsprechentgeltzuschussgesetz enthält weiterhin gravierende Mängel

Zwar wurde im Berichtsjahr ein entsprechender Gesetzesentwurf in Begutachtung geschickt. Trotz Ablauf der Begutachtungsfrist im Juni 2003 war es jedoch aus der VA nicht nachvollziehbaren Gründen zumindest bis März 2004 nicht möglich, den Entwurf dem Nationalrat zur parlamentarischen Beratung und Beschlussfassung zu übermitteln. Im Interesse der von der unbefriedigenden Rechtslage nachteilig betroffenen Bürgern hofft die VA, dass die im Begutachtungsentwurf vorgesehenen Rechtsänderungen so rasch wie möglich beschlossen und in Kraft gesetzt werden können.

Änderung des Fernsprechentgeltzuschussgesetzes ist dringend erforderlich

Zu grundrechtlichen Problemen des Fernsprechentgeltzuschussgesetzes siehe die Ausführungen im **Grundrechtsteil, Pkt. 15.3.1.2.2, S. 282.**

Ein weiteres im Berichtsjahr an die VA herangetragenes Problem, das nicht auf der Ebene der Vollziehung gelöst werden kann, sondern einer Gesetzesänderung bedürfte, liegt in der fehlenden Möglichkeit, eine rückwirkende Befreiung von den Radio- und Fernsehgebühren zu erteilen. Wie die VA im Prüfungsverfahren VA BD/260-V/03 feststellen musste, legt § 49 Fernmeldegebührenordnung legt ausdrücklich fest, dass eine Befreiung erst gewährt werden kann, wenn die bis zur Antragstellung vorgeschriebenen Gebühren entrichtet worden sind, sodass eine Befreiung erst für Zeiträume nach erfolgter Antragstellung möglich ist.

Rückwirkende Befreiung von Radio- und Fernsehgebühren derzeit nicht möglich

Die VA hält dazu fest, dass diese Rechtslage in den Fällen, in denen die Anspruchsvoraussetzungen schon längst vor Antragstellung vorlagen, dazu führt, dass Beschwerden dahingehend, dass finanzielle Nachteile auf Grund von Informationsdefiziten und

Antragsprinzip führt zu Härtefällen

VA Dr. Peter Kostelka**BMVIT**

fehlender Beratung entstanden sind, auch für die VA nicht lösbar sind. Es ist praktisch unmöglich, Betroffenen zu erläutern, weshalb der Gesetzgeber zwar eine Befreiung von den Radio- und Fernsehgebühren vorsieht, es aber gleichzeitig verabsäumt, durch Härteregelungen erkennbare Lücken zu Gunsten jener zu schließen, die aus Unkenntnis der Rechtslage Informations- und Beratungsangebote nicht für sich nutzen konnten.

13.1.4.3 Probleme mit Dialer-Programmen

Die Regulierungsbehörde ist aufgerufen, durch Erlassung einer entsprechenden Verordnung Internetnutzer effektiv vor "Dialer-Programmen" zu schützen.

Einzelfall:

VA BD/141-V/03 (BMVIT 15500/41-CS3/03)

Die VA hat davon Kenntnis erlangt, dass es wegen so genannter "Dialer-Programme" für Internetnutzer immer wieder zu äußerst unliebsamen Überraschungen in Form von sehr hohen Gebührenvorschreibungen (häufig bis zu € 1.500,00) kommt, was insbesondere für die Bezieher kleinerer Einkommen und Renten zu beträchtlichen finanziellen Problemen führt. Die Betroffenen bringen in diesem Zusammenhang regelmäßig vor, kostenpflichtige Mehrwertnummern nie wissentlich angeklickt zu haben. Die VA hat daher den BM für Verkehr, Innovation und Technologie um die Schaffung entsprechender rechtlicher Regelungen zum Schutz der Internetnutzer ersucht.

Hohe Kosten durch Dialer-Programme

§ 24 Abs. 2 des neuen Telekommunikationsgesetz 2003 verpflichtet die Regulierungsbehörde, mit Verordnung die näheren Bestimmungen über eine transparente und den erforderlichen Schutz der Nutzer beachtende Erbringung von Mehrwertdiensten festzulegen. Im Rahmen dieser Verordnung können insbesondere Zugangskontrollen hinsichtlich bestimmter Nutzergruppen, Bestimmungen hinsichtlich der Bewerbung, Zeitbeschränkungen bei Verbindungen zu Mehrwertdiensten, Regelungen über Dialer-Programme sowie Entgeltinformationen festgesetzt werden.

Neue Rechtslage verpflichtet Regulierungsbehörde zur Erlassung einer die Internetnutzer besser schützenden Verordnung

Im Zeitpunkt des Redaktionsschlusses dieses Berichtes war eine entsprechende Verordnung noch immer nicht kundgemacht. Im Interesse der leider immer zahlreicher werdenden Mitbürgerinnen und Mitbürger, die zu Opfern von Dialer-Programmen werden, wäre die rasche Erlassung dieser Verordnung dringend geboten.

Regulierungsbehörde bei Erlassung der Verordnung säumig

BMVIT**VA Dr. Peter Kostelka**

13.1.4.4 Verzögerungen bei der Weiterleitung einer Berufung durch das beim Vorstand der Telekom Austria AG eingerichtete Personalamt

In dem Prüfungsverfahren VA BD/226-V/03 stellte die VA fest, dass die von Herrn U. gegen einen Bescheid des Personalamtes der Telekom Austria erhobene Berufung vom 8. Oktober 2002 von der Behörde erst am 12. Februar 2003 an die Berufungskommission beim Bundeskanzleramt vorgelegt wurde. Der der Beschwerde stattgebende Bescheid der Berufungskommission wurde Herrn U. zudem erst nach ca. fünf Wochen zugestellt.

Weiterleitung einer Berufung erst nach mehreren Monaten

Die VA hielt dazu fest, dass die Verzögerung der Weiterleitung der Berufung § 41a Abs. 5 BDG verletzt hat. Die **Beschwerde** wurde zusätzlich auch insoweit als **berechtigt** angesehen, als der Bescheid der Berufungskommission erst mit einer beachtlichen Verzögerung an den Bf. weitergeleitet wurde, wobei die in diesem Zeitraum durchgeführte Verlegung der Unternehmenszentrale der Telekom-Austria diese Verzögerung nicht rechtfertigen kann.

VA stellt Beschwerdeberechtigung fest

13.1.5 Gebühren Info Service GmbH (GIS)

Im Berichtszeitraum sind bei der VA mehrere Beschwerden über die GIS eingelangt, von denen der Großteil trotz eingeschränkter Prüfzuständigkeit der VA positiv erledigt werden konnte:

- Frau G. führte bei der VA Beschwerde darüber, dass ihr Rundfunkgebühren für eine namensgleiche Person vorgeschrieben wurden und die GIS trotz Verständigung von diesem Sachverhalt das Inkasso Service mit der Hereinbringung der zu Unrecht erhobenen Forderungen betraut hat.

Vorschreibung von Rundfunkgebühren an einen Namenszwillling

Im Verfahren VA BD/345-V/02 konnte die VA das Inkasso Service dazu bewegen, die Angaben von Frau G zu überprüfen. Da sich in diesem Verfahren deren Richtigkeit herausstellte, wurde die Eintreibung der erhobenen Forderungen eingestellt, womit der Beschwerdegrund behoben werden konnte.

Trotz der positiven Erledigung des Beschwerdefalles ist jedoch kritisch zu vermerken, dass die GIS offenbar nicht bereit war, die Angaben von Frau G. von sich aus zu überprüfen.

GIS sollte Einwendungen der Kunden von sich aus überprüfen

- Im dem bereits im **26. Bericht der VA an den Nationalrat und Bundesrat** (Seite 174) erörterten Prüfungsverfahren VA BD/285-V/02 (BMF V-AP 28/03) konnte die VA die **amtsweigige** Behebung einer Berufungsentscheidung der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland erwirken, sodass der Bf. eine Befreiung von der Entrichtung der Rundfunkgebühren für die Monate Dezember 2001 bis August 2004 gewährt wurde.

VA Dr. Peter Kostelka

BMVIT

Da dieser Bescheid jedoch der GIS nicht zur Kenntnis gelangte, wurden der Bf. die Gebühren weiterhin vorgeschrieben. Erst auf Grund einer neuerlichen Intervention der VA wurde Kontakt zwischen der Finanzlandesdirektion und der GIS hergestellt und ihr der Bescheid zur Kenntnis gebracht. In weiterer Folge wurden der Bf. die betreffenden Gebühren samt angefallener Kosten seitens der GIS erstattet, womit der Beschwerdegrund erfreulicherweise behoben werden konnte.

Mangelnde Kommunikation zwischen FLD und GIS

- Dem Prüfungsverfahren VA BD/189-V/03 lag zu Grunde, dass Frau A. trotz rechtskräftiger Befreiung von dem Inkasso Service eine Mahnung wegen offener Rundfunkgebühren erhielt. Die VA konnte feststellen, dass die gegenstandslose Rechnung auf Grund eines EDV-Fehlers der GIS eingemahnt und in weiterer Folge an das Inkassobüro übergeben wurde. Infolge der Intervention der VA wurden die Einhebungsmaßnahmen eingestellt und gegenüber der Bf. das Bedauern für die aufgetretenen Unannehmlichkeiten zum Ausdruck gebracht.

VA erwirkt Einstellung der Gebühreneintreibung

- Dass auch junge Menschen von Problemen mit der GIS betroffen sind, zeigt der Fall einer Studentin, die sich wegen einer Forderung in Höhe von € 457,19 an die VA wandte. Frau N.N. war aus ihrer Studentenwohnung in die Wohnung der Eltern verzogen, ohne die Abmeldung der Rundfunkempfangsanlagen vorgenommen zu haben. Nach dem Auslaufen der Befreiung wurden ihr nach Ausforschung der neuen Adresse durch ein Inkassobüro Rundfunkgebühren vorgeschrieben. Auf Grund der Sachverhaltsdarstellung der VA im Verfahren VA BD/339-V/03 erklärte sich die GIS bereit, die erhobene Forderung zur Gänze abzuschreiben.
- Auch im Verfahren VA BD/357-V/03 konnte die VA in einem ähnlich gelagerten Fall eine Stornierung der offenen Forderungen zu Gunsten der an einer schweren Erkrankung leidenden Bf. erwirken. Eine ähnliche Kulanzlösung wurde im Prüfungsverfahren VA BD/213-V/03 erreicht.

Gebührenvorschreibung infolge Unterlassung der Meldung eines Wohnungswechsels – VA erwirkt Forderungsverzicht

- Dem Verfahren VA BD/196-V/03 (BMF V-AP 4/04) lag zu Grunde, dass eine frictionsfreie Rechnungserstellung der Rundfunkgebühren über einen Zeitraum von 6 Monaten offensichtlich im derzeitigen EDV-System der GIS nicht möglich ist. Nach Auffassung der VA ist es für die Kunden der GIS, die sich für die von der GIS selbst angebotene halbjährliche Zahlungsweise entschieden haben, nicht zumutbar, sich mit einander widersprechenden händisch und maschinell erstellten Rechnungen auseinander setzen zu müssen und unter Einsatz von fast schon archivarischem Fleiß der Frage nachzugehen, welche Gebühren sie der GIS zu welchem Zeitpunkt zu bezahlen haben. Die GIS ist dafür verantwortlich, dass ihr EDV-System im Interesse der Kunden in der Lage ist, alle angebotenen Zahlungsarten zu bewältigen. In einer ergänzenden

Angebotene Zahlungsart muss edv-technisch bewältigbar sein

BMVIT**VA Dr. Peter Kostelka**

Stellungnahme versicherte daraufhin der BM für Finanzen der VA, dass künftig das Entstehen solcher Fälle durch ein neues EDV-System sowie die internen Kontrollmechanismen der GIS nicht mehr möglich sein wird. Zusätzlich wurde angekündigt, dass Frau B. wunschgemäß wieder auf eine halbjährliche Zahlungsweise umgestellt wird.

- Im Verfahren VA BD/300-V/03 (BMF V-AP 115/03) musste die VA feststellen, dass im Zeitraum vom 1. September 2003 bis 3. Oktober 2003 ein Produktivbetrieb in der Befreiungsabteilung der GIS auf Grund einer EDV-Umstellung nicht möglich war. Dadurch kam es zu Verzögerungen bei der Bearbeitung von Befreiungsanträgen, die zur Folge hatten, dass die Zuerkennung von Zuschussleistungen zum Fernsprechentgelt erst mit einer Verzögerung von mehreren Wochen erfolgen konnte. Dies stieß insbesondere in den Fällen auf Unverständnis, in denen trotz rechtzeitiger Antragstellung die anspruchsberechtigten Personen erst verspätet in den Genuss der begehrten Zuschussleistung kamen und somit finanzielle Nachteile hinnehmen mussten.

EDV-Umstellung führt zu Verzögerungen

VA Mag. Ewald Stadler**BMVIT**

13.2 Geschäftsbereich von Volksanwalt Mag. Ewald Stadler

13.2.1 Allgemeines

VA BD/3-WA/03, Steiermärkische LReg A2-12.30-131/2003-16

Gesamtanfall in diesem Ressort: 40 (Bundesstraßen + Mautvignetten + Patent)

Im Vergleich zum vergangenen Jahr kann die VA heuer berichten, dass sich die organisatorischen Probleme in Bezug auf die langen Beantwortungsdauern im Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie verbessert haben. Ähnliche Wahrnehmungen wie im 26. Parlamentsbericht musste die VA, von einer gravierenden Ausnahme abgesehen, im laufenden Berichtsjahr nicht machen.

13.2.1.1 Bundesstraßen

Im Bereich Bundesstraßen wurde die VA im Berichtszeitraum schwerpunktmäßig wieder mit Beschwerden betreffend befürchtete oder bereits tatsächlich eingetretene Lärmbelästigungen durch Bundesstraßen konfrontiert. Die Fälle zeigen immer wieder, dass zwischen dem subjektiven Lärmempfinden und den objektiven Lärmmessungen erhebliche Unterschiede bestehen. Sofern Lärmgrenzwerte nicht überschritten werden, hat die VA in der Regel keine Möglichkeit, von der Behörde Verbesserungen zu verlangen. In einem Fall konnte die VA die Behörde wegen der bereits lange zurückliegenden letzten Lärmessungen auf der A 23 zur Vornahme neuerlicher Lärmessungen, die im Ergebnis Grenzwertüberschreitungen zeigten, veranlassen. Verbesserungsmaßnahmen werden erarbeitet (VA BD/13-WA/03).

Dauerbrenner Lärmbelastung

Maßnahmen nur bei Grenzwertüberschreitungen

Ein weiterer Problemkreis im Berichtsjahr waren Beschwerden über Schäden am Haus oder an der Liegenschaft durch Bauarbeiten auf einer Bundesstraße oder den Verkehr an sich. In einem besonders gravierenden Fall, in dem die Existenz einer ganzen Familie durch Schäden am Haus betroffen war, stellte sich heraus, dass nach Einholung eines durch die VA angeregten Gutachtens die Schäden vor allem durch Grabungsarbeiten für Leitungsverlegungen (Telefon, Wasser) verursacht wurden. Das Amt der Stmk. Landesregierung – es handelte sich um eine übertragene Bundesstraße – erklärte sich bereit, die erforderlichen Instandsetzungsarbeiten an der Straße selbst vorzunehmen. Den Betroffenen bleibt allerdings nicht erspart, die Schäden am Haus mittels zivilrechtlichen Ersatzansprüchen bei Gericht gegenüber den Verursachern geltend zu machen (VA BD/3-WA/03).

Schäden am Haus durch Leitungsverlegungsarbeiten

Stmk. LReg hilft, aber Klage bei Gericht gegen Firmen ist erforderlich

Im Fall von Immissionen, die durch den Straßenverkehr selbst verursacht werden, ist zu berücksichtigen, dass der Straßenerhalter Einwirkungen nicht verhindern kann, da er die Straße dem Gemeingebräuch, also dem öffentlichen Verkehr zur Verfügung stellen muss (OGH vom 21. April 1982, 6 Ob 548/81). Die VA ergreift in solchen Fällen allerdings die Möglichkeit, Anregungen für Verkehrsbeschränkungen an die Behörde heranzutragen und prüfen zu lassen.

Schäden durch Verkehr nicht ersatzfähig

Verkehrsbeschränkungen können helfen

13.2.2 Straßenbemautung und Mautvignetten

VA BD/58-WA/03, Bundesministerium f. Verkehr 14500/79-CS3/03

In Zusammenhang mit der Mautvignette bzw. Straßenbemautung kann aus Sicht der VA immer noch ein gewisses Unbehagen der Autofahrer bemerkt werden.

In einem Fall brachte ein behinderter Autofahrer seine Unzufriedenheit darüber zum Ausdruck, dass er als Inhaber eines Behindertenausweises des Bundessozialamtes keine Jahreskarte für behinderte Fahrzeuglenker bei der Benützung der A 9, A 10, A 11, A 13 und S 16 erhalten kann. Eine solche Jahreskarte wird an behinderte Fahrzeuglenker nämlich entsprechend der bestehenden Mautordnung nur dann ausgegeben, wenn der Lenker – neben anderen Voraussetzungen – über einen Behindertenausweis gemäß § 29 b StVO (Erleichterungen für dauernd stark Gehbehinderte), verfügt (VA BD/85-WA/03).

Maut - Vergünstigung nicht für alle Behinderte

Ein anderer Autofahrer beklagte sich über die fehlende Rückerstattungsmöglichkeit bei der Mautvignette – ähnlich wie bei der ÖBB-Jahreskarte – für den Fall, dass im laufenden Jahr ein Eigentümerwechsel oder die Vernichtung des Fahrzeuges stattfindet. Der BMVIT teilte dazu mit, dass dem Preis für die Jahresvignette kein bestimmter Preis für eine Einzelfahrt zugrunde gelegt wird, sondern ein Pauschalpreis zu entrichten ist. Die Vignette sei außerdem nicht personengebunden, sondern fahrzeuggebunden, da sie am Fahrzeug selbst anzubringen ist. Zu einer Abänderung der diesbezüglichen Konzeption sah sich der Bundesminister nicht veranlasst (VA BD/151-WA/03).

Vignette - keine Rückerstattungsmöglichkeit bei Fahrzeugverkauf- oder verlust

In einem weiteren Fall sah sich ein Wohnmobilbesitzer benachteiligt, der neben diesem mehr als 3,5 t schweren Fahrzeug auch noch einen 2-achsigen Autotransportanhänger verwendete. Diese Fahrzeugkombination weist somit eine Gesamtzahl von 4 Achsen auf und fiel auf den Mautstrecken A 9, A 10, A 11, A 13 und S 16 unter die teuerste Kategorie (gleichgestellt mit schwersten LKWs). Für Autobusse bestand insofern eine Ausnahme, als bei Bussen, die einen Anhänger ziehen, nur die Zahl der Achsen des Zugfahrzeugs herangezogen wurde. Darin sah der Beschwerdeführer eine Ungleichbehandlung. Sowohl in der von 28. Juni 2003 bis

Maut - Anliegen auf Ausdehnung der Ausnahmeregelung wurde Rechnung getragen

VA Mag. Ewald Stadler

BMVIT

31.12.2003 geltenden Mautordnung, als auch in jener seit 1.1.2004 geltenden Mautordnung ist nunmehr berücksichtigt, dass sowohl bei Omnibussen, als auch bei Wohnmobilen nur die Achsenzahl des Zugfahrzeuges bei der Berechnung heranzuziehen ist (VA BD/58-WA/03).

BMWA**VA Dr. Peter Kostelka**

14 Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit

14.1 Geschäftsbereich von Volksanwalt Dr. Peter Kostelka

14.1.1 Arbeitsmarktverwaltung

14.1.1.1 Allgemeines

Im Bereich des Arbeitsmarktservice (AMS) ist die Zahl der im Berichtsjahr 2003 eingelangten Beschwerden im Vergleich zum Berichtszeitraum 2002 stabil geblieben. Während im Jahr 2002 insgesamt 205 Prüfverfahren eingeleitet wurden, waren im Jahr 2003 207 neue Prüffälle zu bearbeiten.

Zahl der Beschwerdefälle und Prüfverfahren konstant

Im Hinblick auf inhaltliche Schwerpunkte haben sich im Vergleich zum letzten Berichtszeitraum keine wesentlichen Änderungen ergeben. Die VA führt dies im Wesentlichen auf die vergleichsweise moderate Novellierungstätigkeit im Bereich des AIVG zurück. Ganz allgemein lässt sich festhalten, dass eine Vielzahl der Beschwerden wiederum die Problematik der Verhängung von Leistungssperren auf Grund der Nichtannahme bzw. Vereitelung einer Beschäftigung bzw. der Vereitelung einer Schulungs- oder Wiedereingliederungsmaßnahme in den Arbeitsmarkt betraf. In Eingaben an die VA wurde auch die (geringe) Höhe der Geldleistung aus der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung angezweifelt und diesbezüglich um die Durchführung eines Prüfverfahrens ersucht. Anfragen und Beschwerden in Bezug auf Weiterbildungs- bzw. Reintegrationsmaßnahmen, deren generelle Sinnhaftigkeit und Qualität seitens der Betroffenen in Frage gestellt wurde, langten auch 2003 bei der VA ein. Immer wieder war die VA auch mit Fragen der Anrechnung des Partnereinkommens bei der Bemessung der Notstandshilfe befasst.

Inhaltliche Schwerpunkte

Das Einschreiten der VA führte zumeist zur Behebung des Beschwerdegrundes, sofern dies der Natur der Sache nach möglich war. Den Ersuchen der VA um Stellungnahme zu den jeweiligen Beschwerdefällen wurde fast ausnahmslos rasch entsprochen und angeforderte Akten zur Einsicht übermittelt.

Generell gute Kooperation mit dem AMS

An dieser Stelle sei auch ein kurzer Rückblick auf den Bericht des Jahres 2002 gestattet. Dort wurden in Kapitel 13.2.1.2 unter anderem zwei Fälle geschildert, in denen aus Sicht der VA die Zuweisung eines Arbeitslosen zu einer Integrationsmaßnahme in den Arbeitsmarkt nicht zumutbar war (VA BD/830-SV/02 betreffend das AMS Steiermark; VA BD/913-SV/02 betreffend das AMS Burgenland). Zum damaligen Zeitpunkt waren die Prüfverfahren der

Rückblick – anhängige Prüfverfahren positiv gelöst

VA Dr. Peter Kostelka**BMWA**

VA noch nicht abgeschlossen. In der Zwischenzeit war es möglich, jene Fälle im Sinne der Bf positiv zu lösen. Sowohl das AMS Steiermark als auch das AMS Burgenland folgte der Argumentationslinie der VA. Es wurde anerkannt, dass die betroffenen Arbeitslosen zu Recht die Teilnahme an der jeweiligen Integrationsmaßnahme abgelehnt hatten. Die auf Grund der Ablehnung versagte Geldleistung (Notstandshilfe) wurde auf Ersuchen der VA nachträglich ausbezahlt.

In der Folge ist auf einige Schwerpunktthemen bzw. Problembeziehe näher einzugehen.

14.1.1.2 Sperre des Arbeitslosengeldes bzw. Notstandshilfe bei Ablehnung einer durch das AMS zugewiesenen Beschäftigung

Die VA stellt immer wieder fest, dass bei der Verhängung von Leistungssperren infolge der Ablehnung oder Vereitelung einer Beschäftigung durch eine(n) Arbeitslose(n) nur eine unzureichende Prüfung der Zumutbarkeit der angebotenen Beschäftigung erfolgt.

Einzelfälle:

VA BD/420-SV/03; 437-SV/03; 785-SV/03 (BMWA 440.020/325-II/1/2003)

Auf Grund der bestehenden Gesetzeslage ist eine arbeitslose Person nur dann verpflichtet eine seitens des AMS zugewiesene Beschäftigung anzunehmen, wenn bestimmte im Gesetz näher definierte Zumutbarkeitskriterien erfüllt sind. Dazu gehört insbesondere, dass die jeweilige Beschäftigung angemessen entlohnt ist, worunter die herrschende Judikatur eine Entlohnung zumindest nach kollektivvertraglichen Mindestsätzen versteht; weiters muss sichergestellt sein, dass die zugewiesene Beschäftigung den Fähigkeiten der arbeitslosen Person sowie deren Gesundheitszustand entspricht bzw. Rechnung trägt und deren Sittlichkeit nicht gefährdet (§ 9 Abs 2 iVm § 10 AlVG).

Rechtliche Grundlagen

Im vorliegenden Berichtszeitraum war seitens der VA wiederholt festzustellen, dass die für die Qualifikation der Zumutbarkeit einer Beschäftigung maßgeblichen Fakten entweder nicht ordnungsgemäß bzw. umfassend erhoben oder Beschäftigungsverhältnisse, obgleich sie arbeitsrechtlichen Mindestanforderungen nicht genügten, vom AMS als zumutbar erachtet worden sind. Als Konsequenz wurde jeweils – rechtswidrig – eine Sperre der zu Grunde liegenden Geldleistung (Arbeitslosengeld, Notstandshilfe) verhängt.

Wahrnehmungen der VA

BMWA

VA Dr. Peter Kostelka

Im Einzelnen sei hier auf einen Fall betreffend das AMS Steiermark hingewiesen (VA BD/785-SV/03; BMWA: 440.020/325-II/1/2003), welches einer arbeitslosen Person eine Tätigkeit im Rahmen eines gemeinnützigen Beschäftigungsprojekts im Kulturbereich anbot hingewiesen. Als Dienstgeber hätte ein gemeinnütziger Beschäftigungsträger fungiert, der insbesondere aus Mitteln des AMS selbst, des Europäischen Sozialfonds sowie des Landes Steiermark finanziert und insbesondere durch die Bereitstellung so genannter Transitarbeitsplätze darauf ausgerichtet gewesen wäre, langzeitarbeitslosen Menschen bzw. von Langzeitarbeitslosigkeit bedrohten Arbeitssuchenden eine Beschäftigungsmöglichkeit zu bieten.

Dienstverhältnis bei subventioniertem Beschäftigungsprojekt widersprach zwingenden, arbeitsrechtlichen Vorschriften

Seitens der VA war in diesem Zusammenhang festzustellen, dass die angebotenen Dienstverträge allesamt nicht den arbeitsrechtlichen Mindestanforderungen entsprachen. Im Einzelnen war etwa vorgesehen, dass im Falle einer vorzeitigen unverschuldeten Beendigung des Dienstverhältnisses durch Dienstnehmer keinerlei Abgeltungen zeitlicher Mehrleistungen (Zeitguthaben) erfolgen werden. Als ein Arbeitsloser im Zuge des Personalauswahlverfahrens unter anderem diesen Umstand problematisierte, wurde die Begründung eines Dienstverhältnisses von Dienstgeberseite abgelehnt. Die zuständige regionale Geschäftsstelle des AMS Voitsberg verhängte dennoch deshalb eine Leistungssperre.

Erst nachdem die VA auf die Bestimmung des § 19e Abs. 1 des Arbeitszeitgesetzes (AZG) hingewiesen hatte, wonach unverbrauchte Zeitguthaben grundsätzlich in Geld abzugelten sind, demnach eine Rechtswidrigkeit des Dienstvertrages vorliege und somit keine zumutbaren Entgeltbedingungen gegeben wären, konnte die Sperre rückwirkend aufgehoben und die gebührende Leistung der Bf rückwirkend ausbezahlt werden.

VA zeigt Verstoß gegen Arbeitszeitgesetz auf

Anzumerken ist an dieser Stelle, dass eine zunächst unmittelbare Kontaktaufnahme mit der Landesgeschäftsleitung des AMS Steiermark bedauerlicherweise zu keinem positiven Ergebnis führte. Es erwies sich vielmehr als erforderlich, noch gesondert an den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit heranzutreten, um letztendlich ein Einlenken der Behörde zu bewirken.

Positive Lösung trotz Widerstände im Bereich des AMS Steiermark

Im Fall VA BD/420-SV/03 betreffend das AMS NÖ konnte dem gegenüber unmittelbar über Einschaltung der Landesgeschäftsstelle eine positive Lösung erzielt werden. Der betroffene Arbeitslose brachte während eines laufenden Berufungsverfahrens vor, dass eine ihm angebotene Beschäftigung als Maschinenführer nicht seinem beruflichen Anforderungsprofil und somit seinen Fähigkeiten entsprach. Seitens der VA wurde **amtswegig** auf den zumindest in der ersten Instanz (regionale Geschäftsstelle des AMS Neunkirchen) geschehenen Rechtsirrtum hingewiesen, was umgehend zu einer positiven Erledigung der Berufung führte.

AMS in NÖ lässt fachliche Qualifikationen außer Betracht

VA Dr. Peter Kostelka**BMWA**

Aus Sicht der VA ist der vorliegende Fall freilich auch symptomatisch für die schwierige Arbeitsmarktlage. Das AMS ist dazu angehalten, möglichst intensive Vermittlungsbemühungen an den Tag zu legen und Stellenangebote verbindlich zu unterbreiten bzw. vorzuschlagen. Andererseits kann offensichtlich in Erman-gelung entsprechender Stellen eine optimale Abstimmung auf die konkreten Fähigkeiten bzw. auf das Anforderungsprofil des Arbeitslosen nicht immer erfolgen. Eine Leistungssperre ist aus der Sicht der VA in einer derartigen Konstellation besonders bitter. Die betroffenen Menschen wollen in der Regel ja arbeiten, erfüllen aber einfach nicht das konkret gewünschte Anforderungsprofil des (potenziellen) Dienstgebers.

Schlechte Arbeitsmarktlage führt teilweise zu "wahlloser" Stellenvermittlung

Dazu passt auch die verzweifelte Eingabe eines Arbeitslosen zu VA BD/1260-SV/03. Herr G. legte dar, dass er mit allen Mitteln verzweifelt eine Beschäftigung suche. Immer wieder komme es aber vor, dass von Unternehmen der kollektivvertragliche Mindestlohn nicht angeboten bzw. bezahlt würde. Er habe insbesondere auch immer wieder die Erfahrung gemacht, dass etwa Überstundenbezahlungen durch unzulässige Pauschalen abgegolten würden.

Unternehmen nutzen schlechte Lage am Arbeitsmarkt aus

Speziell vor diesem Hintergrund kommt, wie oben bereits erwähnt, natürlich der konkreten Feststellung und genauen Erhebung der konkreten Entlohnung im Verfahren bei Verhängung einer Sanktion nach § 10 (allenfalls in Verbindung mit § 38 AlVG) besondere Bedeutung zu. Im Fall VA BD/437-SV/03 wurden derartige Erhebungen gänzlich unterlassen und erst auf Grund des Prüfverfahrens der VA von der zuständigen Landesgeschäftsstelle des AMS Wien nachgeholt.

Qualitätssicherung durch AMS besonders wichtig

BMWA**VA Dr. Peter Kostelka**

14.1.1.3 Härten für ältere arbeitslose Menschen durch das Konjunkturbelebungsgesetz

Die Befreiung älterer Arbeitnehmer von der Beitragspflicht zur Arbeitslosenversicherung führte fallweise zum Verlust von Ansprüchen auf Arbeitslosengeld und zum Entfall des Krankenversicherungsschutzes.

Durch eine nachträgliche legistische Sanierung konnten Härtefälle entschärft werden.

Einzelfall:

VA BD/604-SV/03

Durch das Konjunkturbelebungsgesetz (BGBl I Nr. 68/2002) wurde in § 1 Abs. 2 lit.e AIVG insbesondere festgelegt, dass Personen, die das für die vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer maßgebliche Mindestalter vollendet haben, von der Arbeitslosenversicherungspflicht befreit sind.

Anhand der Beschwerde einer Villacherin zeigte sich, dass diese Regelung zu unhaltbaren Ergebnissen geführt hat.

Frau N.N. war immer wieder saisonal im Kultur- bzw. Fremdenverkehrsbereich tätig. Infolge des erwähnten Konjunkturbelebungsgesetzes lag im Fall der Bf in der Zeit vom 1. Juli 2002 bis einschließlich 23. November 2002 ein nicht der Arbeitslosenversicherungspflicht unterliegendes Beschäftigungsverhältnis vor. Als sich die Bf Ende November 2002 arbeitssuchend meldete und die Gewährung ihres Arbeitslosengeldes beantragte, wurde ihr Antrag mangels Erfüllung der Anwartschaft nach § 14 AIVG abgelehnt. Die Bf stand somit ohne Geldleistung aus der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung und ohne eigenen Krankenversicherungsschutz da. Frau N.N. führte deshalb anlässlich ihrer Beschwerde bei der VA aus, dass es ihr unverständlich sei, weshalb allgemein gefordert werde, dass Menschen länger im Beschäftigungsleben verbleiben sollen, wenn es dann zu derartigen versicherungsrechtlichen und finanziellen Nachteilen für ältere Arbeitnehmer bzw. ältere Arbeitslose kommt.

Der vorliegende Fall konnte durch die VA erst auf Grund der Novelle BGBl I 2003/71 (Budgetbegleitgesetz 2003) positiv gelöst werden. Durch § 1 Abs. 2 lit.e in Verbindung mit § 14 Abs. 4 lit.g und § 79 Abs. 69 AIVG in der Fassung des Budgetbegleitgesetzes 2003 wurde es möglich, die Zeit vom 1. Juli 2002 bis 23. November 2002 als anwartschaftsbegründend zu berücksichtigen. Seitens des AMS wurde der ursprünglich ergangene ablehnende

Rechtliche Problematik

Anlassfall

Positive Lösung infolge einer Gesetzesnovellierung

VA Dr. Peter Kostelka**BMWA**

Bescheid gemäß § 68 AVG **amtswegig** behoben und die gebührende Geldleistung rückwirkend zur Anweisung gebracht.

Im Einzelnen erfolgte die legistische Reparatur – aus Sicht der VA zutreffend – dahingehend, dass die Ausnahme von der Versicherungspflicht für den gegenständlichen Personenkreis zwar im Grunde in § 1 Abs. 2 lit.e AIVG bestehen blieb, jedoch gleichzeitig diese Zeiten durch § 14 Abs. 4 AIVG als "Ersatzzeiten" für den Erwerb einer Anwartschaft für das Arbeitslosengeld qualifiziert wurden. Dadurch konnte es einerseits bei der Lohnnebenkostenenkung für ältere Arbeitslose bleiben und andererseits auch die Vermeidung versicherungsrechtlicher Nachteile für ältere Arbeitslose sichergestellt werden.

14.1.1.4 Probleme im Zusammenhang mit Weiterbildungs- und Qualifizierungsmaßnahmen von arbeitssuchenden Menschen

Die Knappheit budgetärer Mittel im Bereich des AMS führt dazu, dass viele Arbeitslose nicht in den Genuss arbeitsmarktpolitisch sinnvoller und zweckmäßiger Ausbildungsmaßnahmen kommen.

Andererseits führt die eigeninitiativ betriebene Absolvierung von Ausbildungs- oder Schulungsmaßnahmen oftmals dazu, dass die bildungswilligen arbeitslosen Menschen ihren Anspruch auf die laufende Geldleistung aus der Arbeitslosenversicherung (Arbeitslosengeld; Notstandshilfe) verlieren.

Einzelfälle:

VA BD/239-SV/03, 310-SV/03, 1030-SV/03, 1037-SV/03, 1179-SV/03

Die VA ist immer wieder mit Eingaben konfrontiert, in denen vorgebracht wird, dass sie seitens des AMS keine bzw. keine geeignete Aus- bzw. Weiterbildungsmaßnahme bewilligt erhalten.

So brachte etwa eine arbeitslose Frau aus Wien, die vor ihrer Arbeitslosigkeit Personalleiterin in einem Unternehmen war, im Zuge des Prüfverfahrens VA BD/1037-SV/03 vor, dass man ihr seitens der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des AMS Wien lediglich ein Jobcoaching angeboten habe; jene Maßnahme hätte unter anderem vermitteln sollen, wie Bewerbungen zielführend und richtig verfasst sowie formal korrekt gestaltet werden, auch Bewerbungsstrategien und das Führen von Bewerbungsgespräche wäre trainiert worden. Für die VA nachvollziehbar legte Frau N.N. dar, dass sie als ehemalige Personalleiterin sehr wohl wisse, wie man sich richtig bewerbe und diesbezüglich einschlägige Schrei-

Unzufriedenheit mit Schulungsmaßnahmen

Ehemalige Personalleiterin soll "Jobcoaching" absolvieren

BMWA**VA Dr. Peter Kostelka**

ben und Unterlagen zusammenstellt. Vorgestellt hätte sich die Bf vielmehr eine inhaltlich ausgerichtete Qualifizierungsmaßnahme oder den Lehrgang zum Thema "Organisations- und Personalentwicklung". Dieser wurde jedoch nicht bewilligt, da in Anbetracht der knappen finanziellen Ressourcen des AMS vorrangig nur Personen mit vergleichsweise geringem Selbsthilfepotenzial, bei denen konkret die Gefahr des Übertritts in Langzeit- bzw. Dauerarbeitslosigkeit besteht, aufwändige Qualifizierungsmaßnahmen bewilligt und finanziert. Unter Bezugnahme auf das AMSG konnte jene Vorgangsweise seitens der VA in rechtlicher Hinsicht nicht beanstandet werden. Unter dem Blickwinkel einer effizienten und zweckmäßigen Verwendung knapper budgetärer Mittel erscheint es grundsätzlich gerechtfertigt, gerade besonders "hilflose" und benachteiligte Arbeitssuchende vorrangig bei Finanzierungsmaßnahmen zu berücksichtigen. Auf der anderen Seite ist es aber sicherlich unbillig, dass "besser qualifizierte" Arbeitslose, die aber gleichwohl auch mit Problemen und Schwierigkeiten am Arbeitsmarkt zu kämpfen haben, nur mehr eine vergleichsweise verdünnte Betreuung durch das AMS erhalten. Hier wäre aus Sicht der VA sicherlich der Gesetzgeber gefordert, und zwar dahingehend, dass die budgetäre Ausstattung bzw. budgetären Rahmenbedingungen des AMS entsprechend verbessert und erweitert werden.

Die geschilderte Situation führte nach den Wahrnehmungen der VA vielfach dazu, dass arbeitssuchende Personen aus Eigeninitiative, also von sich aus, eine Ausbildung beginnen und letztlich auch bereit sind, die diesbezüglich anfallenden Kosten, unter massiver Einschränkung der Bedürfnisse des täglichen Lebens bzw. unter Aufnahme von Kreditverbindlichkeiten, selbst zu finanzieren. Hier ergibt sich dann aber in der Praxis oftmals das Problem, dass das AMS nicht nur eine aktive Förderung jener "privaten Bildungsinitiative" ablehnt, sondern vielmehr umgekehrt sogar als "Hemmschuh" für die Betroffenen fungiert: Es kommt zur Einstellung des Arbeitslosengeldes / der Notstandshilfe mangels Arbeitslosigkeit.

Ein wesentlicher Kristallisierungspunkt der gesamten Problematik ist sicherlich die, auch bereits in früheren Berichten ausführlich erwähnte Regelung des § 12 Abs. 3 lit. f AIVG. Demnach gilt derjenige/diejenige, der/die in einer Schule oder einem geregelten Lehrgang – sowohl als ordentlicher Hörer einer Hochschule, als Schüler einer Fachschule oder einer mittleren Lehranstalt – ausgebildet wird oder, ohne dass ein Dienstverhältnis vorliegt, sich einer praktischen Ausbildung unterzieht, nicht als arbeitslos im Sinne des Gesetzes. Damit fehlt bei Teilnahme an entsprechenden Lehrgängen bzw. bei der Absolvierung entsprechender Ausbildungen eine zentrale Voraussetzung für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld oder Notstandshilfe. Die Judikatur des VwGH, wonach solche Lehrgänge, die von vornherein als berufsbegleitend konzipiert wurden, nicht unter die genannte Regelung fallen,

Budgetknappheit verhindert oftmals qualitätsvolle und maßgeschneiderte Schulung von arbeitslosen Menschen

Eigeninitiative von arbeitslosen Menschen wird bestraft

Problembereich der schulischen und universitären Ausbildung

VA Dr. Peter Kostelka**BMWA**

findet nach den Wahrnehmungen der VA insbesondere auf Ebene der regionalen Geschäftsstellen des AMS nicht immer hinreichende Beachtung bzw. Würdigung.

So war etwa anlässlich eines zu VA BD/1030-SV/03 geführten Prüfverfahrens festzustellen, dass ein von einem Arbeitslosen besuchter Fachhochschullehrgang für Sozialmanagement in Linz, der sich primär an berufstätige Personen richtete und auch von solchen besucht wurde und jeweils Donnerstags von 13.00 Uhr bis 18.00 Uhr, Freitags von 9.00 Uhr bis 18.00 Uhr und Samstags von 9.00 Uhr bis 13.00 Uhr stattfand, als anspruchsschädlich für eine Leistung aus der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung gewertet. Seitens der VA konnte gegenüber dem AMS Oberösterreich deutlich gemacht werden, dass hier im Lichte der Judikatur Arbeitslosigkeit anzunehmen ist und der Betreffende auch in jeder Hinsicht einer Vermittlung zur Verfügung steht.

Positive Lösungen im Einzelfall

Bei anderen und von Eigeninitiative in Anspruch genommenen Qualifizierungsmaßnahmen konnte über Vermittlung der VA ein Ausweg über die Regelung des § 12 Abs. 5 AIVG gefunden werden. Demnach ist die Teilnahme an Maßnahmen der Nach- und Umschulung sowie zur Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt nicht als Beschäftigung zu werten und steht auch der Voraussetzung der Arbeitslosigkeit nicht entgegen, wenn die Maßnahme im Auftrag des AMS erfolgt. An dieser Stelle sei kurz auf den das AMS Wien betreffenden Fall des Arbeitslosen hinzuweisen, der sich entschlossen hatte, einen Kurs als Rettungssanitäter beim Roten Kreuz für die Dauer von 2 ½ Monaten zu absolvieren. Auf Grund eines Kommunikationsproblems bereits bei der Antragstellung auf Arbeitslosengeld, unterblieb zunächst eine umfassende Aufklärung des Bf betreffend die Auswirkungen einer solchen Kursmaßnahme. Als das AMS von der Kursanmeldung Kenntnis erlangte, stand zunächst plötzlich die Einstellung des Arbeitslosengeldes mangels Arbeitslosigkeit im Raum. Infolge des Einschreitens der VA konnte eine nachträgliche "Auftragerteilung" im Sinne § 12 Abs. 5 AIVG vorgenommen werden und somit der Geldleistungsbezug (Arbeitslosengeld) während der Ausbildung sichergestellt werden.

14.1.1.5 Sonstige Wahrnehmungen und Einzelfälle

Im Zuge der Prüftätigkeit der VA konnten im Versicherungs- und Servicebereich des AMS folgende Fehler bzw. Vollzugsdefizite festgestellt werden:

- Die mangelhafte Aufklärung über die Bezugshöhe der Sondernotstandshilfe und die rechtswidrige Vornahme einer verfrühten Einkürzung dieser Geldleistung; die missverständliche Aufklärung über die Umstellung der Notstandshilfe auf Pensionsvorschuss bei Beantragung einer Pensionsleistung (VA BD/218-SV/02, VA BD/454-SV/02)
- Die überhöhte Anrechnung eines Ehegatteneinkommens infolge irrtümlicher Zugrundelegung einer zu niedrigen Anrechnungsfreigrenze; die Korrektur dieses Fehlers auf Grund des Einschreitens der VA löste eine Nachzahlung in Höhe von rund € 4.500,-- zu Gunsten des Betroffenen aus (VA BD/701-SV/02)
- Die mangelnde Berücksichtigung von Zahnbehandlungskosten (medizinisch indizierte Implantate) sowie krankheitsbedingter Aufwendungen bei Diabetes im Hinblick auf die Erhöhung der Anrechnungsfreigrenze im Zusammenhang mit der Ehegatteneinkommensanrechnung bei der Notstandshilfe (VA BD/736-SV/02, VA BD/1337-SV/03)
- Koordinationsprobleme bei der Zurverfügungstellung eines Praktikumsplatzes im Zuge einer AMS-geförderten EDV-Ausbildung (VA BD/914-SV/02)
- Die unvollständige Beratung und Aufklärung über Teilnahmebedingungen am Unternehmensgründungsprogramm des AMS (VA BD/1109-SV/02)
- Die falsche Festsetzung des Notstandshilfe-Tagsatzes nach Ausübung einer (rahmenfriststerstreckenden) selbstständigen Erwerbstätigkeit (VA BD/1304-SV/02)
- Die ungerechtfertigte Ablehnung einer vom AMS-Kunden gewünschten EDV-Ausbildung bzw. Pflegehelferausbildung (VA BD/1322-SV/02, VA BD/123-SV/03)
- Die unrichtige Festsetzung des Beginns eines Arbeitslosengeldanspruchs (VA BD/145-SV/03)
- Die Verhängung einer einmonatigen Sperrfrist nach § 11 AIVG nach Auflösung eines Dienstverhältnisses, obwohl die Lösung durch den Dienstnehmer (bzw. späteren Arbeitslosen) aus berücksichtigungswürdigen, konkret gesundheitlichen, Gründen erfolgte (VA BD/168-SV/03)
- Die ungerechtfertigte Anlastung der Versäumung eines Kontrollmeldetermins sowie die missverständliche Beratung über die Konsequenzen einer solchen Terminversäumung (VA BD/193-SV/03, VA BD/378-SV/03, VA BD/870-SV/03)
- Die zu niedrige Festsetzung einer Vorstellungsbeihilfe (Fahrtkostenersatz für öffentliches Verkehrsmittel) durch das AMS (VA BD/292-SV/03)
- Die unfreundliche und schroffe Behandlung einer AMS-Kundin durch den AMS-Betreuer (VA BD/504-SV/03)

VA Dr. Peter Kostelka**BMWA**

- Die mangelnde Berücksichtigung bestehender gesundheitlicher Einschränkungen bei der Zuweisung einer Schulungsmaßnahme (VA BD/559-SV/03)
- Die ungerechtfertige Ablehnung der Kostenübernahme für die Prüfungsgebühr im Zusammenhang mit einem Computerkurs (VA BD/628-SV/03)
- Die Verfügung einer Rückforderung an Arbeitslosengeld, obwohl kein Rückforderungsstatbestand nachweisbar und insbesondere Gutgläubigkeit des Leistungsempfängers gegeben war (VA BD/636-SV/03)
- Die irrtümliche Nichtberücksichtigung einer Halbtagsbeschäftigung im Zuge der Inanspruchnahme einer Teilkarenz für die Beurteilung der Anwartschaftserfüllung auf Arbeitslosengeld (VA BD/677-SV/03)
- Die irrtümliche Heranziehung zu niedriger Beitragsgrundlagen für die Berechnung eines Arbeitslosengeldanspruchs (VA BD/708-SV/03)
- Die Einstellung der Notstandshilfe einer Arbeitslosen infolge deren Verweigerung einer amtsärztlichen Untersuchung, obwohl der Betroffenen infolge einer psychischen Erkrankung die Einsichtsfähigkeit hinsichtlich der Konsequenzen einer Weigerung fehlte (VA BD/727-SV/03)
- Die ungerechtfertigte Ablehnung der Gewährung einer Entfernungsbeihilfe (VA BD/1020-SV/03)
- Die Rückforderung einer Gründungsbeihilfe trotz Vorliegens von Gutgläubigkeit (VA BD/1152-SV/03)

Das Einschreiten der VA führte in all diesen Fällen durchgehend zur Behebung der festgestellten Vollzugsfehler, soweit dies der Natur der Sache nach möglich war; zu Unrecht vorenthalten bzw. rechtswidrig zur Rückforderung vorgeschriebene Geldleistungen wurden rückwirkend berichtigt und nachträglich zur Anweisung gebracht.

Verschiedentlich richteten sich die an die VA gerichteten Eingaben in erster Linie nicht gegen Vollzugsfehler bzw. rechtswidrige Verwaltungsakte, sondern brachten Kritik an der Gesetzeslage als solcher zum Ausdruck. So wurde es seitens der Betroffenen als Härte empfunden, wenn es auf Grund der besonderen zeitlichen Lagerung der Versicherungszeiten im Einzelfall dazu kam, dass für die Bemessung eines Arbeitslosengeldanspruchs relativ weit in der Vergangenheit liegende Beitragsgrundlagen gemäß § 21 Abs 1 AlVG heranzuziehen waren (VA BD/493-SV/03).

14.2 Geschäftsbereich von Volksanwalt Mag. Ewald Stadler

14.2.1 Allgemeines

Von den 229 **Beschwerden**, die bei der VA im Jahr 2003 eingebracht wurden, wurden insgesamt 29 als **berechtigt** beurteilt. Die überwiegende Mehrzahl der Fälle konnte bis Ende März 2004 erledigt werden. In 43 Fällen konnte der Beschwerdegrund behoben werden.

Aus Anlass einiger Beschwerdefälle, die allerdings bereits aus den Vorjahren anhängig waren, befasste die VA den VfGH mit einer Anfechtung der so genannten Gastgartenverordnung 2003 des LH von Steiermark vom 5.6.2003 wegen Gesetzwidrigkeit (siehe dazu Kapitel Anfechtung der Gastgartenverordnung 2003 des LH von Stmk beim VfGH, Pkt. 14.2.9, S. 247).

14.2.2 Gewerberecht

Wie auch in allen bisherigen Prüfungsjahren stellen Beschwerden aus dem Bereich des Gewerberechtes den zahlenmäßigen Schwerpunkt dar.

Innerhalb der betriebsanlagenrechtlich relevanten Beschwerden ist ein hoher Anteil von Beschwerden über Beeinträchtigungen durch Gastgewerbebetriebe erkennbar (siehe Kapitel Gastgewerbebetriebe, Punkt 14.2.6, S. 244).

**Viele Beschwerden über
Gastgewerbebetriebe**

Problematische Entwicklungen, die nach Auffassung der VA ihre Ursachen in Bestimmungen der Gewerbeordnung haben, sind im Kapitel Gesetzgebung, Pkt. 14.2.3, S. 242, nachzulesen; Unbefriedigende bzw. fehlerhafte Ergebnisse auf Grund von Vollziehungsdefiziten sind im Kapitel Vollziehung, Pkt. 14.2.7, S. 245, zusammengefasst.

14.2.3 Gesetzgebung

Das Betriebsanlagenrecht der GewO 1973 hat durch die zahlreichen Novellen an Beständigkeit verloren. Insbesondere durch den Ausbau des vereinfachten Betriebsanlagenverfahrens wurde der ursprüngliche Grundsatz der Genehmigungspflicht stark ausgehöht. Das ursprünglich klare und einfache System des Gesetzgebers ist mit zahlreichen legistischen Korrekturen soweit überfrachtet, dass eine Orientierung sowohl für die Vollziehung als auch für die davon betroffenen Unternehmer und Nachbarn immer schwieriger ist und alle Rechtsanwender vor wachsende Probleme stellt.

**Orientierung im Be-
triebsanlagenrecht
zunehmend schwierig**

VA Mag. Ewald Stadler**BMWA**

14.2.4 Vereinfachtes Betriebsanlageverfahren

Weder vertritt die VA die Auffassung, dass mit dessen Einführung bzw. Ausbau die erreichte Beschleunigung der Betriebsanlageverfahren erreicht wurde noch wird das vom Gesetzgeber geschaffene Instrumentarium für die Problemlösung als geeignet erachtet.

Für Problemlösung nicht geeignet

Raschere Verfahren sind nach den Wahrnehmungen der VA vielmehr auf erfolgreiche verwaltungsinterne Umstrukturierungen und die effizientere und bürgernahe Gestaltung von verwaltungsinternen Abläufen zurückzuführen. Gerade diese Wahrnehmungen machen es für die VA bedenklich, dass die geschaffene Rechtslage den Gewerbebehörden ein zielorientiertes Vorgehen für die beeinträchtigten Nachbarn zum Teil eher erschwert als erleichtert.

Die Kritik der VA am Ausbau des vereinfachten Betriebsanlageverfahrens und dem damit verbundenen Ausschluss von Parteirechten für Nachbarn übt die VA unverändert seit vielen Jahren. Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit hat in seiner Stellungnahme zum VA Bericht 2002 unter Hinweis auf das vom Gesetzgeber eingeräumte Anhörungsrecht sowie das Recht auf Einsichtnahme in die Projektunterlagen für den Nachbarn wiederum die Auffassung vertreten, dass die Kritik der VA ins Leere gehe.

BMWA hält an bestehenden Regelungen fest

Im Berichtsjahr – und bemerkenswerterweise auch noch vor der letzten ablehnenden Haltung des Ressorts gegenüber der VA – erging allerdings eine Entscheidung des obersten Gerichtshofes, die die Argumentation der VA völlig unterstützt und die die Notwendigkeit zur Änderung der Rechtslage unmissverständlich aufzeigt. Unter Heranziehung verfassungsrechtlicher Argumente gelangte der OGH in seiner Entscheidung vom 8.7.2003, Zl. 4Ob 137/03f, zur Auffassung, dass das rechtliche Gehör der Nachbarn im vereinfachten Verfahren nach § 359b Gewerbeordnung nicht in vollem Umfang gewahrt ist; ein Unterlassungsanspruch gemäß § 364a ABGB müsse daher verfassungskonform dahingehend ausgelegt werden, dass eine im vereinfachten Verfahren genehmigte Anlage keine behördlich genehmigte Anlage im Sinne des § 364a ABGB ist. Damit hat angesichts der bestehenden Rechtslage ein Unternehmer einen erfolgreichen gerichtlichen Anspruch eines Nachbarn selbst dann zu gewärtigen, wenn er über die nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung – lediglich im vereinfachten Verfahren erteilte – ordnungsgemäße Genehmigung verfügt (siehe dazu Grundrechtsteil Pkt. 15.6.1, S. 300).

OGH-Entscheidung unterstützt bisherige Kritik der VA

Besonderes Gewicht kommt nach Auffassung der VA aber auch der Skepsis des OGH gegenüber den Gewerbebehörden zu. Das Höchstgericht vertritt nämlich die Auffassung, dass das Anhörungsrecht des Nachbarn im vereinfachten Betriebsanlagenverfahren keine Gewähr dafür bietet, dass auf die Interessen des Nachbarn ausreichend Bedacht genommen wird. *Zwar ist die Be-*

Skepsis des OGH an Gewerbebehörden

hörde verpflichtet, entsprechende Auflagen zu erteilen, wenn die Immissionen das ortsübliche Maß überschreiten, doch ist damit noch nicht gewährleistet, dass dies auch tatsächlich geschieht.

Aus der Sicht der VA ist die bisher vom Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten vertretene Rechtsmeinung, wonach die Kritik der VA am Rechtsbestand des § 359b GewO ins Leere gehe, nicht mehr aufrecht zu erhalten. Im Lichte der Entscheidung des OGH besteht derzeit jedenfalls eine rechtspolitisch unbefriedigende Situation.

Dzt. Rechtslage unbefriedigend

Die VA regt ein Überdenken der in diesem Punkt bestehenden Rechtslage an. Siehe dazu aber auch die Ausführungen im Kapitel Vollziehung, Pkt. 14.2.7, S. 245

14.2.5 Verordnungsermächtigung des LH gemäß § 112 Abs. 3 GewO 1994 idF BGBI. I Nr. 111/2002

Mit der genannten Regelung ist der Betrieb von Gastgärten nunmehr für die Dauer des gesamten Jahres bis 23.00 Uhr erlaubt. Abweichende Regelungen sind – wie bisher – mit Verordnung des Landeshauptmannes möglich. Im VA-Bericht 2002, S. 182ff, ist ausführlich dargelegt, dass und aus welchen Gründen diese gesetzliche Verordnungsermächtigung als nicht vollziehungstauglich erachtet wird. Die Auffassung der VA, dass die vom Gesetzgeber vorgegebenen Parameter eine rechtskonforme Verordnung des Landeshauptmannes wenn überhaupt dann nur mit einem überdurchschnittlich hohen Verwaltungsaufwand zulassen, wird beibehalten. Siehe dazu aber auch die Ausführungen im Kapitel Anfechtung der Sperrstunden VO des LH von Stmk, Pkt. 14.2.9, S. 247.

Überdurchschnittlich hoher Verwaltungsaufwand für gesetzmäßige Verordnung

14.2.6 Gastgewerbebetriebe

Bei dem hohen Anteil der Nachbarbeschwerden über Gastgewerbebetriebe zeigen sich nach Auffassung der VA ebenfalls Defizite im Gesetz. Hier sind zunächst die seit Jahren erkennbaren Auswirkungen der Gewerberechtsnovelle 1988 zu erwähnen, mit der das Gästeverhalten außerhalb der Betriebsanlage der Zuständigkeit der Gewerbebehörde entzogen wurde. Gerade der dort von diesem Personenkreis verursachte Lärm ist aber häufige Ursache der nächtlichen Ruhestörung für die Nachbarn. Die Nachbarn schildern hier immer wieder, dass die Gendarmerie das Problem – wenn überhaupt – nur kurzfristig und gegenüber dem zum Zeitpunkt des Einschreitens gerade anwesenden Personenkreis abstellen kann und nach deren Entfernen die selben Probleme wie vorher eine ungestörte Nachtruhe unmöglich machen.

Problem: Gewerbebehörde für Gästelärm außerhalb der Betriebsanlage seit 1988 nicht mehr zuständig

VA Mag. Ewald Stadler**BMWA**

Das vom Gesetzgeber geschaffene Instrumentarium zur Vorverlegung der Sperrstunde durch die Gemeinde gemäß § 113 Abs. 5 GewO 1994 bietet nach den Wahrnehmungen der VA keine Lösungsmöglichkeiten an. Die Voraussetzungen, die nach dieser Bestimmung vorliegen müssen, damit die Gemeinde eine Sperrstunde vorzulegen **hat**, sind sehr eng gefasst und erweisen sich in der Praxis als völlig unanwendbar. Abgesehen von sicherheitspolizeilichen Bedenken, die eine gesonderte Voraussetzung für eine solche Vorverlegung der Sperrstunde darstellen, muss die Nachbarschaft wiederholt durch ein nicht strafbares Verhalten von Gästen vor der Betriebsanlage des Gastgewerbebetriebes unzumutbar belästig sein. Nachdem bei der Beurteilung des Sachverhaltsumstandes "durch ein nichtstrafbares Verhalten" insbesondere auch auf die entsprechenden Bestimmungen des jeweiligen Landespolizeistrafgesetzes zur Abgrenzung der strafbaren von nichtstrafbaren Verhalten Bedacht zu nehmen ist, besteht also die Möglichkeit zur Vorverlegung der Sperrstunde in den Fällen der ungebührlichen Lärmerregung oder des Benehmens von Gästen von der Betriebsanlage nicht. Aus praktischer Sicht ist es aber auch kaum möglich, im Verwaltungsstrafwege gegen ungebührliche Lärmerreger vorzugehen, da den Gestörten die Identität der betreffenden Personen nur in Ausnahmefällen überhaupt bekannt ist und sich diese bis zum Einschreiten der Sicherheitsorgane – sofern diese überhaupt bzw. rechtzeitig kommen – schon wieder entfernt haben.

Problem: Vorverlegung der Sperrstunde a.G. Gesetzlicher Vorgaben kaum möglich

Die VA vertritt daher die Auffassung, dass dem in der Bestimmung des § 113 Abs. 5 rechtlich intendierten Nachbarschaftsschutz kaum nachgekommen werden kann. Nach Auffassung der VA kann es nicht im Interesse des Gesetzgebers liegen, Bestimmungen zu schaffen bzw. beizubehalten, die nicht im intendierten Sinn durchsetzbar sind (VA BD/168 WA/03).

14.2.7 Vollziehung

Zunächst sei unter Hinweis auf das Kapitel Gesetzgebung, Pkt. 14.2.3, S. 242, hervorgehoben, dass die geltende Rechtslage Problemlösungen nicht immer erleichtert. Hier sei einmal mehr im Zusammenhang mit dem vereinfachten Betriebsanlagenverfahren auf den Umstand hingewiesen, dass Nachbarn, auch wenn sie von ihrem Anhörungsrecht Gebrauch gemacht haben, vom Abschluss und vom Inhalt des Betriebsanlagenbescheides und hier insbesondere vom Inhalt der zum Nachbarschaftsschutz konkret erteilten Auflagen keine Kenntnis erlangen müssen.

Das Bemühen der Verwaltung zur Problemlösung für lärmgeplagte Nachbarn geht aber mitunter auch weit über die gesetzlichen Verpflichtungen hinaus. So sei hier das erfolgreiche Bemühen einer oberösterreichischen Gemeinde hervorgehoben, die eine Lösung für lärmgeplagte Nachbarn eines Gastgewerbebetriebes schließ-

Außergesetzliche Lösung für Nachbarn: Einbau einer Klimaanlage

BMWA**VA Mag. Ewald Stadler**

lich dadurch zu Stande brachte, dass der Lokalbetreiber auf seine Kosten eine Klimaanlage in der Wohnung der Nachbarn einbauen ließ. Wichtig ist im Zusammenhang mit diesem konkreten Einzelfall die Erwähnung, dass auch nach Auffassung der VA die rechtlichen Voraussetzungen für die Vorverlegung der Bestimmung des § 113 Abs. 5 GewO 1994 nicht vorgelegen sind (VA BD/10-WA/03). Hier sei besonders auf die im Kapitel Gesetzgebung, Punkt 14.2.3, S. 242, geäußerte Kritik der VA an dieser Bestimmung hingewiesen.

Eine andere Problemlösung, die ebenfalls nicht in Vollziehung gewerberechtlicher Normen erreicht werden konnte, ergab sich für Anrainer eines Fleischereibetriebes, die seit Jahren über Geruchsbelästigungen durch die betrieblichen Selcharbeiten und Lärmbelästigungen ab 3.00 Uhr Beschwerde geführt hatten. Zwischen dem Nachbarn und dem Betreiber erfolgte insofern eine Einigung, als die Liegenschaft der Nachbarn mit dem Wohnhaus vom Unternehmen gekauft wurde und die Nachbarn übersiedelten. Der rechtsfreundliche Vertreter der Nachbarn bedankte sich ausdrücklich im Namen seiner Mandanten bei der Behörde für die konstruktive Zusammenarbeit und dafür, dass es gelang, die langwierigen Verhandlungen zu beenden (VA BD/62-WA/03).

In der Zwischenzeit ist die VA allerdings mit Beschwerden anderer Nachbarn dieses Unternehmens befasst, die ebenfalls von Lärm- und Geruchsbeeinträchtigungen, verursacht allerdings durch andere Betriebsanlagenteile, betroffen sind. In diesem noch anhängigen Prüfungsverfahren übt die VA zum Berichtszeitpunkt massive Kritik an der BH Zell am See, weil die vorgelegten Informationen den behördlichen Unterlagen widersprachen.

(VA BD/231-WA/03)

**Außergesetzliche Lösung für Nachbarn:
Ankauf seiner Liegenschaft durch Gewerbetreibenden**

14.2.8 Vereinfachtes Betriebsanlageverfahren

Schon allein der Umstand, dass der im vereinfachten Verfahren ergangene Betriebsanlagenbescheid den Nachbarn nicht notwendigerweise zuzustellen ist, macht diesem von Beeinträchtigungen betroffenen Personenkreis nicht einmal eine erste Beurteilung möglich, ob die Behörde bereits im Genehmigungsverfahren Auflagen vorgeschrieben hat, die "nur" nicht eingehalten werden. Genauso die Zustellung von vereinfachten Betriebsanlagenbescheiden an Nachbarn wird in der Praxis von den Behörden sehr unterschiedlich gehandhabt.

Vom Bundesland Vorarlberg wurde die VA zunächst davon in Kenntnis gesetzt, dass die Verwaltungspraxis der nachrichtlichen Zustellung von solchen vereinfachten Bescheiden an die Nachbarn zur Vermeidung unnötiger Berufungsverfahren (welche mangels Parteistellung der Nachbarn ohne Aussicht auf Erfolg sind) eingestellt wurde; in weiterer Folge wurde die VA von einer Ab-

Unterschiedliche Verwaltungspraxis bei Bescheidzustellung an Nachbarn

Vlg: bestimmte Nachbarn erhalten gesondertes Schreiben der BH

VA Mag. Ewald Stadler**BMWA**

sprache der BH dieses Bundeslandes in Kenntnis gesetzt, jene Personen, die im vereinfachten Verfahren eine Stellungnahme abgegeben haben, in einem gesonderten Schreiben über den Abschluss des Verfahrens und das Verfahrensergebnis in Grundzügen zu informieren (VA BD/26-WA/03).

Angesichts einer fehlenden Bestimmung, dass vereinfachte Betriebsanlagenbescheide auch den Nachbarn zuzustellen sind, begrüßt die VA jede Initiative der Praxis zur Information der Nachbarn über den Ausgang des Verfahrens. Gerade dieses Bemühen der Gewerbebehörden mit unzureichenden gesetzlichen Bestimmungen umzugehen, zeigt nach Auffassung der VA den Handlungsbedarf des Gesetzgebers. Siehe dazu sowohl die Ausführungen im Kapitel Gesetzgebung, Pkt. 14.2.3, S. 242, als auch im Grundrechtsteil unter Pkt. 15.6.1, S. 300.

14.2.9 Anfechtung der Gastgarten - Sperrstunden VO 2003 des LH von Stmk beim VfGH

Der LH wird mit § 112 Abs. 3 GewO 1994 zur Festlegung abweichender Regelungen für die im Gesetz für Gastgärten mit 23.00 Uhr bestimmte Sperrstunde ermächtigt. Diese Ermächtigung erteilt der Gesetzgeber aber nicht für alle sondern nur *für solche Gebiete, die insbesondere wegen ihrer Flächenwidmung, ihrer Verbauungsdichte, der in ihnen bestehenden Bedürfnisse im Sinne des § 113 Abs. 1 (der ortsansässigen Bevölkerung und der Touristen) und ihrer öffentlichen Einrichtungen, wie Krankenhäuser, Altersheime, Bahnhöfe, Theater, Sportplätze und Parks Sonderregelungen rechtfertigen.*

In den vergangenen Jahren war die jeweils auf eine Sommersaison befristete Sperrstundenverlängerung des LH von Steiermark – jeweils für das gesamte Gebiet des Bundeslandes – immer wieder Gegenstand von eingehenden Diskussionen, über die die VA sowohl dem Nationalrat als auch dem Landtag berichtete.

Erstmals unbefristet wurde mit Verordnung des LH von Steiermark vom 5.6.2003, kundgemacht im Amtsblatt der Grazer Zeitung, Stück 24, Nr. 206/2003, nicht mehr für das gesamte Gebiet der Steiermark, sondern für einzelne, namentlich angeführte Gemeinden und bestimmte bezeichnete Gemeindegebiete der Betrieb von Gastgärten in der Zeit vom 15. Juni bis 15. September bis 24 Uhr erlaubt.

Die VA nahm in die Unterlagen des der Verordnungserlassung vorausgegangenen Ermittlungsverfahrens Einsicht und gelangte zur Auffassung, dass keine ausreichenden Nachforschungen und Grundlagen im Lichte der gesetzlichen Bestimmungen durchgeführt wurden. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren erwies sich

Bisher jeweils befristete Verlängerung für gesamtes Bundesland

2003: erstmals unbefristete Verlängerung für bestimmte Gemeinden und -gebiete

VA hält Ermittlungsverfahren für unzureichend

für die VA weder in seinen Ansätzen noch in seinen inhaltlichen Bemühungen und schon gar nicht in seinen Ergebnissen als Grundlage für eine gesetzmäßige Verordnung. Mit Beschluss vom 26.9.2003 beantragte die VA beim Verfassungsgerichtshof die Aufhebung der Gastgartenverordnung 2003 des Landeshauptmannes von Steiermark zur Gänze in eventu im Umfang des gesamten § 1 dieser Verordnung (Aufzählung von Gemeinden) in eventu im Umfang hinsichtlich der Wortfolge "Landeshauptstadt Graz Stadt Graz" im § 1 dieser Verordnung wegen Gesetzwidrigkeit. Die Entscheidung des VfGH steht zum Berichtszeitpunkt noch aus (VA BD/98-WA/99, 105-WA/99, 65-WA/00, 69-WA/02 und 218-WA/02).

14.2.10 Gastgewerbebetriebe

Sehr häufig betreffen betriebsanlagenrechtliche Prüfungsverfahren der VA Gastgewerbebetriebe.

Hier schildern sich die Beschwerde führenden Nachbarn insbesondere bei ihrer ersten Kontaktnahme mit der VA verständlicherweise häufig in einer sehr angespannten emotionalen Situation. Sie sind den Beeinträchtigungen überwiegend während der Nachtzeit ausgesetzt und ihrer Kontaktnahme mit der VA gingen zumeist zahlreiche erfolglose Anzeigen bei der Behörde voraus. In den Lokalen vorhandene Musikanlagen und deren fehlende oder mit technischen Hilfsmitteln umgangene Plombierungen werden immer wieder als Ursache für nächtliche Ruhestörungen angegeben.

**Beeinträchtigungen
insbesondere während
der Nachtzeit**

Nach Auffassung der VA zeigt aber auch dieser Schwerpunkt der Beschwerden über Beeinträchtigungen durch Gastgewerbebetriebe, dass das hier regelmäßig zur Anwendung gelangende Instrumentarium des vereinfachten Betriebsanlageverfahrens zur Gewährleistung des ausreichenden Nachbarschaftsschutzes in der Praxis nicht ausreicht. Siehe dazu auch die Ausführungen im Kapitel Gesetzgebung, Pkt. 14.2.3, S. 242.

Gesetzliches Instrumentarium unzureichend

Demgegenüber hatte die VA aber in einigen Fällen auch festzustellen, dass die Gewerbebehörden die für den Nachbarschaftsschutz vorhandenen rechtlichen Möglichkeiten nicht ausschöpfen.

Gerade bei solchen Säumigkeiten der Gewerbebehörde ist die VA regelmäßig bemüht, mit dem beharrlichen Hinweis auf das Instrumentarium der Zwangsmaßnahmen rasch für eine Verbesserung der akuten gesundheitsgefährdenden Beeinträchtigungssituation Sorge zu tragen.

Die typische Problematik der Nachbarn von Gastgewerbebetrieben zeigte der Beschwerdefall einer Familie in Wien, deren Wohnung direkt über einem Lokal liegt. Nicht nur die laute Musikanlage sondern auch das Sesselrücken und das Billardspielen verhin-

Typischer Beschwerdefall aus Wien

VA Mag. Ewald Stadler**BMWA**

derten eine ungestörte Nachtruhe. Hinzu kamen häufige Sperrstundenüberschreitungen.

Das Lokal verfügt über eine ordnungsgemäße – im vereinfachten Verfahren ergangene – Betriebsanlagengenehmigung (siehe dazu auch die Ausführungen im Kapitel Vereinfachtes Betriebsanlageverfahren, Pkt. 14.2.4, S. 243), mit der lediglich Hintergrundmusik erlaubt wurde. Auf Grund der Beschwerden erfolgten zahlreiche behördliche Überprüfungen und Messungen. Das zuständige Magistratische Bezirksamt plombierte die Musikanlage und erteilte zusätzliche Auflagen zum Nachbarschaftsschutz und verhängte Verwaltungsstrafen wegen Sperrstundenüberschreitung. Auch die Hausverwaltung forderte den Betreiber zur Vermeidung von lärmverursachenden Handlungen auf.

Alle Anstrengungen führten zu keiner Verbesserung. Die betroffene Familie resignierte in ihrer an die Gewerbebehörde geknüpften Hoffnung auf dauerhafte Behebung des Beschwerdegrundes, nahm aus diesem Grund von weiteren Anzeigen Abstand, zog in der Nacht sogar aus dem Schlafzimmer in das ruhigere Wohnzimmer um und verband mit ihren Kontakten mit der VA eine hohe Erwartung um Hilfestellung.

In diesem Prüfungsverfahren betreibt die VA eine rasche behördliche Objektivierung der Situation, die als Grundlage für die weitere behördliche Vorgangsweise unentbehrlich ist, geht der Frage nach, ob ausreichende verwaltungsstrafrechtlichen Veranlassungen und Zwangsmaßnahmen getroffen wurden – wobei hier behördliche Kenntnis Voraussetzung ist – und klärt schließlich auch die Voraussetzungen für die Entziehung der Gewerbeberechtigung. (VA BD/18-WA/03)

Siehe dazu auch Kapitel Abgrenzung Gewerbeberecht zu anderen Rechtsvorschriften, Pkt. 14.2.11, S. 250 sowie Kapitel Gesetzgebung, Pkt. 14.2.3, S. 242)

Vereinfachte Genehmigung, zahlreiche Überprüfungen, Plombierung der Musikanlage

Keine Verbesserung, Nachbarn resignieren

VA betreibt Objektivierung der Situation und Maßnahmen zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes

14.2.11 Abgrenzung Gewerberecht zu anderen Rechtsgebieten

In Beschwerdefällen stellt sich häufig die Frage, ob und inwieweit überhaupt gewerberechtliche Vorschriften auf eine konkrete Beeinträchtigungssituation anwendbar sind. Verständlich ist das Interesse der Nachbarn an der Anwendbarkeit insbesondere der betriebsanlagenrechtlichen Bestimmungen, weil sie sich davon Schutz vor den Beeinträchtigungen erhoffen. Prüfungsverfahren der VA sind daher in diesen Fällen immer vom Bemühen getragen, alle möglichen Aspekte der Anwendbarkeit gewerberechtlicher Bestimmungen abzuklären. In Einzelfällen muss aber von den betroffenen Nachbarn auch zur Kenntnis genommen werden, dass gewerberechtliche Bestimmungen nicht anwendbar sind, weil die störende Tätigkeit nicht unter die Gewerbeordnung fällt oder das Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit bei den behördlichen Erhebungen nicht festgestellt werden konnte (z.B.

VA BD/64-WA/02).

Nachbarn erhoffen sich Lösungen über Betriebsanlagenrecht

14.2.12 Gewerbliche Tätigkeit von Vereinen

Erleichterungen bieten die gesetzlichen Bestimmungen der Vollziehung in jenen Fällen an, in denen Beeinträchtigungen durch die Tätigkeit von Vereinen verursacht werden. Die vom Gesetzgeber mit der Gewerberechtsnovelle 1988 geschaffene Sonderbestimmung des § 1 Abs. 6 GewO 1994 stellt gezielt auf die Tätigkeit von Vereinen ab und beinhaltet die widerlegliche Vermutung einer Gewinnerzielungsabsicht bei nachhaltiger Tätigkeit und ermöglicht ein Vorgehen der Gewerbebehörde bei Nachbarschaftsbelästigungen "schon" dann, wenn die Vereinstätigkeit das *Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes* aufweist;

Sonderbestimmung für Vereine

Die konkrete Beurteilung, ob im Einzelfall die gesetzliche Vermutung einer gewerblichen Tätigkeit eines Vereines gerechtfertigt ist, setzt entsprechende Erhebungen voraus. Unzureichend waren im Lichte der gesetzlichen Bestimmung daher z.B. die Erhebungen der BH Neunkirchen, die zum Vorwurf der Lärmbelästigungen durch einen benachbarten Verein lediglich mitteilte, dass die konkreten Tätigkeiten ohnehin vom Vereinsstatut umfasst seien. (VA BD/131-WA/03).

Unzureichende Erhebungen der BH Neunkirchen

Eine Anrainerin eines Swingerclubs wandte sich an die VA, weil sie durch das laute Verhalten der Gäste in den Klublokalen regelmäßig in ihrer Nachtruhe gestört wurde. Die von einem Verein betriebenen Räumlichkeiten umfassten zu einem Teil betriebsanlagenrechtlich genehmigte Flächen zur Ausübung des Gastgewerbebetriebes und zum anderen Teil gewerbebehördlich nicht erfasste Räumlichkeiten, die den Gästen des Swingerclubs zur Verfügung standen. Die störenden Beeinträchtigungen stammten allerdings aus dem unter der Wohnung der Beschwerdeführerin

Lärmbelästigungen durch gastgewerbliche Tätigkeit in Swingerclub

VA Mag. Ewald Stadler**BMWA**

gelegenen Gastgewerbebereich, in dem sich die Gäste an der Bar vor oder nach dem Besuch der Klubräumekeiten laut verhielten.

Der Magistrat der Stadt Graz als Gewerbebehörde lehnte zunächst eine Zuständigkeit für diese Lärmprobleme mit dem Hinweis auf eine mangelnde Gewinnerzielungsabsicht des betreibenden Vereines ab. Er führte in diesem Zusammenhang aus, dass die gastgewerbliche Tätigkeit lediglich eine Begleiterscheinung darstelle, weil sie in erster Linie der dem eigentlichen Vereinszweck entsprechenden Tätigkeit der vorgelagerten Kontaktaufnahme diene.

Mag. Graz vertritt zunächst irrgä Rechtsauffassung

Diese Rechtsauffassung konnte im Lichte der Bestimmung des § 1 Abs. 6 GewO 1994 – nach übereinstimmender Auffassung der VA und des Bundesministeriums für wirtschaftliche Angelegenheiten – nicht aufrecht erhalten werden. Der Magistrat der Stadt Graz ging im vorliegenden Fall mit der Anordnung von gewerbrechtlichen Zwangsmaßnahmen vor, um die gesundheitsgefährdenden Lärmbelästigungen der Anrainerin in Hinkunft auszuschalten (VA BD/6-WA/03).

14.2.13 Gewerbliche Tätigkeit der Freiwilligen Feuerwehr

Ein gewerblich befugter Kranverleiher wandte sich mit einer Beschwerde darüber an die VA, dass die Gewerbebehörde gegen eine unbefugte gewerbliche Tätigkeit der Feuerwehr nicht einschreite. Er habe Anzeige erstattet, weil die Feuerwehr privatwirtschaftliche Tätigkeiten im Zusammenhang mit Fahrzeugabschleppungen und –bergungen vornehmen würde, ohne über die Gewerbeberechtigung zu verfügen. Dadurch sei er als Arbeitgeber für 15 Beschäftigte in seinem wirtschaftlichen Fortkommen beeinträchtigt.

Anzeige wegen gewerblicher Fahrzeugabschleppungen und –bergungen durch Feuerwehr

Der Einschreiter stützte sein Vorbringen auf einen Runderlass der BH Neunkirchen, gerichtet an die Gendarmerie, die Feuerwehr und die Verkehrsabteilung aus dem Jahr 1997, in dem die Befugnisse der Feuerwehren im Lichte der Bestimmungen der Straßenverkehrsordnung bei der Entfernung von Hindernissen dargelegt wurden.

Runderlass: Abgrenzung der Befugnisse zu StVO

Die VA stellte fest, dass die BH Neunkirchen im durchgeföhrten Verwaltungsstrafverfahren keine ausreichenden Erhebungen traf, sondern die bloße Aussagen des Bezirksfeuerwehrkommandanten, es hätte sich um einen im Sinne der Straßenverkehrsordnung dringend notwendigen Einsatz der Feuerwehr gehandelt, zum Anlass für die Einstellung des Verfahrens nahm.

BH Neunkirchen: unzureichende verwaltungsstrafrechtliche Erhebungen

Sowohl der Beschwerdeführer als auch die BH Neunkirchen sowie der LH von Niederösterreich wurden von der **Berechtigung** der **Beschwerde** in Kenntnis gesetzt (VA BD/57-WA/03).

14.2.14 Veranstaltungen in Gastgewerbebetrieben

Zahlreiche Probleme entstehen für Nachbarn von Gastgewerbebetrieben durch Musik-Veranstaltungen, die zusätzlich zum schon störenden Lokallärm für Beeinträchtigungen bis in die frühen Morgenstunden ursächlich sind. Hier entsteht bei der VA mitunter der Eindruck, dass die nebeneinander bestehenden Vorschriften des Betriebsanlagenrechtes und des Veranstaltungsrechtes von den jeweils zur Vollziehung zuständigen Behörden zum Anlass genommen wird, im Vertrauen auf die andere Zuständigkeit die gesetzlich vorhandenen "eigenen" Maßnahmen zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes nicht auszuschöpfen. Auf der Strecke bleiben hier die lärmgeplagten Anrainer, die sich nach langen Irrläufen Hilfe suchend an die VA wenden.

Gewerbebehörde und Veranstaltungsbehörde "vertrauen" auf jeweils andere Zuständigkeit

In diesen Fällen ist die VA bemüht, eine Klärung im Lichte der unterschiedlichen Zuständigkeiten von Gewerbebehörde und Veranstaltungsbehörde herbeizuführen und die Wahrnehmung der jeweils zuständigen Aufgaben zu gewährleisten.

Beispielhaft sei hier jener Beschwerdefall einer Familie aus dem Sprengel der BH Graz-Umgebung angeführt, die als Nachbarin eines Gastgewerbebetriebes noch größeren Lärmbelastungen ausgesetzt war, wenn der Wirt zusätzlich zu seinen betriebsanlagenrechtlich genehmigten Flächen einen vorhandenen Mehrzwecksaal für die Abhaltung von Veranstaltungen nutzte. In Ermangelung entsprechender Vorkehrungen von der Gewerbebehörde und von der Veranstaltungsbehörde waren die Beeinträchtigungen dann noch dazu weit über die sonst üblichen Sperrstunden gegeben. Im Prüfungsverfahren konnte eine Verbesserung dadurch erreicht werden, dass der Betreiber auch hinsichtlich dieser Mehrzweckhalle um eine betriebsanlagenrechtliche Genehmigung ansuchte. (VA BD/270-WA/03).

**BH Graz-Umgebung:
Veranstaltungen eines
Gastwirtes in Mehr-
zweckhalle**

14.2.15 Ausnahmekatalog im § 2 GewO

Einzelne Beschwerdeführer wenden sich an die VA nachdem sie von der Gewerbebehörde davon in Kenntnis gesetzt wurden, dass die beschwerdeursächliche betriebliche Tätigkeit unter die im § 2 GewO aufgezählte Ausnahmen fällt. Die Gewerbebehörde könnte daher mangels Anwendbarkeit gewerberechtlicher Bestimmungen keine Veranlassungen treffen.

Hervorgehoben sei hier die Beschwerde einer Hotelbetreiberin im Sprengel der BH St. Johann/Pg., die von Lärm durch Holzverladetätigkeiten zwischen 4.30 Uhr und 20.00 Uhr auf einem unmit-

**Holzverladearbeiten von
Sägewerk für Bahn-
transport**

VA Mag. Ewald Stadler**BMWA**

telbar benachbarten Bahnhof eines bis dahin nicht störenden Sägewerkes betroffen war, nachdem das Unternehmen seinen gesamten Gütertransport auf die Schiene verlegt hatte. Die Verladezone im Bereich des Bahnhofes sei dafür von der ÖBB zur Containerverladung neu gestaltet und technisch ausgerüstet worden.

Die BH St. Johann/Pg berief sich unter Bezugnahme auf die von der Fachabteilung des Amtes der Salzburger Landesregierung vertretene Rechtsauffassung auf den Ausnahmetatbestand des § 2 Abs. 1 Z 15 GewO 1994, mit dem der *Betrieb von Eisenbahnunternehmen und von deren Hilfseinrichtungen sowie deren Hilfstätigkeiten* von der Gewerbeordnung ausgenommen sind. Im Lichte des Beschwerdevorbringens war diese Rechtsauffassung für die VA allerdings nicht nachvollziehbar. Aus diesem Grund befasste die VA den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit als oberste Gewerbebehörde mit dem Ersuchen um Information über die von ihm in Aussicht genommen aufsichtsbehördlichen Verlassungen. Das Prüfungsverfahren ist zum Berichtszeitpunkt noch anhängig. (VA BD/230-WA/03)

VA hält Rechtsauffassung der BH St. Johann/Pg für klärungsbedürftig

14.2.16 Verfahrensverzögerungen

14.2.16.1 Sanierungsauftrag erst auf Grund eines Gutachtens des Amtssachverständigen

Die zuletzt von der VA kritisierten Verzögerungen durch Amtssachverständige bewirken im Ergebnis auch Verzögerungen für den Nachbarschaftsschutz. So verfügte die BH Bregenz erst nach Vorliegen eines seit Monaten erwarteten gewerbetechnischen Gutachtens über die notwendigen Voraussetzungen für die weitere Vorgangsweise. Erst dann konnte dem beschwerdeursächlichen Unternehmer mit Bescheid ein Auftrag zur Vorlage eines Sanierungskonzeptes erteilt werden (VA BD/66-WA/02).

BH Bregenz muss monatelang auf notwendiges Gutachten warten

14.2.16.2 Verzögerung bei der Erteilung einer Gewerbeberechtigung

N.N. wandte sich mit einer Beschwerde über Verfahrensverzögerung an die VA und brachte vor, dass er zur Erlangung eines Gewerbescheins erstmals im August 2000 an die BH Feldkirch herangetreten war und ihm erst im Juli 2001 ein Gewerbeschein mit Wirkung vom 12.6.2001 ausgestellt worden sei. Nach Mitteilung des Einschreiters habe es der auf Grund der Verzögerung eingetretene finanzielle Engpass in weiterer Folge notwendig gemacht, dass er das Gewerbe im August 2001 ruhend meldete und im Oktober 2002 die Löschung der Gewerbeberechtigung beantragen musste. Durch die Verzögerungen auf Seiten der Behörde seien ihm jene Aufträge entgangen, mit denen er zum Zeitpunkt seiner beabsichtigten selbstständigen Tätigkeit rechnen konnte.

BMWA**VA Mag. Ewald Stadler**

Zum Zeitpunkt der Beschwerdeführung bei der VA war der Einschreiter Sozialhilfeempfänger. Die Prüfung der VA ergab, dass sein – wenn auch inhaltlich entbehrliches – Ansuchen um Nachsicht für ein Handelsgewerbe vom August 2000 mehrere Monate nicht bearbeitet worden war.

Die BH Feldkirch teilte der VA mit, dass die Bearbeitungszeit zum Zeitpunkt der ersten Kontaktnahme des Einschreiters ca. 6 Monate und länger betragen habe. Der Sachbearbeiter habe allerdings innerhalb dieser Zeit mehrmals versucht, den Einschreiter telefonisch zu kontaktieren um ihm mitzuteilen, dass er jederzeit eine Gewerbeanmeldung einbringen könne. Offensichtlich sei aber übersehen worden, dass der Einschreiter nach Einbringen seines Ansuchens den Wohnsitz gewechselt hatte und deshalb unter der angegebenen Telefonnummer nicht mehr erreichbar gewesen war. Es wäre daher besser gewesen, den Antragsteller sofort und nicht erst nach 6 Monaten schriftlich zu informieren (VA BD/50-WA/03).

BH Feldkirch reagiert auf Ansuchen monatelang nicht

Wie schon im VA Bericht 2002, Seite 187, wird aus diesem gegebenen Anlass neuerlich besonders hervorgehoben, dass jede Verzögerung in einem Verfahren betreffend die Erlangung eines Gewerbescheines unmittelbare Auswirkungen auf die wirtschaftliche Situation des Antragstellers haben muss, da damit ja die Absicht des Antragstellers verbunden ist, einer bezahlten Beschäftigung gesetzeskonform nachzugehen.

14.2.16.3 Personalsituation beim Amt der Steiermärkischen Landesregierung bedingt Verfahrensverzögerung

Aus Anlass einer Nachbarbeschwerde über jahrelange Beeinträchtigungen durch ein benachbartes Sägewerk war von der VA auch den Gründen für eine vom Amt der Steiermärkischen Landesregierung seit Dezember 2001 unerledigte Berufung eines Betriebsanlageverfahrens nachzugehen. Der Unternehmer hatte die Aufhebung einer Auflage gemäß § 79c GewO 1994 beantragt, deren Einhaltung wiederum für den Nachbarn von großer Bedeutung gewesen wäre.

Das Amt der Steiermärkischen Landesregierung teilte der VA nach zweijähriger Verfahrensdauer mit, dass es aufgrund des *Verwaltungsreformgesetzes und der Gewerbeordnungsnovelle 2002 Personaleinsparungen im Ausmaß von 5 Dienstposten hinnehmen hätte müssen. Für die Erledigung der Berufung betreffend vor dem Inkrafttreten des Verwaltungsreformgesetzes anhängig gewordenen Betriebsanlageverfahren steht lediglich einen Tag pro Woche ein Referent zur Verfügung.*

1 Referent an 1 Tag pro Woche für Berufungsangelegenheiten

VA Mag. Ewald Stadler**BMWA**

Das Prüfungsverfahren ist zum Berichtszeitpunkt noch anhängig; die VA konnte in diesem Beschwerdefall allerdings die BH Voitsberg von der irrgewissen Rechtsauffassung abbringen, mit Rücksicht auf das anhängige Berufungsverfahren keinerlei Maßnahmen zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes ergreifen zu können (VA BD/160-WA/03).

**Irrige Rechtsauffassung
der BH Voitsberg**

14.2.16.4 Verfahrensverzögerung beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit

Der im Betriebsanlagenrecht der Gewerbeordnung 1973 noch ganz allgemein vorgesehene dreigliedrige Instanzenzug bis zum Bundesminister (damals noch) für Handel, Gewerbe und Industrie wurde mit der Gewerberechtsnovelle 1992 stark zurückgenommen und auf jene Verfahren beschränkt, in denen Genehmigungen (von Änderungen) von einer Instanz nicht und von der anderen hingegen erteilt wurden. Mit Inkrafttreten der geltenden Bestimmung des § 359a GewO 1994 idF des Verwaltungsreformgesetzes 2001 am 1.8.2002 gilt die bisherige Rechtslage nur mehr für die zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossenen Verfahren.

**Gesetzesänderung
bewirkt Rückgang der
Berufungen**

Es ist daher davon auszugehen, dass das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit mit nur wenigen Berufungsverfahren befasst ist. Ums so gravierender erscheinen die beiden im Berichtszeitraum zu Tage getretenen langen Verfahren.

**Einhaltung eines Gut-
achtens verzögert
Erledigung**

In einem Fall wandte sich ein Nachbar nach mehr als einjähriger Verfahrensdauer beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit an die VA. Zwei Monate nach Einleitung des Prüfungsverfahrens erging der erwartete Berufungsbescheid. Als eine der Hauptursachen für die lange Dauer wurde die Beibringung eines gewerbetechnischen Gutachtens festgestellt. Der Bundesminister wurde von der **Berechtigung** der **Beschwerde** in Kenntnis gesetzt. (VA BD/8-WA/03)

**Über 8-jährige Verfah-
rensdauer**

Von einem über 8 Jahre dauernden Berufungsverfahren im Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (betreffend die Erteilung zusätzlicher Auflagen) erlangte die VA durch die Eingabe einer Abgeordneten zum Nationalrat Kenntnis. Die VA erhob beim Ressortchef die Gründe für diese Verzögerung und stellte fest, dass der Akt nach dessen Einlangen zunächst mehr als 2 Jahre und nach einigen *Nachforschungen in der Sache* wiederum für längere Zeit unbearbeitet blieb bis er schließlich – nachdem der bisherige Sachbearbeiter die Organisationseinheit verlassen – einem neuen Referenten zugeteilt wurde, der dann *auf Grund der Arbeitsüberlastung* ca. eineinhalb Jahre später den Berufungsbescheid erließ.

**Weitere Erhebungen bei
BH Vöcklabruck**

Die VA nahm mit dem Berufungswerber zur Klärung seiner aktuellen Betroffenheit als Nachbar Kontakt auf und erlangte auf diesem Wege davon Kenntnis, dass auf Grund einer Änderung der

örtlichen Gegebenheiten das Verfahren zur Erteilung zusätzlicher Auflagen keine Aktualität mehr gehabt habe. Sein Vorbringen in Richtung konsenslos erweiterter Betrieb wurde allerdings zum Anlass für weitere Erhebungen bei der BH Vöcklabruck genommen (VA BD/122-WA/03).

14.2.16.5 Versuchsbetriebsgenehmigung im laufenden Betriebsanlageverfahren

Die VA berichtete zuletzt von den Beschwerden der Nachbarn einer Lederfabrik im Sprengel der BH Jennersdorf (VA-Bericht 2002, S. 189f) und wiederholte aus gegebenem Anlass die schon im VA-Bericht 1996, S. 163, vertretene Auffassung, dass die gesetzliche Möglichkeit einer Versuchsbetriebsgenehmigung gemäß § 354 GewO 1994 keinem "Freibrief" für Verzögerungen des Betriebsanlageverfahrens gleichkommt.

**Lederfabrik im Sprengel
der BH Jennersdorf**

Nach mehrmaliger Verlängerung dieser Genehmigung wurde das Betriebsanlageverfahren in der Zwischenzeit abgeschlossen. Ein Rechtsmittelverfahren ist auf Grund einer Berufung einer Nachbarin anhängig, die allerdings im volksanwaltschaftlichen Prüfungsverfahren nicht als Beschwerdeführerin auftrat (VA BD/204-WA/02 und 232-WA/02).

Zur Versuchsbetriebsgenehmigung siehe auch die Ausführungen im Grundrechtsteil, Pkt. 15.3.2.2.1, S. 286.

14.2.16.6 Maßnahmen zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes

Nachbarn von Betriebsanlagen schildern der VA sehr oft ihren Eindruck, die Gewerbebehörde würde lediglich für das Unternehmen tätig werden und die Bedürfnisse der Anrainer nicht oder nicht ausreichend berücksichtigen. Gerade in diesen Fällen zeigt sich regelmäßig, dass die VA mit einer eingehenden Aufklärung des Nachbarn über die wesentlichen Bestimmungen des Betriebsanlagenrechtes einen dringend notwendigen Beitrag in dieser emotional zumeist sehr aufgebrachten Situation leisten kann.

Eine immer auf den konkreten Einzelfall abzustellende Information über seine Rechte aber auch über die Pflichten der Gewerbebehörde und deren jeweilige Grenzen im Gesetz versetzt die Beschwerdeführer häufig erstmals in die Lage, ihre Interessen gegenüber der Gewerbebehörde im Wissen um deren Pflichten aber auch um die Grenzen der gewerbebehördlichen Zuständigkeit gezielt zu verfolgen.

**Wichtig ist Information
über Rechte und Pflich-
ten**

Es soll an dieser Stelle nicht verschwiegen werden, dass die Erwartungshaltung der Nachbarn mitunter (weit) über die rechtlichen Möglichkeiten bzw. Pflichten der Gewerbebehörde hinausgehen. Siehe dazu auch das Kapitel Vollziehung Pkt. 14.2.7, S. 245).

VA Mag. Ewald Stadler**BMWA**

Die VA hat aber auch immer wieder festzustellen, dass die Gewerbebehörden Nachbarbeschwerden vor Einschaltung der VA nicht (ausreichend) ernst nimmt bzw. ihre rechtlichen Möglichkeiten zur Ahndung von gewerberechtlichen Verstößen nicht immer (ausreichend rasch) ausschöpfen. Mitunter sieht sich zuständige Gewerbebehörde erst nach mehrmaligen und eindringlichen Hinweisen der VA auf die Rechtslage zu Problemlösungen für den Nachbarn veranlasst.

In diesem Zusammenhang ist eine Nachbarschaftsbeschwerde über einen Tischlereibetrieb anzuführen. Der Einschreiter fühlte sich seit Jahren unter anderem vom Betrieb der vorhandenen Silo- und Staubfilteranlage beeinträchtigt. Die Erhebungen der BH Weiz ergaben, dass diese Anlagenteile zwar *nach wie vor nicht dem Stand der Technik entsprechen, eine Gefahr im Verzug aber nicht erkennbar sei*. Unklar blieb, ob oder in welchem Umfang der Betreiber von einer seit Jahren bestehenden Genehmigung für die Änderung dieses Anlagenteiles zwar Gebrauch gemacht, aber die zum Nachbarschaftsschutz erteilten Auflagen nicht (vollständig) erfüllt hatte. Im Zuge des nachhaltigen Einschreitens der VA erreichte die BH Weiz schließlich die Erneuerung der Absaug- und Filteranlage durch den Unternehmer (VA BD/209-WA/02).

Faktum ist, dass weder die Gewerbebehörden noch die VA den Beschwerdegrund eines beeinträchtigten Nachbarn mit dem Hinweis auf durchgeführte Verwaltungsstrafverfahren beheben kann, solange dessen Beeinträchtigungssituation andauert. Hier ist häufig die Objektivierung der Situation mit Hilfe von Sachverständigen unumgänglich (siehe dazu auch das Kapitel Verfahrensverzögerungen, Pkt. 14.2.16, S. 253). Schwierigkeiten ergeben sich hier immer wieder, wenn solche Erhebungen bei atypische Verhältnisse d.h. zu Zeiten stattfinden, in denen die vom Nachbarn üblicher Weise erlebten Beeinträchtigungen nicht oder wesentlich geringer auftreten.

Eine im Gesetz nicht begründete Zurückhaltung üben die Gewerbebehörden in Verkennung der Rechtslage aber auch bei der Einleitung von Verfahren zur Entziehung der Gewerbeberechtigung. Beispielhaft sei hier die Beschwerde eines Anrainers einer Lagerplatzes angeführt. Obwohl der zuständige Magistrat der Stadt Linz als Gewerbebehörde über den Betreiber bereits zahlreiche Verwaltungsstrafen wegen jahrelanger konsensloser Lagerungen verhängt hatte, vermisste die VA jegliche Informationen, ob diese mit Rücksicht auf eine allfällige fehlende Zuverlässigkeit des Betreibers nicht schon längst die Voraussetzungen für die Einleitung eines Verfahrens zur Entziehung der Gewerbeberechtigung geklärt hatte (VA BD/97-WA/03).

**Tischlerei im Sprengel
der BH Weiz**

**Mag. Linz unterlässt
Klärung der Vorausset-
zungen für Gewerbeent-
ziehung**

14.2.16.7 BIG verweigert Auskunftserteilung an Volksanwaltschaft

Der Gesetzgeber hat mit dem BIG-Gesetz (BGBl. Nr. 419/1992) bereits in den 90er Jahren die Errichtung einer Bundesimmobilien gesellschaft mbH zur Verfügung über bundeseigene Liegenschaften einschließlich Mietwohngebäuden beschlossen.

In den Jahren 1995 – 2003 wurden an die VA insgesamt 15 Beschwerden herangetragen, in denen ein Bezug zur BIG bestanden hat. In 9 Fällen wurde Kontakt mit der BIG zur Klärung der vorgebrachten Beschwerden bzw. Sachverhalte aufgenommen. Selbstverständlich war sich die VA in diesen Fällen der Tatsache bewusst, dass es sich bei der BIG um einen ausgegliederten Rechtsträger handelt, der nicht mehr ihrer unmittelbaren Kontrolle unterliegt. Wie allerdings auch bei den Energieversorgungsunternehmen, die die VA im Bemühen um Klärung für die Einschreiter seit vielen Jahren unterstützen, war die VA auch in diesen Fällen bestrebt, den Betroffenen Hilfestellungen anzubieten und nahm daher mit der BIG direkten Kontakt auf.

9 Anfragen in 9 Jahren waren für BIG zu viel

Bis zum Berichtsjahr trug die BIG diesem Bestreben der VA Rechnung und beantwortete in den (wenigen) Beschwerdefällen die Anfragen. Als in einem Fall, der eine Wohnhausanlage in Linz betraf, eine weitere Rückfrage an die BIG notwendig war (VA BD/183-WA/01) äußerte sich die BIG folgendermaßen:

EVU's unterstützen die Arbeit der VA seit vielen Jahren

"Zu Ihrem Ersuchen um ergänzende Stellungnahme teilen wir Ihnen mit, dass der Grund, warum wir eine solche nicht abgeben haben, darin liegt, dass wir die Rechtsansicht des Verfassungsgerichtshofes, wonach der VA keine Kompetenz zur Überprüfung ausgegliederter Gesellschaften des Bundes zukommt, teilen [...]."

In zwei anderen Beschwerdefällen (VA BD/44-WA/03, 103-WA/03) bekräftigte die BIG diesen Standpunkt und zeigte sich zu einer Stellungnahme nicht mehr bereit.

Die VA hält es für bedauerlich, dass die BIG - im Gegensatz zu anderen ausgegliederten Rechtsträgern - zu keiner Kooperation bereit ist. Die Bestrebung der VA, Betroffenen Aufklärung und Hilfestellung anzubieten, scheitert am Standpunkt der BIG. Die ablehnende Haltung stellt für die VA einen ideal-typischen Anlassfall dar, weiterhin auf eine Verfassungsänderung dahingehend hinzuwirken, dass auch ausgegliederte Rechtsträger der volksanwaltschaftlichen Kontrolle unterliegen.

Forderung der VA bleibt aufrecht:

Prüfung ausgegliederter Rechtsträger gehört in der Verfassung verankert

Grundrechtsteil

15 Grundrechtsteil

- 15.1 Grundlegende rechtsstaatliche Anforderungen der Bundesverfassung (Art. 18 und 129 ff B-VG)

15.1.1 Kostenersatzpflicht im verwaltungsgerichtlichen Verfahren trotz Bewilligung der Verfahrenshilfe (VA BD/4-BKA/03)

Nach der durch die §§ 47ff VwGG iVm der Verordnung BGBI. II Nr. 501/2001 geschaffenen Rechtslage haben rechtsschutzsuchende Menschen trotz Bewilligung der Verfahrenshilfe durch den VwGH dem Rechtsträger der im Verfahren obsiegenden Behörde regelmäßige Aufwendungen in Höhe von € 332,-- bzw. – im Fall der Durchführung einer Verhandlung vor dem VwGH – sogar in Höhe von € 710,-- zu ersetzen. Dies führt im Hinblick darauf, dass nicht wenige Menschen mit dem zuletzt genannten Betrag ihren Lebensunterhalt für ein ganzes Monat bestreiten müssen, dazu, dass finanziell schlechter gestellte Bevölkerungsschichten auf die Durchsetzung ihrer Rechte vor dem VwGH oft deshalb verzichten, weil sie das auch bei Bewilligung der Verfahrenshilfe von ihnen zu tragende Kostenrisiko aus existenziellen Gründen nicht eingehen können.

Der VfGH geht davon aus, dass rechtsstaatlichen Prinzip zu Grunde liegt, "dass alle Akte staatlicher Organe im Gesetz und mittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sind, und dass für die Sicherung dieses Postulates wirksame Rechtsschutzeinrichtungen bestehen." Die Rechtsordnung muss daher ausreichenden effizienten Rechtsschutz gewähren (VfSlg 14.702/1996). Die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts können ihre Rechtsschutzfunktion allerdings nur dann umfassend erfüllen, wenn der Zugang zu VwGH und VfGH so gestaltet ist, dass auch finanziell schlecht situierten Parteien in die Lage versetzt werden, die mangelnde Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit erlassener Bescheide zum Gegenstand von Beschwerden machen zu können.

Angesichts der Ausführungen des VfGH zum Wesen des Rechtsstaatsprinzips ist es nicht zu rechtfertigen, dass verfassungsrechtlich unabdingbar geforderte Rechtsschutzeinrichtungen, die nach der mit VfSlg 11.196/1986 begründeten Rechtsprechung "ein bestimmtes Mindestmaß an faktischer Effizienz für den Rechtsschutzwerber aufweisen müssen", de facto nur von über ein bestimmtes Einkommen oder Vermögen verfügenden Menschen in Anspruch genommen werden können.

Die VA ist der Auffassung, dass Parteien gerade wegen der Auferlegung eines Aufwandsatzes im Falle einer Abweisung ihrer vom VwGH bei Bewilligung der Verfahrenshilfe

Grundrechtsteil

nicht von vornherein als aussichtslos erachteten Beschwerde derzeit finanziell in einem nicht zu vertretenden Ausmaß belastet werden. Die Frage, ob man sich den Rechtsschutz vor dem VwGH überhaupt leisten kann, stellt sich damit gerade für Menschen, die nach Offenlegung ihrer persönlichen und familiären Verhältnisse kostenloser anwaltlicher Vertretung bedürfen und selbst dann nicht besser als der VwGH abschätzen können, ob sie mit ihrem Begehrungen durchdringen werden. Faktisch wird die - in manchen Fällen gerade im Interesse eines fairen Verfahrens verfassungsrechtlich gebotene - Möglichkeit der Durchführung einer Verhandlung vor dem VwGH trotz Verfahrenshilfe zur Kostenfalle.

Nach Berechnungen der Statistik Austria (7.792-42/03) verdienten in Österreich im Jahr 2001 7% aller Vollzeitbeschäftigte oder 234.000 Personen ein Brutto-Einkommen von weniger als 1.000 Euro im Monat. Wenn die durch Teilzeiterwerbstätigkeit erzielten Einkommen auf Vollzeit umgerechnet werden, erhalten 15% weniger als 1.000 Euro. Da die durchschnittliche Alterspension im Dezember 2003 € 929,-- betrug bzw. sich die Leistungen aus den Versicherungsfällen der geminderten Arbeitsfähigkeit mtl. auf € 771 beliefen (Quelle: Hauptverband, März 2004) kann die Vorschreibung eines Aufwandsersatzes von € 710,-- nicht mehr als unbedeutlich angesehen werden; entspricht doch dieser Betrag einem weiteren Monatseinkommen.

Unter Hinweis darauf, dass im verfassungsgerichtlichen Verfahren nach der einschlägigen Rechtsprechung des VfGH eine Verfahrenshilfe genießende Partei selbst im Falle der Ablehnung oder Abweisung ihrer Beschwerde nicht zum Aufwandsersatz gegenüber der Behörde verhalten werden kann, hat die VA beim Bundeskanzler angeregt, § 61 VwGG dergestalt zu ergänzen, dass die Bewilligung der Verfahrenshilfe auch das Recht auf Ersatz der der belangten Behörde für den Fall des Obsiegens zustehenden Ansprüche einschließt. Alternativ dazu wurde angeregt, § 48 Abs.2 VwGG dergestalt abzuändern, dass die der Behörde darin gewährten Ansprüche für den Fall der Bewilligung der Verfahrenshilfe nicht zuerkannt werden. Im verfassungsgerichtlichen Verfahren tritt das gegenständliche Problem nicht auf, weil dort eine Verfahrenshilfe genießende Partei selbst im Falle der Ablehnung oder Abweisung ihrer Beschwerde nicht dazu verhalten werden kann, der Behörde den ihr im Zuge dieses Verfahrens entstandenen Aufwand auch nur teilweise zu ersetzen (vgl. dazu beispielhaft VfSlg. 15.044/1997, wo der VfGH expressis verbis aussprach, dass "ein Kostenzuspruch an die belangte Behörde im VfGG nicht vorgesehen [ist]"). Weshalb mittellosen Bürgerinnen und Bürgern die Möglichkeit

Grundrechtsteil

gegeben sein soll, ohne Kostenrisiko eine Beschwerde zwar vor dem VfGH, nicht jedoch vor dem VwGH einzubringen, ist der VA weder unter rechtsstaatlichen noch unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten einsichtig.

Der Bundeskanzler hat sich aber gegen diese Anregung der VA mit der Begründung, sie würde "den Bemühungen um mehr Kostenwahrheit und mehr Kostenbewusstsein zuwider laufen" ausgesprochen. Da es jedoch der VwGH selbst ist, der über eingebrachte Verfahrenshilfeanträge zu befinden hat und seine willkürliche Inanspruchnahme schon auf dem Boden der geltenden Rechtslage verhindern kann, indem aussichtslosen Begehren die Bewilligung der Verfahrenshilfe versagt wird, vermag diese - rein fiskalische - Argumentation die auf verfassungsrechtlichen Erwägungen beruhenden Bedenken der VA nicht zu entkräften. Aus § 61 VwGG iVm § 63 ZPO ergibt sich zweifelsfrei, dass Verfahrenshilfe unter anderem nur dann bewilligt werden darf, wenn "die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint." Die Möglichkeit Kosten eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens selbst zu tragen, steht demnach in keiner Relation zur Begründetheit einer erhobenen Beschwerde. Der EGMR hat in seinem Urteil im Fall Kreuz (abgedruckt in ÖJZ 2002, 693) ausdrücklich festgehalten, dass hohe Gerichtsgebühren zu einer Verletzung des Art. 6 EMRK führen, weil dadurch das von dieser Konventionsbestimmung umfasste Recht auf Zugang zu einem Gericht unverhältnismäßig eingeschränkt wird. Diese Rechtsprechung ist auch hinsichtlich der hier in Rede stehenden Verpflichtung zum Aufwandsersatz anwendbar, zumal es letztlich keinen Unterschied macht, ob der Zugang zu einem Gericht für vermögenslose Menschen durch hohe Gerichtsgebühren oder durch hohe Aufwandsersatzverpflichtungen eingeschränkt wird. Die VA hält daher an ihrer legistischen Anregung fest.

15.1.2 Erteilung einer falschen Rechtsmittelbelehrung (VA BD/321-V/03)

In einem Bescheid der Bundespolizeidirektion Wr. Neustadt vom 23. September 2003 wurde die Rechtsmittelbelehrung "Gegen diese Entscheidung ist gem. § 54c VStG kein ordentliches Rechtsmittel zulässig" aufgenommen, obwohl § 54c VStG bereits mit Ablauf des 31. Dezember 2001 außer Kraft getreten ist. Darüber hinaus hat der VfGH bereits in VfSlg. 14.957/1997 ausdrücklich festgestellt, dass § 54c VStG verfassungskonform dahin zu verstehen ist, dass dadurch lediglich ein administrativer Instanzenzug, nicht aber die Anrufung des unabhängigen Verwaltungssenates gegen Entscheidungen über Anträge auf Zahlungserleichterungen ausgeschlossen wird.

Grundrechtsteil

Vorauszuschicken ist, dass § 54c VStG gem. Artikel 4 Z 18 der Verwaltungsverfahrensnovelle 2001, BGBl I Nr.137/2001, bereits mit Ablauf des 31. Dezember 2001 außer Kraft getreten ist. Die vorstehend wiedergegebene Rechtsmittelbelehrung wäre freilich auch auf dem Boden der vor der Verwaltungsverfahrensnovelle 2001 bestehenden Rechtslage verfehlt: Der VfGH hat nämlich bereits in seinem Erkenntnis vom 6. Oktober 1997, VfSlg 14.957/1997, ausdrücklich festgestellt, dass § 54c VStG 1991 verfassungskonform in Übereinstimmung mit Artikel 129a Abs.1 Z 1 B-VG dahin zu verstehen ist, dass dadurch lediglich ein administrativer Instanzenzug, nicht aber die Anrufung des UVS gegen Entscheidungen über Anträge auf Zahlungserleichterungen ausgeschlossen wird. Für die VA stellt es einen **Missstand der Verwaltung** dar, wenn eine Behörde eine unzutreffende Rechtsmittelbelehrung erteilt, weil diese für den solcherart irregeführten Bürger zu Rechtsnachteilen führen kann (zB Zurückweisung einer Beschwerde wegen Unzuständigkeit, Fristversäumung hinsichtlich der Beschwerdeeinbringung bei der zuständigen Behörde), wodurch die verfassungsrechtlich gebotene faktische Effizienz des Rechtsschutzes beeinträchtigt wird. Dies gilt umso mehr, wenn sich die Behörde auf eine nach einem bereits vor mehr als sechs Jahren ergangenen Erkenntnis des VfGH auf den gegenständlichen Sachverhalt gar nicht anwendbare Gesetzesbestimmung stützt.

Auf Grund der Intervention der VA wurde das überholte Vorlagedokument aus dem entsprechenden internen Ordner entfernt, sodass gleichartige Fehler sich in Zukunft nicht mehr wiederholen können.

15.1.3 Voraussetzungen der Beschwerdelegitimation an die VA (VA BD/57-V/03)

Der Polizeidirektor einer Bundespolizeidirektion stellte die Legitimation der Bf. zur Beschwerdeführung bei der VA mit folgenden Ausführungen in Frage: "Dadurch, dass es die Beschuldigte, die hier zweifellos zur Mitwirkung ("Rettungspflicht" gemäß § 1304 ABGB) verpflichtet ist, verabsäumt hat, innerhalb offener Frist ein Rechtsmittel einzubringen, trifft sie das Verschulden an der Fristversäumnis, die durch eine Beschwerde an die VA weder ersetzt noch umgangen werden kann."

Gemäß Artikel 148a Abs.1 B-VG kann sich jedermann bei der VA wegen behaupteter Missstände in der Verwaltung beschweren, sofern er von diesen Missständen betroffen ist und soweit ihm ein Rechtsmittel nicht oder **nicht mehr** zur Verfügung steht. Eine Beschwerde an die VA ist somit auch dann zulässig, wenn der Betroffene ein an sich zur

Grundrechtsteil

Verfügung stehendes Rechtsmittel nicht mehr ergreifen kann, wobei der Grund für diese Unmöglichkeit ebenso irrelevant ist wie ein allfälliges Verschulden des Betroffenen (vgl. zB *Mayer*, B-VG³ [2002] Artikel 148a I.3). Auch eine Person, die die Frist für einen Rechtsbehelf absichtlich verstreichen hat lassen, kann daher Beschwerde an die VA erheben (so ausdrücklich *Thienel*, Art 148a B-VG, in *Rill/Schäffer [Hrsg]*, BVR Komm [2. Lfg. 2002] Rz 9 mit zahlreichen Literaturhinweisen auf die einhellige Lehre). Der Verweis auf die in § 1304 ABGB vorgesehene "Rettungspflicht" verkennt, dass diese einfachgesetzliche Rechtsnorm im gegebenen Zusammenhang nicht anwendbar ist, weil die Voraussetzungen der Beschwerdelegitimation an die VA abschließend in der Verfassungsbestimmung des Art. 148a B-VG festgelegt sind.

Zur inhaltlichen Berechtigung der den Entzug der Lenkberechtigung zum Gegenstand habenden Beschwerde siehe die Ausführungen unter 5.1.2.6.

- 15.2 Recht auf angemessene Verfahrensdauer (Art 6 EMRK; Rechtsstaatsprinzip; Art. 41 EU-Charta; Kodex für eine gute Verwaltungsführung)

15.2.1 Allgemeiner Teil

Ein Großteil der von der VA als berechtigt beurteilten Beschwerden betreffen Verfahrensverzögerungen. Es sei an dieser Stelle festgehalten, dass dies kein ausschließliches Problem des Justizbereiches und der Bundesverwaltung darstellt, sondern gleichermaßen auch für die Landes- und Gemeindeverwaltung zutrifft.

Die VA vermeint, dass es weiterer Anstrengungen der Verwaltung bedarf, solche Fälle tw. gravierender Verfahrensverzögerungen hintan zu halten. Bisweilen gewinnt die VA den Eindruck, dass gerade in diesem Bereich sich die Verwaltungen der Grundrechtsproblematik nicht bewusst sind, und sich auf ein reaktives Verhalten nach Einlangen von Beschwerden über die Verfahrensdauer beschränken. Übersehen wird dabei überdies, dass die den Verfahrensparteien eingeräumten Rechtsbehelfe wie der Fristsetzungsantrag gem. § 91 GOG, der Devolutionsantrag gem. § 73 AVG und die Säumnisbeschwerde gem. Art. 132 B-VG nicht von der Verpflichtung einer effizienten Verfahrensführung zu befreien vermögen.

Grundrechtsteil

Im Justizbereich und jenen Verwaltungsbereichen in denen über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen ("civil rights"), sowie in Verwaltungsstrafverfahren, gelten die Verfahrensgarantien des **Art. 6 EMRK**, wonach "jedermann Anspruch darauf hat, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird". Dabei folgt die VA im Wesentlichen den selben Kriterien, die in langjähriger Spruchpraxis der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte entwickelt worden sind. Bei der Beurteilung einer "angemessenen Verfahrensdauer" sind demzufolge die Schwierigkeit des Falles bzw. Komplexität des Verfahrens, das Verhalten der Parteien, und die Verfahrensführung durch das Tribunal zu berücksichtigen.

Außerhalb des Anwendungsregimes des Art. 6 EMRK folgt die VA der **Judikatur des VfGH**. Danach erfüllt der verfassungsrechtliche Bescheidbegriff rechtsstaatliche Funktionen gegenüber der Verwaltung (vgl. VfSlg 11.590/1987). Vor diesem Hintergrund kann kein Zweifel daran bestehen, dass im Lichte der durch das Rechtsstaatsprinzip gebotenen faktischen Effizienz des Rechtsschutzes, welcher auf die rechtzeitige Wahrung und Gewährleistung einer faktischen Position abzielt (vgl. VfSlg 11.196/1986), die zulässige Dauer eines Berufungsverfahrens verfassungsrechtlich begrenzt ist. Wenn es aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht (einmal) angeht, den Rechtsschutzsuchenden generell einseitig mit allen Folgen einer potenziell rechtswidrigen behördlichen Entscheidung so lange zu belasten, bis sein Rechtsschutzgesuch endgültig erledigt ist (vgl. ebenfalls VfSlg 11.196/1986), kann es noch weniger angehen, die Erledigung des Rechtsschutzgesuches über Jahre hinweg fortlaufend zu verschleppen und somit den das rechtsstaatliche Prinzip prägenden Gedanken der Rechtssicherheit (vgl. dazu allgemein VfSlg 12.184/1989 und 12.871/1991) auf der Ebene des Gesetzesvollzuges gänzlich zu negieren. Der Rechtsstaat läuft leer, wenn eingebrachte Berufungen jahrlang unbearbeitet liegen bleiben.

Die VA vermeint aber darüber hinaus, dass - in Ergänzung zum Grundsatz der Verfahrensökonomie (§ 39 Abs.2 AVG) - auch die gegenüber der Verwaltung der Europäischen Union entwickelten Grundrechte gemäß der **Charta der Grundrechte der Europäischen Union** und des **Kodexes für gute Verwaltungspraxis** innerstaatlich berücksichtigt werden sollten. Die entsprechenden Bestimmungen lauten (auszugsweise):

Grundrechtsteil

Charta der Grundrechte der Europäischen Union v. 7.12.2000

Artikel 41 Recht auf gute Verwaltung

Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Angelegenheit von den Organen und Einrichtungen der Union unparteiisch, gerecht und innerhalb einer angemessenen Frist behandelt werden.

....

Kodex einer guten Verwaltungsführung für die Organe und Institutionen der Europäischen Union (angenommen mit Entschließung des Europäischen Parlaments v. 6.9.2001; A5-0245/2001)

Artikel 12:

Der Beamte hat dienstleistungsorientiert, korrekt, höflich und zugänglich im Umgang mit den Bürgern zu agieren. Bei der Beantwortung von Schreiben, telefonischen Anfragen und E-mails soll er bemüht sein, so hilfsbereit wie möglich zu sein und die Anfragen so vollständig und genau wie möglich zu beantworten.

Ist er für die betreffende Angelegenheit nicht zuständig, hat er den Bürger an den zuständigen Beamten verweisen. Tritt ein Fehler auf der die Rechte oder Interessen des Bürgers negativ berührt, hat er sich dafür zu entschuldigen, den Fehler auf zweckmäßigste Weise zu korrigieren und den Bürger über allfällige Berufungsmöglichkeiten zu informieren.

Artikel 14:

Für jedes an eine Behörde gerichtetes Schreiben bzw. ihr übermittelte Beschwerde ist innerhalb von zwei Wochen eine Empfangsbestätigung auszustellen, es sei denn, dass innerhalb dieser Frist eine inhaltliche Erledigung übermittelt werden.

Die Antwort oder die Empfangsbestätigung hat den Namen, die Telefonnummer und die Dienststelle des Beamten, der mit der Angelegenheit befasst ist, anzugeben.

....

Artikel 17:

Der Beamte hat sicherzustellen, dass die Erledigung von Anfragen oder Beschwerden ohne Verzögerung innerhalb einer angemessenen Frist erfolgt, längstens jedoch innerhalb von zwei Monaten nach Einlangen der Anfrage oder der Beschwerde....

Sofern eine Erledigung auf Grund der Komplexität der Angelegenheit nicht innerhalb der Frist (Abs.1) erfolgen können, ist der Verfasser der Eingabe davon so bald wie möglich zu verstündigen.....

Grundrechtsteil

15.2.2 Einzelfälle

15.2.2.1 Gerichtsverfahren (VA BD/759-J/02, BD/234-J/03, BD/367-J/03)

Der durch Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierte Anspruch "innerhalb einer angemessenen Frist" von einem unabhängigen Gericht gehört zu werden, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat, bildet bei allen Gerichten – ungeachtet in welcher Instanz diese zu entscheiden haben – regelmäßig Anlass zu Beschwerden bei der VA. Im Folgenden werden drei exemplarische Fälle geschildert:

N.N. führte als klagende Partei in einem Arbeitsgerichtsverfahren des Landesgerichtes Wiener Neustadt bei der VA im September 2002 wegen Verfahrensverzögerung dahingehend Beschwerde, dass nach Einbringung seiner Klage wegen Tantiemenansprüchen im September 1997 das Verfahren zwar in der Tagsatzung vom 9. Jänner 2001 geschlossen, das (mit 3. September 2001 datierte) Urteil aber erst am 27. September 2001 zugestellt worden sei. Nach Einbringung einer Berufung und der Entscheidung des Oberlandesgerichtes Wien vom 25. Jänner 2002 (Teilurteil und Beschluss auf teilweise Zurückverweisung der Rechtssache an das Erstgericht) sei bis zum Zeitpunkt der Einbringung der Beschwerde bei der VA (September 2002) immer noch kein Verhandlungstermin angesetzt. Inzwischen sei die beklagte Partei seinen Informationen nach konkursreif und werde kaum in der Lage sein, die eingeklagten Forderungen jemals zu begleichen.

Im Prüfungsverfahren der VA wurde festgestellt, dass nach Einbringung der Klage im September 1997 zunächst ein Zuständigkeitsstreit zwischen verschiedenen Gerichten stattfand, der damit endete, dass das Landesgericht Wiener Neustadt ab dem März 1998 für die Rechtssache zuständig war. Nach einer Verfahrensdauer von fast 3 Jahren wurde in der Tagsatzung vom 9. Jänner 2001 die Verhandlung geschlossen. In dieser Verfahrensphase erforderte allein die Bestellung eines Sachverständigen und die Übermittlung des Aktes an diesen einen Zeitraum von 4 Monaten, wobei auch die Gutachtenserstattung selbst einen für die Prozessparteien unzumutbaren Zeitraum von über 14 Monaten in Anspruch nahm.

Die Ausfertigung des Urteils vom Schluss der Verhandlung in der Tagsatzung vom 9. Jänner 2001 bis zur Abfertigung am 3. September 2001 nahm einen Zeitraum von fast 8 Monaten in Anspruch, wovon – wenn man die Dauer der Übertragung des Protokolls

Grundrechtsteil

von knapp einem Monat in Abzug bringt – ein Zeitraum von fast 7 Monaten bis zur Abfertigung des Urteils im alleinigen Verantwortungsbereich des zuständigen Richters liegt. Die in § 415 Zivilprozessordnung (ZPO) normierte Frist von 4 Wochen nach Schluss der Verhandlung wurde jedenfalls in nicht tolerierbarer Weise bei Weitem überschritten.

Im zweiten Rechtsgang (nach der Zustellung der Berufungsentscheidung des Oberlandesgerichtes Wien) kam es nach einer Stellungnahme des Sachverständigen zur weiteren Vorgangsweise zu einem neuerlichen Verfahrensstillstand von über 4 Monaten, bis endlich die Aufforderung an den Sachverständigen zu einem neuen Befundaufnahmetermin erging.

Im Gegenstand wurden aus Anlass des Prüfungsverfahrens der VA dienstaufsichtsbehördliche Maßnahmen gegenüber dem zuständigen Richter gesetzt und die Überwachung des seit dem Jahr 1997 – nunmehr im zweiten Rechtsgang – anhängigen Verfahrens im Wege der Dienstaufsicht eingeleitet. Ungeachtet dieser nunmehr getroffenen Maßnahmen zur Beschleunigung des Verfahrens war von der VA in der im Anlassfall gehäuft zu Tage getretenen Verletzung der Sorgfaltspflicht wegen der nicht zu rechtfertigenden Verzögerungen in einem Verfahren des Landesgerichtes Wiener Neustadt ein **Missstand** in der Justizverwaltung festzustellen (VA BD/759-J/02).

N.N. führte im Februar 2003 Beschwerde über die lange Dauer des seit dem 27. Februar 1992 beim Landesgericht Klagenfurt anhängigen Verfahrens, in welchem er klagende Partei war. Im gegenständlichen Fall der unvertretbar langen Dauer eines zum Zeitpunkt der Beschwerde bereits seit über 10 Jahren anhängigen Gerichtsverfahrens traten – wie dem von der VA erhobenen Sachverhalt entnommen werden musste – Verzögerungen in gehäufter Form auf. Auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass zwei Rechtsmittelverfahren stattgefunden haben – wovon eines den Zeitraum von 16 Monaten in Anspruch genommen hat – und dass verschiedene Sachverständigengutachten eingeholt werden mussten, wobei der während der langen Verfahrensdauer erfolgte Tod des (bereits zweiten) Buchsachverständigen es notwendig gemacht hat, zur Erörterung des Buchgutachtens einen weiteren Sachverständigen zu bestellen, liegt die Dauer des Verfahrens von der Einbringung der Klage bis zum Zeitpunkt der Beschwerde nach Meinung der VA zum überwiegenden Teil im Verschulden des in den ersten 10 Jahren des Verfahrens zuständigen Richters, der eine Unzahl von Verfahrensschritten erst nach jeweils monatelangen Verfahrensstillständen gesetzt hat und dem der Bundesminister für Justiz

Grundrechtsteil

in seiner Stellungnahme gegenüber der VA in der Endphase seiner beruflichen Tätigkeit – der Richter wurde mit Ablauf des 31. Jänner 2002 in den dauernden Ruhestand versetzt – auch Überforderung und Überlastung attestierte. Maßnahmen der Dienstaufsicht wurden gegenüber diesem Richter offenbar trotzdem nicht gesetzt.

Eine weitere Verzögerung trat dadurch ein, dass für eine der beklagten Parteien vom dafür zuständigen Bezirksgericht Feldkirchen ein Sachwalter bestellt werden musste, was zwar bereits am 12. Dezember 2001 geschah, wovon das Landesgericht Klagenfurt entgegen der ausdrücklichen gesetzlichen Verpflichtung des § 6a ZPO aber erst am 4. September 2002 – also fast 9 Monate nach der Sachwalterbestellung – in Kenntnis gesetzt wurde. Andererseits hat das Landesgericht Klagenfurt entsprechende Schritte, darüber eine Information einzuholen, unterlassen.

Erst nach Einleitung des Prüfungsverfahrens der VA wurden dienstaufsichtsbehördliche Maßnahmen in der Form gesetzt, als der zuständige Richter des Bezirksgerichts Feldkirchen über die bestehende Verständigungspflicht bei Sachwalterschaftsbestellungen belehrt wurde und der Präsident des Landesgerichtes Klagenfurt mit der nunmehr zuständigen Richterin einen Terminfahrplan festgelegt hat, der zu einer Beendigung des Verfahrens im ersten Quartal 2004 führen sollte. Auch der Bundesminister für Justiz hat der VA auf Grund der bemerkenswert langen Dauer des gegenständlichen Verfahrens die Überwachung von dessen Fortgang bzw. Abschluss zugesichert.

Ungeachtet dieser nunmehr getroffenen Maßnahmen war von der VA in der im Anlassfall zu Tage getretenen Verletzung der den zuständigen Organen der Justizverwaltung obliegenden Sorgfalt und Aufsichtspflicht in einem Verfahren des Landesgerichtes Klagenfurt und wegen der nicht zu rechtfertigenden mehrfachen Verzögerungen ein **Missstand** in der Justizverwaltung festzustellen (VA BD/234-J/03).

N.N. führte bei der VA im Juli 2003 Beschwerde über die Dauer eines seit dem September 1999 anhängigen Verfahrens des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz, in welchem sie klagende Partei war.

Nach Einholung einer Stellungnahme des Bundesministers für Justiz und nach Einsicht in eine Aufstellung über den Verfahrensverlauf hat die VA der Beschwerde Berechtigung zuerkannt. Allein in den ersten 8 Monaten nach Einbringung der Klage kam es zu

Grundrechtsteil

3 Richterwechseln, wobei in diesem Verfahrensabschnitt zwischen den einzelnen Tagsat- zungen Zeiträume von 6 Monaten und von 2 mal 7 Monaten feststellbar sind. Für die Be- stellung eines Sachverständigen benötigte das Gericht den Zeitraum von 2 Monaten und schrieb erst 3 Monate nach Einlangen des Sachverständigengutachtens die nächste Ver- handlung aus. Nach dieser Verhandlung erging der Auftrag zur Gutachtensergänzung an den Sachverständigen erst 4 Monate danach. Der Beschwerde über die Dauer dieses Gerichtsverfahrens wurde von der VA wegen der dargestellten großen Zeiträume zwi- schen den einzelnen Verfahrensschritten Berechtigung zuerkannt (VA BD/367-J/03).

Bei der Beurteilung aller drei geschilderten Fälle ging die VA davon aus, dass bei der Be- sorgung staatlicher Aufgaben, insbesondere auch im Justizbereich, eine besondere Sorgfalt geboten ist, weil hier Fehlleistungen mit schwer wiegenden Folgen für den Ein- zelnen verbunden sein können

Aus der Sicht der VA handelt es sich in den geschilderten Fällen um gravierende Verlet- zungen des durch Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten Anspruchs "innerhalb einer angemes- senen Frist" von einem unabhängigen Gericht gehört zu werden, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Ankla- ge zu entscheiden hat.

15.2.2.2 Anspruch auf Pflegegeld ist "civil right" (VA BD/1085-SV/03, BD/1045-SV/03)

Im Zuge des zu VA BD/1085-SV/03 durchgeführten Prüfverfahrens war festzustellen, dass über einen am 14.3.2003 bei der PVA eingebrachten Pflegegeldantrag des 92 Jahre (!) alten Herrn Hans B. - nach Erstellung eines ärztlichen Gutachtens am 16.9.2003 - erst mit Bescheid vom 12.11.2003 entschieden wurde, wobei Pflegegeldstufe 4 (173 Monats- stunden Pflegebedarf) zuzerkennen war. Im Fall VA BD/1045-SV/03 ging es um einen von Frau Margarete A. am 7.11.2003 gestellten Antrag; hier wurde zwar bereits anlässlich eines ärztlichen Hausbesuchs am 16.1.2003 das erforderliche medizinische Gutachten erstellt, der Zuerkennungsbescheid jedoch – ohne ersichtlichen Grund – erst rund 9 Mo- nate später, konkret am 9.10.2003 ausgefertigt. Mit dem Bescheid wurde eine Erhöhung des Pflegegeldes auf Stufe 4 gewährt.

Das Recht auf eine Entscheidung "innerhalb angemessener Frist" wird für den Bereich der "civil rights" und "criminal charges" in Art 6 Abs 1 MRK verbrieft.

Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, ob ein Anspruch auf Pflegegeld nach dem BPGG unter den Begriff der "civil rights" zu subsumieren ist. Dabei

Grundrechtsteil

ist zu berücksichtigen, dass der EGMR im Zuge seiner "Abwägungsjudikatur" in der Regel Sozialversicherungsleistungen und vielfach auch sonstige staatliche Sozialleistungen vom Begriff der "civil rights" umfasst sieht (vgl. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 328 mwN; Öhlinger, Verfassungsrecht, 5.Aufl, 261 – Öhlinger erwähnt insbesondere auch ausdrücklich die Sozialhilfe als "civil right"). Aus Sicht der VA ist die Qualifikation des Pflegegeldes als "civil right" insbesondere im Hinblick auf die Urteile des EGMR in den Rechtssachen Salesi (EGMR 26.2.1993, 11/1992/ 356/430, ÖJZ 1993/38) und Kerojärvi (EGMR 19.7.1995, 20/1994/467/458, ÖJZ 1996/1) zu bejahen. In beiden Fällen ging es - ganz allgemein gesagt - um staatliche Unterstützungsleistungen, die zur Sicherung bzw. Unterstützung des Unterhalts von behinderten Menschen vorgesehen waren, wobei die Anspruchsberechtigung, soweit ersichtlich, nicht unmittelbar von einer vorangegangenen Beitragsleistung in ein Sozial(versicherungs-)system abhängig war. Nicht anders ist die Lage beim österreichischen Pflegegeld: Auch dieses hat den Zweck einen staatlichen Beitrag zur Abgeltung pflegebedingter Aufwendungen zu leisten (§ 1 BPGG) und trägt so im Ergebnis zur Bestreitung des (pflegebedingten) Unterhalts behinderter bzw. gebrechlicher Menschen bei; eine Konnexität mit Beiträgen ist nur indirekt gegeben.

In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage der Angemessenheit der Verfahrensdauer in den geschilderten Anlassfällen. Die Beurteilung hat jeweils auf den Einzelfall bezogen zu erfolgen, wobei vier Kriterien zu berücksichtigen sind: Erstens, die Komplexität des Falles; zweitens die Bedeutung der Sache für den Beschwerdeführer; drittens, das Verhalten der Behörde und viertens, das Verhalten des Beschwerdeführers (Grabenwarter, aaO, 360 f; Gomien – Harris – Zwaak, Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, 166 ff).

Hinsichtlich der Komplexität der gegenständlichen Pflegegeldfälle ist zu sagen, dass diese als vergleichsweise gering anzusehen ist: Es handelt sich um Einparteienverfahren; die behördliche Entscheidung ist auf ein medizinisches Gutachten zu stützen, das anhand eines standardisierten Fragebogens bzw. Formblattes erstellt wird und in der Regel sicherlich nicht mit einem zeitlichen Aufwand von mehr als einer Stunde verbunden ist; die Einstufungskriterien sind im BPGG verhältnismäßig klar und transparent normiert, es gibt kaum wirklich strittige und unklare Rechtsfragen zu lösen. Die Bedeutung der Rechtssache für die Beschwerdeführer ist als groß einzustufen: Zum einen geht es um die Sicher-

Grundrechtsteil

stellung einer adäquaten und menschenwürdigen Betreuung eines kranken bzw. gebrechlichen Menschen, also um eine unmittelbar die menschliche Existenz berührende Angelegenheit; zum anderen ist ein besonderes Interesse an einer raschen Entscheidung im Hinblick auf das hohe Alter (über 90 Jahre!) und den schlechten bzw. sich verschlechternden Gesundheitszustand der Betroffenen anzuerkennen (Grabenwarter, aaO, 360 mit Hinweis auf die Rechtssache Süßmann). Das Verhalten der Behörde war in den vorliegenden Fällen gekennzeichnet durch zeitweilige vollkommene Verfahrensstillstände. Die Betroffenen haben sich kooperativ verhalten und ihre Mitwirkungspflichten, soweit ersichtlich, wahrgenommen.

Aus Sicht der VA ergibt sich somit auf Grund der Einzelfall bezogenen Analyse eine Verletzung des Art 6 MRK, wenngleich einzuräumen ist, dass die absolute Verfahrensdauer in den hier geschilderten Fällen an der unteren Grenze der vom EGMR als grundrechtsverletzend gewerteten Verfahrenslängen liegt. Immerhin wurden aber in sozialversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren auch schon Verfahrenslängen von 1 Jahr und 4 Monaten als mit Art 6 MRK unvereinbar beurteilt (EGMR 9.12.1994, 48/1993/453/552-49/1993/444/523 – Schouten und Meldrum /N.L.).

15.2.2.3 Verschleppung eines Berufungsverfahrens beim Personalamt der PostAG

VA BD/76-V/00, BMV 100772/IV-OD/00

Mit Bescheid der Post- und Telegraphendirektion für Steiermark vom 16. Dezember 1989 wurde festgestellt, dass Herrn F. ein präzise festgelegtes Gehalt gebührt. Über die dagegen mit Schreiben vom 9. Jänner 1990 erhobene Berufung wurde von dem beim Vorstand der Österreichischen Post AG eingerichteten Personalamt erst nach massiven Interventionen der VA mit Bescheid vom 19. Dezember 2002 entschieden. Die Dauer des Berufungsverfahrens betrug somit fast 13 Jahre.

Der VfGH hat klargestellt, dass der verfassungsrechtliche Bescheidbegriff rechtsstaatliche Funktionen gegenüber der Verwaltung erfüllt (vgl. VfSlg 11.590/1987).

Vor diesem Hintergrund kann kein Zweifel daran bestehen, dass im Lichte der durch das Rechtsstaatsprinzip gebotenen faktischen Effizienz des Rechtsschutzes, welcher auf die rechtzeitige Wahrung und Gewährleistung einer faktischen Position abzielt (vgl. VfSlg 11.196/1986), die zulässige Dauer eines Berufungsverfahrens verfassungsrechtlich begrenzt ist. Wenn es aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht (einmal) angeht, den

Grundrechtsteil

Rechtsschutzsuchenden generell einseitig mit allen Folgen einer potenziell rechtswidrigen behördlichen Entscheidung so lange zu belasten, bis sein Rechtsschutzgesuch endgültig erledigt ist (vgl. ebenfalls VfSlg 11.196/1986), kann es noch weniger angehen, die Erledigung des Rechtsschutzgesuches über Jahre hinweg fortlaufend zu verschleppen und somit den das rechtsstaatliche Prinzip prägenden Gedanken der Rechtssicherheit (vgl. dazu allgemein VfSlg 12.184/1989 und 12.871/1991) auf der Ebene des Gesetzesvollzuges gänzlich zu negieren. Der Rechtsstaat läuft leer, wenn eingebrachte Berufungen jahrlang unbearbeitet liegen bleiben.

Angesichts dieser Sach- und Rechtslage hat die VA am 24. Februar 2003 ausgesprochen, dass die dem Bescheid vom 19. Dezember 2002 zu Grunde liegende Verfahrensdauer von fast 13 Jahren rechtsstaatswidrig ist daher und einen **Missstand in der Verwaltung** darstellt. Anzumerken ist, dass sich die selbe Behörde in einem ähnlich gelagerten Fall nicht in der Lage sah, ein Berufungsverfahren trotz Bindung an die höchstgerichtliche Rechtsanschauung im Gefolge eines aufhebenden Erkenntnisses des VwGH innerhalb von zwei Jahren abzuschließen (VA BD/53-V/03). Das Personalamt der Österreichischen Post AG benötigte in einem anderen Beschwerdefall auch 15 Monate, um eine Berufungsentscheidung zu treffen (VA BD/277-V/02).

15.2.2.4 Fünfjährige Verfahrensdauer bei Erlassung eines Berufungsbescheides BMLUW (VA BD/78-LF/03, BMLF 13.812/26-I 3/2003)

Im Zuge von Erhebungen im Rahmen eines Prüfverfahren nahm die VA eine auffallend lange Dauer eines Berufungsverfahrens bei der Erteilung einer wasserrechtlichen Bewilligung für die Grundwasserentnahme und -rückgabe für eine Wärmepumpe wahr.

Die VA leitete hiezu ein **amtsweigiges** Prüfverfahren ein und ersuchte die oberste Wasserrechtsbehörde um Übermittlung einer Stellungnahme. Dabei ergab sich für die VA folgendes Bild:

Mit Bescheid vom 9. Mai 1994 erteilte der Landeshauptmann von Tirol die wasserrechtliche Bewilligung zur Grundwasserentnahme und -rückgabe für den Betrieb einer Wärmepumpe an N.N. in Tirol. Auf Grund einer dagegen erhobener Berufung von Frau A.A. hat die oberste Wasserrechtsbehörde in weiterer Folge mit Bescheid vom 17. Mai 1999 den Bewilligungsbescheid des Tiroler Landeshauptmannes vom 9. Mai 1994 in diversen Auflagenpunkten ergänzt und im Übrigen das Berufungsbegehren abgewiesen. Als Gründe für die überlange Verfahrensdauer hat die Behörde ausgeführt, dass die Berufungser-

Grundrechtsteil

berin im Jahr 1994 ein hydrogeologisches Gutachten und zwei Stellungnahmen abgegeben und der wasserbautechnische Amtssachverständige auf Grund eines Auftrages der Behörde ebenfalls ein Gutachten erstellt habe. Im Jahr 1996 - sohin zwei Jahre später - habe der Konsenswerber ein Gegengutachten erstattet, welches ebenfalls zur Stellungnahme versendet worden sei. Ob und welche behördlichen Maßnahmen zwischen 29.8.1996 und dem 17.3.1999 erfolgt waren, ging aus der behördlichen Stellungnahme nicht hervor.

Wiewohl die Angemessenheit der Dauer eines Verfahrens nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles zu beurteilen und dabei insbesondere die Komplexität des Falles in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu berücksichtigen ist, vermögen bei einer Gesamtbetrachtung die von der Behörde angeführten Gründe die fünfjährige Verfahrensdauer keinesfalls rechtfertigen. Die gegenständlich festgestellten Verfahrensverzögerungen waren daher dem überwiegenden Verschulden der Behörde zuzurechnen und die zögerliche Vorgangsweise war daher seitens der VA zu beanstanden. Da mit Ergang der Berufungsentscheidung am 17. März 1999 der Beschwerdegrund behoben wurde, waren weitere Veranlassungen der VA entbehrlich.

15.2.2.5 Säumnis mit der Erteilung wasserpolizeilicher Aufträge – BH St. Veit/ Glan (VA BD/140-LF/02, K LReg 8-ALL-602/15-2002)

N.N. führte darüber Beschwerde, dass ihre wasserrechtlich bewilligte Teichanlage (Biotopt) durch auf benachbarten Grundstücken weidendes Vieh, durch Fischteiche und durch Oberflächenwässer der benachbarten Straße stark verunreinigt werde, ohne dass die BH St. Veit/Glan als zuständige Wasserrechtsbehörde dagegen rechtzeitig eingeschritten sei.

Obwohl der Wasserrechtsbehörde seit einem Ortsaugenschein im August 2000 und einem weiteren Ortsaugenschein am 25. Oktober 2000 bekannt sein musste, dass jener Bach, welcher die Teichanlage (Biotopt) der Beschwerdeführerin speist, durch Weidevieh verschmutzt wird, erteilte die Wasserrechtsbehörde erst am 19. Mai 2003 einen wasserpolizeilichen Auftrag zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes (§ 138 Abs. 1 lit. c WRG).

Zur Gewässerverunreinigung durch die Fischteiche:

Der Landeshauptmann von Kärnten entschied erst mit Bescheid vom 2. Dezember 2002 über die Berufung der Beschwerdeführerin gegen die ihr in den letzten Julitagen 2001

Grundrechtsteil

ausgehändigte wasserrechtliche Bewilligung vom 5. Oktober 1998 zur Errichtung und Erweiterung der benachbarten Teichanlage.

Der Begründung des Berufungsbescheides war zu entnehmen, dass der wasserbautechnische Amtssachverständige bei einem Ortsaugenschein Anfang Oktober 2001 keinen negativen Einfluss der Fischteiche auf das Biotop der Beschwerdeführerin feststellen konnte, da die Entfernung zu den Teichen sehr groß und der dazwischen liegende Graben trocken bis leicht sumpfig, jedenfalls aber ohne ständigen Abfluss war. Beim unsachgemäßen und bescheidwidrigen Ablehnen der Fischteiche am 2. November 2001 habe es sich um ein einmaliges Ereignis gehandelt. Zwar erfolgte die Zurückweisung der Berufung mangels Parteistellung aus den angeführten Gründen zu Recht, doch unterließ es die Wasserrechtsbehörde, die Einhaltung der in der Bewilligung enthaltenen Auflagen zu kontrollieren, diese erforderlichenfalls zwangsweise durchzusetzen und – wenn nötig – einen wasserpolizeilichen Auftrag zur Vermeidung einer Gewässerverunreinigung (§ 31 Abs. 3 WRG) zu erteilen.

Zur Gewässerverunreinigung durch Straßenwässer:

Obwohl die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Biotops durch Oberflächenwässer bzw. Dränagewässer der vorbeiführenden Straße seit einem Ortsaugenschein am 25. Oktober 2000 bekannt war und durch die Wasserrechtsverhandlung am 2. August 2002 bestätigt wurde, unterließ es die Behörde, in dieser Angelegenheit einen wasserpolizeilichen Auftrag (§ 31 Abs. 3 bzw. § 138 Abs. 1 WRG) zu erteilen. Die VA forderte deshalb den Bezirkshauptmann von St. Veit/Glan zur Ergreifung der noch ausstehenden Maßnahmen zu Punkt 2. und 3. auf.

15.2.2.6 Drei Instanzen verweigern Entscheidung – BMLFUW (VA BD/156-LF/02, BMLF 680.255/17-I6/02)

Die Eheleute N.N. führten darüber Beschwerde, dass der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft nach Aufhebung seines Bescheides vom 11. Mai 2001 mit Erkenntnis des VwGH vom 18. Oktober 2001 eineinhalb Jahre später immer noch keinen Ersatzbescheid erlassen habe. Bisher habe keine der befassten Verwaltungsbehörden über den Antrag von Herrn N.N. vom 16. Dezember 1998, dem Grundnachbarn zur Vermeidung einer Verunreinigung des Brunnens einen wasserpolizeilichen Auftrag zu erteilen, eine Entscheidung treffen wollen.

Das Prüfverfahren führte zu folgendem Ergebnis:

Grundrechtsteil

Herr N.N. beantragte bei der Wasserrechtsbehörde I. Instanz (BH St. Veit/Glan) am 16. Dezember 1998 unter anderem, einen konsenswidrig errichteten Weg durch das erweiterte Quellschutzgebiet zu beseitigen und den früheren Zustand wieder herzustellen. Da die erstinstanzliche Behörde über diesen Antrag nicht entschied, begehrte er mit Devolutionsantrag vom 25. August 1999 den Übergang der Zuständigkeit zur Entscheidung auf den Landeshauptmann von Kärnten. Da auch dieser nicht innerhalb der sechsmonatigen Entscheidungsfrist einen Bescheid erließ, stellte er am 4. April 2000 einen Antrag auf Übergang der Zuständigkeit auf den zuständigen Bundesminister. Da auch der Bundesminister keine Entscheidung traf, erhob N.N. mit Schriftsatz vom 31. Oktober 2000 eine Säumnisbeschwerde beim VwGH. Nachdem der Gerichtshof die Entscheidungsfrist verlängert hatte, fertigte der Bundesminister am 11. Mai 2001 einen abweislichen Bescheid aus. Gegen diesen erhob N.N. die Beschwerde an den VwGH. Der Gerichtshof hob mit Erkenntnis vom 18. Oktober 2001 (Zl: 2001/07/0090) den Bescheid auf, weil aus ihm weder hervorging, in welchem Umfang die Anträge abgewiesen wurden, noch warum der Antrag auf Erteilung eines wasserpolizeilichen Auftrages abzuweisen war. Mehr als ein halbes Jahr nach Ergehen des verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses fand am 10. Juli 2002 ein Ortsaugenschein statt. Obwohl die zur Entscheidung benötigten Gutachten bereits am 19. Juli und 31. Oktober 2002 erstellt waren, fertigte der Bundesminister erst am 25. Juni 2003 einen wasserpolizeilichen Auftrag aus, den Weg durch das erweiterte Quellschutzgebiet zu entfernen und den natürlichen Oberboden wieder herzustellen.

Obwohl die VA das Bundesministerium um eine Darlegung der Gründe für die eingetretenen Verzögerungen ersuchte, wurden solche nicht genannt. Die VA ging deshalb davon aus, dass die zuletzt eingetretene Verzögerung überwiegend auf das Verschulden der Behörde zurückzuführen war.

Gemäß § 138 Abs. 1 WRG ist derjenige, der die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes übertreten hat, wenn das öffentliche Interesse es erfordert oder der Betroffene es verlangt, unabhängig von Bestrafung und Schadenersatzpflicht von der Wasserrechtsbehörde zu verhalten, auf seine Kosten eigenmächtig vorgenommene Neuerungen zu beseitigen (lit. a). Als Betroffene sind zufolge § 138 Abs. 6 WRG die Inhaber bestehender Rechte (§ 12 Abs. 2), die Fischereiberechtigten sowie die Einforstungsberechtigten anzusehen. Ist nicht von vornherein auszuschließen, dass der Inhaber eines im Gesetz genannten Rechtes in nachteiliger Weise berührt wird, hat die Behörde auf Antrag eines

Grundrechtsteil

Betroffenen zu prüfen, ob im konkreten Fall eine rechtswidrige Neuerung vorliegt (vgl. Raschauer, Wasserrecht Kommentar (1993) Rz 17). Ist dies der Fall, hat sie einen Besichtigsauftrag zu erlassen.

Da die Anträge des Beschwerdeführers vom 16. Dezember 1998 erst ca. viereinhalb Jahre später mit Bescheid vom 25. Juni 2003 einer nachvollziehbaren Erledigung zugeführt wurden, erwies sich die vorliegende Beschwerde als **berechtigt**.

15.2.2.7 Unzumutbare Verzögerungen im wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren zur Errichtung einer Uferbefestigung – BH Neusiedl/ See (BD/161-LF/02, BMLF 16.341/01-I6/03)

N.N. führte darüber Beschwerde, dass die oberste Wasserrechtsbehörde nach Ergehen des verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses vom 17. Oktober 2002, Zl. 2002/07/0102-5 nicht ohne unnötigen Aufschub einen Ersatzbescheid über die Berufung mehrerer Anrainer gegen die ihm erteilte wasserrechtliche Bewilligung zur Errichtung einer Uferbefestigung erlassen hat.

Das Prüfverfahren führte zu folgendem Ergebnis:

Die BH Neusiedl/See erteilte dem Beschwerdeführer über seinen Antrag vom 12. November 1998 mit Bescheid vom 26. Mai 2000 die wasserrechtliche Bewilligung zur Errichtung von Einbauten und Uferbefestigungen sowie zur Vornahme von Anschüttungen in den Neusiedler See. In der Bescheidbegründung wird unter anderem ausgeführt:

"Auf Grund der im Verfahren eingeholten fachlichen Stellungnahmen ist weder durch die bei der Umsetzung des Projektes verwendeten Baumaterialien (Aushub- und Sedimentmaterial, Stahlspundwände, Holzstege), noch auf Grund der Verlängerung des Stichkanals von einer Beeinträchtigung der Wasserqualität des Seewassers auszugehen. Auf Grund des Ergebnisses des Verfahrens, insbesondere auch der Stellungnahme der beigezogenen Amtssachverständigen, ist eine Beeinträchtigung der Grundstücke der einschreitenden Anrainer daher nicht nachvollziehbar."

Gegen die wasserrechtliche Bewilligung erhoben zwei Nachbarn die Berufung. Der Landeshauptmann von Burgenland führte nach Ablauf der höchst zulässigen Entscheidungsfrist von 6 Monaten am 24. Jänner 2001 eine Büroverhandlung durch, ohne jedoch einen Bescheid zu erlassen. Der Beschwerdeführer brachte daraufhin mit Schriftsatz vom 13. Februar 2001 einen Devolutionsantrag an den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft ein. Da auch dieser säumig blieb, erhob er mit Schriftsatz vom 23. August 2001 die Säumnisbeschwerde an den VwGH. Dieser forderte den Bundesminister dazu auf, den ausstehenden Bescheid zu erlassen. Daraufhin wies

Grundrechtsteil

der Minister den Devolutionsantrag am 2. Mai 2002 ab. Auf Grund der dagegen eingebrachten Beschwerde hob der VwGH den Bescheid mit Erkenntnis vom 17. Oktober 2002, Zl. 2002/07/0102-5 auf, da keine unüberwindlichen Hindernisse für eine rechtzeitige Entscheidung durch den Landeshauptmann aufgezeigt worden waren. Im fortgesetzten Verfahren holte die oberste Wasserrechtsbehörde erneut die Stellungnahme eines wasserbautechnischen Amtssachverständigen (datiert mit 10. März 2003) ein, die dem Beschwerdeführer und den Berufungswerbern mit Schreiben vom 17. März bzw. 16. Mai 2003 zur Stellungnahme übermittelt wurde. Die Parteien hielten jedoch ihre bisherigen Äußerungen aufrecht. Da die oberste Wasserrechtsbehörde nach Ablauf von 6 Monaten keinen Ersatzbescheid erließ, brachte der Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 21. August 2003 erneut eine Säumnisbeschwerde ein. Am 26. November 2003 fertigte die oberste Wasserrechtsbehörde sodann den Ersatzbescheid aus, mit welchem sie zwar eine zusätzliche Auflage vorschrieb, im Übrigen aber die Berufungen der Anrainer abwies.

Nicht nachvollziehbar war, warum die oberste Wasserrechtsbehörde trotz wiederholter Urgenzen am 3. Dezember 2002, 26. März, 28. Mai, 28. August und 14. Oktober 2003 so spät den Ersatzbescheid erließ. Das Bundesministerium ging in seiner Stellungnahme vom 4. April 2003 selbst davon aus, dass spätestens Ende April 2003 der Bescheid erlassen wird. In der Stellungnahme vom 2. Juli 2003 heißt es dann aber, dass die Angelegenheit im April 2003 auf Wunsch des Beschwerdeführers mit dem wasserbautechnischen Amtssachverständigen besprochen worden sei. Dieser habe eine ergänzende Stellungnahme abgegeben, die den Berufungswerbern zur Kenntnis gebracht worden sei. Die Bescheiderlassung wurde für den Sommer 2003 in Aussicht gestellt.

Die Säumnis der obersten Wasserrechtsbehörde wog im konkreten Fall deshalb besonders schwer, weil der Beschwerdeführer seinen Antrag bereits am 12. November 1998 (!) einbrachte, und schon im erstinstanzlichen Bewilligungsverfahren beträchtliche Verzögerungen aufgetreten sind (Bescheid vom 26. Mai 2000). Im anschließenden Berufungsverfahren blieb der LH von Burgenland säumig, und auch der mit Devolutionsantrag angerufene BM traf rechtswidrigerweise keine inhaltliche Entscheidung. Erst nach Aufhebung der am 2. Mai 2002 erfolgten Abweisung des Devolutionsantrages mit Erkenntnis des VwGH vom 17. Oktober 2002 und Einbringung einer neuerlichen Säumnisbeschwer-

Grundrechtsteil

de entschied der BM mit Bescheid vom 26. November 2003 über die Berufung der Anrainner.

Die beschriebene Verfahrensdauer ist nach Auffassung der VA durch nichts zu rechtfertigen und keineswegs als angemessen zu bezeichnen.

15.2.2.8 Löschung eines Wasserrechts: Verspäteter Berufungsbescheid – Amt Ktn LReg (VA BD/39-LF/03, K LReg 8-ALL-617/3-2003)

N.N. wandte sich an die VA und brachte vor, dass ihr Grundstück an die öffentliche Wasserversorgungsanlage der Gemeinde Weißenstein angeschlossen sei. Darüber hinaus sei die Beschwerdeführerin Miteigentümerin einer Wasserleitung samt Hochbehälter und habe diesbezüglich ein entsprechendes Wassernutzungsrecht inne, welches im Wasserbuch eingetragen sei. Die Beschwerdeführerin nutze diese Wasserleitung ausschließlich – jedoch notwendigerweise – zur Bewässerung ihres Gartens. Nunmehr habe die Bezirkshauptmannschaft Villach mit Bescheid vom 20. April 2001 die Löschung des Wassernutzungsrechtes ausgesprochen. Dagegen habe die Beschwerdeführerin Berufung erhoben. Ein Berufungsbescheid ist aus für die Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbaren Gründen bislang jedoch nicht ergangen.

Nach Einholung einer behördlichen Stellungnahme stellte die VA Nachstehendes fest:

Wie den der VA vorgelegten Unterlagen zu entnehmen war, wurde mit Bescheid des Bezirkshauptmanns von Villach als Wasserrechtsbehörde vom 22. Juli 1924 mehreren Parteien die wasserrechtliche Bewilligung zur Errichtung und zum Betrieb einer gemeinsamen Wasserversorgungsanlage erteilt. Dieses Wassernutzungsrecht ist nach Angaben des Amtes der Kärntner Landesregierung im Wasserbuch des Verwaltungsbezirkes Villach unter der Postzahl 899 eingetragen und war unter anderem auch auf die Beschwerdeführerin als Rechtsnachfolgerin übergegangen. Wie die von der Wasserrechtsbehörde durchgeföhrten Ermittlungen ergeben hätten, sei die angeführte Wasserversorgungsleitung nach Errichtung der öffentlichen Wasserversorgungsanlage durch die Gemeinde Weißenstein in den Jahren 1962 bis 1964 und nach erfolgtem Anschluss der Wasserberechtigten an die kommunale Wasserversorgungsanlage stillgelegt und unterbrochen worden.

Mit Eingabe vom 22. Mai 1994 an den Bezirkshauptmann von Villach stellten drei der ursprünglich Wasserberechtigten den Antrag, das oben angeführte Wasserrecht zu löschen, da dieses auf Grund der erfolgten Unterbrechung der Versorgungsleitung durch mehr als 30 Jahre nicht mehr ausgeübt worden sei.

Grundrechtsteil

Mit Bescheid des Bezirkshauptmannes von Villach als Wasserrechtsbehörde vom 20. April 2001 wurde sohin das Erlöschen des Wasserrechtes festgestellt. Dagegen hatte die Beschwerdeführerin Berufung erhoben. Während des anhängigen volksanwaltschaftlichen Prüfverfahrens hat der Landeshauptmann von Kärnten als Berufungsbehörde mit Bescheid vom 7. April 2003 den bekämpften Bescheid um den Spruchpunkt 3 ergänzt und im Übrigen die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Zur Dauer des gegenständlichen Berufungsverfahrens wurde ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin im Jahr 2002 bei der Berufungsbehörde vorgesprochen hätte und ihr dabei die wesentlichen Bestimmungen des Wasserrechts im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Fall zur Kenntnis gebracht worden seien. Sie hätte diesbezüglich erklärt, die erhobene Berufung weiter aufrecht zu erhalten. Die Wasserrechtsbehörde hielt auch fest, dass sie sich im Hinblick auf eine Vielzahl anhänger wasserrechtlicher Bewilligungsverfahren in Angelegenheiten kommunaler Abwasserbeseitigungs- und Wasserversorgungsanlagen veranlasst sah, diesen gegenüber der Berufungsentscheidung im Falle der Beschwerdeführerin den Vorzug zu geben, zumal der bescheidmäßigen Feststellung des Erlöschens des Wassernutzungsrechtes auch in Hinblick auf die höchstgerichtliche Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes bloß deklarative Bedeutung zukomme.

Die VA hat Nachstehendes erwogen:

Gemäß § 73 Abs. 1 AVG ist die Behörde verpflichtet, über Anträge von Parteien ohne unnötigen Aufschub, spätestens aber innerhalb von sechs Monaten nach dessen Einlangen den Bescheid zu erlassen. Dies bedeutet, dass jede Partei in einem Verfahren jedenfalls einen subjektiven Rechtsanspruch auf Erlassung eines Bescheides hat, wenn ein Antrag oder eine Berufung offen ist. Mit Bescheiderlassung am 7. April 2003 hat die Wasserrechtsbehörde die in § 73 Abs. 1 AVG normierte höchstzulässige Entscheidungspflicht von sechs Monaten beträchtlich überschritten. Die von der Behörde angeführten Gründe, dass die Beschwerdeführerin bei einer Vorsprache über die Rechtslage umfassend informiert worden sei und darüber hinaus anderen wasserrechtlichen Verfahren im Zusammenhang mit der Wasserent- und Versorgung der Vorzug zu geben war, vermögen, da die genannten Gründe für die Beurteilung des Falles unerheblich sind und daher ohne Berücksichtigung bleiben müssen, die lange Verfahrensdauer im gegenständlichen Berufungsverfahren nicht rechtfertigen. Die erhebliche Überschreitung der gesetzlichen Entscheidungsfrist von sechs Monaten lag daher im überwiegenden Verschulden der Be-

Grundrechtsteil

hörde. In Anbetracht der Einzelfallumstände wird aus Sicht der VA durch die knapp 2-jährige Dauer des Berufungsverfahrens das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf eine angemessene Verfahrensdauer offensichtlich verletzt.

Da mit Ergang des Berufungsbescheides vom 7. April 2003 der Beschwerdegrund behoben wurde, waren weitere Veranlassungen der VA entbehrlich.

15.3 Gleichheitssatz (Art. 7 B-VG, Art. 2 StGG)

15.3.1 A. Gesetzgebung

15.3.1.1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (VA BD/25-JF/02)

Gemäß § 30j Abs. 2 erster Satz FLAG 1967 idF BGBl. Nr. 311/1992 darf der Fahrpreisersatz bei Vorliegen von näher umschriebenen Voraussetzungen nur für Lehrlinge in einem gesetzlich anerkannten Lehrverhältnis geleistet werden. Junge Menschen, die in einem gesetzlich nicht anerkannten Lehrverhältnis ausgebildet werden (zB Ordinationsgehilfen), sind hingegen vom Bezug des Fahrpreisersatzes ausnahmslos ausgeschlossen.

Die VA hat bereits in ihrem **26. Bericht an den Nationalrat und den Bundesrat** im Grundrechtsteil (S. 208f) unter Hinweis auf das Wort "gesetzlich" in § 5 Abs.1 lit.b FLAG 1967 idF BGBl.Nr. 550/1979 als gleichheitswidrig aufhebende Erkenntnis VfSlg. 13.890/1994 darauf hingewiesen, dass die vom Gesetzgeber getroffene Entscheidung, bei der Gewährung des Fahrpreisersatzes auf das Vorliegen eines gesetzlich anerkannten Lehrverhältnisses abzustellen, einer verfassungsrechtlichen Gleichheitsprüfung nicht standhalten dürfte.

Mit Erkenntnis vom 3. März 2003, G 348/02, hat der VfGH diese Auffassung im Ergebnis geteilt und das Wort "gesetzlich" im ersten Satz des § 30j Abs. 2 FLAG 1967 mit Ablauf des 31. August 2003 als verfassungswidrig aufgehoben.

15.3.1.2 Nichtberücksichtigung von Mehrlingsgeburten im Rahmen des Kinderbetreuungsgeldes

Die VA hat in ihrem **26. Bericht an den Nationalrat und den Bundesrat** im Grundrechtsteil (S. 210 f) dargelegt, dass es unter gleichheitsrechtlichem Aspekt nicht einsichtig ist, weshalb es sachlich gerechtfertigt sein soll, das Kinderbetreuungsgeld im Fall von

Grundrechtsteil

Zwillingen bzw. Mehrlingen nur einfach zur Auszahlung zu bringen und damit eine Mehrlingsgeburt einer Einfachgeburt völlig gleichzustellen. Dazu ist zu vermerken, dass der Gesetzgeber dieser Kritik im Berichtsjahr durch die Schaffung des § 3a Kinderbetreuungsgeldgesetz Rechnung getragen und vorgesehen hat, dass sich bei Mehrlingsgeburten das Kinderbetreuungsgeld für das zweite und jedes weitere Kind um 50 v.H. des in § 3 Abs. 1 leg.cit. vorgesehenen Betrages erhöht. Die von der VA aufgezeigte gleichheitsrechtliche Problematik ist somit bereinigt.

15.3.1.2.1 Anspruch von Zeugen auf Ersatz ihrer Aufwendungen (VA BD/201-V/02)

Gemäß §§ 51a und d AVG 1991 haben nur Zeugen und Beteiligte, die im Verfahren vor den unabhängigen Verwaltungssenaten zu Beweiszwecken vernommen werden oder deren Vernehmung ohne ihr Verschulden unterbleibt, Anspruch auf Gebühren nach den § 2 Abs. 3 und den §§ 3 bis 18 Gebührenanspruchsgesetz 1975. Das Fehlen einer gleichartigen Regelungen in Bezug auf das Verfahren vor allen anderen Verwaltungsbehörden hat zur Konsequenz, dass Zeugen, die diesen Verfahren vernommen werden, keinen Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen haben.

Nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH ist es dem Gesetzgeber durch den Gleichheitssatz verwehrt, andere als sachlich begründbare Differenzierungen zu schaffen. Gesetzliche Differenzierungen sind daher nur dann verfassungskonform, wenn sie durch tatsächliche Unterschiede der geregelten Sachverhalte gerechtfertigt werden können.

Im Lichte dieser Rechtsprechung erscheint es verfassungswidrig, den Gebührenanspruch von Zeugen und Beteiligten ausschließlich davon abhängig zu machen, ob sie im Verfahren vor einem UVS oder vor einer anderen Verwaltungsbehörde vernommen werden. Es trifft zwar zu, dass sich die UVS schon aufgrund ihrer besonderen verfassungsrechtlichen Stellung (vgl. dazu Art. 129a ff B-VG) in vielfacher Hinsicht von anderen Verwaltungsbehörden unterscheiden und auch das Verfahren vor den UVS gegenüber dem Verfahren vor anderen Verwaltungsbehörden schon angesichts dieser spezifischen bundesverfassungsgesetzlichen Vorgaben eine Reihe von Besonderheiten aufweist. Ob hinsichtlich der gegenständlichen Ungleichbehandlung aus der besonderen staatsorganisationsrechtlichen Stellung der UVS und den ihnen bundesverfassungsgesetzlich zugewiesenen Aufgaben eine hinreichende Rechtfertigung gewonnen werden kann, erscheint indes mehr als fraglich, zumal ein sachlicher Zusammenhang zwischen den verfassungsrechtlichen Besonderheiten der UVS und der Aufwandsentschädigung von Zeugen nicht erkennbar

Grundrechtsteil

ist. Darüber hinaus ist auch darauf hinzuweisen, dass auch im Verfahren anderer - mit den UVS durchaus vergleichbaren - bundesverfassungsgesetzlich vorgesehenen Behörden – wie etwa Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag iSd Art 133 Z 4 B-VG – Zeugen kein Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen eingeräumt ist (idS auch *Thienel, Das Verfahren der Verwaltungssenate*² (1992) 83; *Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrensrecht*⁸ (2003) Rz 355 sowie jüngst *Raschauer, Zeugengebühren nur bei den Unabhängigen Verwaltungssenaten?*, ZUV 2004, 6).

15.3.1.2.2 Fernsprechentgeltzuschussgesetz (VA BD/395-/03)

§ 13 zweiter Satz Fernsprechentgeltzuschussgesetz ordnet an, dass im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bestehende Befreiungen von den Fernsprechgebühren "längstens ein Jahr nach Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes außer Kraft [treten]". Damit wird eine pro futuro wirkende Beschränkung von wohlerworbenen Rechten derjenigen Personen bewirkt, die vor Inkrafttreten des Gesetzes von der Fernsprechgebühr befreit wurden.

In verfassungsrechtlicher Hinsicht ist zu prüfen, ob diese Bestimmung gegen den aus dem Gleichheitssatz der Bundesverfassung abzuleitenden Vertrauenschutz verstößt. Dabei ist zunächst zu beachten, dass nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH das Vertrauen auf den unveränderten Fortbestand der gegebenen Rechtslage nur unter besonderen Umständen verfassungsrechtlichen Schutz genießt (vgl. zB VfSlg 13.657/1993 und 14.779/1997).

Da die begünstigten Personen und Institutionen innerhalb des "Übergangsjahres" zufolge § 13 dritter Satz Fernsprechentgeltzuschussgesetz jederzeit die Zuerkennung einer Zu- schussleistung nach dem neuen Gesetz beantragen können, dürfte der Gesetzgeber eine Übergangsbestimmung geschaffen haben, die es den Betroffenen grundsätzlich ermöglicht, sich auf die neue Rechtslage einzustellen (vgl. dazu VfSlg 15.523/1999). Besonderes Gewicht könnte dabei dem Umstand beizumessen sein, dass die Verschlechterung der Rechtslage primär im Erfordernis einer (vorzeitigen) neuerlichen Antragstellung und nicht in geänderten restriktiveren Zuerkennungsvoraussetzungen der betroffenen Leistung liegt. Gleichwohl ist jedoch zu bedenken, dass es sich bei den Normadressaten überwiegend um behinderte und hochbetagte Menschen handelt, die ihre rechtlichen Interessen nur bedingt wahrnehmen vermögen, sodass es durchaus gerechtfertigt erscheint, an

Grundrechtsteil

die in Rede stehende Übergangsbestimmung höhere Sachlichkeitsanforderungen zu richten als an gleichartige Übergangsvorschriften in anderen Rechtsbereichen.

Zur rechtspolitischen Kritik der VA an einzelnen Regelungen des Fernsprechentgeltzuschussgesetzes siehe die Ausführungen unter 13.1.4.2

15.3.1.2.3 Ungleichbehandlung von Fremden im Rahmen des Verbrechensopfergesetzes (VA BD/194-SV/03)

Gemäß § 1 Abs. 1 Verbrechensopfergesetz hat der BM für soziale Verwaltung den Bund durch Auslobung zu verpflichten, nach diesem Bundesgesetz Opfern von Verbrechen oder deren Hinterbliebenen Hilfe zu leisten. Aus § 1 Abs. 2 und Abs. 7 leg. cit. ergibt sich, dass diese Hilfe österreichischen Staatsbürgern und – unter bestimmten Voraussetzungen – auch Staatsbürgern von Vertragsparteien des EWR-Abkommens zu leisten ist. Gemäß § 14a Verbrechensopfergesetz kann der BM für soziale Verwaltung im Einvernehmen mit dem BM für Finanzen gleichartige Leistungen als Ausgleich gewähren, sofern sich aus den Vorschriften dieses Bundesgesetzes besondere Härten ergeben.

Seit Mitte der 90er Jahre hat das zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung aller Formen rassischer Diskriminierung im Jahr 1973 geschaffene Bundesverfassungsgesetz zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassischer Diskriminierung hat in der Rechtsprechung des VfGH große Bedeutung erlangt [vgl. dazu ausführlich Marschik, Die UN-Rassendiskriminierungskonvention im österreichischen Recht (1999)]. In dem Erkenntnis VfSlg 14.191/1995 sprach der VfGH zu dem Bundesverfassungsgesetz zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassischer Diskriminierung aus, dass Art. I Abs. 1 dieses Verfassungsgesetzes "über Art 7 B-VG hinausgehend und diesen gleichsam erweiternd - ein - auch das Sachlichkeitsgebot einschließendes - Gebot der Gleichbehandlung von Fremden [enthält]; deren Ungleichbehandlung ist ... also nur dann und insoweit zulässig, als hiefür ein vernünftiger Grund erkennbar und die Ungleichbehandlung nicht unverhältnismäßig ist."

Diese – offenbar in Anlehnung an die herrschende Lehre getätigten Ausführungen – haben sich sehr rasch zu einer ständigen Rechtsprechung verdichtet (siehe etwa VfSlg 14.369/1995, wo der VfGH nicht nur erstmals aussprach, dass dem Fremden dieses Gleichbehandlungsgebot als subjektives verfassungsgesetzliches Recht gewährleistet ist, sondern gleichzeitig auch erstmals einen Bescheid wegen Verletzung dieses Rechts auf-

Grundrechtsteil

hob, sowie VfSlg 14.393/1995, 14.421/1996, 14.516/1996, 14.650/1996, 14.694/1996, 14.728/1997, 14.729/1997, 15.109/1998, 15.173/1998 uva). Im Lichte dieser mittlerweile ständigen Judikatur begegnet der im § 1 Verbrechensopfergesetz festgelegte Kreis der anspruchsberechtigten Personen insoweit verfassungsrechtlichen Bedenken, als er im Ergebnis dazu zu führen scheint, dass ein Staatsbürger eines nicht dem EWR-Abkommen beigetretenen Landes, selbst wenn er sich schon seit vielen Jahrzehnten in Österreich aufhält und hier seinen Lebensmittelpunkt hat, von vorneherein nicht in den Genuss einer Hilfeleistung kommen kann, während ein Staatsbürger einer Vertragspartei des EWR-Abkommens auch dann sämtliche Hilfeleistungen in Anspruch nehmen kann, wenn es nur einen ganz losen Bezug zur Republik Österreich gibt.

Da das Sachlichkeitsgebot die Verpflichtung des Gesetzgebers beinhaltet, den Personenkreis, der in den Genuss einer Leistung kommen soll, nach sachlichen Kriterien abzuschränken (VfSlg 13.890/1994) wäre im Lichte der skizzierten Verfassungsrechtslage jedenfalls die Auffassung, wonach die Angehörigkeit einer Person zu einem Mitgliedsstaat des EWR-Abkommens für sich alleine von vornherein stets eine taugliche Rechtfertigung wäre, sie gegenüber Staatsbürgern anderer Länder in allen Lebensbereichen besser zu behandeln verfehlt. Die VA vertritt vor diesem Hintergrund die Auffassung, dass die dargelegte Diskriminierung von Staatsbürgern von Ländern, die nicht Vertragsparteien des EWR-Abkommens sind, im Verhältnis zu den Staatsbürgern von Ländern, die dieses Abkommen ratifiziert haben, einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht standzuhalten vermag, weil die Geltung des EWR-Abkommens in einem Land in keinen wie auch immer gearteten Zusammenhang mit dem Umstand steht, dass eine Person in Österreich das Opfer eines Verbrechens geworden ist. Es ist ein "vernünftiger Grund" für diese gravierende Ungleichbehandlung nicht zu erkennen. weshalb die dargelegte Diskriminierung von Staatsbürgern von Ländern, die nicht Vertragsparteien des EWR-Abkommens sind, somit verfassungswidrig ist, zumal die Geltung dieses Abkommens in einem Land in keinen Zusammenhang mit dem Umstand steht, dass eine Person in Österreich das Opfer eines Verbrechens geworden ist

Die Verfassungsmäßigkeit der dargelegten Rechtslage ist allerdings zu bejahen, wenn und weil § 14a Verbrechensopfergesetz verfassungskonform dahingehend auszulegen ist, dass Ausländern, die wohl keine Staatsbürger eines Vertragsstaates des EWR-Abkommens sind, jedoch - beispielsweise auf Grund einer langen Aufenthaltsdauer - ein

Grundrechtsteil

besonderes Naheverhältnis zur Republik Österreich aufweisen, "gleichartige Leistungen" als Ausgleich zu gewähren sind. Die VA ist der Auffassung, dass eine solche verfassungskonforme Interpretation möglich und auch geboten ist (vgl. VfSlg 16.122/2001). Das vom VfGH in ständiger Rechtsprechung bekräftigte Prinzip der verfassungskonformen Gesetzesauslegung gebietet, auch den Sinn Zusammenhang zweier Vorschriften in der Weise dadurch zu berücksichtigen, dass durch eine bestimmte Auslegung der einen Vorschrift die sonst eintretende Verfassungswidrigkeit der anderen ausgeschlossen wird (vgl. zB VfSlg. 16.122/2001 mit weiteren Rechtssprechungsnachweisen). Dieser Grundsatz hat nach Auffassung der VA auch im Verhältnis von § 1 Abs. 1 und § 14a Verbrechensopfergesetz Anwendung zu finden.

Obwohl die VA ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass das Gebot der verfassungskonformen Interpretation für alle Vollzugsorgane maßgebend ist, sah sich der BM für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz bislang dazu nicht in der Lage. Daher war es der VA auch nicht möglich, dem Beschwerdeführer – einem polnischen Staatsbürger, der seit ca. 25 Jahren in Österreich lebt und 1999 bei einem Überfall schwer verletzt wurde – zu seinem Recht zu verhelfen.

15.3.2 B. Vollziehung

15.3.2.1 Kürzung einer Versorgungsleistung (VA BD/40-GU/02; ähnlich BD/24-GU/02)

Die VA hat im Rahmen des Grundrechtsteiles des 26. Berichtes an den Nationalrat und den Bundesrat (S. 212 ff) ausführlich den Fall von Frau O. dargestellt und grundrechtlich bewertet, in dem eine mehr als 13 Jahre lang gewährte "Witwenversorgung" aus von der Bf. nicht zu vertretenden Gründen plötzlich um zwei Drittel reduziert wurde.

Die VA war auch im Berichtsjahr bemüht, für die beiden betroffenen Frauen eine ihre Grundrechte wahrende Lösung zu finden, was sich angesichts der wenig kooperativen Haltung der Ärztekammer für Tirol leider äußerst schwierig gestaltet. Immerhin konnte im Oktober 2003 eine Besprechung zwischen den beiden Frauen, der Ärztekammer und deren Versicherungsvertretern arrangiert werden, die zu einem konkreten Vergleichsantrag der Versicherung geführt hat. Ob es zu einer einvernehmlichen Lösung kommt oder die beiden Frauen den zeitaufwändigen Weg eines Amtshaftungsprozesses beschreiten müssen, war im Zeitpunkt des Redaktionsschlusses des vorliegenden Berichtes aber noch offen.

Grundrechtsteil

15.3.2.2 Freiheit des Eigentums (Art. 5 StGG/Rechtsstaatsprinzip)

15.3.2.2.1 Gewerbebehördliche Genehmigung eines Versuchsbetriebes (VA BD/45-WA/03)

Anrainer eines Obst- und Gemüsegroßhandels beschwerten sich bei der VA darüber, dass der Gewerbebetrieb seit mehr als einem Jahr ohne Betriebsanlagengenehmigung tätig ist. Die Bezirkshauptmannschaft habe auf die Beschwerden der Anrainer nicht reagiert und sei Anzeigen gar nicht oder nur in schleppender Art und Weise nachgegangen. Im Prüfungsverfahren stellte sich heraus, dass die Gewerbebehörde auf Grund der langen Dauer des Ermittlungsverfahrens im Juni 2002 und im Februar 2003 Versuchsbetriebsgenehmigungen gemäß § 354 GewO erteilte. Anzeigen wegen Übertretung von Auflagen konnten mangels Beweisbarkeit zu keiner Bestrafung führen. Bedenken hegte die VA insbesondere in Bezug auf den Spruch des Genehmigungsbescheides vom Februar 2003, der widersprüchlich und irreführend formuliert war.

Der Spruch des in Rede stehenden Bescheides lautete folgendermaßen:

"Gemäß § 354 der GewO wird [...] die Genehmigung für die Durchführung der erforderlichen Arbeiten (z. B. eines Versuchsbetriebes) zur Errichtung eines Büro- und Lagergebäudes für den Obst- und Gemüsegroßhandel [...] unter Zugrundelegung der nachstehenden Betriebsbeschreibung (A) und gleichzeitiger Vorschreibung der Auflagen (B) erteilt."

Auf Grund dieser Bescheidformulierung war davon auszugehen, dass die Genehmigung zur Errichtung eines Büro- und Lagergebäudes erteilt werden sollte, nicht jedoch für die Inbetriebnahme der Betriebsanlage selbst. Die Bezirkshauptmannschaft rechtfertigte sich dahingehend, dass der Bescheid im Hinblick auf die im Spruch vorgenommene Verweisung auf die Betriebsbeschreibung und Auflagen nicht nur die Genehmigung zur Errichtung eines Büro- und Lagergebäudes enthalte, sondern auch jene zum Betrieb der Betriebsanlage selbst. Im Hinblick auf die Formulierung des Spruches erkannte die VA der Beschwerde aus folgenden Gründen Berechtigung zu:

Der Spruch des Bescheides verweist auf die Betriebsbeschreibung sowie auf die Auflagen. Diese sind inhaltlich ausreichend determiniert, weshalb gegen diese Verweisungen an sich keine rechtlichen Bedenken bestehen. Der Spruch enthält allerdings auch die eindeutige Formulierung, dass die Genehmigung für die Durchführung der erforderlichen Arbeiten (z. B. eines Versuchsbetriebes) **zur Errichtung eines Büro- und Lagergebäudes** für den Obst- und Gemüsegroßhandel erteilt wird.

Grundrechtsteil

Diese Bescheidformulierung ist sowohl für den Adressaten, als auch für dritte Personen, also etwa betroffene Nachbarn verwirrend und aus Rechtssicherheitsüberlegungen äußerst bedenklich. Der Spruch lässt nämlich einen bedeutenden Interpretationsspielraum zu. Bei restriktiver Interpretation durch die Gewerbebehörde könnte der Betreiber dann belangt werden, wenn er diesen Bescheid nicht nur als Genehmigung für die Durchführung zur Errichtung eines Büro- und Lagergebäudes, sondern als Genehmigung für den Betrieb an sich sieht. Bei – wie im gegebenen Fall – extensiver Interpretation der Gewerbebehörde werden allerdings die Nachbarn um ihre Parteienrechte zur effektiven Abwehr von Immissionen verkürzt.

Entsprechend der herrschenden Meinung sowie der Judikatur des Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshofes haben nämlich Nachbarn im Zuge einer Genehmigung nach § 354 GewO keine Parteistellung. Ihre Parteienrechte können sie erst im Zuge der tatsächlichen Betriebsanlagengenehmigung in Form einer Berufung geltend machen. Da ganz offensichtlich auf Grund des Bescheides vom 12. Februar 2003 der Vollbetrieb aufgenommen wurde, haben die Anrainer wegen der großzügigen Interpretation des Bescheidspruches durch die Gewerbebehörde bis zur Erlassung des tatsächlichen Betriebsanlagengenehmigungsbescheides keine Möglichkeit, ein Rechtsmittel zu ergreifen. Wie die Erfahrungen der VA zeigen, können aber derartige Versuchsbetriebsgenehmigungen mehrere Jahre aufrecht sein, bevor der Betriebsanlagengenehmigungsbescheid tatsächlich erlassen wird.

Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 4. März 1992 VfSlg. 13.013 ausgesprochen, dass Nachbarn in einem Verfahren gemäß § 354 GewO keine Parteistellung zukommt. Er sprach allerdings weiters aus, dass "sowohl der Umfang als auch die Dauer des Versuchsbetriebes von Rechts wegen dahingehend begrenzt [sind], dass nur jene Arbeiten und (Teile von) Betriebsanlagen in Betrieb genommen werden dürfen, bei denen der konkrete Versuchscharakter und das Versuchsziel als Grundlage der weiteren Durchführung des Ermittlungsverfahrens entsprechend präzisiert werden können." Nach Meinung des VfGH ist die Dauer des Versuchsbetriebes durch das Erreichen dieses Verfahrensziels begrenzt. Weiters wird ausgeführt, dass "nach dem Konzept des Gesetzes die Versuchsbetriebsgenehmigung der Durchführung von Arbeiten [dient], deren Ergebnis "für die Entscheidung der Behörde von wesentlicher Bedeutung" und daher "erforderlich" ist. Nur wenn derartige Ergebnisse als Entscheidungsgrundlage der Behörde im

Grundrechtsteil

weiteren Genehmigungsverfahren notwendig und diese lediglich zu gewinnen sind, indem Teile der zu genehmigenden Anlage oder diese auch zur Gänze versuchsweise betrieben werden, ist der versuchsweise Betrieb nach § 354 GewO 1973 zu genehmigen."

Nun ist der Bescheidbegründung nicht näher zu entnehmen, inwieweit diese vom Verfassungsgerichtshof als erforderlich bezeichneten Determinanten erfüllt sind. Es wird lediglich ausgeführt, dass die Betriebsanlage voraussichtlich zu genehmigen sei, sich das Ermittlungsverfahren jedoch noch auf einen längeren Zeitraum erstrecken werde.

Aus Sicht der Beschwerdeführer ist dies deshalb von Bedeutung, da der Ausschluss der Parteistellung sowohl aus rechtsstaatlicher, als auch aus grundrechtlicher Sicht problematisch ist. Im Hinblick auf das rechtsstaatliche Prinzip müssen Rechtsschutzeinrichtungen ihrer Zweckbestimmung nach auch faktisch effektiv sein, wobei es insbesondere unzulässig ist, den Rechtsschutzsuchenden durch den Ausschluss eines vorläufigen Rechtsschutzes einseitig mit den Rechtswirkungen potenziell rechtswidriger Entscheidungen zu belasten bis sein Rechtsschutzgesuch endgültig erledigt ist. Im Beschwerdefall bedeutet dies, dass durch Genehmigung des Versuchsbetriebes die Parteistellung der Nachbarn (vorläufig) ausgeschlossen wurde und sie bis zur tatsächlichen Genehmigung der Betriebsanlage und der ihnen dann erst zur Verfügung stehenden Berufungsmöglichkeit von den Rechtswirkungen des Versuchsbetriebsgenehmigungsbescheides einseitig belastet werden.

Neben rechtsstaatlichen Erwägungen sind aber auch grundrechtliche Erwägungen ins Treffen zu führen. Grundrechte begründen Schutzansprüche, die den Staat verpflichten, den Einzelnen in gewissem Umfang vor Einwirkungen durch Dritte zu schützen. Im Zusammenhang mit Betriebsanlagen kommt insbesondere Art. 2 EMRK (Recht auf Leben), Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung der Wohnung) und Art. 5 StGG / Art. 1, 1. ZPMRK (Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums) in Betracht. Mit Erteilung der Versuchsbetriebsgenehmigung hat die Gewerbebehörde einen potenziellen Eingriff in die genannten Grundrechte vorgenommen und mangels Vorliegens eines effektiven Rechtsschutzes den Nachbarn auch die Möglichkeit genommen, einen potenziellen Eingriff in diese Grundrechte beim Verfassungsgerichtshof abzuwehren.

Die VA übersieht keineswegs, dass § 354 GewO die Genehmigung eines Versuchsbetriebes an sich ermöglicht. Auf Grund des mangelhaften auch in der Literatur kritisierten

Grundrechtsteil

Rechtsschutzes für Nachbarn (*Aich/reiter, Was ist eine Versuchsbetriebsgenehmigung? WBI 1992, 390 ff*) müssen derartige Bescheide aber einerseits im Spruch widerspruchsfrei formuliert sein und andererseits auch eine ausreichende Begründung für die Notwendigkeit eines solchen Versuchsbetriebes enthalten. Beides ist im vorliegenden Bescheid nur in äußerst mangelhafter Weise geschehen.

15.4 Erwerbsfreiheit (Art. 6 StGG)

15.4.1 Wiederausstellung von Taxilenkerausweisen (VA BD/250-V/96, BD/342-V/02)

Einem Taxilenker, dem die Lenkberechtigung für sein privates KfZ wegen einer bestimmten Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit entzogen wurde, kann nach der Rechtsprechung des VwGH und der sich darauf gründenden Vollzugspraxis gemäß § 6 Abs. 1 Z 1 der Betriebsordnung für den nicht liniennäßigen Personenverkehr (BO) frühestens ein Jahr nach Wiederausfolgung des Führerscheines ein neuer Taxilenkerausweis ausgestellt werden.

Da die VA aus den im **25. Bericht an den Nationalrat und den Bundesrat**, S. 236, skizzierten Gründen diese Rechtslage im Hinblick auf das Grundrecht auf Erwerbsausübungsfreiheit für verfassungsrechtlich bedenklich ansieht, eine verfassungskonforme Auslegung der Vollziehung angesichts der Judikatur des VwGH (zB VwGH 20.4.1993, Zl. 93/03/0016, zur inhaltlich identischen Vorgängerbestimmung des § 6 Abs. 1 Z 1 BO) aber ebenfalls gravierende rechtliche Probleme aufwerfen würde, wurde der sachzuständige BM mit einer **Empfehlung** vom 14. Juni 2002 aufgefordert, die Rechtslage dergestalt zu ändern, dass der vorübergehende Entzug der Lenkerberechtigung nicht mehr eo ipso zu einem einjährigen Berufsverbot führt.

Dieser **Empfehlung** hat der genannte Bundesminister im Berichtsjahr entsprochen, indem durch die Novelle BGBI. II Nr. 337/2003 § 6 Abs. 1 Z 1 BO dahingehend geändert wurde, dass der Nachweis, dass der Antragsteller mindestens das Jahr vor der Antragstellung regelmäßig Kraftwagen tatsächlich gelenkt hat, nun nur mehr bei erstmaliger Ausstellung eines Taxiausweises zu erbringen ist. Die von der VA aufgezeigte verfassungsrechtliche Problematik ist damit gelöst.

Grundrechtsteil

15.5 Datenschutz (§ 1 DSG 2000)

15.5.1 Übermittlung von Melderegisterdaten an lokale Tageszeitungen (VA BD/6-BKA/03)

Die VA wurde von Frau M. davon in Kenntnis gesetzt, dass in Vorarlberg in lokalen Tageszeitungen allen Landesbürgerinnen und Landesbürgern ab Vollendung des 70. Lebensjahres zu jedem Geburtstag unter Angabe ihrer Adresse automatisch und ungefragt gratuliert wird. Die entsprechenden Daten würden von allen Vorarlberger Gemeinden und Städten an eine Tageszeitung ohne Rücksprache mit den Betroffenen, ob sie eine derartige Einschaltung überhaupt wollen, zur Veröffentlichung übermittelt.

Bei der Anführung von Vor- und Familiennamen, der Adresse und des Geburtsdatums eines Menschen handelt es sich um personenbezogene Daten im Sinne des § 4 Z 1 DSG 2000. Es steht auch nach der ständigen Rechtsprechung des OGH außer Frage, dass sich der in § 7 DSG 2000 normierte Schutz Betroffener bei der Datenübermittlung auch auf deren Name und Anschrift erstreckt. Nach dieser Bestimmung ist die Übermittlung verarbeiteter Daten etwa dann erlaubt, wenn dazu eine ausdrückliche oder implizite gesetzliche Deckung besteht. Zwar hat die Meldebehörde nach § 18 Abs. 1 Meldegesetz 1991 auf Verlangen gegen Nachweis der Identität aus dem Melderegister Auskunft zu erteilen. Weder diese noch eine andere Vorschrift des Meldegesetzes rechtfertigt aber die Weitergabe des gesamten Bestandes gemeldeter Personen einer Gemeinde an einen Dritten.

Die VA hat bereits aus Anlass des Beschwerdeverfahrens VA BD/15-BKA/02 (vgl. dazu die Ausführungen im **26. Bericht an den Nationalrat und den Bundesrat**, S. 219 ff) festgestellt, dass die Übermittlung automationsunterstützt verarbeiteter Meldedaten aus dem lokalen Melderegister durch den Bürgermeister einer Gemeinde an den Herausgeber eines Adressbuches in den §§ 18 und 20 Abs. 3 Meldegesetz 1991 keine gesetzliche Deckung findet bzw. mangels einer wirksamen Zustimmung der betroffenen Gemeindebürger auch gegen §§ 7 Abs. 2 Z.3 iVm 8 Abs. 1 Z.2 DSG 2000 verstößt und daher einen **Missstand in der Verwaltung** darstellt.

Aus Anlass dieses Prüfungsverfahrens hat die VA dem BM für Inneres **empfohlen**, Vorarlberger Bürgermeister unter Androhung aufsichtsbehördlicher Maßnahmen nachweislich davon in Kenntnis zu setzen, dass die Übermittlung oder Veröffentlichung des Daten-

Grundrechtsteil

bestandes lokaler Melderegister auf Grundlage des Meldegesetzes nicht vorgesehen bzw. datenschutzrechtlich nur insoweit zulässig ist, als zuvor Willenserklärungen Betroffener vorliegen, die in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung ihrer Daten eingewilligt haben.

Dieser **Empfehlung** der VA wurde mit einem Erlass des BM für Inneres entsprochen, in dem die Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg ein entsprechendes Schreiben an die Bezirkshauptmannschaften sowie die Ämter der Städte und Gemeindeämter Vorarlbergs übermittelt hat.

Da sich der vorliegende Sachverhalt in entscheidungswesentlicher Hinsicht nicht von jenem unterschied, der zu dieser **Empfehlung** geführt hat, ersuchte die VA den BM für Inneres, entsprechende Veranlassungen zu treffen, um auch in diesem Bereich eine gesetzeskonforme Vorgangsweise der Verwaltung zu gewährleisten.

Mit Erlass vom 23. Mai 2003 wies die Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg sämtliche Gemeindeämter sowie die Ämter der Städte mit eigenem Statut darauf hin, dass auch die vorstehend erwähnten Übermittlungen im Meldegesetz keine Deckung finden. Gleichzeitig wurde die Anweisung erteilt, entweder vor einer Datenweitergabe die ausdrückliche Zustimmung der Betroffenen einzuholen oder von der Weitergabe der Daten überhaupt Abstand zu nehmen.

15.5.2 Sicherheit geht vor Datenschutz (VA BD/73-I/01)

Die Geheimhaltung personenbezogener Daten ist ein verfassungsrechtlich garantiertes Grundrecht (§ 1 DSG 2000). Bei sensiblen Daten (§ 4 Z 2 leg.cit.), wie persönlichen gesundheitsbezogenen Daten, sind Beschränkungen des Anspruches auf Geheimhaltung nur durch Gesetz und auch dann nur unter bestimmten weiteren Voraussetzungen, wie beispielsweise unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, zulässig.

Erlangen Amtsärzte bei Ausübung ihrer Funktion Kenntnis von gesundheitlichen Situationen, die in anderen Rechtsbereichen rechtlich bedeutsam sein können, müssen sie dzt. in jedem einzelnen Fall eigenverantwortlich über eine allfällige Datenweitergabe entscheiden, können dabei aber kaum auf klare gesetzliche Regelungen zurückgreifen.

Die bei der VA aus verschiedenen Prüfbereichen bekannt gewordene Spannungssituation zwischen dem öffentlichen Interesse der Gewährleistung von Sicherheit und dem privaten Datenschutzinteresse wird vielfach dann akut, wenn Amtsärzte anlässlich eines be-

Grundrechtsteil

stimmten Verwaltungsvorgangs gesundheitsbezogene Daten erheben oder verarbeiten und diese Daten gegebenenfalls zur Verwendung in anderen Rechtsbereichen weitergeben.

Eine an Diabetes leidende Beschwerdeführerin beantragte beim Amtsarzt eines Wiener Polizeikommissariates die Ausstellung einer Bescheinigung zwecks Erlangung steuerlicher Erleichterungen. Diese Bescheinigung wurde ihr ausgestellt, jedoch wurde daraus resultierend sofort ein führerscheinrechtliches Verfahren begonnen, um die gesundheitliche Eignung im Bezug auf den weiteren Besitz eines Führerscheines zu überprüfen.

Ähnliche Vorgangsweisen ergeben sich häufig auch dann, wenn eine Person infolge dauernd starker Gehbehinderung einen Behindertenausweis nach den Bestimmungen des § 29b der Straßenverkehrsordnung beantragt; auch in derartigen Fällen macht der Amtsarzt, der den Grad der Gehbehinderung festzustellen hat, fallweise Meldungen über den von ihm wahrgenommenen Gesundheitszustand der Antragssteller an die Führerscheinbehörde.

Die im erstgenannten Beschwerdefall eingeholte Stellungnahme des Bundesministers für Inneres hat ergeben, dass die ursprüngliche Meldung des Amtsarztes an die Führerscheinbehörde keine Personen bezogenen Gesundheitsdaten beinhaltet hat, sondern die Führerscheinbehörde wurde lediglich in allgemeiner Art über die entstandenen Zweifel an der Verkehrstauglichkeit informiert. Eine Übermittlung gesundheitsbezogener Daten käme nach Mitteilung des Bundesministers für Inneres erst dann in Frage, wenn die Führerscheinbehörde im Rahmen des einschlägigen Verfahrens nach dem Führerscheingesetz die Durchführung einer amtsärztlichen Untersuchung für erforderlich hält und der mit der Begutachtung beauftragte Amtsarzt Gesundheitsdaten aus der ersten Untersuchung anfordert.

Eine solche Vorgangsweise verursacht aber nur eine Aufblähung des bürokratischen Aufwandes, ohne dem Rechtsschutz zu dienen.

Dazu kommt noch, dass die einschlägigen Beschwerden nahezu ausschließlich die Datenweitergabe an die zur Vollziehung des Führerscheingesetzes zuständigen Behörden betrafen. Möglicherweise wird auf diejenigen Rechtsbereiche "vergessen", in denen ebenfalls gesundheitliche Beeinträchtigungen zu behördlichen Maßnahmen im öffentli-

Grundrechtsteil

chen Interesse führen müssten. Als Beispiele seien nur Befugnisse zur Führung von Schienen-, Luft- und Wasserfahrzeugen oder Berechtigungen zum Besitz bzw. zur Führung von Schusswaffen genannt, deren Entziehung oder Beschränkung bei bestimmten (körperlichen oder geistigen) Gesundheitszuständen geboten sein kann.

Die VA hielt damit das eingangs beschriebene Problem keinesfalls für geklärt, weshalb sie Kontakt mit dem Datenschutzrat aufgenommen hat. Der Datenschutzrat erstattete am 11. März 2003 nachfolgende Stellungnahme:

"Gemäß § 1 Abs. 1 Datenschutzgesetz 2000, BGBl. I Nr. 165/1999, idgF, hat Jedermann, insbes. auch im Hinblick auf die Achtung seines Privat- und Familienlebens, Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, so weit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht. Das Bestehen eines solchen Interesses ist nur dann ausgeschlossen, wenn Daten in Folge ihrer allgemeinen Verfügbarkeit oder ihrer mangelnden Rückführbarkeit auf den Betroffenen einem Geheimhaltungsanspruch nicht zugänglich sind. Im vorliegenden Fall ist somit vom Bestehen schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen auszugehen. Gesundheitsbezogene Informationen sind nach Art. 8 der EG-Richtlinie 95/46 EG und gemäß § 9 DSG 2000 sogar als besonders schutzwürdig (sensibel) einzustufen."

In schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen darf gemäß § 1 Abs. 2 DSG 2000 nur dann eingegriffen werden, wenn dies mit Zustimmung des Betroffenen oder in seinem lebenswichtigen Interesse oder zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines Anderen geschieht. Bei Eingriffen einer staatlichen Behörde darf ein Eingriff zur Wahrung der überwiegenden berechtigten Interessen Anderer nur auf Grund von Gesetzen geschehen, die aus den in Art. 8 Abs. 2 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), BGBl. Nr. 210/1958, genannten Gründen notwendig sind. Derartige Gesetze dürfen die Verwendung von Daten, die ihrer Art nach besonders schutzwürdig sind, nur zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen vorsehen und müssen gleichzeitig angemessene Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen festlegen.

Eine Datenübermittlung, die nur im Interesse Dritter geschieht (also z.B. nur im Interesse der übrigen Verkehrsteilnehmer), bedarf dann, wenn sie von einem staatlichen Organ (z.B. einem Amtsarzt) vorgenommen wird, einer inhaltlich entsprechend genau determinierten gesetzlichen Grundlage.

Wird eine Datenübermittlung jedoch im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen selbst notwendig, dann ist dies gemäß § 1 Abs. 2 DSG 2000 auch ohne das Hinzutreten einer (einfach)gesetzlichen ausdrücklichen Vorschrift, unmittelbar auf der Grundlage des § 1 Abs. 2 DSG 2000 zulässig.

Ob die Übermittlung von Daten im gegenständlichen Kontext durch Amtsärzte bei gelender Rechtslage zulässig ist, hängt somit von der Beantwortung der Frage ab, ob diese Übermittlung auch im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen notwendig ist, um ihn an einer ihn selbst akut gefährdenden Handlung zu hindern.

Grundrechtsteil

Es wäre daher im Interesse eines geordneten Gesetzesvollzugs zweifellos geboten, die vorliegende Problematik ausdrücklich gesetzlich zu regeln und sie nicht der Rechtsfindung im Wege bloßer Interpretation zu überlassen. Freilich ist auch für eine gesetzliche Regelung zunächst eine kompetenzrechtliche Abklärung bzw. auch eine Bewertung der Sachfrage durch medizinische und Verkehrsexperten Voraussetzung.

Der Datenschutzrat wird sich daher an das zuständige Ministerium mit einer Empfehlung wenden, eine gesetzliche Grundlage für die Übermittlung von gesundheitsbezogenen Daten durch Amtsärzte zu schaffen, wobei auch genaue Handlungsanweisungen für die Amtsärzte im Verordnungswege erlassen werden können."

Die VA hält ergänzend fest, dass eine vergleichbare Fallkonstellation, wo allerdings nicht das Datenschutzgesetz, sondern das Ärztegesetz Rechtsgrundlage war, zu einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofes (6 Ob 267/02m vom 12. Dezember 2002) geführt hat, worin die Bekanntgabe eines ärztlichen Befundes an die Führerscheinbehörde, um eine Verletzung dritter Verkehrsteilnehmer durch die Fahrtauglichkeit des Patienten zu vermeiden, **im Einzelfall** gerechtfertigt sein kann.

Auch diese Entscheidung bestätigt die VA in ihrer ursprünglichen Auffassung, dass zur Gewährleistung eines einheitlichen Vorgehens die Weitergabe gesundheitsbezogener Daten im öffentlichen Bereich auf eine klare gesetzliche Basis gestellt werden solle. Damit wäre nicht nur der einzelne Bürger vor einer **zu weit reichenden** Datenweitergabe, sondern auch die Allgemeinheit vor einer **zu restriktiven Handhabung** geschützt und die unmittelbar betroffenen Amtsärzte würden von der jetzt bestehenden Verpflichtung entbunden sein, in weitestem Sinne in jedem Einzelfalle selbstständig entscheiden zu müssen, welchen Umfang eine allfällige Weitergabe gesundheitsbezogener Daten haben dürfe bzw. müsse. In diesem Sinne wird die VA die Aktivitäten des Datenschutzrates unterstützen.

15.5.3 Unwirksame Auskunftssperre nach Meldegesetz (VA BD/366-I/02)

Die Mutter eines Kleinkindes hat für sich und ihren Sohn nach verschiedenen ernst zu nehmenden Bedrohungen die Möglichkeit genutzt, nach § 18 Abs. 2 des Meldegesetzes eine Auskunftssperre zu erhalten. Für Postsendungen war eine andere Adresse als ihre Wohnadresse vorgesehen.

Im Zuge der Werbung für die Nationalratswahl 2002 erhielt die Beschwerdeführerin von den wahlwerbenden Parteien jedoch Zuschriften an ihre "geheime" Adresse.

Grundrechtsteil

Wie das Prüfverfahren der VA ergab, war dafür nicht die fehlerhafte Anwendung des Meldegesetzes ursächlich, sondern es fehlt eine gesetzliche Möglichkeit, die Bestimmungen von Meldegesetz und Wählerevidenzgesetz aufeinander abzustimmen.

In das auf Grund des Wählerevidenzgesetzes erstellte Wählerverzeichnis hat Jedermann das Recht auf Einsichtnahme; politische Parteien können im Rahmen der Vorbereitung von Wahlen auch eine Ausfertigung dieses Wählerverzeichnisses erhalten.

Die **öffentliche** Auflage des Wählerverzeichnisses, die auch der Aktualisierung und Brichtigung der Wählerevidenz dienen soll, ist gesetzlich zwingend und ohne Ausnahmen angeordnet. Eine dem § 18 Abs. 2 des Meldegesetzes ähnliche Bestimmung ist im Bereich des Wahlrechts nicht vorhanden.

Es kommt daher zu dem unerfreulichen Ergebnis, dass eine nach Melderecht geheimzuhalrende Wohnanschrift einer bestimmten Person durch Einsichtnahme in das Wählerverzeichnis ohne Schwierigkeiten in Erfahrung gebracht werden kann. Einige praktische Voraussetzung ist, dass der Einsichtswerber über einen einigermaßen präzisen adressenmäßigen Anknüpfungspunkt für die Einsichtnahme in das Wählerverzeichnis verfügt.

Da diese Rechtslage unbefriedigend scheint, aber der von der VA kontaktierte BMI keinen legitimen Änderungsbedarf erkannt hat, ist die VA zur Abklärung allfälliger datenschutzrechtlicher Zusammenhänge an den Datenschutzrat herangetreten. Eine Antwort stand zum Zeitpunkt der Berichterstellung noch aus.

Ein zwischenzeitiger Kontakt des BKA mit dem BMI ergab, dass dort (weiterhin) die Auffassung vertreten wird, aus demokratiepolitischen Gründen sei die öffentliche Auflage des Wählerverzeichnisses **unverzichtbar**. Eine Abwägung dieser -zweifelsfrei vorhandenen- öffentlichen Interessen mit dem Interesse auf persönliche Sicherheit unterblieb jedoch.

Der BMI hat daher auch keine Vorschläge zu einer allfälligen Problemlösung erstattet. Im fortzusetzenden Prüfverfahren werden die dargelegten Argumente noch eingehender zu beurteilen sein.

15.5.4 Erkennungsdienstliche Maßnahmen (Grundrecht auf Achtung des Privatlebens, Art.8 EMRK)

§ 65 des Sicherheitspolizeigesetzes als Rechtsgrundlage für erkennungsdienstliche Maßnahmen besteht seit 1.9.1993. Ab dem Jahre 1997 kam es bei der VA zu einer Häufung

Grundrechtsteil

einschlägiger Beschwerden. Bei einer Gesamtbetrachtung der Prüfverfahren ist zu erkennen, dass die Sicherheitsbehörden und -organe eine extensive und vielfach überschließende Gesetzesinterpretation vornehmen und die Verwaltungspraxis nicht rechtskonform gestalten wollen.

Der im § 77 Abs 2 SPG verfügte Ausschluss eines ordentlichen Rechtsmittels gegen beseidmäßige Anordnungen erkennungsdienstlicher Maßnahmen führt zu einer unverhältnismäßig großen Zahl verwaltungsgerichtlicher Verfahren. Die Ermöglichung des Instanzenzuges (Berufung an die Sicherheitsdirektion) wäre bürgerfreundlicher und sowohl für den Staat als auch für die betroffenen Bürger kostengünstiger.

§ 65 SPG regelt die Befugnis zu erkennungsdienstlichen Maßnahmen. Im Zusammenhang mit Beschwerden war dies vor allem die Herstellung von Lichtbildern und Abnahme von Fingerabdrücken. Diese Gesetzesbestimmung wurde mehrfach in kurzen Abständen geändert. Die Stammfassung war bis zum 31.8.1999 in Kraft. Änderungen erfolgten so dann mit BGBl 146/1999 per 1.9.1999, mit BGBl I 85/2000 per 11. 8. 2000 und mit BGBl I 104/2002 per 1.10.2002. Außerhalb des Sicherheitspolizeigesetzes änderte sich die einschlägige Rechtslage für Vorgänge im erkennungsdienstlichen Bereich insbesondere durch das Inkrafttreten des Datenschutzgesetzes 2000 per 1.1.2000.

§ 65 Abs.1 SPG hat in der dzt. geltenden Fassung folgenden Wortlaut:

"Die Sicherheitsbehörden sind ermächtigt, einen Menschen, der in Verdacht steht, eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen zu haben, erkennungsdienstlich zu behandeln, wenn der Betroffene im Rahmen krimineller Verbindungen tätig wurde oder dies sonst zur Vorbeugung gefährlicher Angriffe des Betroffenen erforderlich scheint."

Die mit Datenschutz im engeren Zusammenhang stehenden Beschwerden betreffen hauptsächlich Löschungsbegehren und eignen sich wegen der individuell sehr unterschiedlichen Sachlage zur Einzelfalldarstellung, während die Beschwerden im Zusammenhang mit dem Auftrag zur Mitwirkung bei erkennungsdienstlichen Maßnahmen nachstehend global dargestellt werden.

Die Feststellung persönlicher Merkmale (in der Regel Lichtbild, körperliche Merkmale, Fingerabdrücke) zum Zwecke der Wiedererkennung sollte in den hier pauschal dargestellten Beschwerdefällen im Rahmen sicherheitsbehördlicher Ermittlungen aus Anlass des Verdachts **geringfügiger** strafgesetzwidriger Handlungen (beispielsweise Sachbeschädigung oder Ladendiebstahl) erfolgen, wobei überdies auch die jeweilige Verdachtslage unterschiedlich stark ausgeprägt und teils nur geringfügig war.

Grundrechtsteil

In keiner der untersuchten Beschwerden fand sich der Hinweis auf bandenmäßige oder organisierte Kriminalität bzw. auf kriminelle Verbindungen, weshalb dem gesetzlichen Gebot, auf die Person des Verdächtigen **individuell** einzugehen und **spezialpräventive** Aspekte zu berücksichtigen, besondere Beachtung zu schenken gewesen wäre.

Diese individuelle Beurteilung ist in nahezu allen geprüften Fällen unterblieben bzw. unzureichend oder unzutreffend erfolgt.

Besonders nachteilig fiel der VA auf, dass auf den im Sicherheitspolizeigesetz verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§§ 28 Abs. 2 und 29) sowohl im Verwaltungsgeschehen als auch in den an die VA erstatteten Stellungnahmen regelmäßig "vergessen" wurde. Diesem Grundsatz gemäß soll die Ausübung von Befugnissen, durch die in Rechte Anderer eingegriffen wird, in vernünftiger Relation zum Anwendungszweck stehen. Eine solche Abwägung würde auch dem Grundrecht auf Datenschutz entsprechen (Artikel I § 1 Abs. 2 letzter Satz: "Auch im Falle zulässiger Beschränkungen darf der Eingriff in das Grundrecht jeweils nur in der **gelindesten**, zum Ziel führenden Art vorgenommen werden.")

In den von der VA bisher geführten Prüfverfahren hat der BMI in seinen Stellungnahmen keine Bereitschaft erkennen lassen, die sicherheitsbehördlichen Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit der einzelnen in Prüfung stehenden Anordnungen offen zu legen bzw. allenfalls selbst zu ergänzen. Die VA muss somit davon ausgehen, diese Bestimmung werde (bewusst und generell) unbeachtet gelassen.

Eine in einen Nachbarschaftsstreit verwickelte Person, die einer Sachbeschädigung (Verbiegen einer Satellitenantenne) verdächtig ist, wird nur schwer als präsumptiver Schwer-krimineller hinzustellen sein, dem jedenfalls Wiederholungsgefahr zu unterstellen wäre. Die Begründung, warum in einem solchen Fall das Lichtbild des Verdächtigen jedenfalls in der (in der Bevölkerung üblicherweise so bezeichneten) "Verbrecherkartei" Aufnahme finden müsse, mag daher wirklich schwierig zu formulieren sein. Auch die daktyloskopische Behandlung einer jugendlichen -vermeintlichen- Ladendiebin (bei geringem Wert des Diebstahls) wird dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widersprechen. Nur deshalb dürften seitens des BMI Äußerungen hiezu unterblieben sein.

Grundrechtsteil

Diese Beispiele zeigen überdies sehr deutlich, dass ein Lichtbild des "Sachbeschädigers" keine Präventivwirkung haben kann, wenn die den Gegenstand der Ermittlung bildende Sachbeschädigung ohnehin im Zuge von Nachbarschaftsstreitigkeiten erfolgt sein soll und Zweifel an der Identität bzw. Wiedererkennung des Verdächtigen aus diesem Grunde gar nicht bestehen können. Ähnlich muss der Präventivzweck der Abnahme von Fingerabdrücken bei einer des Ladendiebstahls verdächtigen jugendlichen Person angezweifelt werden.

Selbst im Falle der grundsätzlichen Zulässigkeit des Erkennungsdienstes hielt die VA eine nur teilweise, auf die konkrete Tatwiederholung abzielende Beschränkung der erkennungsdienstlichen Behandlung für erforderlich. Dies wurde vom BMI mit der Begründung abgelehnt, die Personenidentifikation beruhe nach internationaler Übung auf der Lichtbildaufnahme und den Fingerabdrücken.

Der VA schien das Beharren, jedenfalls Fingerabdrücke und Lichtbilder anfertigen "zu müssen", schon deswegen nicht plausibel, weil auch andere erkennungsdienstliche Maßnahmen, wie beispielsweise die Erhebung von Stimm- oder Schriftproben offenbar nicht generell, sondern nur im Falle ganz bestimmter Verdachtslagen erfolgt.

Bei der Gesamtbetrachtung der bisherigen Prüfverfahren blieb bei der VA der Eindruck, das Verlangen der Duldung erkennungsdienstlicher Maßnahmen werde entweder routinemäßig **generell** vorgenommen oder es werden derartige Maßnahmen dann verlangt, wenn sich der einer Straftat Verdächtige bei seiner Einvernahme durch Sicherheitsorgane nicht kooperativ genug verhält. In beiden Fällen würde dies aber ein rechtswidriges und **willkürliches** Vorgehen bedeuten.

Es tritt noch hinzu, dass die betroffenen Personen die erkennungsdienstliche Behandlung als überaus massiven Eingriff in ihre Persönlichkeitssphäre empfinden, weil derartige Vorgänge nach allgemeiner Auffassung nur bei Schwerverbrechern stattfinden.

Auch können Bekannte, Verwandte, Geschäftspartner usw. bei einer aus anderem Anlass erfolgten Einsicht in die "Verbrecherkartei" (Lichtbildersammlung) Kenntnis von der erkennungsdienstlichen Behandlung erlangen, wodurch eine Rufschädigung auch von letztlich unschuldigen Personen vorkommen kann.

Grundrechtsteil

Eine Änderung der Rechtsauffassung oder Rechtsauslegung des BMI im Zusammenhang mit erkennungsdienstlichen Maßnahmen konnte von der VA bisher nicht bewirkt werden, aber auch die in ähnliche Richtung zielende verwaltungsgerichtliche Judikatur wird vom Innenressort offenkundig nicht zum Anlass genommen, die Bezirksverwaltungsbehörden bzw. Bundespolizeidirektionen zu einer geänderten, nämlich rechtsrichtigen Vorgangsweise anzuhalten.

Eine von der VA im Rechtsinformationssystem des Bundes vorgenommene edv-mäßige Abfrage der VwGH-Entscheidungen zu § 65 SPG zeigt nämlich, dass Beschwerden dort erstmalig im Jahre 1996, dann aber stetig eingelangt sind; der Trend des Beschwerdeaufkommens bei der VA spiegelt sich somit auch beim VwGH in gleicher Art wider.

Bemerkenswert ist auch das Ergebnis der globalen Betrachtung des Inhaltes der vorgefundenen Entscheidungen des VwGH. In den ab Ende 1998 beendeten (über 20) einschlägigen Verfahren des VwGH fanden sich **ausnahmslos aufhebende** Entscheidungen zu Gunsten der Beschwerdeführer, wodurch der Bund den jeweiligen Verfahrenskostenaufwand zu tragen hatte.

Dies stützt die eingangs erwähnte, auf die Ergebnisse der durchgeführten Prüfverfahren gestützte Vermutung der VA, die Sicherheitsbehörden würden die gesetzlichen Einschränkungen der erkennungsdienstlichen Tätigkeit nicht akzeptieren wollen und sich bewusst über die -einfachgesetzliche und verfassungsgesetzliche- Rechtslage hinweg setzen.

Im Rahmen eines jüngeren Prüfverfahrens hat der BMI eine erlassmäßige Regelung angekündigt. Ob damit ein künftiges rechtmäßiges Vorgehen der Bezirksverwaltungsbehörden (Bundespolizeidirektionen) sichergestellt werden kann oder ob die (eine legitime Änderung des § 77 Abs 2 SPG erfordernde) Eröffnung eines Instanzenzuges an die Sicherheitsdirektion zielführender wäre, ist Gegenstand weiterer Erörterungen der VA mit dem BMI.

Exemplarische Einzelfälle aus diesem Rechtsgebiet sind im besonderen Teil dieses Berichtes dargestellt.

Grundrechtsteil

15.6 Recht auf faires Verfahren (Art 6 MRK)

15.6.1 Gerichtliche Durchsetzung von Nachbarrechten bei vereinfacht genehmigten Betriebsanlagen (§359b GewO)

Gemäß § 359b GewO sind Betriebsanlagen, deren Ausmaß insgesamt nicht mehr als 1.000 m² beträgt, im vereinfachten Verfahren zu genehmigen. Nachbarn haben in einem solchen Verfahren das Recht auf Einsicht in die Projektsunterlagen sowie ein Anhörungsrecht, allerdings **keine** Parteistellung.

Mit Erkenntnis des OGH vom 8.7.2003, ZI 4Ob137/03f, ist erstmals klargestellt, dass mit der Bestimmung des § 359b GewO das rechtliche Gehör der Nachbarn nicht ausreichend gewahrt ist. Mit dieser Entscheidung wird der seit Jahren geübten Kritik der VA Rechnung getragen. In zahlreichen Berichten erachtete die VA die Einführung aber vor allem den Ausbau des vereinfachten Verfahrens und die damit verbundene Verdrängung des Nachbarn aus dem Betriebsanlagenrecht bzw. die Reduzierung der nachbarlichen Rechte auf ein bloßes Anhörungsrecht als verfehlt. Wie die VA schon bisher vertritt der OGH die Auffassung, dass die fehlende Parteistellung des Nachbarn im vereinfachten Verfahren **nicht** dadurch aufgewogen wird, dass der Nachbar nach § 79a Abs. 1 GewO nachträgliche Auflagen beantragen kann und insoweit auch Parteistellung hat.

Abwehransprüche von Nachbarn gegen Immissionen sind nach dem OGH "civil rights" iSd Art. 6 EMRK. Das hat zur Folge, dass über sie nur in einem fairen Verfahren entschieden werden darf, in welchem Betroffene ihre Rechte effektiv vertreten können. Eine "behördlich genehmigte Anlage" iSd § 364a ABGB liegt nur vor, wenn die Genehmigung nach Abwägung widerstreitender Interessen in einem Verfahren erteilt wird, in welchem das rechtliche Gehör der Nachbarn gewahrt ist.

Da das rechtliche Gehör der Nachbarn im vereinfachten Verfahren nach § 359b GewO nicht in vollem Umfang gewahrt ist, muss § 364a ABGB verfassungskonform dahingehend ausgelegt werden, dass eine im vereinfachten Verfahren nach § 359b GewO genehmigte Anlage **keine** behördlich genehmigte Anlage iSd § 364a ABGB ist.

Ausgehend von dem Vorverständnis, dass Abwehransprüche von Nachbarn gegen Immissionen "civil rights" sind und folglich über solche Ansprüche nur in einem fairen Verfahren entschieden werden darf, in welchem betroffene Nachbarn ihre Rechte effektiv

Grundrechtsteil

wahrnehmen können, meint der OGH, dass mangels Parteistellung der Nachbarn im vereinfachten Verfahren ein derart faires Verfahren nicht bejaht werden könne.

Verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf den im Art. 94 B-VG enthaltenen Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung sind nach Auffassung des OGH nicht gerechtfertigt. Richtig sei zwar, dass es sowohl im gewerbebehördlichen Genehmigungsverfahren als auch im zivilgerichtlichen Verfahren auf Unterlassung von Immissionen um den Schutz des Nachbarn geht; im Verwaltungsverfahren richtet sich der Anspruch des Nachbarn aber gegen die Behörde, die seine Interessen bei der Genehmigung der Anlage entsprechend zu wahren hat. Anspruchsgegner des zivilgerichtlichen Verfahrens ist hingegen der Anlagenbetreiber. Ihm gegenüber kann (nur) begehrt werden, dass er Immissionen unterlasse. Wie er einem derartigen Unterlassungsgebot nachkommt, bleibt ihm überlassen

Die aus der Beschränkung des rechtlichen Gehörs folgende Beeinträchtigung des Rechtsschutzes des Nachbarn könne nicht durch das Interesse des Anlageninhabers an Rechtssicherheit aufgewogen werden. Nach Auffassung des OGH mag es zwar unbefriedigend sein, dass der Anlageninhaber – wenn die Anlage die Tatbestandsvoraussetzungen des § 359b GewO erfüllt – nicht zwischen dem Verfahren nach § 356 GewO mit Augenscheinsverhandlung sowie Parteistellung des Nachbarn und dem vereinfachten Verfahren nach § 359b GewO wählen kann und daher keine Möglichkeit hat, eine Prüfung der Immissionen im Verwaltungsverfahren unter Einbeziehung des Nachbarn als Partei zu erreichen, dem steht für den OGH aber gegenüber, dass der Anlageninhaber im vereinfachten Verfahren die Genehmigung wesentlich rascher erlangen kann.

Mit dieser Entscheidung gerät die aus Unternehmersicht weit reichende und aus Nachbarsicht einengende Bestimmung des §359b GewO auch im grundrechtlichen Verständnis ins Wanken. Das vorliegende Problemfeld ist daher vom Gesetzgeber sowohl im Interesse der Nachbarn als auch des Unternehmers rasch zu lösen, weil andernfalls jeder Inhaber einer im vereinfachten Verfahren ergangenen Betriebsanlagengenehmigung einen erfolgreichen zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch zu gewärtigen hätte. Siehe dazu aber auch die Ausführungen im Kapitel Gewerberecht, Seite 246.

Grundrechtsteil

15.7 Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK)

15.7.1 Schutz des Familienlebens bei Inkognitoadoptionen (VA BD/1216-SV/03)

Frau M. stimmte hinsichtlich ihres im November 2002 geborenen Kindes einer Inkognitoadoption zu. Trotzdem wurden ihr im September 2003 von der Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter Krankenscheine für das Kind zugeschickt, auf denen der Name der Adoptiveltern angeführt war.

Die VA hegt keinen Zweifel daran, dass durch die geschilderte Vorgangsweise das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht des Kindes und seiner Adoptiveltern auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Artikel 8 EMRK) verletzt wurde. Dieser Konventionsbestimmung ist eine Verpflichtung des Staates zu entnehmen, sich unverhältnismäßiger Eingriffe in dieses Grundrecht zu enthalten und darüber hinaus auch geeignete Vorkehrungen zu treffen, um zu verhindern, dass personenbezogene Herkunftsdaten offen gelegt werden. Es verstößt daher gegen Artikel 8 EMRK, wenn im Falle einer Inkognitoadoption die leiblichen Eltern durch die irrtümliche Zusendung von Krankenscheinen Kenntnis von der Identität der Adoptiveltern ihres Kindes erhalten.

Im Zeitpunkt des Redaktionsschlusses des vorliegenden Tätigkeitsberichtes befand sich eine Verordnung des BM für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz über die von den Personenstandsbehörden an die Gebietskrankenkasse zu übermittelnden Daten (Personenstandsverordnung) in Begutachtung, deren § 3 Abs. 2 das Entstehen gleich gelagerter Fälle in Zukunft verhindern soll.

15.7.2 Recht auf Beibehaltung des Familiennamens (VA BD/11-AA/03)

Der 1985 als Doppelstaatsbürger geborene Bf. hätte nach der maßgeblichen Rechtslage den Familiennamen seines ehelichen Vaters erhalten müssen. Der Bf. hat jedoch seit seiner Geburt einen anders zusammengesetzten Doppelnamen (bestehend aus dem ersten Teil des Familiennamens des Vaters sowie dem Familiennamen der Mutter) geführt, der auch in der Geburtsurkunde sowie in sonstigen Dokumenten wie zB Schulzeugnissen als sein Familiennname angesehen wurde. Als das österreichische Generalkonsulat in München im Mai 2002 einen Antrag auf Ausstellung eines Reisepasses auf den seit seiner Geburt geführten Doppelnamen ablehnte, wandte sich der Bf. an die VA.

Grundrechtsteil

Die VA ist der Auffassung, dass der Name eines Menschen Ausdruck seiner Identität und Individualität ist und das Recht auf Führung des Familiennamens in den Schutzbereich des Art 8 EMRK fällt (vgl. dazu aus der neueren Literatur beispielhaft ausführlich Wiederin, *Art. 8 EMRK*, in Korinek/Holoubek (Hrsg), *Bundesverfassungsrecht* (5. Lfg. 2002) Rz 33 und 39, der unter Zitierung von weiteren Entscheidungen des EGMR auf die "mittlerweile einhellige Auffassung" hinweist, "dass der Name einer Person als Mittel für den Ausdruck der persönlichen Identität ihr Privatleben betrifft sowie VfSlg 13.661/1994 und 15.031/1997 und die Entscheidung des EGMR im Fall Burghartz vom 22.2.1994, abgedruckt in ÖJZ 1994, 559).

Da der vom Bf. geführte Familiename seit seiner Geburt mehrfach als rechtmäßig bestätigt wurde, würde eine erzwungene "Richtigstellung" einen schweren Eingriff in Art 8 EMRK darstellen. Zu beachten ist auch, dass der vorliegende Fall derart ungewöhnlich ist, dass mit Fug und Recht davon ausgegangen werden kann, dass er vom Gesetzgeber bei Schaffung der namensrechtlichen Bestimmungen nicht Bedacht wurde. Da der Grundsatz der verfassungskonformen Interpretation verlangt, dass die vollziehenden Organe bei der Anwendung der Gesetze die Verfassung einschließlich der in ihr verankerten Grundrechte mitzubedenken haben (vgl. Öhlinger, *Verfassungsrecht*⁵ [2003] Rz 38), erscheint eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereiches der einfachgesetzlichen Vorschrift des § 3 Abs. 1 Z 4 Namensänderungsgesetz verfassungsrechtlich geboten, um eine verfassungskonforme Lösung dieses Beschwerdefalls zu ermöglichen.

Die für das Namensrecht innerstaatlich zuständige MA 61 erklärte sich schließlich bereit, dem Wunsch des Bf. zu entsprechen. Der gewünschte Familiename wurde mit Bescheid festgelegt, sodass auch ein entsprechender Reisepass ausgestellt werden konnte.

15.7.3 Sonderzeichen bei der Namensschreibweise (VA BD/244-V/03)

Frau S. wandte sich an die VA, weil das in ihrem Vornamen enthaltene Sonderzeichen in ihrem im Mai 2003 ausgestellten Führerschein nicht enthalten war, weil dieses bei der EDV-mäßigen Verarbeitung nicht erstellt werden konnte.

Die VA hat bereits im **22. Bericht an den Nationalrat und den Bundesrat** dargelegt, dass die Behörden zur buchstaben- und zeichengetreuen Wiedergabe des Familiennamens verpflichtet sind, wobei der Umstand, dass diakritische Zeichen (Striche, Häckchen usw.) gemeinhin als nicht EDV-gerecht gelten, nichts daran ändert, dass das Namensrecht ein absolut geschütztes Recht ist und Behörden Eigennamen bzw. deren Schreib-

Grundrechtsteil

weise nicht eigenmächtig verändern dürfen. Im Lichte des durch Art. 8 EMRK verfassungsgesetzlich geschützten Privat- Und Familienlebens, in dessen Schutzbereich das Recht auf Führung des (vollständigen) Namens zweifellos fällt (vgl. VfSlg. 13.661/1994 und 15.031/1997 sowie die Entscheidung des EGMR im Fall Burghartz vom 22.2.1994, abgedruckt in ÖJZ 1994, 559), haben somit auch alle Antragsteller auf Erteilung eines Führerscheins ein Recht darauf, dass man ihre Vor- und Familiennamen immer in der Weise schreibt, wie sie den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen. Sofern ein Sonderzeichen bei der EDV-mäßigen Verarbeitung nicht erstellt werden kann, muss daher eine hand- oder maschinenschriftliche Eintragung erfolgen.

Auf Grund der Intervention der VA hat das zuständige BM die Verkehrsbehörden angewiesen, Sonderzeichen in den Führerscheinen im Bedarfsfall handschriftlich zu ergänzen.

15.7.4 Geheime Anbringung eines Peilsenders an PKW (VA BD/95-I/02)

Die VA hat zunächst **amtswegig** ein Prüfverfahren eingeleitet, in welchem die Zulässigkeit der Anbringung eines Peilsenders durch Gendarmeriebeamte an einem privaten PKW überprüft werden sollte. Im weiteren Verlauf hat sich jedoch der Betroffene PKW-Inhaber auch selbst an die VA gewendet und es hat sich die nachstehende Situation ergeben:

Nach einer Reihe von örtlich im nahen Zusammenhang stattgefundenen Brandanschlägen geriet auch der Beschwerdeführer, ein Angehöriger der örtlichen Freiwilligen Feuerwehr, in den Tatverdacht als Brandstifter. Um weitere Beweise be- oder entlastender Natur zu gewinnen, brachten Sicherheitsorgane am PKW des Beschwerdeführers eine elektronische Vorrichtung an, mittels welcher Ortsveränderungen des Fahrzeuges per Funk-Fernabfrage festgestellt werden konnten.

Der Beschwerdeführer, der zufällig auf das an der Fahrzeugunterseite angebrachte Gerät aufmerksam wurde und zunächst sogar an die Möglichkeit eines Sprengsatzes gedacht hatte, wandte sich an die örtlich zuständige Gendarmeriedienststelle, wo jedoch weder eine Aufklärung noch eine Unterstützung des Beschwerdeführers erfolgte. Es wurde vielmehr ausdrücklich geleugnet, die Anbringung dieses elektronischen Geräts sei im Rahmen einer sicherheitsbehördlichen Tätigkeit erfolgt und er habe lediglich privat Möglichkeiten zur Ausforschung des Eigentümers dieser Apparatur.

Grundrechtsteil

Der Beschwerdeführer veranlasste daraufhin eine einschlägige technische Begutachtung des Geräts, aus der sich die technischen Eigenschaften (Aufzeichnung von Ortsveränderungen, Möglichkeit der Datenabfrage über Funk) ergeben hat. Zwischenzeitig wurde der Beschwerdeführer, der sich bereits rechtsanwaltlicher Unterstützung bediente, zur Übergabe des Geräts an die Sicherheitsbehörden aufgefordert, wobei diese Sicherheitsbehörden sich noch immer nicht als Urheber der Geräteanbringung am PKW des Beschwerdeführers bezeichneten.

Selbst zu einem Zeitpunkt, in welchem bereits die tatsächliche Täterschaft an den Brandstiftungen festgestanden war, wurde der Beschwerdeführer, dem nun eine lückenlose Aufklärung der Situation notwendig schien, ohne umfassende Aufklärung oder gar Entschuldigung gelassen.

Schließlich versuchte der Beschwerdeführer, den Ersatz der von ihm aufgewendeten Sachverständigen- und Rechtsanwaltskosten im Amtshaftungswege geltend zu machen. Im Prüfungszeitraum liegt das erstinstanzliche Urteil des Landesgerichtes Linz vor, mit welchem dem Beschwerdeführer ein Teil seiner Forderungen im Amtshaftungswege zuerkannt wurden. Eine Berufung des Beschwerdeführers an das Oberlandesgericht Linz blieb ohne Erfolg.

Die VA hat zu den nachstehenden Teilen des Verwaltungsgeschehens die eingebrachte Beschwerde als berechtigt anerkannt, wobei vor einem Eingehen auf die einzelnen Punkte festgehalten werden muss, dass das im Prüfungsverfahren der VA mehrfach befasste Bundesministerium für Inneres eine bezüglich Genauigkeit und Umfang der Antworten äußerst restriktive Haltung erkennen ließ und bis zum Abschluss des Prüfverfahrens keine Bereitschaft zeigte, sich auch nur für einen Teil der nicht korrekt abgelaufenen Amtshandlungen entschuldigen zu wollen.

Auf Grundlage der der VA zur Verfügung stehenden Informationen konnte zunächst nicht nachvollziehbar dargelegt werden, dass der Beschwerdeführer tatsächlich unter dem dringenden Tatverdacht der mehrfachen Brandstiftung gestanden sei. Die bekannten Verdachtsmomente haben vielmehr auch auf eine größere Zahl anderer Ortsbewohner mindestens im gleichen Maße zugetroffen und es ist der VA nicht bekannt geworden, dass seitens der Sicherheitsexekutive auch gegen eine größere Zahl anderer Personen mit gleichartigen kriminalpolizeilichen Erhebungsmethoden vorgegangen worden sei.

Grundrechtsteil

Als beanstandenswert zeigt die VA auch den Umstand auf, dass die sicherheitsbehördlichen Erhebungen im Dienst der Strafjustiz in viel zu weitem Umfang selbstständig, das heißt ohne Befassung von Strafverfolgungsbehörde oder Strafgericht, erfolgt sind. Nach Kenntnis der Sachlage ist daher massiv zu bezweifeln, ob im Falle der Bekanntgabe der vor Beginn der technischen Überwachung bekannten Ermittlungsergebnisse Staatsanwaltschaft oder Untersuchungsrichter einen Auftrag zu sicherheitsbehördlichen Ermittlungen unter Anwendung der technischen Überwachungseinrichtungen gegeben hätten.

Der geheime Einsatz des Peilsenders mit dem Zweck, Bewegungen des Privatfahrzeuges des Beschwerdeführers überwachen zu können, stellt nach Auffassung der VA einen Eingriff in das Grundrecht nach Art. 8 EMRK (Achtung des Privat- und Familienlebens) dar und es wird festgehalten, dass für einen derartigen Eingriff die erforderliche ausdrückliche -einfachgesetzliche- Grundlage nicht existiert. Nach dieser, wohl nicht unbedeutenden Grundrechtsverletzung kam es zu einem weiteren massiven behördlichen Fehlverhalten, in dem "amtliche Lügen" erfolgt sind, weil Sicherheitsorgane dem Beschwerdeführer wissentlich falsche Auskünfte über die Urheberschaft der technischen Überwachung gemacht haben.

Die vom BMI dafür versuchte Rechtfertigung, hiefür seien kriminaltaktische Überlegungen ausschlaggebend gewesen, vermochten die VA nicht zu überzeugen. Einerseits kennt die Rechtsordnung nur ganz genau abgegrenzte und reglementierte Bereiche, in denen behördliche Aussagen wissentlich falsch getätigt werden dürfen (Beispiele: Deckkennzeichen bei Fahrzeugen, Legende nach dem Sicherheitspolizeigesetz ...), jedoch finden sich solche gesetzliche Bestimmungen für den allgemeinen kriminalpolizeilichen Bereich nicht. Dazu kommt noch, dass seitens des BMI auch nicht überzeugend dargelegt werden konnte, worin diese kriminaltaktischen Erwägungen, die diese Unwahrheiten begründen sollten, überhaupt bestanden hätten.

In diesem Zusammenhang verweist die VA auch darauf, dass hier nicht nur ein rechtswidriger, sondern auch ein moralisch bedenklicher Vorgang stattgefunden hat, der nicht nur auf ein einzelnes Sicherheitsorgan oder eine einzelne Dienststelle beschränkt war, sondern die Billigung bis in die ministerielle Ebene hin gefunden hat.

Die VA konnte sich davon überzeugen, dass der Beschwerdeführer anfänglich über einen langen Zeitraum hinweg durchaus bereit gewesen wäre, im Falle einer vollständigen Auf-

Grundrechtsteil

klärung der Situation durch die Sicherheitsbehörden und einer allfälligen Entschuldigung für die Eingriffe in die Privatsphäre die Sache als erledigt zu betrachten, war es doch auch ihm ein Anliegen, dass die Sicherheitsexekutive möglichst rasch den Brandstifter ermittelt.

Der Beschwerdeführer hat jedoch diese Art von Gesprächsbereitschaft über lange Zeiträume hinweg völlig vermisst. Schließlich wurde ihm sogar in verschiedener Weise der Eindruck vermittelt, durch die Einschaltung öffentlicher Medien, durch die Inanspruchnahme der Hilfe einer politischen Partei, durch die Einschaltung der VA und durch die Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen sei eine derartige Verhärtung der Fronten eingetreten, die eine gütliche Beilegung nicht mehr ermögliche.

Die VA fand diesen Eindruck insofern bestätigt, als die im Prüfverfahren erhaltenen Informationen des BMI inhaltlich meist sehr knapp ausgefallen sind und trotz der erkennbar mangelhaften Rechtsgrundlagen auch in diesem Prüfverfahren nicht der Eindruck gewonnen werden konnte, im Innenressort werde der Vorfall bedauert bzw. dem Beschwerdeführer sei zumindest für gewisse Teilbereiche der Vorgänge eine Entschuldigung anzubieten.

Der Beschwerde wurde daher insgesamt Berechtigung zuerkannt.

15.8 Grundrechte der Europäischen Union

15.8.1 Art. 12 EGV

15.8.1.1 Nichtgewährung von Pflegegeld an im Inland lebende Unionsbürger mit Anspruch auf EWR – Pensionen ("negativer Kompetenzkonflikt" zwischen Bund und Ländern; VA OÖ/232-SOZ/03, OÖ/157-SV/03, OÖ/170-SV/04)

Aus den in der Langfassung des Grundrechtsteils für das Jahr 2001 ausführlich dargelegten Gründen ist im Gefolge eines Urteils des EuGH die Situation entstanden, dass Beziehern einer österreichischen Grundleistung gleichgestellten Rente eines EWR-Mitgliedstaates, deren Wohnort innerhalb Österreichs liegt, weder Bundes- noch Landespflegegeld zuerkannt wird, wenn ein entsprechender Antrag nach dem 8. März 2001 gestellt wurde, obwohl Bund und Länder einräumen, dass die Republik Österreich zur Leistung von Pflegegeld dem Grunde nach gemeinschaftlich verpflichtet ist.

Grundrechtsteil

Auch im Berichtsjahr wurden an die VA neuerlich Fälle herangetragen, in denen pflegebedürftigen Personen die Zuerkennung von Pflegegeld mit der Begründung verweigert wurde, dass dafür eine Zuständigkeit der jeweils anderen Gebietskörperschaft gegeben sei. Beispielhaft hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auf das Verfahren VA BD/157-SV/03, wo einer mittlerweile 92 Jahre alten Frau die Gewährung von Landespflegegeld mit der (vom zuständigen Landesgericht ausdrücklich bestätigten) Begründung versagt wurde, dass dafür eine Zuständigkeit des Bundes bestehe. Der Antrag auf Gewährung von Bundespflegegeld wurde jedoch ebenfalls abgewiesen. Die VA bedauert daher feststellen zu müssen, dass eine dringend erforderliche verfassungsrechtliche Klärung der Zuständigkeitsfrage auch im Berichtsjahr nicht erwirkt werden konnte.

15.8.2 Art. 18, 38 und 43 EGV

15.8.2.1 Nichtanrechnung von Kindererziehungszeiten in einem EU-Mitgliedstaat (VA BD/413-SV/02)

Die Zeit der Erziehung des eigenen Kindes im Inland gilt gemäß § 227a ASVG unter näher bestimmten Voraussetzungen im Ausmaß von höchstens 48 Kalendermonaten ab der Geburt des Kindes als im Zuge der Pensionsbemessung zu berücksichtigende Ersatzzeit. Der Erziehung des Kindes im Inland ist eine solche in einem EWR-Mitgliedstaat unter bestimmten Voraussetzungen, zu denen die Zeit der Kindererziehung nach Inkrafttreten des EWR-Abkommens zählt, gleichgestellt.

Die VA hat bereits im **26. Bericht an den Nationalrat und den Bundesrat** (S. 228) darauf hingewiesen, dass der EuGH in einem Österreich betreffenden Fall mit Urteil vom 7. Februar 2002, C-28/00, entschieden hat, dass es gemeinschaftsrechtswidrig ist, wenn bei der Feststellung der Versicherungszeiten in der Altersversicherung Zeiten der in einem Mitgliedstaat des EWR erfolgten Kindererziehung deshalb keine Berücksichtigung finden, weil sie vor Inkrafttreten des EWR-Abkommens erworben wurden.

In Reaktion auf diese Entscheidung hat der BM für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz zunächst versucht, eine Gesetzesänderung vorzubereiten, um einen gemeinschaftsrechtskonformen Rechtszustand sicherzustellen. Da das zu dem entsprechenden Gesetzesentwurf durchgeführte Begutachtungsverfahren jedoch gezeigt hat, dass einer entsprechenden gesetzlichen Regelung beträchtliche Hindernisse entgegenstehen, wurde von ihm ein umfangreicher Arbeitsbehelf ausgearbeitet, mit der eine gemeinschaftsrechtskonforme Vorgangsweise der Vollziehung sichergestellt werden soll.

Grundrechtsteil

Ob dies in allen Fällen der Fall sein wird, bleibt jedoch abzuwarten. Positiv zu vermerken ist jedenfalls, dass der an die VA herangetragene Beschwerdefall positiv erledigt werden konnte, indem der Bf. die Kindererziehungszeiten in den Niederlanden für die Bemessung ihrer Pension letztlich doch angerechnet wurden.

15.8.2.2 Nachkauf von in einem EU-Mitgliedsstaat zurückgelegten Schulzeiten (VA BD/341-SV/03)

Der österreichische Staatsbürger K. besuchte von April 1960 bis einschließlich Mai 1968 in Duisburg das Städtische Mercator Gymnasium (öffentliche höhere Schule), welches er mit dem deutschen Abitur erfolgreich abschloss. Ab 1968 lebte er wieder in Österreich und studierte von Oktober 1968 bis Februar 1976 an der Universität Graz. Seither ist er ausschließlich in Österreich versicherungspflichtig als Dienstnehmer beschäftigt. Als ihm seitens der PVA telefonisch die Auskunft gegeben wurde, dass ein Nachkauf deutscher Schulzeiten nicht möglich sei, wandte er sich an die VA.

Im Lichte des Urteiles des EuGH vom 7. Februar 2002, C-28/00, stellt sich die Frage, ob ein Nachkauf von Schulzeiten für die Zeit ab November 1965 im Höchstausmaß von 24 Monaten aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen für zulässig anzusehen ist.

Die VA gelangte nach eingehender Prüfung unter Zugrundelegung der vom EuGH in der zitierten Entscheidung herausgearbeiteten Grundsätze und Wertungen zu dem Ergebnis, dass bei gemeinschaftsrechtskonformer Interpretation im Anwendungsbereich des § 227 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 3 und 4 ASVG nicht nur Zeiten an den in jener Regelung näher bezeichneten österreichischen Schulen, sondern auch solche an vergleichbaren Schulen in einem anderen EU-Mitgliedsstaat nachgekauft werden können, sofern zu den (sonstigen) österreichischen Versicherungszeiten "eine hinreichende Verbindung hergestellt werden kann". Im konkreten Beschwerdefall besteht unzweifelhaft eine solche Verbindung, weil aufbauend auf die deutsche Schulausbildung und den nostrifizierten Schulabschluss österreichische Studienzeiten absolviert werden konnten und durch die deutsche Schulausbildung auch die Basis für die in der Folge ausschließlich in Österreich ausgeübte Berufstätigkeit des Beschwerdeführers geschaffen wurde.

Die PVA hat sich den gemeinschaftsrechtlichen Erwägungen der VA angeschlossen und dem Nachkaufsantrag von Herrn K. entsprochen.

Grundrechtsteil

15.8.3 Art. 39 und VO (EWG) 1612/68 (Freizügigkeitsverordnung)

15.8.3.1 Unterstützung nach dem Verbrechensopfergesetz

Eine niederländische Staatsbürgerin in einem aufrechten Arbeitsverhältnis, welche 1977 ihren ständigen Wohnort nach Österreich verlegt hatte, war vor diesem Zeitpunkt in den Niederlanden das Opfer eines Verbrechens geworden. Die Folgen dieses Verbrechens schränkten die Bf. nunmehr in ihrer Arbeitsfähigkeit ein, sodass eine Therapie notwendig wurde. Der BM für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz verweigerte die Übernahme der Kosten mit der Begründung, dass gemäß § 16 Abs. 3 Verbrechensopfergesetz (VOG) eine Gleichbehandlung von EWR-Staatsbürgern nur in Frage kommt, wenn die schadensbegründende Handlung nach Inkrafttreten des EWR-Abkommens gesetzt worden war.

Die Gewährung einer Hilfeleistung nach dem VOG ist durch § 16 Abs. 3 VOG zwar insoweit eingeschränkt, als die Gleichbehandlungsvorschrift des § 1 Abs. 7 VOG für Bürger von EWR-Staaten nur anwendbar ist, wenn die Handlung (das Verbrechen) nach Inkrafttreten des EWR-Abkommens gesetzt worden ist. Da Österreich jedoch nach Erlassung des VOG der EU beigetreten ist, darf diese Einschränkung auf Unionsbürger, welche sich im Rahmen ihrer Arbeitnehmerfreizügigkeit in Österreich aufhalten, nicht angewendet werden.

Die VA konnte erreichen, dass der BM für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz eine bundesweite Dienstanweisung erließ, wonach § 16 Abs. 3 VOG in solchen Fallkonstellationen nicht mehr anzuwenden ist und Fälle, in denen die Ablehnung des Ansuchens auf diese Gesetzesstelle gestützt wurden, von Amts wegen wieder aufzunehmen sind. Da nach der neueren Rechtsprechung des EuGH das Gemeinschaftsrecht zwar grundsätzlich nicht rückwirkend anzuwenden ist, jedoch nach einem allgemein anerkannten Grundsatz auch auf künftige Wirkungen von unter altem Recht entstandenen Sachverhalten anwendbar ist, konnte sich die Bf. zu Recht auf Art. 39 EGV und die Freizügigkeitsverordnung berufen.

15.8.3.2 Säumigkeit des Gesetzgebers bei der Umsetzung der Rassismus- und der Beschäftigungsrichtlinie (VA K/140-LAD/03)

Die VA möchte den Nationalrat und den Bundesrat darauf hinweisen, dass die Richtlinie 2000/43/EG vom 29. Juni 2000 "zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse und der ethnischen Herkunft" und die Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 "zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirkli-

Grundrechtsteil

chung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf" bis zum 19. Juli 2003 bzw. 2. Dezember 2003 in nationales Recht umzusetzen gewesen wären. Zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses des vorliegenden Berichtes wurde immer noch kein entsprechender Gesetzesbeschluss gefällt. Der derzeit in parlamentarischer Beratung stehende Entwurf einer Regierungsvorlage über ein Gleichbehandlungsgesetz (GZ 451.007/21-III/8/03) ist, wie die VA in ihrer Stellungnahme dazu bereits angeführt hat, lediglich eine Minimallösung. Minimallösungen an. Es erscheint sinnvoll, der **VA die Behandlung der auf die RL "Rassismus" 2000/43/EG vom 29.6.2000 gestützten Beschwerden ohne Bezug zu einem Beschäftigungsverhältnis haben, zu übertragen** (derzeit Teil II des Entwurfes) und diese Aufgabe nicht - wie vorgesehen – dem erst eigens zu bildenden Senat III der beim Bundesministerium für Gesundheit und Frauen eingerichteten Gleichbehandlungs-kommission zu überantworten.

Während andere Mitgliedsstaaten spezielle Antirassismusgesetze erlassen haben oder deren Verabschiedung planen, ihre Rechtsordnungen durch interdisziplinäre Sachverständige gesondert auf benachteiligende Regelungen durchforsten und die Verfolgung von Diskriminierungsverboten auch organisatorisch auf "verwaltungsferne" unabhängige Stellen verlagern, indem Rassismusagenturen geschaffen oder wie in Schweden den "Discrimination - ombudsman" auf ethnischen und rassischen Gründen beruhende Verlet-zungen aufgreifen lassen, misst der Entwurf der RL "Rassismus" nicht jenen umfassen-den und speziellen Stellenwert bei, der ihr im europäischen Kontext zukommen würde.

Neben den Gerichten, die im Verfahrensfall zuständig sind, schreibt Art 13 der RL "Rassismus" die Einrichtung einer oder mehrerer unabhängiger Stellen vor, die Beschwerden entgegennehmen, Prüfungsverfahren durchführen, Empfehlungen erteilen, Untersuchun-gen zum Thema Diskriminierung durchzuführen und eine offensive Öffentlichkeitsarbeit betreiben sollen. Ausdrücklich wird in Art 13 der RL Rassismus darauf Bezug genommen, dass diese Stellen **Teile einer unabhängigen Einrichtung** sein können, die auf nationaler Ebene für den Schutz der Menschenrechte oder der Rechte des Einzelnen zuständig ist. Auf Grund der verfassungsrechtlichen Garantien und der Kompetenzen, welche der VA als nationaler Ombudsmann - Einrichtung zukommen, wäre diese daher vorweg prädestiniert, als profilierte, unabhängige, kostenlose und niederschwellige An-laufstelle für Diskriminierungsoptfer zur Verfügung zu stehen.

Legislative Anregungen

16 Legislative Anregungen der VA

Auf Grund des Wunsches von Abgeordneten des Nationalrates erfolgt hier die tabellarische Übersicht der legislativen Anregungen der VA.

Unter der Rubrik "Reaktion" sind die getroffenen **Veranlassungen** des **Bundesgesetzgebers** angeführt:

Anregung der VA	Bericht NR Nr.	Seite	Reak- tion	Anmerkung der VA
-----------------	-------------------	-------	---------------	------------------

Bundeskanzler

Allgemeines

Angleichung der Verjährungsfrist nach dem Amtshaftungsgesetz (10 Jahre) an die Verjährungsfrist nach dem bürgerlichen Recht (30 Jahre)	13	15 25	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Erarbeitung von Leitlinien zur Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung oder einzelner Bundesminister	27	27 f		
Änderung des § 61 VwGG	27	259 f		

Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft und Kultur

Änderung des § 26 Abs. 1 LDG – Bewerbungsmöglichkeit für Bundeslehrer auf eine schulfeste Landeslehrer-Stelle	16	244 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Gesetzliche Verankerung der Erfordernisse bei Leiterbestellung im LDG	16	244 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Änderung des Art. 81a B-VG (Abkehr vom Parteienproporz) für die Zusammensetzung der Landes- und Bezirks-schulräte	17 18 19 21 22 23	337 f 200 f 179 f 185 f 190 15	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Legistische Interpretation (§ 204 Abs. 1 BDG und § 24 Abs. 1 LDG) wegen der divergierenden Spruchpraxis von VwGH und VfGH bezüglich der Parteistellung von Bewerbern um Schulleiterstellen	17 19	337 f 179 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht

Legislative Anregungen

Konkretes Mitwirkungsrecht der schulpartnerschaftlichen Organe bei Kandidatenauswahl für Leiterbestellung	18 19	200 f 179 f	B	Anregung der VA bleibt aufrecht – Die Objektivierungsrichtlinien im BDG und LDG sind unzureichend
<u>Gesetzliche Verankerung des Verbots parteipolitischer Werbung und des Verbots der Werbung von und für Sekten auch für Lehrer im Unterrichtsprinzip "Politische Bildung"</u>	20 26	211 f 32 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Schaffung von Rahmenbedingungen für schulische Förderung schwerstbehinderter Kinder	20	214	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Gesetzliche Verankerung eines Anspruchs auf Vergütung erkrankter Betreuungslehrer	20	215	B	Anregung der VA bleibt aufrecht, BMBWK erwägt Weiterentwicklung des Dienstrechts für Lehrerinnen und Lehrer
Gesetzliche Verankerung eines Lastenausgleiches zwischen den Schulerhältern bei sprengelfremdem Schulbesuch	21 22 25	186 190 45 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Verlängerung der Schulbesuchszeit (13. Schuljahr) bei sonderpädagogischem Förderbedarf	23	17	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Ausstellung eines Lehramtszeugnisses für behinderte Studierende an pädagogischen Akademien	23	17	B	Anregung der VA bleibt aufrecht
Ersatz der "Ist"- durch "Kann"- Bestimmung in § 95 (1) BDG, um zu verhindern, dass sich strafgerichtlich rechtskräftig Verurteilte durch "Flucht in die Pensionierung" der disziplinarrechtlichen Verantwortung entziehen können	25	43	B	Anregung der VA bleibt aufrecht

Bereich Wissenschaft

StudienförderungsG 1992:

Wirksamwerden eines Antrages auf Erhöhung der Studienbeihilfe	25	48 f	C
Gleichstellung von Ausländer	25	49 f	C
Erhöhte Studienbeihilfe für Selbsterhalter	26	44 f	C
Entfall der Anrechnung einer "fiktiven" Familienbeihilfe	27	33 f	
Rückforderung von Studienunterstützungen durch Bescheid	27	38 f	

A: Umsetzung der Anregung

B: Umsetzung beabsichtigt

C: Umsetzung nicht beabsichtigt

Legislative Anregungen

Bundesminister für Finanzen

Steuerliche Absetzbarkeit einer künstlichen Befruchtung	24	45 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Gebührengesetz	22	118	A	Teilweise Umsetzung
	24	48 f		
	25	58 f		
	26	57 f		
Pensionsgesetz	24	51	B	
Bundesabgabenordnung § 50	25	60 f	B	
Kostenersatz im Finanzstrafverfahren	25	61 f	C	
Mietzinsbeihilfe, § 107 Abs. 8 EStG	25	62 f	C	

Bundesministerin für Gesundheit und Frauen

Allgemein

Vermeidung von Härten durch Vereinheitlichung der Voraussetzungen der Annahme der "Erwerbsunfähigkeit in der gesetzlichen Sozialversicherung und im FLAG	27	73 f
--	----	------

Krankenversicherung

Rückforderung von in Unkenntnis der Angehörigeneigenschaft geleisteten Beiträge	20 23	39 111 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Chefärztliche Bewilligung: Vereinfachung, Leistung bei Notwendigkeit auch ohne vorherige Genehmigung	20	41	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Flexiblere Gestaltung der Voraussetzungen für die Rezeptgebührenbefreiung	21	34	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Verlängerung des Wochengeldanspruches bei länger dauernden Gesundheitsbeeinträchtigungen nach Geburten	22	34 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Krankengeldanspruch auch für freie DienstnehmerInnen sowie Einbeziehung in die Arbeitslosenversicherung	22	28	C	Anregung der VA bleibt aufrecht

Legislative Anregungen

Bemessung des Wochengeldes	23	112 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Rückwirkende Herabsetzung der Beitragsgrundlagen zur Selbstversicherung	24	107	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Wegfall des Ruhens von Krankenversicherungsleistungen während Verwaltungsstrafhaft	24	108 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Schließung von Versorgungslücken nach Ausschöpfung des Krankengeldes	26	139 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Gesonderte Rezeptgebührenbefreiung für chronisch kranke Angehörige bei hohen krankheitsbedingten Mehrkosten	26	141 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Zeiten der Familienhospizkarenz sollen bei der Berechnung des Wochengeldes unberücksichtigt bleiben. (GSVG)	27	69 f	A	BGBI. I 145/2003
Erstattung von Kostenanteilen nach Wechsel der Zuständigkeit	27	75 f		
Beitragsnachbemessung nach dem Pensionsstichtag	27	77 f		
Durchgehender Krankenversicherungsschutz nach dem GSVG analog zur Beitragspflicht	27	79 f		
Aliquotierung der Zusatzbeiträge nach dem GSVG	27	80 f		

Unfallversicherung

Kinderzuschuss rückwirkend auch bei nachträglicher Anmeldung	21	41	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Ausdehnung des Haftungsprivilegs auf gleichgestellte Arbeitskollegen	22	40	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Beseitigung von Doppelgleisigkeiten bei der Einhebung von Beiträgen zur Unfallversicherung nach dem BSVG	26	147 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Erweiterung der Anspruchsvoraussetzungen für die Integritätsabgeltung	27	82 f		

Bereich Gesundheit

Gesetzliche Regelung des Musiktherapeutenberufes	18	47	B	Anregung der VA bleibt aufrecht
--	----	----	---	---------------------------------

A: Umsetzung der Anregung

B: Umsetzung beabsichtigt

C: Umsetzung nicht beabsichtigt

Legislative Anregungen

Finanzierung und Ersatz von Ausbildungskosten im Bereich der gehobenen medizinisch-technischen Dienste	22	88 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Erweiterung des Personenkreises für Entschädigungen aus dem Hepatitis-C-Fonds	27	81 f		

Unterbringungsgesetz

Rechtliche Klärung für den Fall der Unterbringung nach Aufenthalt in anderer Abteilung einer Krankenanstalt	17	87 ff	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Schaffung einer zentralen Beratungs- und Serviceeinrichtung für psychisch Kranke und deren Angehörige	17 18	84 ff 48 ff	C	Anregung der VA bleibt aufrecht

Veterinärwesen

Schaffung eines bundeseinheitlichen Tierschutzgesetzes	27	85 f		
--	----	------	--	--

IVF-Fonds-Gesetz

Erbringung von Leistungen, auch wenn nur ein Ehepartner der gesetzlichen Krankenversicherung unterliegt	25	171 f	B	Anregung der VA bleibt aufrecht
---	----	-------	---	---------------------------------

Bundesminister für Inneres

Novelle zum Staatsbürgerschaftsgesetz, Sondererwerbstatbestand	8 10 15 17 24 25 27	156 f 161 f 225 153 f 307 ff 65 f 73 f 88	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Wiederholung des Ermittlungsverfahrens vor Staatsbürgerschaftsverleihung trotz gültigem Zusicherungsbescheid, nach Verzicht auf bisherige Staatsangehörigkeit	15	157	B	Anregung der VA bleibt aufrecht
Zivildienst – Wohnkostenbeihilfe auch bei "Wohngemeinschaft"	23 24	64 f 72 f		Anregung der VA bleibt aufrecht

Legislative Anregungen

Ausstellung von Heirats- und Sterbeurkunden (wahlweise) ohne Anführung des religiösen Bekenntnisses	24	67	B	
Zugang zu Melderegisterdaten nicht nur für Hauseigentümer	26	84	B	
Niederlassungsbewilligungs-Parteiengehör auch im "Schlüsselkräfteverfahren" gem. § 89a FrG	27	108 f	C	Wegen Bestehens von Berufungsmöglichkeit von BMI abgelehnt

Bundesminister für Justiz

Verständigung des Anzeigers bzw. Geschädigten von der Abbrechung des Verfahrens gegen unbekannte Täter gemäß § 412	19 22	159 ff 181 f	B	Entwurf eines Strafprozessreformgesetzes; § 198 Abs. 1 des Entwurfes
Beziehung von Gerichtszeugen bei Hausdurchsuchungen gemäß § 142 – Auslegungsprobleme	19	149 f	B	§ 125 des Entwurfes
Sicherheitsbehördliche Erhebungen im Dienste der Strafjustiz – mangelnde Akteneinsicht	19	150	B	§ 53 des Entwurfes
Neuregelung der Personensorge in Sachwalterschaftssachen	23	83 f	A	Kindschaftsrechtsänderungsgesetz, BGBl. I, 2000/135
Verbesserung der Stellung des Subsidiäranklägers	27	136 f		
Anerkennung ausländischer Scheidungsurteile	27	134 f	A	Außerstreitgesetz, BGBl. I 2003/111

Heimvertragsgesetz

Die VA setzt sich nachdrücklich für ein bundeseinheitliches Heimvertragsgesetz ein	25	107	B	Teillösung: Zivilrechtliche Regelungen durch Änderung des KSchG BGBl. I 12/2004
--	----	-----	---	---

A: Umsetzung der Anregung

B: Umsetzung beabsichtigt

C: Umsetzung nicht beabsichtigt

Legislative Anregungen

Bundesminister für Landesverteidigung

Einstellung des Fahrtkostenzuschusses gem. § 20b Abs. 6 Z. 1 Gehaltsgesetz 1956; Anspruchsverlust für einen ganzen Monat bei tageweisem Wegfall der Vor- aussetzungen	13	245	B	Die VA hält eine Änderung der geltenden Norm im Sinne ge- rechten Vorgehens für unabding- bar
Ungleichbehandlung von Berufs- und Milizsoldaten hinsichtlich der Einsatzge- bühren	17	327 f	C	Die Bestimmungen des Einsatz- gebührengesetzes führen zu ei- nem exorbitanten Einkommens- unterschied zwischen Berufs- und Milizsoldaten im Einsatzfall. Die VA hält an ihrer Anregung fest

Bundesminister für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz

Bundespflegegeldgesetz

Schaffung eindeutiger Einstufungskrite- rien für pflegebedürftige Kinder und gei- stig (psychisch) Behindter	17 18 21 22 23	99 63 30 f 71 f 123 f	B	Anregung der VA bleibt aufrecht
Pensionsversicherungsrechtliche Absi- cherung von Pflegepersonen (Art. 7 Ver- einbarung BGBl.Nr. 866/1993)	17 18 19	96 f 66 53	A	Teillösungen durch BGBl. I Nr. 139/1997, BGBl. I Nr. 142/2000 sowie BGBl. I Nr. 142/2002
Schaffung eines Heimvertragsgesetzes	24	128 ff	B	Teillösung: Zivilrechtliche Re- gelungen durch Änderung des KSchG, BGBl. I 12/2004
Vereinheitlichung der Einstufungspraxis von Bund und Ländern	26	149 ff	A	Teillösung durch Erlass des BMSG (43.010/44-4/03 – glei- che Einstufung bei Übergang der Zuständigkeit

Gesetzliche Sozialversicherung

Leistungsrecht in der Sozialversiche- rung: Lockerung des Antragsprinzips bei unverschuldeter Unterlassung der An- tragstellung	17 19 20 23 24 25 26	150 ff 58 f 29 116 f 116 f 142 127 ff	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
--	--	---	---	---------------------------------

Legislative Anregungen

Normierung der Verpflichtung der Sozialversicherungsträger zur Beratung bzw. Festlegung der Rechtsfolgen unrichtiger Beratung (Herstellungsanspruch)	19 20 23 24 26	58 f 26 116 f 116 130 f	B	Anregung der VA bleibt aufrecht
Postweg nicht zu Lasten der Sozialversicherten	19	63 f	B	Anregung der VA bleibt aufrecht
Festlegung eines Betrages, der Versicherten im Falle von Aufrechnungen gem. § 103 ASVG zu verbleiben hat	25	134	A	BGBI I Nr. 145/2003

Pensionsversicherung

Übertragung jener Beiträge in die Höherversicherung, die infolge Rechtsänderungen nicht als Nachkaufbeiträge wirksam werden können	19	66 f	B	Teillösung durch BGBI. I Nr. 71/2003
Anwendung des Familienrichtsatzes auch bei Heimaufenthalt eines Ehepartners	22	49 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Bundeseinheitlicher Pensionistenausweis	20	65	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Lockerungen des Ruhens von Leistungen aus der Pensionsversicherung und Unfallversicherung	22	46 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Erweiterung der Möglichkeit zum rückwirkenden Erwerb von Zeiten der Selbstversicherung für die Pflege eines behinderten Kindes	22	47 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Ermöglichung des Nachkaufes von Zeiten des Besuches einer privaten Schule	22	45 f	B	Anregung der VA bleibt aufrecht
Gleiche Zuzahlungen zu Rehabilitationsmaßnahmen	21 24	53 f 120 f		
Zugang zu Pensionen wegen geminderter Arbeitsfähigkeit für langjährig berufstätige Invalide	26 27	133 ff 182 f	A	BGBI. I 145/2003
Beseitigung nachteiliger Folgen der Einbeziehung in die Vollversicherung bei bestimmten Ausbildungsverhältnissen	25	140 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Entschärfung der Folgen verspäteter Beitragsentrichtung	26	132 f	B	Anregung der VA bleibt aufrecht
Anerkennung der Wehrdienstzeiten der UN-Legionäre als Beitragszeiten	25	110 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht

A: Umsetzung der Anregung

B: Umsetzung beabsichtigt

C: Umsetzung nicht beabsichtigt

Legislative Anregungen

Bundesbehindertengesetz

Fahrpreisermäßigung für Bezieher von Invaliditäts-(Berufsunfähigkeits/Erwerbsunfähigkeits)pensionen auf öffentlichen Verkehrsmitteln	15	31	B	Anregung der VA bleibt aufrecht
Ermöglichung des Zutrittes mit Blindenführhund zu allen öffentlichen Gebäuden und Einrichtungen	20	91 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht

Behinderteneinstellungsgesetz

Schaffung zeitgemäßer Kriterien zur Festsetzung des Grades der Behinderung	25	147	B	Anregung der VA bleibt aufrecht
--	----	-----	---	---------------------------------

Verbrechensopfergesetz

Verbesserung des Bundesgesetzes über die Gewährung von Hilfeleistungen an Verbrechensopfer	2	21	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Leistung nach dem Verbrechensopfergesetz nur bei verbrechensbedingtem Verdienstentgang – Verbesserung der Gesetzeslage	8	25, 33, 47	C	Im Hinblick auf die an die VA herangetragenen Härtefälle wird eine Änderung der betreffenden gesetzlichen Bestimmungen weiterhin als notwendig erachtet
Vereinheitlichung von Kostenzuschüssen bei Inanspruchnahme psychotherapeutischer Behandlung	26	156 f		Anregung der VA bleibt aufrecht

Impfschadengesetz

Lockerung des strengen Antragsprinzips	21	56 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Streichung der Verjährungsbestimmung	27	203 f		

Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz

Lockerung des Antragsprinzips	27	202 f		
-------------------------------	----	-------	--	--

Bereich Familie

Schaffung eines bundeseinheitlichen Modells zur Ausstellung von Pflegeeltern	27	210 f		
Beseitigung der negativen Auswirkungen der Aufhebung von § 12a FLAG	27	211 f		

Legislative Anregungen

Lehrlingsfreifahrt für Schüler nach GuKG	27	212 f		
Gewährung der Familienbeihilfe bei Praktikum in der EU	27	212 f		
Übernahme der Kosten von Vaterschaftsfeststellungsverfahren zu Gunsten minderjähriger Kinder	22	107	A	BGBI I 111/2003
Effektivierung des Unterhaltsvorschussgesetzes	23 27	143 f 213 f	B	Anregung der VA bleibt aufrecht

Kinderbetreuungsgeldgesetz

Ausklammerung von Witwenpension aus Zuverdienstgrenze	27	206 f		
---	----	-------	--	--

Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie

Post - Telekom - Fernmeldewesen

Vereinheitlichung der Fahrpreisermäßigungen für Behinderte bei Bahn und (ÖBB und Post)-Bus	15	67	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Nachbarrechte bei Errichtung von GSM-Masten	23 24	168 155	C	Anregung der VA bleibt aufrecht (siehe auch Stellungnahme der VA zur Petition Nr. 2/PET/2000)

Kraftfahrwesen

Entzug der Lenkberechtigung nach Haftentlassung - resozialisierungsfreundliche Gesetzesänderung	8	48, 56, 58	C	Trotz der bestehenden Gegenstände (Verkehrszuverlässigkeit - Resozialisierung) sollte die Lösung der gegenständlichen Problematik versucht werden
Herabsetzung der Grenzwerte für die Betriebsgeräusche von KFZ und Motorrädern	22	95 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Verzicht auf Lenkberechtigung; Nachweis der fachlichen Befähigung bei Wiedererteilung	23	152	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Änderung der Zählweise von Kindern bei der Beförderung in Omnibussen	25	177	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Novellierung des § 103 Abs. 2 KFG	26	168 ff	C	Anregung der VA bleibt aufrecht

A: Umsetzung der Anregung

B: Umsetzung beabsichtigt

C: Umsetzung nicht beabsichtigt

Legislative Anregungen

Führerscheingesetz

Einführung einer Lenkberechtigung D1	25	177 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Sonderfälle der Entziehung der Lenkerberechtigung – Entschärfung	26 27	167 220 f	B	Anregung der VA bleibt aufrecht

Fernsprechentgeltzuschussgesetz

Vereinfachung des Verfahrens	25	188 f		Anregung der VA bleibt aufrecht
Befreiung ab Zuerkennungsbescheid	25 27	188 f 224 f	B	Anregung der VA bleibt aufrecht

Straßenverkehrsordnung

Beseitigung der Strafsanktion nach § 99 Abs. 6 lit. a StVO, wenn Personenschaden (Körperverletzung) ausschließlich beim Unfallverursacher vorliegt	7 9 16 26	60 49 83 177	B	Anregung der VA bleibt aufrecht
Schaffung einer Rechtsgrundlage (in der StVO) für die Verkehrsüberwachung durch Zivilstreifen	17	295	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Klärung des Begriffes "Geh- und Radweg" in § 93 StVO	19	95 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht

Eisenbahnwesen

Eisenbahnenteignungsgesetz: Normierung eines Rückübereignungsanspruches bei Wegfall des öffentlichen Zweckes, für den enteignet wurde	4	50,59	A	BGBI.Nr. 135/1989 - Anregung der VA bleibt aufrecht; die gesetzliche Maßnahme betrifft nur Hochleistungsstrecken
Lärmschutzmaßnahmen an Bahnstrecken - Parteistellung	20	111	C	Anregung der VA bleibt aufrecht

Schifffahrt

Parteistellung von Fischereiberechtigten (und anderen Nutzungsberechtigten der Gewässer)	23	170	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
--	----	-----	---	---------------------------------

Bundesstraßengesetz

Abgeltung des Wiederbeschaffungswertes bei allen Grundinanspruchnahmen für Bundesstraßezwecke	4	66 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
---	---	------	---	---------------------------------

Legislative Anregungen

Bundesstraßenfinanzierungsgesetz

Harmonisierung der Bestimmung des § 13 Abs. 3 BStFG, BGBL I Nr. 201/1996 idF 142/2000, mit Art. IX Abs. 4 EGVG 25 195 f A Bundesstraßen-Mautgesetz 2002, BGBl. 109/2002

Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit

Liegenschaftsteilungsgesetz

§§ 15 ff LiegTG; Rechtsschutzdefizit	9 10 11 12 18 24 26	74/80ff 113 109 112 ff 125 172 f 191	B	Anregung der VA bleibt aufrecht
---	---------------------------------------	--	---	---------------------------------

Gewerbeordnung

Zwingende Komplettverlautbarung des Betriebsanlagenbescheides	14	144 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Rücknahme der Verordnungs-Kasuistik im Betriebsanlagenrecht - Verordnung des BMWA BGBl.Nr. 850/1994, 772/1995, 543/1196, II 19/1999	18 19	146 131	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Klärung der Zuständigkeiten bei Sportanlagen	18	153	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Organisatorische Maßnahmen zur Steigerung der Verwaltungseffizienz im Betriebsanlagenbereich	18 19 26	150 132 185	B	Anregung der VA bleibt aufrecht
Versuchsbetrieb	20 26 27	163 189 286	C	Gewährleistung, dass Versuchsbetreibsgenehmigung kein Freibrief für Verzögerung des Betriebsanlageverfahrens wird
Kostenbefreiung des Nachbarn im Verfahren gem. § 79a GewO 1994	21 22 26	142 f 148 f 181 f	A/C	Teilweise Kostenbefreiung erfolgte mit Gewerbenovelle BGBl. I Nr. 116/1998
Erlassung einer DruckgeräteüberwachungsVO gem. § 19 Kesselgesetz	23 24	178 f 169	B	

A: Umsetzung der Anregung

B: Umsetzung beabsichtigt

C: Umsetzung nicht beabsichtigt

Legislative Anregungen

Keine neuerliche Ausdehnung des vereinfachten Betriebsanlageverfahrens nach Behebung des § 359b Abs. 4 GewO 1994 idF BGBl. I Nr. 88/2000 mit Erk. d. VfGH v. 24.9.2001 Zl. G 98/01, G 112/01	25 26	201 182	
Festschreibung des Berechtigungsumfangs für Zahntechniker auch zur selbstständigen Abdrucknahme und Eingliederung von abnehmbarem Zahnersatz	26	180	Angelegenheit wird vom BMWA mit betroffenen Interessengruppen weiter diskutiert
Schaffung einer verfassungskonformen und vollzugstauglichen Verordnungsermächtigung für Gastgärten gem. § 112 Abs. 3 GewO 1994 idF BGBl. I 2002/111	26 27	182 ff 244	C Anregung der VA bleibt aufrecht
Schaffung einer grundrechtskonformen Regelung im vereinfachten Betriebsanlagenrecht des § 359b GewO 1994 (OGH-Urteil vom 8.7.2003, Zl. 40b 137/03f)	27	300	
Schaffung von geeigneten Regelungen für die Vorverlegung der Sperrstunde durch Gemeinde gem. § 113 Abs. 5 GewO 1994	27	247	

Ausländerbeschäftigungsgesetz

Gleichstellung von Asylwerbern mit Konventionsflüchtlingen unter bestimmten Voraussetzungen	20	92	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
---	----	----	---	---------------------------------

Arbeitslosenversicherung

Kein Anspruch auf Leistung aus der Arbeitslosenversicherung bei Nebeneinkommen über der "Geringfügigkeitsgrenze" - gesetzliche Änderung	9 20	28 75	A	Entsprechende Änderung wird von der VA weiterhin nachdrücklich gefordert BGBl. I Nr. 6/1998
Vermeidung von Härten bei Studium während Arbeitslosigkeit	19 26	79 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Milderung der Rechtsfolgen des strengen Antragsprinzips (persönliche Geltendmachung, Anführung von Angehörigen, neuerliche Antragseinbringung nach Ruhens)	20	83	C	Anregung der VA bleibt aufrecht

Legislative Anregungen

Beseitigung der Härten für (ältere) Langzeitarbeitslose	20	86	A	Teilweise durch BGBl I Nr 68/2002
Aufrechnung unter das Existenzminimum nur bei Vorliegen einer gerichtlichen Entscheidung über den Rückforderungsanspruch	22	69 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Beseitigung von verfassungs- und europarechtlich bedenklichen Härten im Zusammenhang mit der erhöhten Anwartschaft auf Notstandshilfe	22	65 f	C	Mit BGBl. I Nr. 179/1999 nicht im Sinne der Anregung der VA neu geregelt
Verbesserung der Situation arbeitsloser Alleinerzieherinnen	23 24	187 f 170 f	C	Anregung der VA bleibt aufrecht
Geringfügige Beschäftigung beim früheren Arbeitgeber – Entfall der Monatsfrist	24	184	C	Anregung der VA bleibt aufrecht

- A: Umsetzung der Anregung
 B: Umsetzung beabsichtigt
 C: Umsetzung nicht beabsichtigt

325

Anhang I

17 Weiterentwicklung der Volksanwaltschaft

In ihrer kollegialen Sitzung vom 1. März 2004 haben die Volksanwälte einstimmig beschlossen dem Österreich-Konvent ihre Überlegungen und einen Textentwurf zur Weiterentwicklung zu übermitteln.

I. Vorbemerkungen

Die VA wurde 1977 ausdrücklich nicht als "Rechtschutzeinrichtung im technischen Sinn" konzipiert, sondern "als eine niederschwellige Institution, die möglichst einfach und unbürokratisch dem Einzelnen beistehen soll, wenn rechtliche Mittel nicht ausreichen oder nicht mehr zur Verfügung stehen, um das als Unrecht empfundene Verhalten einer Verwaltungsbehörde zu bekämpfen.

Die der VA verfassungsmäßig zugesetzten Aufgaben blieben seither beinahe unverändert, wiewohl sich in den letzten Jahren das gesellschaftliche und politische Umfeld sowie die Erwartungshaltung in Bezug darauf, was unter effizienter, korrekter und dennoch bürgerfreundlicher Verwaltungsführung verstanden wird, geändert hat.

Der nachstehende Textentwurf des Siebenten Hauptstückes des B-VG samt den in IV. ergänzend dazu aufgenommenen Vorschlägen wurden in der Kollegialsitzung vom 1.3. 2004 einvernehmlich beschlossen. Damit ist das Ersuchen verknüpft, der Volksanwaltschaft jene Möglichkeiten zur Hand zu geben, die es ihr auch nach der aktuell in Diskussion stehenden Verfassungsreform ermöglichen sollen, Sachkompetenz und Bürgernähe "für jedermann" formfrei und kostenlos unter Beweis zu stellen.

Kontrolle, wie sie durch die VA ausgeübt wird, erfüllt eine wichtige Funktion im demokratischen Integrationsprozess, da sie ein Mittel ist, um Vertrauen der Bürger in den Staat zu begründen, korrektes Handeln zu bestätigen aber auch Missstände zu benennen, soweit wie möglich auszuräumen bzw. Fehlhandlungen zu sanktionieren.

Anhang I

II. Änderung des Bundes-Verfassungsgesetzes

Das Bundes-Verfassungsgesetz in der Fassung von 1929, zuletzt geändert durch das Bundes-Verfassungsgesetz BGBl. I.../..., wird wie folgt geändert:

Art. 148a (1) Jedermann kann sich bei der Volksanwaltschaft wegen behaupteter Missstände **bei der Vollziehung von Bundesgesetzen einschließlich der Tätigkeit des Bundes** als Träger von Privatrechten beschweren, sofern er von diesen Missständen betroffen ist und soweit ihm ein Rechtsmittel nicht oder nicht mehr zur Verfügung steht. Jede solche Beschwerde ist von der Volksanwaltschaft zu prüfen. Dem Beschwerdeführer sind das Ergebnis der Prüfung sowie die allenfalls getroffenen Veranlassungen mitzuteilen.

(2) Der Prüfung der Volksanwaltschaft unterliegen auch Rechtsträger im Sinne des Art 126b B-VG.

(3) Die Volksanwaltschaft ist berechtigt, von ihr vermutete Missstände in der Vollziehung von Bundesgesetzen einschließlich der Tätigkeit des Bundes als Träger von Privatrechten von Amts wegen zu prüfen. Diese Prüfungsbefugnis umfasst auch die Tätigkeit der in Art 126b B-VG genannten Rechtsträger.

(4) Der Nationalrat und der Bundesrat sind befugt die Volksanwaltschaft mit der Prüfung von Missständen in der Verwaltung zu betrauen. Näheres bestimmen das Bundesgesetz über die Geschäftsordnung des Nationalrates und des Bundesrates.

(5) Der Volksanwaltschaft obliegt ferner die Mitwirkung der an den Nationalrat gerichteten Petitionen und Bürgerinitiativen zu betrauen. Näheres bestimmt das Bundesgesetz über die Geschäftsordnung des Nationalrates.

(6) Die Volksanwaltschaft ist in Ausübung ihres Amtes unabhängig.

Art. 148b (1) Alle Organe des Bundes, der Länder, der Gemeinden, der Gemeindeverbänden sowie anderer Körperschaften öffentlichen Rechts und die Organe der in Artikel 148a Absatz 2 genannten Rechtsträger haben die Volksanwaltschaft bei der Besorgung ihrer Aufgaben zu unterstützen, ihr Akteneinsicht zu gewähren und auf Verlangen die erforderlichen Auskünfte zu erteilen sowie Prüfungshandlungen der Volksanwaltschaft an Ort und Stelle zu ermöglichen. Diese Organe werden dabei in Vollziehung der Gesetze tätig. Die von der Volksanwaltschaft um Unterstützung angesprochenen Rechtsträger haben diesem Ersuchen innerhalb einer über begründetes Ersuchen erstreckbaren Frist von fünf Wochen zu entsprechen. Amtsverschwiegenheit und das Recht auf Datenschutz besteht nicht gegenüber der Volksanwaltschaft.

(2) Die Volksanwaltschaft unterliegt der Verschwiegenheit im gleichen Umfang wie das Organ, an das die Volksanwaltschaft in Erfüllung ihrer Aufgaben herangetreten ist. Bei der Erstattung der Berichte an den Nationalrat ist die Volksanwaltschaft zur Wahrung

Anhang I

der **Verschwiegenheit** aber nur insoweit verpflichtet, als dies im Interesse der Parteien oder der nationalen Sicherheit geboten ist.

Art. 148c (1) Die Volksanwaltschaft kann den mit den obersten Verwaltungsgeschäften des Bundes betrauten Organen Empfehlungen für die in einem bestimmten Fall oder aus Anlass eines bestimmten Falles zu treffenden Maßnahmen erteilen. In Angelegenheiten der Selbstverwaltung oder der Verwaltung durch weisungsfreie Behörden kann die Volksanwaltschaft dem zuständigen Organ der Selbstverwaltung oder der weisungsfreien Behörde Empfehlungen erteilen; derartige Empfehlungen sind auch dem obersten Verwaltungsorgan des Bundes zur Kenntnis zu bringen. Das betreffende Organ hat **dieser Empfehlung innerhalb einer über begründetes Ersuchen erstreckbaren Frist von fünf Wochen entweder zu entsprechen** und dies der Volksanwaltschaft mitzuteilen oder schriftlich zu begründen, warum der Empfehlung nicht entsprochen wurde.

(2) Gegenüber Organen der in Artikel 148a Absatz 2 genannten Rechtsträger hat die Volksanwaltschaft vor Aufnahme in einen Bericht an den Nationalrat und Bundesrat das Ergebnis ihres Prüfungsverfahrens festzustellen.

(3) Die Volksanwaltschaft kann bei Verzögerungen eines gerichtlichen Verfahrens oder eines Verfahrens vor einem Tribunal im Sinne des Art. 6 Abs.1 der Europäischen Menschenrechtskonvention dem zuständigen Organ empfehlen, die entsprechenden Verfahrenshandlungen vorzunehmen, und die Einleitung eines Disziplinarverfahrens anregen. Im Übrigen gilt Abs.1 sinngemäß.

(4) Die Volksanwaltschaft ist berechtigt gegen Entscheidungen eines Landesverwaltungsgerichtshofes oder eines Tribunals im Sinne des Art. 6 Abs.1 der Europäischen Menschenrechtskonvention eine Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben (Amtsbeschwerde), und die Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung zu begehen. Im Falle der Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung, verjährten Ersatzansprüche gemäß Artikel 23 Abs. 1 B-VG jedenfalls nicht vor Ablauf eines Jahres ab Rechtskraft der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes oder des Verfassungsgerichtshofes.

Art. 148d (1) Die Volksanwaltschaft hat dem Nationalrat und dem Bundesrat jährlich über ihre Tätigkeit zu berichten. **In diesen Berichten kann die Volksanwaltschaft Anregungen zur Änderung von Bundesgesetzen aufnehmen. Es bleibt der Volksanwaltschaft unbenommen, darüber hinaus auch weitere Berichte zu erstatten.**

(2) Die Mitglieder der Volksanwaltschaft haben das Recht, an den Verhandlungen über die Berichte der Volksanwaltschaft und die die Volksanwaltschaft betreffenden Kapitel des Entwurfes des Bundesfinanzgesetzes im Nationalrat teilzunehmen und auf ihr Verlangen jedesmal gehört zu werden.

(3) Die Mitglieder der Volksanwaltschaft haben das Recht, an allen Verhandlungen der Ausschüsse (Unterausschüsse) des Nationalrates und des Bundesrates, ausgenommen Untersuchungsausschüsse, teilzunehmen und zu den Wahrnehmungen aus ihrer Tätigkeit auf ihr Verlangen jedesmal gehört zu werden. Die

Anhang I

Ausschüsse (Unterausschüsse) des Nationalrates und des Bundesrates können die Anwesenheit von Mitgliedern der Volksanwaltschaft verlangen.

- (4) Näheres bestimmen die Bundesgesetze über die Geschäftsordnung des Nationalrates und die Geschäftsordnung des Bundesrates.

Art. 148e Auf Antrag der Volksanwaltschaft in einem anhängigen Prüfungsverfahren erkennt der Verfassungsgerichtshof über Verfassungswidrigkeit von Bundesgesetzen, sowie über Gesetzwidrigkeit von Verordnungen einer Bundesbehörde. Der Verfassungsgerichtshof erkennt dabei auch über außer Kraft getretene Rechtsvorschriften.

Art. 148f Entstehen zwischen der Volksanwaltschaft und der Bundesregierung oder einem Bundesminister, einem Rechtsträger im Sinne des Art. 148a Abs. 2 oder einem Gericht oder Tribunal im Sinne des Art. 148c Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen, die die Zuständigkeit der Volksanwaltschaft regeln, so entscheidet auf Antrag der Bundesregierung, des zuständigen Organs eines Rechtsträgers, des Gerichtes oder Tribunals oder der Volksanwaltschaft der Verfassungsgerichtshof in nicht öffentlicher Verhandlung innerhalb von sechs Monaten.

Art. 148g (1) Die Volksanwaltschaft hat ihren Sitz in Wien. Sie besteht aus drei Mitgliedern, von denen jeweils eines den Vorsitz ausübt. Die Funktionsperiode beträgt sechs Jahre. Eine mehr als einmalige Wiederwahl der Mitglieder der Volksanwaltschaft ist unzulässig.

(2) Die Mitglieder der Volksanwaltschaft werden vom Nationalrat auf Grund eines Gesamtvorschlages des Hauptausschusses gewählt. Der Hauptausschuss erstellt seinen Gesamtvorschlag bei Anwesenheit von mindestens der Hälfte seiner Mitglieder, wobei die drei mandatsstärksten Parteien des Nationalrates das Recht haben, je ein Mitglied für diesen Gesamtvorschlag namhaft zu machen.. Die Mitglieder der Volksanwaltschaft leisten vor Antritt ihres Amtes dem Bundespräsidenten die Angelobung.

(3) Der Vorsitz in der Volksanwaltschaft wechselt jährlich zwischen den Mitgliedern in der Reihenfolge der Mandatsstärke der die Mitglieder namhaft machenden Parteien. Diese Reihenfolge wird während der Funktionsperiode der Volksanwaltschaft unverändert beibehalten.

(4) Im Falle des vorzeitigen Ausscheidens eines Mitgliedes der Volksanwaltschaft hat jene im Nationalrat vertretene Partei, die diese Mitglied namhaft gemacht hat, ein neues Mitglied namhaft zu machen. Die Neuwahl für den Rest der Funktionsperiode ist gemäß Abs. 2 durchzuführen.

(5) Die Mitglieder der Volksanwaltschaft müssen zum Nationalrat wählbar sein; sie dürfen während ihrer Amtstätigkeit weder der Bundesregierung noch einer Landesregierung

Anhang I

noch einem allgemeinen Vertretungskörper angehören und keinen anderen Beruf ausüben.

Art. 148h (1) Die Beamten der Volksanwaltschaft ernennt auf Vorschlag und unter Ge- genzeichnung des Vorsitzenden der Volksanwaltschaft der Bundespräsident; das Gleiche gilt für die Verleihung von Amtstiteln. Der Bundespräsident kann jedoch den Vor- sitzenden der Volksanwaltschaft ermächtigen, Beamte bestimmter Kategorien zu er- nennen. Die Hilfskräfte ernennt der Vorsitzende der Volksanwaltschaft. Der Vorsitzen- de der Volksanwaltschaft ist insoweit oberstes Verwaltungsorgan und übt diese Befug- nisse allein aus.

(2) Die Diensthoheit des Bundes gegenüber den bei der Volksanwaltschaft Bediensteten wird vom Vorsitzenden der Volksanwaltschaft ausgeübt.

(3) Die Volksanwaltschaft gibt sich eine Geschäftsordnung sowie eine Geschäftsvertei- lung, in der zu bestimmen ist, welche Aufgaben von den Mitgliedern der Volksanwaltschaft selbstständig wahrzunehmen sind. Die Beschlussfassung über die Geschäfts- ordnung und die Geschäftsverteilung erfordert Einstimmigkeit der Mitglieder der Volksanwaltschaft.

Art. 148i (1) Durch Landesverfassungsgesetz können die Länder die Volksanwalt- schaft auch für den Bereich der Verwaltung des betreffenden Landes, ein- schließlich der Kontrolle von Rechtsträgern im Sinne des Art. 148a Abs.2 für zu- ständig erklären. In diesem Falle sind die Bestimmungen dieses Hauptstückes sinngemäß anzuwenden.

(2) Schaffen die Länder für den Bereich der Landesverwaltung Einrichtungen mit gleich- artigen Aufgaben wie die Volksanwaltschaft, so kann durch Landesverfassungsgesetz eine den Art. 148e und 148f entsprechende Regelung getroffen werden.

Art. 148j Nähere Bestimmungen zur Ausführung dieses Hauptstückes sind bundesge- setzlich zu treffen.

Anhang I

III. Vorschläge zur Effektuierung der Missstandskontrolle

1. Prüfkompetenz im Falle der Abschaffung der mittelbaren Bundesverwaltung

Erläuterungen zur Textvorlage des Art. 148 a Abs. 1 B-VG

Nach zutreffender Auffassung liegt Art 148a B-VG hinsichtlich der hoheitlichen Verwaltung ein **funktioneller Verwaltungsbegriff** zugrunde, sodass nicht nur die gesamte unmittelbare Bundesverwaltung, sondern **ausnahmslos jede hoheitliche Verwaltungstätigkeit, die dem Bund zuzurechnen ist** (zB mittelbare Bundesverwaltung, Selbstverwaltungsträger, juristische Personen öffentlichen rechts und Beliehene, sofern Aufgaben aus dem Bereich der hoheitlichen Bundesverwaltung vollzogen werden) **der Kontrolle der VA unterliegt.**

Vom dem Hintergrund des Mandats des Ausschuss V des Konvents, wird aktuell sowohl über einen neuen - nach abgerundeten Leistungs- und Verantwortungsbereichen gegliederten Katalog von Gesetzgebungskompetenzen des Bundes und der Länder –als auch die Föderalisierung der gesamten mittelbaren Bundesverwaltung diskutiert. Deren Weiterentwicklung zu einer weisungsfrei wahrzunehmenden Landesverwaltung im Rahmen des Kompetenztypus des Art 11 B-VG wurde in der Vergangenheit sowohl in der Vereinbarung von Perchtoldsdorf 1992 (bekräftigt in Form der RV einer B-VG-Nov 1996) als auch im Regierungsprogramm vom 4. 2. 2000 ins Auge gefasst. Für den Fall, dass es tatsächlich zur Abschaffung der mittelbaren Bundesverwaltung kommen sollte, bedürfte es jedenfalls auch einer ergänzenden Anpassung des Art. 148 a Abs. 1 B-VG, da andernfalls eine umfassende Kontrolle des auf Bundesgesetzen passierenden Vollzuges durch die VA und eine darauf basierende Berichterstattung an den Nationalrat und Bundesrat nicht mehr sichergestellt wäre, obwohl die Wahrung der Einheitlichkeit der Vollziehung von Bundesgesetzen im Interesse der gesetzgebenden Körperschaften, die diese Normen erlassen haben, bleibt. Die vorgeschlagene Textänderung in Art 148a Abs. 1 B-VG ("Missstände bei der Vollziehung von Bundesgesetzen") soll es dem Bund erleichtern, die Vollziehung der von ihm erlassenen Vorschriften, der Rechtsakte im Rahmen der europäischen Integration und der völkerrechtlichen Verträge durch die Länder zu

Anhang I

überwachen und wahrgenommene Mängel, innerhalb angemessener Frist durch Weisung abzustellen (vgl. Information und Aufsicht des Bundes in KV5 Abs. 2 der Ausschussvorlage 217/AVORL-K vom 10.2.2004).

2. Kontrolle ausgegliederter Rechtsträger

Erläuterungen des Textvorschlages zu Art. 148 a Abs. 2, Art. 148 b Abs. 1, Art. 148 c Abs. 2 und Art. 148 i Abs. 1 B-VG

Mit Ausgliederungen ist die Lockerung der Beziehung zu den demokratisch legitimierten obersten Staatsorganen verbunden. Jede Ausgliederung reduziert deren Leitungsbefugnis und Verantwortung, beendet die Möglichkeit, Weisungen iSd Art 20 Abs 1 B-VG zu erteilen, die Dienst- und Fachaufsicht auszuüben **und reduziert je nach Rechtsform der Ausgliederung auch die Kontrolle durch das Parlament.**

Gem. Art. 148 a Abs. 1 B-VG umfasst die Zuständigkeit der VA nur jene **nichthoheitliche Verwaltung**, die von Bundesorganen im organisatorischen Sinn selbst durchgeführt wird. Soweit aber Angelegenheiten der **nicht hoheitlichen Verwaltung** in Folge **der Ausgliederung von Staatsaufgaben von anderen Organen** besorgt werden, besteht **keine Prüfbefugnis der VA** (Erkenntnis des VfGH vom 18. Dezember 1992, KV 1/91, JBI 1993, 650).

Von 1991 bis 2004 haben allein auf Bundesebene **etwa 50 realisierte Ausgliederungsvorhaben die Prüfzuständigkeit der VA schrittweise reduziert**. Die Volksanwaltschaft hat in ihren Tätigkeitsberichten beginnend ab 1993 wiederholt auf die Rechtsschutz – und Kontrolldefizite, die mit der Übertragung von Staatsaufgaben auf Privatrechtsträger, die allerdings weiterhin im Eigentum, zumindest im mehrheitlichen, oder unter Beherrschung der öffentlichen Hand stehen, hingewiesen. Der Rechtsschutz gegenüber dem privatrechtlich handelnden Staat erfährt zwangsläufig Modifikationen, wenn Bürger bis dahin bestehender durchsetzbarere Rechtsansprüche verlustig gehen und gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen müssen, weil kostenlosen Schutzmechanismen, wie sie durch die Befassung der VA im hoheitlichen Bereich bzw. im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung des Bundes in Gang gesetzt werden können, nicht gleichermaßen offen stehen.

Anhang I

Auf der anderen Seite hat sich die vielfach geäußerte Hoffnung, es könnte mit den Ausgliederungen eine bessere **Kundenorientierung und ein besseres Kundenservice** erreicht werden, auch nach Wahrnehmung von **Rechnungshofpräsident Dr. Fiedler** (Vortrag publiziert in der Schriftenreihe der GÖD, Nr. 2, Juli 1998) **nicht oder nur partiell erfüllt**. Was sollen Menschen, die sich als Konsumenten nach erfolgter Ausgliederung über mangelhafte oder sprunghaft verteuerte Dienstleistungen beschweren möchten, aber ihr Anliegen wegen überlasteter Telefon-Hotlines nicht einmal vorbringen können oder deren Eingaben konsequent unbeantwortet bleiben, machen ?

Mit der in Art. 148 a Abs.2 B-VG vorgeschlagenen Angleichung der Kompetenz der Volksanwaltschaft an die des Rechnungshofes soll eine bestehende Kontrolllücke geschlossen und die abgewandelte Kurzformel "Staat bleibt Staat, auch wenn er teilweise die Kleider wechselt" für die VA wie den RH gleichermaßen gelten. **Rechnungshofpräsident Dr. Fiedler** selbst **befürwortet die Ausweitung der Kontrollbefugnisse der VA auf ausgegliederte Rechtsträger** (so u.a. im schriftlichen Beitrag zum 25. Jahr des Bestehens der VA im Mai 2002). Eine divergierende Beurteilung wegen einer allfälligen Überschneidung der Kontrollzuständigkeit beider parlamentarischer Hilfsorgane ist angesichts der unterschiedlichen Aufgabenstellung und des daraus erfließenden unterschiedlichen Kontrollauftrages nicht zu befürchten. Die Rechnungshofkontrolle hat sich auf die Gebarungsprüfung nach den in Art. 126b Abs. 5, Art 127 Abs. 1 und Art. 127a Abs. 1 B-VG genannten Kriterien zu beschränken. Eine über diese Kriterien zur Beurteilung der Unternehmensgestion hinausgehende Prüftätigkeit auf Grund von Individualbeschwerden könnte daher nur die VA im Rahmen ihrer Missstandskontrolle entfalten und so auch prozessvermeidend tätig werden.

Für den Fall, dass ein Einvernehmen in Bezug auf eine Angleichung der Kontrollbefugnisse der VA und des RH Richtung erzielt werden kann, ergibt sich in weiterer Folge zwangsläufig die Notwendigkeit auch Art 148a Abs 3 (Amtswegigkeit) und Art 148 f B-VG (Meinungsverschiedenheiten über die Zuständigkeit der VA) entsprechend zu adaptieren.

Die Neufassung des Art 148 b B-VG (Unterstützungs- und Auskunftspflicht) verfolgt mehrere Zielsetzungen: Die Auskunftspflicht soll zum einen auf ausgegliederte Rechtsträger zum anderen aber auch auf Gemeindeverbände und Körperschaften öffentlichen Rechts, die im Bereich der Daseinsvorsorge eine immer größere Rolle spielen, ausgedehnt werden. Die herrschende Lehre qualifiziert die Auskunftserteilung gemäß Art. 20 Abs. 4 B-VG

Anhang I

unabhängig von der Materie, zu der sie erfolgt, als einen Akt "in Vollziehung der Gesetze". Informationen an die Volksanwaltschaft finden zwar ihre verfassungsrechtliche Grundlage nicht im Auskunftspflichtgesetz sondern in Art. 148b Abs. 1 B-VG, doch ist nicht ersichtlich, weshalb sie deshalb nicht in Vollziehung der Gesetze erfolgen, sodass im Bereich der Hoheitsverwaltung ein Zuwiderhandeln gegen die Unterstützungsplicht dem Tatbild des § 302 StGB entspricht. In Bezug auf die angestrebte Prüfung ausgegliederter Rechtsträgerauch ist auch eine Verankerung der Pflicht, Prüfungshandlungen vor Ort zu ermöglichen, unerlässlich. Da sich immer wieder auch Verzögerungen im Prüfverfahren durch die späte Abgabe von Stellungnahmen der geprüften Stellen ergeben, sollen Prüfverfahren durch die Terminisierung der Auskunftspflicht innerhalb von fünf Wochen beschleunigt werden.

Art 148 c Abs. 1 B-VG intendiert wie Art. 148 b Abs. 1 B-VG eine Beschleunigung der Prüfungsverfahren der VA und verkürzt die bislang in § 6 VAG vorgesehene Reaktionszeit auf Empfehlungen der VA um drei Wochen.

Art. 148 c Abs. 3 B-VG trägt dem Umstand Rechnung, dass das Instrumentarium der volksanwaltschaftlichen Empfehlungsbefugnis nicht auf das Innenverhältnis ausgegliederter Rechtsträger, welches sich – von sondergesellschaftlichen Regelungen abgesehen – in den überwiegenden Fällen nach den Bestimmungen des AktG und des GmbHs richtet, übertragen werden kann. Ungeachtet dessen soll sowohl das zuständige Organ des ausgewählten Rechtsträgers von den auf Grund oder aus Anlass von Prüfungsverfahren getroffenen Feststellungen der VA konfrontiert werden. Der Nationalrat und der Bundesrat würde im Anschluss daran durch Berichte der VA von diesen Feststellungen Kenntnis erlangen und so eine auf objektiven Wahrnehmungen beruhende Schilderung darüber erhalten, wie sich Ausgliederungsvorhaben aus der Sicht der Bürger in Bezug auf die Verfügbarkeit, Benutzerfreundlichkeit, Qualität und Sicherheit von Leistungen auswirken. Die gesetzgebenden Körperschaften wären so in der Lage, im Rahmen der politischen Kontrollrechte vorhandene Ingerenzmöglichkeiten auszuschöpfen, sofern der VA eine außergerichtliche Bereinigung von Konfliktfeldern nicht ohnehin bereits möglich war.

Ausgliederungen auf Landes- und Gemeindeebene

Da Art. 148 i Abs. 1 B-VG, der die Zuständigkeitsklärungen der VA durch Landesverfassungsgesetz beinhaltet, ausdrücklich nur von der "**Verwaltung des betreffenden**

Anhang I

Landes"; dh. Verwaltung des Landes selbst und nicht anderer von ihm verschiedener Rechtsträger spricht, erscheint es notwenig, diese Bestimmung so zu ändern, dass ein unerwünschtes und im Hinblick auf Art. 99 B-VG auf bundesverfassungsrechtliche Grenzen stoßendes Auseinanderklaffen der Kontrollkompetenz der VA auf Bundes- und Landesebene vorweg ausgeschlossen bzw. Nachjustierungen der Landesverfassungen entbehrlich werden.

Internationaler Rechtsvergleich:

Die Rechtslage in den einzelnen europäischen Staaten ist vielfältig. Ausdrücklich auf alle Ausgliederungen ausgedehnt wurde die Kontrolle des Ombudsmannes in **Finnland und Slowenien**. Die Qualität der Rechtsform von Unternehmungen, Gesellschaften oder von sonstigen Verwaltungseinheiten, die in qualifizierter Weise mit der öffentlichen Verwaltung verbunden sind, kann auch die Prüfzuständigkeit des Defensor in **Spanien** nicht einschränken. Einzelne Kontrollbefugnisse bleiben auch den Ombudsmännern in **Portugal und Irland** und **Malta** nach Ausgliederungen erhalten.

3. Betrauung der VA mit der Prüfung von Missständen

Erläuterung zu Art. 148 a Abs. 4 B-VG

Gem. Art. 126 Abs. 4 B-VG hat der Rechnungshof auf Beschluss des Nationalrates oder auf Verlangen von Mitgliedern in seinen Wirkungsbereich fallende besondere Akte der Gebarungsüberprüfung durchzuführen. Die VA als zweites parlamentarisches Hilfsorgan könnte durch ihre Prüfungsverfahren analog dazu ebenfalls einen Beitrag zur Effektivierung der politischen Kontrolle, wie sie der Nationalrat auszuüben hat, leisten.

Dem Textvorschlag des Art. 148 a Abs. 4 B-VG liegt die Überlegung zu Grunde, dass eine fortlaufende Einsichtnahme in die Verwaltungsgeschäfte der Exekutive durch das Parlament dem von der Bundesverfassung grundgelegten Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Verwaltung widerspricht, während die VA das Potenzial zu Systemprüfungen, die weit über einen konkreten Beschwerdefall hinaus reichen, hätte und den Nationalrat als Auftraggeber so gezielt auch über "Vollzugsvergleiche", die allein mit Mitteln des parlamentarischen Interpellationsrecht nicht offenbar werden, informieren könnte.

Anhang I

4. Kontrolle der Gerichtsbarkeit bei Säumnis und Dienstpflichtverletzungen

Erläuterungen zum Textvorschlag des Art. 148 c Abs. 3 B-VG

Die Kehrseite des Anspruches, der sich aus **Artikel 6 EMRK** für den Einzelnen im Bereich der civil rights herleitet, besteht in der Verpflichtung des Staates, den Bürgern Einrichtungen zur Verfügung zu stellen, welche die Einlösung der gesetzlichen Ansprüche in annehmbarer Zeit und mit vertretbarem Risikokalkül ermöglichen. Nach Art 6 EMRK hat jedermann Anspruch darauf, dass seine Sache auch **in angemessener Zeit vor einem unabhängigen Gericht verhandelt wird.**

Der Homepage des Bundesministeriums für Justiz ist zu entnehmen, dass der **Kreditschutzverband von 1870 ermittelt hat**, dass eine **Verfahrensbeendigung aller Zivilprozesse binnen Jahresfrist in erster Instanz** einen positiven volkswirtschaftlichen Effekt in Höhe von ca. 71 Millionen € monatlich (also ca. 1 Milliarde € jährlich) nach sich ziehen würde (http://www.justiz.gv.at/aktuelles/download/pk291203_verfahrensbeschl.pdf). Von so kurzen Verfahrensdauern sind wir weit entfernt.

933 Beschwerden, die 2002 der Justizverwaltung zuzurechnen waren und für deren Behandlung die VA zuständig ist, bezogen sich überwiegend auf die lange Dauer von Gerichtsverfahren sowie Verzögerungen bei der Ausfertigung und Zustellung von Gerichtsentscheidungen (näheres dazu im 26. Tätigkeitsbericht der VA, S. 88 ff). Für Verfahrensstillstände von (meist) mehreren Monaten fanden sich in Stellungnahmen an die VA Begründungen wie etwa "unentschlossene oder zögerliche Arbeitsweise des zuständigen Richters" oder "keine zielstreibige Verfahrensführung durch den Richter". Erst die Prüfungsverfahren lösten nach Aufzeigung der entsprechenden Missstände dienstaufsichtsbehördlicher Maßnahmen aus (VA BD/404-J/01, 8-J/02, 26-J/02, 38-J/02, 53-J/02, 125-J/02, 267-J/02, 410-J/02, 473-J/02, 503-J/02, 506-J/02, 570-J/02, 613-J/02).

Ebenso wie Richter im Rahmen von Disziplinarverfahren gegen Kollegen zu urteilen haben, ob diese schuldhaft ihren Berufspflichten nicht nachgekommen sind, haben seit dem Inkrafttreten des **§ 91 GOG** (1.1.1990) auf Antrag einer Partei Berufsrichter (Dreirichtersenat) zu beurteilen, ob unabhängig von einem Verschulden eine Säumnis im Verfahren eingetreten ist. **Diese der Verfahrensbeschleunigung zuträglichen Anträge werden**

Anhang I

aber in der Praxis von Parteien und deren Anwälten kaum gestellt, wird doch damit die Arbeitsweise von Richtern, die über den Verfahrensausgang zu befinden hätten, in Kritik gezogen.

Eine Kompetenzerweiterung hinsichtlich der **Kontrolle der Justiz(-verwaltung)** durch die Volksanwaltschaft intendierte daher der Initiativantrag **98/A XXI. GP** der Abgeordneten **Dr. Khol, Ing. Westenthaler** und Kollegen, welcher der VA die **Befugnis zur Antragstellung nach § 91 GOG** und die Möglichkeit Disziplinarverfahren anzuregen, eröffnen sollte, greift in die Unabhängigkeit der Rechtsprechung ein.

Der österreichischen Rechtsordnung ist ein rasch wirksamer Rechtsschutz gegen die Säumnis von Gerichten - abgesehen vom anders gearteten Fristsetzungsantrag nach § 91 GOG - **grundsätzlich fremd**. Bürger, die in einem Verwaltungsverfahren ein subjektiv- öffentliches Recht auf Entscheidung innerhalb der Frist des § 73 AVG geltend machen und einen Devolutionsantrag bzw. die Säumnisbeschwerde einbringen konnten, werden sich daher auch bei Einführung von Verwaltungsgerichten erster Instanz nicht gegen Verfahrensverschleppungen zur Wehr setzen können.

So ist im Ausschuss IX unbestritten, dass eine Säumnisbeschwerde nach Vorbild des Art 132 B-VG ausschließlich für das Verhältnis zwischen (säumiger) Verwaltungsbehörde und VwGH konzipiert worden ist und **eine Verlagerung der Entscheidungsbefugnisse auf den VwGH nicht in Frage kommt**. Konsens in der 3. Sitzung der "kleinen Arbeitsgruppe" am 22.1.2004 bestand lediglich darüber, dass als "Ersatz" **ein Aufsichtsrecht des VwGH über die ihm untergeordneten Verwaltungsgerichte zu etablieren**. Dabei soll der VwGH in einem ersten Schritt dem säumigen Verwaltungsgericht eine bestimmte Frist setzen und in einem zweiten Schritt – bei Verletzung bzw. Überschreitung dieser Frist (nach allfälliger Fristverlängerung) – **eine Geldbuße gegen den jeweiligen Rechtsträger (Bund oder Länder) verhängen können**. Diese Lösung ist wenig zufriedenstellend, da auch die Verhängung einer Geldbusse die Säumnis nicht beendet.

Der Textvorschlag des Art. 148 c Abs. 3 B-VG ist, gerade weil er Kontrollkompetenzen bei Säumnis über die bloße Antragstellung nach § 91 GOG im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit hinaus auch auf Verwaltungsgerichte erster Instanz, Tribunale sowie den VwGH und VfGH ausdehnt, eine Reaktion darauf, dass die VA ihre Befugnisse im Bereich der Justizverwaltung wie bisher umfassend - und im Interesse der Beschwerdeführer - auch effektiv wahrnehmen möchte.

Anhang I

5. Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes

Erläuterung des Textvorschlages zu Art. 148 c Abs.4 B-VG

Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz wird vom Umfang her eine massive Verringerung der Ingerenz der VA auf Verwaltungshandeln mit sich bringen. Die über den Bereich der bloßen Rechtswidrigkeit hinausgehende Missstandskontrolle der VA, welche auch Billigkeitserwägungen einschließt, sowie die Empfehlungsbefugnis zur Aufhebung von Bescheiden erstreckt sich dann nur mehr auf in Rechtskraft erwachsene behördliche Entscheidungen.

Der im 25. und 26. PB (2001 und 2002) ventilierte Vorschlag, der VA im Wege einer **Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes** die Befugnis zu eröffnen, wegen rechtskräftiger Entscheidungen der Verwaltungsgerichte erster Instanz bzw. Tribunale nach Art 6 EMRK an den VwGH oder VfGH heranzutreten und **zumindest die Feststellung deren Rechtswidrigkeit zu begehrn**, liegt ein Erfahrungsschatz an Prüfungsverfahren zu Grunde, die belegen, dass komplementärer Rechtsschutz, wie ihn die VA bislang im Interesse der BF gerade auch gegenüber Berufungsbehörden wahrnehmen konnte, durch die Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht über Nacht obsolet wird.

1. Eine lose Verzahnung volksanwaltschaftlicher Tätigkeit mit jener der Sondergerichtshöfe des öffentlichen Rechts stellt per se keinen Eingriff in die Unabhängigkeit der Rechtsprechung dar. Auch wäre mit einem die Rechtsansicht der VA bestätigenden, deklaratorischen Erkenntnis **keine Durchbrechung der Rechtskraft** verbunden. Bürgern, die sich beschwert erachten, weil die Verwaltungsgerichte erster Instanz ihrem Rechtsmittel keine Folge gegeben haben, könnte aber die VA wenigstens dann, **wenn auch sie gravierendere Rechtswidrigkeiten erblickt**, zur Seite zu stehen.

2. Die **Einschränkung der Antragslegitimation der VA auf einen (bloßen) Feststellungsantrag** gegen rechtskräftige Entscheidungen, ergibt sich aus der Aufgabenstellung als Verwaltungskontrollorgan. Die von der VA beim VwGH oder VfGH eingebrachte Beschwerde und die damit verbundene Klarstellung dessen, was rechtens gewesen wäre, dient der Sicherung der Rechtmäßigkeit von Verwaltungshandeln. **Wird die Rechtsansicht der VA geteilt**, böte das bestätigende Erkenntnis im Anlassfall darüber hinaus den Beschwerdeführern auch eine taugliche Grundlage dafür, **Schadenersatzansprüche**,

Anhang I

die wegen eines als rechtswidrig erkannten begünstigenden und in Rechtskraft erwachsenen Verwaltungsaktes in ihrer Sphäre entstanden sind, im **Amtshaftungsverfahren** gerichtlich geltend zu machen. Wenn die Verwaltungsgerichte erster Instanz mit voller meritorischer Kognitionsbefugnis ausgestattet würden und deshalb in ihren Entscheidungen nicht an den Berufungsantrag gebunden wären, kann die Rechtswidrigkeit **auch in der Missachtung öffentlicher Interessen, die das subjektive öffentliche Interesse der Partei nicht betreffen**, gelegen sein.

3. Es wäre für BF, die trotz der Befassung von Verwaltungsgerichten erster Instanz auf Grund rechtswidrig ergangener Entscheidungen durch Organe in Vollziehung der Gesetze einen Personen- oder Vermögensschaden erlitten haben, eine immense Hilfe, wenn die VA mit einer Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes in solchen Fallkonstellationen auch da beim VfGH oder VwGH durchdringt. Das Zusammenspiel von hoheitlichem Handeln, das gerade im Amtshaftungsverfahren zur Hauptfrage wird, und daraus abgeleiteten zivilrechtlichen Ansprüchen wird derzeit nur durch die Spezialnorm des **§ 11 AHG** geregelt. Eine **von der VA initiierte Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes beim VwGH oder VfGH hätte die gleiche Stoßrichtung**. Beschwerden, welche von der VA mit Erfolg eingebracht wurden, sollten den BF in die Lage versetzen, Amtshaftungsansprüche auch noch bis zu einem Jahr nach Rechtskraft der Entscheidung, mit der der VwGH oder VfGH die von der VA monierte Rechtswidrigkeit feststellt, einzubringen (spezielle Ablaufhemmung).

4. Mit der Einführung der Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes könnten von der VA auch **Judikaturdivergenzen zwischen den Landesverwaltungsgerichten bei Vollziehung von Bundesgesetzen** an die Sondergerichtshöfe öffentlichen Rechts herangetragen werden. Dies ist eine klassische Aufgabe einer komplementären Rechtsschutzeinrichtung. Die Gefahr der Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung bei Einführung des derzeit favorisierten "9+1 Modells" wird tendenziell den Druck auf den Gesetzgeber erhöhen, durch legislative Anpassungen einzelne Verwaltungsgerichte erster Instanz laufend korrigieren zu müssen, wiewohl die überbordende Normenflut und Kasuistik regelmäßig von Lehre und Rechtsprechung - aber auch von Abgeordneten - beklagt wird.

5. Erreicht werden kann mit Hilfe der Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes auch eine **höchstgerichtliche Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe**, was sowohl im Interes-

Anhang I

se der Vollzugsorgane als auch im Interesse der Rechtsunterworfenen, die nicht selbst eine kostenpflichtige Klarstellung begehrten müssen, gelegen ist.

6. Gesetzesprüfungsverfahren durch VA

Erläuterungen des Textvorschages zu Art. 148 e B-VG

Sieht man von der punktuell wahrgenommenen **abstrakten Normenkontrolle** ab, liegt das Interesse an der Beseitigung von verfassungswidrigen Regelungen primär in Händen jener, die als Bürger davon subjektiv unmittelbar betroffen sind und zuweilen in der Rechtsverfolgung wegen der damit verbundenen Formalismen und Kosten ein größeres Hindernis sehen, als in der Erduldung auch gesetzlicher Unbill. Eine Erweiterung der Befugnis der VA in Art. 148 e B-VG über die schon bestehend Möglichkeit der Verordnungsanfechtung hinaus, soll die Möglichkeit eröffnen, anhängige Prüfungsverfahren zu unterbrechen, um im Rahmen der konkreten Normenkontrolle Bedenken gegen Regelungen, auch dann, wenn diese bereits außer Kraft getreten sind, an den VfGH heranzutragen zu können.

Der direkte Zugang und die unmittelbare, weil nicht durch die Verwaltung und ihre Spitzenrepräsentanten geschönte Sicht darauf, wie sich Gesetze und Verwaltungshandeln auf die Rechtssphäre von Bürger auswirken, rechtfertigt die Prüfung von Beschwerdevorbringen am Maßstab der Verfassung und insbesondere der Grundrechte, die auch den Gesetzgeber binden. Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen in Prüfungsverfahren entstehen gerade dann, wenn man sich - wie die VA - verpflichtet sieht, die Rechtsprechung des VfGH laufend zu beobachten. Eine von der VA initiierte Erkenntnis soll jedenfalls keine über den Art. 140 Abs. 7 erster Satz B-VG hinausgehende Wirkung entfalten können. Gem. § 1 Abs. 2 VAG unterliegt die Antragstellung gem. Art. 148 e und f B-VG der kollegialen Beschlussfassung. Es ist schon aus diesem Grund nicht zu befürchten, dass die VA vom Gesetzesanfechtungsrecht inflationär Gebrauch machen würde (die Notwendigkeit von der Befugnis Verordnungen anzufechten, wurde 2003 nur in 2 Fällen gesehen).

Beispiel:

Mit Erkenntnis vom 12. Juni 2002 hob der Verfassungsgerichtshof § 62 Abs 2 Erster und zweiter Satz NÖ BauO 1996 auf. Der darin vorgesehene ausnahmslose Anschlusszwang

Anhang I

an die öffentliche Kanalisation war sowohl in der Stammfassung LGBI 8200-0 als auch in der Fassung der Novelle LGBI 8200-3 verfassungswidrig. Aus der auf das Sachlichkeitsgebot gestützten Begründung ergibt sich, dass eine Berücksichtigung von öffentlichen Interessen oder Einzelinteressen von Gesetzes wegen nicht von vornherein zur Gänze ausgeschlossen werden darf. Eine Analyse der Rechtslage in den Bundesländern zeigt, dass die Ausnahmebestimmungen dreier Landesgesetze (K-GKG, Sbg BauTG sowie OÖ AEG) derzeit auch nicht den vom VfGH festgelegten Kriterien entsprechen und daher ebenso wie die NÖ Regelung von einer Aufhebung bedroht sind. Wer macht aber auch diese Verfassungswidrigkeiten geltend und wie lange wird es dauern, bis sich der VfGH auch mit den Ausnahmebestimmungen in diesen Bundesländern befasst ?

Anhang I

IV. Vorschläge zur verstärkten parlamentarischen Einbindung der Volksanwaltschaft

1. Sonderberichte

Die Verweigerung der parlamentarischen Behandlung des themenspezifischen Berichtes der Volksanwaltschaft über "Die Vergabe von Heizkostenzuschüssen in der Heizperiode 2000/2001" stieß in der Volksanwaltschaft auf Unverständnis und Bedauern, zumal es wenig sinnvoll ist, wenn sich der Nationalrat mit Feststellungen und Schlussfolgerungen seines Kontrollorgans erst beschäftigt, wenn diese unaktuell geworden sind.

Ob der geltende Art 148d B-VG erster Satz (die VA hatjährlich über ihre Tätigkeit zu berichten ...) auch hinsichtlich der Anzahl der ein Minimalerfordernis, dem die Volksanwaltschaft nachzukommen hat, enthält oder ob damit auf verfassungsrechtlicher Ebene eine Beschränkungen vorgenommen wurde, die es verbietet, aktuelle, themenbezogene Sonderberichte zu erstatten, ist nicht klar. Das Geschäftsordnungsgesetz 1975 des NR (GOG) trifft dazu keine Aussage. Tatsächlich stößt die Behandlung von Sonderberichten der Volksanwaltschaft bei Beibehaltung der derzeitigen Rechtslage aber im Bundesrat auf geschäftsordnungsmäßige Schwierigkeiten. Es erscheint daher klarstellend notwendig zu sein, die Vorlage solcher Sonderberichte im B-VG selbst vorzusehen und Art 148d Abs 1 B-VG um eine Formulierung, die bereits im BKA-Entwurfs der RV 1971 enthalten war, zurückzugreifen. Auch der internationale Vergleich zeigt, dass die Befugnis zur Vorlage von "Sonderberichten" für andere vergleichbare Einrichtungen durchaus gängig ist. So ist dieses Instrumentarium ausdrücklich in **Katalonien, Slowenien, Finnland, Norwegen, Großbritannien, Spanien, Niederlande, Griechenland und Irland** vorgesehen.

Der Nationalrat hat in seiner **Entschließung 54, XVII.-GP**, sein Interesse bekräftigt, von der Volksanwaltschaft Hinweise darüber zu erhalten, ob Gesetze bei ihrer Anwendung Mängel oder Härten erkennen lassen. Berichte der VA erhalten seit 1986 (ab dem 10. PB) deshalb regelmäßig auch legistische Änderungsvorschläge. Die Bezugnahme darauf in Art. 148d Abs. 1 B-VG verankert damit eine bestehende Praxis, zu der die VA bislang rechtlich nicht verpflichtet war.

Anhang I

2. Rederecht der Mitglieder der VA im Parlament

Sowohl die Volksanwaltschaft als auch der Rechnungshof stehen in enger Beziehung zum Parlament und erblicken in dieser Nahebeziehung einerseits die Verpflichtung, die Parlamentarier mit Hilfe ihrer Berichte über Missstände in der Verwaltung zu informieren und andererseits die Chance, sich parlamentarischen Rückhalt für die Umsetzung von Empfehlungen und legistischen Anregungen zu verschaffen.

Von Nachteil ist dabei der Umstand, dass sowohl die Mitglieder der Volksanwaltschaft als auch der Präsident des Rechnungshofes nur einen beschränkten Zugang zu den Ausschüssen bzw. Plenarsitzungen des Nationalrats (die Volksanwaltschaft auch zu denen des Bundesrats) haben. Sie sind im Wesentlichen nur berechtigt, an der parlamentarischen Behandlung ihrer Berichte und der sie betreffenden Kapitel des Entwurfes des Bundesfinanzgesetzes teilzunehmen (Art 123a, 148d zweiter Satz B-VG), obwohl ihr Aufgabenbereich die gesamte Verwaltung umfasst. Demgegenüber steht Bundesministern und Staatssekretären grundsätzlich der unbeschränkte Zugang zu allen parlamentarischen Ausschüssen und Plenarsitzungen offen (Art 75 B-VG), obwohl sie jeweils für nur ganz bestimmte, sachlich abgegrenzte Ressorts zuständig sind. Besonders nachteilig wirkt sich für Volksanwälte und den Präsidenten des Rechnungshofes aus, dass sie nicht einmal aus eigenem an jenen Verhandlungen des Nationalrats teilnehmen dürfen, in denen ihre Institutionen betreffende Gesetzesänderungen beraten und beschlossen werden. Sinnvoll wäre ein erweitertes Rederecht in Bezug auf Materien, zu denen die VA ausdrücklich im Begutachtungsverfahren Stellung bezogen oder legislative Anregungen erstattet hat.

Der Textvorschlag zu Art. 148 d Abs. 3 B-VG verfolgt die Zielsetzung, den Mitgliedern der VA den gleichen Zugang zu den parlamentarischen Beratungen zu eröffnen, wie den Regierungsmitgliedern und folgt daher dem Antrag 141/A (XXI. GP) der Abgeordneten *MMag.Dr. Madeleine Petrovic* und Kollegen.

3. Behandlung von Tätigkeitsberichten im NR und BR

Obwohl § 78 Abs 1 GOG-NR dem Präsidenten des Nationalrats die Möglichkeit eröffnen würde, Berichte der Volksanwaltschaft "einem" Ausschuss zuzuleiten, finden - einer parlamentarischen Usance entsprechend - Erörterungen des an den Nationalrat gerichteten

Anhang I

jährlichen Gesamtberichtet ausschließlich im Verfassungsausschuss statt. Ein penibles Auseinanderdividieren von Berichtsteilen der VA allein zum Zweck, dass Feststellungen aus einer Vielzahl von Prüfungsverfahren mit grundsätzlichem Bedeutung tatsächlich in allen Fachausschüssen in Beratung nehmen genommen werden könnten, erscheint auch der VA nicht zweckmäßig, wiewohl die Möglichkeit der Erörterung von Feststellungen, die weit über einen Einzelfall von Belang sind, deshalb nicht immer zwingend unterbleiben müsste.

Würde man daher dem Verfassungsausschuss als dem gem. § 78 GOG-NR traditionell mit Vorberatungen der Tätigkeitsberichte der VA befassten Ausschuss selbst die Möglichkeit eröffnen, den Präsidenten des NR zu ersuchen, Berichtsteile von grundsätzlicher Bedeutung gesondert auch einem anderen Fachausschuss zuzuweisen (analog zu § 100b Abs.1 lit.c GOG-NR), wäre sichergestellt, dass der parlamentarische Betrieb durch Vorlagen der VA nicht überflutet würde. Auch der Bundesrat hat es bisher unterlassen, Berichte der Volksanwaltschaft in seinen Fachausschüssen zu behandeln. Die mit dem BGBl I Nr. 84/1999 eingeführte Bestimmung des § 29a GOG-BR ("an den Verhandlungen ihres Tätigkeitsberichtes **im Ausschuss**") bietet dafür allerdings auch keine Grundlage. Auch diese Regelung könnte gegebenenfalls geändert werden.

Der Antrag 630 A/XXI GP (Wurm und Genossen) beinhaltet die Anregung einer Änderung der GOG –NR und sieht vor, dass Berichte der VA künftig dem Ausschuss für Petitionen und Bürgerinitiativen der dann den Namen "Volksanwaltschaft, Petitionen und Bürgerinitiativen" tragen sollte, zugewiesen werden sollen. Anlässlich der letzten Aussprache mit dem PET-Ausschuss am 17.11. 2003 ist dieses Ansinnen von Seiten der VA nicht zurück gewiesen worden.

V. Konzentration von Kontrollaufgaben bei der VA als Kollegialorgan

1. Die VA als Rechtsschutzbeauftragter

Am 6. Juli 2000 im Parlament das Militärbefugnisgesetz (BGBI I Nr. 86/2000) beschlossen. Umstritten war schon damals die in § 22 (2) MBG enthaltene Verpflichtung von Gebietskörperschaften, aller Körperschaften öffentlichen Rechts sowie Stiftungen, Anstalten und Fonds, Auskunft über BürgerInnen zu erteilen, wenn der Bundesheer-Geheimdienst dies verlangt. Die weit reichenden Möglichkeiten der vorsorglichen Ermittlung stehen nach Ansicht des VfGH (Erkenntnis vom 23.1. 2004 zu G 363/02) tatsächlich im Widerspruch zu grundrechtlich geschützten Sphären. Beanstandet wurde aber auch der Umstand, dass der in § 57 MBG beim Bundesminister für Landesverteidigung etablierte **Rechtsschutzbeauftragte**, dem die rechtliche Kontrolle von Maßnahmen der nachrichtendienstlichen Aufklärung oder Abwehr obliegen soll, nicht durch eine Verfassungsbestimmung weisungsfrei gestellt wurde, obwohl nur so gewährleistet hätte werden können, dass die angestrebte Rechtmäßigkeitskontrolle überhaupt effektiv ausgeübt werden kann.

Ähnliche verfassungsrechtlich bedenkliche Konstruktionen auf einfachgesetzlicher Ebene wurden auch in Bezug auf die **Rechtsschutzbeauftragten** nach dem **Sicherheitspolizeigesetz** und der **Strafprozessordnung gewählt**. Die Volksanwaltschaft erfüllt alle Bedingungen, die der VfGH an Rechtsschutzeinrichtungen mit Befugnissen, die deren Herauslösung aus der hierarchischen Verwaltungsorganisation rechtfertigen, stellt. Eine Betrauung mit den – in den jeweiligen Materien vorgesehenen Aufgaben – könnte daher ohne weiteres erfolgen und sollte zumindest in Erwägung gezogen werden.

2. Verschmelzung der Bundesheer- Beschwerdekommission mit der VA

Der Präsident des NR, Dr. Khol selbst zeigte die Parallelitäten der Bundesheer-Beschwerdekommission und der VA hinsichtlich der Bestellung der Organe und deren Aufgabenstellung auf (Khol/Peer, Ausbau der Rechte der Volksanwaltschaft, in: Korosec [Hrsg], Die Arbeit der Volksanwaltschaft, Holzhausen Verlag, S. 85 ff).

Tatsächlich werden auch die 3 Vorsitzenden der Beschwerdekommission vom NR aufgrund eines Gesamtvorschlages des Hauptausschusses gewählt, wobei jede der drei mandatsstärksten Parteien des Nationalrates das Recht hat, je ein Mitglied namhaft zu

Anhang I

machen. Gemäß § 6 Abs. 4 Wehrgesetz hat die Beschwerdekommission "unmittelbar oder mittelbar eingebrachte Beschwerden von Personen, die sich freiwillig einer Stellung unterziehen oder sich freiwillig zum Ausbildungsdienst gemeldet haben, von Stellungspflichtigen, von Soldaten sowie von Wehrpflichtigen des Milizstandes und Wehrpflichtigen des Reservestandes, die Präsenzdienst geleistet haben, entgegen zu nehmen, zu prüfen und über ihre Erledigung Empfehlungen zu beschließen. Darüber hinaus ist die Beschwerdekommission berechtigt, von ihr vermutete Mängel und Übelstände im militärischen Dienstbereich von Amtswegen zu prüfen." Die Funktionsperiode der Beschwerdekommission beträgt – wie jene der Mitglieder der VA – sechs Jahre, sodass es nur verständlich erscheint, dass der NR Präsident angeregt hat, gleich die Volksanwälte auch mit den bisher von der Bundesheer-Beschwerdekommission wahrgenommenen Aufgaben zu betrauen.

3. VA als Schlichtungsstelle im Sinne der RL 2000/43/EG

Im Zuge der Begutachtung des Entwurfes eines Bundesgesetzes über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz – GlBG, GZ 451.007/21-III/8/03 vom 8. September 2003) hat die VA darauf verwiesen, dass die RL 2000/43/EG vom 29.6.2000 "zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse und der ethnischen Herkunft" (RL "Rassismus") zwingend bis **19.7.2003** in nationales Recht umgesetzt hätte werden müssen. Die Frist zur Umsetzung der RL 2000/78/EG vom 27.11.2000 "zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf" (RL "Beschäftigung") lief am **2. Dezember 2003** ab, ohne dass Österreich Verpflichtung zur Umsetzung der darin enthaltenen Garantien nachgekommen ist.

Während andere Mitgliedsstaaten spezielle Antirassismusgesetze erlassen haben oder deren Verabschiedung planen, ihre Rechtsordnungen durch interdisziplinäre Sachverständige gesondert auf benachteiligende Regelungen durchforsten und die Verfolgung von Diskriminierungsverboten auch organisatorisch auf "verwaltungsferne" unabhängige Stellen verlagern, indem Rassismusagenturen geschaffen oder wie **in Schweden** den "**Discrimination-ombudsman**" auf ethnischen und rassischen Gründen beruhende Verletzungen aufgreifen lassen, misst man in Ö der RL "Rassismus" nicht jenen umfassenden und speziellen Stellenwert bei, der ihr im europäischen Kontext zukommen würde.

Anhang I

Vorgeschlagen wurde daher, der VA die Behandlung der auf die RL "Rassismus" 2000/43 EG vom 29.6.2000 gestützten Beschwerden ohne Bezug zu einem Beschaffungsverhältnis haben, zu übertragen (derzeit Teil II des Entwurfes) und diese Aufgabe nicht - wie vorgesehen – dem erst eigens zu bildenden Senat III der beim Bundesministerium für Gesundheit und Frauen eingerichteten Gleichbehandlungskommission zu überantworten. Die Betrauung der VA würde dem Art 13 der RL "Rassismus", welcher die Einrichtung einer oder mehrerer unabhängiger Stellen, die Beschwerden entgegennehmen, Prufungsverfahren durchzuführen, Empfehlungen erteilen, Untersuchungen zum Thema Diskriminierung durchzuführen und eine offensive Öffentlichkeitsarbeit betreiben sollen, vorsieht, entsprechen. Ausdrücklich wird in Art 13 der RL Rassismus darauf Bezug genommen, dass diese Stellen **Teile einer unabhängigen Einrichtung** sein können, die **auf nationaler Ebene für den Schutz der Menschenrechte oder der Rechte des Einzelnen zuständig ist**. Auf Grund der verfassungsrechtlichen Garantien, welche der Volksanwaltschaft zukommen, wäre diese prädestiniert, als profilierte, unabhängige, kostenlose und niederschwellige Anlaufstelle für Diskriminierungsoptiker zur Verfügung zu stehen.

4. Beibehaltung des Kollegialorgans

Wiederholt in Frage gestellt wurde die kollegiale Struktur der VA in Österreich.

Auf europäischer Ebene ist diese aber keine Ausnahme. So ist darauf zu verweisen, dass etwa das schwedische Parlament seit 1976 vier Ombudsleute für die Dauer von 4 Jahren wählt, eine auch (mehr)fache Wiederwahl ist möglich. Der Parliamentary Commissioner for civil rights (und ein Stellvertreter) sowie zwei weitere nationale Ombudsmänner sind allein in Ungarn tätig. Daneben gibt es Staaten, in denen ein Ombudsmann, dem zuweilen aber parlamentarische gewählte Stellvertreter zur Seite stehen (wie etwa in Tschechien), Kontrollbefugnisse wahrnimmt.

Festzuhalten ist, dass die VA fast einmalig im europäischen Raum nicht nur direkte Bürgerkontakte an ihrem Amtssitz zulässt sondern seit Beginn ihrer Arbeit aktiv auf Burger zugeht. 2002 wurden 263 Sprechstage abgehalten; davon allein 129 in den Bundesländern. Auch 2001 fanden 101 der insgesamt 229 Sprechstage außerhalb von Wien statt. Bei rund 250 Arbeitstagen im Jahr musste ein Volksanwalt bei gleicher Sprechtagssintensität damit die Hälfte der Arbeitszeit nur dazu nutzen, querfeldein durch die Lande zu reisen. Dies ist bei 14.851 Anbringern, die von der VA 2002 zu bearbeiten waren und der

Anhang I

Mitwirkung an der wöchentlichen TV-Sendung, an deren Beliebtheit trotz der wenig attraktiven Ausstrahlungszeit am Samstag um 17:45 in ORF 2 nicht zu rütteln ist, seriös weder möglich noch sinnvoll.

1015 Wien, Singerstraße 17 - (01) 515 05,
kostenlose Servicenummer 0800 223 223
Telefax 515 05/150
Briefanschrift: 1015 Wien, Singerstraße 17, Postfach 20
Homepage: <http://www.volksanwaltschaft.gv.at>
E-mail: post@volksanwaltschaft.gv.at

Volksanwälte

Bauer Rosemarie (Vorsitzende vom 1. Juli 2003 bis 30. Juni 2004)	Kostecka Peter, Dr iur (Vorsitzender vom 1. Juli 2004 bis 30. Juni 2005)	Stadler Ewald, Mag iur (Vorsitzender vom 1. Juli 2005 bis 30. Juni 2006)
Leiter des Geschäftsbereiches der Volksanwältin Mauerer Michael Dr iur, MinR, UnivLektor	Leiter des Geschäftsbereiches des Volksanwaltes Pacher Adelheid Mag Dr iur, MinR	Leiter des Geschäftsbereiches des Volksanwaltes Nemeth Norbert Mag iur, MinR
Büro Mitudis Brigitte, FOI, SM, GM Leutmezer Renate, B (KU)	Büro Satzinger Christa, FOI, SM, GM	Büro Schuster Karin, VB Ivan Heinz, VB

Referenten

Binder-Krieglstein Reinhard Dr iur, M.A.I.S., B
Blind Armin, VB
Cerny Martina Mag iur, MinR
Döralt Veronika Dr iur, B
Fritsche Kurt, ADir, SE, GV
Hiesel Martin Dr iur, B
Kamehl Günter Mag iur, MinR, Obstlt, SE
Kastner Peter Dr iur, MinR
Kleewein Wolfgang Dr iur, UniDoz, OR
Köhle Maria-Christine Mag iur, B
Langfelder Edeltraud Dr iur, OR
Mauerer-Matscher Barbara Dr iur, OR
Muhr Eugen Dr iur, MinR, GrSE/St, GrE, GE
Papházy Syliva Dr iur, VB
Posch Manfred Dr iur, B
Reif Alfred Mag iur, B
Sarto Elke Mag iur, B
Schneider-Pichler Gertrude Mag iur, MinR, GE
Tröster Heimo Mag iur, B
Uhlich Margit Mag iur, VB
Webern Gerd Dr iur, MinR, GrE, SE

Csebits Elisabeth Mag iur, B (KU)
Hofbauer Alexandra Dr iur, B (KU)

Auskunftsdiest

Boskovsky Rosa, B
Grünberger Helene, FOI, GM

ADV

Felder Andreas, FOI, SM
Wüger Roman, VB

Beschwerdekanzlei

Österreicher Irene, FOI, SM
Unger Sonja, B
Genser Kornelia, FOI, GM

Verwaltungskanzlei

Binder-Krieglstein Reinhard Dr iur, M.A.I.S., B
Ehm Josef, ADir
Strasser Susanne, VB
Knechtl Martina, VB

