

nr 4/2016

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Protest Policing

recht & gesellschaft

Entschädigung für Verurteilungen wegen Homosexualität

Rechte der Natur in Südamerika

Anwaltsgesellschaftsformen im Rechtsvergleich

debatte gender studies

Recht, Religion und Gender

Für Context herausgegeben von Philipp Hense-Lintschnig, Maria Sagmeister,
Caroline Voithofer und Andreas Wöckinger

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

 VERLAG
 ÖSTERREICH

Defensiverfolge – Das Recht auf Abtreibung

Maria Sagmeister

Im „schwarzen Protest“ (#czarnyprotest) wehrten sich Frauen (und Männer) in Polen in den vergangenen Monaten gegen ein drohendes Totalverbot des Schwangerschaftsabbruchs. Mit Erfolg, am 6.10.2016 wurde der Gesetzentwurf mit großer Mehrheit im Parlament abgelehnt.¹ Dass Protest auf der Straße – und auf den digitalen Wegen – ein ur-feministisches Anliegen gegen katholisch-konservative Kräfte verteidigt und obsiegt, ist ein großer Erfolg. Gleichzeitig ist es ernüchternd, dass dieser in einer Abwehrhandlung besteht. Es sind düstere Zeiten, in denen grundlegende Errungenschaften der 2. Frauenbewegung verteidigt werden müssen.²

Die rechtliche Regelung, die nun in Polen bestehen bleibt, ist eine der restriktivsten Europas. Das 1993 erlassene Gesetz sieht strenge medizinische, kriminologische und embryopathische Indikationen vor: Ein Abbruch ist nur dann erlaubt, wenn das Leben der Schwangeren in Gefahr ist, die Schwangerschaft aus einer Strafrat resultiert oder pränatale Untersuchungen unheilbare Krankheiten oder schwerste Behinderungen vermuten lassen.³ Ansonsten drohen sowohl dem Arzt/der Ärztin als auch anderen beteiligten Personen Haftstrafen. Es gibt zudem eine sog. Gewissensklausel, die es Ärzt_innen erlaubt, eine an sich legale Abtreibung abzulehnen; Berichten feministischer NGOs zufolge erfolgen Bezüge darauf auch bei Weigerung zum Verkauf von Verhütungsmitteln.⁴ Der EGMR hat bereits mehrfach Verletzungen von Art 8 EMRK festgestellt, da Frauen selbst im engen Bereich legaler Abtreibungen noch der Zugang dazu nicht ermöglicht wird.⁵ Der EGMR erkennt in Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch jedenfalls einen Eingriff in die Privatsphäre gem Art 8 EMRK, er räumt bislang aber einen weiten Ermessensspielraum hinsichtlich der Interessensabwägung ein.⁶ Gibt es in einem Staat Regelungen, die Abtreibungen unter bestimmten Voraussetzungen erlauben, muss der Zugang dazu gewährleistet werden. Zuletzt hat der EGMR 2010 gegen Irland festgestellt, dass

1 Kokot, Ein großer Erfolg, www.zeit.de/politik/ausland/polen-jaroslaw-kaczynski-regierung-blog (30.10.2016).

2 Beer/Susemichel, Der Backlash ist deutlich zu spüren. Interview mit Gabrielle Heinisch-Hosek, *an.schläge* 5/2015, 8 (9).

3 Busch, Vom individuellen und gesellschaftlichen Umgang mit dem Thema Abtreibung, in *Busch*, Abtreibung – Diskurse und Tendenzen (2015) 13 (16).

4 Nowacka, Der Widerstand der Polinnen wächst, www.zeit.de/kultur/2016-09/abtreibungsverbot-polen-proteste-10nach8 (29.10.2016).

5 EGMR 30.10.2012, 57375/08, *P und S/Polen*; EGMR 26.5.2011, 27617/04, *R und R/Polen*; EGMR 20.3.2007, 5410/03, *Tysiac/Polen*.

6 Pätzold in *Karpenstein/Mayer*, Kommentar zur EMRK, Art 8 Rn 9.

zwar der Großteil der europäischen Staaten liberalere Regelungen zur Abtreibung vorsehen, dieser Umstand aber nicht ausreicht, den Ermessensspielraum entscheidend einzuengen.⁷ In der Zwischenzeit entsteht allerdings ein liberalerer europäischer Konsens: 2015 sprach sich das EP für sichere und legale Abtreibung als wesentlich für die Förderung der Geschlechtergleichstellung aus.⁸

Auch in Österreich ist der Schwangerschaftsabbruch nach wie vor im Strafrecht geregelt. Dass sich dies auch im Zuge der letzten Strafrechtsreform nicht geändert hat, wurde von feministischer Seite als versäumte Gelegenheit kritisiert.⁹ Die Ausweitung des Sexualstrafrechts, die diese Reform brachte, wird zwar als feministischer Erfolg begrüßt, gleichzeitig fußt die Reform schlicht in der Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen¹⁰ – und das gegen heftigen Widerstand, auch aus der Strafrechtswissenschaft.

§ 96 StGB sieht sowohl für Ärzt_innen als auch für die Frauen selbst Haftstrafen für den Abbruch einer Schwangerschaft vor, § 97 StGB normiert allerdings Straffreiheit für bestimmte Fälle. Diese umfassen die Fristenlösung, die einen Abbruch in den ersten drei Schwangerschaftsmonaten entkriminalisiert, ohne nach Gründen zu fragen. Dennoch ist dies nicht in allen öffentlichen Spitälern möglich. Über diese Frist hinaus ist ein Abbruch straffrei, wenn das Leben der Schwangeren bedroht ist, sie zum „Zeitpunkt der Schwängerung“ unmündig war oder, wenn „eine ernste Gefahr besteht, daß das Kind geistig oder körperlich schwer geschädigt sein werde“, – eine Indikationenlösung, die mit Blick auf die Rechte von Menschen mit Behinderung umstritten ist.

„Abtreibung ist Frauenrecht“ – das ist einer der Slogans, mit denen diese verhältnismäßig liberale Regelung erkämpft wurde. Es ist nach wie vor ein Slogan mit dem gekämpft wird, denn mit einem Recht auf Abtreibung ist mehr gemeint als eine rechtfertigende Ausnahme im Strafgesetzbuch. Dass es durchaus nicht notwendig ist, Schwangerschaftsabbrüche im Strafrecht zu regeln, zeigt sich in Kanada. Die vollständige Entkriminalisierung wurde dort 1988 in Folge eines höchstgerichtlichen Urteils vorgenommen.¹¹ Abbrüche unterliegen seitdem, wie andere medizinische Eingriffe, dem Canada Health Act.¹²

MMag.^a Maria Sagmeister ist Universitätsassistentin am Institut für Rechtsphilosophie der Universität Wien und Mitherausgeberin des Juridikum; maria.sagmeister@univie.ac.at

7 EGMR 16.12.2010, 25579/05 A, B and C/Ireland, Rn 212ff; krit. Besprechung: *Steinbeis*, EGMR zu irischem Abtreibungsverbot: Von wegen Roe vs. Wade, <http://verfassungsblog.de/egmrurteil-zu-irischem-abtreibungsverbot-von-wegen-roe-wade/> (29.10.2016).

8 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 9. Juni 2015 zu der Strategie der EU für die Gleichstellung von Frauen und Männern nach 2015 (2014/2152(INI) Rn 52.

9 *Österreichischer Frauenring*, 94 SN 98 ME 25. GP; *Institut für Rechtsphilosophie*, 108 SN 98 ME 25. GP.

10 *Adensamer*, Ein Nein muss genügen, Zur Reform des StGB im Bereich der Sexualdelikte, Juridikum 2015, 5-9.

11 *R/Morgenthaler*, 1 SCR 30, 1988, CanLII 90 SCC.

12 *Richer*, Abortion in Canada: Twenty Years After R. v. *Morgenthaler*. Parliamentary Information and Research Service, www.lop.parl.gc.ca/content/lop/ResearchPublications/prb0822-e.pdf (1.11.2016).

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 413 Defensiverfolge – Das Recht auf Abtreibung
Maria Sagmeister

merk.würdig

- 417 Austeritätsmaßnahmen auf dem grundrechtlichen Prüfstand
EuGH bindet EU-Organen auch bei Handeln für ESM an Unionsgrundrechte
Nikolaus Wieser
- 420 Erste Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zur Kopftuchdebatte
Der Schutz vor religiöser Diskriminierung am Arbeitsplatz durch das Gleichbehandlungsgesetz nach OGH 25.5.2016, 9 ObA 117/15v
Petra Smutny
- 427 Einer von 850 – und doch anders
Protokoll eines Schlepperfalles
Joachim Maurer

recht & gesellschaft

- 431 Urteil getilgt, Unrecht behoben?
Zur Entschädigung für die strafrechtliche Verfolgung gleichgeschlechtlicher Handlungen
Jakob Tschachler
- 440 Anwaltsgesellschaften in Österreich und Deutschland
Rechtsvergleichende Einblicke in aktuelle Entwicklungen
Elisabeth Reiner / Christian Deckenbrock
- 451 Rechte der Natur in südamerikanischen Verfassungen
Maria Bertel

debatte

- 461 „Freiwillige Unterwerfung“?
Anmerkungen zu Recht, Religion und Gender
Ute Sacksosfsky

thema

- 472 Vorwort der Gastherausgeberinnen: Protest Policing – Eine Bestandsaufnahme
Angelika Adensamer / Andrea Kretschmann
- 474 Protest Policing
Eine kritische rechtsdogmatische Perspektive
Philipp Hense-Lintschnig
- 484 Prevention, facilitation and the fortress of the transnational
Policing public demonstrations in Europe
Kıvanç Atak
- 494 Demokratie und Dissens
Agonistische Demokratietheorie und die Legitimität von Protest
Oliver Marchart
- 504 Die Polizei in gewaltsamen Protestdynamiken: Eine sozialtheoretische Annäherung
Andrea Kretschmann
- 516 Die Ausweitung von Polizeibefugnissen und deren politische Dimensionen
Angelika Adensamer/Maria Sagmeister

- 527 Kampf um die Bilder.
Videoüberwachung und Gegenüberwachung von Demonstrationen in Österreich
Philipp Knopp/Peter Ullrich
- 538 Rechtsschutzprobleme im Protest Policing
Nora Pentz
- 546 Soziale Bewegungen und Polizei
Interview mit Robert Foltin
Angelika Adensamer/Andrea Kretschmann
- nach.satz
- 549 Die Evaluierung von Aufsichtsratskandidat_innen
Ein Hindernis für Vielfalt?
Astrid Hainzl

Impressum

juridikum

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

Herausgeber_innen:

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

Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH
Bäckerstraße 1, 1010 Wien, Tel. 01/610 77
www.verlagoesterreich.at
Abo-Bestellung: +43 1 680 14-0, Fax: -140
E-Mail: order@verlagoesterreich.at
Anzeigenkontakt: Frau Maria Peckary
Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419
m.peckary@verlagoesterreich.at
Verlagsredaktion: Mag. Jörg Steiner
j.steiner@verlagoesterreich.at

Preis:

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

Redaktion:

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

Wissenschaftlicher Beirat:

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

Oder), Susanne Krasmann (Hamburg), René Kuppe (Wien), Nadja Lorenz (Wien), Karin Lukas (Wien), Eva Maria Maier (Wien), Andrea Maihofer (Basel), Ugo Mattei (Turin/Berkeley), Alfred J. Noll (Wien), Heinz Patzelt (Wien), Arno Pilgram (Wien), Ilse Reiter-Zatloukal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver Scheiber (Wien), Marianne Schulze (Wien), Alexander Somek (Iowa), Richard Soyer (Wien/Linz), Heinz Steinert † (Frankfurt am Main), Bea Verschraegen (Wien/Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes (Bremen)

Autor_innen dieser Ausgabe:

Angelika Adensamer, Kivanç Atak, Maria Bertel, Christian Deckenbrock, Astrid Hainzl, Philipp Hense-Lintschnig, Philipp Knopp, Andrea Kretschmann, Oliver Marchart, Joachim Maurer, Elisabeth Reiner, Nora Pentz, Ute Sacksofsky, Maria Sagmeister, Petra Smutny, Jakob Tschachler, Peter Ullrich, Nikolaus Wieser

Gastherausgabe des themas:

Angelika Adensamer, Andrea Kretschmann

Offenlegung

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

Layout und Satz:

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

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber_innen:

Philipp Hense-Lintschnig: philipp.hense@riseup.net
Maria Sagmeister: maria.sagmeister@univie.ac.at
Caroline Voithofer: caroline.voithofer@uibk.ac.at
Andreas Wöckinger: a.woeckinger@gmx.at
Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

Austeritätsmaßnahmen auf dem grundrechtlichen Prüfstand

EuGH bindet EU-Organe auch bei Handeln für ESM an Unionsgrundrechte

Nikolaus Wieser

1. Austeritätsmaßnahmen und Grundrechte

Während das griechische Parlament Ende September 2016 weitere Umstrukturierungsmaßnahmen für zusätzliche finanzielle Hilfsmittel beschloss,¹ gibt der EuGH nun einen Warnschuss vor den Bug der an den Verhandlungen beteiligten EU-Organe ab.

Angelpunkt der hier vorgestellten Entscheidungen² des EuGH vom 20.9.2016 sind die Sparmaßnahmen, die Zypern von der Troika bzw den Institutionen³ – bestehend aus Europäischer Kommission (EK), Europäischer Zentralbank (EZB) und dem Internationalen Währungsfonds (IWF) – im Gegenzug für Hilfgelder abgerungen wurden. Darunter fällt auch eine Abgabe auf Bankeneinlagen, die bei zwei zyprischen Banken zu enormen Wertverlusten für Depotinhaber_innen führte. Angesichts des drastischen Eingriffs in ihr Eigentumsrecht setzten sich die Betroffenen vor dem EuG zur Wehr und warfen die Frage der Bindung der EU-Organe an die GRC bei Handeln im Namen des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) auf: Doch können strukturelle Sparmaßnahmen, die im Gegenzug für Finanzhilfen vereinbart wurden, Grundrechtsverletzungen darstellen? Am Prüfstand stand somit keine geringere Frage als diejenige nach der Menschenrechtskonformität der von der Troika betriebenen Austeritätspolitik.

2. Grundrechtsbindung der EU-Organe im Rahmen des ESM?

Der völkerrechtliche ESM-Vertrag, der zwischen den Mitgliedstaaten (MS), deren Währung der Euro ist, zur Gewährung von Stabilitätshilfe bei groben Finanzierungsschwierigkeiten unter strengen Auflagen geschlossen wurde, überträgt den EU-Organen EK und EZB zahlreiche Aufgaben. Neben der Bewertung des Stabilitätshilfeersuchens des notleidenden MS können sie an den Sitzungen des ESM als Beobachterinnen teilnehmen

1 APA, Griechisches Parlament stimmt weiterem Reformpaket zu, <http://derstandard.at/2000045043407/Griechisches-Parlament-stimmte-weiterem-Reformpaket-zu> (21.10.2016).

2 EuGH 20.9.2016, C-8/15P bis C-10/15P, *Ledra Advertising ua*; EuGH 20.9.2016, C-105/15P bis C-109/15P, *Konstantinos Mallis ua*.

3 Seit 2015 wird auf Wunsch Griechenlands im offiziellen Sprachgebrauch der Ausdruck „die Institutionen“ verwendet.

und sind maßgeblich an den Verhandlungen über die Auflagen beteiligt: Nach Art 13 Abs 3 ESM-Vertrag handeln sie mit dem IWF und dem MS ein Memorandum of Understanding (MoU) aus, welches die mit der Finanzhilfefazilität verbundenen Auflagen enthält. Die EK unterzeichnet das MoU gem Art 13 Abs 4 ESM-Vertrag im Namen des ESM und wird mit der Überwachung der Einhaltung der Auflagen betraut. Für den EuGH ist diese Organleihe zulässig: Die Handlungen der EK und EZB sind dabei nicht den EU-Organen selbst zuzurechnen, sondern verpflichten und binden nur den ESM.⁴ Der EuGH hatte im vorliegenden Fall nun zu klären, ob EU-Organe bei ihrer Tätigkeit für den ESM an die Unionsgrundrechte gebunden sind und in Folge für Verletzungen dieser verantwortlich zeichnen. In der Lit⁵ und seitens Generalanwältin *Kokott*⁶ wurde diese Frage bereits bejaht: Ein Handeln außerhalb des Primärrechts, könne die Organe nicht einfach von ihrer Bindung an die Unionsgrundrechte befreien. In *Pringle* hatte der EuGH eine Antwort bereits vorgezeichnet, nun musste er klar Stellung beziehen.

3. Entscheidungen *Ledra Advertising* und *Konstantinos Mallis*

Die Kläger strengten die Nichtigerklärung der die Bankenabgabe begrüßenden Erklärung der Euro-Gruppe⁷ sowie der relevanten Punkte des Zypern betreffenden MoU vom 26.4.2013 an, bzw beehrten Schadenersatz in Höhe von rund 3 Millionen Euro von EK und EZB⁸. Das EuG wies die Klagen allesamt ab. Der EuGH als Rechtsmittelinstanz bestätigte die Beschlüsse zur Nichtigerklärung der Euro-Gruppen-Erklärung, hob allerdings jene betreffend die Schadenersatzforderungen auf: Er wiederholte seine Ansicht aus *Pringle*, wonach EK und EZB im Rahmen des ESM keine „Entscheidungsbefugnisse im eigentlichen Sinn“ übertragen wurden und diese insofern auch nur den ESM verpflichten könnten. Doch obwohl das MoU nicht den EU-Organen als Handlung zurechenbar sei, könnten ihnen „rechtswidrige Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Annahme eines MoU im Namen des ESM zur Last gelegt werden.“ Die Aufgabenübertragung im Zuge der Organleihe durch den ESM vermindere die Befugnisse der EU-Organe nicht, sondern verpflichte vielmehr va die EK als Hüterin der Verträge nach Art 17 Abs 1 EUV zur Überprüfung der Vereinbarkeit der MoU mit Unionsrecht. Als Konsequenz müsse „sie davon Abstand nehmen [...] ein MoU zu unterzeichnen, dessen Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht sie bezweifelt.“⁹

Im Anschluss prüfte der Gerichtshof das Vorliegen der Voraussetzungen für die außervertragliche Haftung nach Art 340 Abs 2 AEUV – Rechtswidrigkeit, Schaden und Kausalzusammenhang –, wobei für erstere nach stRsp ein „hinreichend qualifizierte[r] Ver-

4 EuGH 27.11.2012, C-370/12, *Pringle*, Rz 155ff.

5 *Kommer/Fischer-Lescano*, Menschenrechtsbindung der Troika, *juridikum* 2014, 72 (73).

6 Stellungnahme GA *Kokott* 26.10.2012, C-370/12, *Pringle*, Rz 176.

7 EuG 16.10.2014, T-327/13 bis T-331/13, *Mallis ua*.

8 EuG 10.11.2014, T-289/13, T-291/13 und T-293/13, *Ledra Advertising ua*.

9 EuGH 20.9.2016, C-8/15P, *Ledra Advertising*, Rz 51-59.

stoß gegen eine Rechtsnorm nachzuweisen ist, die dem Einzelnen Rechte verleihen soll¹⁰. Die Klageseite führte hier einen Verstoß gegen Art 17 Abs 1 GRC ins Treffen. Der EuGH verwies darauf, dass die GRC „für die Organe der Union auch dann gilt, wenn sie außerhalb des unionsrechtlichen Rahmens handeln“ und die EK daher sicherzustellen hat, ob „ein solches MoU mit den in der Charta verbürgten Grundrechten vereinbar ist.“¹¹ Bei der darauf folgenden Prüfung eines Eingriffs in das Grundrecht auf Eigentum erkannte der Gerichtshof jedoch die „Stabilität des Bankensystems des Euro-Währungsgebietes“ als ein „dem Gemeinwohl dienende[s] Ziel“ an und sah in dem bei Zahlungsunfähigkeit der betroffenen Bank drohenden Wertverlust jener Aktien, in welche zuvor 37,5 % der ungesicherten Einlagen umgewandelt wurden, „keinen unverhältnismäßigen und nicht tragbaren Eingriff“, der den Wesensgehalt des Eigentumsrechts antaste.¹² In Folge dessen liege kein ungerechtfertigter Eingriff in das Eigentumsrecht vor und sei der EK durch die Unterzeichnung des MoU keine Rechtsverletzung vorzuwerfen.¹³

4. Ausblick

Erste Stimmen bezeichneten das Urteil *Ledra Advertising* als (historisch).¹⁴ Es reiße eine Schranke für Klagemöglichkeiten nieder,¹⁵ wenngleich auf die enormen Hürden für die außervertragliche Haftung hingewiesen wurde.

Die europäischen Rettungsschirme waren bisher der Kritik ausgesetzt, dass durch intergouvernementale Vereinbarungen wesentliche Entscheidungen vorbei an den Organen und Verfahren der EU und somit ohne demokratische Beteiligung und Kontrolle getroffen wurden.¹⁶ Mit *Ledra Advertising* setzt der EuGH seinen bereits mit der Rsp zur Organiertei¹⁷ und *Pringle*¹⁸ eingeschlagenen Weg fort und eröffnet für Betroffene Klagemöglichkeiten gegen die an den Verhandlungen beteiligten EU-Organe. Er stellt die Austeritätsmaßnahmen somit nicht nur auf einen grundrechtlichen Prüfstand, sondern holt diese ein Stück weit in seinen Kontrollrahmen. Ob die dabei zu erfüllenden Anforderungen zu hoch angesetzt sind, werden die nun folgenden Hürdenläufe in Form von Klagen zeigen.

Mag. Nikolaus Wieser ist Universitätsassistent in der Abteilung für Europarecht der Universität Wien; nikolaus.wieser@univie.ac.at

10 EuGH 20.9.2016, C-8/15P, *Ledra Advertising*, Rz 65.

11 EuGH 20.9.2016, C-8/15P, *Ledra Advertising*, Rz 66-67.

12 EuGH 20.9.2016, C-8/15P, *Ledra Advertising*, Rz 71-74.

13 EuGH 20.9.2016, C-8/15P, *Ledra Advertising*, Rz 71-74.

14 *Fischer-Lescano* zitiert nach *Becker*, EU-Bürger können künftig gegen Sparmaßnahmen klagen, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/eugh-urteil-eu-buerger-koennen-kuenftig-gegen-sparmassnahmen-klagen-a-1113172.html> (21.10.2016).

15 *Glinavos*, CJEU Opens Door to Legal Challenges to Euro Rescue Measures in Key Decision, <http://verfassungsblog.de/cjeu-opens-door-to-legal-challenges-to-euro-rescue-measures-in-key-decision> (21.10.2016).

16 *Fisahn*, Autoritäre Krisenlösung – der neue Weg der Europäische Union? *juridikum* 2011, 455.

17 EuGH 30.6.1993, C-181/91 und C-248/91, *EP/Rat und EK*, Rz 16ff.

18 EuGH 27.11.2012, C-370/12, *Pringle*, Rz 155ff.

Erste Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zur Kopftuchdebatte

Der Schutz vor religiöser Diskriminierung am Arbeitsplatz durch das Gleichbehandlungsgesetz nach OGH 25.5.2016, 9 ObA 117/15v

Petra Smutny

1. Die Kopftuchdebatte: Ganz viel Zoff um ein Stück Stoff?

Wir schreiben das Jahr 1905 als Margarete Pochhammer, Vorsitzende des Vereins zur Verbesserung von Frauenkleidung, resignierend meint: „Um das Korsett und seinen Ersatz tobt nach wie vor ein erbitterter Kampf, denn an der Einschnürung – und damit an der Verkrüppelung ihres Körpers – halten Unzählige fest, wie an einem Glaubensartikel.“¹ Das oft mit Walfischbein, Büffelhorn oder Stahlfedern verstärkte Korsett, das mehrere Kilo Eigengewicht mit sich brachte, engte nicht nur die Bewegungsfreiheit der Frauen ein und erschwerte deren Atmung, sondern war für eine Reihe schwerwiegender gesundheitlicher Beschwerden verantwortlich. Der Kampf um die Abschaffung des Korsetts stand im Fin de Siècle noch für weit mehr als diese Unannehmlichkeiten und Beeinträchtigungen, sie galt auch symbolisch als Befreiungsakt der Frauen. Damals bildete sich eine Allianz aus MedizinerInnen, MoralistInnen und Feministinnen, die sich gemeinsam dem Kampf gegen diese Mode verschwor. Sie sagten dem einengenden Mieder aus den unterschiedlichsten Gründen den Kampf an: Während die MedizinerInnen um die Gesundheit der Frauen fürchteten, war den MoralistInnen die Überbetonung der Taille zu aufreizend. Die Frauenrechtlerinnen wiederum verdammt das Korsett, weil es ihrem Ideal der beruflich und politisch aktiven, sportlich-emanzipierten Frau im Wege stand. Die Corsage symbolisierte die Benachteiligung gegenüber dem durch die Revolution befreiten (männlichen) Bürger.²

Das Korsett sollte keineswegs das letzte umkämpfte weibliche Kleidungsstück sein. So zogen etwa 1968 zahlreiche Feministinnen im Zuge der zweiten Welle der Frauen(rechte)bewegung erneut gegen ein Stück Kleidung für Frauen ins Feld, den BH.

Spätestens seit der sog Schleieraffäre im Herbst 1989 in Frankreich, als drei junge Marokkanerinnen und Tunesierinnen auf Geheiß ihrer Väter plötzlich mit islamischem

1 *Spiegel ONLINE*, 100 Jahre BH: Busenwunder, <http://www.spiegel.de/fotostrecke/bh-wird-100-frankfurter-museum-feiert-den-buestenhalter-fotos-fotostrecke-121858-3.html> (26.08.2016).

2 *Univ. Prof. Barbara Vinken* im Interview mit *Anja Mauruschat*, Kleider machen Frauen – Die Befreiung vom Korsett, <http://www.br.de/radio/bayern2/wissen/radiowissen/korsett-mode-corsage-100.html> (27.08.2016).

Ganzkörperschleier in die Klasse kamen³, tobt neuerlich ein Kampf um ausschließlich von Frauen getragene Kleidungsstücke, der eine ideologische Teilung quer durch die gesellschaftliche Gruppierungen und unter Mitgliedern von Parteien und Organisationen und selbst innerhalb einzelner feministischer Strömungen zur Folge hatte.⁴ Im Gefolge der Schleieraffäre verbot Frankreich 2004 in Schulen Lehrerinnen wie Schülerinnen das Kopftuch (ebenso wie die Kippa und überdimensionierte Kreuze) als „demonstratives religiöses Zeichen“⁵ – und der juristische Streit dauert bis heute an.⁶

2. Rechtsprechung spiegelt Zerrissenheit wider

Abhängig vom jeweils vertretenen Standpunkt finden sich Menschen in der Diskussion über das Tragen sog religiöser Kleidung im öffentlichen Raum oft in überraschenden Allianzen wieder und so argumentieren schon einmal KirchenvertreterInnen gleichlautend wie die Linke, irritiert erhalten FeministInnen plötzlich Beistand von Ewiggestrigen. Da sehen FundamentalistInnen aller Religionen in Europa noch einmal die Chance, in Zeiten schwindender Religiosität ihre Bedeutung hervorstreichen, Linke sehen im Diskurs die Chance, den konservativen Kräften machtvoll entgegenzutreten, die Rechten haben ein eindrucksvolles Symbol für die sich ausbreitende Gefährlichkeit des Fremden. Die liberalen und feministischen Kräfte scheint es zwischen Rassismuskritik, Frauenbevormundung, Integration und Verteidigung schwer errungener Gleichstellung der Geschlechter hin- und herzuschleudern.

Auf europäischer Ebene hat der EGMR im Jahr 2014 das „Burka-Verbot“ (das Verbot, an öffentlichen Orten einen Gesichtsschleier zu tragen) in Frankreich für zulässig erachtet.⁷ Die ausschlaggebende Rechtfertigung für den damit verbundenen Eingriff in das Recht auf Religionsfreiheit nach Art 9 EMRK erblickte der EGMR dabei im Schutz des Grundsatzes der zwischenmenschlichen Kommunikation. Er ließ somit den französischen Standpunkt gelten, dass dieser Grundsatz essentiell für den Ausdruck nicht nur des Pluralismus, sondern auch der Toleranz und der geistigen Großzügigkeit, ohne die es keine demokratische Gesellschaft gebe, sei. Ein Kopftuchverbot erkannte der EGMR in einigen das öffentliche Bildungswesen betreffenden Fällen⁸ und jüngst in einem das öffent-

3 *Badinter*, Der verschleierte Verstand, in *Schwarzer* (Hrsg), Die Gotteskrieger und die falsche Toleranz (2002) 139 (140).

4 *Friedmann/Hipp/Neumann*, Praktisch enthüllt, Der Spiegel v 20.8.2016, 30ff.

5 Artikel L. 141-5-1 des Bildungsgesetzes, eingefügt durch das Gesetz Nr. 2004-228 vom 15.3.2004, samt Runderlass zu diesem Gesetz vom 18.5.2004.

6 Vgl Urteil des Cour de Cassation No 612 v 25.6.2014 2014 (13-28.369), ECLI:FR:CCASS:2014:AP00612, mit dem die fristlose Kündigung einer Arbeitnehmerin einer (privaten) Kindertagesstätte, die sich geweigert hatte, ihr muslimisches Kopftuch während der Arbeitszeit abzulegen, für rechtswirksam erklärt wurde; ebenso EGMR, 26.11.2015, 64846/11, *Ebrahimian/Frankreich*, betreffend das Tragen des Kopftuches durch eine Pflegerin in einer psychiatrischen Abteilung eines öffentlichen Krankenhauses.

7 EGMR 1.7.2014, 43835/11, *S.A.S./Frankreich*.

8 EGMR 15.2.2001, 42393/98, *Dahlab/Schweiz*; EGMR 24.1.2006, 65500/01, *Kurtulmuş/Türkei*; EGMR 17.6.2008, 8810/03, *Karaduman/Türkei*.

liche Krankenhauswesen betreffenden Fall⁹ unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig.

In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht im sog. „Kopftuchurteil“ aus 2003 den Eindruck erweckt, als ob es lediglich einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage für ein Kopftuchverbot im Schuldienst bedürfe.¹⁰ Diese Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht 2015 jedoch dahingehend relativiert, dass ein pauschales Kopftuchverbot in Schulen verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht gedeckt sei, sondern im Einzelfall eine hinreichend konkrete Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität vorliegen müsse; lediglich dann, wenn in bestimmten Schulen oder Schulbezirken aufgrund substantieller Konfliktlagen über das richtige religiöse Verhalten bereichsspezifisch die Schwelle zu einer hinreichend konkreten Gefährdung oder Störung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität in einer beachtlichen Zahl von Fällen erreicht werde, könne ein verfassungsrechtlich anzuerkennendes Bedürfnis bestehen, religiöse Bekundungen durch das äußere Erscheinungsbild nicht erst im konkreten Einzelfall, sondern etwa für bestimmte Schulen oder Schulbezirke über eine gewisse Zeit auch allgemeiner zu unterbinden.¹¹ Dessen ungeachtet hat ein Berliner Gericht im April 2016 ein auf das nach wie vor geltende Berliner Neutralitätsgesetz¹² gestütztes Kopftuchverbot für Lehrerinnen (sowie Polizistinnen und Justizbedienstete) sehr wohl für rechtens erachtet.

Heute sorgen nach Terroranschlägen an mehreren Plätzen Europas rund 30 Burkiniverbote an Frankreichs Stränden für heftige Debatten. Am 5.8.2016 erließ auch die Gemeinde Villeneuve-Loubet an der Côte d'Azur ein Burkini-Verbot für ihren Strand. Zwischen dem 15.6. und dem 15.9. sollten von nun an alle Personen am Strand eine „korrekte Bekleidung“ tragen, die „die guten Sitten und die Prinzipien der Laizität respektiert“. Allen war klar, dass dieses Verbot primär den sog. Burkini im Auge hatte, der den ganzen Körper sowie das Haar bedeckt und es so ermöglichen soll, dass auch die auf die Einhaltung religiöser Vorschriften achtende Muslimin den Strand besuchen könne. Das zuständige Verwaltungsgericht von Nizza bestätigte den Erlass der Kommune und verwies ua auf das Attentat auf der Promenade des Anglais in Nizza, bei welchem ein 31-jähriger Marokkaner mit möglichen Verbindungen zu muslimischen FundamentalistInnen einen Monat zuvor mit einem Lastwagen in die Menge gerast war und 84 Menschen getötet hatte; der Burkini stehe nach Ansicht der Richter in der Tradition „des religiösen Fundamentalismus“.

Die „Liga der Menschenrechte“ und das „Kollektiv gegen Islamophobie in Frankreich“ klagten daraufhin wegen Verletzung der „Religionsfreiheit“ beim höchsten Verwaltungsgericht, dem Conseil d'Etat in Paris, gegen den Burkini-Erlass. Am 26.8.2016 hat der Conseil d'Etat die Entscheidung des Verwaltungsgerichts von Nizza beseitigt und die

9 EGMR 26.11.2015, 64846/11, *Ebrahimian/Frankreich*.

10 BVerfG 24.9.2003, 2 BvR 1436/02.

11 BVerfG 27.1.2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10.

12 Gesetz zu Artikel 29 der Verfassung von Berlin, GVBl 2005, 92.

Aufhebung des „Burkini-Verbots“ angeordnet¹³ – die Berechtigung dazu allerdings nicht gänzlich verneint. Es hätte – abgesehen von hier nicht in Rede stehenden Gründen der Hygiene oder des Anstands – einer nachweislichen Gefährdung der öffentlichen Ordnung bedurft. Die Emotionen und Beunruhigungen im Gefolge des Attentats vom 14.7. erachtete der Conseil d’Etat hingegen nicht für ausreichend.

3. Erste höchstgerichtliche Entscheidung in Österreich zur „Kopftuchfrage“ am Arbeitsplatz

Während Fragen wie Burka- oder Burkiniverbot, Vollverschleierungsverbote an den Gerichten und Schulen, ja die „Kopftuchdebatte“ schlechthin, seit Jahren die Gemüter quer durch Europa erhitzen und gerade wieder einmal einen neuen Höhepunkt erfahren, bot jetzt erstmals ein Verfahren zur „Verschleierung“ auch dem Obersten Gerichtshof in Österreich Gelegenheit, zu einigen Diskriminierungsfragen im Zusammenhang mit der religiösen Bekleidung von ArbeitnehmerInnen Stellung zu nehmen.

Der Fall geht zurück auf das Jahr 2014: Eine Notariatsangestellte klagt ihren Arbeitgeber und begehrt von ihm eine pauschale Entschädigung von 7.000 EUR für die erlittene persönliche Beeinträchtigung wegen Religionsdiskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Konkret macht sie geltend, aufgrund des Tragens eines islamischen Kopftuches (Hijab/Hidschab) und mantelartigen Übergewands (Abaya) bei der Zuweisung von Aufgaben im Parteienverkehr und als Testamentszeugin gegenüber anderen Mitarbeiterinnen zurückgesetzt worden zu sein. Dazu seien gegen Ende des Arbeitsverhältnisses diskriminierende Bemerkungen des Beklagten wie „Dauerexperiment ethnischer Kleidung“ und „Vermummung“ gefallen. Besonders schwer habe sie aber vor allem die Kündigung des Arbeitsverhältnisses getroffen, die wegen ihrer Ankündigung, in Zukunft mit einem islamischen Gesichtsschleier (Niqab) zu arbeiten, erfolgt sei.

Wie höchst strittig die mit religiösen Bekleidungsvorschriften in Zusammenhang stehenden Fragen sind, lässt sich auch an der Diversität der Meinungen der damit befassten JuristInnen ablesen: Nicht nur sehen europäische (Nachbar)Länder unterschiedliche Regelungen vor und bemühen mit einer vielsagenden Selbstverständlichkeit jeweils international oder verfassungsrechtlich geschützte Grundwerte.¹⁴ Im konkreten Fall zeigen sich ebenfalls voneinander abweichende Einschätzungen, ob bzw inwieweit hier eine verpönte Diskriminierung vorliegt. So hat das Erstgericht das Klagebegehren noch zur Gänze abgewiesen. Das Berufungsgericht hingegen bejahte eine Religionsdiskriminierung

13 Conseil d’Etat, Ordonnances Nos 402742, 402777.

14 In Frankreich und Belgien gibt es bspw ein Burka-Verbot, in den Niederlanden tw, in Deutschland wird es diskutiert, aber von der Bundeskanzlerin abgesehen von Ausnahmefällen abgelehnt. In der Schweiz hat sich das Parlament Ende September 2016 mit knappster Mehrheit – 88 zu 87 Stimmen – dafür ausgesprochen, der nun zuständige Ständerat hat sich aber bereits einmal in der Vergangenheit dagegen ausgesprochen, zuletzt hat am 30.9.2016 Bulgarien ein solches Verbot erlassen.

der Klägerin bei den sonstigen Arbeitsbedingungen, sah aber insoweit noch einen Ergänzungsbedarf und hob deshalb das Ersturteil auf. Der Oberste Gerichtshof hingegen hob aufgrund der Rekurse beider Parteien die Berufungsentscheidung auf und erkannte so gleich in der Sache dahin, dass der Klägerin eine Entschädigung von 1.200 EUR zugesprochen wurde; das Mehrbegehren von 5.800 EUR wurde abgewiesen.

4. Die wesentlichen Aussagen des OGH

Selbstverständlich ging der OGH auf Basis des Gleichbehandlungsrechts davon aus, dass aufgrund der Religion niemand im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden dürfe, insb auch nicht bei den sonstigen Arbeitsbedingungen und bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses [§ 17 Abs 1 Z 6 und 7 Gleichbehandlungsgesetz (GLBG)].

Das Höchstgericht bekräftigte die in der Literatur herrschende Meinung, dass der Diskriminierungsschutz wegen Religion auch das Tragen religiöser Kleidung am Arbeitsplatz beinhalte. Wird das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber daher deshalb beendet, weil die Arbeitnehmerin ankündigt, sich der individuellen Weisung, während der Arbeit keinen islamischen Gesichtsschleier zu tragen, zu widersetzen, so ist von einer unmittelbaren Diskriminierung wegen Religion auszugehen. Der Ansatz des beklagten Arbeitgebers, er habe ohnehin nichts gegen eine bestimmte Religion, nur gegen das äußere (religiöse) Erscheinungsbild der klagenden Arbeitnehmerin, sah der OGH als ungeeignet, die Annahme einer Religionsdiskriminierung schon von vornherein zu verneinen. Entscheidungswesentlich schränkte der OGH das Diskriminierungsverbot jedoch im Sinne der Ausnahmebestimmung des § 20 Abs 1 GLBG ein: Eine Diskriminierung liegt danach nicht vor, wenn das Nichttragen religiöser Bekleidung aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt und es sich insoweit um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt. Der OGH berief sich, was die Zulässigkeit der Kündigung wegen der Weigerung, keinen Gesichtsschleier zu tragen, anlangt, ua auf das oben angeführte Argument des EGMR im Sinn des Schutzes des Grundsatzes der zwischenmenschlichen Kommunikation als Ausdruck einer demokratischen Gesellschaft. Der Ausnahmetatbestand wurde im vorliegenden Fall schließlich bejaht, weil es in Österreich zu den unbestrittenen Grundregeln zwischenmenschlicher Kommunikation zählt, das Gesicht unverhüllt zu lassen, und im konkreten Fall davon auszugehen ist, dass die Verschleierung des Gesichts einer Notariatsangestellten die Kommunikation und Interaktion mit dem/der ArbeitgeberIn, den MitarbeiterInnen, Parteien und KlientInnen beeinträchtigt. Das von der Klägerin aufgeworfene Argument, sie hätte ein Auf- und Abnehmen des Gesichtsschleiers bei KlientInnenkontakt angeboten, verwarf der OGH, weil dies nur einen Teil der Interaktion und Kommunikation in einem Notariat betreffen würde und generell die Arbeitsabläufe stören würde

und der am Arbeitsplatz gebotenen Konzentration nicht förderlich sei. Die Nichtverschleierung des Gesichts sei daher als eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung der Klägerin als Notariatsangestellte zu qualifizieren. Die schließlich erfolgte Kündigung infolge beharrlicher Weigerung der Klägerin, der Weisung des Beklagten zu entsprechen, ohne Niqab zu arbeiten, stellt somit keine Diskriminierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses dar.

Der OGH bemängelte allerdings, dass die Klägerin mit Fortdauer des Arbeitsverhältnisses wegen ihrer religiösen Bekleidung ohne Gesichtverschleierung (Tragen eines Hidshab und einer Abaya) bei der Zuweisung von Arbeitsaufgaben, nämlich beim KlientInnenkontakt und bei der Heranziehung als Testamentszeugin im Vergleich zu anderen ArbeitnehmerInnen zurückgesetzt wurde. Hier sah er keinen Ausnahmetatbestand im Sinn des § 20 GIBG und er beurteilte dies – bestärkt durch die abfälligen Äußerungen des Beklagten über die religiöse Kleidung der Klägerin – als eine Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen wegen Religion.

5. Ausblick

Mit dieser Entscheidung hat sich der Oberste Gerichtshof ersichtlich um eine Kalmierung der oftmals erhitzten Debatte im Zusammenhang mit dem Tragen religiös konnotierter Kleidungsstücke bemüht. In den Augen vieler ArbeitgeberInnen hat die Entscheidung jedoch mangels allgemeingültiger Antworten mehr Fragen aufgeworfen als gelöst. Einzuräumen ist freilich, dass so wesentliche Fragen, die Gerichtshöfe, Nationen, feministische Bewegungen und selbst Religionsgemeinschaften entzweien, nicht geeignet sind, anhand eines einzigen Gerichtsverfahrens endgültig zufriedenstellend gelöst zu werden.

Zur Frage des Kopftuchverbots in privaten Unternehmen ist nun jedenfalls der EuGH am Zug: Dort sind aktuell zwei Vorabentscheidungsverfahren anhängig, in denen die Generalanwältinnen bereits ihre Schlussanträge gestellt haben.¹⁵ In beiden Fällen geht es darum, dass ein privates Unternehmen ein neutrales Image vermitteln möchte. Während die Generalanwältin *Kokott* in ihrem Belgien betreffenden Fall durchaus Raum für eine solche Rechtfertigung erblickt, kann sich die Generalanwältin *Sharpston* in ihrem, ein französisches Unternehmen betreffenden Fall dies kaum vorstellen. Die Divergenzen mögen zum Teil einzelfallbezogen sein, sie spiegeln aber jedenfalls auch die grundsätzlichen Meinungsdivergenzen in dieser Frage wider. Man darf gespannt sein, wie der EuGH entscheidet.

Im Zuge der neu aufgeflamnten Burka/Burkini-Diskussion veröffentlichte EMMA vor wenigen Wochen ein Foto von der Olympiade in Rio de Janeiro.¹⁶ Man sieht Beachvol-

15 Schlussantrag GA Kokott 31.05.2016, C-157/15, *Achbita*; Schlussantrag GA Sharpston 13.07.2016, C-188/15, *Bouagnaoui*.

16 EMMA, Olympia: Das Elend der Frauen, <http://www.emma.de/artikel/olympia-das-elend-der-frauen-333135> (28.8.2016).

leyballerinnen der gegeneinander antretenden Teams Deutschland und Ägypten auf dem Spielfeld. Die deutschen Spielerinnen im knappsten Bikini, der weit mehr entblößt als verdeckt, die ägyptischen maximal verhüllt, von den Fußknöcheln über die Handgelenke bis hin zum Haar. „Manchmal,“ so leitet EMMA den Beitrag zutreffend ein, „braucht es nur ein Foto, um das ganze Elend der Frauen in Sekunden zu begreifen“.

Mag.³ Petra Smutny, LL.M. (Penn Law), Rechtsanwaltskanzlei Eva Plaz; kanzlei@plaz.at

Einer von 850 – und doch anders

Protokoll eines Schlepperfalles

Joachim Maurer

1. Dublin III ist Makulatur

Montag, 14. September 2015. Es war der Tag, an dem in Ungarn die Grenze zu Serbien bei Röszke für Asylsuchende zur Gänze geschlossen wurde. An diesem Tag überschritten noch etwa 20.000 Geflüchtete die österreichisch-ungarische Grenze. Es waren so viele wie nie zuvor, die Infrastruktur stieß an ihre Grenzen. Bundeskanzler Werner *Faymann* umriss damals in einer Pressekonferenz die österreichisch-deutsche Grenzpolitik mit zwei Worten: kontrollieren und helfen.

„Diese Funktion, zu kontrollieren und zu helfen, ist in dieser Gleichzeitigkeit unverzichtbar. Mir ist das deshalb so wichtig zu sagen, weil (...) uns kein einziger Fall bekannt ist, wo Deutschland jemand bisher zurück geschickt hat. (...) Wenn jemand in Deutschland Asyl sagt, ist ihm Asylrecht zu gewährleisten. Die Kontrollen können (...) zu einem Rückstau führen. Trotzdem darf ich Ihnen sagen, dass zwischen den Verkehrsministern besprochen ist, hier diesen Zugverkehr nicht nur wieder aufzunehmen, sondern auch in enger Absprache zu führen. Ich möchte daher nicht stehen lassen, dass die Deutschen die Grenze gesperrt hätten.“¹

Faymann zufolge wurde also niemand an den Grenzen abgewiesen. Und Vizekanzler *Reinhold Mitterlehner* rutschte es angesichts der damals etablierten Grenz- und Asylpraxis Österreichs und Deutschlands aus dem Mund: „Dublin III ist Makulatur.“² Die Drittstaatenregelung war de facto obsolet. Die ÖBB brachte seit Tagen tausende Geflüchtete in Direktzügen von Wien nach München. Eine Praxis, die nicht bloß geduldet war, sondern als „menschlich“ und „wahrhaft europäisch“³ gefeiert wurde.

2. Handschellen in Bayern

An diesem Tag, dem 14. September 2015, bringe ich mit meinem Auto um zehn Uhr abends vier Menschen aus Syrien, alle zwischen 20 und 30 Jahre alt, zur deutschen Gren-

1 ORF, ZIB Spezial zur Flüchtlingssituation vom 14.9.2015, Pressekonferenz: ab 3Min20' ff.

2 Ebd; Sh auch: *Kuchler*, Vernünftig, menschlich, illegal, *Le Monde Diplomatique* v September 2015, 4f.

3 *Schuster*, Als Zuchtmeisterin wird Merkel an Europa scheitern, www.welt.de/debatte/kommentare/article149276823/Als-Zuchtmeisterin-wird-Merkel-an-Europa-scheitern.html (23.10.2016).

ze nahe Passau. Müde und verzweifelt von den Strapazen, Gefahren und Erniedrigungen der Flucht, wollten sie an ihrem Reiseziel ankommen, in Deutschland. Sie haben dort Freund_innen. Einer von ihnen zeigt mir die tiefen Schnittwunden an seinen Beinen, sie stammen von Folterungen in einem syrischen Gefängnis.

Unser Plan ist angesichts der Lage simpel: Ich bringe sie zur Grenze, sie sagen zur ersten deutschen Amtsperson, die sie sehen, dass sie Asyl beantragen. Ich sehe diesen Transport als kleinen Beitrag zu einer bereits etablierten Praxis, als eine kleine konkrete, solidarische Geste.

Um Grenzwarzeiten zu vermeiden, fahren wir über Schärding zur Grenze. Dorthin führt eine lange schnurgerade Straße, aus großer Distanz sehen wir in der Nacht das Blaulicht der Polizei. Kein Stau, keine Autos. Ich verringere das Tempo; als wir etwa 200 Meter vor der Grenze sind, winkt uns ein Polizist mit einer roten Ampelleuchte zu. Ich werde noch langsamer, als ich auf seiner Höhe bin, halte ich das Auto an. Nach einer Ausweiskontrolle werden wir voneinander getrennt. Erläuterungen wie auch Fragen unsererseits stoßen auf taube Ohren. Ich werde gebeten, zu warten, alles sei gleich vorüber, wird mir versichert. Nach einer halben Stunde kommen Polizisten, die mir Handschellen anlegen. Meine syrischen Fahrgäste und ich werden in das Erstaufnahmelager nach Passau gebracht. Sie kommen dort in den Bereich für Geflüchtete, ich werde in einen der Baucontainer „für Schlepper“ gesperrt. Ich treffe dort auf ähnlich verdutzte und verärgerte Menschen wie ich es bin. Das Recht auf Telefonate wird uns verweigert. Zehn Stunden später werde ich zur polizeilichen Einvernahme geführt, man sagt mir, ich sei der Schleuserei verdächtig. Kurz wird mir der entsprechende Gesetzespassus gezeigt: „§ 96: Einschleusen von Ausländern: (1) Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einen anderen anstiftet oder ihm dazu Hilfe leistet, eine Handlung 1. nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a zu begehen und a) dafür einen Vorteil erhält oder sich versprechen lässt oder b) wiederholt oder zugunsten von mehreren Ausländern handelt (...)“⁴

3. Zwei Jahre unbedingte Haft

Da ich „mehrere Ausländer“ über die Grenze brachte, sei mit Untersuchungshaft zu rechnen. Für das bevorstehende Gespräch mit dem Haftrichter könne ich eine_n Anwalt_in verlangen, inzwischen werden die Personaldaten aufgenommen. Ich mache meine Angaben: ich arbeite an einer Universität, verfüge über regelmäßiges Einkommen usw. Ich kontaktiere Freund_innen in Wien, die mir innerhalb kürzester Zeit einen erfahrenen bayrischen Anwalt organisieren. Drei Stunden später wartet er bereits vor der Tür des

4 Bundesrepublik Deutschland, Aufenthaltsgesetz: Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet, § 96.

Hafrichters. Nach kurzer Vorbesprechung treten wir ein. Der Hafrichter begrüßt uns knapp und sagt, dass „die bayrische Staatsanwaltschaft in Fällen wie diesen auf zwei Jahre unbedingte Haft“ plädiere. Auf Anraten meines Anwaltes zitiere ich aus *Faymanns* Pressekonferenz, gebe die politische Lage und etablierte Praxis zu bedenken. Der Hafrichter sagt, dass er sich durchringen könne, die U-Haft auf eine Kautions von 5.000€ auszusetzen, immerhin habe ich einen fixen Wohnsitz, sicheres Einkommen, es bestehe keine Fluchtgefahr.

4. Nicht so feine Unterschiede

Wir verlassen das Besprechungszimmer. Mein Anwalt, der zuvor schon hunderte Schleuserverfahren betreut hat, meint, dass er ein derartiges Entgegenkommen in Bayern noch nie erlebt habe. Wir sind uns darin einig, dass es mit meiner Klassenzugehörigkeit, meinem Habitus als Dozent und wohl auch mit meinem Weißsein zu tun hat. Mein gut vernetzter Anwalt wusste von keiner_m der 850 U-Häftlinge, die zu diesem Zeitpunkt in Bayern im Gefängnis auf ihr Verfahren wegen Verdachts auf Schleuserei warteten, der dem man Kautions angeboten hätte.

Da ich warten muss, bis die Kautions eintrifft, verbringe ich noch eine Nacht in U-Haft. Hier treffe ich L., einen nigerianischen Taxifahrer aus Graz. Er erzählt, dass ihn gestern Nachmittag am Grazer Bahnhof drei Leute gefragt haben, ob er sie nach München bringen könnte. L. hat dann seinen Dienstgeber angerufen, gefragt, ob er das machen dürfe. Dieser sagte ja. An der Grenze ist er dann festgenommen worden. Im Gegensatz zu mir ist er immer noch mit Handschellen gefesselt. Die Unterschiede in der Behandlung werden immer konkreter und offensichtlicher.

Vier Monate später: in Vorbereitung auf den Gerichtstermin beim Amtsgericht Passau verfasst mein Anwalt ein Schreiben. Er hält fest, dass ich angesichts der Situation ein „berechtigtes Vertrauen auf die Straflosigkeit (m)eines sicheren Transports der Flüchtlinge haben durfte“. Unter Berufung auf die Genfer Flüchtlingskonvention und §3f und §15 Abs 1 des deutschen Aufenthaltsgesetzes fehle es an der „nötigen Akzessorietät zwischen der strafbaren Schleusertätigkeit und dem Merkmal der illegal Einreisenden“: Die Syrer_innen sind legale Asylsuchende, nicht illegale Ausländer_innen. Faktisch habe das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) insb bei Syrer_innen das Dublin III-Verfahren seit mehreren Wochen nicht mehr angewandt.⁵

Bei der Verhandlung räumt die Richterin ein, es handle sich in meinem Fall um einen „vermeidbaren Verbotsirrtum“⁶. Außerdem habe niemand ein „Recht auf Gleichbehandlung im Unrecht“. Nur weil etwa die ÖBB Vergleichbares mache und straffrei blieb, kön-

5 BAMF, AZ 411-93605/Syrien/2015; Vgl *Der Spiegel*, Regierung: Herzdame, <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-138749214.html> (12.10.2016).

6 *Tröndle/Fischer*, StGB⁵³, § 17 Rn 7.

ne ich nicht gleiches für mich und die vielen hunderten anderen Angeklagten fordern.⁷ Das Strafmaß wird auf 80 Tagessätzen zu je 76€ festgelegt.

Wir legen Berufung beim Landesgericht Passau ein. Dieses bietet daraufhin, im August 2016, kommentarlos an, das Verfahren gegen eine Zahlung von 1.000€ an die Staatskasse einzustellen. Zum Vergleich: Der Taxifahrer aus Graz musste sechs Wochen in U-Haft verbringen und zusätzlich eine Strafe von 6.000€ bezahlen. Auch hier: Dieser Unterschied im Strafmaß lässt sich meines Erachtens nicht nachvollziehbar aus dem Sachverhalt ableiten – ich kann ihn nur auf strukturellen Rassismus und Klassismus in der Behördenpraxis und Justiz zurückführen.

Joachim Maurer arbeitet als Wissenschaftler in Wien; organisation@juridikum.at

⁷ Vgl. Ein Interview mit dem Autor: *Die Zeit*, „Lokführer werden ja auch nicht in Passau verhaftet“, <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2015-09/fluechtlinge-schleuser-haft-bayern-oesterreich> (12.10.2016).

Urteil getilgt, Unrecht behoben?

Zur Entschädigung für die strafrechtliche Verfolgung gleichgeschlechtlicher Handlungen

Jakob Tschachler

1. Einleitung¹

1971 wurde mit der sog „Kleinen Strafrechtsreform“² der Straftatbestand der „Unzucht wider die Natur“ [§ 129 I b Strafgesetz (StG)³] aufgehoben und durch vier neue, wiederum an gleichgeschlechtliche Handlungen anknüpfende und solcherart diskriminierende Tatbestände ersetzt. Erst 2002 verfügte der Verfassungsgerichtshof (VfGH) die Aufhebung von § 209 StGB⁴, der letzten dieser Nachfolgebestimmungen.⁵

Die bis zur Entscheidung des VfGH erfolgten Verurteilungen blieben allerdings selbst nach der Aufhebung weiterhin im Strafregister der Betroffenen eingetragen. Nachdem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) Österreich deswegen 2013 verurteilte,⁶ eröffnete der österreichische Gesetzgeber Ende 2015 für Betroffene die Möglichkeit, die aufgrund der genannten Tatbestände ergangenen Verurteilungen aus ihrem Strafregister tilgen zu lassen. Das neue Gesetz – es wurde als Anhang zum Jugendgerichtsgesetzänderungsgesetz (JGG-ÄndG)⁷ beschlossen – weist allerdings einige Unzulänglichkeiten auf. Insb ist keine Entschädigung für die Betroffenen vorgesehen. In der folgenden Betrachtung soll den Bestimmungen § 129 I b StG und § 209 StGB besondere Beachtung geschenkt werden, weil sie zahlenmäßig am relevantesten erscheinen.⁸ Der aufgehobene § 129 StG bestimmte: „Als Verbrechen werden auch nachstehende Arten der Unzucht bestraft: (I) Unzucht wider die Natur, das ist (a) mit Tieren (b) mit Personen desselben Geschlechts.“

1 Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag im Rahmen der Tagung „45 Jahre ‚Kleine Strafrechtsreform‘“ am 24.6.2016 an der Universität Wien.

2 BGBl I 1971/273. Ausführlich *Birke/Kraml*, Gleichzeitigkeit von Inklusion und Exklusion, Zeitgeschichte 2016/2, 85 (85ff).

3 RGebl 1852/117.

4 IdF BGBl I 1988/599.

5 VfGH 21.6.2002, G 6/02-11 = VfSlg 16.565/2002. Tatsächlich aufgehoben wurde der Tatbestand mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2002, BGBl I 2002/134.

6 EGMR 7.11.2013, 31913/07 *E.B. ua/Österreich*.

7 BGBl I 2015/154.

8 So schienen vor Einführung des Sondertilgungsgesetzes noch 52 Verurteilungen nach § 129 I bzw § 129 I b StG und 112 Verurteilungen nach § 209 StGB auf. Vgl 852 BlgNR 25. GP 10.

Der aufgehobene § 209 StGB normierte: „Eine Person männlichen Geschlechtes, die nach Vollendung des neunzehnten Lebensjahres mit einer Person, die das vierzehnte, aber noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, gleichgeschlechtliche Unzucht treibt, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.“

2. Tilgung allgemein

Allgemein werden Verurteilungen im Strafregister eingetragen [§ 2 Abs 3 Strafregistergesetz (StRegG)]; dort scheinen sie auch weiter auf, nachdem die verhängte Strafe verbüßt wurde. Grundsätzlich werden sie erst nach Zeitablauf – abhängig von der im Urteil verhängten Strafe – aus dem Strafregister getilgt (§§ 3ff TilgG). Bei einer Verurteilung allein nach § 209 StGB etwa – dieser sah eine Strafdrohung von bis zu fünf Jahren vor – war eine Tilgungsfrist von fünfzehn Jahren gem § 3 Abs 1 Z 4 TilgG möglich.

Für Verurteilte selbst hat die Eintragung im Strafregister weitreichende Konsequenzen. So können inländische Behörden und Dienststellen der Bundespolizei Auskunft über die eingetragenen Verurteilungen erhalten (§ 9 Abs 1 StRegG). Bei der Bewerbung für einen Arbeitsplatz oder beim Abschluss eines Mietvertrages muss oft eine Strafregisterbescheinigung – auch bekannt als Leumundszeugnis – vorgelegt werden, um nachzuweisen, dass keine Verurteilungen vorliegen. Darüber hinaus verlängern Eintragungen im Strafregister die Tilgungsfrist früherer Verurteilungen und können bei späteren Verurteilungen erschwerend berücksichtigt werden.⁹

3. Judikatur des EGMR

3.1. Tilgung

Zwar hob der Gesetzgeber 2002 mit § 209 StGB die letzte diskriminierende Sonderstrafbestimmung auf und glich damit das Schutzalter für homosexuelle Kontakte unter Männern vollständig an jenes für heterosexuelle Kontakte an.¹⁰ Allerdings blieben bestehende Verurteilungen weiterhin im Strafregister eingetragen. Deshalb stellte der EGMR eine Verletzung des Diskriminierungsverbots nach Art 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) in Verbindung mit einer Verletzung des Rechts auf Privatleben nach Art 8 EMRK durch Österreich fest.

Grundsätzlich führte der EGMR dabei aus, dass sich auch das Strafrecht aufgrund von Wertungsänderungen in der Gesellschaft ändern könne. Eine Anpassung des Strafregisters sei deshalb allein aber noch nicht notwendig.¹¹ Bei § 209 StGB allerdings bewertete der EGMR die Situation anders. Dieser Tatbestand war einerseits – wie dies bereits der

⁹ Vgl § 33 Abs 1 Z 2 sowie § 39 StGB bzw § 4 TilgG.

¹⁰ BGBl I 2002/134

¹¹ EGMR 7.11.2013, 31913/07 *E.B. ua/Österreich* Rn 79.

VfGH festgestellt hatte – in sich unsachlich. Er führte nämlich, wie der VfGH betont hatte, nicht zu einer Strafbarkeit, solange die Sexualkontakte zwischen Partnern stattfanden, „deren Altersunterschied ein bis fünf Jahre [betrug], sofern keiner der Partner jünger als vierzehn und älter als neunzehn Jahre [war]. Solche Sexualkontakte [...] [wurden] aber in jenem Zeitpunkt strafbar, in dem der ältere Partner das neunzehnte Lebensjahr [überschritt]“, und entfiel „wieder, sobald der jüngere Partner das achtzehnte Lebensjahr [überschritt]“. ¹² Diese in sich unsachliche Abfolge von strafbaren und straflosen Perioden hatte den VfGH dazu veranlasst, sich für eine Aufhebung des Tatbestandes zu entscheiden. Der EGMR hatte darüber hinaus festgestellt, dass der Tatbestand selbst auch gegen das Diskriminierungsverbot in Verbindung mit dem Recht auf Privat- und Familienleben nach Art 8 EMRK verstieß. ¹³ Insgesamt war die Strafbestimmung für den EGMR daher nicht allein aufgrund bloßer Wertungsänderungen, sondern zur Beseitigung einer verfassungswidrigen Bestimmung aufgehoben worden. ¹⁴ Konsequenterweise erachtete der EGMR daher eine Aufhebung der Strafbestimmung allein als nicht ausreichend. Der Gerichtshof verlangte zusätzlich, dass die darauf beruhenden Verurteilungen aus dem Strafregister getilgt werden können. ¹⁵

3.2. Entschädigung

Aus der Judikatur des EGMR lässt sich auch eine Entschädigungspflicht gegenüber den Betroffenen ableiten. So sprach der Gerichtshof in seinen Urteilen in neun Fällen im Zusammenhang mit der diskriminierenden Strafbestimmung des § 209 StGB immer Schadenersatz zu. ¹⁶ Allein die Tatsache, dass in diesbezüglichen Strafverfahren intimste Details des Privatlebens der Beschuldigten ausgebreitet wurden, war für ihn schon für den Zuspruch von Schadenersatz iSv Art 41 EMRK ausschlaggebend. ¹⁷ Selbst wenn die Strafverfahren mit einem Freispruch endeten, war das für den Gerichtshof nicht ausreichend. Auch in solchen Fällen sei eine Entschädigung notwendig. ¹⁸ Für den EGMR war es sogar unvorstellbar, dass ein Freispruch allein als Kompensation für den Ausgleich des Scha-

12 VfGH 21.6.2002, G 6/02-11 Rn 5.2 = VfSlg 16565/2002.

13 So schon EGMR 9.1.2003, 39392/98 *L. und V./Österreich* Rn 52ff sowie die Folgejudikatur; EGMR 21.9.2004, 69756/01 *Woditschka und Wilfling/Österreich* Rn 22ff; EGMR 3.2.2005, 18297/03 *Ladner/Österreich* Rn 19ff; EGMR 26.5.2005, 5263/03 *Wolfmeyer/Österreich* Rn 36ff; EGMR 2.6.2005, 11084/02 *H.G. und G.B./Österreich* Rn 24 ff; EGMR 19.1.2006, 7336 *R.H./Österreich* Rn 21ff.

14 EGMR 7.11.2013, 31913/07 *E.B. ua/Österreich* Rn 80.

15 EGMR 7.11.2013, 31913/07 *E.B. ua/Österreich* Rn 80f.

16 Der Vollständigkeit halber sei hier auch auf die Entscheidung EGMR 25.3.2014, 2362/08 *F.J. und E.B./Österreich* verwiesen. In dieser stellte der EGMR zwar keine Verletzung fest und sprach somit auch keinen Schadenersatz zu. Allerdings ging es in der Rechtssache auch nicht um die strafrechtliche Verfolgung wegen § 209 StGB selbst, sondern um die Aufbewahrung der im Rahmen der Ermittlungen gewonnenen Daten in polizeilichen Kopieakten.

17 Vgl EGMR 9.1.2003, 39392/98 *L. und V./Österreich* Rn 60; EGMR 19.1.2006, 7336/03 *R.H./Österreich* Rn 31ff.

18 Vgl EGMR 26.5.2005, 5263/03 *Wolfmeyer/Österreich* Rn 33, 44f; Vgl auch die Stellungnahme des Rechtskomitees *Lambda*, 8 SN 148 ME 25. GP 3f.

dens ausreichen könnte.¹⁹ Auch im Zusammenhang mit der Tilgung der Verurteilungen aus dem Strafregister sprach der EGMR Schadenersatz zu. Die Feststellung einer Verletzung der Konvention war für den EGMR allein nicht ausreichend, um den (immateriellen) Schaden zu kompensieren.²⁰

Im Ergebnis kann daher in Bezug auf Entschädigung ebenso argumentiert werden, wie es der EGMR bereits in Bezug auf die Tilgung getan hat:²¹ Grundsätzlich ist ein Zuspruch von Entschädigung für die geführten Strafverfahren, für die Verurteilungen selbst und für die erlittene Freiheitsstrafe bei der Aufhebung von Strafbestimmungen aufgrund von Wertungsänderungen in der Gesellschaft nicht notwendig. Bei einer derart verfassungswidrigen Strafbestimmung wie § 209 StGB müssen die Betroffenen allerdings sehr wohl entschädigt werden.

Freilich lässt sich dieses Ergebnis auch auf die anderen diskriminierenden Strafbestimmungen übertragen. Insbesondere § 129 I b StG ging in seiner Einschränkung und Diskriminierung als Totalverbot gleichgeschlechtlicher Handlungen sogar noch weiter als § 209 StGB. Was für § 209 StGB gilt, hat daher im Ergebnis ebenso für § 129 I b StG zu gelten.

4. Rechtslage Österreich

4.1. Tilgung und Umsetzung der Judikatur

Nach Art 46 EMRK ist Österreich verpflichtet, die Urteile des EGMR zu befolgen. Mit 29.12.2015 erfüllte Österreich zumindest die Verpflichtung, dass die Strafen aus dem Strafregister getilgt werden können. Es wurde die Möglichkeit geschaffen, Verurteilungen, die aufgrund der menschenrechtswidrigen Straftatbestände ergangen waren, aus dem Strafregister zu tilgen. Dafür wurde ein eigenes Tilgungsgesetz erlassen.²² Betrachtet man das neue Gesetz allerdings genauer, so fallen einige Unzulänglichkeiten auf.

Schon der Gesetzestitel – „Bundesgesetz zur Tilgung von Verurteilungen nach §§ 129 I, 129 I lit b, 500 oder 500a Strafgesetz 1945 sowie §§ 209 oder 210 Strafgesetzbuch“ – ist zunächst überraschend. Die Worte „Verfolgung“, „gleichgeschlechtliche Unzucht“ – wie homosexuelle Handlungen im Strafgesetzbuch bezeichnet wurden – oder „Unrecht“ sucht man darin vergeblich. Zudem wurde das Gesetz als Anhang zum Jugendgerichtsgesetzänderungsgesetz 2015 beschlossen, obwohl ein inhaltlicher Bezug zum Jugendge-

19 EGMR 26.5.2005, 5263/03 *Wolfmeyer/Österreich* Rn 33: „[...] It is inconceivable how an acquittal without any compensation for damages and accompanied by the reimbursement of a minor part of the necessary defence costs could have provided adequate redress“; Vgl auch Stellungnahme des *Rechtskomitees Lambda*, 8 SN 148 ME 25.GP 3f.

20 Vgl EGMR 7.11.2013, 31913/07 *E.B. uaf/Österreich* Rn 97: „The court considers that the applicants must have suffered non-pecuniary damage that cannot be sufficiently compensated for by the mere finding of a violation of Article 14 taken together with Article 8.“

21 Vgl dazu bereits oben 3.1.

22 BGBl I 154/2015.

richtsgesetz (JGG) nicht feststellbar ist.²³ Das Gesetz – dessen Titel ohnehin nicht besonders ins Auge springt – geht daher als Anhang zum JGG-ÄndG vollkommen unter. Diese Vorgehensweise ist nicht neu. So werden vermeintlich kontroverse Gesetze häufig kryptisch betitelt und in einem Paket mit anderen, mit ihnen nicht in Zusammenhang stehenden Gesetzen, als sog. „Sammelgesetze“ beschlossen.²⁴ In der Vergangenheit ist das häufig im Rahmen von Budgetbegleitgesetzen geschehen. Der ehemalige Präsident des Verfassungsgerichtshofs, *Ludwig Adamovich*, fragte etwa passend zum Budgetbegleitgesetz 2003: „Wieso kommen die Abfangjäger ins selbe Gesetz wie die Pensionsreform?“²⁵ Ähnlich kann hier gefragt werden: Wieso kommt die Rehabilitierung von Homosexuellen ins selbe Gesetz wie Bestimmungen im Zusammenhang mit jugendlichen StraftäterInnen?

Ein Gesetz auf diese Art vorzuschlagen und zu beschließen, kann wohl keine breite Diskussion auslösen. Auch im konkreten Fall ist eine solche Diskussion ausgeblieben. Schon die Urteile des EGMR, die die Reform auslösten, sind mit Sicherheit dem überwiegenden Teil der Bevölkerung nicht bekannt. Damit ist dem Großteil der Bevölkerung überhaupt nicht bewusst, dass eine Reform notwendig war. Wenn nun auch die Reform selbst nicht öffentlichkeitswirksam durchgeführt wird, entsteht der Eindruck, als müssten längst keine weiteren Reformen mehr durchgeführt werden. Gerade dies erscheint auch gewollt.²⁶ Denn mit dem neuen Tilgungsgesetz sind noch nicht alle Folgen des erlittenen Unrechts beseitigt.

4.2. Entschädigung

Die Verpflichtung Österreichs zur Entschädigung der Betroffenen wurde noch nicht umgesetzt. Zwar können die Betroffenen nun die Verurteilungen aus dem Strafregister tilgen lassen, sie erhalten allerdings für die geführten Verfahren, Verurteilungen und erlittenen Haftzeiten keine Entschädigung. Auch die Tatsache, dass die einschlägigen Verurteilungen selbst nach Aufhebung der Straftatbestände noch im Strafregister aufschienen, berechtigt nach österreichischer Rechtslage nicht zu einem finanziellen Ausgleich. Das Strafrechtliche Entschädigungsgesetzes (StEG) sieht Entschädigungen etwa wegen gesetzwidriger Verurteilungen vor (§ 2 Abs 1 Z 1 StEG). Aber auch auf dieser Grundlage ist eine Entschädigung nicht möglich. Denn zum Zeitpunkt der Verurteilungen waren die eben besprochenen Strafbestimmungen noch in Kraft. Die Verurteilungen erfolgten daher gesetzeskonform. Auch das neue Tilgungsgesetz sieht keine Entschädigung für die Betroffenen vor. Im Gegenteil: Im Gesetz selbst wird sie tw sogar explizit ausgeschlossen.²⁷

23 Ebenso Stellungnahme des *Rechtskomitees Lambda*, 8 SN 148 ME 25.GP 3; Kritik *Tipolds* bezogen auf das 2. Gewaltschutzgesetz, BGBl I 2009/40: *Tipold*, Vom „Schwachsinn“? JSt 2009, 118 (118).

24 Vgl zu einer diesbezüglichen Kritik *Arnold*, Sammelgesetze – „das Kind beim Namen nennen“, SWK 2003, 173 (173ff); *Schäffer*, Bürgernahe Gesetzgebung, RZ 1989, 150 (155).

25 *Kittner*, Interview mit Ludwig Adamovich, Kurier v 29.6.2003, 3.

26 So auch Stellungnahme des *Rechtskomitees Lambda*, 8 SN 148 ME 25.GP 3.

27 Vgl etwa § 2: „Ansprüche auf eine Entschädigung erwachsen aus dieser Herabsetzung nicht.“

Dabei ist die Forderung nach Entschädigung für die Betroffenen – die sich auch aus der Judikatur des EGMR ableiten lässt – nicht einmal neu. Ein Initiativantrag für ein Entschädigungsgesetz wurde bereits 2005 eingebracht.²⁸ Gesetz wurde dieser Antrag bisher allerdings nicht, obwohl er 2013 erneut eingebracht wurde.²⁹

5. Reformmöglichkeiten

Eine solche Entschädigung in Gesetzesform zu gießen und damit der Rspr des EGMR zu folgen, wäre auf verschiedene Arten denkbar. Diese sollen im Folgenden näher dargestellt werden. Dabei wird auch der erwähnte Initiativantrag behandelt. In Deutschland – das vor ähnlichen Problemen wie Österreich steht – wird derzeit eine Gesetzesnovelle zur Entschädigung der Betroffenen diskutiert.³⁰ Auf die im Rahmen der Diskussion in Deutschland geäußerten Reformmöglichkeiten und Bedenken soll ebenso im Folgenden näher eingegangen werden.

Während die Entschädigung für strafrechtliche Verfolgung und die geführten Verfahren selbst in Österreich im Rahmen eines eigenen Gesetzes geregelt werden müssten, kann in Bezug auf die Entschädigung für die erlittene Haft zumindest tw auf die bereits bestehende Rechtslage zurückgegriffen werden.

5.1. Wiederaufnahme der Strafverfahren

Als erste Möglichkeit kommt die Einführung eines neuen Wiederaufnahmegrundes in der Strafprozessordnung (StPO) in Frage. Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens nach § 353 StPO ist eine Möglichkeit, ein Strafverfahren selbst nach Rechtskraft neu durchzuführen und dabei zu einem anderen Ergebnis zu kommen. Nach geltendem Recht ist eine Wiederaufnahme des Strafverfahrens bei einer Aufhebung derjenigen Strafbestimmungen, auf die sich das Strafverfahren stützte, nicht vorgesehen. So erfasst zwar der Wiederaufnahmegrund des § 353 Z 2 StPO nach dem Urteil neu hervorgekommene Tatsachen und Beweismittel. Bei einer Gesetzesänderung handelt es sich allerdings weder um neu hervorgekommene Tatsachen noch um neu hervorgekommene Beweismittel.³¹ Daher müsste ein neuer Wiederaufnahmegrund – etwa als § 353 Z 4 StPO – für Fälle, in denen Straftatbestände wegen EMRK-Widrigkeit aufgehoben werden, geschaffen werden. In diesem Zusammenhang könnte auch überlegt werden, den vorgeschlagenen Wiederaufnahmegrund zusätzlich allgemein für Fälle vorzusehen, in denen ein Straftatbestand durch den VfGH oder den Gesetzgeber wegen entsprechender menschenrechtlicher

28 IA 707/A 22. GP. Vgl va § 6 des vorgeschlagenen Gesetzes.

29 IA 83/A 25. GP. „Bundesgesetz, mit dem die Opfer der anti-homosexuellen Sonderstrafgesetze amnestiert, rehabilitiert und entschädigt werden“ (AREG).

30 Vgl etwa *Die Zeit*, Entschädigung für verurteilte Homosexuelle, www.zeit.de/politik/deutschland/2016-07/paragraf-175-homosexualitaet-diskriminierung-justizministerium-gesetz-entschaedigung-rehabilitierung (20.9.2016).

31 *Lewis* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO (2015) § 353 Rn 43f.

Bedenken aufgehoben wird. Nach Aufhebung des jew Tatbestandes könnte dann das Verfahren neu durchgeführt werden. Sobald diese Verfahren dann wieder aufgenommen werden und zu einem Freispruch führen würden, stünde den Betroffenen ein Ersatzanspruch nach § 2 Abs 1 Z 3 StEG zu. Diese Norm sieht eine Entschädigung vor, wenn Betroffene durch ein inländisches Gericht nach Wiederaufnahme eines Strafverfahrens freigesprochen wurden. Allerdings müsste auch das StEG angepasst werden. Denn § 3 Abs 1 Z 4 StEG schließt derzeit Ersatzansprüche allgemein aus, wenn bei einer Wiederaufnahme des Strafverfahrens nur aufgrund einer Gesetzesänderung eine günstigere Entscheidung an Stelle des davor ergangenen Urteils tritt. Eine Ausnahme für Fälle der Aufhebung von menschenrechtswidrigen Tatbeständen wäre daher hier ebenso notwendig. Im Ergebnis überwiegen in dieser Variante allerdings die Nachteile. Zwar kann mit ihr auf den Einzelfall genau eingegangen werden und jeder Fall überprüft werden, denn jedes Verfahren müsste einzeln neu durchgeführt werden. Doch diese Einzelfallbetrachtung wird nur dadurch möglich, dass die Betroffenen erneut vor ein Strafgericht gestellt werden. Gerade dies ist ihnen aber – mit Blick auf die Geschichte ihrer strafrechtlichen Verfolgung – nicht zumutbar.³² Abgesehen davon gäbe es in derartigen Wiederaufnahmeverfahren vielfach auch Beweisschwierigkeiten. Die Verfahren, die zu Verurteilungen führten, liegen tw bereits Jahrzehnte zurück. Damit wurde wohl auch schon ein großer Teil der relevanten Akten skartiert und können für das neu durchzuführende Verfahren nicht herangezogen werden.³³ Dass die Entschädigungsverfahren dann aufgrund von Beweisschwierigkeiten eingestellt würden, ist für Betroffene ebensowenig hinnehmbar. Insgesamt läge bei dieser Lösungsvariante die Initiative wiederum ausschließlich bei den von der Verfolgung Betroffenen, die sich aktiv an das Justizsystem wenden müssten, um eine Aufhebung ihrer Verurteilung zu erreichen.

5.2. Pauschale Urteilsaufhebung

Als zweite Möglichkeit kommt die pauschale Aufhebung der strafgerichtlichen Verurteilungen mittels Gesetzes in Frage. Auch der bereits erwähnte Initiativantrag schlägt diese vor.³⁴ Deutschland wird sich wohl für diese Variante entscheiden.³⁵

Will man sich nach der Aufhebung der Verurteilungen für den Ersatzanspruch auf bereits bestehende Gesetze stützen, so kann auf das StEG zurückgegriffen werden. Denn würden die Urteile aufgehoben, so würde zugleich den ausgesprochenen Strafen die Grundlage entzogen. Betroffene hätten dann – ebenso wie bei einer Wiederaufnahme –

32 Vgl zu einer ähnlichen Problematik in Bezug auf das neue Tilgungsverfahren auch Stellungnahme des *Rechtskomitees Lambda*, 8 SN 148 ME 25.GP 6f; Zu ähnlichen Bedenken in Bezug auf Deutschland *Burgi*, Rehabilitierung der nach § 175 StGB verurteilten homosexuellen Männer: Auftrag, Option und verfassungsrechtlicher Rahmen (2016) 69.

33 Zu ähnlichen Bedenken in Deutschland s ausführlich *Burgi*, Rehabilitierung 68.

34 § 5 IA 83/A 25. GP; Vgl auch Stellungnahme des *Rechtskomitees Lambda*, 8 SN 148 ME 25.GP 4f.

35 Etwa *Die Zeit*, Entschädigung für verurteilte Homosexuelle, www.zeit.de/politik/deutschland/2016-07/paragraf-175-homosexualitaet-diskriminierung-justizministerium-gesetz-entschaedigung-rehabilitierung (20.9.2016).

einen Ersatzanspruch für die vollzogenen Freiheitsstrafen nach § 2 Abs 1 Z 3 StEG. Der oben bereits näher ausgeführte Ausschluss nach § 3 Abs 1 Z 4 würde in diesem Fall auch nicht greifen, weil es sich nicht um eine Wiederaufnahme handeln würde.³⁶

Allerdings bleiben bei der pauschalen Aufhebung der Urteile einige Dinge zu beachten. Die frühere Rechtslage stellt Österreich vor besondere Herausforderungen. Denn die „Schändung“ nach § 128 StG – sie pönalisierte den sexuellen Missbrauch von unmündigen Minderjährigen – legte ein besonderes Konkurrenzverhältnis bei gleichgeschlechtlicher Begehung fest: Beging der Täter die Tathandlung nach § 129 I b StG an einer Person unter 14 Jahren desselben Geschlechts, so war nicht nach „Schändung“ gem § 128 StG, sondern allein wegen der homosexuellen Handlung und somit wegen „gleichgeschlechtlicher Unzucht“ nach § 129 I b StG zu verurteilen. § 128 StG trat in solchen Fällen zurück.³⁷ Würden nun im Nachhinein die Urteile pauschal aufgehoben, dann könnte es passieren, dass auch in solchen Fällen Urteile aufgehoben werden, die auch nach heutiger Rechtslage zu einer Strafbarkeit wegen (schweren) sexuellen Missbrauchs von Unmündigen (§§ 206 f StGB) führen würden. Dies wäre ohne Zweifel eine untragbare Konsequenz. In dieser Hinsicht müsste die Aufhebung daher in jedem Fall eingeschränkt werden. Dies könnte etwa geschehen, indem in Bezug auf Verurteilungen wegen § 129 I b StG keine pauschale Urteilsaufhebung stattfände, sondern diese nur auf Antrag – etwa mit Schaffung der oben beschriebenen Wiederaufnahme – aufgehoben werden könnten, während Urteile basierend auf den anderen im Tilgungsgesetz genannten Tatbeständen pauschal aufgehoben werden. In Fällen der Verurteilung wegen § 129 I b StG könnte dann eine Einzelfallprüfung stattfinden.

Im Ergebnis ist der pauschalen Urteilsaufhebung gegenüber der Wiederaufnahme der Vorzug zu geben, sofern auf die soeben geäußerten Bedenken in Bezug auf § 129 I b StG Rücksicht genommen, und Urteile auf Grund dieses Tatbestandes von der pauschalen Aufhebung ausgenommen werden. Für die Betroffenen hätte die grundsätzlich pauschale Aufhebung den Vorteil, dass sie sich nicht ein weiteres Mal vor einem Strafgericht verantworten müssten, um ihre Verurteilungen zu beseitigen. Die pauschale gesetzliche Aufhebung der Urteile würde es den Betroffenen auch ersparen, selbst aktiv werden zu müssen. Darüber hinaus würde diese Vorgehensweise ein klares politisches Signal senden, wie Österreich heute zu diesem Aspekt seiner Vergangenheit steht.

36 Eine andere Möglichkeit schlägt der bereits erwähnte Initiativantrag AREG IA 83/A 25. GP in § 6 vor. Über die Haftentschädigung hinaus wird in § 6 Abs 2 zusätzlich ein Ersatzanspruch für die „erlittene persönliche Beeinträchtigung“ unabhängig von der ausgesprochenen Unrechtsfolge vorgeschlagen.

37 Ausführlich *Kirchknopf*, Die strafrechtliche Verfolgung homosexueller Handlungen in Österreich im 20. Jahrhundert, *Zeitgeschichte* 2016, 68 (73f).

5.3. Kollektiventschädigung

Um für eine Entschädigung für die Tatsache, dass Verfahren geführt und Menschen wegen gleichgeschlechtlicher Sexualkontakte verfolgt und verurteilt wurden, zu sorgen, könnte eine Kollektiventschädigung zusätzlich zur Individualentschädigung angedacht werden. In Deutschland wird diese Richtung – als Ergänzung der Individualentschädigung – wohl eingeschlagen werden. Dort wird etwa ein monetärer Zuschuss für ZeitzeugInnen-Projekte, Bildungsprogramme an Schulen und Erinnerungsveranstaltungen überlegt.³⁸ So würde auch zumindest eine Art der Entschädigung für diejenigen Betroffenen gegeben werden, die kein Verfahren für ihre Individualentschädigung durchführen können oder wollen.

6. Conclusio

Mit der Schaffung der Möglichkeit der Tilgung von Verurteilungen aufgrund von menschenrechtswidrigen Straftatbeständen, die an Homosexualität anknüpften, erfüllt Österreich seine Verpflichtungen aus der Judikatur des EGMR nur unzureichend. Die Betroffenen müssen für ihre Verfolgung und die erlittenen Freiheitsstrafen entschädigt werden, damit die Rechtslage in Österreich EMRK-konform ist. Die pauschale Aufhebung der Urteile im Zusammenhang mit einem Ersatzanspruch aus dem StEG bzw ein eigener Ersatzanspruch ist für die Entschädigung für erlittene Freiheitsstrafen der beste Weg. Allerdings müssen dabei Besonderheiten der historischen österreichischen Rechtslage beachtet und die pauschale Urteilsaufhebung in Bezug auf § 129 I b StG eingeschränkt werden. Denn eine pauschale Aufhebung von Verurteilungen nach § 129 I b StG könnte dazu führen, dass im Nachhinein Fälle für straffrei erklärt werden, die auch nach der geltenden Rechtslage noch strafbar wären. Für die geführten Verfahren und die Verfolgung selbst erscheint eine Kollektiventschädigung denkbar. Nun liegt es am Gesetzgeber, weitere Reformen durchzuführen.

Mag. Jakob Tschachler ist Universitätsassistent am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien; jakob.tschachler@univie.ac.at

38 Dies wird etwa in Deutschland diskutiert; vgl *Burgi*, Rehabilitation 64f.

Anwaltsgesellschaften in Österreich und Deutschland

Rechtsvergleichende Einblicke in aktuelle Entwicklungen

Elisabeth Reiner / Christian Deckenbrock

1. Einleitung

In den Anfängen der Rechtsanwaltsordnungen zur Zeit der bürgerlichen Revolution galt der Einzelanwalt¹ sowohl in Deutschland als auch in Österreich als Idealbild der anwaltlichen Berufsausübung.² Die Gesetzgebung sah „in der mechanischen Betriebsamkeit größerer Sozietäten (...) eine Gefahr für die gediegene anwaltliche Beratung“.³ Die anwaltlichen Berufsgesetze dienten dem Schutz der anwaltlichen Grundwerte, an denen sich die anwaltliche Vertretung orientieren muss. Diese Werterhaltung drückt sich auch heute noch in den Berufsordnungen aus, die die Regelung der zur Verfügung stehenden Rechtsformen als einen wesentlichen Aspekt in der Gestaltung der anwaltlichen Berufsausübung ansehen. Die Art und Weise dieser Berufsausübung ist allerdings einem starken Wandel ausgesetzt.

Das klassische Modell des Einzelanwalts bzw der Einzelanwältin ist durch eine Vielfalt von Rechtsanwaltszusammenschlüssen ergänzt worden, die sich einem starken internationalen Wettbewerb ausgesetzt sehen. Damit einher geht die Frage nach dem Rahmen der möglichen Gesellschaftsformen, die den Bedürfnissen der verschiedenen Zielgruppen gerecht werden müssen. Gleichzeitig muss sich dieser Rahmen an folgenden Grundwerten orientieren: an der Treue zur Mandant_innenschaft, der Verschwiegenheit, der Unabhängigkeit und dem Verbot von Interessenskollisionen. Das anwaltliche Sondergesellschaftsrecht hat sich über einen langen Zeitraum entwickelt, es spiegelt somit gesellschaftliche Entwicklungen wider. Überlegungen, ob sich Rechtsanwält_innen überhaupt zusammenschließen können sollen oder wer an einer solcher Rechtsanwalts-gesellschaft beteiligt sein können soll, haben zwar eine verfassungsrechtliche Relevanz, sind primär jedoch rechtspolitische Fragen.

1 Die historisch geprägte Figur des Rechtsanwalts orientiert sich an einem männlichen Berufsbild. Frauen war sowohl in Ö als auch D der Zugang zum rechtswissenschaftlichen Studium bis ins 20. Jhd weitgehend verwehrt, vgl etwa *Hammer*, In Anzug und Krawatte – Geschlechterverhältnisse in der juristischen Praxis, *juridikum* 2013, 506.

2 Zur Geschichte der Rechtsanwaltsordnungen siehe für Österreich *Wrabetz*, Österreichs Rechtsanwälte in Vergangenheit und Gegenwart² (2008). Für Deutschland *Busse*, in *Henssler/Prütting*, BRAO⁴ (2014) Einleitung Rn 1ff.

3 *Henssler*, Anwaltsgesellschaften, *NJW* 1993, 2137.

Der vorliegende Beitrag vergleicht die jeweiligen berufsrechtlichen Regelungen für die gemeinschaftliche anwaltliche Berufsausübung: Obwohl sich unbestritten sowohl das österreichische als auch das deutsche Berufsrecht dem gleichen Wertekanon verpflichtet fühlen, vertreten sie doch in verschiedenen Fragen ganz unterschiedliche Lösungsmodelle. Prominentestes Bsp ist die in Ö abgelehnte, in D aber jüngst nochmals geöffnete interprofessionelle Zusammenarbeit. Vor dem Hintergrund der Entwicklungen in D wirft der Beitrag die Frage auf, ob der österreichische Gesetzgeber die bestehenden berufsrechtlichen Beschränkungen zum Schutz der anwaltlichen Grundwerte weiter aufrechterhalten sollte oder ob es an der Zeit für liberalere Rahmenbedingungen wäre.

2. Von der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Rechtsformvielfalt

Das anwaltliche Gesellschaftsrecht in D hat in den letzten zwei Jahrzehnten – auch weil von der Rspr immer neue Impulse ausgingen – eine rasante Entwicklung durchlaufen.⁴ Lange Zeit war für Anwälte_innen die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) die einzig denkbare Rechtsform für eine berufliche Zusammenarbeit, der Zugang zur offenen Handelsgesellschaft (OHG) und zur Kommanditgesellschaft (KG) war und ist den freien Berufen und damit auch der Anwaltschaft wegen der Anknüpfung an den Kaufmannsbegriff dagegen verschlossen.⁵ Auch an eine Anwalts-GmbH war zunächst nicht zu denken, galt doch damals die persönliche Haftung der Freiberufler_innen als unumstößliches Dogma.

Seit dem 1.7.1995 steht den Angehörigen der Freien Berufe und damit auch Rechtsanwälte_innen mit der Partnerschaftsgesellschaft (PartG) in D eine weitere Rechtsform zur Verfügung.⁶ Der deutsche Gesetzgeber hat die PartG als „Schwesterfigur“ zur OHG des Handelsrechts konzipiert⁷ und wollte so die offenkundigen Schwächen der GbR überwinden. Insb steht für die PartG anders als für die GbR mit dem Partnerschaftsregister ein Publizitätsorgan zur Verfügung. Die Anwaltschaft konnte sich mit der PartG zunächst kaum anfreunden, insb mangels wesentlicher haftungsrechtlicher Vorteile. Dies änderte sich zum 1.8.1998 mit einer Neufassung des § 8 Abs 2 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG), die für Berufsausübungsfehler die Haftung auf die Gesellschaft und den/die jeweilige_n Mandatsbearbeiter_in gesetzlich beschränkte.⁸ Neu eintretende Gesellschafter_innen mussten von nun an im beruflichen Bereich nicht mehr fürchten, für die „Sünden der Vergangenheit“ zu haften. Parallel ordnete die Rspr die Haftungsverfassung der GbR neu; heute ist trotz anderslautender Regelungen in den §§ 705 ff BGB die Rechts-

4 Siehe zur Entwicklung ausführlich *Henssler*, in *Henssler/Streck*, Handbuch Sozietätsrecht² (2011) A Rn 1ff.

5 So BGH NJW 2011, 3036 Rn 4ff und nachfolgend BVerfG NJW 2012, 993 Rn 14 zur GmbH & Co KG.

6 Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe (Partnerschaftsgesellschaftsgesetz – PartGG) vom 25.7.1994, dBGBI I, 1744.

7 BT-Drucks 12/6152, 8.

8 Geändert durch Art 1a des Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes und anderer Gesetze vom 22.7.1998, dBGBI I, 1878.

fähigkeit der GbR anerkannt mit der Folge, dass sie Partei eines Mandatsvertrags sein kann.⁹

In Ö nahm das anwaltliche Gesellschaftsrecht ebenfalls seinen Ausgang bei der GbR.¹⁰ Auch hier kam es über die Jahre zu signifikanten Veränderungen, sodass weitere Gesellschaftsformen zur Verfügung gestellt wurden. So wurde im Jahr 1988 das Erwerbsgesellschaftengesetz (EGG) beschlossen, das den freien Berufen den Zugang zu den Rechtsformen der KEG und OEG als rechtsfähigen Personengesellschaften eröffnete.¹¹ Dagegen scheiterte ein 1986 vorgelegter Entwurf des BMJ für eine Partnerschaftsgesellschaft. Somit gibt es in Ö keine der deutschen PartG vergleichbare, auf die speziellen Anforderungen von Freiberufler_innen zugeschnittene Gesellschaftsform.

3. Der Weg in die Kapitalgesellschaft – Anwalts-GmbH und Anwalts-AG

1999 eröffneten dann doch sowohl der österreichische als auch der deutsche Gesetzgeber den Anwalt_innen den Weg in die GmbH.¹² Mit ihr stand erstmals eine Rechtsform zur Verfügung, in der für vertragliche und deliktische Pflichtverletzungen der Rechtsanwält_innen – auch über den Bereich der Berufsausübung hinaus – allein das Gesellschaftsvermögen haftete. Als Ausgleich für den Wegfall jeglicher persönlicher Haftung der Gesellschafter_innen verpflichtete der Gesetzgeber aber die Gesellschaft, eine Berufshaftpflichtversicherung mit einer Mindestversicherungssumme (2,4 Mio Euro in Ö, 2,5 Mio Euro in D) für jeden Versicherungsfall abzuschließen.

Unverständlicherweise hat der Gesetzgeber in beiden Ländern die Gelegenheit nicht genutzt, zugleich auch die Anwalts-Aktiengesellschaft (AG) zuzulassen; vielmehr wollte er mit dem Regelungsvorschlag zur Anwalts-GmbH bewusst keine Aussage zur AG treffen.¹³ In D dauerte es jedoch nicht lange, bis das BayObLG¹⁴ und später auch der BGH¹⁵ die Zulässigkeit der Anwalts-AG vor dem Hintergrund der Zulassung der Anwalts-GmbH ebenfalls eröffnete. Da es bis heute an einer gesetzlichen Regelung der Anwalts-AG fehlt, behilft sich die Praxis mit einer „Anlehnung“ an die §§ 59c ff BRAO. In Ö wird die AG ebenfalls nicht in der RAO erwähnt, insb nicht im taxativen Rechtsformenkatalog des § 1a RAO. Es ist aber nicht auszuschließen, dass eine AG ihre Zulassung als

9 Grundlegend BGHZ 146, 341 (343ff) = NJW 2001, 1056ff; siehe zur Entwicklung auf *Henssler*, in *Henssler/Streck*, Handbuch Sozietätsrecht² (2011) A Rn 1ff; sowie zur Haftung in der Anwalts-GbR *Deckenbrock*, Die Anwaltssozietät – eine GbR wie jede andere?, dAnwBl 2012, 723ff.

10 Für Ö gilt allerdings nach wie vor, dass die GbR mangels Rechtsfähigkeit nicht mandatiert werden kann. Das heißt, dass der Anwaltsvertrag immer mit dem jeweiligen Einzelanwalt bzw der jeweiligen Einzelanwältin abgeschlossen werden muss, was in der Praxis mit Nachteilen verbunden ist.

11 BGBl 1990/257.

12 In Ö durch das Berufsrechtsänderungsgesetz (BRÄG) 1999, BGBl 1999/71, in D eingefügt durch Art 1 des Gesetzes zur Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung, der Patentanwaltsordnung und anderer Gesetze vom 31.8.1998, dBGBl I, 2600. Die deutsche Regelung geht auf eine Entscheidung des BayObLG (NJW 1995, 199) zurück.

13 Für D siehe BT-Drucks 13/9820, 11.

14 BayObLG NJW 2000, 1647.

15 BGHZ 161, 376 = NJW 2005, 1568.

Rechtsanwalts-gesellschaft erwirken könnte, wenn sie die Voraussetzungen des § 21c RAO erfüllt. Der Rechtsformen-katalog kann jedenfalls als überholt bewertet werden. Die jüngste Erweiterung um die GmbH & Co KG zeigt, dass der Katalog ohnehin immer wieder den Anforderungen angepasst wird.

4. Europarechtliche Entwicklungen

Ein weiterer Trend in Ö wie auch in D besteht in der Organisation der Berufsausübung in Gesellschaftsformen ausländischen Rechts, nachdem der EuGH in mehreren Entscheidungen ein dem entgegenstehendes Verständnis des deutschen internationalen Gesellschaftsrechts für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt¹⁶ und rechtsformwahrende Sitzverlegungen von Gesellschaften aus dem Ausland ermöglicht hat. Regelungen zu den Anforderungen der Berufsausübung in einer englischen Limited Liability Partnership (LLP) oder in einer anderen ausländischen Gesellschaftsform fehlen, wie zur AG, völlig.¹⁷ Auch hier zeigt sich wieder, dass der taxative Rechtsformen-katalog der RAO die Rechtswirklichkeit nicht mehr abbildet. Insoweit erscheint es vielmehr zweckmäßig, gesellschaftsrechtliche Beschränkungen auf die innere Ausgestaltung von Anwalts-gesellschaften zu konzentrieren. Freilich stellt sich die Frage, wie es mit den deutschen und österreichischen Rechtsanwalts-LLPs im Zuge des Brexit weitergehen wird;¹⁸ diese fußen schließlich auf der europäischen Niederlassungsfreiheit.

Um dem Trend der Flucht in ausländische Rechtsformen entgegenzuwirken, schuf der deutsche Gesetzgeber 2013 eine besondere Variante der PartG: die Partnerschafts-gesellschaft mit beschränkter Berufshaftung.¹⁹ Sie ermöglicht es Anwält_innen erstmals, in einer Personengesellschaft für den Bereich der Berufsausübung eine vollständige Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen zu erreichen (§ 8 Abs 4 PartGG). Die persönliche Haftung der Partner_innen für sonstige Verbindlichkeiten wie Arbeitslöhne, Mieten oder Versicherungsbeiträge bleibt jedoch unangetastet. Voraussetzung dafür, dass die Gesellschafter_innen im beruflichen Bereich nicht mit ihrem Privatvermögen einstehen müssen, ist der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung mit einer Mindestversicherungssumme in Höhe von 2,5 Mio Euro. Außerdem muss die Gesellschaft

16 Dazu EuGH 09.03.1999, C-212/97, *Centros/Erhvervs*; EuGH 05.11.2002, C-208/00, *Überseering/Nordic Construction Company*; EuGH 30.09.2003, C-167/01, *Kamer van Koophandel/Inspire Art*; EuGH 16.12.2008, C-210/06, *Cartesio*.

17 Dazu *Kilian*, in *Henssler/Streck*, *Sozietätsrecht* G Rn 1ff; *Henssler*, Die Zulassung ausländischer Anwalts-gesellschaften in Deutschland, in FS Busse (2005) 127ff.

18 Vgl *Freitag/Korch*, Gedanken zum Brexit – Mögliche Auswirkungen im Internationalen Gesellschaftsrecht, ZIP 2016, 1361ff; *Enzinger*, Great Britain – was nun?, http://www.rakwien.at/userfiles/file/Medienkooperationen/Presse/2016_07_04.pdf (14.11.2016).

19 Eingefügt durch Art 1 des Gesetzes zur Einführung einer Partnerschafts-gesellschaft mit beschränkter Berufshaftung und zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer vom 15.7.2013, dBGB I 2386; s auch die rechtstatsächliche Bestandsaufnahme zum Erfolg der PartG mbB bei *Kilian*, Zwei Jahre Partnerschafts-gesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, dAnwBl 2015, 772ff.

nach außen den Zusatz „mit beschränkter Berufshaftung“ oder eine vergleichbare Abkürzung wie „mbB“ führen.

In Ö reagierte der Gesetzgeber 2013 mit der Einführung der GmbH & Co KG auf diese Herausforderung.²⁰ Die KG steht allen Unternehmen offen. Die RA GmbH & Co KG muss wiederum die Erfordernisse des § 21c RAO erfüllen. Im Gegensatz zur RA-KG ist es jedoch zulässig, dass Rechtsanwält_innen sich an der RA-GmbH & Co KG als Kommanditist_innen beteiligen. Somit können Rechtsanwält_innen in der RA-GmbH & Co KG ausschließlich Gesellschafter_innen sein, ohne dass sie dabei gleichzeitig eine geschäftsführende Funktion einnehmen müssen. Warum im Zuge des BRÄG 2013 dieses Erfordernis nicht grundsätzlich hinterfragt wurde, ist nicht nachvollziehbar.

Auch in tatsächlicher Hinsicht haben sich in den letzten 20 Jahren die Rahmenbedingungen erheblich verändert; ein unaufhaltsamer Trend weg von der individualistischen hin zur gemeinschaftlichen Berufsausübung ist unübersehbar. Mit Stand 1.1.2016 kennt die Mitgliederstatistik der deutschen Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) 760 Anwalts-GmbHs, 27 Anwalts-AGs, 5 Anwalts-UGs sowie 4.001 Partnerschaftsgesellschaften, wovon 1.402 solche mit beschränkter Berufshaftung sind.²¹ In Ö gab es im Jahr 2013 300 Anwalts-GmbHs, 126 Anwalts-KGs und 300 Anwalts-OGs.²²

5. Die Erosion des anwaltlichen Gesellschaftsrechts durch die Rechtsprechung

Neben den jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Regelungen müssen Anwält_innen, die sich zur gemeinschaftlichen Berufsausübung zusammenschließen wollen, noch die Vorgaben des Berufsrechts beachten, die zT nach Gesellschaftsform differieren. In D wird als bislang unumstößliches Dogma für alle anwaltlichen Berufsausübungsgemeinschaften das Gebot der aktiven Mitarbeit angesehen, das aus der allgemeinen Sozietätsvorschrift des § 59a Abs 1 S 1 BRAO („zur gemeinschaftlichen Berufsausübung“) abgeleitet wird;²³ ausreichend soll aber bereits ein „Mindestmaß an beruflichen Aktivitäten“ sein.²⁴ Ö kennt hier eine vergleichsweise liberale Regelung, die es auch ehemaligen Rechtsanwält_innen sowie engen Familienangehörigen von Rechtsanwält_innen unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt, einer Rechtsanwaltsgesellschaft anzugehören (§ 21c Z 1 RAO).

20 BRÄG 2013 vom 31.7.2013, BGBl I 2013/159.

21 BRAK, Große Mitgliederstatistik der BRAK zum 1.1.2016, www.brak.de/w/files/04_fuer_journalisten/statistiken/2016/grosse-mitgliederstatistik-2016.pdf (14.11.2016).

22 Reiner, Die Rechtsanwaltsgesellschaft: Gesellschaftsrecht, Berufsrecht und empirische Befunde (2016) 264.

23 S nur Kilian, in Koch/Kilian, Anwaltliches Berufsrecht (2007) B Rn 845; Henssler, Die Kapitalbeteiligung an Anwalts-gesellschaften, BRAK-Mitt 2007, 186 (187).

24 BT-Drucks 13/9820, 14; vgl zur Reichweite Kilian, in Koch/Kilian, Anwaltliches Berufsrecht (2007) B Rn 846; Henssler, in Henssler/Prütting, BRAO⁴ § 59e Rn 17; Henssler, BRAK-Mitt 2007, 186 (187).

5.1. Fremdkapitalverbot

Aus dem Erfordernis der aktiven Mitarbeit folgt in D zugleich das sog Verbot der „auswärtigen Kapitalbeteiligung“ (Fremdkapitalverbot) an anwaltlichen Berufsausübungsgemeinschaften. Unzulässig sind damit selbst für Angehörige sozietätsfähiger Berufe stille Beteiligungen, Unterbeteiligungen, partiarische Darlehen, Gewinnschuldverschreibungen, Nießbrauch und Treuhand.²⁵

In der Theorie kennt Ö die gleiche Regelung,²⁶ jedoch zeigt sich bei genauerer Betrachtung, dass die Gesellschafter_innenbefähigung von Familienangehörigen im Ergebnis zur – wenn auch eingeschränkten – Möglichkeit einer Fremdbeteiligung führt. Dass Familienangehörige nicht als Fremdgesellschafter_innen im technischen Sinn betrachtet werden, ist eine reine Wertungsfrage.

5.2. Interprofessionelle Zusammenarbeit

Im Zentrum der aktuellen Diskussion in D steht die Möglichkeit von Anwält_innen, mit anderen Berufsgruppen interprofessionell zusammenzuarbeiten. § 59a BRAO beschränkt den Kreis möglicher Gesellschafter_innen auf andere Rechtsanwält_innen sowie auf Patentanwält_innen, Steuerberater_innen und Wirtschaftsprüfer_innen. Es sei sicherzustellen, dass die mit dem Rechtsanwalt bzw der Rechtsanwältin zusammenarbeitenden Berufsträger_innen „in gleicher Weise ... der Verschwiegenheitspflicht und den damit korrespondierenden Aussageverweigerungsrechten und Beschlagnahmeverboten unterfallen. Gewährleistet“ sei dies nur „bei den genannten Berufen, die zudem der Aufsicht durch ihre eigenen Berufskammern, durch gleichfalls verpflichtete Kollegen also, unterliegen.“²⁷ Vor einem Jahrzehnt gab es rechtspolitische Überlegungen, diese gesetzliche Beschränkung des Gesellschafter_innenkreises weitgehend aufzugeben. So hatte die Bundesregierung im Rahmen der 2008 in Kraft getretenen Reform des Rechtsberatungsrechts zunächst vorgesehen, den Kreis der sozietätsfähigen Berufe auf alle mit dem Anwaltsberuf vereinbaren Berufe – und damit auch auf Angehörige weiterer Freier Berufe unabhängig von einer Verkammerung oder sogar auf bestimmte Gewerbetreibende –²⁸ auszudehnen. Verbunden werden sollte diese Erweiterung mit einer Pflicht zur Sicherstellung einer berufsrechtskonformen Zusammenarbeit und einer Ausdehnung der Verschwiegenheitspflicht auf die Berufsträger_innen, die mit einem Anwalt/einer Anwältin befugt zusammenarbeiten. Dieser Vorschlag wurde allerdings im weiteren Gesetzgebungsverfahren – auch aufgrund der Lobbyarbeit der Kammern, welche die Befürchtung äußerten, dass der nichtanwaltliche Sozius/die nichtanwaltliche Sozia anwaltliche Berufspflichten miss-

25 BT-Drucks 13/9820, 15 (zur Anwalts-GmbH).

26 Dies ergibt sich aus § 21c Z 1 RAO, der festlegt, wer Gesellschafter_in einer Rechtsanwalts-gesellschaft sein kann.

27 BT-Drucks 12/4993, 34.

28 BT-Drucks 16/3655, 14f, 83f; als mit dem Anwaltsberuf unvereinbar werden nach der Rspr des BGH insbesondere (Grundstücks-, Finanz- und Versicherungs-)Makler_innen angesehen.

achten und es daher zur einer Gefährdung der Rechte der Mandant_innen kommen könnte – vom Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages gestoppt. Es sei sinnvoll, eine so weitreichende Änderung zunächst zurückzustellen und im Hinblick auf Gefahren für die anwaltlichen Grundwerte noch einmal sorgfältig zu diskutieren.²⁹

Diese Begrenzung des Kreises sozietätsfähiger Berufe ist aber nicht nur rechtspolitisch, sondern auch verfassungsrechtlich problematisch. Das BVerfG hat in einer viel beachteten Entscheidung das Sozietätsverbot aus § 59a Abs 1 S 1 BRAO als Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art 12 Abs 1 Grundgesetz [GG]) angesehen, soweit es Rechtsanwält_innen eine gemeinschaftliche Berufsausübung mit (gutachterlich tätigen) Ärzt_innen und Apotheker_innen im Rahmen einer Partnerschaftsgesellschaft untersagt.³⁰ Der Senat ist der Überzeugung, dass die Einschränkungen des § 59a BRAO nicht erforderlich sind, um das Geheimhaltungsinteresse von Mandant_innen zu schützen, die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts/der Rechtsanwältin zu sichern oder einer gesteigerten Gefahr der Vertretung widerstreitender Interessen zu begegnen. Da der Senat die Verfassungswidrigkeit des § 59a Abs 1 BRAO auf die Zusammenarbeit eines Anwalts/einer Anwältin mit einem Arzt/einer Ärztin und einem Apotheker/einer Apothekerin in einer PartG beschränkt hat, bleibt die Norm im Übrigen jedenfalls vorerst aufrechterhalten. Ein Anwalt/eine Anwältin, der oder die mit einem Arzt/einer Ärztin in einer GmbH zusammenarbeiten oder eine Sozietät mit einem Architekten/einer Architektin eingehen möchte, wird – da das Normverwerfungsmonopol allein beim BVerfG und nicht bei den Rechtsanwaltskammern liegt – erneut den Rechtsweg beschreiten oder auf ein Tätigwerden des Gesetzgebers warten müssen.

Die RAO erlaubt dagegen keine interprofessionellen Zusammenschlüsse. Allerdings wird die Diskussion um interprofessionelle Gesellschaften aktuell unter dem Stichwort „One-Stop-Shop“ von Seiten der Wirtschaftskammer wieder in den Blickpunkt genommen.³¹ Hier stehen potenzielle Gesellschaften von Gewerbetreibenden und Rechtsanwält_innen im Vordergrund, wobei dies bei der Rechtsanwaltschaft auf wenig Interesse stößt. Selbst Zusammenschlüsse mit wirtschaftstreuhänderischen Berufen werden von Seiten der Kammer abgelehnt. Es wird teilweise befürchtet, dass es zu dominierenden Zusammenschlüssen mit den Big4 der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften kommen könnte. Interessanterweise sieht das Wirtschaftstreuhänderberufsgesetz (WTBG) in den §§ 70 ff diese Möglichkeit theoretisch vor.

29 BT-Drucks 16/6634, 50, 52, 54.

30 BVerfG NJW 2016, 700; die E geht zurück auf eine im Wege der konkreten Normenkontrolle (Art 100 GG) erfolgte Vorlage des BGH (NJW 2013, 2674). S dazu ausf *Hellwig*, Mehrheitserfordernis und Sozietätsverbot – zwei Ruinen im Berufsrecht, dAnwBl 2016, 776; *Hensler/Deckenbrock*, Die vorsichtige Öffnung des Kreises der sozietätsfähigen Berufe, dAnwBl 2016, 211; *Kleine-Cosack*, Anwaltsspezifisches Sozietätsrecht vor dem „Aus“, dAnwBl 2016, 311; *Römermann*, Weite Öffnung für interprofessionelle Sozietäten von Rechtsanwält_innen, NJW 2016, 682; *Singer*, Auf die Details kommt es an: Die Zukunft der interprofessionellen Sozietät, dAnwBl 2016, 788.

31 *Gesellschaft für angewandte Wirtschaftsforschung*, Volkswirtschaftliche Effekte interdisziplinärer Gesellschaften: Eine Stellungnahme zum Reformdialog Verwaltungsvereinfachung, www.freie-berufe.at/wp-content/uploads/2016/07/Stellungnahme-GAW-BUKO-Interdisziplin%C3%A4re-Gesellschaften_Finale-Version08062016.pdf (14.11.2016).

5.3. Mehrheitserfordernisse in der Anwalts-GmbH

In D hat der Gesetzgeber für die Anwalts-GmbH in den §§ 59c ff BRAO weitere berufsrechtliche Beschränkungen vorgesehen. Hierzu zählen auch verschiedene Mehrheitserfordernisse, die die Möglichkeit einer interprofessionellen Zusammenarbeit in der GmbH stark erschweren. So müssen Anwält_innen im Gesellschafter_innenkreis unter den Geschäftsführer_innen und unter den Prokurist_innen die Mehrheit haben (§§ 59e Abs 2 S1, 59f Abs 1 BRAO); für Steuerberater_innen (§ 50 Steuerberatungsgesetz), Wirtschaftsprüfer_innen (§ 28 Wirtschaftsprüferordnung) und Patentanwält_innen (§§ 52e, 52f Patentanwaltsordnung) sehen die jeweiligen Berufsgesetze zumindest vergleichbare Beschränkungen vor. Damit ist eine Mehrfachanerkennung nur möglich, wenn ein Teil der Gesellschafter_innen und Geschäftsführer_innen mehrfach qualifiziert ist.³² Das BVerfG hat nun Anfang 2014 für den Fall einer Anwalts- und Patentanwalts-GmbH solche doppelten Mehrheitserfordernisse als Verletzung von Art 12 GG angesehen.³³ Sie seien weder zur Sicherung der beruflichen Unabhängigkeit (§ 43a Abs 1 BRAO), noch zur Sicherung der beruflichen Qualifikationsanforderungen nach § 4 BRAO, noch zur Förderung der Beachtung und Einhaltung des maßgeblichen Berufsrechts erforderlich. Es bestünde keine hinreichend konkrete Gefahr, dass berufsfremde Gesellschafter_innen unzulässig Einfluss auf die in der Gesellschaft tätigen Rechtsanwälte_innen nähmen.

In Ö ist ein derartiger Regelungsbedarf mangels der Existenz interprofessioneller Zusammenschlüsse unter dem Einschluss von Rechtsanwälte_innen nicht gegeben.

6. (Weiterer) Reformbedarf in Deutschland

Im deutschen (anwaltlichen) Gesellschaftsrecht hat sich in den letzten beiden Jahrzehnten viel getan. Das bedeutet indes nicht, dass nicht weiterer Reformbedarf besteht. Zu kritisieren ist insb, dass die BRAO die Rechtsfähigkeit von Berufsausübungsgemeinschaften nicht angemessen berücksichtigt, obwohl sie heute selbst für die GbR höchststrichterlich anerkannt ist. Allein die Anwalts-GmbH kennt ein eigenständiges Zulassungsverfahren (§ 59g BRAO),³⁴ Postulationsfähigkeit hat der Gesetzgeber ausdrücklich nur für

32 Dazu *Henssler*, Die interprofessionelle Zusammenarbeit des Anwalts mit anderen Berufen, dAnwBl 2009, 670 (676ff); *Ost*, Neue Gestaltungsfreiheit für interprofessionelles Zusammenwirken in Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften nach der Entscheidung des BVerfG vom 14.1.2014, DStR 2015, 442 (443).

33 BVerfGE 135, 90 = NJW 2014, 613; der Beschluss ist im Schrifttum auf nahezu einhellige Zustimmung gestoßen, vgl dazu etwa *Römermann*, Das Tor steht offen: Das BVerfG erlaubt weitergehende interprofessionelle Zusammenarbeit von Rechtsanwälten und Patentanwälten – mit erheblichen Auswirkungen auf andere, NZG 2014, 481ff; *Glindemann*, Anwalts-GmbH und das Bundesverfassungsgericht: Ende der Diskriminierung?, dAnwBl 2014, 214ff; *Kämmerer*, Verfassungswidrigkeit von gesetzlichen Beschränkungen multiprofessioneller Zusammenarbeit, hier: zwischen Rechts- und Patentanwälten, DStR 2014, 669ff; *Kleine-Cosack*, Verfassungswidrige Mehrheitserfordernisse der Rechtsanwalts-GmbH, dAnwBl 2014, 221ff.

34 Dazu *Deckenbrock*, Die berufliche Zusammenarbeit von Rechtsanwälten, in *Mittwoch/Klappstein* ua, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2015, 2016, 119 (140ff); *Deckenbrock*, Das allgemeine Berufsrecht der Berufsausübungsgemeinschaft, dAnwBl 2014, 118f.

die PartG (§ 7 Abs 4 PartGG) und die GmbH (§ 59l BRAO) vorgesehen.³⁵ Im elektronischen Rechtsanwaltsverzeichnis (§ 31 BRAO) werden lediglich die einzelnen Rechtsanwält_innen, nicht aber anwaltliche Berufsausübungsgemeinschaften aufgelistet.³⁶ Zudem sieht die BRAO nach wie vor berufsrechtliche Sanktionen allein für den Einzelanwalt/die Einzelanwältin und nicht für die Gesellschaft vor (vgl § 113 BRAO).³⁷ Eine Reform sollte anstreben, dass die anwaltliche Berufsausübungsgesellschaft unabhängig von ihrer Rechtsform selbst Kammermitglied und zumindest auch Trägerin von Berufspflichten wird. Solche gesellschaftsbezogenen Sanktionen würden die individuelle Verantwortlichkeit einzelner Anwält_innen nicht ausschließen; je nach Einzelfall kann es sachgerecht sein, (zusätzlich) eine_n konkrete_n Berufsträger_in für Fehlverhalten persönlich zur Verantwortung zu ziehen, wenn weniger ein Fall von Organisationsverschulden als ein Fall individuellen Versagens im Raum steht. Zudem könnte überlegt werden, Berufsausübungsgesellschaften zur Benennung eines „Compliance Officer“ zu verpflichten.³⁸ In D wird die Frage des Reformbedarfs inzwischen sogar unter einem viel breiteren Blickwinkel betrachtet. Die aktuelle Diskussion widmet sich nicht allein der gemeinschaftlichen Berufsausübung von Anwält_innen oder anderen Freiberufler_innen, sondern wirft auch die Frage auf, ob und inwieweit es einer grundlegenden Neuordnung des gesamten Personengesellschaftsrechts bedarf.³⁹ Dieser Frage hat sich ganz aktuell sogar die Abteilung Wirtschaftsrecht auf dem 71. Deutschen Juristentag angenommen.⁴⁰ Unter den abstimmungsberechtigten Mitgliedern bestand weitgehend Einigkeit, dass eine Reform des Personengesellschaftsrechts dringend geboten ist, um das geschriebene Recht mit dem geltenden Recht in Einklang zu bringen. Gespalten ist das Meinungsbild dagegen in der Frage, ob die Reform des Personengesellschaftsrechts „systemimmanent“ erfolgen sollte, dh unter grundsätzlicher Beibehaltung der Unterscheidung zwischen GbR, den Handelsgesellschaften und der freiberuflichen Partnerschaftsgesellschaft, oder ob – wie in Ö – diese Trennung aufgegeben werden sollte und alle unternehmenstragenden Außengesellschaften in einem eigenständigen (Unternehmens-)Personengesellschaftsgesetz geregelt werden sollten.⁴¹

35 Siehe dazu bereits *Deckenbrock*, Die berufliche Zusammenarbeit, 119 (142ff); *Deckenbrock*, dAnwBl 2014, 118 (123); *Glindemann*, dAnwBl 2014, 214 (216); *Henssler*, Brauchen wir ein zusätzliches sozietätsspezifisches Berufsrecht?, dAnwBl 2014, 762 (764).

36 Dazu *Deckenbrock*, Die berufliche Zusammenarbeit, 119 (144ff); *Deckenbrock*, 5. Satzungsversammlung: Chance für die überfällige Modernisierung der BRAO, dAnwBl 2011, 705 (711); *Deckenbrock*, dAnwBl 2014, 118 (119ff); *Henssler*, dAnwBl 2014, 762 (766).

37 *Deckenbrock*, Die berufliche Zusammenarbeit, 119 (136 ff); *Henssler*, dAnwBl 2014, 762 (763ff).

38 *Deckenbrock*, Die berufliche Zusammenarbeit, 119 (140); *Henssler*, dAnwBl 2014, 762 (765).

39 S insb *Henssler*, dAnwBl 2014, 762; *Röder*, Reformüberlegungen zum Recht der GbR, AcP 215 (2015), 450ff; *Schmidt*, Neuregelung des Rechts der Personengesellschaften? ZHR 177 (2013), 712 ff.

40 Siehe dazu *Schäfer*, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016 Bd. I: Gutachten Teil E: Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts? (2016) 1ff.

41 Die auf dem DJT gefassten Beschlüsse sind abrufbar unter www.djt.de/fileadmin/downloads/71/Beschluesse_gesamt.pdf (14.11.2016); s dazu *Glindemann*, Reform des Personengesellschaftsrechts: ja, aber wie? dAnwBl 2016, 797.

7. Nachholbedarf in Österreich: Die Grundwerte als Leitbild und vereinendes Element

Vergleicht man das deutsche mit dem österreichischen Recht, so fällt auf, dass die Entwicklungen im anwaltlichen Gesellschaftsrecht in Ö nicht dieselbe Dynamik hatten – und das, obwohl auch in D weiterhin Reformbedarf besteht. Jede potenzielle berufsrechtliche Erleichterung wird sich daran messen lassen müssen, ob eine Erosion der anwaltlichen Grundwerte droht, die ein ganz wesentliches Element der anwaltlichen Berufsausübung darstellen. Diese sind über das Berufsrecht fest im rechtlichen Rahmen der Berufsausübung verankert. Obwohl die tatsächliche Berufsausübung auf unterschiedliche Weise erfolgt, nehmen die Grundwerte eine vermittelnde Rolle ein.⁴² Unabhängig von der Art und Weise der tatsächlichen Berufsausübung, stellen die Grundwerte somit ein Kontinuum der anwaltlichen Tätigkeit dar. Die Ergebnisse einer empirischen Studie⁴³ unterstützen diese These.⁴⁴ Die abgefragten Grundwerte⁴⁵ spielen für die Identität der befragten österreichischen Rechtsanwält_innen⁴⁶ eine große Rolle: Dies gilt insb für die Treue zu den Mandant_innen, die unabhängige Berufsausübung und die Verschwiegenheit.⁴⁷ Die geringe Varianz innerhalb der Ergebnisse unterstreicht, dass die Anwaltschaft in nur geringer Ausprägung den Grundwerten eine abweichende Bedeutung zumisst. Diese quantitativen Ergebnisse spiegeln die Annahmen aus der qualitativen Erhebung wider, die den Grundwerten eine prägende Rolle als Wesensmerkmal der anwaltlichen Berufsausübung zuschreibt.⁴⁸ Es zeigte sich jedoch auch, dass die Grundwerte als Argument herangezogen werden, um bestimmte gesellschaftsrechtliche Sonderregelungen des anwaltlichen Berufsrechts als geradezu zwingend zu rechtfertigen. Andererseits verdeutlicht die Entwicklung des deutschen Berufsrechts, dass das anwaltliche Sondergesellschaftsrecht nicht notwendigerweise restriktiv sein muss, um den gleichen Regelungszweck zu erfüllen. Interprofessionelle Zusammenschlüsse führen offenbar nicht per se zur Aufgabe der anwaltlichen Grundwerte, wie die deutsche Praxis zeigt. Auffallend ist zudem, dass das deutsche Berufsrecht Rechtsanwalts-gesellschafter_innen in einer RA-GmbH erlaubt, bloße Gesellschafter_innen zu sein, ohne gleichzeitig eine geschäftsführende Funktion einnehmen zu müssen. Daneben ist es auch möglich, nicht an der Gesellschaft beteiligten Rechtsanwält_innen Prokura oder Handlungsvollmacht einzuräumen. Das österreichische anwaltliche Sondergesellschaftsrecht agiert hier viel einschränkender und erlaubt Rechtsanwält_innen grds nur in der Funktion als geschäftsführende Gesell-

42 Vgl *Schopper/Reiner*, Anwaltliche Grundwerte: Theoretisches Konstrukt oder gelebte Realität? Empirischer Befund einer repräsentativen Befragung, *AnwBl* 2014, 727.

43 Vgl *Reiner*, Empirische Befunde 235ff.

44 Das vereinende Element zwischen den unterschiedlichen Typen von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten und ihren beruflichen Ausübungsformen sind die anwaltlichen Grundwerte, vgl *Reiner*, Empirische Befunde 258f.

45 Die Zustimmungswerte wurden über eine 7-stufige Likertskala von „sehr unwichtig“ (1) bis „sehr wichtig“ (7) abgefragt.

46 Es wurde eine geschichtete (Region/Organisationform) Zufallsauswahl vorgenommen. Es langte ein Rücklauf von 281 Fragebögen ein, die statistisch ausgewertet wurden. Vgl *Reiner*, Empirische Befunde 262ff.

47 Vgl *Schopper/Reiner*, *AnwBl* 2014, 727 (729).

48 Vgl *Reiner*, Empirische Befunde 240ff.

schafter_innen, an einer RA-GmbH beteiligt zu sein (§ 21c Z 9 RAO). Die Erteilung von Prokura und Handlungsvollmacht sind ebenfalls untersagt (§ 21c Z 9a RAO). Die Begründung findet sich hier insb in der Abgrenzung zu gewerblichen Unternehmen. Obwohl die Bedeutung der Grundwerte innerhalb der Anwaltschaft unbestritten ist, ist nicht klar, wie sich die Beziehung zwischen Grundwerten und dem Sondergesellschaftsrecht gestaltet. Es liegt nahe, dass die völlige Aufhebung des anwaltlichen Sondergesellschaftsrechts auf die Identifizierung mit den Grundwerten rückwirken würde. Eine unbeschränkte Zulassung von Fremdgesellschafter_innen und der damit verbundene Wegfall des Fremdkapitalverbots könnte das Gewinnstreben weiter in den Vordergrund rücken und so Auswirkungen auf die anwaltliche Unabhängigkeit haben. Auf der anderen Seite lassen sich die bestehenden berufsrechtlichen Beschränkungen vor dem Hintergrund der stetigen Änderungen der tatsächlichen Rahmenbedingungen nicht allein mit einem pauschalen Verweis auf die anwaltlichen Grundwerte rechtfertigen. Es fehlt hier an langfristigen Untersuchungen zu dieser Thematik. Wie oben gezeigt, unterstreicht die Rspr des deutschen BVerfG und des EuGH, dass die Weiterentwicklung des Berufsrechts derzeit *va* durch die Gerichtshöfe vorgenommen wird. Vor diesem Hintergrund besteht jedenfalls Bedarf für weitere Forschungsaktivitäten. Umso eher in diesem Bereich vielfältige Forschungsergebnisse (dogmatische und empirische) vorliegen, desto besser kann langfristig auf europäische Entwicklungen reagiert werden.

Unterstützt durch Fördergelder des Jubiläumsfonds der Oesterreichischen Nationalbank (Projektnummer: 15021).

Dr.ⁱⁿ Elisabeth Reiner ist Rechtsanwaltsanwärtin bei Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH in Wien, zuvor war sie mehrere Jahre wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Wirtschaftsuniversität Wien und der Universität Innsbruck; elisabeth.reiner@dbj.at

Dr. Christian Deckenbrock ist Akademischer Rat am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln (Geschäftsführender Direktor Prof. Dr. Martin Henssler); c.deckenbrock@uni-koeln.de

Rechte der Natur in südamerikanischen Verfassungen

Maria Bertel

Adelante con la Pachamama, que está y no está en todos los sistemas del Universo; y que si algo es necesario puntualizar, es que está, y es la misma en el espacio finito y en el infinito.
Gamaliel Churata, *El pez de oro* (2007) 95

1. Einleitung

Der florierende Rohstoffabbau in vielen südamerikanischen Staaten zeigt große Auswirkungen, nicht nur auf die Natur, sondern auch auf die Gesellschaft, was sich vielfach in sozialen Konflikten entlädt.¹ Es geht dabei um den Verlust an Lebensraum für Mensch und Umwelt. Gleichzeitig lässt sich in vielen Verfassungstexten eine (neue) Berücksichtigung der Umwelt feststellen. Diese Berücksichtigung manifestiert sich insb in den jüngsten Verfassungen des Kontinents², allen voran in den Verfassungen von Bolivien und Ecuador, und ist in engem Zusammenhang mit dem sogenannten *nuevo constitucionalismo* (neuer Konstitutionalismus) zu sehen.³ Es nehmen jedoch auch andere südamerikanische Verfassungen Bezug auf die Natur bzw die Umwelt. Im Folgenden sollen daher diese verschiedenen Konzepte aus verschiedener Perspektive geordnet, analysiert und in einen internationalen Kontext gesetzt werden.

1 Vgl bspw die folgenden Medienberichte: *Spiller*, Rohstoffausbeutung und Demokratie in Lateinamerika, www.boell.de/de/2014/04/10/rohstoffausbeutung-und-demokratie-lateinamerika (10.10.2016); oA, Bergbau-Boom in Lateinamerika kollidiert mit Umweltkonflikten, <http://latina-press.com/news/118715-bergbau-boom-in-lateinamerika-kollidiert-mit-umweltkonflikten/> (10.10.2016).

2 Untersucht wurden die Verfassungen der größeren Staaten Südamerikas in der am 1.10.2016 geltenden Fassung (Argentinien [www.senado.gov.ar/deInteres], Bolivien [www.tcpbolivia.bo/tcp/content/leyes], Brasilien [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm], Chile [www.senado.cl/constitucion-politica-capitulo-i-bases-de-la-institucionalidad/prontus_senado/2012-01-16/093048.html], Ecuador [www.asambleanacional.gob.ec/es], Kolumbien [www.senado.gov.co/images/stories/Informacion_General/constitucion_politica.pdf], Paraguay [www.bacn.gov.py/constitucion-nacional-de-la-republica-del-paraguay.php], Peru [<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-constitucion.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>], Uruguay [<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>] und Venezuela [www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php]).

3 *Schilling-Vacaflor/Koza/Schacherreiter*, Zur Transformation lateinamerikanischer Staaten vom liberalen Staatsmodell und Stufenbau der Rechtsordnung zu Plurinationalität und Buen Vivir, *Juridikum* 2009, 192 (192) identifizieren in ihrer Einleitung bestimmte Elemente als Strukturmerkmale („Charakteristika“) des *nuevo constitucionalismo*. Das Konzept bleibt aber relativ unbestimmt und „die Konturen [...] vage“, so *von Bogdandy*, Beobachtungen zu einem transformatorischen Ansatz demokratischer Verfassungsstaatlichkeit, *ZaöRV* 2015, 345 (348).

2. Herangehensweisen

Grundlage für die Analyse ist eine Untersuchung des positiven Verfassungsrechts. Die Analyse orientiert sich dabei an der Frage, ob in der jeweiligen Verfassung eine (möglichst) intakte Natur als Zielvorgabe, als Menschenrecht oder als Naturrecht (dh die Natur selbst fungiert als Rechtsträgerin)⁴ konzipiert ist. Daher sollen diese drei Kategorien kurz charakterisiert werden, bevor die Verfassungen von Argentinien, Bolivien, Brasilien, Ecuador, Kolumbien, Paraguay, Peru, Uruguay und Venezuela im Hinblick auf diese Kategorien untersucht werden.

Auf diese Zu- und Einordnung folgt eine Analyse, die sich auf alle drei Kategorien, insbesondere aber die letzte („Natur ist Rechtsträgerin“) stützt, anhand der folgenden drei Ansatzpunkte.

Den ersten Blickwinkel bietet der sog *nuevo constitucionalismo*. Es tut sich in diesem Zusammenhang die Frage auf, ob der *nuevo constitucionalismo* eine stärkere verfassungsrechtliche Positionierung der Natur mit sich bringt.

Zweiter Ansatzpunkt sind internationale Entwicklungen der vergangenen Jahrzehnte und die Frage, ob sich die Verfassungen Südamerikas, allen voran die Verfassung Ecuadors, in eine dynamische Entwicklung einbetten (lassen). *Emmenegger* und *Tschentscher*⁵ zeigten schon vor über 10 Jahren eine Entwicklungslinie im Völkerrecht auf, wonach ein Trend in Richtung Rechtsträgerschaft der Natur besteht. Dieser Ansatz ermöglicht es, die genannten Kategorien als dynamische Entwicklung zu begreifen und neben den Grundrechten der ersten, zweiten und dritten Generation,⁶ (allenfalls) eine vierte Grundrecht-kategorie, nämlich die Naturrechte, einzuführen.

Der dritte Ansatzpunkt ist ein kultureller und fragt danach, ob die Verankerung von Rechten der Natur Ausdruck der kulturellen Rahmenbedingungen einer Gesellschaft in einem Staat sind.

3. Zielvorgabe, Menschenrecht oder Naturrecht?

Umweltschutz als Zielvorgabe für den Staat (zB als Staatszielbestimmung) kann als eine sehr geläufige Art der Sicherung einer gesunden Natur erachtet werden.⁷ Das Ziel „Um-

4 Der Begriff „Naturrecht/e“ wird im gesamten Beitrag in diesem Sinne verstanden und unterscheidet sich damit vom „Naturrecht“ als einer rechtsphilosophischen Strömung, s dazu *Lundmark*, Rechtsphilosophie im europäischen Vergleich: Deutschland, England, Schweden, ZfRV 2013, 175 (177).

5 *Emmenegger/Tschentscher*, Taking Nature's Rights Seriously: the Long Way to Biocentrism in Environmental Law, The Georgetown International Environmental Law Review 1994, 545.

6 *Tomuschat*, Human Rights (2003) zufolge umfasst die erste Generation klassische bürgerliche Freiheitsrechte (26 f), die zweite Generation soziale, ökonomische und kulturelle Rechte (27 f) und die dritte Generation solidarische Rechte, wie zB das Grundrecht auf eine gesunde Umwelt (48 f).

7 Für Deutschland s Art 20a GG, für Österreich das BVG über die Nachhaltigkeit, den Tierschutz, den umfassenden Umweltschutz, die Sicherstellung der Wasser- und Lebensmittelversorgung und die Forschung und auf Unionsebene Art 191 AEUV und Art 37 GRC (Art 37 GRC ist als Grundsatz einzustufen, vgl dazu *Jarass*, Der neue Grundsatz des Umweltschutzes im primären EU-Recht, ZUR 2011, 563 [564]).

weltschutz“ basiert, wie sich schon aus dem Begriff ergibt, auf einer anthropozentrisch geprägten Sichtweise der Natur, die in der Regel utilitaristisch geprägt ist. Es geht um die Nützlichmachung (und -erhaltung) der Natur,⁸ teilweise auch in Anbetracht der kommenden Generationen.⁹

Dieser Schutz ist freilich eher schwach, wobei sich diese Schwäche nicht aus dem Ziel „Umweltschutz“, sondern aus den Mechanismen der Durchsetzbarkeit ergibt.¹⁰

Begrifflich ist darauf hinzuweisen, dass der Terminus „Umwelt“¹¹ nicht mit „Natur“¹² gleichgesetzt werden kann. Umweltschutz impliziert insofern den utilitaristischen Bezug, als es um die Beziehung des Menschen zu seiner „Um-Welt“ und deren Schutz geht, während sich dem Naturschutz eine solche begriffliche Komponente nicht zuschreiben lässt. Die Verankerung einer gesunden Umwelt als Menschenrecht ist gegenüber dem soeben beschriebenen Ansatz schon einen Schritt weiter. Auch die gesunde Umwelt als Menschenrecht ist als anthropozentrisch geprägter Ansatz anzusehen, der ebenso wiederum utilitaristisch geprägt ist. Ein subjektives Recht auf eine gesunde Umwelt ist gegenüber einer reinen Zielvorgabe jedoch weitergehend, gibt es dem Individuum¹³ doch die Möglichkeit, dieses Recht auch durchzusetzen.¹⁴ Diese Durchsetzbarkeit könnte das utilitaristische Element sogar noch verstärken, wird der Umweltschutz dann ja als Recht des Individuums begriffen, das im Falle der Geltendmachung, „seinem“ Recht zum Durchbruch verhelfen will.

Oftmals dient der Umweltschutz der Erhaltung einer gesunden Lebenswelt auch für zukünftige Generationen.¹⁵

Die Anerkennung der Natur selbst als Rechtsträgerin kann demgegenüber als Paradigmenwechsel bezeichnet werden. Während nach den beiden ersten Kategorien der Natur Wert nur in Bezug auf ihre Nützlichkei für den Menschen zukommt, bedeutet die Anerkennung der Natur als Rechtsträgerin, dass der Natur intrinsischer Wert zukommt.¹⁶ Die Natur wird dadurch vom Schutzobjekt zum Rechtssubjekt.

8 § 3 Abs 2 BVG über die Nachhaltigkeit, wo der „umfassende Umweltschutz“ als „die Bewahrung der natürlichen Umwelt als Lebensgrundlage des Menschen vor schädlichen Einwirkungen“ definiert wird.

9 § 1 BVG über die Nachhaltigkeit, wonach das Bekenntnis zum Prinzip der Nachhaltigkeit, „zukünftigen Generationen bestmögliche Lebensqualität [...] gewährleisten“ soll.

10 Bertel, Staatszielbestimmungen. Bedeutung und Funktion im österreichischen Verfassungsrecht, in *Breitenlechner ua*, Sicherung von Stabilität und Nachhaltigkeit durch Recht (2015) 139 (147f).

11 www.duden.de/rechtschreibung/Umwelt (10.10.2016).

12 www.duden.de/rechtschreibung/Natur#Bedeutung1 (10.10.2016).

13 Dabei gilt es jedoch zu beachten, dass je nach Möglichkeit der Durchsetzbarkeit diese Menschenrechte kollektiven Charakter haben. So führt *Schilling-Vacaflor*, *juridikum* 2009, 21 (23) Boliviens Verfassungsreform als Paradebeispiel des „Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano“, die „populare Aktion“ als einen Durchsetzbarkeitsmechanismus an, der „bei dem Verstoß gegen kollektive Interessen und Rechte, zB die Umwelt betreffend eingesetzt werden kann.“

14 Bertel, Staatszielbestimmungen 147f.

15 Emmenegger/Tschentscher, *The Georgetown International Environmental Law Review* 1994, 563. Yrigoyen Fajardo, *Zyklen des pluralistischen Konstitutionalismus: Vom Multikulturalismus zur Dekolonisierung*, *juridikum* 2010, 326 (332) ordnet das Recht auf eine gesunde Umwelt als soziales Grundrecht ein.

16 Emmenegger/Tschentscher, *The Georgetown International Environmental Law Review* 1994, 568.

Interessant ist auch, ob sich aus den unterschiedlichen Verbürgungen Pflichten und wenn ja, welche Pflichten ergeben. Dem Umweltschutz als Menschenrecht korreliert zB in vielen Fällen eine „Menschenpflicht“. So ist tw vorgesehen, dass nicht nur der Staat, sondern jede_r Einzelne die Pflicht hat, den Umweltschutz voranzutreiben. Auch aus der Frage, ob den_die Einzelne_n eine Pflicht zum Umweltschutz trifft, oder aber ob eine Institution diese Pflichten gewissermaßen in Vertretung der Natur einfordert, können Schlüsse gezogen werden, inwiefern in der Verfassung ein biozentrischer oder anthropozentrischer Ansatz verfolgt wird.¹⁷

Zunächst ist jedoch eine Kategorisierung der untersuchten Verfassungen vorzunehmen.

4. Verfassungsrechtliche Analyse

Nur zwei Verfassungen formulieren den Umweltschutz (lediglich) als Zielvorgabe. Vielmehr fällt auf, dass beinahe alle untersuchten Verfassungen in der einen oder anderen Form ein subjektives Recht auf eine gesunde Umwelt¹⁸ statuieren. Dieses Recht ist dabei vielfach als Menschenrecht ausgestaltet.¹⁹ Nur die Verfassung Ecuadors geht über diese Kategorie hinaus und setzt die Natur selbst als Rechtsträgerin ein.

4.1. Natur und ihr Schutz als Zielvorgabe

Aus Art 47 der uruguayischen Verfassung ergibt sich, dass der Umweltschutz von allgemeinem Interesse ist, dh die Gesellschaft als Ganzes betrifft. Art 47 enthält zwar kein Recht auf eine gesunde Umwelt, aber aus der Nennung des Umweltschutzes und der weiteren Ausgestaltung von Art 47 lässt sich schließen, dass dem Umweltschutz als Grundlage für die Politiken im Bereich der Wasserversorgung eine gewisse ausrichtende Bedeutung zukommt.²⁰

Auch Brasiliens Verfassung normiert kein eigenes Recht auf eine gesunde Umwelt. Dass Umweltschutz eine Rolle spielt, zeigt sich an der Kompetenzverteilung. Die Konservierung der Natur fällt gem Art 24 VI in die Kompetenz der Union, der Staaten und des föderalen Distrikts.

17 Emmenegger/Tschentscher, *The Georgetown International Environmental Law Review* 1994, 572ff.

18 Art 41 Verfassung Argentinien, Art 79 Verfassung Kolumbien, Art 33 und 34 Verfassung Bolivien, Art 19 N 8 Verfassung Chile, Art 7 Verfassung Paraguay, Art 127 Verfassung Venezuela. Eine Besonderheit stellt die bolivianische Rechtsordnung dar. Während verfassungsmäßig das Menschenrecht auf eine gesunde Umwelt verankert ist, wurde vom Gesetzgeber ein eigenes „Gesetz über die Mutter Erde“ (Ley N° 300 Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, www.ftierra.org/index.php/recursos-naturales/110-ley-n-300-marco-de-la-madre-tierra-y-desarrollo-integral-para-vivir-bien (10.10.2016)) verabschiedet.

19 Gudynas, *Politische Ökologie: Natur in den Verfassungen von Bolivien und Ecuador*, *juridikum* 2009, 214 (216).

20 Art 47 normiert insb Bestimmungen rund um die Wasserversorgung und legt zB fest, dass die Politiken in diesem Bereich ua auf dem Umweltschutz basieren.

4.2. Natur und ihr Schutz als Menschenrecht und Menschenpflicht

Die Mehrzahl der Verfassungen enthält – wie einleitend erwähnt – ein Menschenrecht auf eine gesunde Umwelt. Im Gegenzug zur menschenrechtlichen Verbürgung der gesunden Umwelt, erlegen einige Verfassungen ihren Bürger_innen die Pflicht auf, auch selbst auf eine gesunde Umwelt zu achten.²¹ Vielfach ist dies explizit als Pflicht gekennzeichnet und im Fall Argentiniens sogar explizit mit den Interessen zukünftiger Generationen verknüpft.²² Manchmal wird auch – wie in Chile – der Staat explizit in die Pflicht genommen, über die Gesundheit der Umwelt zu wachen.²³

4.3. Natur als Rechtsträgerin – Ecuador als Vorreiter

4.3.1. Verfassungsrechtliche Verbürgung

Im Unterschied zu den anderen untersuchten Verfassungen, beschritt der ecuadorianische Verfassungsgeber einen gänzlich neuen Weg.²⁴ Die Verfassung von 2008 beinhaltet nämlich ein eigenes Kapitel (7. Kapitel), das den Titel „Rechte der Natur“ („Derechos de la naturaleza“) trägt.

Art 71 der ecuadorianischen Verfassung enthält die bisher ihrer Formulierung nach stärkste²⁵ Garantie, wenn es um das Thema Rechte der Natur geht, da die Natur als Rechtssubjekt eingerichtet wird. Darüber hinaus kommt der Natur als einem Rechtssubjekt ein Recht auf „Wiederherstellung“ zu (Art 72).

Ebenso im Kapitel „Rechte der Natur“ eingeordnet ist der an den Staat gerichtete Auftrag, geeignete Mittel zu treffen, die der Zerstörung der Natur Einhalt gebieten (Art 73) sowie das Recht bestimmter Personengruppen auf die Nutzbarmachung der Natur in einem Ausmaß, welches die Ermöglichung des guten Lebens erlaubt (Art 74).

4.3.2. Rechtliche Implikationen

Fraglich ist, welche rechtlichen Folgen die Anerkennung der Rechtsträgereigenschaft der Natur hat.

21 So zB explizit in Bolivien (Art 108 Nr 16) und mittelbar in Venezuela, wo den Bürger_innen von der Verfassung die Pflicht zur Förderung der Menschenrechte (Art 132) und damit auch des Umweltschutzes aufgetragen wird.

22 Art 41 Verfassung Argentinien.

23 Art 19 Nr 8 Verfassung Chile.

24 In der Lit wird dieser Ansatz an sich nur in der Verfassung Ecuadors gesehen, vgl zB *Schilling-Vacaflor*, *juridikum* 2009, 24. Anders beurteilt dies *Zaffaroni*. In *derselbe*, *La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia*, in *Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia 2010*, Bolivia. *Nueva Constitucion Política del Estado* (2010) 109 (120) vertritt er die Auffassung, dass die Natur auch nach der Verfassung Boliviens – dort implizit („tácita“) – als Person anerkannt ist.

25 Dass die Verfassung Ecuadors in diesem Bereich weiter geht, als die bolivianische Verfassung wird auch von *Schilling-Vacaflor*, *juridikum* 2009, 24 anerkannt; sie weist daraufhin, dass die bolivianische Verfassung „in der Anerkennung der Plurinationalität und der Rechte der indigenen Völker [...] eindeutig am weitesten“ geht (24).

- Kann die Natur überhaupt Rechtssubjekt sein?

Die Argumentation, die Natur habe keine Stimme, die sie erheben könne und sie könne aus diesem Grund kein Rechtssubjekt (und damit Grundrechtsträgerin) sein, kann schon aus dem Grund nicht überzeugen, dass die Rechtsordnung Rechte auch denen überträgt, die sich selbst nicht artikulieren können.²⁶ So kann zB die Volksanwaltschaft (*Defensoría del Pueblo*) – neben ihren menschenrechtlichen Funktionen – die Rechte der Natur für diese wahrnehmen.²⁷

- Wer ist das Rechtssubjekt Natur?

Verschwommen bleibt jedoch die Frage, was das Rechtssubjekt Natur genau umfasst: Ist es die Natur als Ganzes, zB ein ganzer Lebensraum oder gar alle Räume im Staatsgebiet, die der Natur zuzurechnen sind? Ist die Natur als Rechtssubjekt „teilbar“, dh können Tiere, Pflanzen, Steine, bestimmte Wälder, etc Rechte geltend machen?²⁸ Gehören die Luft und das Wasser zur Natur im Sinn von Art 71?

Die Auslegung von Art 71, die von der Volksanwaltschaft in einer Entscheidung aus 2015²⁹ vorgenommen wurde, spricht eher für ein schwaches Verständnis der Rechte der Natur. Dort werden die Rechte der Natur folgendermaßen umschrieben: Diese würden im Wesentlichen drei Dimensionen umfassen. Erstens das Recht gesamthaft in ihrer Existenz respektiert zu werden. Zweitens, das Recht auf Erhaltung und Regenerierung ihrer Lebenszyklen, ihrer Struktur, Funktion und evolutiven Prozesse. Und drittens komme ihr ein Recht auf Wiederherstellung zu. Wie in derselben Entscheidung ausgeführt, ist eine Rechtsverletzung der Natur in diesen Rechten nur dann anzunehmen, wenn sich diese aus menschlichen Eingriffen in die Natur ergeben; ergeben sich, so wie im konkreten Fall der Errichtung eines Hochwasserschutzes, die Probleme der Natur aus ihr selbst („*se debe a fenomenos propios de la naturaleza*“)³⁰, ist keine solche Rechtsverletzung anzunehmen. Diese Entscheidung zeigt, wie problematisch sich die Praxis bezüglich der Rechte der Natur gestaltet.

- Welche Rechte kann die Natur geltend machen?

Anerkennt man die Natur als Rechtsträgerin, dann stellt sich die Frage, welche Rechte ihr nun konkret zukommen. Aus der Verfassung Ecuadors ergeben sich dabei das Recht auf Fortbestand der Natur sowie ihrer Wiederherstellung für den Fall von schädlichen Einwirkungen. Hier stellt sich ein gravierendes Problem: Wie sind die Rechte der Natur zu beurteilen?³¹ Kann hier mit demselben Instrumentarium vorgegangen werden, wie es auch für die Menschenrechte zur Anwendung gelangt?

26 Strejcek, Grundrechtssubjektivität, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch der Grundrechte. Grundrechte in Österreich² (2014) 139 (152 ff).

27 Art 215 Verfassung Ecuador. Vgl auch die homepage www.dpe.gob.ec/tutela-de-derechos/ (10.10.2016).

28 *Kortenkamp/Moore*, Ecocentrism and anthropocentrism: Moral reasoning about ecological dilemmas, *Journal of Environmental Psychology* 2001, 261 (262) mit Bezug auf ethische Fragen.

29 Resolución de Revisión No. 022-ADHN-DPE-2014, vom 28.4.2014.

30 Resolución de Revisión No. 022-ADHN-DPE-2014, vom 28.4.2014, Rz 34.

31 Vgl die zuvor angesprochene Entscheidung, Resolución de Revisión No. 022-ADHN-DPE-2014, vom 28.4.2014.

- Wer kann die Rechte der Natur durchsetzen?³²

In engem Zusammenhang damit ist die Frage zu sehen, wer die Rechte der Natur einfordern und durchsetzen kann. Dabei existieren unterschiedliche Modelle, die vom Naturanwalt³³ bis hin zur Möglichkeit der Erhebung einer *actio popularis* gehen.³⁴ Nach Art 71 kann jede Person, Gemeinschaft, Volk oder Nationalität die Erfüllung der Rechte der Natur verlangen. Der Text trifft dabei bemerkenswerterweise keine Einschränkung auf Staatsbürger_innen. Zu bedenken gilt es neben der rechtlichen Dimension jedoch auch den Zugang zu staatlichen Stellen, gegenüber denen dieses Recht geltend gemacht werden kann. Wer ist überhaupt in der Lage sich für die Rechte der Natur einzusetzen?³⁵ Die Vertretung durch die Volksanwaltschaft scheint hier ein verhältnismäßig wirkungsvoller Weg.³⁶

- Wie sind Kollisionen zwischen Naturrechten und Menschenrechten zu beurteilen? Mit der Einführung von Rechten der Natur stellt sich auch die Frage, wie mit Kollisionen zwischen Natur- und Menschenrechten umgegangen werden soll. Ein hierarchisches Verhältnis von Natur- und Menschenrechten kann der Verfassung mE nicht entnommen werden. Art 74 suggeriert, dass die Nutzbarmachung der Natur und wohl auch damit einhergehende Veränderungen der Natur den Menschen insoweit erlaubt sind, als sie ihnen das gute Leben ermöglichen. Damit wird Bezug auf ein indigenes Konzept genommen. Es bleibt offen, wie dieses angesichts der aktuellen Lebensrealität zu interpretieren ist und welche Eingriffe damit erlaubt sind.

- Natur als Teil des Konzepts des *buen vivir*

Das Konzept des *buen vivir* bedeutet die Einführung einer Weltanschauung in den Verfassungstext. Es verschiebt sich die Stellung des Individuums; dieses wird als ein Teil der Natur betrachtet. Das *buen vivir* bildet nach der ecuadorianischen Verfassung die Grundlage für staatliches Handeln und gleichzeitig auch dessen Begrenzung.³⁷ Aufgrund der schwierigen rechtlichen Fassbarkeit des Konzepts kommt es sehr auf die Auslegungspraxis an.³⁸

Dies sind nur einige Probleme. Es ist davon auszugehen, dass es sich bei Rechten der Natur um eine neue Art von Rechten handelt, denen mit dem gewohnten menschenrechtlichen Instrumentarium nicht unbedingt Rechnung getragen werden kann. Dies stützt sich auf verschiedene Unterschiede. So ist das Rechtssubjekt Natur anders als der Mensch

32 Zu den verschiedenen Möglichkeiten schon früh *von Lersner*, Gibt es Eigenrechte der Natur? NVwZ 1988, 988 (992).

33 Beispielhaft können hier die in den österreichischen Bundesländer eingerichteten Naturschutz- bzw. Umweltschutzschaften angeführt werden, s zB für Tirol § 36 TNSchG 2005.

34 *Schilling-Vacaflor*, juridikum 2009, 23.

35 Vgl zur österreichischen Situation *Drexel*, Der Zugang zum Recht (2016); *Voithofer*, Bemerkungen zum Zusammenhang von Gerichtsgebrauch und Zugang zum Recht, juridikum 2012, 86ff.

36 Vgl auch die Internetpräsenz der Volksanwaltschaft www.dpe.gob.ec/tutela-de-derechos/ (10.10.2016).

37 *Martínez Dalman*, Vivir bien e innovación en el nuevo constitucionalismo: la Constitución ecuatoriana de 2008, in *Cairo Carou ua*, Actas del Congreso Internacional América Latina: La autonomía de una region (2012) 708 (719).

38 Art 427 Verfassung Ecuador sieht vor, dass der Wortlautinterpretation der Vorzug gegeben werden soll. Subjektive Rechte sollen so interpretiert werden, dass sie möglichst umfassend verwirklicht werden können.

zeitlich unbegrenzt und es kommen der Natur ganz spezifische Rechte zu. Auch aus diesem Grund scheint es nicht passend, die Rechte der Natur als soziale Grundrechte oder Grundrechte der dritten Generation einzuordnen.³⁹

5. Bringt der *nuevo constitucionalismo* der Natur Rechte?

So vage das Konzept des *nuevo constitucionalismo* ist, so steht doch fest, dass es sich um die Frage nach einer neuen Verfassungsstaatlichkeit handelt. Dem *nuevo constitucionalismo* werden jedenfalls die Verfassungen von Bolivien und Ecuador⁴⁰ zugerechnet, tw auch noch jene von Kolumbien und Venezuela.⁴¹

Ob der Status der Natur als Rechtsträgerin als Strukturmerkmal dieses neuen Konstitutionalismus bezeichnet werden kann, darf bezweifelt werden. Der Fokus des neuen Konstitutionalismus liegt inhaltlich klar auf der Dekolonisierung und damit einhergehend auch auf der neuen Rolle der Indigenen in den zwei Staaten.⁴² Es geht insbesondere auch darum, nicht mehr unreflektiert europäische oder nordamerikanische Konzepte zu übernehmen, sondern eine Verfassung zu schaffen, die der im jeweiligen Staat herrschenden Realität entspricht.⁴³

Allerdings könnte man argumentieren, dass die Verfassung Ecuadors das Prinzip des Rechtspluralismus noch konsequenter durchführt, weil eben nicht lediglich ein (gleichwertiger) Pluralismus in Bezug auf verschiedene Nationen bzw Volksgruppen inklusive derer Rechtssysteme besteht, sondern die Verfassung die Pluralität über die verschiedenen Nationen und Völker hinaus, auch auf die Natur ausdehnt. Insofern kann vermutet werden, dass die Verankerung von pluralistischen Strukturen in einer Verfassung die Verankerung von Rechten der Natur eher befördert.

6. Sind Rechte der Natur ein Produkt der internationalen Weiterentwicklung des Rechts?

Ein Paradigmenwechsel in der Art und Weise, wie die Natur in völkerrechtlichen Verträgen betrachtet wird, kann schon als über ein Jahrzehnt zurückliegend erachtet werden. Schon 1994 prophezeiten *Emmenegger* und *Tschentscher* in ihrer Analyse: „The formulation of detailed rights of nature in enacting this new legal dimension is yet to

39 So auch *Martínez Dalman in Cairo Carou* 719. Zu den Unschärfen des Begriffs s *Tomuschat*, *Human Rights* (2003) 50ff.

40 *Yrigoyen Fajardo*, *juridikum* 2010, 332.

41 *Schilling-Vacafior/Kozal/Schacherreiter*, *juridikum* 2009, 192 (192); *Corrêa Souza De Oliveira/Luiz Streck*, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: reflexiones sobre la posibilidad de construir un derecho constitucional común*, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 2014, 129 es als zu hinterfragen, ob auch die Verfassung Brasiliens zum neuen Konstitutionalismus gezählt werden kann.

42 Ebd sowie *Kuppe*, *Die neue Verfassung Boliviens – Ausdruck des neuen lateinamerikanischen Konstitutionalismus*, *juridikum* 2009, 194 (195).

43 *Corrêa Souza De Oliveira/Luiz Streck*, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 2014, 127.

come.⁴⁴ Die beiden Autoren sehen dies als Folge der geänderten Stellung der Natur im Völkerrecht, deren Entwicklung sie nachzeichnen. Es stellt sich daher die Frage, ob die Verfassung Ecuadors diese völkerrechtlichen Entwicklungen aufgreift und in ihr staatliches Recht gewissermaßen importiert.⁴⁵ Dazu müsste man jedoch davon ausgehen, dass sich die internationalen Entwicklungen im nationalen Recht widerspiegeln oder sich auf das nationale Recht übertragen lassen.

Hinweise dafür, dass die Verbürgung von Rechten der Natur in der Verfassung Ecuadors der internationalen Entwicklung geschuldet ist, gibt es nicht. Allerdings geht aus Materialien der Volksanwaltschaft hervor, dass hier durchaus eine Kontextualisierung erfolgt.⁴⁶

7. Rechte der Natur als kulturelles Phänomen?

Die Verankerung von genuinen Rechten der Natur oder zumindest ein sehr hoher Schutzstandard kann auch als Teil des (andinen) Konzepts des guten Lebens (*vivir bien*, *buen vivir*, *sumak kawsay*)⁴⁷ und damit als Teil einer bestimmten kulturellen Prägung einer Gesellschaft gesehen werden. Dieser Hintergrund kommt schon in den Präambeln der Verfassungen Ecuadors und Boliviens zum Ausdruck. So heißt es zB in der Präambel der Verfassung Ecuadors, dass „eine neue Form des bürgerlichen Zusammenlebens, in Vielfalt und Harmonie mit der Natur [angestrebt wird,] um das gute Leben, *sumak kawsay*“ zu erreichen. Diese Weltanschauung wird teilweise durch konkrete Verfassungsbestimmungen in das Recht übertragen. Mit dieser materiellen Aufladung der Verfassung geht jedoch umgekehrt auch eine Formung des Konzepts selbst einher. Dies kann als Ausdruck einer Beziehung zwischen Recht und Kultur erachtet werden, die von einem „continuous recycling and rearticulation of legal and cultural meanings“⁴⁸ geprägt ist.

Der Ausgang dieser Prozesse, der wechselseitigen Beziehung zwischen Recht und Kultur, ist freilich völlig ungewiss und könnte im Extremfall dazu führen, dass zB in Ecuador das Recht der Natur auf Fortbestand wieder aus dem Rechtsbestand verschwindet.

Problematisch bleibt, dass das Konzept des *buen vivir* als rechtliches Konzept nur schwer eingefangen werden kann; so weisen auch *Corrêa Souza De Oliveira* und *Luiz Streck* darauf hin, dass es wichtig sei, das *buen vivir* nicht mit europäischen oder (nord)amerikanischen Augen zu betrachten.⁴⁹

44 *Emmenegger/Tschentscher*, *The Georgetown International Environmental Law Review* 1994, 550.

45 Zur Frage des „Imports“ von Rechtsnormen aus fremden Rechtsordnungen, vgl die Beiträge in *Sujit Choudry*, *The Migration of Constitutional Ideas* (2006).

46 <http://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/105> (10.10.2016).

47 Vgl zum Konzept und seiner aktuellen Formung *Altmann*, *Das Gute Leben als Alternative zum Wachstum?: der Fall Ecuador*, *Sozialwissenschaften und Berufspraxis* 2013, 101ff.

48 *Mezey*, *Law As Culture*, *The Yale Journal of Law & the Humanities* 2001, 35 (38).

49 *Corrêa Souza De Oliveira/Luiz Streck*, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 2014, 142.

8. *Buen vivir* oder *vivir bien* als politisches Konzept?

Zu bedenken gilt es auch, dass das *buen vivir* oder *vivir bien* als politisches Konzept, das im jeweiligen Staat auch wesentlich von staatlichen oder staatsnahen Akteuren geprägt wird, eingesetzt werden kann.⁵⁰ Es ist in diesem Zusammenhang insb schwierig einzuschätzen, inwieweit das jetzt verfassungsrechtlich verankerte Konzept dem kulturellen Konzept bzw inwiefern die Auslegung des Rechts diesem entspricht.⁵¹

Außerdem besteht – wie von *Martínez Dalman* ausgeführt –, die Gefahr, dass mit der Verankerung ua von sozialen Rechten gesellschaftlichen Forderungen entsprochen wird, um dann an der realen Situation (Verfestigung von Eliten) nichts zu ändern.⁵²

9. Conclusio und Ausblick

Während die Natur sich in den meisten Verfassungen Südamerikas entweder überhaupt in klassischer Art als Staatsziel oder als soziales Grundrecht wiederfindet, geht die Stellung der Natur in der Verfassung Ecuadors darüber weit hinaus. Freilich sind damit nach wie vor Unklarheiten und Unschärfen verbunden. Auch Judikatur zum Recht der Natur liegt weitgehend (noch) nicht vor. Wünschenswert wäre daher nicht nur eine theoretische Aufarbeitung der mit der Rechtsträgereigenschaft einhergehenden neuen Fragen, wie zB dem Verhältnis zwischen Menschen- und Naturrechten, sondern auch ein Bewusstsein seitens des Staates zu schaffen, dass die Rechte der Natur Teil der Verfassung sind.

Damit könnte Ecuador der Gefahr begegnen, dass die Rechte der Natur „leere Versprechungen“ bleiben und vielleicht sogar international eine Vorreiterrolle einnehmen. Denn mit dem Klimawandel stehen nicht nur südamerikanische, sondern alle Staaten der Welt vor einer sehr großen Aufgabe. Vielleicht kann eine neue, vierte Generation von Grundrechten helfen, diese Aufgabe zu bewältigen.

Dr.ⁱⁿ Maria Bertel, Elise-Richter-Stelleninhaberin (FWF) arbeitet am Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck; maria.bertel@uibk.ac.at

50 In diese Richtung in Bezug auf die ökonomischen Reformbemühungen, s den Beitrag von *Arze Vargas*, Staatsreform in Bolivien: Neuauflage der Reformutopie, *juridikum* 2009, 209 (209 ff).

51 Zur Entwicklung des Konzepts des guten Lebens und der Indigenenbewegung in Ecuador vgl *Altmann*, Die Indigenenbewegung in Ecuador (2013) 275 ff.

52 *Martínez Dalman* in *Cairo Carou* 712.

„Freiwillige Unterwerfung“?

Anmerkungen zu Recht, Religion und Gender¹

Ute Sacksofsky

1. Einführung

Immer wieder geraten religiöse Frauen aufgrund ihres Glaubens in Konflikt mit der Rechtsordnung, wenn diese von ihnen ein Verhalten verlangt, welches ihrem Glauben widerspricht. Ein Bsp dazu:

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte im Jahr 2013 folgenden Fall zu entscheiden:² Eine Standesbeamtin, Frau *Ladele*, weigerte sich, die Zeremonie zur Eintragung von Lebenspartnerschaften gleichgeschlechtlicher Paare zu vollziehen. Sie berief sich auf religiöse Gründe. Nach ihrem Glauben sei Ehe allein die Vereinigung von Mann und Frau, gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften widersprächen Gottes Gesetz. Darf Frau *Ladele* gekündigt werden, wenn sie sich weiterhin weigert, Lebenspartnerschaften zu registrieren?

Parallele Konflikte treten auch bei dem Streit um ein Verbot der Ganzkörperverschleierung,³ das Kopftuch der Lehrerin oder den Schwimmunterricht für muslimische Schülerinnen auf.

All diese Bspe stehen für ein typisches Konfliktfeld der rechtswissenschaftlichen Geschlechterstudien. Manche Frauen leben nach Vorstellungen, die mit der Idee der Gleichheit nicht konform gehen, da sie Männern und Frauen unterschiedliche Rechte (und Pflichten) zuweisen. Was bedeutet dies für das Recht aus der Perspektive der Legal Gender Studies? Das Problem stellt sich nicht nur bei den Anliegen religiöser Frauen, doch im Spannungsfeld zwischen deren Anliegen und Vorstellungen von Gleichheit gewinnt der Konflikt besondere Schärfe. Gemeinsam ist den erwähnten Konstellationen, dass die Frauenbewegung in ihrer Beurteilung tief gespalten ist.⁴ Bspw empört sich *Alice Schwar-*

1 Aktualisierte und um einige Fußnoten erweiterte Fassung des Vortrags der Verfasserin gehalten auf der Tagung „Geschlecht im Handlungsraum des Rechts“ am 25.6.2015 an der Universität Wien. Der Vortragsstil wurde tw beibehalten. Mit herzlichem Dank an *Elisabeth Holzleithner* für die Einladung.

2 EGMR 15.1.2013, 48420/10 ua, *Eweida ua/The United Kingdom*.

3 Für die folgenden rechtlichen Ausführungen kommt es nicht auf die genaue Ausgestaltung der Ganzkörperverschleierung an. Daher wird im Folgenden nicht zwischen Burka und Niqab unterschieden.

4 Für Kopftuchverbote etwa: Vgl den offenen Brief von *Bendowski, Sander* und *Langner* mit rund 100 meist prominenten feministischen Mitunterzeichnerinnen, auszugsweise wiedergegeben in *Haug*, Der Kopftuchstreit als politisches Lehrstück, in *Haug/Reimer*, Politik ums Kopftuch (2005) 171 (174f); *Strobl*, Nawal el Saadawi: Die Löwin vom Nil, www.emma.de/artikel/nawal-el-saadawi-die-loewin-vom-nil-265400 (20.9.2016); *Ates*, Das Kopftuch ist zur Waffe geworden, www.emma.de/artikel/seyran-ates-das-kopftuch-ist-zur-waffe-geworden-264112 (20.9.2016);

zer, eine der berühmtesten deutschen Feministinnen, über all jene, die sich auf die Seite von Kopftuchträgerinnen stellen, und bekämpft sie so intensiv (und unsachlich), dass man meinen könnte, sie seien der wahre Klassenfeind.⁵ Auf dem Feministischen Juristentag, dem zentralen Treffpunkt feministischer Juristinnen, war es bis heute nicht möglich, zu einer Resolution in diesem Bereich zu kommen, obwohl immer wieder – und tw mit Eklats – um das Thema gerungen wurde.⁶ Dass diese Fälle nicht einfach zu lösen sind, liegt an zwei widerstreitenden Grundintuitionen.

Einerseits geht es um Frauen, die für ein Leben entsprechend ihrer Vorstellungen eintreten. Frau *Ladele*, die Standesbeamtin im obigen Fall, ist eine gläubige Frau, ein Verbot von Burka und Kopftuch trifft allein Frauen, auch die Forderung nach Befreiung vom Schulunterricht wird zumeist für Mädchen erhoben. Das Ursprungsanliegen feministischer Rechtswissenschaften ist seit jeher der Kampf für die Rechte von Frauen, um Emanzipation in einem patriarchalischen System zu erreichen. Frauen, die gegen Ver- oder Gebote klagen, scheinen aus dieser Blickrichtung im Recht zu sein.

Andererseits aber verfolgen diese Frauen einen Lebensentwurf, der vielen Feministinnen eher suspekt ist: Es geht um (streng) religiöse Frauen, um Frauen, die ihr gesamtes Leben an ihrem Glauben ausrichten wollen. Suspekt wirkt das deshalb, weil gerade die strengen Strömungen innerhalb der großen Religionen stark patriarchalische Züge aufweisen. Verschärft wird die verbreitete Ablehnung, wenn es um streng gläubige Anhängerinnen des Islam geht. Der Umgang fundamentalistischer islamischer Systeme mit Frauen ist erschreckend; die Entwertung und Unterdrückung von Frauen ist weit von unserem Idealbild eines Staates mit Gleichberechtigung von Männern und Frauen entfernt. Doch müssen wir nicht in die Ferne schweifen, um Konflikte zwischen Religion und Gleichberechtigung zu finden: Fundamentalistische protestantische Sekten beharren auf der traditionellen Geschlechterordnung mit dem Mann als Haupt der Familie und verurteilen gleichgeschlechtliche Partnerschaften. Auch die katholische Kirche schneidet nicht gut ab mit dem hierarchischen, auf den Papst ausgerichteten Aufbau, dem Ausschluss von Frauen vom Priesterinnenamt sowie der Ablehnung von Schwangerschaftsabbruch und gleichgeschlechtlichen Partnerschaften.

Toker, Allahs Rechte, www.freitag.de/autoren/der-freitag/allahs-rechte (20.9.2016); für einen liberalen Umgang etwa: *Beck/ua*, „Religiöse Vielfalt statt Zwangsemanzipation!“ – Aufruf Wider eine Lex Kopftuch, in *Haug/Reimer*, Politik ums Kopftuch 10; muslimische Feministinnen: zB *Müller* [vgl. *Quiring*, Kopftuch – Vorschrift oder Bevormundung? www.ksta.de/koeln/-diskussion-im-sote-studio-dumont-kopftuch-22468058 (20.9.2016)]; *El-Zayat* (vgl. www.taz.de/1/archiv/print-archiv/printressorts/digi-artikel/?ressort=sw&dig=2002/03/08/a0126&cHash=59c0abd5d4 (20.9.2016)). Einen instruktiven Überblick über die Diskussion geben auch die Sammelbände *Haug/Reimer*, Politik ums Kopftuch (2005); *Bergbahn/Rostock*, Der Stoff, aus dem Konflikte sind: Debatten um das Kopftuch in D, Ö und der Schweiz (2009).

5 S bspw *Schwarzer*, Kopftuch: Ein lebensfernes, fatales Urteil, www.aliceschwarzer.de/artikel/kopftuch-ein-lebensfernes-fatales-urteil-318599 (20.9.2016).

6 S die Berichte zum 25. FJT in Bremen: *Scharrelmann/Bruns*, STREIT 1999, 139 (140); zum 30. FJT in Frankfurt/Main: *Kwaschik*, STREIT 2004, 179 (180) sowie zum 38. FJT in Bremen: *Stelkens*, STREIT 2012, 141 (143).

Gerade wenn aber widerstreitende Grundintuitionen ins Spiel kommen, ist eine genaue Analyse erforderlich. Hierzu will der Aufsatz aus der Perspektive der rechtswissenschaftlichen Geschlechterstudien einen Beitrag leisten.⁷ Leitlinie und Maßstab für die rechtliche Beurteilung der hier behandelten Konflikte ist die Religionsfreiheit. Die Glaubensfreiheit gehört zum Kern menschenrechtlicher Gewährleistungen. Sie wird auf völkerrechtlicher Ebene in allen Menschenrechtspakten garantiert und ist fester Bestandteil der allermeisten Verfassungen.⁸ Auch im Antidiskriminierungsrecht ist Religion – neben Geschlecht und Rasse – eines der klassischen Merkmale, aufgrund dessen Ungleichbehandlung verboten ist.⁹ An der zentralen Rolle der Glaubensfreiheit im Gefüge der Menschenrechte besteht demnach kein Zweifel.

Selbstverständlich sind bei der Auslegung der Religionsfreiheit in einer bestimmten Verfassung oder in einem völkerrechtlichen Vertrag jeweils der spezifische Normzusammenhang – und die konkreten Einschränkungsmöglichkeiten – zu berücksichtigen. Es gibt sehr unterschiedliche Regelungsmodelle des Verhältnisses von Staat und Kirche, sie reichen von Staaten mit einer Staatskirche, wie bspw GB, bis hin zu laizistischen Staaten, wie Frankreich oder (noch?) der Türkei. Daher ist offensichtlich, dass völkerrechtlicher Schutz im Hinblick auf die Gleichbehandlung von Religionen weniger strenge Anforderungen stellen kann, als – bspw – das Religionsverfassungsrecht eines Nationalstaates wie D, in dem die Verfassung eine Staatskirche explizit verneint (Art 140 GG iVm Art 137 I WRV). Da die religionsverfassungsrechtliche Einbettung hier nicht für alle Länder oder Ebenen des Rechts differenziert reflektiert werden kann, dient das dt Verfassungsrecht exemplarisch als Folie für die folgenden Überlegungen. Dabei wird nicht ein spezifisch auf die dt verfassungsrechtlichen Normen bezogener dogmatischer,¹⁰ sondern ein problemorientierter Zugang gewählt. Häufig vorgebrachte Argumente werden auf ihre Tragfähigkeit hin untersucht.

Der Beitrag geht in zwei Schritten vor. Zunächst befasst er sich mit dem Schutzbereich, also der Frage, welches Verhalten überhaupt von der Religionsfreiheit geschützt ist (2.). Ob ein bestimmtes staatliches Handeln, welches ein religiös untersagtes Verhalten verbietet, wirklich einen Verstoß gegen die Religionsfreiheit darstellt, klärt sich indes erst, wenn auch Fragen der Rechtfertigung behandelt werden; diesem Aspekt widmet sich der Beitrag im zweiten Schritt (3.).

7 Intensive Analysen s bspw auch bei *Baer/Wrase*, Zwischen Integration und „westlicher“ Emanzipation: Verfassungsrechtliche Perspektiven zum Kopftuch(-verbot) und der Gleichberechtigung, *KritV* 2006, 401; *Britz*, Das verfassungsrechtliche Dilemma doppelter Fremdheit: Islamische Bekleidungs Vorschriften für Frauen und Grundgesetz, *KritJ* 2003, 95; *Holzleithner*, Der Kopftuchstreit als Schauplatz zwischen Feminismus und Multikulturalismus: Eine Analyse entlang der Bedingungen für Autonomie, in *Berghahn/Rostock* 341; *Ibold*, Bei Burka und Nikab hört die Toleranz auf – Kritische Anmerkungen zum Urteil *S.A.S. v France* des EGMR v 1. Juli 2014, *KritJ* 2015, 83.

8 S bspw: Art 4 GG, Art 9 EMRK, Art 10 GRC, Art 18 AEMR.

9 S etwa: Art 3 Abs 3 GG, Art 14 EMRK, Art 21 GRC, Art 19 AEUV.

10 Ausführlich dazu *Sacksofsky*, Religiöse Freiheit als Gefahr? *VVDStRL* 68/2009, 9.

2. Zum Schutzbereich der Religionsfreiheit

In diesem Abschnitt geht es um die Frage, welches Verhalten von der Religionsfreiheit überhaupt geschützt wird. Dabei stehen zwei Fragen im Vordergrund: Ist der Schutzbereich der Religionsfreiheit eng oder weit zu fassen (2.1.)? Inwieweit sollen die einzelnen Gläubigen selbst bestimmen dürfen, wie sie ihre religiöse Überzeugung definieren (2.2.)?

2.1. Weiter oder enger Schutzbereich?

Umstritten ist, ob die Religionsfreiheit jegliches religiös motivierte Verhalten schützt oder nur den Schutz des *forum internum* und religiösen Bekenntnisses im engeren Sinne umfasst, also etwa das Gebet oder den Besuch eines Gottesdienstes. Nach der stRsp des dt BVerfG wird die Glaubensfreiheit extensiv ausgelegt.¹¹ Danach gehört zur Glaubensfreiheit nicht nur die Freiheit, einen Glauben zu haben, sondern auch die Freiheit, „sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln“.¹² Eine solche weite Bestimmung des Schutzbereichs steht in der Kritik, doch trifft sie zu: Eine Einschränkung des Schutzbereichs wird dem Schutzversprechen der Religionsfreiheit nicht gerecht. Die Religionsfreiheit gehört unverzichtbar zum Kanon der Menschenrechtskataloge, da Religion ein zentrales Element der moralischen Identität des Menschen ist. Religion beschränkt sich nicht auf Kultushandlungen, sondern verlangt von den Gläubigen, ihr gesamtes Leben an den Regeln ihrer Religion auszurichten. Die Religionsfreiheit soll die Einzelnen in möglichst großem Umfang davor schützen, von der staatlichen Rechtsordnung dazu gezwungen zu werden, gegen die eigenen religiösen Überzeugungen verstoßen zu müssen. Ein enges Verständnis des Schutzbereichs würde diesem grundlegenden Gehalt der Religionsfreiheit nicht gerecht.

Zudem wäre eine solche Einschränkung inadäquat, da sie auf einem bestimmten – reduzierten – Verständnis von Religion beruht. Allein diejenigen, für die Religion keine allzu zentrale Rolle spielt, wie etwa „durchschnittliche“ Christ*innen, denen es genügt, gelegentlich in die Kirche zu gehen, können sich überhaupt vorstellen, grundrechtlichen Schutz betreffend die Religion derart einzuschränken. Gerade für strenggläubige Menschen ist die Religion aber umfassend angelegt und beeinflusst auch ihr praktisches, alltägliches Handeln. Ihnen den Schutz der Religionsfreiheit für weite Bereiche dessen zu versagen, was für sie Glauben ausmacht, kann nicht richtig sein.¹³

11 StRsp seit BVerfGE 24, 236 (245f); aus jüngerer Zeit: BVerfGE 108, 282 (297).

12 BVerfGE 32, 98 (106); 108, 282 (297).

13 Ausführlich in Kolumnenform zu diesem Gedanken: Sacksofsky, Glaubensfreiheit – Ein Grundrecht nur für den religiösen Mainstream? Merkur 2/2015, 57.

2.2. Zur Rolle des Selbstverständnisses

Ein weiterer Kritikpunkt bei der Schutzbereichsbestimmung setzt an einem weiten Religionsverständnis an, das dem Selbstverständnis der Grundrechtsträger*innen maßgebliche Bedeutung für die Bestimmung des geschützten religiösen Verhaltens zuspricht. Doch führt daran kein Weg vorbei. Die Glaubensfreiheit gibt die Entscheidung über den Glauben in die Hände der Einzelnen; eine andere Möglichkeit existiert nicht, ohne den eigentlichen Gehalt der Glaubensfreiheit aufzulösen.

2.2.1. Religiöse Strömungen

Dabei ist va zu beachten, dass gerade die großen Religionen, die wir vereinfachend als „das Christentum“ oder „den Islam“ bezeichnen, verschiedene Strömungen in sich tragen. Jede dieser Strömungen genießt den vollen Schutz der Glaubensfreiheit. Deutsche Gerichte sind nicht – auch nicht im Wege von Sachverständigenanhörungen – dazu berufen, über Glaubensregeln verbindlich zu entscheiden. Als übergriffig erscheinen daher die in der Kopftuchdebatte immer wieder zu findenden Bemühungen von Nicht-Muslim*innen, Kopftuchträgerinnen zu erklären, der Koran gebiete gar keine Verschleierung.

2.2.2. Missbrauch

Der Abwehrreflex gegen Bestimmungen des Glaubensinhalts durch die Einzelnen wird häufig von der Furcht vor Missbrauch getragen. Soll denn alles als religiöse Überzeugung behauptet werden können und dann grundrechtlichen Schutz genießen? Zur Illustration diene eine Anekdote des dt Publizisten *Henryk M Broder*, er lehne Einladungen zu vor-mittäglichen Events erfolgreich mit den Worten ab: „Es tut mir leid, meine Religion verbietet es mir, vor zehn Uhr aufzustehen.“¹⁴ *Broder* will den Umstand, dass bei dieser Form der Ablehnung nicht nachgefragt werde, als Zeichen dafür werten, dass die Behauptung beliebiger Inhalte aus Respekt vor Religion akzeptiert wird. Mir scheint dies keine naheliegende Deutung. Vielmehr liegt nahe, dass seinem Anliegen aus schlichter Höflichkeit entsprochen wird (die Ironie ist ja nicht zu überhören). Selbstverständlich lassen sich noch weitere hypothetische Fälle konstruieren: denkbar wäre der Student, der behauptet, seine Religion verbiete das Schreiben von Klausuren.

An dieser Sorge vor Missbrauch ist richtig, dass gerade dann, wenn religiöses Verhalten gegenüber anders motiviertem Verhalten privilegiert ist, die Gefahr des Missbrauchs steigt. Doch als Korrektiv reicht aus, zu verlangen, dass die behauptete Religion und ihr Inhalt plausibel gemacht werden. Der Maßstab muss dabei aber ein strenger sein: Plausibilität darf nur verneint werden, wenn sie offensichtlich nicht vorliegt. Dies reicht aus,

14 *Broder*, Respekt für High Heels! www.achgut.com/artikel/respekt_fuer_high_heels (20.9.2016).

um Missbrauch zu verhindern. Es darf jedoch keinesfalls dazu kommen, dass der Staat (oder andere Kollektive) vorgeben, was der „richtige“ Inhalt des Glaubens und mithin der Glaubensfreiheit ist.

2.2.3. Kulturelle oder politische Gründe

Schließlich wird insb bei den umstrittenen islamischen Bekleidungs Vorschriften, wie etwa Burka oder Kopftuch, häufig bezweifelt, dass ihr Tragen tatsächlich religiös motiviert sei – in Wirklichkeit gehe es um kulturelle oder politische Gründe. Dies ist zwar nicht auszuschließen, kann aber dennoch nicht pauschal angenommen werden. Soweit es um die Frage geht, ob sich das streitige Verhalten überhaupt als religiös verstehen lässt, kommt es – wie oben dargelegt – einzig auf Plausibilität an. Etwaige weitere Motive spielen religionsverfassungsrechtlich keine Rolle. Wird dagegen angezweifelt, ob die betroffenen Einzelnen wirklich der Religion angehören, der sie anzugehören behaupten, stellen sich keine religionspezifischen Besonderheiten. So lange es keine schlüssigen Beweise des Gegenteils gibt, ist die behauptete Religionszugehörigkeit anzuerkennen.

3. Rechtfertigung

Im Folgenden seien eine Reihe von möglichen Argumenten vorgestellt, die zur Rechtfertigung von Ge- oder Verboten angeführt werden, die in die Religionsfreiheit eingreifen. Zunächst geht es um den Schutz der Gleichberechtigung von Männern und Frauen (3.1.) sowie die staatliche Neutralität (3.2.). Sodann werden weitere Gründe diskutiert, die Ge- oder Verbote gegenüber religiös motiviertem Verhalten rechtfertigen können (3.3.). Schließlich wird die Notwendigkeit von Ausnahmen expliziert (3.4.).

3.1. Schutz der Gleichberechtigung

Vielfach werden Verbote von Kopftuch oder Burka im Interesse des Schutzes der Gleichberechtigung von Männern und Frauen gefordert. (Dass sich hier Kollegen einbringen, die bislang nicht als besonders gleichberechtigungsaffin aufgefallen sind, sei nur am Rande bemerkt.) Nachvollziehbar ist, dass religiös begründete Verhüllungsvorschriften (nur) für Frauen als Widerspruch zu unserem Verständnis von Gleichberechtigung angesehen werden. Doch ist das auch ein Grund, diese Bekleidungsformen jenen Frauen zu verbieten, die sich eigenverantwortlich dafür entschieden haben? Selbstverständlich ist die erzwungene Unterordnung von Frauen ein Verstoß gegen Idee und Zielsetzung der Gleichberechtigung und muss bekämpft werden. Gegen den Zwang zum Tragen von Kopftuch und Burka muss der Staat Schutz bieten. Doch pauschale Verbote sind kein Schutz. Dies ist besonders augenfällig beim Kopftuch. Zum einen belegen zahlreiche Studien, dass die meisten jungen Frauen in D das Kopftuch aus eigener Entscheidung, teils sogar gegen die Übung in der Familie, tragen und dies nicht als Widerspruch zur Gleichberechtigung

verstehen.¹⁵ Kopftuchverbote gefährden zudem – im Namen der Gleichberechtigung – die ökonomische Unabhängigkeit gebildeter muslimischer Frauen (man denke an die von einer Berufstätigkeit ausgeschlossene Lehrerin). Schon dieser Befund müsste jede Feministin stutzig machen. Selbst bei Niqab oder Burka, die in D bisher kaum verbreitet sind, kann die Entscheidung dafür eine eigene sein. Nur weil der europäische Mainstream sich nicht vorstellen kann, freiwillig ein Kopftuch oder gar eine Burka zu tragen, darf jenen, die sich so entscheiden, nicht Autonomie abgesprochen werden (früher wurde dies als „falsches Bewusstsein“ bezeichnet). Frauen nicht als mündige Bürgerinnen zu behandeln, ist ein aus der Geschichte der Frauendiskriminierung altbekanntes Phänomen. Paternalistischer geht es kaum.

Für eine der hier besprochenen Fallgruppen ist das Argument der Gleichberechtigung indes von durchschlagender Relevanz. Eltern verlangen immer wieder die Befreiung muslimischer Schülerinnen von schulischen Veranstaltungen, insb dem Schwimmunterricht oder Klassenfahrten. Früher gewährten die dt Verwaltungsgerichte va beim Sportunterricht solche Ausnahmen recht großzügig.¹⁶ Erst vor kurzem hat das Bundesverwaltungsgericht seine Rsp geändert und die Verpflichtung zur Teilnahme am koedukativen Schwimmunterricht unter Hinweis auf die Möglichkeit, „einen sogenannten Burkini zu tragen“, gebilligt.¹⁷ Dies ist im Ergebnis zu begrüßen, aber nicht mit der Begründung, die das Bundesverwaltungsgericht wählte. Es erklärte, das Tragen eines Burkini im koedukativen Schwimmunterricht sei eine für die Klägerin „annehmbare Ausweichmöglichkeit“; dass sie diese ausgeschlagen habe, falle ihr zur Last.¹⁸ Woher weiß das Bundesverwaltungsgericht, dass der Burkini für die Klägerin annehmbar ist? Kennt es die religiösen Überzeugungen der Klägerin besser als diese selbst? Ein klassischer paternalistischer Fehlschluss. Die richtige Begründung stützt sich demgegenüber darauf, dass im Bereich Schule ein dreipoliges Verhältnis besteht: Involviert sind die Eltern, das Kind und der Staat. Daher steht der Religionsfreiheit der Erziehungsauftrag des Staates gegenüber, der auch und gerade der Gleichberechtigung der Geschlechter verpflichtet ist. Die Gleichberechtigung von Mädchen verlangt, dass auch sie in vollem Umfang an dem Teil haben dürfen und müssen, was unsere Gesellschaft für notwendige Erziehung hält. Denn nur und erst durch diese Erziehung werden sie befähigt, überhaupt eine eigene Entscheidung zu treffen. Wenn koedukativer Sportunterricht durch die demokratisch legitimierten Instanzen als Teil des notwendigen Erziehungsauftrags festgelegt ist, muss dies für alle Jugendlichen gelten.

15 Eine bekannte Studie im Auftrag der Konrad-Adenauer-Stiftung aus dem Jahr 2006: *Jessen/Wilamowitz-Moellendorff*, Das Kopftuch – Entschleierung eines Symbols? www.kas.de/wf/doc/kas_9095-544-1-30.pdf (20.9.2016) lieferte hierzu interessante Ergebnisse; s auch die aktuelle Studie zu den Gründen Niqab zu tragen aus dem Jahr 2015: *Open Society Foundation*, Behind the veil. Why 122 women choose to wear the full face veil in Britain, www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/behind-veil-20150401.pdf (20.9.2016).

16 Nachweise bei *Sacksofsky*, Scharia, Beschneidung, Islam, Jahrbuch der Juristischen Gesellschaft Bremen 2013, 72.

17 BVerwGE 147, 362 (374).

18 BVerwGE 147, 362 (374f).

3.2. Staatliche Neutralität

Geht es um Religionsfreiheit bei Bediensteten des Staates, ist die staatliche Neutralität eines der zentralen Argumente zur Begründung von Verboten. Dies zeigt sich va bei den Debatten um ein Kopftuchverbot für Lehrerinnen.

Doch so einfach ist es nicht. Staatliche Neutralität in Religionsfragen kann (zumindest) in zwei unterschiedlichen Weisen gedeutet werden. Nach dem „laizistischen Modell“ bedeutet Neutralität den völligen Ausschluss von Religion aus der öffentlichen Sphäre; Religion gilt dann als reine Privatsache und darf auch nur im privaten Raum in Erscheinung treten. Dieses Verständnis hat zur Folge, dass für religiöse Symbole und damit auch für religiöse Kleidung im öffentlichen Raum kein Platz ist. Doch dies ist nicht das in D (bisher) vorherrschende Verständnis staatlicher Neutralität. Im Gegenteil ist der dt Staat zu „offener und übergreifender“ Neutralität verpflichtet. In den Worten des BVerfG: „Die dem Staat gebotene religiös-weltanschauliche Neutralität ist [...] nicht als eine distanzierende im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche, sondern als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung zu verstehen“.¹⁹ Diese Form der Neutralität lässt religiös-weltanschaulichen Fragen und Bekundungen also Raum, gesteht ihnen Freiheit der Entfaltung zu, ohne sich zugleich mit den Inhalten zu identifizieren oder in irgendeine Richtung zu missionieren bzw zu indoktrinieren.²⁰ Die dt Verfassung entspricht deswegen nicht dem laizistischen Bild einer „unüberwindlichen Trennungsmauer“²¹ zwischen Staat und Religion.

Bei dieser Ausgangslage stand zu erwarten, dass ein Kopftuchverbot für Lehrerinnen in D keinen Bestand haben würde. Doch das BVerfG hat ein solches Verbot in einer ersten E aus dem Jahr 2003 zugelassen und gestattet, dass Länder Kopftücher in Schulen verbieten.²² In einer vor kurzem ergangenen neuen E hat das BVerfG diese Möglichkeit indes eingeschränkt und das Verbot eines Kopftuchs nur bei einer konkreten Gefahr für den Schulfrieden zugelassen.²³ Das Gericht ist damit zwar noch nicht wieder völlig auf dem (dogmatischen) Weg der Tugend angelangt, immerhin aber wird der weiten Verbreitung von Kopftuchverboten dadurch Einhalt geboten.

19 BVerfGE 108, 282 (300).

20 *Böckenförde*, Der Kopftuchstreit auf dem richtigen Weg? NJW 2001, 723 (725).

21 Die Metapher „wall of separation“ wurde erstmalig vom dritten Präsidenten der Vereinigten Staaten, *Thomas Jefferson*, verwendet und prägte die Rsp des US Supreme Court zum ersten Verfassungszusatz – US Supreme Court, *Reynolds/United States*, 98 U.S. 145 (1878), 98 U.S. 164; U.S. Supreme Court, *Everson/Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947), 330 U.S. 16.

22 BVerfGE 108, 282 (309ff); ausführlich zur Diskussion und den darauf folgenden Regelungen in den Ländern: *Sacksofsky*, Kopftuchverbote in den Ländern – am Bsp des Landes Hessen, in *Bergbahn/Rostock* 275.

23 BVerfGE 138, 296 mit Anm *Sacksofsky*, Kopftuch als Gefahr – ein dogmatischer Irrweg, DVBl 2015, 801.

3.3. Andere Gründe

Die Gründe, die eine Beschränkung der Glaubensfreiheit rechtfertigen, müssen von erheblichem Gewicht sein. In D ist dies bes deutlich, da es sich bei der Religionsfreiheit um ein sog „vorbehaltlos“ gewährtes Grundrecht handelt, welches nach dem Text der Verfassung nicht vom Gesetzgeber eingeschränkt werden darf. In der Folge können zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Glaubensfreiheit nur Güter von Verfassungsrang herangezogen werden. Dazu zählen insb die Grundrechte Dritter.

Die 2014 ergangene Burka-Entscheidung des EGMR weicht diese Anforderungen an zentraler Stelle auf und etabliert für die EMRK anscheinend eine geringere Eingriffsrechtfertigung.²⁴ Der EGMR hatte über das französische Verbot von Vollverschleierung in der Öffentlichkeit zu befinden. Der Gerichtshof kündigte zwar eine „genaue Prüfung der Notwendigkeit der umstrittenen Einschränkung“ an, gab sich dann aber mit dem zufrieden, was die französische Regierung vorgetragen hatte: „Das systematische Verhüllen des Gesichts in der Öffentlichkeit, dem Ideal der Brüderlichkeit widersprechend, genügt nicht den Mindestanforderungen der Rücksichtnahme, das für soziale Beziehungen notwendig ist.“²⁵ Das Burka-Verbot sei in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, da es die Mindestanforderungen des Zusammenlebens in der Gesellschaft gewährleiste. Rücksichtnahme ist freilich ein ziemlich schwaches Argument, weit von dem Gewicht entfernt, das normalerweise von Argumenten zur Rechtfertigung von Einschränkungen der Glaubensfreiheit erwartet wird. Ein zweischneidiges Schwert ist es zudem. Warum umfasst das Ideal der Brüderlichkeit nicht auch die Toleranz für (vom mainstream abweichende) Schwestern?

3.4. Ausnahmen

Der Religionsfreiheit kann auch dadurch Rechnung getragen werden, dass für Gläubige Ausnahmen vom allgemeinen Gesetz gemacht werden.²⁶ Denn die allgemeinen Gesetze benachteiligen häufig die Angehörigen von Minderheiten. *Iris Marion Young* hat die strukturelle Unterdrückung durch die Dominanz der Mehrheitsperspektive anschaulich beschrieben.²⁷ Diese resultiert nicht aus tyrannischen Intentionen, sondern aus nicht hinterfragten Normen, Gewohnheiten und Annahmen.²⁸ Die Interessen der religiösen Mehrheit sind in der Gesetzgebung typischerweise hinreichend berücksichtigt. Für die Freistellung vom Arbeitsplatz an Weihnachten muss der_die Einzelne nicht kämpfen, und

24 EGMR 1.7.2014, 43835/11, S.A.S./France.

25 EGMR 1.7.2014, 43835/11, S.A.S./France, Rn 141ff.

26 Dafür plädiert insb *Nussbaum*, *Liberty of Conscience* (2008).

27 *Young* beschreibt die „fünf Gesichter der Unterdrückung“ (so der Titel ihres 2. Kapitels) folgendermaßen: Ausbeutung, Marginalisierung, Machtlosigkeit, kultureller Imperialismus und Gewalt in *Young*, *Justice and the Politics of Difference* (1990) 39ff.

28 *Young*, *Politics of Difference* 41.

der Gottesdienst am Sonntag kann ohne Schwierigkeiten besucht werden. Grundrechtsschutz ist dagegen Minderheitenschutz – auch bei der Religionsfreiheit.

Diese Überlegungen können auch Konsequenzen für den Fall unserer Standesbeamtin haben. So war den zuständigen Behörden in GB freigestellt, ob sie die Zuständigkeit für die Registrierung von Lebenspartnerschaften auf alle Standesbeamt*innen verteilen oder nur bestimmte Angestellte dafür vorsehen. Der Arbeitgeber von Frau *Ladele* entschied sich für eine Verteilung auf alle Angestellten, ließ aber vorübergehend zu, dass Frau *Ladele* – informell – durch Arbeitstausch arrangierte, dass andere Kolleg_innen die Registrierung übernahmen. Selbstverständlich hat der Staat die Pflicht, sicherzustellen, dass die Registrierung von Lebenspartnerschaften in nicht-diskriminierender Weise erfolgt. Wenn es also keine Alternativen gibt – weil bspw nur eine einzige Standesbeamtin in einem Bezirk tätig ist –, wäre eindeutig, dass eine Staatsangestellte ihre Dienstaufgaben zu erfüllen hat. Solange es aber (ohne allzu große Belastung) möglich ist, der Gläubigen den Konflikt zwischen ihrer religiösen Überzeugung und den Anforderungen der Dienstaufgaben zu ersparen, verlangt die Glaubensfreiheit, dass auf diese Glaubensüberzeugungen Rücksicht genommen wird.²⁹

Freilich ist die „Lösung“ über Ausnahmen nicht kostenfrei; sie kann andere Gleichheitsprobleme zur Folge haben. Wird etwa aus religiösen Gründen eine Freistellung von der Samstagsarbeit verlangt, müssen Kolleg*innen diese Fehlzeiten der Gläubigen abdecken. Auch sie mögen die Samstagsarbeit freilich als besondere Belastung empfinden. Ausnahmen vom allgemeinen Gesetz sind daher nur die ultima ratio. Eher sollte darauf geachtet werden, ob nicht von vornherein eine für alle geltende Regelung gefunden werden kann, die Gläubige nicht benachteiligt.

4. Schlussbemerkungen

Seit Amerikanerinnen afrikanischer Abstammung auf die Exklusion von schwarzen Frauen aufmerksam machten, wie es in dem berühmten Zitat „all the women are white, all the blacks are men“³⁰ treffend zum Ausdruck kommt, hat sich in den Gender Studies die Einsicht durchgesetzt, dass Diskriminierung häufig nicht adäquat begriffen werden kann, wenn nur auf ein Merkmal geachtet wird. Daher ist inzwischen intersektionelles Arbeiten Standard in den Gender Studies. Angewandte Intersektionalität verlangt aber auch die Beachtung der Religion.

29 Anders liegt der Fall dann, wenn sich Standesbeamt_innen generell weigern, ihren Dienstaufgaben nachzukommen wie bspw der bekanntgewordene Fall von *Kim Davis* in den USA, die sich nach der Entscheidung des US Supreme Court, der die Einzelstaaten verpflichtete, gleichgeschlechtliche Ehen zu ermöglichen und anzuerkennen, generell weigerte, Ehen zu registrieren. Auch dann, wenn sich Standesbeamt_innen unter großem Medienecho öffentlich gegen gleichgeschlechtliche Ehen wenden, mag dies als Verletzung von Dienstpflichten angesehen werden können; insoweit ist eine genaue Prüfung im Einzelfall erforderlich.

30 *Hull/Scott/Smith*, *All the Women Are White, All the Blacks Are Men, But Some of Us Are Brave* (1982).

Gegenüber den durch ihre Religiosität als „fremd“ markierten Frauen darf nicht paternalistisch unterstellt werden, man müsse ihnen zur Befreiung verhelfen. Gerade die feministische Erfahrung des Kampfes um Emanzipation sollte gelehrt haben, dass jede Form von Paternalismus gefährlich ist.³¹

Selbstverständlich ist wünschenswert, dass alle Religionen ihre misogynen Bestandteile überwinden. Der einzige Weg zu dieser Veränderung ist aber nicht Zwang von außen, sondern Aufklärung von innen.

Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Ute Sacksofsky, M.P.A. (Harvard) ist Universitätsprofessorin für Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung an der Goethe-Universität, Frankfurt/Main; sacksofsky@jur.uni-frankfurt.de

31 Eine Analyse der Debatte aus postkolonialer Perspektive: *Barkanmaz*, Das Kopftuch als das Andere – Eine notwendige postkoloniale Kritik des deutschen Rechtsdiskurses, in *Berghahn/Rostock* 361.

Thema: Protest Policing – Eine Bestandsaufnahme

Vorwort

Angelika Adensamer / Andrea Kretschmann

Ein ideales Charakteristikum demokratisch verfasster Gesellschaften besteht darin, ein gewisses Maß an Toleranz gegenüber öffentlich geäußertem Protest und Dissens zuzulassen, ebenso, wie diese Kritik als Korrektiv für gesellschaftliche Entwicklungen einsetzen zu können. Wie Demokratien mit Protest und dessen politischer Integration umgehen, kann deshalb als „Prüfstein“ für ihren demokratischen Gehalt betrachtet werden.¹ Eine Analyse dessen schließt auch das Agieren der Polizei ein, die bei Demonstrationen und politischen Aktionen in einer Doppelfunktion vor Ort ist: Zum einen soll sie das Recht auf Versammlung schützen, zum anderen die öffentliche Ordnung aufrecht erhalten. Das Spannungsfeld zwischen demokratischem Grundrecht und Gefahrenabwehr ist deshalb ein zentrales Thema der wissenschaftlichen wie öffentlichen Auseinandersetzung mit dem polizeilichen Umgang mit Protest, kurz: mit *Protest Policing*.²

Über die Entwicklung von *Protest Policing* in Österreich und seinen aktuellen Charakter gibt es jedoch nahezu keine Erkenntnisse. Weder aus rechts-, noch aus sozialwissenschaftlicher Perspektive existieren systematische Diskussionen. Zwar thematisieren angrenzende Forschungsfelder wie etwa die Bewegungsforschung Aspekte des *Protest Policing* mitunter mit, ihre Zugangsweisen sind bezogen auf das Thema jedoch meist zu unsystematisch, um ein komplexes bzw. umfassendes Verständnis zu erzielen.³ Der vorliegende Schwerpunkt verfolgt deshalb das Anliegen, das Thema ansatzweise weiter zu vertiefen. Dabei wird in Rechnung gestellt, dass *Protest Policing* in seinen Ausprägungen von vielen Faktoren abhängt: Wechselwirkungen bestehen sowohl hinsichtlich des Wandels von Recht und Rechtsprechung, der Polizei als Ganzes, aber auch hinsichtlich sich wandelnder ökonomischer, politischer und kultureller gesellschaftlicher Bedingungen. Der Schwerpunkt nähert sich dem Thema deshalb mittels unterschiedlicher Zugänge: ver-

1 ZB Ullrich, Das repressive Moment der Krise. Erleben wir eine Rückkehr autoritärer Konfliktlösungen? WZB-Mitteilungen 2012, 35 (36).

2 Della Portal/Reiter, Policing Protest: The Control of Mass Demonstrations in Western Democracies (1998).

3 So immer noch aktuell Willems, Demonstranten und Polizisten. Motive, Erfahrungen und Eskalationsbedingungen (DJI Forschungsbericht) (1988), 19ff.

sammelt sind nachfolgend Beiträge aus den Rechtswissenschaften und der Kriminologie, der Soziologie und den Politikwissenschaften.

So werden in dem Artikel von *Philipp Hense* zunächst die zentralen Entwicklungen des Versammlungsrechts und der verfassungsgerichtlichen Rsp in Österreich aufgegriffen; dies auch mit Blick auf die Auswirkungen von Änderungen im Sicherheitspolizeirecht auf Versammlungen. Der Autor steht insb der Entscheidung des VfGH, einfachgesetzliche Fragestellungen nach dem Versammlungsgesetz nicht mehr zu prüfen, kritisch gegenüber und sieht darin eine Einschränkung des Rechtsschutzes von Versammlungsteilnehmer_innen. Der Beitrag von *Kıvanç Atak* trägt der Transnationalisierung und Europäisierung von *Protest Policing* Rechnung. Die Entwicklung von Programmatiken gesamteuropäischer Einsatzmethoden, insb is eines *negotiated management*, sieht er von fehlender Transparenz einerseits und der Undurchdringlichkeit von nationalen Grenzen in Fragen von öffentlicher Sicherheit andererseits gekennzeichnet. Aus Perspektive der politischen Theorie fragt *Oliver Marcharts* Beitrag nach der Legitimität von Protest. Angesichts der zunehmenden Einengung öffentlicher Protesträume durch Gesetzgebung und Polizei erörtert er, auf welche Art es einer Demokratisierung der Demokratie is eines Projekts radikaler Demokratie bedarf. *Andrea Kretschmann* diskutiert, welche Rolle der Polizei bei gewaltsam verlaufenden Demonstrationen zukommt. Sie argumentiert aus soziologischer Perspektive, dass die Polizei bei Gewaltdynamiken auf Demonstrationen entgegen dominanter Lesarten des öffentlichen Diskurses und der Polizei keineswegs immer befriedende Akteurin ist, sondern Gewaltdynamiken vielfach selbst mit induziert. Dass die Polizei auch in Hinblick auf die Entwicklung relevanter Rechtsbestände keine neutrale Akteurin ist, arbeiten *Angelika Adensamer* und *Maria Sagmeister* heraus. Sie erörtern vor diesem Hintergrund, wie polizeiliche Befugnisse ua mit der Begründung, die Gesellschaft vor Demonstrationen schützen zu müssen, in den letzten Jahren zu Ungunsten des Rechts auf Versammlungsfreiheit ausgeweitet wurden. Ein relativ neues Phänomen ist der Einsatz von digitalen Dokumentationstechniken auf Demonstrationen. *Peter Ullrich* und *Philipp Knopp* zeichnen deren Entwicklung in Österreich nach und thematisieren den Effekt einer verstärkten Nachfrage nach Überwachung auch von Seiten der Demonstrierenden. Welche Probleme des Rechtsschutzes bei Demonstrationen in Österreich auftreten, behandelt der Beitrag von *Nora Pentz*. Der Artikel nimmt zum einen eine dogmatische Analyse von Rechtsschutzproblemen vor, zum anderen geht er auf rechtlich noch nicht gefasste Probleme ein, wie zB die Unmöglichkeit, sich gegen *social media*-Kampagnen der Polizei zu wehren. Zuletzt erlaubt ein Interview mit *Robert Foltin* einen anekdotischen Einblick in die Entwicklung von Polizeistrategien der letzten Jahrzehnte aus aktivistischer Perspektive.

Mag.^a Angelika Adensamer, MSc Criminology and Criminal Justice ist Lektorin an der TU Wien und Redaktionsmitglied der Zeitschrift *juridikum*; a.adensamer@gmail.com

Dr.ⁱⁿ Mag.^a Andrea Kretschmann, M.A., ist Forscherin am Centre Marc Bloch in Berlin, Lektorin an der Universität Wien und Redaktionsmitglied der Zeitschrift *juridikum*; kretschmann@cmb.hu-berlin.de

Protest Policing

Eine kritische rechtsdogmatische Perspektive

Philipp Hense-Lintschnig

1. Einleitung

Das Versammlungsrecht, als Recht zur Ausübung kollektiver und zumeist minoritärer Meinungsfreiheit, wirkt auf den ersten Blick einfach konstruiert.¹ Die grundrechtlichen Verbürgungen finden sich in Art 12 StGG², Art 11 EMRK³ und Art 21 GRG⁴, die einfachgesetzliche Ausgestaltung erfolgt durch das Versammlungsgesetz (VersG)⁵ aus dem Jahr 1867.⁶ Es wird häufig ausgeübt, im Jahr 2012 etwa sind insg 8.061 Versammlungsanzeigen bei den Versammlungsbehörden eingelangt und 79 nicht angezeigte Demonstrationen haben stattgefunden.⁷ Das Polizeirecht geht einen dem Versammlungsrecht entgegengesetzten Weg.⁸ Es blieb in der zweiten Republik über lange Zeit ein Residuum von vorrechtsstaatlicher Verwaltungspraxis und war „Schlupfwinkel jener Staatsauffassung, die man mit dem Namen ‚Polizeistaat‘ dem immer weiter an Boden gewinnenden rechtsstaatlichen Denken gegenübergestellt hat.“⁹ Dies war maßgeblich aufgrund einer Generalklausel aus 1929 der Fall. Erst mit dem Sicherheitspolizeigesetz (SPG)¹⁰, das am 1.5.1993 in Kraft trat, wurde dieser Zustand beendet.¹¹ Seither werden im SPG regelmäßig neue Befugnisse geschaffen.¹²

-
- 1 Für eine Einführung zum Versammlungsrecht s insb *Berka*, Grundrechte (1999) Rz 618ff und *Giese*, Versammlungsrecht, in *Bachmann/Baumgartner/Feik/Fuchs/Giese/Jahnel/Lienbacher* (Hg), Besonderes Verwaltungsrecht¹¹ (2016) 113ff.
 - 2 Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 1867/142 idGF.
 - 3 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl 1958/210 idGF.
 - 4 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Abl 2010 C 83/02, 389.
 - 5 In der Stamfassung: Gesetz vom 15. November 1867 über das Versammlungsrecht, RGBl 1867/135. Es wurde als Versammlungsgesetz 1953 BGBl 1953/98 (WV) wiederverlautbart und zuletzt durch BGBl I 2013/161 novelliert.
 - 6 Für eine historische Übersicht über die Entstehung des Versammlungsrechts s *Anderle*, Österreichisches Versammlungsrecht (1988) 90ff, der hervorhebt, dass die Gesetzgebung in Bezug auf Versammlungen erst dann einsetzt, wenn der Staat abwehrend oder einschränkend vorgehen will.
 - 7 Vgl Anfragenbeantwortung 13142/AB 24. GP 1f.
 - 8 Für eine systematische Einführung in das Polizeirecht s bspw *Giese*, Sicherheitspolizeirecht, in *Bachmann et al* (Hg), Besonderes Verwaltungsrecht¹¹ (2016) 41ff.
 - 9 *Adamovich*, Verfassungsrechtliche Probleme der Sicherheitspolizei in Österreich, in FS Merkl (1970) 13.
 - 10 Bundesgesetz über die Organisation der Sicherheitsverwaltung und die Ausübung der Sicherheitspolizei (Sicherheitspolizeigesetz – SPG), BGBl 1991/566 idF BGBl I 2016/61.
 - 11 Vgl *Davy/Davy*, Gezähmte Polizeigewalt? (1991) 1ff; *Funk*, Das neue Sicherheitspolizeirecht, JBl 1994, 137ff.
 - 12 Vgl etwa *Helm*, Spannungsfeld: Menschenrechte und Polizei, in *Heißl* (Hg), Handbuch Menschenrechte (2009) 204 (206ff) und in diesem Heft *Adensamer/Sagmeister*, Die Ausweitung von Polizeibefugnissen und die politischen Dimensionen polizeilichen Handelns im Kontext von Protest Policing, Juridikum 2016, 516.

2. Versammlungsrecht

Art 12 StGG lautet: „Die österreichischen Staatsbürger haben das Recht, sich zu versammeln und Vereine zu bilden. Die Ausübung dieser Rechte wird durch *besondere* Gesetze geregelt.“¹³ Mit dem *besonderen* Gesetz war das VersG gemeint, dieses wird als Ausführungsgesetz zu Art 12 StGG verstanden.¹⁴ In der Zeit vor dem durch Art 18 B-VG umfassend geltenden Legalitätsprinzip stellte die Bestimmung des Art 12 StGG als punktuelles Legalitätsgebot einen Fortschritt an Rechtsstaatlichkeit dar, ua weil ein Eingriff in das Grundrecht nur nach Maßgabe des parlamentarisch zu erzeugenden Gesetzes zulässig und somit berechenbar und einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich war.¹⁵ Dennoch hat die Situation von vor 1920 nur wenig mit der von heute gemein. So wurde bei der Anzeige von Versammlungen, die entweder genehmigungspflichtig, anzeigepflichtig oder anzeigefrei waren, eine Stempelgebühr fällig und eine Tagesordnung war vorzulegen. Das Gesetz bestimmte, dass im Umkreis von 5 Meilen (38 km) um den versammelten Reichsrat oder Landtag eine Versammlung unzulässig war und bspw wurde die Verwendung von roten Fahnen noch 1897 als Grund genannt, um Versammlungen aufzulösen.¹⁶ Insg zog sich ein deutlich obrigkeitsstaatlicher Faden durch das Versammlungsrecht.¹⁷

Im ersten Weltkrieg wurde die Versammlungsfreiheit durch den heute nicht mehr geltenden Art 20 StGG eingeschränkt. Art 20 ermöglichte die Erlassung eines Gesetzes, das ua Einschränkungen der Versammlungsfreiheit ermöglichte. Das dazu erlassene Gesetz sah für den Anlassfall ua vor, dass Versammlungen iSd § 2 VersG, das sind alle Versammlungen im heutigen Verständnis, nicht mehr abgehalten werden dürfen.¹⁸ Mit V vom 25.7.1914 wurde die Suspendierung der Grundrechte umgesetzt.¹⁹

Die Aufhebung dieser Einschränkung im Oktober 1918 ist von bes Bedeutung: „Die Ausnahmsverfügungen betreffs des Vereins- und Versammlungsrechtes sind aufgehoben. Die volle Vereins- und Versammlungsfreiheit ohne Unterschied des Geschlechts ist hergestellt.“²⁰ Darunter wurde nicht nur die Wiederherstellung der davor geltenden Bestimmungen verstanden, sondern dem Wortlaut folgend die *Herstellung* der *vollen* Versammlungsfreiheit. Der VfGH nahm dies zum Anlass festzustellen, dass § 3 VersG, der die

13 Hervorhebung durch den Autor.

14 *Berka*, Grundrechte Rz 620.

15 *Berka*, Grundrechte Rz 259f; *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte² (2013) 44.

16 Vgl *Bürmer*, Das österreichische Vereins- und Versammlungsrecht (1897) 14 (40, 116f).

17 ZB wurde eine Versammlung wegen aufreißender Reden gegen einzelne Klassen und Stände der bürgerlichen Gesellschaft (RGSlg 241/1881) nicht genehmigt. S für weitere Verweigerungs- und Untersagungsgründe *Ermacor*, Handbuch der Grundfreiheiten und Menschenrechte (1963) 317.

18 S RGBl 1869/66, das eine Einschränkung der Rechte des StGG ermöglichte und zwar im Falle eines Krieges, innerer Unruhen, unmittelbar bevorstehender kriegerischer Unternehmungen, und falls sich in ausgedehnter Weise hochverräterische oder sonst die Verfassung bedrohende oder die persönliche Sicherheit gefährdende Umtriebe offenbaren würden.

19 RGBl 1914/158, Verordnung des Gesamtministeriums vom 25. Juli 1914, womit Ausnahmen von den bestehenden Gesetzen verfügt werden.

20 Z 3 des 3. Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung vom 30. Oktober 1918, StGBI 1918/3.

vorausgehende Genehmigung einer Versammlung vorsah, durch den Beschluss der Prov NV derogiert wurde.²¹ Dennoch dauerte es noch bis zum Erkenntnis VfSlg 4.885/1964, mit dem der VfGH § 3 VersG endgültig aufhob. Die inzwischen mit BGBl 1953/98 erfolgte Wiederverlautbarung des VersG inklusive § 3 leg cit war verfassungswidrig.²² Ein Konzessionensystem ist mit der Versammlungsfreiheit nicht vereinbar.²³ Mit Beitritt zur EMRK erfolgte die nächste große Entwicklung der Versammlungsfreiheit. Art 11 EMRK garantiert diese als Menschen- und nicht mehr nur als Staatsbürger_innenrecht. Die Versammlungsfreiheit nach Art 11 EMRK ist eine Kommunikationsfreiheit der politischen Grundrechte, mit der Schutzrichtung, die gemeinsame Meinungsäußerung zu gewährleisten und somit *lex specialis* gegenüber der Meinungsfreiheit.²⁴

Von besonderer Wichtigkeit ist Art 11 Abs 2 EMRK, der die Versammlungsfreiheit mit einem zweck- und wertorientierten materiellen Gesetzesvorbehalt ausstattet und darin den Gesetzgeber und durch die Judikatur des VfGH bedingt auch die Vollziehung an die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bindet.²⁵ Art 11 EMRK geht dem Art 12 StGG als inhaltlich günstiger vor, da er einen weiteren Versammlungsbegriff enthält.²⁶ Mit der GRC wurde die Versammlungsfreiheit auch in den Kodex der Unionsgrundrechte aufgenommen und in Art 12 GRC positiviert. Derzeit ist der Inhalt des Art 12 GRC, vermittelt durch die Art 52 Abs 3 u Art 53 GRC, deckungsgleich mit Art 11 EMRK.²⁷ Einem weitergehenden Schutzbereich steht jedoch gem Art 52 Abs 3 GRC nichts entgegen.²⁸ Seit VfSlg 19.632/2012 gelten die Grundrechte der GRC auch direkt vor dem VfGH als Prüfungsmaßstab. Es bleibt aber, so *Heindl/Kalteis*, abzuwarten, inwiefern Art 12 GRC ein „Mehr“ an Grundrechtsschutz bieten kann. Es werden nämlich keine Inhalte verbürgt, die sich nicht schon aus Art 11 EMRK und Art 12 StGG ableiten lassen würden.²⁹ Außerdem reicht ein bloß europarechtlicher Bezug einer Versammlung (also die inhaltliche Ausrichtung der Versammlung) nicht aus, um den Anwendungsbeereich der GRC zu eröffnen.³⁰ ME ist der praktische Anwendungsbereich der GRC daher unklar.

21 VfSlg 254/1923.

22 *Ermacor*, Handbuch 311 (313), s dazu auch VfSlg 4.885/1964, wodurch § 3 VersG aufgehoben wird.

23 *Berka*, Verfassungsrecht⁶ Rz 1503.

24 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ (2016) § 23 Rz 64.

25 *Berka*, Grundrechte Rz 196, 266ff, 283f; *Berka*, Die Gesetzesvorbehalte der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZÖR 1986, 82. Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 23 Rz 73ff.

26 *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht Band 3: Grundrechte² (2015) Rz 42.146; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 903; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1467 (1473); aA offenbar *Potacs*, Recht auf Zusammenschluss, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1, Grundrechte in Österreich² (2014) 664 und *Berka*, Verfassungsrecht⁶ Rz 1500 der, der Auffassung ist, dass beide Versammlungsbegriffe zusammenfallen.

27 *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht² (2014) Rz 548.

28 *Heindl/Kalteis*, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar (2014) 158.

29 *Heindl/Kalteis* in *Holoubek/Lienbacher* 179. Angemerkt sei hier, dass es sich geradezu anböte, den VfGH feststellen zu lassen, inwiefern § 8 VersG mit dieser Verfassungslage weiterhin vereinbar ist.

30 *Giese* in *Bachmann/et al*¹¹ 119.

Das VersG regelt den Anwendungsbereich des Gesetzes, die Pflichten der Versammlungsleitung und der Teilnehmer_innen, sowie die behördlichen Befugnisse und Strafen iZm Versammlungen. Das Gesetz ist im Laufe der Jahre einigermaßen unverändert geblieben. Als bedeutendste inhaltliche Veränderungen sind neben der Aufhebung des § 3 VersG die darauffolgende Novelle³¹, die das VersG um Überreste der Genehmigungspflicht bereinigte und die Anzeigepflicht auf 24 Stunden vor der geplanten Versammlung reduzierte, und zuletzt die Einführung des Vermummungsverbotes³² zu nennen. Noch immer untersagt § 8 VersG dem Wortlaut nach allen Ausländer_innen die organisatorische Beteiligung an Versammlungen. Manche Bestimmungen werden praktisch kaum angewandt (§§ 10, 12), manche muten nach aktueller Rechtsprechungslage seltsam an (§§ 1, 4, 5), andere erscheinen schlicht verfassungswidrig (§ 8³³). *Winkler* skizziert das VersG als „problematisches Produkt einer unbeholfenen, widersprüchlich erscheinenden Regelungstechnik“, dies in Hinblick auf die verschiedenen Anwendungsfälle des VersG, die bspw gewisse Sachverhalte von den Bestimmungen des Gesetzes ausnehmen (so §§ 4, 5 VersG, die ua Versammlungen von Wähler_innen zu Wahlbesprechungen, öffentliche Belustigungen, Hochzeitszüge, volksgebräuchliche Aufzüge, Begräbnisse oder Prozessionen vom Anwendungsbereich ausnehmen).³⁴

Die praktischen Probleme im Umgang mit der Versammlungsfreiheit bringt *Pichler* auf den Punkt.³⁵ Er zeigt auf, dass gerade prognostizierte Verkehrsbehinderungen eine Untersagung von Demonstrationen wahrscheinlich machen und in der Praxis oftmals Behördendruck zu einer Modifizierung von Versammlungsanzeigen führt.³⁶ *Berka* führt dagegen aus, dass die Behörde bestehende Beschränkungen und Verbote restriktiv zu interpretieren habe und bei einer Abwägungsentscheidung von einer Vermutung für die Freiheit auszugehen sei.³⁷ *Ermacora* zufolge strahlt das VersG erkennbar weiterhin polizeistaatliche Züge aus und unterwirft Versammlungen einer verhältnismäßig strikten polizeilichen Überwachung.³⁸

2.1. Versammlungsdefinition

Dem VersG und den grundrechtlichen Grundlagen ist eine Definition von Versammlung fremd. Der VfGH definiert in stRSpr formelhaft „eine Zusammenkunft mehrerer Men-

31 BGBl 1968/392.

32 BGBl I 2002/127, s sogleich unter Pkt 4.

33 *Berka*, Grundrechte Rz 621 kritisiert die Bestimmung des § 8 VersG, die Ausländer_innen versammlungsleitende Funktionen verbietet, als verfassungswidrig (beachte jedoch Art 16 EMRK); insb in Hinblick auf das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot vgl *Grabenwarter/Pabel* EMRK⁶ § 23 Rz 82 iVm 58.

34 *Winkler*, Studien zum Verfassungsrecht (1991) 196.

35 *Pichler*, Von wegen „volle Versammlungsfreiheit“, *juridikum* 2012, 334ff.

36 *Pichler*, *juridikum* 2012, 337. Modifizierung deswegen, da die Behörde eine Versammlung entweder untersagen kann oder nicht, aber nicht das Recht hat, die Versammlungsanzeige selbst zu ändern.

37 *Berka*, Grundrechte Rz 640.

38 *Ermacora*, Handbuch 312 (314), ebenso *Berka*, Verfassungsrecht⁶ Rz 1508.

schen nur dann als Versammlung iSd VersG, wenn sie in der Absicht veranstaltet wird, die Anwesenden zu einem gemeinsamen Wirken (Debatte, Diskussion, Manifestation usw) zu bringen, sodaß eine gewisse Assoziation der Zusammengekommenen entsteht³⁹. Es hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, ob eine Versammlung iSd Grundrechts vorliegt. Nicht darunter fällt bspw das bloße Informieren, auch in Informationsveranstaltungen, sowie das Hochhalten von Plakaten, das bloße Errichten eines Informations-tisches etc.⁴⁰ Auch vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit umfasst ist der Schutz vor Gegendemonstrationen.⁴¹ Das Versammlungsrecht bietet auch Schutz vor rechtswidriger Auflösung einer Versammlung, es gewährleistet mit anderen Worten, nicht auseinandergehen zu müssen.⁴² Ab drei Personen kann von einer Versammlung die Rede sein.⁴³ Der EGMR ist der Auffassung, dass Demonstrationen regelmäßig eine Störung der Ordnung, Verkehrsbehinderungen und Belästigungen im Alltagsleben mit sich bringen und verlangt daher eine gewisse behördliche Nachsicht.⁴⁴

2.2. (Un)Schärfe des Versammlungsbegriffs

Durch die in verschiedenen Normen zu findenden Rechtsgrundlagen für die Versammlungsfreiheit ergibt sich insg ein historisch gewachsenes, uneinheitliches Bild derselben. Grob skizziert sieht es folgendermaßen aus: Jede Verletzung des Versammlungsgesetzes (durch die staatliche Verwaltung) stellt zugleich immer auch eine Grundrechtsverletzung des Art 12 StGG dar.⁴⁵ Der grundrechtliche Gehalt des Art 12 StGG reicht aber über das VersG hinaus.⁴⁶ Gleichzeitig kann jedoch das VersG selbst grundrechtswidrig werden, zB hat der Beschluss der Prov NV in weiterer Folge zur Aufhebung von § 3 VersG geführt. Art 11 EMRK ist inhaltlich weiter, dafür aber mit materiellem Eingriffsvorbehalt, und als Menschen- und nicht als Staatsbürger_innenrecht, konzipiert. So kann ein Sachverhalt unter Art 11 EMRK aber nicht in den Anwendungsbereich von Art 12 StGG fallen.⁴⁷ Auf Art 11 EMRK greift der VfGH in seiner Rechtsprechung hauptsächlich dann zurück, wenn Ausländer_innen ihr Recht auf Versammlungsfreiheit wahrnehmen wollen.⁴⁸ Jedoch hat Art 11 EMRK zu einer veränderten Spruchpraxis des VfGH geführt, die sich zT schon erheblich vom Wortlaut des VersG entfernt hat (so sind zB auch Spon-

39 Seit VfSlg 4.586/1963.

40 *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1473.

41 *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1474.

42 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 908.

43 *Lenzhofer*, Versammlungsfreiheit in *Heißl (Hg)*, Handbuch Menschenrechte (2009) 309.

44 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 23 Rz 80.

45 Nunmehr ist dem nicht mehr so, vgl unten Pkt 2.3.

46 Vgl *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte² 49, die darlegen, dass das VersG nur eine der möglichen Ausgestaltungsvarianten des Grundrechtes darstellt und es somit auf diese Version einschränken. Die praktische Bedeutung dieser Überlegung erscheint mE vernachlässigbar.

47 *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Grundrechte² Rz 42.146. AA *Berka*, Verfassungsrecht⁶ Rz 1500, nach dessen Ansicht die Versammlungsbegriffe von Art 11 EMRK und Art 12 StGG zusammenfallen.

48 *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Grundrechte² Rz 42.155.

tanversammlungen⁴⁹ zulässig, obwohl diese dem Wortlaut folgend nicht mit § 13 VersG in Einklang zu bringen sind) und, verknüpft mit der Feinprüfung⁵⁰ durch den VfGH, der Verwaltung zT einen sehr engen Ermessenspielraum setzt.⁵¹ *Hofer-Zeni* legt dar, dass durch den VfGH gewisse Handlungen, die in anderen Zusammenhängen gesetzeswidrig wären, als gerechtfertigt erkannt werden können. Er führt dazu beispielsweise das Unterlassen der Pflicht zur Anzeige einer Versammlung nach § 2 VersG, das Verletzen von Regeln der StVO oder des Lärmschutzes (die *nicht* ungebührliche Erregung störenden Lärms) an.⁵² Mittlerweile ist der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit größer als der Geltungsbereich des Versammlungsgesetzes.⁵³ Um Widersprüche zu vermeiden, ist das VersG in einem bes. Ausmaß auf eine verfassungskonforme Interpretation angewiesen.⁵⁴ Dies ist für die Anwendung des VersG brisant, da darin das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit verwirklicht ist, es in der Praxis jedoch durch die Judikatur des VfGH an vielen Stellen weiterzubilden ist.⁵⁵

2.3. Vom Ende des Feinprüfungsgrundrechts

Der VfGH hat die längste Zeit die Versammlungsfreiheit als sog. Feinprüfungsgrundrecht verstanden.⁵⁶ Dabei bedeutete jede Verletzung einer einfachgesetzlichen Ausgestaltungsvorschrift eine Grundrechtsverletzung.⁵⁷ Prozessual war dadurch die Zuständigkeit des VwGH in Versammlungsangelegenheiten ausgeschlossen und der VfGH allein zuständig. Dies war von der Lehre zT stark kritisiert worden.⁵⁸ Seit der Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit zeichnet sich ein Judikaturwandel ab, der VfGH prüft nun anhand des Maßstabs des Art 11 EMRK und lässt einfachgesetzliche Fragestellungen außen vor.⁵⁹ Nur im Kernbereich des Grundrechtes, der die Untersagung (§ 6 VersG) oder Auflösung

49 Als Spontanversammlungen werden Versammlungen verstanden, die vor ihrem Stattfinden nicht der Behörde angezeigt wurden, etwa weil der Versammlungszweck von solcher Dringlichkeit ist, dass eine Anzeige 24 Stunden vor der Abhaltung nicht möglich ist; S *Lenzhofer* in *Heißl*, 311f.

50 Zum Abgehen des VfGH s unten.

51 *Giese* in *Bachmann/el al* (Hg)¹⁰ (2014) 118, nannte in der Voraufage noch „großzügige“ verfassungskonforme Interpretation; *Berka*, Grundrechte Rz 196 kritisiert, dass die Gesetzesvorbehalte begrenzte Ermächtigungen an den Gesetzgeber darstellen und daher der Vollziehung nicht unmittelbar zugänglich sind.

52 *Hofer-Zeni*, Ziviler Ungehorsam und Versammlungsfreiheit, in *Hagen/Mader*, Gewalt und Recht (1997) 262ff.

53 *Potacs* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* 671.

54 *Berka*, Grundrechte Rz 636.

55 Zu denken ist hier etwa an die Zulässigkeit von Spontanversammlungen, die Zulässigkeit von Übertretungen von Ordnungsvorschriften wie der StVO oder der Lärmerregung oder das Unterlassen der straßenverkehrsrechtlichen (zusätzlichen) Versammlungsanzeige, die eine Versammlungsauflösung, trotzdem es sich möglicherweise um gesetzeswidrige Vorgänge handelt, nicht rechtfertigen; vgl *Berka*, Verfassungsrecht⁶ Rz 1504; *Potacs* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* 672.

56 Vgl etwa das geradezu prototypische Erkenntnis VfSlg 14.365/1995 sowie zuletzt VfGH 13.09.2013, B 1443/2012.

57 *Öblinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 669.

58 Vgl für eine übersichtliche Darstellung *Fister*, Der Grundrechtseingriff bei der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, ZÖR 2012, 503ff; bspw krit *Öblinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 734.

59 Vgl *Berka*, Verfassungsrecht⁶ (2016) Rz 1511; VfSlg 19.818/2013, VfGH, 11.3.2015, E 968/2014; ua.

(§ 13 VersG) einer Versammlung betrifft, prüft der VfGH der Sache nach weiterhin fein.⁶⁰ Nach *Vašek* sei damit ein grundrechtliches Austriacum zu Grabe getragen worden, gleichzeitig aber keine Schmälerung des Rechtsschutzes eingetreten.⁶¹ Dem sei an dieser Stelle mit dem Argument entgegengetreten, dass Fallkonstellationen denkbar sind, in denen eine Rechtsverletzung durch den Judikaturwandel nicht (mehr) durchsetzbar ist, weil der VwGH das Vorliegen von Revisionsgründen iSd Art 133 Abs 4 B-VG verneint und keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung vorliegt.⁶² Überdies kann die Revision durch Bundesgesetz bei geringer Geldstrafe überhaupt für unzulässig erklärt werden. § 25a Abs 4 VwGG legt die dbzgl Höhe der Geldstrafe mit einem maximalen Strafrahmen von € 750 ohne Freiheitsstrafe und tatsächlicher Strafhöhe von bis zu € 400 fest.⁶³ Dies ist zB dann der Fall, wenn eine Bestrafung von Versammlungsteilnehmer_innen wegen Anstandsverletzung oder Lärmerregung nach dem Wiener Landes-Sicherheitsgesetz oder zB bei einer länger andauernden Versammlung nach der Wiener Kampierverordnung erfolgt.⁶⁴

3. Polizeiliche Einordnung

Das Versammlungsrecht ist gem Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache. Versammlungsangelegenheiten sind gem § 2 Abs 2 SPG Teil der Sicherheitsverwaltung und werden daher von den Sicherheitsbehörden (BMI, LPD, BVB) und deren Wachkörpern vollzogen. Die Aufgabe der Sicherheitspolizei ist „jene Verwaltungstätigkeit, die unter Drohung oder Anwendung von Zwang auf die Vorbeugung oder Abwehr von Gefahren oder Störungen der Ordnung abzielt.“⁶⁵ Polizeirecht und Polizeiorganisation wurden mit dem SPG in eine dem Rechtsstaat entsprechende Form gebracht.⁶⁶ Für die im SPG genannten Aufgaben stehen ihr taxativ aufgezählte Befugnisse

60 Vgl *Böhm-Gratzl*, Die Versammlungsfreiheit in der aktuellen Judikatur des VfGH. Kontinuitäten und Brüche, JAP 2015/2016/3, 14; *Vašek*, Keine Verletzung von Art 11 EMRK durch die Untersagung einer Versammlung, JBl 2015, 369.

61 *Vašek*, JBl 2015, 368 (370).

62 Dies ungeachtet der von *Fister*, ZÖR 2012, 510f mE zutreffend gezogenen Schlussfolgerungen.

63 Das VersG legt in § 19 einen Strafrahmen von bis zu € 720 oder Arrest bis zu sechs Wochen fest. Eine Revision gegen eine Übertretung des VersG ist durch die Möglichkeit einer Freiheitsstrafe daher nicht grundsätzlich unzulässig.

64 Der Strafrahmen beträgt bei beiden Übertretungen maximal € 700 und sieht keine Freiheitsstrafe vor; vgl § 1 Abs 1 Wiener-Landessicherheitsgesetz, LGBl 1993/51 idGF; § 3 Wiener Kampierverordnung LGBl 1985/12 idGF.

65 So bereits *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 242.

66 Davor operierte die Polizei sowohl für Verordnungen als auch für individuelle Maßnahmen hauptsächlich mit Art II § 4 Abs 2 BGBl 393/1929 Verfassungs-Überleitungsgesetz: „Bis zur Erlassung bundesgesetzlicher Bestimmungen über die Befugnisse der Behörden auf dem Gebiet der allgemeinen Sicherheitspolizei können die mit der Führung solcher Angelegenheiten betrauten Behörden zum Schutz der gefährdeten körperlichen Sicherheit von Menschen oder des Eigentums innerhalb ihres Wirkungsbereichs die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Anordnungen treffen und deren Nichtbefolgung als Verwaltungsübertretung erklären. Solche Anordnungen dürfen nicht gegen bestehende gesetzliche Vorschriften verstoßen. Sie sind aufzuheben, sobald der Grund zu ihrer Erlassung weggefallen ist.“ Vgl dazu nochmals *Davy/Davy*, Polizeigewalt 1ff. Ein Nachfolger dieser Bestimmung ist § 49 SPG, dessen wohl erstmalige Anwendung bei *Dopplinger/Kretschmann*, Die Produktion gefährlicher Räume, juridikum 2014, 22ff beschrieben wird.

zur Verfügung.⁶⁷ Im SPG lässt sich seit dessen Einführung eine Tendenz nachverfolgen, die die zur Aufgabenerfüllung zur Verfügung stehenden Befugnisse stetig erweitert.⁶⁸ Zugleich werden die Befugnisse oder Verwaltungsstraftatbestände offener formuliert. Plakatives Beispiel ist die erst jüngst novellierte Verwaltungsstrafbestimmung der Störung der öffentlichen Ordnung.⁶⁹

ZT versucht auch die Verwaltungspraxis, gesetzliche Bestimmungen in ihrem Sinne zu erweitern, so in Bezug auf das Versammlungsrecht etwa mit einer Auslegung von § 41 SPG, die Durchsuchungsanordnung bei Großveranstaltungen, *contra legem*.⁷⁰ Besondere Befugnisse der Polizei im Hinblick auf Versammlungen sind deren präventive Untersagung nach § 6 VersG sowie deren repressive Auflösung nach § 13 VersG. Die Auflösung einer Versammlung kann im Falle des Ungehorsams zwangsweise durchgesetzt werden. § 9 VersG statuiert ein Vermummungsverbot, dessen Durchsetzung einer besonderen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegt.

4. Aktuelle Entwicklungen in Bezug auf das Versammlungsrecht

Zu den für die Entwicklung des Versammlungswesens entscheidendsten Änderungen in den letzten Jahren zählt zweifellos das Abgehen des VfGH von seiner Rechtsprechung dahingehend, dass das Versammlungsrecht ein Feinprüfungsgrundrecht sei. Daneben lassen sich im Versammlungsrecht selbst wenige Neuerungen erkennen.⁷¹ Die letzte größere Gesetzesänderung betraf 2002 die damals umstrittene Einführung eines Vermummungsverbot auf Versammlungen, da die Demonstrationen der letzten Zeit Überlegungen zur Einführung eines Vermummungsverbotes erforderlich gemacht hätten.⁷²

Größere Veränderungen hat es bei der Polizierung von Versammlungen gegeben, diese spiegeln sich aber nicht unmittelbar in einer Veränderung der gesetzlichen Grundlagen wider.⁷³ So hat sich das Waffengebrauchsgesetz kaum verändert, die polizeiliche Praxis,

67 Vgl *Funk*, Das neue Sicherheitspolizeirecht, JBl 1994, 145f.

68 Vgl *Helm* in *Heißl* 207ff.

69 § 81 Abs 1 SPG idF BGBl I 2016/61; dadurch wird eine Verhaltensweise pönalisiert, die geeignet ist, berechtigtes Ärgernis zu erregen. Eine solche Formulierung trägt wenig zur Rechtssicherheit bei. S dazu krit bereits die Stellungnahmen zum ME SPG-Novelle 2016, 210/ME 25. GP, 10/SN und 13/SN und in diesem Heft *Pentz*, Rechtsschutzprobleme im Protest Policing, *juridikum* 2016, 538.

70 § 41 SPG ermächtigt die Sicherheitsbehörde unter gewissen Voraussetzungen bei Großveranstaltungen zur Durchsuchung von Personen und deren mitgeführten Behältnissen. Explizit nimmt § 41 Abs 1 letzter Satz Versammlungen iSd VersG davon aus; vgl *Eisenberger/Emmöckl/Helm*, Maßnahmenbeschwerde² (2016) 150f (152ff).

71 Vgl die übersichtliche Darstellung bei *Wieser*, Die Versammlungsfreiheit in der jüngeren Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, in FS Berka (2013) 319ff (337).

72 So der Initiativantrag, der zur Novellierung führte. Vgl IA 680/A 21. GP. Für eine Auseinandersetzung mit dem Vermummungsverbot s *Keplinger/Zierl*, Das neue Vermummungsverbot im Lichte der EMRK, ZfV 2003, 14.

73 Vgl *juridikum-Redaktion*, „Wer sich mit den Hunden ins Bett legt“, *juridikum* 2014, 265f. ME trifft dies nur auf wenige Versammlungen im Jahr zu, der Großteil der Versammlungen, von denen im Jahr 2012 8.061 angezeigt wurden, verläuft völlig unauffällig.

insb hinsichtlich der Verwendung von Pfefferspray, hingegen schon.⁷⁴ Auch ist der Einsatz von Videoaufzeichnungsgeräten bei Versammlungen in den letzten Jahren stark gestiegen.⁷⁵ Die Rechtsgrundlagen blieben aber auch hier weitgehend gleich. Eine Neuerung brachte § 13a Abs 3 SPG und ermöglicht die Verwendung von sog „Body-Cams“.⁷⁶ Gelegentlich gehen die polizeilichen Maßnahmen so weit, dass die Grenzkontrollen an den Binnengrenzen im Zuge politischer Proteste wiedereingeführt werden.⁷⁷

IZm der strafrechtlichen Einbettung des Versammlungsrechts hat es divergierende Entwicklungen gegeben.⁷⁸ Einerseits wurden bestehende Bestimmungen wiederbelebt, das sind §§ 284 – Sprengung einer Versammlung – und 285 – Verhinderung oder Störung einer Versammlung – StGB.⁷⁹ Andererseits wurde der Landfriedensbruch (§ 274 StGB) ua wegen seiner Anwendung auf Demonstrant_innen und Fußballfans tw entschärft.⁸⁰ Da bislang kein Gesetzesentwurf vorliegt, kündigen sich in Hinblick auf den Einsatz des Bundesheeres im Inland noch nicht abschätzbare Änderungen an. Diese sind dennoch erwähnenswert, da das Bundesheer nach dem bisherigen Regelungssystem nur im Ausnahmefall und unter ziviler Verantwortung im Inneren tätig ist.⁸¹ Zukünftig soll bspw der Schutz kritischer Infrastruktur oder der Botschaftsschutz eigenständige Zuständigkeit des Bundesheeres werden.⁸² Gleichzeitig werden vom Bundesheer „Crowd and Riot Control“-Vorbereitungen auch in Hinblick auf einen Assistenzeinsatz im Inland vorge-schlagen und in Hinblick auf einen Einsatz bei Großdemonstrationen gefordert.⁸³

74 So wurde etwa allein bei einer Demonstration am 11.6.2016 in Wien 4,5 Liter Pfefferspray eingesetzt. Vgl Anfragebeantwortung 9533/AB 25. GP 3.

75 Vgl in diesem Heft, *Knopp/Ullrich*, Kampf um die Bilder. Videoüberwachung und Gegenüberwachung von Demonstrationen in Österreich, *juridikum* 2016, 527.

76 Vgl ErläutRV 763 BlgNR 25. GP 12.

77 Vgl *Hense-Lintschnig*, „Grenzmanagement“ und Assistenzeinsatz, *juridikum* 2016, 320 (321 FN 17). Temporäre Grenzkontrollen gab es auch bei Großveranstaltungen und der seit September 2015 anhaltenden Migrationsbewegung schutzsuchender Menschen.

78 Aufmerksamkeit erlangte auch der Freispruch von dem Vorwurf, dass die Ankündigung von Versammlungen eine Nötigung gem § 105 StGB darstelle; vgl *Vouk*, Androhung einer legalen Demonstration als Nötigung? *juridikum* 2014, 301.

79 So weist die Verurteilungsstatistik für §§ 284, 285 StGB vor 2011 einen zehnjährigen verurteilungsfreien Zeitrahmen auf; vgl *STATcube*, Verurteilungstatistik, <http://statcube.at> (1.10.2016); vgl dazu auch die instruktiven Einsichten zu § 285 StGB insb hinsichtlich dessen geschichtlicher Aufladung bei *Adensamer/Pentz*, Die Störung einer Versammlung iSd § 285 StGB, *juridikum* 2014, 312.

80 Durch BGBl I 2015/112; vgl *Die Presse*, Debatte über „Landfriedensbruch“ geht weiter, 15.7.2014, <http://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/3838576> (1.10.2016); *Sonderregger*, Demokratische Selbstverteidigung, <http://phsblog.at/demokratische-selbstverteidigung/> (1.10.2016).

81 Vgl Art 79 B-VG iVm § 2 Wehrgesetz 2001 BGBl I 2001/146 (WV) iDF BGBl I 2015/65. Für eine krit s *Hense-Lintschnig*, *juridikum* 2016, 325ff.

82 Vgl etwa *Die Presse*, Das Bundesheer bekommt mehr Kompetenzen, 28.09.2016, <http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/5092502> (1.10.2016). S auch den Vortrag an den Ministerrat vom 27.09.2016, Arbeitsgruppen der Bundesregierung – Bericht AG Sicherheit – Österreichs Sicherheit neu gestalten, www.bka.gv.at/DocView.axd?CoId=63823 (1.10.2016).

83 Vgl den Bericht des Bundesministers für Landesverteidigung und Sport betreffend ÖBH (österreichisches Bundesheer) 2018, auf Grund der Entschließung des Nationalrates vom 26. November 2015, 116/E 25. GP, 46 (48). S auch die Forderung von *Pöcher*, Keine Vorwarnzeit für Inlandsaufgaben – Rüsten wir jetzt! *Der Offizier* 2016/3, 11 in der Zeitschrift der Österreichischen Offiziersgesellschaft.

5. Abschließende Gedanken

Im Hinblick auf die sich stetig erweiternden Kompetenzen der Sicherheitsbehörden, nicht zuletzt durch das neue polizeiliche Staatsschutzgesetz (PStSG)⁸⁴, und einem verstärkten Einsatz von Videoaufzeichnungsgeräten iZm mit Demonstrationen⁸⁵, wird das Fehlen einer dem dt Volkszählungsurteil ähnelnden Rsp schmerzlich bewusst. Das dt Bundesverfassungsgericht hat damals festgehalten: „Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Wer damit rechnet, daß etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird und daß ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (...) verzichten. Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungsfähigkeit und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.“⁸⁶ Jede gesetzliche Befugnisausweitung der Polizei und jede Verhaltensänderung der Sicherheitsbehörden, die auf ein Mehr an Kontrolle abzielt, hat insofern Konsequenzen für die Versammlungspraxis. Wer damit rechnet oder rechnen muss, auf einer Versammlung kontrolliert, perlustriert, gefilmt oder zwangsbehandelt zu werden, wird seine Verhaltensweise darauf einstellen. Dabei ist nicht zu vergessen, dass die bedeutsamsten Entwicklungen im Versammlungsrecht auf (höchstgerichtliche) Judikatur zurückzuführen sind. Diese, und das ist eine Binsenweisheit, kann es nur geben, wenn Versammlungsteilnehmer_innen von ihren rechtlichen Instrumentarien Gebrauch machen.⁸⁷ Nur eine konsequente rechtsförmige Durchsetzung der Interessen der Versammlungsteilnehmer_innen, egal ob in Beschwerde- oder (Verwaltungs-)Strafverfahren, kann die Gewährleistung der Versammlungsfreiheit in praxi wenn schon nicht weiterentwickeln, so zumindest absichern.⁸⁸

DI (FH) Mag. Philipp Hense-Lintschnig ist Mitherausgeber des *juridikum* und lebt in Graz; philipp.hense@riseup.net

84 Vgl dazu krit *Adensamer/Sagmeister*, Die umkämpfte Verfassung. Kommentar zum Polizeilichen Staatsschutzgesetz, *juridikum* 2015, 310.

85 Vgl LPD Wien, Transparenz und Dialog, 18.1.2016, www.bmi.gv.at/cms/bmi_presse/_news/bmi.aspx?id=4D59695162584D663535773D&page=0&view=1 (1.10.2016) worin für den Versammlungseinsatz zum Akademikerball 2016 der Einsatz von 29 Videoteams angekündigt wurde.

86 Vgl dtBVerfG 15.12.1983, 1 BvR 209/83 ua = BVerfGE 65, 1 (43).

87 Das sind im Wesentlichen die Maßnahmen- und die Verhaltensbeschwerde. Vgl dazu in diesem Heft *Pentz*, *juridikum* 2016, 538.

88 Vgl bspw etwa das erst unlängst aufgrund einer Maßnahmenbeschwerde ergangene Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien, VGW-102/067/3080/2016, das die polizeiliche Hinderung des Weiterfahrens eines Busses, der zum Zweck der Teilnahme an einer Demonstration gegen den Wiener Akademikerball von Graz nach Wien fuhr, für rechtswidrig erklärt hatte; *Sterkl*, Akademikerball-Demo: Keine Kontrolle ohne Verdacht, <http://derstandard.at/2000046036489/Akademikerball-Demo-Keine-Kontrolle-ohne-Verdacht> (19.10.2016). S auch allg Bspe bei *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Maßnahmenbeschwerde² 79ff.

Prevention, facilitation and the fortress of the transnational

Policing public demonstrations in Europe

Kıvanç Atak

1. Introduction

This article grapples with the transnational dimension of policing in relation to the control of public demonstrations in Europe. Focusing on the programmatic level I analyze a selected sample of documents outlining, if not authoritatively, the guiding principles for police forces in Europe. I show that transnational cooperation for a common European approach to protest policing is shaped by an uneasy amalgam of preventive and facilitative strategies. Preventive strategies foster information exchange, threat assessment and risk management to eliminate the possibility, let alone the occurrence, of public disorder. Facilitative strategies, on the other hand, aim at de-escalation of conflict and encourage communication with protesters to safeguard the right to demonstrate peacefully. Recent efforts revolve around “dialogue” and “liaison” approaches which purport to advance the terms of *negotiated management*.¹

Bridging theoretical insight into transnational policing with empirical observations, I argue that the European approach to protest policing faces two predicaments. The first one concerns issues of transparency and accountability. The secluded nature of policing policies at the hands of the security technocracy is amplified in the case of transnational configuration of protest policing. The democratic deficit in the European institutional structure is exacerbated by a shortage of public scrutiny and consultation with actors in the extra-parliamentary sphere. The perennial question “who will guard the guardians?” therefore gains relevance. The second question is about the relative impermeability of national boundaries in the context of public order management. This owes, in particular, to the longstanding policing philosophies that are resilient to change. As a consequence, the adoption of strategies such as facilitation has only a limited reach in respective countries.

1 Della Porta and Reiter (1998) claimed that in western democracies since the 1950s there has been a gradual shift from more coercive, largely intolerant forms of protest policing, eg *escalated force*, to a relatively permissive, soft style of control marked by limited use of force and a quest for consensus with protesters, eg *negotiated management*.

2. Transnational policing: a theoretical insight

The notion of transnational has become a buzzword in the social sciences. Ever since the supremacy of the nation-state in world politics has been challenged by the forces of globalization a myriad of institutions, actors and social relations have come to be increasingly defined and analyzed by terms which transcend and are relatively autonomous from the physical and imaginary boundaries of the nation-state (Nye and Keohane 1971). What does “transnational” imply for the functioning of police forces?

Even though policing as social control predates the nation-state, police forces known today are intrinsically linked to the bureaucratic-professional nation-state and its monopoly over the means of coercion. Policing in a conventional sense is also fractured through the processes of “pluralism, disaggregation and fragmentation which have been seen as the hallmark of the postmodern” (Reiner 1992, 780). *Sheptycki* (1995) conceptualized transnational policing similarly through the lenses of the postmodern theory. The growing dissociation of crime and folk devils from the contours of the nation-state, he argued, could be interpreted as a ‘historical shift’. While “transnationalization of the police enterprise is ongoing, emergent, and to a great extent, opaque” (Sheptycki 1995, 613), at stake are “both the emergence of transnational policing and its firm anchorage in sovereign units” (Sheptycki 1995, 631).

The roots of transnational policing are commonly associated with the emergence of *international* police cooperation. Much earlier than TREVI in Europe, which was set up as a result of the rampant political violence in the 1970s, and still before the foundation of Interpol in 1923, cooperative schemes were set in motion during the revolutionary epoch in the mid-19th century. As *Deflem* (2002, 47) notes, European regimes’ pursuit of suppressing political subversion particularly in reaction to the iconic 1848 revolution “brought about not only reforms of various national police powers but also a *de facto* standardization and harmonization of police organizations across Europe”. Under these circumstances, the Police Union of German States, founded in 1851, represented one of the “earliest international organizations of the police with a more or less permanent structure” (Deflem 2002, 49). *Transnational* policing, of course, comprises a more complex set of actors not exhausted by bilateral or multilateral relations between police boards of individual states. It generally plays out a multi-agency character and involves non-state actors such as corporations and, as in the case of the European Union, supra-national bodies of governance (see Bowling 2010).

Critical accounts of transnational policing also raise issues that are relevant for protest policing. In view of transnational economic crime, *Brodeur* (2000) concludes that “transnational policing strives for results rather than propriety; in the language of criminal jurisprudence, for crime control rather than due process”. *Brodeur’s* observations are widely shared and furthered more recently by *Bowling* and *Sheptycki* (2012). The fundamental problem with the way in which transnational policing is conducted, it is claimed, lies in the infraction of the principle of social contract. As it stands, transnational policing culti-

vates an occupational culture of security technocracy whose work is often “done away from public scrutiny, or at least out of the limelight” (Bowling and Sheptycki 2012, 52). The authors note that the occupational culture of policing is susceptible to the global power regime and transnational capital which largely benefit from the ideology of consumerism, the production of insecurity and the creation of suitable enemies. This lays the ground for a whole panoply of paramilitary operations, surveillance and preemptive strikes – and at times extra-legal measures – which are tacitly undergirded by the private security industry. Questions of accountability, transparency and legitimacy of transnational police action therefore integrate into a global system with vested interests without yet an ultimate source of authority.

Most of these remarks can also be extended to the policing of protests with a transnational dimension. Only few paid attention to this topic until a group of scholars scrutinized the rise of transnational activism and the global justice movement (Della Porta, Peterson, and Reiter 2006). Mass protests against transnational politics and supranational institutions urged policing authorities to find a common denominator for security provision and a more coordinated police action, particularly on the scene of international summits and mega-events. It goes without saying that the diffusion of tactics (eg negotiation, zoning, kettling, preemptive arrest), legal instruments (eg time-space-manner regulations, anti-terror provisions; for a comparative study, see Salát [2015]), and devices (eg riot control vehicles/agents; see McNab [2015]) has already brought about similar police repertoires in Europe and beyond. However, notable variation still exists due to the factors such as the differences in police philosophies, eg *Bürgerpolizei* versus *Staatspolizei* (Winter 1998). The first one characterizes a more approachable, less-militarized policing with an emphasis on the service functions and the protection of the citizens. The second one, on the contrary, delineates a policing philosophy which is more distant and militarized, and tends to prioritize the protection of the state interests over the rights of the citizens. Variation can also stem from the extent to which a country’s public order regime favors a permissive or a restrictive framework for the right to peaceful assembly (on the historical roots of the diversity in police organizations in Europe, see Bayley 1975). Hence, one may expect, specific policing repertoires travel more easily across countries with a similar philosophy of policing and a public order regime.

With hindsight from this debate, I am going to discuss transnational efforts which lay out the guidelines and principles for policing in the handling of public demonstrations in Europe. I will also critically assess some of the controversial aspects of transnational protest policing in the European context.

3. In search for a European approach to protest policing

The contributors of the edited volume on the policing of transnational protest by Della Porta and colleagues (2006) were intrigued by the following question: Is there a retreat

from the *negotiated management* approach to crowd control in western democracies? Milestone events and disturbances in respective cities such as Seattle (1999), Genoa (2001) and Gothenburg (2001) unleashed a discernible path towards a militarized policing and a selective return to *escalated force*. To make matters worse, the political consequences of 9/11 led to a securitization of everyday life at the expense of civil liberties. In the United States, one particular result has been the rise of the Miami model in protest policing which builds on the idea of *strategic incapacitation*: preemptive arrests, incremental resort to surveillance and less-lethal weapons, spatial enclosures and so forth (Gillham 2011). The trajectory in Europe shows some common traits with the US-American trend² but it would be misleading to assume a linear path which is one and the same everywhere. As I claim, the promotion of prevention and facilitation can be singled out. In practice, though, the implementation of these strategies did not come without problems and difficulties.

The nub of transnational policing in Europe after 2001 is information exchange and the so-called 'knowledge work' (Reiter and Fillieule 2006). Exchange of information specifically concerns tactics such as *black bloc* or individual 'troublemakers' whose presence at international venues and summits is interpreted as an ominous threat to public order. While promoting closer cooperation between national law enforcement organizations, the European Council invoked the possibility of introducing restrictions on the free movement of (potentially dangerous) citizens identified by the police. The temporary suspension of the Schengen Agreement indeed came into effect (Art 2 para 2; see Della Porta and Reiter [2006] on Genoa); and the Council even considered, albeit met by opposition, a proposal to introduce travel bans on 'violence-ridden' activists. These measures notwithstanding, police cooperation proved less effective than presumed, due to the shortage of information provided by police departments and because of the notable differences in national legislations in terms of information exchange and data protection (Reiter and Fillieule 2006).

At the programmatic level, facilitation of peaceful protest is another aspect of the European approach in the making. However, this has met with dire challenges at operational, structural and discursive levels. First, public order maintenance remains within the jurisprudence of national states whose police departments enjoy a great deal of discretion in method and practice as long as they comply with the ECHR. Second, irrespective of the legitimate goals transnational protest policing might entail, eg safeguarding the freedom of assembly, the democratic deficit at the EU level casts doubts on the transparency and accountability of the decisions taken by numerous Eurocrats and security experts on policing matters. Criticisms by the European Parliament on instances of heavy-handed policing fall short of a direct influence on policy making. After the Genoa

2 I acknowledge that to speak about *the* American trend can be regarded problematic as it neglects internal nuances between different states.

incidents, recommendations from the European Parliament for a better protection of civil liberties at major public events did not echo strongly in the European Council. Likewise, the public was denied access to the minutes of the meetings of the Police Chiefs Task Force, established in 1999 (Reiter and Fillieule 2006, 160-163). A third issue is related to the powerful agenda of counter-terrorism. While European efforts to tackle terrorism can be traced back to the TREVI group in the 1970s, 9/11 gave a strong impetus to prioritize terrorist threats in Europe, too. In the field of protest policing, this has fed into a tendency to view major demonstrations predominantly through the rigorous glossary of security with an appeal to counter-terrorism.

The making of a European approach to protest policing took further shape in the last decade. One of the key elements of this process is the conflation of security, risks and threats with a rights-based perspective. For that matter, utmost importance is attributed to what is called 'major events'. In 2007, the Council of the European Union released its recommendations of a handbook for police and security authorities "concerning cooperation at major events with an international dimension". The document explicitly stated that in order to ensure the security of major events both "a public order perspective and a *counter-terrorism* (emphasis added) perspective" were required (Council of the European Union 2007). The fact that counter-terrorism is separately mentioned next to public order cannot be ignored since it unveils the discursive strength of counter-terrorism.

As in the previous schemes information exchange and intelligence gathering are regarded perhaps as the most critical aspects of police work and reiterated in the 2008 Prüm Decision. Law enforcement authorities are thus expected to assess risks and threats by "potential demonstrators and other groupings", while Member States are recommended to provide sufficient resources for custody and to "make speedy decisions on the use of pre-trial detention". The logic of prevention also lays down that "temporary reintroduction of border control at internal borders can be a useful instrument to prevent individuals or groups who are considered to pose a *potential* (emphasis added) threat to the maintenance of public law and order and/or security from travelling to the location of the event" (Council of the European Union 2007, 19).

The logic of prevention is enshrined in the often cited concept of risk management which lies at the heart of the European approach. It "shifts the focus of control from the avoidance of protest to the reduction of the probability of disruption to occur" (Scholl 2012, 62). While being legitimized on the grounds of confrontational proclivities of certain groups preventive interventions can also be "regarded as part of a wider culture of state repression which involves arresting and detaining people for what they *may possibly do* (emphasis added), rather than for what they have done" (Jarman 2014, 41). By the same token, the police forces are encouraged to display "low level of visibility" and "high level of tolerance regarding peaceful gathering and demonstrations". As a means to maintain public order, the police are advised to rely on channels of communication involving

“civil associations and representatives of demonstrators” with the help of dialogue teams to be set up at the national level.

The transnational drive for a more common ground of protest policing in Europe has been further developed by the European House of Major Event Security (HOUSE) which ran between 2012 and 2014 (for an overview, see Rohmann 2013). Launched by the EU-SEC II, a consortium of 24 Member States in 2008 composed of national police departments, police academies and interior ministries, HOUSE shares the same vision as the recent (2010-2014) Stockholm Programme regarding the convergence of policing practices in Europe. The core principles in the manual published by HOUSE do not differ much from its antecedents mentioned above. It is still noteworthy that the roadmap for a European transnational policing is developed by introducing instruments such as the establishment of the European Major Events Registry (EMER) and the Specialist Technical Equipment Pool (STEP). The former is intended to work as “a researchable repository of key facts and figures for the evidence based planning purposes of future events in host European countries” (UNICRI 2011, 79); while the latter is anticipated as a “selective and searchable electronic database” which will “contain evaluative information on specialist security technologies and equipment that have been tried and field tested by Member States at Major Events” (UNICRI 2011, 74).

Commonality of policing is also sought by creating a “common security terminology” for which the European Union Agency for Law Enforcement Training (CEPOL) – the former European Police College – is claimed a key role. On another note, the manual also stresses public-private partnerships (PPP) for security provision at major events. Fostered by “responsibility” and “regulation” the PPP is an indication of the growingly fragmented nature of policing discussed by Reiner (2010) and other scholars. At the operational level, HOUSE recapitulates the notion that policing is to be guided by facilitation of peaceful protests and dialogue with demonstrators. At a discursive level, the blending of security with liberty is again straightforward. In its introduction, the manual opens up with the headline reading “a question of *balance* (emphasis added)” and later phrases “security as an expression of European freedoms”. Both conceptions are redolent of the perennial debate on security-liberty nexus. If one wants to be rather critical, following Neocleous (2007), the idea of balance can be interpreted as a “liberal myth” on the grounds that security always comes prior to liberty and it is “always paramount” (Neocleous 2007, 140). While this is certainly a topic for yet another article, the extensive vocabulary that consists of “security deliverables”, “security products”, “security planning”, “security threat”, “security tool” and “security research” in the HOUSE documents call into question the nearly romanticized idea of balance.

On the ‘liberty’ side of the balance, emphasis on dialogue has come to the fore recently through the GODIAC project. Led by Sweden the project aimed at “good practice for dialogue and communication as strategic principles for policing political manifestations in Europe” (Polisen 2013) and involved nine countries: Austria, Denmark, Germany,

Hungary, Portugal, Slovakia, Spain, Sweden and UK. The concept of dialogue policing has its roots in the Swedish policing repertoire and was introduced after the Gothenburg riots in 2001 (Holgersson and Knutsson 2011). Dialogue goes beyond the terms of negotiated management and rests on sustained cooperation and communication with protester groups. On theoretical grounds, it is informed by the Elaborated Social Identity Model in social psychology and its application to crowd situations (Reicher et al 2004). Using notions like *identification* and *differentiation* of group dynamics dialogue policing aims to avoid conflicts via sustained contact with activists. The premises of dialogue have been mentioned in a recently published European handbook for police officers and other law enforcement agents (Murdoch and Roche 2013) and in a report by the Human Rights Council of the UN (2016). For the time being, the extent to which the GO-DIAC project bore fruit and was successfully adopted by the participant countries remains to be seen. Given the stringency of national police settings, it is reasonable to assume that the dialogue approach is more likely to become operational in countries with a quite similar policing philosophy, eg *Bürgerpolizei*, than in those settings renowned for their relatively statist and militarized tradition.

4. Discussion

To carve out a common paradigm of protest policing in Europe is therefore an ongoing project, yet haunted by a handful of questions. Transparency, public scrutiny and accountability are pressing issues to begin with. A recent report by a Madrid-based human rights organization, *Access Info Europe* (2015), lays bare the problem of transparency in relation to the use, regulation and evaluation of protest policing equipment by the police forces in Europe. In response to its survey sent out to 42 countries, *Access Info* received very limited feedback on their legitimate request for information directed to the police authorities. While “not one of the 42 countries surveyed provided full information to a set of questions about the law governing use of equipment during protests, the training on its use, the quantities and nature of equipment held, and post-protest evaluations”, in half of the cases there was “administrative silence” (no response) some of which reportedly lacked legitimate basis (*Access Info* 2015). The findings came as an unsettling result but probably not as a big surprise. That is primarily because of the secluded nature of police organizations, which remains unabated and applies neatly to transnational networks and platforms as well. Scant concern with public scrutiny, transparency and accountability thwarts the democratic legitimacy of policing policies no matter how police forces and other security ‘experts’ would benignly advocate strategies which cushion against the repressive effects of policing.

This brings us to another predicament related to the common European approach to protest policing, and that is the limited capacity of national police traditions to absorb external, eg transnational, stimuli. For one thing, proactive facilitation can already be

noticed in certain cases. During the UN Climate Summit in Copenhagen 2009, for instance, “a large group of police officers worked as ‘dialogue police’ [...] ‘with a soft hat and a yellow waistcoat’ worn on the top of the riot uniform” whereby at least some of them “gained a positive impression of the large majority of demonstrators” (Krøijer 2013). With some nuances the use of dialogue and liaison strategies in protest policing – also beyond mega-events – has also been experimented in the UK (HMIC 2009; Gorringer, Stott, and Rosie 2012; for a more critical evaluation, see NETPOL 2012). Whether these examples owe more to transnational influence or domestic debate can be discussed. At any rate, the diffusion of facilitation and dialogue approaches has only reached a limited scope. Recent studies actually confirm that even in countries that experienced large-scale disturbances in their recent past, significant change in public order management systems (POMs) seems to have been an exception rather than the rule (Wahlström 2016). In addition to police philosophy and tradition, *Wahlström* argues, change in POMs or its lack thereof can be attributed to the existing political opportunities favoring or disfavoring rapprochement with extra-parliamentary groups, and to the results of official inquiries, if any. Besides questions of transparency, legitimacy and accountability, the making of a common European approach to protest policing is thus further obscured by the relative impermeability of national boundaries of police conduct.

5. Conclusion

Transnational networks of policing in Europe have long sought effective coordination in security affairs and crime control. Efforts to build up a common repertoire of protest policing accelerated in the aftermath of mass demonstrations of the global justice movement since the late 1990s. Therefore, the primary focus of transnational protest policing in Europe has been the so-called mega-events which themselves have a transnational dimension.

The documents analyzed here show that the making of a European approach largely rests upon preventive and facilitative strategies of public order management. Fostered by information exchange, threat and risk assessment, the former strategy is concerned with reducing the likelihood of disorder. Successful or not, certain measures under the rubric of prevention such as preemptive arrests endanger people’s legitimate right to protest “by creating the risk and fear that people may be arrested and detained for greater or lesser periods for simply being in the wrong place at the wrong time” (Jarman 2014, 41). Facilitative strategies, on the other hand, might contribute to the creation of a more benevolent repertoire of policing. However, evidence so far documents only limited appeal. Countries with a distinct *Bürgerpolizei* tradition are more likely to adopt facilitative strategies in comparison with those jurisdictions where a *Staatspolizei* philosophy prevails. Overall, protest policing with a transnational dimension in Europe raises two

conundrums for scholars and practitioners alike to reflect on in the future. The first one concerns the secluded nature of policing policies that is entrenched in the transnational realm. The perils of transparency and accountability jeopardize the ideal of democratic policing. The second one stems from the relative impermeability of national police settings. The latter encumbers the widespread adoption of relatively benign strategies such as facilitation by dialogue.

Kivanç Atak (PhD in Political and Social Sciences) is a guest post-doctoral researcher at Stockholm University, Department of Criminology; kivanc.atak@criminology.su.se

6. References

- Access Info. 2015. "The Transparency of the Policing of Protests." www.access-info.org/wp-content/uploads/Police-and-Protest-Report_Final.pdf.
- Bayley, David H. 1975. "The Police and Political Development in Europe." In *The Formation of National States in Western Europe*, edited by Charles Tilly. Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- Bowling, Benjamin. 2010. *Policing the Caribbean: Transnational Security Cooperation in Practice*. New York: Oxford University Press.
- Bowling, Benjamin, and James Sheptycki. 2012. *Global Policing*. Los Angeles: Sage.
- Brodeur, Jean-Paul. 2000. "Transnational Policing and Human Rights: A Case Study." In *Issues in Transnational Policing*, edited by James W.E. Sheptycki, 43–66. London; New York: Routledge.
- Council of the European Union. 2007. "Council Recommendation Concerning a Handbook for Police and Security Authorities Concerning Cooperation at Major Events with an International Dimension (Document 14143/3/07 of 6.12.2007)." www.statewatch.org/news/2009/dec/eu-troublemakers-handbook-2007.pdf.
- Deflem, Mathieu. 2004. *Policing World Society: Historical Foundations of International Police Cooperation*. New York: Oxford University Press.
- Della Porta, Donatella, Abby Peterson, and Herbert Reiter, eds. 2006. *The Policing of Transnational Protest*. Aldershot: Ashgate.
- Della Porta, Donatella, and Herbert Reiter. 2006. "The Policing of Global Protest: The G8 at Genoa and Its Aftermath." In *The Policing of Transnational Protest*, edited by Donatella Della Porta, Abby Peterson, and Herbert Reiter, 97–116. Aldershot: Ashgate.
- UNICRI. 2011. "Foundations of the European House of Major Events Security: A Manual for the International Coordination of Major Events Security Research in Europe." Turin: EU-SEC II Consortium.
- Gillham, Patrick F. 2011. "Securitizing America: Strategic Incapacitation and the Policing of Protest Since the 11 September 2001 Terrorist Attacks." *Sociology Compass* 5 (7): 636–652.
- Gorringer, Hugo, Clifford Stott, and Michael Rosie. 2012. "Dialogue Police, Decision Making, and the Management of Public Order During Protest Crowd Events." *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling* 9 (2): 111–125.
- HMIC. 2009. "Adapting to Protest: Nurturing the British Model of Policing." www.justiceinspectores.gov.uk/hmic/media/adapting-to-protest-nurturing-the-british-model-of-policing-20091125.pdf.
- Holgersson, Stefan, and Johannes Knutsson. 2011. "Dialogue Policing: A Means for Less Crowd Violence?" In *Preventing Crowd Violence*, edited by Tamara D. Madensen and Johannes Knutsson, 191–218. London: Lynne Rienner.
- Jarman, Neil. 2014. "Preventive Interventions and the Right to Protest." In *Pre-Trial Detention in 20th and 21st Century Common Law and Civil Law Systems*, edited by Marion Charret-Del Bove and Fabrice Mourlon, 25–46. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing.
- Krøijer, Stine. 2013. "Security Is a Collective Body: Intersecting Times of Security in the Copenhagen Climate Summit." In *Times of Security: Ethnographies of Fear, Protest and the Future*, edited by Martin Holbraad and Morten Axel Pedersen, 33–56. New York; London: Routledge.

- McNab, Chris. 2015. *Riot Control Vehicles: 1945-Present*. Oxford; New York: Osprey Publishing.
- Murdoch, Jim, and Ralph Roche. 2013. "The European Convention on Human Rights and Policing: A Handbook for Police Officers and Other Law Enforcement Officials." Council of Europe. <http://www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/documentation/EuropeanConventionHandbookForPolice.pdf>.
- Neocleous, Mark. 2007. "Security, Liberty and the Myth of Balance: Towards a Critique of Security Politics." *Contemporary Political Theory* 6 (2): 131–149.
- NETPOL. 2012. "Report into the Policing of Protest 2010/2011." <https://netpol.files.wordpress.com/2012/07/wainwright-report-final1.pdf>.
- Nye, Joseph S., and Robert O. Keohane. 1971. "Transnational Relations and World Politics: An Introduction." *International Organization* 25 (3): 329–349.
- Polisen. 2013. "Recommendations for Policing Political Manifestations in Europe." GODIAC – Good Practice for Dialogue and Communication as Strategic Principles for Policing Political Manifestations in Europe. Stockholm. https://www.polisen.se/Global/www%20och%20Intrapolis/Rapporter-utredningar/01%20Polisen%20nationellt/Ovriga%20rapporter-utredningar/GODIAC/GODIAC_BOOKLET_130503_manifest.pdf.
- Reicher, Stephen, Clifford Stott, Patrick Cronin, and Otto Adang. 2004. "An Integrated Approach to Crowd Psychology and Public Order Policing." *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management* 27 (4): 558–572.
- Reiner, Robert. 1992. "Policing a Postmodern Society." *The Modern Law Review* 55 (6): 761–781.
- Reiner, Robert. 2010. *The Politics of the Police*. 4th ed. Oxford; New York: Oxford University Press.
- Reiter, Herbert, and Olivier Fillieule. 2006. "Formalizing the Informal: The EU Approach to Transnational Protest Policing." In *The Policing of Transnational Protest*, edited by Donatella Della Porta, Abby Peterson, and Herbert Reiter, 145–74. Aldershot: Ashgate.
- Rohmann, Barbara Maria. 2013. "Enhancing Coordination in the Area of Security at Major Events." *European Police Science and Research Bulletin*, Special Conference Edition Nr. 1: 134–138.
- Salát, Orsolya. 2015. *The Right to Freedom of Assembly: A Comparative Study*. Oxford: Hart Publishing.
- Scholl, Christian. 2012. *Two Sides of a Barricade: (Dis)order and Summit Protest in Europe*. Albany: State University of New York Press.
- Sheptycki, James W.E. 1995. "Transnational Policing and the Makings of a Postmodern State." *British Journal of Criminology* 35 (4): 613–635.
- UN Human Rights Council. 2016. "Joint Report of the Special Rapporteur on the Rights to Freedom of Peaceful Assembly and of Association and the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions on the Proper Management of Assemblies." www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session31/Documents/A.HRC.31.66_E.docx.
- Wahlström, Mattias. 2016. "Watershed Events and Changes in Public Order Management Systems." In *The Consequences of Social Movements*, edited by Lorenzo Bosi, Marco Giugni, and Katrin Uba, 285–313. Cambridge: Cambridge University Press.
- Winter, Martin. 1998. "Police Philosophy and Protest Policing in the Federal Republic of Germany, 1960-1990." In *Policing protest: the control of mass demonstrations in Western democracies*, edited by Donatella Della Porta and Herbert Reiter, 188–212. Minneapolis: University of Minnesota Press.

Demokratie und Dissens

Agonistische Demokratietheorie und die Legitimität von Protest

Oliver Marchart

1. Der Konflikt um das Recht auf Konflikt

Der „First Amendment Song“ von *Reverend Billy & The Church of Stop Shopping* ist ein selbstbezüglicher Fall von Protest, der die eigene Rechtmäßigkeit zum einzigen Inhalt hat und die Polizei in ein Paradox verstrickt. In der Rolle *Reverend Billys*, der Kunstfigur eines Südstaatenpredigers mit dem Äußeren eines blondierten Elvis, organisiert der Performer *Bill Talen* gemeinsam mit seinem Protest-Gospelchor *The Church of Stop Shopping* seit Jahren Demonstrationen vor Banken, in Shopping Malls und in *Starbucks-Cafes* und war nicht zuletzt bei *Occupy Wall Street* aktiv.¹ Ihre Performance des ersten Zusatzartikels, vorgetragen von Chor und Reverend Billy in Gospel-Manier, demonstriert regelmäßig, wie die von der amerikanischen Verfassung garantierten Rechte gerade von jenen missachtet werden, die sie schützen sollten: von der Polizei. Doch will die Polizei die *Church of Stop Shopping* auflösen, so muss sie eine Versammlung auflösen, die sich um das Recht auf Versammlung versammelt. Sie muss die freie Äußerung des Rechts auf freie Meinungsäußerung unterbinden. Denn hier ist das Recht auf Protest der Inhalt des Protests. Werden die Demonstrierenden verhaftet, so werden sie verhaftet, weil sie für ihr Recht auf Demonstration demonstriert haben.

Diese paradoxe Struktur verweist auf einen im Protest mitlaufenden Rechtmäßigkeitsverweis, der zumeist zwar implizit bleibt, im „First Amendment Song“ aber explizit wird. Qua mitlaufendem Rückgriff auf die eigene Rechtmäßigkeit wird darauf bestanden, dass die *demokratische Grundlegung* des „Rechts, Rechte zu haben“ (*Hannah Arendt*), nicht bloß an einem bestimmten Zeitpunkt in der Vergangenheit lokalisiert ist, also im historischen Moment der Menschen- oder Grundrechtsrechtserklärung, sondern in Augenblicken demokratischen Protests reaktualisiert werden muss, weshalb der Akt des Protests zugleich als ein Akt der fortgeführten Selbstgesetzgebung des (Volks-)Souveräns zu verstehen ist. Denn wenn Demokratie in einem anspruchsvollen Sinn auf dem Prinzip populärer Selbstgesetzgebung beruhen soll, dann muss, wie *Ulrich Rödel*, *Günter Frankenberg* und *Helmut Dubiel* schon vor Jahren im Anschluss an *Claude Lefort* betont haben, der ursprüngliche Akt der Selbstgesetzgebung – einschließlich der Erklärung eines

¹ Die politischen Botschaften sind zumeist antikapitalistisch, antikonsumistisch und ökologisch. 2009 wurde *Reverend Billy* als Kandidat für das New Yorker Bürgermeisteramt von der Green Party unterstützt.

Rechts-auf-Rechte – in „der alltäglichen Wiederholung des Gründungsaktes, etwa vermittelt durch Petitionen, Demonstrationen oder Akte zivilen Ungehorsams“ immer aufs Neue hergestellt werden.² Daraus folgern die Autoren: „Erst mit der Selbst-Erklärung der Menschenrechte und der wechselseitigen Zuerkennung des Rechts, Rechte zu haben, instituiert sich die Zivilgesellschaft als eine handlungsfähige und konfliktintensive Pluralität, die in der Lage ist, die öffentliche Sphäre gegenüber der Macht zu behaupten und mit dem Widerstreit der Meinungen, immer neuen Themen und Rechtsansprüchen sowie mit den vielfältigen Formen symbolischer Praxis auszufüllen.“³ Diese Beobachtung scheint heute, angesichts der zunehmenden Einengung öffentlicher Protesträume durch den Gesetzgeber sowie der immer engmaschigeren Überwachung und Polizierung von Öffentlichkeit⁴, noch aktueller als zu Zeiten ihrer Abfassung in den 1980er-Jahren.⁵ Die Antwort auf diese Entwicklung kann sich nicht in einem bloß defensiven Rückzugsgefecht der zivilgesellschaftlichen Kräfte erschöpfen. Die offensive Antwort liegt, um eine von *Claus Offe* wie *Etienne Balibar* eingeführte Wendung aufzugreifen, in der *Demokratisierung der Demokratie*. Was könnte damit vor dem Hintergrund unserer Frage nach der „alltäglichen Wiederholung des Gründungsakts“ der Selbstgesetzgebung gesagt sein? Wenn es darum gehen soll, Demokratie selbst zu demokratisieren, dann kann dies nur heißen: *Radikalisierung* von Demokratie. Ein politisches Projekt wäre erforderlich, das im Wortsinn an die Wurzel der Demokratie zurückgeht, um Demokratie in Rückabgeltung der Grundnormen des demokratischen Horizonts von Freiheit, Gleichheit, Solidarität und Volkssouveränität auf möglichst viele, wenn nicht alle Sektoren der Gesellschaft auszuweiten.⁶ Und natürlich würde ein solches Projekt *radikaler Demokratie* – als Projekt der Ausdehnung des Horizonts der demokratischen Revolution – auf das fundierende Recht-auf-Rechte rekurrieren, das in fortgesetzter, wenngleich zumeist impliziter Selbstgesetzgebung qua Protest aktualisiert wird. Dass dieses ursprüngliche Recht, von dem *Lefort* sagt, es sei eines der „generischen Prinzipien der Demokratie“⁷, nur *im Protest* re-fundiert werden kann (im Doppelsinn von „Refundierung“ als Neugründung und Rückabgeltung), hängt damit zusammen, dass schon seine ursprüngliche Institution sozial *erkämpft* wurde und immer neu *erkämpft* werden muss. Am Ursprung unserer Rechte liegt also der Konflikt *um* diese Rechte – einschließlich des Konflikts um das Recht auf Konflikt. Vor dem Hintergrund solcher Konfliktrechtskonflikte dürfen die

2 *Rödel/Frankenberg/Dubié*, Die demokratische Frage. Ein Essay (1989) 103.

3 *Rödel/Frankenberg/Dubié*, Die demokratische Frage 106.

4 Vgl für diese Tendenz in Österreich etwa der Beitrag von *Hense* in diesem Schwerpunkt.

5 Wobei sich, um dies gleich vorwegzunehmen, demokratische Proteste von antidemokratischen darin unterscheiden, dass erstere das Recht auf Rechte im Protest affirmieren und bestärken, während letztere dieses Recht für sich in Anspruch nehmen, um es – für alle anderen – gerade zu negieren oder zu schwächen.

6 Von einer solchen Ausweitung von Freiheits- und Gleichheitsräumen sprechen *Ernesto Laclau* und *Chantal Mouffe* in ihrer Darlegung der Prinzipien radikaler Demokratie, vgl *Laclau/Mouffe*, Hegemonie und radikale Demokratie (1991).

7 *Lefort*, Menschenrechte und Politik, in *Rödel*, Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie (1990) 264.

Menschenrechte nicht nur als „politische Kommunikationsrechte“⁸, sondern müssen als politische *Konfliktrechte* verstanden werden: Eine demokratische Ordnung verbürgt den politischen Akteuren und Akteurinnen – ob es sich nun um einzelne Bürger und Bürgerinnen, soziale Bewegungen, politische Abgeordnete oder intermediäre Organisationen handelt – nicht einfach nur Rechte. Sie verbürgt ihnen das Recht, um neue Rechte sowie den Erhalt erworbener zu kämpfen. Der Protest ist in Demokratien also nicht einfach nur legitim, sondern er ist gleichsam wesenseins mit Demokratie. Protest ist Grundrecht, weil Protest Grund des Rechts ist.

Ich möchte im Folgenden jene Schule der Demokratietheorie zumindest umrisshaft vorstellen, die dieser Auffassung wohl am nächsten kommt und uns normative Schützenhilfe geben kann, um die Legitimität von Konflikt in der Demokratie zu erweisen: die Schule der *agonistischen Demokratietheorie* nämlich, die von der demokratieregenerierenden Kraft eines rechts- und regelgeleiteten Konflikts ausgeht. In einem zweiten Schritt werde ich allerdings dieses Konfliktverständnis, insb bei *Chantal Mouffe* als der vielleicht prominentesten Vertreterin des Paradigmas, mit dem Argument kritisieren, dass auch der gezielte Rechtsbruch zur rechtsgründenden Dimension von Protest gehören kann. Ich werde für solche Fälle (in Abgrenzung zu *Mouffes* Forderung nach demokratischer Sublimierung von Konflikt) den Begriff der *progressiven Desublimierung* von Konflikt vorschlagen. Von ihm her lässt sich abschließend eine Funktionsbestimmung von Polizei zumindest andeuten.

2. Protest als regelkonformes Spiel: Die Schule agonistischer Demokratietheorien

Innerhalb des Felds jüngerer Demokratietheorien hat sich unter dem Titel der agonistischen Demokratietheorie in den letzten Jahren ein eigenständiger neuer Diskussionszweig herausgebildet. Typischerweise wird von agonistischen Demokratietheoretikern und -theoretikerinnen zweierlei postuliert: (a) In einer demokratischen Ordnung muss Konflikt als ein zentraler politischer Wert affirmiert werden, da Demokratie sonst stagnieren würde. (b) Konflikte müssen dennoch regelgeleitet ausgetragen werden, da die Gesellschaft ansonsten im Krieg aller gegen alle untergehen würde.⁹ Demokratie ist aus agonaldemokratischer Sicht eine *symbolische Ordnung sozialer Verhältnisse, in der die Produktivität regelgeleiteter Konflikte institutionell wie kulturell anerkannt ist*. Durch diese Ordnung weht, wie es *Arendt* ausgedrückt hätte, ein „agonale[r] Geist“, der jenes „Urbild des Handelns“ bestimmt, das uns die griechische Antike geliefert hat: „[D]as leidenschaftliche Sich-an-Anderen-Messen, das seinerseits wieder dem Begriff des Politischen in den Stadt-Staaten seinen eigentlichen Gehalt gab“.¹⁰ Demokratietheoretisch bedeutet

8 Rödel/Frankenber/Dubiel, Die demokratische Frage 103.

9 Demgemäß ist „agonistisch“ abgeleitet vom griechischen *agôn*, dem Begriff für einen durch Spielregeln domestizierten Wettstreit.

10 *Arendt*, Vita Activa. Vom tätigen Leben (1992) 187.

dies, dass zum einen zwischen widerstreitenden Auffassungen vom *common good* keine letztverbindliche Entscheidung getroffen werden kann, denn ließe sich ein abschließender Konsens finden, käme der Agon zum Stillstand; dass zum anderen aber auch das Band des Konflikts nicht reißen darf, da sich ansonsten die Gesellschaft in zwei unveröhnliche Lager spalten und der *agôn* zur *stasis* (Bürgerkrieg) eskalieren würde.

Zwei Stränge sind nun innerhalb des Paradigmas agonistischer Demokratietheorien zu unterscheiden. Ein va in den USA und Kanada prominenter Strang orientiert sich vornehmlich an *Nietzsche* und *Arendt*. In diesem Lager, dessen Gründungsfigur *Sheldon Wolin* ist, steht *William Connolly* als vielleicht prominentester Verteidiger eines „agonistischen Respekts“ für eine ressentimentkritische Position, die ihre Vorbilder va in *Nietzsche* und *Deleuze* findet. *Bonnie Honig* hat *Arendts* Theorie zu einem „feministischen Agonismus“ ausgebaut. Eine Variante bildet *James Tullys* quasi-nietzscheanische Verteidigung des agonalen Charakters von Freiheit im Rahmen einer multikulturalistischen Demokratietheorie.¹¹ Diesem nietzscheanisch-arendtianischen Strang stehen agonistische Positionen der marxistischen Traditionslinie gegenüber (wobei hier vereinzelt Abstecher zum polemologischen Politikmodell *Carl Schmitts* unternommen werden). Zu diesem postmarxistischen Strang zählen *Claude Lefort* und seine Schule (darunter ua der frühe *Marcel Gauchet*, *Miguel Abensour* oder die an *Lefort* orientierte *Myriam Revault d'Allonnes*), sowie *Ernesto Laclau*, *Chantal Mouffe* und deren Schule. In mancherlei Hinsicht kann auch *Jacques Rancières* Modell demokratischen Widerstreits zum postmarxistischen Lager des Agonismus gerechnet werden, auch wenn diese Verbindung in der *Rancière*-Literatur so gut wie nie hergestellt wird.

Beide Stränge – der nietzschianisch-arendtianische und der postmarxistische – zeichnen sich durch die Zentralstellung sozialer Konflikte aus, die als eine potentiell produktive Dimension demokratischer Gesellschaft begrüßt werden.¹² Doch laufen die beiden Stränge agonistischer Demokratietheorie deswegen noch lange nicht parallel, was aufgrund ihres unterschiedlichen Argumentationshintergrunds – hier nietzscheanisch-arendtianisch, dort marxistisch – ohnehin verwunderlich wäre. Im arendtianischen Strang scheint

11 Für einen Überblick vgl *Wenman*, *Agonistic Democracy: Constituent Power in the Era of Globalization* (2013).

12 Freilich tolerieren bis zu einer gewissen Schwelle schon Liberalismus und Republikanismus, ja selbst der Habermas'sche Prozeduralismus Konflikt. Aus liberaler Sicht sind Konflikte jedoch nur dort als produktiv anzuerkennen, wo sie in Gestalt der Konkurrenz von Marktteilnehmern auftreten und dem Motiv rationaler Interessenkalkulation gehorchen. Der klassische Republikanismus ist gespalten zwischen einer konfliktaversiven Schule (dessen berühmtester Vertreter wohl *Rousseau* ist), für die jeder Faktionalismus bereits den Weg in den kollektiven Untergang weist, und einer konflikttoleranten Schule, die, wie bei Machiavelli, sehr wohl die Produktivität grundlegender Konflikte anerkennt und als einziger unter den klassischen Ansätzen eine signifikante Schnittfläche mit agonistischen Demokratietheorien aufweist. Die deliberative Demokratietheorie schließlich bleibt viel mehr an der „kommunikativen Bewältigung“ (vgl *Habermas*, *Faktizität und Geltung* (1998) 374) von Konflikten interessiert als an deren Zentralstellung. Im Zentrum der „dezentrierten“ Öffentlichkeiten steht für das deliberative Modell die kommunikative Vernunft, im Liberalismus die Interessenkalkulation des Marktteilnehmers und im Republikanismus – zumindest in seiner kommunitaristischen Ausprägung – der ethisch-kulturell integrierte Gemeinwille. Daher wäre es zwar verfehlt, den drei Demokratiemodellen Konfliktignoranz zu unterstellen; doch anders als in agonistischen Demokratietheorien wird in keinem dieser Modelle Konflikt – in Gestalt des Agon – ein normativer Primat zuerkannt.

der gleichberechtigten Teilnahme der Agonisten und Agonistinnen an der öffentlichen Debatte wenig entgegenzustehen. Alle kämpfen, wenn man so will, auf ebenem Terrain unter Bedingungen der Waffengleichheit. Der postmarxistische Agonismus betont hingegen die asymmetrische Voraussetzungsstruktur des Sozialen. Der Handlungs- und Auszeichnungswille, der für das aristotelische Handlungsmodell *Arendts* bezeichnend ist, spielt hier kaum eine Rolle, denn es sind im Wesentlichen kollektive Akteure und Akteurinnen, die auf einem vermachteten Terrain unter ungleichen, va auch – gemessen am sportiven Agonismusideal – *unfairen* Bedingungen um Vorherrschaft ringen. Politisches Handeln trägt aus dieser Perspektive seinen Sinn nicht in sich selbst, sondern ist an politischen Zielen ausgerichtet, deren Verwirklichung die strategische Überwindung von Hindernissen voraussetzt.¹³ Dazu wäre ein reiner Agonismus, der nach *Arendt* (und *Aristoteles*) seine Zweckbestimmung in sich selbst trägt, wenig geeignet.

So überrascht es nicht, dass *Mouffe*, die wohl bekannteste Vertreterin des postmarxistischen Modells, ihr Gegenüber im Feld agonistischer Demokratietheorie scharf kritisiert hat. *Arendts* pluralistisches Konfliktverständnis ignoriere diese fundamentalere Dimension von Konflikt. Was *Arendt* und ihre Anhänger und Anhängerinnen vertreten, sei, so *Mouffe*, ein „Agonismus ohne Antagonismus“.¹⁴ Die Vorstellung, im Zwischenraum gleichberechtigter Diskussionsperspektiven könne Vielfalt ungehindert blühen, sei ein Phantasma. *Arendt* würde, ähnlich wie später *Honig* oder *Connolly*, das zentrale Moment der *Hegemonie* übersehen – also das Ziel aller Politik, eine allgemein zustimmungsfähige, dauerhafte hegemoniale Formation (einen „historischen Block“ à la *Gramsci*) zu errichten. Obwohl *Mouffe* für einen agonistischen Pluralismus eintritt, verneint sie vehement die Möglichkeit eines Pluralismus, der keine Ausschlüsse produzieren würde. Agonismus und Pluralismus sind ohne die ständige Möglichkeit solcher Ausschlüsse gar nicht vorstellbar, denn für politisches Handeln „ist der Augenblick der Entscheidung [zwischen politischen Alternativen, O.M.] unumgänglich, und das erfordert das Ziehen von Grenzen, die Festlegung eines Raumes der In- bzw. Exklusion“.¹⁵ Anders könnten hegemoniale Machtverhältnisse nicht herausgefordert werden. Denn wenn das soziale Terrain durchgehend vermachtet ist, erfordert ein politisches Projekt der Radikalisierung von Demokratie notwendigerweise den Aufbau einer gesellschaftlichen Alternative, sprich: von Gegenmacht. Deshalb müsse die antagonistische Dimension von Politik auch noch im Modell agonaler Demokratie präsent gehalten werden: „Schließlich geht es um nichts Geringeres als den Kampf zwischen gegensätzlichen, nach Hegemonie strebenden Projekten, die niemals rational miteinander in Einklang gebracht werden können; eines von ihnen muss unterliegen. Es ist eine echte Konfrontation, die jedoch auf der Grund-

13 Das erklärt übrigens, weshalb *Carl Schmitts* realistischer Begriff des Politischen für manche Agonisten des zweiten Stranges wichtig wurde, denn das am KriegsmodeLL orientierte Freund/Feind-Kriterium des Politischen macht Politik zur Fortsetzung des Kriegs mit anderen, nämlich durch die beidseitige Anerkennung von Konfliktregeln einhengenenden, Mitteln.

14 *Mouffe*, Agonistik. Die Welt politisch denken (2014) 32.

15 *Mouffe*, Agonistik 37.

lage von beiden Seiten akzeptierter demokratischer Verfahren ausgetragen wird“.¹⁶ Würden beide Seiten nicht in Verfahrensfragen übereinstimmen, könnte der Agonismus außer Kontrolle geraten und in einen ungebändigten Antagonismus umschlagen. Der politische Kontrahent würde in solchen Fällen, so *Mouffes* an *Schmitt* angelehnte Befürchtung, zum existentiellen Feind erklärt werden, was die Geltungsvoraussetzungen eines agonalen Pluralismus untergrübe.

3. Spielverderbender Protest: progressive Desublimierung

Die knappe Diskussion agonistischer Demokratietheorien hat zwei Konfliktarten aufgetan: Agon und Antagonismus. Der Begriff des Agon, als einer sozial oder institutionell geregelten Form wetteifernder Konfliktaustragung, bezieht sich ausschließlich auf Kämpfe, die den institutionalisierten Spielregeln der Konfliktaustragung gehorchen, ohne diese Spielregeln selbst in Frage zu stellen. Agonistische Demokratietheorien nietzscheanisch-arendtianischer Provenienz unterscheiden sich, legt man diesen Maßstab an, nur wenig von anderen normativen Demokratiemodellen. Auch die Modelle liberaler Interessensaggregation, prozeduralistischer Deliberation oder kommunitaristischer Gemeinwohlorientierung tolerieren wohltemperierte Konflikte. Doch, und das ist entscheidend, selbst die Antagonismen scheinbar affirmierende *Mouffe* begrüßt solche nur, solange sie gemäß akzeptierter demokratischer Verfahren ausgetragen werden (genau dann, so der Widerspruch in dieser Argumentation, handelt es sich allerdings *stricto sensu* gar nicht um Antagonismen, sondern um Agonismen). So legt *Mouffe* großen Wert auf die demokratische *Sublimierung* – *Carl Schmitt* hätte gesagt: Hegung – von unregulierten Antagonismen zu regelgeleiteten Agonismen. Zu Recht wurde ihr entgegengehalten, dass zum Aufbau emanzipatorischer Gegenmacht Spielregeln gelegentlich gebrochen werden müssen: “In fact, substantive political change during the modern period has routinely involved episodes of violence, physical occupation, armed insurrection, and systemic forms of refusal (e.g. general strikes, riots, sit-ins, passive disobedience, and boycotts). It is precisely through the intersection of conventional political participation (voting, ‘agonistic’ debate and opinion formation in the public sphere, and so forth) and these decidedly ‘antagonistic’ forms of extra-parliamentary action, that real changes in the distribution of wealth, power, and authority have been achieved. Thus, the ‘taming’ of conflict advocated by *Mouffe* on behalf of an agonistic pluralism entails a misleading and incomplete view of societal transformation.”¹⁷

16 *Mouffe*, Agonistik 31; und insofern politische Leidenschaften – anders als rationalistische Politikmodelle Glauben machen – immer eine Rolle in der Politik spielen werden, so *Mouffe* weiter, bestehe die Hauptaufgabe demokratischer Politik darin, vagabundierende Affekte „zu ‚sublimieren‘, indem man sie für demokratische Zwecke fruchtbar macht und kollektive Identifikationsmöglichkeiten um demokratische Ziele schafft“, *Mouffe*, Agonistik 32. Ansonsten würden sich diese Affekte an antidemokratische Projekte heften.

17 *Kester*, The Sound of Breaking Glass. Part II: Agonism and the Taming of Dissent, e-flux journal 2012, 9-10, www.e-flux.com/journal/the-sound-of-breaking-glass-part-ii-agonism-and-the-taming-of-dissent/ (19.6.2016).

Mouffe bleibt also eine Antwort auf die Frage schuldig, wie radikaldemokratische Kämpfe ohne ein Element antagonistischer Politik allein im Geiste eines agonistischen Pluralismus erfolgreich geführt werden können. Denken wir nur an den politischen Umgang mit jenen Parteien, für die sich der Euphemismus Rechtspopulismus eingebürgert hat. Auch wo sie noch innerhalb des „Verfassungsbogens“ stehen mögen, kann es strategisch sinnvoll sein, einen *cordon sanitaire* um rassistische, autoritäre und antidemokratische Parteien zu ziehen, um sie gerade nicht als legitime Agonisten anerkennen zu müssen. *Mouffe* hat sich immer gegen die antagonistische „Ausgrenzung“ solcher Parteien und für deren Anerkennung als Agonisten ausgesprochen.¹⁸ Es ist allerdings nicht einzusehen, weshalb, sagen wir, rechtsextremistische Positionen schon als demokratisch legitim anerkannt werden müssen, nur weil sie gerade noch dem Verbotsgesetz entkommen. Doch nicht nur die Legitimität manch politischer Positionen, auch die manch hegemonialer Spielregeln mag im radikaldemokratischen Kampf um Befreiung und Demokratisierung in Zweifel gezogen werden. Es existieren viele Fälle, in denen Machtstrukturen innerhalb bestehender Spielregeln nicht erfolgreich herausgefordert werden können. Denken wir nur daran, dass es eines Bürgerkrieges – einer *stasis*, nicht eines *agôn* – bedurfte, um in den USA endgültig die Sklaverei abzuschaffen.

Das klassische, wenn auch wenig kontroverse Beispiel für die praktische Infragestellung rechtlicher Spielregeln ist der zivile Ungehorsam. *Rödel*, *Frankenberg* und *Dubiel* bauten ihr Argument auf diesem Testfall auf: „Der gezielte Normbruch, die Regelverletzung, die Verweigerung des Rechtsgehorsams“ charakterisiere Proteste des gewaltfreien Widerstands in der Tradition *Thoreaus*, *Gandhis* und *Martin Luther Kings*.¹⁹ Durch zivilen Ungehorsam, der durchaus Rechtsbruch sei und bleiben will, wird man daher keineswegs zum Verbrecher, natürlich auch nicht zur Revolutionärin, sondern man wird zum *cives*, „der in der Begründung und Begrenzung des normverletzenden Protests, im Verzicht auf Gewalt und in der Inkaufnahme angemessener Sanktionen, die politische Gleichheit aller anerkennt“.²⁰ In diesem Sinne definieren sie zivilen Ungehorsam als „legitime Dramatisierung des Spannungsverhältnisses zwischen dem positiven Recht und den vorfindlichen demokratischen Verfahren und Institutionen einerseits sowie der Idee von Demokratie als Selbstregierung andererseits, die sich nicht im geltenden Recht und institutionellen Status quo erschöpft“.²¹ Proteste, auch oder gerade wenn sie am Rande der Legalität stattfinden, verweisen auf die prozessuale Natur der Normsetzungs- und Normauslegungsverfahren, das heißt auf die Novellierbarkeit und Reinterpretierbarkeit von Gesetzen. Sie demonstrieren damit zugleich den revidierbaren Charakter parlamentarischer Mehrheitsentscheidungen. Daraus schließen die Autoren: „Zu keinem Zeitpunkt also muß die normprüfende Vernunft der Bürger abdanken, müssen sich die Bür-

18 *Mouffe*, Über das Politische. Wider die kosmopolitische Illusion (2007) 94-100.

19 *Rödel/Frankenberg/Dubiel*, Die demokratische Frage 26.

20 *Rödel/Frankenberg/Dubiel*, Die demokratische Frage 26.

21 *Rödel/Frankenberg/Dubiel*, Die demokratische Frage 42.

ger den Virtuosen der Verfassungsauslegung unterwerfen und über das, was sie für normativ richtig halten, schweigen. Stets können sie die Fallibilität auch rechtsförmig zustandegekommener Entscheidungen geltend machen und, etwa durch zivilen Ungehorsam oder andere Formen des Protests, Anstöße zur Rechtsänderung geben. Stets können sie so die Vorstellung von Republik und Demokratie als eines unabgeschlossenen Projekts aktivieren.²² *Politisch* würde *Mouffe*, die kaum Interesse an rechtstheoretischen Fragen zeigt, sich diesem Gedanken womöglich anschließen, doch auf theoretischer Ebene widerspricht er ihrem durchgehenden Plädoyer, Antagonismen müssten zu Agonismen sublimiert werden. Der gezielte Bruch rechtlicher Spielregeln ist in ihrem Argument nicht vorgesehen. Daran zeigt sich *Mouffes* ungleiche Gewichtung der beiden Tropen des Konflikts – Antagonismus und Agonismus. Deren Verhältnis gleicht einer Einbahnstraße. *Mouffe* privilegiert konsequent die Sublimierung des Antagonismus zum Agonismus (also des Feindes zum Kontrahenten). An keiner Stelle aber befürwortet sie die Passage in die umgekehrte Richtung einer, wie man in kreativer Abwandlung des von *Herbert Marcuse* geprägten Begriffs der repressiven Desublimierung sagen könnte: *progressiven Desublimierung*. Protest besitzt jedoch immer das Potential, Agonismen zu desublimieren, also wieder in einen Spielregeln sprengenden Antagonismus zu überführen. Freilich muss eine solche Verschärfung regelgeleiteter Konflikte zu einem regelsprengenden Antagonismus nicht notwendig im Dienste progressiver Politik stehen. Progressiv sind Desublimierungen – und darin unterscheiden sie sich von repressiven – in dem Ausmaß, in dem sie sich auf das Recht-auf-Rechte *aller* beziehen (und somit den eigenen Einschluss nicht um den Preis des Ausschlusses anderer aus dem Raum der allgemeinen Rechte durchzusetzen versuchen). Mit „progressiv“ ist folglich keine geschichtsphilosophische Fortschrittsidee verknüpft, sondern die simple Annahme, dass es radikaldemokratischen Protestbewegungen um die Vertiefung und Ausweitung der Grundnormen von Freiheit, Gleichheit, Solidarität und Selbstgesetzgebung zu tun ist. In diesem Sinne marschieren progressive Protestakteure und -akteurinnen nicht „voran“ in eine neue Zeit, in der die demokratischen Grundnormen endlich verwirklicht sein würden. Ihre Aktionen zielen in die Breite und Tiefe des *heutigen* Geltungsbereichs dieser Normen.

4. Protest und Polizei

Was *Mouffe* den anderen Spielarten agonistischer Demokratietheorie also vorwirft – deren Pluralismus ließe keinen Raum für Antagonismen –, kann ihr selbst nicht weniger vorgeworfen werden. In ihren *beiden* Varianten hat die agonistische Demokratietheorie Probleme, den konfliktiven Bruch von Spielregeln normativ in ihr Modell zu integrieren, denn dieser Bruch wäre eben kein *agôn* mehr, sondern ein Antagonismus. Das bedeutet nicht, dass die demokratische Ordnung als solche umgestürzt würde. Freilich bleiben zi-

22. Rödel/Frankenberg/Dubiel, Die demokratische Frage 41.

viler Ungehorsam und andere Formen regelverletzender Proteste letztlich rückbezogen auf die Grundwerte der Demokratie, insb auf das Recht, um Rechte zu kämpfen – und in diesem Sinne wird das Spiel, dessen Regeln gebrochen werden, nicht abgebrochen. Es wird *neu begonnen*.²³ Doch in manchen Fällen kollidiert die Inanspruchnahme dieses Rechts-auf-Rechte mit der positiven Rechtsordnung. Der im Protest erwachte Souverän tritt dann in Konflikt mit dem Gesetzgeber, der die Fiktion eines „schlafenden Souveräns“ aufrechterhalten muss. *Richard Tuck* hat auf brillante Weise gezeigt, dass die bei *Hobbes* zu findende Denkfigur eines „sleeping sovereign“ dem Standardmodell repräsentativer Demokratietheorie zugrunde liegt. Nur in äußerst seltenen Fällen wichtiger Verfassungsänderungen darf gemäß dieses Modells der Souverän in Form von Volksabstimmungen geweckt werden.²⁴ Im Protest jedoch, das wird im Standardmodell übersehen, ist der Souverän bereits erwacht. Statt auf seine „Befragung“ zu warten, beginnt er ungefragt Forderungen zu erheben. Es kommt zur Kollision zwischen der konstituierenden und der konstituierten Gewalt.²⁵

Radikaldemokratischer Protest bleibt also insofern agonal, als er demokratische Grundrechte unberührt lässt, ja sie gerade reaktiviert. *Antagonistisch* verhält sich solcher Protest zu den gesetzlichen und ordnungsamtlichen Spielregeln, die das Bemühen um Refundierung des Rechts-auf-Rechte behindern, ja oftmals verunmöglichen. Radikaldemokratischer Protest konstruiert einen Testfall, um den Spielraum zwischen Agonismus und Antagonismus auszuloten. Was daher nottut, ist eine Demokratietheorie, die nicht nur die Legitimität eines pluralistischen *agôn*, sondern zugleich die Legitimität *antagonistischer* Konfliktformen erweisen kann, sofern diese auf die immer erneuerbare Rückabgeltung des Gründungsanspruchs demokratischer Selbstgesetzgebung ausgerichtet bleiben.

Vor diesem Hintergrund erweist sich die häufig unverhältnismäßige, wenn nicht gewaltsame Polizierung radikaldemokratischen Protests als demokratiefeindlich. Denn was hierbei eingeschränkt oder gegängelt wird, ist nicht bloß das Demonstrationsrecht. Erinnern wir uns an *Reverend Billy* und *The Church of Stop Shopping*. Was in solchen Fällen letztlich zum Verstummen gebracht wird, sind Forderungen nach der erneuten und fortgesetzten Gründung von Demokratie, denn auf nichts anderes rekurriert die im Protest mitlaufende Reklamation des Rechts-auf-Rechte. Der erwachte Souverän soll gleichsam bewusstlos geschlagen werden. Damit besteht die Funktion von Polizei in der Arretierung jener Grenze zwischen *agôn* und Antagonismus, die durch den Ansturm sozialer Proteste, in dem sich die konstituierende Gewalt volkssouveräner Selbstgesetzgebung erneuert, in Bewegung geraten ist. Polizeiliche „Aufstandsbekämpfung“ – im Sin-

23 Vgl zum Prinzip des demokratischen Neubeginns *Marchart*, *Neu beginnen*. Hannah Arendt, die Revolution und die Globalisierung (2005).

24 Vgl *Tuck*, *The Sleeping Sovereign. The Invention of Modern Democracy* (2015).

25 Ich beziehe mich hier auf *Negrís* ideengeschichtliche Lesart der Sieyès'schen Unterscheidung zwischen konstituierender und konstituierter Gewalt, vgl *Negrí: Insurgencies. Constituent Power and the Modern State* (1999).

ne der Kontrolle, Überwachung und gegebenenfalls physischen Niederschlagung demokratischer Proteste – zielt auf die Fixierung der fluiden Grenze zwischen regelkonformen und regelprüfenden oder -überschreitenden Protesten. Polizei heißt Arrest, genauer: die *Arretierung* sozialer Bewegung. Es wäre aber ein grober Irrtum, soziale Bewegungen für stillstellbar und die rechtlichen Spielregeln politischer Konfliktaustragung für unverrückbar zu halten. Die Grenze zwischen *agôn* und Antagonismus steht von beiden Seiten – von Seiten der konstituierenden Gewalt des Protests, die Spielregeln hinterfragt, und von der Seite der konstituierten Gewalt der Legislative, die sie verändern kann – immer wieder zur Verhandlung. Von den Suffragetten über das Civil Rights Movement bis zu den – in vielen Ländern *stante pede* illegalisierten – Platzbesetzungen oder der erst jüngst als „Schlepperei“ kriminalisierten Fluchhilfe hat sich immer wieder erwiesen, dass die Versuche, Demokratie zu demokratisieren, Antagonismen produzieren. Denn oftmals unterbinden die herrschenden Spielregeln eines liberaldemokratischen Agon jede Möglichkeit, Demokratisierung voranzutreiben. Radikaldemokratischer Protest erweitert diese Spielregeln, indem er sie bricht. Wo dies gezielt, reflexiv und im Namen des Rechts-auf-Rechte *aller* geschieht, dort ist Demokratie mit Dissens identisch.

Univ.-Prof. Dr. Oliver Marchart lehrt Politische Theorie am Institut für Politikwissenschaft der Universität Wien;
oliver.marchart@univie.ac.at

Die Polizei in gewaltsamen Protestdynamiken: Eine sozialtheoretische Annäherung

Andrea Kretschmann

1. Einleitung

In Österreich werden gewaltsam verlaufende Demonstrationen vonseiten politischer Autoritäten regelmäßig als besonders schreckliche Ereignisse gerahmt und nicht selten wird suggeriert, dass die staatliche Ordnung aufs Schärfste bedroht sei. Politische Akteur_innen und Polizei inszenieren derartige Veranstaltungen mit Hilfe der Medien als abartige „Spektakel“¹ – mit der Folge der öffentlichen Dämonisierung und/oder strafrechtlichen Kriminalisierung der Beteiligten sowie der Entpolitisierung der jeweiligen Demonstrationen. Durch ihre regelverletzende Struktur, so der Diskurs, entleerten die Proteste sich ihres politischen Gehalts;² gewaltsam verlaufende Demonstrationen seien deshalb nie als *potestas*, sondern immer schon als *violentia* zu sehen. Derart als ‚privat‘ gerahmte Gewalt, längst nicht nur auf Demonstrationen als Relikt der Vormoderne gebrandmarkt³, wirkt innerhalb der medialen Darstellung diskreditierend in Hinblick auf bestimmte Proteste und Protestierendenmilieus, aber auch in Hinblick auf die politische Form „Demonstration“. Die Politik der Menge auf der Straße, als solche sowieso schon dem Verdacht des Unzeitgemäßen ausgesetzt⁴, wirkt in solchen Fällen eigenartig antiquiert, während die Polizei zur Eindämmung der Gewalt und zur Wiederherstellung der angegriffenen Staatlichkeit als unabdingbar aufscheint.

Legt man jedoch – in Kombination mit empirischen Ergebnissen über Gewaltdynamiken auf Demonstrationen – einige soziologische Grundbegriffe an, die in sozialen Situationen und öffentlichen Aushandlungen um Demonstrationen zum Tragen kommen, so mehren sich die Hinweise, dass Polizeien an der Entstehung von Gewalt auf Demonstrationen nicht nur ausnahmsweise mitbeteiligt sind. Von hier ausgehend stellt sich die Frage, inwieweit staatliche Akteur_innen zu dem, was im öffentlichen Diskurs als durch Gewalt hervorbrachte soziale Unordnung betrachtet wird, selbst mit beitragen. Unter Bezugnahme auch auf einige aktuelle Tendenzen im *Protest Policing* untersucht der Beitrag die Rolle der Polizei in gewaltsamen Protestdynamiken. Dies geschieht nicht aus-

1 *Debord*, *Comments on the Society of the Spectacle* (1990) 28.

2 Vgl etwa *Krone*, Demo-Schlacht war wie Vorstufe zum Bürgerkrieg, www.krone.at/Oesterreich/Demo-Schlacht_war_wie_Vorstufe_zum_Buergerkrieg-Aufregung_im_Web-Story-514549 (23.8.2016).

3 Vgl *Knöbl*, *Kriegsverdrängung* (2008).

4 Vgl *Mazarella*, *The Myth of the Multitude, or, Who's Afraid of the Crowd?* *Critical Inquiry* 2010, 697.

schließlich, aber mit besonderem Blick auf Österreich und unter Abgrenzung von solchen Forschungen, die simplifizierend auf eine rein instrumentell agierende Polizei abstellen bzw diese allein im Licht von „Repression“ betrachten.⁵ Nachfolgend wird sichtbar, dass bei Gewaltdynamiken auf Demonstrationen häufig von komplexen Wechselverhältnissen auszugehen ist, die sich relational entlang von sozialen Interaktionen und Prozessen kultureller Deutung sowie von Definitionen der Situation in Machtverhältnissen entfalten.⁶

2. Gewaltsamer Protest in Österreich

Nimmt man eine Zählung der Proteste und Demonstrationen im öffentlichen Raum vor und charakterisiert ihren Ablauf, so kommt man schnell zu dem Ergebnis, dass die überwiegende Mehrheit der Demonstrationen in Österreich friedlich und in geordneten Bahnen verläuft. Menschen bewegen sich hier zumeist entlang der gesetzlichen Vorgaben durch die Straßen.⁷ Dieser Aspekt tritt jedoch regelmäßig dann in den Hintergrund, wenn es auf Demonstrationen doch zu gewalttätigen Auseinandersetzungen⁸ kommt. Mit *della Porta*⁹ lässt sich argumentieren, dass auch die allmähliche Normalisierung von Demonstrationen zur Stigmatisierung von Gewalt bei Protesten führt. Dies kann seit den 1980er Jahren auch für Österreich behauptet werden. Eine aktuelle Ausprägung dessen ist das Gleichsetzen gewaltsam verlaufender Demonstrationen mit Kriegszuständen vonseiten politischer und medialer Akteur_innen, und damit – immerhin ist Krieg mit der Aufhebung der staatlichen Ordnung oder zumindest ihrer Neuverhandlung verbunden – auf eine extreme Form von kollektiver Gewaltausübung. Zuletzt war eine solche Diskursivierung in Zusammenhang mit einer Demonstration gegen den Aufmarsch der rechten Gruppe der „Identitären“ im Juni 2016 zu beobachten. Das Boulevardblatt „Krone“ titelte, man hätte hier eine „Vorstufe zum Bürgerkrieg“¹⁰ erlebt. Um die gewaltsamen Vorgänge auf einer Demonstration gegen den Akademikerball im Januar 2015 zu beschrei-

5 Zur Dominanz derartiger Perspektiven in der Bewegungsforschung s *Combes/Filieulle*, Repression and Protest, *Revue française de science politique* 2001, 1 (1).

6 Vgl nicht unähnlich schon früh *Sack*, Staat, Gesellschaft und politische Gewalt (Nachdruck aus 1984), in *Dollinger/ua*, Kriminologie als Gesellschaftswissenschaft (2014) 248-357.

7 Vgl zur überwiegenden Gewaltlosigkeit von Demonstrationen allg *Meyer/Tarrow*, A Movement Society, in: *Dies*, The Social Movement Society (1998) 1-28.

8 In den Sozialwissenschaften existiert kein Konsens darüber, was als Gewalt verstanden werden muss. Gewalt lässt sich nicht abschließend definieren, insofern sie als soziale Konstruktionsleistung historischen Wandlungserscheinungen unterliegt: „Welche Verletzung der Integrität des menschlichen Körpers als Gewalt betrachtet wird [...] wandelt sich historisch“, *Koloma Beck/Schlichte*, Theorien der Gewalt (2014) 36. IdS erfährt auch die Durchsetzung des Gewaltmonopols und damit die Einrichtung von „Zonen erlaubter Gewalt“ Verschiebungen: So galt das Gewaltmonopol im Deutschland des vorigen Jhd als durchgesetzt, obwohl „es die Einrichtung des Duells kannte, obwohl es einen Konsens gab, dass bei Wirtshausschlägereien, die ein bestimmtes Maß nicht überschritten, die Polizei nicht gerufen wurde“, vgl *Reemtsma*, Organisation mit Gewaltlizenzen, in *Herrnkind/Scheerer*, Die Polizei als Organisation mit Gewaltlizenzen (2003) 7 (9).

9 *Della Porta*, Social movements and the state, in *McAdam/ua*, Comparative perspectives on social movements (1996) 93-121.

10 *Krone*, Demo-Schlacht war wie Vorstufe zum Bürgerkrieg.

ben, war es die Polizei selbst, die in ihren Ermittlungsakten mit Kriegsmetaphern arbeitete – und in Folge dessen auch die Staatsanwaltschaft im Gerichtsprozess.¹¹ Es scheint fast, als würde die Durchsetzung des Gewaltmonopols aktuell mit einer neuen Bedeutung versehen, jener der Herstellung eines „Zustand[s] der Gewaltlosigkeit“.¹²

Nicht selten ist es in diesem Kontext der Ruf nach mehr und nach anders agierender Polizei, der laut wird.¹³ Denn grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass diese bei Demonstrationen rechtmäßig und professionell als befriedende und nach Möglichkeit Grundrechte schützende Kraft auftritt. In Österreich genießt die Polizei in der Bevölkerung großes Vertrauen¹⁴ und von diesem ist auch die Debatte um gewaltsame Proteste geprägt: Die Verantwortung für Gewaltausbrüche wird in der Regel den Demonstrierenden zugeschrieben. So steht die Art und Weise der weiteren Berichterstattung der Krone für gewaltsam verlaufende Demonstrationen exemplarisch: „Weil Gegendemonstranten den Zug der Identitären blockieren wollten“, wird die Gewaltdynamik beschrieben, „musste die Polizei Pfefferspray einsetzen.“¹⁵ Unberücksichtigt bleibt bei dieser Darstellung, dass die Demonstrierenden Gewalt als Folge dessen anwendeten, dass die Polizei ohne Vorwarnung und vorherigen Einsatz gelinderer Mittel vorging¹⁶, nämlich erst nachdem der Pfefferspray-Einsatz der Polizei sich nicht als kurze Maßnahme erwies, sondern als länger dauernde Zwangsmittel-Anwendung aus größter Nähe. Der Pfefferspray-Einsatz wurde inzwischen für rechtswidrig erklärt.¹⁷

In der Literatur wird – ganz im Sinne des oben skizzierten Bildes – immer wieder angegeben, die Polizei habe kein Interesse an der gewaltsamen Entwicklung von Demonstrationen. So argumentiert *P.A.J. Waddington*¹⁸, dass Polizeien sich darüber im Klaren seien, dass sie gewaltsam verlaufende Proteste nur schwer kontrollieren könnten. Die Aufrechterhaltung der Ordnung sei aus polizeilicher Sicht am besten über den Dialog mit den Demonstrierenden zu gewährleisten.¹⁹ Ebenso beschreibt *della Porta* Konzepte der Aushandlung („negotiated management“) beim *Protest Policing* für die europäischen Länder zutreffend als vorherrschend²⁰ – auch wenn sich in den letzten Jahren wissenschaftliche Studien mehren, die aktuell von einer Zunahme gewaltsamer Auseinander-

11 Klenk, Der Prozess, www.zeit.de/politik/2014-07/oesterreich-justiz-untersuchungshaft-student (23.8.2016).

12 Reemtsma in *Herrnkind/Scheerer* 11; In diesen Kontext ist auch der Umstand einzuordnen, dass die Polizei in Frankreich kürzlich eine Demonstration gegen Gewalt vonseiten Demonstrierender veranstaltete, vgl *Die Tagesschau*, Polizisten demonstrieren gegen Gewalt, www.tagesschau.de/ausland/polizeifrankreich-101.html (23.08.2016).

13 Vgl hierzu schon früh ebenso *Cohen*, Folk devils and moral panics (1972).

14 *Bundespolizei*, Großes Vertrauen in Polizeiarbeit, Öffentliche Sicherheit (2010) 62.

15 *Krone*, Demo-Schlacht war wie Vorstufe zum Bürgerkrieg.

16 Vgl *Sonderegger*, Wie man eine Demo rechtskonform wegschiebt, phsblog.at/wie-man-eine-gegendemo-rechtskonform-wegschiebt-polizei-versammlungsfreiheit/ (23.08.2016).

17 *Die Presse*, Demo: Pfefferspray-Einsatz der Polizei rechtswidrig, diepresse.com/home/panorama/oesterreich/5107562/Demo_PfeffersprayEinsatz-der-Polizei-rechtswidrig?_vl_backlink=%2Fhome%2Fpanorama%2Findex.do (25.10.2016).

18 *P.A.J. Waddington*, Liberty and order (1994) 101.

19 *Her Majesty's Inspectorate of Constabulary*, Adapting to protest (2009).

20 *Della Porta* in *McAdams/ua; Jobard/Filieulle*, A Splendid Isolation, www.booksandideas.net/A-Splendid-Isolation.html (19.10.2016).

setzungen zwischen Polizei und Demonstrierenden ausgehen.²¹ Ganz grundsätzlich scheint es, als böten gewaltsam verlaufende Demonstrationen für Polizist_innen vor allem Angriffsflächen: Wenn Demonstrationen eskalieren, werden gegenüber der Polizei nicht selten Vorwürfe etwa der Inkompetenz oder der schlechten Vorbereitung laut. Dennoch wird nachfolgend argumentiert, dass die Polizei, da sie Akteurin im Spiel ist, an gewaltsam verlaufenden Protestdynamiken ihren Anteil hat – und somit selbst beteiligt ist an der in der Öffentlichkeit so dämonisierten temporären Destabilisierung der sozialen Ordnung.

3. Die Logik der Situation

Der strategische und dosierte Einsatz von Gewalt oder auch das Spiel mit ihrer Potenzialität ist Teil vieler Protestkulturen und er wird von ihren ProtagonistInnen für ausgewählte Situationen als genuin politisch angesehen.²² Gewalt geht von daher natürlich auch allein induziert von Demonstrierenden aus. Nur weil einzelne Gruppierungen innerhalb von Demonstrationen von sich aus in Betracht ziehen, gewaltsam zu agieren, wäre es aber verkürzt, Gewaltdynamiken, so wie in der öffentlichen, darunter auch von der Polizei getragenen Debatte, von vornherein den Demonstrierenden zuzurechnen. Denn richtet man einen näheren Blick auf gewaltsame Eskalationen, so ist es häufig schwer zu sagen, wer verantwortlich für die Gewaltausbrüche war. Hierauf verweist erstens der Umstand, dass Gewalthandlungen auf Demonstrationen, sofern sie nicht an Nebenschauplätzen auf Gewalt gegen Sachen abstellen, in erster Linie *Interaktionen* zwischen Demonstrierenden und Polizei sind: Nach *Weber* ist soziales Handeln immer schon auf das Verhalten Anderer bezogen²³ und mit *Goffman* lässt sich eine soziale Interaktion weiterführend definieren als eine „wechselseitige Handlungsbeeinflussung, die Individuen aufeinander ausüben, wenn sie füreinander anwesend sind.“²⁴ Damit erweist sich für das Handeln der Demonstrierenden nicht nur das Handeln anderer Demonstrierender als relevant, sondern auch das der Polizei. Als besonders bedeutsam erweist sich hier eine Entwicklung der letzten Dekaden, auf Demonstrationen erheblich mehr Personal einzusetzen²⁵; mitunter kommt es dabei gar zu einem Verhältnis von 1 zu 2.²⁶ Die Demonstrationssituation entkoppelt sich so tendenziell von interaktiven Prozessen zwischen Umstehenden und Demonstrierenden – der bis in die 2000er-Jahre gebrauchte Slogan ‚Bür-

21 Zahlreiche AutorInnen sehen dies etwa bei dem Policing von Gipfelprotesten, vgl statt vieler *King/D.P. Waddington*, *Coping with disorder? Policing and Society* 2005, 118-137; Allg wird angenommen, dass Raten gewalttätigen Protests in neoliberal organisierten Gesellschaften höher sind als in sozialdemokratischen, vgl *Walby*, *Globalisation and inequalities* (2009).

22 Vgl etwa *D’Arcy*, *Languages of the unheard: Why militant protest is good for democracy* (2013).

23 *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922/2002).

24 *Goffman*, *Wir alle spielen Theater* (1959/1969) 18.

25 *Winter*, *Protest Policing und das Problem der Gewalt* (1998).

26 Vgl zB *Kocina/Seeb*, *Kurdendemo*, diepresse.com/home/panorama/wien/5071818/Kurdendemo_Ein-Polizist-fur-zwei-Demonstranten (23.8.2016).

ger lässt das Glotzen sein, reiht euch in die Demo ein' macht nur Sinn, solange keine Polizeikette den Blickkontakt mit Umstehenden verunmöglicht – und verlagert sich vermehrt auf jene zwischen Demonstrierenden und PolizistInnen. Es bestehen so zahlreiche Möglichkeiten zwischen den Angehörigen beider Gruppen, ‚für einander anwesend zu sein‘, mithin in soziale Interaktion zu treten. Auch aktuelle empirische Untersuchungen kommen zu dem Ergebnis, dass „violence emerges as emotional escalation between police and protesters“.²⁷ Die Ergebnisse schließen dabei an empirische Untersuchungen an, die argumentieren, dass Polizeien einen großen Teil der Verantwortung tragen, wenn es zu Gewalthandlungen kommt.²⁸

Wie aber sind die zu Gewaltdynamiken führenden polizeilichen Handlungen in Interaktion mit den Demonstrierenden zu charakterisieren? Zunächst ist an dieser Stelle jenen AutorInnen zu folgen, die hervorheben, dass (rechtmäßiges) ‚hartes‘ Policing Gewalt auf Demonstrationen entweder produziert oder gewaltsame Situationen intensiviert.²⁹ Das können einmal symbolische Handlungen sein, etwa wenn PolizistInnen als Ausdruck von Gegnerschaft oder Feindseligkeit gegenüber den Demonstrierenden, oder als Drohung, gegenüber diesen Gewalt anzuwenden, mit dem Knüppel an ihre Schilde klopfen. Nicht nur für den österreichischen Kontext zeigen in den letzten Jahren immer öfter Videodokumentationen von Demonstrationen, dass es im Kontext restriktiven Policings auch unverhältnismäßige und damit unrechtmäßige Handlungen der Polizei sein können, die Gewalt vonseiten der Demonstrierenden provozieren.³⁰ In diesem Zusammenhang kann wieder die oben beschriebene Demonstrationssituation als Beispiel dienen: Hier wurde beschrieben, dass die Polizei aus naher Distanz, ohne Vorwarnung und Ankündigung Pfefferspray gegen jene Demonstrierenden einsetzte, die sich dem Marsch der ‚Identitären‘ entgegenstellten. Die polizeilichen Handlungen induzierten die Gewalthandlungen der Gegendemonstration erst und trugen damit zu jenen Szenen bei, die in der „Krone“ als „Vorstufe zum Bürgerkrieg“ beschrieben wurden. Ebenso verhielt es sich in Zusammenhang mit dem Policing der oben erwähnten Demonstration gegen den Akademikerball im Jahr 2015. Hier sorgte ua die Einkesselung einer friedlichen Demonstration für Gewaltakte vonseiten Demonstrierender.³¹

4. Konfligierende Deutungen sozialer Wirklichkeit

Wurde oben darauf hingewiesen, dass Polizeien in sozialen Interaktionen beteiligt sein können, wenn es auf Demonstrationen zu Gewalthandlungen kommt, so ist damit ein gegenseitig aufeinander bezogenes Miteinander von Demonstrierenden und Polizei in

27 www.decidingforce.org (23.8.2016); ähnlich Nassauer, Effective crowd policing, Policing 2014, 3-23.

28 Statt Vieler s Reiner, The Politics of the Police (2000).

29 Statt Vieler s Della Porta in McAdams/ua.

30 Vgl allg Emsley/Bessel, Introduction, in Dies, Patterns of Provocation (2000) 1-9.

31 Sonderegger, Die Sperrkette, <http://phsblog.at/die-sperrkette/#more-3008> (23.8.2016).

den Fokus der Analyse gestellt. Ergänzen wir *Webers* eingangs genanntes Verständnis des sozialen Handelns um eine weitere soziologische, genauer, eine situierte Perspektive, so sehen wir, dass Handeln nicht allein in Interaktionen stattfindet, sondern auch hervorgeht *aus der jeweiligen Deutung* der Handelnden – und hier *aus der sozialen Positioniertheit der Akteure heraus*³². Innerhalb der Soziologie hat es sich durchgesetzt, die Dinge nicht als an sich mit Bedeutung versehen zu verstehen, sondern auf sozialkonstruktivistischer Grundlage davon auszugehen, dass Bedeutungen stets durch *Deutungsleistungen* der Individuen prozesshaft hergestellt werden. Bedeutung wird den Dingen mithin – ausgehend von eigenen Erfahrungen, aber dennoch situativ – aktiv *zugeschrieben*. Deutungen bestimmen und beeinflussen damit Interaktionen. Nicht selten fundieren demnach Konflikte, die zwischen Polizei und Demonstrierenden als Gewalthandlungen auftreten, in konfligierenden Konzeptionen (1) der Legitimität und Relevanz von Protest bzw. spezifischen Protestformen und zugleich auch von (2) öffentlicher Ordnung und Sicherheit: Historisch hat es sich durchgesetzt, dass PolizistInnen bei Demonstrationen vor Ort sind, weil sie, das Grundrecht auf Versammlung schützend, die Abhaltung von Demonstrationen ermöglichen sollen. Dies ist der nach dem Rechtsstaatsprinzip bestehende Grund dafür, dass Demonstrierende und Polizei bei Versammlungen miteinander zu tun haben. Auch geht es darum, Gefahren zu bannen, die aus der Demonstration selbst hervorgehen. Interaktionen mit Gewaltpotenzial zwischen beiden Gruppen treten vor allem in solchen Situationen auf, in denen die Polizei interveniert, weil sie die öffentliche Ordnung und Sicherheit präventiv aufrechterhalten möchte oder aktuell gefährdet sieht. Die Polizei greift dann im Rahmen ihrer im Gefahrenabwehrrecht traditionell weiten Handlungsspielräume zu Maßnahmen, die das Recht auf Versammlung auch massiv einschränken können. Aus Perspektive der Demonstrierenden werden diese Einschränkungen der Versammlungsfreiheit aufgrund konfligierender Deutungen nicht selten als illegitim erlebt. (1) Aufgrund der unterschiedlichen sozialen Prädispositionen der beteiligten Akteure³³ können konfligierende Deutungen auf unterschiedlichen Demokratieverständnissen beruhen.³⁴ Für die Demonstrierendenseite kann man etwa liberale oder radikaldemokratische politische Theorien heranziehen, in denen die Entstehung politischer Legitimität nicht nur über formale politische Prozesse repräsentativer Demokratie als essenziell erachtet wird, sondern auch über zivilgesellschaftliche Aktivitäten.³⁵ Dem radikaldemokratischen Modell zufolge ist dabei nicht nur ziviler Ungehorsam sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch militanter Protest als „good for democracy“ zu betrachten³⁶.

32 ZB Berger/Luckmann, Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit (1969/1987).

33 Vgl. Schöne, Bourdieu und das Feld der Polizei (2011).

34 Vgl. Reiner, The Politics, 7.

35 Für eine Übersicht siehe Demirovic, Eine Frage der Reife, in Burschellua, Ungehorsam! Disobedience! (2014) 13-30; Begrenzte Geltung dürften die genannten Demokratietheorien bei rechten Demonstrationen haben, da bei diesen mit dem Grundrecht auf Versammlung Freiheiten genutzt werden, die rechte Gruppierungen eigentlich abschaffen wollen.

36 D'Arcy, Languages.

Die Wahlergebnisse für die Polizeigewerkschaft aus dem Jahr 2014 lassen die politischen Orientierungen von PolizistInnen dem gegenüber überwiegend konservativ erscheinen: Die stärkste Kraft bilden mit 38,9 Prozent die Christgewerkschafter_innen, es folgen mit 35,9 Prozent die Sozialdemokrat_innen und den dritten Platz nimmt mit 25,3 Prozent die freiheitliche AUF ein.³⁷ Mit *Jaschke*³⁸ kann angenommen werden, dass die Polizei „aufgrund ihres hoheitlichen und repressiven Charakters nach wie vor ein beruflicher Anlaufpunkt für Orientierungen [ist], denen an Ordnung, Autorität und hierarchischen Strukturen liegt. Ihr Auftrag [...] verlangt eine allgemeine Handlungsorientierung, die die Bereitschaft umfaßt, die bestehenden gesellschaftlichen und politischen Macht- und Herrschaftsverhältnisse zu verteidigen und durchzusetzen.“ In diesen Kontext kann möglicherweise auch das Vorgehen des aktuellen Polizeichefs *Pürstl* eingeordnet werden, der sich zwar deutlich für das Grundrecht auf Versammlung ausspricht³⁹, Praxen zivilen Ungehorsams – genauer: Sitzblockaden – jedoch seit einiger Zeit strafrechtlich als „Störung einer Versammlung“⁴⁰ einordnet. „Die Zulässigkeitsfrage [ob eine Demonstration laufen darf oder nicht,] darf [...] nicht vom Belieben einzelner Andersmeinender abhängen, die ihre Überzeugungen jenseits des rechtlichen Konsenses einer demokratischen Gesellschaft absolut setzen“, äußert er sich hierzu.⁴¹ Räumungen von Sitzblockaden haben in *Pürstls* Amtsperiode denn auch immer wieder zu Gewaltdynamiken auf Demonstration geführt.⁴² Es ist hiervon ausgehend also anzunehmen, dass es auch miteinander unvereinbare, differierende Legitimitätsvorstellungen sind, die Gewalthandlungen mitbedingen.

(2) Eine wachsende Bedeutung erlangen differierende Wahrnehmungen der Demonstrationssituation aktuell im Kontext des Ausbaus des Kriminaljustizsystems in sicherheitsstaatlicher Hinsicht, da sich hier Gewichtungen von Sicherheit und Grundrechtsschutz verschieben. Gewaltdynamiken können sich aus (schon im Vorfeld) massiv angelegten präventiven Maßnahmen ergeben, insofern diese als Repression bzw. Polizeiwillkür er-

37 Für Österreich ist weiter ein Ergebnis eines Wiener Wahlspiegels bei der letzten, später ungültigen Bundespräsidentenwahl im Jahr 2016 heranzuziehen, in dem vorwiegend PolizistInnen leben. Hier erreichte der Kandidat der FPÖ gegenüber dem den Grünen zurechenbaren Kandidaten mit 65 Prozent der Stimmen das beste Einzelergebnis in Wien überhaupt, vgl. *Hametner/Gartner*, Das rote Wien ist jetzt grün-blau, derstandard.at/2000035701708/Das-rote-Wien-ist-jetzt-gruen-blau (23.8.2016). Die Ergebnisse treffen sich mit wissenschaftlichen Studien für den deutschen Kontext: So stellt *Liebl* fest, dass die Rechts- und Ordnungsvorstellungen der PolizistInnen der Länder sich stark an jenen der CDU orientieren, *Liebl*, Rechts- und Ordnungsvorstellungen in der Polizei, in *Lange*, Die Polizei der Gesellschaft (2008) 213-226 (222f); vgl. zur Leerstelle von Forschungen zu politischen Einstellungen der Polizei: *Prenzel*, Niemand weiß, ob Polizisten fremdenfeindlich sind, www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2012-12/rechtsextremismus-fremdenfeindlichkeit-polizei (23.8.2016).

38 *Jaschke*, Rechtsextremismus (1994) 184.

39 *Pürstl*, Rechte, Linke schützen? Oder den Rechtsstaat, diepresse.com/home/meinung/gastkommentar/3815267/Rechte-Linke-schuetzen-Oder-den-Rechtsstaat (23.8.2016).

40 *Adensamer/Pentz*, Die Störung einer Versammlung nach § 285 StGB, *juridikum* 2014, 312-324.

41 *Pürstl*, Rechte, Linke schützen? Oder den Rechtsstaat.

42 ZB *Schmidt*, Über Hundert Anzeigen und Kritik am Vorgehen der Polizei, derstandard.at/2000001324837/Identitaeren-Marsch-Hunderte-Anzeigen-und-scharfe-Kritik-am-Vorgehen (23.8.2016); Vgl. zu konfigrierenden Deutungen im Bereich zivilen Ungehorsams für den deutschen Kontext *Willems*, Demonstranten und Polizisten (1988).

lebt werden. Ein zentrales Moment der präventiven Entwicklung von Maßnahmen bei Demonstrationen ist dabei die Erweiterung der polizeilichen Gefahrenabwehr um eine sich auf noch nicht konkretisierte Gefahren stützende, diffuse *Gefahrenvorsorge* und damit um präventiv weit vorausgreifende, Grundrechte einschränkende Maßnahmen.⁴³ Um Gefahren schon in Moment ihrer Ausprägung verhindern zu können, wird der polizeiliche Blick im Sinne eines Gefahrensinns schon auf kleinste Anormalitäten gerichtet. Für die Polizei verändert sich so das Verständnis dessen, was Aufrechterhaltung von Ordnung und Sicherheit bedeutet, mit der Folge, dass sie weniger die Demonstrierenden in ihrem Grundrecht auf Versammlung schützt, als Staat und Gesellschaft vor den Gefahren, die von der Demonstration ausgehen könnten. Verbunden ist dies naturgemäß mit einer Ausweitung polizeilicher Deutungsspielräume.⁴⁴ In Zusammenhang steht diese Entwicklung mit stark erweiterten Maßnahmen der Bekämpfung politisch motivierter Kriminalität im Rahmen anti-islamistischer Terrorismusbekämpfung seit 9/11 und ‚unordentlichen‘ Verhaltens im öffentlichen Raum seit den 1990er Jahren.⁴⁵ Beide Entwicklungen werden im Sinne eines nicht nur funktionalistischen, sondern auch mentalen ‚function creep‘ schleichend auf *Protest Policing* übertragen. Ein Beispiel für ein derart präventives Vorgehen war etwa das – später vom Verfassungsgericht als rechtswidrig eingestufte – Totalverbot einer Demonstration gegen den Akademikerball im Jahr 2010 auf Grundlage einer diffusen Gefahr: Es bestünde, so die pauschale Begründung, die Annahme, dass von der Demonstration Gewaltakte ausgehen könnten.⁴⁶ Bei dem Versuch der Polizei, das Verbot durchzusetzen, kam es zu Gewaltdynamiken und zahlreichen Festnahmen. Auch hier sorgten Wahrnehmungen illegitimen polizeilichen Handelns für die Gewaltausbrüche, paradoxerweise jedoch ausgelöst durch ein übermäßig ‚softes‘, dh zwar massiv Grundrechte einschränkendes, doch nicht in erster Linie eskalatives Policing. Mit *Mansley* lässt sich festhalten, dass „where police actions are perceived as illegitimate and unduly repressive, resistance to the police is seen as acceptable self-defence.“⁴⁷

5. Autorität über die Definition der Situation

Gewalt entsteht, das wurde oben deutlich, in sozialen Interaktionen zwischen Demonstrierenden und der Polizei und in konfligierenden Deutungen über die Situation, wie sie sich für die Individuen im Kontext unterschiedlicher Annahmen über Demokratie, Ordnung und Sicherheit erschließt. Der soziale Ausgang einer gewaltsam verlaufenden Demonstration (auch im Sinne ihrer öffentlichen Rezeption) ist jedoch nur dann ver-

43 Kretschmann, Katalysator Wirtschaftskrise? Cilip 2014; Vgl auch Adensamer/Sagmeister in diesem Heft.

44 Kretschmann, Wuchern der Gefahr, juridikum 2012, 320-333.

45 Vgl für den britischen Kontext *Mansley*, *Collective violence* (2013) 135; Kretschmann, Cilip 2014.

46 Paula, Versammlungsfreiheit vs. Panikmache, www.univie.ac.at/unique/uniquecms/?p=3566 (23.08.2016).

47 *Mansley*, *Collective Violence* (2013).

ständig, zieht man einen weiteren soziologischen Grundbegriff heran: jenen der Macht. Mit *Foucault* ist Macht den Dingen nicht äußerlich, sondern emergiert aus dem Sozialen. Sie nimmt als auf „Handeln gerichtetes Handeln“ immer auf andere handlungsfähige AkteurInnen Bezug. In dieser Bezugnahme „erweitert [sie] Handlungsmöglichkeiten oder schränkt sie ein [...] und im Grenzfall erzwingt oder verhindert sie Handlungen“⁴⁸. Macht transportiert sich dabei durch die performative Struktur der Rede: Sie prägt sich über diskursive Setzungen aus und vermag so festzulegen, was als ‚wahr‘ bzw. ‚unwahr‘ gilt.⁴⁹ Für die Akteure ist es deshalb entscheidend, die eigene Deutung der Situation in der Gemengelage konfligierender Deutungen aufrechterhalten und durchsetzen zu können. Denn nur so werden die eigenen Handlungen sozial erkenn- und zuordenbar als Handlungen entlang sozialer Regeln – und damit des Legitimen. Es ist dies die Voraussetzung etwa für Handlungsspielräume innerhalb der Protestsituation, aber auch für spätere Straffreiheit. Ob vor Gericht davon ausgegangen wird, dass ein Demonstrierender Steine warf, oder ob ihm zugeschrieben wird, einen in einer gewaltsamen Protestsituation umgefallenen Mülleimer wieder aufgestellt zu haben⁵⁰, ist auch abhängig davon, welche Deutung der Situation jeweils dominiert und/oder durchsetzbar ist.

Diesbezüglich haben kriminologische Untersuchungen festgestellt, dass die Macht, eine Situation zu definieren, zumeist bei den Strafbehörden liegt: Sie kann Situationen oder Personen qua institutioneller Autorität als gefährlich oder kriminell ausweisen⁵¹ und ihre Definitionen haben in Folge auch vor Gericht besonderes Gewicht. Es kommt so zu einer erfolgreichen Selbstrepräsentation der Polizei als Gewährleisterin von Rationalität und Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung, bei gleichzeitiger Unterschlagung jener „Spannung zwischen Reglementierung und Kreativität“⁵², wie sie sich aus ihren Ermessensspielräumen ergibt und in der das souveräne Beugen und Umgehen rechtlicher Vorschriften präserter sein kann als die Durchsetzung des Rechts.⁵³ In Anlehnung an *Mauss* „Magietheorie“ ist jedoch in Rechnung zu stellen, dass die Macht der Polizei, Situationen Bedeutung zu verleihen, nichts Feststehendes ist: Dieser zufolge ist der quasi-religiöse Glaube eines Kollektivs an einen Sachverhalt nicht universell, sondern seine Wirkung hängt von gemeinsamen Sozialisationsverfahren ab, ist mithin an eingegrenzte Kontexte gebunden.⁵⁴ Von hier aus lässt sich ableiten, dass sich die konstitutive Macht der polizeilichen Definition stets nur aus dem Umstand ergibt, dass diese von einem Kollektiv als legitim betrachtet wird. Die Frage, ob etwas eine gerechtfertig-

48 *Foucault*, Subjekt und Macht, in *Foucault*, Analytik der Macht (2005) 256.

49 *Foucault*, Subjekt 256.

50 *Trenkampf*, Österreich gegen Josef S. www.spiegel.de/unispiegel/studium/prozess-gegen-student-josef-s-in-oesterreich-nach-demo-randale-in-wien-a-982185.html (23.08.2016).

51 *Feest/Blankenburg*, Definitionsmacht (1972).

52 *Reemtsma* in *Herrnkind/Scheerer* 16.

53 Innerhalb der kriminologischen Forschung geht man davon aus, dass „Dienst nach Vorschrift“ Handlungspraktisch unmöglich ist vgl *Brusten*, Selektive Sanktionierung (1971) 40.

54 *Mauss*, Soziologie und Anthropologie Bd 1 (1950/2010).

tigte Zwangsmaßnahme oder aber eine Misshandlung ist, hängt so vom jeweiligen kulturellen Rahmen ab. Wenn also, wie eingangs beschrieben, Gewaltdynamiken auf Demonstrationen in Österreich von politischen Autoritäten stets ursächlich den Demonstrierenden zugeschrieben werden, so hat dies auch mit der gesellschaftlich vielfach unhinterfragten Übernahme polizeilicher Berichterstattungen zu tun. So werden im deutschsprachigen Kontext in den letzten Jahren immer wieder Medienberichte dahingehend kritisiert, dass sie der Polizei eher ein Forum böten als dass sie sich mit den polizeilichen Handlungen tatsächlich auseinandersetzen.⁵⁵ Eine sorgfältige Medienarbeit wird andererseits durch den mittlerweile strategischen Einsatz von Medien durch die Polizei erschwert: So geht sie gezielt auf bestimmte Medien zu, während sie andere außen vor lässt;⁵⁶ sie ‚begleitet‘ große Proteste schon Wochen vor und nach dem Ereignis⁵⁷; nicht zuletzt betreibt sie Imagepflege⁵⁸. Im Effekt ist die Polizei so zentral an der Produktion von ‚Wahrheiten‘ über Kriminalität und Sicherheit beteiligt und schafft sich so selbst eine legitimatorische Grundlage für Maßnahmen. In Bezug auf eine Demonstration gegen den Akademikerball im Jahr 2014 waren dies etwa massive Grundrechtseinschränkungen durch die Abriegelung großer Teile der Stadt infolge der „Konstruktion gewaltbelasteter und damit gefährlicher Orte“.⁵⁹ Nicht zuletzt ist es dieser Kontext der Macht über die Definition der Situation, der es zulässt, dass die Polizei sich gegenüber unterschiedlichen Demonstrierenden durchaus unterschiedlich verhält.⁶⁰ In der einschlägigen Literatur ist man sich einig, dass insb die Sicht der Polizei auf die Legitimität eines Protests für die jeweilige polizeiliche Einsatztaktik maßgeblich ist.⁶¹ Es sind die als weniger legitim angesehenen Proteste, bei denen die Grenzen zwischen Kriminalität und Politik verschwimmen können⁶² und aufgrund derer die Anwendung des deeskalativen Stils eines „negotiated mangement“ nicht als flächendeckend angesehen werden kann.⁶³ Polizeien verfügen bei derartigen Protesten, wenn es um Abweichungen von Absprachen zwischen den Parteien geht, zudem über eine geringere Toleranzschwelle.⁶⁴ Es sind neben Demonstrationen vonseiten marginalisierter Gruppierungen und solchen, die sich gegen mächtige Interessengruppen richten,⁶⁵

55 Vgl auch Pütter/Busch, Freund und Verfolger: Methoden und Mechanismen staatstragender Medienarbeit, *Cilip* 2007, 3-9.

56 *Republikanischer Anwältinnen- und Anwälteverein eV*, Feindbild Demonstrant (2007).

57 Dopplinger/Kretschmann, Die Produktion gefährlicher Räume, *juridikum* 2014, 19-28.

58 *Mauby*, Policing images (2002); *Sherr*, Freedom of protest, public order and the law (1989); s für Österreich etwa die Kampagne der Polizei „Polizei macht Menschenrechte“, www.bmi.gv.at/cms/BMI_Service/Aus_dem_Inneren/Die_Polizei_als_Menschenrechtsschutzorganisation.pdf (23.08.2016); vgl *Ullrich/Knopp* im vorliegenden Heft.

59 *Dopplinger/Kretschmann*, Die Produktion gefährlicher Räume, *juridikum* 2014, 19 (28).

60 *Brusten*, Selektive Sanktionierung.

61 P.A.J. Waddington, Policing Public Order and Political Contention; *Newburn*, Handbook of Policing (2003) 394-421.

62 *Della Porta*, Police knowledge and protest policing, in *della Porta/Reiter*, Policing protest (1998) 228-252.

63 Vgl *della Porta* in *McAdam/ua*.

64 *Mansley*, Collective Violence 55.

65 *Mansley*, Collective Violence 55; vgl auch *Della Porta/Reiter*, Policing protest (1998) 228-252.

insb mit Gewaltbereitschaft assoziierte Proteste, die „the use of forceful tactics [...] more likely“⁶⁶ machen.⁶⁷ Für Deutschland macht *Jaschke* zudem die Beobachtung, dass angesichts der Dominanz linker Proteste bis in die 1990er Jahre hinein „die Linke [für die Polizei] das eigentliche politische Feindbild“ darstellte.⁶⁸ *Della Porta* und *Peterson* stellen im Jahr 2005 eine geringere Verhandlungsbereitschaft vonseiten der Polizei insb für antikapitalistische Proteste fest.⁶⁹ Ebenso wie manche Aktivist_innenkreise die Tendenz haben, die Polizei zu dämonisieren (erinnert sei an die Parole „all cops are bastards“; für Frankreich der in den Banlieues entstandene, mittlerweile sozialstrukturell verbreiterte Slogan „nique la police“), muss dies zumindest in der Tendenz auch für die Polizei gegenüber gewissen Protesten und Protestierendengruppen konstatiert werden. Hierbei können es auch vorangegangene Interaktionen mit spezifischen Gruppen sein, die in Folgedemonstrationen gewalttätige Racheakte vonseiten der Polizei herausfordern.⁷⁰

6. Mob oder Souverän?

Das Selbstverständnis westlicher Demokratien ist es, ihre eigene Ordnungsstruktur als Grundlage für die Einhegung von Gewalt als Mittel politischer Konfliktaustragung zu sehen. Gewalt auf Demonstrationen ist deshalb aktuell nur in der „Metapher der Pathologie“ beschreibbar.⁷¹ Sie sei nicht dem Politischen, sondern dem Privaten zuzuordnen, so der dominante öffentliche und polizeiliche Diskurs. Es zeigte sich jedoch, dass Polizeien einen großen Anteil daran haben, ob Demonstrationen gewaltfrei oder gewalttätig ablaufen.⁷² Zum einen können es ‚softe‘ polizeiliche Maßnahmen sein, die Gewaltausbrüche herausfordern, so etwa, wenn Demonstrierende massive Einschränkungen der Versammlungsfreiheit aufgrund von Gefahrenvorsorgemaßnahmen als illegitim empfinden. Zum anderen zeigte ich, dass die Polizei eskalative Strategien zum Einsatz zu bringen vermag; dies va dann, wenn sie dem Protest – sei es der Gruppierung und/oder der mit ihr in Verbindung gebrachten Gewaltbereitschaft, sei es des Protestthemas wegen – eine nur geringe Legitimität zuspricht. Symbolische Handlungen wie Feindseligkeitsbekundungen oder Drohgebärden können hier eine Rolle spielen, ebenso aber auch unterhalb der polizeilichen „Gewaltlizenz“⁷³ liegende unverhältnismäßige bzw aus Rache getätigte Gewaltanwendungen. In diesem Sinne ist zu sehen, dass die Polizei „selektiv“ tätig wird, das heißt „bestimmte Probleme ihres Tätigkeitsbereiches besonders intensiv

66 *Della Porta/Reiter*, Policing protest 228-252; *Mansley*, Collective Violence 55.

67 Offenbar geleakte Vorversion des GODIAC-Abschluss-Berichts: euro-police.noblogs.org/files/2013/11/GODIAC_Wien_2011.pdf (23.08.2016); vgl *Mansley*, Collective Violence 50; *Skolnick*, The Politics 259.

68 *Jaschke*, Rechtsextremismus 204f; vgl ebenso *Sack* in *Dollingerlua* 261.

69 *Della Porta/Peterson*, Editorial, Policing and Society 2005, 233-234.

70 *Della Porta/Reiter*, Policing protest (1998); *Emsley/Bessel* in *Dies*.

71 *Sack* in *Dollingerlua* 266.

72 *Mansley*, Collective Violence.

73 *Herrnkind/Scheerer*, Die Polizei.

aufgreift⁷⁴ – im extremsten Fall mit der Folge, dass der Blick auf spezifische Protestierendengruppen als gewalttätig das Potenzial hat, deren politische Positionen moralisch zu diskreditieren. Es ist vor diesem Hintergrund nicht immer ganz eindeutig, wer „Mob“ ist und wer „Souverän“⁷⁵: die Polizei ist auf Demonstrationen zwar „Organ des staatlichen Gewaltmonopols, sie schützt es und setzt es durch, aber sie selber repräsentiert jene Stelle, an der undeutlich wird, wo seine Grenze eigentlich verläuft“.⁷⁶

Dr.ⁱⁿ Mag.^a Andrea Kretschmann, M.A., ist Forscherin am Centre Marc Bloch, An-Institut der Humboldt-Universität zu Berlin, Lektorin an der Universität Wien, Mitherausgeberin des Kriminologischen Journals und Redaktionsmitglied der Zeitschrift *juridikum*; kretschmann@cmb.hu-berlin.de

74 *Brusten*, Selektive Sanktionierung 42.

75 Vgl. *Kreissl*, der sein Buch „Mob oder Souverän“ (2000) betitelt.

76 *Reemtsma* in *Herrnkind/Scheerer* 16.

Die Ausweitung von Polizeibefugnissen und deren politische Dimensionen

Angelika Adensamer/Maria Sagmeister

1. Einleitung

Protest, Aktivismus und Demonstrationen werden vielfach als potentielle Gefahr für die innere Sicherheit und öffentliche Ordnung gesehen.¹ So ist zB in den Erläuterungen zum neuen Polizeilichen Staatsschutzgesetz (PStSG) ausdrücklich von den von Demonstrationen ausgehenden Gefahren die Rede.² Neben der Gefahr durch den Terrorismus dienten ua „gewalttätige Demonstrationen“ in den letzten Jahren als Rechtfertigung für breite Ausweitungen von Polizeibefugnissen im Sicherheitspolizeirecht, welche im Folgenden mit Fokus auf die Vorverlagerung von Ermittlungen dargestellt werden. Auch Befugnisse, die die Aufrechterhaltung der „öffentlichen Ordnung“ gewährleisten sollen und die regelmäßig auch in Zusammenhang mit Protest auf der Straße angewendet werden, erfahren eine immer weitere Ausweitung. In der Analyse dieser Ausweitungen ist eine Perspektive auf die Polizei in ihrer Rolle nicht nur als Exekutive, sondern auch als eigenständige politische Akteurin wichtig. Gerade im Umgang mit Protest wird zwar die Seite der Protestierenden klar als politisch benannt, dass aber auch das polizeiliche Handeln politische Dimensionen hat, soll im Folgenden dargelegt werden. Dies wird hier anhand der Einflussnahme der Polizei auf die Gesetzgebung bezüglich ihrer eigenen Befugnisse, sowie in politischen Tendenzen ihrer Entscheidungen gezeigt. Besonderes Augenmerk wird auf die Gefährlichkeitseinschätzung gelegt, bei der die Polizei einerseits von dominanten Sicherheitsdiskursen geprägt ist und andererseits wesentlich Einfluss darauf nimmt, ob und welche Gefahren in der öffentlichen Wahrnehmung mit politischem Protest verknüpft werden. Der hohe Stellenwert, den die Versammlungsfreiheit für das Bestehen einer Demokratie hat³, macht es unumgänglich, die Sicherheitspolizei auf eine Weise zu regeln, die Protest ermöglicht, anstatt ihn immer weiter zu beschränken.

1 *Singelstein/Stolle*, Die Sicherheitsgesellschaft. Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert³ (2012); *Feustel/Stangel/Strohschneider*, Verfassungsfeinde? Wie die Hüter von Denk- und Gewaltmonopolen mit dem ‚Linksextremismus‘ umgehen (2012) 7-9; *Bundesministerium für Inneres*, Verfassungsschutzbericht 2015, 18f; Siehe auch die Aussagen von BVT-Chef Gridling in *NEOS Lab*, Talk zum Staatsschutzgesetz Ist Österreich am Weg zum Spitzelstaat? www.youtube.com/watch?v=ROMR0ZV5vZk&feature=youtu.be (26.10.2016).

2 763 BlgNr 25. GP 1, 5.

3 Vgl *Marchart* in diesem Heft, *Marchart*, Demokratie und Dissens. Agonistische Demokratietheorie und die Legitimität von Protest, *juridikum* 2016, 494-503.

2.1. Vorfeldermittlungen und die Ausweitung von Polizeibefugnissen im österreichischen Sicherheitspolizeirecht

Im Juli 2016 trat in Österreich das Polizeiliche Staatsschutzgesetz (PStSG) in Kraft. Es stellt die Arbeit des Verfassungsschutzes auf eine neue rechtliche Basis und bringt eine Ausweitung von dessen Kompetenzen mit sich.⁴ Im Zuge dessen erfuhr auch das Sicherheitspolizeigesetz (SPG) einige Änderungen, die tw den Einsatz neuer Ermittlungsinstrumente ermöglichen, tw den Anwendungsbereich bereits etablierter Instrumente erweitern. Eine weitere SPG-Novelle, die den Begriff der Ordnungsstörung (§ 81 SPG) ausweitet und damit das polizeiliche Einschreiten in diesem Bereich erleichtert, ist seit August 2016 in Kraft.⁵ Diese Reformen reihen sich in die lange Abfolge der Ausweitungen von Polizeibefugnissen der letzten Jahre ein, auf die in Folge auszugsweise eingegangen wird. Sie sind in vielerlei Hinsicht kritisch zu betrachten.

Eine Ausweitung von Polizeibefugnissen kann sowohl durch die Erweiterung des Pools an Befugnissen und Instrumenten, als auch durch die Ausdehnung des Anwendungsbereichs erfolgen.⁶ Eine Ausweitung des Anwendungsbereichs liegt zB vor, wenn die zulässige Dauer von Ermittlungen verlängert oder der potentielle Betroffenenkreis erweitert wird. Auch wenn Ermittlungsmethoden, die bislang nur im kriminalpolizeilichen Aufgabenbereich verwendet wurden, im sicherheitspolizeilichen Bereich verankert werden, wird von einer Ausweitung gesprochen. Ebenso erweitern die Vorverlagerung des zeitlichen Anknüpfungspunktes für Ermittlungen und Lockerungen bei den Anforderungen im Bereich des Verdachts die Handlungsmöglichkeiten der Polizei. Dabei wird die Möglichkeit einer Ermittlung weiter von der tatsächlichen Begehung einer Straftat losgelöst. Die Sicherheitspolizei ist grundsätzlich mit der „Abwehr und Unterdrückung der allgemeinen Gefahren für Leben, Gesundheit, Sicherheit, öffentliche Ruhe und Ordnung im Inneren“⁷ betraut, was in den Erläuterungen zur Einführung des Sicherheitspolizeigesetzes 1991 als Vorbeugung und Abwehr von Straftaten näher bestimmt wird.⁸ Sie setzt damit immer im Vorfeld von Kriminalität an, in den letzten Jahren lässt sich jedoch eine stetige Vorverlagerung beobachten. Dabei geht es weniger um die Abwehr konkreter Gefahren, als um eine – rechtsstaatlich problematische – Entwicklung hin zur Gefahrenvorsorge.⁹ Oft ist nicht mehr vorhersehbar, welche Handlungen Ermittlungen auslösen.¹⁰

4 PStSG idF BGBl I 2016/5.

5 BGBl I 2016/61.

6 Siehe dazu auch *Flyghed*, Normalising the Exceptional. The Case of Political Violence, *Policing and Society* 2002, 23-41.

7 *Zerbes*, Spitzeln, Spähen, Spionieren. Sprengung strafprozessualer Grenzen durch geheime Zugriffe auf Kommunikation (2010) 252; ständige Rsp des VfGH seit VfSlg 2.784/1955.

8 148 BlgNR 18. GP 28.

9 Siehe zB *Kretschmann*, Das Wuchern der Gefahr. Einige gesellschaftstheoretische Bemerkungen zur Novelle des Sicherheitspolizeigesetzes 2012, *juridikum* 2012, 320-333.

10 *Kretschmann*, Änderung des Sicherheitspolizeigesetzes: Der störende Eindruck genügt, <http://mosaik-blog.at/aenderung-des-sicherheitspolizeigesetzes-der-stoerende-eindruck-genuegt/> (26.10.2016); *Flyghed*, *Policing and Society* 2002; *Zerbes*, *Spitzeln* 262.

Denninger geht überhaupt so weit, zu sagen, dass man nicht mehr von einer Rechtsordnung sprechen könne, wenn Bestimmungen wegen Unbestimmtheit und Unklarheit „für die Verhaltensorientierung des Bürgers untauglich sind“.¹¹ Kretschmann stellt fest, dass durch die Vorfeldverlagerung gerade „verstärkt Stimmen abseits der politischen Mitte und abseits der staatlichen institutionalisierten Wege politischen Ausdrucks ins polizeiliche Raster geraten“.¹²

Eine Ausweitung von Ermittlungen immer weiter ins Vorfeld von Kriminalität bzw Gefahren lässt sich in Österreich in den letzten 20 Jahren beobachten. Im Jahr 2000 fand die sog „erweiterte Gefahrenerforschung“ erstmals Eingang ins Sicherheitspolizeigesetz.¹³ Während schon die gewöhnliche sicherheitspolizeiliche Gefahrenerforschung mitunter im Vorfeld ansetzte, wurden Ermittlungen mit der erweiterten Gefahrenerforschung noch früher möglich.¹⁴ Seitdem bedarf es zu Ermittlungen keiner konkreten Anhaltspunkte, sondern es genügt, wenn in absehbarer Zukunft Straftaten zu befürchten sind.¹⁵ Mit der SPG-Novelle 2011 wurde die, in § 21 Abs 3 SPG geregelte und bis dahin nur in Bezug auf „Gruppierungen“ bestehende, Aufgabe der erweiterten Gefahrenerforschung auf das „Beobachten von Einzelpersonen“ ausgedehnt.¹⁶ In den Erläuterungen wird ausdrücklich auf „aktuelle Entwicklungen“ verwiesen¹⁷, die zeigen sollen, dass die tatbestandsmäßigen Gefahren auch von Einzelpersonen ausgehen können und daher eine Ausweitung auf diese rechtfertigen. Gemeint ist in diesem Zusammenhang wohl die Tötung von 77 Menschen durch *Breivik* im Juli 2011 in Norwegen.¹⁸ Hier wurden aktuelle Geschehnisse zum Anlass für eine Gesetzesänderung genommen, die noch 10 Jahre zuvor mit Blick auf die sicherheitspolizeiliche Aufgabe des „vorbeugenden Schutzes“ (§ 22 Abs 2 SPG) ausdrücklich nicht für notwendig erachtet wurde.¹⁹

Die erweiterte Gefahrenerforschung von Gruppierungen wurde schließlich 2016 unverändert ins Polizeiliche Staatsschutzgesetz übernommen. Im Zuge dessen wurde zur Erforschung von Einzelpersonen mit dem verfassungsgefährdenden Angriff in § 6 Abs 1 Z 2 PStSG ein neuer Rechtsbegriff geschaffen²⁰. Während das SPG bei der Gefahrenerforschung bei Einzelpersonen noch bestimmte Handlungen²¹ verlangte, sieht das

11 Denninger, Prävention und Freiheit. Von der Ordnung der Freiheit, in *Huster/Rudolph* (Hg), Vom Rechtsstaat zum Präventivstaat (2008) 101.

12 Kretschmann, *juridikum* 2012, 333.

13 BGBl I 2000/85.

14 Reiter, Erweiterte Gefahrenerforschung. Grundriss einer präventiven Aufgabe, *SIAK Journal* 2005, 51-60; Wiederin, Privatsphäre und Überwachungsstaat. Sicherheitspolizeiliche und nachrichtendienstliche Datenermittlung (2003) 83.

15 Wiederin, *Privatsphäre*, 83.

16 BGBl I 2012/13.

17 1520 BlgNR 24. GP 6.

18 Szymanski, Mehr Befugnisse im Sog des Entsetzens, <http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/703403/Mehr-Befugnisse-im-Sog-des-Entsetzens> (5.9.2016).

19 1708 BlgNR 20. GP 6; Vgl auch Kretschmann, *juridikum* 2012.

20 Dazu ausführlich Adensamer/Sagmeister, Polizeiliches Staatsschutzgesetz. Darstellung und Kritik, in: Bundesministerium für Justiz (2016) recht tolerant. RicherInnenwoche 2016 in Tröpolach, 30. Mai – 3. Juni 2016, iE.

21 Öffentliche/schriftliche/elektronische Aussprache für Gewalt (lit a) oder Verschaffen von Kenntnissen/Mitteln, die sie in die Lage versetzen Schäden/Gefährdung herbeizuführen (lit b), § 21 Abs 3 Z 1 SPG aufgehoben durch BGBl I

PStSG keine vergleichbaren Voraussetzungen mehr vor. Auch hier wurden die Befugnisse also ausgeweitet. Der vorbeugende Schutz vor verfassungsgefährdenden Angriffen verlangt nur mehr den begründeten Gefahrenverdacht, dass eine Person durch die Verwirklichung bestimmter Tatbestände eine Bedrohung für (nicht näher spezifizierte) Rechtsgüter darstellt. Wobei das Erfordernis eines begründeten Gefahrenverdachts (§ 6 Abs 1 Z 2 PStSG) dabei die Wahrscheinlichkeit eines Angriffs (gem § 22 Abs 2 SPG), also mehr als die bloße Möglichkeit oder Nichtausschließbarkeit eines Angriffes, aber weniger als Gewissheit bedeutet.²² Viele der in § 6 Abs 2 Z 1 PStSG genannten Terror-Delikte²³ kriminalisieren an sich bereits Vorbereitungs- und Unterstützungshandlungen ohne konkrete Gefahrensituation, und auch deren versuchte Begehung wäre bereits strafrechtlich belangbar. Das PStSG knüpft also schon vor dem Versuch bestimmter Vorbereitungshandlungen an und verlagert die Ermittlungen damit sehr weit in das Vorfeld. Das Sicherheitspolizeirecht erfuhr 2016 noch eine weitere Novellierung, mit der die Ordnungsstörung geändert und weiter gefasst wurde. Diese ist nun nicht mehr durch „besonders rücksichtsloses Verhalten“ (§ 81 SPG alt) definiert, vielmehr fällt nun schon Verhalten darunter, das „geeignet ist, berechtigtes Ärgernis zu erregen“ (§ 81 SPG neu). Auch der Verwaltungsstraftatbestand in § 82 SPG wurde ausgeweitet: Während bislang das aggressive Verhalten gegenüber Organen der öffentlichen Aufsicht, nur bei vorhergehender Abmahnung und wenn dadurch eine Amtshandlung verhindert wurde, bestraft werden konnte, fällt die letzte Voraussetzung nun weg. Durch diese Änderung könnte es zB heute möglich sein, Personen, die ihren Unmut über ihre Festnahme oder die Festnahme anderer Personen verbal äußern, wie es bei Protesten oft vorkommt, ohne sie aber zu behindern oder sich zu widersetzen, bestraft werden.

Die Begehung des Verwaltungsstraftatbestandes der Störung der Öffentlichen Ordnung (§ 81 SPG) ist regelmäßig durch die Ausübung des grundrechtlich gewährleisteten Rechts auf Versammlungsfreiheit gerechtfertigt, da bestimmte Störungen wie eine Beeinträchtigung des Verkehrs²⁴ und eine gewisse Lautstärke inhärent mit der Ausübung der Versammlungsfreiheit einhergehen²⁵ – ihre Bestrafung würde daher das Recht auf Versammlungsfreiheit verletzen. Dennoch erteilt die Polizei solche Strafen, indem sie etwa die Versammlungseigenschaft von Zusammenkünften, insb spontaner Versammlungen, bestreitet.²⁶ Praxis ist es auch, Versammlungsteilnehmer_innen kurz vor oder nach der Demonstration mit Strafen zu belangen. Auf die Problematik solcher Handlungsspielräume bei der Rechtsanwendung durch die Polizei gehen wir an späterer Stelle ein.

2016/5.

22 Hauer/Keplinger, Kommentar zum Sicherheitspolizeigesetz⁴, (2011), § 22 Anm 10.1.

23 ZB § 278b Abs 2 Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung, § 278d StGB Terrorismusfinanzierung, § 278e Ausbildung für terroristische Zwecke, § 278f Anleitung zur Begehung einer terroristischen Straftat.

24 VfSlg 7229/1973.

25 Giese, Versammlungsrecht, in Bachmann, Besonderes Verwaltungsrecht⁸ (2010) 87.

26 Adensamer/Dopplinger/Sagmeister, Audimax besetzt! Der grundrechtliche Schutz der Versammlungsfreiheit in der Praxis, juridikum 2013, 175.

2.2. Ausweitungprozesse

Im bisher Dargelegten zeigen sich einige Vorgänge, die typische Prozesse bei der Ausweitung von Polizeibefugnissen darstellen. *Singelstein* und *Stolle* beschreiben bspw, wie zunächst für einen eng begrenzten Bereich geschaffene Eingriffsbefugnisse stufenweise ausgeweitet werden: „Wenn die Möglichkeiten erst einmal geschaffen worden sind, sinkt die Hemmschwelle zur umfassenden Anwendung beträchtlich.“²⁷

Oft werden eingriffsintensive Methoden vorerst auf bestimmte Zeit eingeführt und schließlich doch dauerhaft beibehalten. Ist eine Regelung erstmals, womöglich entgegen zivilgesellschaftlichen Protest, beschlossen, folgt die Ausdehnung des Anwendungsbereichs oft ohne dieselbe mediale Aufmerksamkeit. Eine ähnliche Karriere wie die gesetzliche Verankerung von Vorfeldermittlungen hat in diesem Zusammenhang die „optische und akustische Überwachung von Personen unter Verwendung technischer Mittel“ (Lauschangriff) gemacht. Dabei werden nichtöffentliches Verhalten bzw Äußerungen von Personen in Form von Bild- und Tonübertragung und -aufzeichnung überwacht. Diese Befugnisse wurden 1997 auf Probe für kriminalpolizeiliche Ermittlungen eingeführt;²⁸ inzwischen sind auch diese Überwachungsbefugnisse im PStSG verankert worden.

Ein weiteres Problem ist, dass Polizeibefugnisse meistens weder zurückgenommen, noch überhaupt in Hinblick auf ihre Effektivität überprüft werden.²⁹ In einem zirkelhaften Argument gelten die Maßnahmen immer als gerechtfertigt, denn geschieht nichts, waren sie erfolgreich, kommt es dennoch zu einem Anschlag bzw zu Ausschreitungen, dient dies ebenso als Beweis, dass die Maßnahmen notwendig waren und womöglich sogar noch weiter ausgebaut werden sollten.³⁰ Neben ihrer politischen Legitimität begründet die Notwendigkeit einer Maßnahme iS einer Verhältnismäßigkeitsprüfung mitunter auch ihre Legalität.³¹

Flyghed schreibt 2002 im Kontext der Antiglobalisierungsbewegung und dem polizeilichen Umgang mit diesen Protesten von einer Normalisierung der Ausnahme.³² Dabei werden Extremfälle zur Begründung für die Etablierung oder Ausweitung von Regelungen herangezogen, in Folge werden sie aber von der Ausnahme zur Regel.³³ Normen

27 *Singelstein/Stolle*, Sicherheitsgesellschaft, 54.

28 49 BlgNR 20. GP 10.

29 *Singelstein/Stolle*, Sicherheitsgesellschaft, 54; *Kretschmann*, juridikum 2012; *Wolff*, Sicherheitspolizeigesetz, Rechtsanwälte wenden sich in offenem Brief an den Innenausschuss des Nationalrats, www.rechtsanwaelte.at/kammer/aktuelles/news/sicherheitspolizeigesetz-rechtsanwaelte-wenden-sich-in-offenem-brief-an-den-innenausschuss-des-nationalrates/ (18.09.2016); *FPÖ und NEOS*, PKNr 1364 vom 01.12.2015; *AK Vorrat*, SN 110 ME 25. GP 53; *Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter/Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte*, 26 SN 110 ME 25. GP; *Adensamer/Sagmeister*, Die umkämpfte Verfassung, juridikum 2015, 301-308.

30 *Flyghed*, Policing and Society 2002, 28.

31 *Felsner/Bouteau*, Charlie und die Einheitsfabrik, juridikum 2015, 142.

32 *Flyghed*, Policing and Society 2002, 29.

33 *Flyghed*, Policing and Society 2002, 29; Ausführlicher zur problematischen Dynamik, das ‚undenkbare‘ Worst-Case-Szenario als Maßstab zu nehmen auch *Kretschmann*, juridikum 2012.

werden dabei an den Erfordernissen von Ausnahmesituationen gemessen, wodurch ein-
griffsintensive Befugnisse notwendig erscheinen.³⁴ In Österreich kann die Einführung der
Beobachtung von Einzelpersonen im SPG 2011 nach dem Anschlag von Breivik, wie
oben beschrieben, als Bsp eines solchen Prozesses gesehen werden.

3. Politische Dimensionen polizeilichen Handelns

Die Analyse polizeilichen Handelns im Allgemeinen und insb des polizeilichen Umgangs
mit Protest gewinnt an Differenzierung, wenn man nicht nur die Rolle der Polizei als
Exekutivorgan in Betracht zieht, sondern auch einen Blick auf ihre eigenen politischen
Interessen wirft. Die Polizei wird nachfolgend in zweierlei Hinsicht als politische Akteu-
rin besprochen: 1. Ihre Rolle bei der Berichterstattung über ihre eigene Arbeit sowie der
daraus resultierende Einfluss auf die politische Debatte darüber und letztlich auch auf
die sie betreffende Gesetzgebung; 2. Die politische Ausübung ihrer Befugnisse, und insb
dabei ihre Einschätzung von Gefährlichkeit und ihre Vorstellung von Ordnung. Über
den Begriff der Gefährlichkeit wird einerseits die Notwendigkeit für eine Ausweitung
von Befugnissen gerechtfertigt, andererseits ist sie auch für die Ermächtigung zur Aus-
übung der Befugnisse zentral.

3.1. Einfluss auf die Gesetzgebung

In der österreichischen Staatsarchitektur erfüllt die Polizei die Aufgaben der Exekutive
und ist dem Bundesministerium für Inneres zugeordnet. Das bedeutet, dass ein strenger
Weisungszusammenhang mit der dem jeweiligen Innenminister_in, der die politisch ver-
antwortlich ist, an oberster Spitze besteht.³⁵ Der die Minister_in wird im Zuge der Re-
gierungsbildung typischerweise von einer Partei besetzt und kann bei einem politischen
Umschwung ersetzt werden. Während diese Position also eine eindeutig politische ist,
wird die dem Ministerium unterstellte Polizei im Allgemeinen nicht als politische Akteu-
rin wahrgenommen. Tatsächlich wird aber in vielen Analysen, die die Ausweitung von
Polizeibefugnissen beschreiben, die Polizei nicht nur in einer passiven Rolle gesehen, die
die beschlossenen Gesetze unter den Vorgaben der_s Ministers_in anwendet, sondern
vielmehr als eine Akteurin, die aktiv versucht, eigene Interessen wie die Ausweitung ihrer
Befugnisse und die Aufstockung ihrer Ressourcen durchzusetzen.³⁶ So sieht *Kirchheimer*
etwa die leitenden Funktionen der Sicherheitsbehörden als „Schlüsselpositionen“ im

34 *Huster/Rudolph*, Vom Rechtsstaat zum Präventivstaat (2008) 12.

35 Insb die Möglichkeit eines Misstrauensantrags durch den Nationalrat; *Öhlinger*, Verfassungsrecht¹⁰ (2014), 229.

36 ZB *Singelnstein/Stolle*, Sicherheitsgesellschaft, 53; *Flyghed*, Policing and Society 2002; *Kirchheimer*, Politische Justiz (1965); *Kreissl*, Mob oder Souverän. Diskurse über die rechtliche Regulierung kollektiver Protestformen (1999); *Kretschmann*, juridikum 2012; *Seifert*, Die Erosion von Demokratie durch Übermacht der Exekutive. Sicherheitsapparate, Feindbilder und „Runde-Tisch-Fähigkeit“. Zum Verhältnis von Sicherheit und Frieden, in *Gössner* (Hg), Mythos Sicherheit: der hilflose Schrei nach dem starken Staat (1995) 48.

Machtgefüge der Regierung, welche sich dadurch hervorheben, dass sie oft Regierungen überdauern.³⁷

Durch aktive Medienarbeit in ihrer Rolle als Expertin über ihre eigenen Strategien und deren Effektivität gelingt es der Polizei, die Gesetzgebung maßgeblich zu beeinflussen. Seifert beschreibt einige Kampagnen der deutschen Sicherheitsapparate im Detail und attestiert ihnen „privilegierte Einflußchancen“ in den Medien, welche zugleich die Folge ihrer besonderen Machtstellung sind und dieselbe mitbegründen.³⁸ Feest und Blankenburg beschreiben die „Definitionsmacht“ der Polizei in Kriminalisierungsprozessen neben der anderer Institutionen als „besonders groß“, nicht zuletzt, weil ihre Entscheidungen weniger sicht- und kontrollierbar sind.³⁹ Die Polizei hat dadurch zugleich auch weitgehend die Deutungshoheit über ihr eigenes Handeln.⁴⁰ Auch in Österreich haben Vertreter_innen der Polizei große mediale Präsenz⁴¹ und werden als Expert_innen im Sicherheitsdiskurs anerkannt.⁴² In der Berichterstattung über Polizeieinsätze bei Demonstrationen kommen Vertreter_innen der Exekutive häufig zu Wort und gestalten daher maßgeblich mit, wie diese Situationen in der Öffentlichkeit wahrgenommen werden.⁴³ In der jüngeren Vergangenheit bedient sich die Polizei insb auch sozialer Medien, um ihr Vorgehen bei Einsätzen zu rechtfertigen.⁴⁴

Ein typischer Fall, in dem immer wieder die Rolle der Polizei in der gesetzlichen Ausweitung ihrer Befugnisse zum Vorschein tritt, ist die ex post Legalisierung von Polizeibefugnissen.⁴⁵ *Flyghed* zufolge ist die Anpassung der Gesetzeslage an gängige (bis zu diesem Punkt gesetzliche Grenzen überschreitende) Polizeipraxen ein häufig auftretendes

37 Kirchheimer, Justiz 302.

38 Seifert, Erosion 48.

39 Feest/Blankenburg, Die Definitionsmacht der Polizei (1972) 20; Sack, Kriminologie als Gesellschaftswissenschaft. Ausgewählte Texte, in Dollinger/ua (2014) 313f.

40 Vgl Knopp/Ullrich in diesem Heft, Knopp/Ullrich, Kampf um die Bilder. Videoüberwachung und Gegenüberwachung von Demonstrationen in Österreich, *juridikum* 2016, 527-537; und zu damit einhergehenden Rechtsschutzproblemen, Pentz in diesem Heft, Pentz, Rechtsschutzprobleme im Protest Policing, *juridikum* 2016, 538-545.

41 ZB die Medienpräsenz des Leiters des Amts für Bundesamts für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung Gridling: Wetz, Es wird ernst: Polizei erhält (noch) mehr Rechte, <http://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/728542/Es-wird-ernst-Polizei-erhaelt-noch-mehr-Rechte> (26.10.2016); Wetz, Peter Gridling: Der Staatsfreund Nr. 1, http://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/4646581/Peter-Gridling_Der-Staatsfreund-Nr-1 (26.10.2016); Unterhuber, BVT-Direktor Peter Gridling: „Österreich ist eine Insel der Seligen“, www.meinbezirk.at/land-oesterreich/politik/bvt-direktor-peter-gridling-oesterreich-ist-eine-insel-der-seligen-d1470576.html (26.10.2016); *nachrichten.at*, Reform des Verfassungsschutzes nimmt Fahrt auf, www.nachrichten.at/nachrichten/politik/innenpolitik/Reform-des-Verfassungsschutzes-nimmt-Fahrt-auf,art385,1555336 (26.10.2016); *Willim*, Gefährlicher Mix der Bedrohung: „Protestgewalt wird zunehmen“, <http://kurier.at/chronik/oesterreich/gefaehrlicher-mix-der-bedrohung-protestgewalt-wird-zunehmen/198.585.009> (26.10.2016).

42 ZB hier: PKNr. 1364, Neues Staatsschutzgesetz: Koalition strebt Beschluss im Jänner an, www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2015/PK1364/ (26.10.2016); *Pressedienst der Parlamentsdirektion*, Staatsschutz im Spannungsfeld zwischen Sicherheit und Überwachung. Kampf gegen den Terror – ExpertInnen und PolitikerInnen diskutieren im Parlament, www.ots.at/presseaussendung/OTS_20150227_OTS0153/staatsschutz-im-spannungsfeld-zwischen-sicherheit-und-ueberwachung (26.10.2016); Vgl auch Singelstein/Stolle, Sicherheitsgesellschaft, 56; historische Bsp in Kirchheimer, Justiz 303.

43 *Flyghed*, Policing and Society 2002, 30.

44 Pentz in diesem Heft, Pentz, *juridikum* 2016, 538ff.

45 *Kreissl*, Mob 55.

Phänomen, bei dem die Polizei treibende Kraft hinter der Gesetzgebung ist.⁴⁶ Auch in Österreich wurde vermutet, dass die geheimen Ermittlungsbefugnisse, die mit dem SPG 1991 erstmals eine rechtliche Grundlage im sicherheitspolizeilichen Bereich fanden und die mit der erweiterten Gefahrenerforschung und dem PStSG erweitert wurden, jeweils schon vor der Gesetzesänderung angewandt und schließlich auf Betreiben der Polizei legalisiert wurden.⁴⁷ *Singelstein* und *Stolle* konstatieren Ähnliches für den deutschen Kontext. Es würden vom Exekutivapparat „Fakten geschaffen, indem neue Ermittlungsmethoden ohne Rechtsgrundlage eingesetzt oder bestehende Eingriffsbefugnisse möglichst extensiv ausgelegt werden. [...] Dies führt dazu, dass die Exekutive den Gesetzgeber und die Wissenschaft in Bezug auf die Auslegung bestehender bzw. die Schaffung neuer Befugnisse vor sich her treibt.“⁴⁸

3.2. Gefährlichkeitseinschätzung und Vorstellungen von Ordnung

Eine weitere politische Dimension liegt in der Rechtsanwendung durch die Polizei.⁴⁹ Die Polizei muss die Regelungen des Sicherheitsrechts anwenden, wobei ihr ein gewisser Handlungsspielraum offen steht. Ob und wann sie etwa in einer Gefahrensituation einschreitet, setzt voraus, eine Gefahrensituation als solche zu erkennen bzw eine Situation als gefährlich zu definieren.⁵⁰ Die Gefährlichkeitseinschätzung ex ante beruht nicht immer nur auf objektivierbaren Kriterien, sondern ist auch eine politische Einschätzung.⁵¹ Die Wahrnehmung dessen, was als bedrohlich gilt, hängt stets mit politischen und gesellschaftlichen Entwicklungen zusammen.⁵² Zerbes beschreibt etwa, wie im Diskurs um Sicherheit im Laufe des 20. Jahrhunderts unterschiedliche Gruppen als gefährlich angesehen wurden, zunächst Anarchist_innen, später Nationalsozialist_innen, im Nationalsozialismus dessen Kritiker_innen und Personen der verfolgten Ethnien und sozialen Gruppen.⁵³

Was als Bedrohung der inneren Sicherheit gehandhabt wird, scheint laut ihr „weniger das objektive Risiko als das Sicherheitsgefühl, das Klima der Sicherheit bzw Unsicherheit“, zu sein.⁵⁴ Ein Klima, das die Polizei, zB durch ihre eigene Medienarbeit, maßgeb-

46 *Flyghed*, Policing and Society 2002, 31, 34; Für Deutschland: *Wittke*, Terrorismusbekämpfung als rationale politische Entscheidung (1983).

47 ZB behauptet das *Pilz* in Bezug auf Änderungen in Befugnissen zur Datenverarbeitung nach § 53 SPG 2008: PKNr 54 v 24.01.2008; *Vorarlberg Online*, Grüne machen gegen Internetüberwachung mobil, www.vol.at/gruene-machen-gegen-internetueberwachung-mobil/news-20071217-11180872 (26.10.2016).

48 *Singelstein/Stolle*, Sicherheitsgesellschaft 54.

49 Siehe auch *Kretschmann*, juridikum 2012, 333.

50 *Feest/Blankenburg*, Definitionsmacht 9-10.

51 *Kretschmann* in diesem Heft, *Kretschmann*, Die Polizei in gewaltsamen Protestdynamiken: Eine sozialtheoretische Annäherung, juridikum 2016, 504-515.

52 *Zerbes*, Spitzeln 282.

53 *Zerbes*, Spitzeln 282.

54 *Zerbes*, Spitzeln 282.

lich mitbestimmt.⁵⁵ Die Polizei hat dadurch Einfluss darauf, ob und welche Gefahren in der öffentlichen Wahrnehmung mit politischem Protest verknüpft werden. Sie nimmt so Einfluss auf die Legitimation ihrer eigenen Handlungen. Im Versammlungsrecht ist der Polizei von jeher ein weiter Entscheidungsspielraum eingeräumt. Ihr obliegt die Einschätzung der von Demonstrationen ausgehenden Gefahren, sie kann im Vorhinein eine Versammlung gegebenenfalls untersagen bspw gem § 6 VersG oder durch ein Platzverbot per Verordnung gem § 36 SPG örtlich einschränken. Die Umgestaltung der Demonstrationsroute könnte mitunter bereits als Einschränkung der Versammlungsfreiheit gelten, wenn keine räumliche Nähe mehr zum Gegenstand des Protestes gegeben ist und damit die Willensbekundung nicht die gewollte Öffentlichkeit erreichen kann. In Wien lässt sich zB beobachten, dass die Demonstrationen gegen die Abhaltung des WKR Balls in der Hofburg immer weiter von der Hofburg weggedrängt wurden.⁵⁶

Vor Ort muss die Polizei insb bei spontanen Versammlungen einschätzen, ob eine Versammlung vorliegt, ob Protestierende also durch das Recht auf Versammlungsfreiheit geschützt sind, oder ob sie etwa bspw eine Ordnungsstörung begehen. Schließlich und insb auch bei der Auflösung einer Versammlung hat die Polizei die Gefahren und Interessen abzuwägen. Diese Entscheidungen der Polizei im Vorhinein und vor Ort können zwar gerichtlich nachgeprüft werden, für die Ausübung der Versammlungsfreiheit der Betroffenen kommt dieser Rechtsschutz allerdings zu spät.⁵⁷ In diesem „Spannungsverhältnis von konkreter Kriminalisierung vor Ort und nachgeschobener richterlicher Entscheidung“ sieht *Kreissl* ein Hauptproblem in der rechtlichen Regulierung kollektiven Protests.⁵⁸

Auch bei Ordnungsstörungen kommt der Auslegung von Rechtsbegriffen durch Polizeibeamt_innen Bedeutung zu.⁵⁹ Denn Grundvoraussetzung für die Strafbarkeit ist, dass das Verhalten die Eignung besitzt, berechtigtes Ärgernis zu erregen. Wie es in den Erläuterungen heißt, bestimmt sich „[d]ie Eignung [...] im Allgemeinen am Gefühl eines Durchschnittsmenschen.“⁶⁰ Im Einzelfall entscheidet die Exekutivbeamtin vor Ort, ob ein Verhalten die verlangte Eignung an den Tag legt.⁶¹ Hier wird der Polizei bei der Rechtsanwendung viel Spielraum gelassen. *Kreissl* beschreibt die Diskrepanz zwischen dem, was rechtlich geregelt ist, und den gesellschaftlichen Normen, nach denen die Polizei Entscheidungen trifft, unter Bezugnahme auf *MacNaughton-Smith* als zwei unterschiedli-

55 *Pentz* in diesem Heft, *Pentz*, *juridikum* 2016; *Knopp/Ullrich* in diesem Heft, *juridikum* 2016; *Kreissl*, *Mob* 53.

56 *News.orf.at*, Rechtsexperte kritisiert Maßnahme, <http://orf.at/stories/2215452/2215450/> (26.10.2016); *wien.orf.at*, Platzverbot bei Akademikerball, <http://wien.orf.at/news/stories/2754397/> (26.10.2016).

57 *Pentz* in diesem Heft, *Pentz*, *juridikum* 2016.

58 *Kreissl*, *Mob* 52.

59 Vgl mwN *Adensamer*, Die Vorstellung von Ordnung. Der öffentliche Raum und das Recht, *dérive* – Zeitschrift für Stadtforschung 2012, 42-44. Ähnlich ist es auch bei sog Anstandsverletzungen, siehe dazu *Frühwirth*, Öffentlicher Anstand. Der Versuch einer Annäherung an einem vagen Begriff, *juridikum* 2011, 63-70.

60 210 ME 25. GP 1.

61 Zur Selektivität des Verdachtes (Pkt 5) aufgrund organisatorischer und informeller Faktoren siehe *Feest/Blankenburg*, Definitionsmacht 54-57; *Brusten*, Determinanten selektiver Sanktionierung durch die Polizei (1971).

che, parallel operierende Codes: Den der Legalität, welcher klar definiert, aber weit gefasst ist, und den der Legitimität, welcher enger gefasst, aber nur sozial und nicht rechtlich definiert ist.⁶² Die tatsächliche Verhängung einer Strafe hängt nach *Feest* und *Blankenburg* damit zusammen, ob „die Polizei die Beteiligten als ‚anständige Leute‘ oder als ‚kriminelle Elemente‘ perzipiert“, was wiederum mit davon abhängt, ob eine eher „große oder geringe soziale Distanz zwischen der Polizei und den übrigen Beteiligten besteht“.⁶³ In den Erläuterungen zur Ordnungsstörung wird etwa das Verstellen von Geschäftspassagen als Bsp genannt, darunter könnten nicht nur typische Formen eines konsumkritischen Protestes, etwa Tierschützer_innen, die ein Pelzgeschäft blockieren, fallen, die Bestimmung könnte zudem als verstecktes Bettelverbot fungieren.

4. Demokratie und Versammlungsfreiheit

Es wurde gezeigt, wie die Befugnisse der Polizei in den letzten Jahren ausgeweitet wurden, welche politische Rolle die Polizei im Gesetzgebungsprozess spielt und welche politischen Dimensionen ihre Rechtsanwendung hat. Dies erscheint insb mit Blick auf die mangelnde demokratische Legitimation problematisch. Geht man von einer dem Prinzip der Volkssouveränität folgenden Demokratie aus, in der – so gut es geht – dem Willen des Volkes entsprochen wird, sind die öffentliche Debatte und Willensbildung zentrale Bestandteile des Systems. Nur die Institutionen, die der öffentlichen Kritik ausgesetzt sind und sich in der öffentlichen Debatte behaupten müssen, sind letztendlich demokratisch. Handlungen und Strategien der Polizei sind aber wenig transparent, und ua deswegen selten und nur schwer Gegenstand einer informierten politischen Debatte. Äußerst problematisch wird es dort, wo die Polizei im Geheimen agiert, da dabei die Kontrolle durch eine kritische Öffentlichkeit per definitionem ausgeschlossen wird. Eine Einschränkung von Kritikmöglichkeiten besteht aber auch darin, politischen Dissens als gefährlich zu definieren, Versammlungen zu verhindern oder politische Aktivist_innen überwachen zu lassen, etc. Der Ausbau polizeilicher Befugnisse und die beschriebene Machtstellung der Polizei bedrohen somit, insb auch aufgrund mangelhafter Kontroll- und Rechtsschutzmöglichkeiten, die Voraussetzungen von Demokratie, zu deren Schutz diese Apparate dienen.⁶⁴

Wie mit Demonstrationen und politischer Meinungsäußerung umgegangen werden soll, ist eine zentrale politische Frage, die in parlamentarischen Demokratien ein Paradox aufwirft. Einerseits steht der (Massen-)Protest auf der Straße geradezu paradigmatisch für die Volkssouveränität, welche für die Idee der Demokratie zentral ist, andererseits fehlt dem Protest auf der Straße die parlamentarisch vermittelte Legitimität und er wird

62 *Kreissl*, Mob 51.

63 *Feest/Blankenburg*, Definitionsmacht 11; *Sack*, Kriminologie 267f.

64 *Seifert*, Erosion 50.

als Bedrohung für die Demokratie wahrgenommen.⁶⁵ Der Protest auf der Straße ist typischerweise die Meinungsäußerung einer Minderheit, insofern als der Protest von einer Gruppe ausgeht, die mit den Entscheidungen der Mehrheit, die vom Nationalrat verkörpert wird, unzufrieden ist. Doch gerade Minderheiten müssen in einer von der Mehrheitsregel bestimmten Demokratie geschützt werden.⁶⁶ Wie *Kirchheimer* schreibt, müssen die Rechte der (hier: politischen) Minderheiten auch das Recht mit einschließen, zur Mehrheit zu werden, bspw durch Protest auf der Straße.⁶⁷ Insb der „Wettstreit der Ideen“, die freie Diskussion inklusive Dissens und Protest und die Meinungsäußerungsfreiheit im Allgemeinen geben der Demokratie erst realen Inhalt und praktische Bedeutung.

Mag.^a Angelika Adensamer, MSc Criminology and Criminal Justice, ist Lektorin an der TU Wien und Redaktionsmitglied der Zeitschrift *juridikum*; a.adensamer@gmail.com

MMag.^a Maria Sagmeister ist Universitätsassistentin am Institut für Rechtsphilosophie an der Universität Wien und Mitherausgeberin der Zeitschrift *juridikum*; maria.sagmeister@univie.ac.at

65 *Kreissl*, Mob 40.

66 *Kreissl*, Mob 40.

67 *Kirchheimer*, Justiz 250.

Kampf um die Bilder.

Videüberwachung und Gegenüberwachung von Demonstrationen in Österreich¹

Philipp Knopp/Peter Ullrich

Bei den Protesten gegen den „Wiener Akademikerball“ im Januar 2016 in der Wiener Hofburg setzte die Polizei in einem bisher in Österreich nicht gekanntem Ausmaß auf Videüberwachung, ua durch 29 polizeiliche Beweissicherungsteams.² In den letzten Jahren zeichnet sich eine rasante, wenngleich im internationalen Vergleich eher nachholende Entwicklung ab,³ in der polizeiliche Videüberwachung von Demonstrationen sich auch in Österreich zu einem normalen Bestandteil des taktischen Repertoires im *Protest Policing* zu entwickeln scheint. Doch auch die Polizei und ihr Handeln stehen im Kamerafokus; denn Aktivist_innen nutzen ihrerseits Kameras, um das Geschehen auf Demonstrationen zu dokumentieren.

Die resultierenden Entwicklungen weisen auf grundlegende Bedingungen und Dynamiken im – in der österreichischen wie internationalen Forschung bisher wenig beachteten – Forschungsfeld „Überwachung und Gegenüberwachung auf Demonstrationen“ hin. Dazu zählt insb der Beitrag *beider Seiten* zu einer vielfältig verzweigten und dezentralen Struktur durch sehr unterschiedliche Bedürfnisse hervorgebrachter Überwachung, die von *Haggerty* und *Ericson* als „*surveillant assemblage*“⁴ bezeichnet wird. Wie sehr in diesem heterogenen Netz von Datenerfassung und -verarbeitung Überwachung und Gegenüberwachung einander bedingen, wie sie durch strategische Bezugnahmen der beteiligten Akteur_innen aufeinander geprägt sind und welche – oft unintendierten – Folgen dies zeitigt, soll anhand ausgesuchter Protestereignisse beispielhaft gezeigt werden. Die analysierten Demonstrationen sorgten für mediale Aufmerksamkeit, öffentliche Debatten und juristische Auseinandersetzungen; sie haben für die weitere Entwicklung der

1 Dieser Aufsatz entstand im Rahmen des DFG-finanzierten Projekts „Videüberwachung von Versammlungen und Demonstrationen. Praxis und Wissensformen von Polizei und Protestierenden“ (ViDemo, GZ: UL 389/3-1). Vielen Dank an *Anna Bruckner* und die Herausgeberinnen des Schwerpunkts für kritische Kommentare und Hinweise zu einer früheren Textversion und an *Stefanie Kremmel* für die Unterstützung der Recherche. Zusätzlich zur vorliegenden Fassung ist unter www.juridikum.at eine Langversion verfügbar, die einzelne Aspekte vertieft und weitere Quellen anführt.

2 Vgl *ORF Wien*, Mehr Kameras bei Akademikerball, <http://wien.orf.at/news/stories/2752847> (27.4.2016).

3 Vgl zur Entwicklung in Deutschland und England *Ullrich/Wollinger*, A Surveillance Studies Perspective on Protest Policing. The Case of Video Surveillance of Demonstrations in Germany, *Interface Journal* 2010, 13; *Ullrich*, Protest und technische Überwachung. Das Beispiel Videüberwachung, *Forschungsjournal Soziale Bewegungen* 2014, 40.

4 *Haggerty/Ericson*, The surveillant assemblage, *British Journal of Sociology* 2000, 605.

analysierten Thematik eine große Bedeutung, weil sich in ihnen Deutungskämpfe verdichten und themenbezogene Policy Prozesse angestoßen werden. Somit sind sie zentrale Referenzpunkte („Diskursereignisse“) im Themenfeld, das auf Basis öffentlich zugänglicher Quellen rekonstruiert wird.

Ein solches Diskursereignis sind die Vorkommnisse rund um einen Aufmarsch der völkischen „Identitären Bewegung“ im Mai 2014 in Wien. Bei den Gegenprotesten kam es teils zu Zusammenstößen zwischen einem polizeilichen Großaufgebot und Teilen antifaschistischer Aktivist_innen. Den Ereignissen folgte eine rege Debatte um Polizeigewalt, in deren Verlauf auch die Forderung nach den inzwischen erstmals im Polizeialltag getesteten Bodycams aufkam.

Zwei andere Fälle sind mit den jährlichen Protesten gegen den Wiener Akademikerball der FPÖ verbunden, und damit mit den für Österreich derzeit größten wiederkehrenden Demonstrationen. Der Ball dient seit Jahren als Vernetzungstreffen rechtspopulistischer und nationalkonservativer Organisationen aus ganz Europa. Im Januar 2014 kam es in der Wiener Innenstadt bei Gegenprotesten zu Auseinandersetzungen zwischen Demonstrant_innen und der Polizei. Im Laufe des Abends wurde der deutsche Student *Josef S.* festgenommen und kam in Untersuchungshaft. In dem international beachteten Prozess mit umstrittenem Ausgang spielte va journalistisches, aber auch von einem Zivilbeamten mit seinem Privathandy aufgezeichnetes Bildmaterial eine wichtige Rolle für die Rekonstruktion des vermeintlichen Tathergangs. Bei den Protesten im Jahr 2016 wurden die Auswirkungen der vorherigen Auseinandersetzungen um die polizeiliche Einsatztaktik deutlich. Neben der Präsenz der eingangs erwähnten Beweissicherungsteams sorgte auch eine etwa vier Meter breite Engstelle auf der Route der Gegendemonstration der „Offensive gegen Rechts“ für Aufsehen. Die Polizei nutzte dieses Nadelöhr, um mit mehreren Kameras die passierenden Demonstrierenden umfassend zu videografieren.

Nach einem einleitenden Überblick über die rechtlichen Voraussetzungen und die bisherige Praxis der Polizei (1) sowie die Praktiken der Demonstrierenden (2) wird der Prozess der Ausweitung der Videoüberwachung von Versammlungen untersucht. Dabei geht es um die Verwendung von Videodaten vor Gericht (3) und um die Wirkungen von insb Gegenüberwachungsvideos auf öffentliche Debatten und daraus resultierende rechtliche Regulierungsinitiativen (4).

1. Polizeirecht und -praxis

Seit mehreren Jahren verfügt die österreichische Polizei über Videotechnik. Bei Demonstrationen kamen gelegentlich Videokameras, aber auch Videoüberwachungskraftwagen zum Einsatz. Zudem besteht Zugang zu eigens für Großveranstaltungen angebrachten stationären Kameras sowie den Verkehrsüberwachungssystemen, die auch zur Beob-

achtung von Demonstrationen genutzt werden können.⁵ Technische Verbesserungen der Bildaufnahme, -übertragung und -verarbeitung bei gleichzeitiger Reduktion von Kosten und Größe der Technik haben die Überwachung von Demonstrationen effektiver gemacht und damit entscheidend zu ihrer Ausbreitung beigetragen.⁶ In Österreich ist eine sukzessive Ausweitung der Anwendungsbereiche von Videotechnik zu Präventions- und Strafverfolgungszwecken seit Beginn der 2000er-Jahre beobachtbar.⁷ Dies fand seinen Niederschlag auch in der Anpassung rechtlicher Regelungen. Spezifische versammlungsrechtlich modifizierte Eingriffsbefugnisse oder gesonderte tatbestandliche Eingriffsvoraussetzungen bei Versammlungslagen wie etwa im deutschen Versammlungsrecht gibt es jedoch nicht. Für den Einsatz von Videoüberwachung auf Versammlungen und in deren zeitlichem und räumlichem Umfeld ist *va* das Sicherheitspolizeigesetz (SPG) relevant. Demnach können Aufnahmen unter Maßgabe der Verhältnismäßigkeit präventiv unter vorheriger Ankündigung angefertigt werden, wenn zu befürchten ist, dass es zu gefährlichen Angriffen auf das Leben, Gesundheit oder Eigentum von Menschen kommen könnte (§54 Abs 5 SPG). Entsprechende Aufnahmen sind ggf auch zur Strafverfolgung nutzbar. Des Weiteren werden im §54 Abs 8 SPG auch Bildübertragungen und Echtzeitüberwachung zur Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben zugelassen. Für diese ist im entsprechenden Gesetzesartikel keine Verpflichtung zur Ankündigung festgeschrieben.

2. Gegenüberwachung

In der Auseinandersetzung mit Überwachung entwickeln Aktivist_innen Handlungsweisen, die *Gary T. Marx* als „Neutralisierungstechniken“ bezeichnet.⁸ Diese sind direkt oder indirekt darauf ausgerichtet, das Einholen von Daten (Identität, Ort etc) der Überwachten, die Rahmenbedingungen von Überwachung oder deren technische Instrumente zu beeinflussen. Sie umfassen Taktiken des Sich-Entziehens, des Maskierens und Verbergens, auch des Störens der Überwachungsmaßnahmen sowie verschiedene Formen der Gegenüberwachung, also Taktiken der Überwachung der Überwacher_innen. Der Zweck letzterer liegt *va* in der Selbstermächtigung, an der Bildproduktion über Protestereignisse teilzuhaben und insb das Gegenüber, idR die Polizei, kontrollieren und Fehlverhalten mithilfe des Bildmaterials leichter skandalisieren zu können. Ausgeübt wird

5 *Ney/Pichler*, Urbaneye. Video surveillance in Austria (2002).

6 *Ullrich*, Forschungsjournal Soziale Bewegungen 2014, 43.

7 *Rothmann*, Sicherheitsgefühl durch Videoüberwachung? Argumentative Paradoxien und empirische Widersprüche in der Verbreitung einer sicherheitspolitischen Maßnahme, Neue Kriminalpolitik 2010, 103.

8 *Marx*, A Tack in the Shoe and Taking off the Shoe. Neutralization and Counter-neutralization Dynamics, Surveillance & Society 2009, 295 (295).

Gegenüberwachung zum einen von aktivistischen „Medienspezialist_innen“, zum anderen, im Zeitalter von Smartphones, von potentiell allen, mithin „citizen journalists“.⁹ Seit geraumer Zeit filmt bspw. „WienTV.org“ Protestereignisse und dabei auch besonders das Agieren von Polizist_innen. Durch Smartphones und soziale Medien gewann das Phänomen der Gegenüberwachung quantitativ wie qualitativ an Relevanz und ist heute bei politischen Protesten allgegenwärtig. Die neuen technischen und medialen Möglichkeiten versetzen Demonstrierende zumindest partiell in die Lage, eine „neue Sichtbarkeit“¹⁰ polizeilicher Handlungen zu erzeugen. Damit sind starke Hoffnungen auf eine Demokratisierung und verbesserte Möglichkeiten der externen Kontrolle der Polizei verbunden, ja sogar eine neue „accountability“¹¹ durch Gegenüberwachung wird postuliert.

Gleichzeitig lassen sich Abwehrreaktionen der Polizei gegen das Filmen ihrer Einsätze feststellen. Es sind mehrere Fälle dokumentiert, in denen Polizist_innen versuchten, Aktivist_innen und sogar Journalist_innen an Aufnahmen zu hindern,¹² Kameras zu entfernen oder unrechtmäßig Videos zu löschen.¹³ Begründet wurden diese Maßnahmen mit dem Verweis auf die Persönlichkeitsrechte Festgenommener oder die Behinderung von Amtshandlungen. Eine entsprechende Richtlinie findet sich in einer Dienstanweisung der Bundespolizeidirektion Wien und im Medienerlass des Bundesinnenministeriums. Diese räumen den dienstlichen Interessen der Polizei Vorrang gegenüber der Berichterstattung durch Medienvertreter_innen ein und genehmigen ihre Abweisung zudem zum Schutz der Sicherheit der Journalist_innen und zur Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Festgenommenen.¹⁴

Während des Akademikerballs 2014 verfügte die Wiener Landespolizeidirektion ein Platzverbot in der Umgebung der Hofburg, in der der Ball stattfand. Dies galt auch für Journalist_innen und sorgte für Kritik an der „Zensurmaßnahme“ von Seiten der Berufsverbände, der OSZE und Politiker_innen.¹⁵ Zwei Jahre später kritisierten Journalist_innen die Ankündigung der Polizei, den Zutritt zum Ball nur über eine Zugangsstelle zu gewähren, um Besucher_innen nicht zu „belästigen“¹⁶, wiederum als Eingriff in die

9 Greer/McLaughlin, We Predict a Riot? Public Order Policing, New Media Environments and the Rise of the Citizen Journalist, *British Journal of Criminology* 2010, 1041 (1055); Ullrich, *Forschungsjournal Soziale Bewegungen* 2014, 45.

10 Thompson, *The New Visibility, Theory, Culture & Society* (2005); Goldsmith, Policing's new visibility, *British Journal of Criminology* 2010, 31.

11 Eijkman, Police technology and human rights. A new quest for accountability? *Journal of Police Studies* 2011, 195.

12 So wurde ein Demonstrant daran gehindert, die Auflösung einer Menschenkette und die gewaltsame Ingewahrsamnahme seines Freundes während der antifaschistischen Proteste am 17.5.2015 zu filmen. Vgl. *Prozess Report, blockit*, <http://prozessreport.at/prozesse/blockit/> (28.10.2016).

13 Vgl. bspw. LVwG 20.3.2014, 20.3-2931/2014.

14 GZ: BMI-LR2220/0342-II/10/a/2011.

15 *Der Standard*, Akademikerball. Kritik an Berichterstattung nur in Polizei-Begleitung, <http://derstandard.at/1389857991064/Akademikerball-Journalistengewerkschaft-kritisiert-Platzverbot> (27.4.2016).

16 Schwantzer et al, Akademikerball. 5.000 Demonstranten bei Protesten, <http://kurier.at/chronik/wien/akademikerball-5-000-demonstranten-bei-protesten/177.920.926> (27.4.2016).

vom Rechtsstaat zugesicherte Pressefreiheit. Die Maßnahmen sind ein erstes Indiz für die Machtasymmetrien zwischen den filmenden Akteur_innen. Demonstrierenden ist der Schutz vor polizeilicher Überwachung bspw durch Vermummung auf Versammlungen untersagt (§ 9 VersG), während der Polizei durch uniformiertes Auftreten, Helme usw umfangreiche Mittel der Anonymisierung zur Verfügung stehen. Zudem verbergen sich „hinter“ der Polizeikamera Auswertungs- und Bearbeitungstechnologien, Datenbanken und va reale Sanktionierungschancen, über die Demonstrierende nicht verfügen.

Die Gegenüberwachung, mit der Aktivist_innen eigentlich die Veränderung der bisher geschilderten Machtverhältnisse anstreben und die zumindest teilweise aus überwachungskritischen Motiven eingesetzt wird, kennzeichnet jedoch auch eine Paradoxie, die dem Verhältnis von Überwachung und Überwachten prinzipiell innewohnt. Dies kommt trefflich in einer Einschätzung des Anwalts von *Josef S.* zum Ausdruck. Er äußert sich darin überwachungs-skeptisch, gibt aber zu bedenken: „Wenn die gesamte Demo lückenlos gefilmt worden wäre, dann müsste wohl nachweisbar sein, dass unser Mandant gar nichts gemacht hat.“¹⁷ Hier wird eine mit einmal etablierten Überwachungspraktiken verbundene Eigendynamik deutlich, die weit über den konkreten Fall hinaus relevant ist: Wenn eine der Hauptfunktionen von Überwachung die Kategorisierung in „Bedrohliche“ und „Nicht-Bedrohliche“ bzw „Täter_innen“ und „Unschuldige“ ist,¹⁸ entwickeln unter Umständen auch die Überwachten, „um vor der Gefahr geschützt zu werden *und* vor der Einordnung in die Klasse der Gefährder [Herv im Original]“ ein paradoxes Eigeninteresse „an einem dichten Netz von Einrichtungen zur Überwachung, Selektion, Separation und Exklusion“.¹⁹ Dem Gegenüberwachungsoptimismus stehen aber auch abwägende bis kritische Stimmen gegenüber.²⁰ In Aktivist_innenkreisen werden Einsatzmöglichkeiten von Aufzeichnungen diskutiert und das Filmen auf Demonstrationen bzgl der Vor- und Nachteile reflektiert.²¹

Die Kritik gegenüber der Gegenüberwachung mit eigenen Videos bezieht sich va auf die Möglichkeit, dass damit Daten über Proteste und Aktivist_innen produziert werden, deren spätere Nutzung weder für die Gefilmten noch durch die Filmenden kontrollierbar ist. Insb für radikale Aktivist_innen ist es daher naheliegender, dass solche Bilder der Polizei dienen. Jüngst reagierten Aktivist_innen mit einem – reichlich bebilderten – Outing eines Fotografen auf dem Infoportal „Indymedia“ wegen der „leidigen Demophotographieerei“.²² Dem Betreffenden wurde va fehlende Anonymisierung von Individuen

17 Vgl *Solikollektiv für die Repressionsbetroffenen vom 24. Jänner*, Josefs Verteidigung hat Berufung angemeldet! <http://soli2401.blogspot.eu/2014/07/24/josefs-verteidigung-hat-berufung-angemeldet/> (27.4.2016).

18 *Bauman/Lyon*, Daten, Drohnen, Disziplin. Ein Gespräch über flüchtige Überwachung (2014); vgl auch *Garland*, The culture of control. Crime and social order in contemporary society (2001).

19 *Bauman/Lyon*, Daten, Drohnen, Disziplin 130.

20 *Wilson/Serisier*, Video Activism and the ambiguities of counter-surveillance, *Surveillance & Society* 2010, 167.

21 Vgl *Rechtsinfokollektiv*, Auf der Demo selbst filmen und fotografieren, <http://at.rechtsinfokollektiv.org/rechtsinfo/demo-teilnahme/bei-der-demo-demo-teilnahme/auf-der-demo-selbst-filmen-und-fotografieren/> (27.4.2016).

22 Achtung – Kameramann – Arschloch – NOWKR, <https://linksunten.indymedia.org/de/node/133654> (27.4.2016).

auf dem Bildmaterial vorgeworfen. Dies sei eine Verletzung des unhintergehbaren Rechts am eigenen Bild. In der umfangreichen Kommentierung unter dem Beitrag stehen Positionen gegeneinander, die das Spannungsverhältnis von Sichtbarkeitswünschen und Anonymitätsbedürfnissen verhandeln.

3. Vor Gericht

Dass vorhandenes Bildmaterial keineswegs zu größerer Objektivität in der Bewertung umstrittener Situationen führt, sondern seine Bedeutung nur im Kontext bestehender Machtstrukturen verstehbar wird, zeigen die kontingenten Praktiken vor Gericht. In Prozessen um Vorkommnisse auf Demonstrationen wurden Videos und Fotos aus verschiedenen Quellen sowohl von der Staatsanwaltschaft als auch von der Verteidigung als Beweismittel eingebracht. Im Nachgang der antifaschistischen Proteste vom 17.5.2014 berichtete „Prozess Report“²³ von zwei Gerichtsverhandlungen. In beiden wurde Videomaterial erfolgreich zur Entlastung der angeklagten Gegendemonstrant_innen und zur Entkräftung der Aussagen von Polizist_innen eingeführt.

Dass der Videobeweis aber keinesfalls automatisch über dem Personenbeweis steht, zeigt der Prozess gegen *Josef S.* Obwohl laut seinem Rechtsanwalt so viel Videomaterial vorgelegt wurde wie nie zuvor in seiner Laufbahn – Videomaterial, welches seinen Mandanten auch in einigen Punkten entlastete –, sprach das Gericht der Aussage des einzigen Belastungszeugen, einem Zivilbeamten, der sich Berichten von Beobachter_innen zufolge zudem in Widersprüche verwickelte und Irrtümern auflag, eine höhere Beweiskraft zu.²⁴ Hierin zeigt sich die bereits angeführte Problematik, dass auch Videos und Fotos stets Lücken aufweisen können und daraus offenbar Bedürfnisse nach mehr (Video-)Beweismaterial entstehen. Die selektive Zuwendung zu den unterschiedlichen Beweismaterialien verursachte *va* in Deutschland Empörung über das Vorgehen des Gerichts und Zweifel an der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens.²⁵ Videobeweise haben den Personenbeweis also keinesfalls abgelöst, obwohl diese Bsp. eine Zunahme ihrer Nutzung vor Gericht anzeigen mögen. Sie stellen aber für Demonstrierende oftmals die einzige Möglichkeit dar, Aussagen von Amtsträger_innen, denen häufig eine besondere Objektivität und damit Wahrheitsfähigkeit zugeschrieben wird, zu entkräften.

23 Vgl. *Prozess Report*, blockit und *Prozess Report*, Hüseyin S.-Prozess, <http://prozessreport.at/prozesse/huseyin/> (28.10.2016).

24 *Trenkamp*, Deutscher Student Josef S. Schuldspruch aus Mangel an Beweisen, www.spiegel.de/unispiegel/wunderbar/josef-s-in-oesterreich-urteil-in-wien-zu-haft-ohne-beweisen-a-982410.html (27.4.2016); *Sterkl*, Amnesty „sprachlos“ über Ermittlungsspannen im Fall Josef S., <http://derstandard.at/2000001932675/Amnesty-sprachlos-ueber-Ermittlungsspannen-im-Fall-Josef-S> (27.4.2016).

25 *Trenkamp*, Deutscher Student Josef S. Schuldspruch aus Mangel an Beweisen, www.spiegel.de/unispiegel/wunderbar/josef-s-in-oesterreich-urteil-in-wien-zu-haft-ohne-beweisen-a-982410.html (27.4.2016); *Sterkl*, Amnesty „sprachlos“ über Ermittlungsspannen im Fall Josef S., <http://derstandard.at/2000001932675/Amnesty-sprachlos-ueber-Ermittlungsspannen-im-Fall-Josef-S> (27.4.2016).

Auf diese neue Relevanz des Bildbeweises stellt sich die österreichische Polizei nun ein. Die umfassende Überwachung der Proteste gegen den Akademikerball 2016 ist nur vor diesem Hintergrund zu verstehen. Begründet wurde die kameratechnische Aufrüstung explizit mit Erfahrungen aus dem Fall *Josef S.* und dem Umstand, dass damals nur Handyvideos zur Verfügung gestanden hätten.²⁶ Die Polizei setzte die 29 Dokumentations-teams ein, um umfassend „[j]edes Handeln auf Polizei- wie auf Demoseite“²⁷ aufzuzeichnen. Dabei geht es ihr explizit auch um die rein präventive und anlassunabhängige Dokumentation des Einsatzes und „Unterstützung gegen unzutreffende Vorwürfe und Anschuldigungen“.²⁸ Die Landespolizeidirektion schätzt den Einsatz der Beweissicherungsteams ohne belastbare Grundlage als „besonders wertvoll in Bezug auf Prävention“ ein und kündigt für die Zukunft einen vermehrten Einsatz an. Die Ausweitung der Überwachung von Demonstrationen betrifft also nicht nur den quantitativen Umfang, sondern gerade auch die Zweckbestimmung. Eine rechtliche Absicherung dieses Einsatzziels findet sich im § 13a des SPG, welcher die Dokumentation von Zwangs- und Befehlsgewalt erlaubt und deren Auswertung zur Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Amtshandlungen und zur Verfolgung etwaiger Straftaten. Dies zeigt zugleich die Wirkung des als *function creep* bekannten Mechanismus der schleichenden Funktionsausweitung verfügbarer Einsatzmittel.

Vieles spricht dafür, dass der betonte Zweck der Kontrolle der Polizei zumindest fragwürdig ist und möglicherweise eher der Legitimation der videotechnischen Aufrüstung dient. Denn ob polizeiliches Videomaterial Staatsanwaltschaften zugeführt wird, entscheidet letztlich die Polizei,²⁹ deren (offenbar länderübergreifend) mangelnde Ermittlungstätigkeit bei Vorwürfen von Amtsmissbrauch immer wieder in der Kritik steht und Forderungen nach externer unabhängiger Kontrolle evoziert.³⁰

4. Von der Thematisierung zur Regulierung – Polizeigewalt in der öffentlichen Diskussion

Die umstrittenen Protestereignisse erwiesen sich als Anlässe für Veränderungen der polizeilichen Praxis; die Bilder und Videos von Demonstrationen und Polizeigewalt sorgten

26 *Schwantzer et al.*, Akademikerball. 5.000 Demonstranten bei Protesten, <http://kurier.at/chronik/wien/akademikerball-5-000-demonstranten-bei-protesten/177.920.926> (30.10.2016).

27 *meinbezirk.at*, 29 Kamerateams. Polizei rüstet sich für den Akademikerball, www.meinbezirk.at/wieden/lokales/29-kamerateams-polizei-ruestet-sich-fuer-den-akademikerball-d1608198.html (27.4.2016).

28 Antwort der Landespolizeidirektion Wien auf die schriftliche Anfrage des Nachrichtenmagazins „profil“ (Brief im Archiv d.A.).

29 Zwar kann Beweismaterial vor Gericht auch von der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft beantragt werden, aber, ob dieses überhaupt existiert, kann durchaus verborgen bleiben. Zudem obliegt die Entscheidung, ob Videomaterial gespeichert und damit für Strafverfahren zugänglich ist, der Polizei. Hierin scheint sich eine weitere Machtasymmetrie auch auf der juristischen Bühne aufzutun.

30 *Tt.com*, Polizeigewalt: UNO kritisiert Österreich scharf, www.tt.com/panorama/verbrechen/10871939-91/polizeigewalt-uno-kritisiert-osterreich-scharf.csp (27.4.2016).

für eine umfassende Medialisierung der Ereignisse und dienten als Begründung für politische Regulierungsinitiativen.

Im Fall der antifaschistischen Proteste vom 17.5.2014 veröffentlichten Aktivist_innen und Polizei Aufnahmen, die die Gewalt der jeweiligen Gegenseite unter Beweis stellen und skandalisieren sollten. Während die Polizei Bilder von Vermummten, Steinwürfen, Schleudern und einem beschädigten Einsatzfahrzeug zur Verfügung stellte, zeigen mehrere von Aktivist_innen aufgenommene Videos gewaltsame Festnahmen.³¹ In den Massenmedien wurde dadurch eine Debatte um Polizeigewalt stimuliert und der oftmals durch behördliche Darstellungen dominierte Medienblick³² irritiert. Dabei „ergänzten“ sich Bilder von Polizeigewalt während Demonstrationen und Videos von alltäglichen Festnahmesituationen, in denen unverhältnismäßig erscheinende Zwangsmaßnahmen der Polizei zu sehen sind.³³

Staatliche Gewaltanwendung und Grundrechtseinschränkungen sind legitimationspflichtig und werden daher meist als Maßnahmen gegen Gewalt oder zum Schutz von Grundrechten bzw der öffentlichen Ordnung dargestellt; aus Gründen des Organisationsschutzes auch dann, wenn diese Darstellung zweifelhaft ist. Die Sicherung von Deutungsmacht ist für die Polizei also von entscheidender Bedeutung für die Absicherung ihrer Legitimität, bzw das Aufpolieren ihrer organisationalen „Schauseite“. Bereits nach der Räumung eines Protestcamps Geflüchteter im Jahr 2012 bemerkte die Polizei das Entgleiten ihrer Deutungshoheit und kündigte eine verbesserte Medienarbeit an.³⁴ Die neuerlichen Bilder von Gewaltanwendungen gegen augenscheinlich nicht gewalttätige bzw bereits festgenommene Demonstrierende waren in der Öffentlichkeit in Teilen nicht mehr zu rechtfertigen und lösten Empörung aus.

Sogar die konservative Tageszeitung „Die Presse“ titelte äquidistant „Demos in Wien: Übergriffe auf Polizei oder ‚Prügelorgie‘“ und zitierte Vorwürfe linker und linksradikaler Organisationen.³⁵ Die entglittene Deutungshoheit wurde offenbar von der Wiener Polizei bemerkt und mit ebenso scharfer Medienkritik beantwortet.³⁶ Die Aufmerksamkeitsökonomie konkurrierender Deutungen kulminierte in der Falschmeldung, der Polizeieinsatz habe zu einem gewaltinduzierten Schwangerschaftsabbruch bei einer Gegen-

31 *Done*, Polizeigewalt @ Identitären-Demo 17.05.2014 Wien, www.youtube.com/watch?v=CJ2yC9OpnII (27.4.2016); *Reis*, Menschenjagd auf AntifaschistInnen – 37 Festnahmen auf Gegendemo zu rechtsextremen „Identitären“-Aufmarsch am 17. Mai 2014 in Wien, www.liv3.at/article/menschenjagd-auf-antifaschistinnen-37-festnahmen-auf-gegendemo-zu-rechtsextremen-identit%C3%A4ren (27.4.2016).

32 *Neumayer/Gitte*, The mobile phone in street protest. Texting, tweeting, tracking, and tracing, *Mobile Media & Communication* 2014, 117 (125); *Greer/McLaughlin*, *British Journal of Criminology* 2010, 1042f.

33 Das Lifestyle-Magazin „vice“ dokumentiert einige der Fälle in der im Juli 2014 neugeschaffenen Rubrik „Cop Watch“. Vgl *Vice*, Cop Watch, www.vice.com/de/series/cop-watch (28.10.2016).

34 *Dopplinger/Kretschmann*, Die Produktion gefährlicher Räume, *juridikum* 2014, 28.

35 *Presse*, Demos in Wien. Übergriffe auf Polizei oder „Prügelorgie“?, diepresse.com/home/panorama/wien/3807030/Demos-in-Wien_Uebergriffe-auf-Polizei-oder-Prugelorgie (27.4.2016).

36 Vgl *Zimmermann*, Objektiver Journalismus oder Hetze gegen die Polizei? *ZA Informer* 2014, 1.

demonstrant_in geführt.³⁷ Die Berichterstattung über das Ereignis verlagerte sich, wie so häufig, vom Konflikt „Linke gegen Rechte“ zu einem Diskurs über den Konflikt „Linke gegen die Polizei“.

Die Geschehnisse fanden letztlich auch Eingang in die Debatte der Parteien. So forderten die Grünen eine unabhängige Untersuchung und erneut eine Kennzeichnungspflicht für Polizist_innen. Die „Aktionsgemeinschaft Unabhängiger und Freiheitlicher“ forderte im Gegenzug polemisch eine „Kennzeichnungspflicht für linksextreme Gewalt-Chaoten“³⁸, während die ÖVP zum Schulterschluss gegen Gewalt aufrief.³⁹ Die damalige Innenministerin *Mikl-Leitner* (ÖVP) sprach sich für die Einführung weiterer Videotechnik aus.⁴⁰ Die Vorfälle entfalteten damit eine weitreichende Wirkung im Diskurs um Überwachungstechnik und kulminierten in der testweisen Einführung von Bodycams im März 2016. Entgegen ursprünglichen Ankündigungen verhindert derzeit noch eine Dienstabweisung ihre Verwendung auf Demonstrationen, während die generelle Rechtsgrundlage besteht.⁴¹

5. Schlussbetrachtungen

Die hier dargestellten Entwicklungen sind über die analysierten Ereignisse hinaus bedeutsam, denn die Strukturbedingungen dieser Dynamiken sind in den meisten westlichen Gegenwartsgesellschaften gegeben. Dazu gehören die Technisierung der Polizeiarbeit und des Alltags, das Web 2.0 und eine massenmedial vermittelte politische Diskussion mit um Deutungsmacht ringenden Akteur_innen. Die sich ausweitende Nutzung von Videoaufzeichnungen im Protestgeschehen, die sich aktiv und dialogisch vollziehenden Deutungskämpfe sowie die daraus resultierenden Regulierungsbemühungen verdeutlichen die gegenseitige Beeinflussung von Überwachung und Gegenüberwachung auf Demonstrationen.

Polizeiliche Überwachung und aktivistische Gegenüberwachung sind durch permanente wechselseitige strategische Bezugnahmen und Adaptionen gekennzeichnet, bei der sich beide Seiten bemühen, Bilder des jeweils anderen aus ihrer Perspektive zu produzieren und Aufnahmen des eigenen Handelns zu verhindern oder zumindest zu lenken. Dabei werden verfügbare Technologien genutzt, taktische Handlungskonzepte entwickelt und ggf (nachholend) juristisch sanktioniert. Auch bei anderen Akteur_innen (insb Gerichten, aber auch Medien) werden durch etablierte bzw erfolgversprechende Praktiken Bedürfnisse geweckt, die wiederum auf die primären Akteur_innen zurückwirken. Dieses

37 *Der Standard*, Demonstrantin war nicht schwanger, <http://derstandard.at/2000001354477/Demonstrantin-war-nicht-schwanger> (27.4.2016).

38 *AUF*, Grüne negieren Gewaltexzesse gegen Polizei und Sachbeschädigung im Zuge des Akademikerballs, www.auf.at/auf/aktuelles/detail/news/gruene-negieren-gewaltexzesse/ (27.4.2016).

39 *ORF Wien*, Mikl-Leitner: Nein zu Kennzeichnungspflicht, 19.5.2014, wien.orf.at/news/stories/2647987/ (27.4.2014).

40 Ebd.

41 *ORF Wien*, Positiver Probebetrieb von Bodycams, wien.orf.at/news/stories/2769519/ (27.4.2016).

Verhältnis konstituiert eine Überwachungsspirale aus permanent aufeinander reagierenden „moves“ von Überwachung und Gegenüberwachung,⁴² die von den beteiligten Akteur_innen in dieser Verwobenheit weder bewusst wahrgenommen werden, noch von ihnen intendiert sein müssen.

Die Bodycams zeigen dabei idealtypisch die Entwicklungsdynamik auf. Zu Beginn der Debatte wurden sie von Aktivist_innen wie auch der Polizei abgelehnt.⁴³ Mittlerweile legalisiert und in die Praxis-Test-Phase überführt, wird mit ihnen das Prinzip, vorsichtshalber eher zu viel als zu wenig zu überwachen, konsequent verfolgt.⁴⁴ Da diese Aufzeichnungen notwendig durch die Perspektivität der polizeilichen Träger_innen der Bodycams geprägt sind,⁴⁵ wird damit wiederum ein starker Anreiz vorhanden sein, umso mehr die Polizei aus Sicht von Demonstrierenden zu filmen.

Hier zeigt sich eine grundsätzliche Janusköpfigkeit der Gegenüberwachung, die von Accountability-Optimist_innen nicht ausreichend reflektiert wird. Sie setzen die Daten der einen gegen die der anderen Seite, als könnten diese sich gegenseitig aufwiegen. Doch diese Auffassung verkennt den Assemblage-Charakter zeitgenössischer Überwachungsgesellschaften. Die lange die Deutungen von Überwachung dominierenden Metaphern des Big Brother und des Panoptikums⁴⁶, welche eine klare Asymmetrie im Verhältnis von Überwachenden und Überwachten voraussetzen, können diese dynamischen Strukturen der aufeinander bezogenen Ko-Evolution nur äußerst unzureichend beschreiben. Denn Überwachung, so die Kernidee hinter *Haggerty* und *Ericsons* Begriff der *surveillant assemblage*, wird von vielen Akteur_innen aus eigenen Motiven vorangetrieben und bildet polyzentrische und vielfach vernetzte Strukturen aus. In diesen Strukturen ist kaum eine *Gegenüberwachung* vorstellbar, die sich auf den intendierten *Gegen-Gehalt* eingrenzen ließe.

In dieses Paradox muss auch die Gegenüberwachung eingeordnet werden. Mit ihr bezwecken Demonstrierende Schutz vor polizeilicher Gewalt, deren mediale Bloßstellung und die Herstellung eigener Evidenz gegen falsche Anschuldigungen. Und tatsächlich konnte die Gegenüberwachung von Demonstrierenden durchaus versammlungsfreundliche Wirkungen entfalten. Auf der anderen Seite zeigen sich noch immer deutliche Machtasymmetrien zwischen Demonstrierenden und der Polizei, und – ob gewollt oder

42 Marx, *Surveillance & Society* 2009, 298; vgl auch *Fernandez/Huey*, *Is Resistance Futile? Some Thoughts on Resisting Surveillance*, *Surveillance* 2009, 198.

43 Vgl *Rechtsinfokollektiv*, „Vorbeugung“ und „Deeskalation“: Körperkameras als Repressionsmaßnahme, at.rechtsinfokollektiv.org/vorbeugung-und-deeskalation-korperkameras-als-repressionsmasnahme/ (27.4.2016); *Zach/Seiser*, *Polizisten filmen ab März bei Demos mit*, kurier.at/chronik/oesterreich/polizisten-filmen-ab-maerz-bei-demos-mit/170.735.463 (27.4.2016).

44 Deswegen ist es auch nicht verwunderlich, dass Bodycams auch bei Polizeiakteur_innen hoch umstritten sind.

45 *Eick/Plöse*, *BodyCams an Polizeiuniformen. Peacemaker, Eskalationsfaktor oder Transparenzmaschine?*, www.rav.de/publikationen/infobriefe/infobrief-112-2016/bodycams-an-polizeiuniformen/ (26.10.2016).

46 Diese geht zurück auf *Foucault*, *Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnis* (1976). In der Literatur zu Überwachungsverhältnissen finden sich mittlerweile weitere Methaphern, die zumindest semantisch an das Panoptikum anschließen, jedoch von anderen Prinzipien der Überwachung ausgehen: Vgl dazu *Hempel/Töpfer*, *The surveillance consensus*, *European Journal of Criminology* 2009, 157.

nicht – auch die Gegenüberwachung produziert Daten, die das Netz der Erfassung, Kategorisierung und Verarbeitung weiter verdichten und Bedürfnisse nach neuen Überwachungsmöglichkeiten schaffen.

Dr. phil. rer. med. Peter Ullrich, Soziologe und Ko-Leiter des Bereichs „Soziale Bewegungen, Technik, Konflikte“ am „Zentrum Technik und Gesellschaft“ der TU Berlin, und Institut für Protest- und Bewegungsforschung;
ullrich@ztg.tu-berlin.de

Philipp Knopp studiert Soziologie an der TU Dresden und ist Mitglied des Instituts für Protest- und Bewegungsforschung;
philipp.knopp@systemli.org

Rechtsschutzprobleme im Protest Policing

Nora Pentz

Protest Policing, also die polizeiliche Behandlung und Kontrolle von Protestierenden,¹ ist in Österreich immer wieder Thema breiter Debatten. Von Protestierenden werden viele dieser Maßnahmen als Repression erlebt, aus juristischer Sicht sind sie meist mit Grundrechtseingriffen verbunden. Im folgenden Beitrag werden Bspе aus Rechtsbereichen, die für das *Protest Policing* zentral sind, wie dem Versammlungsrecht und dem Sicherheitspolizeirecht diskutiert, um auf juristische und praktische Rechtsschutzprobleme aufmerksam zu machen.

1. Das Versammlungsrecht: Kein Aufschub

Grundsätzlich stellt die Anzeige einer Versammlung keine allzu große Hürde dar. Eine Versammlung ist zwar anzeige-, nicht aber genehmigungspflichtig. Es genügt, dass die Anzeige spätestens 24 Stunden vor Abhaltung bei der Behörde einlangt.² Auch Spontanversammlungen sind vom Grundrecht auf Versammlungsfreiheit geschützt³, die bloße Teilnahme ist nicht strafbar. Die unangemeldete Veranstaltung einer Versammlung stellt jedoch eine Verwaltungsübertretung gem § 2 iVm § 19 VersG dar.⁴ Um sich also rechtskonform zu verhalten oder sicherzustellen, dass die Zusammenkunft auch von der Behörde als Versammlung verstanden wird, muss ein_e Veranstalter_in eine Anzeige einbringen.

Eine Versammlung, „deren Zweck den Strafgesetzen zuwiderläuft oder deren Abhaltung die öffentliche Sicherheit oder das öffentliche Wohl gefährdet“, ist nach § 6 VersG mit Bescheid zu untersagen. Liegt eine dieser Voraussetzungen vor, steht der Behörde zwar kein Ermessen bei der Entscheidung zu, die sehr weiten Gesetzesbegriffe verleihen der Behörde aber de facto einen erheblichen Entscheidungsspielraum.⁵ Gegen den Untersagungsbescheid kann Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben werden (Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG).⁶ Bescheidbeschwerden kommt idR aufschiebende Wirkung zu. Die Versamm-

1 Winter, *Protest Policing und das Problem der Gewalt*, <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0168-ssoar-411021> [27-08-2016].

2 Eigner/Keplinger, *Versammlungsrecht-Praxiskommentar*³ (2015) § 2, 94.

3 Eigner/Keplinger, *Versammlungsrecht* § 2, 105.

4 Eigner/Keplinger, *Versammlungsrecht* § 2, 98.

5 Schick/Funk/Posch, *Demonstrationsschäden – Abwehr und Ausgleich aus rechtlicher Sicht* (1989) 38.

6 Bundesverfassungsgesetz BGBl 1930/1 idF BGBl I 2013/115.

lungsbehörde kann diese Wirkung bei Gefahr im Verzug jedoch ausschließen (§ 57 AVG⁷, § 13 Abs 2 VwGVG⁸), der Bescheid entfaltet dann sofort seine rechtliche Wirkung. Die Möglichkeit, die aufschiebende Wirkung auszuschließen, ist kein Spezifikum des Versammlungsrechts, hat in diesem Fall aber häufig besonders gravierende Auswirkungen: Die Anzeige erfolgt oft sehr kurzfristig, ua weil Versammlungen in vielen Fällen auf aktuelle politische Ereignisse Bezug nehmen. Die Abhaltung der Versammlung zu einem späteren Zeitpunkt würde bspw dann keinen Sinn ergeben, wenn es sich um eine Gegen demonstration handelt oder das Datum aus historischen oder symbolischen Gründen gewählt wurde. Die spätere Abhaltung der Versammlung stellt dann keine Option dar, da diese sonst ihrer politischen Aussage beraubt wäre. In der Literatur wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass die aufschiebende Wirkung der Beschwerde im Versammlungsrecht stets⁹ oder zumindest idR¹⁰ auszuschließen sei, da es sonst unmöglich wäre, eine Versammlung rechtzeitig zu untersagen. Gegen die Entscheidung über den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung steht als Rechtsmittel nur die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zur Verfügung – ohne aufschiebende Wirkung, da sonst der erstmalige Ausschluss wirkungslos wäre.¹¹ Betroffenen steht aufgrund der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung also kein Rechtsmittel zur Verfügung, das es ihnen ermöglicht, die Demonstration zum gewünschten Zeitpunkt abzuhalten, auch wenn der Untersagungsbescheid offensichtlich das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit verletzt. Dies ist etwa der Fall, wenn eine Demonstration allein aufgrund des Risikos von Auseinandersetzungen untersagt wird, ohne dass dieser Prognose objektiv feststellbare Umstände zugrunde liegen.¹² Im deutschen Recht gibt es hingegen die Möglichkeit, sich gegen die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung beim Verwaltungsgericht zu wehren und in einer Art „Eilverfahren“ Rechtsschutz zu erhalten.¹³

2. Umkämpfte Deutungshoheit – die Polizei auf Twitter

Sowohl die Untersagung einer Versammlung im Vorfeld als auch die Einsatzplanung der Polizei beruhen notwendigerweise auf ex ante Gefahreinschätzungen der Behörde. Dabei sollte nicht vergessen werden, dass derartige Entscheidungen stets innerhalb eines spezifischen politischen Kontexts stattfinden. Die Legitimität von Protesten wird demgemäß also nicht nur zwischen Behörde und Veranstalter_innen verhandelt, sondern auch in öffentlichen Diskursen. Staatliche Sicherheitsinstitutionen betreiben ihre eigene

7 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz BGBl I 1991/51 idF 2013/161.

8 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz BGBl 2013/122 idF 2015/82.

9 Fessler/Keller, Vereins- und Versammlungsrecht³ (2013) § 2, 277.

10 Giese, Versammlungsrecht, in Bachmann, Besonderes Verwaltungsrecht¹⁰ (2014)132; Zierl, Versammlungsrecht für die Praxis – Ein Leitfaden für Demonstrationen (2003), Rz 80.

11 Hengstschläger/Leeb, Verwaltungsverfahrensgesetz⁵ (2014) Rz 501.

12 VfSlg 5087/1965; VfGH 14.03.2013, B1037/11.

13 § 80 Abs 5 dVerwaltungsgerichtsordnung, dBGBl I 1991/686.

Sicherheitspolitik und mobilisieren die Öffentlichkeit, indem sie Straf- und Sicherheitsbedürfnisse aufbauen.¹⁴ Darüber hinaus wird die Öffentlichkeitsarbeit der Polizei auch strategisch genutzt, um Kritik abzuwehren und die Vorgehensweise für eine breitere Öffentlichkeit nachvollziehbar zu machen.¹⁵ Im Fall der Proteste gegen den rechtsextremen Akademikerball in Wien etwa gingen den Demonstrationen der letzten Jahre wochenlange mediale Auseinandersetzungen voraus, in denen Vertreter_innen der Polizei maßgeblich etwa an der „diskursiven Konstruktion gewaltbelasteter und damit gefährlicher Orte“ beteiligt waren.¹⁶ Gelingt es der Polizei, in derartigen Diskursen Dominanz auszuüben, kann die spätere Untersagung oder auch ein rigoroser Polizeieinsatz während der Proteste gegenüber einer breiteren Öffentlichkeit legitimiert werden.¹⁷ Weil polizeiliche Informationen von Journalist_innen häufig als erste bzw wichtigste Quelle herangezogen werden, ist dies durchaus nicht unwahrscheinlich. Hinzu kommt, dass die Polizei als staatliche Behörde insgesamt ein höheres Maß an Vertrauen genießt.¹⁸ Die Perspektive der Behörden wird deswegen medial in besonderem Maße wiedergegeben.¹⁹ Besonders problematisch ist in diesem Zusammenhang die einsatzbegleitende Verwendung von Social Media. Beliebt bei Polizeibehörden ist bspw Twitter²⁰, mit dem Informationen in Echtzeit an eine große Zahl von Leser_innen gesendet werden können. Die polizeiliche Medienarbeit richtet sich hierbei direkt an die Bevölkerung, ohne dass Journalist_innen die Informationen noch überprüfen oder kontextualisieren können. Die Polizei versucht so, ein aktives und bürgernahes Image zu pflegen.²¹ In Deutschland hagelte es etwa nach dem intensiven Einsatz des polizeilichen Twitteraccounts während der Blockupy-Proteste 2015 Kritik – bemängelt wurden ua Eingriffe in das Recht auf das eigene Bild im Rahmen des unverpixelten Abbildens von Demonstrant_innen, die verfrühte Zuschreibung von Straftaten und die der Neutralitätspflicht widersprechende Bewertung der Legitimität der Proteste.²²

Auch die Social-Media-Praxis der österreichischen Polizeibehörden ist in dieser Hinsicht problematisch: Die nach Beschreibung der Polizei schwerbewaffneten linken Demonstrant_innen, die bei der Anreise zum Akademikerball 2015 verhaftet wurden, stellten sich im Nachhinein als tschechische Polizeibeamt_innen in Zivil heraus. Die Fotos der beschlagnahmten Messer und Schlagringe erreichten zuvor auf Twitter aber eine beacht-

14 *Singelstein/Stolle*, Die Sicherheitsgesellschaft – Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert (2006) 54ff.

15 *Winter*, Protest Policing 26.

16 *Dopplinger/Kretschmann*, Die Produktion gefährlicher Räume, *juridikum* 2014, 28.

17 Vgl ebenso der Beitrag von *Kretschmann* in diesem Schwerpunkt.

18 *Gawlas/Pichl/Röhner*, Die Deutungsmacht der Polizei – Verfassungsrechtliche Probleme des Twitters durch die Frankfurter Polizei, *LKRZ* 2015, 365.

19 Vgl *Reiner*, Policing and the media, in *Newburn*, Handbook of Policing (2008) 325.

20 Vgl bspw die Accounts der Landespolizeidirektion Wien (@LPDWien), der LPD Oberösterreich (@LPDooe), der Polizei Frankfurt/Main (@Polizei_Ffm) oder auch der Polizei München (@PolizeiMuenchen).

21 *Reichertz/Bidlo/Englert*, Securitainment – Die Medien als eigenständige Akteure und unterhaltsame Aktivierer, in *Bidlo/Englert/Reichertz*, Tat-Ort Medien, Die Medien als Akteure und unterhaltsame Aktivierer (2012) 194f.

22 *Gawlas/Pichl/Röhner*, *LKRZ* 2015, 365.

liche Reichweite.²³ Einerseits wird so die Wahrnehmung der Proteste in der Öffentlichkeit beeinflusst, andererseits könnten die Bilder auch abschreckende Wirkung auf potentielle Teilnehmer_innen haben. Nicht zuletzt eignen sich solche Bilder auch dazu, einen rigiden Polizeieinsatz zu rechtfertigen.

Gegen polizeiliche Medienarbeit kommen „klassische“ Rechtsmittel nicht an, anstelle einer – im besten Fall kritischen – journalistischen Analyse erwirbt die Polizei die Deutungshoheit über das Geschehen.²⁴ Die Richtigstellung einer möglicherweise irreführenden oder diskreditierenden Falschmeldung Monate später kann den Einfluss, den sie vor oder während der Proteste auf die Teilnehmer_innen und die öffentliche Wahrnehmung der Geschehnisse hatte, nicht rückgängig machen.²⁵

3. Das Sicherheitspolizeirecht

Auch sicherheitspolizeiliche Befugnisse zielen darauf ab, den öffentlichen Raum zu regulieren, wie bspw im Rahmen des Platzverbots (§ 36 SPG)²⁶ oder der Wegweisung (§ 38 SPG). Solche räumlichen Strategien, die ua mit der Verdrängung von Protestteilnehmer_innen und einer Ausweitung polizeilicher Befugnisse verbunden sein können, werden von Kriminolog_innen als eine zentrale Strategie des *Protest Policing* beschrieben.²⁷ Im Folgenden wird die Novellierung der Wegweisungsbefugnis im SPG als ein Bsp für eine solche Strategie behandelt, die sich auch auf das *Protest Policing* auswirken kann.

3.1. Ärgernis statt Ordnung

Nach dem SPG war es bisher zulässig, Unbeteiligte wegzuweisen, die die Aufklärung eines gefährlichen Angriffes verhindern oder die Privatsphäre Betroffener unzumutbar beeinträchtigen (§ 38 Abs 1 SPG)²⁸. Kommen die Adressat_innen der Wegweisung nicht nach, kann diese mit Zwangsgewalt umgesetzt werden. Im Zuge der SPG-Novelle 2016²⁹, die unter verkürzter Begutachtungsfrist in Windeseile beschlossen wurde, wurden auch die Wegweisungsbefugnisse erweitert. Gemäß dem neuen § 38 Abs 1 sollen nun auch Personen, die den Tatbestand der Störung der öffentlichen Ordnung (§ 81 SPG) verwirklichen, weggewiesen werden können.³⁰ Die Entscheidung darüber, ob ein solches Verhal-

23 Thalhammer, „Akademikerball: Polizei verhaftet Polizisten“, http://diepresse.com/home/panorama/wien/4803348/Akademikerball_Polizei-verhaftet-Polizisten (26.10.2016).

24 Gawlas/Pichl/Röhner, LKRZ 2015, 363.

25 Vgl Backmund/Donat/Ullmann, Feindbild Demonstrant – Polizeiliche Desinformationsarbeit in Heiligendamm, in: *Republikanischer Anwälte- und Anwältinnenverein Legal Team*, Feindbild Demonstrant – Polizeigewalt, Militäreinsatz, Medienmanipulation. Der G8-Gipfel aus Sicht des Anwaltlichen Notdienstes (2007) 120.

26 Sicherheitspolizeigesetz BGBl I 1991/566 idF 2014/97.

27 Dopplinger/Kretschmann, Die Produktion 27.

28 BGBl I 1991/556 idF BGBl I 2016/5.

29 1151 BlgNr 25. GP.

30 Reindl-Krauskopf/Salimi, Punktuelle Stellungnahme, 10 SN 210 ME 25. GP 3.

ten vorliegt, treffen die amtshandelnden Organe. Gleichzeitig wurde auch der Straftatbestand des § 81 SPG massiv ausgeweitet. Bisher machte sich danach strafbar, wer „durch besonders rücksichtsloses Verhalten die öffentliche Ordnung ungerechtfertigt stört“. Es handelte sich dabei um ein Erfolgsdelikt, wobei der Erfolg darin bestehen musste, dass durch das Verhalten der Ablauf des äußeren Zusammenlebens der Menschen wahrnehmbar gestört wird.³¹ Nach der novellierten Fassung macht sich strafbar, „wer durch ein Verhalten, das geeignet ist, berechtigtes Ärgernis zu erregen, die öffentliche Ordnung stört und das Verhalten nicht gerechtfertigt ist, insb durch die Inanspruchnahme eines verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts“.³² Es braucht keine „besondere Rücksichtslosigkeit“ des Verhaltens mehr, um die Strafbarkeit zu begründen, stattdessen genügt schon die bloße Eignung, „berechtigtes Ärgernis“ zu erregen. Die alte Rechtslage beinhaltete durch das „besonders rücksichtslose Verhalten“ zumindest ein Element, das auf die Intention der Person abzielte und insofern eine gewisse Einschränkung des Tatbestandes bewirkte³³, während nunmehr auf eine nicht näher konkretisierte „Eignung“ abgestellt werden soll. Betroffen von der Reform dürften insb mutmaßliche Dealer_innen, Bettler_innen oder auch Obdachlose sein, va wenn man an die in den Materialien genannten Anwendungsbeispiele denkt (das „Verstellen von Geschäftspassagen“ oder „das Auftreten von Gruppen, die durch ihr Verhalten einen bedrohlichen bzw störenden Eindruck auf Anwesende vermitteln“) ³⁴. Die genannten Bspe beschreiben aber auch Szenarien, die im Rahmen von Protesten stattfinden können. Demonstrationen oder auch andere Aktionsformen, wie das gezielte Ansprechen von Passant_innen beim Verteilen von Flugblättern, Flashmobs oder Infotische können für Anwesende „störend“ sein oder auch den Zugang zu Geschäftspassagen verstellen. In vielen Fällen wird das Verhalten zwar nach § 6 VStG³⁵ gerechtfertigt sein, bspw weil es in Ausübung der Versammlungsfreiheit gesetzt wird, die Beurteilung der Frage, ob eine Versammlung vorliegt, liegt aber vor Ort bei den amtshandelnden Beamt_innen, die insofern ohne Kontrolle darüber entscheiden, wer als störend weggewiesen werden kann. Durch die offenen Gesetzesbegriffe ist zudem kaum vorhersehbar, welche Verhaltensweisen unter den neuen § 81 SPG fallen könnten.³⁶

31 *Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz: Polizeiausgabe (2012) 258.

32 RV 210 BlgNr XXV. GP 2.

33 *Reindl-Krauskopf/Salimi*, Punktuelle Stellungnahme zum Entwurf der SPG-Novelle 2016 (210/ME 25.GP), BMI-LR1340/0026-III/1/2016, 2.

34 1151 BlgNR 25. GP 1.

35 Verwaltungsstrafgesetz BGBl I 1991/52 idF 1999/194.

36 Vgl *Kretschmann*, „Änderung des Sicherheitspolizeigesetzes – Der störende Eindruck genügt“, <http://mosaik-blog.at/aenderung-des-sicherheitspolizeigesetzes-der-stoerende-eindruck-genuegt/> (4.9.2016).

3.2. Fraglicher Rechtsschutz

Als Rechtsmittel gegen eine Wegweisung kommt in erster Linie die Maßnahmenbeschwerde in Frage, da es sich dabei idR um einen Akt unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt handelt.³⁷ In der Entscheidung über eine Maßnahmenbeschwerde kann in diesem Fall lediglich die Feststellung getroffen werden, dass die Amtshandlung rechtswidrig war. Es besteht dabei jedoch ein nicht unerhebliches Kostenrisiko für die Beschwerdeführenden. Wird die Beschwerde zurück- oder abgewiesen, steht der Behörde als obsiegende Partei ein Pauschalbetrag zu (§ 35 Abs 3 u 5 VwGVG)³⁸. Die Höhe dieses Pauschalbetrages, der den durchschnittlichen Kosten der Behörde für die Vorlage, die Schriftsätze und die Verhandlung entspricht, beträgt derzeit 887,2 Euro (§ 1 Z 3-5 VwG-AufwErsV).³⁹ Der Rechtsschutz durch die Maßnahmenbeschwerde ist insofern schwer zugänglich und im Ergebnis eher unbefriedigend.

3.3. Polizist_innen vor Gericht: Mehr als „Aussage gegen Aussage“

Kommt es zu Auseinandersetzungen zwischen Polizist_innen und Aktivist_innen, enden diese häufig in Strafprozessen oder Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht. Generell kommt es selten dazu, dass Misshandlungsvorwürfe gegen Polizist_innen vor dem Strafgericht verhandelt werden: Statistiken des Innenministeriums zeigen, dass es bei 200-300 Anzeigen gegen Organe der Sicherheitsbehörden pro Jahr in den letzten Jahren konstant in weniger als 10 Fällen zu Anklagen gekommen ist. Die bei weitem überwiegende Mehrheit der Fälle wird also schon im Ermittlungsverfahren von der Staatsanwaltschaft eingestellt.⁴⁰ Über Verfahren gegen Demonstrant_innen gibt es in Österreich keine solche Statistik, allein die Berichte in den Medien zeigen aber, dass es sie in großer Regelmäßigkeit gibt.⁴¹

37 Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 190.

38 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz BGBl I 2013/33.

39 VwG-Aufwendersatzverordnung BGBl II 2013/517.

40 BMI, Sicherheitsbericht 2015, 119.

41 Vgl bspw Möseneder, Prozess um Widerstand: Richterliche Watschen für die Polizei, derstandard.at/2000046412430/Prozess-um-Widerstand-Richterliche-Watschen-fuer-die-Polizei (26.10.2016); Österreich, „Verhaftung eskalierte: Polizist will 8.900€“, <http://www.österreich.at/chronik/Verhaftung-eskalierte-Polizist-will-8-900-Euro/207996514> (31.8.2016); *Der Standard*, 6 Monate bedingte Freiheitsstrafe für Hüseyin S. – Urteil nicht rechtskräftig, <https://derstandard.at/jetzt/livebericht/2000004384344/nachlese-sechs-monate-bedingte-freiheitsstrafe-fuer-hueseyin-s---urteil-nicht-rechtskraeftig> (26.10.2016); *Der Standard*, „Anti-Identitären Protest: Demonstrant verurteilt, <http://derstandard.at/2000002231310/Anti-Identitaeren-Protest-Demonstrant-verurteilt> (26.10.2016); *Kleine Zeitung*, Demonstrant wurde freigesprochen, http://www.kleinezeitung.at/oesterreich/oesterreich/4664119/Akademikerball-2014_Demonstrant-wurde-freigesprochen (26.10.2016); *Der Standard*, Linzer Demonstranten freigesprochen, <http://derstandard.at/1265851926530/1-Mai-Demo-Linzer-Demonstranten-freigesprochen> (26.10.2016); *Der Spiegel*, Josef S.: Deutscher Demonstrant verurteilt nach Akademikerball-Protest, www.spiegel.de/lebenundlernen/unijosef-s-deutscher-student-verurteilt-nach-akademikerball-protest-a-986666.html (31.8.2016).

Schwierigkeiten können sich in solchen Strafverfahren ua durch die Annahme ergeben, dass Polizist_innen aufgrund ihrer beruflichen Stellung besonders glaubwürdig seien⁴², insb wenn es keine anderen Beweismittel als die Aussagen der unmittelbar Beteiligten gibt. Schließlich könnte auch umgekehrt argumentiert werden, dass die Beamt_innen gerade wegen ihrer beruflichen Stellung besonders viel zu verlieren hätten und die Feststellung von kompetenzüberschreitendem oder gewalttätigem Verhalten deshalb nicht riskieren könnten.⁴³ Auch sonst unterscheiden sie sich von anderen Zeug_innen, insb durch ihre eigene aktive Rolle im Ermittlungsverfahren⁴⁴ und eben beim Polizieren von Protesten.

Kriminolog_innen stellen in diesem Zusammenhang zudem einen „code of silence“ in Rechnung – das Schweigen von Polizist_innen hinsichtlich des Fehlverhaltens ihrer Kolleg_innen.⁴⁵ Für *Behr* steht dieses Phänomen in engem Zusammenhang mit der Organisationsstruktur des Polizeiapparates. Die Ursache sieht er va in gruppenspezifischen Prozessen wie dem Schutz der Einheit, die als Gefahrgemeinschaft erlebt wird, und der Sicherung der eigenen Loyalität in der Gruppe.⁴⁶ *Kreissl* geht noch weiter, wenn er der Wiener Polizei Autoritätshörigkeit, Korpsgeist sowie „eine Mischung aus Paranoia und Larmoyanz“ attestiert.⁴⁷ Die besondere Rolle, die Polizist_innen im Ermittlungsverfahren zukommt, sollte jedenfalls im Rahmen der freien Beweiswürdigung berücksichtigt werden.

4. Conclusio

Die diskutierten Bsp zeigen, dass die gesetzlich gewährleisteten Rechtsmittel keinen wirksamen Rechtsschutz gegen einige gängige Strategien des *Protest Policing* bieten. Gegen manche Aspekte des *Protest Policing* wie bspw gezielte Medienarbeit im Vorfeld und insb während laufender Proteste findet sich idR keine Abhilfe im klassischen Repertoire der Rechtsordnung. Es ist wichtig, die Pressearbeit der Polizeibehörde als die einer politischen Akteurin mit Eigeninteressen zu begreifen und nicht als bloße Weitergabe von Informationen.

An anderen Stellen liegt das Problem zum Teil in der erschwerten Zugänglichkeit etwa aufgrund finanzieller Risiken oder Formvorschriften beim Einbringen einer Beschwerde. Auch das niedrigschwellige Rechtsmittel schafft idR jedoch keine Abhilfe, wenn An-

42 Vgl bspw *Der Standard*, Man glaubt der Polizei, <http://derstandard.at/1250690928964/Hintergrund-Man-glaubt-der-Polizei> (31.8.2016); *Hof*, Polizeizeugen – Zeugen im Sinne der StPO?, Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht 2015, 277f.

43 *Drescher*, Polizisten außer Kontrolle? Zur Diskussion über die Notwendigkeit einer Kontrolle der Polizei (2014) 184.

44 *Hof*, Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht 2015, 277.

45 *Behr*, Warum Polizisten schweigen wenn sie reden sollten, in *Feltes*, Neue Wege, neue Ziele. Polizieren und Polizeiwissenschaft im Diskurs (2009) 36.

46 *Behr* in *Feltes*, 33.

47 *Khorsand*, Wiener „Draufhauereien“, www.wienerzeitung.at/nachrichten/wien/stadtpolitik/632121_Bereit-fuer-den-Buergerkrieg.html (1.9.2016).

nahmen über die Glaubwürdigkeit von Polizist_innen vor Gericht nicht ausreichend hinterfragt werden oder polizeiliche Befugnisse gesetzlich so gestaltet werden, dass es kaum objektive Anhaltspunkte dafür gibt, wann sie zur Anwendung kommen dürfen. Werden zudem Kompetenzen so vage ausgestaltet wie im neuen § 38 Abs 1 SPG, leidet darunter auch der Rechtsschutz, da die Polizei weitgehende Definitionsmacht darüber erlangt, wessen Verhalten störend oder gefährlich für die Öffentlichkeit ist. Einige dieser Probleme könnten durch gesetzgeberische Maßnahmen verbessert werden, bspw durch mehr Sparsamkeit bei der Einräumung polizeilicher Kompetenzen oder der Einführung eines Sonderverfahrens, mit dem die aufschiebende Wirkung von Beschwerden wiederhergestellt werden kann, wie etwa in Deutschland. Ein Aspekt aber wird im Rahmen auch eines dieser Defizite bereinigten Rechtsstaates nie gänzlich verschwinden: Die disziplinierende Wirkung, die die (mögliche) Beamtshandlung auf Betroffene hat, unabhängig davon, wer am Schluss Recht bekommt.⁴⁸

Nora Pentz (BA) studiert Rechtswissenschaften an der Universität Wien; npentz@ymail.com

48 Redl, Das Verfahren als Strafe, juridikum 1998, 2.

Soziale Bewegungen und Polizei

Interview mit Robert Foltin

Angelika Adensamer/Andrea Kretschmann

Robert Foltin hat in *Und wir bewegen uns doch. Soziale Bewegungen in Österreich*, Wien, 2004 und *Und wir bewegen uns noch. Zur jüngeren Geschichte sozialer Bewegungen in Österreich*, Wien, 2011 die Geschichte sozialer Bewegungen in Österreich erzählt. Wir haben mit ihm über Protestformen, Polizeistategien und den medialen Gewaltdiskurs gesprochen.

A. K. *Sie beschäftigen sich mit sozialen Bewegungen, auch aus historischer Perspektive. Sieht man eine Entwicklung im Policing von Demonstrationen?*

R. F. 1968 zum Beispiel war die Polizei noch ohne Ausrüstung. Das hat sich in der Zwischenzeit verändert und bei Demonstrationen wurden so Einsätze möglich, bei denen man nicht so schnell schießen muss – unabhängig davon, dass in Österreich nicht so viel passiert ist. In Deutschland gab es diese Veränderungen eher Anfang der 1970er Jahre, in Österreich erst im Laufe der 1980er Jahre. Anfang der 1980er Jahre haben sich Helm, Schild usw, also der Körperschutz und die Bewaffnung der Polizei durchgesetzt. Die Frage, wie kann man besser eingehen auf Demonstrationen ohne gleich härtere Waffen zu benutzen, war eine Hauptmotivation nach 1968. Wobei die Polizei in der zweiten Republik – soweit ich mich erinnere – nie auf Demonstrant_innen geschossen hat.

A. A. *Wie hat sich die Ausrüstung verändert, wie sah die Polizei bei ihren Einsätzen aus?*

R.F. Die Polizei hat nur Kapperl gehabt bis in die 1980er Jahre hinein. Der Helm ist erst in den 1980er Jahren gekommen. Pefferspray kenne ich auch erst seit 20, 30 Jahren, im Gegensatz zu Schlagstöcken, die auch früher zur Grundausrüstung gehörten. Pistolen hat die Polizei auch getragen, es war nie der Fall, dass sie in Österreich wie die englischen Bobbys unbewaffnet gewesen wäre.

A.K. *Wie haben sich die Strategien der Polizei verändert?*

R.F. Es ist ja immer so, dass es nie nur eine Antwort der Herrschenden gibt auf soziale Bewegungen, das ist nicht immer Repression, das ist differenzierter. Es hat immer wieder deutlich Phasen gegeben, wo die Polizei deeskalativ vorgegangen ist. Ich beobachte es seit den militanteren Auseinandersetzungen der 1980er Jahre, dass die Polizei sich manchmal zurückhält, um die Situation nicht zu eskalieren. Eine de-eskalierende Heran-

gehensweise schließt aber nicht aus, dass trotzdem einzelne Polizist_innen ordentlich prügeln. Solches Vorgehen auf Demonstrationen von Seiten der Polizei wird oft als Polizeibrutalität medial skandalisiert, aber wenn ich von meiner Beobachtung ausgehe, sehe ich deutlich, dass zwar einzelne Prügeln, es aber zugleich immer wieder Konzepte von oben gibt, gemäßigter vorzugehen.

Wo es in spezifischer Weise deeskalierend, aber dennoch schwierig war, das war in der Bewegung gegen Schwarz-Blau. Das Kalkül der Polizei war meines Erachtens, dass die Bewegung sich totläuft. Es gibt immer wieder solche Fälle: die Studierendenbewegungen in den Jahren 1987 und 1996, oder die aktuelle Studierendenbewegung. Bei all diesen Anlässen hat die Polizei sich zurückgehalten, weil das Totlaufen lassen weniger Probleme bereitet, als massiv gegen die Demonstrierenden vorzugehen. Zu dieser Strategie greift die Polizei vor allem dann, wenn es relativ viele Leute sind, die auf die Straße gehen, also Zehntausende statt Tausende.

A. A. Lässt sich eine Entwicklung im Protest Policing ausmachen – und wenn ja, welche?

R. F. Man kann sehen, dass die Polizei entspannter geworden ist, dass sie in der Lage ist, taktischer vorzugehen. Als es die ersten militanten Auseinandersetzungen gab in den 1980er Jahren, da konnte die Polizei nicht so gut damit umgehen. Die Strategien der Deeskalation seitdem sind in dem Sinne als Professionalisierung zu sehen. Dabei ist zu sagen, dass die Wiener Polizei hierbei mehr Erfahrung hat als die Polizei der Länder. In den 2000er Jahren hat es sie bspw nicht gekümmert, wenn Böller und Feuerwerkskörper flogen. Die Bundesländerpolizisten dagegen sind dann schon nervös geworden. Gleichzeitig hat sich seit den 1980er Jahren auch in der Bevölkerung viel getan, ist es selbstverständlicher geworden, dass es Protest gibt. In den 1970ern war das noch nicht in dem Maße der Fall.

A. A.: Wie beurteilen Sie den Umgang der Polizei mit Demonstrationen, die von einer Gegendemonstration begleitet werden?

R. F.: Die Polizei besetzt in diesen Situationen in den letzten Jahren manchmal wirklich ganze Stadtviertel, das hat es früher nicht so gegeben. Ich kann mich erinnern, dass bei einer WKR-Demonstration der halbe achte Bezirk abgeriegelt war. Früher hat die Polizei sich eher darauf beschränkt, verschiedenen Gruppierungen innerhalb einer Demonstration abzugrenzen, oder ihr Handeln einzuschränken, aber es gab kein Abriegeln ganzer Stadtviertel. Es kommt mir hierbei oft willkürlich vor, wen sie dann wie durchgehen lassen, manche unter Ausweiskontrolle, manche dürfen so durchgehen.

A. K. Haben Polizeistategien bei Demonstrationen etwas mit der Entstehung bzw Existenz sozialer Bewegungen zu tun?

R. F. Ich gehe davon aus, dass es Konjunkturen von Protest gibt: es gibt Protestzyklen. Ob die Polizei entlang dessen darauf antwortet, da bin ich skeptisch. Es gibt schon eine „Liberalisierung“ der Polizei gegenüber früher. Repression richtet sich vonseiten der

Polizei aber heute wie früher vor allem gegen marginalisierte Gruppen – was auch Demonstrierende einschließen kann.

A. K.: Seit 2015 ist offenkundig, dass der aktuelle Polizeipräsident, Präsident Pürstl, Sitzblockaden mitunter als Störung definiert. Das war aus polizeilicher Sicht nicht immer der Fall. Wann ist etwas ziviler Ungehorsam, wann ist etwas eine Störung, wann ist etwas Gewalt?

R. F.: Ja, das sind Verschiebungen in der Gewaltdiskussion. Sehr oft wird Gewalt von mächtigen staatlichen oder gesellschaftlichen Akteur_innen definiert, darunter der Polizei, und der Einsatz von Gewalt ist abhängig von gesellschaftlichen Verhältnissen. Also wenn man sich die Medien anschaut, die von den „gewaltfreien“ Protesten in der Ukraine geredet haben, und ich sehe Aufnahmen, die aber eine wahnsinnige Brutalität zeigen – wenn man das vergleicht mit der damals zeitgleich gelaufenen Diskussion über den WKR, also die Proteste gegen den jährlichen Ball der Burschenschafter, bei denen in den Medien von massiven gewalttätigen Protesten berichtet wurde und es gingen im Wesentlichen einige Fensterscheiben kaputt, da sieht man: es ist dagegen minimal, was in Wien passiert ist. Wenn man Gewalt definiert als Handlung, die jemand anderen daran hindert, etwas Bestimmtes zu tun, dann ist natürlich jede Blockade oder jeder Streik Gewalt. Mir fällt in diesem Zusammenhang auf, dass die Presseaussendungen der Polizei relativ unkritisch gebraucht werden. Ganz oft verschärft die Polizei die Situation mit ihrer Pressetätigkeit. Manchmal denk ich mir, na die waren aber woanders als ich (lacht).

Das Interview führten Angelika Adensamer und Andrea Kretschmann.

Mag.^a Angelika Adensamer, MSc Criminology and Criminal Justice ist Lektorin an der TU Wien und Redaktionsmitglied der Zeitschrift *juridikum*; a.adensamer@gmail.com

Dr.ⁱⁿ Mag.^a Andrea Kretschman, M.A., ist Forscherin am Centre Marc Bloch in Berlin, Lektorin an der Universität Wien und Redaktionsmitglied der Zeitschrift *juridikum*; kretschmann@cmb.hu-berlin.de

Die Evaluierung von Aufsichtsratskandidat_innen¹

Ein Hindernis für Vielfalt?

Astrid Hainzl

1. Geschlechterdiversität in österreichischen Aufsichtsräten

Der geringe Frauenanteil in organisationalen Aufsichtsgremien führt national und international zu einer verstärkten Diskussion um die Einführung von Frauenquoten. Bei der Besetzung von Aufsichtsratspositionen sieht die gesetzliche Grundlage in Österreich mit § 87 Abs 2a AktG eine Beachtung der fachlichen und persönlichen Qualifikation der Kandidatinnen und Kandidaten sowie der ausgewogenen fachlichen Zusammensetzung des Gremiums vor. Hinsichtlich Diversität sind Alter, Geschlecht und für börsennotierte Unternehmen Internationalität angemessen zu beachten. Die konkrete Wirkung der gesetzlichen Verankerung von Diversität bleibt aber offen, da sowohl Sanktionierung als auch Interpretation der vagen Formulierung² nicht völlig geklärt sind.³ Der Frauenanteil in österreichischen Aufsichtsräten stieg daher trotz gesetzten Maßnahmen in Wirtschaft und Politik in den vergangenen Jahren nur marginal. Aktuell liegt er für die 200 umsatzstärksten Unternehmen (inkl Finanzsektor) im Jahr 2016 bei 17,7 %.⁴

Bisherige Initiativen zur Steigerung des Anteils an Aufsichtsrätinnen haben sich vor allem auf Frauen und deren Qualifizierung konzentriert, während der Besetzungsprozess kaum im Fokus stand. Aus sozialwissenschaftlicher Perspektive ist es vor allem dieser Prozess, der trotz gesetzlichem Gebot zur Beachtung von Diversität und öffentlicher Diskussion, zu einer Geschlechtersegregation führt. Ausgehend von einer Teilung des Besetzungsprozesses in drei Schritte – Profilerstellung, Suche, Evaluierung⁵ – beschäftigt sich die dem Beitrag zugrundeliegende Masterarbeit mit den Praktiken der Evaluierung von Kandidatinnen und Kandidaten, die zu einer Reproduktion von männlich dominierten Aufsichtsratsgremien führen.

1 Dieser Beitrag basiert auf der Masterarbeit „Die Reproduktion des männlichen Aufsichtsrates – Homosoziale Praktiken in der Evaluierung von Kandidatinnen und Kandidaten“. Die Daten wurden im Rahmen des von der EU-Kommission geförderten und vom Bundesministerium für Bildung und Frauen (BMBWF) koordinierten Projekts „PROGRESS – Women are top! To the Top by innovative corporate cultures“ erhoben.

2 „[...] Weiters sind Aspekte der Diversität des Aufsichtsrats im Hinblick auf die Vertretung beider Geschlechter und die Altersstruktur sowie bei börsennotierten Gesellschaften auch im Hinblick auf die Internationalität der Mitglieder angemessen zu berücksichtigen. [...]“, § 87 Abs 2a AktG.

3 *Mensi-Klarbach*, Diversität in Aufsichtsräten, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) 199.

4 *Abd El Mawgoud/Wieser*, Frauen.Management.Report.2016 (2016) 18.

5 Vgl *Barth*, Die Nominierung von Aufsichtsratsmitgliedern (2013) 39f.

2. Evaluierung von Kandidatinnen und Kandidaten

Die Evaluierung von Kandidatinnen und Kandidaten erfolgt anhand von Kriterien, die in Eignungs- und Akzeptanzkriterien unterteilt werden können. Während Eignungskriterien die fachliche Qualifikation einer Person umfassen, stellen Akzeptanzkriterien implizite Anforderungen wie Einstellung, Werte oder Persönlichkeit dar.⁶ Aus der qualitativen Erhebung zeigt sich, dass bei der Evaluierung von Kandidatinnen und Kandidaten für Aufsichtsratspositionen die Gewichtung der Kriterien stark vom Zeitpunkt im Besetzungsprozess sowie vom Geschlecht der Kandidatinnen und Kandidaten abhängen. Zu Beginn des Besetzungsprozesses stehen *va* Eignungskriterien im Zentrum. Fachliche Qualifikation wird als Voraussetzung für ein Aufsichtsratsmandat gesehen. Aus der explorativen Erhebung wird ersichtlich, dass es kein allgemein geteiltes Verständnis über Qualifikationsanforderungen an ein „ideales“ Aufsichtsratsmitglied gibt. Vielmehr soll im gesamten Aufsichtsrat ein Portfolio an Kompetenzen abgedeckt werden, das durch die Zusammensetzung der einzelnen Mitglieder erreicht wird. Gleichzeitig zeigt sich aber, dass dieses Portfolio an Kompetenzen für das Gremium nicht schriftlich festgehalten wird und in der Regel auch keine einzelnen Anforderungsprofile abgeleitet werden. Je konkreter die Besetzungssituation wird, desto mehr rücken Akzeptanzkriterien in den Vordergrund. Für die tatsächliche Besetzung einer vakanten Position scheinen Akzeptanzkriterien ausschlaggebend zu sein. Als besonders wichtig hat sich hier Vertrauen herausgestellt, ohne welches keine Aufsichtsratsbesetzung stattfindet.

Geschlecht hat in mehrerlei Hinsicht einen (unbewussten) Einfluss auf die Evaluierung. Ein Mangel an Eignungskriterien wird meist als Grund für den geringen Frauenanteil in Aufsichtsräten gesehen. Wie bisherige internationale Forschungsergebnisse, zeigt auch diese explorative Studie, dass die Qualifikation von Kandidatinnen aber viel stärker und detaillierter geprüft wird, als jene von Kandidaten, die eher als gegeben angenommen wird.⁷ Darüber hinaus ergibt die Untersuchung, dass Vertrauen als Akzeptanzkriterium eine übergeordnete Rolle spielt. Es entsteht *va* aus gemeinsamer Bekanntschaft aus Netzwerken, die eine Basis für gemeinsame Werte und geteilte Interessen darstellen. Vertrauen ist geschlechtlich konnotiert, weil der Zugang zu den entsprechenden Netzwerken für Frauen oft nur beschränkt und in manchen Fällen gar nicht möglich ist. So fehlen Frauen scheinbar nicht nur die entsprechenden Qualifikationen, sondern auch die entsprechenden sozialen Kontakte, um ein Aufsichtsratsmandat zu erlangen.

Die Evaluierung ist nicht offensichtlich durch das Geschlecht von Kandidatinnen und Kandidaten beeinflusst, sondern es handelt sich um stark unbewusste, automatische Mechanismen. Dementsprechend schwierig ist es, diese in Besetzungsentscheidungen sichtbar und damit für Reflexion und Veränderung zugänglich zu machen.

6 Holgersson, Recruiting Managing Directors: Doing Homosociality, *Gender, Work & Organization* 2013, 459.

7 Vgl. Eagly/Karau, Role Congruity Theory of Prejudice toward Female Leaders, *Psychological Review* 2002, 573; Holgersson, *Gender Work & Organization* 2013, 459.

3. Fazit

Im Auswahlprozess verankerte unbewusste Mechanismen äußern sich vor allem durch eine ungleiche Evaluierung von Kandidatinnen und Kandidaten. *Heilman* zeigt, dass Frauen oft als unpassend für traditionell von Männern besetzte Positionen wahrgenommen werden.⁸ Das liegt vor allem daran, dass die Erwartungen an die Rolle einer Frau nicht mit jenen an eine Führungskraft vereinbar zu sein scheinen.⁹ So kommt es auch zu einer ungleichen Evaluierung von Qualifikation im Besetzungsprozess für Aufsichtsratspositionen. Zusätzlich stellt die Konzentration auf Vertrauen eine Herausforderung für Kandidatinnen dar, da für sie oft der Zugang zu den entscheidenden Netzwerken fehlt.¹⁰ Diese bilden starke Werte und Normengemeinschaften, in denen die Mitglieder einander sehr ähnlich sind und sein sollen.¹¹

Ohne die Erstellung eines formalen Profils, in dem konkrete Anforderungen festgehalten werden, läuft die Evaluierung von Kandidatinnen und Kandidaten auf Grund von automatischen und unbewussten Mechanismen Gefahr, nach alten Mustern und damit zu Gunsten von homogenen Aufsichtsratsmitgliedern zu verlaufen. Daher reicht es nicht, öffentliche Debatten über die Qualifikation von potentiellen Aufsichtsratsmitgliedern zu führen, sondern es muss auch der Prozess in Frage gestellt werden, in dem Qualifikationen festgeschrieben und bewertet werden.

Astrid Hainzl, MSc ist Universitätsassistentin prae doc am Institut für Gender und Diversität an der Wirtschaftsuniversität Wien; astrid.hainzl@wu.ac.at

8 *Heilman*, Description and Prescription: How Gender Stereotypes Prevent Women's Ascent up the Organizational Ladder, *Journal of Social Issues* 2001, 657.

9 *Eagly/Karau*, *Psychological Review* 2002, 573.

10 Vgl *Doldor/Vinnicombe/Gaughan/Sealy*, Gender Diversity on Boards: The Appointment Process and the Role of Executive Search Firms (2012).

11 *O'Higgins*, Non-executive Directors on Boards in Ireland: Co-option, Characteristics and Contributions, *Corporate Governance: An International Review* 2002, 19.

Fundiert kommentiert – das neue Datenschutzrecht der EU

Die im Mai 2018 in Geltung tretende Datenschutz-Grundverordnung der EU (EU-DSGVO) regelt das gesamte Datenschutzrecht in der Europäischen Union neu. Nach einem Vorwort von Jan Philipp Albrecht, Mitglied des Europäischen Parlaments und Berichterstatter für die EU-DSGVO, bietet dieses Werk eine Kommentierung sämtlicher Bestimmungen der EU-DSGVO und verschafft dem Leser eine praktische Einführung in Fragen wie:

- Welche Maßnahmen sollten Sie schon jetzt ergreifen?
- Brauchen Sie einen Datenschutzbeauftragten?
- Welche Strafen drohen Ihnen?
- Wie müssen Sie Ihr Compliance-Management anpassen?
- Was bedeuten „Privacy by Design“ und „Privacy by Default“?
- Wie setzen Sie das Recht auf Datenportabilität und auf Vergessen um?



RA Dr. Lukas Feiler, SSCP CIPP/E, leitet das IT-Team bei Baker & McKenzie, Fellow des Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forums
Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Forgó, Professor für IT-Recht und Rechtsinformatik an der Leibniz Universität Hannover



Feiler/Forgó
EU-DSGVO
EU-Datenschutz-Grundverordnung

Kurzkommentar
420 Seiten, gebunden
ISBN 978-3-7046-7580-4
Erscheinungsdatum: 15.12.2016

€ 79,-
Versandkostenfrei in Österreich
bei Onlinebestellung auf:
www.verlagoesterreich.at

