nr 3/2017

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Verfassungsumbrüche

recht & gesellschaft

Wittgenstein & Ethik
Überlegungen zur rechtshistorischen Didaktik
Begriff & Störung der öffentlichen Ordnung
Rechtsunsicherheit in Umweltverfahren?

debatte mindestsicherung

Deckelung der Mindestsicherung: Verfassungsrechtliche Erwägungen

Für Context herausgegeben von Philipp Hense-Lintschnig, Valerie Purth, Maria Sagmeister und Andreas Wöckinger

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

VERLAG ÖSTERREICH

Zum Herbstbeginn: Programmatisches

Philipp Hense-Lintschnig / Valerie Purth

Jedem Herbst wohnt auch ein Anfang inne: Der Beginn einer neuen Jahreszeit, eines neuen Studienjahres und diesmal auch einer neuen Legislaturperiode. Eine gute Zeit, sich grundsätzlichen Fragestellungen zu widmen. Und wieso nicht in Form einer kleinen Erzählung?

> „Die Juristenausbildung gleicht, wie mir einmal Professor Redslob, der erste Rektor der FU und keineswegs ein fortschrittlicher, sagte, der Dressur von Zirkusflöhen. Die werden nämlich, nachdem man sie gefangen hat, in eine Zigarrenkiste gesperrt, auf die man eine Glasscheibe legt. Wenn die Flöhe versuchen, aus der Kiste zu hüpfen, stoßen sie sich an der Scheibe. Nach einiger Zeit lernen sie, wie hoch sie springen können, ohne sich zu stoßen. Wenn man jetzt die Scheibe abnimmt, haben sie sich abgewöhnt, aus der Kiste zu springen. Dieser Vorgang wird in immer niedrigeren Kisten wiederholt, bis die Flöhe dann gelernt haben, dass sie überhaupt nicht mehr springen können. Wenn sie dann gelernt haben, sich nur noch kriechend fortzubewegen, ist ihre Ausbildung für den Flohzirkus abgeschlossen. Bezogen auf die Juristen ist dies etwa der Zeitpunkt des Assessorexamens. Während der gesamten Ausbildung wird den Juristen jeder Mut zu schöpferischem Denken ausgetrieben und sie erkennen sehr bald, dass ihnen zusätzliche Kenntnisse von sozialpsychologischen, wirtschaftlichen oder gesellschaftspolitischen Zusammenhängen in der juristischen Arbeit nur hinderlich sind. Man hat keine Chance, sich mit diesem Wissen gegenüber den eingesessenen Juristen durchzusetzen.“[1]

Mit mehr oder weniger Schrecken werden sich jene, die das Studium der Rechtswissenschaften bereits hinter sich haben, an ihre Zeit als holzmehlfressende[2] Zirkusflöhe erinnern. Und einige jener, die gerade am Beginn eines neuen Studienjahres stehen, werden sich bestätigt fühlen in ihrem immer wiederkehrenden Hadern und Zweifeln am Jus-Studium. Am Jus-Studium, das sich so beengt und so leblos präsentiert, wenn ihm genau das fehlt, was die Erzählung vom Flohzirkus ein- bzw herausfordert: Die Rückbezüglichkeit des Rechts auf die Gesellschaft.

An dieser Stelle setzt das juridikum an: mit dem klaren Bekenntnis, dass wir das Zirkusfloh-Dasein verweigern und im Gegenteil durch unser Springen das Recht bewegen wollen. Dies im vollem Bewusstsein aller Konsequenzen. Denn es hilft in der juristischen

1 zit nach: *Eschen*, Vor den Schranken. Erfahrungen eines linken Anwalts, Kursbuch 40 (1975) 104.

2 So *Kafka* in seinem *Brief an den Vater* über das Studium der Rechtswissenschaften.

Praxis nicht – um bei der Flohmetapher zu bleiben – springen zu können und über die gesellschaftlichen Zusammenhänge des Rechts Bescheid zu wissen. Mit diesem Erkenntnisvorsprung allein werden keine Urteile geschrieben, keine Prozesse gewonnen, keine Gesetze erlassen, keine Norm vollzogen.

Um auf den juristischen Diskurs einwirken zu können, und doch „Bewegungen ins Recht" (so der Titel der Jubiläumsausgabe 2010/1) zu bringen, braucht es einen Ort der Gegen-Öffentlichkeit, der Emanzipation und der Möglichkeiten. Einen Ort, an dem die „reine" Rechtsdogmatik verlassen und in einen gesellschaftlichen Kontext gestellt wird. An dem der „Herr"schaftscharakter des Rechts immer und immer wieder schonungslos offengelegt und zerpflückt wird. In dem einem Rechtsempfinden entgegengewirkt wird, welches „kraft seiner Definitionsmacht nichts anderes als der zynische Fingerzeig der Macht einer wohlsituierten, weißen, männlichen, mobilen, heterosexuellen Kaste auf jene ist, die ihr nicht angehören."[3]

Ein solcher Ort war und ist das juridikum. Seit seiner Gründung ist das juridikum eine, in der 1989 gewählten Selbstbeschreibung, „fortschrittliche" Zeitschrift, für alle, denen das Studium der Rechtswissenschaften zu beengt und zu beengend vorkommt; für alle, denen der rechtliche Diskurs zu verfangen in dogmatischen Spitzfindigkeiten erscheint und zu abgekapselt von den Rohheiten, Unreinheiten und Unfassbarkeiten des Lebens. Als Hinweis bot es: „Um herauszufinden, welche Inhalte wir tatsächlich vertreten, gibt es nur eine Möglichkeit: lesen."[4]

Das juridikum will auch weiterhin ein Ort sein, in dem herrschaftliche Diskurse aufgedeckt und gebrochen werden; in dem ein neuer Diskurs entstehen kann, einer, der emanzipatorische Ansätze verfolgt und die Rechtswissenschaften in einen breiteren Kontext setzt, rückbezieht auf die Gesellschaft.[5] „[E]in Ort kritischer, pointierter Aussagen und des interdisziplinären Austauschs[.] (...) Ein Ort für Themen, die in der allgemeinen juristischen Zeitschriftenlandschaft wenig Platz finden, aber viel Platz brauchen: Themen wie das der juristischen Ausbildung, der Gender Studies, des Fremdenrechts und der Menschenrechte – der kritischen Reflexion des Rechts und der Rechtspolitik."[6]

Auf dass diese Vorsätze in den Neubeginnen dieses Herbsts fruchtbaren Boden finden. Auf dass die Flöhe das Springen nicht verlernen!

Und: Wer auch kein Zirkusfloh sein will, ist im juridikum herzlich willkommen! Wir sind immer auf der Suche nach kritischen Autor*innen.

DI (FH) Mag. Philipp Hense-Lintschnig ist Mitherausgeber des juridikum, will kein Zirkusfloh sein und lebt in Graz; philip.hense@riseup.net

Mag.ª Valerie Purth B.A. ist Mitherausgeberin des juridikum, will kein Zirkusfloh sein und lebt in Wien; valerie.purth@gmail.com

---

3 *Wedl*, Das Juridikum ist tot. Es lebe das Juridikum! juridikum 1995/5, 5.
4 *Zinner/Zöchling*, Verwirrung im Juridicum, juridikum 1989/1, 2.
5 In Anlehnung an die *juridikum-Redaktion*, Bewegungen im Recht, juridikum 2010, 4.
6 *Feldner/Somek/Soyer/Windhager*, Erste Worte, juridikum 2000, 0.

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

285 Zum Herbstbeginn: Programmatisches
Philipp Hense-Lintschnig / Valerie Purth

merk.würdig

289 Die neoliberale Brille ablegen
Auf Spurensuche nach der sozioökonomischen Ausrichtung der Europäischen Union
Nikolaus Wieser

292 Viele Wege führen zur Rechtskonformität
Thomas Schmidt-Lux

296 Stealthing verletzt die sexuelle Selbstbestimmung
Maria Sagmeister

300 Frauen*volksbegehren 2.0: Es ist Zeit!
Eva-Maria Titz / Christian Berger

recht & gesellschaft

304 Ethik als (kritische) Haltung
Ein erläuternder Abriss der logisch-philosophischen Abhandlung von Ludwig Wittgenstein in ihrer ethischen Dimension
Harun Pačić

317 Kritik formulieren
Aktuelle Überlegungen zur rechtshistorischen Didaktik
Ines Schwaighofer-Glück / Sebastian M. Spitra

327 Die Unsterblichkeit vor dem Strafgericht
Strafrechtliche Überlegungen zu Kryonik
Katharina Köberl / Sophie-Katharina Matjaz

337 Öffentliche (Un)Ordnung
Luka Samonig

345 Hausgemachte Rechtsunsicherheit im Umweltrecht
Sind durch die Nichtumsetzung der Aarhus Konvention alle Umweltverfahren von nachträglichen Rechtsmitteln bedroht?
Gregor Schamschula

debatte

356 Deckelung der Bedarfsorientierten Mindestsicherung
Verfassungsrechtliche Erwägungen hinsichtlich pauschalierender Kürzungen von Mindeststandards
Marina Kaspar

thema

367 Vorwort der Gastherausgeber: Verfassungsumbrüche
Andreas Wöckinger / Lorenz Dopplinger

369 Institutional Winners and Losers of the Euro Crisis
Martina Augustin

381 Der état d'urgence in Frankreich
Raphaël Bouteau / Karol Felsner

393 Constitutional Amendment in Turkey:
The Problem of Legitimacy and the Constitutional Dictatorship
Şerife Ceren Uysal

404 Verfassungsumbrüche durch Höchstrichter_innenbestellung?
Gedanken zu möglichen Auswirkungen der Bestellung von Richter_innen des US Supreme Court durch Präsident Trump
Martin Hiesel

nach.satz

414 The next session please!
Die Frauenrechtskonvention CEDAW und die Verpflichtung Österreichs
Daniela Almer / Andrea Ludwig

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, Valerie Purth, Maria Sagmeister, Andreas Wöckinger

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

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

Redaktion:
Angelika Adensamer, Flora Alvorado-Dupuy, Fabiane Baxewanos, Miriam Broucek, Isabell Doll, Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Doris Einwallner, Karol Felsner, Ronald Frühwirth, Philipp Hense-Lintschnig, Kevin Fredy Hinterberger, Marion Guerrero, Clemens Kaupa, Matthias C. Kettemann, Andrea Kretschmann, Emanuel Matti, Eva Pentz, Nora Pentz, Valerie Purth, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Caroline Voithofer, Nikolaus Wieser, 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:
Daniela Almer, Martina Augustin, Christian Berger, Raphaël Bouteau, Lorenz Dopplinger, Karol Felsner, Philipp Hense-Lintschnig, Martin Hiesel, Marina Kaspar, Katharina Köberl, Andrea Ludwig, Sophie-Katharina Matjaz, Harun Pacic, Valerie Purth, Ines Rebhan-Glück, Maria Sagmeister, Luka Samonig, Gregor Schamschula, Thomas Schmidt-Lux, Sebastian Spitra, Eva-Maria Titz, Şerife Ceren Uysal, Nikolaus Wieser, Andreas Wöckinger

Gastherausgabe des themas:
Andreas Wöckinger, Lorenz Dopplinger

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
Valerie Purth: valerie.purth@gmail.com
Maria Sagmeister: maria.sagmeister@univie.ac.at
Andreas Wöckinger: a.woeckinger@gmx.at
Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

Die neoliberale Brille ablegen

Auf Spurensuche nach der sozioökonomischen Ausrichtung der Europäischen Union

Nikolaus Wieser

Rezension zu: *Clemens Kaupa*, The Pluralist Character of the European Economic Constitution, Hart Publishing, Bloomsbury, Modern Studies in European Law Volume 67, 2016, 388 Seiten, ISBN 978-1-84946-769-8.

> „But my people have worn green glasses on their eyes so long that most of them think it really is an Emerald City."[1]
>
> *The Wonderful Wizard of Oz*

Dieses Zitat aus dem Kindermärchen *Der Zauberer von Oz* stellt *Kaupa* seinem Buch *The Pluralist Character of the European Economic Constitution* voran. Es erzählt von den Besucher_innen der Smaragdstadt, welche die Stadt durch eine grüne Brille sehen und daher annehmen, dass diese aus grünem Edelstein bestehe. Er bezieht dieses Gleichnis auf das Verhältnis von EU und Neoliberalismus.[2] Die westlich geprägte Rechts- und Politiklandschaft im Allgemeinen und die Europäische Politik im Besonderen wären seit den 1970er Jahren derart durch neoliberale Denk- und Handlungsmuster geformt, dass diese zum bestimmenden Modus für wirtschaftliche Fragen wurden, ja zur scheinbar einzigen Möglichkeit, wie Wirtschaft gedacht werden kann. Die Austeritätsmaßnahmen, die als Folge der Wirtschafts- und Finanzkrise ab 2008 ergriffen wurden und Ausformungen einer neoliberalen Politik darstellen,[3] bestätigen das derart gezeichnete Bild zunächst.

Kaupa hinterfragt diesen Konnex und klopft die Verfassungsgrundlagen der EU auf ihre wirtschaftspolitische Ausrichtung ab: Er geht der Frage nach, ob der europäische Rechtsrahmen iS eines spezifischen sozioökonomischen Paradigmas geprägt ist, das für die Auslegung von Unionsrecht von normativer Relevanz wäre. Das Ergebnis seiner Untersuchung legt der Autor schon anfangs offen, wonach sich für diese Verknüpfung gerade keine Veranlagung im Unionsrecht finde. Seiner Ansicht nach treffen die europarechtlichen Grundlagen nicht nur keine Entscheidung zugunsten einer neoliberalen Ausrichtung, sie weisen nicht einmal eine Präferenz für ein bestimmtes sozioökonomisches Mo-

1 Zit n *Kaupa* mit Verweis auf *Baum*, The Wonderful Wizard of Oz, 188.
2 Vgl zum Begriff Neoliberalismus die ausführliche Fn 1 im Buch.
3 Vgl *Fischer-Lesacano* im Interview mit *Schreiner*, Diese neoliberale Politik ist unvereinbar mit den Menschenrechten, www.annotazioni.de/post/1288 (25.4.2017).

dell auf. *Kaupa* zeigt durch seine Analyse, dass der Vertrag[4] hinsichtlich seiner ideologischen Orientierung pluralistisch gestaltet ist und bei der Wahl der zu treffenden wirtschaftspolitischen Maßnahmen Ermessensspielräume gewährt, die von den Anwender_innen in die eine oder andere Richtung genützt werden können.

Der Autor wählt bei der Untersuchung einen interdisziplinären Ansatz und greift daraus resultierende methodische Problemstellungen schon vorab auf. Er weist ua auf die grundlegende Unterscheidung hin, wonach es zu differenzieren gilt, ob das europäische Rechts- und Institutionengefüge Politiken einer bestimmten sozioökonomischen Ausrichtung bedinge bzw erleichtere, oder aber ob es diese rechtlich (normativ) vorgebe. Während letzteres durch „normative Beziehungen" die Unionsorgane und sonstige Akteur_innen zu einem bestimmten Output verpflichten würde, sind es nach dem ersteren politische Entscheidungen, die auch infrage gestellt werden können und eine politische Rechtfertigung verlangen. Ein weiterer Hinweis des Autors betrifft die heranzuziehenden Instrumente, die oftmals nicht neutral, sondern – durch die zeitgeistige Brille betrachtet – gefärbt sind. Ein besonders problematisches Bsp hiefür ist die Dichotomie *economic* vs *non-economic*: Für den Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG), der heute oftmals als bloß wirtschaftliche Aspekte regelnd gelesen wird, würde diese starre Zweiteilung einen Ausschluss von nicht-wirtschaftlichen Bereichen wie etwa Soziales oder Umwelt bedeuten. Abgesehen davon, dass diese Trennung insofern nicht sinnvoll ist, als auch nicht-wirtschaftliche Aspekte den Wettbewerb beeinflussen können, trifft sie nach *Kaupa* auf den Vertrag von Rom schlicht nicht zu.

Dem_r interessierten Europarechtler_in ist mit diesem Buch ein Werkzeug an die Hand gegeben, das die hegemonialen historischen, politischen und wirtschaftlichen Narrative, die auf das Verständnis und die Auslegung des Unionsrechts Einfluss nehmen, kritisch analysiert, um das darunter liegende Vertragswerk offenzulegen. *Kaupa* beleuchtet die Grundlagen der Europäischen Wirtschaftsverfassung im Zuge dessen aus drei Perspektiven, die auch die Struktur des Buches prägen.

Er beginnt dabei mit einem historischen Blick auf den – am 25. März 2017 seinen 60. Jahrestag feiernden – Vertrag zur Gründung der EWG im ersten Kapitel (*Interpreting the Treaty in its Historical Context I: The Treaty of Rome*) und das *1992 Project*, das den Reformprozess ab 1980 bezeichnet und unter welches schließlich die Einheitliche Europäische Akte und der Vertrag von Maastricht fallen, im zweiten Kapitel (*Interpreting the Treaty in its Historical Context II: The 1992 Project*). Im dritten Kapitel (*The Internal Market Law Provisions and the Case Law Developed on its Basis*) unternimmt der Autor eine dogmatische Untersuchung des Binnenmarktrechts und der Grundfreiheiten unter Berücksichtigung der dazu ergangenen Rsp des Gerichtshofs der EU, bevor er im vierten Kapitel (*A Purposive Interpretation of the Treaty: The Pursuit of the*

4 Mit Vertrag wird in dem Buch zunächst der Vertrag zur Gründung der EWG und anschließend dessen Nachfolger, nämlich der Vertrag zur Gründung der EG und der Vertrag über die Arbeitsweise der EU, bezeichnet.

Union's Diverse Socio-Economic Objectives, and Economics as Contested Knowledge) eine teleologische Auslegung des Vertrages hinsichtlich seiner sozioökonomischen Zielsetzung und Politiken unternimmt. Im fünften und letzten Kapitel (*Monetary Union, the Measures Enacted Since 2008 and the 'European Macroeconomic Constitution'*) untersucht er schließlich die Ausrichtung der europäischen makroökonomischen Verfassung und beleuchtet dabei die im Zuge der Finanzkrise 2008 ergriffenen Maßnahmen.
Kaupa bereitet mit diesem Buch, das auf Teilen seiner Masterarbeit an der Harvard Law School und seiner Dissertation an der Universität Wien basiert, ein technisches Thema zugänglich auf. Die vorangestellten Einführungen zu jedem Kapitel nehmen den_die Leser_in an der Hand und führen durch die folgenden Argumentationsstränge. Mit der Freilegung des Vertrages als pluralistisches Instrument fördert das Buch eine gute und eine schlechte Nachricht zu Tage: Die Institutionen der EU und ihre Mitgliedstaaten sind durch die vertraglichen Grundlagen weder an eine neoliberale noch an andere sozioökonomische Ausrichtungen gebunden; eine andere Wirtschaftspolitik ist somit – auch ohne Primärrechtsänderung – innerhalb dieses Europas grundsätzlich möglich. Beim neoliberalen Kurs der letzten Jahrzehnte handelt es sich daher – und das ist nun die schlechte Nachricht – um eine, bewusst gewählte oder unbewusst durch die hegemonialen Narrative beeinflusste, politische Entscheidung der Politikmachenden selbst. Für ihre Politik müssen diese jedoch einstehen und soweit sie sich dabei auf eine vermeintliche neoliberale Ausrichtung des Vertrages stützen, kann ihnen mit dem Buch von *Kaupa* der pluralistische Charakter der Europäischen Wirtschaftsverfassung entgegenhalten werden. Ein Kurswechsel in der europäischen Politik wird somit nur dann möglich sein, wenn die politischen Akteur_innen erkennen, dass sie eine neoliberale Brille tragen und bereit sind, diese abzulegen.

Mag. Nikolaus Wieser ist Universitätsassistent an der Abteilung für Europarecht der Universität Wien und Redaktionsmitglied des juridikum; nikolaus.wieser@univie.ac.at

Viele Wege führen zur Rechtskonformität

Thomas Schmidt-Lux

Rezension zu: *Andrea Kretschmann*, Regulierung des Irregulären. Carework und die symbolische Qualität des Rechts, Weilerwist, Velbrück, 2016, 330 Seiten, ISBN 978-3958320949.

1. Rechtliche Regulierung als soziologisches Problem

Es ist auf den ersten Blick ein unspektakulärer Vorgang: In den Jahren zwischen 2006 und 2009 werden in Österreich rechtliche Regelungen beschlossen, die eine Rund-um-die-Uhr-Betreuung pflegebedürftiger Personen ermöglichen sollen. Praktisch geschah dies bereits zuvor, doch im Grunde auf illegaler Basis. Die neuen Gesetze ermöglichen es nun den CareworkerInnen, ihrer Tätigkeit auf rechtlich geregelte Weise nachzugehen, und sie legalisieren für die Pflegebedürftigen die Anstellung bzw Beschäftigung dieses Pflegepersonals.
Andrea Kretschmann gelingt es nun, diesem Vorgang in mehrerlei Hinsicht soziologisch relevante Erkenntnisse abzugewinnen. Empirisch fundiert und theoretisch innovativ verfasst sie eine absolut lesenswerte, weil sehr genaue, fast schon akribische Arbeit, die weit über das behandelte Themenfeld hinaus bedeutsam ist. Die Kernfrage zielt darauf ab, wie formaler, rechtlicher Regulierung auf Gesetzesebene eigentlich ‚ganz praktisch' zu ihrer faktischen Geltung verholfen wird. Ganz simpel gesagt: Was bringt Menschen eigentlich dazu, rechtliche Regelungen auch zu befolgen? Den Prozessen dieser Befolgung, die nicht zuletzt mit ihrer subjektiven Aneignung einhergehen, geht die Arbeit von *Andrea Kretschmann* im Kern nach und erhellt somit einen wichtigen Aspekt des Rechtsgeschehens generell.
Dabei findet als zentrales Konzept der Begriff der Rechtskonformität Verwendung. Die Arbeit entwickelt dieses Konzept vor allem vor dem Hintergrund von *Pierre Bourdieus* rechtssoziologischen Arbeiten. Ganz grundsätzlich spricht für den Rückgriff auf *Bourdieu*, dass dessen Theoriegebäude das Zusammenspiel von gesellschaftlichen Strukturen und individuellen AkteurInnen systematisch zu beleuchten erlaubt. Seine Überlegungen werden jedoch ergänzt um ethnomethodologische Konzepte, um insbesondere der individuellen Ebene rechtsförmigen Handelns mehr Bedeutung beizumessen und zugleich die Rolle der Laiinnen und Laien im Feld des Rechts deutlicher betonen zu können: „Regulative Rechtsnormen gelten faktisch, wenn objektive und symbolische Prozesse im Akteur eine mehr oder weniger subjektiv angeeignete, inkorporierte Entsprechung finden, die sich in einem praktischen Handlungssinn zu entfalten vermag".[1]

1 *Kretschmann*, Regulierung des Irregulären (2016) 129.

Forschungspraktisch wird das Projekt über 33 problemzentrierte Interviews umgesetzt, die zwischen 2008 und 2009 durchgeführt werden. Dabei werden zu ungefähr gleichen Teilen Beschäftigte als auch ArbeitgeberInnen interviewt, da beide Gruppen, wenn auch auf unterschiedliche Weise, am Prozess der Herstellung von Rechtskonformität beteiligt sind. Das Sample der interviewten CareworkerInnen spiegelt dabei eine Besonderheit des Feldes wider: Wie die Mehrheit der Beschäftigten sind auch die Interviewten allesamt weiblich und slowakisch-stämmig. Diese Interviews wurden mit einer Dolmetscherin geführt, die sie auch transkribierte und übersetzte. Die anschließende Interpretation der Interviews erfolgte in Orientierung an der Grounded Theory von *Glaser* und *Strauss*.[2]

2. Drei Varianten von Rechtskonformität

Die Ergebnisse der Studie sind – im besten Sinne – vielfältig. Zum einen rekonstruiert *Andrea Kretschmann* drei Typen der Rechtskonformität, oder mit ihren Worten: drei „Sichtweisen auf das Recht im Kontext der Regulierung".[3] Dabei wird ‚das Recht' im Sinne der neuen Regelungen der 24h-Pflege entweder als Angebot, als autoritative Vorgabe oder als Zwangsmittel aufgefasst, unabhängig von diesen Deutungen wird aber seinen Vorgaben jeweils Folge geleistet.

Um dies kurz zu illustrieren: Im ersten Fall kommen Personen zur Sprache, die zuvor das Pflegepersonal illegal einstellten, sich nun aber entlang der rechtlichen Regelungen verhalten, auch wenn sie diese inhaltlich nicht immer für überzeugend halten. Die Personen dieses Typus werden also nicht unbedingt vom Recht überzeugt, sondern können durch die Gesetze einem Zustand entkommen, bei dem rechtliche Normen und eigene Vorstellungen von angemessener Pflege kollidierten. Das Recht ist in den Augen dieser Personen eine grundsätzlich legitime Instanz, der aber auch nicht bedingungslos gefolgt wird. Auf Seiten der CareworkerInnen wiederum kommen bei diesem Typ Sozialversicherungsansprüche als wichtiger Anreiz ins Spiel.

Die Personen, die die rechtlichen Regelungen eher als „autoritative Vorgaben" empfanden, meldeten sich selbst bzw das Pflegepersonal vorrangig aus dem Grund an, dass nun „schon alles seine Ordnung haben" sollte.[4] Anders formuliert: Da nun einmal dieses Feld reguliert wird, muss man den neuen Regelungen auch Folge leisten, da sonst die eigenen Spielräume noch kleiner werden. Auf beiden Seiten kommt jedoch die Möglichkeit hinzu, nun mit einem ‚reinen Gewissen' arbeiten bzw pflegen lassen zu können; kein zu unterschätzender Effekt.

In der dritten Spielart wird die rechtliche Regulierung vorrangig als Zwang empfunden. Aus der Sicht dieser Personen wird ein eigentlich rechtlos funktionierendes System verrechtlicht und dadurch komplizierter, ohne dass es inhaltlich zu großen Verbesserungen

2 *Glaser/Strauss*, The Discovery of Grounded Theory (1968).
3 *Kretschmann*, Regulierung 154.
4 *Kretschmann*, Regulierung 184.

führen würde. Motiv für die Rechtskonformität ist nun etwa die angedrohte Strafe der Ausweisung des Pflegepersonals.
Deutlich wird in all diesen Fällen: Die Handhabung der rechtlichen Vorgaben erfolgt nicht unabhängig von der jeweiligen Ausstattung mit ökonomischem oder sozialem Kapital. *Andrea Kretschmann* zeigt gut, wie ein ausgeprägter *sense juridique* im Umgang mit der Verrechtlichung hilft, die individuellen Interessen zur Geltung kommen zu lassen. Dies gilt sowohl auf Seite der ArbeitgeberInnen wie auf Seite der Angestellten, die bspw erst einmal abwarten, ob ihnen das Ganze eigentlich etwas bringt. Die Wirkung sozialer Ungleichheiten kommt auch dort zur Sprache, wo es zur Nicht-Anmeldung der CareworkerInnen kommt, weil die Angestellten sich gegenüber ihren ArbeitsgeberInnen nicht durchsetzen können.
Abschließend verweist *Andrea Kretschmann* noch dezidiert auf die symbolische Qualität des Rechts, die im von ihr untersuchten Feld mindestens auf zweierlei Weise deutlich wird. Auf Seite der CareworkerInnen kommt die symbolische Qualität vorrangig als eine Art ‚Versprechen des Rechts' bzw imaginierter Hoffnung seitens der beschäftigten Frauen zur Geltung: Die Formalisierung der bisher illegalen Beschäftigung weckt Erwartungen auf stärkere soziale Anerkennung und die verlässlichere Fixierung von Tätigkeitsbereichen. Die ArbeitgeberInnen wiederum hoffen auf einen „Offizialisierungseffekt" (*Bourdieu*) durch das Recht und verbinden mit der nunmehr legalen Einstellung der CareworkerInnen die Absicht, deren Tätigkeit aus einer rechtlichen Grauzone zu führen und ihnen damit auch von ihrer Seite Anerkennung zukommen zu lassen. In beiden Fällen führen diese Hoffnungen dazu, dass Rechtskonformität hergestellt wird, auch wenn *nach* diesem Schritt keineswegs alle ihre Hoffnungen bestätigt sehen.

3. Ertrag und offene Fragen

Erkenntnisgewinne stellen sich nach Lektüre der Studie auf ganz unterschiedlichen Ebenen ein. Die LeserInnen lernen viel zu den material ablaufenden Prozessen im Feld der 24h-Care in Österreich, zu rechtssoziologischen Grundfragen und feldspezifischen Aspekten. In Bezug auf die Frage nach dem Zustandekommen von Rechtskonformität sollte deutlich geworden sein, dass die Arbeit hier keine simple Antwort gibt, sondern das Zusammenspiel unterschiedlicher Mechanismen betont. Was die Effekte und Folgen der rechtlichen Fixierungen angeht, lassen sich diese aus dem Material vorerst nur thesenhaft formulieren, weisen jedoch – aus meiner Sicht – eher in Richtung transformativer Effekte. Der vielleicht größte Ertrag der Arbeit besteht aus meiner Sicht darin, dass die ja nur punktuell entfalteten rechtssoziologischen Überlegungen *Bourdieus* hier auf sehr systematische Weise zusammengetragen und zugleich mit empirischer Arbeit ins Gespräch gebracht werden.
Auch wenn die Studie an keiner Stelle Gefahr läuft, zu oberflächlich zu argumentieren, ergaben sich aus meiner Sicht trotzdem einige Punkte, an denen Fragen offenblieben oder

Ideen weiterentwickelt werden könnten. Dies betrifft – erstens – die Frage nach der symbolischen Qualität des Rechts. Diese wird ja im Untertitel der Arbeit besonders hervorgehoben, findet sich im Text selber aber flankiert von dann beispielsweise „objektiv" genannten Rechtsprozessen.[5] Dieses Verhältnis von symbolischer Wirkung und anderen Dimensionen des Rechts schien mir noch zu implizit zu bleiben bzw einer klareren Ausarbeitung würdig. Dies steht – zweitens – in Zusammenhang mit dem erwähnten *sense juridique*. Was damit in den Blick kommen soll, wird klar; ausreichend schien mir das noch nicht ganz. Das diesbezügliche Kapitel ist als Exkurs ausgezeichnet und soll damit vielleicht unter den Vorbehalt weiterer Detaillierung stehen. Aus meiner Sicht müsste dies dann in Richtung einer Rekonstruktion des Verhältnisses zu den *Bourdieuschen* Kapitalsorten gehen, wobei im Text selbst auch noch vom rechtlichen Kapital der Personen die Rede ist. Drittens schließlich halte ich die Grundidee, die Rolle der Laien und Laiinnen im Feld des Rechts stärker zu betonen, für einen wichtigen Ansatz. Theoretisch und empirisch waren hier aber für mich noch nicht alle Fragen geklärt. Vor allem schien mir – vor allem dann in der empirischen Umsetzung – die Rolle der Laien und Laiinnen noch immer zu passiv bzw schwach gedacht. Individuelle Aneignungen, die dann aus der Regel Regeln werden lassen, sind da zwar vorgesehen[6], schienen im Sample aber eher die Ausnahme oder hätten noch stärker konturiert werden können.

Ungeachtet dieser Anfragen sei die Arbeit jedoch allen empfohlen, die Interesse an rechtssoziologischen Grundsatzfragen und empirischer Forschung haben. Das Buch von *Andrea Kretschmann* sollte auf unterschiedlichsten Feldern zu ähnlichen Projekten animieren und nicht zuletzt die rechtstheoretische Diskussion um wichtige Impulse bereichern.

Dr. Thomas Schmidt-Lux arbeitet als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Kulturwissenschaften (Bereich Kultursoziologie) der Universität Leipzig; schmidt.lux@uni-leipzig.de

5 *Kretschmann*, Regulierung 129.
6 *Kretschmann*, Regulierung 122.

Stealthing verletzt die sexuelle Selbstbestimmung

Maria Sagmeister

Ein Phänomen erlangte dieses Jahr traurige Internetbekanntheit: Stealthing nennt man es, wenn jemand während des Sex heimlich, also ohne Einverständnis des Gegenübers, das Kondom entfernt oder absichtlich ein beschädigtes Kondom verwendet. Während sich in einschlägigen Foren User über bestmögliche Techniken austauschen, wächst andernorts das Bewusstsein darüber, dass es sich nicht um einen „Sex-Trend", sondern vielmehr um einen sexuellen Übergriff handelt.[1] Diese Ansicht sowie die Aufmerksamkeit für das Thema sind va der US-amerikanischen Rechtswissenschafterin Alexandra Brodsky zu verdanken, die ausgehend von Berichten von Betroffenen eine empirische Studie durchführte.[2] Juristisch interessant ist insb ihr Versuch, dieses Vorgehen rechtlich und aus feministischer Perspektive auf sexuellen Konsens einordenbar zu machen. Ihrem Ansatz folgend werde ich zwei Möglichkeiten besprechen, wie Stealthing als nicht-einvernehmliche sexuelle Handlung beschrieben werden kann: als eigene sexuelle Handlung, die von vorhergehenden oder nachfolgenden Handlungen, darunter auch geschützter Geschlechtsverkehr, zu unterscheiden ist und einen eigenständigen Konsens verlangt, oder als Täuschung – und in diesem Licht prüfen, inwieweit Stealthing nach österreichischer Rechtslage strafbar ist.

In der Schweiz wurde im Mai 2017 bereits ein Mann wegen des heimlichen Entfernens des Kondoms nach einem Delikt gegen die sexuelle Freiheit verurteilt.[3] Der Täter wurde in Lausanne in 1. Instanz wegen Art 190 sStGB Vergewaltigung, in 2. Instanz wegen Art 191 Schändung verurteilt. Vergewaltigung bedarf in der Schweiz einer Nötigung, Gewalt oder Druck. Das Ausnutzen der Urteils- und Widerstandsunfähigkeit fällt nicht darunter, hier greift der Tatbestand der Schändung. Das Waadtländer Kantonsgericht beurteilte das heimliche Entfernen des Kondoms als eben solche Ausnutzung: Der Täter wusste, dass das Opfer ungeschütztem Verkehr nicht zugestimmt hatte und hat bewusst

1 *Maullin*, Stealthing isn't a 'sex trend'. It's sexual assault – and it happened to me, The Guardian v 22.5.2017, www.theguardian.com/commentisfree/2017/may/22/stealthing-sex-trend-sexual-assault-crime (8.8.2017).

2 *Brodsky*, „rape-adjacent": Imagining legal responses to nonconsensual condom removal, Columbia Journal of Gender and Law, 32.2, 2017, 183.

3 CAPE v 8.5.2017, Jug/2017/197, 145, www.findinfo-tc.vd.ch/justice/findinfo-pub/internet/search/result.jsp?path=CAPE/Jug/20170523154941426_e.html&title=Jug%20/%202017%20/%20197&dossier.id=6084202&lines=4 (20.9.2017).

die Möglichkeit zu erneutem Widerspruch umgangen.[4] Am Strafmaß von 12 Monaten bedingt wurde festgehalten. Vergewaltigung und Schändung unterscheiden sich außerdem dadurch, dass erstere nach dem schweizer Gesetzeswortlaut nur durch Beischlaf an einer „Person weiblichen Geschlechts" begangen werden kann, während der Tatbestand der Schändung geschlechtsneutral gefasst ist und auch „beischlafähnliche Handlungen" umfasst. Der Strafrahmen ist sehr ähnlich.

Auch in Ö gibt es bekanntlich verschiedene Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung; mit der Strafrechtsreform 2015 sind weitere hinzugetreten. Eine der neueren Bestimmungen könnte auch Stealthing umfassen: § 205a Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung. Vergewaltigung verlangt auch im öStGB Gewalt, Freiheitsentziehung oder Drohung, während der Beischlaf oder eine gleichzusetzende Handlung gegen den Willen des Gegenübers § 205a erfüllt. Dieses Delikt ist, wie seit 1989 auch die Vergewaltigung, auf Opfer- wie auf Täter_innenseite geschlechtsneutral formuliert. Angesichts des äußerst frauenfeindlichen Tons[5] in Internetforen sowie der Opferberichte[6] von Frauen und schwulen Männern ist es (geschlechter-)politisch wichtig, Stealthing auch als „Männergewalt" zu thematisieren.

Das Abstellen auf den sexuellen Konsens, stellt eine Anpassung an die Verpflichtungen der Istanbul-Konvention und den Stand der internationalen Debatte zu sexueller Gewalt dar.[7] Genau um die fehlende Einwilligung geht es auch bei Stealthing – das Opfer hat nicht in ungeschützten Verkehr eingewilligt. Neben der Gefahr ungewollter Schwangerschaft und/oder sexuell übertragbarer Krankheiten ist es diese Grenzüberschreitung, die den Unrechtsgehalt der Tat darstellt. Brodsky hat in ihrer Studie herausgearbeitet, dass viele der betroffenen Personen – in ihrem Fall allesamt Frauen – sich als Opfer fühlten, aber unsicher waren, ob Begriffe wie „Übergriff" oder „Vergewaltigung" zutreffen.[8] Offensichtlich stellt sich auch die Frage der Beweisbarkeit, was in Fällen sexueller Übergriffe ein häufiges Problem ist.[9]

Wie kann nun die nicht-konsensuale Entfernung des Kondoms als Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung gefasst werden? Wenn ausdrücklich oder konkludent vereinbart

---

4 Jug/2017/197, 4.2: „[I]l savait qu'elle n'accepterait pas un tel acte et d'autre part il savait, ou tout au moins s'en est largement accommodé, qu'elle était incapable de se rendre compte qu'il ne portait plus de préservatif et qu'elle ne pourrait s'en apercevoir que le fait accompli. Ainsi dupée, la plaignante a été privée de toute possibilité de résistance."

5 „You've filled her full of *** when she thought you had a condom on your ****! Wtf do you care if she knows now" *Onesickmind*, www.experienceproject.com/stories/Remove-The-Condom-Without-Them-Knowing-During-Stealth-Sex/2441931, 24.6. 2012 (8.8.2017).

6 *nowAwreck*, Just got stealthed. I need guidance. (self.askgaybros) 3.7.2014, www.reddit.com/r/askgaybros/comments/29rlvw/just_got_stealthed_i_need_guidance/ (8.8.2017).

7 Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, BGBl III Nr 164/2014; *Adensamer*, Ein Nein muss genügen, juridikum 2015/1, 6; EGMR 4.12.2003, 39272/98, M.C./Bulgarien; European Women's Lobby, Barometer on Rape in the EU (2013); European Women`s Lobby Juni 2013, 7.

8 „Survivors make clear that, as a result of the removed condoms, they experienced fear of STIs and pregnancy and also a less concrete but deeply felt feeling of violation." *Brodsky* 185.

9 *Beclin*, „Aussage gegen Aussage" – häufige Pattstellung bei Strafverfolgung häuslicher Gewalt? juridikum 3/2014, 360-372.

wurde, geschützten Geschlechtsverkehr zu haben, so muss man es wohl ernstlich für möglich halten und sich damit abfinden, gegen den Willen der anderen Person zu handeln, wenn man das Kondom heimlich entfernt. Der Geschlechtsverkehr hat mit beidseitigem Einverständnis begonnen – doch nur, weil man grundsätzlich ja zu Sex sagt, sagt man nicht ja zu jeder Praxis und allen Konsequenzen.[10] Während die Umsetzung des „non-consensual" Merkmals gem Art 36 Istanbul Konvention zu Meinungsverschiedenheiten darüber führte, ob ein Ja oder nur kein Nein vorliegen muss – in Ö entschied man sich nach dem Begutachtungsverfahren für Zweiteres[11] – ist man sich darüber einig, dass zum Zeitpunkt der sexuellen Handlung „die (wie auch immer im Einzelnen zu fassende) 'consent'-Bedingung"[12] vorliegen muss. Dabei steht jede sexuelle Handlung für sich; entfällt der Konsens, so sind danach erfolgende sexuelle Handlungen strafbar.[13] Im Fall von Stealthing entfällt die Konsensbedingung bei Entfernung des Kondoms: „touch by a condom is fundamentally physically different from touch by the skin of a penis and thus each requires separate consent."[14]

Brodsky verhandelt neben dem Lösungsweg der sexuellen Handlung auch den der Täuschung, wobei sie sogleich klarstellt, dass dieser „a risk of over-criminalization by demanding complete transparency about reproductive capacity and sexually transmitted infections"[15] beinhaltet. Ein Konsens liege nicht vor, weil man über das Risiko der sexuellen Handlung getäuscht wurde. Ob Information über sexuell übertragbare Krankheiten und/oder die eigene Un-/Fruchtbarkeit für jeden Sexualkontakt notwendig ist, ist zweifelhaft und nur in Kombination mit der Frage nach der Verhütung sowie nicht bei allen sexuellen Praktiken relevant.[16] § 178 StGB schützt vor der Gefährdung durch meldepflichtige Krankheiten, wobei unstrittig der „geschützte Verkehr einer HIV-Infizierten Person mit einer nicht infizierten Person als nicht tatbestandsmäßig" angesehen wird und auch ungeschützter Verkehr mit fortschreitenden Behandlungsmethoden fallweise zu beurteilen ist.[17]

Die Frage nach der notwendigen Information über den oder die Sexpartner_in führt mitunter in Teufels Küche; man denke etwa an die Debatte darüber, ob Transpersonen sich im Vorfeld zu outen haben, was in Großbritannien im Zuge einiger Verurteilungen unter dem Schlagwort „Genderfraud" (Täuschung über die Geschlechtszugehörigkeit) disku-

10 *Kramer Bussel*, Beyond Yes and No: Consent as a Sexual Practise, in *Friedman/Valenti*, Yes means Yes. Visions of Female Sexual Power and A World Without Rape, Berkeley 2008, (43).
11 *Oberlaber/Schmidthuber*, Die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung gemäß § 205a StGB, RZ 2015, 174 (174); *Philipp* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 205a, Rz 4.
12 *Hörnle* 2015, 13.
13 *Hörnle* 2015, 13.
14 *Brodsky* 195.
15 Brodsky 185.
16 Vgl *RK Lambda*, Sex zwischen Hiv-Positiven ist nicht strafbar, www.rklambda.at/images/iusamandi/ia-2-12.pdf (10.8.2017).
17 *Murschetz* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 179, Rz 6, OGH 11 Os 171/97.

tiert wird.[18] Aber auch Versprechen über den Fortgang der Beziehung, Auskünfte über den eigenen Familienstand, über die Herkunft oder Religion können für Individuen relevante Information für den Konsens darstellen. Mögen manche Lügen noch so verwerflich sein, die diskriminierende Weltanschauung über die „wahre Identität" der Sexpartnerin erscheint wenig schützenswert. Die Frage, ob und wie solche Fälle auch (straf-) rechtlich relevant sind oder sein sollten, wird unter dem Schlagwort „rape by deception/fraud"[19] diskutiert und ist nicht nur angesichts der ultima ratio-Funktion des Strafrechts schwierig. Sie führt für diesen kurzen Text jedenfalls zu weit. Für die Erkenntnis, dass Stealthing eine Grenzüberschreitung darstellt, bedarf es ihrer Beantwortung auch nicht: Die Beurteilung von ungeschütztem Geschlechtsverkehr als eigenständige sexuelle Handlung, die eines eigenen Konsens bedarf, weist diese Praxis jedenfalls als Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung aus.

MMag.ª Maria Sagmeister arbeitet als Universitätsassistentin am Institut für Rechtsphilosophie der Uni Wien und ist Mitherausgeberin des juridikum; maria.sagmeister@univie.ac.at

18 *Sharpe*, Sexual Intimacy, Gender Variance, and Criminal Law, Nordic Journal of Human Rights, 33:4, (2015) 380-391; so auch *Brodsky*, 193.

19 Vgl *Rubenstein*, The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy, 122 Yale L.J. 1372 (2013) und die darauffolgende Debatte in Yale LR; *Gross*, Rape by Deception and the Policing of Gender and Nationality Borders, TULANE JOURNAL OF LAW & SEXUALITY, A Review of Sexual Orientation and Gender Identity in the Law, 24, 2015, 1-33.

Frauen*volksbegehren 2.0: Es ist Zeit!

Eva-Maria Titz / Christian Berger

1. ‚Wieder etwas tun!'

Ende April 2017 luden der *Österreichischen Frauenring*, die Plattform *20.000 Frauen* sowie das *Kosmostheater* zusammen mit Initiatorinnen*[1] des alten Frauen-Volksbegehrens zu einer Pressekonferenz, um Bilanz zu ziehen.[2] Nach dem Weltfrauentag 1996 hatte sich eine Gruppe engagierter Frauen* formiert, die innerhalb eines Jahres ein Volksbegehren mit elf Forderungen[3] entwarf und für dessen Unterzeichnung mit über 400 Aktionen und Veranstaltungen in allen sozialen Milieus und quer durch ganz Österreich warb. Dieser Aktivismus machte sich bezahlt: Nach der Eintragungswoche im April 1997 hatten über 644.000 Österreicher*innen das Frauenvolksbegehren unterschrieben.[4] Trotz der breiten öffentlichen Zustimmung und der Behandlung im Gleichbehandlungsausschuss des Nationalrats kam es letztlich nur zu symbolischen und kleinteiligen legislativen Verbesserungen.[5] Umso ernüchternder fiel daher auch das Fazit der damaligen Aktivist*innen aus.

Der frauen*- und gleichstellungspolitische Stillstand, die strukturelle ökonomische, kulturelle und politische Benachteiligung und die Alltäglichkeit von Frauen*feindlichkeit, Sexismus und geschlechtsspezifischer Gewalt war für eine Gruppe von Frauen* Grund genug, ein ‚Frauen*volksbegehren 2.0' (FVB 2.0) zu initiieren.[6] Die im Zuge der Pressekonferenz erstmals lancierten 15 Forderungen bildeten die Grundlage für eine Crowdfundingkampagne, durch die – zusammen mit anderen privaten und institutionellen Spenden – ein Startbudget von 175.000,- Euro gesammelt werden konnte.[7] Die FVB

1 Der * verbildlicht die Komplexität und Vielfalt von Geschlecht(sidentitäten), Weiblichkeits- und Männlichkeitsentwürfen und sozialen Positionen.

2 *Österreichischer Frauenring*, Pressekonferenz 20 Jahre Frauenvolksbegehren, www.frauenring.at/sites/default/files/artikel/Pressemappe_FVB.pdf (25.7.2017).

3 *Renner Insitut*, Frauenvolksbegehren, www.renner-institut.at/fileadmin/frauenmachengeschichte/volksbg/frauenvbg.htm (31.7.2017).

4 *BMI*, Alle Volksbegehren der zweiten Republik, www.bmi.gv.at/cms/BMI_wahlen/volksbegehren/Alle_Volksbegehren.aspx (25.7.2017).

5 Beschlossen wurden die Verankerung der Maßnahmen zur Förderung der faktischen Gleichstellung von Frauen und Männern im B-VG, eine Änderung des ArbVG, des MuSchG und des EKUG.

6 *Verein Frauen*volksbegehren*, Frauen*volksbegehren 2.0, www.ots.at/presseaussendung/OTS_20170428_OTS0092/frauenvolksbegehren-20-jetzt-erst-recht (25.7.2017).

7 *dieStandard.at*, Nunmehr Konzentration auf Inhalte, www.derstandard.at/2000059216540/Frauenvolksbegehren-Konzentration-auf-Inhalte (25.7.2017).

2.0-Kampagne befindet sich aktuell in einer Phase der inhaltlichen und organisatorischen Vorbereitung, auch die Forderungen werden noch diskutiert. Es bleibt spannend.

2. Der direktdemokratische Mechanismus ‚Volksbegehren'

Obwohl das Instrument des Volksbegehrens bereits in der Bundesverfassung 1920[8] angelegt war, schufen erst der Erlass des Ausführungsgesetzes im Jahr 1963 und eine detaillierte verfahrensgesetzliche Regelung im Jahr 1973 die Möglichkeit für eine tatsächliche Durchführung.[9] Auf der Grundlage von Art 41 Abs 2 B-VG können Bürger*innen selbst eine Gesetzesinitiative auf die parlamentarische Agenda setzen: Bei Unterzeichnung durch 100.000 Stimmberechtigte oder ein Sechstel der Stimmberechtigten dreier Bundesländer gilt das Volksbegehren als formal erfolgreich eingebracht und wird dem Parlament zur geschäftsordnungsmäßigen Behandlung vorgelegt.[10] Der repräsentative Charakter der österreichischen Verfassung äußert sich jedoch darin, dass die Entscheidungshoheit, ob und wie ein formal erfolgreiches Volksbegehren umgesetzt wird, beim Nationalrat bleibt. Es wird weder eine bestimmte Form vorgegeben, wie die gesetzgebende Körperschaft auf ein Volksbegehren zu reagieren hat, noch eine Beschlussfassungspflicht.[11] Hierin liegt freilich eine der Schwächen des Instruments Volksbegehren.[12] Im Regelfall kommt es jedoch zur Zuweisung der Gesetzesinitiative in einen Ausschuss und zur dortigen Behandlung.

Vor mittlerweile über 10 Jahren prägte *Colin Crouch* den Begriff der ‚Postdemokratie'[13], unter den heute so gut wie alles ‚Antipolitische' – von Politikverdrossenheit bis zur Ablehnung etablierter Parteien oder des parlamentarischen politischen Systems überhaupt – gefasst wird. Um auf solche antipolitischen Haltungen[14] wiederum politisch zu reagieren, wurde 2014 eine parlamentarische *Enquete-Kommission zur Stärkung der Demokratie* eingesetzt.[15] Antipolitische Ressentiments abzubauen und die Frage nach dem ‚Wie?' der Beteiligung von Bürger*innen an politischen Entscheidungsprozessen pointierter zu stellen, ist demokratiepolitisch geboten. Reformen sind allerdings möglichst umsichtig anzugehen, damit Parlamente nicht zu „direktdemokratischen Marktplät-

8 *Kelsen/Froehlich/Merkl* (Hrsg), Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (2003) 65.
9 BGBl 1963/197; BGBl 1967/344; Volksbegehrengesetz 1973, BGBl 1973/344.
10 Vgl §§ 21, 24, 42, 69 GOG-NR idF BGBl I 2016/41.
11 *Berka*, Verfassungsrecht[6] (2016) 206.
12 *Schäffer*, Über die „Schwäche" der Volksbegehren in Österreich, in FS Öhlinger (2004) 412 (414ff, 429ff).
13 *Crouch*, Post Democracy (2004).
14 *IVS*, Direkte Demokratie in Österreich 2012, www.ifes.at/sites/default/files/downloads/direkte_demokratie-bericht.pdf (29.7.2017).
15 Abschlussbericht der Enquete-Kommission betreffend der Stärkung der Demokratie in Österreich vom 18.9.2015, 791 BglNR 25. GP.

zen“[16] verkommen und von rechten, populistischen und antidemokratischen Kräften vereinnahmt werden.
Die Initiator*innen des FVB 2.0 haben sich entschieden, sich davon nicht abschrecken zu lassen, keine Angst zu haben, sich ‚anzupatzen‘, und von diesem direktdemokratischen Instrument in feministischer Absicht Gebrauch zu machen; es bleibt auch nicht viel anderes übrig, denn „law has required that women use its rules to be effective, even as part of women's political agenda has been to challenge and change those rules – rules women had no voice in making.“[17] Es mag sich bei einem Volksbegehren also um ein von mächtigen Männern konstruiertes, staatliche Macht und Mechanismen affirmierendes „twisted tool“[18] handeln; nichtsdestotrotz ist ein Volksbegehren ein Vehikel, über öffentliche Debatten und demokratische Mobilisierung „emanzipatorisches Recht“[19] zu erzeugen.

3. Das FVB 2.0 als emanzipatorische rechtspolitische Intervention

Das FVB 2.0 will unter anderem erreichen, dass Frauen* gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit erhalten, durch unbezahlte Haus-, Erziehungs- und Pflegearbeit gegenüber Männern* nicht länger doppelt- oder gar mehrfachbelastet sind, besser vor Gewalt und ökonomischer Abhängigkeit geschützt werden, frei von rechtlichen Einschränkungen darüber entscheiden können, ob sie schwanger werden oder sein wollen, dass Frauen* und Mädchen* nicht als sexualisierte Objekte der Werbewirtschaft dargestellt werden dürfen und dass alle Menschen die Möglichkeit haben, sich frei von Stereotypen und Rollenfixierungen zu entfalten.[20] Ein Volksbegehren wie das FVB 2.0 ist eine kollektive, inklusive, emanzipatorische rechtspolitische Intervention.
Diese Intervention ist emanzipatorisch, weil sie darauf abzielt, die soziale Position von Frauen* zu stärken, Formen struktureller Diskriminierung abzubauen und die österreichische Gesellschaft freier und gleicher zu gestalten. Und als gleichstellungspolitisch ist sie notwendig rechtspolitisch, weil sie durch die Veränderung von Gesetzen und rechtsstaatlichen Institutionen darauf zielt, dass formal gleiche Rechte für Frauen* konkret, alltäglich, dh substantiell und nachhaltig gleich wirken. Dass gleiche Rechte von Frauen* auch gleich nutzbar gemacht werden können, bedeutet nicht ‚Angleichung‘ an männliche Lebenskonzepte und rechtliche Erwartungen, etwa an typisch männliche Erwerbsverläufe, sondern Erfahrungen und Lebensrealitäten von Frauen* ernst zu nehmen und politisch dafür Sorge zu tragen, dass die Unterordnung von Frauen* und des Weiblichen unter Männer* und das Männliche, in Nahbeziehungen, in Erziehungs- und Biographiekonzepten, in der Kulturindustrie sowie in der Rechtsordnung selbst als illegitim gilt und

16 *Ehs/Willroider*, Parlamente unter Druck. Die Rückkehr des direktdemokratischen Marktplatzes, juridikum 2013, 119.
17 *MacKinnon*, The Power to Change, in *MacKinnon*, Women's lives, men's laws (2007) 105.
18 *MacKinnon*, Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence, Signs 1983, 639.
19 *Holzleithner*, Emanzipatorisches Recht, juridikum 2010, 7.
20 *Frauen*volksbegehren*, Forderungen, www.frauenvolksbegehren.at/forderungen (31.7.2017).

beendet wird. Dafür müssen die Leistungen von Frauen* mehr anerkannt werden, Macht und Ressourcen, Freiheiten und Pflichten umverteilt, Hierarchien abgebaut und Möglichkeiten politischer Teilhabe gestärkt werden. Gesellschaftlicher Wandel durch eine grundlegende Veränderung der Strukturen – nicht mehr aber auch nicht weniger wird vom FVB 2.0 gefordert. *Es ist Zeit.*

Mag.[a] Eva-Maria Titz ist Juristin und Mitinitiatorin des Frauen*volksbegehrens 2.0, lebt und arbeitet in Wien; evamaria.titz@gmail.com

Christian Berger, BA studiert Rechtswissenschaften und Gender Studies an der Universität Wien sowie Sozioökonomie an der Wirtschaftsuniversität Wien, arbeitet am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien und engagiert sich für das Frauen*volksbegehren 2.0; c.berger@univie.ac.at

Ethik als (kritische) Haltung

Ein erläuternder Abriss der logisch-philosophischen Abhandlung von Ludwig Wittgenstein in ihrer ethischen Dimension

Harun Pačić

In seinem Tractatus logico-philosophicus aus dem Jahre 1918 suchte *Ludwig Wittgenstein* das Sagbare vom Unsagbaren und das Denkbare vom Undenkbaren wie auch Sinn von Unsinn abzugrenzen, (nur) um letztlich zu ergründen, was eigentlich das Ethische ist und ob darüber überhaupt etwas gesagt werden kann. Im Laufe seines Lebens entwarf er eine Philosophie der Ethik als (kritische) (Geistes-)Haltung, die in *diesem* Beitrag skizziert wird, welcher als *erläuternder Abriss* des Tractatus in seiner ethischen Dimension gelesen werden kann. Ethik geht uns alle an; sie gehört zu unseren Lebensfragen, die *uns* und die *Welt* betreffen, in der wir leben. Kein Bereich des Lebens ist davon ausgenommen; so auch nicht das Recht, denn es ist Teil der (Lebenswirklichkeit; der) Welt.
Die Welt ist indes, *wie* sie ist, was zur Frage geleitet, ob *Sinn* darin ist. *Hier* setzt die Religion an, wenn sie von der *Schöpfung* spricht. *Wittgenstein* setzte in seiner *logisch*-philosophischen Betrachtung der Welt einen Schritt früher an: Die Logik setzt offenkundig eine Welt bereits voraus, obgleich es doch erstaunlich ist, dass es sie *überhaupt* gibt und obwohl nicht klar ist, *was* sie eigentlich ist. Knüpfen auch wir *daran* an und fangen nun selbst an, in seinem Sinne über die Welt zu *philosopieren*.

1. Die Welt

Am *logischen* Anfang ist die mystische (uneigentliche) Erfahrung, dass (es etwas gibt; dass) eine Welt *ist*.[1] Die Welt ist (Eine; sie ist) alles, was der Fall ist.[2] In unserem Welt*bezug* sind wir an die Sprache gebunden; sobald wir uns sprechend auf die Welt beziehen, werden wir uns denkend unserer selbst bewusst.[3]

1 *Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus[34], Suhrkamp (2003/2013), Nr 5.552; 6.44 (auf dieses Werk wird in der Folge ohne Nennung des Autors verwiesen); vgl *McGuiness*, Die Mystik des Tractatus, in *Schulte* (Hrsg), Texte zum Tractatus (1989) 165 (172, 175, 177); *Russel*, Probleme der Philosophie[25], Suhrkamp (2014) 67.

2 Tractatus[34] 1.

3 *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen[7], Suhrkamp (2003) § 115 (auf dieses Werk wird in der Folge ohne Nennung des Autors verwiesen); vgl *Tetens*, Wittgensteins »Tractatus«, Ein Kommentar, Reclam (2009) 84; *Newen*, Philosophie des Geistes (2013) 64ff; *Descartes*, Meditationes de Prima Philosophia, Reclam (1986/2012) 79, 83, 99.

1.1. Die Tatsachen

Insofern von der Welt die *Rede* ist, kann sie nur die Gesamtheit der Tatsachen sein, nicht der Dinge; wiewohl wir *von* Dingen als solchen sprechen, sprechen wir *sie* nicht als solche aus.[4]
Im Rahmen der Logik und damit dessen, was überhaupt über sie gesagt werden kann, ist die Welt durch die Tatsachen und dadurch bestimmt, dass es *alle* sind: Ist (nämlich) festgelegt, was der Fall ist, steht (zugleich) auch fest, was nicht der Fall ist.[5] Aus der Menge aller logisch möglichen Welten, die sich durch Aussagen beschreiben lassen, die sich logisch aufeinander beziehen, sind die Tatsachen tatsächlich die Welt.[6]
Die Tatsachen sind bestehende Sachverhalte und damit Verbindungen von Dingen (Sachen, Gegenständen), die wir (von vornherein) nicht außerhalb der *Möglichkeit* ihrer Beziehung zu anderen Dingen denken können.[7] Die Möglichkeit ihres Vorkommens in Sachverhalten ist ihre Form; Raum, Zeit und Farbe (Färbigkeit) sind (also) *formal(*e) (Aspekte).[8] Jede denkbare Welt hat (zumindest) die (logische) Form (der Wirklichkeit) gemein.[9]
Die Welt, über die ich nachdenke, ist die Welt, die ich sinnvoll beschreiben kann, obzwar ich sie nie vollständig und damit mich einschließend beschreiben kann, weil dies immer höhere Stufen der Selbst- und Metareflexion verlangen würde und meine Sätze alsbald nichtssagend würden; *wir* können die Welt nicht als begrenztes Ganzes *denken*.[10]

1.2. Die Substanz

Denken wir uns mögliche Sachverhalte (als atomare Komplexe) wie einen Raum, nehmen die Dinge darin einen Platz ein und wenngleich wir diesen Raum leer denken können, (mag er auch unendlich sein,) können wir kein Ding ohne ihn denken.[11]
Die Natur der Dinge kennen wir nur, wenn wir sämtliche Möglichkeiten ihres Vorkommens in Sachverhalten kennen, was möglich ist, wenn ihre internen Eigenschaften bekannt sind: Dies sind solche, bei denen es undenkbar ist, dass sie ihnen nicht zukommen.[12] Das macht sie von Tatsachen unabhängig, ist aber nicht den Dingen selbst, sondern lediglich der Art geschuldet, wie wir von ihnen sprechen. Die Natur des Satzes ist seine allgemeine Form: Es verhält sich *al-so*; ist *sie* für alle (sprachlichen) Beschreibungen

4 Tractatus[34] 1.1; 3.221; vgl *Detel*, Metaphysik und Naturphilosophie (2007/2010) 12ff.
5 Tractatus[34] 1.11; 1.12.
6 Tractatus[34] 1.13.
7 Tractatus[34] 2-2.0122; 2.014; 2.04-2.05.
8 Tractatus[34] 2.0141; 2.033; vgl *Ramsey*, Rezension des Tractatus, in *Schulte* 11 (14).
9 Tractatus[34] 2.022.
10 Vgl *Tetens*, Kommentar 13, 24 f.
11 Tractatus[34] 1.13; 2.013-2.0131; vgl *Ramsey* in *Schulte* 52.
12 Tractatus[34] 2.01231-2.0124; 4.123.

der Welt wesentlich, so ist *sein* Wesen auch *ihr* Wesen.[13] Das Wesen der Sprache besteht darin, Bild des Wesens der Welt zu sein.[14]
Die Dinge (sind einfach; farblos; sie) bilden die (unabhängige; beständige) Substanz der Welt, insofern wir von ihr *reden*, denn es ist ihre Konfiguration, die Sachverhalte bildet, *von* denen wir reden: Deren Struktur hängt davon ab, wie sie sich zu einander verhalten.[15] Der logische Raum, den sie konstituieren und der zugleich der (grammatische; der) Raum aller Regeln in der Sprache ist, ist die feste Form der Welt.[16]
Auf ihrer Basis entwerfen wir (wahre oder falsche) Bilder von der Welt, Bilder von Sachlagen im logischen Raum, (also Bilder *möglicher* Sachlagen,) wobei die Bilder ihrerseits Tatsachen sind, deren Elemente die Dinge (in ihrer Zuordnung) vertreten; Bild und Abgebildetes weisen die gleiche logische (Wirklichkeits-)Form auf.[17] Was ein Bild aufweist, kann es nicht (sinnvoll) *sagen*: Es *zeigt* sich (im Vollzug der Sätze).[18]
Da denkbar ist, was logisch möglich (oder anders gewendet: logisch möglich, was denkbar) ist, können wir uns in (logischer) Form des Gedankens ein Bild machen, welches sich in Form des Satzes sprachlich ausdrücken lässt.[19] Was das Bild darstellt, ist sein *Sinn*: Der Gedanke ist (daher; insofern) der sinnvolle Satz(,) (als das sinnlich wahrnehmbare Satzzeichen, zB als Lautzeichen, durch die Art und Weise, wie sich seine Elemente, die Wörter, darin verhalten, im Wege des gedachten Satz-Sinnes eine logisch mögliche Sachlage tatsächlich *projiziert*; der Satz legt einen Ort im logischen Raum fest).[20]
Im Satz (vertritt und) bedeutet der Name das Ding (im Sachverhalt):[21] Nur darin hat er Bedeutung; wir wissen, wie er in Sätzen zu gebrauchen ist, um auf etwas Bezug zu nehmen; Erläuterungen(,) (die interne Eigenschaften aufzeigen,) dienen seiner Erklärung.[22]
Der Satz beschreibt einen Sachverhalt; er ist ein Bild (ein Modell) der Wirklichkeit, wie wir sie uns denken; er stellt das Bestehen oder Nichtbestehen von Sachverhalten dar.[23]
Der (einfachste Satz; der) Elementarsatz, der (nur) aus einer Verkettung von Namen besteht, behauptet das Bestehen eines Sachverhalts.[24] Bemerkt sei, dass wir (hier) bei Elementarsätzen und Dingen (nur) aus Gründen der Sprachlogik sagen (können), dass es sie *gibt*.[25]

---

13 Tractatus[34] 4.5; 5.47-5.4711; 6.
14 Philosophische Untersuchungen[7] § 371.
15 Tractatus[34] 2.02; 2.021; 2.024-2.0251; 2.0232; 2.0271-2.034; 5.123; Philosophische Untersuchungen § 46; vgl *Ishiguro*, Namen. Gebrauch und Bezugnahme, in *Schulte* 96 (117, 122, 133ff); *Malcolm*, Sprache und Gegenstände, in *Schulte* 136 (140).
16 Tractatus[34] 2.023; 2.0231; 2.026; vgl *Tetens*, Kommentar 46ff.
17 Tractatus[34] 2.0212; 2.1; 2.11; 2.13-2.151; 2.1513-2.172; 2.18; 2.2; 2.202.
18 Tractatus[34] 2.172-2.174; 4.121.
19 Tractatus[34] 3; 3.01-3.0321; 3.31.
20 Tractatus[34] 2.221; 3.1-3.2; 3.4; 3.5; 4; vgl *Ishiguro* in *Schulte* 102.
21 Tractatus[34] 3.202; 3.22; 3.262; Philosophische Untersuchungen[7] §§ 40, 49.
22 Tractatus[34] 3.26; 3.323; 3.263; 3.327; 3.3; 3.328; 5.47321; 5.4733; Philosophische Untersuchungen[7] § 43; vgl *Ishiguro* in *Schulte* 102f, 107, 113.
23 Tractatus[34] 4.01; 4.023; 4.06; 4.1.
24 Tractatus[34] 4.21-3.2211.
25 Philosophische Untersuchungen[7] § 373. Vgl *Ishiguro* in *Schulte* 130ff; *Malcolm* in *Schulte* 136ff.

1.3. Die Wirklichkeit

Ziehen wir zum Bestehen auch das Nichtbestehen von Sachverhalten in Betracht, ergibt dies (als Gesamtheit positiver und negativer Tatsachen) die Wirklichkeit; die gesamte Wirklichkeit ist die Welt.[26] Was für *mich* (persönlich) *nicht* besteht, hängt (auch) davon ab, wie *ich* die Welt sehe (wie ich zu ihr stehe): Die Welt ist insofern *meine* Welt, als ich (für mich; durch meine Einstellung; *mir*) die Wirklichkeit (in gewissem Maße) gestalten kann.[27]

Bilden wir die Wirklichkeit ab, haben wir ein Modell derselben entworfen.[28] Daraus allein können wir noch nicht erkennen, ob das Modell richtig oder falsch ist, denn dazu müssen wir es mit der Wirklichkeit vergleichen: Es gibt kein *a priori* wahres Bild.[29] Ist die Wahrheit eines Satzes unmittelbar einleuchtend, dann bloß deswegen, weil er *meine* Wirklichkeit abbildet, die mir unmittelbar bekannt ist; aus seinem Einleuchten *folgt* keineswegs, dass er wahr ist.[30] Die Logik *ist* hingegen a priori; alles Folgern geschieht a priori, wobei bemerkt sei, dass auch aus falschen Sätzen (gültige) Schlüsse gezogen werden können.[31]

Der Wahrheitswert von Sätzen ist durch die Wahrheitsmöglichkeiten der Elementarsätze bedingt; Sätze sind deren Wahrheitsfunktionen und diese sind ihre Wahrheitsargumente.[32] Die Wahrheitsmöglichkeiten seiner Wahrheitsargumente, die einen Satz bewahrheiten, sind seine Wahrheitsgründe; die Wahrheit eines Satzes folgt aus der Wahrheit eines anderen, wenn alle seine Wahrheitsgründe in denen des anderen enthalten sind; ob dies im Konkreten so ist, zeigt ihre Struktur; die (interne) Beziehung ihrer Formen.[33]

Darauf, dass wir die erwähnten Wahrheitsfunktionen (in Reihen) ordnen können, basiert die Wahrscheinlichkeitslehre, wobei die Wahrscheinlichkeit eine Verallgemeinerung ist, die wir (nur) in Ermangelung von Gewissheit gebrauchen; nebenher sei bemerkt, dass wir die Welt durch vollkommen verallgemeinerte Sätze beschreiben können.[34] Aus den *Elementarsätzen* lassen sich keine anderen Elementarsätze folgern, weswegen sich zukünftige Ereignisse nicht aus den Gegenwärtigen *erschließen* lassen; ist die Kausalität keine innere Notwendigkeit, können wir künftige Handlungen (streng genommen) nicht

---

26 Tractatus[34] 2.06; 2.063.

27 Man nehme als Beispiel ein zur Hälfte gefülltes Glas. Vereinfacht gesagt, ist *dies* eine *objektive* Wirklichkeit, die ich nun *subjektiv* dahingehend gestalten kann, dass ich damit zufrieden bin und also das Glas als halb voll betrachte. Ich könnte es aber auch derart sehen, dass die Hälfte fehle und also *nicht* da sei; *dies* würde von meiner Unzufriedenheit zeugen; davon, dass ich in *meiner* Welt nicht im Einklang mit *der* Welt lebe. Darauf wird später noch zurückzukommen sein, wenn es um den Vergleich der Welt der glücklichen Person mit jener der unglücklichen Person gehen wird.

28 Tractatus[34] 2.12.

29 Tractatus[34] 2.211-2.225; 3.05; 4.05.

30 Tractatus[34] 5.1363.

31 Tractatus[34] 4.121: 5.133; 5.4731; vgl *Salmon*, Logik (1983/2009) 20ff; *Detel*, Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie (2007/2008) 54ff.

32 Tractatus[34] 4.3; 4.41; 5; 5.01; 5.101; vgl *Detel*, Logik (2007/2009) 30ff, 82ff.

33 Tractatus[34] 5.12-5.132; vgl *Tugendhat/Wolf*, Logisch-semantische Propädeutik (1983/2010) 104ff.

34 Tractatus[34] 5.1; 5.156; 5.526.

wissen und vor ebendiesem Hintergrund sprechen wir von Willens*freiheit*.[35] Wir Menschen denken uns dem Willen nach als frei (und wir sind es).[36] Einen Willen zu haben heißt, handeln zu können: Nimmt das Subjekt Einfluss auf den Körper, dann handelt der Mensch; der Wille verursacht keine Handlung, denn der Willensakt (selbst) *ist* die Handlung.[37]

1.4. Die Wahrheit

Wenn ein Satz aus einem anderen *folgt*, sagt dieser mehr als jener; sein Sinn ist im Sinn des anderen Satzes bereits enthalten.[38] Während die Wahrheit der Sätze möglich ist, ist die von Kontradiktionen unmöglich, jene von Tautologien[39] aber gewiss: Die Sätze der Logik sind (alle) Tautologien; sie sagen nichts; sie schließen keine Möglichkeit aus.[40] Die Logik ist sozusagen ein Spiegelbild der Welt; sie ist transzendental; ihre Sätze (beschreiben; besser noch) stellen das Gerüst der Welt dar.[41] Die Mathematik verfährt übrigens logisch, denn sie drückt keinen Gedanken aus; sie lässt sich (mit Blick auf die Gleichungen, die nichts als Scheinsätze sind, als logische Methode; als) Methode der Logik begreifen.[42]

Ein Bild der Welt besteht aus der Gesamtheit der wahren Gedanken.[43] Da keines Gedankens Möglichkeit bereits seine Wahrheit bedingt, gibt es keinen a priori richtigen Gedanken.[44] Der einen Gedanken ausdrückende Satz zeigt, wie es sich verhält, wenn er wahr ist, wobei er sagt, *dass* es sich so verhält: Wir verstehen ihn, (wenn und) weil wir wissen, was der Fall ist, wenn er wahr ist.[45] Eine Norm verstehen wir, (wenn und) weil wir wissen, was der Fall ist, wenn sie befolgt und angewendet wird.[46] Eine Norm (eine Regel) ist wie ein Wegweiser, der unter normalen Umständen seinen Zweck erfüllt.[47] Die Wahrheit ist zwar unabhängig von unseren Meinungen, aber sie ist relativ auf unsere Sprache

---

35 Tractatus[34] 5.134-5.1262; *Wittgenstein*, Vorlesungen und Gespräche über Ästhetik, Psychoanalyse und religiösen Glauben[3] (2005) 62, 72 (auf dieses Werk wird in der Folge ohne Nennung des Autors verwiesen); vgl *Ramsey* in *Schulte* 92; *Hume*, Eine Untersuchung über den menschlichen Verstand, Reclam (1967/2013) 45ff (47, 54, 58, 62f, 80f, 124).

36 Vgl *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Raclam (2012), 90f; 100f; *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Reclam (2007), 55.

37 Philosophische Untersuchungen § 615; vgl *Wachtendorf*, Ethik als Mythologie, Parerga (2008) 51ff; *Schopenhauer*, Welt und Mensch, Reclam (1960/2010) 40.

38 Tractatus[34] 5.122; 5.14; vgl *Ramsey* in *Schulte* 19.

39 Tautologien sind Aussagen, die immer wahr sind. Beispiel: Entweder regnet es oder es regnet nicht.

40 Tractatus[34] 4.46-4.464; 5.142; 5.43; 6.1; 6.11.

41 Tractatus[34] 6.1222-6.1231; 6.124; 6.13; 6.3.

42 Tractatus[34] 6.2-6.241.

43 Tractatus[34] 3.01.

44 Tractatus[34] 3.04.

45 Tractatus[34] 4.002; 4.024; vgl *Kenny*, Wittgensteins frühe Philosophie der psychologischen Begriffe, in *Schulte* 155 (158).

46 Philosophische Untersuchungen[7] §§ 451, 458.

47 Philosophische Untersuchungen[7] §§ 85, 87, 519.

(bezogen) und diese gründet (wiederum) auf einer (archaischen; auf unserer) gemeinsamen Lebensform.[48]

Die Gesamtheit der wahren Sätze macht die gesamte Naturwissenschaft aus, zu denen die Philosophie *nicht* zählt.[49] *Ihr* Zweck ist die *Klärung der Gedanken* und also *Sprachkritik*, denn die Sprache verkleidet diese mitunter bis zur Unkenntlichkeit: Zahlreiche Probleme sind gar keine Probleme, weil jene Sätze, die sie problematisch erscheinen lassen, weder wahr noch falsch, sondern schlichtweg (ohne Sinn; also) unsinnig sind.[50] *Sie* grenzt das Undenkbare von der Sprache her vom Denkbaren ab,[51] indem sie darstellt, was sagbar ist (und damit das Unsagbare aufzeigt; dadurch begrenzt sie das bestreitbare Gebiet der Naturwissenschaften; somit, nebenher bemerkt, auch jenes der Psychologie).[52]

2. Das Ich

Die Sätze machen in ihrer Gesamtheit die Sprache aus und da ich weder zu denken vermag, was ich nicht denken kann, noch zu sagen vermag, was ich nicht denken kann, bedeuten die Grenzen meiner Sprache die Grenzen meiner Welt.[53]

Das Subjekt macht sich ein Bild der Welt in Form der Wirklichkeit; Ich erzeuge gleichsam ein Abbild der (gegebenen) Welt *als* meine eigene; ohne mich gäbe es diese nicht und *sie* hängt davon ab, wie ich sie sehe; meine Sicht auf die (gegebene; objektive) Welt konstituiert meine (subjektive) Wirklichkeit.[54]

2.1. Das Leben

Die Welt und das Leben sind (für mich) Eins, denn ich bin (sozusagen der Mikrokosmos; ich bin) meine Welt.[55] Den Tod als solchen erlebe ich nicht, denn beim Tod ändert sich die Welt nicht, sondern hört [höchstens] auf.[56] In der *Gegenwart* ist das Leben ebenso endlos wie das Gesichtsfeld grenzenlos ist; ewiges Leben ist unzeitliches Leben.[57] Ein Leben nach dem Tod wäre ebenso seltsam wie das gegenwärtige; man löst kein Problem

48 Philosophische Untersuchungen[7] § 241; vgl *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Reclam (1969/2013) 273.
49 Tractatus[34] 4.11; 4.111; vgl *Detel*, Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie 90f.
50 Tractatus[34] 4.002; 4.003; 4.0031; 4,112; 4.116; Philosophische Untersuchungen[7] §§ 109, 124.
51 Die Sprache, die Teil der Welt ist, begrenzt das Denkbare – räumlich gesprochen – sozusagen von innen her, ohne in das Gefilde des Undenkbaren vorzudringen, um gleichsam von außerhalb der Welt zu erkennen, wo die Grenze zwischen dem Denkbaren und dem Undenkbaren verläuft. Wie weiter unten gleich gesagt werden wird, ist das philosophische Subjekt selbst diese Grenze: Es steht an der Grenze zwischen Diesseits und Jenseits.
52 Tractatus[34] 4.1121; 4.113-4.115; vgl *Kenny* in *Schulte* 155.
53 Tractatus[34] 4.001; 5.6; 5.61.
54 Vgl *Wachtendorf,* Ethik als Mythologie 45ff.
55 Tractatus[34] 5.621; 5.63.
56 Tractatus[34] 6.431; 6.4311; vgl *Platon*, Phaidon, Reclam (1987/2012) 13.
57 Tractatus[34] 6.4311; vgl *Augustinus*, Bekenntnisse, Reclam (1989/2009) 326.

des Lebens, indem man auf die Unsterblichkeit verweist: *Dieses* Rätsels Lösung liegt außerhalb von Raum und Zeit.[58]
Begreifen wir das Leben als Selbstzweck, dann birgt es für uns keine Probleme und weist beiläufig den Selbstmord als elementare Sünde aus und mit diesem auch den Mord; dieser kommt der Zerstörung des selbst- und metareflexiven Subjekts und damit seiner Welt gleich.[59] Mein Glück oder Unglück wirkt sich auf meine gesamte Welt aus. Den Tod und die Zeit fürchtet und bedarf deswegen der Hoffnung, wer sich mit der Vergänglichkeit nicht abfinden kann, doch wer die Vergänglichkeit fürchtet, kann nicht in der Gegenwart glücklich sein, wo es weder Tod noch Vergänglichkeit gibt; das höhere Ich ist darüber erhaben: Es *fühlt* die Welt als begrenztes Ganzes und (sub specie aeternitatis) erfasst (es) sie unter dem Gesichtspunkt der Ewigkeit, der eine (absolut) neutrale (unbefangene) Wertung erlaubt.[60] Glücklich kann nur sein, wer auf Annehmlichkeiten der Welt auch verzichten kann; dazu erziehen wir Menschen uns mitunter durch Fasten; nur, wenn mich die Welt nicht zu überwältigen vermag, kann ich wahrhaft (erfüllt) leben.[61]

2.2. Die Grenze

Ich bin als denkendes, vorstellendes, Subjekt nicht *in* der Welt, sondern [an] ihre[r] Grenze.[62] Von *da* her betrachtet, *kann* die Maxime meines Handelns nur eine solche sein, die zugleich als allgemeines Gesetz gelten kann.[63] Das philosophische Ich ist nicht der Körper, auch nicht die Seele, sondern das metaphysische Subjekt.[64] Das Subjekt verhält sich zur Welt wie das Auge zum Gesichtsfeld (Wahrnehmungsfeld).
Mein Gesichtsfeld lässt nicht darauf *schließen*, dass es von meinem Auge gesehen wird, denn kein Teil der Erfahrung ist auch a priori; das Kausalitätsgesetz ist kein Gesetz, sondern bloß die Form eines solchen, und gäbe es ein solches, so würde es besagen, dass es Naturgesetze gäbe, was sich jedoch nicht *sagen*, sondern nur *zeigen* lässt.[65] Handle ich übrigens so, als ob die Maxime meiner Handlung durch meinen Willen zum allgemeinen

58 Tractatus[34] 6.4312; *ders*, Vorlesungen[3] 90, 95; vgl *Platon*, Menon, Reclam (1994/2010) 34; *Hobbes*, Leviathan, Reclam (1979/2010) 26f, 101.
59 Vgl *McGuiness* in *Schulte* 179.
60 Tractatus[34] 6.44; 6.45; vgl *Laotse*, Tao te king[2], Fischer (2014) Kapitel 4; *Han*, Philosophie des Zen-Buddhismus (2002/2014) 43ff, 68, 73, 105ff, 112f; *Epiktet*, Handbüchlein der Moral, Reclam (1992/2012) Kapitel 5, 8, 27.
61 *Henning*, Der Koran, Cagri Yayinlari (2013) 2:38; vgl *Reden des Buddha*, Aus dem Pali-Kanon, Reclam (1957/2015) 39ff.
62 Tractatus[34] 5.631-5.633; *Wittgenstein*, Vortrag über die Ethik und andere kleine Schriften[6], von *Schulte (Hrsg)*, Suhrkamp (2012) 55 (auf dieses Werk wird in der Folge ohne Nennung des Autors verwiesen); vgl *Descartes*, Meditationes 83, 99.
63 Vgl *Kant*, Die Metaphysik der Sitten 60f. *Dies soll sagen*: Reduziert man sich nicht auf den Körper, sondern sieht die Welt geistig und erfährt sie *insgesamt* als eigene Welt, die man (im Geiste) umschließt, so *kann* man nicht länger dem einen darin verkörperten Menschen mehr Würde zusprechen als einem anderen darin verkörperten Menschen und *so* bedingt diese(r) Perspektive(nwechsel) die Achtung vor jeder Person und damit ihre Gleichheit vor dem (moralischen) Gesetz.
64 Tractatus[34] 5.64; 5.641; vgl *Heidegger*, Was ist Metaphysik? Vittorio Klostermann (1943/2007) 46.
65 Tractatus[34] 5.5.633-5.634; 6.32; 6.36; vgl *Detel*, Metaphysik und Naturphilosophie 59ff.

*Natur*gesetz werden sollte, setze ich damit gleichsam (meine Moral als) *Natur*recht in die Welt, das in Anbetracht der Handlungsgepflogenheiten der Menschheit durchaus gemeinschaftlich erfahrbar ist.[66]

Der (rein) induktive Vorgang [der Erfahrungswissenschaften] ist jedenfalls nicht logisch, sondern psychologisch begründet.[67] Psychische Zustände kann man am Verhalten beobachten, denn die Psychologie beschäftigt sich mit Äußerungen und damit mit Verhalten, doch diese *handeln* nicht vom Verhalten; sie drücken die psychischen Zustände aus: Der Körper ist sozusagen das (beste) Bild der Seele.[68] Bei psychologischen Aussagen in erster Person Singular Präsens handelt es sich zumeist nicht um Beschreibungen, denn sie haben expressive Funktion; die Wahrheit solcher Äußerungen bedeutet anderes als die Wahrheit von Aussagen, denn sie ist hier durch die Wahrhaftigkeit (die Autorität) der sprechenden Person verbürgt.[69]

Ein Leib-Seele-Problem gibt es nicht, wenn und weil es keinen Dualismus von Leib und Seele gibt: Es ist lediglich der sprachliche Bezug auf das Seelische ein gänzlich anderer als jener auf das Körperliche.[70] Wir schließen nicht *vom* Gesichtsausdruck auf das seelische Befinden; wir erfassen es *im* Gesichtsausdruck.

Die Schlüsse, die wir im Alltag ziehen, sind jedenfalls auch solche abseits der Logik und was wir dabei als Rechtfertigung ebendafür gelten lassen *zeigt, wie* wir denken und leben.[71] Eine gewisse Erfahrung dient in diesem Sinne als Begründung für eine gewisse Erwartung, wobei bemerkenswert ist, dass mit der Sprache zusammenhängt, was letztlich (in ihrem Rahmen) (logisch) möglich *genannt* wird.[72]

Wenn wir die Möglichkeit der Erkenntnis von Wirklichkeit und Wahrheit in Frage stellen, weil wir prinzipiell alles in Zweifel ziehen zu können glauben, so ist dieser Skeptizismus unsinnig: Der Zweifel ist eine Ausnahme von der Regel; irgendwo muss er enden; der Ursprung des sog Sprachspiels war eine Tat; eine Reaktion.[73] Anstelle von oberflächlichem Zweifel an der Welt tritt bei tiefgründiger Betrachtung der Welt das Staunen.

---

66 Vgl *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten 54; *Hume*, Eine Untersuchung über die Prinzipien der Moral, Reclam (2012) 11, 149f, 209, meinte, die Prinzipien, auf deren Basis die Menschen moralische Erwägungen anstellen, seien immer dieselben, obwohl die Schlüsse, die sie daraus ziehen, nicht selten verschieden seien. Wir können davon ausgehen, dass sich diese Prinzipien erheben lassen (durch Beobachtung); schon unsere Sprachen zeugen trotz ihrer Vielfalt davon, dass wir Worte wie „gut" oder „schlecht" (und Wertbegriffe überhaupt) in aller Regel auf sehr ähnliche Weise verwenden.

67 Tractatus[34] 6.362-6.37.

68 Vgl *ter Hark*, Wittgenstein und Russel über Psychologie und Fremdpsychisches, in *Savigny/Scholz* (Hrsg), Wittgenstein über die Seele[3] (2016) 84 (94, 96, 104).

69 Vgl *Glock*, Innen und Außen, in von *Savigny/Scholz*, Seele[3] 233ff (234f, 239, 250f).

70 Vgl *Lütterfelds*, Das »Durcheinander« der Sprachspiele, in *Savigny/Scholz*, Seele[3] 107ff; *Stekeler-Weithofer*, Sprachphilosophie (2014) 15ff; *Aristoteles*, Über die Seele, Reclam (2011) 11; *Augustinus*, De beata vita, Reclam (1982/2011) 15.

71 Philosophische Untersuchungen[7] §§ 325, 474.

72 Philosophische Untersuchungen[7] §§ 481, 486; vgl *Russel*, Probleme[25] 63, 66; *Leibniz*, Fünf Schriften zur Logik und Metaphysik, Reclam (1996/2009) 15.

73 Tractatus[34] 6.51; Ethik[6] 105, 114f; Philosophische Untersuchungen[7] §§ 7, 23; vgl *Russel*, Probleme[25] 9, 62; *Detel*, Philosophie des Geistes und der Sprache (2007/2011) 99ff.

3. Die Ethik

Erstaunlich ist nicht (oder weniger), *wie* die Welt ist, sondern *dass* sie ist; (das ist Wunder genug und) ebendiese Erfahrung geleitet zum Sinn: Die Sinnfrage ist keine (Kausalitätsfrage, keine) Frage nach der (bloßen) Ursache.[74] Wir suchen übrigens auch bei ästhetischen Fragen nicht wirklich nach einer rein kausalen Erklärung ästhetischer Eindrücke, wie wir auch zB bei einem Straftäter vor Gericht nach seinem Motiv fragen, ohne von ihm naturwissenschaftlich eine Erklärung der Abläufe in seinem Körper zu verlangen.[75]
Die Naturwissenschaften vermögen nicht *alles* zu erklären, denn sind alle *möglichen* Fragen beantwortet, bleiben die eigentlichen Lebensprobleme und damit das Ethische unberührt.[76] Bleibt dann aber keine (sinnvolle) Frage mehr, ist (auch) dies (eine; anders gewendet: ist dies auch) eine Antwort: Es ist das Problematisieren, das das Problem des Lebens verursacht, weswegen dieses als gelöst gelten kann, wenn es verschwindet.[77]
Die Lösung lässt sich deswegen nicht sinnvoll in der Sprache ausdrücken, weil es sich um eine *gefühlte Einsicht* handelt.[78] Der Sinn der Welt liegt nicht *in* der Welt, sondern außerhalb von ihr, denn in ihr ist alles (zufällig; es ist), wie es ist; ist die Welt wertvoll, so nur, wenn und weil ihr ein Wert (vor-)gegeben ist.[79] Den Wert setzt der Maßstab und *er* muss vom zu Messenden verschieden sein.

3.1. Der Wille

Die Welt ist unabhängig von meinen Wünschen [und in ebendiesem Lichte sagen Menschen, wir seien einem *höheren* (einem fremden; göttlichen) Willen unterworfen],[80] doch vermag *mein* Wille in gewissem Maße Einfluss zu nehmen.[81] Vom Willen *als Träger des Ethischen* (im Sinne des Absoluten) können wir allerdings nicht sprechen, wenn und weil wir ihn nicht als empirisches Phänomen betrachten; damit befasst sich die Psychologie, während wir (hier anderes,[82] nämlich) Philosophie betreiben.[83]
Können Sätze nichts *Höheres* ausdrücken, so kann es keine Sätze der Ethik geben; sie lassen sich nicht aussprechen.[84] Wir spüren den Drang etwas zu sagen, was sich nicht sagen lässt, und laufen so gegen die Grenzen der Sprache an.[85] Wie die Logik ist die Ethik

74 Ethik[6] 15; vgl *Mcguiness* in *Schulte* 177f; *Aristoteles*, Metaphysik, Reclam (1970/2013) 23; *Al-Farabi*, Die Prinzipien der Ansichten der Bewohner der vortrefflichen Stadt, Reclam (2009) 12.
75 Vorlesungen[3] 32, 36.
76 Tractatus[34] 6.371; 6.372; 6.52; Philosophische Untersuchungen[7] §§ 1, 654.
77 Tractatus[34] 6.52; 6.521; vgl *Han*, Zen-Buddhismus 21.
78 Tractatus[34] 6.52-6.522; vgl *McGuiness* in *Schulte* 166; *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit? Reclam (2000/2010) 16.
79 Tractatus[34] 6.41; vgl Laotse, Tao te king[2] Kapitel 1.
80 Vgl *Tetens*, Kommentar 115; *Seneca*, De vita beata, Reclam (1990, 2012) 41; *Aristoteles*, Über die Welt, Reclam (1991/2009) 18ff.
81 Tractatus[34] 6.373; 5.374.
82 Tractatus[34] 4.1121.
83 Tractatus[34] 6.423; vgl *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten 15.
84 Tractatus[34] 6.42; 6.421.
85 Ethik[6] 18f.

transzendental; sie fällt mit der Ästhetik zusammen.[86] Die Sätze der Ethik können nichts erklären, wenngleich sie erläuternde Funktion haben, deren Wirkung wirklichkeitsverändernd ist. Das absolut Gute kann man nicht *erklären*; in einigen Religionen spiegelt sich das darin, dass von der Herrlichkeit und damit der Autorität Gottes die Rede ist, deren Abglanz die Weisheit sei, die eine ethische Dimension hat, sodass das, was als Wort Gottes gilt, und die Weisheit, die begrifflich in der Philo*sophie* steckt, in Ethik aufgehen.[87] Die Ethik erzeugt eine Wirklichkeit.[88] Alle Ethik ist Kritik: Ich *beurteile* die Welt; *ich* messe sie von ihrer Grenze aus und nehme willentlich Stellung zu ihr, ob durch Worte (als Taten) oder (durch) Taten (im engeren Sinne); ich *setze* damit eine Moral in die Welt, die meine Haltung erläutert und *so* steht hinter dem Wert einer Einzelhandlung [ein ganzer (Lebens-)Stil;] eine Werthaltung gegenüber der Welt.[89] Auch bei ästhetischen Urteilen stoßen wir übrigens auf von Menschen *gesetzte* Regeln.[90]
In der Religion heißt es zuweilen, der Mensch sei das (Eben-)Bild Gottes; ein Abbild seines Wesens.[91] Diese Formulierung besagt auch: Das Absolute ist einzig; ist Gott das Maß aller Dinge und ist der Mensch nach seinem Bild geschaffen, so muss dieses Maß bereits in Frau und Mann grundgelegt sein.[92] Es handelt sich hier sichtlich um eine tiefschichtige Aussage über die Wirklichkeit des Menschen.

3.2. Das Glück

Die Wirklichkeit des Glücklichen ist eine andere als die des Unglücklichen, denn er verschiebt mit seiner Einstellung zur Welt die Grenzen seiner Welt: Das gute Wollen erfüllt die Welt, sie wird insgesamt *sinn*voll.[93] Die glückliche Person lebt in Übereinstimmung mit der Welt und ist daher auf Harmonie in ihr bedacht.[94] Das schlechte Gewissen der unglücklichen Person, verstanden als innere Unruhe, als Last, hält sie davon ab, sich zu besinnen; es bringt sie sozusagen aus dem Gleichgewicht und indiziert, dass sie ihr Leben nicht in *vollen* Zügen lebt, nicht voll*wertig*, nicht er*füllt*, zumal sie nicht im Einklang mit der Welt ist.[95] Vor diesem Hintergrund heißt es zuweilen in der Religion, wir sollten

86 Tractatus[34] 6.421; vgl *Russel*, Probleme[25] 68, 72; *Brandt*, Philosophie (2001/2003) 237ff.
87 Vgl *Karrer*, Neues Testament, Ars Sacra (1959) 250f, Fn zu Joh 1,1; *Pfister*, Philosophie (2006/2013) 17; *Laotse*, Tao te king[2] Kapitel 16; *Averroes*, Die entscheidende Abhandlung, Reclam (2010) 20, 52; *Augustinus*, De vera religione, Reclam (1983/2010) 19.
88 Vgl *Wachtendorf*, Ethik als Mythologie 49.
89 Vgl *Wachtendorf*, Ethik als Mythologie 56ff.
90 Vorlesungen[3] 16f.
91 *Die Heilige Schrift*, Einheitsübersetzung[13], Katholisches Bibelwerk (2012): Genesis 1,26f; 5,1; vgl *Pico della Mirandola*, De hominis dignitate, Reclam (1997/2012) 9; *Hume*, Dialoge über natürliche Religion, Reclam (1981/2011) 21.
92 Vgl *Necker* (Hrsg), Der Sohar[2], marixverlag (2013) 128ff, 143.
93 Tractatus[34] 6.43.
94 *Ewing*, Ethik, Meiner (2014) 79; vgl *Seneca*, De vita beata 11, 17f.
95 *Karrer*, Neues Testament, Joh 6,47; 6,63; 12,25; vgl *Freud*, Abriss der Psychoanalyse, Reclam (2010/2013) 11, 72, 80.

lassen, was Zweifel in uns wecke; hätten wir (nämlich) Bedenken und handelten ihnen zum Trotz, so handelten wir (sozusagen) gegen (den Geist; gegen) das Gewissen und verurteilten uns selbst; überhaupt pflegen wir zu sagen, dass wir nach dem Maß beurteilt würden, wie wir selbst urteilen.[96]

Die Absicht einer Person, die ihren Blick auf die ganze Welt ausweitet und sich also nicht als Dienerin ihrer selbst an das empirische (oder, wenn man so will: das niedere) Ich klammert, kann keine beliebige sein: Eine solche Person *liebt* sozusagen ihre Nächsten und achtet diese also in ihrer Würde wie sich selbst, weswegen sie die Menschheit sowohl in ihrer Person, als auch in der Person anderer stets zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel gebraucht.[97] Dies führt dazu, dass sie ihre Mitmenschen im Rahmen gesetzter Moral so behandelt, wie sie in deren Lage behandelt zu werden wünschte.[98] Das erfordert Mitgefühl; mitfühlen können wir umso besser, je vertrauter uns deren Lage ist, weswegen wir zu sagen pflegen, wir würden mit dem Alter ob unserer Lebenserfahrung (durch Horizonterweiterung) weiser werden und wären eher im Stande, die Dinge aus der richtigen Perspektive zu betrachten.[99]

Die Perspektive der Ewigkeit (als ideale Perspektive von außerhalb der Welt, nicht aus ihrer Mitte,) lässt erkennen, dass keine Tatsache eine Quelle dauernden Glücks ist, das Subjekt jedoch – sagen wir es so – durchaus *in sich* ruhen könne: Es kann Glückseligkeit im Leben selbst finden, allem Leid zum Trotz.[100] Bezeichnen wir den Inbegriff des Lebens als Gott, dann können wir auch so formulieren: Wir können in die absolute Ruhe Gottes eingehen.[101]

3.3. Das Gute

Das absolut Gute ist in jeder möglichen Welt gut, doch können wir über den logischen Raum insgesamt nur sprechen, indem wir auf nicht informative Sätze über die Sprache, auf Tautologien oder auf Kontradiktionen zurückgreifen.[102]

Ein Kind lernt Ausdrücke wie »schön« und »gut« (zunächst) als Ausrufe.[103] Im relativen Sinne bedeutet »gut«, wie wir (später) feststellen (können): Einem (vorher) festgelegten Maßstab gerecht werden, weswegen ein relatives Werturteil als Aussage über Faktisches

96 *Karrer*, Neues Testament, Mt 7,1f; 12,37; Lk 12,10.
97 Vgl *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten 65; *Kant*, Die Metaphysik der Sitten 74; *Laotse*, Tao te king[2] Kapitel 13; *Freud*, Das Ich und das Es, Reclam (2013/2016) 15ff.
98 *Karrer*, Neues Testament, Mt 5, 44; 7, 12; vgl *Reden des Buddha* 47ff; *Seneca*, De clementia, Reclam (1970/2010) 17f; *Mill*, Utilitarianism, Reclam (1976/2010) 53.
99 Vgl *Hume*, Eine Untersuchung über die Prinzipien der Moral, Reclam (1984/2012) 132f, 148ff.
100 Vgl *Augustinus*, Bekenntnisse 185; *Marc Aurel*, Selbstbetrachtungen, Reclam (1949/2012) 27; *Konfuzius*, Gespräche, Reclam (1982/2008) 37, 45, 56; *Tetens*, Gott denken, Ein Versuch über rationale Theologie (2015) 59ff, 69f.
101 *Henning*, Der Koran 13:28; 25:24; 48:4; 56:89; 89:27; vgl *Laotse*, Tao te king[2] Kapitel 38.
102 Vgl *Tetens*, Kommentar 113.
103 Vorlesungen[3] 12.

ausgedrückt werden kann.[104] Paradox ist nun, dass ein *Erlebnis* anscheinend übernatürlichen (absoluten) Wert haben kann.[105]

In der Ethik geht es um absolute Werturteile, nicht um Aussagen über Fakten. Die Folgen der Handlung sind für sie insofern belanglos, als es dabei um Lohn oder Strafe im gewöhnlichen Sinne geht, denn ethischer Lohn (als Angenehmes) oder ethische Strafe (als Unangenehmes) können nur in der Handlung selbst liegen.[106] Damit das *Soll* in der Sprache funktioniert, das den ethischen Wert einer Handlung ausdrückt, bedarf es allerdings (s)eines Gebrauchs, der mit (Billigung als) Lohn für normgemäße und (Missbilligung als) Strafe für normwidrige Handlungen verknüpft ist, wobei es hier um die Normen einer im gemeinsamen (Menschheits-)Weltbild verankerten Moral geht.[107] Meine Moral offenbart mein ethisches Deutungsschema: Die Moral *ist* die Deutung nach dem Schema der Ethik.

Das Weltbild wird nicht von Einzelnen geprägt, sondern von der (Sprach-)Gemeinschaft.[108] Im Rahmen des Weltbildes ist manches gewiss, weil es jedes Zweifels enthoben ist, sei es, dass es sich nicht sinnvoll bezweifeln lässt, weil es gar nicht um Fakten geht, sei es, dass es keinen (vernünftigen) Grund gibt, daran zu zweifeln, weil (zumindest derzeit) nichts dagegen spricht.[109]

Weltbilder wirken auf einander und wandeln sich, doch jedem Weltbild ist *das* gemein, was in der Lebensform bereits verankert ist und der Diskurs über Werte erfolgt und kann nur auf Basis des Gemeinsamen erfolgen, das durch die (Verwendung der) Sprache verbürgt ist: Alle Verwendungsweisen des Wortes »gut« weisen eine (Familien-)Ähnlichkeit auf.[110] Darin liegt der Ansatz für eine archaische Ethik, die eine Verständigung auf eine als absolut *behandelte* (eine universelle) Moral (erst) ermöglicht; anzusetzen ist hierfür beim Vollzug des Lebens im *Alltag*.[111] Ethik ist nicht lebensfremd oder abgehoben, sondern tief im Leben verwurzelt.

Die richtige Methode der Philosophie besteht darin, zu sagen, was sich sagen lässt, Sätze der Metaphysik auf ihre alltägliche Verwendung zurückzuführen, und Platz zu machen im Gefilde der Theorie für die Praxis: Ethische Sätze dienen keiner Erklärung, sondern einer Erläuterung und man muss sie letztlich – und damit sind freilich auch alle

104 Ethik[6] 11 f.
105 Ethik[6] 17.
106 Tractatus[34] 6.422.
107 Ethik[6] 38; vgl *Wachtendorf*, Ethik als Mythologie 222 ff.
108 Philosophische Untersuchungen[7] § 199.
109 Vgl *Wachtendorf*, Ethik als Mythologie 131 ff; *Rousseau*, Vom Gesellschaftsvertrag, Reclam (1977/2013) 156; *Heidegger*, Was heißt Denken? Reclam (1992/2013) 29.
110 Philosophische Untersuchungen[7] §§ 65 ff; vgl *Hume*, Eine Untersuchung über die Prinzipien der Moral 11, 148ff, 209; *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit? 49ff; *Wachtendorf*, Ethik als Mythologie 249ff; *Reden des Buddha* 9ff; *Rentsch*, Philosophie des 20. Jahrhunderts (2014) 83.
111 Philosophische Untersuchungen[7] § 205.

metaphysischen Sätze in *dieser* Arbeit gemeint – überwinden, um die Welt fortan richtig zu sehen, eine kritische Haltung einzunehmen und alsdann moralisch zu handeln.[112]

4. Schluss

Am logischen Ende ist die *mystische* (uneigentliche) Erfahrung, dass die Welt nicht alles ist: Es gibt Unaussprechliches, denn es *zeigt* sich; es ist nichts Geringes jenseits des Sagbaren; es ist das (Demut gebietende) Ethische.[113]

Prof. (FH) Priv.-Doz. Dr. Harun Pačić ist Leiter des Fachbereichs Recht an der Fachhochschule des BFI Wien und Dozent am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien; harun.pacic@fh-vie.ac.at

112 Tractatus[34] 6.53-7; *ders*, Philosophische Untersuchungen[7] §§ 116, 120, 126 ff, 133, 255.
113 Tractatus[34] 6.522; vgl *Tetens*, Kommentar 12, 156.

Kritik formulieren

Aktuelle Überlegungen zur rechtshistorischen Didaktik

Ines Schwaighofer-Glück / Sebastian M. Spitra

1. Einleitung

„Was heißt und zu welchem Ende studiert man Rechts- und Verfassungsgeschichte im Jusstudium?" Diese Frage, den Titel von Schillers Antrittsvorlesung variierend, hat derzeit am Wiener Juridicum besondere Aktualität. Ursache waren rassistische, antisemitische, frauenverachtende und behindertenfeindliche Postings in Chat-Gruppen der Wiener Aktionsgemeinschaft (AG) Jus vor den ÖH-Wahlen diesen Mai.[1] Sie haben nicht nur Rektorat und Dekanat zu Stellungnahmen veranlasst, sondern auch die am Juridicum Lehrenden nahmen die Vorfälle zum Anlass, ihre Didaktik zu reflektieren. Welche Anstrengungen können unternommen werden, um Studierende der Rechtswissenschaften zu sensibilisieren?

Aus unserer Sicht gehört die Befähigung zur Kritik zu den zentralen Aufgaben von Juristinnen und Juristen, für die diese im Studium auf mehrfache Weise geschult werden sollten. Der Rechtsgeschichte kommt dabei eine Schlüsselstellung zu, wie im Folgenden aufgrund von eigenen rechtsdidaktischen Erfahrungen dargelegt wird. Das Recht spielte im 20. Jahrhundert eine entscheidende Rolle zur Ermöglichung und Legitimierung des nationalsozialistischen Regimes in Österreich und Deutschland. Dem rechtsgeschichtlichen Unterricht kommt als Grundlagenfach der juristischen Ausbildung dabei die besondere Verantwortung zu, den Jus-Studierenden die schrecklichen Auswirkungen dieses Unrechtsregimes näherzubringen.[2]

Auch wenn nicht alle Lehrenden des Instituts für Rechts- und Verfassungsgeschichte der Uni Wien als Mitautor*innen dieses Beitrags beteiligt waren, bildet die juristische Zeitgeschichte und besonders die Geschichte der NS-Zeit den systematischen Gegenstand von Unterricht und Prüfungen im Fach. Insofern arbeiten alle Kolleginnen und Kollegen des Instituts an dem Projekt, die zukünftigen Richter*innen, Staatsanwält*innen und Verwaltungsbeamt*innen in diesen Themen aufzuklären.

Die jüngsten Ereignisse an unserer Fakultät haben uns erneut daran erinnert und veranlassten uns, die eigenen Lehrkonzepte neu zu reflektieren. Dieser Artikel versteht sich als rechtsdidaktischer Beitrag, in dem wir ein Repertoire an Methoden zur kritischen Aus-

1 *Horaczek*, Das ist ein Super-GAU, Falter v 9.5.2017, 16.

2 *Stolleis*, Zur kritischen Funktion der Rechtsgeschichte, Humboldt Forum Recht 2012, 77.

einandersetzung mit der österreichischen Verfassungsgeschichte des 20. Jahrhunderts vorstellen. Kritik ist dabei kein Selbstzweck, sondern adressiert Bedrohungen des liberalen Rechtsstaats und die damit verbundenen Narrative. Wie vermittelt man daher die Lahmlegung des Verfassungsgerichtshofes oder die Übertragung weitreichender Gesetzgebungsbefugnisse an die Exekutive und die Nürnberger Rassengesetze samt ihren entsetzlichen Folgen?
Auf diese Herausforderungen versuchen wir mit einer multimedialen, interdisziplinären und interaktiven Aufbereitung des Unterrichts einzugehen. Damit wollen wir den Studierenden auch die Werkzeuge für eine verantwortungsbewusste Erarbeitung der Lehr- und Lerninhalte mit auf den Weg geben.

2. Herausforderungen für die rechtshistorische Lehre

Die Rechts- und Verfassungsgeschichte an der Universität Wien ist am Beginn des juristischen Studiums positioniert. Sie wird im Studienplan des Diplomstudiums Rechtswissenschaften dem Modul *Europäische und internationale Grundlagen* zugeordnet. In diesem Modul sollen den Studierenden die zentralen historischen Fundamente des modernen Rechts und dessen europäische und internationale Bezüge vermittelt werden.[3]
Als Grundlagenfach der juristischen Ausbildung steht die Rechtsgeschichte vor der Herausforderung, dass ihre Lehre einerseits Diskussionen, Interaktivität und Multiperspektivität erfordert, sie andererseits aber mit sehr hohen Studierendenzahlen, Prüfungszahlen und einer gleichfalls hohen Durchfallquote umzugehen hat.[4] Jedes Jahr beginnen ca 2.700 Studierende ein Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien.[5] Damit hat sie die größte rechtswissenschaftliche Fakultät im deutschen Sprachraum.
Eine individuelle Betreuung ist angesichts solcher Voraussetzungen schwierig, weshalb wir besonders darauf bedacht sind, didaktische Konzepte zu entwickeln, die Lehr- und Lernstrategien im und über den Hörsaal hinaus anbieten.[6]
In unseren Präsenzeinheiten ist es uns ein besonderes Anliegen, mit den Studierenden exemplarisch historische Quellen kritisch durchzuarbeiten und zu reflektieren: Wer sind etwa die Verfasser und Adressat*innen des Protokolls der Wannsee-Konferenz? Welchen normativen Anspruch erhebt ein solches Schrift-Dokument und welches sprachliche Framing wird verwendet, um die millionenfachen Morde zu legitimieren?

---

3 § 5 Studienplan für das Diplomstudium der Rechtswissenschaften, Mitteilungsblatt der Universität Wien vom 2.6.2006, 32. Stück, Nummer 202.

4 Im Studienjahr 2015/2016 wurden 3.415 Lehrveranstaltungsprüfungen und 1.480 Modulprüfungen von unserem Institut durchgeführt. 33% der Modulprüfungen wurden negativ beurteilt. Vgl *Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte*, Tätigkeitsbericht 2016, 11-13.

5 Auskunft Dekanat vom 26.6.2017.

6 Für didaktische Methoden in der Unterrichtspraxis siehe: *Grünstäudl/Rebhan-Glück/Spitra*, Vom Leitbild zur Umsetzung: Rechtswissenschaftliche Fachdidaktik in Anwendungsbeispielen, Zeitschrift für Didaktik der Rechtswissenschaften 2016, 162.

Die Präsenzphase im Hörsaal bietet uns dabei die Möglichkeit, verfassungsgeschichtliche Quellen zu kontextualisieren, Kontinuitäten hervorzuheben und Brüche sichtbar zu machen. Zusätzlich brachte die Digitalisierung der letzten 20 Jahre eine Fülle neuer Möglichkeiten und Chancen für Lehrende.[7] So stehen zum Beispiel Onlineressourcen wie *ANNO* (historische Zeitschriften- und Zeitungssammlung) und *ALEX* (historische Rechts- und Gesetzestexte), die Onlineausstellungen *Die Welt der Habsburger, Der Erste Weltkrieg und das Ende der Habsburgermonarchie* oder die Plattform *Österreichische Mediathek* den Studierenden jederzeit zur Verfügung und ergänzen die Stoffaufarbeitung.[8]

Gerade was die Zeitgeschichte mit ihrer Fülle an Quellenmaterialien betrifft, sind nicht nur historische Gesetzestexte online abrufbar, sondern wir können auch auf digital oder analog verfügbare Zeitzeug*inneninterviews und lebensgeschichtliche Erinnerungen, sowie eine Fülle an Ton- und Videomaterialien zurückgreifen. Diese Materialien sollen die Lehre im Hörsaal natürlich nicht ersetzen, aber sie ermöglichen uns den Unterricht sinnvoll sowohl durch audiovisuelle als auch autobiographisch-lebensgeschichtliche Inhalte abzurunden. Außerdem bietet uns die Heranziehung diverser Quellengattungen zahlreiche Möglichkeiten für eine interaktive und aktivierende Lehre.

3. Sensibilisieren durch Exempel

Die menschenverachtenden Äußerungen von Vertretern[9] der AG Jus zeigen, dass man nicht aufhören darf, kritische Lehre in die Hörsäle der rechtswissenschaftlichen Fakultät zu bringen. Die Hoffnungen, solches Gedankengut gehöre im Jahr 2017 endgültig der Vergangenheit an, haben sich als naiv erwiesen, stattdessen hat sich die Aufklärung als dauerhaftes intellektuelles Projekt in Erinnerung gerufen. Es gehört zur Aufgabe jeder/s Jurist*in, rassistischen, sexistischen, behindertenfeindlichen, antisemitischen und islamophoben Äußerungen entgegenzutreten. Daher sollen die Studierenden früh während ihrer Ausbildung die schrecklichen Auswirkungen des nationalsozialistischen Unrechtsregimes kennen und verstehen lernen. Darüber hinaus ist es uns ein Anliegen, dass

---

7 *Schärtl*, Digitales Lehren und Prüfen – bewährte Lösungen und neue Herausforderungen, Zeitschrift für Didaktik der Rechtswissenschaften 2017, 51; *Sutter*, Zum Stand des digitalen Lehrens und Lernens in juristischen Studiengängen in Deutschland – Folgerungen für Hochschullehre und Hochschullehrende, Zeitschrift für Didaktik der Rechtswissenschaften 2016, 44.

8 http://anno.onb.ac.at; http://alex.onb.ac.at; http://habsburger.net; http://mediathek.at (26.6.2017).

9 Nachdem die Selbstbezeichnung der geheimen AG JUS Chatgruppen „FV JUS Männerkollektiv" bzw „Badass Warlords" lauteten und sich auch in der öffentlichen Berichterstattung kein Hinweis auf die Beteiligung weiblicher Kommilitoninnen in besagten Gruppen findet, verwenden die Autorin und der Autor idZ die männliche Version von „Vertreter". Siehe unter anderem: *Fellner/Kroisleitner*, Antisemitische Postings in Gruppe der Aktionsgemeinschaft, Der Standard v 9.5.2017, http://derstandard.at/2000057250697/Antisemitische-Postings-in-Gruppe-der-Aktionsgemeinschaft (31.8.2017) und *Fabry*, „Riesige Dummheit": AG-Funktionäre verschicken Judenwitze, Die Presse v 9.5.2017, http://diepresse.com/home/bildung/universitaet/oehwahl/5214959/Riesige-Dummheit_AGFunktionaere-verschicken-Judenwitze (31.8.2017).

sie auch auf emotionaler Ebene angesprochen werden, um Verantwortung und Sensibilität im Umgang mit solchen Themen zu erzeugen.
Eine Rechtsgeschichte kann Sensibilisierungsarbeit hier vor allem anhand historischer Beispiele leisten. Unrechtserfahrungen fanden oft eine direkte rechtlich-institutionalisierte Entsprechung wie im Fall des *Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums 1933* bzw im *Gesetz zur Neuordnung des österreichischen Berufsbeamtentums 1938*.[10] Das Wort „Wiederherstellung" spielte hier in verschleiernder Weise auf die ideologische Ausrichtung der Staatsdiener*innen an,[11] die zu „Vollstrecker[n] des Willens des von der Nationalsozialistischen Arbeiterpartei getragenen Staates"[12] werden sollten. Ziel der beiden Gesetze war die Entfernung von Jüd*innen und „politisch unzuverlässigen" Personen aus dem Beamt*innenapparat. Davon waren Lehrpersonen und Verwaltungsbeamt*innen genauso betroffen wie die Richter*innenschaft.

3.1. Transitional Justice und das Sagbare: Heinrich Himmlers „Posener Rede"

Am 4. Oktober 1943 hielt Reichsführer-SS Heinrich Himmler eine von zwei sogenannten „Posener Reden". Als Tondokument ist diese Rede inzwischen im Netz frei verfügbar,[13] es gibt Transkripte davon und auch zeithistorisch arbeitende Historiker*innen haben sich den beiden Reden gewidmet.[14]
In Unrechtsregimen wird versucht, das Sagbare autoritär zu normieren. Umso erstaunlicher ist es, dass die „Posener Rede" vom 4. Oktober 1943 in sprachlich ungewöhnlicher Offenheit den Mord an der jüdischen Bevölkerung Europas adressiert und die Kenntnis der anwesenden SS-Gruppenführer darüber voraussetzt. Das mag überraschen, „spielte das nachträgliche Unkenntlichmachen wie auch das Beschweigen und sprachliche Tarnen [...] bei den Verbrechen des NS-Staates eine unleugbar große Rolle"[15], so der Zeithistoriker Dirk Rupnow. Für die Studierenden eröffnet sich damit ein Spannungsfeld aus Sprechen und Schweigen, das es an die bis weit in die 1980er Jahre tradierte *Opferrolle* Österreichs rückzukoppeln gilt.
Anhand von Zeitzeug*innenberichten wird in unseren Übungen am Juridicum gezeigt, dass dieses Spannungsfeld von Sprechen und Schweigen auch lange nach 1945 für Überlebende, deren Nachkommen aber auch Täter*innen eine große Rolle spielte. Ihre Erinne-

10 DRBGl I 1933, 175; GBlfdLÖ 160/1938 (31.8.2017) .
11 *Herlemann*, Das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. April 1933, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung 2009, 296 (296).
12 § 1 Abs 2 Deutsches Beamtengesetz 1937, DRGBl I 1937, 39.
13 Rede des Reichsführers SS bei der SS-Gruppenführertagung in Posen am 4. Oktober 1943, Tondokument. Deutsches Rundfunkarchiv (DRA) Wiesbaden 2006, http://www.1000dokumente.de/index.html?c=dokument_de&dokument=0008_pos&object=facsimile&st=&l =de (31.8.2017); Faksimilie nach: Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof. Nürnberg 14. November – 1. Oktober 1946. Amtlicher Text, deutsche Ausgabe. Bd 29: Urkunden und anderes Beweismaterial Nr 1850 – Nr 2233. Nürnberg 1948, 110-173.
14 Siehe zum Beispiel: *Rupnow*, Täter-Gedächtnis-Opfer (2000).
15 *Rupnow*, Täter 161.

rungen sind uns heute über diverse Online-Seiten, wie etwa der des Mauthausen Memorial oder durch Film- und Projektinitiativen zugänglich.[16] Sie zeigen die Grenzen des Erzähl- und Sagbaren auf und ermöglichen uns eine subjektive Annäherung an die NS-Zeit und ihre Opfer. Die Studierenden soll das zum (Mit)Fühlen und Reflektieren anregen und ihnen einen verantwortungsbewussten Umgang mit der Vergangenheit vermitteln.
Anhand der „Posener Rede" können mit den Studierenden in einem zweiten Schritt weitere Themen der NS-Zeit erarbeitet werden. Die Rede scheint mit ihrem speziellen Bezug auf die NS-Vernichtungspolitik einen geeigneten Ausgangspunkt darzustellen, um die Vorgeschichte des nationalsozialistischen Mordens anhand der umfassenden Entrechtung der jüdischen Bevölkerung im Deutschen Reich ab 1933 sowie in Österreich nach dem sogenannten „Anschluss" zu thematisieren. Schon vor der systematischen Ausrottung begann die gezielte Entrechtung der jüdischen Mitbürger*innen.
In einem dritten Schritt wird der Frage nachgegangen, wie österreichische Staatsbürger*innen nach 1945 mit ihrer Rolle als (Mit)-Täter*innen an den Verbrechen des NS-Regimes umgingen. Wie wurde rechtlich versucht, sich mit der NS-Zeit auseinanderzusetzen und den Opfern „Wiedergutmachung" zu leisten? Diese Fragen werden vor dem Hintergrund der Rückstellungsgesetzgebung, des Opferfürsorgegesetzes und der *Transitional Justice*[17] besprochen. Sie haben alle ihre Aktualität behalten, die Regulierungs- und Gerechtigkeitsdebatten spiegeln sich bis in die österreichische Tagespresse des Jahres 2017 wieder. Erst recht kann man unter globalgeschichtlichen Aspekten Vergleiche mit Versuchen der Unrechtsbewältigung nach Diktaturen vornehmen, wie sie derzeit in vielen Teilen der Welt stattfinden.[18] Auch in anderen Ländern werden Instrumente eingesetzt, die die Erfahrungen nach 1945 spiegeln: Sonder-Gesetzgebung, Rechtsprechungskammern, Wahrheitskommissionen. Geschichte, Recht und historische Gerechtigkeit werden miteinander in Verhältnisse gesetzt, um ein gedeihliches, friedliches Miteinander zu ermöglichen, ohne zurückliegendes Unrecht zu beschweigen.

3.2. Frauen in der Geschichte sichtbar machen: *Adelheid Popp* und der mühsame Weg zum Frauenwahlrecht

Heute beginnen und absolvieren mehr Frauen als Männer das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien.[19] Dabei besaßen Frauen vor hundert Jahren weder

16 https://www.mauthausen-memorial.org/de/Wissen/ZeitzeugInnen (26.6.2017).
17 Siehe zum Begriff und zu den Möglichkeiten der Transitional Justice etwa *Mihr/Pickel/Pickel*, Handbuch Transitional Justice. Aufarbeitung von Unrecht, Rechtsstaatlichkeit und Demokratie (2015).
18 Siehe etwa *Lowther/Moffett* (Hrsg), Research Handbook on Transitional Justice (2017); oder auch das International Journal of Transitional Justice.
19 Im Wintersemester 2013/2014 waren 58% der Jus-Studierenden weiblich. Vgl *Universität Wien*, Gender im Fokus 5 (2015), https://www.univie.ac.at/uploads/media/GenderIF_2015_WEB.pdf, 16 (13.8.2017). Aus feministischer Sicht bleiben weiterhin kritische Punkte zur juristischen Ausbildung anzusprechen: *Berger/Simlinger,* Zwischen Subjektivierung, Selbstzurichtung und Dissidenz. Feministische Überlegungen zur juristischen Ausbildung, Forum Recht 2015, 123.

Zugang zur rechtswissenschaftlichen Fakultät, noch das Wahlrecht.[20] Die Diskriminierung von Frauen drückt sich heute weniger in Form von rechtlichen Einschränkungen aus, sondern findet vor allem in Form von fortdauernden Stereotypisierungen und Inferiorisierungen statt. Um solchen Ungleichbehandlungen zu begegnen, sollen auch weibliche Biographien in den männlich dominierten Geschichtsschreibungen sichtbar gemacht werden. Ein verfassungsgeschichtlich anschauliches Beispiel stellt die führende Vertreterin der sozialdemokratischen Frauenbewegung *Adelheid Popp* dar. Anhand ihres Lebenslaufs lassen sich auch verfassungsrechtlich relevante Lehrinhalte vermitteln: Wie stellte sich also die Situation von Frauen um 1900 dar? In welcher Form durften Arbeiterinnen wie *Adelheid Popp* zu dieser Zeit am politischen Leben teilnehmen?

Um diese Fragen zu beantworten, lassen wir die Studierenden einen Ausschnitt aus *Adelheid Popps* Kindheits- und Jugenderinnerungen lesen.[21] *Adelheid Popp* war eine führende Vertreterin der sozialdemokratischen Frauenbewegung, Politikerin und Publizistin. Als Mitbegründerin des Vereins sozialdemokratischer Frauen und Mädchen und Redakteurin der Arbeiterinnen-Zeitung war sie zwischen 1919 und 1934 als eine der ersten weiblichen Abgeordneten im österreichischen Parlament tätig.[22] Aufgrund ihrer eigenen Herkunft aus dem verarmten städtischen Arbeitermilieu setzte sich *Adelheid Popp* früh für sozialpolitische Themen und für gesellschaftlich benachteiligte und (politisch) ausgegrenzte Personen ein. Neben der Gleichstellung der Frau in der Ehe zählte zu ihren zentralen Forderungen die Teilnahme der Frau am politischen Diskurs durch das Frauenwahlrecht.[23]

Unsere Studierenden sollen *Adelheid Popps* Kindheits- und Jugenderinnerungen mit den historischen Entwicklungen des allgemeinen und des Frauenwahlrechts verknüpfen. Die Annäherung an diese Thematik durch eine Autobiographie eröffnet ihnen dabei eine neue Perspektive auf diesen (verfassungs-)historisch so bedeutsamen Prozess und erlaubt ihnen eine kritische Aneignung desselben.

Durch die Lernplattform Moodle ist es uns möglich, Aufgaben wie diese als e-Hausarbeiten an die Übungsteilnehmer*innen zu stellen. Die dort hochgeladenen Abgaben werden sowohl online benotet, als auch zu Beginn der jeweiligen Übungseinheiten besprochen. Darüber hinaus können die Studierenden ihre korrigierten Texte auch persönlich einsehen, womit sie die Gelegenheit haben, Unklarheiten zu besprechen und offenen Fragen nachzugehen. Durch die laufende Interaktion mit unseren Studierenden sehen wir, wo

---

20 Erstmals wurden Frauen 1919 zum rechtswissenschaftlichen Studium zugelassen: Vollzugsanweisung des Staatsamtes für Inneres und Unterricht, betreffend die Zulassung von Frauen zu den rechts- und staatswissenschaftlichen Studien, zu den theoretischen Staatsprüfungen und zum Doktorate der Rechte und der Staatswissenschaften an den deutschösterreichischen Universitäten, StGBl 1919/250; *Schneider*, Richterinnen in Österreich, juridikum 2013, 496.

21 *Popp*, Jugend einer Arbeiterin (1983) 72f.

22 https://www.parlament.gv.at/WWER/PAD_01269/index.shtml (27.6.2017).

23 Siehe ausführlicher: *Bader-Zaar*, Frauenbewegungen und Frauenwahlrecht, in *Rumpler/Urbanitsch* (Hrsg), Die Habsburgermonarchie 1848-1918, Bd VIII/1 (2006) 1005 (1012ff); *Mördinger*, Adelheid Popp. Aus der Rechtlosigkeit in die Gesetzgebung (2004); http://www.fraueninbewegung.onb.ac.at/Pages/PersonDetail.aspx?p_iPersonenID=8674924 (26.6.2017).

Verständnisschwierigkeiten und Erklärungsbedarf bestehen und können unsere nächsten Übungseinheiten danach ausrichten.

3.3. „Mind Your Language!" Sprachsensibilisierung für Jurist*innen

Ein sensibler Umgang mit Sprache ist für Jurist*innen besonders wichtig. Die Sprache ist das vorrangige Instrument, mit der die Rechtswissenschaft die Wirklichkeit gestaltet.[24] Rechtliche Diskriminierungen haben oft ihre Vorläufer im allgemeinen Sprachgebrauch. Das Ausbilden von Sprachsensibilität ist für angehende Jurist*innen daher wichtig, um Kritik zu formulieren.

Zur Unterstützung dafür bieten wir auf der Lernplattform Moodle e-Tests zur Vorbereitung auf die Präsenzeinheit mit Aufgabenstellungen an, welche die Sprachsensibilität und das Begriffsverständnis herausfordern sollen. Zudem bestehen diese e-Tests aus Wissensfragen (diese prüfen das faktenbezogene Wissen ab), Verständnisfragen (Anwendung des Gelernten in praktischen Beispielen) und Analysefragen (Erkennen und Verstehen von Zusammenhängen).[25]

Den Studierenden werden Fragen gestellt, die sie dazu anzuregen sollen, den Gebrauch politischer Begriffe und Konzepte in ihren Kontexten zu erkennen und ihre rechtlichen Implikationen zu hinterfragen. So sollen die Übungsteilnehmer*innen beurteilen, ob folgende Aussagen zum sogenannten „Anschluss" Österreichs an NS-Deutschland 1938 richtig oder falsch sind: a.) „Die Nazis charakterisierten den sog. Anschluss 1938 als ‚Okkupation', um herauszustellen, dass sie die Hoheit über Österreich übernommen haben"; b.) „Im NS-Sprachgebrauch spielte die Bezeichnung ‚Ostmark' für Österreich auf die Zeit des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation an. Die NS-Ideologie legitimierte damit den Anschluss auch mit historischen Argumenten"; c.) „Die Charakterisierung des Anschlusses mit dem Begriff der ‚Wiedervereinigung' würde für die Annexionstheorie sprechen, da Österreich bei einer solchen Vereinigung Teil von NS-Deutschland geworden wäre."[26]

Auch im Hörsaal versuchen wir Sprachensensibilität zu schulen. Etwa anhand des Beispiels der Wannsee-Konferenz zur „Endlösung der Judenfrage". Die Wannseekonferenz-Akten verdeutlichen den Studierenden den brutalen Stil nationalsozialistischer Rechtssprache.[27] In dieser Sprache wurden Juden und Jüdinnen zu Tieren oder zu Sachen verdinglicht. In Wörtern wie „Restbestand", „natürliche Verminderung" und „Keimzelle" spiegeln sich diese biologistischen Anschauungen wieder. Auch die neuesten Forschungs-

---

24 *Kuße,* Kulturwissenschaftliche Linguistik (2012) 171.

25 *Mangler*, Handlungsorientiertes Prüfen. Prüfungsfragen ordnen und neu strukturieren, in *Berendt* (Hrsg), Handbuch Hochschullehre (1996) F 1.3, 1 (9ff).

26 Die richtigen Antworten auf diese Frage lauten b.) und c.). Es soll damit sowohl das Wissen der Studierenden über historische Bezüge als auch über das Themenfeld „Annexions- vs Okkupationstheorie" geprüft werden.

27 Siehe zur Sprache des Nationalsozialismus insbesondere: *Klemperer*, Lingua Tertii Imperii. Notizbuch eines Philologen (2015).

ergebnisse von *Herlinde Pauer-Studer* und *Julian Fink* zu den *Rechtfertigungen des Unrechts*[28] im Nationalsozialismus werden mit den Studierenden kritisch diskutiert: Inwiefern ist ein Rechtssystem, das auf einem pseudowissenschaftlichen „Rasse"-Begriff fußt, ungerecht? Wie interagierten hier naturwissenschaftlich-deskriptive Methoden mit jenen der Rechtswissenschaft? Auch das gerade erschienene Buch mit dem sprechenden Titel „*Weil ich nun mal ein Gerechtigkeitsfanatiker bin*" über den SS-Richter *Konrad Morgen* zeigt die komplexen Wechselverhältnisse, in denen sich normative Systeme wie Moral, Sitte und Recht zueinander befinden können.[29] Mit der Erörterung solcher Themen sollen die Studierenden die politische Instrumentalisierbarkeit diskriminierender Eigenschaften und Merkmale im Recht hinterfragen.

In den e-Tests sind solche Diskussionen zwar nicht möglich, aber sie bieten eine leichtere Standortbestimmung und bessere Selbsteinschätzung für Studierende und auch für uns Lehrende eine schnelle Rückmeldung über den Lernerfolg. Die Fragen und Antwortmöglichkeiten mancher Multiple-Choice oder wahr/falsch-Fragen sind zudem so gewählt, dass es von der Kenntnis grundlegender rechtlicher Kategorien abhängt, ob eine Antwort richtig oder falsch ist. Ein Beispiel dafür: „Mit der Änderung welchen Gesetzes legte die Bundesregierung 1933 den Verfassungsgerichtshof (VfGH) lahm?" a.) Ermächtigungsgesetz 1934; b.) Bundesverfassungsgesetz; c.) Verfassungsgerichtshofgesetz; d.) Kriegswirtschaftliches Ermächtigungsgesetz. Die richtige Antwort lautet Verfassungsgerichtshofgesetz. Diese Frage soll prüfen, ob Studierende die juristische Unterscheidung zwischen Ausführungsbestimmungen und Ermächtigungsnormen verstanden haben. Dabei wird die legitimatorische Grundlage solcher Ermächtigungsnormen in der Präsenzeinheit kritisch diskutiert.

3.4. Lange Traditionen universitärer Ausgrenzung: Exkursion ins Jüdische Museum Wien

Mit Exkursionen werden Lerninhalte auf eine besondere Art und Weise erfahrbar. Die Vergangenheit soll den Studierenden außerhalb des Hörsaals etwa durch museale Aufbereitung vergegenwärtigt werden, um so einen eigenen Zugang und ein Interesse jenseits des Lernstoffs zur Geschichte zu entwickeln. So fand im Wintersemester 2016 eine Exkursion zur Ausstellung *Die Universität. Eine Kampfzone*[30] ins Jüdische Museum Wien statt. Da viele Studierende während ihres ersten Semesters unsere Pflichtübung aus Verfassungsgeschichte besuchen, war die Ausstellung für sie eine willkommene Möglichkeit, eine sonst eher wenig thematisierte Seite der Geschichte ihrer *Alma Mater* kennenzuler-

28 *Pauer-Studer/Fink*, Rechtfertigungen des Unrechts (2014).

29 *Pauer-Studer/Velleman,* „Weil ich nun mal ein Gerechtigkeitsfanatiker bin" – Der Fall des SS-Richters Konrad Morgen (2017).

30 Die Ausstellung „Die Universität. Eine Kampfzone" lief im Jüdischen Museum Wien von 3.11.2015 bis 28.03.2016. Die Exkursion fand im Rahmen einer Pflichtübung Verfassungsgeschichte am 20.1.2016 statt.

nen.[31] Die Studierenden erfuhren, dass Antijudaismus und Antisemitismus[32] an der Universität Wien ab den 1880er Jahren, über die Erste Republik bis zum sogenannten „Anschluss" Österreichs an das Deutsche Reich kontinuierlich vorhanden waren. Gewalt und Exklusionsmechanismen waren also nicht erst seit den 1930er Jahren an der Universität Wien beheimatet, sondern besitzen eine lange Tradition. Durch die Konzeption der Ausstellung und deren Quellenmaterialien konnten die Studierenden sich kritisch mit der Innenansicht und der „Erzählung von Inklusion und Exklusion aus jüdischer Perspektive"[33] auseinandersetzen.

3.5. Neue Perspektiven und Forschungsergebnisse: Der Nationalitätenkonflikt revisited

Die Pflichtübungen zur Verfassungsgeschichte sind zwar zeitlich und thematisch dicht bepackt, dennoch ist es uns ein Anliegen, den Studierenden Neugier und Offenheit aktuellen wissenschaftlichen Forschungen gegenüber zu vermitteln. Dazu gehört auch die argumentative Auseinandersetzung mit bestehenden Narrativen. Besonders engagierte Studierende haben daher die Möglichkeit, sich mit Referaten in bestimmte Themen zu vertiefen, um sich neue Perspektiven auf den Lernstoff zu eröffnen und historisch-kritische Kompetenzen zu erwerben. Neben einem Referat zu dem bereits erwähnten Buch von *Herlinde Pauer-Studer* und *Julian Fink* findet auch eine genauere Beschäftigung mit einem Text von *Pieter Judson* statt. In seiner innovativen Gesamtdarstellung mit dem Titel *Habsburg. Geschichte eines Imperiums 1740 – 1918* wird der Nationalitätenkonflikt im Vielvölkerstaat neu akzentuiert.[34] *Judson* zeigt in seinem Buch, wie modern die habsburgische Monarchie am Ende des 19. und zu Anfang des 20. Jahrhunderts war und wie sie verschiedene Religionen, Sprachen und wirtschaftlich diverse Gebiete in ein Reich zu integrieren vermochte.[35] Die Problematik sozialer Segregation und der steigende Pessimismus der bürokratischen Elite samt dessen Auswirkungen werden dabei besonders in den Blick genommen. Dadurch können die Studierenden auch Bezüge zur Gegenwart diskutieren, insbesondere mögliche Parallelen von der multinationalen Habsburgermonarchie zur Europäischen Union ziehen oder verwerfen. Auch generelle Überlegungen zur Rolle der Geschichte für die politische Gegenwart können angestellt werden.

---

31 *Taschwer*, Hochburg des Antisemitismus. Der Niedergang der Universität Wien im 20. Jahrhundert (2015).

32 Zu den verschiedenen Ausprägungen des österreichischen Antisemitismus im 19. und beginnenden 20. Jahrhundert siehe: *Botz/Oxaal* ua (Hrsg), Die zerstörte Kultur. Jüdisches Leben und Antisemitismus in Wien seit dem 19. Jahrhundert (2002).

33 Ausstellungstext, online abrufbar unter: http://www.jmw.at/de/exhibitions/die-universitaet-eine-kampfzone (27.6.2016).

34 *Judson*, Habsburg. Geschichte eines Imperiums 1740–1918 (2017).

35 *Spitra*, „Was bedeutet Nation?", Die Presse v 19.11.2016, Spektrum, IV.

4. Conclusio: Kritik juristisch formulieren im liberalen Rechtsstaat

Das Ziel der rechtswissenschaftlichen Ausbildung muss es sein, Jus-Absolvent*innen zu befähigen, ausgehend von ihrer informierten juristischen Position, Kritik in einen öffentlichen Diskurs im liberalen Rechtsstaat einbringen zu können. Um Problemfelder und Ungerechtigkeiten als solche erkennen und benennen zu können, ist die Sensibilisierung zukünftiger Richter*innen, Rechtsanwält*innen, Verwaltungs- und Wirtschaftsjurist*innen für die historische, soziologische und politische Verortung des Rechts wesentlich.
Im Studienplan ist vorgesehen, dass vor allem die Grundlagenfächer zu einer universaljuristischen Bildung der künftigen Jurist*innen beitragen sollen. Darunter ist auch die Schulung der juristischen Rhetorik sowie der Argumentations- und Ausdrucksfähigkeit zu verstehen, die ein Desiderat jedes Rechtsunterrichts darstellt. An welcher Stelle und auf welche Weise Kritik geäußert wird, sind zentrale Fragen für Jurist*innen. Denn Recht kann nicht nur der Gegenstand, sondern auch das Mittel von Kritik sein. Ein kritischer Zugang zum Recht darf auch nicht bedeuten, dass liberale Institutionen grundsätzlich in Frage gestellt werden, sondern an einer steten Verbesserung der Institutionen mitgewirkt und Unrecht angesprochen wird.
Schließlich ist den angehenden Jurist*innen auch ein *Berufsethos* zu vermitteln.[36] Dafür bedarf es in der juristischen Ausbildung einer Grundlagenorientierung in den geltendrechtlichen Fächern, aber vor allem eines bewussten und sensiblen Umgangs mit juristischer Zeitgeschichte in den Grundlagenfächern.[37] Dazu gehört auch ein (Mit)Fühlen und Reflektieren, um insbesondere einen verantwortungsbewussten Umgang mit der Vergangenheit zu finden. Denn der wissenschaftliche Umgang mit dem Recht entbindet Studierende rechtswissenschaftlicher Fächer keineswegs von ihrer Verantwortung, die sie als Rückgrat eines liberalen Staates tragen.

Ines Schwaighofer-Glück war bis zum Frühjahr 2017 Universitätsassistentin am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte der Universität Wien; ines.marlene.rebhan-glueck@univie.ac.at

Sebastian M. Spitra ist Universitätsassistent am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte der Universität Wien; sebastian.spitra@univie.ac.at

36 Dies forderte auch *Ilse Reiter-Zatloukal* bei der Podiumsdiskussion „AG Jus Leaks" am 27.6.2017 im Juridicum.

37 *Vec*, Rechtskritik als Verpflichtung – Juristische Zeitgeschichte in aufklärerisch-bürgerlicher Absicht, in: *Hof/Götz von Olenhusen* (Hrsg), Rechtsgestaltung – Rechtskritik – Konkurrenz von Rechtsordnungen ... Neue Akzente für die Juristenausbildung (2012) 300.

Die Unsterblichkeit vor dem Strafgericht

Strafrechtliche Überlegungen zu Kryonik

Katharina Köberl / Sophie-Katharina Matjaz

1. Einleitung

1962 veröffentlichte der Physiker *Robert Ettinger* ein Buch mit dem Titel „The Prospect of Immortality" und legte damit den Grundstein für die Geburt der Kryonik-Bewegung.[1] Deren AnhängerInnen lassen ihre Körper nach dem Tod in flüssigem Stickstoff einfrieren, in der Hoffnung, dass sie künftig, wenn die Wissenschaft die entsprechenden Methoden entwickelt hat, aufgetaut und wieder zum Leben erweckt werden können.[2]
Derzeit bieten vier Institutionen Kryokonservierung[3] für Menschen an, drei davon in den USA und eine in Russland.[4] Mehr als 300 menschliche Körper befinden sich bereits in flüssigen Stickstoffbädern, außerdem haben gegenwärtig mehr als 2000 lebende Personen einen Vertrag über die Kryokonservierung nach ihrem Tod abgeschlossen.[5]
2016 hatte sich erstmals ein europäisches Gericht mit der Thematik zu befassen: Der Oberste Gerichtshof Großbritanniens sprach einer 14-jährigen unheilbar kranken Britin das Recht zu, sich nach ihrem Tod kryokonservieren zu lassen.[6] Der vorsitzende Richter betonte zwar, dass es um eine familienrechtliche Streitigkeit und nicht um eine Entschei-

1 Ein übersichtlicher Einstieg in die Thematik findet sich bei *Krüger,* Die Unsterblichkeitsutopien der Kryonik: Geschichte, Kontext und Probleme, in *Gross/Tag/Schweikardt* (Hrsg), Who wants to live forever? Postmoderne Formen des Weiterwirkens nach dem Tod (2011) 249ff.

2 Vgl zu diesem Prozess *Best*, Scientific Justification of Cryonics Practice, Rejuvenation Research 11 (2008) 493ff.

3 Unter Kryokonservierung versteht man das Aufbewahren von Zellen oder Gewebe durch Einfrieren in flüssigem Stickstoff, s *Campbell/Reece/Urry*, Biologie[10] (2015) 1222.

4 *Alcor Life Extension Foundation* (Arizona, http://www.alcor.org/ [13.8.2017]); *Cryonics Institute* (Michigan, http://www.cryonics.org/ [13.8.2017]); *American Cryonics Society* (Kalifornien, http://www.americancryonics.org/ [13.8.2017]); *KrioRus* (Moskau, http://kriorus.ru/ [13.8.2017]).

5 Alcor Membership Statistics, http://alcor.org/AboutAlcor/membershipstats.html (9.7.2017); Cryonics Institute Membership Statistics, http://www.cryonics.org/ci-landing/member-statistics/ (9.7.2017).

6 The High Court of Justice, 10.11.2016, 2016 EWHC 2859 (Fam). Die Antragstellerin (JS) erhielt palliative Betreuung wegen einer Krebserkrankung. Sie rief den Obersten Gerichtshof an, weil ihre Mutter den Wunsch von JS unterstützte, sich postmortal einfrieren zu lassen, während der Vater dagegen war. In Großbritannien obliegt es dem/der NachlassverwalterIn, über den Leichnam zu verfügen (*Williams v Williams* [1882] LR 20 ChD 659). Da JS unter 18 war und somit kein gültiges Testament erstellen konnte (s 7 Wills Act 1837), wären ihre Eltern gemeinsam für die Verwaltung des Nachlasses und damit auch für die Entscheidung über die Bestattungsart zuständig gewesen. Der Oberste Gerichtshof hatte zu entscheiden, wer über den toten Körper von JS verfügen dürfte. Da für eine Kryokonservierung bereits zahlreiche Vorbereitungen vor dem Tod von JS notwendig waren, hatte sich der Gerichtshof vertieft mit dem Konzept der Kryonik auseinanderzusetzen. In seiner Entscheidung ernannte er der Mutter von JS schließlich zur alleinigen Nachlassverwalterin und erlaubte ihr, die Kryokonservierung gemäß der Wünsche von JS durchzuführen. JS starb im Oktober 2016 und wurde eingefroren.

dung für oder gegen Kryonik ginge.[7] Doch der Fall zeigt: Die „Auferstehung von den Toten" – traditionell der Religion[8] und dem Science-Fiction-Genre[9] vorbehalten – beschäftigt im 21. Jahrhundert auch die JuristInnen.

In Österreich ist die Kryokonservierung von Leichen rechtlich nicht zulässig, weil Bestattungspflicht[10] herrscht und als Bestattungsarten ausschließlich Erd- oder Feuerbestattung in Betracht kommen.[11] Das hält einzelne Bestattungsinstitute allerdings nicht davon ab, im Rahmen ihrer Online-Auftritte über Kryonik zu informieren. So wirbt etwa die *SEGENIUS GmbH* mit der „Möglichkeit, Kryonik trotz der [gesetzlichen] Bestimmungen durchzuführen."[12]

Die zunehmende Medienpräsenz[13] sowie prominente AnhängerInnen[14] lassen vermuten, dass das Interesse an Kryonik auch hierzulande steigen wird.

Mit diesem Beitrag wollen wir die juristische Diskussion um die Thematik anstoßen. Im Folgenden untersuchen wir den Zusammenhang zwischen Kryonik und den Tötungsdelikten nach dem österreichischen Strafgesetzbuch (StGB).[15] Dabei ist es va relevant, zu welchem Zeitpunkt eine Person kryokonserviert wird (2). Nur wenn dieser vor dem Tod im juristischen Sinn liegt, sind die Tötungsdelikte zu prüfen (3). Außerdem stellt sich die Frage nach einer allfälligen Rechtfertigung (4).

---

7 The High Court of Justice, 2016 EWHC 2859 (Fam), 4: „The decision centres entirely on what is best for JS. The Trust is not endorsing cryonics."

8 Zum Christentum etwa *Brüntrup/Rugel/Schwartz* (Hrsg), Auferstehung des Lebens – Unsterblichkeit der Seele (2010); zum Islam *Motzki,* Hadith: origins and developments (2004); zu nahöstlichen Religionen *Mettinger,* The Riddle of Resurrection: „dying and rising gods" in the ancient Near East (2004).

9 ZB *Star Trek The Next Generation*, Staffel 1 Episode 25; *Futurama*, Staffel 1 Episode 1.

10 Bestattungsvorschriften finden sich in Österreich auf Ebene der Länder: § 19 Burgenländisches Leichen- und Bestattungswesensgesetz LGBl 1970/16; § 14 Kärntner Bestattungsgesetz LGBl 1971/61; § 15 Leichenbestattungsgesetz Oberösterreich 1985 LGBl 1985/40; § 11 Bestattungsgesetz Niederösterreich 2007 LGBl 2006/126; § 15 Salzburger Leichen- und Bestattungsgesetz 1986 LGBl 1986/84; § 16 Leichen- und Bestattungsgesetz Steiermark 2010 LGBl 2010/78; § 30 Leichen- und Bestattungsgesetz Tirol LGBl 1952/33; § 22 Bestattungsgesetz Vorarlberg LGBl 1969/58; § 19 Wiener Leichen- und Bestattungsgesetz LGBl 2007/12.

11 §§ 21, 22 Burgenländisches Leichen- und Bestattungswesensgesetz; § 13 Kärntner Bestattungsgesetz; § 17 Leichenbestattungsgesetz Oberösterreich; § 12 Bestattungsgesetz Niederösterreich; §§ 19, 20 Salzburger Leichen- und Bestattungsgesetz; § 16 Leichen- und Bestattungsgesetz Steiermark; §§ 32, 47 Leichen- und Bestattungsgesetz Tirol; § 23 Bestattungsgesetz Vorarlberg; § 19 Wiener Leichen- und Bestattungsgesetz.

12 Bspw *SEGENIUS Bestattung & Vorsorge* http://www.segenius.at/kryonik/ (9.7.2017).

13 *Rennert,* Kryonik: Die eisige Sehnsucht nach der Auferstehung, Der Standard v 12.1.2017, 6; *Berbner,* Und was, wenn es nach dem Ende weiterginge, nicht im Himmel, sondern auf Erden?, Die Zeit v 23.3.2016, 38.

14 Prominente KryonikerInnen sind etwa Popsängerin *Britney Spears*, Talkmaster *Larry King*, Regisseur *Woody Allen* und Paypal-Gründer *Peter Thiel*, vgl www.silur-institut.de/kryonik/prominente-kryonik- anh%C3%A4nger/ (9.7.2017).

15 Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB) BGBl 1974/60 idgF.

2. Der Todeszeitpunkt als relevantes Kriterium für die strafrechtliche Beurteilung

Die Tötungsdelikte nach dem StGB können sich nur gegen einen lebenden Menschen richten.[16] Ist das Opfer bereits tot, kann gegen dieses einzig noch ein untauglicher Versuch eines Tötungsdelikts oder allenfalls eine andere strafbare Handlung unternommen werden.[17] Die entscheidende Frage ist daher, ob eine Person zu dem Zeitpunkt, in dem sie eingefroren werden soll, juristisch tot ist.

2.1. Der Todesbegriff im Strafrecht

Die Definition des Todeszeitpunkts im strafrechtlichen Sinn war in der Vergangenheit entscheidenden Veränderungen unterworfen.[18] Einst galt ein Mensch als tot, wenn sein Herz aufgehört hatte zu schlagen und Kreislauf und Atmung irreversibel stillstanden (Herztod).[19] Mit den Fortschritten der modernen Intensivmedizin wurde es allerdings möglich, PatientInnen nach einem Herzstillstand wiederzubeleben. In Folge wurde der Todesbegriff insoweit verändert, als dass heute nach herrschender österreichischer[20] Meinung erst der irreversible Funktionsverlust des gesamten Hirns zum rechtlichen Tod führt (Gesamthirntod).[21] Den Herztod bezeichnet man heute auch als klinischen Tod.[22] Das Hirntodkriterium wird seitens der Medizin[23] auch damit begründet, dass das Hirn letztlich die persönliche Identität des Menschen bestimmt.[24]

---

16 *Moos* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafrecht² (2017) § 75 Rz 18; *Kienapfel/Schroll*, Studienbuch Strafrecht – Besonderer Teil I, Delikte gegen Personenwerte⁴ (2016) Vorbem §§ 75 ff Rz 10; *Englert*, Todesbegriff und Leichnam als Elemente des Totenrechts (1979) 53.

17 Insb ist hier an § 190 StGB (Störung der Totenruhe) zu denken. Die Verwendung eines Leichnams zu Forschungs- und Studienzwecken ist gerechtfertigt und erfüllt somit den Tatbestand von § 190 StGB nicht, wenn zwischen einer Forschungs- oder Studieneinrichtung und einer lebenden Person ein Vertrag über die anatomische Verwendung seines/ihres Körpers nach dem Tod besteht (*Bachner-Foregger* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 190 Rz 12). Ob § 190 StGB einschlägig ist, wird also davon abhängen, ob etwaige künftig zugelassene Kryonikinstitute als Forschungs- oder Studieneinrichtungen qualifiziert werden sowie ob die Kryokonservierung als Forschungszweck angesehen wird.

18 *Stratenwerth*, Zum juristischen Begriff des Todes, in *Bockelmann/Kaufmann* (Hrsg), FS Engisch (1969) 528; *Lachenmeier,* Der Tod im liberalen Staat. Die Definitionsmacht des Rechts über den Todeszeitpunkt (2008) 25ff.

19 *Kienapfel/Schroll*, Strafrecht BT I⁴ Vorbem §§ 75 ff Rz 11; *Moos* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB Vorbem §§ 75-79 Rz 52; *Tröndle*, Der Hirntod, seine rechtliche Bedeutung und das neue Transplantationsgesetz, in FS Hirsch (1999) 778.

20 Für die Schweiz s Art 9 Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (SR. 810.21): „Der Mensch ist tot, wenn die Funktion seines Hirns irreversibel ausgefallen sind"; für Deutschland s § 3d Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben: „endgültiger, nicht behebbarer Ausfall der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms"; für die USA s Determination of Death Act Summary: „irreversible cessation of all functions of the brain." www.uniformlaws.org/ActSummary.aspx?title=Determination%20of%20Death%20Act (9.7.2017).

21 *Wolkinger*, Todesbegriff, Sterbehilfe und aktive Euthanasie. Ein moraltheologischer Beitrag, in *Bernat* (Hrsg), Ethik und Recht an der Grenze zwischen Leben und Tod (1993) 55; *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2017) Kap I.21; *Kienapfel/Schroll*, BT I⁴ Vor §§ 75 ff Rz 11; *Velten* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum StGB (2005) § 75 StGB Rz 11.

22 *Moos* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB Vorbem §§ 75-79 Rz 52.

23 Dazu grundlegend *Green/Wikler,* Brain Death and Personal Identity, Philosophy & Public Affairs 1980 Vol 9, 105ff.

24 *Moos* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB Vorbem §§ 75-79 Rz 52.

2.2. Exkurs: Neudefinition des strafrechtlichen Todesbegriffs?

Kryonik-AnhängerInnen sehen einen Menschen erst als tot an, wenn sein Gehirn soweit zersetzt ist, dass die darin gespeicherten Informationen auch mit fortschrittlichster Technologie niemals wiederhergestellt werden können. Dieser so „informationstheoretische Tod" trete unter Normalbedingungen, so ihre Argumentation, erst einige Stunden nach dem klinischen Tod ein und könne durch Kryokonservierung verhindert werden.[25] Wird die Gehirnstruktur später erfolgreich wiederhergestellt, war die eingefrorene und wiederbelebte Person nach dieser Sichtweise zu keinem Zeitpunkt tot.

Die Entwicklung der letzten Jahrzehnte zeigt, dass der strafrechtliche Todesbegriff nicht definitiv ist. Letztmals hat der Gesetzgeber bei der Ergänzung des Krankenanstaltengesetzes[26] bezüglich der Organentnahme 1982 bewusst auf eine Legaldefinition des Todes verzichtet. Es ist daher zu fragen, ob in Anbetracht der Kryonik allgemein über eine Neudefinition des strafrechtlichen Todesbegriffs nachgedacht werden kann.

Wie oben erwähnt wird das derzeit übliche Abstellen auf den Hirntod nicht zuletzt damit begründet, dass das Hirn die persönliche Identität des Menschen bestimmt.[27] StrafrechtlerInnen sprechen außerdem vom *irreversiblen* Funktionsverlust des Gesamthirns.[28] Würde Kryonik funktionieren, wäre das Gehirn und somit die persönliche Identität wiederherstellbar und der Funktionsverlust des Gesamthirns *eben nicht* irreversibel.

Zumindest bis die ersten Eingefrorenen erfolgreich aufgetaut werden, wird es aber wohl nicht zur Ausdehnung des Todesbegriffs auf den „informationstheoretischen Tod" kommen. Nach heutigem Stand der Wissenschaft ist die Wiederbelebung nämlich schlicht unmöglich.[29] Beim strafrechtlichen Todesbegriff ist daher gedanklich eine Ergänzung vorzunehmen: Tot ist, wer einen *nach heutigem Stand der Technik* irreversiblen Funktionsausfall des Gesamthirns erleidet.

2.3. Tod durch Kryonik?

Aus dem Gesagten folgt, dass eine Kryokonservierung *nach* dem Gesamthirntod in Bezug auf die Tötungsdelikte unproblematisch ist, weil der/die PatientIn bereits rechtlich tot ist und somit nicht mehr Tatobjekt sein kann.

---

25 Vgl Alcor Scientists' Cryonics FAQ, What is the impact of clinical death on cryonics?, http://www.alcor.org/sciencefaq.htm#death (13.8.2017). Dies ist auch der Grund, warum Kryonikinstitute die eingefrorenen Körper nicht als Leichen, sondern als PatientInnen bezeichnen.

26 BGBl I 1982/273; *Moos* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB Vor §§ 75-79 Rz 57; *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation. Eine systematische Analyse des geltenden Rechts (1988) 186; *Kopetzki,* Rechtliche Aspekte der Widerspruchslösung, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts (1999) 43 (52); *Mayrhofer,* Die Todesfeststellung, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen. Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken (1987) 54.

27 *Moos* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB Vor §§ 75-79 Rz 52.

28 *Kienapfel/Schroll*, Strafrecht BT I⁴ Vor §§ 75 ff Rz 11; *Moos* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB Vor §§ 75-79 Rz 52.

29 *Sames*, Die Kryonik: Ihre biomedizinische Relevanz und ihre gesellschaftliche Wahrnehmung, in *Gross/Tag/Schweikardt* (Hrsg), Who wants to live forever? Postmoderne Formen des Weiterwirkens nach dem Tod (2011) 282.

In der Kryonik-Bewegung besteht allerdings der Wunsch, bereits vor dem Gesamthirntod, direkt nach dem klinischen Tod, mit dem Konservierungsprozess zu beginnen.[30] Grund dafür ist – vereinfacht ausgedrückt – die Annahme, dass durch eine Konservierung *vor* dem Gesamthirntod etwaige Zersetzungsprozesse im Hirn aufgehalten werden können, was die Chance auf eine spätere erfolgreiche Wiederbelebung erhöht.[31]
Wenn aber nach Ansicht der Kryonik-AnhängerInnen der ideale Zeitpunkt für die Konservierung zwischen Herz- und Hirntod liegt, ist der/die PatientIn in diesem Stadium zwar klinisch, nicht aber rechtlich tot. Da einzig der Eintritt des rechtlichen Todes für die Beurteilung der Tötungsdelikte relevant ist, liegt somit ein taugliches Tatobjekt vor.

3. Kryonik und die Tötungsdelikte nach dem StGB

3.1. Mord

Wird nach dem klinischen Tod mit der Kryokonservierung begonnen und dadurch der Hirntod nach dem heutigen[32] juristischen Verständnis herbeigeführt, ist der Taterfolg von § 75 StGB eingetreten.[33] Zur Beurteilung der Frage, ob die Kryokonservierung den Tatbestand des Mordes erfüllt, sind insb folgende drei Aspekte relevant: Zunächst muss die einzufrierende Person potentielles Tatobjekt eines Tötungsdelikts sein. Sodann muss das Einfrieren kausal für den Tod des Patienten/der Patientin sein. Schließlich müssen die Einfrierenden mit Tötungsvorsatz handeln.
Soll eine Person *vor dem Gesamthirntod* eingefroren werden, ist sie taugliches Tatobjekt für den Mord. Ihre weitere Lebensfähigkeit oder ihr Gesundheitszustand spielen dabei keine Rolle.[34] Unheilbar Kranke und auch Sterbende sind gleichermaßen geschützt wie gesunde Menschen.[35] Dass jemand wenige Minuten nach dem Herztod gestorben wäre, schließt die Strafbarkeit von Handlungen, die vor dem Gesamthirntod gesetzt werden, nicht aus.[36]
Um beurteilen zu können, ob das Einfrieren kausal für den Tod ist, muss man sich den Prozess der Kryokonservierung genauer ansehen:[37] Vereinfacht dargestellt, wird der Körper der/des Behandelten nach dem Herzstillstand möglichst schnell auf Eis gelegt und an

30 *Krüger,* Virtualität und Unsterblichkeit. Die Visionen des Posthumanismus (2004) 105.
31 KryonikerInnen sehen das Gehirn als Sitz der menschlichen Identität und als unverzichtbar für die spätere Wiederherstellung der Person an, vgl dazu *Krüger* in *Gross/Tag/Schweikardt* 261.
32 Also ein irreversibler Funktionsausfall des Gesamthirns.
33 *Nimmervoll* in *Leukauf/Steininger*, Strafgesetzbuch Kommentar[4] (2016) § 75 Rz 8; *Velten* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, Salzburger Kommentar zum StGB[4] § 75 Rz 13.
34 SSt 47/38; SSt 49/3; EvBl 1981/14; *Nimmervoll* in *Leukauf/Steininger*, StGB[4] § 75 Rz 2.
35 *Nimmervoll* in *Leukauf/Steininger*, StGB[4] § 75 Rz 5; SSt 17/64; RS 0106479; *Fabrizy*, Strafgesetzbuch[12] (2016) § 75 Rz 2.
36 *Moos* in *Höpfel/Ratz*, WK[2] StGB Vor §§ 75-79 Rz 8; zur Strafbarkeit einer Beschleunigung des Sterbens ebenfalls *Nimmervoll* in *Leukauf/Steininger*, StGB[4] § 75 Rz 5.
37 Für eine ausführlich Beschreibung s *Best,* Rejuvenation Research 11 (2008) 493ff; *Smith,* Medical-Legal Aspects of Cryonics: Prospects for Immortality (1983) 12ff.

eine Herz-Lungen-Maschine angeschlossen. So soll der Blutkreislauf in Bewegung gehalten und das Gehirn weiter mit Sauerstoff versorgt werden. Infusionen sollen der Bildung von freien Radikalen, Stickoxiden und Körpergiften vorbeugen, während mit Betäubungsmitteln die Sauerstoffaufnahme des Gehirns gesenkt wird. Nach dieser Erstbehandlung wird das Blut der/des Behandelten vollständig mit einer sogenannten Vitrifikationslösung – alltagssprachlich auch als Frostschutzmittel bekannt – ersetzt. Nach mehreren Stunden hat der Körper schließlich eine Temperatur von -125°C erreicht und die Vitrifikationslösung ist „verglast". Im Verlauf von zwei Wochen wird der/die PatientIn dann mit flüssigem Stickstoff auf -196°C gekühlt. Für die juristische Bewertung ist relevant, dass der/die Behandelte zu dem Zeitpunkt, in dem mit der Kryokonservierung begonnen wird, rechtlich gesehen noch lebt (Herzstillstand, aber kein Gesamthirnausfall). Spätestens mit dem Ersetzen des Bluts durch die Vitrifikationslösung kommt es zum Tod im juristischen Sinn, herbeigeführt durch den Prozess des Konservierens. Dieser ist kausal für den Gesamthirnausfall und somit für den Tod der/des Behandelten. Es handelt sich um ein *aktives Tun*, das zum Tod führt, und nicht bloß ein Unterlassen lebensrettender Maßnahmen.

Hinsichtlich des Vorsatzes der Einfrierenden stellt sich die Frage, ob ein solcher vorliegen kann, wenn durch die Kryokonservierung ja gerade der Tod verhindert werden soll. Auch wenn der/die Einfrierende davon überzeugt ist, dass seinE PatientIn in 100 Jahren wieder aufwachen werde, muss ihr/ihm bewusst sein, dass es durch die Konservierung zu einem, nach heutigem Stand der Technik, irreversiblen Ausfall des Gesamthirns kommt.[38] Damit ist Vorsatz auf den Taterfolg des § 75 StGB gegeben.

Da der verursachte Erfolg somit kein unabsichtlicher ist, kann es sich nicht um fahrlässige Tötung handeln. Für die Annahme eines Fahrlässigkeitsdelikts müsste sich die Fahrlässigkeit nämlich auch auf den Eintritt des Todes beziehen.[39] Der *Zustand des Todes nach heutigem strafrechtlichem Verständnis wird aber bewusst und gewollt herbeigeführt*, unabhängig davon, ob er nun als Tod oder „Stadium vorübergehender Konservierung" verstanden wird.

Ob der/die TäterIn an die erfolgreiche Wiederbelebung glaubt, ist insofern nicht relevant, als zur Verwirklichung des Delikts nicht vorausgesetzt wird, dass erkannt wird, dass der Tod dauerhaft und unumkehrbar ist. Gefordert wird lediglich, dass der Tod der anderen Person ernstlich für möglich gehalten und in Kauf genommen wird. Das Motiv kann lediglich bei der Strafbemessung berücksichtigt werden.[40]

---

38 Und dieser dolus eventualis genügt zur Verwirklichung eines vorsätzlichen Tötungsdelikts: *Velten* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, StGB[4] § 75 Rz 21; *Birklbauer/Hilf/Tipold*, Strafrecht BT I[3] § 75 Rz 1, 9.

39 *Fabrizy*, StGB[12] § 80 Rz 5.

40 *Moos* in *Höpfel/Ratz*, WK[2] StGB § 75 Rz 49; *Nimmervoll* in *Leukauf/Steininger*, StGB[4] § 75 Rz 15.

3.2. Tötung auf Verlangen

Die Tötung auf Verlangen gemäß § 77 StGB stellt eine Privilegierung des Mordes dar.[41] Die Tathandlung entspricht jener des Mordes, hinzu kommt aber ein eindringliches und ernstliches Verlangen des Opfers.[42] Das Opfer muss dabei aktiv Sterbewillen bekunden, eine bloße Einwilligung in den Tod genügt nicht.[43] Durch dieses Verlangen wird der Unrechtsgehalt der Tathandlung herabgesetzt, woraus eine geringere Strafdrohung resultiert.[44]

Problematisch ist die *aktive Darstellung des Sterbewillens*: Die KundInnen der Kryokonservierung haben genau jenen Sterbewillen nicht, sie wollen sich durch das Einfrieren ein Weiterleben verschaffen, wenn auch erst nach dem Tod. Ein Verlangen iSd § 77 StGB ist zudem nur ernstlich, wenn es ohne Irrtum, wohlerwogen und frei auf die Tötung gerichtet ist.[45] Das Verlangen der zu Konservierenden kann zwar wohlerwogen sein, basiert aber auf der Hoffnung auf eine erfolgreiche Wiederbelebung. Nach heutigem Stand der Wissenschaft ist das ein Irrtum. Die Tötung wird nur als Mittel zum Zweck der späteren Wiederbelebung gesehen, der Tod soll aber nicht das Endergebnis bleiben. Würde es den PatientInnen um die Tötung an sich gehen, würden sie sich nicht an eine speziell auf ein Weiterleben ausgerichtete Institution wenden, sondern etwa an eine Organisation für Sterbehilfe. Die Preisgabe des eigenen Lebens wird daher nicht in ihrer ganzen Tragweite erfasst und die Tat nicht bestimmt und zielstrebig gewollt.[46]

An dieser Stelle ist zwischen dem Vorsatz der/des Einfrierenden einerseits und dem Irrtum der/des Behandelten andererseits zu unterscheiden. Mag der Vorsatz der/des Täterin/Täters durchaus auf die Tötung gerichtet sein, weil das Ergebnis des Todes zwischenzeitig akzeptiert wird, so ist das Verlangen des Opfers dennoch auf ein Weiterleben gerichtet. Der Tod wird in den meisten Fällen im Sinne des Eventualvorsatzes zwar ernstlich für möglich gehalten, die meisten Behandelten finden sich wohl damit ab; *ein Verlangen* auf den Tod in seiner Dauerhaftigkeit besteht aber nicht.

Sowohl KlientIn als auch TäterIn wollen den Tod nicht herbeiführen, finden sich aber damit ab, ihn im Ergebnis zu bewirken. Dies genügt zwar für das Vorliegen von Vorsatz, wird aber der Ernsthaftigkeit des Verlangens nach § 77 StGB nicht gerecht.

---

41 *Kienapfel/Schroll*, Strafrecht BT I[4] § 77 Rz 1; *Moos*, in *Höpfel/Ratz*, WK[2] StGB § 77 Rz 4ff; *Birklbauer/Hilf/Tipold*, Strafrecht Besonderer Teil I[5] § 77 Rz 1; *Nimmervoll* in *Leukauf/Steininger*, StGB[4] § 77 Rz 1.

42 *Fabrizy*, StGB[12] § 77 Rz 1; *Birklbauer/Hilf/Tipold*, BT I[3] § 77 Rz 8 f.

43 *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, Besonderer Teil I[3] (2015) 16; *Nimmervoll* in *Leukauf/Steininger*, StGB[4] § 77 Rz 2; *Kienapfel/Schroll*, Strafrecht BT I[4] § 77 Rz 12; *Moos* in *Höpfel/Ratz*, WK[2] StGB § 77 Rz 13; RS0123141.

44 *Moos* in *Höpfel/Ratz*, WK[2] StGB § 77 Rz 8; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I[5] 15.

45 *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I[5] 16; *Moos* in *Höpfel/Ratz*, WK[2] StGB § 77 Rz 23.

46 *Moos* in *Höpfel/Ratz*, WK[2] StGB § 77 Rz 11.

3.3. Beihilfe zum Suizid

§ 78 StGB stellt die Mitwirkung an einem Suizid unter Strafe; erfasst sind sowohl das Verleiten als auch die Beihilfe.[47] Auch hier ist der Sterbewille des Opfers zentral. Dieser muss ohne Tatsachenirrtum, frei, wohlerwogen und psychologisch verstehbar sein.[48] Das Wissen über „Ob", „Wie" und „Wann" des Todes muss dabei der/die Suizidwillige tragen.[49]
In den meisten Fällen wird eine Konservierung erst dann begonnen werden, wenn der/die PatientIn das Bewusstsein verliert – und dieser Moment ist nicht planbar. Selbst wenn man aber davon ausginge, dass der Zeitpunkt des Einfrierens selbst gewählt wird, so ist der Prozess bis zum Gesamthirntod durch die Einfrierenden beherrscht, die KlientInnen selbst können daran nicht mitbestimmen und schon gar nicht verändernd auf die Situation einwirken. Zudem ist auch hier notwendig, dass die AkteurInnen die Fähigkeit besitzen, die Preisgabe ihres Lebens in ihrer *Dauerhaftigkeit* und *Tragweite* zu erfassen. Dass dies nicht der Fall ist, wurde bereits für § 77 StGB gezeigt. Folglich sind §§ 77 und 78 StGB zu verneinen. Die Kryokonservierenden können sich nicht auf deren geringeres Strafmaß berufen.

3.4. Fahrlässige Tötung

§ 80 StGB stellt die bloß fahrlässige Tötung unter Strafe. Eine solche könnte va vorliegen, wenn die Eingefrorenen irrtümlich aufgetaut werden, bevor die technologischen Möglichkeiten für ihre Wiederbelebung verfügbar sind. Gründe dafür können etwa Betriebsfehler, Stromausfälle oder der Konkurs des Kryonik-Unternehmens sein. Folgt man wie hier der Ansicht, dass die Eingefrorenen bereits tot sind, ergibt sich, dass sie als Tote nicht mehr getötet werden können.[50]
Wie sich die Einfrierenden nach der Tötung verhalten, ist daher insofern unbedeutend, als das Delikt beendet ist, sobald der Hirntod eingetreten ist. Ob danach ein redliches und absprachegemäßes oder ein unredliches Verhalten gesetzt wird, ist hinsichtlich des Vorliegens eines Tötungsdelikts nicht relevant. Anzudenken wäre allenfalls eine Störung der Totenruhe nach § 190 StGB oder eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit aus dem der Kryokonservierung zugrunde liegenden Vertrag.

4. Strafausschließungs- und Rechtfertigungsgründe

Als Strafausschließungsgrund[51] kommt die medizinische Heilbehandlung in Betracht. Eine Heilbehandlung ist ein nach medizinischen Kriterien vertretbares Mittel zur Hei-

47 *Fabrizy*, StGB[12] § 78 Rz 1; *Birklbauer/Hilf/Tipold*, BT I[3] § 78 Rz 1.
48 *Leukauf/Steininger*, StGB[4] § 78 Rz 6; *Kienapfel/Schroll*, BT I[4] § 78 Rz 9; zum Merkmal des Fehlens von Willensmängeln auch *Birklbauer/Hilf/Tipold*, BT I[3] § 78 Rz 6.
49 *Moos* in *Höpfel/Ratz*, WK[2] StGB § 78 Rz 20; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I[5] 18.
50 *Bachner-Foregger* in *Höpfel/Ratz*, WK[2] StGB § 190 Rz 12.
51 Auf die Diskussion (s *Birklbauer/Hilf/Tipold*, BT I[3] § 83 Rz 22), ob die medizinische Heilbehandlung als Rechtfertigungs- oder Strafausschließungsgrund zu qualifizieren ist, wird an dieser Stelle nicht weiter eingegangen.

lung oder Feststellung von Krankheiten.[52] Dies beinhaltet diagnostische und prophylaktische Maßnahmen,[53] aber auch generelle „Verbesserungen" des Organismus.[54] Erfasst werden soll nach verbreiteter Ansicht die „gesamte ärztliche Tätigkeit".[55]
Daher wird die Beurteilung davon abhängen, ob die Kryokonservierung als ärztliche Tätigkeit anerkannt werden wird. Nach heutigem Stand würden die Einfrierenden jedenfalls nicht unter das Ärztegesetz[56] fallen, da sie keine ärztliche Tätigkeit ausüben.[57] Daher ist der Strafausschließungsgrund der medizinischen Heilbehandlung zu verneinen.
Weiters ist zu untersuchen, ob die einzufrierende Person durch ihre Einwilligung einen Rechtfertigungsgrund liefern kann. Voraussetzung für eine Einwilligung nach § 90 StGB ist neben der Dispositionsfähigkeit und der Einwilligungserklärung auch die Disponibilität des Rechtsguts.[58] In eine Verletzung des Rechtsguts Leben kann nicht unbeschränkt eingewilligt werden.[59] In solchen Fällen muss die Einwilligung sittenkonform sein.[60] Für wissenschaftliche Experimente („Heilversuche") wird eine positive Risiko-Nutzen-Analyse verlangt,[61] diese kann in Hinblick auf die Chancen einer „Auferstehung" aber nicht vorliegen.
Die Einwilligung der eingefrorenen Person vermag eine durch Kryonik begangene vorsätzliche Tötung somit nicht zu rechtfertigen, weil sie sittenwidrig ist.

5. Fazit

Um das Konzept der Kryonik unter dem Gesichtspunkt der Tötungsdelikte des StGB zu bewerten, ist zunächst zwischen dem Todesverständnis der Kryonik-AnhängerInnen und jenem des Strafrechts zu unterscheiden. Einzig letzteres ist für die juristische Beurteilung relevant. Eine Kryokonservierung nach dem Gesamthirntod kann kein Tötungsdelikt darstellen, weil es am tauglichen Tatobjekt fehlt. Im Gegensatz dazu erfüllt die – für Kryonik-AnhängerInnen erstrebenswerte – Kryokonservierung vor dem Gesamthirntod den Tatbestand der vorsätzlichen Tötung (§ 75 StGB).
Mangels ernstlichem Sterbewillen kommen Tötung auf Verlangen und Beihilfe zum Suizid nicht in Betracht. Der Strafausschließungsgrund der medizinischen Heilbehandlung

52 *Soyer/Schumann* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 110 Rz 7; *Fabrizy* StGB¹² § 110 Rz 1.
53 *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I⁵ 108ff; *Leukauf/Steininger,* StGB³ § 110 Rz 4; *Birklbauer/Hilf/Tipold*, BT I³ § 110 Rz 7.
54 *Soyer/Schumann* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 110 Rz 7; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I⁵, 108ff;
Fabrizy StGB¹² § 110 Rz 1; *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 110 Rz 4.
55 *Fabrizy,* StGB¹² § 110 Rz 1; *Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 90 Rz 89.
56 Bundesgesetz über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standesvertretung der Ärzte BGBl I 1998/169.
57 Vgl § 1 Z 1 ÄrzteG.
58 *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* Kap I.21; *Kienapfel/Höpfel/Kert,* Strafrecht Allgemeiner Teil¹⁵ (2016) E 1 Rz 64.
59 *Fuchs*, Strafrecht Allgemeiner Teil I⁹ (2016), Kap 16, Rz 18ff; *Moos* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB Vor §§ 75–79 StGB Rz 28; *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* Kap I.21; *Kienapfel/Schroll*, BT I⁴ Vor §§ 75 ff Rz 2.
60 *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* Kap I.21; *Kienapfel/Höpfel/Kert,* AT¹⁵ E 1 Rz 65.
61 Aufbauend darauf, dass die Risiko-Nutzen-Abwägung unstrittige Voraussetzung einer Versuchsteilnahme ist: *Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 90 Rz 111.

greift nicht, weil es sich bei der Kryokonservierung nicht um eine ärztliche Tätigkeit handelt. Da das Leben ein nicht disponibles Rechtsgut ist, scheidet auch eine Rechtfertigung durch Einwilligung der PatientInnen aus. Nach heutiger Rechtslage bleibt es somit bei der Strafbarkeit nach § 75 StGB.

Soll Kryonik künftig in Österreich zugelassen werden, wird man daher um Anpassungen *de lege ferenda* nicht herumkommen, wenn man verhindern will, dass die Beteiligten sich strafbar machen.

Mag.ª Katharina Köberl ist Universitätsassistentin bei Prof. DDr. Peter Lewisch am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien; katharina.koeberl@univie.ac.at

Mag.ª Sophie-Katharina Matjaz ist Universitätsassistentin bei Prof. Dr. iur. Marc Thommen, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht unter Einschluss des Wirtschafts- und Verwaltungsstrafrechts, Universität Zürich; sophie-katharina.matjaz@rwi.uzh.ch

Öffentliche (Un)Ordnung

Luka Samonig

1. Zum Begriff der öffentlichen Ordnung

Erst kürzlich ist das Delikt der Störung der öffentlichen Ordnung nach § 81 Abs 1 Sicherheitspolizeigesetz[1] novelliert und damit verschärft worden. Das ist Anlass genug, sich mit dieser Verwaltungsübertretung und dem Begriff der öffentlichen Ordnung an sich genauer auseinanderzusetzen.

Die öffentliche Ordnung entzieht sich hartnäckig einer präzisen Beschreibung. In der Regel tritt dieser Rechtsbegriff gemeinsam mit ein oder zwei anderen auf, nämlich der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ruhe.[2] Diese werden hier jedoch nur zu Zwecken der Abgrenzung erwähnt. Die öffentliche Sicherheit meint nach *Hauer* die Sicherheit des Staates einerseits, der Person, ihres Lebens, ihrer physischen Integrität und Gesundheit, ihrer Freiheit, ihres Eigentums sowie ihrer Ehre andererseits.[3] Die öffentliche Ruhe hat hingegen in der Regel neben der öffentlichen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung keine eigenständige Bedeutung, sie ist vielmehr der Zustand, der sich bei Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ergibt.[4]

Der Gegenstand dieses Artikels, die öffentliche Ordnung, ist als Inbegriff zwar ungeschriebener, gleichwohl aber rechtlich relevanter Regeln zu verstehen.[5] Öffentliche Ordnung ist in den Worten des VwGH „die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln, deren Beachtung nach allgemeiner Auffassung unentbehrliche Voraussetzung für ein gedeihliches Zusammenleben der Menschen ist".[6]

Mit diesen ungeschriebenen Regeln ist allerdings nicht etwa überpositives Recht, Gewohnheitsrecht oä gemeint, sondern vielmehr die jenseits der Rechtsordnung liegenden und rechtlich unverbindlichen Normen sozialen Zusammenlebens, deren Verletzung grds keine rechtlichen, sondern allenfalls soziale Sanktionen nach sich zieht.[7] Mit anderen

1 Sicherheitspolizeigesetz, BGBl 1991/566 idF BGBl I 2017/130 (SPG).
2 Bspw in Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG.
3 *Hauer*, Ruhe Ordnung Sicherheit (1999) 39.
4 *Hauer*, Ruhe 191; aA: *Schmoll*, Verwaltungsrechtliche Bettelverbote – kompetenzrechtliche Frage, ZfV 2013, 12 (14), die den Schutz der öffentlichen Ruhe als der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit bzw Ordnung vorgelagert sieht.
5 *Hauer*, Ruhe 40.
6 VwSlg 543 A/1948.
7 *Mußgnug*, Die öffentliche Ordnung in Staat – Souveränität – Verfassung, in FS für Helmuth Quartisch (2000) 353.

Worten handelt es sich um den Restbereich sozialer Ordnung, in den die positive Rechtsordnung nicht eindringt.

Durch den Begriff der öffentlichen Ordnung werden diese Regeln mit (rechts)normativer Bedeutung aufgeladen. Dadurch kommt es zu einer dynamischen Verweisung auf ein rechtlich nicht fassbares Phänomen. Welche *ungeschriebenen Regeln* nach *allgemeiner Auffassung unentbehrliche Voraussetzung* für ein *gedeihliches Zusammenleben der Menschen* sind, ändert sich stetig: Als veraltet empfundene Hierarchien vergehen, soziale Verhältnisse werden neu geordnet. Andererseits können nur scheinbar überkommene Wertvorstellungen erneut vordringen. Dies macht eine endgültige Festlegung des Begriffs der öffentlichen Ordnung unmöglich.[8] Vielmehr ist seine zeitliche Veränderlichkeit geradezu beabsichtigt. So betont *Hauer*, dass der Gesetzgeber damit Verstöße gegen die jeweils konsensualen Anschauungen zu den Mindestfunktionsvoraussetzungen des menschlichen Zusammenlebens sanktionieren will: „Der Bruch nicht mehr aktueller Funktionsregeln gefährdet eben ex definitione das reibungsfreie Zusammenleben im aktuellen Gesellschaftssystem nicht mehr und bedarf daher im Interesse der Gesamtheit keiner Durchsetzung mehr. Der Bruch neu etablierter, nunmehr von der allgemeinen Auffassung getragener Funktionsregeln gefährdet hingegen das reibungsfreie Zusammenleben im Sozialsystem Gesellschaft, mithin des Schutzgutes der öffentlichen Ordnung, genauso wie der Bruch seit jeher anerkannter Verhaltensregeln."[9]

2. § 81 Abs 1 SPG – Störung der öffentlichen Ordnung

In Österreich sanktioniert § 81 Abs 1 SPG idgF[10] die Störung der öffentlichen Ordnung. Er „schützt [damit] die Einhaltung bestimmter gesellschaftlicher Sozialnormen und verleiht ihnen dadurch rechtliche Bedeutung".[11] Geschützt wird nicht die positive Rechtsordnung, sondern die soziale Ordnung im oben beschriebenen Verständnis. Mit 1. August 2016 trat eine Reform im ursprünglichen Sinn in Kraft: Der Tatbestand der Störung der öffentlichen Ordnung bekam im Wesentlichen jene Form zurück, die er bereits vor der EGVG-Novelle[12] hatte.[13] Nach § 81 Abs 1 SPG in der novellierten Fassung begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 500 Euro zu bestrafen, wer durch ein Verhalten, das geeignet ist, berechtigtes Ärgernis zu erregen, die öffentliche Ordnung stört. Das gilt nicht, wenn das Verhalten, insbesondere durch die Inanspruchnahme eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts, gerechtfertigt ist.

---

8 *Mußgung* in FS Quartisch 355.

9 *Hauer*, Ruhe 383 (Fn 384).

10 BGBl I 2016/61.

11 *Raschauer/Schilchegger* in *Thanner/Vogl* (Hrsg), Sicherheitspolizeigesetz[2] (2013) § 81, 753.

12 BGBl 1991/566 zum Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 (WV), kurz: EGVG. Nochmals wiederverlautbart als Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008, BGBl I 2008/87 idgF.

13 Dies war auch die Absicht des Gesetzgebers; vgl AB 1229 BlgNR 25. GP 4f.

Zur Veranschaulichung tatbildlicher Verhaltensweisen seien hier einige Beispiele genannt: Pöbeleien und Belästigungen im Sinne von lautem Schreien[14], Schimpfen und Randalieren, Eingriffe in die körperliche Integrität anderer (zB Versetzen einer Ohrfeige oder eines Faustschlages), der ungerechtfertigte Einsatz von Pfefferspray, oder auch das Blockieren, Behindern oder Abdrängen von Personen;[15] des Weiteren gezielte Blockaden zur Verhinderung von Baustellenverkehr, das Nachwerfen von Gläsern auf Personen, die ein Lokal verlassen wollen, das Liegen und Schlafen in einer auch zur Nachtzeit frequentierten Fußgängerpassage[16] oder auch aufdringliches Betteln[17]. Auch Störungen von Versammlungen oder Veranstaltungen können den Tatbestand des § 81 Abs 1 SPG erfüllen. § 85 SPG ordnet allerdings Subsidiarität zu gerichtlich strafbaren Handlungen an. Resultiert ein tatbildliches Verhalten also zB in einer Körperverletzung, einer Nötigung oder auch der Sprengung einer Versammlung, wird die Störung der öffentlichen Ordnung verdrängt.

Eine weitere Grenze liegt im Polizeistrafrecht der Länder: Bloße Anstandsverletzungen kann der Bund nicht unter Strafe stellen, weil ihm hierzu die Kompetenz fehlt.[18] Das ist der Fall, wenn die Ordnungsstörung nicht über das durch eine Anstandsverletzung zwangsläufig verursachte Aufsehen hinausreicht oder sich in einer Lärmerregung und der damit notwendig einhergehenden Störung erschöpft. Für die im Einzelfall möglw schwierige Abgrenzung ist die Art des ordnungsstörenden Verhaltens maßgeblich: § 81 Abs 1 SPG dient der Abwehr von tatsächlich erfolgten Ärgerniserregungen allgemeiner Natur. Die Landespolizeistrafnormen der Anstandsverletzung und ungebührlichen Lärmerregung sind demgegenüber Sondertatbestände. Zur Abgrenzung ist eine Orientierung am jeweils hervortretenden Unwertelement im Einzelfall notwendig.[19]

§ 81 Abs 2 SPG ordnet ein Absehen von der Festnahme und die Anwendung gelinderer Mittel an, wenn dadurch eine Fortsetzung oder Wiederholung der Störung verhindert werden kann, auch wenn die Voraussetzungen für eine Festnahme nach § 35 Z 3 VStG[20] sonst vorliegen. Als gelindere Mittel nennt § 81 Abs 3 SPG die Wegweisung der störenden Person vom öffentlichen Ort und das Sicherstellen von Sachen, die für die Wiederholung der Störung benötigt werden. Reichen gelindere Mittel aus, ist die Festnahme als solche unzulässig (und verfassungswidrig), weil sie gemäß Art 2 Abs 1 Z 3 des Bundesverfassungsgesetzes über den Schutz der persönlichen Freiheit[21] im gegebenen Zusam-

14 Sofern es sich nicht in bloßer Lärmbelästigung erschöpft.
15 MwN *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz[4] (2011) 755.
16 *Hauer/Keplinger*, SPG[4] 773.
17 *Samonig*, Vollziehungsprobleme bei Verwaltungsstrafen im Zusammenhang mit Bettelei, ZVG 2017, 188.
18 Diese liegt gemäß Art 15 Abs 2 B-VG bei den Ländern.
19 MwN: *Raschauer/Schilchegger* in *Thanner/Vogl*, SPG[2] § 81, 755ff; zur Kumulation von Ordnungsstörung und Anstandsverletzung siehe auch *Samonig*, ZVG 2017, 188 (192f).
20 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) BGBl I 2016/120.
21 BGBl I 2008/2.

menhang nur dann erfolgen darf, wenn sie zur Verhinderung weiteren gleichartigen strafbaren Handelns erforderlich ist.[22]

§ 81 Abs 1 SPG war und bleibt ein Erfolgsdelikt[23], zu dessen Verwirklichung eine negative Veränderung in der Außenwelt eintreten muss. Für die Strafbarkeit genügt nach § 5 Abs 1 erster Satz VStG fahrlässiges Verhalten.[24] Die öffentliche Ordnung ist gestört, wenn „ein Zustand hergestellt worden ist, welcher der Ordnung widerspricht, wie sie an einem öffentlichen Ort gefordert werden muss" oder wenn ein „Zustand geschaffen wird, der geordneten Verhältnissen an einem öffentlichen Ort widerspricht".[25] Wesentlich ist, dass durch das tatbildliche Verhalten der Ablauf des äußeren Zusammenlebens von Menschen oder ein bestehender Zustand von Dingen in wahrnehmbarer Weise gestört wird.[26] Dazu genügt es, dass etwa mehrere Personen an dem Verhalten Ärgernis genommen haben[27] oder wenn eine Person dazu bewogen wurde, sich anders zu verhalten als ohne den Vorfall.[28] Beispielhaft ist das Zusammenlaufen zahlreicher Personen, wenn die Polizei herbeigeholt wird oder wenn Personen wegen des Verhaltens warten müssen.[29] Resultiert das Verhalten jedoch nicht wahrnehmbar in einer negativen Veränderung der gewöhnlichen Verhältnisse[30], so ist der Tatbestand nicht erfüllt und der Täter/die Täterin nicht zu bestrafen.

2.1 Chronologie und Wesen eines Delikts

Nach der ursprünglichen Fassung des hier behandelten Delikts, dem Art IX Abs 1 Z 1 EGVG[31], beging eine Verwaltungsübertretung, wer durch ein Verhalten, das Ärgernis zu erregen geeignet war, die Ordnung an öffentlichen Orten störte. Sie wurde mit der Einführung des § 81 Abs 1 SPG aF[32] abgelöst.

2.1.1 Besondere Rücksichtslosigkeit

Nach § 81 Abs 1 SPG aF beging eine Verwaltungsübertretung, wer durch besonders rücksichtsloses Verhalten die öffentliche Ordnung ungerechtfertigt störte. Dies war mit einer Geldstrafe von bis zu 350 Euro zu bestrafen. Durch das Hinzufügen zusätzlicher Tatbestandselemente hat der Gesetzgeber eine vergleichsweise günstigere Norm geschaf-

22 RV 148 BlgNR 18. GP 52; der Gesetzgeber griff hier eine Überlegung des VfGH in VfSlg 12.501/1990 auf.
23 VwSlg 2263 A/1951.
24 *Hauer/Keplinger*, SPG[4] 771.
25 MwN *Hauer/Keplinger*, SPG[4] 776.
26 *Hauer/Keplinger*, SPG[4] 776.
27 Bspw VwGH, 4.9.1995, 94/10/0166; VwGH 14.6.1982, Zl 2843/80.
28 VwGH, 25.1.1991, 89/10/0021; VwGH 24.11.1986, 86/10/0131.
29 MwN *Hauer/Keplinger*, SPG[4] 777.
30 MwN *Hauer/Keplinger*, SPG[4] 776.
31 BGBl I 1977/232.
32 BGBl 1991/566.

fen.[33] Auch in der diesbezüglichen Regierungsvorlage war von einer inhaltlichen Rücknahme der Strafbarkeit die Rede; insbesondere solle es nunmehr von der Intention des Täters/der Täterin abhängen, ein Ärgernis zu erregen, und nicht auf eine Einschätzung durch andere ankommen.[34]
Nach der Rsp des VwGH musste das vom Gesetz normierte Verhalten durch „eine gegen die gute Sitte verstoßende Rücksichtslosigkeit gegenüber den Mitmenschen [...], die geeignet ist, auch in einem unbefangenen Menschen jene lebhafte Empfindung des Unerlaubten hervorzurufen, die gemeinhin als Ärgernis bezeichnet wird" geprägt sein.[35] Zur Verwirklichung des Tatbestandes erforderlich war hierbei ein *besonders* rücksichtsloses Verhalten. Ob ein solches vorlag, war nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen.[36]

2.1.2 Back to the Roots

Seit 1. August 2016 genügt für die Verwirklichung des Tatbestandes und eine Geldstrafe von nunmehr bis zu 500 Euro, die Störung der öffentliche Ordnung durch ein Verhalten, das eine bloß abstrakte Eignung aufweist, berechtigtes Ärgernis hervorzurufen. Besondere Rücksichtslosigkeit ist nicht mehr erforderlich. Damit ist im Wesentlichen jene Rechtslage wiederhergestellt, die bereits zu Zeiten der Geltung des Art IX Abs 1 Z 1 EGVG bestand. Laut dem Ausschussbericht vom 29. Juni 2016 zu BGBl I 2016/61[37] solle nicht jedes störende Verhalten die Strafbarkeit nach § 81 Abs 1 SPG begründen, vielmehr müsse das Verhalten die Eignung besitzen, berechtigtes Ärgernis nach dem Maßstab des Gefühls eines Durchschnittsmenschen zu erregen. Dieses Ärgernis müsse objektiv begründet sein. Es solle demnach nicht ausreichen, dass lediglich ein einzelner Dritter/eine einzelne Dritte betroffen sei oder sich subjektiv betroffen fühle. Das Verhalten müsse vielmehr objektiv zur Erregung eines Ärgernisses geeignet sein und ein solches auch konkret herbeigeführt haben. Somit wird auf das Empfinden einer Maßfigur und nicht auf besondere Befindlichkeiten Einzelner Bezug genommen.
Aktuelle Geschehnisse im Jahr 2016 – wie etwa das Auftreten von Gruppen, die durch ihr Verhalten einen bedrohlichen bzw störenden Eindruck auf Anwesende vermitteln – hätten gezeigt, dass es nicht reiche, die Strafbarkeit auf ein intentional rücksichtsloses Verhalten zu beschränken, sondern dass auch auf die grundsätzliche Eignung des Verhaltens, negative Auswirkungen auf die Betroffenen zu zeitigen (berechtigtes Ärgernis), abgestellt werden müsse.[38] Des Weiteren müsse durch dieses Verhalten auch eine (ungerechtfertigte) Stö-

33 *Pürstl/Zirnsack*, Sicherheitspolizeigesetz[2] (2011) 400.
34 RV 148 BlgNR 18. GP 52.
35 VwGH 18.11.1981, 81/10/0099: Das Berühren der Sitzfläche einer öffentlichen Parkbank mit Straßenschuhen.
36 Vgl mit illustrativen Beispielen *Thanner/Vogl*, SPG (2005) 424ff.
37 AB 1229 BlgNR 25. GP.
38 Entgegen den Ausführungen im Ausschussbericht war jedoch auch bisher schon kein intentional rücksichtsloses Verhalten nötig; vielmehr genügte auch für die Strafbarkeit nach § 81 Abs 1 SPG aF gemäß § 5 Abs 1 erster Satz VStG fahrlässiges Verhalten, sohin auch fahrlässige besondere Rücksichtslosigkeit; vgl VwGH 5.7.1982, 3152/80.

rung der öffentlichen Ordnung, also eine Änderung des Ablaufs des äußeren Zusammenlebens von Menschen in wahrnehmbarer Weise erfolgt sein. Beispielsweise könne das aufdringliche Nachgehen bzw Verfolgen einer Person oder das Verstellen von Geschäftspassagen das Zusammenleben in der Öffentlichkeit nachhaltig beeinträchtigen, weil Betroffene dazu bewogen würden, sich anders zu verhalten als ohne die Störung.[39]
Der einzige Unterschied zwischen Art IX Abs 1 Z 1 EGVG und dem neuen § 81 Abs 1 SPG ist die nunmehr ausdrücklich verankerte Straflosigkeit, wenn das tatbildliche Verhalten durch Inanspruchnahme eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts gerechtfertigt ist. Dies ist allerdings nicht mehr als eine Klarstellung der auch schon bisher geltenden Rechtslage.[40]
Zu beachten ist jedoch, dass auch Grundrechtsausübungen ua an den Normen des (Verwaltungs)Strafrechts ihre Grenze finden: Auch in Ausübung von Freiheitsrechten kann der Tatbestand des § 81 Abs 1 SPG erfüllt werden.[41] Für die Rechtfertigung des tatbildlichen Verhaltens ist eine wertende Abwägung zwischen dem staatlichen Interesse an einer Sanktion des Verhaltens und den Grundrechten der Täter*innen im Einzelfall entscheidend.[42] Eine scharfe Abgrenzung, wo die Zumutbarkeit des Verhaltens Dritten gegenüber aufhört und damit die Strafbarkeit der Täter*innen beginnt, ist weiterhin schwierig.[43]

2.2 Analyse

Aus einer Gesamtschau der Entwicklung des Tatbestands lässt sich erkennen, dass es zu einer Wertungsänderung gekommen ist: Von einer Fokussierung auf die Intention, eine Störung zu erregen, hin zum bloßen Eintritt einer Ordnungsstörung, unabhängig von einer dahingehenden Absicht. Die Tatsache, dass gestört wird, genügt zur Bestrafung. Zwar war § 81 Abs 1 SPG auch bisher schon ein Fahrlässigkeitsdelikt[44], doch streicht der Vergleich der beiden Legislativmaterialien die Denkumkehr beim Gesetzgeber klar hervor: Auf den Effekt, nicht auf die Intention kommt es an. Zuvor war der Vorsatz eben auch kein Tatbestandsmerkmal des § 81 Abs 1 SPG, sondern zielte auf eine bestimmte Qualifikation des Täterverhaltens ab. Nicht jedes sozial-inadäquate und ordnungsstörende Verhalten sollte zur Strafbarkeit führen, sondern nur ein (vorsätzlich) besonders rücksichtsloses.[45] Dass eine dahinterstehende vorsätzliche Rücksichtslosigkeit nun nicht mehr nötig ist, um die Strafbarkeit herbeizuführen, ist als rechtspolitischer Wertungs-

39 AB 1229 BlgNR 25. GP 4f; diese in den Materialien beispielhaft angeführten Verhaltensweisen waren bereits vor der Novelle nach § 81 Abs 1 SPG strafbar.
40 ErlRV 148 BlgNR 18. GP; s dazu auch *Hauer/Keplinger*, SPG[4] 778.
41 *Hauer/Keplinger*, SPG[4] 778.
42 *Raschauer/Schilchegger* in *Thanner/Vogl* § 81, 753; krit zur Entscheidung durch Polizeibeamte vor Ort: *Pentz*, Rechtsschutzprobleme im Protest Policing, juridikum 2016, 542.
43 *Pentz*, juridikum 2016, 542.
44 *Raschauer/Schilchegger* in *Thanner/Vogl* § 81, 754.
45 *Raschauer/Schilchegger* in *Thanner/Vogl* § 81, 754.

wandel zu begreifen, der weg von einem liberalen, die Täter*innen individualisierenden Ansatz (wieder) hin zu einer restriktiv ordnungspolitischen Vorgangsweise führt.
So stellt die novellierte Fassung im Vergleich zu § 81 Abs 1 SPG aF eine Verschärfung dar, befindet sich damit wieder auf dem Stand des Art IX Abs 1 Z 1 EGVG und des Jahres 1993.[46] Aufgrund der im Wesentlichen gleichen Tatbestandselemente ist die zu Art IX Abs 1 Z 1 EGVG ergangene Judikatur aber weiterhin anwendbar. Auch die zu § 81 Abs 1 SPG aF ergangene Rsp wird künftig maßgeblich sein, sofern sie sich auf jene Tatbestandselemente bezieht, die von der Novellierung nicht betroffen sind.[47]
Zusammenfassend ist der Tatbestand erfüllt, wenn

- an einem öffentlichen Ort ein Verhalten gesetzt wird
- das von anderen Personen als den unmittelbar Beteiligten wahrgenommen wird,
- dadurch ein Zustand geschaffen wird, der die gewöhnlichen Verhältnisse in wahrnehmbarer Weise negativ verändert (Störung)
- und das Verhalten für die Störung kausal ist.[48]

3. Wertung

Es stellt sich die Frage nach der Ursache dieser rechtspolitischen Entwicklung. Das Ziel der erfolgten Verschärfung wird im Ausschussbericht angeschnitten: Das Auftreten von Gruppen, aufdringliches Nachgehen bzw Verfolgen und das Verstellen von Geschäftspassagen soll verhindert werden. Dies trifft va gesellschaftliche Gruppen, die sich vermehrt im öffentlichen Raum aufhalten (müssen), also Bettelnde oder Menschen, die illegal Drogen verkaufen, Obdachlose oder auch jugendliche Flüchtlinge ohne Betreuung.[49]
Nach Ansicht des Gesetzgebers muss die Öffentlichkeit nunmehr stärker vor diesen Gruppen geschützt werden. Damit korrespondiert die Suchtmittelgesetz-Novelle 2016,[50] mit welcher der Drogenhandel im öffentlichen Raum unter eine höhere Strafdrohung gestellt wurde ebenso wie die Strafgesetznovelle 2017[51], welche die (verabredete) sexuelle Belästigung in Gruppen als eigenen Straftatbestand einführt und mit einer Strafdrohung versieht, die bspw der eines Raufhandels mit Todesfolge oder schwerer gemeinschaftlicher Gewalt entspricht.
In diesem Zusammenhang macht sich das Delikt des § 81 Abs 1 SPG mit seiner Geldstrafe von bis zu 500 Euro freilich geringfügig aus. Gleichzeitig ist es doch Teil einer ge-

---

46 In VwGH 24.4.1995, 94/10/0154 stellte der VwGH fest, dass § 81 SPG im Vergleich zu Art IX Abs 1 Z 1 EGVG die günstigere Norm ist. E contrario ist zu folgern, dass der neue § 81 SPG im Vergleich zum alten die ungünstigere Norm ist.

47 Dies galt bereits zur Einführung des SPG im Jahr 1993, die vorgenommenen Änderungen am Tatbestand der Ordnungsstörungen haben keinen Bruch der Kontinuität bewirkt: So *Raschauer/Schilchegger* in *Thanner/Vogl* § 81, 752.

48 MwN *Raschauer/Schilchegger* in *Thanner/Vogl* § 81, 753f.

49 Vgl *Pentz,* juridikum 2016, 542; http://derstandard.at/2000054093931/Westbahnhof-Wohnzimmer-fuer-diejenigen-die-keines-haben (20.8.2017).

50 BGBl I 2016/23.

51 BGBl I 2017/117.

nerellen rechtspolitischen Entwicklung, die den Anwendungsbereich von Delikten ausdehnen und Strafmaße erhöhen will. Davon verspricht man sich offenbar einen Präventionseffekt zu Gunsten der Öffentlichkeit. Eine noch viel eminentere Bedeutung des Delikts der Störung der öffentlichen Ordnung ist allerdings die genuin soziale Funktion der Sanktionierung von störenden Normabweichungen. Wie immer auch die soziale Ordnung in Österreich beschaffen sein mag, durch § 81 Abs 1 SPG ist die Abweichung von ihr mit Strafe bedroht. Man kann hierin ein Beispiel für das von *Foucault* beschriebene „Kerker-Kontinuum" sehen, „das die Bestrafungstechniken in die harmlosesten Disziplinen einführt und die Disziplinarnormen in das Herz des Strafsystems einpflanzt und die geringste Gesetzwidrigkeit ebenso wie die kleinste Regelverletzung, Abweichung oder Anomalie unter die Drohung der Delinquenz stellt."[52] Unter diesem Gesichtspunkt ist § 81 Abs 1 SPG ein unmittelbarer Zugang zum „Reich des Normativen", wo „ein jeder an dem Platz, an dem er steht, den Körper, die Gesten, die Verhaltensweisen, die Fähigkeiten, die Leistungen [unterwirft]. In seinen kompakten und diffusen Formen, mit seinen Eingliederungs-, Verteilungs-, Überwachungs- und Beobachtungssystem war das Kerkersystem in der modernen Gesellschaft das große Fundament der Normalisierungsmacht."[53] § 81 Abs 1 SPG kann sohin gleichsam als Instrument zur potentiellen Sanktionierung jeglicher (sozialer) Normabweichung verstanden werden.[54]

Dennoch muss in Erinnerung gerufen werden, dass die öffentliche Ordnung, und somit auch das Delikt ihrer Störung, eine dynamische Verweisung auf die jeweils geltende soziale Ordnung enthält: Jene ungeschriebenen Regeln, die für ein gedeihliches Zusammenleben der Menschen unentbehrliche Voraussetzung sind. Mit der Ausdehnung des Tatbestands ihrer Störung muss auch den Veränderungen der sozialen Ordnung an sich Aufmerksamkeit geschenkt werden. In Zeiten in denen der polizeiliche Staatsschutz ausgeweitet[55], die Budgets von Innen- und Landesverteidigungsministerium aufgestockt[56] und das Versammlungsrecht beschnitten[57] werden, läuft auch das soziale Gefüge, welches die öffentliche Ordnung konstituiert, Gefahr, seinerseits intoleranter gegenüber vermeintlichen Störungen zu werden.

Mag. Luka Samonig ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Verwaltungsgerichtshof, die hier vertretenen Ansichten sind seine eigenen; nikolas-luka.samonig@vwgh.gv.at

52 *Foucault*, Überwachen und Strafen (2016) 384.
53 *Foucault*, Überwachen 393.
54 Vgl dazu auch *Singelnstein/Stolle*, Neuere Formen sozialer Kontrolle und der öffentliche Raum, juridikum 2011, 53ff (56f).
55 Vgl *Adensamer/Sagmeister*, Die umkämpfte Verfassung – Kommentar zum Polizeilichen Staatsschutzgesetz, juridikum 2015, 301.
56 *Bundesministerium für Finanzen*, Budgetbericht 2017, 66ff.
57 BGBl I 2017/63.

Hausgemachte Rechtsunsicherheit im Umweltrecht

Sind durch die Nichtumsetzung der Aarhus Konvention alle Umweltverfahren von nachträglichen Rechtsmitteln bedroht?

Gregor Schamschula

1. Die Aarhus Konvention

Die *Aarhus Konvention*[1] ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der 1998 im Rahmen der *Wirtschaftskommission für Europa der Vereinten Nationen* (UNECE) ausgehandelt und unterzeichnet wurde. Sie folgt inhaltlich dem Grundsatz 10 der *Rio Erklärung über Umwelt und Entwicklung*[2] der Vereinten Nationen, der besagt, dass Umweltfragen am besten unter Beteiligung aller betroffenen Bürger*innen zu behandeln sind. Die Aarhus Konvention selbst besteht aus einem Drei-Säulen-Modell: Zugang zu Umweltinformationen – Beteiligung an Umweltverfahren – Rechtsschutz im Umweltrecht. Diese Säulen bauen inhaltlich aufeinander auf, denn ohne Information ist keine effektive Beteiligung möglich, und ohne Beteiligung gibt es keine Befähigung zum Rechtsschutz. Als erster völkerrechtlicher Vertrag im Bereich des Umweltrechts zielt die Aarhus Konvention darauf ab, Einzelpersonen (und Umweltorganisationen) direkt Rechte in Umweltverfahren zu verleihen.

Die Konvention trat am 30.10.2001 in Kraft[3] und wurde von 46 Staaten sowie von der EU ratifiziert. Österreich[4] tat dies im Frühjahr 2005, ebenso die EU[5]. Bei der Aarhus Konvention handelt es sich um ein „gemischtes Abkommen", welches tw in die Zuständigkeit der EU und tw in die der Mitgliedsstaaten fällt. Die EU hat daher bezüglich der ersten und zweiten Säule der Konvention bereits RL erlassen: die *Umweltinformations-*

1 Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Aarhus Konvention), 25.6.1998, 2161 UNTS 447.

2 Rio Erklärung über Umwelt und Entwicklung idF UN Doc A/CONF151/26 13.6.1992, http://www.un.org/depts/german/conf/agenda21/rio.pdf (10.8.2017).

3 www.unece.org/env/pp/ratification.html (10.8.2017).

4 BGBl III 2005/88.

5 Beschluss 2005/370/EG des Rates vom 17. Februar 2005 über den Abschluss des Übereinkommens über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten im Namen der Europäischen Gemeinschaft, ABl 2005 L 124/1.

RL[6] sowie die *Öffentlichkeitsbeteiligungs-RL*[7]. Zusätzlich dazu gibt es eine Verordnung über die Anwendung der Konvention bezogen auf Rechtsakte und Organe der EU selbst.[8] Für die dritte Säule, den Rechtsschutz im Umweltrecht, gibt es keine EU-RL, jedoch seit April 2017 einen Leitfaden der Europäischen Kommission mit Empfehlungen, wie dieser umzusetzen ist.[9]
In der EU ist die Aarhus Konvention als völkerrechtlicher Vertrag Bestandteil der Unionrechtsordnung und im Stufenbau unter Primär-, jedoch noch über Sekundärrecht einzuordnen,[10] sodass es in Österreich auch den Rang von Unionsrecht genießt und widersprechendes nationales Recht unangewendet bleiben muss.[11] Das Sekundärrecht muss daher möglichst in Übereinstimmung der Aarhus Konvention ausgelegt werden.

1.1. Die Umsetzung in Österreich

Die Aarhus Konvention wurde va durch die Umsetzung der EU-RL in Österreich implementiert. Für den Zugang zu Umweltinformationen geschah dies durch die umfangreiche Anpassung des Umweltinformationsgesetzes des Bundes (UIG) im Jahr 2005[12], sowie eigene Gesetze der Länder.[13] Diese Gesetze geben jeder Person das Recht, Informationen über die Umwelt bei Behörden und bestimmten (ausgegliederten öffentlichen) Unternehmen ohne weitere Begründung einzufordern.
Die zweite Säule, die Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit in Umweltverfahren, wurde durch Anpassungen im Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz (UVP-G)[14], sowie der Gewerbeordnung (GewO)[15] und dem Abfallwirtschaftsgesetz (AWG)[16] umgesetzt. Die „betroffene Öffentlichkeit" umfasst dabei einerseits potentiell von Projekten mit

6 RL 2003/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.1.2003 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der Richtlinie 90/313/EWG des Rates, ABl 2003 L 41/26.
7 Richtlinie 2003/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.5.2003 über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinien 85/337/EWG und 96/61/EG des Rates in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu Gerichten, ABl 2003 L 156/17.
8 Verordnung (EG) 1367/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.9.2006 über die Anwendung der Bestimmungen des Übereinkommens von Århus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten auf Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft, ABl 2006 L 264/13.
9 Mitteilung der Kommission über den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten, C(2017) 2616 final vom 28.4.2017.
10 EuGH 15.7.2004, C-213/03 *Syndicat professionnel coordination des pêcheurs de l'étang de Berre et de la région/ Électricité de France (EDF)*.
11 *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht[4] (2011) 84ff (97f).
12 BGBl I 2005/6.
13 Einige Länder schufen eigene Umweltinformations-Landesgesetze, andere integrierten die Bestimmungen in Landesnaturschutzgesetze bzw Auskunftspflichtgesetze; die Bestimmungen sind größtenteils wortident mit dem Bundes-UIG.
14 BGBl I 2004/153.
15 BGBl I 2005/85.
16 BGBl I 2006/34.

Umweltauswirkungen betroffene Einzelpersonen[17] und andererseits anerkannte Umweltorganisationen gem § 19 Abs 7 UVP-G. Die Beteiligung von Umweltorganisationen ist de lege lata in Österreich derzeit auf UVP-Verfahren sowie Genehmigungsverfahren über schwerindustrielle und gefahrengeneigte Anlagen[18] beschränkt; andere umweltrechtliche Verfahren nach dem Wasserrechtsgesetz, den Naturschutzgesetzen, dem Umweltstrafrecht oder auch Forst-, Seilbahn- und Mineralrohstoffgesetz, sowie nach dem Immissionsschutzgesetz und Verfahren aus anderen Bereichen sehen derzeit keine Verfahrensbeteiligung von Umwelt-NGOs vor.

Die dritte Säule der Aarhus Konvention, also der Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten, ist derzeit in Österreich so gut wie gar nicht umgesetzt. Die Aarhus Konvention versteht unter „Zugang zu Gerichten" die Gewährung eines *effektiven* Rechtsmittels, das nicht notgedrungen ein Instanzenzug vor einem Gericht sein muss. Bloße Ombudsstellen oder die Möglichkeit, Verfahren anzuregen ohne das Recht ein solches durchzusetzen, gelten jedoch nicht als effektiv.[19] Außer der Möglichkeit, in den genannten Verfahren (UVP, sowie bestimmte GewO/AWG-Verfahren) gegen negative Entscheidungen ein Rechtsmittel zu erheben, haben Umweltorganisationen bisher keine Handhabe, aktiv zu werden.

1.2. Tatsächliche Inanspruchnahme durch Umweltorganisationen

In Österreich gibt es derzeit 52 anerkannte Umweltorganisationen.[20] Um von der*dem Umweltminister*in gem § 19 Abs 7 UVP-G anerkannt zu werden, müssen die Organisationen in ihrer Satzung bzw der Stiftungserklärung den vorrangigen Zweck des Umweltschutzes haben, gemeinnützig iSd §§ 35, 36 Bundesabgabenordnung (BAO) und zumindest drei Jahre für den genannten Zweck aktiv sein.[21] Darüber hinaus sind die Organisationen auf jene Bundesländer beschränkt, in denen sie tatsächlich aktiv sind. 29 der 52 Umweltorganisationen sind nicht bundesweit, sondern nur in einem oder einigen Bundesländern aktiv und nur in diesen berechtigt, an Verfahren teilzunehmen.

Seit Einführung der Beteiligungsrechte für Umweltorganisationen im UVP-G fanden in Österreich etwa 300 UVP-Verfahren statt, in 23 Fällen erhoben NGOs ein Rechtsmittel.[22] Bei den ebenfalls etwa 300 UVP-Feststellungsverfahren gem § 3 Abs 7 UVP-G, das sind Grobprüfungen zur Frage, ob für ein Projekt überhaupt eine UVP durchzuführen wäre, haben Umweltorganisationen bisher keine Parteistellung, aber seit 2013 ein Nach-

17 In Österreich: Nachbar*innen im weiteren Sinn, vgl § 74 GewO, § 19 UVP-G.

18 Sog „SEVESO" bzw „IPPC" Betriebe, vgl § 356b Abs7 GewO, § 42 Abs 1 Z 13 AWG, § 21 Emissionsschutzgesetz für Kesselanlagen (BGBl I 2013/127 idgF).

19 Aarhus Convention Compliance Committee, 29.11.2016, ECE/MP.PP/C.1/2016/10.

20 *BMLFUW*, Liste der anerkannten Umweltorganisationen gemäß § 19 Abs. 7 UVP-G 2000, Stand: 14.12.2016, abrufbar unter: https://www.bmlfuw.gv.at/umwelt/betriebl_umweltschutz_uvp/uvp/anerkennung_uo.html (10.8.2017).

21 § 19 Abs 6 UVP-G.

22 *BMLFUW*, 6. UVP-Bericht an den Nationalrat, abrufbar unter: www.bmlfuw.gv.at/umwelt/betriebl_umweltschutz_uvp/uvp/materialien/berichte_rundschr.html (10.8.2017).

prüfungsrecht, also ein beschränktes Rechtsmittel im Fall einer negativen Entscheidung (§ 3 Abs 7a UVP-G). Ein Feststellungsverfahren wird entweder zur Klärung durch die Projektwerbenden, durch die Behörde selbst, oder durch die Landesumweltanwaltschaft[23] beantragt. Im Zuge des Verfahrens wird überprüft, ob ein Projekt die Schwellenwerte des Anhang 1 UVP-G überschreitet und somit eine UVP-Pflicht besteht. Negativ iSd § 3 Abs 7a UVP-G ist die Entscheidung, wenn kein UVP-Verfahren durchzuführen ist. Das Ergebnis von Feststellungsverfahren wird von der zuständigen Behörde, idR der Landesregierung, auf ihrer Website veröffentlicht.[24] Das Nachprüfungsrecht wurde in 13 Fällen wahrgenommen, wovon vier Beschwerden erfolgreich waren. Schließlich besteht seit 2005 für Umweltorganisationen die Möglichkeit, in bestimmten Verfahren des AWG und der GewO Parteistellung zu erlangen und Rechtsmittel zu erheben.[25] In den bisher 183 Verfahren gab es dabei nur eine einzige Berufung[26] durch eine NGO.[27]
Die Inanspruchnahme von Parteistellungsrechten und Rechtsmitteln durch Umweltorganisationen ist also eher die Ausnahme und wird offensichtlich nur in besonderen Fällen in Anspruch genommen. Dies deckt sich auch mit der Situation in Deutschland, wo sich die NGOs – selbst mit deutlich breiteren Beteiligungsrechten – nur in 1-2% der Fälle beteiligen.[28]

1.3. Lücken in der österreichischen Umsetzung

In Österreich sind anerkannte Umweltorganisationen in der Teilnahme an Verfahren mehrfach eingeschränkt: einerseits hinsichtlich der überhaupt für sie zugänglichen Verfahren, hier va UVP-Verfahren, andererseits bezüglich der Rechte, die sie dort geltend machen können. Bei den geltend zu machenden Rechten sind sie auf Vorschriften des Umweltschutzes[29] beschränkt. Zusätzlich stehen ihnen bestimmte andere Rechtsschutzmechanismen gar nicht zu, wie etwa – mangels eines subjektiv-öffentlichen Rechtes auf Umweltschutz – die Individualbeschwerde gegen (umwelt-)rechtswidrige VO beim VfGH[30], das Recht den Erlass von Plänen und Programmen zu beantragen (wie etwa Luftsanierungsprogramme)[31], oder aber das Einleiten eines UVP-Feststellungsverfahrens.

---

23 Umweltanwaltschaften sind Organe der Landesregierungen zur Sicherung der Berücksichtigung von Naturschutzinteressen in der Verwaltung; sie sind nicht als Teil der „Öffentlichkeit" iSd Aarhus Konvention zu bewerten, vgl MoP ECE/MP.PP/2014/2/Add 1.

24 § 3 Abs 7 UVP-G.

25 Vgl FN 18.

26 Die Berufung erfolgte vor 2014, nun wäre das Rechtsmittel die Beschwerde ans LVwG.

27 Das ergibt sich aus den beiden Anfragebeantwortungen 8498/AB und 8480/AB jeweils 25. GP.

28 *Führ et al*, Evaluation von Gebrauch und Wirkung der Verbandsklagemöglichkeiten nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG) (2014), 55ff, abrufbar unter: www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/378/publikationen/texte_14_2014_evaluation_von_gebrauch_und_wirkung_der_verbandsklagemoeglichkeiten_0.pdf (10.8.2017).

29 Vgl § 19 Abs 10 UVP-G.

30 VfGH 14.12.2016, V 134/2015.

31 *Schulev-Steindl*, Aarhus reloaded – neue Perspektiven beim Zugang zu Gerichten im Umweltsachen, in *Schulev-Steindl/Schnedl/Meyer* (Hrsg), Das Recht auf saubere Luft – Bürger und Bürgerinnen zwischen Politik und Gerichten (2016) 39.

Bei UVP-Feststellungsverfahren steht zwar gem § 3 Abs 7a UVP-G im Fall einer negativen Entscheidung ein Rechtsmittel zu, wird aber gar kein solches Feststellungsverfahren geführt, kann die Umweltorganisation ein solches nicht einfordern. Die Einleitung eines Feststellungsverfahrens ist bisher gem § 3 Abs 7 UVP-G der beteiligten Behörde, der*dem Projektwerber*in und der Umweltanwaltschaft vorbehalten. In der Praxis führt dies dazu, dass Umweltorganisationen Projekte, die knapp an der Schwelle der im UVP-G[32] festgesetzten Werte liegen, keiner Überprüfung zuführen können. Das BVwG stellte im Februar 2015 fest, dass das Rechtsmittel der Nachprüfung mangels vorangehendem Antragsrecht in entscheidenden Fällen ins Leere führen würde und somit als „nudum jus" eine Rechtsschutzlücke darstelle.[33] Denn gerade in heiklen Fällen können so Umweltorganisationen eine negative Feststellung nicht bekämpfen, da ja gar kein Verfahren durchgeführt wurde und somit kein bekämpfbarer Bescheid besteht. Das Erkenntnis wurde jedoch vom VwGH aufgrund von Unzuständigkeit des BVwG überraschenderweise aufgehoben.[34] Grund für die Aufhebung war die mittlerweile reparierte[35] Formulierung des § 40 UVP-G über die Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz. Diese lautete ursprünglich „Über Beschwerden gegen Entscheidungen nach diesem Bundesgesetz entscheidet das Bundesverwaltungsgericht". Der Entscheidung des BVwG ging jedoch ein Antrag an die Landesregierung als zuständige UVP-Behörde voraus, der nicht bearbeitet wurde und zu einer Säumnisbeschwerde an das BVwG führte. Der VwGH legte die Bestimmung des § 40 UVP-G nach dem strengsten Wortsinn aus, nach dem eine Säumnis ja eben keine „Entscheidung nach diesem Bundesgesetz" darstelle und also nach der Generalklausel des Art 131 Abs 1 B-VG die Verwaltungsgerichte der Länder für Säumnisfragen zuständig seien. Ein neuerlicher Antrag zur Klärung der Frage des Nachprüfungsrechts von NGOs war dann jedoch nicht mehr möglich, da das betreffende Projekt in der Zwischenzeit einem Feststellungsverfahren unterzogen worden war.

Die weitaus größte Rechtsschutzlücke besteht jedoch im Ausschluss anerkannter Umweltorganisationen von all jenen umweltrechtsrelevanten Verfahren, die nicht im Rahmen einer UVP durchgeführt werden. Da es sich bei UVP-Verfahren nur um die allergrößten Infrastrukturprojekte Österreichs handelt und Österreich mehrmals für seine hohen Schwellenwerte bei der Durchführung von UVP-Verfahren kritisiert wurde,[36] werden jährlich nur etwa 23 dieser Verfahren durchgeführt. Dem gegenüber hat nach Kenntnisstand des Autors[37] etwa Niederösterreich über 1.000 Naturschutzverfahren pro Jahr. In solchen Verfahren ist jedoch der gesamten betroffenen Öffentlichkeit, wie etwa anerkannten Umweltorganisationen sowie Nachbar*innen, die Parteistellung bislang ver-

32 Eine UVP ist va dann durchzuführen, wenn ein Projekt die – in Österreich sehr hohen – projekttypenabhängigen Schwellenwerte des Anh I zum UVP-G überschreitet; bei Wasserkraftwerken ist dies bspw eine Leistung von 15 Megawatt.

33 BVwG 11.2.2015, W104 2016940-1.

34 VwGH 2.8.2016, Ro 2015/05/0008.

35 BGBl I 2017/58.

36 Vgl etwa Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission Nr 2006/2268.

37 Offizielle Statistiken zur Verfahrenszahl im Naturschutzbereich fehlen.

wehrt. Auch andere Umweltmaterien wie Wasserrecht, Luftschutzrecht, Tierschutzrecht, Forstrecht, Chemikalienrecht, Umweltstrafrecht und viele mehr sehen keinerlei Beteiligung und Rechtsschutz für die Öffentlichkeit vor. Dies ist ein wesentliches Hindernis für die *Watchdog*-Funktion von Umweltorganisationen und ein klarer Verstoß gegen die Verpflichtungen Österreichs aus der Aarhus Konvention.

2. Verletzung der Aarhus Konvention

Die Aarhus Konvention hat einen eigenen Einhaltungsmechanismus, der Verstöße der Vertragsparteien ermitteln und dafür sorgen soll, dass diese abgestellt werden. Dazu wurde das *Aarhus Convention Compliance Committee* (ACCC) eingerichtet.[38] Das ACCC nimmt Beschwerden anderer Vertragsparteien, aber auch der Öffentlichkeit entgegen und leitet nach einer Entscheidung über die generelle Zulassung der Beschwerde ein Ermittlungsverfahren mit Parteiengehör ein. Stellt das ACCC einen Verstoß fest, beschreibt es diesen und stellt Empfehlungen auf, wie der Verstoß beendet werden kann. Diese Empfehlungen sind für die betroffene Partei verbindlich. Werden die Verstöße nicht abgestellt, wird der Fall mit den *Findings* des ACCC der Vertragsstaatenkonferenz, dem höchsten Gremium der Konvention vorgelegt. Diese kann die Empfehlungen des ACCC annehmen, ändern oder verwerfen. Bisher wurden alle Findings des ACCC angenommen. Mit der einstimmigen Bestätigung durch die Vertragsstaatenkonferenz (*Meeting of the Parties – MOP*) wird die Entscheidung rechtskräftig und die Konvention gemäß Art 31 Abs 3 der Wiener Vertragsrechtskonvention[39] verbindlich interpretiert. Die Fallentscheidungen erhalten somit Gültigkeit gegenüber allen Vertragsparteien.[40]
Die fehlende Beteiligung der Öffentlichkeit und mangelhafter Rechtsschutz widersprechen den Verpflichtungen Österreichs und der EU aus der Aarhus Konvention. 2010 reichte die anerkannte österreichische Umweltorganisation *ÖKOBÜRO* deswegen beim ACCC eine Beschwerde gegen Österreich ein.[41] 2011 bestätigte das ACCC, dass Österreich ua[42] aufgrund des Verwehrens von Rechtsschutz im Umweltrecht gegen die Aarhus Konvention verstößt und legte in seinen Findings[43] dar, dass der betroffenen Öffentlichkeit und hier va den NGOs Zugang zu Gerichten einzuräumen sei. 2014 bestätigte die

38 Art 15 Aarhus Konvention, dazu auch *Aarhus Vertragsstaatenkonferenz*, 2.4.2004, ECE/MP.PP/2/Add.8.
39 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, 23.5.1969, 1155 UNTS 331.
40 Zum ACCC s auch *Alge*, Der Aarhus Convention Compliance-Mechanismus, RdU 2011, 136ff.
41 www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2010-48/Communication/Communication%20Austria%20March2010_signed.pdf (10.8.2017).
42 Gegenstand der Beschwerde war auch der deutlich zu langsame Rechtsschutz für Umweltinformationsanfragen. So musste bei Verweigerung der Auskunft erneut ein Antrag auf die Begründung in Bescheidform gestellt werden, der dann erst vor dem Umweltsenat bzw dem Verwaltungsgericht bekämpft werden konnte. So konnten zwischen dem Stellen des Antrags auf Umweltinformation bis zur Entscheidung der Rechtsmittelinstanz bis zu 17 Monate vergehen. Dieser Verstoß wurde von Österreich durch die UIG-Novelle 2015 im Bund und bis Juli 2017 auch durch die Umweltinformationsgesetze der Länder, zuletzt Niederösterreich und die Steiermark, umgesetzt.
43 www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2010-48/Findings/C48_FindingsAdvUnedCopy.pdf (10.8.2017).

Vertragsstaatenkonferenz die Findings des ACCC und stellte die Verletzungen Österreichs rechtsverbindlich fest.[44] Österreich wurde auch dazu verpflichtet, regelmäßige Berichte über die Umsetzung und rechtskonforme Implementierung der Konvention an das ACCC zu übermitteln, zuletzt 2016.[45] Im September 2017 fand die letzte Vertragsstaatenkonferenz in Montenegro statt, bei der die Nichtumsetzung des Rechtsschutzes im Umweltrecht durch Österreich erneut bestätigt wurde. Nur noch drei Länder haben neben Österreich offene Verfahren wegen mangelnder Umsetzung des Rechtsschutzes. Deutschland, das etwa zeitgleich mit Österreich eine ähnliche Entscheidung erhielt, kam der Verpflichtung jüngst mit dem *Gesetz zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben* nach.[46]

Bei der Europäischen Kommission erfolgte 2013 ebenfalls durch ÖKOBÜRO eine Beschwerde aufgrund der mangelnden Umsetzung der Aarhus Konvention in Österreich. Bereits im Folgejahr eröffnete die Europäische Kommission daher auch ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich und schickte ein Mahnschreiben an die Republik.[47] Kernaussage dabei war, dass auch aus unionsrechtlicher Sicht Österreich seiner Verpflichtung, der betroffenen Öffentlichkeit Rechtsschutz in Umweltverfahren zu gewähren, nicht nachkommt. Die Kommission empfahl daher eine Umsetzung, beginnend mit den Umwelt-Kernmaterien Naturschutz, Wasserrecht, Luftpolitik und Abfallwirtschaft. Dazu gab es seit 2013 nur einen öffentlichen Vorstoß, nämlich in Wien durch den Entwurf einer Novelle zum Wiener Jagdgesetz, Naturschutzgesetz bzw dem Wiener Fischereigesetz.[48] Den Entwürfen wurde großes Interesse entgegengebracht, jedoch auch aufgrund der gewählten Konstruktion als reines Nachprüfungsrecht[49] anstatt einer Parteistellung von Umweltorganisationen kritisiert.[50] Die Entwürfe wurden nie in den Landtag eingebracht.

---

44 Aarhus Vertragsstaatenkonferenz, ECE/MP.PP/2014/2/Add.1, abrufbar unter: www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/mop5/Documents/Post_session_docs/Decision_excerpts_in_English/Decision_V_9b_on_compliance_by_Austria.pdf (10.8.2017).

45 www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/MoP5decisions/V.9b_Austria/frPartyV9b_21.12.2016_third_progress_report.pdf (10.8.2017), zu den Kommentaren des Beschwerdeführers: www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/MoP5decisions/V.9b_Austria/frCommV9b_19.01.2017_comments_on_third_progress_report.pdf (10.8.2017).

46 dBGBl I 2017/32 1298.

47 EK 11.07.2014, C(2014) 4883 final.

48 Entwurf der Novelle des Jagdgesetzes nicht mehr abrufbar, zum Naturschutzgesetz abrufbar unter: www.wien.gv.at/recht/landesrecht-wien/begutachtung/pdf/2016009.pdf, Fischereigesetz GZ: 36511/2016 zu eRecht LG-00621-2016/0001 www.wien.gv.at/recht/landesrecht-wien/begutachtung/pdf/2016007-01082016.pdf (beide 9.7.2017).

49 Analog zur bereits bestehenden Regelung bei UVP-Feststellungsverfahren war die Beteiligung hier als „Nachprüfungsrecht", dh als Beschwerderecht gegen erlassene Bescheide ohne Beteiligung im Bescheidverfahren vorgesehen.

50 www.wien.gv.at/recht/landesrecht-wien/begutachtung/pdf/2016007s3.pdf (10.8.2017).

3. Frischer Wind durch EuGH Urteile

Da die EU selbst auch Vertragspartei der Aarhus Konvention ist, hat auch der EuGH bereits einiges an Rsp zu dem Thema entwickelt. Maßgeblich waren dafür va die Urteile *Kommission/Deutschland* aus 1991[51], *Janecek*[52], „*Slowakischer Braunbär*“[53], „*Slowakischer Braunbär 2*“[54] und das noch laufende Vorabentscheidungsverfahren „*WWF Tumpen*“[55]. Die Rsp behandelte ursprünglich die Frage der Geltendmachung von umweltschutzbezogenen Vorschriften als subjektiv-öffentliches Recht (*Kommission/Deutschland*) und wurde dann schrittweise auch anhand der Aarhus Konvention näher determiniert. In der Rechtsache *Janecek* forderte ein von Feinstaub betroffener Bürger* aus Bayern den Erlass eines Aktionsplanes zur Eindämmung des Luftschadstoffes, da an mehr als 35 Tagen die Grenzwerte überschritten wurden und dies Unionsrecht widersprach. Das deutsche Recht sah kein Antragsrecht für die betroffene Öffentlichkeit vor, der EuGH bejahte dieses jedoch im Vorlageverfahren des deutschen BVerwG und bestätigte dieses Antragsrecht kurz darauf in der Rechtsache *Stichting Natuur en Milieu*.[56]
Ein weiterer Schritt folgte mit dem Fall „*Slowakischer Braunbär*“[57], als der EuGH erstmals direkt zu Art 9 Abs 3 der Aarhus Konvention Stellung bezog und urteilte, dass die Mitgliedsstaaten ihr nationales Recht „so weit wie möglich“ in Einklang mit der Konvention und der Voraussetzung von effektivem Rechtsschutz auszulegen hätten, „um es einer Umweltschutzorganisation [...] zu ermöglichen, eine Entscheidung, die am Ende eines Verwaltungsverfahrens ergangen ist, das möglicherweise im Widerspruch zum Umweltrecht der Union steht, vor einem Gericht anzufechten“[58]. Eine solche Auslegung des EuGH war jedoch für österreichische Gerichten nicht ausreichend, um anerkannten Umweltorganisationen Rechtsschutz gegen Entscheidungen einzuräumen.[59]
Im November 2016 folgte schließlich das Urteil in der Sache „*Slowakischer Braunbär 2*“[60], mit dem der EuGH unter Anwendung von Art 6 Abs 1 lit b iVm Art 9 Abs 2 der Aarhus Konvention zu dem Schluss kam, dass Naturverträglichkeitsprüfungen (NVP) nach Art 6 Abs 3 der FFH-Richtlinie[61] unter Beteiligung von Umweltorganisationen

---

51 Vgl etwa EuGH 28.2.1991, C-131/88, *EK/DE*; EuGH 30.5.1991, C-361/188, *EK/DE*; EuGH 30.5.1991, C-59/89, *EK/DE*; diese Urteile sind älter als die Aarhus Konvention, beschäftigen sich jedoch bereits mit der Frage der Beteiligung der Öffentlichkeit im Umweltrecht.
52 EuGH 25.7.2008, C-237/07, *Janecek/DE*.
53 EuGH 8.3.2011, C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie VLK/SLK*.
54 EuGH 8.11.2016, C-243/15, *Lesoochranárske zoskupenie VLK/SLK*.
55 EuGH C-664/15, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftschutz Umweltorganisation/AT*.
56 EuGH 26.5.2011, C-165/09, *Stichting Natuur en Milieu and Others/College van Gedeputeerde Staten van Groningen*, C-166/09, *Stichting Natuur en Milieu and Others/College van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, C-167/09, *Stichting Natuur en Milieu and Others/College van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*.
57 Eigentlich *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, vgl Rz 37.
58 EuGH 8.3.2011, C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie VLK/SLK*, Rz 52.
59 VwSlg 18395 A/2012.
60 Eigentlich *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, vgl Rz 38.
61 RL 92/43/EWG des Rates vom 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl 1992 L 206/7.

durchzuführen sind. Unerwartet weitete damit der EuGH die Anwendbarkeit von Beteiligungsregelungen nach der „zweiten Säule" der Aarhus Konvention[62] auf NVP-Verfahren aus und gewährte damit sowohl die Teilnahme im Erstverfahren, als auch den Rechtsschutz gegen diese Entscheidungen basierend auf Unionsrecht. Nach diesem Urteil sind daher anerkannte Umweltorganisationen in NVP-Verfahren analog zu UVP-Verfahren zu beteiligen. Das rechtliche Interesse, das für die Parteistellung nach § 8 AVG benötigt wird, könne sich nämlich auch aus Unionsrecht wie der Aarhus Konvention, bzw der entsprechend ausgelegten RL ergeben.[63]

Eine ähnliche Frage stellte der VwGH im Dezember 2015 auch dem EuGH zur Vorabentscheidung. Im Fall „*WWF Tumpen*"[64] legte der VwGH die Frage vor, ob das Wasserrechtsgesetz als Umsetzung der Wasserrahmen-RL[65] iSd Aarhus Konvention derart interpretiert werden müsste, dass Umweltorganisationen „Zugang zu verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verfahren" einzuräumen sei. Der EuGH hielt dazu im März 2017 eine mündliche Verhandlung ab. Im Vorfeld stellte er zusätzliche Fragen an die Parteien,[66] bei deren Beantwortung diese auf den Fall „*Slowakischer Braunbär 2*" eingehen sollten. Damit erweiterte der EuGH den Fall von der Frage des bloßen Rechtsschutzes nach Art 9 Abs 3 der Aarhus Konvention auf die Frage einer möglichen Beteiligung wie schon zuvor nach Art 6 Abs 1 lit b iVm Art 9 Abs 2 der Aarhus Konvention. Die Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* werden mit 12. Oktober 2017 erwartet.

4. Die Frage der Parteistellung

In Österreich wurde bisher stets versucht, die Rechtsstellung der anerkannten Umweltorganisationen möglichst schwach zu halten. Wenn überhaupt, wurde ihnen ein bloßes Nachprüfungsrecht eingeräumt.[67] Während NGOs selbst immer auf Parteistellung drängten, wurde mit dem Nachprüfungsrecht eigens ein bis dahin der österreichischen Rechtsordnung unbekanntes Recht geschaffen, das entweder als Rechtsstellung sui generis, oder aber als eine auf ein Rechtsmittel beschränkte Parteistellung gesehen werden kann.[68] § 8 AVG, der das Verhältnis von Personen zu einem Verfahren regelt, sieht aber entweder die Parteistellung bei Vorliegen von rechtlichem Interesse am Verfahren vor, oder aber die bloße Beteiligtenstellung. Nach dieser grundsätzlichen Einteilung richten sich generell die österreichischen Verwaltungsverfahren. Das Abweichen von der Einteilung des § 8 AVG in Bezug auf die Rechtsstellung von NGOs wirkt erzwungen und ist ange-

62 Zum Drei-Säulen-Modell der Aarhus Konvention: Umweltinformationen, Beteiligung und Rechtsschutz siehe oben unter 1.

63 *Hengstschläger/Leeb*, AVG-Kommentar (2014) § 8 Rz 8.

64 EuGH C-664/15, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftschutz Umweltorganisation/AT*.

65 RL 2000/60/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 23.10.2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl 2000 L 327/1.

66 Der Fragenkatalog liegt dem Autor vor.

67 So etwa in § 3 Abs 7a UVP-G und in den Entwürfen zum Wiener Fischerei-, Jagd- und Naturschutzgesetz.

68 Vgl *Ennöckl* in *Ennöckl/Raschauer/Bergthaler*, UVP-G (2013) § 3 Rz 62 mwH.

sichts des Art 11 Abs 2 B-VG, nach dem ein Abweichen nur gestattet ist, „wenn sie [die Abweichung, Anm] zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind", bedenklich.
Der EuGH ließ in seiner Rsp die Frage der Parteistellung zwar anklingen, indem er die „Beteiligtenstellung" als nicht ausreichend beschreibt, traf aber bisher keine konkreten Aussagen zur österreichischen Rechtsordnung. Dies einerseits, da die Entscheidung in der österreichischen Vorlagefrage noch aussteht, andererseits jedoch, da der EuGH meist nicht über die Ausgestaltung der nationalen Verfahrensvorschriften ausspricht. Für eine Parteistellung spricht neben dem Argument des Art 11 B-VG auch die grundlegende Konzeption: Zur Wahrung von rechtlichen Interessen in einem Verfahren dient in Österreich einzig die Parteistellung.[69] Umweltorganisationen nehmen hier mediatisiert die Interessen der Öffentlichkeit und Umweltrecht als ihr subjektiv-öffentliches Interesse wahr. Die Ausgestaltung der vertretenden Parteien ist in Österreich üblicherweise über die Parteistellung geregelt.[70]

5. Rechtsunsicherheit durch Abwarten

Der Kampf der Umweltorganisationen um die Rechte, die ihnen durch die Ratifikation der Aarhus Konvention durch die EU und Österreich vor bald 13 Jahren erwachsen sind, geht also weiter. Trotz des Beschlusses der Aarhus Vertragsstaatenkonferenz aus 2014 und dem ebenfalls seit 2014 laufenden Vertragsverletzungsverfahren der EU gegen Österreich bleiben Umweltorganisationen aus den allermeisten Umweltverfahren ausgeschlossen. Urteile des EuGH gewähren schrittweise Zugang zu bestimmten Verfahren, doch der Weg bis dorthin ist lang. Diese Taktik des Wartens auf Entscheidungen des EuGH birgt zusätzlich andere Probleme. Stellt nämlich der EuGH fest, dass etwa die FFH- oder die Wasserrahmen-RL im Lichte der Aarhus Konvention eigentlich die Parteistellung von anerkannten Umweltorganisationen voraussetzt, wären diese als „übergangene Parteien"[71] dazu berechtigt, rückwirkend auch bereits rechtskräftige Bescheide zu bekämpfen.[72] Das relevante Datum wäre hier wohl die Ratifikation der Aarhus Konvention durch welche die Konvention Bestandteil der EU-Rechtsordnung wurde, also Februar 2005. Die Rechtskraft von Bescheiden erstreckt sich nämlich nur auf Parteien des Verfahrens, nicht aber auf zu Unrecht nicht gehörte Parteien.[73] Als übergangene Parteien könnten Umweltorganisationen die Zustellung des Bescheides verlangen und somit die Rechtsmittelfrist für sich ab dessen Zustellung auslösen.[74] Selbst Projekte, die bereits

69 Vgl dazu auch *Weber*, Vorschläge für eine Aarhus-Umsetzung im Wasserrecht, RdU 2016, 51 ff.
70 So etwa das Arbeitsinspektorat, das wasserwirtschaftliche Planungsorgan, die Patient*innenanwaltschaft etc.
71 § 42 Abs 3 AVG.
72 So auch behördlich bestätigt im Verfahren zum Wasserkraftwerk Schwarze Sulm, bei der die Wiedereinsetzung einer NGO mit dem Hinweis auf rechtliche Möglichkeiten einer übergangenen Partei zurückgewiesen wurde; LH der Stmk 22.7.2016, ABT 13-32.00-297/2012-2017.
73 *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrensrecht (2014) 90ff.
74 *Berl/Forster*, Nachträgliche Rechtsmittel der betroffenen Öffentlichkeit, RdU-U&T 2017, 30.

seit Jahren verwirklicht sind, könnten so einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden und müssten dann im schlimmsten Fall abgerissen werden. Solche Fälle könnten auch große Amtshaftungsfragen nach sich ziehen, da die Verfahren falsch geführt wurden. Diese tickende Rechtsunsicherheits-Zeitbombe könnte jederzeit durch die ordentliche Umsetzung der Aarhus Konvention im österreichischen Recht behoben werden, doch der politische Wille dazu scheint trotz anderslautender Bekundungen des Umweltministers[75] nicht vorhanden zu sein.[76] Im Gegenteil, war doch etwa die letzte große Novelle im Umweltbereich eine Einschränkung der Rechte von Umweltorganisationen[77]; generell geht die öffentliche Debatte eher in Richtung Schwächung des Umweltrechts zugunsten von Wirtschaftswachstum.[78]

Mit der Entscheidung des Vorabentscheidungsverfahrens „WWF Tumpen" könnte sich die Situation zusätzlich verschärfen, da der EuGH neben NVP-Verfahren auch bestimmte wasserrechtliche Verfahren künftig für Umweltorganisationen zugänglich machen könnte. Abgesehen von dem Problem der Rechtsunsicherheit für Projektwerber*innen birgt diese „Aarhus-Umsetzung" durch den EuGH weitere Gefahren, da die Details der Rechte von NGOs mangels gesetzlicher Umsetzung völlig unklar sind. Regelungen wie Art und Umfang der Beteiligung (Parteistellung, Beteiligtenstellung, Nachprüfungsrecht, neue Rechtsform sui generis), Zeitpunkt und Art der Benachrichtigung, Umfang der Rechtsmittelbefugnis wie Gang zum Höchstgericht und dergleichen sind nicht geregelt und müssen erst analog zu bestehenden Regelungen interpretiert werden. Die bestehenden Regelungen stellen jedoch aufgrund des UVP-G va auf Großverfahren ab und sind nicht immer für einen Analogieschluss geeignet.

Schließlich läuft auch noch das Vertragsverletzungsverfahren der EU gegen Österreich und könnte bei einer weiteren Weigerung der Umsetzung zu einem EuGH Verfahren und einer Vertragsstrafe Österreichs führen. Der Zugang von Umweltorganisationen zu Gericht drängt also. Wann wird Österreich legistisch darauf reagieren?

Mag. Gregor Schamschula arbeitet als Umweltjurist bei der österreichischen anerkannten Umweltorganisation ÖKOBÜRO – Allianz der Umweltbewegung; gregor.schamschula@oekobuero.at

75 Parlamentskorrespondenz Nr 627 v 26.6.2014, Rupprechter für besseren Zugang von Umwelt-NGOs zum Recht, www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2014/PK0627 (10.8.2017).

76 Ein entsprechender Antrag von *Christiane Brunner* (Die Grünen) im Nationalrat wurde im Juni 2017, wie auch schon 2014, an den Umweltausschuss verwiesen und dort vertagt. 2223/A 25. GP.

77 Etwa die Beschränkung der Rechtsmittelbefugnis, vgl BGBl I 2017/58.

78 So etwa die Debatte um eine Änderung des BVG Nachhaltigkeit, vgl 2172/A 25. GP. In Niederösterreich wurde das Wirtschaftswachstum in der Landtagssitzung v 6.7.2017 auch tatsächlich in die Landesverfassung aufgenommen, vgl Ltg-1639/A-1/97-2017.

Deckelung der Bedarfsorientierten Mindestsicherung

Verfassungsrechtliche Erwägungen hinsichtlich pauschalierender Kürzungen von Mindeststandards

Marina Kaspar

1. Vorbemerkungen und rechtspolitischer Kontext

Bei der Bedarfsorientierten Mindestsicherung handelt es sich um eine beitragsunabhängige Sozialleistung, die der „verstärkten Bekämpfung und Vermeidung von Armut [...]“[1] dient und damit die Teilhabe von sozial bedürftigen Menschen fördern soll. Die Koordination der bundesstaatlichen Gesetzgebung sollte hierbei durch die am 1. Dezember 2010 in Kraft getretene Bund-Länder-Vereinbarung gem Art 15a B-VG über eine bundesweite Bedarfsorientierte Mindestsicherung erreicht werden (15a-Vereinbarung). Mit der Bund-Länder-Vereinbarung wurden Mindeststandards akkordiert, dh es wurden Standards festgelegt, die eine fixe Grenze nach unten vorgeben sollten, nach oben hin jedoch überschritten werden durften.[2] Diese 15a-Vereinbarung ist allerdings mit 31. Dezember 2016 außer Kraft getreten. Aufgrund der konträren politischen Interessen der VerhandlungspartnerInnen konnte hinsichtlich einer Neuverhandlung bzw Verlängerung keine Einigung erzielt werden. Die geführte rechtspolitische Diskussion ist ua vor dem Hintergrund und als Reaktion auf die Flucht- und Migrationsbewegungen der letzten Jahre zu sehen, wobei die bundeseinheitliche Regelung der Mindestsicherung schon immer ein sehr umstrittenes Thema war. Der Bezug von Mindestsicherungsleistungen richtet sich nunmehr nach den einzelnen Landesgesetzen, wobei sich – wie dies bereits *Sußner* und *Hiesel* in den letzten beiden Ausgaben des *juridikum* thematisierten[3] – hinsichtlich der auf den verschiedenen Ebenen verfügten landesgesetzlich normierten Kürzungen sowohl verfassungs- als auch unionsrechtliche Bedenken ergeben. Die Leistungsallokation wird aber gerade nicht nur von landesgesetzlichen Regelungen, sondern auch von verfassungs-, unions- und völkerrechtlichen Vorgaben bestimmt.

1 Art 1 der Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art 15a B-VG über eine bundesweite Bedarfsorientierte Mindestsicherung, BGBl I 2010/96.

2 *Weichselbaum*, Mindestsicherung aus Grundrechts- und Rechtsschutzperspektive, ksoe-Nachrichten 2015, 1 (1).

3 *Hiesel*, Mindestsicherung neu. Erste Gedankenskizzen, juridikum 2017, 80; *Sußner*, Warten auf ... ?, juridikum 2017, 207.

Besonders kontrovers wurde im Rahmen einer Neuverhandlung der 15a-Vereinbarung die Frage diskutiert, inwiefern die Einführung einer Begrenzung von Mindestsicherungsleistungen mit 1.500 € eine adäquate Lösung, insb in Hinblick auf kinderreiche Familien, darstelle. Deren Rechtskonformität erscheint aus verfassungsrechtlicher Perspektive diskussionswürdig.

Im Rahmen dieses Beitrags werden daher verfassungsrechtliche Erwägungen hinsichtlich pauschalierender Kürzungen der Bedarfsorientierten Mindestsicherung angestellt. Dabei sollen sich die Überlegungen auf die landesgesetzlichen Regelungen hinsichtlich einer generellen Deckelung bei 1.500 € beschränken. Im Dienste einer besseren Verständlichkeit der neuralgischen Punkte wird einleitend die landesgesetzliche Ausgestaltung der erfolgten Deckelung von Mindeststandards in aller Kürze dargestellt. Daran anschließend wird nach den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen gefragt, wobei das Hauptaugenmerk auf dem Gleichheitssatz, dem Sachlichkeitsgebot, dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens und dem BVG Kinderrechte liegt. Auch die Bedeutung der Leistungsgewährung im Wege des Privatrechts erscheint in diesem Zusammenhang nicht gänzlich ohne Bedeutung zu sein. Zusätzlich lohnt es sich jedenfalls, die bisher ergangene Judikatur des VfGH zu den Mindestsicherungs- und Sozialhilfegesetzen einer näheren Betrachtung zu unterziehen. So sind gerade dessen Judikatur wertvolle Hinweise zu entnehmen, welchen verfassungsrechtlichen Vorgaben Gesetzgebung und Vollziehung zu entsprechen haben.[4] Resümierend wird ein kurzer Blick auf die verfassungsrechtliche Bedeutung der hier angestellten Überlegungen für pauschalierende Kürzungen von Mindeststandards geworfen.

2. Landesgesetzliche Ausgestaltung

Besonders die rechtspolitische Forderung einer Deckelung von Leistungen der Bedarfsorientierten Mindestsicherung für kinderreiche Familien war entscheidend dafür, dass keine Einigung hinsichtlich einer neuen 15a-Vereinbarung erzielt werden konnte.[5] Dem Beispiel des niederösterreichischen Landtages folgend, der am 17. November 2011 mit § 11b Niederösterreichisches Mindestsicherungsgesetz (NÖ MSG), in Kraft seit 1. Jänner 2017, eine pauschale Deckelung der Mindestsicherungsleistungen bei 1.500 € beschlossen hatte[6], haben nun auch der burgenländische Landtag am 30. März 2017[7] sowie der oberösterreichische Landtag am 8. Juni 2017[8] eine Deckelung der Bedarfsorientierten Mindestsicherung beschlossen. Dabei ist die burgenländische Mindestsicherungsnovelle am 1. Juli 2017 in Kraft getreten.[9] Die oberösterreichische Novelle soll am 1. Ok-

4 *Hiesel*, Die Rechtsprechung des VfGH zur Bedarfsorientierten Mindestsicherung, ZAS 2016, 216 (216).
5 *Hiesel*, juridikum 2017, 85.
6 LGBl 2011/59 idF LGBl 2016/103.
7 § 31 Abs 5 Bgld MSG, LGBl 2017/20.
8 BlgLT (OÖ) 2017/456, 28. GP.
9 Bgld MSG, LGBl 2010/76 idF LGBl 2017/20.

tober 2017 in Kraft treten. In Oberösterreich gibt es für die sogenannten „Aufstocker", dh für GeringverdienerInnen, die ihr Einkommen mit der Mindestsicherung „aufstocken", zwei Deckel: Grundsätzlich erhalten sie auch maximal 1.500 €,[10] können aber bis zum derzeitigen Mindeststandard dazuverdienen.[11] Erst wenn die Summe aus Sozialleistung und Arbeitseinkommen diese zweite Grenze überschreitet, wird die Mindestsicherung entsprechend gekürzt. Dem gegenüberstellend verzichten beispielsweise Tirol[12] und Vorarlberg[13] auf eine generelle Deckelung bei 1.500 € und sehen Pauschalierungen hinsichtlich des Wohnbedarfs vor. Die Bundesländer Tirol und Vorarlberg normieren zusätzlich eine Staffelung der Mindestsicherungssätze für Kinder und zwar so, dass Mehrkindfamilien de facto weniger erhalten. Diese Regelungen werfen zwar auch verfassungsrechtliche Bedenken auf, sollen aber im Rahmen dieses Beitrages nicht näher behandelt werden.

Paradigmatisch wird an dieser Stelle § 11b NÖ MSG skizziert: Nach Abs 1 leg cit „[ist] die Summe der Mindeststandards aller Personen, die gemeinsam in einer Haushalts- oder Wohngemeinschaft leben [...] mit dem Betrag von 1.500 € begrenzt."[14] Nach Abs 3 leg cit sind für eine Berechnung der Summe der Mindeststandards auch die Mindeststandards jener Personen zu berücksichtigen, die nach dem NÖ MSG nicht zum Kreis der Anspruchsberechtigten gezählt werden. Nach § 5 Abs 3 Z 4 NÖ MSG sind dies etwa subsidiär Schutzberechtigte iSd § 8 AsylG. Nach § 13 NÖ MSG können Sonderbedarfe, die nach §§ 10–12 leg cit nicht gedeckt werden können, durch Zusatzleistungen im Rahmen des Privatrechts gedeckt werden, soweit dies zur Vermeidung sozialer Härten als notwendig erscheint. Dabei liegt dieser Regelung des NÖ MSG der Gedanke zugrunde, dass „aufgrund der anhaltenden Flüchtlingssituation und der damit verbundenen finanziellen Belastung [...] es für die langfristige Erhaltung des von der öffentlichen Hand finanzierten Sozialsystems unabdingbar [ist], Leistungen der Bedarfsorientierten Mindestsicherung zu begrenzen."[15] Bereits vor diesem Hintergrund wird ersichtlich, dass budgetäre Ziele einen wesentlichen Beweggrund für die Einführung einer pauschalen Deckelung darstellen.

3. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Auch nach dem Außerkrafttreten der 15a-Vereinbarung müssen die landesgesetzlichen Regelungen der Bedarfsorientierten Mindestsicherung insb verfassungsrechtlichen Vor-

10 Dieser Betrag stellt den Ausgangsbetrag für das Jahr 2016 dar und soll jährlich valorisiert werden. Vgl § 13a Abs 8 iVm § 13 Abs 2 OÖ MSG, LGBl 74/2011 idF LGBl 41/2017; vgl auch BlgLT (OÖ) 2017/456, 28. GP 4.

11 Vgl OÖ BMSV, LGBl 2011/75 idF LGBl 2016/89.

12 TMSG, LGBl 2010/99 idF LGBl 2017/32.

13 Vgl RV BlgLT 2017/22 (Vbg) 30. GP.

14 Vgl auch § 10b Bgld MSG, LGBl 2017/20.

15 Antrag betreffend Änderung des NÖ MSG vom 20.10.2016, Ltg-1146/A-1/79-2016, 9: http://www.landtag-noe.at/service/politik/landtag/LVXVIII/11/1146/1146A1.pdf (19.06.2017).

gaben entsprechen. So werden dem Gesetzgeber durch den Gleichheitssatz insoweit inhaltliche Determinanten gesetzt, als er ihm verbietet, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen.[16] Der VfGH hat in seiner ständigen Judikatur zu steuerfinanzierten Transferleistungen betont, dass der Gesetzgeber bei der Verfolgung rechtspolitischer Ziele grundsätzlich frei sei und er diese Vorstellungen auch auf die ihm geeignete Art und Weise verwirklichen könne,[17] solange die Umsetzungsmaßnahmen zur Zielerreichung nicht absolut untauglich seien.[18] Aus dieser Spruchpraxis werden derivativ begründete Teilhaberechte des Individiuums abgeleitet.[19] Problemfelder ergeben sich aber nicht nur hinsichtlich Art 7 B-VG, sondern auch hinsichtlich dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens iSd Art 8 EMRK, wobei das Kindeswohl einen zentralen Erwägungsgrund darstellt. Im Zusammenhang mit dem Kindeswohl darf auch das BVG Kinderrechte[20], als maßgebende Interpretationsmaxime, nicht aus dem Blick verloren werden.

3.1. Gleichheitsrechtliche Aspekte iSd Art 7 B-VG

Auch nach der jüngeren Judikatur des VfGH schließt das bundesstaatliche Prinzip die Anwendung des Gleichheitssatzes auf das Verhältnis der Regelungen verschiedener Gesetzgeber weitgehend aus.[21] Vielmehr liegt es im Wesen eines föderalistisch organisierten Staates, dass die Bundesländer im Rahmen ihrer verfassungsrechtlich zugemessenen Kompetenzen Staatsaufgaben unterschiedlich regeln.[22] Es ist daher ein Charakteristikum des Bundesstaates, dass sich die einzelnen landesgesetzlichen Regelungen voneinander unterscheiden. Daher kann es auch nicht beanstandet werden, wenn die einzelnen Landesgesetzgeber unterschiedliche Regelungen der Mindestsicherung erlassen, soweit diese im Einklang mit verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben stehen.
Die Ausgestaltung staatlicher Zuwendungen, die allein aus dem allgemeinen Steuereinkommen finanziert werden, liegt weitgehend im Ermessen des Gesetzgebers, da die Steuereinnahmen nicht an konkrete Ausgaben gebunden sind.[23] Dabei wird dieses Kontrolldefizit durch den allgemeinen Gleichheitssatz ausgeglichen, da sich die gesetzliche Ausgestaltung der Mindestsicherungssysteme an allgemeinen Sachlichkeitserwägungen orientieren muss.[24] Das allgemeine Sachlichkeitsgebot enthält als grundrechtliche Auffangklausel[25] das an den Gesetzgeber gerichtete Verbot, sachlich nicht begründbare Re-

16 *Hiesel*, Der Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des VfGH, JAP 2014/2015, 158; VfSlg 14.039/1995, 16.407/2001; 19.904/2014 uva.
17 Vgl VfSlg 7996/1977; 16.176/2001; 16.504/2002; 19.698/2012; 19.904/2014 uva.
18 *Eberhard/Öhlinger*, Verfassungsrecht[11] (2016) Rn 765.
19 *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997) 364.
20 Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, BGBl I 2011/4.
21 Vgl VfGH 11.3.2015, E 1264/2014 uva.
22 Vgl VfSlg 14.783/1997.
23 Das Eigentumsrecht setzt hierbei nur die äußersten Grenzen fest. *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 726.
24 *Hiesel*, JAP 2014/2015, 158.
25 *Eberhard*, Soziale Grundrechtsgehalte im Lichte der grundrechtlichen Eingriffsdogmatik, ZÖR 2012, 513 (521).

gelungen zu treffen.[26] Dabei stellen die Individualität sowie die Subsidiarität leitende Prinzipien der Bedarfsorientierten Mindestsicherung dar, wobei ein Anspruch auf staatliche Unterstützung nur dann besteht, wenn es an einer ausreichenden Deckung des Bedarfes durch eigene Mittel oder durch Leistungen Dritter fehlt und eine Bereitschaft zum Einsatz der eigenen Arbeitskraft besteht.[27] Ein Abweichen von diesen Prinzipen ist daher im Lichte des Art 7 B-VG rechtfertigungsbedürftig, weshalb die (derivativen) Teilhaberechte an der Bedarfsorientierten Mindestsicherung sachlich ausgestaltet sein müssen.[28] Dem VfGH kommt dahingehend eine nachprüfende Kontrollbefugnis zu, ob der Gesetzgeber von seinem – im Bereich der Gestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit relativ weiten – Gestaltungsspielraum nach sachlichen Kriterien Gebrauch gemacht hat. Trotz einer weitgehenden kasuistischen Judikatur des VfGH[29] können dieser doch fruchtbringende Erkenntnisse hinsichtlich verfassungsrechtlicher Vorgaben für die Ausgestaltung der Bedarfsorientierten Mindestsicherung entnommen werden.

Grundsätzlich verbietet das Sachlichkeitsgebot dem Gesetzgeber nicht, im Dienste einer möglichst handhabbaren Vollziehung im Mindestsicherungsrecht gewisse pauschalierende Regelungen zu treffen, auch wenn dadurch unvermeidbare Härtefälle entstehen.[30] Darüber hinaus ist aber der Rechtsprechung des VfGH zu entnehmen, dass die Gewährung von Leistungen, unabhängig von der Größe des Haushalts, nur bis zu einer bestimmten Höchstgrenze sachlich nicht gerechtfertigt sei. So hat er etwa konstatiert, dass eine abrupte Kürzung der Sozialhilfe für eine Haushaltsgemeinschaft ab der dritten Person sachlich nicht gerechtfertigt werden könne.[31] Daher würden AntragstellerInnen, die mit mehreren Personen in einem Haushalt leben, nicht nach ihrer konkreten Bedarfslage unterstützt werden, sondern nach der Bedürftigkeit einer vom Gesetzgeber vorgegebenen „Durchschnittsfamilie". Dies erscheint auch im Lichte von Art 8 EMRK problematisch, da es Individuen freisteht, sich für eine Klein- oder für eine Großfamilie oder überhaupt gegen die Gründung einer Familie zu entscheiden.[32] Des Weiteren hat es der VfGH in der Vergangenheit auch als gleichheitswidrig eingestuft, wenn bei der Beurteilung der Notlage von Arbeitslosen das Einkommen der Stiefeltern berücksichtigt wurde, auch wenn diese den Arbeitslosen gegenüber gar keine Unterhaltspflicht hatten und daher eine Leistung auch verweigern konnten.[33] Zusätzlich ist zu bedenken, dass die landesgesetzlichen Vorschriften zur Deckelung die Summe der Mindeststandards „aller Per-

26 Vgl aus jüngerer Zeit VfSlg 14.039/1995, 16.407/2001; 19.904/2014 uva.

27 Vgl Art 2 Abs 2 der außerkraftgetretenen Vereinbarung über eine bundesweite Bedarfsorientierte Mindestsicherung, BGBl I 2010/96; Vgl auch ua § 2 NÖ MSG, LGBGl 2011/59 idF LGBl 2016/103; Antrag betreffend Änderung des NÖ MSG vom 20.10.2016, Ltg-1146/A-1/79-2016, 1: http://www.landtag-noe.at/service/politik/landtag/LVXVIII/11/1146/1146A1.pdf (19.6.2017).

28 *Pöschl*, Gleichheit 726 f.

29 *Eberhard*, ZÖR 2012, 521.

30 Vgl VfGH 10.12.2015, G 352/2015.

31 VfSlg 11.662/1988.

32 *Pöschl*, Gleichheit 728.

33 VfSlg 12.665/1991.

sonen, die gemeinsam in einer Haushalts- oder Wohngemeinschaft leben" mit einem Betrag von 1.500 € begrenzen. Dabei kann aber nicht immer zwingend davon ausgegangen werden, dass diese Personen aufgrund ihres Zusammenlebens auch ein gemeinsames Haushaltseinkommen haben bzw eine sogenannte Bedarfsgemeinschaft bilden.

Bei der Gestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit wird zwar dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt, doch hat der VfGH in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2012 zur Bedarfsorientierten Mindestsicherung klargestellt, dass, wenn „in einem vom Gesetzgeber eingerichteten System der Sicherung zur Gewährung eines zu einem menschenwürdigen Leben erforderlichen Mindeststandards der Zweck, dem betroffenen Personenkreis das Existenzminimum zu gewähren, nicht mehr gewährleistet [ist]", ein solches Sicherungssystem offensichtlich insoweit seine Aufgabenstellung verfehlt.[34] Vor diesem Hintergrund ist zu beachten, dass die Mindestsicherung wohl das unterste Maß dessen darstellen soll, was für ein menschenwürdiges Leben notwendig erscheint.[35] Zusätzlich geht zum Teil aus den Materialien zu den einzelnen Mindestsicherungsgesetzen – wie dies bereits an obiger Stelle ausgeführt wurde – hervor, dass diesen der Gedanke zugrunde liegt, dass „aufgrund der anhaltenden Flüchtlingssituation und der damit verbundenen finanziellen Belastung [...] es für die langfristige Erhaltung des von der öffentlichen Hand finanzierten Sozialsystems unabdingbar [ist], Leistungen der Bedarfsorientierten Mindestsicherung zu begrenzen."[36] Zwar vermögen budgetäre Erwägungen Regelungen sachlich zu rechtfertigen,[37] doch muss der Gesetzgeber bei solchen Maßnahmen auf die Einkommensunterschiede der Rechtsunterworfenen Rücksicht nehmen.[38] Der VfGH geht davon aus, dass Maßnahmen, die aus Budgeterwägungen ergriffen werden, nicht ungleichmäßig getroffen werden dürfen. Eine budgetmotivierte Kürzung darf daher nicht grundsätzlich wirtschaftlich Schwächere stärker treffen. Sie darf auch nicht punktuell gezielt eine relativ kleine Gruppe belasten, sondern muss entsprechend breit gestreut werden. Die eingeführten Deckelungen der Mindeststandards treffen aber bei einer näheren Betrachtung zu einem überwiegenden Anteil einkommensschwache Personen und am stärksten Kinder, Menschen mit Behinderung und chronisch Kranke.

Mit Blick auf Deutschland hat das BVerfG ausgesprochen, dass migrationspolitische Erwägungen, die Anreize zur Migration zu verringern, ein Absenken des Leistungsstandards unter das physische und soziokulturelle Existenzminimum nicht zu rechtfertigen vermögen.[39] Damit hat das BVerfG klargestellt, dass die Menschenwürde migrationspolitisch

34 VfSlg 19.698/2012.

35 Vgl *Peyrl*, Europarechtliche und fremdenrechtliche Fragen der Mindestsicherung in *Pfeil/Wöss*, Bedarfsorientierte Mindestsicherung (Stand Jänner 2016) 171 (190).

36 Vgl bspw Antrag betreffend Änderung des NÖ MSG vom 20.10.2016, Ltg-1146/A-1/79-2016, 9: http://www.landtag-noe.at/service/politik/landtag/LVXVIII/11/1146/1146A1.pdf(25.6.2017).

37 VfSlg 12.641/1991.

38 *Pöschl*, Gleichheit 709.

39 Vgl uva BVerfG 18.07.2012, 1 BvL 10/10 Rn 95.

nicht relativiert werden dürfe.[40] Auch wenn die Menschenwürde zwar nicht explizit in der österreichischen Bundesverfassung verankert ist,[41] kommt ihr doch eine weitgehende Bedeutung für die österreichische Rechtsordnung zu, weil sie als leitendes Rechtsprinzip dem Verwaltungshandeln zugrunde zu legen ist. Der VfGH sieht in der Würde des Menschen einen „allgemeinem Wertungsgrundsatz unserer Rechtsordnung".[42] Auch hat er konstatiert, dass die Behörden Sozialhilfeleistungen auf jene Weise zu gewähren haben, die sicherstellt, dass die zu einem menschenwürdigen Leben[43] iSd Art 3 EMRK notwendigen Grundbedürfnisse abgedeckt werden.[44] Dabei hat der VfGH jedoch betont, dass durch die Grundversorgung, die niedriger als die Bedarfsorientierte Mindestsicherung ausgestaltet ist,[45] das verfassungsrechtlich absolut Unerlässliche gewährleistet werde.[46] Dies ist durchaus problematisch, stellt doch die Bedarfsorientierte Mindestischerung das unterste Maß dessen dar, was zur Führung eines menschenwürdigen Lebens als notwendig erachtet wird.[47]

Hinsichtlich einer pauschalen und starren Deckelung der Mindeststandards, wie dies etwa § 11b NÖ MSG vorsieht, bestehen daher gemessen an den durch den VfGH entwickelten Kriterien – wie dies bereits *Hiesel* ausgeführt hat[48] – gravierende verfassungsrechtliche Bedenken. Überdies steht eine solche Deckelung wohl kaum mit dem Grundsatz der Bedarfsorientierung, dh mit der individuellen Bedürftigkeit, die ein leitendes Prinzip des Mindestsicherungsrechts darstellt,[49] in Einklang. Auch ist es ist fraglich, ob bei einer durchzuführenden Einzelfallprüfung, die landesgesetzlichen Mindestsicherungssysteme ihre Ziele der Armutsbekämpfung und der Absicherung menschlicher Grundbedürfnisse erfüllen würden.

---

40 Die deutsche Rechtslage stellt sich im Hinblick auf die finanzielle Existenzsicherung dahingehend anders als die österreichische dar, als dass das BVerfG aus Art 1 GG (Menschenwürde) und Art 20 GG (Sozialstaatsklausel) ein Grundrecht auf Gewährleistung des Existenzminimums abgeleitet hat. Vgl BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11; BVerfGE 125, 175.

41 Die einzelnen Landesverfassungen normieren zum Teil explizit die Menschenwürde. Vgl Art 9 Abs 3 OÖ L-VG, LGBl 1991/122 (WV) idF LGBl 2015/41.

42 VfSlg 13.635/1993.

43 Vgl zum Begriffsbild der Menschenwürde *Groschedl*, Menschenwürdige Aufnahmebedingungen als grundrechtliches Gebot im Asylverfahren, migraLex 2015, 66.

44 Vgl aktuell VfGH 28.06.2017, E 3297/2016-15.

45 Vgl Art 9 Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art 15a B-VG über gemeinsame Maßnahmen zur vorübergehenden Grundversorgung für hilfs- und schutzbedürftige Fremde (Asylwerber, Asylberechtigte, Vertriebene und andere aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht abschiebbare Menschen) in Österreich (Grundversorgungsvereinbarung), BGBl I 2004/80.

46 VfGH 28.06.2017, E 3297/2016-15.

47 Vgl 677 BlgNR 24. GP 7; kritisch zu der Höhe der Grundversorgung *Pöschl*, Migration und Mobilität (Gutachten 2015) 131; *Peyrl* in *Pfeil/Wöss*, 190.

48 *Hiesel*, juridikum 2017, 85.

49 Vgl VfSlg 19.698/2012.

3.2. Kinderreiche Familien und Vorrang des Kindeswohls

Eine Deckelung der Mindeststandards, die überwiegend kinderreiche Haushalte trifft, erscheint aber auch aus weiteren verfassungsrechtlichen Erwägungen bedenklich.[50] So ist es evident, dass Haushalte mit mehreren Kindern einen höheren finanziellen Aufwand zur Sicherstellung ihrer Grundbedürfnisse zu tragen haben. Diesbezüglich ergibt sich nun ein Spannungsfeld zwischen Leistungen der Familienbeihilfe und der Deckelung der Mindestsicherung. Nach Auffassung des VfGH ist es dem Landesgesetzgeber nicht verwehrt, „den Bezug der Familienbeihilfe bei der Bemessung von Transferleistungen, die bei der die Leistung empfangenden Person demselben Zweck wie die Familienbeihilfe dienen, zu berücksichtigen."[51] Dem stünde auch das bundesstaatliche Berücksichtigungsgebot nicht entgegen, wenn es sich um Leistungen zur gänzlichen Sicherung des Lebensunterhalts handle.[52] Auch hinsichtlich der Bedarfsorientierten Mindestsicherung findet die Familienbeihilfe Berücksichtigung.[53] Die Familienbeihilfe des Bundes erhöht sich aber progressiv, dh gestaffelt nach Alter und Zahl der Kinder. In weiterer Folge kann es daher bei kinderreichen Familien in Bundesländern, die eine Deckelung der Mindestsicherung eingeführt haben, zu einer überproportionalen Anrechnung der Familienbeihilfe kommen, welche aus Sachlichkeitserwägungen problematisch erscheint.[54] Aber nicht nur aus dem allgemeinen Sachlichkeitsgebot ergeben sich Bedenken, sondern auch hinsichtlich des in Art 8 EMRK normierten Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie der Wohnung. Zwar wird durch Art 8 EMRK kein Recht auf eine Wohnung gewährleistet, doch wenn ein Staat bestimmte Unterstützungsleistungen im Hinblick auf eine Unterkunft vorsieht, ist der Geltungsbereich von Art 8 EMRK eröffnet.[55] Die durch die Deckelung erfolgten drastischen und plötzlichen Kürzungen der einer Familie zur Verfügung stehenden Geldmittel können mit den unter Art 8 EMRK bestehenden positiven Schutzpflichten konfligieren. Zwar sind solche Leistungskürzungen einer objektiven Rechtfertigung aus budgetären Gründen zugänglich, doch hat der VfGH – wie dies bereits an obiger Stelle erwähnt wurde – ausgesprochen, dass budgetmotivierte Kürzungen nicht tendenziell wirtschaftlich Schwächere stärker treffen dürfen.[56] Auch muss das Kindeswohl einer der vorrangigen Erwägungsgründe in der verwaltungsbehördlichen und ge-

50 Hinsichtlich der Bedeutung des Schutzes des Eigentums iSd Art 1 1. ZP-EMRK hat der EGMR zwar in seiner Judikatur auch nicht betragsabhängige Sozialleistungen als unter den Anwendungsbereich des Art 1 1. ZP-EMRK fallend angesehen, doch hatte sich der VfGH bis dato nur zu durch eigene Beiträge finanzierte Sozialleistungen zu äußern. Vgl zum Spannungsverhältnis zwischen pauschalierenden Kürzungen der Mindestsicherung und Art 1 1. ZP-EMRK (iVm Art 14 EMRK) *Sußner*, juridikum 2017, 216.

51 VfSlg 19.913/2014.

52 VfSlg 19.913/2014; vgl auch VfSlg 15.281/1998.

53 Vgl § 6 Abs 2a Z 1 NÖ MSG, LGBGl 2011/59 idF LGBl 2016/103; vgl auch Art 13 Abs 3 Z 2 der bereits außer Kraft getretenen 15a-Vereinbarung, BGBl I 2010/96.

54 Vgl *Pfeil*, (Vorläufiges) Aus für die einheitliche Mindestsicherung, ÖZPR 2017, 24 (25).

55 Vgl EGMR 27.9.2011, 56328/07, *Bah/Vereinigtes Königreich* Rn 40.

56 Vgl ua VfSlg 15.936/2000.

richtlichen Entscheidungsfindung sein.[57] Dabei muss bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Wohl des Kindes als vorrangiger Gesichtspunkt Berücksichtigung finden.

3.3. BVG Kinderrechte als Interpretationsmaxime

Das BVG Kinderrechte[58] normiert in seinem Art 1, dass jedes Kind „Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für sein Wohlergehen notwendig sind, auf bestmögliche Entwicklung und Entfaltung, sowie auf die Wahrung seiner Interessen auch unter dem Gesichtspunkt der Generationengerechtigkeit [hat]. Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein." Mit diesem Bundesverfassungsgesetz wurden Teile der UN-Kinderrechtskonvention[59] im Rang von österreichischem Verfassungsrecht verankert.[60] Dabei ist es diskussionswürdig, inwiefern durch das BVG Kinderrechte verfassungsgesetzlich gewährleistete und durchsetzbare soziale Rechte normiert werden. *Adamavich/Funk/Holzinger/Frank* sehen in den Bestimmungen des B-VG Kinderrechte vorwiegend Ansprüche mit programmatischen Charakter, so eben auch in Art 1 leg cit.[61] Dagegegen sind etwa *Klaushofer/Schäffer* der Meinung, dass zumindest Art 1, 2 und 6 BVG Kinderrechte expressis verbis soziale Grundrechte als verfassungsgesetzlich gewährleistete durchsetzbare Rechte garantieren.[62] Der VfGH hat bisher Satz 2 von Art 1 BVG Kinderrechte als Interpretationsmaxime in seiner Rechtsprechung herangezogen.[63] Das Kindeswohl, wie es sich aus Art 1 BVG Kinderrechte aber auch aus Art 8 EMRK ergibt, wird damit zu einem wesentlichen verfassungsrechtlichen Auslegungsmaßstab für vielfältige Rechtskonstellationen.[64] Dabei kommt dem in Art 1 BVG Kinderrechte verankerten Grundrecht nicht nur der Charakter einer Interpretationsmaxime für die Gerichtsbarkeit und Verwaltung zu, sondern es stellt auch eine Maxime der Gesetzgebung dar.[65] Diese verfassungsrechtlich normierte Werteentscheiung zugunsten des Kinderrechtsschutzes verpflichtet daher auch den Landesgesetzgeber, die Förderung und den Schutz des Kindes bei der Ausgestaltung der Mindestsicherungssysteme zu berücksichtigen.[66]

---

57 Vgl EGMR 28.6.2011, 5557/09, *Nunez/Norwegen* Rn 84.
58 Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, BGBl I 2011/4.
59 Übereinkommen über die Rechte des Kindes, BGBl 1993/7 idF BGBl III 2016/187.
60 ErlIA 935/A 24. GP 3.
61 *Adamavich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht III – Grundrechte[2] (2015) Rn 41.030-01.
62 *Klaushofer/Schäffer*, Zur Problematik sozialer Grundrechte, in *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte VII/1 (2014) § 20 Rn 12; siehe hier auch *Weber*, Das BVG über die Rechte von Kindern, in FS Berka (2013) 263ff.
63 Vgl *Rebhahn*, Sozialleistungen an „international Schutzberechtigte und Schutzsuchende" (Gutachten 2016) S 27 f; vgl auch VfSlg 20.018/2015.
64 *Berka*, Verfassungsrecht[6] (2016) Rn 1406a.
65 *Weber* in FS Berka 274.
66 *Fuchs*, Kinderrechte in der Verfassung: Das BVG über die Rechte von Kindern, JBÖR 2011, 91 (99).

Art 1 BVG Kinderrechte ist daher jedenfalls als Auslegungsmaßstab bei der Beurteilung einer sachlichen Rechtfertigung von Regelungen, die insb die Ansprüche von Kindern betreffen – wie dies gerade bei einer starren Deckelung der Fall ist – heranzuziehen.[67]

3.4. Leistungen im Wege des Privatrechts

Die durch eine Deckelung entstehenden gesetzlichen Härten kann die Verwaltung zum Teil dadurch abschwächen, dass die einzelnen Landesgesetze die Möglichkeit der Gewährung von Mindestsicherungsleistungen im Wege des Privatrechts vorsehen, insofern dies zur Vermeidung von Härtefällen notwendig erscheint. So sieht etwa § 13 NÖ MSG vor, dass Sonderbedarfe im unbedingt erforderlichen Ausmaß durch Zusatzleistungen im Rahmen des Privatrechts gedeckt werden können, wenn dies aufgrund der persönlichen oder familiären Verhältnisse zur Vermeidung sozialer Härten geboten erscheint. Dabei ist zu beachten, dass es sich hierbei lediglich um „Kann-Bestimmungen" handelt und es daher an einem vom Individuum durchsetzbaren Rechtsanspruch fehlt. Insb in Hinblick auf eine Deckelung der Mindeststandards können hierbei Rechtsschutzlücken entstehen,[68] die dem Grundrechten immanenten Gedanken verfahrensrechtlicher Durchsetzbarkeit widersprechen.[69]

Das deutsche BVerfG hat zu Sozialhilfeleistungen bereits ausgesprochen, dass „die Gewährleistung eines Existenzminimums durch einen gesetzlichen Anspruch gesichert sein [muss]."[70] Dabei dürfen Hilfsbedürftige auch nicht auf freiwillige Leistungen des Staates oder Dritter verwiesen werden, wenn deren Erbringung nicht ein subjektiver Rechtsanspruch der Hilfsbedürftigen gegenübersteht.[71] Auch im österreichischen Rechtssystem müssen Verwaltungsakte, die erhebliche Rechtswirkungen haben bzw in die Rechtssphäre des Individuums eingreifen grds als Bescheid ausgestaltet sein, sodass diese letzten Endes auch bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts bekämpfbar sind.[72] Es eröffnet sich daher ein Spannungsfeld zum Rechtsstaatsprinzip, das darin gipfelt, dass „alle Akte staatlicher Organe im Gesetze und mittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein müssen und ein System von Rechtsschutzeinrichtungen die Gewähr dafür bietet, daß nur solche Akte in ihrer rechtlichen Existenz dauernd gesichert erscheinen, die in Übereinstimmung mit den sie bedingenden Akten höherer Stufe erlassen wurden."[73] Demnach müssen Rechtsschutzeinrichtungen ein Mindestmaß an faktischer Effizienz für die RechtsschutzwerberInnen aufweisen.[74] Der VfGH hat allerdings bisher zu

67 *Pfeil*, ÖZPR 2017, 25.
68 *Weichselbaum*, ksoe-Nachrichten 2015, 1.
69 *Berka*, Verfassungsrecht[6] Rn 1156.
70 BVerfG 09.02.2010 1 BvL 1/09 ua Rn 136.
71 BVerfG 09.02.2010 1 BvL 1/09 ua Rn 136.
72 *Pöschl*, Gleichheit 790.
73 Vgl VfSlg 2455/1952, 8279/1978, 11.196/1986.
74 VfSlg 11.196/1986.

der Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Mindestsicherungsgewährung im Wege der Privatwirtschaftsverwaltung noch keine klare Positionierung vorgenommen.[75]

4. Schlussbemerkungen und Ausblick

Die Mindestsicherung stellt als unterstes sozialrechtliches Existenzminimum den Mindeststandard dessen dar, was für die Gewährleistung eines menschenwürdigen Lebens als notwendig erachtet wird. Eine starre und pauschale Deckelung dieser Mindeststandards scheint daher nicht mit den durch den VfGH entwickelten verfassungsrechtlichen Kriterien in Einklang zu stehen und widerspricht auch der Bedarfsorientierung und der Subsidiarität, welche leitende Prinzipien der Bedarfsorientierten Mindestsicherung darstellen. Des Weiteren erscheint es problematisch, inwiefern durch die landesgesetzlich verfügten und mannigfaltigen Sozialleistungskürzungen der einem Sozialstaat innewohnende Gedanke der sozialen Gerechtigkeit nicht zumindest teilweise in Frage gestellt wird.[76]

In Hinblick auf pauschalierende Leistungskürzungen, die durch die Landesgesetzgeber einiger Bundesländer verfügt wurden, ergeben sich gravierende verfassungsrechtliche Bedenken, die sich als rechtfertigungsbedürftig darstellen. Die Landesgesetzgeber begründen die eingeführten Deckelungen der Mindestsicherung zum einen mit den derzeitigen ‚steigenden Flucht- und Migrationsbewegungen' und zum anderen mit einer daraus resultierenden Belastung des von der öffentlichen Hand finanzierten Sozialsystems.[77] Allerdings haben die hier angestellten Überlegungen gezeigt, dass budgetmotivierte Kürzungen nicht grundsätzlich wirtschaftlich Schwächere stärker treffen dürfen. Eine Klärung werden letztlich die österreichischen Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts geben müssen.

Mag.[a] Marina Kaspar ist Universitätsassistentin prae doc am Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht an der Wirtschaftsuniversität Wien; marina.kaspar@wu.ac.at

75 Vgl VfSlg 19.716/2012.

76 *Pfeil*, ÖZPR 2017, 24.

77 Vgl bspw Antrag betreffend Änderung des NÖ MSG vom 20.10.2016, Ltg-1146/A-1/79-2016, 1, 9: http://www.landtag-noe.at/service/politik/landtag/LVXVIII/11/1146/1146A1.pdf (31.7.2017).

Thema: Verfassungsumbrüche

Vorwort der Gastherausgeber

Andreas Wöckinger / Lorenz Dopplinger

„Was einst als Patentlösung galt, erscheint uns heute nur mehr als hohles Gefäß – die Demokratie."[1] Zu diesem drastischen Befund kamen *Broucek und Wagner* im juridikum 1/2013: Neben der Weltwirtschaft sahen sie schon damals auch die Demokratie im Krisenzustand. Heute, vier Jahre später, ist dieser Befund nicht nur nach wie vor aufrecht; die Krise hat sich sogar noch zugespitzt. Sie offenbart sich zunächst in einer wachsenden Anziehungskraft rechter Demagog_innen und vermeintlich „starker Führer": Die Übernahme der Regierung durch rechte politische Bewegungen in Ungarn und Polen, aber auch der (Wieder-)aufstieg rechter politischer Parteien im deutschsprachigen Raum kann als Reaktion auf die andauernde Krise des Wirtschaftssystems gelesen werden.[2] Spätestens seit der Wahl *Donald Trumps* zum Präsidenten der Vereinigten Staaten von Amerika im November 2016 ist unübersehbar, dass sich die Krise der Demokratie keineswegs bloß auf wenige einzelne Staaten beschränkt oder ein europäisches Phänomen darstellt – vielmehr hat sie die liberale Demokratie „westlichen" Musters als solche fest im Griff. Die Krise erschöpft sich jedoch nicht in einem Vertrauensverlust der Bürger_innen in demokratische Prozesse, sondern manifestiert sich mittlerweile auch in den Rechtsordnungen demokratischer Staaten. Dieser Wandel kommt auf verschiedene Weise zum Ausdruck: Vielerorts lässt sich ein fortschreitender Trend zum Überwachungsstaat feststellen, so auch in Österreich.[3] Zusätzliche Befugnisse der (Sicherheits-)Polizei machen freilich nur einen Aspekt der facettenreichen Verschiebungen im Kräfteverhältnis der Institutionen aus. Obschon diese Prozesse im Detail divergieren, werden dabei in aller Regel die Parlamente und die Judikative geschwächt und die Exekutive gestärkt. In den letzten Jahren hat diese Entwicklung qualitativ wie quantitativ ein besorgniserregendes Niveau erreicht.

1 *Broucek/Wagner*, Thema: Demokratie in der Krise, juridikum 2013, 37.
2 *Prokla Redaktion*, Der globale Kapitalismus im Ausnahmezustand, PROKLA 2016, 518ff.
3 Vgl *Adensamer/Sagmeister*, Die Ausweitung von Polizeibefugnissen und deren politische Dimensionen, juridikum 2016, 516ff.

Die Untersuchung dieses Phänomens beginnt im vorliegenden Schwerpunkt auf Ebene der Europäischen Union. *Martina Augustin* geht der Frage nach, wie sich die als Reaktion auf die Euro-Krise ergriffenen Maßnahmen auf das Verfassungsgefüge der Union ausgewirkt haben. Sie zeigt auf, dass sich die Machtbalance im Allgemeinen zugunsten exekutiver Akteur_innen verschoben und sich das Demokratiedefizit der Union verschärft hat.

Danach nehmen *Raphaël Bouteau* und *Karol Felsner* Frankreich, das Mutterland der europäischen Demokratie, in den Blick: Sie widmen sich dem seit nunmehr fast zwei Jahren geltenden Ausnahmezustand und der teilweisen Derogation der Europäischen Menschenrechtskonvention. Die Autor_innen stellen dabei einen Zusammenhang zwischen der kolonialen Vergangenheit Frankreichs, insb dem Algerienkrieg, und den nun verwendeten Ausnahmeregelungen her. Sie zeigen auf, wie Instrumente des Ausnahmezustands sukzessive in die „normale" Rechtsordnung einfließen und so konserviert werden.

Anschließend untersucht *Ceren Uysal* die Verfassungsänderung in der Türkei während des dort herrschenden Ausnahmezustands, wobei sie nach dem Verhältnis der neuen Verfassung und der anhaltenden Unterdrückung der politischen Opposition in der Türkei fragt. *Uysal* attestiert der Türkei eine fundamental gewandelte Verfassungslandschaft, die auf die Bedürfnisse der AKP-Regierung und des türkischen Staatspräsidenten *Recep Tayyip Erdoğan* zugeschnitten ist.

Martin Hiesel analysiert in seinem Beitrag schließlich den Prozess der Ernennung von Richter_innen des US-Supreme Court. Bei diesem wichtigen Verfahren kam es in diesem Jahr zum ersten Mal in der Geschichte der USA zu verfahrensrechtlichen Änderungen, deren Folgen für das politische System der USA derzeit noch schwer absehbar sind. Gerade in einer Rechtsordnung mit einer de facto sehr starren Verfassung kommt der Besetzung des Höchstgerichts, das zu ihrer letztverbindlichen Auslegung berufen ist, entscheidende Bedeutung zu.

Die vorliegenden Beispiele umfassen formale Änderungen von Verfassungen ebenso wie den Wandel verfassungsrelevanter Prozesse oder grundlegende Umbrüche der Grundrechtsjudikatur. Die Umstrukturierung des bestehenden Konstitutionalismus erfolgt auf diversen Ebenen und mit unterschiedlichen Instrumenten. Welche Auswirkungen die autoritäre Wende des Verfassungsgefüges haben wird, ist derzeit noch kaum absehbar. Bislang zeichnet sich jedenfalls kein Ende dieser Bewegung ab, die eine Erosion des Rechtsstaates und der Gewaltenteilung sowie immer extensivere Einschränkungen individueller Rechtspositionen vorsieht. Es bleibt zu hoffen, dass sich dieser Trend als Intermezzo und nicht als neue Normalität des demokratischen Verfassungsstaates erweist.

Mag. Andreas Wöckinger arbeitet im Referat für Sozialpolitik der Österreichischen HochschülerInnenschaft und ist Mitherausgeber des juridikum; andreas.woeckinger@oeh.ac.at

Mag. Lorenz Dopplinger arbeitet im Verfassungsdienst des Bundekanzleramtes und ist Redaktionsmitglied des juridikum; lorenz.dopplinger@univie.ac.at

Institutional Winners and Losers of the Euro Crisis

Martina Augustin

1. Introduction

This paper is devoted to the implications of the Euro crisis on the institutional balance in the European Union (EU). It seeks to answer the question of which institutions benefitted from the crisis and which were on the "losing" side. The analysis is restricted to the illustration of some of the major shifts of powers that have taken place. It claims that the crisis led to a strengthening of the European Commission (Commission), the European Council (EC) and the European Central Bank (ECB), while the influence of the European Parliament (EP or Parliament) was limited. Simultaneously, the role of the National Parliaments (NPs) has been strengthened at the EU level. What these shifts of powers imply for the institutional balance and for the EU system of democratic legitimacy in general, is debated in the following pages.

Opinions differ on the legal nature and scope of the concept of institutional balance in the EU.[1] The concept is not explicitly mentioned in the Treaties. They merely state that the EU institutions must act 'within the limits of the powers conferred on [them].'[2] The European Court of Justice (ECJ) referred to institutional balance as the need for the institutions to exercise their powers 'with due regard for the powers of the other institutions'.[3] However, the power-balance between EU institutions is not a rigid concept. It has been subject to continuous change. According to *Craig* these changes illustrate the shifting normative assumptions regarding what institution should hold legislative and executive powers and how the balance should be designed between them.[4]

At the beginning of the European integration process, the powers were primarily shared between the Commission, the Council of the EU (Council) and the Parliament: in this order of significance. Due to the ongoing centralisation of national competences in Brussels, a reciprocal need emerged to enhance democratic legitimacy in the EU. In response,

1 Merijn Chamon, 'The Institutional Balance, an Ill-Fated Principle of EU Law?' (2015) 21 EPL 371; Simone Gabbi, 'The Principle of Institutional (Un)Balance after Lisbon' (2014) 5 EJRR 259; Jean-Paul Jacqué, 'The Principle of Institutional Balance' (2004) 41 CMLRev 383.

2 Consolidated Version of the Treaty on European Union (TEU) [2008] OJ C115/13, Art 13(2).

3 Case C-133/06 *Parliament v Council* [2008] ECR I-3189, para 57 and Mark Dawson and Floris de Witte, 'Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis' (2013) 76 MLR 828.

4 Paul Craig, 'Institutions, Power, and Institutional Balance' in Paul Craig and Grainne d Búrca (eds), *The Evolution of EU law* (2011) 41.

the balance between the institutional triangle was adjusted in favour of the only directly elected institution: the EP.[5] It continuosly gained legislative powers since the adoption of the Single European Act and the Maastricht and Lisbon Treaties.[6]
In times of the Euro crisis, the empowerment of the EP has seemingly been put to a stop. In contrast, the role of the EC has been significantly strengthened. This has shed new light on the balance of powers between the institutions.[7] Even though changes to the allocation of powers have a rich history in the EU, a certain balance between the institutional actors is required. This balance secures the various interests that are at stake in the EU. Each institution represents different interests in the decision-making process: the EP directly represents the individual European citizens' interests, while the Council and the EC does so in an indirect manner. In contrast, the Commission assuming the role of a politically independent institution safeguards supra-national interests.[8] Ultimately, a decision taken at the EU level should be taken in equilibrium between the different institutional players. Creating a balance between them attributes to increase the legitimacy and accountability of the EU.[9]

2. Responses to the Euro Crisis

The Euro crisis allegedly affected the economic health of the EU, its Member States (MS) and the value of the single currency. In order to avert greater damage, the MS wanted to provide financial support to the indebted MS. The Treaties, however, did not offer many options: originally, Art 123-126 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU),[10] the Euro convergence criteria as well as the Stability and Growth Pact (SGP)[11] were thought to be sufficient to ensure financial stability in the European Economic and Monetary Union (EMU).
The European Economic union was based on the idea of exchanging national liability for retaining national economic autonomy. Therefore, direct financial aid to the MS was not an option (particularly because of the no-bailout clause of Article 125 TFEU). Providing financial support without violating the Treaties became the new challenge. It required a significant amount of legal improvisation and legal experimentation followed.[12]

---

5 Jacqué (n 1) 388–389; Vivien Schmidt, 'Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output and 'Throughput'' (2013) 61 Polit Stud 2.
6 Cristina Fasone, 'European Economic Governance and Parliamentary Representation. What Place for the EP?' (2014) 20 ELJ 164; Bruno de Witte and others, 'Legislation after Lisbon: New Opportunities for the EP' (2010) 26ff <http://www.eui.eu/Projects/EUDO/Documents/EUDO-LegislatingafterLisbon(SD).pdf> accessed 1 August 2017.
7 Chamon (n 1) 391.
8 TEU, Art 10(2) and 17.
9 Dawson and Witte (n 3) 829; Martin Nettesheim, 'Kompetenzen' in Armin von Bogdandy and Jürgen Bast, *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge* (2009) 407–408.
10 TFEU [2012] OJ C326/47.
11 Regulation (EC) 1466/97 of 7 July 1997 and Regulation (EC) 1467/97 of 7 July 1997.
12 Kaarlo Tuori and Klaus Tuori, *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis* (2014) 89f.

A brief overview of the main responses to the Euro crisis is provided, classifying them in financial assistance measures and measures enforcing economic coordination and budgetary discipline. The overview offers insights in the main implications of the crisis on the EMU legal framework and allows a first glimpse into the major shifts of powers that have taken place between the EU institutions.

2.1. Financial Assistance

The European Financial Stabilisation Mechanism (EFSM), the European Financial Stability Facility (EFSF) and the International Monetary Fund (IMF) provided financial support to MS in financial distress.[13] Yet, these rescue mechanisms were not enough to reassure the markets. In response, the Euro MS signed an international agreement establishing the European Stability Mechanism (ESM). Entering into force in 2012, the ESM assumed the tasks of the former EFSF and EFSM, but went beyond as it worked on a permanent basis with greater lending capacity.[14]

Later on, the ESM was also incorporated into the Treaties. For that purpose, Article 136 TFEU was amended via the simplified revision procedure.[15] Concerns were raised regarding the conformity of the ESM with EU law.[16] Two of the main challenges to legality concerned the competence to create the ESM as an institution outside of the EU legal framework and the ESM's compatibility with the no-bailout clause. In *Pringle*,[17] the ECJ held that the MS could establish the ESM, because it was not covered by an EU competence and complied with EU law due to its conditionality approach.[18] Regarding the no-bailout clause, the ECJ held that the ESM had a purely voluntary character. If the MS wanted to provide financial support, they should not be prevented. The Court interpreted the no-bailout clause in a rather dynamic way to ensure the legality of the ESM.[19]

When it comes to providing financial assistance to the indebted MS, the ECB also has to be mentioned. Due to the asymmetric design of the EMU, the ECB mandate is limited to monetary policy. The primary objective of the ECB is to ensure price stability in

13 Alicia Hinarejos Parga, *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective* (2015) 24.

14 Paul Craig, 'Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications' in Maurice Adams, Federico Fabbrini and Pierre Larouche (eds), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints* (2014) 21.

15 TEU, Art 48(6).

16 Angelos Dimopoulos, 'The Use of International Law as a Tool for Enhancing Governance in the Eurozone and its Impact on EU Institutional Integrity' in Maurice Adams, Federico Fabbrini and Pierre Larouche (eds), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints* (2014) 44f; Jonathan Tomkin, 'Contradiction, Circumvention and Conceptual Gymnastics: The impact of the adoption of the ESM treaty on the state of European Democracy' 14 GLJ 170.

17 Case C-370/12 *Pringle v Government of Ireland and Others* [2012] ECJ.

18 *Pringle*, paras 64-69 and Hinarejos Parga (n 13) 26–29.

19 For details see: Alicia Hinarejos, 'The Court of Justice of the EU and the legality of the European Stability Mechanism' (2013) 72 CLJ 237 and Albrecht Weber, 'Europa- und völkerrechtliche Elemente der Gewährleistung von Haushaltsdisziplin in der Währungsunion' (2013) 4 EuR 381.

the Eurozone.[20] For that purpose, the ECB can issue measures such as setting interest rates. However, it cannot directly provide financial assistance to the EU or the MS (due to the prohibition of monetary financing).[21] Nevertheless, the ECB provided support through the Outright Monetary Transactions (OMT) programme: a programme that allows purchases of government bonds on the secondary sovereign bond market.[22]
The programme's legality was challenged by the German Federal Constitutional Court (*BVerfG*).[23] The *BVerfG* argued *inter alia* that the OMT programme was exceeding the ECB's limited mandate. In *Gauweiler,*[24] the ECJ held that the OMT programme was a monetary measure, thus covered by the EU competence and ECB mandate. The decision proved that certain Treaty provisions leave considerable room for interpretation. It further caused uncertainty concerning the distinction between the monetary and economic competences. Some scholars understandably fear a non-justifiable expansion of the ECB's authority.[25] The *BVerfG* reluctantly accepted the judgment: 'the programme does not "manifestly" exceed the competences attributed to the European Central Bank', but it has kept a close eye on the compatibility of the ECB's policies with EU law ever since.[26]

2.2. Strengthening European Economic Governance

The new options for receiving financial support required the enhancement of budgetary discipline among the MS. In 2010, the EC released the so-called "Van Rompuy-Plan":[27] a report aiming to strengthen economic governance in the Eurozone. In 2011, the heads of states of the Eurozone introduced the EuroPlus Pact,[28] a political commitment regarding the sustainability of public finances. Both agreements were soft-law documents by nature. Even though the EC's function is limited to set general guidelines for legislative proposals, the Van-Rompuy Plan and the EuroPlus Pact offered specific recommendations and left little room for discretion to the Commission.

---

20 TFEU, Art 127.
21 Ibid Art 123.
22 European Central Bank, 'Technical features of Outright Monetary Transactions: Press Release 6 September 2012' <http://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html> accessed 1 August 2017.
23 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Januar 2014 (2 BvR 2728/13) paras 1-24.
24 Case C-62/14 *Gauweiler and Others* [2015] and ECJ Press Release No 70/15 of 16 June 2015 .
25 Clemens Kaupa, *The Puralist Character of the European Economic Constitution* (2016) 328–389; Florian Sander, 'Case C-62/14 Gauweiler and Others: The Limits of Monetary Policy in Light of the Outright Monetary Transactions (OMT) Program' 2015 CJEL 534; Hinarejos Parga (n 13) 21ff and 100f; Stefania Baroncelli, 'The Independence of the ECB after the Economic Crisis' in Maurice Adams, Federico Fabbrini and Pierre Larouche (eds), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints* (2014) 125f.
26 BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 (*2 BvR 2728/13)* para 190 and Press Release No. 34/2016 of 21 June 2016 and see BVerfG, Beschluss des zweiten Senats vom 18. Juli 2017 (2 BvR 854/15).
27 Report by the Task Force of the EC, 'Strengthening Economic Governance in the EU' (21 October 2010).
28 EC Conclusions (24/25 March 2011) <https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/120296.pdf> accessed 1 August 2017.

In 2011, the Commission proposed the legislative Six-Pack.[29] It very much resembled the above-mentioned proposals of the EC. To mention its main novelties: First, the Six-Pack introduced the macroeconomic imbalances procedure. Now, if a macroeconomic imbalance occurs in a MS, the Commission and the Council can advise the MS on how to proceed. In a case where the MS remains resistant to advice, the MS may be sanctioned. Second, the Six-Pack enhanced the sanction regime in the EU governance framework. Now, to prevent a sanction against a MS, a qualified majority is required in the Council. Thereby, the qualified majority voting was reversed. This led to a strengthening of the Commission's role in the sanction regime and contributed to the regime's overall effectiveness. Third, the Pack aimed to improve the framework of coordination and control over national policies. To achieve this, the European Semester was created: an annual cycle within which the control and coordination processes take place.[30]

The later adopted Two-Pack[31] enhanced EU governance over national budgetary policies. The Euro MS must now submit draft budgetary plans to the Commission. In turn, the Commission may suggest revising the budgetary plans. Even though the Commission's recommendations are not legally binding, the Euro MS may face sanctions under the excessive deficit procedure if they fail to comply. The Two-Pack considerably limits national budgetary autonomy.[32]

In December 2011, the heads of states of the Eurogroup issued an official statement to further foster budgetary discipline.[33] Originally, the intention was to incorporate a new Fiscal Treaty in the EMU framework, requiring a Treaty change. However, due to the resistance of some MS, the Treaty on Stability, Coordination and Governance (Fiscal Compact) was adopted outside of the EU legal framework. All MS signed, apart from the UK and the Czech Republic. The Fiscal Compact introduced the so-called "balanced budget" rule, stating that the contracting states' budgets must be in balance or in surplus.[34] The Fiscal Compact confirms the trend towards enforcing budgetary discipline among the MS as a way of tackling the crisis and to prevent future ones.

The above-mentioned crisis measures were adopted within and outside of the EU legal framework. They led to significant changes to the EMU framework taking place without a significant Treaty amendment. First, new mechanisms for financial assistance were introduced providing new tools to support the MS. Second, the European economic governance framework was strengthened by creating and enforcing EU control mechanisms

29 Regulation (EU) 1173/2011 of 16 November 2011; Regulation (EU) 1174/2011 of 16 November 2011, Regulation (EU) 1175-1177/2011 of 8 November 2011 and Council Directive 2011/85/EU of 8 November 2011.

30 Nicolas de Sadeleer, 'The New Architecture of the European Economic Governance: A Leviathan or a Flat-Footed Colossus?' (2012) 19 MJ 364; Walter Obwexer, 'Das System der „Europäischen Wirtschaftsregierung" und die Rechtsnatur ihrer Teile: Sixpack – Euro-Plus-Pakt – Europäisches Semester – Rettungsschirm' (2012) 67 ZÖR 229f.

31 Regulation (EU) 472/2013 of 21 May 2013 and Regulation (EU) 473/2013 of 21 May 2013.

32 Hinarejos Parga (n 13) 32.

33 EC, Statement by the euro area Heads of State or Government (9 December 2011) 1 <https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/126658.pdf> accessed 1 August 2017 and ibid 37.

34 Fiscal Compact Art 3(1).

over national economic and budgetary policies. The following section illustrates how these responses to the crisis had an impact on the division of powers between the EU institutions and the interplay between them.

3. Disturbing the Institutional Balance

In the system of European Governance, the EC, the Commission and the Council as well as the EP play a leading role. The EC provides political guidelines for the legislative bodies. The Commission enjoys the formal monopoly of legislative initiative, ensures the implementation of EU law and negotiates intergovernmental treaties. The Council sets the general policy guidelines (based on the EC's conclusions) for the coordination of economic policies.[35] Together with the EP, the Council also acts as a co-legislature and as an executive actor.[36] This section reveals some of the crisis's main implications on the role of the Commission, the EC, the ECB and the parliaments, both: the European and the national ones.

3.1. The Empowerment of the Commission and the European Council

In the early days of the Euro crisis the Commission evolved to be an institutional winner. With its monopoly of legislative initiative,[37] it played a key role in the adoption of the Six-Pack and Two-Pack. Within the European Semester, the Commission now supervises national budget plans and proposes modifications.[38] Thereby, its monitoring role in the field of national economic and budgetary policies has been significantly strengthened. The Commission also gained a better standing vis-à-vis the Council due to the reversed majority voting; as already mentioned, now only a qualified majority in the Council can prevent a sanction that was proposed by the Commission. Consequently, the Commission gained importance in the European economic governance framework.
The empowerment of the EC is even more striking. Its continuously increasing influence is particularly significant as it formally became an official institution only in 2009.[39] In general, the EC defines 'the general direction and priorities' of the Union.[40] It has no legislative function; regarding the EMU, it sets the economic agenda together with the Council and the Eurogroup. Despite its limited powers, the EC introduced very detailed soft-law documents such as the Van Rompuy-Plan that restricted the Commission's monopoly of legislative initiative. During the crisis, the Commission has been reduced to

35 TFEU, Art 121(2).
36 Deirdre Curtin, 'Challenging Executive Dominance in European Democracy' (2014) 77 MLR 1.
37 TEU, Art 17(2).
38 Federico Fabbrini, 'Austerity, the EC, and the Institutional Future of the European Union: A Proposal to Strengthen the Presidency of the EC' (2015) 22 IJGLS 286.
39 TEU, Art 13(1).
40 ibid Art 15(1).

an implementing agency of the EC's suggestions. In that regard, the Commission lost influence vis-á-vis the EC.[41]

The Commission and the EC have been strengthened in the aftermath of the Euro crisis. Of course, they were not the only ones, because the role of the ECB has also grown particularly due to the introduction of the OMT programme. The question remains: What contributed to this empowerment? One of the reasons was the reform of the EU governance framework that provided new tasks in the field of economic and budgetary policies. Another reason has been correctly seen in the increase of intergovernmental agreements.[42] Although intergovernmental treaties have been used as legal instruments in the European integration process before (eg the Schengen Agreement and Schengen Convention), they can be considered a novelty with regard to the EMU.[43]

At the beginning, EU crisis measures and institutions – such as the Six-Pack and Two-Pack as well as the EFSM – were still established within the EU legal framework.[44] In contrast, the EFSF and later-established ESM and the Fiscal Compact were set up as intergovernmental treaties. Even if located outside of the EU legal framework, the ESM and Fiscal Compact remain significantly linked to the EU: They make use of EU institutions. The ESM Treaty "borrows" the Commission, the ECB and the ECJ. The former two decide on the financial assistance requests of MS in need. The Commission and the ECB are also involved in negotiating the Memoranda of Understanding that specify the conditions for financial assistance.[45] Additionally, the Commission monitors the fulfilment of the conditionality criteria linked to financial assistance.[46] In regard to the Fiscal Compact, once again the Commission plays a leading role. It supervises the implementation of the 'debt brake rule' into national law.

The ESM and Fiscal Compact led to a situation where a group of MS can decide to strengthen or widen the tasks of single EU institutions, via the adoption of intergovernmental agreements. The use of institutions outside of the EU legal framework has been controversially debated.[47] In *Pringle*, the referring Court asked whether the allocation of powers by the ESM to the Commission, the ECB and the ECJ was compatible with the Treaties. The ECJ followed previous case-law[48] by stating that the use of EU institutions was lawful, if two requirements were met: First, the allocation of powers had to

41 Curtin (n 36) 7.

42 Hinarejos Parga (n 13) 87.

43 Bruno de Witte, 'Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?' (2015) 11 EuConst 439.

44 Craig, 'Economic Governance and the Euro Crisis' (n 14) 25.

45 ESM Treaty, Art 16 and 13; Paul Craig, 'Pringle and Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance' (2013) 9 EuConst 265.

46 ESM Treaty, Art 13(7).

47 Craig, 'Pringle and Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework'(n 45) 265; Alicia Hinarejos, 'The Court of Justice of the EU and the Legality of the European Stability Mechanism' (2013) 72 CLJ 237.

48 Joined Cases C-181/91 and C-248/91 *Parliament v Council and Commission* [1993] ECR I-3685; C-319/91 *Parliament v Council* [1994] ECR I-625; C-70/88 *Parliament v Council* [1990] ECR I-2041.

concern an area where the EU had no exclusive competence. Second, the allocation of powers did not 'alter the essential character of the powers' assigned to the EU institutions by the Treaties.[49] As above-mentioned, the ECJ held that the ESM did not concern an area where the EU had an exclusive competence. Regarding the second requirement the ECJ stated that the Commission and the ECB had no actual decision-making powers; their decisions only oblige the ESM, not the MS. The Court concluded that due to the lack of commitment on the MS, the powers allocated to the Commission and the ECB did not 'alter the essential character of the powers conferred on those institutions' by the Treaties.[50]

Even though the ECJ held that the use of EU institutions from outside of the EU legal framework was in conformity with EU law, it remains problematic.[51] The Commission and the ECB benefitted from the allocation of powers while the EP was left out. This development raises doubts on the legitimacy of decisions taken at the EU level,[52] but also within intergovernmental bodies such as the ESM. One way to meet this concern is to closer involve the parliaments in the decision-making processes. However, as it is demonstrated below, in respect to the EP, this was not the case.

3.2. The European Parliament as one of the Losers

The trend towards an empowerment of the EP has discontinued, at least when it comes to the new system of European economic governance.[53] This does not mean that the role of the EP within the governance framework was particularly strong before the crisis. The EP was not even mentioned in the regulations laying down the Stability and Growth Pact. Yet, in that regard, it was able to put itself in a slightly better position. When the Pact was reformed, the EP actively participated in adopting the Six- and Two-Pack as a co-legislator.[54] It is now involved in the so-called Economic Dialogues that are frequently held during the European Semester. These dialogues aim to encourage the institutions and national representatives to engage in regular discussions on respective decisions in the context of the European Semester. The EP also receives information and is consulted on certain occasions.[55] In addition, a system of inter-parliamentary cooperation was introduced to strengthen the cooperation between the EP and the NPs.[56]

However, these initiatives were inadequate to bring true empowerment to the EP. In fact, the EP has no actual power to act within the system of European economic governance.

---

49 *Pringle*, para 158 and Hinarejos Parga (n 13) 94.
50 *Pringle*, paras 162 and 165.
51 Craig, 'Pringle and Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework' (n 45) 283.
52 Hinarejos Parga (n 13) 95.
53 Fasone (n 6) 164.
54 Ibid 171–172.
55 TFEU, Art 121(2), 126(11) and (14); Tuori and Tuori (n 12) 213ff.
56 Protocol No 1 on the Role of National Parliaments in the European Union (Protocol 1) [2004] OJ C310/204, Art 9f.

The task of controlling national economic and budgetary policies is primarily shared between the Commission, the Council and the EC.[57] In contrast to these institutions, the EP was not able to reinforce its position. Quite on the contrary, its role appears to be that of a silent observer.

The limited role of the EP is evermore striking in respect to the new intergovernmental agreements. The EP raised serious concerns against their establishment outside of the EU legal framework. It remained unheard, however. Dealing with intergovernmental treaties, the EP is not legally required to be consulted. In fact, it was not involved in the adoption process of the ESM and is not even mentioned in its text.[58] Regarding the Fiscal Compact, the EP participated more actively in its adoption. It requested numerous amendments before an agreement was reached on its final text. The involvement of the EP might have contributed to the outcome that the Fiscal Compact-rules resemble already existing EU measures such as the Six-Pack.[59]

The lack of parliamentary involvement is quite alarming. Even though the EP's role was not particularly strong in the system before the crisis, it was less troublesome: simply, because the mechanisms to enforce economic governance (in particular, the SGP) were not effective. This changed after the crisis. Due to new reversed qualified majority voting, the excessive deficit procedure received a semi-automatic character.[60] Thus, decisions taken at the EU level have a greater impact on national economic and budgetary policies. In consequence, the NPs' autonomy to decide on the budget was limited. Curtailing the parliaments' right to decide on the budget without ensuring democratic legitimacy of EU decisions taken in the field of budgetary policy is questionable.

3.3. The National Parliaments falling between the Stools

The analysis thus far has primarily focused on the crisis's impact on the division of powers between the EU institutions from a horizontal perspective. However, alongside the European integration process the vertical division of powers between the EU and the MS has gained importance. Increasing concern regarding an abuse of supranational power led to the inclusion of the principle of subsidiarity in the Maastricht Treaty.[61] The basic idea of subsidiarity is to limit the exercise of EU powers in areas which do not fall within an exclusive EU competence. The Amsterdam Protocol No 2 imposed an obligation on the Commission to justify proposed legislation in terms of subsidiarity and proportionality.[62]

---

57 Sadeleer (n 30) 377.
58 Fasone (n 6) 172.
59 ibid 173; Dimopoulos (n 16) 46-47; Craig, 'Economic Governance and the Euro Crisis' (n 14) 25.
60 Fasone (n 6) 173.
61 Treaty Establishing the European Community [2002] OJ C325/1, Art 5.
62 Protocol No 2 on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality (Protocol 2) [2010] OJ C83/206; Craig, 'Institutions, Power, and Institutional Balance' (n 4) 59.

The latter protocol, the Lisbon Treaty and the Lisbon Protocol No 1 on the role of National Parliaments particularly strengthened the role of NPs in regard to subsidiarity.[63] The Commission must send all legislative proposals to the NPs.[64] They can object to a proposed act, if it does not comply with subsidiarity.[65] In addition, the role of NPs within the EU democratic system has been explicitly recognised in the Treaties. Democratic legitimacy and accountability, as defined in the Treaties, is not exclusively guaranteed by the directly elected EP; the NPs also attribute to this task. They do so, because the national representatives of the MS in the EC and the Council are 'themselves democratically accountable either to their National Parliaments, or to their citizens'.[66] Through anchoring this definition in the Treaties, the role of NPs as EU institutions has changed. The NPs have undergone a process of Europeanisation:[67] They 'contribute actively to the good functioning of the Union',[68] they gained more access to information and new mechanisms of inter-parliamentary cooperation were created such as the European Parliamentary Week:[69] 'a forum for political dialogue' between the EP and the NPs within the European Semester on matters such as budgets and economic and monetary affairs.[70] Notice that these initiatives do not outweigh the powers the NPs have lost from a national constitutional perspective. As already indicated, the crisis measures limited the parliaments' autonomy regarding domestic economic and budgetary policies. For example: The Six- and Two-Pack curtailed the NPs' discretion when it comes to the adoption of national budgets. The obligation to submit budget plans to the Commission and subsequent recommendations from the Commission curtail national budgetary autonomy. In addition, intergovernmental measures such as the ESM and Fiscal Compact contributed to this limitation by introducing far-reaching financial obligations and the debt brake rule.

At first sight, the NPs appear to be the losers of the Euro crisis. However, looking at it from an EU law perspective they have been somewhat compensated for their loss of powers.[71] Still, these attempts do not make up for the limitation of national economic autonomy. Furthermore, empowering the NPs at the EU level is no adequate solution to address the lack of democratic legitimacy and accountability that has intensified within the EMU since the beginning of the Euro crisis.

---

63 Protocol 1 (n 56).
64 Protocol 2, Art 4.
65 Ibid Art 6; Craig, 'Institutions, Power, and Institutional Balance' (n 4) 76.
66 TEU, Art 10(2).
67 Davor Jančić, 'National Parliaments and EU Fiscal Integration' (2016) 22 European Law Journal 225.
68 TEU, Art 12.
69 Protocol 1 (n 56) Art 9f.
70 Jančić (n 67) 246.
71 ibid 236.

4. Conclusion

The responses to the Euro crisis strengthened the European economic governance framework and introduced new mechanisms to support financially distressed MS. One of the winners of these reforms was the EC. From its original function to lay down general EU directions and policies, it evolved to a semi-legislative initiator by introducing very detailed proposals for legislative acts. In that regard, the EC contested the Commission's monopoly of legislative initiative. The Commission, however, did not only lose, because its role within the sanction regime vis-à-vis the Council was enforced. The reversed majority voting strengthened the Commission's function as a guardian of EU deficit rules. When it comes to the EP, it is striking that the only directly elected institution is one of the losers of the Euro crisis. It is a relative loss that becomes most apparent when comparing the tasks that were assigned to the EC and the Commission, with the ones assigned to the EP, because the EP received almost none. Within the European economic governance framework, its role is merely consultative; it has no actual power to act. Outside of the EU legal framework the EP plays no significant role either. Moving from the EP to the NPs it appears that they are both: winners and losers of the Euro crisis, depending on one's legal perspective. They went through a process of Europeanisation, but from a national legal perspective they lost power in respect to economic and budgetary autonomy.

It is often claimed that the executive power in the EU is the clear winner of the Euro crisis,[72] while the legislative power is on the losing side. However, it is problematic to draw a clear line between these two powers in the EU. Some institutions have functions that can be assigned to both branches: On the one side, the Commission plays an indispensable role in the legislative process of the EU, due to of its monopoly of legislative initiative. On the other side, the Commission is the main administrative body of the EU and supervises the compliance with the Treaties. The view has prevailed that the Presidents of the Commission and the EC share executive powers.[73] Therefore, it can be concluded that one executive actor, the EC, is a winner of the Euro crisis while the directly elected Parliament's role was limited.

The crisis measures resulted in a new disposition of tasks and policies benefitting some institutions while leaving others disregarded. In consequence, the Euro crisis altered the institutional balance in the EU, but now the question remains: Why should we care?[74] Powerful executive actors and a weak parliament are nothing new to the EU. However, the increase of intergovernmental treaties after the crisis has taken this development to a next level. Reducing the role of the EP in the long-term is dangerous for several reasons. The first and most important one is bringing us back to the democratic deficit dis-

72 Hinarejos Parga (n 13) 95.
73 Craig, 'Institutions, Power, and Institutional Balance' (n 4) 84.
74 Curtin (n 36) 1.

cussion. A democratic deficit in the EU is a two-fold problem. First, by limiting national budgetary autonomy key competences of the NPs are undermined. These competences have seemingly been shifted to the EU level. Such transfers of power conflict with core national constitutional principles such as the democratic principle. Second, at the EU level it is not the directly elected EP that is in charge of decisions affecting the national level; the Commission and the EC are in power. This conflicts with the system of democratic legitimacy and accountability enshrined in the Treaties. These shifts of power lead to a bypassing of citizens and their elected representatives at the EU as well as at the national level.

One way to reduce the pressure that has been put on the institutional balance in the aftermath of the Euro crisis would be to include the intergovernmental crisis measures in the EU legal framework. This would not provide a final solution. Still, the Community method is better suited to develop a consensus between the different interests represented by the EU institutions and subsequently contributes to an increase of the democratic legitimacy and accountability of the EU.

Mag.ª Martina Augustin is a PhD candidate and teaching associate at the Department of Constitutional and Administrative Law of the University Vienna; martina.augustin@univie.ac.at.

Der état d'urgence in Frankreich

Raphaël Bouteau / Karol Felsner

1. Einleitung

Am 14.11.2015 wurde der Ausnahmezustand in Frankreich erklärt. Mit der Aktivierung des Gesetzes n° 55-385 (im Folgenden AusnahmezustandsG) wurden der Exekutive zusätzliche Befugnisse erteilt. Diese gehen mit Grundrechtseingriffen einher, die vormals unverhältnismäßig erschienen. Bis Januar 2017 gab es über 4200 (Wohnungs-)Durchsuchungen (wovon nur 20 zu Verfahren wegen terroristischer Vereinigung führten), 710 Mal wurde Personen auferlegt sich in einem klar beschränkten Gebiet aufzuhalten, davon bis zu zwölf Stunden pro Tag in ihrer Wohnung (Hausarrest).[1] Bis Anfang Mai 2017 waren 683 lokale Aufenthaltsverbote erteilt worden (die alle entweder Aktivist_innen oder Fußballfans betrafen).[2] Während der Klimakonferenz in Paris im November 2015 waren Demonstrationen verboten und wurden jene, die sich dennoch zu bilden anbahnten, mit Brutalität aufgehalten.[3] Aktivist_innen waren in großem Umfang Aufenthaltsverbote erteilt worden. Letzteres gilt auch für die Bewegung *Nuit Debout*.[4] Unter dem Titel des *état d'urgence* erfolgte auch die Einrichtung einer großräumigen Sperrzone für das Gebiet des „Dschungels" von Calais.[5] Bei der Räumung dieses Flüchtlingslagers im Oktober 2016 wurde nur einigen wenigen akkreditierten Journalist_innen und NGO-Vertreter_innen der Zutritt gestattet und alle anderen wurden daran gehindert das polizeiliche Vorgehen zu beobachten oder Personen zu beraten.

Eingriffe in von der Demokratie gewährte Grundrechte sollten für beschränkte Dauer für den Schutz der Demokratie vor dem Terrorismus in Kauf genommen werden. Die temporäre Suspendierung von durch die Verfassung geschützten Grundrechten ist gera-

1 *CNCDH* 26.1.2017, Avis sur le suivi de l'état d'urgence, 7, 27. Die Konsultativkommission für Menschenrechte (CNCDH) ist eine unabhängige staatliche Einrichtung, die Parlament und Regierung berät und zu Gesetzesentwürfen Stellung nimmt.

2 *Amnesty International* 31.5.2017, Restrictions disproportionnées à la liberté de réunion pacifique sous couvert de l'état d'urgence en France, 20.

3 *Amnesty International*, Restrictions disproportionnées, 15.

4 *Amnesty International*, Restrictions disproportionnées, 15ff. Während dieser Protestbewegung gegen das neue Arbeitsgesetz wurde der Platz der Republik in Paris über mehrere Wochen besetzt und kam es zu umfangreichen Repressionen.

5 *Raimbourg/Poisson*, Rapport d'information n°4281 de l'Assemblée Nationale 6.12.2016, 129. Dies ist einer der öffentlich zugänglichen Berichte des parlamentarischen Ausschusses zur Kontrolle der im Rahmen des Ausnahmezustands vorgenommenen Maßnahmen, einsehbar unter http://www2.assemblee-nationale.fr/14/commissions-permanentes/commission-des-lois/controle-parlementaire-de-l-etat-d-urgence/controle-parlementaire-de-l-etat-d-urgence (22.9.2017).

de das Paradigma des Ausnahmezustands.[6] So wechselte im Ideal der Legende etwa Cincinnatus nur kurz zur Abwehr eines drohenden Übels vom Feld zur 16-tägigen Diktatur.[7] Nach vollbrachter Aufgabe kehrte er zur Feldarbeit zurück und die Macht wurde in die verfassungsmäßigen Bahnen zurückgeleitet.

Der französische Ausnahmezustand wurde seit November 2015 sechs Mal verlängert und gilt bald zwei Jahre lang. Anlässlich der sechs Verlängerungen wurden jeweils ähnlich gelagerte Maßnahmen auch außerhalb des Regimes des AusnahmezustandsG vorgesehen. Inszwischen hat sich eine Normalität etabliert, die einigen Grundprinzipien von Freiheit und Gleichheit grob widerspricht. Das Öffnen von Taschen und Rucksäcken zum Beleg, dass keine Bombe darin ist, willkürliche Identitätskontrollen, Verschärfungen der Verbote von Beamtenbeleidigung uäm treffen viele bis alle in Frankreich aufhältigen Personen. Sie waren erst vorübergehende Ausnahmeerscheinungen, haben sich mit der Zeit jedoch zu unreflektierten Gewohnheiten oder Alltagsmomenten ausgewachsen.

Den Rahmen des Ausnahmeregimes bildet ein Gesetz, das auf die Bekämpfung der algerischen Unabhängigkeitskämpfer_innen 1955 zurückgeht. In diesem AusnahmezustandsG sind sicherheitspolizeiliche Spezialbefugnisse für die Zeit seiner Geltung vorgesehen. Seit November 2015 wurden diese mehrmals novelliert. Gleichzeitig wurden auch Teile der Regelungen aus dem AusnahmezustandsG in den Code der inneren Sicherheit bzw jenen des Strafprozesses übernommen oder darin ergänzende Regelungen zur Stärkung des Kampfes gegen die organisierte Kriminalität und den Terrorismus getroffen. Die Idee, Exekutivbefugnisse sollten ausnahmsweise nicht durch Grundrechte beschränkt werden, reicht so über die Anwendbarkeit des AusnahmezustandsG hinaus. Mit dem Auslaufen des Ausnahmeregimes sollen letztlich die allermeisten Spezialbefugnisse in das „normale" Recht integriert bleiben.[8] Zum Schutze der Demokratie scheinen Grundlagen derselben demontiert worden zu sein – oder verschoben. Verschoben, in Richtung geringeren Grundrechtsschutzes, weil der Prüfmaßstab der Gerichte für Grundrechtseingriffe während des *état d'urgence* im Hinblick auf die Bedrohung durch den internationalen Terrorismus neu bestimmt wurde. Diese Bedrohung wiederum wird auch nach Ende des *état d'urgence* weiterexistieren. Und so mag auf bizarre Weise gerade die Gewährleistung rechtsstaatlicher Kontrolle auch während des Ausnahmezustands dazu geführt haben, dass seine Maßnahmen – auf eine im Hinblick auf die besondere Situation gerade noch verhältnismäßige Weite beschränkt – langfristig beibehalten werden können. Weil also

---

6 *Manin*, The Emergency Paradigme and the New Terrorism, in *Baume/Fontana (Hrsg)*, Les Usages de la Séparation des Pouvoirs – The Uses of the Seperation of Powers (2008) 135ff; der Artikel findet sich neu überarbeitet nach der französischen Ausnahmezustandserklärung bei *Manin*, Le paradigme de l'exception, La Vie des Idées v 15.12.2015, www.laviedesidees.fr/Le-paradigme-de-l-exception.html (22.9.2017).

7 Vgl *Manin*, La Vie des Idées v 15.12.2015, 2.

8 Projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (siehe unten 3.2). Die Regierungsvorlage zu dem Gesetz, das die Mehrheit der Ausnahmemaßnahmen schließlich in normales Recht überträgt, wurde am 18.7.2017 vom Senat in leicht abgeänderter Form angenommen, vgl http://www.senat.fr/leg/tas16-115.html (22.9.2017).

selbst die Ausnahme von der Demokratie noch von letzterer eingehegt wurde, hat das demokratische Gemeinwesen eine neue Form angenommen.

2. Das Ausnahmeregime

Der *état d'urgence* in Frankreich wird vom AusahmezustandsG vorgesehen und wurde einige Stunden nach den Anschlägen von Paris mit Hunderten Toten per Erlass des Präsidenten im Ministerrat (*Décret en Conseil des Ministres*) in der Nacht des 13. auf den 14. November 2015 aktiviert.[9] Dieses Ausnahmeregime ist sechsmal verlängert worden; zuletzt unter Mitwirkung der im Juni 2017 neu gewählten ersten Parlamentskammer (*Assemblée Nationale*).[10]
Die Aktivierung des *état d'urgence* bedeutet Einschränkungen verschiedener Grundfreiheiten (insb der Unverletzlichkeit der Wohnung, der Bewegungsfreiheit und der Versammlungsfreiheit). Das Gesetz verleiht der Exekutive vorübergehend zusätzliche Kompetenzen, die dem_r Innenminister_in oder den Präfekt_innen (je departements-spezifische Polizeipräsident_innen, die der Zentralregierung untergeordnet sind) zukommen.
Die Auslösung des Ausnahmeregimes setzt gemäß Art 1 voraus, dass eine „unmittelbare Gefahr aus gravierenden Angriffen auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung" droht oder „Ereignisse eingetreten sind, die ihrer Natur und Schwere nach eine öffentliche Katastrophe darstellen".[11] Die Regierung kann den Ausnahmezustand für maximal zwölf Tage für einen Teil oder das gesamte französische Territorium verhängen, ohne Gründe nennen zu müssen. Eine eventuelle Verlängerung darf gemäß Art 2 nur für eine beschränkte Dauer erfolgen und muss gemäß Art 3 vom Parlament beschlossen werden.

2.1. Kompetenzen und Eingriffsmöglichkeiten während des *état d'urgence*

Das Regime des AusnahmezustandsG sieht eine Reihe von Spezialbefugnissen der Sicherheitspolizei (*police administrative*) vor. Die emblematischen Maßnahmen sind: Durchsuchungen ohne richterlichen Beschluss, jedenorts, auch von Wohnungen, bei Tag wie bei Nacht (Art 11, I), Platzverbote (Art 5, 3°), Hausarrest (Aufenthaltspflicht bis zu zwölf Stunden am Tag) mit den möglichen Auflagen sich bis zu dreimal täglich bei der nächsten Polizeidienststelle zu melden oder nicht mit bestimmten, von der Polizei verdächtigten Personen in Kontakt zu treten (Art 6). Außerdem stellt das Gesetz die Grundlage für Vereinsauflösungen (Art 6-1), Verkehrsbeschränkungen (Art 5), Sicherheits- und Sperrzonen (Art 5, 1° und 2°), sowie die präventive Schließung von Kult- und Vergnügungsstätten (Art 8) dar.

---

9 Dekret n° 2015-1475.
10 Gesetz n° 2017-1154 v 11.7.2017.
11 Art 1 AusnahmezustandsG.

Diese Maßnahmen der Sicherheitspolizei unterliegen – lediglich – der Kontrolle von Verwaltungsrichter_innen (*juge administratif*). Das bedeutet, dass zB die präventive Erteilung von Hausarrest oder auch eine Wohnungsdurchsuchung keiner richterlichen Bewilligung bedarf, sondern von dem_r Präfekt_in angeordnet werden kann. Nachträglich kann zwar beim Verwaltungsgericht Beschwerde eingelegt werden; das Verfahren ist jedoch kein kontradiktorisches und erfolgt rein schriftlich.
Freiheitsentziehungen etwa müssen gemäß Art 66 der französischen Verfassung jedenfalls von einem_r ordentlichen Richter_in (*juge judiciaire*) angeordnet werden. Trotzdem ist die Erteilung von Hausarrest iS des AusnahmezustandsG ohne richterliche Vorabkontrolle möglich. Das Verfassungsgericht hat nämlich entschieden, dass Einschränkungen der Bewegungsfreiheit bis zu zwölf Stunden täglich keinen Freiheitsentzug darstellen.[12] Die Maßnahme gemäß Art 6 AusnahmezustandsG entspricht diesem Rahmen. Allerdings gelten einige der über 700 durch Präfekte angeordneten Hausarreste seit bald zwei Jahren.[13] Die definitive Dauer der Einschränkung der Bewegungsfreiheit hätte bei der Evaluierung der Grenze zum Freiheitsentzug wohl dringend in den Blick genommen werden müssen.[14]
Der Anwendungsbereich des Hausarrestes wiederum wurde 2015 auf alle Personen ausgeweitet, „in Anbetracht derer ernstzunehmende Gründe vorliegen, die darauf schließen lassen, dass ihr *Verhalten* eine Bedrohung für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt", mögliche Betroffene waren zuvor lediglich jene, „deren *Aktivität* sich als gefährlich für die öffentliche Sicherheit und Ordnung erweist".[15] Durch die vergleichsweise offenen Begriffe hat der_die zuständige Präfekt_in einen vergrößerten Spielraum bei der Anwendung der Normen. Insgesamt wurden durch das erste Verlängerungsgesetz vom 20.11.2015 Vorschriften des AusnahmezustandsG die zu offensichtlich verfassungswidrig waren verändert und modernisiert.[16] Die sicherheitspolizeilichen Hausdurchsuchungen wurden an umfangreiche Voraussetzungen gebunden. Anstatt der zunächst vom AusnahmezustandsG vorgesehenen generellen Autorisierung zur Zensur durch Behörden, ist nur die Schließung von Webseiten möglich, auf denen zu terroristischen Straftaten aufgerufen wird oder solche gutgeheißen werden. Ähnliche Modernisierungstendenzen, insb der rechtlichen Fassung polizeilicher Befugnisse, die scheinbar umfangreiche Eingriffsvoraussetzungen vorsieht und dabei durch vage Formulierungen das Einschreiten der Polizei erleichtert, lassen sich auch im österreichischen Sicherheitspolizeirecht und insb durch die Einführung des Polizeilichen Staatsschutzgesetzes (PStSG) konstatie-

12 Conseil Constitutionnel, Entscheidung v 22.12.2015, n° 2015-527 QPC.
13 *Pascua*l, Le Conseil d'Etat confirme la suspension de deux assignations à résidence longue durée, Le Monde v 21.6.2017, 12.
14 *Cassia*, Le Conseil constitutionnel fait et défait le régime du renouvellement des assignations à résidence de longue durée de l'état d'urgence, Recueil Dalloz 2017, 1162.
15 Art 6 AusnahmezustandsG.
16 Gesetz n° 2015-1501.

ren.[17] Scheinbar darf sich politische Regellosigkeit auf keinen Fall als solche zu erkennen geben.[18]

Die Atmosphäre der gegenwärtigen terroristischen Bedrohung während des *état d'urgence* brachte zudem geradezu regelmäßig eine überschießende Vorgangsweise der Maßnahmenausführung mit sich. So wurde von im Rahmen der Durchsuchung angelegten Handschellen und beschädigten Eingangstüren in großer Anzahl berichtet.[19] Für den Ersatz der Schäden durch eine Wohnungsdurchsuchung kommt in einer Verstärkung der Legitimität von Anti-Terror-Maßnahmen wiederum lediglich dann der Staat auf, wenn die betroffene Person belegen kann, dass die Durchsuchung nicht legal gewesen ist. Angesichts der vagen Fassung der nötigen Verdachtsmomente ein eher aussichtsloses Unterfangen.[20]

2.2. Der koloniale Ursprung des AusnahmezustandsG

Das Gesetz, das den *état d'urgence* schuf, ist am 3. April 1955 erlassen worden, um die Repression der algerischen Unabhängigkeitskämpfer_innen zu erleichtern, ohne den „Belagerungszustand" des Art 36 der französischen Verfassung zu aktivieren, der dem Militär zivile Aufgaben und Befugnisse übertragen und eine Art Kriegszustand anerkannt hätte. Die algerische Bevölkerung organisierte sich seit einigen Jahren gegen die Ungerechtigkeiten des Kolonialsystems und verlangte die gleichen Rechte, wie sie französische Bürger_innen hatten.[21] Die Kämpfer_innen für die algerische Unabhängigkeit verübten Anschläge auf die Kolonialautoritäten.[22] In den Köpfen der Machthaber_innen sowie jener eines Teils der Bevölkerung war jedoch die Idee, Algerien müsse unter französischer Herrschaft bleiben, fest verankert.[23] Die Regierung wollte um jeden Preis vermeiden, den Rebell_innen der nationalen Befreiungsfront (*Front de Libération Nationale, FLN*) den Status von Kämpfer_innen zuzuerkennen. Sie wählte daher die Möglichkeit, sie als ein-

17 Vgl *Hense-Lintschnig*, Protest Policing. Eine kritische rechtsdogmatische Perspektive, juridikum 2016, 474 (481); *Adensamer/Sagmeister*, Die Ausweitung von Polizeibefugnissen und deren politische Dimensionen, juridikum 2016, 516 (519).

18 Vgl *Frankenberg*, Im Ausnahmezustand, Kritische Justiz 2017, 3 (12).

19 *Amnesty International* 4.2.2016, Des vies bouleversées – l'impact disproportionné de l'état d'urgence en France, 11ff. In der ersten Woche des *état d'urgence* im November 2015 wurden 1200 Hausdurchsuchungen vorgenommen, insgesamt bis Januar 2017 genau 4200, vgl *CNCDH* 26.1.2017, Avis sur le suivi de l'état d'urgence.

20 *Cassia*, L'indemnisation des perquisitions administratives de l'état d'urgence, Mediapart v 25.3.2017, blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/250317/l-indemnisation-des-perquisitions-administratives-de-l-etat-d-urgence (22.9.2017). Die 5000 durchgeführten Hausdurchsuchungen führten zu lediglich 20 Verfahren wegen terroristischer Vereinigung, allerdings auch nur zu knapp 100 Klagen vor dem Verwaltungsgericht.

21 Zehn Jahre vor dem Erlass des Gesetzes, 1945, hatte bereits eine heftige Repression durch die französische Armee stattgefunden und viele Tausend Tode verursacht, „Massaker von Sétif".

22 Diese bestanden zunächst vor allem in der Sabotage von Kommunikationsleitungen, Brandstiftungen, bewaffneten Überfällen, Bombenanschlägen, Zerstörung von Waren, von Geräten und von Viehbestand. Siehe *Thénault*, L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine: destin d'une loi, Le Mouvement Social n° 218, 2007, 63 (64).

23 Vgl die berühmte Aussage „*L'Algérie, c'est la France*", François Mitterand, französischer Innenminister, vor der Assemblée Nationale am 12.11.1954.

zelne Straftäter_innen zu bekämpfen. So wurde dann auch die Entscheidung, der Polizei Sonderbefugnisse zu geben und Freiheitsrechte einzuschränken, als eine die öffentliche Sicherheit und Ordnung stabilisierende Maßnahme präsentiert.[24]
Der 1955 eingeführte *état d'urgence* ist also ein Instrument, das bereits seiner Intention nach die polizeiliche Zerschlagung umfangreicher sozialer Protestbewegungen erlaubt. Ein Instrument, dessen sich der Staat bedient, um seine Autorität zu reetablieren und die „Unruhestifter_innen" ruhig zu stellen. Sein Ziel ist die Bekämpfung eines inneren Feindes.[25] Über eine Banalisierung gezielter Kontrollen, Razzien und willkürlicher Verhaftungen wurden einige Jahre später, als der Ausnahmezustand erstmals auf ganz Frankreich ausgedehnt wurde, in den algerischen Vierteln französischer Großstädte in Algerien erworbene Praktiken angewandt.[26] Und so lässt sich auch nun beobachten, dass die polizeilichen Maßnahmen des AusnahmezustandsG zunächst die Wohngegenden der „üblichen Verdächtigen" trafen und erst eine substanzielle Kritik erfahren haben, als sie über die *quartiers populaires* hinaus angewandt wurden.[27] Auch in seiner Eigenart leicht ausrufbar zu sein und sich nur schwer wieder aufheben zu lassen, gleicht der gegenwärtige *état d'urgence* jenem in den 60er Jahren.[28] Allerdings unterscheiden sich die Beschlüsse der Anwendung des AusnahmezustandsG 1955 und seit 2015 dahingehend, dass vorgesehene Grundrechtseingriffe damals schockierten, nun aber nicht mehr in der parlamentarischen Diskussion aufkamen.[29]

2.3. Das AusnahmezustandsG und die Suspendierung von Grundrechten

Das französische Verfassungsrecht schützt Grundrechte, insb in der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789[30]. Es sieht jedoch Möglichkeiten vor, diesen Schutz zu suspendieren, nämlich durch zwei Ausnahmesysteme: Art 36 der Verfassung (*l'état de siège*) regelt ein Ausnahmeregime für den Fall einer Belagerung bzw eines bewaffneten Aufstands und ihr Art 16 sieht außerordentliche Befugnisse für den_die Präsident_in vor, wenn die Institutionen der Republik, die Unabhängigkeit der Nation oder die Inte-

24 Vgl *Blanchard*, État d'urgence et spectres de la guerre d'Algérie, La Vie des Idées v 16.2.2016, www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20160216_etatdurgence-2.pdf (22.9.2017).
25 Vgl *Rigouste*, L'ennemi intérieur: la généalogie coloniale et militaire de l'ordre sécuritaire dans la France contemporaine (2011).
26 *Blanchard*, La Vie des Idées v 16.2.2016, 6.
27 *Blanchard*, La Vie des Idées v 16.2.2016, 6.
28 Erst sechs Jahre nach der Verhängung des *état d'urgence* 1961 entschied der Conseil d'État, dass er schon im Dezember 1962 wegen der vorhergehenden Auflösung der *Assemblée nationale* ungültig geworden war (Art 4 AusnahmezustandsG) und nicht erst mit der Aufhebung durch *De Gaulle* am 1. Juni 1963, Entscheidung *ministère de l'Intérieur contre les Éditions parisiennes associées et le sieur Devay* v 22. Juni 1969, zitiert nach *Thénault*, L'état d'urgence, 72. Für deutschsprachige Ausführungen hierzu siehe auch *Wihl*, Der Ausnahmezustand in Frankreich, Kritische Justiz 2017, 69f.
29 *Beaud/Guérin-Bargues*, L'état d'urgence, Étude constitutionnelle, historique et critique (2016), 10.
30 Die *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789* ist anerkannterweise Teil des Verfassungsrechts, seit der Entscheidung des Conseil Constitutionnel n° 71-44 DC, 16.7.1971, *Liberté d'association*.

grität des Staatsgebietes bedroht sind. Der *état d'urgence* ist keine solche auf Verfassungsebene etablierte Möglichkeit. Er wird direkt durch das AusnahmezustandsG vorgesehen und ausgestaltet. Seine Konformität mit Art 34 der Verfassung, der dem Parlament lediglich die Kompetenz gibt, die Ausübung der den Bürger_innen garantierten Freiheitsrechte zu regeln, hat das französische Verfassungsgericht im Jahr 1985 bestätigt.[31]
Frankreich ist als Vertragsstaat der EMRK verpflichtet, die darin formulierten Menschenrechte entsprechend zu schützen. Auch Art 15 EMRK erlaubt das Abweichen von in der Konvention vorgesehenen Rechten, wenn „das Leben der Nation durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand bedroht [wird], [...] soweit es die Lage unbedingt erfordert".[32] Das ist laut EGMR „eine Situation der Krise oder außergewöhnlicher und unmittelbarer Gefahr, die die gesamte Bevölkerung trifft und eine Bedrohung der Organisation des Gemeinschaftslebens im Staat schafft".[33] Frankreich hat bei der Ratifizierung der EMRK einen Interpretationsvorbehalt bezüglich Art 15 EMRK deponiert, in dem klargestellt wird, dass alle drei möglichen Ausnahmeregime (Art 16 und Art 36 der Verfassung von 1958 sowie der *état d'urgence* des AusnahmezustandsG) jeweils als dem Gegenstand von Art 15 EMRK entsprechend zu verstehen sind und somit legitime Derogationsgründe darstellen.
Die Position der Grundrechte an der Spitze der französischen Rechtsordnung ist so national wie international festgeschrieben, allerdings ermöglichten die beschriebenen Derogationsregeln der Exekutive und dem französischen Parlament, diese Position temporär in Frage zu stellen.

3. Ausweitungen des *état d'urgence* in zeitlicher und materieller Hinsicht

Dass ein Ausnahmeregime einer zeitlichen Begrenzung bedarf, ergibt sich eigentlich aus seiner Funktion. Die weiterreichenden Kompetenzen der Exekutive sollen die Bewältigung einer außerordentlichen Bedrohung ermöglichen, um danach wieder zu dem ursprünglichen Regierungsmodell zurückzukommen.[34] In diese Analyse passt der französische *état d'urgence* nicht. Die Verfassung wurde im November 2015 nicht etwa suspendiert. Grundrechte wurden dennoch eingeschränkt, was gerade auch an der Suspendierung der EMRK zu erkennen ist. Die Anwendung des französischen *état d'urgence* wird vom Verfassungsgericht kontrolliert, dessen Entscheidungen, über die konkreten Maßnahmen des AusnahmezustandsG hinausgehend, das Verfassungsgefüge beeinflussen: Der Ausgleich von Grundfreiheiten und öffentlicher Sicherheit findet mit Blick auf eine Bedrohungssituation statt, die nicht den Eindruck macht, bald wieder aus unserer

31 StRspr seit der Entscheidung des Conseil Constitutionnel n° 85-187 DC v 25.1.1985 bezüglich des *état d'urgence* auf Neukaledonien, nun aktualisiert in CC n° 2017-624 QPC v 16.3.2017.
32 Ausgeschlossen ist das Abweichen vom Folterverbot (Art 3 EMRK), dem Verbot von Sklaverei und Zwangsarbeit (Art 4 EMRK) und vom Gesetzlichkeitsprinzip "nulla poena sine lege" (Art 7 EMRK).
33 EGMR 1.7.1961, *Lawless/Ireland*, 332/57, Rz 38.
34 Vgl *Manin*, La Vie des Idées v 15.12.2015.

Normalität zu verschwinden. Die Abwägung lässt sich sohin auf reguläre (sicherheits-) polizeiliche Maßnahmen übertragen und um die – immer wieder verlängerte – zeitliche Beschränkung der expliziten Ausnahme herum, sickert die entsprechende Logik in bleibende Regeln hinein.[35]

Im französischen Recht, insb im Strafrecht, gab es bereits vor der Aktivierung des *état d'urgence* die Tendenz, sich zunehmend der Risikoprävention zu widmen sowie Sicherheit als oberstes Ziel zu verfolgen. In Frankreich kam es zwischen 1999 und 2016 zu 30 Novellen zur inneren Sicherheit oder zum Strafrecht.[36] Die Einführung vieler Spezialregeln zur härteren Bestrafung schwerster Verbrechen (insb des Terrorismus) fand aufgrund schockierender Ereignisse statt und wurde als der Qualität des Rechts abträglich bewertet.[37] Schon lange vor 2015 gab es Kritik an diesem auf Risiko und dessen Abwendung fokussierten Strafrecht; es werde zu einem Gefährlichkeits- und Feindstrafrecht.[38] Nun wurden in den zwei Jahren des Ausnahmezustands Gesetze zur inneren Sicherheit und zur Terrorismusbekämpfung Schlag auf Schlag erlassen. Der *état d'urgence*, als Antwort auf den Schrecken der Attentate, war Antreiber dieser Entwicklung. Anlässlich jeder seiner sechs Verlängerungen im Parlament drängte die Regierung angesichts der Bedrohungslage zum Beschluss weitergehender Regeln.[39] Um die Bevölkerung zu schützen, werden rechtliche Anpassungen für notwendig erklärt, diese bedürfen des Mutes und der Klarheit: Übergeordnete Normen müssten überschritten werden, wenn diese dem Ziel im Wege stehen.[40]

3.1. Gesetze, Novellen und politische Siege der Polizei

Das NachrichtendienstG von 2015 (*loi sur le renseignement*, das nach den Anschlägen von *Charlie Hebdo* etwa gleichzeitig mit dem österreichischen PStSG, mit vergleichbarer Tendenz erlassen worden ist[41]) hat bereits bestehende polizeiliche Praktiken rechtlich gefasst und zusätzliche Befugnisse geschaffen. Internet-Providern wurde eine Echtzeitdatenabfrage von Verbindungsdaten sowie der Einsatz von Analysealgorithmen (Blackboxen)

---

35 Ähnlich auch *Frankenbergs* Analyse von der Normalisierung des Ausnahmezustands als Staatstechnik, siehe *ders*, Im Ausnahmezustand, Kritische Justiz 2017, 3 (17).

36 *CNCDH* 17.3.2016, Avis sur le projet de loi, 2 FN 6.

37 Vgl auch *CNCDH* 16.4.2015, Avis sur le projet de loi relatif au renseignement.

38 *Lazerges/Henrion-Stoffel*, Le déclin du droit pénal: l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi, Revue de Science criminelle 2016, 649.

39 Die Fußball-Europameisterschaft und die *Tour de France* wurden (wie später auch die Wahlen) als Anlässe einer Verlängerung, Innenminister *Cazeneuve* vor der *Assemblée Nationale* am 19.5.2016.

40 Vgl Premierminister *Valls* vor der *Assemblée Nationale* am 20.11.2015: « Pas de juridisme, avançons! » (ungefähr: „Keine Rechtsreiterei, vorwärts!"). Siehe aber etwa auch *Theresa May* kurz nach den Anschlägen in Manchester: „If our human rights laws get in the way of doing it, we will change the laws so we can do it." www.bbc.com/news/election-2017-40181444 (22.9.2017).

41 Der Konsens, dass eine außergewöhnlichen Reaktion auf eine Bedrohungssituation notwendig sei, brachte die Legalität vormals unzulässiger Eingriffe mit sich; siehe *Felsner/Bouteau*, Charlie und die Einheitsfabrik, juridikum 2015, 140.

zur Erkennung terroristischer Bedrohungen vorgeschrieben. Andere Befugnisse, welche zuvor nur im Rahmen der Strafverfolgung zulässig waren, wurden für die Geheimdienste geschaffen (IMSI Catcher, optische und akustische Überwachung innerhalb der Privatsphäre).

Das Gesetz vom 3.6.2016 „zur Stärkung des Kampfes gegen die Organisierte Kriminalität und den Terrorismus, sowie ihre Finanzierung, und zur Steigerung der Effizienz und der Garantien des Strafprozesses"[42] wurde kurz nach den Anschlägen im November 2015 angekündigt. Die Rolle der Staatsanwaltschaft wurde gestärkt (wenngleich deren Vertreter_innen vom EGMR nicht als unabhängige Richter_innen anerkannt sind)[43]. Jene des_r (Ermittlungs-)Richters_in (*juge judiciaire*) ist schwach und kann in Notfällen überhaupt entfallen.[44] Sicherheitspolizeiliche Befugnisse, die dem AusnahmezustandsG oder dem NachrichtendienstG entstammen, werden durch dieses Gesetz nun teils in den Strafprozess übertragen. So gibt es seither die Möglichkeiten nächtlicher Hausdurchsuchungen und des Einsatzes von IMSI Catchern im Rahmen der Strafverfolgung.[45] Von der Konsultativkommission für Menschenrechte ist insb die schlechte Qualität, der enorme Umfang und die Inkohärenz des Gesetzes kritisiert worden.[46]

Am 28.2.2017 wurde ein Gesetz zur öffentlichen Sicherheit beschlossen.[47] Es kommt Forderungen mehrerer Polizeigewerkschaften nach und sollte der Unzufriedenheit von Polizist_innen abhelfen, welche auch im Rahmen von Demonstrationen der Polizei zum Ausdruck gekommen war. Seit November 2015 ist die Polizei vermehrt auf den Straßen im Einsatz, sowie zur Überwachung von Großveranstaltungen und zur Durchführung der Maßnahmen des *état d'urgence*. Als die mit Arbeit überlastenen Polizist_innen zudem zu Opfern von Angriffen wurden,[48] kam das Fass zum Überlaufen. Nachts, unangemeldet, teils maskiert, aber mit Abzeichen und Autos der Polizei, marschierten Polizist_innen in mehreren Städten.[49] Zur gleichen Zeit gab es bereits fundierte Kritik an polizeilicher Gewalt und waren bei Protesten in Solidarität mit einem jungen Bewohner eines bekannten *quartier populaire*[50] wiederum mehrere Demonstrant_innen verletzt

42 Gesetz n° 2016-731.

43 EGMR 23.11.2010, *Moulin/France*, 37104/06. Jedoch sind einige der im unten (3.2.) besprochenen Gesetzgebungsprojekt vorgesehenen Maßnahmen anstatt mit einer richterlicher Vorabkontrolle, mit einer Informationspflicht der Staatsanwaltschaft in Paris versehen.

44 *Thierry*, Présentation de la loi du 3 juin 2016, f.hypotheses.org/wp-content/blogs.dir/236/files/2016/06/Loi_3_juin_2016.pdf (22.9.2017).

45 Art 706-95-1 ff Code de procédure pénale.

46 *CNCDH* 17.3.2016, Avis sur le projet de loi n° 2016-731.

47 Loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique.

48 Am 8.10.2016 wurden in Viry-Châtillon (Essonne), zwei Autos der Polizei mit Insassen in Brand gesetzt, wodurch eine Person schwere Verletzungen erlitt.

49 *Panfili*, "Les manifestations de la police vous font peur? Voilà pourquoi." Slate v 21.10.2016, www.slate.fr/story/126542/police-manifestation (22.9.2017).

50 Théo L. hatte nach einer eskalierten Identitätskontrolle Beschwerde wegen Vergewaltigung erhoben – nach polizeilichen Angaben waren seine Verletzungen unbeabsichtigt durch das Ausholen mit dem Gummiknüppel verursacht worden. Nachweislich festgestellt wurden Spuren eines Gummiknüppels im Analkanal und Enddarm (bis 10 cm Tiefe). Die Proteste wandten sich vor allem gegen die scheinbar institutionelle Deckung der betreffenden Beamten.

worden. In diesem Kontext wurden nun die Regeln zum polizeilichen Schusswaffengebrauch deutlich ausgeweitet und die oft mit eskalierenden Identitätskontrollen in *quartiers populaires* einhergehenden Vergehen Widerstand gegen Polizist_innen und Beamtenbeleidigung härter bestraft.[51] Polizist_innen können anonym als Zeug_innen aussagen. Dass den Forderungen der auf die obige Weise Unmut bekundenden Polizei unmittelbar nachgekommen wurde, zeigt die starke Position, die sie durch ihren Einsatz in den letzten Monaten erlangt oder verfestigt hat.[52] Kundige Beobachter_innen attestieren eine schleichenden „Verpolizeilichung" der französischen Politik, dass die Sicherheitskräfte Frankreichs „Säulenheilige" geworden seien, was zu einer Schwächung der Regierung und der gewählten Politiker_innen gegenüber dem Sicherheitsapparat führe.[53]
Von politischer Seite wird letztlich auch die Abwägung zwischen Situationen, in denen Maßnahmen zur Anwendung kommen können oder nicht, der Exekutive überlassen. Die „unmittelbar drohende Gefahr" des AusnahmezustandsG ist zwar Voraussetzung der Verhängung des *état d'urgence*, gehört aber nicht zu den Voraussetzungen der einzelnen Maßnahmen. Ihr Einsatz gegen vom ursprünglichen Bedrohungsszenario (Terrorismus) völlig verschiedene Störer_innen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist sohin möglich. Anschaulich dazu sind die Ausführungen des Mitglieds des parlamentarischen Ausschusses zur Kontrolle des *état d'urgence*: „Manche äußern Beunruhigung – und die Presse macht es ihnen nach – dass die öffentlichen Stellen versucht seien könnten, Durchsuchungen auf Grund anderer Vorwürfe als solcher des Terrorismus vorzunehmen und so ein herkömmliches Verfahren mit den Erleichterungen des *état d'urgence* zu führen. Meiner Ansicht nach kommt es vor, dass Spezialbefugnisse hin und wieder exzessiv gebraucht werden; allerdings meine ich, dass die bestehenden Verbindungen zwischen der normalen Delinquenz und dem Terrorismus es verbieten, nicht vom *état d'urgence* zu profitieren, um Durchsuchungen durchzuführen, deren Verbindungen mit dem Terrorismus mehr oder weniger lose sind. [...] Ich vertraue den Sicherheitsbehörden, die notwendige Auswahl zu treffen."[54]

3.2. Übertragung von Ausnahmezustandsregeln ins „normale" Recht

Das Ausnahmeregime soll nach Aussagen von Emmanuel Macron beendet werden, sobald die Sicherheit Frankreichs gewährleistet ist.[55] Letzteres wird von den Verantwortlichen scheinbar damit verknüpft, dass der materielle Gehalt des AusnahmezustandsG

51 Beleidigung (*outrage*) wird nunmehr mit bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe und 15.000 Euro Geldstrafe bestraft (Art 433-5 Code pénal).
52 Siehe *CNCDH* 23.2.2017, Avis sur la loi relative à la sécurité publique, 6. Auch für den aufgeladenen sozialen Kontext und das beschleunigte Verfahren, in dem dieses Gesetz zustande kam.
53 *Jobard*, Der Notstand in Frankreich – Tragödie oder Farce?, RLS, 2017, www.rosalux.de/publikation/id/14771/der-notstand-in-frankreich-tragoedie-oder-farce/ (22.9.2017).
54 *Poisson* in *Raimbourg/Poisson*, Rapport d'information n°4281 de l'Assemblée Nationale, 2016, 162.
55 Vgl nur *Macron* in den Nachrichten vom 19.3.2017, Television France 2.

ausreichend in das normale Recht übernommen worden ist. Dieser Prozess der Integration der Spezialbefugnisse in die *Codes* der inneren Sicherheit und des Strafprozesses hat bereits begonnen und wird durch das *Projet de loi* von Juni 2017 abgeschlossen.
Mit dem AntiterrorG vom 3.6.2016 wurden neue Identitätskontrollen außerhalb des *état d'urgence* geschaffen, die mit einer Verpflichtung zur Öffnung und der Durchsuchung von Taschen und Rucksäcken sowie mit einer bis zu vierstündigen Anhaltung einhergehen können, wenn „ernstzunehmende Gründe vorliegen, die darauf schließen lassen, dass [das] Verhalten [der kontrollierten Person] mit terroristischen Aktivitäten in Verbindung stehen kann"[56]. Sicherheitspolizeilicher Untersuchung unterworfen und unter den Hausarrest des Art 6 AusnahmezustandsG entsprechende Maßnahme können seither in ebenso ausufernder Formulierung Personen gestellt werden, die einen Auslandsaufenthalt nahe eines Trainingsortes terroristischer Gruppen absolviert haben.[57]
Das aktuelle Gesetzgebungsprojekt zur Stärkung der inneren Sicherheit und der Terrorismusbekämpfung[58] schließlich stellt den entscheidenden Schritt bei der Übernahme der Regelungen des AusnahmezustandsG dar. Beinahe alle der im *état d'urgence* vorgesehenen Maßnahmen werden nun in die Sektion „Terrorisme" des *Code* zur inneren Sicherheit integriert.[59] Präfekt_innen können Sperrzonen vorsehen, die nur nach Identitätskontrolle und Gepäcksdurchsuchung betreten werden können, wenn ein Anschlagsrisiko besteht; von der entsprechenden Maßnahme in Art 8-1 AusnahmezustandsG war in massivem Ausmaß Gebrauch gemacht worden.[60] Die Maßnahme des Hausarrests ist nunmehr eine Residenzpflicht in einem Stadtgebiet. Diese Residenzpflicht sowie auch Durchsuchungen stellen sich bei genauerer Hinsicht als von der Rechtsprechung geleitete Anpassung der im AusnahmezustandsG vorgesehenen Maßnahmen dar. Das Verfassungsgericht hatte in seiner Entscheidung vom 16.3.2017[61] etwa entschieden, dass bei einer zeitlichen Ausdehnung des Hausarrests auf mehr als zwölf Monate (wegen der mehrfachen Verlängerung des *état d'urgence*) eine zusätzliche, in der betroffenen Person liegende Voraussetzung gegeben sein müsse. Das ist demnach der Fall, wenn das „Verhalten der Person eine Gefahr besonderen Ausmaßes für die öffentliche Sicherheit und Ordnung" darstellt. Diese Formulierung wurde sohin in die Tatbestände der sicherheitspolizeilichen Durchsuchung und Residenzpflichterteilung des Gesetzesentwurfes von Juni

56 Art 78-3-1 Code de procédure pénale.
57 Art L 225-1 Code de la sécurité intérieure.
58 Projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. Vom Senat bereits am 18.7.2017 angenommene Regierungsvorlage, vgl FN 8.
59 Neue sicherheitspolizeiliche Maßnahmen entsprechen weitgehend den folgenden des AusnahmezustandsG: Sicherheits- und Sperrzonen (Art 5), Identitätskontrollen (Art 8-1), Schließung von Kultstätten (Art 8), Wohnungsdurchsuchungen (Art 11).
60 Offener Brief – *Syndicat de la Magistrature*, Projet de loi renforçant la lutte contre le terrorisme et la sécurité intérieure: premier décryptage, 9.6.2017.
61 Conseil Constitutionnel, Entscheidung v 16.3.2017, n° 2017-624 QPC.

2017 übernommen.[62] Gerade durch die kontinuierliche Kontrolle hat die Rechtsprechung eine Entwicklung begleitet, die letztlich vielleicht jeglichen materiellen Gehalt der Aufhebung des *état d'urgence* wegjudiziert hat. Denn das Ende des Ausnahmezustands, wenn dieser wie vorgesehen Ende November ausläuft, wird sich wahrscheinlich nicht so wie sein Anfang, in einer feststellbar anderen polizeilichen Vorgangsweise ausdrücken.

4. Ausnahmen machen die Regel

Während der Terrorismus immer wieder Tote verursacht, ist seine Vermeidung zu versuchen ein Totschlagargument geworden. Die Grundsätze von Versammlungsfreiheit, Gewaltenteilung, strafrichterlicher Anordnung von Freiheitsbeschränkung und der Schutz der Privatsphäre scheinen ihrer allgemeinen Gewährleistungsfunktion beraubt. Vielleicht ist es ein Fehler der Verhältnismäßigkeitskonzeption gewesen, polizeiliche Eingriffe nur bis zu einem gewissen Grad für zulässig zu befinden und das Maß an Anlassverdacht, das auch bei schwersten Verbrechen auf eine spezifische Person entfallen muss, hochzuhalten. Jedenfalls hat das infernale Szenario des *Bataclan* oder jenes von Nizza die Eingriffsschwellen absinken lassen. Umso schwerwiegender die Folgen im Ernstfall, umso präventiver das Eingreifen, soweit lässt sich der Gedankengang kaum angreifen. Und doch sind die Menschenrechte gerade für den Ernstfall geschaffen worden.
Wenn angesichts der Unmittelbarkeit der Gefahr, und der Einfachheit halber, Maßnahmen vom klassisch strafrechtlichen Rahmen befreit werden, sowie von dessen mündlichem kontradiktorischen Prozess, seinen unabhängigen Richter_innen, und ihren vorausgehenden Anordnungen, mag das die polizeiliche Arbeit erleichtern. Der Bevölkerung, die geschützt werden soll, nützt dies nicht. Vielmehr trägt die selektive Betroffenheit zur Stigmatisierung von gesellschaftlichen Gruppen und insgesamt zur Destabilisierung der Demokratie bei. Auch wenn der Terrorismus zur Regel wird, müssen gewaltsam geöffnete Türen, willkürliche Kontrollen, Demoverbote und Kommunikationsüberwachung wieder Ausnahmen werden. Es gilt, jene Sicherheit wiederzufinden, die im gleichen Recht auf ein freies Leben liegt.

Maî. Raphaël Bouteau hat in Frankreich Rechtswissenschaften studiert und lebt in Berlin; raphael.bouteau@gmail.com

Mag.[a] Karol Felsner ist Juristin aus Wien, Redaktionsmitglied des juridikum und fragt sich in Berlin nach den Zusammenhängen von Rechtsbruch und gesellschaftlicher Teilhabe; karol.felsner@chello.at

62 Vgl Art 3 und 4 Projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, in der Version des Senats, www.senat.fr/leg/tas16-115.html (22.9.2017).

Constitutional Amendment in Turkey:

The Problem of Legitimacy and the Constitutional Dictatorship

Şerife Ceren Uysal

1. Introduction

On 16 April 2017 the Turkish Constitution underwent a radical change as a result of a referendum that led to major disputes. This process can be viewed as an official document of the division that emerged in all spheres of social life in Turkish society. It should be known that the debate today is not about a simple constitutional amendment. On the contrary, the debate is about the legalization of the dictatorship of one man. Moreover, this has been achieved through the abuse of a democratic mechanism, the referendum. It may be claimed that *Recep Tayyip Erdoğan* has been the sole owner of the executive power for a while. In the past, it was clear that many of his actions did not have a legal basis. There are several examples that he directly interfered with the judiciary. For instance in 2014, one of the most important political topics in Turkey was the audio recordings of *Erdoğan* that were published via YouTube. *Kadri Gürsel*[1], who is a journalist and has been in jail since November 2016, wrote „*One evening we listen to Erdoğan instructing his son, Bilal, to remove huge stashes of cash from family homes. Another evening, we hear him working behind the scene to cancel a defense tender awarded to Koç, the business empire that drew his ire during the Gezi revolt for sheltering protesters in its hotel – that is, we hear the prime minister committing the crime tendering*"[2]. It was 2008 when *Erdoğan* declared himself the prosecutor of an important criminal investigation and called all the suspects criminals.[3] In 2016, *Can Dündar*, editor-in-chief of *Cumhuriyet*, and *Erdem Gül*, the newspaper's Ankara bureau chief, were released from prison following on a constitutional court ruling; as a reaction, Erdogan said that he would not respect or or even accept this constitutional court ruling.[4] However, with the recent changes in the Constitution new legal grounds were created. With the new articles of the Constitution, he does not have to share the executive and legislative pow-

1 Kadri Gürsel, 'Turkey's Kadri Günsel: My Detention is Punishment' (*International Press Institute*, 27 January 2017) <https://ipi.media/turkeys-kadri-gursel-my-detention-is-punishment/> accessed 28 August 2017.

2 Kadri Gürsel, 'In Latest Tape Erdoğan Calls Judiciary' (*Al-Monitor*, 7 March 2014) <http://www.al-monitor.com/pulse/ru/originals/2014/03/erdogan-calls-judiciary-tape.html> accessed 28 August 2017.

3 See www.gazetevatan.com, 'I am the Prosecutor of Ergenekon' (16 July 2008) <http://www.gazetevatan.com/-evet-ergenekon-un-savcisiyim--189246-siyaset/> accessed 28 August 2017.

4 Nick Tattersall, 'Turkey's Erdoğan Says Does Not Respect Court Ruling on Journalists' (Reuters, 28 February 2016) <http://www.reuters.com/article/us-turkey-media-erdogan-idUSKCN0W10E6> accessed 28 August 2017.

er with anyone and he has a chance to control the judicial power. He is immune to any kind of supervision, both de facto and legally. In short, with the recent constitutional amendments in Turkey, arbitrariness has seemingly become a constitutional rule.
The political environment in which the constitutional amendment took place, the method adopted for this transformation and the content of the change must be examined to understand what is happening in Turkey.

2. Political Environment during the Constitutional Amendment

Turkey has been governed under the state of emergency rules since July 20th, 2016. It is clear that the situation in Turkey was complicated even before the state of emergency. The social opposition was severely under pressure. For example, the Academics for Peace[5] were prosecuted before the state of emergency. Many journalists, lawyers and students were arrested before the state of emergency. Anti-democratic practices, such as lifting the immunity of deputies, were already carried out before the official announcement of the state of emergency regime and were already applied before.[6]
However, the state of emergency has brought a new dimension to the ongoing political environment of suppression of the political opposition. Together with the declaration of the state of emergency, the European Convention on Human Rights has been suspended and the ongoing restriction of fundamental rights and freedoms were legally validated.[7] Legislative powers were transferred to the executive, which started to redesign the whole country by governmental decrees instead of laws enacted by the parliament.[8] After the coup attempt, the dismissions and arrests of many judges and prosecutors further deepened the problem.[9] This impeded the judicial review of the president's or the government's acts. After the state of emergency, it may be claimed that the main motivation or source of the judiciary is not the rule of law, but the fear of being dismissed or arrested.[10]

---

5 *Academics for Peace* is a community of 1128 academics who announced a statement on January 11th 2016 against the ongoing curfew in Kurdish provinces and asked the government to end the curfew and prevent the civilian deaths. For more information see <https://barisicinakademisyenler.net/> accessed 8 July 2017.

6 See <http://freeturkeyjournalists.com/> accessed 8 July 2017.

7 See <www.rt.com>, 'Turkey to temporarily suspend European rights convention: Deputy PM quoted' (21 July 2017) <http://www.reuters.com/article/us-turkey-security-rights/turkey-to-temporarily-suspend-european-rights-convention-deputy-pm-quoted-idUSKCN1011ED> accessed 10 October 2017.

8 Kemal Gözler, 'KHK'ler', (Türk Anayasa Hukuku Sitesi, 24 December 2005) <www.anayasa.gen.tr/khk-bilgi.htm> accessed 8 July 2017.

9 The International Association of Judges, 'The End of the Rule of Law in Turkey, (24 March 2017) <http://dommerforeningen.dk/media/74682/iaj-letter-turkey.pdf> accessed 28 August 2017.

10 Stockholm Center for Freedom, 'Turkey's Descent Into Arbitrariness: The End of Rule of Law' (April 2017) <https://stockholmcf.org/wp-content/uploads/2017/04/Turkey%E2%80%99s-Descent-Into-Arbitrariness-The-End-Of-Rule-Of-Law.pdf> accessed 28 August 2017.

Preparations for constitutional amendments adopted in the April referendum officially began in December 2016.[11] In reality, however, *Recep Tayyip Erdoğan* and the AKP had been striving to establish a presidential system since 2003.[12] Clearly, *Erdoğan* used the state of emergency as an opportunity to achieve his goals.

The process became formalized when on 20 December 2016 the Parliament Constitutional Commission submitted the 18-point amendment to the parliament.[13] The public was not told who was involved in the preparation of this proposal[14]. After a parliamentary process, which lasted for 11 days in total, the „yes" vote threshold for the referendum (330) was surpassed by 339 votes.[15] Although the vote was held by secret ballot, the AKP parliamentarians took photographs of their ballots and shared them via social media.[16] This was interpreted as a way to pressure hesitant AKP deputies into voting for the amendment.

In the parliament of Turkey, which has 550 deputies, only 537 deputies could participate in the vote. Eleven deputies from the Peoples' Democratic Party were in prison facing charges of terrorism, one deputy was in the hospital and one was the chairperson of Turkish parliament so he did not have the right to vote.[17] On 20 May 2016 a parliamentary vote on the constitutional amendment lifted the immunity of 154 members of the parliament who had ongoing criminal investigation procedures running against them. The amendment temporarily suspended article 83/2 of Turkey's constitution.[18] After the declaration of the state of emergency, this amendment became a political tool, especially against the Peoples' Democratic Party.[19]

After the vote in the parliament the referendum process started. The number of detained deputies increased. Under the state of emergency, the freedom of assembly was under-

---

11 See www.ntv.com.tr, 'Proposal for constitutional amendment to be discussed on commission on 20th December' (14.12.2016) <http://www.ntv.com.tr/turkiye/anayasa-degisiklik-teklifi-20-aralikta-komisyonda-gorusulecek,1s10vmwXn0SAvEvXXHuzsg> accessed 8 July 2017.

12 See www.hurriyet.com.tr, 'Erdoğan: the presidential system is my desire' (20 April 2003) <http://www.hurriyet.com.tr/erdogan-baskanlik-sistemi-benim-arzumdur-141506> accessed 8 July 2017.

13 See the announcement about the commission on the official website of Turkey's parliament, <https://komisyon.tbmm.gov.tr/komisyon_index.php?pKomKod=8> accessed 8 July 2017.

14 See www.t24.com.tr, 'Prof. Kaboğlu: We do not know who prepared this Constitutional amendments' (26 March 2017) <http://t24.com.tr/haber/prof-kaboglu-anayasa-degisikligini-kim-hazirladi-bilmiyoruz,395782,> accessed 15 August 2017.

15 See www.ntv.com.tr, 'Proposal for constitutional amendment accepted' (26 January 2017) <http://www.ntv.com.tr/turkiye/anayasa-degisiklik-teklifi-kabul-edildi-anayasa-degisikligi-maddeleri,7nm31jbWkE6KE5tXwomHCQ> accessed 8 July 2017.

16 See www.diken.com.tr, 'When passing "presidential system": AKP deputies did not vote secret in parliament' (10.01.2017) <http://www.diken.com.tr/baskanlik-sistemine-gecerken-akpli-vekiller-mecliste-gizli-oy-kullanmadi/> accessed 8 July 2017.

17 See www.diken.com.tr, 'From Demirtas to Parliament: Do not vote, get arrested voters to vote' (9 January 2017) <http://www.diken.com.tr/demirtastan-meclise-oylamaya-gecmeyin-tutuklu-vekillerin-oy-kullanmasini-saglayin/> accessed 8 July 2017.

18 Human Rights Watch, 'Turkey: Crackdown on Kurdish Opposition' (20 March 2017) <https://www.hrw.org/news/2017/03/20/turkey-crackdown-kurdish-opposition> accessed 28 August 2017.

19 Human Rights Watch, 'Turkey: Crackdown on Kurdish Opposition' (20 March 2017), <https://www.hrw.org/news/2017/03/20/turkey-crackdown-kurdish-opposition> accessed 28 August 2017.

mined to prevent all kinds of work against the amendment of the constitution. The social opposition was oppressed by dismissal decisions and arrests. As the referendum approached, the number of people who were dismissed from public service carried out by governmental decrees issued during the state of emergency exceeded 100.000 – the preventive arrest had already lost its main function as a precautionary measure and turned into a daily judicial practice.[20] All kinds of public meetings and demonstrations were met with police intervention. Governmental decrees were enacted to shut down dozens of press organizations.[21] With the unemployment and/or arrest of journalists criticizing the government, an effective tutelage regime was constructed in the media. According to the Journalists' Union of Turkey, an estimated 2.500 journalists and media workers have lost their jobs since July 2016 and there are now at least 165 journalists in prison.[22] In May 2016, U.N. Human Rights Council announced a statement about Turkey and underlined that Turkey's judicial system has come under attack since the failed coup. In the statement, the Council also stated that the politicised court decisions against journalists and, conversely the removal of judges who have granted bail to journalists have played a central role in the deterioration of press freedom.[23]

The „yes"-campaign was financed directly with the state budget.[24] In this political climate the „no"-campaign tried its best to succeed while facing repression by the regime and being limited by budget restrictions and the threat of arrest at any moment. Young people who carried out the „no"-campaign in various cities of Turkey were arrested on charges of „provoking people to be rancorous and hostile"[25]. In TRT, the state's official television, and in the mainstream channels supporters for „no" were nonexistent and during the entire election process, the public only listened to the calls for „yes". Moreover, President *Erdoğan* said that „‚No' means to support terrorist organizations".[26] *Erdoğan* claimed „Who says no? Those who want to divide this country say no. Those who are against our flag say no."[27] Many politicians stressed that if the result of the ref-

20 See www.bbc.com, 'UN Human Rights Commissioner: We are concerned about collective detention, expulsion and prolongation of State of Emergency' (1 May 2017) <http://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-39769555> accessed 8 July 2017.

21 Related governmental decrees; <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/10/20161029-4.htm>, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/11/20161122-1.htm> accessed 8 July 2017.

22 See www.freeturkeyjournalists.ipi..media, 'U.N. Human Rights Council urged to act on Turkey' (16 May 2017) <https://freeturkeyjournalists.ipi.media/u-n-human-rights-council-urged-to-act-on-turkey/> accessed 28 August 2017.

23 See, www.freeturkeyjournalists.ipi..media, 'U.N. Human Rights Council urged to act on Turkey' (16 May 2017) <https://freeturkeyjournalists.ipi.media/u-n-human-rights-council-urged-to-act-on-turkey/> accessed 28 August 2017.

24 See www.cumhuriyet.com.tr, 'One to No, Thousand to Yes' (25 May 2017) <http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/748251/_Hayir_a_bir___Evet_e_bin.html> accessed 8 July 2017.

25 See www.odatv.com, 'What happened to the people who says „no"' (8 April 2017) <http://odatv.com/hayir-diyenler-in-basina-neler-geldi-0804171200.html> accessed 15 August 2017.

26 See www.sozcu.com.tr, 'No means to support terrorist organizations' (13 March 2017) <http://www.sozcu.com.tr/2017/gundem/erdogandan-flas-aciklamalar-4-1732321/> accessed 8 July 2017.

27 Zia Weise, 'Turkish 'No' Voices Muffled in Erdoğan's Referendum' (*Politico*, 26 December 2017) <http://www.politico.eu/article/turkey-constitutional-referendum-recep-tayyip-erdogan-orhan-pamuk-akp-chp-degirmenci-hurriyet/> accessed 28 August 2017.

erendum will not be „yes", the terror threats will not be prevented. In short, the „yes" campaign purposely used fear as their main tool.
All the problems about the referendum process summarized above were actually identified and reported by international organizations. In particular, the Venice Commission's report on the amendment of the Constitution in Turkey from March 2017 contains important findings concerning the process. Paragraphs 27 to 42 of the report stated in detail the dangers of organizing constitutional amendments and referendums under a state of emergency.[28] The Minister of Justice made a written statement against the report and said that „It has no respectability and no reputation for Turkey". In the same statement the report was defined as a „biased, purposeful" text and just a „support to CHP and HDP" who were organizing the „no"-campaign.[29]

3. Evaluation of the Method of Constitutional Amendment

The fact that the state of emergency continues in Turkey may not be in itself a reason for the illegitimacy of the new Constitution. However, it is clear that the method adopted for the amendment of the constitution would be considered illegitimate in democratic societies, whether there is a state of emergency or not.
In theory, a constitution has the purpose to restrain the violence of the state within the limits of the law.[30] Constitutions exist not to protect the states' benefits but to protect the fundamental rights and freedoms of the people against a state's power.[31] Just because of this feature, the method adopted for the amendment of constitutions is not a simple technical law discussion, but rather a direct debate on legitimacy.[32]
The „Report on Constitutional Amendments" written by the Venice Commission should be seen as an important source of this discussion. The report underlines: *„The constitutional amendment procedures should be drafted in a clear and simple manner, and applied in an open, transparent and democratic way. This is perhaps just as important as the finer details and requirements of the rules themselves."*[33]
The same report states: *„In this sense, properly conducted amendment procedures, allowing time for public and institutional debate, may contribute significantly to the legitimacy and sense of ownership of the constitution and to the development and consoli-*

28 Venice Commission, 'Opinion No:875/2017' (13 March 2017) <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)005-e> accessed 8 July 2017.
29 See official statement of the Ministry of Justice; http://www.basin.adalet.gov.tr/BasinAciklamasi/basin-aciklamasi-14032017> accessed 8 July 2017.
30 Oya Boyar, 'Constitutional Law and Violence', (*Marmara University Law Departmant Law Research Journal*, 2006, 2/1) <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/274328> accessed 28 August 2017.
31 Kemal Gözler, *The Main Sources of Constitutional Law*, (first published 2010, Ekin Basım Yayın Dağıtım) 44.
32 Kemal Gözler, *Goodbye Constitution: The Critization of the Constitutional Amendments of April 2017,* (first published 2017, Ekin Basım Yayın Dağıtım).
33 Venice Commission, 'Study No. 469/2008' (19 January 2010) <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad(2010)001-e> accessed 8 July 2017.

dation of democratic constitutional traditions over time. In contrast, if the rules and procedures on constitutional change are open to interpretation and controversy, or if they are applied too hastily or without democratic discourse, then this may undermine political stability and, ultimately, the legitimacy of the constitution itself."[34]

In the light of all these statements, it is clear that the constitutional amendment in Turkey is to be qualified as an imposition and methodologically illegitimate. Because, in line with the stated principles, a process which was only organized by representatives of a political party without including different parts of society, such as different nations, genders, religions or even experts in this field can not be accepted as legitimate.

Finally, under the stated circumstances, on April 16th, 2017, a historic referendum was held in Turkey. A series of observation reports about the referendum day point to further violations of a democratic process. A group called „No and Beyond" that was established in Turkey just to observe the referendum day reported many different types of violations. Those included the prevention of voting and the presence of armed security forces in some polling stations.[35] *Turkey, Constitutional Referendum, 16 April 2017: Needs Assessment Mission Report* also contains a detailed description of violations of the referendum process. The most important part of the report concerned is related to the decision of the Supreme Election Board on the referendum day, after the ballot count was passed, that the „unsealed vote counts": „*The decisions were to consider ballots improperly stamped by the ballot box committees (BBC) and those without a BBC control stamp as valid. These instructions were communicated via mobile text message to electoral boards, with the latter instruction given after the counting of votes in some BBCs had commenced. These decisions undermined an important safeguard against fraud and contradicted the law that explicitly states that such ballots should be considered invalid. The DEB responsible for counting out-of-country ballots decided not to implement the new counting instructions. Inconsistencies in the implementation of last minute changes challenged the principle of equality of the vote enshrined in paragraph 7.3 of the 1990 OSCE Copenhagen Document.*"[36]

Considering the election results published in the Official Gazette[37] by the April 27th 2017, it is obvious that the unlawful decision[38] on the validity of the unsealed votes deepens the problem of legitimacy. Because the official result was still very close, the fact that

34 Venice Commission, 'Study No. 469/2008' (19 January 2010) <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad(2010)001-e> accessed 8 July 2017.

35 See bianet.org, 'No and Beyond: We have found dead voters in the referendum' (25 April 2017) <https://bianet.org/bianet/siyaset/185913-hayir-ve-otesi-referandumda-olu-secmen-tespit-ettik> accessed 8 July 2017.

36 Office for Democratic Institutions and Human Rights, '*Republic of Turkey, Constitutional Referendum 16 April 2017*' *(OSCE/ODIHR Limited Referendum Observation Mission Final Report,* 22 June 2017), *OSCE/ODIHR Limited Referendum Observation Mission Final Report,* accessed 8 July 2017.

37 Supreme Election Committee, Decision No: 663, 27 April 2017.

38 Supreme Election Committee, Decision No: 560, 16 April 2017.

non-stamped votes were taken into consideration could have tipped the ballot in the government's favor.

4. The Spirit of the Change in the Constitution: Constitutional Dictatorship

18 articles of the constitution have been amended with the referendum. Among others, article 9 was changed; before it stated that „the judiciary is independent", now it reads „the judiciary is independent and neutral". Article 76, which regulates the age of conscription, was amended, the age limit is now 18 instead of 25 years. With the abrogation of article 145 the military courts have been removed. Article 75 has increased the number of deputies in the national assembly from 550 to 600. Essentially, the amendment of the constitution needs to be understood as a whole rather than discussing it article by article.

It seems that all these legal changes were made only for *Recep Tayyip Erdoğan*. Article 101 of the constitution regulated the impartiality of the President and stated in its last paragraph: „If the President-elect is a member of a party, his/her relationship with his/her party shall be severed and his/her membership of the Grand National Assembly of Turkey shall cease" and the heading of the article was „qualifications and impartiality". As the relevant article has been rearranged, the termination of relations between the president and any party he is a member of is no longer necessary, and the principle of „impartiality" in the heading of the previous regulation has been abolished.[39] The results of this arrangement were seen on May 21st, 2017, when President *Recep Tayyip Erdoğan* was elected AKP president again, in addition to being a member of the AKP.[40] But at this point, it should be understood that these regulations do not lead to a change in the present political environment. It is known that during the general elections of 2015, *Erdoğan* organized an election campaign in favor of AKP. In other words, *Erdoğan* has never cared about the principle of neutrality since he became president. In short, the problem is far beyond the fact that *Erdoğan*, who underlines that he is in fact ideologically united with „his" political party at every opportunity, can legally become a party member, or even become its president. The real problem is the amount of power that he has, which was now legalized through the Constitutional amendment. When this amount of power is combined with the already distorted political culture of Turkey, the only possible result is the dictatorship.

This assumption is also confirmed by other amendments, that further strengthen the role of the president. According to article 104, which regulates the duties and powers of the president, the president will now appoint all public servants alone. In any matter regarding executive power, which is seen as a very broad competence, he will have the right to

39 See barobirlik.org.tr, <http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/Anayasa_Degisikligi.aspx> accessed 10 July 2017.

40 See www.ntv.com.tr, 'Erdoğan is again the chairman of AKP' (21 May 2017) <http://www.ntv.com.tr/turkiye/erdogan-yeniden-ak-parti-genel-baskani,HQ2d94G9O0SRMEfe6hrTgg> accessed 10 July 2017.

issue a decree on his own. He can declare a state of emergency alone. During the state of emergency, he can enact decree-laws alone. He will prepare the state budget. He will appoint a deputy president. The president will also appoint ministers, who are now only officers and have almost no executive power. Of course, the president has the power to dismiss them. He will sign and publish international agreements directly. He will also prepare regulations on the enforcement of laws. It is clear that the duties and powers of the president widened. With the new form of article 104, the presidency became the most powerful position of the state; before, it had only been a The most powerful political position used to be the position of prime minister. However, article 109 was abolished now, so there will not be a prime minister in Turkey after the election held in 2019. According to article 106, Turkey might have one or more vice presidents who seem to hold a symbolic position. The only duty of the vice presidents is serving as the head of state in the event the president is abroad or incapacitated. The vice president or presidents are not elected by the people but appointed by the president, who can dismiss them at any time.

The power of the parliament is also an important part of the discussion. According to the new amendments, the parliament has nearly no control over the president. According to article 105, the parliament may refer the president to the Supreme Court with the approval of two-thirds majority but it does not have the right to shorten the president's term.

According to article 8, the executive power belongs to the president. In the former regulation, the president shared this power with the (now abolished) Council of Ministers. This problem is increased by the fact that the president also has legislative power as described above. The president could issue presidential decrees, with the same legislative power as the parliament.

According to article 104, the legislative power of the president seems to be restricted. The article says that the president can only declare the presidential decrees in the terms of his executive duty. However, executive power consists of everything. While the president doesn't have the right to change current laws, he has the power to fill all the legal gaps with presidential decrees without the approval of the parliament. In short, the president would have widespread power in legislation as well as in its execution.

It is also necessary to think about the predictable structure of the 600 deputies that will now form the parliament. The conservative political tradition in Turkey is based on the determination of candidates who are elected to the parliament by the president of the political party. The presidents of the parties are preparing the lists and nobody has the chance to be a candidate without the presidents' approval. This is an established practice, especially in the AKP. In this case, *Recep Tayyip Erdoğan* will determine the deputies of the AKP before the election. The presidential election and parliamentary elections will then be held simultaneously. The elected deputies of AKP will not be expected to take a stand against *Recep Tayyip Erdoğan*, because he is able to end their career as pol-

iticians. Article 116 is important in order to understand this invisible pressure on the deputies. According to this article, if the election of a president would be repeated, then it has to be repeated together with the parliamentary election.

One of the changes put into effect after the referendum concerns the procedure for the appointment of the Council of Judges and Prosecutors. First of all the name of the Council was changed. In the past it was the „High Council of Judges and Prosecutors", but the „high" has since been removed. This council is responsible for appointing judges and prosecutors or dismissing them, following the disciplinary procedures. With article 159, the number of members of the 22-member board has been reduced to 13 members. Basically, the procedure for the appointment of members has changed. In Article 159 of the former Constitution of 1982, the president was granted the right to determine four out of 22 members while the remaining members (excluding the justice minister and the Undersecretary's natural membership) were elected by various organs of the judiciary. As a consequence of the amendment, it can be foreseen that while the natural affairs of the Minister of Justice and the undersecretary are protected, four members will be elected directly by the president and seven members by the parliament.[41] As discussed before, the Minister of Justice and the undersecretary will be appointed by the president too. So, at least six of 13 members of this body would be directly appointed by the president. In the past, the judicial structures such as the Supreme Court Assembly or the Council of State had the right to choose a number of members of this Council. However, with the changes, the judges and prosecutors are not part of this process anymore.

According to the regulation on the Council of Judges and Prosecutors, this committee is responsible for many transactions such as accepting, assigning the judges and prosecutors and provisionally authorizing, promoting, disciplinary punishing or dismissing them. And except for decisions on the dismissal from the profession of judges and prosecutors decisions of the committee cannot be challenged before the court.[42] In short, this council which is now determined by the parliament and the president, – in today's Turkey one could argue that this board is appointed directly by the AKP – has the authority to organize the judiciary as a whole. It is clear that when the amendments of the Constitution are in full force, it will only be determined by the president.

This new regulation violates the principle of checks and balances because, with this arrangement, the organization of the judicial mechanism is tied too closely to the legislative and executive power. With regard to Turkey's current political atmosphere and the state of emergency, the rush to give effect to these arrangements seems like a takeover of the juridical branch. Keeping the judiciary under control is an important tool to silence the social opposition. Also, the public harm caused by this regulation will not be solved for many years.

---

41 See barobirlik.org.tr, <http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/Anayasa_Degisikligi.aspx> accessed 10 July 2017.

42 See barobirlik.org.tr, <http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/Anayasa_Degisikligi.aspx> accessed 10 July 2017.

The first implementation of this regulation in June 2017 is also an indication of what will happen when *Erdoğan* becomes president of the Republic in 2019. The profile of the selected members of the Council tells a lot about the future. For example, the only selected female member, *Songül Yazar*, is a member of AKP Beyoğlu Municipal Assembly. Another member is *Hamit Kocabey*, who is a member of the MHP's – the nationalist party that supported AKP during the referendum – central board.[43]
In short, in the coming years, the president, who amasses the legislative and executive power in one hand, will have the power to determine the judicial structure. As a result, there is no mechanism to control or regulate the power of the president anymore.

5. Instead of the Result

It is obvious that the current situation is a very difficult period for Turkey. Returning from this point will also be difficult. When the Turkish government's attitude of violating democratic principles and basic human rights and freedoms for years are considered, it can be predicted that the near future will be even more difficult for the Turkish people than the past. As explained in detail, there is no separation of powers in Turkey anymore. On the contrary, all authority is accumulated in one hand. During the discussions on the amendment of the Constitution, many supporters of the new constitution referred to the regular government crisis that Turkey has experienced in the past years. Supporters argued that stability can not be achieved unless a „harmonization" between legislation and execution is provided. This harmonization is intended to be provided by the sole authority of the president. According to article 77, both elections of the president and the parliament would be held together. The Council of the Judges and Prosecutors will be appointed by the president and the parliament, so the majority will also have the power to organize this council according to their own goals. It is clear that there will be a „harmonization", but it is also clear that there will be no checks and balances! The regulation on the appointment of judges and prosecutors shows that the AKP is willing to establish a clear political tie between the judiciary and the legislative and executive powers. As a result, the uncontrolled arbitrariness of the majority (today AKP, tomorrow another party) has become a constitutional norm.
Today, this system established by AKP and *Erdoğan* is to be launched as a presidential system. However, the whole process has to be called a constitutional dictatorship. It is very obvious that unity of power can not be called a presidential system, even if the „Turkish type" prefix is added. In this sense, *Erdoğan* has become a 21st century example that dictatorship can result from public support and become normative. Although

43 See evrensel.net, 'Party members of the party's Committee' (17 May 2017) <https://www.evrensel.net/haber/320069/partili-hsknin-partili-uyeleri> accessed 10 July 2017.

the regime of Turkey is still defined as a republic in the constitution all signs show that Turkey has turned into an authoritarian party state.
However, the people of Turkey have shown great bravery in fighting the authoritarian course of their president. The result of the referendum under the described circumstances is cause for hope. The AKP and *Erdoğan* are also aware of this situation, because a referendum in which at least 50% of the population has voted ‚no' does not indicate a political victory.[44] On the contrary, there are millions of people in Turkey today who are willing to declare that these changes cannot be accepted. They do not want to give up their democratic rights and they are quite angry and will still be resisting the constitutional amendments tomorrow.

Şerife Ceren Uysal is a lawyer and guest researcher at the Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights; serifecerenuysal@gmail.com

44 Funda Başaran, 'The Result of the Election is not a Victory for the Government' (*Gazete Duvar*, 25 April 2017) <http://www.gazeteduvar.com.tr/yazarlar/2017/04/25/sonuc-iktidar-acisindan-bir-zafer-degil/> accessed 28 August 2017, Güngör Mengi, 'The Result of the Referendum is not a Victory', (*Gazete Vatan*, 17 April 2017) <http://www.gazetevatan.com/gungor-mengi-1058525-yazar-yazisi-referandum-sonucu-zafer-degil-/> accessed 28 August 2017

Verfassungsumbrüche durch Höchstrichter_innenbestellung?

Gedanken zu möglichen Auswirkungen der Bestellung von Richter_innen des US Supreme Court durch Präsident Trump

Martin Hiesel

1. Die Verfassung als unbestrittene Grundlage des Staates

Die Verfassung der Vereinigten Staaten zeichnet sich durch eine aus österreichischer Perspektive kaum vorstellbare Stabilität aus. Inzwischen mehr als *228 Jahre* alt, wurde sie seit ihrem Inkrafttreten im Jahr 1789 lediglich durch *27 Verfassungszusätze* („amendments") geändert, von denen elf (die ersten zehn Verfassungszusätze sowie der 27. Verfassungszusatz) in einem historisch sehr engen Zusammenhang zur Stammfassung stehen.

Dabei ist eine Änderung der Verfassung rein rechtlich gesehen gar nicht so schwierig: Für einen Verfassungszusatz erforderlich ist nämlich „nur" eine *Zweidrittelmehrheit in beiden Häusern des Kongresses* sowie eine seinen Beschlüssen nachfolgende[1] Ratifikation durch *drei Viertel (dh 38) der Bundesstaaten*.[2]

Es ist seit mehr als 200 Jahren jedoch geradezu ein grundlegender Wesenszug des politischen Systems der Vereinigten Staaten, dass der Verfassung *von allen politischen Akteur_innen ein außerordentlich großer Respekt entgegengebracht wird*. Sie wird über alle Parteigrenzen und ideologischen Differenzen hinweg als die den Zusammenhalt des Landes sichernde Grundordnung des Staatswesens begriffen, an der nicht leichtfertig gerüttelt werden soll.

Dieses Verfassungsverständnis zeigt sich etwa darin, dass selbst Fälle, in denen mit großer Mehrheit oder gar einstimmig vom Kongress beschlossene Gesetze vom Supreme Court als verfassungswidrig erkannt werden, fast nie eine Verfassungsänderung nach sich ziehen.

1 Eine zeitliche Einschränkung des Ratifikationsprozesses besteht verfassungsrechtlich nicht. So wurde der Text des 27. Verfassungszusatzes vom Kongress bereits 1789 beschlossen, aber *erst 1992* durch die erforderliche Anzahl von Bundesstatten ratifiziert.

2 Dem Präsidenten bzw der Präsidentin kommt bei Verfassungsänderungen in rechtlicher Hinsicht keine Rolle zu.

2. Die Auslegung der Verfassung

Jede Betrachtung der Verfassung zeigt freilich, dass sie nicht nur sehr präzise Anordnungen, sondern (vor allem im Grundrechtsbereich) auch Formulierungen enthält, die im hohen Maße auslegungsbedürftig sind. Denn es ist keinesfalls selbstverständlich, was unter den Begriffen wie „grausame und ungewöhnliche Strafe" oder „gleicher Schutz durch die Gesetze" oder dem in die deutsche Rechtsprache kaum zu übersetzenden Gebot des „due process of Law" zu verstehen ist. Damit wird natürlich sofort die Frage virulent, wem im Streitfall das letzte Wort in Bezug auf die Verfassungsinterpretation zukommen soll.
Seit seinem Grundsatzurteil *Marbury v Madison*[3] aus dem Jahre 1803 erachtet sich der Supreme Court für befugt, *letztverbindlich* in fast allen Angelegenheiten *über die Auslegung der Verfassung zu entscheiden*.[4] Diese – trotz Fehlens einer ausdrücklichen Verankerung im Verfassungstext schon seit langem allgemein anerkannte – Kompetenz verleiht dem Gerichtshof eine *außerordentlich große Macht*, von der *wiederholt* auch *extensiv Gebrauch* gemacht wurde.[5] So etwa zu Beginn des 20. Jahrhundert, wo mit der Rsp zur vermeintlich verfassungsrechtlich geschützten Vertragsfreiheit eine Arbeitnehmerschutzinteressen beachtende Gesetzgebung im Bereich des Arbeitsrechts de facto verunmöglicht wurde, Mitte der 1930er Jahre, als Präsident *Roosevelts* „New Deal"-Programme wiederholt als verfassungswidrig gestoppt wurden, und in den 1950er und 1960er Jahren in Form der Beseitigung der rechtlichen Grundlagen der Rassentrennung in weiten Teilen der Vereinigten Staaten und der Verbindlicherklärung fast aller Grundrechte auch gegenüber den einzelnen Gliedstaaten.
Da Verfassungsänderungen realpolitisch nur sehr schwer durchsetzbar sind, können auch politisch unerwünschte Entscheidungen des Supreme Court im Wege entsprechender Änderungen der Verfassung nur äußerst selten konterkariert werden. Dies führt dazu, dass in grundlegenden gesellschaftspolitischen Fragen wie dem Verhältnis zwischen Religion und Staat, der Rechtsstellung von Mann und Frau, der Zulässigkeit gesetzlicher Regelungen von Wahlkampfspenden, der Zulässigkeit eines gesetzlichen Verbots von Abtreibungen, der Zulässigkeit der Todesstrafe, der Rechtsstellung Homosexueller oder der Anerkennung eines individuellen Grundrechts auf Tragen einer Waffe dem Supreme Court die letztverbindliche Entscheidung zukommt.
Angesichts der Unbestimmtheit des Verfassungstextes ist es nicht weiter verwunderlich, dass seine Entscheidungen von der jeweils unterlegenen Seite regelmäßig entweder als illegitime Eingriffe in den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum oder als Flucht aus

---

3 Cranch 137 (1803).

4 Am deutlichsten zum Ausdruck kommt dieser Anspruch in der Grundsatzentscheidung *Cooper v Aaron*, 358 U.S. 1 (1958), wo der Gerichtshof vor dem Hintergrund massiven politischen Widerstandes mit Nachdruck seine Rsp zur Verfassungswidrigkeit gesetzlich erzwungener Rassentrennung an öffentlichen Schulen bekräftigte. Dazu näher *Hiesel*, Politik und Effektivität gerichtlichen Rechtsschutzes, in FS Machacek/Matscher (2008) 207 (214 ff).

5 Eine prägnante Darstellung der Geschichte des Supreme Court mit zahlreichen Literatur- und Rechtsprechungsnachweisen liefert beispielsweise *Savage*, Guide to the US Supreme Court[5] (2010) 3ff.

der Verantwortung des Schutzes verfassungsmäßiger Rechte gegen die aktuellen politischen Mehrheiten kritisiert werden.

3. Methodologische Grundpositionen

Der bekannte konservative Richter *Scalia* vertrat die Auffassung, dass es in Bezug auf die Auslegung von Rechtstexten nur die Wahl gibt, entweder dem Text die Bedeutung zuzuerkennen, den er im Zeitpunkt seiner Beschlussfassung hatte oder jede_n Richter_in nach Gutdünken entscheiden zu lassen, welche Bedeutung ihm heute zukommen soll,[6] wobei von ihm nur erstere Möglichkeit als mit der demokratischen Staatsform vereinbar angesehen wird. Er spricht dabei von „originalism", dem zufolge einem Rechtstext jene Bedeutung beizumessen ist, die er im Zeitpunkt seiner Schaffung hatte, wobei auf das Verständnis sprachkundiger Leser_innen abzustellen ist. Dieser verbindet sich mit „textualism", dem zufolge *nur das, was der Rechtstext sagt und bei einer fairen Leseart im Lichte seines Kontextes* (wozu ebenfalls nur Rechtstexte zählen) objektiv impliziert, als rechtlich relevant anerkannt wird. Absichten des Gesetzgebers, die solcherart keinen Ausdruck gefunden haben, bleiben ebenso unbeachtet wie teleologische Aspekte.[7]

Die Gegenposition dazu, die auch der Rechtsprechung des Supreme Court seit vielen Jahrzehnten zugrunde liegt, ist Folgende: Abstrakte Verfassungstexte sind als Prinzipien zu begreifen, deren Konkretisierung in Anerkennung der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers unter Bedachtnahme auf das inzwischen erworbene Wissen im Wege eines möglichst rationalen Entscheidungsfindungsprozesses zu erfolgen hat,[8] wobei selbstverständlich auch teleologische Aspekte in die Entscheidung einfließen können. Ein solcher Zugang kann sich durchaus gerade auch auf den Verfassungstext berufen: Denn gerade, wenn es ausschließlich auf den Text ankommen soll, so muss sein Abstraktionsgrad ernst genommen und nicht durch eine selbst gewählte Methode gleichsam aufgelöst werden. Der Kritik, wonach die Verfassung so fortlaufend verändert werde, lässt sich entgegenhalten, dass diesem Zugang zufolge das jeweilige Verfassungsprinzip[9] – und somit auch die Verfassung – als solches (bzw solche) unverändert bleibt, auch wenn seine Anwendung im Lichte gewandelter Umstände bzw neugewonnener Einsichten zu geänderten Ergebnissen führen kann.

---

6 Siehe etwa *Scalia/Garner,* Reading Law: The Interpretation of Legal Texts (2012) 89.

7 Zu den politischen Implikationen dieses Zugangs siehe *Hiesel,* Über das Lesen von Rechtstexten – Anmerkungen zur Interpretationstheorie von *Antonin Scalia* und *Bryan A. Garner,* ZÖR 2013, 183 (203f).

8 Dazu wie immer herausragend die Gedankenführung von Richter *Stevens* in *McDonald v City of Chicago*, 561 US 742, 858 (910) 2010 (Opinion of Stevens, J.), wonach es keine Treue gegenüber der Verfassung ist, die bewusst abstrakt gehaltene Textierung in dem Bestreben, grundsätzliche prinzipielle Vorgaben in konkrete Entscheidungsregelungen zu verwandeln, zu ignorieren.

9 ZB das Prinzip des Verbots der Verhängung grausamer und ungewöhnlicher Strafen oder das Prinzip des Verbots diskriminierender Regelungen.

Es ist offenkundig, dass die gewählte Methode sich nachhaltig auf die Frage auswirkt, inwieweit dem gesellschaftlichen Wandel bei der Verfassungsinterpretation Bedeutung zukommt:

Vertritt man wie *Scalia* ein *„original understanding" der Verfassung in dem Sinn, dass Grundrechtsnormen lediglich jene Rechte der Disposition des einfachen Gesetzgebers entziehen, die im Zeitpunkt ihrer Erlassung auf der unterverfassungsrechtlichen Ebene bereits nachweislich verankert waren* , so gelangt man zu einem *tendenziell sehr restriktiven Grundrechtsverständnis*, wobei insb auch nicht hinterfragt wird, ob das erzielte Ergebnis (nach welchen Maßstäben auch immer) als sachgerecht anzusehen ist. Begreift man hingegen abstrakte Verfassungstexte als Prinzipien, deren Konkretisierung im Wege eines möglichst rationalen Entscheidungsfindungsprozesses zu erfolgen hat, so muss man *nicht blind auf langjährige* – womöglich auf Machtausübung, Vorurteilen und sozialen Kaskaden begründete – Traditionen vertrauen, sondern kann gerade im Grundrechtsbereich diese kritisch auf ihre sachliche Rechtfertigung hinterfragen.[10]

Die praktischen Auswirkungen dieser diametral entgegengesetzten Zugänge zur Verfassungsinterpretation lassen sich leicht veranschaulichen:

Nehmen wir dazu als Beispiel das Verhältnis der Geschlechter: Es lässt sich durchaus mit überzeugenden Gründen argumentieren, dass die Schöpfer des 14. Verfassungszusatzes (es waren ausschließlich Männer) überwiegend von der damals durchaus weitverbreiteten Vorstellung geleitet waren, dass Frauen kein Wahlrecht haben müssen und ihr von Natur aus vorgegebener Platz im Haus des Mannes sei.[11] Geht man davon aus, dass dem 14. Verfassungszusatz auch heute noch jene Bedeutung beigemessen werden muss, wie er im Zeitpunkt seiner Ratifikation in Bezug auf das Verhältnis der Geschlechter zueinander verstanden wurde, so lässt sich aus dieser Bestimmung sicherlich kein Gebot der rechtlichen Gleichstellung der Geschlechter ableiten. Sieht man dagegen im abstrakten Wortlaut des 14. Verfassungszusatzes, der vom gleichen Schutz der Gesetze spricht, ein Verfassungsprinzip, dessen Konkretisierung im Wege eines möglichst rationalen Entscheidungsfindungsprozesses zu erfolgen hat, so müssen die Vorurteile der Vergangenheit mit Hilfe unserer heutigen Einsichten überwunden werden. Dann muss folgerichtig

10 Dieser Zugang wird von *Stevens* in seiner brillianten Replik gegen *Scalia* in *Rutan v Republican Party of Illinois,* 497 US 62 (1990), unter anderem damit begründet, dass im Grundrechtsbereich die Tradition als maßgebend anzusehen ist, wonach vergangene und gegenwärtige Verhaltensweisen immer wieder auf ihre Vereinbarkeit mit in der Verfassung verankerten grundlegenden Prinzipien überprüft werden müssen.

11 Siehe dazu illustrativ *Bradwell v Illinois,* 83 US 130 (1872), wonach gegen den Ausschluss von Frauen vom Rechtsanwaltsberuf keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen. Drei Richter führten damals wörtlich aus: „Man is, or should be, woman´s protector and defender. The natural and proper timidity and delicacy which belongs to the female sex evidently unfits it for many of the occupations of civil life. The constitution of the family organization, which is founded in divine ordinance, as well as in the nature of things, indicates the domestic sphere as that which properly belongs to the domain and functions of womanhood. The harmony, not to say identity, of interests and views which belong, or should belong, to the family institution is repugnant to the idea of woman adopting a distinct and independent career from that of her husband ... The paramount destiny and mission of woman are to fulfil the noble and benign offices of wife and mother. This is the law of the Creator."

die rechtliche Gleichstellung von Männern und Frauen als verfassungsrechtlich selbstverständlich geboten angesehen werden.
Ähnliches lässt sich natürlich auch in Bezug auf Homosexuelle sagen, die sich nur dann, wenn der in Rede stehende Verfassungszusatz als abstraktes Prinzip verstanden wird, mit Erfolg auf seine Gleichheitsverheißung berufen können.[12]

4. Die Rechtsprechung des Supreme Court

Wie bereits vorstehend angedeutet, hat der Supreme Court seinen Grundsatzentscheidungen seit vielen Jahrzehnten ein evolutives Verfassungsverständnis im Sinne der vorstehend skizzierten Grundgedanken zugrunde gelegt. Ein solches liegt insb der in den 1950er Jahren beginnenden Judikatur betreffend die verfassungsrechtlich gebotene Gleichstellung der afroamerikanischen Bevölkerung[13] und der in den 1970er Jahren entwickelten Judikatur betreffend die verfassungsrechtlich gebotene Gleichstellung der Geschlechter zugrunde.[14] Aktuell können etwa folgende Beispiele angeführt werden:

4.1. Abtreibung

Der Supreme Court hat die bis heute heftig umstrittene Grundsatzentscheidung *Roe v Wade*,[15] mit der bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ein aus der „Due process Clause" des 14. Verfassungszusatzes abgeleitetes *verfassungsmäßig garantiertes Recht auf Vornahme einer Abtreibung* judiziert wurde, wiederholt *ausdrücklich bekräftigt*, so zuletzt in *Planned Parenthood v Casey*.[16] Die in dieser Entscheidung getroffene Modifikation des Prüfungsmaßstabes wurde in *Stenberg v Carhart*[17] mit knapper Mehrheit zu-

12 Dazu illustrativ die von Richter *Kennedy* verfasste Urteilsbegründung in *Lawrence v Texas,* 539 US 558 (2003), mit dem ein Gesetz, dass bestimmte intime sexuelle Verhaltensweisen zwischen zwei damit einverstandenen erwachsenen gleichgeschlechtlichen Personen unter Strafe gestellt wurden, unter Berufung auf die im 14. Verfassungszusatz garantierte Freiheit für verfassungswidrig erklärt wurde. Darin führt *Kennedy* wörtlich aus: „Had those who drew and ratified the Due Process Clause of the Fifth Amendment or the Fourteenth Amendment known the components of liberty in its manifold possibilities, they might have been more specific. They did not presume to have this insight. They knew times can blind us to certain truths and later generations can see that laws once thought necessary and proper in fact serve only to oppress. As the Constitution endures, persons in every generation can invoke its principles in their own search for greater freedom."

13 So wurde etwa die in zahlreichen Bundesstaaten gesetzlich vorgeschriebene Rassentrennung an den Schulen 1954 kategorisch für verfassungswidrig erklärt, obwohl der Supreme Court zuvor seit 1896 wiederholt judiziert hatte, dass rassengetrennte Einrichtungen mit dem Gleichheitssatz vereinbar sein können.

14 Maßgebend beteiligt daran war eine feministische Anwältin namens *Ruth Bader Ginsburg*, die seit 1993 Richterin am Supreme Court ist.

15 410 US 113 (1973). Diese Entscheidung wurde mit 7:2 Stimmen gefällt.

16 505 US 833 (1992). Diese 5:4 Entscheidung wurde gemeinsam von *O´Connor, Kennedy* und *Souter* verfasst und von *Blackmun* und *Stevens* weitestgehend mitgetragen. Bemerkenswert erscheint, dass somit selbst die Mehrheit der von den Präsidenten *Reagan* und *Bush* ernannten Richter (*O´Connor, Kennedy* und *Souter* gegenüber *Scalia* und *Thomas*) für die Beibehaltung der Vorjudikatur stimmte, während der einzige zu diesem Zeitpunkt von einem demokratischen Präsidenten ernannte Richter (*White* wurde 1962 von Präsident *Kennedy* ernannt) für ein Abgehen von der Vorjudikatur votierte.

17 530 US 914 (2000).

gunsten des Rechts auf Vornahme einer Abtreibung interpretiert. In weiterer Folge wurde die Rechtsprechung in Richtung einer *größeren Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers* geändert,[18] wobei der Gerichtshof jüngst allerdings die Grenzen dieses Gestaltungsspielraums deutlich gemacht hat.[19]

4.2. Kriminalstrafrecht

In Interpretation des 8. Verfassungszusatzes, der grausame und ungewöhnliche Strafen verbietet, wurde mit zwei grundlegenden Entscheidungen – *Atkins v Virgina*[20] und *Roper v Simmons*[21] – die Verhängung der Todesstrafe für „Geistesschwache" bzw im Tatzeitpunkt (noch) Jugendliche unter Aufhebung der gegenteiligen Vorjudikatur aus dem Jahr 1989 für verfassungswidrig erklärt. In weitere Folge wurde entschieden, dass die Todesstrafe nur für Verbrechen vorgesehen werden darf, die zum Tod des Verbrechensopfers führten,[22] und die Vollziehung der Todesstrafe mittels Giftspritze grundsätzlich verfassungskonform ist.[23]
Bedeutsam ist auch die Entscheidung, dass die Verhängung einer lebenslangen Haftstrafe ohne Bewährungsmöglichkeit bei Jugendlichen wegen Verurteilung bei einem Nichttötungsdelikt verfassungswidrig ist.[24] Ebenso verfassungswidrig ist die Verhängung einer lebenslangen Haftstrafe ohne Bewährungsmöglichkeit bei Jugendlichen wegen Verurteilung auch bei einem Tötungsdelikt, wenn im Rahmen der Strafzumessungsgründe keine Gelegenheit besteht, die spezielle Situation des_der jugendlichen Straftäters_in im Lichte der Prinzipien und Zwecke des Jugendstrafrechts zu beurteilen.[25]

4.3. Die Rechtsstellung Homosexueller

Der Supreme Court hat seit dem Jahr 1996 die Rechte Homosexueller wiederholt gestärkt und entschieden, dass es verfassungswidrig ist, Homosexuelle vom allgemeinen Diskriminierungsschutz auszuschließen,[26] und konsensuale private sexuelle Beziehung

---

18 *Gonzales v Carhart,* 550 US 124 (2007).
19 *Whole Woman's Health v Hellerstedt*, 579 US __ (2016) (slip opinion).
20 536 US 304 (2002).
21 543 US 551 (2005).
22 *Kennedy v Louisiana,* 554 US 407 (2008).
23 *Glossip v Gross,* 576 US __ (2015) (slip opinion), in Fortführung der mit *Baze v Rees,* 553 US 35 (2008) begründeten Rechtsprechung. *Breyer* und *Ginsburg* plädierten in ihrer abweichenden Meinung dafür, die Verfassungsmäßigkeit der Todesstrafe generell zu hinterfragen, was von *Scalia* und *Thomas* in einer dem Urteil zustimmenden Meinung scharf kritisiert wurde.
24 *Graham v Florida,* 560 US 48 (2010).
25 *Miller v Alabama,* 567 *US* 460 (2012). In *Montgomery v Louisiana,* 577 *US* __ (2016) (slip opinion) sprach der Gerichtshof aus, dass diese Entscheidung auch für bereits rechtskräftig verurteilte Straftäter maßgeblich ist, wobei die Staaten eine vor vielen Jahren begangene Rechtsverletzung auch durch Einräumung einer Bewährungsmöglichkeit sanieren können.
26 *Romer v Evans,* 517 US 620 (1996). Dazu *Faßbender,* Die Verfassungswidrigkeit eines allgemeinen Ausschlusses einer Personengruppe vom Schutz vor Diskriminierung, EuGRZ 1997, 608.

zwischen Erwachsenen nicht kriminalisiert werden dürfen.[27] Damit wurde eine 17 Jahre alte, mit knapper Mehrheit getroffene Vorentscheidung aufgehoben, die es den einzelnen Bundesstaaten freigestellt hatte, derartige Beziehungen kriminalstrafrechtlich zu ahnden. In weiterer Folge judizierte er, dass eine bundesgesetzliche Regelung verfassungswidrig ist, wonach für den Bereich der Bundesgesetzgebung gleichgeschlechtliche Menschen, die auf der Grundlage bundesstaatlicher Gesetze eine Ehe miteinander eingegangen sind, als nicht miteinander verheiratet gelten,[28] und die einzelnen Bundesstaaten die Eheschließung zwischen zwei gleichgeschlechtlichen Personen von Verfassung wegen nicht auf Grund der Geschlechtsgleichheit verbieten dürfen.[29] Den Bundesstaaten ist es zudem untersagt, verheiratete homosexuelle Menschen von Privilegien auszuschließen, die mit dem Status der Ehe verbunden sind.[30]

5. Politische Implikationen

Es bedarf wohl keiner näheren Begründung, dass die vorstehend skizzierte Rechtsprechung, obwohl von mehreren von republikanischen Präsidenten ernannten Richter_innen entscheidend mitgeprägt, von immer mehr Vertreter_innen der heutigen republikanischen Partei entschieden abgelehnt wird. Ihrer Auffassung nach sollen die einzelnen Bundesstaaten – und nicht der Supreme Court – über die Zulässigkeit der Vornahme von Abtreibungen, der Verhängung der Todesstrafe und über die Rechtsstellung Homosexueller entscheiden.
Vor diesem Hintergrund ist es wenig verwunderlich, dass Richter wie *Scalia*, *Thomas* und *Alito*, die regelmäßig gegen diese Entscheidungen gestimmt haben, in weiten Teilen der republikanischen Partei hohes Ansehen genießen. Und es ist auch nachvollziehbar, dass diese Politiker_innen versuchen, mehr solche Richter_innen an den Supreme Court zu bekommen, um einmal *eine Änderung der Mehrheitsverhältnisse im Gericht und in weiterer Folge auch eine Änderung der Rechtsprechung erwirken zu können*.

6. Die Bestellung von Richter_innen des Supreme Court

Der Supreme Court setzt sich seit mehr als 150 Jahren aus jeweils *neun hauptberuflichen Richter_innen* (einem Chief Justice und acht Associate Justices) zusammen, die *vom Präsidenten der Vereinigten Staaten mit Zustimmung des Senates* – das Repräsentantenhaus hat kein Mitwirkungsrecht – *ernannt werden*.

---

27 *Lawrence v Texas*, 539 US 558 (2003). Dazu *Hiesel*, Homosexualität und der Freiheitsbegriff der Verfassung der Vereinigten Staaten, juridikum 2003, 184.
28 *United States v Windsor*, 570 US __ (2013) (slip opinion). Diese von *Kennedy* verfasste Entscheidung wurde mit 5:4 Stimmen getroffen.
29 *Obergefell v Hodges*, 576 US __ (2015) (slip opinion). Auch diese von *Kennedy* verfasste Entscheidung wurde mit 5:4 Stimmen getroffen.
30 *Pavan v Smith*, 582 US __ (2017) (slip opinion).

Angesichts der Bedeutung, die dem Supreme Court sowohl im Gefüge der Staatsfunktionen, als auch im täglichen politischen Leben in den Vereinigten Staaten zukommt, ist verständlich, dass Präsidenten sehr genau überlegen, wen sie in den Supreme Court berufen wollen. Im Hinblick auf die Ernennung auf Lebenszeit – was in der Praxis mitunter eine Dienstzeit von 25, in einigen Fällen sogar von über 30 Jahren bedeutet – kann das jeweilige neue Mitglied im Regelfall auf die Rechtsprechung des Supreme Court noch Einfluss nehmen, wenn der es ernannt habende Präsident schon lange aus dem Amt ausgeschieden ist.
Zu beachten war indes, dass eine Abstimmung im Senat betreffend die Zustimmung zur Ernennung vor der Trump-Präsidentschaft nur möglich war, wenn mindestens 3/5 der anwesenden Senator_innen zuvor dem Ende der Debatte zugestimmt hatten. Damit war gewährleistet, dass nur jemand mit einem Rückhalt in beiden staatstragenden Parteien ernannt werden konnte. Alle der nachfolgend aufgelisteten Richter_innen, die Anfang 2016 aktiv waren, waren solcherart vom Senat bestätigt worden.

7. Die Zusammensetzung des Supreme Court im Jahr 2016

Zu Beginn des Jahres 2016 waren am Supreme Court folgende Richter_innen tätig:
Chief Justice *John G. Roberts* (geb. 1955), ernannt 2005 von Präsident *Bush II*
Richter *Antonin Scalia* (geb. 1936), ernannt 1986 von Präsident *Reagan*
Richter *Anthony Kennedy* (geb. 1936), ernannt 1988 von Präsident *Reagan*
Richter *Clarence Thomas* (geb. 1948), ernannt 1991 von Präsident *Bush*
Richterin *Ruth Bader Ginsburg* (geb. 1933), ernannt 1993 von Präsident *Clinton*
Richter *Stephen G. Breyer* (geb. 1938), ernannt 1994 von Präsident *Clinton*
Richter *Samuel Alito* (geb. 1950), ernannt 2006 von Präsident *Bush II*
Richterin *Sonia Sotomayor* (geb. 1954), ernannt 2009 von Präsident *Obama*
Richterin *Elena Kagan* (geb. 1960), ernannt 2010 von Präsident *Obama*
In der öffentlichen Wahrnehmung galten *Scalia* und *Thomas* als besonders konservativ und wurden Chief Justice *Roberts* und *Alito* als ihnen methodisch nahe stehend erachtet. *Ginsburg, Breyer, Sotomayor* und *Kagan* wurden hingegen als gemäßigt liberal angesehen. In vielen grundlegenden Fällen gab die Stimme von *Kennedy* den Ausschlag,[31] der zwar grundsätzlich eine evolutive Verfassungsinterpretation bejaht, dabei aber von tendenziell konservativeren Wertvorstellungen ausgeht als seine vorstehend genannten Amtskolleg_innen.

31 Dazu ausführlich *Hiesel,* Der Roberts Court. Geschichte, Gegenwart und Zukunft, ZÖR 2016, 623 (631 ff).

8. Verfassungsumbrüche durch Richter_innenbestellung?

Angesichts dieser knappen Mehrheitsverhältnisse ist es nicht verwunderlich, dass der plötzliche Tod von *Scalia* am 13. Februar 2016 massive politische Implikationen hatte. Zwar hat Präsident *Obama* am 16. März 2016 den unstrittig hochqualifizierten Vorsitzenden des einflussreichsten Bundesberufungsgerichtes *Merrick Garland* als Nachfolger des Verstorbenen nominiert, doch weigerte sich der von der republikanischen Partei mehrheitlich dominierte Senat in weiterer Folge in einem bisher einmaligen und beispiellosen Vorgang, sich mit dieser Nominierung zu beschäftigen.[32] Damit wurde Präsident *Obama* die Möglichkeit genommen, den gemäßigt liberalen Flügel des Gerichtshofes zu stärken.

Donald Trump hat seinerseits bereits im Rahmen seines Wahlkampfes mit dem von ihm offen zugegebenen Kalkül, konservative Stimmen für sich zu gewinnen, zwei Listen mit insgesamt 21 als sehr konservativ geltenden Juristinnen und Juristen veröffentlicht, aus deren Kreise er Mitglieder des Supreme Court auszuwählen beabsichtigt. Nach seinem Wahlsieg und seiner Amtseinführung stellte er der Öffentlichkeit den gleichermaßen hochqualifizierten wie konservativen Bundesberufungsgerichtsrichter *Neil Gorsuch* (geb. 29.8.1967) als seinen Kandidaten für *Scalias* Nachfolge vor. Unter normalen Umständen wäre diese Nominierung jedoch gescheitert, weil die erforderliche 3/5 Mehrheit betreffend ein Ende der Debatte im Senat, ohne die die eigentliche Abstimmung über die Zustimmung des Senates nicht erfolgen kann, mangels ausreichender Unterstützung seitens demokratischer Senator_innen nicht erzielt werden konnte. Die republikanische Partei war jedoch so wild entschlossen, *Gorsuch* zum Höchstrichter zu machen, dass nicht (wie in ähnlich gelagerten Fällen in den vergangenen Jahrzehnten) der Kandidat, sondern – mit einfacher Mehrheit – die Verfahrensregeln dergestalt geändert wurden, dass nunmehr bereits eine einfache Mehrheit das Ende der Debatte beschließen kann. Diese – auch für die Zustimmung zur Ernennung ausreichende – Mehrheit wurde letztlich erreicht, sodass der neue Richter am 10. April 2017 sein Amt angetreten konnte. Es scheint, dass er ähnlich judizieren wird wie sein Amtsvorgänger, sodass im Supreme Court nunmehr jene Mehrheitsverhältnisse[33] wiederhergestellt sind, die vor *Scalias* Tod bestanden.

Zu bedenken ist jedoch, dass drei Mitglieder des Supreme Court das 80. Lebensjahr[34] bereits überschritten haben bzw in der Amtsperiode des neuen Präsidenten noch deutlich überschreiten werden.[35]

Dabei handelt es sich um

32 Begründet wurde dies damit, dass man es dem Sieger/der Siegerin der Präsidentschaftswahlen 2016 überlassen wollte, den vakanten Richter_innenposten zu besetzen.

33 Dazu ausführlich *Hiesel*, ZÖR 2016, 623 (631 ff).

34 Alle anderen Mitglieder sind derzeit noch keine 70 Jahre alt und sohin deutlich jünger.

35 Zu alten Supreme Court Richter_innen siehe jüngst *Hiesel*, Ist die geltende Altersgrenze für VfGH-Mitglieder noch zeitgemäß? Einige Überlegungen im Lichte der Erfahrungen mit alten Richter_innen am US Supreme Court, JRP 2016, 224 (226 ff).

1) die am 15.3.1933 geborene *Ginsburg,* die mit inzwischen 84 Jahren bereits jetzt in Bezug auf das Lebensalter das sechstälteste aktive Mitglied in der Geschichte des Supreme Court ist. Sie hat jedoch in mehreren öffentlichen Auftritten betont, solange im Amt bleiben zu wollen, als es ihr gesundheitlich möglich ist. Und sie hat bereits ihre juristischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter bis einschließlich Sommer 2020 ausgewählt – ein gänzlich unüblicher Vorgang, der jedoch zeigt, dass sie es mit ihrer Ankündigung ernst meint. Freilich wäre sie im Jänner 2021 fast 88 Jahre alt und damit das drittälteste aktive Mitglied in der langen Geschichte des Supreme Court.[36]
2) den am 23.7.1936 geborenen *Kennedy, der* im Juli 2017 das 81. Lebensjahr vollendet hat. Er hat sich zu seinen Plänen betreffend sein Ausscheiden aus dem Gerichtshof nicht öffentlich geäußert und seine juristischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter derzeit (wie die meisten seiner Amtskolleginnen und Amtskollegen) „nur" bis einschließlich Sommer 2018 ausgewählt. Im Jänner 2021 wäre er aber immerhin 84 ½ Jahre alt und damit das siebent älteste aktive Mitglied in der Geschichte des Supreme Court.
3) den am 15.8.1938 geborenen *Breyer, der* inzwischen 79 Jahre alt ist. Er hat sich zu seinen Plänen betreffend sein Ausscheiden aus dem Gerichtshof ebenfalls nicht öffentlich geäußert. Allerdings hat er seine juristischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter schon bis einschließlich Sommer 2019 ausgewählt, was darauf schließen lässt, dass er gerne noch einige Zeit im Amt bleiben will. Im Jänner 2021 wäre er knapp 82 ½ Jahre alt.

Unbestreitbar ist, dass die vom Senat beschlossene Verfahrensänderung, die darauf hinausläuft, dass künftig die Unterstützung durch die einfache Mehrheit (anstatt von 3/5) ausreichend ist, es wesentlich einfacher macht, die vom Präsidenten vorgeschlagenen Kandidat_innen zu bestätigen. Unbestreitbar erscheint ferner, dass weitreichende Änderungen der Rechtsprechung des Supreme Court sehr wahrscheinlich sind, wenn Präsident *Trump* einen weiteren Richter (es wird wohl ein Mann sein!) ernennen kann bzw es auch ab Jänner 2021 einen republikanischen Präsidenten (auch dies würde wohl ein Mann sein!) im Weißen Haus geben wird. Das Recht auf Abtreibung würde wohl weitgehend eingeschränkt (wenn nicht gar zur Gänze eliminiert), affirmative action-Programme vermutlich per se als verfassungswidrig qualifiziert werden, die Todesstrafe wieder in größerem Umfang zugelassen und das Recht auf Waffenbesitz deutlich erweitert werden. Gesetzliche Regelungen betreffen Wahlkampfspenden würden noch weniger als zulässig angesehen und die Rechte Homosexueller wohl deutlich begrenzt werden. Betrachtet man all diese wahrscheinlichen Rechtsprechungsentwicklungen in ihrer Gesamtheit, so lässt sich die Möglichkeit von Verfassungsumbrüchen durch Richter_innenbestellung nicht von der Hand weisen.

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

36 Nur zwei Richter – *Holmes* und *Stevens* – waren in diesem Alter (und darüber hinaus bis ins 91. Lebensjahr) noch aktiv.

The next session please!

Die Frauenrechtskonvention CEDAW und die Verpflichtung Österreichs

Daniela Almer / Andrea Ludwig

1. Frauenrechte unlimited

Die UN-Frauenrechtskonvention CEDAW[1] (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women) wird gerne als Magna Charta der Frauenrechte bezeichnet. Dieser völkerrechtliche Vertrag, den mittlerweile 189 Staaten weltweit ratifiziert haben,[2] ist ein Dokument der Superlative: Die CEDAW hat zum Ziel, alle Formen von Diskriminierung von Frauen zu beseitigen. Das verdeutlicht auch der deutsche Name „Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung von Frauen". Die Frauenrechtskonvention, wie die CEDAW der Einfachheit halber genannt wird, ist nicht nur eines der ältesten, sondern vor allem das wichtigste und umfassendste völkerrechtliche Instrument zum Schutz der Menschenrechte von Frauen.

In der CEDAW werden sämtliche Lebensbereiche von Frauen angesprochen: Bürgerliche und politische Rechte, Ökonomie, Soziales und Kultur. Sie regelt, ob ich als Frau legal einen Schwangerschaftsabbruch durchführen lassen kann, ob mich der Staat ausreichend vor Gewalt schützt oder ob ich als Migrantin das Recht habe, mich legal in Österreich aufzuhalten, zB, wenn mein Aufenthaltstitel an den meines Ehemannes gekoppelt ist. Ob sich der Staat allerdings an die Bestimmungen der Konvention hält, steht auf einem anderen Blatt.

Österreich hat die CEDAW, die 1981 in Kraft getreten ist, bereits ein Jahr später, also 1982 ratifiziert. Mit diesem Formalakt verpflichtet sich die Republik Österreich alle Frauen von Vorarlberg bis ins Burgenland vor Diskriminierung in allen Lebensbereichen zu schützen und sie den Männern gleichgestellt zu behandeln – auch wenn sie nicht österreichische Staatsbürgerinnen sind. In der CEDAW finden sich neben dem Diskriminierungsverbot und dem Gleichstellungsgebot aber auch das Bekenntnis zu positiven Maßnahmen, um Frauen ausdrücklich zu fördern sowie das Bekenntnis zur Verschiedenheit von Frauen.

1 BGBl 1982/443.

2 *United Nations Treaty Collection*, Chapter IV, 8. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-8.en.pdf (1.8.2017).

Ein eigenes Menschenrechtsinstrument für Frauen ist für *Hanna Beate Schöp-Schilling*[3] aus verschiedenen Gründen notwendig. Der Schutz für Frauen war in den früheren menschenrechtlichen Dokumenten wie der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) weder ausreichend noch spezifisch genug. Frauen sind verstärkt von mehrfacher oder mehrdimensionaler Diskriminierung betroffen. Dazu kommt, dass im Vergleich zu anderen gefährdeten Gruppen überproportional viele Menschenrechtsverletzungen an Frauen im privaten Umfeld verübt werden.

„Der Text des Übereinkommens reflektiert den Stand der Diskussion rund um Geschlechterdiskriminierung und Gleichstellung in den UNO-Mitgliedsstaaten in den Siebzigerjahren", geben *Erika Schläppi*, *Silvia Ulrich* und *Judith Wyttenbach* zu bedenken.[4] Die Lebensrealität von Frauen im 21. Jahrhundert werde nicht in allen Artikeln ausreichend berücksichtigt, lautet die Kritik.[5] Und dennoch attestiert die feministische Wissenschaft der CEDAW Veränderungspotential: „Mit einer dynamischen Auslegung der Bestimmungen ist es dem Ausschuss in den letzten Jahrzehnten jedenfalls gelungen, auch neue Entwicklungen und Diskussionen aufzunehmen und in den holistischen Ansatz des Übereinkommens zu integrieren."[6]

Sieh da: Die CEDAW ist Teil eines jeden Frauenlebens. Sämtliche Politiken und Maßnahmen, die der österreichische Staat auf den Weg schickt, haben andere Auswirkungen auf Frauen als auf Männer. Informationen zum Menschenrechtsschutz von Frauen und zur CEDAW sollten also für Mädchen und Frauen ein selbstverständlicher Teil der politischen Bildung sein.

2. CEDAW wirkt. Umsetzung und Überwachung

Die Frauenrechtskonvention ist nicht grundlos das wichtigste internationale Menschenrechtsinstrument für Frauen. Mit der Unterzeichnung am 17. Juli 1980 im Rahmen der Weltfrauenkonferenz in Kopenhagen und der Ratifizierung am 31. März 1982 ist Österreich eine verbindliche Verpflichtung eingegangen. Durch eine aktive Politik muss Österreich die Diskriminierung von Frauen beseitigen und sowohl die rechtliche als auch faktische Gleichstellung von Frauen in allen Lebensbereichen schaffen. Den aktuellen Umsetzungsstand muss Österreich in einem vierjährigen Rhythmus, der in letzter Konsequenz nicht immer eingehalten wird, an das CEDAW-Komitee berichten. Aber auch über die Berichtspflicht in Art 18 und das damit verbundene Berichtsprüfungsverfahren in Art 21 hinaus, brauchen menschenrechtliche Garantien wirkungsvolle Kontrollmechanismen. Mit dem Fakultativprotokoll, das Österreich am 10. Dezember 1999 unterzeich-

3 *Schöp-Schilling*, Was ist CEDAW? Einführung in die UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, in *Bundeskanzleramt Österreich* (Hrsg), Was ist CEDAW? (2009) 7-12.

4 *Schläppi/Ulrich/Wyttenbach*, Das Übereinkommen, in *Schläppi/Ulrich/Wyttenbach* (Hrsg), CEDAW. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (2015) 1-57, 50.

5 *Schläppi/Ulrich/Wyttenbach* in *Schläppi/Ulrich/Wyttenbach*, 50.

6 *Schläppi/Ulrich/Wyttenbach* in *Schläppi/Ulrich/Wyttenbach*, 52.

net und am 6. September 2000 ratifiziert hat, sind zwei Kontrollmechanismen, die Individualbeschwerde und das Untersuchungsverfahren, eingeführt worden. Diese Rechtsbehelfe ermöglichen es einzelnen Frauen oder auch Gruppen, einzelfallspezifische Frauenrechtsverletzungen durch das CEDAW-Komitee überprüfen zu lassen.

2.1. Staatenprüfung

Die Umsetzung der UN-Konvention muss auf verschiedenen Ebenen erfolgen. Die bestehende Gesetzeslage ist zu prüfen, nationale Bestimmungen sind gegebenenfalls zu revidieren oder neue zu erlassen. Neben einer Verankerung des Gleichheitsgrundsatzes im nationalen Recht, der Sanktionierung von Diskriminierung und einem effektiven Rechtsschutz braucht es wirksame Maßnahmen und Programme sowie ein Hinterfragen der bestehenden Strukturen und Gebräuche, die geschlechterstereotype Rollenbilder weiter festigen, anstatt diese aufzubrechen. Voraussichtlich 2018 ist es wieder soweit und Österreich muss dem CEDAW-Komitee über Fortschritte, Stillstand und Versäumnisse bei der innerstaatlichen Umsetzung der Konvention berichten. Das Komitee hat die Aufgabe, die von den Vertragsstaaten vorgelegten Staatenberichte zu prüfen. Nicht-Regierungsorganisationen können durch sogenannte Schattenberichte (Shadow Reports) ein Gegengewicht zu den Staatenberichten sein und diese aus zivilgesellschaftlicher Sicht kritisch ergänzen. Den Abschluss der Prüfung bilden die *Concluding Observations* (Abschließende Bemerkungen) des Komitees an den jeweiligen Vertragsstaat. Der aktuelle und damit 9. Staatenbericht Österreichs an die Vereinten Nationen liegt bereits vor.[7] Im Rahmen der letzten Prüfung befasste sich das Komitee am 13. Februar 2013 mit dem 7./8.[8] Staatenbericht Österreichs und die bevorstehende Prüfung wird zeigen, inwieweit es der österreichischen Regierung gelungen ist, die Umsetzung der Konvention voranzutreiben und den Empfehlungen in den Abschließenden Bemerkungen nachzukommen.

2.2. Individualbeschwerden

Zulässig sind Individualbeschwerden nur, wenn ein Vertragsstaat, so wie Österreich, sowohl die Konvention als auch das Fakultativprotokoll ratifiziert hat. Sind die innerstaatlichen Rechtsmittel ausgeschöpft, so kann eine Frau oder auch eine Gruppe eine Individualbeschwerde wegen der Verletzung der in der CEDAW garantierten Rechte beim CEDAW-Komitee einbringen. Dabei stellt das Ausschöpfen aller nationaler Rechtsmittel in der Praxis ein bedeutendes Problem dar und kann im Ergebnis dazu führen, dass die

---

7 *Bundesministerin für Gesundheit und Frauen*, 9. Bericht Österreichs an die Vereinten Nationen zu CEDAW, https://www.bmgf.gv.at/cms/home/attachments/1/1/4/CH1554/CMS1466510561255/9ter_bericht_oesterreichs_cedaw.pdf (Stand 9.6.2017).

8 Der 7. und 8. Bericht Österreichs wurden im Rahmen derselben Sitzung geprüft. Das kommt vor, wenn sich der Ablauf der Staatenberichtsverfahren verzögert.

Beschwerde aufgrund eines Formmangels vom Komitee inhaltlich nicht geprüft wird. Stellt das Komitee einen Verstoß gegen die Konvention fest, so gibt es dennoch keine Sanktionen gegen den Vertragsstaat, sondern Empfehlungen. Betrachtet der Vertragsstaat diese Empfehlung als Chance, Frauenrechte weiter auszubauen und zu festigen und Frauen im eigenen Land weiter zur Gleichstellung zu verhelfen, haben diese Empfehlungen jedoch viel Potenzial. Bislang gab es zwei erfolgreiche Individualbeschwerden aus Österreich, die den innerstaatlichen Gewaltschutz grundlegend verbessert haben.[9]

3. Zivilgesellschaft vor den Vorhang

Wie bereits erwähnt ist eines der Instrumente, um die Umsetzung der Frauenrechtskonvention zu überwachen, die Staatenprüfung.
Die Staatenprüfung ist ein standardisiertes Verfahren, bei dem die Vertragsstaaten aufgefordert sind, einen Bericht an das CEDAW-Komitee abzugeben. Auf Grundlage des Berichts formuliert das Komitee unverbindliche Empfehlungen an den Vertragsstaat. Der Zivilgesellschaft kommt in diesem Zusammenhang eine bedeutende Rolle zu, denn sie ist aufgefordert, sich in diesem Überwachungsprozess aktiv einzubringen.
Das zentrale Instrument dafür sind die sogenannten Shadow Reports, mit denen Nicht-Regierungsorganisationen die Möglichkeit haben, die Menschenrechtssituation in ihrem Land in einem anderen Licht darzustellen als die Regierung.
Österreich wird vermutlich Ende 2018/Anfang 2019 vom CEDAW-Komitee geprüft, das genaue Datum steht bislang nicht fest. Grundlage dafür ist der österreichische Staatenbericht, den die Regierung bereits planmäßig abgegeben hat. Der Klagsverband koordiniert den 9. Schattenbericht der NGOs.
Mit dieser Aufgabe bekräftigt der Klagsverband sein Engagement für die Gleichstellung von Frauen. Dank gebührt den Autor_innen, die sich bereit erklärt haben, die Umsetzung der einzelnen Artikel der Konvention zu überprüfen und im Hinblick auf den offiziellen Staatenbericht die Situation aus der Perspektive der Zivilgesellschaft darzustellen.

Mag.ª Daniela Almer ist Leiterin der Öffentlichkeitsarbeit beim Klagsverband; daniela.almer@klagsverband.at

Mag.ª Andrea Ludwig ist Leiterin der Rechtsdurchsetzung beim Klagsverband und Vorstandsmitglied beim Österreichischen Frauenring und im Verein österreichischer Juristinnen; andrea.ludwig@klagsverband.at

Die beiden Autorinnen koordinieren für den Klagsverband den NGO Schattenbericht zur CEDAW.

9 CEDAW-Komitee 005/2005, 6.8.2007, *Goekce gg Österreich*; CEDAW-Komitee 006/2005, 6.8.2007, *Yildirim gg Österreich*.

Rechtsdurchsetzung bei Staatshaftungsangelegenheiten

Staatshaftungsansprüche wegen Verstößen gegen Unionsrecht sind, soweit sie sich auf ein Fehlverhalten des Gesetzgebers („legislatives Unrecht") bzw auf ein Fehlverhalten eines Höchstgerichts („judikatives Unrecht") stützen, mittels Klage nach Art 137 B-VG beim Verfassungsgerichtshof geltend zu machen.
Die Voraussetzungen dazu resultieren aus der über mehrere Jahrzehnte entwickelten Rechtsprechung des EuGH. Diese Rechtsfortbildung im Rahmen von Richterrecht ist der österreichischen Rechtsordnung eigentlich fremd.
Dass das österreichische Rechtssystem aber dennoch einen Weg zur Rechtsdurchsetzung für den Einzelnen parat hält, zeigt dieses Handbuch. Dargestellt werden die Judikatur des EuGH, eine Rechtsprechungsübersicht zu Art 137 B-VG in Staatshaftungsangelegenheiten des VfGH sowie eine Zusammenfassung des notwendigen Inhalts dieser Klagen. Das Werk wendet sich in erster Linie an Rechtsanwälte und die juristische Praxis und bietet einen raschen Überblick über eine komplexe Materie.

Mag. Dr. Anke Sembacher
Richterin am Bundesverwaltungsgericht

Sembacher
Staatshaftung

Handbuch
114 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-7046-5770-1
Erscheinungsdatum: 30.8.2017
€ 39,–

Besuchen Sie uns im Webshop und bestellen Sie versandkostenfrei innerhalb Österreichs
www.verlagoesterreich.at

VERLAG ÖSTERREICH

Gesamtwerk eines Klassikers zum Bundesverfassungsrecht in 9 Mappen

Aufbau des Gesamtwerkes:

Band I/1: Art 1 bis 23 B-VG
Band I/2: Art 23a bis 81 B-VG
Band I/3: Art 81a bis128 B-VG
Band I/4: Art 129 bis 152 B-VG
Band II/1: Europäische Menschenrechtskonvention samt Protokollen, Charta der Grundrechte
Band II/2: Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, BVG zum Schutz der persönlichen Freiheit sowie weitere Grundrechte (zB Grundrecht auf Datenschutz)
Band III/1: Kommentar zum sonstigen Bundesverfassungsrecht: Internationale Beziehungen – Demokratische Grundordnung – Finanzverfassung – Staatsorganisation – Verfassungsaufträge und Staatszielbestimmungen – Energieverfassungsrecht
Bände IV/1 und IV/2: Archiv

Herausgeber:
Univ.-Prof. i.R. Dr. Karl Korinek (†)
Präsident des Verfassungsgerichtshofs i. R.
Univ.-Prof. Dr. Michael Holoubek
Mitglied des Verfassungsgerichtshofs und WU Wien
az. Prof. Dr. Christoph Bezemek, **BA**, **LL.M.**
WU Wien
Ass.-Prof. Dr. Claudia Fuchs, **LL.M.**
WU Wien
HR Mag. Andrea Martin
Verfassungsgerichtshof
Dr. Ulrich E. Zellenberg
Wirtschaftskammer Österreich

Redaktion:
HR Mag. Andrea Martin
Verfassungsgerichtshof
Dr. Christina Rechberger-Bechter
WU Wien

Korinek/Holoubek
Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg (Hrsg)
Österreichisches Bundesverfassungsrecht
Kommentar

Gesamtwerk inkl 13. Lieferung
9612 Seiten, Loseblatt in 9 Mappen
ISBN 978-3-7046-6247-7
im Abo/zur Fortsetzung € 2990,–*;
ohne Fortsetzung € 4485,–

13. Lieferung, 1176 Seiten
ISBN 978-3-7046-7644-3
Erscheinungsdatum: 5.5.2017
€ 490,–

*Mindestabnahme von zwei weiteren Lieferungen.
Gilt bis auf Widerruf.

Tel: +43-1-680 14-0 | Fax: +43-1-688 71-30 | order@verlagoesterreich.at | www.verlagoesterreich.at

VERLAG ÖSTERREICH

Vereinsfinanzierung aus steuerrechtlicher und unionsrechtlicher Sicht

Die Finanzierung gemeinnütziger und mildtätiger Vereine wirft aus Sicht des Steuerrechts und des europäischen Beihilferechts erhebliche Rechtsfragen auf. Das Handbuch erläutert die anspruchsvollen und bislang in der Literatur nicht ausreichend behandelten Bereiche des Gemeinnützigkeitsrechts – insbesondere des Gemeinnützigkeitsgesetzes 2015 – und der Vereinsbesteuerung unter Berücksichtigung des unionsrechtlichen Beihilferechts sowie des nationalen Steuerrechts. Diese systematische Verquickung von Unionsrecht und nationalem Recht zeichnet das Handbuch aus. Praxisnähe für den Anwender wird durch die übersichtliche Darstellung der jeweiligen Bedingungen für einzelne Vereinsaktivitäten geboten.

Dr. Thomas Müller, LL.M. ist Univ.-Prof. am Fachbereich Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht der Universität Salzburg. Seine Forschungsschwerpunkte liegen im österreichischen und EU-Wirtschafts(verfassungs)recht.
Mag. Daniela Hendl ist Großbetriebsprüferin der Finanzverwaltung am Standort Innsbruck.
MMag. Dr. Peter Pülzl, MAS (European Law), LL.M., lehrt und forscht am Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck, ist Steuerberater, Prüfungskommisär für die Steuerberaterprüfung und Mitglied des Fachsenats für Steuerrecht der Kammer der Wirtschaftstreuhänder.

Müller/Hendl/Pülzl
Finanzierung gemeinnütziger Vereine
Steuer- und beihilferechtliche Problemstellungen

Handbuch
180 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-7046-7362-6
Erscheinungsdatum: 30.6.2017
€ 49,–

Besuchen Sie uns im Webshop und bestellen Sie versandkostenfrei innerhalb Österreichs
www.verlagoesterreich.at

VERLAG ÖSTERREICH