

nr 3/2020

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Stadt

recht & gesellschaft

Freiheit als verfassungsrechtliche Garantie

Freiheit zu diskriminieren?

Freiheit des Erwerbs für Sexdienstleister_innen

debatte corona

Ausnahmezustand im Ausnahmezustand

Für Context herausgegeben von Isabell Doll, Paul Hahnenkamp, Maria Sagmeister,
Nikolaus Wieser

verlagoesterreich.at
juridikum.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Gemeinsame Lesestunde anlässlich der Pandemie

Maria Sagmeister / Nikolaus Wieser

„... ob das alles auf Punkt und Beistrich in Ordnung war oder nicht, das wird am Ende des Tages der Verfassungsgerichtshof entscheiden.“
Bundeskanzler Sebastian Kurz, 14.4.2020

Diese Aussage, die der Bundeskanzler bei einer Pressekonferenz im April 2020 anlässlich der ersten Lockerungen nach dem „Lockdown“ tätigte, traf einen Nerv. Grundsätzlich ist ihr inhaltlich zuzustimmen. Der VfGH ist jenes Organ, das die unabhängige Verfassungsgerichtsbarkeit garantiert und damit den „Schlussstein im Gebäude des Rechtsstaats dar[stellt]“¹. Mit seiner Kompetenz zur Normenkontrolle nach Art 139 ff B-VG sorgt er dafür, dass „das Recht über der Macht steht.“² Sie bedeutet allerdings weder, dass in den unteren Rechtsstaatsgeschossen wackelig gebaut werden soll, noch ersetzt sie die in einer Demokratie ebenso wichtige Kontrolle der Regierenden durch einen kritischen Diskurs. Juristerei besteht zu einem überwiegenden Teil aus peinlich genauem Lesen von Texten. Ungenaue Begriffe bieten Raum für Interpretation, aber die grundlegende Kompetenz festzustellen, ob etwas nun „da steht oder nicht“ sorgt dafür, dass man bei all den akrobatischen Auslegungskunststücken den Boden unter den Füßen nicht verliert. Als der Bundeskanzler seine Rechtsansicht kundtat lagen bereits berechtigte Zweifel an der Rechtskonformität der verordneten Beschränkungen vor: Rückwirkendes Inkrafttreten, über die gesetzliche Ermächtigung hinauschießende Verordnungen, die Verwendung von Erlässen an Stelle von Verordnungen. Berechtigterweise muss hier festgehalten werden, dass die Covid-19-Krise eine unerwartete Herausforderung darstellt(e) und die Formulierung von Regeln für diesen Ausnahmezustand schwierig war. Gerade dann ist aber Klarheit zur Gewährung von Rechtssicherheit wichtig. Das Gesetz – oder die Verordnung – sollte verlässlich Auskunft darüber geben, was geboten oder verboten ist und mit dem übereinstimmen, was die Regierung in der Öffentlichkeit kundtut. So entzog die immerwährende Wiederholung von „drei [bzw vier] Gründe das Haus zu verlassen“³ Rechts-

1 Berka, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rz 987.

2 Berka, Verfassungsrecht Rz 987.

3 Arbeit, notwendige Besorgungen und Unterstützung für andere: Bundeskanzler Kurz im Interview mit Hager, Sebastian Kurz: „Es gibt nur drei Gründe, hinauszugehen“, Kurier 14.3.2020, <https://kurier.at/politik/inland/sebastian-kurz-es-gibt-nur-drei-gruende-hinauszugehen/400781522> (9.8.2020); später in der V zu den Betretungsverboten um den Grund „Bewegung im Freien alleine oder die mit Mitbewohnern – mit einem Mindestabstand von 1m zu allen anderen“ erweitert, vgl *Bundeskanzleramt*, Kampagne „Schau auf dich, schau auf mich“, abrufbar etwa noch unter www.lustenau.at/de/neuigkeiten/coroanvirus-update-ausgangsbeschaenkungen (9.8.2020).

suchenden den Boden unter den Füßen, denn das stand da eben nicht. Der betreffende § 2 Z 5 der Betretungs-V⁴ setzt keinen Grund für das Betreten öffentlicher Orte im Freien voraus.⁵ Auf die Frage nach der Rechtsgrundlage dieser Ausnahmegründe gab die Bundesregierung mantra-artig ihre vier Gründe wieder, ohne auf Einwände einzugehen.⁶ Der Kanzler sah darin schließlich „juristische Spitzfindigkeiten“ und ersuchte darum, „diese juristischen Fragen auch nicht [zu] überinterpretieren“.⁷

Auch wenn *Kurz* offensichtlich auf seiner Ansicht beharrt,⁸ das Vertrauen in die eigene Lesekompetenz stellten schlussendlich die Gerichte wieder her:⁹ „Die Verordnung sieht keine Beschränkung des Zweckes für ein Betreten des öffentlichen Ortes nach der Ausnahmebestimmung des § 2 Z 5 vor, auch wenn medial immer nur das ‚Luftschnappen‘ oder ‚Sport‘ als zulässig dargestellt wurden.“ Auch die Versuche des Regierens via Pressekongressen wurden rechtlich eingeordnet:¹⁰ „[D]em Umstand, dass der zuständige Verordnungsgeber [...] allenfalls in Presseerklärungen oder dergleichen eine davon abweichende Auffassung vertreten hat, [ist] keine rechtserhebliche Bedeutung beizumessen.“

Heute steht nicht nur fest, dass sich die besagten vier Gründe in dieser Ausschließlichkeit keineswegs im Verordnungstext fanden, sondern der VfGH entschied „am Ende des Tages“ auch, dass das COVID-19-Gesetz zwar verfassungskonform,¹¹ aber die Verordnungen über die Betretungsverbote teilweise gesetzwidrig waren.¹²

Wie vermutet beschäftigt uns, der rechtliche Umgang mit der Krise weiter: Zum gemeinsamen Lesen (und Diskutieren) lädt ab diesem Heft eine *debatte* „Corona“, die *Monika Mokre* und *Stephan Vesco* eröffnen. *Daniel Wachter* untersucht in einer rechtstheoretischen Grundsatzanalyse die *Freiheit als verfassungsrechtliche Garantie* und *Miriam Broucek* wirft einen geschlechterbezogenen Blick auf die österreichischen Konjunkturmaßnahmen in der Pandemie. Und auch im *thema* „Stadt“ werden die Folgen der Maßnahmen, konkret auf wohnungslose Menschen, beleuchtet. Nichtzuletzt betrifft uns Corona auch bei der Organisation der Tagung „Demokratie und Rechtsstaat unter Druck“. Diese wird nun ein Jahr später als angekündigt im März 2021 stattfinden.¹³

Dr.ⁱⁿ Maria Sagmeister und Mag. Nikolaus Wieser sind Mitherausgeber_innen des *juridikum*; maria.sagmeister@univie.ac.at und nikolaus.wieser@univie.ac.at

4 V gem § 2 Z 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes idF BGBl II 2020/98.

5 Vgl bereits *Die juridikum Redaktion*, Corona und der Rechtsstaat, *juridikum* 2020, 133.

6 Vgl etwa BM *Nehammer* im Interview mit *Wolf* in der ZIB 2 v 20.5.2020.

7 *Kurz*, Pressekonferenz vom 14.4.2020.

8 *Schmidt-Vierthaler*, *Wolf* zu *Kurz*: „Das war rechtlich falsch, Herr Bundeskanzler!“, *diepresse.com* 16.6.2020, www.diepresse.com/5826725 (9.8.2020).

9 LVwG NÖ 12.5.2020, LVwG-S-891/001-2020.

10 LVwG Wien 5.6.2020, VGW-031/047/5718/2020.

11 VfGH 14.7.2020, G 202/2020-20 ua.

12 VfGH 14.7.2020, V 411/2020-17 und VfGH 14.7.2020, V 363/2020-25.

13 Nähere Informationen unter www.rechtsstaat-unter-druck.at/news/ (30.9.2020)

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 273 Gemeinsame Lesestunde anlässlich der Pandemie
Maria Sagmeister / Nikolaus Wieser

merk.würdig

- 277 Tiermetaphern in der Medienethik
Die Bewertung der Verwendung des Begriffs „Ratten“ durch den Presserat
Luis Paulitsch / Alexander Warzilek
- 281 Lewit vs Austria
Eine weitreichende Entscheidung?
Micha Kribernegg / Philipp Hense-Lintschnig
- 286 Ein Hahnenkampf der Höchstgerichte?
Das PSPP-Urteil des BVerfG aus unionsrechtlicher Perspektive
Moriz Kopetzki

debatte

- 292 Der Ausnahmezustand im Ausnahmezustand
Gefängnisse zu Zeiten von Covid-19
Monika Mokre / Stephan Vesco

recht & gesellschaft

- 302 Sprachgewaltig
Diskriminierende Kriminalberichterstattung in den Printmedien
Birthe Carolina Dorn
- 310 Freiheit als verfassungsrechtliche Garantie
Eine rechtstheoretische Grundsatzanalyse
Daniel Wachter
- 320 Die Freiheit zu diskriminieren?
Wider die Skepsis gegenüber dem Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht
Maria Y. Lee
- 330 Kein Konto für Sexdienstleister*innen?
*Diskriminierung von Sexdienstleister*innen durch Verweigerung der Kontoeröffnung*
Elisabeth Greif / Jasmine Senk

thema

- 340 Vorwort der Gastherausgeber_innen
Karol Felsner / Ümra Gencer / Philipp Hense-Lintschnig / Antonia Reiss
- 342 Leistbares Wohnen – Welche rechtlichen Rahmenbedingungen müssen dafür wie geändert werden?
Anregungen zu Wohnbauförderung und Bodenpolitik
Walter Rosifka
- 354 Der Mietendeckel
Grund, Genese und Geist des MietenWoG Berlin
Carola Handwerg / Karol Felsner
- 366 *Legal hacking* und seine praktischen Dimensionen am Beispiel des Miethäuser Syndikats
Bettina Barthel
- 376 Schöner Leben ohne Reihenhaus!
Einblicke in das selbstverwaltete Projekt SchloR als Teil des habiTAT
Daniel Penninger
- 385 California über allem
Die Proteste gegen den Google-Campus und die Stadt als kybernetisches Projekt
Thomas Winklmeier

- 395 Wohnungslos während Corona
Auswirkungen der Grundrechtseinschränkungen auf das Leben von obdach- und wohnungslosen Menschen während der COVID-19-Pandemie in Wien
 Barbara Unterlerchner / Sina Moussa-Lipp / Anja Christanell / Elisabeth Hammer

nach.satz

- 407 Machtverhältnisse in Zeiten von Corona
Ein geschlechterbezogener Blick auf die österreichischen Konjunkturmaßnahmen in der Pandemie
 Miriam Broucek

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: Isabell Doll, Paul Hahnenkamp, Maria Sagmeister, Nikolaus Wieser

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: Marcus Dalfen
 Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419
 m.dalfen@verlagoesterreich.at (DW 123).
 Verlagsredaktion: Mag. Jörg Steiner
 j.steiner@verlagoesterreich.at

Preis:

Jahresabonnement: Euro 68,-
 Abo für Studierende, Erwerblose,
 Zivil- und Präsenzdiener: Euro 25,-
 Einstiegsabo: Euro 11,-
 Einzelheft: Euro 19,-
 (Alle Preise inkl MWSt, exkl Versandkosten)
 Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Angelika Adensamer, Maximilian Blaßnig, Miriam Broucek, Isabell Doll, Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Karol Felsner, Jakob Fux, Judith Fitz, Umra Gencer, Paul Hahnenkamp, Philipp Hense-Lintschnig, Kevin Frey, Hinterberger, Emanuel Matti, Hanna Palmanshofer, Eva Pentz, Nora Pentz, Marija Petričević, Valerie Purth, Antonia Reiss, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Christoph Stoll, Petra Sußner, Antonia Wagner, 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), 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 (Wien), 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:

Bettina Barthel, Miriam Broucek, Anja Christanell, Birthe Carolina Dorn, Karol Felsner, Umra Gencer, Elisabeth Greif, Elisabeth Hammer, Carola Handweg, Moriz Kopetzki, Micha Kribernegg, Maria Y. Lee, Philipp Hense-Lintschnig, Sina Moussa-Lipp, Monika Mokre, Luis Paulitsch, Daniel Penninger, Antonia Reiss, Walter Rosifka, Maria Sagmeister, Jasmine Senk, Barbara Unterlerchner, Stephan Vesco, Daniel Wachter, Alexander Warzilek, Nikolaus Wieser, Thomas Winklmeier

Gastherausgabe des themas:

Karol Felsner, Umra Gencer, Philipp Hense-Lintschnig, Antonia Reiss

Offenlegung

Die Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1, 1010 Wien (Geschäftsführung: MMag. Johannes Schultze, Dkfm. André Caro) ist eine Tochtergesellschaft der Wissenschaftlichen Verlagsgesellschaft mbH Stuttgart, Birkenwaldstraße 44, D-70191 Stuttgart (Anteilsverhältnisse: Dr. Christian Rotta [50 %], Sibylle Wessinger [12,5 %], Dr. Benjamin Wessinger [12,5 %], Simon Wessinger [12,5 %], Jakob Wessinger [12,5 %]) und ist zu 100% Medieninhaber der Zeitschrift *juridikum*. Der Werkstitel „*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:

Isabell Doll: isabell.doll.id@gmail.com
 Paul Hahnenkamp: paul.hahnenkamp@univie.ac.at
 Maria Sagmeister: maria.sagmeister@univie.ac.at
 Nikolaus Wieser: nikolaus.wieser@univie.ac.at

Das *juridikum* ist ein „peer reviewed journal“.

Tiermetaphern in der Medienethik

Die Bewertung der Verwendung des Begriffs „Ratten“ durch den Presserat

Luis Paulitsch / Alexander Warzilek

1. Grundsätzliches zum Presserat

Der Presserat ist die Selbstkontrolleinrichtung für die Printmedien und deren Online-Auftritt. Seine Träger_innen sind die wichtigsten Journalist_innen- und Verleger_innenorganisationen Österreichs.¹ Die konkreten medienethischen Entscheidungen treffen drei unabhängige und weisungsfreie Senate mit jeweils elf Mitgliedern (davon zehn Journalist_innen). Entscheidungsgrundlage ist der „Ehrenkodex für die österreichische Presse“, ein Katalog von medienethischen Prinzipien. Im sogenannten selbständigen Verfahren kann jede_r Leser_in die medienethische Überprüfung eines Artikels anregen. Etwaige Ethikverstöße stellen die Senate in Entscheidungen fest, die in erster Linie Mahn- und Appellcharakter haben, aber auch eine gewisse „Prangerwirkung“ aufweisen. Die Entscheidungen sollen zudem einen öffentlichen Diskurs über medienethische Probleme in Gang bringen.²

2. Sachverhalt

In einem Kommentar, erschienen im Jänner 2019 im steirischen Regionalmagazin „Süd-Ost Journal“, beschäftigt sich dessen Chefredakteur mit den Themen Zuwanderung und Kriminalität. Die Stadt Wien sei „nach der krankhaften Willkommenskultur des Jahres 2015“ auf dem Weg zur kriminellen Hauptstadt Österreichs. Im Anschluss daran heißt es: „Wie die Ratten hausen sie da, die illegal nach Österreich Eindringen.“ Eine Leserin wandte sich an den Presserat und kritisierte, dass in dem Artikel Migrant_innen pauschal als „Ratten“ diffamiert werden. Der Presserat führte daraufhin ein selbständiges Verfahren aufgrund einer Mitteilung³ durch, an welchem die Medieninhaberin nicht teilnahm.

3. Entscheidung und Begründung⁴

Der erste Senat des Presserats verwies auf eine frühere Entscheidung des dritten Senats, wonach Tiermetaphern für Personengruppen aus medienethischer Sicht grundsätzlich

1 Namentlich die Journalistengewerkschaft gpa-djp, der Verband Österreichischer Zeitungen, der Presseclub Concordia, der Regionalmedienverband, der Fachmedienverband und der Verein der Chefredakteure.

2 Nähere Informationen zum Presserat siehe unter www.presserat.at.

3 Vgl dazu §§ 17 ff der Verfahrensordnung der Beschwerdesenate des Österreichischen Presserates v 6.3.2018.

4 Presserat 13.3.2019, 2019/1.

abzulehnen seien (in dieser Entscheidung wurde die Gruppe der Einbrecher_innen pauschal als „Ungeziefer“ bezeichnet und ein Ethikverstoß festgestellt).⁵

Tiermetaphern wie „Wanzen“, „Ungeziefer“⁶ oder „Schweine“ seien bereits von den Nazis benutzt worden, um Minderheiten, politische Gegner_innen und Straftäter_innen zu entmenschlichen, so der erste Senat. Auch die im vorliegenden Fall verwendete Tiermetapher („Ratten“) sei in der NS-Zeit für bestimmte Personengruppen gezielt eingesetzt worden. Derartige Tiermetaphern seien nach Meinung des dritten Senats, der sich der erste Senat anschloss, zwangsläufig von Vernichtungsfantasien begleitet; „Ratten“ dürfen ausgerottet werden.⁷

Ein solcher menschenunwürdiger Begriff diskreditiere die Gruppe der Flüchtlinge als solche. Der Senat bewertete die Verwendung des Wortes „Ratten“ für eine Personengruppe sohin als Pauschalverunglimpfung und Diskriminierung und stellte einen Verstoß gegen Punkt 7 des Ehrenkodex für die österreichische Presse, „Schutz vor Pauschalverunglimpfungen und Diskriminierung“, fest.

4. Anmerkung

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der vorliegende Fall eine größere gesellschaftliche Gruppe betraf, nämlich jene der Geflüchteten. Punkt 7 des Ehrenkodex des Presserats schützt vor Pauschalverunglimpfungen und Diskriminierungen größerer Gruppen durch die Medien. Derartige Kollektivbeleidigungen können über die Zivilgerichte regelmäßig nicht bekämpft werden, weil einzelne Angehörige der Gruppe von der Beleidigung nicht individuell betroffen sind.⁸ Die Medienethik reicht hier jedoch weiter als das Medienrecht und kann in solchen Fällen Schutz bieten.

Die Entscheidung des ersten Senats bezog sich auf einen Kommentar. In dieser Textart ist die Meinungsfreiheit besonders weit zu interpretieren. Ein_e Kommentator_in kann auch Meinungen vertreten, die nicht von allen geteilt werden oder sogar verstören und schockieren.⁹ Dennoch kann es auch in Kommentaren zu Pauschalverunglimpfungen von Personengruppen und damit zu Verstößen gegen den Ehrenkodex kommen.¹⁰

Die Auffassung des ersten Senats, dass die Tiermetapher „Ratte“ schon in der NS-Zeit eingesetzt wurde, um bestimmte Personengruppen zu entmenschlichen und zu diskriminieren, lässt sich historisch mehrfach belegen. Bereits im Buch „Mein Kampf“ verglich

⁵ Siehe hierzu Presserat 29.11.2018, 2018/192.

⁶ Siehe ferner Presserat 18.9.2019, 2019/157.

⁷ Vgl hierzu auch die Stellungnahme des Schweizer Presserats v 22.08.2013, 49/2013.

⁸ OGH 12.10.2006, 6 Ob 321/04f, JBl 2007, 574 (Koziol); 8.11.2001, 6 Ob 231/01s, MR 2002, 24 (G. Korn); *Brändel/Schmitt in Götting/Schertz/Seitz*, Handbuch Persönlichkeitsrecht² (2018) § 30 Rz 3 ff; *Burkhardt/Pfeifer in Wenzel*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung⁶ (2018) Kap 5 Rz 183 ff; vgl auch EGMR 2.11.2006, 60899/00, MR 2006, 355 (Wukoschitz); 10.10.2019, 4782/18, MR 2020, 12 (Warzilek).

⁹ Siehe Presserat 9.9.2014, 2014/126; 25.2.2015, 2015/23; 2.2.2016, 2016/4; 24.10.2018, 2018/184.

¹⁰ Siehe zB Presserat 18.10.2016, 2016/209, ebenso im Kontext mit Geflüchteten.

Hitler die Mandatar_innen des Abgeordnetenhauses mit „parlamentarischen Ratten“.¹¹ Auch im antisemitischen Kontext war die Tiermetapher „Ratte“ in der NS-Propaganda weit verbreitet. Die Verwendung dieser Metapher gegenüber politischen Gegner_innen und Minderheiten sollte Assoziationen der Vertreibung und des Nichtsesshaften bewirken, Mitgefühl und Empathie gegenüber den angegriffenen Menschengruppen ausschalten sowie Eliminierungsphantasien befördern.¹² Die Rattensymbolik stand zudem für das „Unterwandern“ und das „Abfressen“, etwa im Zusammenhang mit den Finanzmärkten oder dem Bankwesen.¹³ So finden sich in antisemitischen Hetzschriften wie „Der Stürmer“ wiederkehrend Darstellungen von Jüdinnen und Juden als Ratten, die „den Deutschen etwas wegfressen“.¹⁴ Auch im Propagandafilm „Der ewige Jude“ wurde die jüdische Diaspora mit den „Massenwanderungen von Ratten“ verglichen und entsprechend visuell inszeniert.¹⁵ Neonazistische Medien benützen den Begriff „Ratte“ nach wie vor als zentrale Tiermetapher zur Charakterisierung von Jüdinnen und Juden sowie politisch linksstehenden Gruppierungen.¹⁶

Der erste Senat verwies in seiner Entscheidung auch auf eine Stellungnahme des Schweizer Presserats zu einem „Satire-Artikel“, in dem Menschen mit Migrationshintergrund mit Wildschweinen verglichen wurden, dies unter dem Beisatz „[A]uf die darf geschossen werden!“. Der Schweizer Presserat führte dazu aus, dass die Diffamierung des „Fremden“ immer schon Tiermetaphern benutze. Hierbei seien jene Tiere in der Verhetzungspropaganda beliebt, denen die vermeintlichen Kollektiveigenschaften der betroffenen Personengruppe übergestülpt werden können. Die Schweizer Ethikeinrichtung betonte dabei die mit dem sprachlichen Bild assoziierten Vernichtungsfantasien.¹⁷

Im Zusammenhang mit Persönlichkeitsverletzungen gegenüber Einzelpersonen steht auch die Rechtsprechung problematischen Tiermetaphern¹⁸ ablehnend gegenüber: So besteht dem OGH zufolge kein Zweifel daran, dass etwa die Bezeichnung „Schwein“ objektiv eine grobe Ehrverletzung und der Begriff unschwer für jeden Menschen als Beschimpfung zu erkennen ist.¹⁹ Darüber hinaus ist auch die Bezeichnung eines Vermieters als „miese kleine Ratte“ auf einem Internetportal ehrenrührig und grundsätzlich ein

11 *Hartmann/Vordermayer/Plöckinger/Töppel*, *Hitler, Mein Kampf. Eine kritische Edition I* (2016) 323.

12 *Urban*, *Von Ratten, Schmeißfliegen und Heuschrecken. Judenfeindliche Tiersymbolisierungen und die postfaschistischen Grenzen des Sagbaren* (2018) 99 f; ferner OLG Wien 9.1.2013, 16 R 270/12m, MR 2013, 16.

13 *Urban*, *Ratten* 100 ff.

14 *Kulke*, „Der Teufel in Frankreich“. Antisemitische Propagandakarikaturen der 30er und 40er Jahre, in *Gold/Heuberger*, *Abgestempelt. Judenfeindliche Postkarten. Auf der Grundlage der Sammlung Wolfgang Haney* (1999) 365 f.

15 Siehe *Dolezel*, „Schicksalswende“ und „Der ewige Jude“. Antisemitische Filmpropaganda am Anfang der NS-Ostexpansion (1939 – 1940), in *Die Juden in den böhmischen Ländern. Vorträge der Tagung des Collegium Carolinum in Bad Wiessee vom 27. November bis 29. November 1981* (1983) 287 f.

16 *Pörksen*, *Die Konstruktion von Feindbildern. Zum Sprachgebrauch in neonazistischen Medien*² (2005) 232.

17 Schweizer Presserat 22.8.2013, 49/2013.

18 Unbedenklich ist hingegen etwa die Bezeichnung „Skiadler“ für Skispringer_innen.

19 OGH 15.12.1999, 9 ObA 305/99i, RdW 2000/673; vgl auch OGH 30.8.2018, 9 ObA 45/18k, RdW 2019/34; BGH 3.6.1975, VI ZR 124/74, VersR 1975, 976; ferner *Mayer*, „Korruptes Schwein im Finanzamt“ – Über Ordnungsstrafen und die Beziehung von Steuerpflichtigen zu ihren Finanzbeamten, *ecolex* 2017, 601.

Kündigungsgrund.²⁰ Demgegenüber wurde die Abbildung eines bayrischen Politikers mit Wolfskrallen, verbunden mit dem Text „Warum hast du so ein großes Maul?“, als nicht beleidigend eingestuft, weil ein Wolf als Rudeljäger kein „aus dem Hinterhalt jagendes Tier“ sei; deswegen werde dem Politiker nicht zwingend Hinterhältigkeit vorgeworfen.²¹ Abschließend sei noch eine weitere aktuelle Entscheidung des ersten Senats des Presserats erwähnt: Die Darstellung von zwei Spitzenpolitikern der FPÖ in einer Karikatur als Ratten im Zuge des „Ibiza-Skandals“ ist demnach aus medienethischer Sicht ausnahmsweise möglich. Dass für Karikaturen und Satire spöttische Elemente und beißende Kritik typisch sind, war dabei nicht das ausschlaggebende Kriterium. Entscheidend war vielmehr, dass es für den an und für sich bedenklichen Tiervergleich einen Sachbezug zu einem konkreten Ereignis gab: Da die FPÖ Braunau kurz davor ein verunglimpfendes „Rattengedicht“ über Geflüchtete veröffentlicht hatte, mussten sich die prominenten Parteifunktionäre die Bezugnahme zu den Nagetieren gefallen lassen.²² Diese Entscheidung zeigt, dass selbst bei Tiermetaphern mit Bezug zu Schädlingen der spezifische Kontext die Verwendung rechtfertigen kann. Während die Presseratsenate gegen derartige Metaphern sowohl für Personengruppen als auch für Einzelpersonen im Allgemeinen rigoros vorgehen, wurde die satirische Zeichnung der beiden Politiker als Ratten wegen der Vorgeschichte mit dem diffamierenden Gedicht über Geflüchtete samt Rattenvergleich abweichend von diesem Prinzip nicht als Ethikverstoß gewertet. Diese Herangehensweise erscheint durchaus differenziert und nachvollziehbar, es gilt jedoch zu betonen, dass Konstellationen, wo der satirische Einsatz einer problematischen Tiermetapher auf einem Sachkontext beruht, nur selten vorkommen.²³

Mag. Luis Paulitsch arbeitet als Referent des Österreichischen Presserats; luis.paulitsch@presserat.at

Univ.-Lekt. Dr. Alexander Warzilek ist Geschäftsführer des Österreichischen Presserats; alexander.warzilek@presserat.at

20 AG Bernau 3.2.2009, 10 C 447/08, WuM 2009, 126.

21 VGH Bayern 4.10.1983, 21 B 83 A.794, NJW 1984, 1136.

22 Siehe Presserat 10.9.2019, 2019/113.

23 Siehe auch OGH 30.10.1991, 1 Ob 4/91, JBl 1992, 246 (Verfremdung des Gesichts eines Chefredakteurs zu einem Schweinskopf mit Bezug zu einem Artikel, in dem fälschlicherweise behauptet wurde, dass eine Mordverdächtige als Geheimprostituierte gearbeitet hätte und das „Schweinchen“ sei, das alles mache); zudem EGMR 2.5.2017, 55537/10, *Haupt gegen Österreich* (Behauptung, dass es im Umfeld eines Politikers wie bei dem Nilpferd, für welches er eine Patenschaft übernommen habe, „von braunen Ratten“ wimmle).

Lewit vs Austria

Eine weitreichende Entscheidung?

Micha Kribernegg / Philipp Hense-Lintschnig

Zur österreichischen Vergangenheitsbewältigung gäbe es viel zu sagen. Kaum ein Thema aber war in den letzten Jahren so medienwirksam wie die gerichtlichen Auseinandersetzungen betreffend die Artikel „Mauthausen-Befreite als Massenmörder“ (2015) und „Der größte Lump im ganzen Land ist und bleibt der Denunziant“ (2016) in der (ehemaligen¹) rechtsextremen Zeitschrift *Aula*.² In den beiden Artikeln wurden die Überlebenden des Konzentrationslagers Mauthausen – anstelle als Opfer der Shoa benannt zu werden – unter anderem als „Landplage“ und „Massenmörder“ bezeichnet.³ Nach mehreren gegen diese Äußerungen angestrebten innerstaatlichen strafrechtlichen und zivilrechtlichen Verfahren schien die Sache als erledigt zu gelten. Die nunmehr vorliegende Entscheidung des EGMR zu *Lewit/Austria*⁴ könnte den Fall neu aufrollen oder zumindest wegbereitend dafür sein, dass hinkünftig ähnlich gelagerte Fälle anders behandelt werden könnten.

1. Zum Verfahrenshergang

Zunächst wurde gegen den ersten der beiden oben zitierten Artikel eine Sachverhaltsdarstellung bei der Staatsanwaltschaft Graz eingebracht, welche den Artikel aus 2015 auf Übertretungen hinsichtlich Bestimmungen des Verbotsgesetzes bzw §§ 283, 297 StGB prüfte. Dieses Ermittlungsverfahren wurde von der StA Graz eingestellt.⁵

1 Die Zeitschrift wurde mittlerweile eingestellt, eine Neugründung nach nur einer Ausgabe erneut eingestellt. *STANDARD*, Rechtsextremismus: „Neue Aula“ nach einer Ausgabe wieder eingestellt, derstandard.at/story/2000110245772 (1.4.2020).

2 Vgl *Mauthausen Komitee Österreich*, Verhöhnung der heute noch lebenden KZ-Opfer, www.mkoe.at/heftiger-protest-der-kz-ueberlebenden-gegen-die-einstellung-des-verfahrens-gegen-die-aula (1.4.2020); Vgl *Aichinger*, Justiz: „Eine Menschenverachtung, die beispiellos ist“, *Die Presse* 9.2.2016, www.diepresse.com/4921656 (1.4.2020).

3 Die Besonderheit im vorliegenden Fall ist neben der herabwürdigenden Darstellung von KZ-Überlebenden durch ein rechtsextremes Medium auch die Begründung der Einstellung des Strafverfahrens gegen dessen Autor, nach der es nachvollziehbar sei, dass die Freilassung mehrerer tausend Menschen aus dem KZ Mauthausen eine Belästigung für die betroffenen Gebiete Österreichs dargestellt habe. Damit hat sich die die Einstellung begründende Staatsanwältin mit den Argumenten des inkriminierten Artikels gemein gemacht (vgl Einstellungsbegründung der StA Graz 28.12.2015 zu 16 St 99/15y 3).

4 EGMR 10.10.2019, 4782/18, *Lewit/Austria* = NLMR 2019, 398 (*Czech*) = AnwBl 2019, 798 (*Windhager*).

5 Einstellungsbegründung der StA Graz 28.12.2015 zu 16 St 99/15y, abgedruckt in der parlamentarischen Anfrage 7910/J BlgNR 25. GP 9ff.

In Folge der Verfahrenseinstellung erwirkten Betroffene, aber nicht *Aba Lewit*, eine einstweilige Verfügung und im Hauptverfahren – gerichtet auf Unterlassung – einen gerichtlichen Vergleich gegen den Autor der genannten Artikel und dessen Verlag.⁶

In weiterer Folge strebten mehrere Betroffene, darunter erstmals auch *Aba Lewit*, ein Verfahren wegen des Artikels aus 2016 gegen die *Aula Verlag GesmbH* nach § 6 Abs 1 MedienG und weiteren medienrechtlichen Ansprüchen vor dem LG für Strafsachen Graz an. Das Erstgericht wies die Anträge unter Verweis auf die höchstgerichtliche Rsp mit der Begründung ab, dass den Antragstellern keine Aktivlegitimation zukomme, da bei Äußerungen gegen ein Kollektiv die Antragsberechtigung jedes*r Einzelnen dort zu limitieren sei, wo das Kollektiv mehr als etwa 50 Personen umfasse. Ein Kollektiv von 18.000 bis 20.000 Personen – dies ist die ungefähre Anzahl der ursprünglich befreiten Mauthausenhäftlinge – sei zu groß.⁷ Auch der Berufung wurde durch das OLG Graz keine Folge gegeben.⁸

Dagegen richtete sich die Beschwerde des Betroffenen *Aba Lewit* an den EGMR, der sich in seinem Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art 8 EMRK verletzt sah. Der EGMR stellte in weiterer Folge einen Verstoß gegen Art 8 EMRK fest und sprach dem Beschwerdeführer Schaden- und Kostenersatz zu.

2. Zur Urteilsbegründung des EGMR

Interessant ist hierbei, dass der EGMR im vorliegenden Fall den Erwägungen der Zulässigkeit der Beschwerde weitaus mehr Aufmerksamkeit zu schenken scheint, als den eigentlichen Überlegungen zur Begründetheit.

2.1. Zulässigkeit

Wie üblich setzte sich der EGMR zunächst mit der Frage auseinander, ob Art 8 EMRK überhaupt Anwendung findet. Der EGMR zog hierfür va das Urteil *Aksu/Türkei*⁹ heran, wonach jede negative Stereotypisierung einer Gruppe, wenn sie ein bestimmtes Maß erreicht, das Identitätsgefühl der Gruppe und das Selbstwert- und Selbstvertrauensgefühl der Gruppenmitglieder beeinträchtigen kann. Insbesondere wird dadurch das Privatleben von Mitgliedern der Gruppe beeinträchtigt. Im gegenständlichen Fall kommt der EGMR zum Ergebnis, dass ähnliche Überlegungen gelten, wenn es um die Diffamierung ehemaliger Mauthausen-Häftlinge geht, die als Überlebende des Holocaust als eine (heterogene) so-

6 Vgl Vergleichsausfertigung LG ZRS Graz 14.2.2017, 39 Cg 79/16s. In dem Vergleich verpflichtete sich die Aula Verlag GmbH und der Autor der beiden Artikel ua dazu die Behauptung zu unterlassen, dass die aus dem KZ Mauthausen und anderen Konzentrationslagern Befreiten Massenmörder, eine Landplage gewesen seien. Zusätzlich wurde ein Widerruf der falschen Behauptungen in einer der kommenden Ausgaben der Aula vereinbart.

7 LGS Graz 9.9.2016, 5 Hv 28/16h.

8 OLG Graz 21.7.2017, 10 Bs 357/16z. Letztlich wurde auch die Erhebung einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes seitens der Generalprokuratur abgelehnt.

9 EGMR 15.3.2012, 4149/04 und 41029/04, *Aksu/Turkey*, § 58.

ziale Gruppe angesehen werden können. Art 8 EMRK wurde daher für anwendbar erklärt, obwohl *Aba Lewit* in dem betroffenen Artikel nicht persönlich genannt wurde.¹⁰

Die österreichische Bundesregierung argumentierte vor dem EGMR mit der (angeblich) fehlenden Ausschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe gem Art 35 Abs 1 EMRK. Demnach hätte sich der BF mit einer Klage nach § 1330 ABGB (Ehrenbeleidigung/Rufschädigung) bzw mit den Rechtsbehelfen nach §§ 6, 8a, 12, 14 Abs 1 MedienG sowie §§ 111, 115, 297 StGB gegen den ursprünglichen Artikel aus dem Jahr 2015 oder den folgenden Artikel aus dem Jahr 2016 zur Wehr setzen können.¹¹

Der EGMR ging insofern auf die von Österreich vorgebrachten Argumente ein, als er entschied, dass in Medienrechtsfällen ein innerstaatlicher Rechtsbehelf zumindest die Möglichkeit eines Ersatzes für einen immateriellen Schaden vorzusehen habe, dies jedoch in § 1330 ABGB nicht vorgesehen ist. Der Beschwerdeführer strebte einen Ersatz für einen immateriellen Schaden an, weshalb die klagsweise Geltendmachung dieses Anspruchs nach § 1330 ABGB nicht aussichtsreich und daher nicht vorzusetzen war. Die gleichen Überlegungen gelten für §§ 12, 14 Abs 1 MedienG. Auch eine strafrechtliche Verfolgung nach § 297 StGB hat den gewünschten Erfolg nicht gebracht, zumal eine derartige Prüfung bereits zu einer Einstellung des Verfahrens durch die StA geführt hatte. Auch wenn eine strafrechtliche Verfolgung als Privatanklage nach §§ 111, 115 StGB in engem Zusammenhang mit §§ 6, 8a MedienG steht, so kann sich der Beschwerdeführer für einen Rechtsweg entscheiden und muss nicht beide ausschöpfen. Die Einwände Österreichs wegen der Nichterschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe wurden daher vom EGMR allesamt zurückgewiesen.¹²

2.2. Begründetheit

Im vorliegenden Fall hatten die innerstaatlichen Gerichte nie das Stadium einer Interessenabwägung erreicht, da diese entschieden hatten, dass der Beschwerdeführer nicht persönlich von der Veröffentlichung des fraglichen Artikels betroffen sein könne.¹³ Die nationalen Gerichte befassten sich zudem nicht mit der entscheidenden Frage zur (historischen) Veränderung der Gruppengröße. Das Berufungsgericht ließ die Behandlung der Rechtsstellung sogar ganz aus.¹⁴ Weiters fehlte seitens der innerstaatlichen Gerichte eine umfassende Prüfung zur Frage, ob die Aussagen im Zusammenhang mit dem Artikel von 2016 dieselbe oder eine gesonderte Bedeutung hatten als jene im Beitrag aus 2015.¹⁵

10 EGMR 10.10.2019, 4782/18, *Lewit/Austria*, §§ 46, 47.

11 EGMR 10.10.2019, 4782/18, *Lewit/Austria*, §§ 48 ff.

12 EGMR 10.10.2019, 4782/18, *Lewit/Austria*, §§ 67 ff.

13 EGMR 10.10.2019, 4782/18, *Lewit/Austria*, § 82. Im Fall der Interessenabwägung ist der Ermessensspielraum des Staates im gegenständlichen Fall erheblich geringer, da es sich bei den Antragstellern jedenfalls um eine besonders schutzbedürftige Gruppe handelt, vgl EGMR 20.5.2010, 38832/06, *Alajos Kiss/Hungary*, § 42.

14 EGMR 10.10.2019, 4782/18, *Lewit/Austria*, § 83.

15 EGMR 10.10.2019, 4782/18, *Lewit/Austria*, § 87.

Der EGMR gelangt zum Schluss, dass die österreichischen Gerichte das zentrale Argument des Beschwerdeführers zur individuellen Betroffenheit nie tatsächlich geprüft haben. Diese haben daher gegen ihre Verfahrensverpflichtung nach Art 8 EMRK verstoßen, eine umfassende Beurteilung einer Angelegenheit vorzunehmen, die die Beziehungen von Einzelpersonen untereinander und daher die Persönlichkeitsrechte des Beschwerdeführers berührt.¹⁶ Der Frage, ob die verfahrensgegenständlichen Äußerungen in den fraglichen Artikeln inhaltlich ehrenbeleidigend waren, schien sich der EGMR zu entziehen und diese blieb daher offen. Es wirkt so, als wollte sich der EGMR auf die Beurteilung der prozeduralen Verletzung nach Art 8 EMRK beschränken.

3. Fazit

Eine positive Nebenfolge der Prozesse ist, dass sich der OGH zur Frage der Aktivlegitimation bei Ehrverletzungen geäußert und diese bei Opfern des NS-Regimes unter Voraussetzungen bejaht hat.¹⁷ Diese Rsp ist sowohl auf strafrechtliche als auch auf zivilrechtliche Prozesse übertragbar.¹⁸ Auch wurde bereits kurz nach der Einstellung des Strafverfahrens im Jahr 2015 § 283 StGB (Verhetzung) umfassend novelliert und der Kreis der strafbaren Handlungen ausgeweitet.¹⁹

Das Urteil des EGMR selbst zeigt Schwachstellen in der österreichischen Rechtsordnung auf. So bestehen zwar mehrere Ansprüche gegen ehrenbeleidigende Äußerungen in Medien – § 1330 ABGB, §§ 111 ff StGB sowie §§ 6 ff MedienG – jedoch ermöglichen nur die im MedienG verankerten Bestimmungen auch Schadenersatz von ideellen (non-pecuniary) Schäden. Der Anspruch nach dem MedienG orientiert sich aber an den strafrechtlichen Grundtatbeständen (§§ 111 ff StGB) und wird nach strafrechtlichen Prinzipien vor den Strafgerichten geltend gemacht. Dies führt ua zur Anwendung der strengen strafrechtlichen Beweisregeln und insb zur Anwendung des Grundsatzes *in dubio pro reo*.²⁰ Bei Ehrenbeleidigungsverfahren gem § 1330 ABGB gelangt zwar das, im Vergleich zum Strafrecht verminderte, Regelbeweismaß der ZPO zur Anwendung²¹, eine Entschädigung für ideelle Schäden ist hierbei jedoch nicht vorgesehen. Dies führt im Ergebnis zu einer unbefriedigenden Situation, die auch seit der Entscheidung des EGMR weiterbesteht.

16 EGMR 10.10.2019, 4782/18, *Lewit/Austria*, § 87; Vgl EGMR 16.1.2009, 39627/05 39631/05, *Taliadorou and Stylianou/Cyprus*, § 58, worin der EGMR anführt, dass das Fehlen einer umfassenden (gerichtlichen) Beurteilung hinsichtlich einer auf Art 8 EMRK bezogenen Angelegenheit nicht mit einem akzeptablen Ermessensspielraum vereinbar ist.

17 OGH 29.11.2016, 6 Ob 219/16y; davor waren schon die Vorinstanzen in den zivilrechtlichen Verfahren zum gleichen – von den Strafgerichten abweichenden – Ergebnis gekommen.

18 OGH 8.11.2001, 6 Ob 231/01s.

19 S BGBl I 112/2015. Diese Novellierung erfolgte nicht vor dem Hintergrund des dargestellten Falles.

20 Genau mit diesem Argument hat das in erster Instanz angerufene Gericht auch den Antrag auf Entschädigung abgewiesen (vgl LGS Graz 9.9.2016, 5 Hv 28/16h).

21 Vgl etwa RIS-Justiz RS0110701: Das Regelbeweismaß der ZPO ist die hohe und nicht eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit; eine solche ist nur in den Fällen eines erhöhten Regelbeweismaßes erforderlich.

Auch eine Erneuerung des Strafverfahrens – §§ 363a ff StPO – erscheint für *Aba Lewit* nicht zielführend, da in einem allenfalls erneuerten Verfahren keine strengere Strafe über den Verurteilten verhängt werden darf als das frühere Urteil ausgesprochen hatte.²² Pikanterweise wurde im früheren Urteil aber gar keine Strafe ausgesprochen, weshalb auch ein weiteres Verfahren keine Genugtuung bringen kann. Bis dato wurde folglich auch kein Verfahren (wieder)eröffnet.²³ Es ist auch nicht zu erwarten, dass ein solches noch eröffnet werden wird. Abhilfe könnte nur – de lege ferenda – ein ins Zivilrecht übertragenes und auch ideelle Schäden abdeckendes Ehrenbeleidigungsrecht bieten.²⁴ Als kleines Trostpflaster sprach der EGMR aus, dass die Republik Österreich dem Beschwerdeführer EUR 648,48 im Hinblick auf den erlittenen materiellen Schaden, EUR 5.000 zum Ausgleich des immateriellen Schadens und EUR 6.832,85 an Prozesskosten und Auslagen zu ersetzen hat.²⁵

Abzuwarten bleibt, wie die Schwachstellen in der Rechtsordnung adaptiert werden, um Opfern der Shoah einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch zu vermitteln – oder doch zumindest, um weiteren ähnlich gelagerten Urteilen des EGMR gegen Österreich in Zukunft entgehen zu können. Andernfalls setzt sich Österreich bei unveränderter Rechtslage doch dem Risiko aus, abermals verurteilt zu werden – diesmal wegen gesetzgeberischer Untätigkeit.

Mag. Micha Kribernegg ist Rechtsanwaltsanwarter in der Kanzlei Dr. Günther Schmied in Graz; micha.kribernegg@gmx.net
DI (FH) Mag. Philipp Hense-Lintschnig ist Redaktionsmitglied des *juridikum* und lebt in Graz; philipp@hense-lintschnig.at

22 Abgesehen davon ist ein solcher Antrag durch *Aba Lewit* auch gar nicht zulässig (vgl RIS-Justiz RS0123644).

23 *Sterkl*, KZ-Insassen als „Landplage“: Überlebender wartet bis heute auf ein neues Verfahren, [derstandard.at](http://derstandard.at/story/2000115056764) 2.3.2020, www.derstandard.at/story/2000115056764 (1.4.2020).

24 S dazu bereits die Forderung bei *Warzilek*, MR 2020, 12 (22).

25 EGMR 10.10.2019, 4782/18, *Lewit/Austria*, §§ 89 ff.

Ein Hahnenkampf der Höchstgerichte?

Das PSPP-Urteil des BVerfG aus unionsrechtlicher Perspektive

Moriz Kopetzki

1. Einleitung

Das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) sorgte im Mai 2020 für einen Paukenschlag: Mit dem Urteil zum Public Sector Asset Purchase Programme (PSPP) der EZB qualifizierte es erstmals Beschlüsse eines EU-Organs und ein Urteil des EuGH als kompetenzüberschreitende Akte *ultra vires*, an die Deutschland nicht gebunden sei.¹ Nicht nur legt die Entscheidung erneut einen bis dato ungeklärten Aspekt der europäischen Integration offen, ihre Auswirkungen für das Unionsrecht könnten weit über den währungspolitischen Kontext des Urteils hinausgehen. Droht die europäische Rechtsgemeinschaft in einem Hahnenkampf der Höchstgerichte zerrieben zu werden?

2. Das PSPP-Urteil und sein Hintergrund

2015 beschloss die EZB den billionenschweren Ankauf von Staatsanleihen auf den Finanzmärkten. Ziel des PSPP war die Korrektur der Inflationsentwicklung, um Konsum und Investitionen anzukurbeln.² Auf zahlreiche Beschwerden hin urteilte das BVerfG nun, dass die EZB ihre Beschlüsse nicht ausreichend begründet und daher kompetenzwidrig gehandelt habe. Konkret habe sie in die wirtschaftspolitische Kompetenz der Mitgliedstaaten (MS) eingegriffen, wogegen die deutsche Bundesregierung und der Bundestag Maßnahmen hätten ergreifen müssen.³

Diesem Ergebnis stand eigentlich entgegen, dass der EuGH in der Rs *Weiss* auf Vorlage des BVerfG bereits entschieden hatte, dass die EZB sehr wohl im Rahmen ihrer Kompetenzen gehandelt hatte.⁴ Doch dieses Urteil des EuGH sei „methodisch nicht mehr vertretbar“ (Rn 119)⁵, objektiv willkürlich und als *Ultra-vires*-Akt nicht bindend. Konkret kritisiert das BVerfG die vorgenommene Verhältnismäßigkeitsprüfung, die „ungeeignet beziehungsweise funktionslos“ sei (Rn 127). Durch die mangelhafte Bewertung der wirtschafts-

1 BVerfG 5.5.2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15.

2 ErwG 2 und 4 des Beschlusses der EZB 2015/774, ABl L 2015/121, 20.

3 Zu den Umständen und der Vorgeschichte näher zB *Dietz*, Die gerichtliche Kontrolle der EZB durch den EuGH und das BVerfG – ein Konfliktfall im Verfassungsgerichtsverbund und Eurosystem? EuZW 2019, 925.

4 EuGH 11.12.2018, C-493/17, *Weiss ua*, ECLI:EU:C:2018:1000.

5 Im Text angeführte Rn beziehen sich auf das PSPP-Urteil des BVerfG (FN 1).

politischen Auswirkungen des PSPP sei der EZB eine faktische Kompetenz-Kompetenz eingeräumt worden (Rn 136 ff). In anderen Worten: Die zahnlose Verhältnismäßigkeitsprüfung des EuGH führe dazu, dass die EZB ihre Kompetenzen überspannen könne, ohne befürchten zu müssen, je in die Schranken gewiesen zu werden. Dabei scheint dem BVerfG im Ergebnis weniger konkretes methodisches Versagen, sondern vielmehr die richterliche Zurückhaltung des EuGH sauer aufzustoßen.⁶ Nicht abschließend beurteilte das BVerfG die Rechtmäßigkeit des Anleihenkaufprogramms an sich; vielmehr räumte es eine Übergangsfrist von drei Monaten ein. Es ist anzunehmen, dass ein neuer Beschluss der EZB bzw eine nachgeschärfte Begründung den Anforderungen genügen kann.⁷

Im offenen Widerstand des BVerfG gegenüber dem EuGH liegt die historische Bedeutung des *PSPP*-Urteils: Erstmals machen die Karlsruher Richter*innen ihre seit dem *Maastricht*-Urteil⁸ im Raum stehende und mit *Lissabon*⁹, *Honeywell*¹⁰ und *OMT*¹¹ konkretisierte Drohung wahr und erklären Akte der Union für kompetenzüberschreitend. Ausgangspunkt dieser *Ultra-vires*-Kontrolle ist das demokratische Selbstbestimmungsrecht der deutschen Staatsbürger*innen gem Art 38 Abs 1 S 1 GG, das einer Kompetenz-Kompetenz der EU entgegensteht. Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts finde seine Grenze folglich dort, wo die Union die ihr übertragenen Kompetenzen in qualifizierter Weise überschreite (Rn 98 ff).

Rechtfertigt diese Logik die Missachtung des Anwendungsvorrangs und der Autorität des EuGH? Befürworter*innen des *PSPP*-Urteils bejahen diese Frage nicht nur, sie wollen in ihm sogar ein „Zeichen für mehr Demokratie und Rechtsstaatlichkeit“ erkennen.¹² Kompetenzüberschreitendes Handeln der EU müsse von den MS effektiv eingefangen werden können¹³ und die EZB dürfe nicht fernab demokratischer Kontrolle selbst gewählte Ziele verfolgen.¹⁴ Das Einmahlen differenziert begründeter Entscheidungen stärke die Union gegenüber populistischer Kritik.¹⁵ Die zahlreichen kritischen Stimmen wiederum monieren einen „radikale[n] Eingriff in die Autonomie“ der EZB.¹⁶ Nicht nur

6 So *Nettesheim*, Das PSPP-Urteil des BVerfG – ein Angriff auf die EU? NJW 2020, 1631 (1633).

7 Siehe *Braunberger*, Das sind die Optionen der EZB, faz.net 11.5.2020, www.faz.net/aktuell/finanzen/nach-karlsruher-urteil-was-sind-die-optionen-der-ezb-16763389.html (13.7.2020); zu den schlussendlichen Reaktionen der EZB bzw der deutschen Bundesbank, die bis zu Redaktionsschluss nicht berücksichtigt werden konnten, siehe *Siedenbiedel*, Ultimatum abgelaufen – die EZB scheint aus Schneider, FAZ 5.8.2020.

8 BVerfG 12.10.1993, 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92.

9 BVerfG 30.6.2009, 2 BvE 2/08 ua.

10 BVerfG 6.7.2010, 2 BvR 2661/06.

11 BVerfG 21.6.2016, 2 BvR 2728 bis 2731/13, 2 BvE 13/13.

12 *R. Müller*, Das Ende einer bürgerfernen, selbstherrlichen EU, faz.net 5.5.2020, www.faz.net/einspruch/ezb-urteil-ende-einer-buergerfernen-selbstherrlichen-eu-16755183.html (13.7.2020).

13 So *Schorkopf*, zitiert nach *Hempel*, Urteil mit fatalen Folgen, tagesschau.de 12.5.2020, www.tagesschau.de/inland/eugh-bundesverfassungsgericht-101.html (13.7.2020).

14 *Haltern*, Ultra-vires-Kontrolle im Dienst europäischer Demokratie, NVwZ 2020, 817 (823).

15 *Bednarz*, Warum das EZB-Urteil die EU stärkt, nicht schwächt, spiegel.de 12.5.2020, www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/ezb-warum-das-bundesverfassungsgericht-urteil-die-eu-staerkt-nicht-schwaecht-a-b21ef607-57fd-4f73-bb46-4d99e91538a9 (13.7.2020).

16 *Widmann*, Wirtschaftshistoriker über Karlsruher EZB-Urteil: „Eine Beleidigung zu viel“, derStandard.at 12.5.2020, www.derstandard.at/2000117410827 (13.7.2020).

sei die Entscheidung ökonomisch nicht nachvollziehbar,¹⁷ das BVerfG zünde eine „Atom-bombe“¹⁸ und löse eine europäische Verfassungskrise aus.¹⁹ Insb die euphorischen Reaktionen aus Ungarn und Polen gäben Anlass zur Sorge.²⁰ Der EuGH selbst ließ in einer seiner seltenen Presseaussendungen zu nationalen Urteilen implizit anklingen, das Vorgehen des BVerfG setze die „Einheit der Unionsrechtsordnung aufs Spiel“²¹.

3. Droht nun der Zerfall des Unionsrechts?

Vieles mag an der Argumentation des BVerfG kritikwürdig sein.²² Die Sorge vor der nun drohenden Verfassungskrise oder gar dem Zerfall der Union ist aber deplatziert und entspringt vermutlich einer gewissen (Selbst-)Überschätzung Karlsruhes.²³ So sehr das BVerfG beträchtliches Ansehen in Europa genießen mag, es ist kein neues oder spezifisch deutsches Phänomen, dass nationale Höchstgerichte den Vorrang des Unionsrechts nur mit Vorbehalten akzeptieren und das Handeln von Unionsorganen auf die Überschreitung der ihnen übertragenen Kompetenzen hin überprüfen.²⁴ Während „europarechtsfreundliche“ Höchstgerichte, wie der VfGH, sich dem Vorrang des Unionsrechts bisher nicht entgegenstellten, gehen die meisten Höchstgerichte davon aus, dass sie ihre Verfassung zu einer *Ultra-vires*-Kontrolle und dem Schutz ihrer „Verfassungsidentität“ zwingt.²⁵ Aus diesen Gründen widersetzten sich etwa bereits die Höchstgerichte Dänemarks²⁶ und Tschechiens²⁷ dem EuGH. Auch für Österreich werden in der Literatur entsprechende nationale „Integrationschranken“ vertreten, die etwa bei gravierenden Fehlurteilen des EuGH die Wirkungen von Unionsrecht begrenzen.²⁸

17 Weber, The German court ruling against ECB asset purchases doesn't make economic sense, LSE Business Review 12.5.2020, <https://blogs.lse.ac.uk/businessreview/2020/05/12/the-german-court-ruling-against-ecb-asset-purchases-doesnt-make-economic-sense/> (13.7.2020).

18 So F. Meyer, zitiert in Hempel, Urteil mit fatalen Folgen, tagesschau.de.

19 Fabbrini/Kelemen, With one court decision, Germany may be plunging Europe into a constitutional crisis, washington post.com 7.5.2020, www.washingtonpost.com/politics/2020/05/07/germany-may-be-plunging-europe-into-constitutional-crisis/ (13.7.2020).

20 So etwa Schroeder, Karlsruher EZB-Urteil: Rechthaberei mit Folgen, derStandard.at 11.5.2020, www.derstandard.at/2000117396421 (13.7.2020).

21 EuGH, Pressemitteilung 58/20 vom 8.5.2020.

22 Siehe nur Calliess, Konfrontation statt Kooperation zwischen BVerfG und EuGH? NVwZ 2020, 897 (passim).

23 So wird die Argumentation als „nun nobilitiert“ bezeichnet, vgl Thiele, VB vom Blatt: Das BVerfG und die Büchse der ultra-vires-Pandora, verfassungsblog.de 5.5.2020, www.verfassungsblog.de/vb-vom-blatt-das-bverfg-und-die-buechse-der-ultra-vires-pandora/ (13.7.2020).

24 Näher Öblinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁶ (2017) 59 und 88 f mwN.

25 Pesendorfer, Identität der Verfassung und Rechtsprechung, in Jaeger (Hrsg), 25 Jahre EU-Volksabstimmung (2020) 41 (42 ff mwN).

26 Højesteret 6.12.2016, Urteil 15/2014, als Reaktion auf EuGH 19.4.2016, C-441/14, *Dansk Industri*, ECLI:EU:C:2016:278.

27 Ústavní Soud 14.2.2012, Urteil Pl ÚS 5/12, als Reaktion auf EuGH 22.6.2011, C-399/09, *Landtová*, ECLI:EU:C:2011:415.

28 Statt vieler Pesendorfer in Jaeger 55 ff mwN; zu den Grenzen künftiger Vertragsänderungen etwa Potacs, Das Beitritts-BVG als Maßstab von Vertragsänderungen, in Jaeger (Hrsg), 25 Jahre EU-Volksabstimmung (2020) 27.

Spannungen zwischen selbstbewussten nationalen Höchstrichter*innen auf der einen und dem EuGH als Begründer des Vorrangs des Unionsrechts auf der anderen Seite sind in einem pluralistischen Verbund wie der EU angelegt; sie finden aber im Regelfall eine verträgliche Lösung im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens.²⁹ Der italienische Corte costituzionale und der EuGH bewiesen in der *Taricco*-Saga anschaulich, wie angesichts verfassungsrechtlicher Bedenken eine Lösung im Dialog gefunden werden kann.³⁰ Das *PSPP*-Urteil legt einmal mehr die im Alltag selten an die Oberfläche kommenden Schwächen des höchstgerichtlichen Dialogs in der Union offen. So kommt es zu offen ausgetragenen Konflikten, wenn der „Tanz der Gerichte“³¹ aus dem Takt gerät und die vorgebrachten Bedenken vom EuGH (aus Sicht des nationalen Gerichts) nicht ausreichend gewürdigt werden.³² Im Dialog rund um die Kompetenzen der EZB fühlte sich das BVerfG offenbar mehrmals ungehört.³³

Die europäische Rechtsgemeinschaft hielt diesen seit Jahrzehnten bestehenden „Reibungsphänomenen“³⁴ bislang stand. Ein Grund dafür könnte sein, dass weder das Vorgehen der deutschen noch der tschechischen oder dänischen Höchstrichter*innen von destruktiven Motiven getragen war; das BVerfG etwa räumt ein, dass seine *Ultra-vires*-Kontrolle dem (prinzipiell akzeptierten) Anwendungsvorrang und der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts zuwiderläuft, gesteht dem EuGH Fehlertoleranz zu und legt sich selbst Zurückhaltung und „Europafreundlichkeit“ (Rn 112) auf.

Ungleich problematischer sind die offenen Widerstände mancher MS, die – fernab von der hier beleuchteten verfassungsrechtlichen Debatte – Unionsrecht missachten oder zu torpedieren trachten.³⁵ Auch in Österreich ist das populistische Hinterfragen bzw. Missachten unionsrechtlicher Vorgaben nicht unbekannt.³⁶ Solche vom politischen Tagesgeschäft und teils autoritären Tendenzen getriebenen Attacken auf die EU und die Rechtsstaatlichkeit sind nicht vergleichbar mit den wenigen Fällen, in denen sich nationale

29 Zu dieser These näher *Lenaerts*, Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten, EuR 2015, 3 (19 ff mwN).

30 Näher etwa *Amalfitano/Pollicino*, Two Courts, two Languages? The Taricco Saga Ends on a Worrying Note, verfassungsblog.de 5.6.2018, www.verfassungsblog.de/two-courts-two-languages-the-taricco-saga-ends-on-a-worrying-note/ (13.7.2020).

31 *Nettesheim*, NJW 2020, 1631.

32 Zu dieser These mwN *Jaeger*, Kontinuitäten und Brüche der europäischen Integration Österreichs, in *Eberhard et al* (Hrsg), 1918-2018: Kontinuität – Brüche – Kompromisse (iE).

33 So auch *Haltern*, NVwZ 2020, 820.

34 *Mayer* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU Art 19 EUV Rz 104 (Stand 2/2019, beck.online).

35 Zur Verurteilung Polens, Ungarns und Tschechien iZm der Umverteilung von Flüchtlingen siehe EuGH 2.4.2020, C-715/17, C-718/17 und C-719/17, *Kommission/Polen, Ungarn und Tschechische Republik*, ECLI:EU:C:2020:257; zu problematischen Tendenzen in diesen MS siehe *Hellwig*, Die Autorität des Unionsrechts – Glauben wir noch daran? EuZW 2018, 222 (224); zur Frage der Rechtstreue der MS siehe *Wunderlich*, Von der Rechtsgemeinschaft zur Verweigerungsunion? EuR 2019, 557; zur Rolle des EuGH idZ siehe *Jaeger*, Was tun, wenn Mitgliedsstaaten dem EuGH den Gehorsam verweigern? derstandard.at 13.12.2018, www.derstandard.at/2000093672642 (13.7.2020).

36 Jüngere Beispiele sind das geforderte Aussetzen des Beihilferechts, siehe *ORF*, Blümel fordert Aussetzen von EU-Recht, orf.at 20.4.2020, www.orf.at/stories/3162555/ (13.7.2020); oder die Indexierung der Familienbeihilfe, näher *Mayr*, Quod licet Iovi, non licet bovi? Die Indexierung der Familienbeihilfe aus unionsrechtlicher Sicht, ZöR 2018, 317.

Höchstgerichte unter Berufung auf eine bislang ungelöste Kompetenzdebatte dem EuGH „entgegenstellen“.³⁷ Wenig zielführend ist es daher, die Argumente des BVerfG mit dem (leider realistischen) Einwand beiseite zu wischen, EU-feindliche Kräfte in Ungarn oder Polen könnten sie missbrauchen.

In der Tat besorgniserregend wäre es jedoch, wenn das BVerfG nun Gefallen an einer allzu leichtfertigen *Ultra-vires*-Kontrolle findet: Zum EuGH-Urteil *Egenberger*³⁸ betreffend das drittwirksame Verbot religiöser Diskriminierung gem Art 21 der EU-Grundrechtecharta³⁹ ist eine Verfassungsbeschwerde der Evangelischen Kirche anhängig, die ihr verfassungsrechtlich geschütztes Selbstbestimmungsrecht verletzt sieht.⁴⁰ Sollte das BVerfG die Autorität der Charta zugunsten der Kirchen anzweifeln, würde es nicht nur den Konflikt mit dem EuGH weiter zuspitzen, sondern mit den unionsrechtlichen Diskriminierungsverboten tragende materielle Grundpfeiler der EU in Frage stellen.⁴¹

4. Auswege, Umwege, Irrwege?

Welcher Weg führt nun aus dem Dilemma? Die aus europarechtlicher Perspektive naheliegende Antwort scheint simpel: Nationale Höchstgerichte haben den Anwendungsvorrang des Unionsrechts und das Auslegungsmonopol des EuGH uneingeschränkt zu akzeptieren.⁴² Diese Position adressiert aber weder den theoretischen Kern der Debatte und die Bedenken nationaler Verfassungsjurist*innen, noch ist sie realistisch – wenn der deutsche Berichterstatter im *PSPP*-Urteil „hierarchische Vorstellungen“ des EuGH moniert,⁴³ wird deutlich, dass aktuell nicht mit einem solchen Umdenken nationaler Höchstgerichte zu rechnen ist.

Ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland könnte zwar dem EuGH Gelegenheit geben, seine (höchstwahrscheinlich kritische) Position in der Sache darzulegen, erscheint aber ungeeignet, die verfassungsrechtlichen Bedenken in den MS aufzufangen. Auch Art 4 Abs 2 EUV, der die Achtung der „grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen“ der MS vorsieht, wird kaum als Freischein interpretiert werden,

37 So auch *Haltern*, NVwZ 2020, 823; *Calliess*, NVwZ 2020, 904.

38 EuGH 17.4.2018, C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257.

39 Zu jüngeren Entwicklungen rund um die Drittwirkung der Charta siehe M. Kopetzki, Wenn Grundrechte Private binden: Die Grundrechte-Charta und ihre Horizontalwirkung in der neuesten Rechtsprechung des EuGH, in M. Kopetzki et al (Hrsg), *Autoritäres vs Liberales Europa*, Tagung junger Europarechtler*innen II (2019) 287.

40 BVerfG 2 BvR 934/19; näher *Sauer*, Kirchliche Selbstbestimmung und deutsche Verfassungsidentität: Überlegungen zum Fall „Egenberger“, *verfassungsblog.de* 3.5.2019, www.verfassungsblog.de/kirchliche-selbstbestimmung-und-deutsche-verfassungsidentitaet-ueberlegungen-zum-fall-egenberger/ (13.7.2020).

41 Eine Kompetenz- und Identitätsverletzung sieht etwa *Kabl*, Optimierungspotenzial im „Kooperationsverhältnis“ zwischen EuGH und BVerfG, NVwZ 2020, 824 (826 f).

42 Siehe zB das von zahlreichen Unionsrechtler*innen signierte Statement von *Kelemen et al*, National Courts Cannot Override CJEU Judgments, *verfassungsblog.de* 26.5.2020, www.verfassungsblog.de/national-courts-cannot-override-cjeu-judgments/ (13.7.2020).

43 R. Müller, „Das EZB-Urteil war zwingend“, *faz.net* 12.5.2020, www.faz.net/aktuell/politik/inland/peter-huber-im-gespraech-das-ezb-urteil-war-zwingend-16766682.html?premium (13.7.2020).

sich einseitig dem Vorrang zu entziehen. Möglich wäre weiters, dass die EZB die deutsche Bundesbank beim Gerichtshof klagt, wenn letztere ihre Pflichten im Rahmen des Europäischen Systems der Zentralbanken nicht erfüllt.⁴⁴ Realistischer erscheint jedoch, dass alle Beteiligten den politischen Kompromiss einem höchstgerichtlichen Showdown vorziehen werden. Im Bundestag wurde bald nach dem Urteil debattiert, mit welchen Schritten der anlassgebende Konflikt rund um die EZB beigelegt werden kann.⁴⁵ Das PSCP wird auf die eine oder andere Weise einer pragmatischen Kompromisslösung zugeführt werden, die EZB wird ihre Begründungen nachschärfen und im Gerichtsverbund wird vorläufig „weitergewurschtelt“. Dieses Szenario mag unbefriedigend klingen, funktioniert aber in der Gesamtschau seit Jahrzehnten.⁴⁶ Ob das PSCP-Urteil eine „heilsame Katharsis“⁴⁷ im gerichtlichen Kooperationsverhältnis bewirken kann, wird die Zeit zeigen.

Langfristig braucht es eine primärrechtliche, politische Entscheidung zugunsten eines Modells, in dem sowohl der prinzipielle Vorrang des Unionsrechts verankert ist, als auch die legitimen Bedenken nationaler Höchstgerichte Gehör finden können. So werden etwa Forderungen nach einem „Rat der obersten Gerichtshöfe“⁴⁸ oder gar einem eigenen Kompetenzgerichtshof⁴⁹ laut. Aus heutiger Sicht erscheinen solche Vorschläge utopisch – schließlich scheiterten bisher schon Versuche einer nur vermeintlich simplen Positivierung des Anwendungsvorrangs.⁵⁰ Doch die Union lebt von Utopien, und bis dahin dient es weder der Autorität des Unionsrechts, noch jener der nationalen Verfassungsrechtsordnungen, wenn das komplexe Dialogverhältnis der Gerichte als Hahnenkampf missverstanden wird.

Mag. Moriz Kopetzki ist Universitätsassistent (prae doc) am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien; moriz.kopetzki@univie.ac.at

44 Art 35 Abs 6 S 2 der Satzung des EZB und der EZB.

45 Siehe zB *Callies*, Schriftliche Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für die Angelegenheiten der Europäischen Union des Deutschen Bundestages, Ausschussdrucksache 19 (21) 101, www.bundestag.de/resource/blob/697584/69ec62de394a6348f992c1e092fa9f4b/callies-data.pdf (13.7.2020).

46 Dabei helfen Maßnahmen wie das *Justizielle Netzwerk der EU (JNEU)*, mit dem ua der Austausch zwischen Gerichtshof und nationalen Gerichten gefördert werden soll, siehe www.curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_2170125/de/ (13.7.2020).

47 *Kabl*, NVwZ 2020, 827.

48 *Hatje*, Gemeinsam aus der Ultra-vires-Falle, verfassungsblog.de 4.6.2020, www.verfassungsblog.de/gemeinsam-aus-der-ultra-vires-falle/ (13.7.2020).

49 *ZDF*, Weber fordert Kompetenzgerichtshof, zdf.de 24.5.2020, www.zdf.de/nachrichten/politik/weberschlichtungen-kompetenzgerichtshof-100.html (13.7.2020).

50 *Lenaerts*, EuR 2015, 25.

Der Ausnahmezustand im Ausnahmezustand

Gefängnisse zu Zeiten von Covid-19

Monika Mokre / Stephan Vesco

„Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet. [...] Darin liegt das Wesen der staatlichen Souveränität, die [...] als Entscheidungsmonopol juristisch zu definieren ist [...]. Der Ausnahmefall offenbart das Wesen der staatlichen Autorität am klarsten. Hier sondert sich die Entscheidung von der Rechtsnorm, und (um es paradox zu formulieren) die Autorität beweist, dass sie, um Recht zu schaffen, nicht Recht zu haben braucht.“
(Carl Schmitt, *Politische Theologie*, 17, 20)

Die Covid-19-Krise stellt wohl den Ausnahmezustand par excellence dar, besonders in der europäischen Nachkriegswelt, in der sich in weiten Strecken eine liberale Normalität unter der „rule of law“ etabliert hat. Dies gilt umso mehr für Österreich. Denn gerade hier waren politische und wirtschaftliche Entwicklungen seit dem Beginn der zweiten Republik von hoher Stabilität gekennzeichnet, selbst wenn man berücksichtigt, dass der hegemoniale Stabilitätsdiskurs auch stets dazu dient, Krisen und Brüche zu verschleiern. Der vorliegende Beitrag analysiert diese Krise vor dem Hintergrund theoretischer Überlegungen zum Ausnahmezustand als Regierungstechnik, aber auch als emanzipatorisch fruchtbar zu machendes Konzept. Der praktische Fokus liegt dabei auf der Institution des Gefängnisses während der Covid-19-Krise. Das Gefängnis ist zunächst, ganz unabhängig von der Covid-19-Krise, ein Beispiel für den Ausnahmezustand als reguläre Regierungstechnik der Moderne. Die Strafgefangenen mögen gesetzliche Rechte haben, aber ihre tatsächliche Durchsetzung ist vielfach erschwert. Weiters korreliert der verstärkte zu beobachtende Trend zur „Versicherheitlichung“ mit einer auf Dauer gestellten bzw wieder zunehmenden Relevanz des Gefängnisses (nach der Liberalisierung des Strafvollzugs in den 1970er Jahren). Wie schwierig die Abwägung der Erforderlichkeit von Maßnahmen in einer Gesundheitskrise auch sein mag, so neigt sie, zuungunsten jener auszuschlagen, die immer schon als Gefahr wahrgenommen werden, wie eben Strafgefangene. Für diese jedenfalls kulminiert der Trend zur Sekuritisierung, indem er mit dem für sie immer schon bestehenden Ausnahmezustand zusammentrifft. Ihre Situation während der Covid-19-Krise wird hier entsprechend als Ausnahmezustand innerhalb des Ausnahmezustands verstanden.

1. Die normale und die absolute Macht der Herrschenden

In seiner Rede vor dem Nationalrat am 15.3.2020 sagte Bundeskanzler *Sebastian Kurz*, dass Österreich derzeit vor einer außergewöhnlichen Situation stehe, die es erfordere, dass alle zur Bewältigung der Krise zusammenstehen.¹ Die Begründung für massive Einschränkungen von Grundrechten war so drastisch gefasst, dass ein Widerspruch dagegen kaum artikulierbar war, denn es gehe darum, Menschenleben zu retten.²

Die Rettung von Menschenleben, oft unter dem Schlagwort der „Sicherheit“, dient regelmäßig als Legitimation für die Außer-Kraft-Setzung bestehender Gesetze und grundrechtlicher Standards. Dieser verallgemeinerte Rettungsanspruch steht schon begrifflich im Gegensatz zu einzelnen Menschenleben und -schicksalen: Dort das allgemeine Wohl, hier die Ansprüche der Einzelnen. Beide Seiten sind im modernen Staat insofern als strukturelle Pole konzipiert, als die territoriale Verfügungsgewalt des Souveräns mit ihren allgemeinen Ansprüchen (Friede, Sicherheit, Gemeinwohl) den Grund- und Menschenrechten als individuellen Ansprüchen gegenübersteht.

Auch im modernen Konstitutionalismus finden sich diverse Beispiele für Artikulationen souveräner Verfügungsgewalt, welche fundamentale Rechte leugnen oder zurückdrängen. Zum einen lässt sich dafür, schon ungeachtet der speziellen Situation in der Coronakrise, das Konzept des Gefängnisses bzw Strafvollzugs anführen. Auf dieses wird weiter unten im Detail eingegangen. Zum anderen kann man auch in Gesetzen, die sich auf Geflüchtete beziehen, (potenzielle) Konflikte zwischen dem Rechts(schutz)gedanken und dem Konzept des Ausnahmezustands, oft zugunsten des Letzteren, beobachten. Der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)³ liegt an sich der Gedanke einer Verantwortung für Menschen zugrunde, die in ihrem Herkunftsstaat keinen Rechtsschutz genießen. Doch habe diese Verantwortung nach der Auffassung der meisten Staaten keinen absoluten Charakter, sondern ende dort, wo die eigene Sicherheit und Ordnung bedroht sind.⁴ Die GFK selbst schweigt dazu. Österreich jedenfalls hat im Jahr 2016⁵ eine gesetzliche Ermächtigung geschaffen, für den Fall eines hohen Zustroms von Geflüchteten („Ober-

1 OTS, Nationalrat beschließt umfassendes Maßnahmenpaket zur Bekämpfung der Ausbreitung des Coronavirus, www.ots.at/presseaussendung/OTS_20200315_OTS0049/nationalrat-beschliesst-umfassendes-massnahmenpaket-zur-bekaempfung-der-ausbreitung-des-coronavirus (8.6.2020).

2 *Bundeskanzleramt*, Bundeskanzler Sebastian Kurz: „Comeback für Österreich“, www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/nachrichten-der-bundesregierung/2020/bundeskanzler-sebastian-kurz-comeback-f%C3%BCr-oesterreich.html (8.6.2020).

3 Siehe *UN General Assembly*, Convention Relating to the Status of Refugees, United Nations, Treaty Series, vol 189 p 137, www.refworld.org/docid/3be01b964.html.

4 Praktische Beispiele lassen sich etwa in den Jugoslawienkriegen finden. So schloss Kroatien angesichts eines Massenzustroms aus Bosnien Herzegowina seine Grenzen 1992 ebenso wie Mazedonien 1999 gegenüber zuströmenden Kosovo-Albaner_innen. Beide Staaten rechtfertigten das mit ihren beschränkten ökonomischen und finanziellen Ressourcen, vgl *Coleman*, Non-Refoulement Revised. Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law, *European Journal of Migration and Law* 2003, 23 (25 ff).

5 Mit BGBl I 2016/24.

grenze“)⁶ eine Gefährdung der Öffentlichkeit per Verordnung festzustellen und dadurch die Rechte Geflüchteter zu beschneiden.⁷

Das scheint ein geradezu exemplarischer Anwendungsfall des *Schmitt'schen* Diktums zu sein: Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet, nicht nur darüber, welche Maßnahmen im Ausnahmezustand angemessen und daher zulässig sind, sondern auch darüber, wann ein Ausnahmezustand überhaupt besteht. Neben dem „normalen“ Regierungsmodus, seit Aufklärungszeiten den Menschenrechten verpflichtet, besteht offensichtlich ein außergewöhnlicher Modus, in dem der Souverän seinen Absolutheitsanspruch durchsetzt. Aber die Unterscheidung ist wesentlich älter.

Ihre Ursprünge lassen sich in die Kanonistik und nominalistische Theologie des 13. Jahrhunderts zurückverfolgen. Dort wurde dem Papst neben einer *potestas regulata* eine *potestas absoluta* zugeordnet. Die Vorstellung war auch damals die einer doppelten Modalität von Macht. Während sich die erste Macht, über das allgemein überkommene Recht zu bestimmen, so lange vollziehen würde, als ein gewöhnlicher, naturgemäßer Ablauf herrschte, wäre die zweite als außerordentlicher Eingriff vorbehalten – für die Herrschaft Gottes gleichermaßen wie des Papstes als seinem Stellvertreter. Gott würde grundsätzlich nicht in Abläufe eingreifen, die nur Ausdruck der von ihm selbst (als Primärursache) der Natur gegebenen Gesetze waren, sich aber für den Ausnahmefall den direkten Eingriff durch Wunder reservieren. Ebenso wurde für den Papst argumentiert, dass er über die Vorschriften des Kirchenrechts hinweg jederzeit berechtigt und bemächtigt war, die Kompetenzen eines niedrigeren Vertreters der Kirche wieder an sich zu ziehen. Beide würden damit nicht gegen die Natur oder das Recht handeln, sondern an diesen vorbei („*praeter*“).⁸

Entsprechend beriefen sich König_innen und Päpste zunehmend auf das öffentliche Wohl, den Zustand von Reich oder Kirche (*status regni* bzw. *status ecclesiae*) und verlangten

6 § 36 Asylgesetz 2005 BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2020/29. Die Verordnung besteht in einer Feststellung der Gefährdung der öffentlichen Ordnung (Abs 1). Bei dieser Feststellung ist auf die Anzahl von Fremden und auf eine Beeinträchtigung der staatlichen Systeme durch die Migrationsbewegungen Bezug zu nehmen (Abs 2). Eine absolute Obergrenze wurde deshalb aber nicht ins Gesetz aufgenommen, weil sie im beauftragten Gutachten von *Obwexer/Funk* für völker- bzw insb europarechtswidrig erachtet wurde, vgl. *Obwexer/Funk*, Gutachten. Völker-, unions- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den beim Asylgipfel am 20. Jänner 2016 in Aussicht genommenen Richtwert für Flüchtlinge (2016), www.semiosis.at/wp-content/uploads/2016/08/Gutachten_Richtwert_Fluechtlinge_Endversion.pdf (29.3.2016).

7 Mit dem Erlassen einer Verordnung nach § 36 Asylgesetz würden die Bestimmungen der §§ 37 bis 41 in Kraft treten, welche im Wesentlichen eine Reihe an Einschränkungen der Rechte von Asylwerber_innen vorsehen. In der Coronakrise wurde kurzzeitig mittels ministeriellem Erlass am Gesetz vorbei angeordnet, Asylwerber_innen die Einreise zu verweigern, wenn sie kein Gesundheitszeugnis vorweisen können, was aber schon mangels rechtlicher Außenwirkung nicht den nach dem Asylgesetz zustehenden *Refoulement*-Schutz und die verfahrensgemäße Prüfung des Asylrechts zu beseitigen vermochte (vgl. dazu etwa *Asylkoordination*, Sachverhaltsdarstellung, http://www.asyl.at/aduploads/394.01.ma,sachverhaltsdarstellung_april_2020.pdf).

8 Vgl. *Oakley*, Jacobean Political Theology: The Absolute and Ordinary Powers of the King, *Journal of the History of Ideas* 1968, 323 (331-335). An Originalquellen siehe etwa die Glossen von *Hostiensis*, *Lectura in Quinque Decretalia Gregorianarum Libros* (1512); *Johannes Andree*, *In tertium Decretalium librum Novella Commentaria* (1581); *Henricus de Bouhic*, *Opus praeclarissimum distinctionum ... super quinque libros decretalium* (1576).

dabei von ihren Unterworfenen, ihre privaten Rechte zu opfern. So kam es zur Entwicklung außerrechtlicher Maßnahmen im Zusammenhang mit einer Ausweitung der Ideen von Staat und öffentlicher Wohlfahrt bereits ab dem 13. Jahrhundert, lange Zeit noch vor der Renaissance.⁹

Auf die genannte Unterscheidung bauend bestimmten englische Juristen im 16. und 17. Jahrhundert im Hinblick auf die Macht des_der König_in zwei Formen: eine gewöhnliche und eine absolute. Die gewöhnliche Macht wurde dem Zivilrecht (in der Form des *common law*) zugeordnet. Ihr Zweck wurde darin gesehen, für die Bestimmung und Durchsetzung privater Ansprüche und also für das Wohl der einzelnen Staatsbürger_innen zu sorgen. Absolute Macht sollte dem_der König_in hingegen im Hinblick auf das allgemeine Volkswohl (*salus populi*) zukommen und wurde im Wesentlichen synonym mit „Regierung“ oder „Polizei“ gesehen.¹⁰ Die erste Machtform wurde so begriffen, dass der_die König_in in ihrer Ausübung selbst an die rechtlichen Regeln (des *Common Law*) gebunden war, die zweite hingegen so, dass für sie keinerlei Bindung an oder Einschränkung durch das geltende Recht bestand.¹¹

Ab dem 17. Jahrhundert allerdings, und zwar beginnend in England mit dem *Habeas Corpus Act* (1679) und der *Bill of Rights* (1689), entwickelt sich das theoretisch von *John Locke* entscheidend mitbeeinflusste¹² Konzept geschützter Grundrechte; zum Ende des 18. Jahrhunderts, mit der französischen Revolution und der Unabhängigkeit der Vereinigten Staaten, entsteht der moderne Konstitutionalismus.¹³ Damit ist die Grundlage gelegt für den liberalen und demokratischen Verfassungsstaat, in dem Gesetzgeber und Verwaltung grundsätzlich rückverwiesen werden auf die Volkssouveränität (*pouvoir constituant*) und eben auf die Verfassung als deren geronnene Artikulation (*pouvoir constitué*).¹⁴ Die jeweils niedrigere Rechtsnorm hat sich dabei auf die höheren Normen zu gründen. *Hans Kelsen* hat diese Konzeption bekannterweise mit dem „Stufenbau der Rechtsordnung“¹⁵ bezeichnet.

9 Vgl. *Oakley*, *Journal of the History of Ideas* 1968, 343 f.; vgl. auch *Hodsworth*, *A History of English Law* (1922-52) IV, 206 f.; sowie *Post*, *Studies in Medieval Legal Thought: Public Law and the State 1100* (1964), 12; siehe dort auch die Einleitung (3-24) und das 5. Kapitel (241-309).

10 Vgl. *Oakley*, *Journal of the History of Ideas* 1968, 323 f.; mit Verweis auf Reden aus *Howell* (Hrsg.), *A Complete Collection of State Trials* (1816-26), insb. jene von *Attorney General Banks* (vol II, 389 und III, 1016).

11 Vgl. *Oakley*, *Journal of the History of Ideas* 1968, 324 (Rede von *Attorney General Banks* in *Howell* (Hrsg.), *State Trials*, vol II, 389), 325 f., unter Anführung einer Stelle aus *Davies*, *The Question concerning Impositions, Tonnage, Poundage ... fully stated and argued from Reason, Law and Policy* (1656) 30 f.

12 Vgl. *Locke*, *Second Treatise of Government* (2016) 13, 135 ff.

13 *Grimm*, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (2016), insb. 3 ff.

14 Die Unterscheidung wurde von *Sieyès* im Kontext der französischen Revolution geprägt, vgl. *Sieyès*, *Was ist der Dritte Stand?*, in *Lembcke/Weber*, *Was ist der Dritte Stand? Ausgewählte Schriften* (2010) 109; vgl. auch *Vesco*, *Autorität und Demokratie im Konstitutionalismus*, *ZfP* 2019, 413 (415-417).

15 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1960/1992) 228 ff. Ursprünglich stammt der Begriff allerdings von Adolf Merkl (vgl. etwa *Merkl*, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in *FS Kelsen* (1931) 252), auf dessen Arbeiten sich *Kelsen* auch explizit bezogen hat.

Es ist seine Auffassung, dass in diesem gestuften System der Staat und folglich auch die Souveränität aufgeht¹⁶, sie hat sich eine konstitutionelle Form gegeben, in der sie gleichsam verschwindet. *Schmitt* ist mit seiner Konzeption des Ausnahmezustands genau dieser Auffassung entgegengetreten. Im Ausnahmezustand nämlich würde der Staat eine existenzielle „Überlegenheit über die Geltung der Rechtsnorm [bewahren].“¹⁷ Aus dieser Akzentuierung lässt sich ableiten, dass auch im Konstitutionalismus das Souveränitätskonzept fortbesteht und sich ein Wechselspiel zwischen den positivierten und gestuften rechtlichen Sollensanordnungen und der souveränen Machtfülle zeigt.

2. Der Ausnahmezustand als Regel

Über dieses „Wechselspiel“ hinaus wird allerdings in der jüngeren Vergangenheit, beginnend mit der konservativen Wende ab den späten 1970er Jahren¹⁸, spätestens aber mit 9/11 und der dazu einsetzenden Gesetzgebung, von mehreren Autor_innen eine allgemeine Tendenz zur Pluralisierung und Multiplizierung von Ausnahmezuständen beobachtet, die mit der Doktrin der Sekuritisierung erklärt wird und mit der Aufweichung bürgerlicher Grundfreiheiten einhergeht.¹⁹

Die österreichischen Beispiele der Obergrenze für Geflüchtete und des Covid-19-Krisenmanagements lassen sich unter diese Entwicklung rubrizieren. Sie verdeutlichen auch die Willkür des verwendeten Sicherheitsbegriffs, wird doch in diesen beiden Beispielen der Schutz des menschlichen Lebens diametral entgegengesetzt bewertet. Das Beispiel des Gefängnisses zeigt darüber hinaus, dass der Ausnahmezustand bereits vor der akzentuierten Versicherheitlichung des gesellschaftlichen Handelns und Diskurses der letzten Jahrzehnte eine reguläre Regierungstechnik der Moderne darstellt, in dem „die Überschreitung des Gesetzes und seine Ausübung nicht unterschieden werden können, so daß das, was der Norm entspricht und das, was sie verletzt, in ihm restlos zusammenfallen.“²⁰ Art 1 Abs 1 des BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit und Sicherheit besagt: „Jedermann hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit (persönliche Freiheit).“²¹ Einschränkungen dieses verfassungsmäßigen Rechts werden in weiteren Teilen dieses Gesetzes festgelegt, so etwa in Art 2 Abs 1: „Die persönliche Freiheit darf einem Menschen

16 *Kelsen* spricht auch von einer „Identität von Staat und Recht“, vgl *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* 289 ff.

17 *Schmitt*, *Politische Theologie* (1934) 19.

18 Vgl etwa *Fassin*, *Prison Worlds: An Ethnography of the Carceral Condition* (2017) 22.

19 Vgl grundlegend *Agamben*, *Ausnahmezustand* (2004); siehe weiters etwa *Neal*, *Foucault in Guantánamo: Towards an Archaeology of the Exception*, *Security Dialogue* 2006, 31; *Niday II*, *The War against Terror as War against the Constitution*, *Canadian Review of American Studies* 2008, 101; *Lemke*, *Erosion der Rechtsstaatlichkeit. Der Ausnahmezustand als strategische Erzählung in der repräsentativen Demokratie*, in *Hofmann/Renner/Teich*, *Narrative Formen der Politik* (2014) 49; jüngst vgl *Kretschmann/Legnaro*, *Ausnahmezustände. Zur Soziologie einer Gesellschaftsverfassung*, *Kriminologisches Journal* 2017, 471; *Kretschmann/Legnaro*, *Ausnahmezustände*, *Kriminologisches Journal* 2018, 204.

20 *Agamben*, *Ausnahmezustand* (2004) 68.

21 Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl 1988/684 idF BGBl I 2008/2.

in folgenden Fällen auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden: 1. wenn auf Grund einer mit Strafe bedrohten Handlung auf Freiheitsentzug erkannt worden ist.“

Bereits hier wird deutlich, dass das Gefängnis einen Ausnahmezustand darstellt, eine Form der Bestrafung, die ein grundlegendes Recht entzieht. Festgelegt ist allerdings auch, dass sich daraus nicht der Entzug weiterer Rechte ergibt: „Wer festgenommen oder angehalten wird, ist unter Achtung der Menschenwürde und mit möglicher Schonung der Person zu behandeln und darf nur solchen Beschränkungen unterworfen werden, die dem Zweck der Anhaltung angemessen oder zur Wahrung von Sicherheit und Ordnung am Ort seiner Anhaltung notwendig sind“ (Art 1 Abs 4). Die Strafe soll also im Entzug der Freiheit bestehen, weitere Einschränkungen ergeben sich aus der „Wahrung der Sicherheit und Ordnung“.

Diese Einschränkungen sind allerdings in der Praxis des Strafvollzugs erheblich; sie betreffen etwa das Recht auf Familienleben, auf Gesundheitsversorgung, auf angemessenen Arbeitslohn und ausreichende soziale Absicherung sowie in vielen Fällen auch politische Rechte, insbesondere das Wahlrecht.²² Schwerwiegender als der Ausschluss vom Wahlrecht sind allerdings die Hürden für Gefangene, ihre Rechte im Gefängnis durchzusetzen. Diese Hürden ergeben sich schon aus dem Strafvollzugsgesetz, das nicht nur den grundsätzlichen Freiheitsentzug anordnet, sondern auch, dass „[d]ie Strafgefangenen [...] den Anordnungen der im Strafvollzug tätigen Personen Folge zu leisten [haben]. Sie dürfen die Befolgung von Anordnungen nur ablehnen, wenn die Anordnung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstößt oder die Befolgung dagegen verstoßen oder offensichtlich die Menschenwürde verletzen würde.“²³ Die Zweckmäßigkeit und Angemessenheit von Anordnungen wird hier also nicht releviert.

In weiterer Folge ist auch die Durchsetzung der den Strafgefangenen gesetzlich verbleibenden Rechte erschwert. Diesbezügliche Beschwerden über die Strafvollzugsbeamten_innen sind zunächst an die Anstaltsleitung zu richten. Erst in weiterer Folge kann das zuständige Landesgericht in Strafsachen angerufen werden. Hier erscheint einerseits die institutionelle und personelle Union der Vollzugsbehörde und vorgeschalteten Beschwerdeinstanz im Sinne der Gewaltenteilung problematisch. Dies insbesondere vor dem – gesetzlich festgeschriebenen und in der Praxis tief verankerten – Machtgefälle zwischen Gefangenen und Vollzugsbediensteten. Andererseits verhindert die Praxis des Strafvollzugs in vielen Fällen de facto jeden Zugang der Gefangenen zur Durchsetzung ihrer Rechte.

22 Bis 2010 wurden Strafgefangene mit einem Strafausmaß von einem Jahr oder länger automatisch vom Wahlrecht ausgeschlossen; nach einer erfolgreichen Klage beim EGMR muss dieser Ausschluss nun vom Gericht explizit verordnet werden, www.echr.coe.int/Documents/FS_Prisoners_vote_DEU.pdf (20.7.2020), § 22 Nationalratswahlordnung.

23 § 26 Abs 1 Strafvollzugsgesetz, BGBl 1969/144 idF BGBl I 2018/100.

3. Der Ausnahmezustand im Ausnahmezustand

In der Covid-19-Krise traf der allgemeine, als kurzfristig definierte Ausnahmezustand der gesamten Gesellschaft auf den gesetzlich festgelegten dauerhaften Ausnahmezustand des Gefängnisses, die Einschränkung von Grund- und Freiheitsrechten führte im Gefängnis zur weiteren Einschränkung bereits massiv reduzierter Grundrechte. Insbesondere ermächtigte das 2. Covid 19-Gesetz vom 21.3.2020²⁴ die Justizministerin, den Besuchsverkehr für die Dauer der vorläufigen Maßnahmen nach dem COVID-19-Maßnahmen-gesetz auf telefonische Kontakte zu beschränken.²⁵ Diese Regelung wurde am 23.3.2020 durch Justizministerin *Alma Zadic* umgesetzt und war bis zum 10.5.2020 in Kraft.

Offensichtlich wurde durch diese Einschränkung das Recht von Gefangenen auf Familienleben nach Art 8 EMRK noch weiter beschnitten, als es dies im Regelfall ist. Ausgesetzt wurden nicht nur Besuche mit direktem persönlichem Kontakt (Tischbesuche), sondern auch Besuche, bei denen Besuchte und Besucher_innen durch eine Glasscheibe getrennt sind. Hier ist eine direkte Ansteckung offensichtlich unmöglich, doch wurde argumentiert, dass sich Justizwachebeamt_innen infizieren und damit das Virus in die Anstalt bringen könnten. Allerdings kamen diese Beamt_innen außerhalb ihres Dienstes ebenso mit fremden Personen in Kontakt wie alle anderen Personen in Österreich. Zusätzlich erfolgt in vielen Justizanstalten ein direkter Kontakt zwischen den Wachebeamt_innen und den Besucher_innen nicht oder kann leicht vermieden werden – vermutlich mit geringerem Aufwand als etwa zwischen Kund_innen und Kassier_innen in Supermärkten. Die Angemessenheit der Regelung erscheint daher mehr als zweifelhaft.

Als Ersatz für den Besuch sollten Telefon- und Videotelefonkontakte ausgeweitet werden und dies wurde wohl auch in begrenztem Maße umgesetzt. Doch abgesehen davon, dass dies keinen vollwertigen Ersatz für persönliche Treffen darstellt, scheiterte ein zumindest in Bezug auf die Kontaktzeiten angemessener Ersatz in vielen Fällen an technischen Hindernissen sowie solchen, die sich aus dem Vollzugsalltag ergeben, konkret also an dem Fehlen von ausreichenden Einrichtungen zur Videotelefonie und kurzen Zeitspannen, in denen Telefonie erlaubt wurde.

Ab 11.5.2020 wurden Besuche per Verordnung wieder erlaubt, mit der Einschränkung, dass maximal ein_e erwachsene_r Besucher_in zugelassen ist. In den Justizanstalten wird dies mit weiteren Einschränkungen, insbesondere in Bezug auf Dauer und Häufigkeit der Besuche umgesetzt.

Zusätzliche Einschränkungen der Rechte der Gefangenen betrafen Freizeitaktivitäten, Vollzugslockerungen und Therapien. Zusätzlich wurden für einige Zeit keine Anträge auf elektronisch überwachten Hausarrest (Fußfessel) bearbeitet, was im Lichte einer wünschenswerten Reduzierung der Belegung der Gefängnisse und damit der Ansteckungsgefahr kontraproduktiv erscheint. Allerdings wurde versucht, die Belegung der

24 2. Covid-19-Gesetz, BGBl I 2020/16.

25 Art 21 § 10 Z 5 2. Covid-19-Gesetz.

Gefängnisse durch Aufschiebung des Haftantritts zu reduzieren und bei bereits bewilligten Fußfesselanträgen wurde auf den Kostenersatz verzichtet, wenn dieser aufgrund fehlender Beschäftigungsmöglichkeiten nicht geleistet werden konnte.

Im Hinblick auf die Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien ist auch darauf zu achten, dass Ausnahmebestimmungen nicht kraft gesetzlicher Ermächtigung ad infinitum immer wieder verlängert werden können (etwa durch eine sogenannte „sunset Klausel“), sondern ein klarer und naheliegender Zeitpunkt bestimmt ist, an dem das Gesetz ausläuft oder aber – mit den angebrachten Änderungen – neu zu beschließen ist. Im Lichte internationaler Erfahrungen mit zeitlich weit erstreckten Ausnahmezuständen, wie etwa nach 9/11²⁶, sind diese Vorkehrungen von hoher Relevanz.

4. Zusammenschau: Rechtsstaatlichkeit und das Politische

Die Situation von Strafgefangenen verdeutlicht die Problematik eines permanenten Ausnahmezustands; in ihrer Konfrontation mit der Covid-19-Krise verdichtet sich diese Problematik. Zugleich aber kann das Gefängnis auch als Beispiel für die Grenzen einer Rechtsstaatlichkeit dienen, die sich – wie es dem deutschen und österreichischen Verständnis entspricht – in erster Linie formal definiert.²⁷ Zwar wird dieses Verständnis üblicherweise – und auch in der Formulierung des österreichischen Strafvollzugsgesetzes – normativ durch einen Bezug auf die Menschenrechte angereichert,²⁸ doch wird hier, im Machtgefälle einer geschlossenen Anstalt, besonders deutlich, wie zahllos die Menschenrechte ohne die politische Macht zu ihrer Durchsetzung sind. In den Worten der VIII. geschichtsphilosophischen These von *Walter Benjamin*: „Die Tradition der Unterdrückten lehrt uns darüber, daß der ‚Ausnahmezustand‘, in dem wir leben, die Regel ist. Wir müssen zu einem Begriff der Geschichte kommen, der dem entspricht.“²⁹ Überlegungen zur normativen Unzulänglichkeit der Rechtsstaatlichkeit führen zu einem anderen, emphatischen Verständnis des Ausnahmezustands, etwa bei *Benjamin* heißt es weiter: „Dann wird uns als unsere Aufgabe die Herbeiführung des wirklichen ‚Ausnahmezustandes‘ vor Augen stehen; und dadurch wird unsere Position im Kampf gegen den Faschismus sich verbessern.“³⁰ Ähnlich argumentiert auch *Agamben*, wenn er fordert, die Kontamination des Politischen durch das Gesetz dadurch zu beenden, dass das Politische

26 Vgl. *Thimm*, Vom Ausnahmezustand zum Normalzustand. Die USA im Kampf gegen den Terrorismus (2018) insbes. 31–33.

27 Vgl. *Dorsen et al* (Hrsg), Comparative constitutionalism: Cases and materials (2010) 42. Vgl. für Österreich nur die erwähnte Stufenbaulehre Kelsens, *Kelsen*, Rechtslehre 228 ff, der die gegenwärtige Rechtswissenschaft immer noch so gut wie ganz verschrieben ist.

28 Vgl. *Volkman*, Rechtsphilosophie: ein Studienbuch (2018) 201; siehe auch *Somek*, Rechtsphilosophie zur Einführung (2018) 75 f.

29 *Benjamin*, Über den Begriff der Geschichte, in *Benjamin*, Sprache und Geschichte (1992) 141 (145).

30 *Benjamin*, Über den Begriff der Geschichte 145 f.

die Beziehung zwischen Gewalt und dem Gesetz abschneidet. Daraus soll sich ein Raum für menschliche Praxis ergeben, die sich keinem Zweck verpflichtet fühlt.³¹

Diese Überlegungen zu einem Ausnahmezustand als möglichem Beginn einer besseren Gesellschaft lassen sich anhand der Forderung nach völliger Abschaffung des Gefängnisses konkretisieren. Argumente dafür lassen sich in der vielfach empirisch bewiesenen und auch allgemein anerkannten Wirkungslosigkeit, wenn nicht Kontraproduktivität des Gefängnisses in Bezug auf dessen behauptetes erstes Ziel der Besserung finden. Doch zugleich müssen Abolitionist_innen die Frage nach der Umsetzung einer gefängnislosen Gesellschaft stets teilweise offenlassen, da diese wohl nur im Zusammenhang einer allgemeinen, radikalen Gesellschaftsveränderung zu denken ist.³²

Die Rehabilitierung des Politischen in seinem Verhältnis zu Rechtsstaatlichkeit steht im Zentrum zahlreicher kritischer Überlegungen zum liberalen Rechtsstaat – aus feministischer Sicht wird etwa der Fokus auf individuelle Autonomie in Frage gestellt,³³ aus marxistischer Perspektive das Fehlen von Emanzipationsmöglichkeiten betont.³⁴ In diesen Fällen allerdings lässt sich – abweichend von *Agambens* Postulat – der Zweck politischer Eingriffe in die Rechtsstaatlichkeit klar aus der Kritik ableiten. Folgt man *Derrida*, so ist eine solche Zwecksetzung unvermeidlich. Die Reinheit des Neubeginns ist niemals einzulösen, die „reine Gewalt“ immer durch das Instrumentelle kontaminiert.³⁵ Der Neubeginn kann immer nur im Futur II artikuliert werden, alles andere wäre „präsentistisch.“³⁶

Nur im Futur II lassen sich auch die Folgen eines Neubeginns bestimmen. Es spricht wenig dafür, dass politische Eingriffe in die Rechtsstaatlichkeit emanzipatorisch sein müssen. Immerhin war es der FPÖ-Innenminister der letzten Regierung, *Herbert Kickl*, der postulierte, dass das Recht der Politik zu folgen habe. Kritik an den Covid-19-Maßnahmen, die sich nicht an Rechtsstaatlichkeit abarbeitet, sondern als genuin politisch verstanden werden kann, kommt in erster Linie von Verschwörungstheoretiker_innen. Die Abschaffung von Gefängnissen in ihrer derzeitigen Form wird nicht nur von denen gefordert, die die Rechte von Straffälligen in den Mittelpunkt ihrer Überlegungen stellen, sondern auch von denen, die sich drakonischere Strafen bis zu Folter und Todesstrafe wünschen.

Das Recht ist das Recht der Stärkeren – aber es ist auch Ausfluss historischer Kämpfe, in denen diese Stärke nicht immer gleich verteilt war. Das Recht benachteiligt in vieler-

31 *Agamben*, Ausnahmezustand 46.

32 Vgl etwa *Davis/Rodriguez*, Können Gefängnisse abgeschafft werden?, in *Memel/Mokre* (Hrsg), Das große Gefängnis (2015), 275.

33 *Baer/Sacksofsky* (Hrsg), Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen (2018) 17.

34 *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion: Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts (2015), 312 ff; siehe auch bei *Engler*, Der Ausnahmezustand als rechtssoziologische Analyse, *Kriminologisches Journal* 2019, 143 (148).

35 *Derrida*, Gesetzeskraft (1991/2017) 83, 99 ff.

36 *Derrida*, Gesetzeskraft (1991/2017) 56, 83, 108.

lei Hinsicht die Schwächeren, aber es ist oft auch deren einziger Schutz vor Willkür. Das Ergebnis politischer Eingriffe in die Rechtsstaatlichkeit bis zu deren (partieller) Aussetzung hängt von politischen Machtverhältnissen ab, die ihrerseits wiederum von der Durchsetzbarkeit von Rechtsstaatlichkeit beeinflusst werden.

Rechtsstaatlichkeit kann ohne Demokratie gedacht werden, aber Demokratie nicht ohne Rechtsstaatlichkeit. Wie *Agamben* beschreibt, kann hierbei die Rolle der Demokratie, des Politischen, auf die Einsetzung des Rechts reduziert werden, dem sich das Politische danach zu fügen hat, oder als ständige Auseinandersetzung mit dem bestehenden Recht verstanden werden. Im ersten Fall ist das Politische dem Recht vorgängig, im zweiten Fall kann es sich im Rahmen des bestehenden Rechts bewegen oder darüber hinausgehen. Eine normative Beurteilung dieser Möglichkeiten lässt sich nicht aus den formalen Vorgaben von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie ableiten. Sie kann sich nur an der zentralen Frage des Politischen orientieren, in welcher Gesellschaft wir leben wollen.

PDⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Monika Mokre, Senior Research Associate, Institut für Kulturwissenschaften und Theatergeschichte, Österreichische Akademie der Wissenschaften; monika.mokre@oeaw.ac.at

MMag. Dr. Stephan Vesco, LL.M., Rechtsberater bei Helping Hands; stephan.vesco@univie.ac.at

Sprachgewaltig

Diskriminierende Kriminalberichterstattung in den Printmedien

Birthe Carolina Dorn

In der Kriminalberichterstattung der Printmedien werden komplexe Lebenssachverhalte auf Handlung und Herkunft tatverdächtiger Personen reduziert. Diese Reduktion kann Leser_innen fehlleiten: Es entsteht der Eindruck, Handlung und Herkunft seien miteinander verknüpft.¹ Rund 90 % der Leser_innen erwarten Angaben zur Herkunft tatverdächtiger Personen in der Kriminalberichterstattung – 70 % der Kriminalberichterstatteter_innen sind überzeugt, diese Informationen seien für ihre Berichterstattung von elementarer Bedeutung.² Die Printmedien reproduzieren die Erwartungshaltung, Verbrechen und Verbrecher_innen ließen sich einander zuordnen. Die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) mahnte diese *Ethnisierung* der Berichterstattung bereits 2015 an und rief zur Schärfung der medienethischen Selbstregulierung auf.³ 2018 wurden die Pressestellen der österreichischen Landespolizeidirektionen durch eine E-Mail des Innenministeriums unter Ressortchef Herbert Kickl (FPÖ) dazu aufgefordert, grundsätzlich „die Staatsbürgerschaft einer mutmaßlichen Täterin bzw. eines mutmaßlichen Täters in [... ihren] Aussendungen zu benennen [... sowie] gegebenenfalls bei einer/einem Fremden deren/dessen Aufenthaltsstatus, bzw. ob es sich um eine Asylwerberin bzw. einen Asylwerber handelt.“⁴ Dies sei „vor dem Hintergrund einer größtmöglichen Transparenz sowie eines vorhandenen berechtigten Interesses seitens der Bevölkerung beziehungsweise der Medien“ notwendig.⁵ Im Januar 2020 wurde diese Regelung nach einem Regierungswechsel wieder zurückgenommen: „Herkunft, Rasse oder Religion von Straftätern sollen nur kommuniziert werden, wenn es für Zweck und Ziel der Kommunikation auch nötig ist.“⁶ Der Polizei wurde damit wieder Ermessensspielraum eingeräumt, selbst zu entscheiden, welche Informationen sie für die Kommunikation des Tatgeschehens als

1 Vgl. *Rau*, Rechtlich und ethisch verantwortungsvolle Kriminalberichterstattung (2013) 13.

2 Vgl. *Albrich*, Nationalität und Herkunft in der Kriminalberichterstattung, *Medienimpulse* 2016, 1 (9 ff).

3 Vgl. *Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz*, Bericht über Österreich (2010); *ECRI*, Bericht über Österreich (2015) Rn 38; siehe dazu auch *Albrich*, *Medienimpulse* 2016, 7.

4 *Möseneder*, Innenministerium beschränkt Infos für „kritische Medien“, *derstandard.at* 24.9.2018, www.derstandard.at/story/2000087988184/ (11.3.2020).

5 *Möseneder*, Innenministerium, *derstandard.at*.

6 *Fidler*, Peschorn hob auf letzten Metern als Innenminister Kickls Medienerlass auf, *derstandard.at* 7.1.2020, www.derstandard.at/story/2000113002605/ (11.3.2020). Auch in Deutschland wird über eine bundeseinheitliche Regelung nachgedacht, wie die Polizei mit ihren Meldungen verfahren sollte, siehe *NN*, Innenminister streiten über Nennung der Nationalität von Tatverdächtigen, *spiegel.de* 29.11.2019, www.spiegel.de/panorama/justiz/a-1298977.html (11.3.2020).

nötig erachten und deshalb bekannt geben werden. Letztlich verbleibt aber die Verantwortung, *ob* und *wie* diese Informationen dann in der Öffentlichkeit verbreitet werden, nach wie vor bei den Journalist_innen.⁷ Ihr Entscheidungsspielraum wird durch den Rahmen der medienethischen Selbstregulierung abgesteckt, der all die Jahre unverändert geblieben ist. Daher gilt es herauszufinden, welche Veränderungen der medienethischen Selbstregulierung nötig und möglich sind, um diese *Ethnisierung* der Kriminalberichterstattung wirksam zu verhindern. Deshalb soll als erstes die Problemlage identifiziert und in diesem Zusammenhang auch der Begriff der *diskriminierenden* Kriminalberichterstattung definiert werden. Anschließend wird dargestellt, wie medienethische Richtlinien bislang den Umgang mit Kriminalberichterstattung regeln. Dabei werden die Regelungen des Ehrenkodex für die österreichische Presse⁸ im Vergleich zu denen des deutschen Presssekodex⁹ untersucht. Abschließend wird herausgearbeitet, welche Rückschlüsse sich aus den gewonnenen Erkenntnissen für den zukünftigen Umgang mit diskriminierender Kriminalberichterstattung in der Selbstregulierung ziehen lassen: Welche Möglichkeiten zur Schärfung der Selbstregulierung bestehen und vor welches Dilemma stellen sie die Kriminalberichterstattung?

1. Diskriminierende Kriminalberichterstattung

Kriminalberichterstattung erfordert ein hohes Maß an Sensibilität. Zum einen stigmatisiert bereits die Vermutung, tatverdächtig zu sein, Personen in der Öffentlichkeit, zum anderen birgt Kriminalberichterstattung das bereits aufgezeigte Risiko, dass Leser_innen Handlung und Herkunft miteinander verbinden.¹⁰ Die bei ihnen geweckte Erwartungshaltung, Handlung und Nationalität seien einander zuordenbar, ist toxisch: Ein Drogenfund bei der Hausdurchsuchung eines Marokkaners wurde in einem Artikel beispielsweise als „wenig überraschend im Dunstkreis der Nordafrikanerszene“ bezeichnet.¹¹ Hier wird nicht nur von Handlung und Nationalität berichtet, sondern die stereotype Vorstellung bestärkt, dass *diese* kriminelle Handlung für Personen *dieser* Nationalität typisch sei. Über den Einzelfall hinausgehend wird eine Vorverurteilung einer gesamten Personengruppe in der Berichterstattung vorgenommen.¹²

7 Deshalb ist auch der Einsatz von Software zur unbesehenen Veröffentlichung von Polizeimeldungen auf Webseiten der Medien besonders kritisch zu hinterfragen, vgl. *Weissenburger*, Es kippt, taz.de 3.2.2020, <https://taz.de/!5657928/> (11.3.2020).

8 Ehrenkodex für die österreichische Presse, www.presserat.at/show_content.php?sid=3 (17.6.2020).

9 Presssekodex des deutschen Presserates, www.presserat.de/presssekodex.html (17.6.2020).

10 Es wird eine Fremdheit konstruiert, die nicht immer mit der juristischen Beurteilung nach Asyl- oder Fremdenrecht übereinstimmt, sondern häufig nach unsichtbaren Grenzen bemessen wird, *Albrich*, Medienimpulse 2016, 9 ff; *Rau*, Kriminalberichterstattung 13.

11 Dieses Beispiele entstammt dem Medienwatchblog *Kobuk*, einem Projekt von Studierenden am Publizistikinstitut der Universität Wien, vgl. *Hribernik*, In der Krone waren Ausländer 2017 viel krimineller als in der Realität, kobuk.at 14.3.2019, www.kobuk.at/2019/03/in-der-krone-waren-auslaender-2017-viel-krimineller-als-in-der-realitaet/ (11.3.2020).

12 Vgl. *Albrich*, Kriminalberichterstattung 9 ff.

Zudem wird in Kriminalberichterstattungen häufig reißerisch und sensationell aufbereitet: Handlung und tatverdächtige Personen werden nicht nur skizziert, sondern rhetorisch sogar regelrecht ausgemalt. Tatverdächtige Personen mit Migrationshintergrund werden in ihrem Aussehen häufiger beschrieben, in ihren Handlungen als besonders brutal dargestellt und Schilderungen nachvollziehbarer Motivationslagen fehlen überwiegend.¹³ Besonders auffällig wird dieses Missverhältnis bei der Berichterstattung über Sexualverbrechen. Sofern tatverdächtige Personen einen Migrationshintergrund aufweisen, berichten Printmedien eher über die sich unzweifelhaft ereignete grausame Gewalttat, während sie bei Tatverdächtigen ohne Migrationshintergrund zu einem Perspektivwechsel neigen, der Zweifel über das Geschehen und die Aussage des Opfers in den Mittelpunkt rückt.¹⁴

Schließlich bemessen Journalist_innen den Nachrichtenwert von Kriminaltaten unterschiedlich: Im Dezember 2019 wurde in Deutschland eine Studie veröffentlicht, nach der Kriminalberichte über ausländische Tatverdächtige in Printmedien 32-mal häufiger erwähnt wurden, als es ihrem polizeistatistischen Anteil entspricht.¹⁵ Auf diese Art produzieren Medien *diskriminierende* Kriminalberichterstattung: Diskriminierend, weil sie zwischen Straftaten und persönlichen Merkmalen wie der Herkunft, eine Verknüpfung herstellen, über tatverdächtige Personen rhetorisch unterschiedlich berichten, den Nachrichtenwert unterschiedlich bemessen und so bei Leser_innen eine verzerrte Wahrnehmung hervorrufen, die zu gesellschaftlicher Ausgrenzung und Stigmatisierungen führen kann. Die Herabwürdigung bestimmter Personengruppen, die durch diese von stereotypisierten Vorstellungen geprägte Berichterstattung vorgenommen wird, ist keinesfalls ein neuartiges Phänomen – eine Studie konnte dasselbe Verhalten bei Medienmacher_innen bereits vor über 20 Jahren in einer Diskursanalyse nachweisen.¹⁶ Die ECRI mahnt daher eindringlich, die Selbstregulierung der Printmedien zu schärfen.¹⁷ Wie sieht diese Selbstregulierung also bislang aus?

2. Die Selbstregulierung der österreichischen Printmedien

Die verschiedensten Verhaltensvorschriften und Normen für journalistische Standards der österreichischen Printmedien sind im Ehrenkodex des Presserates festgehalten. Zum Schutz vor diskriminierender Kriminalberichterstattung regelt Ziffer 7 des Ehrenkodex „Pauschalverdächtigungen und Pauschalverunglimpfungen von Personen und Personen-

13 Vgl. M. Jäger/S. Jäger/Cleve/Ruth, Zweierlei Maß, in Liebhart (Hrsg), Fremdbilder – Feindbilder – Zerrbilder (2002) 57 (67 f).

14 Vgl. Hribernik, Krone, kobuk.at.

15 Die Verzerrung statistischer Daten ist in Printmedien damit sogar höher als in Fernsehberichten (dort 19-mal höher). Auch die Nennung von Namen, die eine Fremdheit konstruiert, muss bedacht werden. Obwohl nach Polizeistatistiken die Vornamen tatverdächtiger Personen von „Messerdelikten“ am häufigsten Michael, Daniel oder Andreas lauteten, werden in den Medien in diesen Zusammenhängen überwiegend Sayed, Alaa oder Ahmad aufgeführt. Hestermann, Wie häufig nennen Medien die Herkunft von Tatverdächtigen? <https://mediendienst-integration.de/artikel/wie-oft-nennen-medien-die-herkunft-von-tatverdaechtigen.html> (10.12.2019).

16 Siehe Diskursanalyse mit Material von 1997 von M. Jäger/S. Jäger/Cleve/Ruth in Liebhart.

17 ECRI, Bericht über Deutschland (2014) Rn 43; ECRI, Bericht über Österreich (2015) Rn 38.

gruppen sind unter allen Umständen zu vermeiden. Jede Diskriminierung wegen des Alters, einer Behinderung, des Geschlechts sowie aus ethnischen, nationalen, religiösen, sexuellen, weltanschaulichen oder sonstigen Gründen ist unzulässig.“ Insbesondere im Zusammenhang mit der Problematik diskriminierender Kriminalberichterstattung hat sich der Presserat mit einer allgemeinen Empfehlung an die Printmedien gewandt: „Die bloße Nennung der Herkunft von Straftätern [rufe] bei manchen Lesern eine negative Einstellung und Ressentiments gegenüber der betroffenen Gruppe hervor [...]; Vorurteile können geweckt oder verstärkt werden. In Fällen, in denen die Herkunft des Täters für die *Schilderung der Straftat* und *für das Verständnis der Leser* nicht relevant ist, sollte nach Meinung des Senats darauf verzichtet werden, die Herkunft zu nennen.“¹⁸ Solange also die Herkunft tatverdächtiger Personen keinen Bezug zur Straftat aufweist oder keinen größeren Erkenntnisgewinn für Leser_innen verspricht, sollte sie auch nicht genannt werden. Wann allerdings so ein Bezug zur Straftat vorliegen soll, oder die Herkunft für das Verständnis der Leser_innen hilfreich sein kann, bleibt offen. Es liegt letztlich im subjektiven Ermessen der Journalist_innen zu entscheiden, ob die Nennung von persönlichen Merkmalen für die Schilderung der Tatvorgänge oder das Verständnis der Leser_innen wesentlich ist. Eine objektive Handlungsanleitung gibt es nicht.

Der Presserat zeigt sich gegenüber der Gefahr diskriminierender Kriminalberichterstattung zwar sensibel und mahnt zu Zurückhaltung – verhindern kann er diskriminierende Berichterstattung jedoch nicht, denn als Selbstregulierungseinrichtung mit Schiedsgerichtsbarkeit ist sein Einfluss begrenzt. Am 15.10.2019 titelte die Zeitung *Wochenblick*: „Innsbruck: Afghanengruppe prügelt auf HTL-Schüler ein“. Der Presserat rügte diesen Artikel, der nicht nur gegen das Verbot der Pauschalverunglimpfung und Diskriminierung verstieß, sondern dem es auch an gewissenhafter Recherche der Journalist_innen mangelte. Im Verlauf des Artikels konnte die in der Überschrift als Tatsache präsentierte Nationalität nur auf die Mutmaßung eines Augenzeugen zurückgeführt werden.¹⁹ Selbst die mutmaßliche Nationalität wird also in Kriminalberichterstattung für reißerische Darstellungen instrumentalisiert. Zwar kann der Presserat einen Verstoß gegen die medienethischen Richtlinien erkennen, seine Sanktionsmaßnahmen sind allerdings begrenzt: Das betreffende Medium ist verpflichtet, diese Entscheidung abzudrucken, doch Sanktionsmaßnahmen, die über diesen Mahn- und Appellcharakter hinausgehen, sind nicht vorgesehen.²⁰ Überdies sind diese Maßnahmen nur für die Medien verbindlich, die sich dem Ehrenkodex freiwillig unterworfen haben. Die übrigen Medien – darunter etwa die *Kronen Zeitung* oder der *Wochenblick* – können lediglich durch die Entscheidungen des Presserates für ihre Printerzeugnisse gerügt werden, müssen ihre Verstöße im eigenen

18 OTS, Presserat mahnt zu Zurückhaltung bei der Nennung der Herkunft von Straftätern, www.ots.at/presseaussendung/OTS_20151020_OTS0035 (20.10.2015), Hervorhebungen durch Autorin.

19 Österreichischer Presserat 17.12.2019, 2019/245.

20 Verstöße gegen den Ehrenkodex können von Lesenden gemeldet oder durch amtswegiges Tätigwerden des Presserates untersucht werden, *Bauer/Koller/Warzilek*, Der Presserat als medienethische Kontrollinstanz, *Medien und Recht* 2013, 6 (7 f).

Medium jedoch nicht korrigieren und sind zum Abdrucken der Entscheidungen des Presserates nicht verpflichtet.²¹ Es gibt durchaus Überlegungen, entweder die Verbindlichkeit der medienethischen Selbstregulierung für alle Printmedien einzuführen oder sogar die Kompetenzen des Presserates mit einer gesetzlichen Grundlage auszudehnen.²² Den Presserat zu einer staatlichen Institution auszubauen, stößt allerdings auf erhebliche Bedenken. Solche Forderungen bewegen sich in einem angestrengten Spannungsverhältnis zur Pressefreiheit, denn die Meinungs- und Informationsfreiheit der Medien ist in Österreich nach Art 10 EMRK und Art 13 StGG besonders vor behördlichen Eingriffen zu schützen. Die Selbstregulierung durch den Presserat soll ja gerade gewährleisten, dass es zu keiner ausufernden staatlichen Kontrolle kommt. Überdies würden sich Schwierigkeiten ergeben, die *rechtlichen* Kompetenzen eines solchen Presserates mit *medienethischen* Anforderungen zu vereinbaren.²³ Im Fokus dieser Untersuchungen steht daher die Schärfung freiwilliger medienethischer Selbstregulierung. Welcher Spielraum hier möglich wäre, zeigt etwa ein Vergleich mit der Selbstregulierung der deutschen Printmedien.

3. Die Selbstregulierung der deutschen Printmedien

Bis zu einer Reform des deutschen Presssekodex 2017 hieß es, „in der Berichterstattung über Straftaten wird die Zugehörigkeit der Verdächtigen oder Täter zu religiösen, ethnischen oder anderen Minderheiten nur dann erwähnt, wenn für das Verständnis des berichteten Vorgangs ein *begründbarer Sachbezug* besteht. Besonders ist zu beachten, dass die Erwähnung Vorurteile gegenüber Minderheiten schüren könnte.“²⁴ Die Leitlinien des Presserates führten in detaillierten Beispielen auf, wann Journalist_innen einen Sachbezug annehmen durften und legten so einen einheitlichen Entscheidungsrahmen fest. Heute heißt es in der Richtlinie 12.1 des deutschen Presssekodex: „In der Berichterstattung über Straftaten ist darauf zu achten, dass die Erwähnung der Zugehörigkeit der Verdächtigen oder Täter zu ethnischen, religiösen oder anderen Minderheiten nicht zu einer diskriminierenden Verallgemeinerung individuellen Fehlverhaltens führt. Die Zugehörigkeit soll in der Regel nicht erwähnt werden, es sei denn, es besteht ein *begründetes öffentliches Interesse*. Besonders ist zu beachten, dass die Erwähnung Vorurteile gegenüber Minderheiten schüren könnte.“ Ein begründetes öffentliches Interesse wird nicht angenommen, wenn lediglich Stereotype bedient oder solche Angaben gleich in der Überschrift gemacht werden.²⁵

21 Vgl. Bauer/Koller/Warzilek, Medien und Recht 2013, 7 f.

22 Anstelle einer Kontrolle der Informations- und Meinungsfreiheit auf Eigeninitiative und nach eigenen Maßstäben, würde eine öffentliche Einrichtung verbindliche Vorgaben ausarbeiten, kontinuierlich prüfen und bei Verstößen für Printmedien verbindliche – und vielleicht auch schärfere – Sanktionsmaßnahmen erlassen. Um Unabhängigkeit und Kontrolle miteinander zu verbinden, gibt Litschka das Erfolgsbeispiel der Bioethik-Kommission, siehe Litschka, Selbstregulierung durch den Presserat: Gibt es Alternativen? derstandard.at 11.1.2018, www.derstandard.at/story/2000071754402/ (11.3.2020).

23 Vgl. Bauer/Koller/Warzilek, Medien und Recht 2013, 6 f.

24 Presssekodex, Leitlinie 12.1 (Stand bis 2017), abgedruckt in Rau, Kriminalberichterstattung 178.

25 Praxis-Leitsätze zur Richtlinie 12.1, www.presserat.de/files/presserat/dokumente/presssekodex/Presssekodex_Leitsaetze_RL12.1.pdf (12.3.2020).

Der Presserat nimmt ein begründetes öffentliches Interesse an, wenn besonders schwere Straftaten begangen wurden oder die Straftat von einer größeren Gruppe begangen wurde, von der ein beachtlicher Anteil sich durch gemeinsame Merkmale auszeichnet.²⁶ Die Herkunft tatverdächtiger Personen sei also bei besonders schweren Straftaten, etwa Terrorismus, organisierter Kriminalität oder Sprengstoffanschlägen durchaus wegen eines öffentlichen Interesses zu nennen – aber warum ausgerechnet bei Taten, die eine stereotype Erwartungshaltung „fremden“ Täter_innen zuschreibt? Verbrechen mit tatverdächtigen Personen mit Migrationshintergrund werden nämlich eher – unabhängig von der juristischen Bewertung – unter dem Stichwort *Terrorismus* diskutiert, als die Verbrechen tatverdächtiger *weißer Männer*.²⁷ Der Ermessensspielraum, ob die Herkunft tatverdächtiger Personen zu nennen ist, überträgt so ein gesellschaftliches Ungleichgewicht auch in die journalistische Aufbereitung von Informationen.

Seit der Reform des deutschen Pressekodex könnten Journalist_innen die Herkunft tatverdächtiger Personen bei Verbrechen nennen, die nach stereotypen Annahmen ohnehin bereits Personen mit Migrationshintergrund zugeschrieben werden. Eine Initiative von Journalist_innen startete deshalb eine Petition: Sie forderten die Rückkehr zum alten Pressekodex, um zu verhindern, dass Medienberichterstattung, die ein Narrativ eines spezifischen öffentlichen Diskurses bedient, zum Maßstab diskriminierungsfreier Kriminalberichterstattung werde.²⁸ Die Initiative von Journalist_innen hielt den vor der Reform bestehenden Beispielskatalog für einen einheitlicheren Entscheidungsrahmen, der das subjektive Ermessen der Journalist_innen begrenzte.

Doch obwohl vor der Reform der subjektive Ermessensspielraum für Journalist_innen durch den begründeten Sachbezug scheinbar eng abgesteckt war, ließ sich auch durch diese Handlungsanleitungen diskriminierende Berichterstattung für die Praxis nicht automatisch verhindern. Ein Beispiel: Angenommen wurde ein begründeter Sachzusammenhang damals, wenn es für die Milieubeschreibung erforderlich war.²⁹ Eine Beschwerde, die die Beschreibung eines „türkischen“ Familiendramas als „grausame Bluttat“ in einer „heruntergekommenen Wohngegend“ rügte, wurde vor diesem Hintergrund vom Presserat für unbegründet erklärt: „Der Verfasser habe im Rahmen einer Reportage das soziale Gefüge geschildert, in dem die Tat geschehen sei. Wenn in diesem Zusammenhang [...] auf die türkische Abstammung der getöteten Frau hingewiesen wird, so ist diese Darstellung weder ehrverletzend noch diskriminierend. Es handelt sich um eine zu-

26 Hier knüpfte der Presserat deutlich an die Ereignisse der Kölner Silvesternacht 2015/16 an, vgl Praxis-Leitsätze zur Richtlinie 12.1, presserat.de.

27 Vgl *Aschenbrenner*, Wie oft wollen wir das Märchen des Einzeltäters noch glauben? jetzt.de 21.2.2020, www.jetzt.de/politik/terroranschlag-hanau-aminata-touere-ueber-rassismus-in-deutschland (12.3.2020); siehe auch *Khan-Cullors/Bandele*, #BlackLivesMatter (2018) 10 f; *Opis*, Die Welt der weißen Terroristen, derstandard.at/story/2000107064270/ (12.3.2020).

28 Vgl Petition: Zurück zur alten Formulierung, www.change.org/p/pressekodex-richtlinie-12-1-zurueck-zur-alten-formulierung (11.3.2020).

29 Vgl *Rau*, Kriminalberichterstattung 179.

lässige Milieubeschreibung.“³⁰ Allerdings wurde später bekannt, dass die getötete Frau deutsche Staatsangehörige war. Neben der Tatsache, dass die Berichterstattung also offenbar falsch war, ist auch zu bezweifeln, dass ihre deutsche Staatsangehörigkeit für die Beschreibung einer „heruntergekommenen Wohngegend“ genutzt worden wäre. Dass der Presserat in diesem Beispiel explizit einen Zusammenhang zwischen Nationalität und Kriminalität für erkennbar und benennbar hielt, verstärkt stereotype Annahmen eher als ihrer Reproduktion entgegenzuwirken. Diese – im Vergleich zum österreichischen Ehrenkodex – also durchaus engere, jedoch inzwischen reformierte Bestimmung des deutschen Pressekodex schränkte zwar die Berichtersteller_innen stärker ein, doch konnte auch sie diskriminierende Kriminalberichterstattung nicht gänzlich verhindern.

4. Das Dilemma der Kriminalberichterstattung

Um zu verhindern, dass Kriminalberichte stereotype Annahmen über tatverdächtige Personen abbilden und als diskriminierende Kriminalberichterstattung diese Annahmen reproduzieren, könnte medienethische Selbstregulierung einen objektiven Entscheidungsrahmen vorsehen. Eine objektive Handlungsanleitung bedeutet in diesem Zusammenhang einen stets nachvollziehbaren Entscheidungsrahmen für die Nennung von Nationalität in Kriminalberichterstattung zu schaffen: Die Herkunft tatverdächtiger Personen also entweder *immer* oder aber *niemals* nennen.

Würde die Herkunft tatverdächtiger Personen *immer* genannt, würde auch die Kriminalität österreichischer Staatsbürger_innen offengelegt. Doch bleibt die Problematik bestehen, dass noch immer Handlung und Herkunft durch Leser_innen miteinander verknüpft werden könnten. Gemessen an der Tatsache, dass in bestimmten österreichischen Printmedien zudem nachgewiesen werden konnte, dass sie überproportional über Kriminalität von Täter_innen mit Migrationshintergrund berichteten, wird diese statistisch verzerrte Darstellung trotz der stetigen Nennung von Nationalitäten auch weiterhin zu einer verzerrten Wahrnehmung der Kriminalität führen.³¹

Damit bleibt noch der Vorschlag, die Herkunft von Personen in Kriminalberichterstattung *niemals* zu nennen. Doch hier regt sich Widerstand: In einem Interview gab die *BILD*-Chefredakteurin in Deutschland an, das Verschweigen von Informationen wie etwa die Nationalität von Straftäter_innen im Zeitalter von sozialen Medien wäre unhaltbar, denn die Informationen seien im Netz ohnehin auffindbar. Das Verschweigen führe zu Misstrauen gegenüber dem Medium.³² Auch die *Kronen Zeitung* schreibt, sie würden diese Informationen nicht „verschweigen“. So würde der Vorurteilsbildung „erst recht Vorschub [geleistet]. Und [...] damit die üble Verunglimpfung der Medien als „Lügenpresse“ [gefördert].“³³

30 Deutscher Presserat 2008, BK1-242/08.

31 Vgl. *Hribernik*, Krone, kobuk.at.

32 Vgl. *derstandard.at*, Herkunfts-nennung von Tätern: In Österreich kein Ethikverstoß, standard.at 10.3.2016, www.derstandard.at/story/2000032676302/ (11.3.2020).

33 NN, Kommentar: Schwarzmaler und rosarote Brille, krone.at 6.2.2016, www.krone.at/494803 (11.3.2020), abgedruckt auch in *Albrich*, Medienimpulse 2016, 3.

Leser_innen neigen zu der Annahme, bei fehlenden Angaben über die Herkunft tatverdächtiger Personen diese eher für Personen mit Migrationshintergrund zu halten, einige glauben sogar an Verschwörungen, hielten das Fehlen dieser Angaben sogar für manipulativ, als „Anordnung von oben in Zeiten der Flüchtlingskrise.“³⁴

Die Berichterstattung steht also vor einem Dilemma: Keine dieser beiden aufgezeigten Möglichkeiten scheint diskriminierende Kriminalberichterstattung zu verhindern. Die Schärfung der medienethischen Selbstregulierung verlangt daher weitere Maßnahmen. So müsste ein reformierter Ehrenkodex nicht nur festhalten, dass etwa die Herkunft immer zu nennen ist, sondern auch festlegen, dass die Berichterstattung dabei die Polizeistatistiken verhältnismäßig widerspiegelt. Allerdings ist zu bezweifeln, dass Medien sich solchen inhaltlichen Vorgaben verpflichten wollen. Würde stattdessen festgehalten, dass die Herkunft niemals zu nennen sei, geht diese Anforderung weit über Maßnahmen der Selbstregulierung hinaus: Dann müsste sich auch die gesellschaftliche Erwartungshaltung an Kriminalberichterstattung verändern, etwa die Auffassung, Geschehnisse besser zu verstehen, wenn sie mit Nationalitäten verknüpft sind. Sofern die medienethischen Richtlinien Journalist_innen einen Ermessenspielraum bei der Berichterstattung bezüglich der Herkunft von Tatverdächtigen einräumen, gilt es ergänzende Maßnahmen zu ergreifen, um diskriminierender Kriminalberichterstattung entgegen zu wirken: Journalist_innen sollten sich intensiv mit Sprache und ihrer Wirkung auseinandersetzen, stereotype Narrative bewusst aufbrechen und in diesem Zusammenhang auch reflektieren, warum sie Ereignissen unterschiedlichen Nachrichtenwert beimessen.³⁵ Jedenfalls müssten Printmedien zukünftig für den Fall, dass Journalist_innen nach mangelnder Recherche diskriminierende Kriminalberichterstattung erzeugen – wie in dem Beispiel des *Wochenblick* oben – zur Veröffentlichung der Entscheidungen des Presserates verpflichtet werden können, selbst wenn das Medium sich dem Presserat nicht freiwillig unterworfen hat. Der durch die Entscheidungen des Presserates angestoßene Reflexionsprozess sollte grade in solchen Fällen auch in diesen Printmedien stattfinden. Denn spätestens im Fall einer gewissenlosen oder gar bewusst falschen Berichterstattung entsteht eine mächtige Triebfeder für diskriminierende Kriminalberichterstattung, die es unbedingt zu bremsen gilt.

Dipl.-Jur.ⁱⁿ Birthe Carolina Dorn ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Legal Gender Studies der Johannes Kepler Universität Linz; birthe_carolina.dorn@jku.at

34 Siehe dazu Stellungnahme der *Antidiskriminierungsstelle Steiermark*, www.antidiskriminierungsstelle.steiermark.at/cms/beitrag/12689443/147444205 (5.10.2018); *Semenova*, Medienproblem: Herkunft von Straftätern, [dw.com 1.4.2017, www.dw.com/de/medienproblem-herkunft-von-straft%C3%A4tern/a-38246465](http://dw.com/1.4.2017/www.dw.com/de/medienproblem-herkunft-von-straft%C3%A4tern/a-38246465) (11.3.2020).

35 Angebote macht hier etwa das *Antidiskriminierungsbüro Köln/Öffentlichkeit gegen Gewalt e.V.* (Hrsg.), Glossar und Checkliste zum Leitfaden für einen rassismuskritischen Sprachgebrauch (2013), bzw die Plattform neue deutsche Medienmacher_innen, <https://glossar.neuemedienmacher.de/glossar/filter:a/> (11.3.2020). Einen Maßnahmenkatalog stellen bereits *M. Jäger/S. Jäger/Cleve/Ruth* in *Liebhart* 74 f zur Diskussion. Zur Veränderung der Berichterstattung trägt auch mehr Diversität in den Redaktionen bei, siehe etwa das Projekt „Vielfaltfinder“ zur Vermittlung von Expert_innen, www.vielfaltfinder.de/content/das-projekt (12.3.2020).

Freiheit als verfassungsrechtliche Garantie

Eine rechtstheoretische Grundsatzanalyse

Daniel Wachter*

1. Einleitende Überlegungen

Normierungsflut und Überregulierung sind Begleiterscheinungen des „modernen“ Rechtsstaates. Dieser Befund ist freilich nicht neu, sondern wird in der Literatur bereits seit langem konstatiert.¹ Vor allem sicherheitspolitische Anliegen² scheinen ein beliebter Deckmantel für die Überregulierung zu sein, worin *Öblinger*³ eine „Fehlentwicklung“ des Rechtsstaats im Besonderen verortet. Wo das gehörige Maß normativer Regulierung zum Wohle von Staat und Gesellschaft liegt, ist freilich eine andere, beinahe rechtsphilosophische Frage. Die normativen Restriktionen führen jedenfalls dazu, dass die persönliche Autonomie im Besonderen und damit die Freiheit der Bürger_innen im Allgemeinen zunehmend unter Druck gerät. Dass Freiheit aber auch eine gewisse Grenze haben muss, verdeutlicht das aktuelle Tagesgeschehen: Eine in der jüngeren Zeitgeschichte noch nicht dagewesene Seuche globalen Ausmaßes. Zur Eindämmung dieser Pandemie einerseits und zum Schutz der Gesundheit (insbesondere älterer und gesundheitlich vorbelasteter Menschen) andererseits, erscheint es notwendig, die Handlungs- und Bewegungsfreiheit einzuschränken oder gar auf ein Minimum zu reduzieren. Quarantäne-Anordnungen für die Bevölkerung ganzer Ortschaften, Ein- und Ausreiseverbote und ein „Standort-Tracking“ infizierter Personen sind nur einige Beispiele, welche die Grundrechte beschneiden und die Sorge vor einem Überwachungsstaat nähren. Dass dies nicht nur historisch, sondern auch rechtlich gesehen eine Zäsur in der 2. Republik darstellt, benötigt wohl keiner Begründung. Dabei ist es jedoch eine der zentralen rechtsstaatlichen und demokratischen Errungenschaften unserer Gesellschaft, dass selbst in diesen Krisenzeiten jede staatliche Handlungsanweisung bzw. jedes Verbot eine gesetzliche Grundlage braucht, soweit sie bzw. es in subjektive Rechte eingreift, verhältnismäßig sein muss und bei der Freiheitseinschränkung nicht willkürlich vorgegangen werden darf. Der Grat zwischen Verhältnismäßigkeit und

* Herzlich gedankt sei Univ.-Prof. Dr. *Peter Bußjäger* und Dr.ⁱⁿ *Maria Bertel*, Bakk. für die kritische Durchsicht des vorliegenden Beitrags.

1 Vgl. zB *Bußjäger*, Gehorsam und Gesetzesflut, *ÖJZ* 1993, 185 ff.; *Mayer/Tomandl*, Der mißhandelte Rechtsstaat: dargestellt am „Fall Poigenfürst“ (1995) passim.

2 Zum damit einhergehenden Ausmaß der Videoüberwachung im öffentlichen Raum zB *Knopp/Ullrich*, Kampf um die Bilder, *juridikum* 2016, 527 ff.

3 *Öblinger*, Der Rechtsstaat, in *Schmid et al*, Auf dem Weg zum hypermodernen Rechtsstaat (2011) 1 (13).

Unverhältnismäßigkeit sowie zwischen rechtem Maß und Willkür ist freilich ein schmaler und stellt gerade in diesen Tagen hohe Anforderungen an die Einschätzungs- und Abwägungsentscheidungen der Gesetzgebung und Vollziehung.

Vor diesem Hintergrund stellt der vorliegende Beitrag die Frage nach den gesetzlichen Umsetzungsschranken von menschlicher Selbstbestimmung und Autonomie, in Form einer freien und zwanglosen Gestaltung der Lebensführung. Eine abschließende Analyse von Freiheit im rechtlichen Zusammenhang ist freilich nicht möglich, da dies den vorgegebenen Rahmen sprengen würde. Die nachstehenden Betrachtungen sollen aber erheben, auf welche Weise Freiheit durch die Rechtsordnung ihren Ausdruck findet bzw geschützt wird. Der Freiheitsbegriff soll dabei (vor allem inhaltlich) grob abgesteckt und anschließend zur Frage nach der Existenz einer „allgemeinen Handlungsfreiheit“ in der österreichischen Rechtsordnung überleitet werden.

1.1. Generelle Bemerkungen

Selbstverständlich benötigt jede Gemeinschaft Regeln für ein geordnetes und friedliches Zusammenleben, sonst drohen Chaos und Anarchie. Sie zielen darauf ab, dass sich die Normunterworfenen (tatsächlich) entsprechend dem normativen Handlungs- oder Unterlassungsauftrag verhalten. Sinn und Zweck von Regeln ist somit die Verhaltenssteuerung. Dabei werden nur in den wenigsten Fällen echte Verhaltensalternativen offengelassen. Dies geht wiederum zu Lasten der Freiheit des Individuums, sich nach eigenem Belieben zu verhalten.⁴ Auch als Folge von Grundrechtskollisionen⁵ ergeben sich Freiheitsbeschränkungen. Sie sind das Resultat der zwingend vorzunehmenden Interessensabwägung durch Gesetzgebung und Vollziehung. Dies bedeutet wiederum für die einen Grundrechtsträger_innen die Gewährleistung von Freiheit, für die betroffenen Grundrechtsträger_innen allerdings eine Einbuße von Freiheit; oder anders gewendet: Die Freiheit der einen wird zur Unfreiheit und zum Zwang der anderen.

1.2. Materielle Begriffsbestimmung – ein Versuch aus grundrechtlicher Sicht

„Freiheit“ ist ein Begriff, der je nach Sachbereich eine andere Bedeutung erfährt. In rechtlicher Hinsicht zeigt sich die Relevanz des Begriffs vor allem in einem grundrechtlichen Kontext.⁶ Dieser Tage rückt die persönliche Freiheit als Schutzgarantie vor willkürlichen

4 Eine Alternative zur Verhaltenssteuerung durch Gebote und Verbote stellt aus verhaltensökonomischer Sicht das sogenannte „nudging“ dar. Vgl zum Begriff und zu seiner Bedeutung in einem verfassungsrechtlichen Kontext *Storr*, Governance, Behavioral Science und das Bild des Menschen im Verfassungsrecht, ALJ 2014, 78 ff.

5 Vgl zur Auseinandersetzung mit dem Begriff „Grundrechtskollision“ *Heißl*, Grundrechtskollisionen (2016) 23 ff; *Eberhard*, Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa: Grundrechte in Österreich, Bd VII/1² (2014) Rz 1 ff, 39 ff.

6 Vgl hiezu *Schambeck*, Die Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in *Janko et al*, Beiträge zum Verfassungs- und Europarecht (2014) 277 (303).

staatlichen Freiheitsbeschränkungen, welche insbesondere durch Art 5 EMRK⁷ oder durch das Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit (PersFrG)⁸ gewährleistet wird, ins Hauptaugenmerk der öffentlichen Wahrnehmung. Dies gerade aufgrund der gesellschaftlich einschneidenden Anlassgesetzgebung zur Eindämmung und Bekämpfung der „Corona-Pandemie“⁹. Dabei ist neu, dass auch gesellschaftlich privilegierte Gruppen (anders als bspw bei racial profiling¹⁰) von diesen teils willkürlichen Freiheitsentziehungen betroffen sind.

Freiheitsrechte finden sich aber auch an anderer Stelle der verfassungsgesetzlichen Ebene, wobei generell die EMRK, das StGG,¹¹ spezielle BVG oder das B-VG¹² zu nennen sind. Die von diesen Fundamentalgesetzen verbrieften Garantien charakterisieren den Rechtsstaat als einen modernen Grundrechtsstaat, sichern dadurch ganz grundsätzlich die Freiheit¹³ und stellen für die Einschränkung der Freiheit durch den Staat zum Wohle der Allgemeinheit Regeln auf.¹⁴ Freiheit stellt somit einen Grundwert dar, welcher demokratischen Verfassungsstaaten immanent ist und damit auch gleichzeitig als Ausdruck des Rechtsstaates gilt.¹⁵ Vor diesem Hintergrund kann Freiheit als die Summe der grundrechtlichen bzw rechtsstaatlichen Garantien bezeichnet werden. Diese abstrakte Form der Freiheit kommt grundsätzlich allen zu Gute, wodurch die Freiheit zur Gleichheit wird.

Es gilt jedoch zu bedenken, dass die allermeisten Garantien der Grundrechte von staatlicher Seite her eingeschränkt werden können. Die Schranken der grundrechtlichen Gewährleistung geben nicht selten die Grundrechte unmittelbar selbst vor.¹⁶ Dies bedeutet in letzter Konsequenz, dass jeder Grundrechtseingriff gleichzeitig die Einschränkung jener Freiheit bedeutet, welche durch das jeweilige Grundrecht postuliert wird. Hiervon ausgenommen sind nur wenige Grundrechte, wie das Folterverbot nach Art 3 EMRK oder das Verbot der Sklaverei nach Art 4 EMRK bzw Art 7 StGG, welche absolut gewährleistet werden und weder durch den Gesetzgeber noch durch die Vollziehung beschränkt werden dürfen.¹⁷ Daraus resultiert der Befund, dass absolute Freiheit in einem grundrechtlichen Zusammenhang nur dort vorliegt, wo auch die aus dem jeweiligen Grundrecht erfließenden freiheitsrechtlichen Garantien uneingeschränkt vom Staat gewährleistet werden müssen bzw von staatlicher Seite kein Grundrechtseingriff erfolgen darf.

7 Vgl hiezu im Detail *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention⁶ (2016) § 21 Rz 1 ff.

8 Bundesverfassungsgesetz vom 29. November 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl I 1988/684 idF BGBl I 2008/2.

9 Vgl zB das COVID-19-Gesetz, BGBl I 2020/12.

10 Vgl *Grabovac/Milner*, Zur Kritik des Ethnic/Racial Profiling in der Polizeiarbeit, *juridikum* 2015, 321 ff.

11 *Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rz 1214; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹² (2019) Rz 692; *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997) 19 ff.

12 *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 547 ff.

13 *Schambeck*, in *Janko et al* 305 und 308.

14 *Berka*, Verfassungsrecht Rz 198.

15 *Berka*, Verfassungsrecht Rz 18 und 19.

16 *Berka*, Konkretisierung und Schranken der Grundrechte, *ZÖR* 1999, 31 (34 f); *Holoubek*, Die Struktur der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte (1997) 11 ff.

17 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 719; *Berka*, Verfassungsrecht Rz 1314 und 1349.

Die grundrechtlich garantierte Freiheit steht und fällt daher mit den grundrechtlichen Schranken. Dabei ist es jedoch wichtig zu betonen, dass Freiheit selbst im Falle der Schrankenziehung durch das Prinzip der „Schranken-Schranken“ sichergestellt wird. Dies bedeutet im Wesentlichen, dass die Ermächtigung des Staates zur Grundrechtsbeschränkung selbst wiederum Schranken unterliegt und unter den Anforderungen der Gesetzmäßigkeit sowie des Verhältnismäßigkeitsprinzips steht.¹⁸ Diese Prinzipien, an denen sich jede staatliche Beschränkung freiheitsrechtlicher Positionen messen lassen muss, werden somit selbst zum Ausdruck von Freiheit.¹⁹

1.3. Normativer Gehalt des Freiheitsbegriffs

In der Literatur finden sich schier unzählige Auseinandersetzungen mit dem rechtlichen Inhalt der Freiheit. Freiheit wird dabei meist als Abwesenheit von staatlichen Handlungsanweisungen bezeichnet bzw mit dem Bestehen von rechtlichen wie tatsächlichen Handlungsalternativen in Verbindung gebracht,²⁰ oder als Garantie der Rechtmäßigkeit von Gesetzgebung und Vollziehung, vor allem am Maßstab der Grundrechte und an Art 18 B-VG gemessen.²¹ Der normative Gehalt des Freiheitsbegriffs wird mE letztlich eine Mischung aus beidem sein. Gemäß dem Legalitätsprinzip nach Art 18 B-VG muss jedes staatliche Verhalten auf ein Gesetz rückführbar sein. Dort, wo es keine gesetzliche Grundlage gibt, darf bei sonstiger Verfassungswidrigkeit auch kein Eingriff in freiheitsrechtliche Positionen erfolgen. Dies bedeutet, dass Bürger_innen alles tun dürfen, was ihnen nicht durch das Gesetz verboten wird, was auch als „rechtsstaatliches Verteilungsprinzip“ bezeichnet wird.²² Einen aktuellen Beleg dafür stellt eine Entscheidung des LVwG Niederösterreich vom 12.5.2020 zu einem COVID-19 bedingten verwaltungsbehördlichen Handeln dar. Das Verwaltungsgericht hat einen Strafbescheid aufgehoben, welcher, ohne gesetzliche Grundlage im Anlassfall, das Betreten öffentlicher Orte sowie das Betreten einer fremden Wohnung, sanktionierte. Begründet wurde die Entscheidung damit, dass die Sanktionierung des geschilderten Verhaltens keine Grundlage in den einschlägigen COVID-19-Bestimmungen fand,²³ auch wenn dies auf Pressekonferenzen der Bundesregierung anders dargestellt wurde. Dieselbe Quintessenz liegt der jüngsten Entscheidung des VfGH zugrunde, mit welcher er das COVID-19 bedingte allgemeine Betretungsverbot des öffentlichen Raums deshalb für verfassungswidrig erachtete, da die be-

18 Berka, ZÖR 1999, 44 f; Holoubek, Struktur 11 ff.

19 Berka, ZÖR 1999, 45.

20 Pöschl, Gleichheit 547 ff; Walter, Spannungsverhältnis der sozialen Ziele Freiheit und Gleichheit, in Dorsey, Equality and Freedom: International und comparative Jurisprudence II (1977) 583 (585).

21 Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte² (1905) 104; Ress, Das subjektive öffentliche Recht, in Ermacora et al, Allgemeines Verwaltungsrecht – FS Antonioli (1979) 105 (119 ff).

22 Den Begriff verwendete erstmals Schmitt, Verfassungslehre (1928) 126; siehe aber auch Wiederin, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26. August 1789 als universelle Staatsverfassung, in Feik/Winkler, Festschrift für Walter Berka (2013) 289 (299 f).

23 LVwG-S-891/001-2020.

treffende Verordnung des Gesundheitsministers²⁴ keine gesetzliche Deckung²⁵ fand.²⁶ Dabei darf nicht übersehen werden, dass das Legalitätsprinzip selbst keine subjektiv-rechtliche Ausprägung aufweist.²⁷ Es setzt sich jedoch auf der Ebene der Grundrechte fort, wo es gleichsam subjektiviert wird: Jede Beschränkung der Grundrechte benötigt eine gesetzliche Grundlage und muss überdies verhältnismäßig sein. Dadurch werden selbst im Falle normativer Überregulierung freiheitsrechtliche Positionen sichergestellt. An dieser Stelle kann allgemein festgehalten werden, dass das Gros an Freiheit in der Rechtsordnung zweifelsohne durch die Garantien bzw Bestimmungen der Grundrechte gewährleistet wird. Dieser Aussage liegt jedoch die Prämisse zu Grunde, dass es auch tatsächlich ein Grundrecht gibt, aus welchem ein subjektiv-öffentliches Recht auf Gewährleistung eines konkreten geschützten Bereichs individueller Freiheit abgeleitet werden kann. Aber was, wenn keine verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte bzw Grundrechte vorliegen, aus denen sich die rechtliche Sicherstellung einer Handlungs- oder Unterlassungsalternative ergibt?²⁸ Wird Freiheit (se subjektiv-öffentlichen Rechts auch in diesem Fall durch die Rechtsordnung sichergestellt und wenn ja, welche Qualität besitzt ein solches Recht?

2. Besteht ein Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit?

Eingangs sei der Hinweis angebracht, dass die österreichische Verfassung – anders als bspw die deutsche²⁹ oder die französische³⁰ – ein (Grund-)Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit – zumindest *prima vista* – nicht kennt. Hierzulande wurde von der Wissenschaft³¹ allerdings unter verschiedenen Teilaspekten immer wieder diskutiert, ob ein solches Recht aus der Rechtsordnung extrahiert werden kann und somit implizit verankert ist.

2.1. Stand der Lehre

Die Mehrheit sieht eine allgemeine Handlungsfreiheit auch in der österreichischen Rechtsordnung als geschützt an.³² Sie gilt als Summe jener freiheitsrechtlichen Positio-

24 Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz gemäß § 2 Z 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes, BGBl II 98/2020 idF BGBl II 108/2020.

25 Insb stellt § 2 COVID-19-Maßnahmengesetz, BGBl I 12/2020 idF BGBl I 23/2020, anders als von der Bundesregierung argumentiert, keine gesetzliche Grundlage für ein allgemeines Betretungsverbot des öffentlichen Raums dar.

26 Vgl VfGH 14.7.2020, V 363/2020.

27 ZB VfSlg 17.577/2005 uva.

28 Als Paradebeispiel kann etwa das Reiten im Walde oder das Taubenfüttern dienen.

29 Art 2 Abs 1 GG. Dieser ordnet folgendes an: „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“.

30 Vgl hiezu die Nachweise bei Hochmann, Grundrechte, in *Marsch/Vilain/Wendel*, Französisches und deutsches Verfassungsrecht: Ein Rechtsvergleich (2015) 323 (349 ff).

31 *Ress*, in *Ermacora et al* 120; *Novak*, Lebendiges Verfassungsrecht, JBl 1992, 477 ff; *Merli*, Die Allgemeine Handlungsfreiheit (1. Teil), JBl 1994, 233 ff; *Potacs*, Grundrechtsschutz für motorisierten Individualverkehr in Österreich?, ZfV 1994, 553 (555); *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 365 ff; *Pöschl*, Gleichheit 583 ff; *Bezemek*, Allgemeine Handlungsfreiheit im System der österreichischen Bundesverfassung, ALJ 2016, 109 ff.

32 Bspw in diese Richtung gehend *Berka*, Der Freiheitsbegriff des „materiellen Grundrechtsverständnisses“, in *Hengstschläger et al*, Für Staat und Recht – FS Schambeck (1994) 339 (346); *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 365; *Novak*, JBl 1992, 477 ff.

nen, welche nach Abzug der speziellen grundrechtlichen Freiheitsgarantien übrigbleiben. Gespalten ist die Literatur „nur“ in der Frage, ob die allgemeine Handlungsfreiheit – für sich genommen – ein durchsetzbares Recht ist: So ist bspw *Merli*³³ der Ansicht, dass die allgemeine Handlungsfreiheit ein subjektiv-öffentliches Recht³⁴ sei, welches einen umfassenden Abwehranspruch gegen rechtswidrige normative Beschränkungen sowohl auf Vollziehungs- als auch auf der Gesetzgebungsebene auslöse. *Storr*³⁵ ist der Meinung, dass die allgemeine Handlungsfreiheit jedenfalls kein Grundrecht sei. *Holoubek*³⁶, und diesem folgend auch *Bezemek*³⁷, sehen die allgemeine Handlungsfreiheit nicht als selbstständiges subjektiv-öffentliches Recht an. Sie sind wiederum der Ansicht, dass das allgemeine Sachlichkeitsgebot den Schutz aller in Summe als allgemeine Handlungsfreiheit zu bezeichnenden unbestimmten Rechtspositionen wahrnimmt, welche nicht durch spezielle grundrechtliche Garantien aufgefangen werden. Die allgemeine Handlungsfreiheit stelle sich als ein aus dem Gleichheitssatz erfließendes Freiheitsrecht dar, dessen Schranken aber der Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegen. Das allgemeine Sachlichkeitsgebot werde durch die Immanenz der allgemeinen Handlungsfreiheit jedoch gleichsam zu einer Art „Auffanggrundrecht“, welches gegebene Schutzlücken im Grundrechtskatalog der österreichischen Rechtsordnung vermeiden könne.³⁸

In der Literatur wird somit nicht dem Grunde nach abgestritten, dass der österreichischen Rechtsordnung eine allgemeine Handlungsfreiheit immanent ist. Entgegen der Ansicht von *Merli* gehen die überwiegenden Stimmen allerdings davon aus, dass ihr für sich genommen keine subjektiv-öffentliche Rechtsqualität zukommt. Doch wird die allgemeine Handlungsfreiheit von Vielen als Ausdruck des aus dem Gleichheitssatz resultierenden und verfassungsgesetzlich gewährleisteten allgemeinen Sachlichkeitsgebots angesehen.³⁹ Dadurch rückt sie freilich in den grundrechtlichen Bereich.

2.2. Judikatur des Verfassungsgerichtshofs

Während der VfGH in seiner älteren Rsp die allgemeine Handlungsfreiheit im Grunde nicht erwähnt, geschweige denn über deren rechtliche Qualität abgesprochen hat, scheint er in seiner neuen Judikatur eine Art Trend- bzw Kehrtwende vollzogen zu haben: In einem jüngeren Erkenntnis, mit welchem er die Behandlung des Individualantrags von Nacht-Gastronomiebetreibern gegen das seit dem 1.11.2019 geltende absolute Rauch-

33 *Merli*, JBl 1994, 242.

34 Zum Begriff des subjektiv öffentlichen Rechts vgl *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁷ (2019) Rz 473 ff.

35 *Storr*, Die österreichische Bundesverfassung – eine Hausbesichtigung, ZfV 2009, 530 (532).

36 *Holoubek*, Struktur 23; *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 366.

37 *Bezemek*, ALJ 2016, 120.

38 *Holoubek*, Struktur 22 f. Siehe hiezu aber auch die krit Ausführungen von *Pöschl*, Gleichheit 583.

39 Vgl hiezu *Novak*, JBl 1992, 483; *Potacs*, ZfV 1994, 555; siehe auch *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 365 ff; *Holoubek*, Struktur 22 f; vgl auch *Kneihls*, Privater Befehl und Zwang (2004) 51 f; sowie *Bezemek*, ALJ 2016, 119 f; aA jedoch *Pöschl*, Gleichheit 583 ff, welche argumentiert, dass eine Auslegung des Gleichheitssatzes keine Deutung in diese Richtung zuließe.

verbot ablehnte, hat der VfGH darauf hingewiesen, dass die allgemeine Handlungsfreiheit „auf verschiedenen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten fußt“.⁴⁰ Diese Formulierung mag zwar ein wenig kryptisch ausgefallen und von sichtlicher Zurückhaltung geprägt sein. Trotzdem ist sie historisch gesehen einer der ersten, wenn auch zaghaften Versuche des VfGH, die allgemeine Handlungsfreiheit rechtlich zu umschreiben. Dies darf allerdings nicht über die Tatsache hinwegtäuschen, dass es offen bleibt, welche rechtliche Qualität die allgemeine Handlungsfreiheit denn nun besitzt. Ob der VfGH der allgemeinen Handlungsfreiheit einen grundrechtlichen Charakter attestiert bleibt ebenso ungeklärt wie die Frage, auf welchen „verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte“ sie konkret fußt. Allerdings spricht die Wortwahl des VfGH sowie die Tatsache, dass er die allgemeine Handlungsfreiheit in einem Atemzug mit dem Grundrecht auf Erwerbsfreiheit nach Art 6 StGG nannte und bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung den öffentlichen Interessen auf Gesundheitsschutz gegenüberstellte, dafür, dass ihr zumindest ein grundrechtsähnlicher Charakter zukommt. Zweifelsfrei kann seiner Rsp zudem entnommen werden, auf welches „verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht“ die allgemeine Handlungsfreiheit *nicht* gestützt werden kann: In seinen Entscheidungen zu Bettelverboten hat er mehrmals festgehalten, dass sich die allgemeine Handlungsfreiheit nicht aus Art 8 EMRK ableiten lasse, da nicht jede menschliche Verhaltensweise zugleich Ausdruck individueller Persönlichkeit sei.⁴¹ Geschützt wird demnach nicht jede, sondern nur die „qualifizierte“ Selbstverwirklichung des Individuums.⁴² Aber auch diese Rsp verdeutlicht, dass der VfGH eine allgemeine Handlungsfreiheit grundsätzlich anerkennt. Zum gleichen Befund kommt man auch aus einer anderen Richtung: So prüft der VfGH seit geraumer Zeit⁴³ im Rahmen des allgemeinen Sachlichkeitsgebots Regelungen hinsichtlich ihrer Verhältnismäßigkeit, ohne einen Rechtsnormenvergleich vorzunehmen.⁴⁴ Der Gerichtshof wiegt diesbezüglich nicht die Garantie des einen mit der Garantie des anderen Grundrechts ab. Er prüft vielmehr die Regelung, welche eine bestimmte Verhaltensanordnung an den Rechtsunterworfenen darstellt und damit seine allgemeine Handlungsfreiheit ganz generell beschränkt, schlechthin auf ihre Verhältnismäßigkeit.⁴⁵ Dies im Falle, dass die Regelung nicht bereits in den Schutzbereich eines anderen Grundrechts eingreift.⁴⁶ *Berka* hält diesbezüglich fest, dass dieses Erkenntnis ebenfalls auf eine Annahme des grundrechtlichen Schutzes der allgemeinen Handlungsfreiheit hinauslaufe.⁴⁷ Er geht somit davon aus, dass der VfGH den Gleichheitssatz zumindest implizit als Ersatz für das Grundrecht

40 VfGH 3.10.2019, G 189/2019. In VfGH 18.06.2019, G 150/2018 ua, spricht er von „selbstbestimmter Handlungsfreiheit“.

41 ZB VfSlg 19.665/2012; der VfGH rekurriert dabei auf die Meinung von *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012) § 22 Rz 13.

42 *Bezemek*, ALJ 2016, 111.

43 VfSlg 13.781/1994.

44 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 765 ff.

45 Vgl hiezu auch *Pöschl*, Gleichheit 234.

46 VfSlg 12.135/1989, 13.781/1994, 18.706/2009.

47 *Berka*, in *Hengstschläger et al* 346.

auf allgemeine Handlungsfreiheit betrachtet. Im Hinblick auf die Rsp des VfGH zum allgemeinen Sachlichkeitsgebot ist damit auch *Pöschl*⁴⁸ darin Recht zu geben, wenn sie zu dem Befund gelangt, dass der VfGH den Gleichheitssatz als eine Art Mittler einer allgemeinen Handlungsfreiheit begreife. Es spricht somit vieles dafür, dass der VfGH der allgemeinen Handlungsfreiheit eine mittelbare Grundrechtswirkung attestiert. Diese erhält sie über das allgemeine Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes und kommt letztlich überall dort zum Tragen, wo es keine Garantie dafür gibt, dass dem Schutz individueller Interessen durch die speziellen Grundrechte Genüge getan wird.

2.3. Zusammenfassende Bewertung

Mit Blick auf die obigen Ausführungen ist resümierend festzuhalten, dass der allgemeinen Handlungsfreiheit in der österreichischen Rechtsordnung durchaus eine nicht unerhebliche Bedeutung zukommt.⁴⁹ Zwar kann der Rsp des VfGH nicht entnommen werden, dass er diese als ein eigenständiges „Auffanggrundrecht“ versteht, geschweige denn, dass es sich um eine explizite Komponente des rechtsstaatlichen Prinzips handelt. Allerdings lässt die neuere Judikatur des VfGH, trotz gegebener Zurückhaltung, den Schluss zu, dass die allgemeine Handlungsfreiheit zumindest in grundrechtsähnlicher Sphäre anzusiedeln ist. Eine mögliche Deutung, die auch Literatur und Rsp nahelegen, ist ihre Schutzwirkung, die sie über das allgemeine Sachlichkeitsgebot erhält. Diesbezüglich hat die allgemeine Handlungsfreiheit aber bloß einen unselbstständigen bzw akzessorischen Charakter. Dies bedeutet gleichzeitig, dass die allgemeine Handlungsfreiheit vom Gesetz- und Ordnungsgeber überall dort eingeschränkt werden darf, wo ein legitimes Ziel verfolgt wird und die betreffende Regelung geeignet, erforderlich und auch angemessen ist, dieses Regelungsziel zu erreichen. Das allgemeine Sachlichkeitsgebot ist dadurch gleichzeitig Garantie als auch Grenze der allgemeinen Handlungsfreiheit. Über Vermittlung des Gleichheitssatzes bietet sie jedoch überall dort Schutz, wo die besonderen Grundrechte nicht oder nicht mehr greifen.

Damit ist letztlich zu konstatieren, dass das Fehlen einer grundrechtlich gesicherten allgemeinen Handlungsfreiheit nach deutschem oder französischem Vorbild kein rechtsstaatliches Defizit bedeutet.⁵⁰ Aufgrund der umfassenden grundrechtlichen Schutzgarantien einerseits und der judikativen Anwendung des allgemeinen Sachlichkeitsgebots andererseits ist die allgemeine Handlungsfreiheit iSe Entfaltungsfreiheit des und der Einzelnen in Österreich durch das den Gesetzgeber und die gesamte staatliche Ordnungsmacht bindende Sachlichkeitsgebot sowie das Willkürverbot sichergestellt und abgesichert. Auch die Judikatur des VfGH zeigt auf, dass dieser in jenen Fällen, in denen sich das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) auf die allgemeine Handlungsfreiheit

48 *Pöschl*, Gleichheit 583.

49 *Merli*, JBl 1994, 316.

50 Vgl hiezu *Pöschl*, Gleichheit 585 und 586; *Bezemek*, ALJ 2016, 115 ff.

nach Art 2 GG beruft,⁵¹ auf das Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes rekurriert.⁵² Es ist somit letztlich auch im Lichte der Judikatur des VfGH der Gleichheitssatz, welcher zusätzliche Kompensationsarbeit leistet und das Rechtsschutzgefüge derart ausgestaltet, dass sich das Bedürfnis nach einem Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit in Grenzen hält.⁵³

3. Schlussbemerkungen

Der rechtliche Inhalt von Freiheit ist sehr vielschichtig und lässt sich nur schwer objektivieren. Fakt ist aber, dass Freiheit ein grundlegendes Prinzip der Rechtsstaatlichkeit und damit der Verfassung darstellt. Der freiheitsrechtliche Gehalt einer den rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechenden Rechtsordnung ist aber wohl weniger in der Forderung gelegen, dass diese nicht gänzlich durch verhaltenssteuernde Normen geprägt sein darf, sondern äußert sich vordergründig in der Pflicht des Normsetzers und der Vollziehung sicherzustellen, dass sämtliche normativen Handlungs- und Unterlassungsanweisungen sowie staatliche Akte nicht zu einem rechtswidrigen Zwang des Normunterworfenen führen, sondern verhältnismäßig sind. Freiheit bedeutet idZ daher Freiheit von rechtswidrigem Zwang und staatlicher Willkür. Tatsache ist aber auch, dass Freiheit durch die Rechtsordnung in unterschiedlicher Weise gewährleistet wird: Wenn keine Verhaltensanordnung erfolgt, kann der Normunterworfenen grundsätzlich davon ausgehen, dass er sich willensgemäß verhalten kann. Dieser Umstand lässt sich insbesondere auf Art 18 B-VG zurückführen, welcher als Ausdruck des Legalitätsprinzips bzw des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips für jedes staatliche Verhalten eine entsprechende Rechtsnorm verlangt. Gibt es keine Rechtsnorm, ist ein Eingriff in die individuelle Entfaltung und somit in die Freiheit des oder der Einzelnen, tun und lassen zu können was er oder sie will, nicht möglich. Letztlich findet aber auch diese Freiheit ihre Grenze in der Freiheit anderer (Grundrechtsberechtigter) und ist aufgrund der eingangs angesprochenen Tendenz zur normativen Überregulierung in den meisten Fällen ohnehin nicht mehr als bloße Utopie. Darüber hinaus vermittelt Art 18 B-VG kein subjektives-öffentliches Recht, sodass sich der Freiheitsgehalt des Legalitätsprinzips in Grenzen hält.

Substanzieller ist jene Freiheit, welche dadurch entsteht, dass der Staat nur unter bestimmten Voraussetzungen in Rechtspositionen eingreifen darf. Freiheit bedeutet idZ einen Schutzmechanismus vor ungerechtfertigten staatlichen Eingriffen. Dieser Schutz wird einerseits durch die grundrechtlichen Garantien, andererseits durch den Gleichheitssatz und das ihm entspringende allgemeine Sachlichkeitsgebot gewährleistet. Demgemäß muss jede Rechtsnorm, welche in freiheitsrechtliche Positionen der Normunterworfenen eingreift, ein legitimes Ziel verfolgen und verhältnismäßig sein. Trifft dies nicht

51 Wie das Taubenfüttern (BVerfGE 54, 143) oder das Reiten im Wald (BVerfGE 80, 137).

52 VfSlg 12.998/1992.

53 Vgl hierzu auch *Bezemek*, ALJ 2016, 120.

zu, ist sie verfassungswidrig. Das Zusammenspiel aus den grundrechtlichen Gewährleistungen, den gleichheitsrechtlichen Anforderungen und den rechtsstaatlichen Prinzipien ist es letztlich auch, welches die Freiheit in der Rechtsordnung umfassend sicherstellt. Dies bedeutet zwar nicht, dass es dem_r Bürger_in jederzeit freistehen muss, sich gänzlich nach eigenem Belieben und Dafürhalten zu verhalten. Diese Freiheit ist aber letztlich Ausdruck und Garantie dafür, dass autonomes Verhalten nicht willkürlich durch den Staat eingeschränkt werden darf.

Die (Verfassungs-)Rechtsordnung enthält zwingend zu beachtende freiheitsrechtliche Vorgaben, die auch in der derzeitigen COVID-19 bedingten Ausnahmesituation, zu deren Bewältigung eine schnell und situationsangepasst handelnde Legistik von Nöten ist, nicht einfach über Bord geworfen werden können. Gerade in Krisenzeiten sind Gesetzgebung und Vollziehung besonders stark gefordert sicherzustellen, dass die rechtsstaatlichen Grundsätze eingehalten werden. Denn nur dann bleibt gewährleistet, dass die wirtschaftliche und gesellschaftlich Krise nicht auch zu einer Krise des Rechtsstaats und der Demokratie wird.

Dr. Daniel Wachter ist Projektmitarbeiter am Institut für öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck; daniel.wachter@uibk.ac.at

Die Freiheit zu diskriminieren?

Wider die Skepsis gegenüber dem Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht

Maria Y. Lee*

1. Einleitung

Der OGH stellte in einer Entscheidung Anfang 2019 fest, dass eine Geschlechterklausel in einem Gesellschaftsvertrag nicht wirksam ist.¹ Der Gesellschaftsvertrag einer Kommanditgesellschaft regelte für den Fall des Ablebens eines der Gesellschafter, dass nur dessen gesetzliche männliche Erben automatisch als Gesellschafter eintreten. Der Eintritt weiblicher Erbinnen bedurfte der Zustimmung der anderen Gesellschafter. Dies widerspricht nach Ansicht des OGH den Wertungen des Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG und des § 4 Z 3 GIBG und ist gem § 879 ABGB sittenwidrig. Aus der Vielzahl der Fragestellungen, die sich aus dieser Entscheidung ergeben, greift dieser Beitrag die Kritik gegen die Wirksamkeit des Gleichheitsgrundsatzes im Bereich des Privatrechts zur näheren Untersuchung heraus.

2. Das Freiheitsrechtliche Argument

2.1. Die negative Freiheit im Privaten

Zentral für die Kritik gegen die Wirksamkeit des Gleichheitsgrundsatzes im Privatrecht ist das Argument, dass es zum Wesen des Privatrechts gehöre, dass die Privatrechtssubjekte nach Gutdünken entscheiden können, ob und mit wem sie Verträge welchen Inhalts abschließen.² Es lässt sich auf die Idee der negativen Freiheit im Privaten zurückführen, dh eines Raumes, der vor dem Zugriff des Staates bzw der Öffentlichkeit frei sein soll.³ *John Stuart Mill* etwa formuliert es wie folgt: „We have a right [...] to act upon our unfavourable opinion of any one“. Wenn eine Person von anderen gemieden wird, sei das auf seine persönlichen Unzulänglichkeiten zurückzuführen: „[H]e suffers these penalties only in so far as they are the natural, and as it where, the spontaneous consequences of the faults themselves, not because they are purposely inflicted on him for the sake of pu-

* Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag vom 21.1.2020 im Rahmen des Legal Lunch Seminars an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, der gemeinsam mit *Julia Told* abgehalten wurde.

1 OGH 24.01.2019, 6 Ob 55/18h.

2 Vgl *Kletečkal/Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Band I. Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹⁴ (2014) Rz 311.

3 Im Zusammenhang mit der Einführung von einfachgesetzlichen Diskriminierungsverboten im Privatrecht; *Picker*, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm? *Juristenzeitung* 2003, 58, 540 (543).

nishment.“⁴ Das erweist sich bei näherem Hinsehen als problematisch. Was, wenn die „faults“ einer Person darin bestehen, dem weiblichen Geschlecht oder einer ethnischen Gruppierung anzugehören (bzw so wahrgenommen zu werden)? Diesfalls würde die Person für ihr Geschlecht bzw ihre ethnische Herkunft bestraft werden.

Konsequent zu Ende gedacht wäre das ein Freibrief für sexistische und rassistische Praktiken wie etwa Stellenanzeigen „nur für Männer“ oder Cafés „nur für Weiße“. Man könnte der Meinung sein, dass „der Markt“ das schon regeln und es dann unterschiedliche Gasthausangebote geben würde: sexistische, rassistische und inklusive. Allerdings wäre aufgrund der inhärenten Hierarchien dieser Verhältnisse⁵ nicht zu erwarten, dass die solcherart segregierten Angebote gleichwertig wären. Aus grund- und menschenrechtlicher Sicht wäre eine Gesellschaft, in der „Rassentrennung“ und „Geschlechtertrennung“ im Namen der Privatautonomie als Selbstverständlichkeit angesehen wird, jedenfalls höchst problematisch. Dort, wo es zu Diskriminierungen in der Begegnung mit Anderen kommt, wird der Mensch aufgrund bestimmter persönlicher Eigenschaften (Geschlecht, ethnische Herkunft etc) nicht in seinem Sosein⁶ als gleichwertiger Mensch anerkannt, sondern gedemütigt. Im Gleichheitsgrundsatz und in den Diskriminierungsverböten ist die Idee enthalten, dass alle Menschen gleichwertig sind und ihnen die gleichen Rechte zukommen. Die Diskriminierungsverböten stellen sich schützend vor das jeweilige Sosein der Menschen.⁷

Freiheit kann in einer demokratischen liberalen Gesellschaft niemals grenzenlos sein, weil sonst das Gesetz des Stärkeren herrschen würde, was wiederum die Freiheit der Schwächeren beschneidet. Ausgehend davon, dass das Recht auf Freiheit allen Rechtssubjekten gleichermaßen zukommt, verbleibt die Frage danach, wo diese Grenzen zu ziehen sind.

2.2. Der Dualismus *privat vs öffentlich*

Das Argument des privaten Freiraums impliziert einen Dualismus zwischen privat und öffentlich.⁸ Außerdem wird bisweilen ins Treffen geführt, dass mit dem Gleichheitssatz politisch-ideologische Agenden in das Privatrecht hineingetragen würden. Diese Kritik

4 Mill, On liberty. Englisch/deutsch = Über die Freiheit (2009) 220.

5 Siehe MacKinnon, Toward a Feminist Theory of the State¹ (1991) 218; Bourdieu, Die männliche Herrschaft³ (2016); Baer, Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Dissertation Frankfurt am Main (1995) insb 234-240; Sacksosky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes (1996) 312-314, 352-353; Crenshaw, Mapping the Margins. Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color, Stanford Law Review 1991, 1241.

6 Vgl Somek, Gleichheit und politische Autonomie, in Bornmüller/Hoffmann/Pollmann (Hrsg), Menschenrechte und Demokratie. Festschrift Georg Lohmann (2013) 207-224 (223); Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 372.

7 Vgl Somek in Bornmüller/Hoffmann/Pollmann, 223; Somek, Rationalität und Diskriminierung. Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht (2001) 401; Pöschl (2008) 461.

8 Vgl Adomeit, Diskriminierung – Inflation eines Begriffs, NJW 2002, 1622 (1623).

sieht das öffentliche Recht, welches das vertikale Verhältnis zwischen dem Staat und den Rechtsunterworfenen regelt, als den eigentlich angemessenen Ort für die Einführung und Umsetzung von Politik. Im horizontalen Verhältnis zwischen privaten Rechtssubjekten untereinander solle die Politik sich raushalten.⁹

Dem ist entgegenzuhalten, dass private Unterdrückungen nicht zuletzt durch politisch-ökonomische Ausbeutungs- und Unterdrückungsstrukturen bedingt bzw ermöglicht werden.¹⁰ Die hier vertretene Position besagt nicht, dass das Private schlechthin abgeschafft werden sollte. Vielmehr geht es um die gleiche Freiheit aller im Öffentlichen und Privaten.¹¹

Damit verbunden ist auch eine Infragestellung der Dichotomie zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Bereits *Kelsen* verneinte einen Wesensunterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht. Zudem weist er darauf hin, dass „das im rechtsgeschäftlichen Vertrag erzeugte ‚private‘ Recht nicht minder der Schauplatz der politischen Herrschaft ist wie das in Gesetzgebung und Verwaltung erzeugte öffentliche Recht.“¹² Neben der Infragestellung des Dualismus bedeutet dies eine Ablehnung der Auffassung, das Privatrecht sei politisch neutrales Territorium.

Das Privatrecht wird bisweilen nicht als politisch geprägt erkannt, weil die Ideologie¹³ dahinter den hegemonialen Verhältnissen entspricht. Anders formuliert, fällt die hochpolitische Natur des Privatrechts nicht weiter auf, weil es die herrschende Ideologie und entsprechenden gesellschaftlichen Strukturen bzw die Kultur¹⁴ einer Gesellschaft widerspiegelt. Das Recht ist konstitutiver Teil der Kultur einer gegebenen Gesellschaft und ist gleichzeitig selber von ihr durchzogen.¹⁵ Die Kritik gegen die vermeintliche politische Instrumentalisierung des Privatrechts ist also vom Glauben getragen, dass der gesellschaftliche Status Quo seine Richtigkeit hätte. Die Verhältnisse seien nun einmal so. Sie schließt sich der Idee des freien Marktes im Dienste der individuellen Freiheit an. Nur in den überschaubaren Ausnahmefällen des Marktversagens sei eine Intervention, welche die Privatautonomie einschränkt, notwendig und gerechtfertigt.¹⁶

Die Verhältnisse sind jedoch nicht einfach so, sondern von Menschen gemacht und können daher geändert werden. Beispiele dafür finden sich in der gewandelten Einstellung

9 Vgl die Zusammenfassung der Kritik gegen die Einführung einfachgesetzlicher Diskriminierungsverbote zwischen Privaten in *Jestaedt*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, in *Jestaedt/Enders/Wiederin/Sodan/Pitschas* (Hrsg), *Der Sozialstaat in Deutschland und Europa. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Jena vom 6. bis 9. Oktober 2004* (2005) 300-435 (300).

10 Vgl *Bourdieu* (2016) 45; *Europäische Kommission*, 2019 Report on Equality Between Women and Men in the EU 17-20.

11 Damit einher geht auch ein Überdenken der geschlechtlichen Zuordnungen von Privat und Öffentlich. Vgl *Phillips*, *Engendering Democracy* (1991) 119.

12 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit* (2017) 496.

13 „Ideologie“ iSv *Althusser*; *Althusser*, *Ideology and Ideological State Apparatuses*, in *Althusser/Brewster* (Hrsg), *Lenin and Philosophy and Other Essays* (1971) 79-87.

14 „Kultur“ iSv *Haslanger*; *Haslanger*, *Racism, Ideology, and Social Movements*, *Res Philosophica* 2017, 1.

15 In Anlehnung an *Balkin*; *Balkin*, *Cultural software. A theory of ideology* (1998).

16 Vgl *Nozick*, *Anarchy, State, and Utopia* (2013).

gegenüber der Sklaverei, dem sukzessiven Abbau der hierarchischen privaten Strukturen in den letzten Jahrzehnten¹⁷ oder der Einführung von konsumentenschutzrechtlichen¹⁸ Bestimmungen. Die Verhältnisse können und werden stetig geändert. Es wurde erkannt, dass Diskriminierungen die gleichberechtigte Teilnahme der Einzelnen am gesellschaftlichen Leben iSd gesellschaftlichen Kooperation und Interaktion verhindern. Die Gleichbehandlungsgebote¹⁹ treten dem entgegen, indem sie den Menschen – über die Anerkennung ihres jeweiligen Soseins – den gerechten Zugang zu den konditionalen Gütern ermöglichen.²⁰

Wenn nun die Parteien eines Gesellschaftsvertrages im Jahre 1963 vereinbarten, dass weibliche Nachkommen eines verstorbenen Gesellschafters nur erschwert in die Gesellschaft eintreten können, so spiegelte das unbestrittenermaßen die gesellschaftspolitischen Verhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses wider. Es war die Zeit der rechtlich verankerten Ungleichheit von Frauen und Männern, dh die gesellschaftspolitische Vorstellung des Mannes als Familienoberhaupt, dem Frauen und Kinder zu Gehorsam verpflichtet waren. Die Ideologie der hierarchischen Geschlechterordnung war Bestandteil des Privatrechts. Mit dem gesellschaftspolitischen Wandel seither hat sich auch das Privatrecht weiterentwickelt, das mittlerweile die Ehe partnerschaftlich regelt und zahlreiche Gleichbehandlungsgebote im Bereich des privatrechtlichen Arbeitslebens²¹ und der privatrechtlichen Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen enthält.²²

Das politisch neutrale Privatrecht ist also eine Illusion, die sich lediglich aus der subjektiven individuellen Übereinstimmung mit der herrschenden gesellschafts- und rechtspolitischen Ideologie ergibt. Eine Verschiebung des hegemonialen Diskurses, die nicht mit einer gleichzeitigen und gleichgerichteten Bewegung der individuellen ideologischen Überzeugungen einhergeht, kann daher als Eindringen ideologisch motivierter Politiken wahrgenommen werden. Das mag sozialpsychologisch verständlich sein, entspricht aber nicht der stets politischen Natur jeglichen Rechts – auch des Privatrechts.

3. Die Privatautonomie und der öffentlich-rechtliche Gleichheitssatz

Selbst wenn man die politische Natur des Privatrechts anerkennt, ist damit noch nicht geklärt, *ob* und *wieso* der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz einen Grundpfeiler des Privatrechts, die Privatautonomie, einzuschränken vermag.²³ *Perner* kritisiert, dass die

17 Vgl die Familienrechtsreformen der 1970er Jahre.

18 KSchG BGBl 1979/140.

19 Vgl GIBG 1979, BGBl 1979/108; GIBG 2004, BGBl I 2004/66 und dessen Novellierungen.

20 Näher in *Lee*, Sex-Segregated Services. Their Place in European Anti-Discrimination Law and their Relationship to Positive Action Measures, *European Law Review* 2019, 645 (650).

21 Teil I und II des GIBG 2004.

22 Teil III GIBG 2004.

23 Vgl im Zusammenhang mit der Testierfreiheit *Kalls/Probst*; *Kalls/Probst*, Familienunternehmen – eine erste Vermessung, *GesRZ* 2013, 115 (122).

Judikatur des OGH²⁴ und des EGMR²⁵ keine Begründung dafür liefere.²⁶ Ebenso wird kritisiert, dass es falsch sei, die Privatautonomie an sich als dem Gleichheitsgrundsatz widersprechend und damit als verfassungswidrig zu betrachten.²⁷ Es wird befürchtet, dass ein Eingriff in die Privatautonomie bei jeder Unsachlichkeit einer privaten Entscheidung als gerechtfertigt angesehen werden würde.²⁸

3.1. Mangolds Rechtfertigung durch die demokratische Inklusion

Mangold bietet eine Rechtfertigung der Gleichbehandlungsgebote im Privatrecht, indem sie auf deren Bedeutung für eine funktionierende demokratische Ordnung verweist.²⁹ Ansatzpunkt ist die Idee der deliberativen Demokratie, in der die Bürger*innen miteinander im öffentlichen Diskurs Lösungen zur Regelung des gesellschaftlichen Zusammenlebens erarbeiten. Sie stellt fest: „[D]er moderne demokratische Staat lebt von kommunikativen Bedingungen, die er rechtlich sicherstellen muss“³⁰. Dazu gehöre der Diskriminierungsschutz im Privatrecht, der die prozeduralen Mindestbedingungen der diskursiven Begegnung auf Augenhöhe sicherstellen soll. Auch *Mangold* geht von einer Verschränkung des Privaten und Öffentlichen aus: „[D]ie ‚private‘ Behandlung einer Person hat Auswirkungen auf ihre ‚öffentliche‘ Position.“³¹ Sie sagt: „Wer von vornherein nicht als satisfaktionsfähig gilt, wer abgewertet wird, wer nicht in der je konkreten Individualität Anerkennung finde, diese Person wird auch nicht als von vornherein gleichrangig wahrgenommen, wenn sie an öffentlichen Diskussionen teilnimmt.“³²

Aus der demokratischen Staatsform ergibt sich notwendigerweise der Schutz vor Diskriminierungen, auch im privatrechtlichen Bereich.³³ Dieser gestalte sich je nach betroffener Sphäre unterschiedlich. Von der Intimsphäre über die Privatsphäre bis hin zur öffentlichen Sphäre sind sukzessive immer stärkere Vorgaben gegen Diskriminierungen vorzusehen. *Mangold* geht allerdings nicht so weit zu sagen, es gebe einen allgemeinen Gleichheitsgrundsatz im Zivilrecht oder Diskriminierungsverbote im Zivilrecht könnten unmittelbar aus abstrakten Grundrechten abgeleitet werden. Vielmehr liege die Entscheidung über die konkreten Vorgaben der Diskriminierungsverbote beim Gesetzgeber.³⁴

24 Siehe auch OGH 8.9.2004, 7 Ob 193/04i zum testamentarischen Ausschluss nicht adeliger Nachkommen.

25 EGMR 13.7.2004, 69498/01, *Pla and Puncernau/Andorra*.

26 *Perner*, Die „Ausübungskontrolle“. Nachträglich entstehende Sittenwidrigkeit, EvBl 2019/133, 921 (925)

27 Vgl *Kalss/Probst*, GesRZ 2013, 115, 122.

28 Die undifferenzierte Wirkung des Gleichheitsgrundsatzes im Privatrecht würde dessen Aufhebung gleichkommen; vgl *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht (1961). *Perner*, EvBl 2019/133, 925.

29 *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht. Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung der demokratischen Begegnung von Freien und Gleichen, Habilitationsschrift Goethe-Universität Frankfurt am Main (2016).

30 *Mangold* (2016) 290.

31 *Mangold* (2016) 290.

32 *Mangold* (2016) 305.

33 *Mangold* (2016) 306.

34 *Mangold* (2016) 309.

3.2. Grünbergers Rechtfertigungsmodell der Gleichheit

Grünberger geht noch weiter und argumentiert für die Existenz eines Gleichbehandlungsgrundsatzes im Zivilrecht. Mit Referenz auf die Gerechtigkeitstheorie *Rawls* sagt *Grünberger*, dass der Markt und das Privatrecht „als soziale Institutionen Teile der *basic structure* einer Gesellschaft und als solche primärer Regulationsgegenstand von Gerechtigkeits- und Gleichheitsanforderungen“ seien.³⁵ Gerechtigkeit definiere sich nicht alleine über die negative Freiheit iSd Nichteingreifens des Staates, sondern bedürfe der Berücksichtigung eines substantiellen Verständnisses von Freiheit. Die negative Freiheit vom Vertragsabschluss, bei der die subjektiven Präferenzen ausgelebt werden können, müsse gegen die positive Freiheit zum Vertragsabschluss, welcher einen *prima facie*-Anspruch auf Gleichbehandlung beinhalte, abgewogen werden. Die Verteilung dieser „Freiheitsmöglichkeiten“ erfolge ua über den Markt.

Der Konflikt zwischen dem Anspruch auf Gleichbehandlung und der negativen Freiheiten wird von *Grünberger* als Rechtfertigungsproblem rekonstruiert. Jede Ungleichbehandlung bedürfe grundsätzlich der Rechtfertigung durch gute Gründe.³⁶ Die Schwere der Anforderungen an die Rechtfertigung variieren entlang eines „Rechtfertigungsspektrums“. Am unteren Ende des Spektrums, der mE wohl auch als Intim- bzw Privatsphäre bezeichnet werden könnte, sind die Anforderungen am leichtesten. Hier legt sich eine „Schutzhülle um die ethische Person“³⁷, welche den schlichten Verweis auf die Freiheitsrechte genügen lässt. Am oberen Ende des Spektrums finden sich die Verbote, aufgrund bestimmter persönlicher Merkmale zu diskriminieren, die sehr strengen Rechtfertigungsanforderungen unterliegen.³⁸

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Wirkung des Gleichheitsgrundsatzes im Privatrecht grundsätzlich dadurch gerechtfertigt ist, dass sie notwendige Voraussetzung (wenn auch nicht Garantie) für das Funktionieren einer liberalen demokratischen Gesellschaft ist.

3.3. Genügt die Unsachlichkeit für eine Einschränkung der Privatautonomie?

Eine (Dritt-)Wirkung des Gleichheitsgrundsatzes als allgemeiner Maßstab im Privatrecht wird überwiegend abgelehnt. Ein generelles Sachlichkeitsgebot unabhängig und außerhalb einfachgesetzlicher Regelungen würde eine Aushebelung der Privatautonomie bedeuten.³⁹ *Perner* stellt zudem die rhetorische Frage: „Wozu benötigt man noch das GIBG,

35 *Grünberger*, Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, (2013); vgl *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit²⁰ (2017).

36 *Grünberger* (2013), 771 mit Verweis auf *Forst*, Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit¹ (2007).

37 *Grünberger* (2013) 827.

38 *Grünberger* (2013) 828.

39 *Told*, Geschlechterklauseln aus Anlass der Entscheidung OGH 6 Ob 55/18h vom 21.02.2020 zu *LLS Vortrag*; siehe auch *Told*, JBl 2020 (iE); aA *Kalss/Dauner-Lieb*, Töchter unerwünscht? Weder die einzelne Gesellschaft noch die Wirtschaft können sich das leisten, GesRZ 2016, 249, 249 (255).

wenn Diskriminierungen außerhalb seines Anwendungsbereichs ohnehin wegen Verfassungswidrigkeit unzulässig wären?⁴⁰

Zu der Frage nach der verbleibenden Bedeutung des GIBG ist zu entgegnen, dass sich diese schon alleine daraus ergibt, dass dessen Diskriminierungsverbote unabhängig von Vertragsverhältnissen gelten. Anders als § 879 ABGB (über welches die Drittwirkung des Gleichheitssatzes im vorliegenden Fall gestützt wird) bietet das GIBG Schutz vor Diskriminierungen selbst in jenen Situationen, in denen zwischen diskriminierender und diskriminierter Person kein Rechtsgeschäft abgeschlossen wurde oder wird. Beispiele sind Diskriminierungen im Bewerbungsprozess (§ 3 Abs 1 und § 17 Abs 1 Z 1 GIBG), (sexuelle) Belästigungen im Zusammenhang mit der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (§ 35 GIBG),⁴¹ der diskriminierende Rauswurf aus einem Geschäft durch die Verkäuferinnen,⁴² ethnisch oder sexistisch diskriminierende Stellenausschreibungen (§§ 9 und 23 GIBG).⁴³ Die Regelungen über die Beweislastumkehr in gerichtlichen Verfahren sowie den Mindestschadenersatz (§§ 12, 26, 38 GIBG) im Interesse eines möglichst effektiven Diskriminierungsschutzes unterscheiden sich ebenfalls von den Rechtsfolgen des § 879 ABGB.

Gewichtiger ist die Kritik, dass die (mittelbare) Geltung des Gleichheitsgrundsatzes nicht zu einem Verbot jeglicher Unsachlichkeit führen dürfe, da dies die Privatautonomie aushebeln würde. Diese Befürchtung erweist sich bei genauerem Hinsehen als unbegründet, wenn man den Gleichheitsgrundsatz dahingehend versteht, dass er zwar grundsätzlich die Gleichbehandlung fordert, aber Ungleichbehandlungen erlaubt, sofern sie durch gute Gründe gerechtfertigt sind. Denn die Anforderungen an die Rechtfertigung variieren.⁴⁴ Die Anforderungen an die „Sachlichkeit“ einer Ungleichbehandlung sind also keineswegs derart pauschal gestaltet, dass jegliche unsachliche Entscheidung verboten wäre. Die Privatautonomie bleibt dem Privatrecht somit als wichtiger Grundsatz erhalten. In der gegenständlichen Entscheidung des OGH wird lediglich ausgedrückt, dass die Privatautonomie nicht schrankenlos gilt, sondern mit dem Gleichheitsgrundsatz abgewogen werden muss.

4. Die besondere Betroffenheit von Freiheitsrechten bzw die besondere strukturelle Unterlegenheit

Die mittelbare Drittwirkung von Grundrechten setzt nach herrschender Ansicht voraus, dass Freiheitsrechte Einzelner in besonderer Weise betroffen sind oder dass eine Situa-

⁴⁰ *Perner*, EvBl 2019/133, 926.

⁴¹ GBK 7.4.2011, GBK III/71/10, *Fahrschule*.

⁴² GBK Oktober 2009, GBK III/45/09, *Diebstahlsverdacht*.

⁴³ Vgl EuGH 10.7.2008, C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/Firma Feryn NV*.

⁴⁴ Näheres in *Lee*, *European Law Review* 2019; *Lee*, Die Ungleichbehandlung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen. Geschlechtergetrennte Räume im Spannungsfeld von Gleichheit, Differenz und Anerkennung, (2020) 11–15.

tion struktureller Unterlegenheit vorliegt.⁴⁵ Im Fall von Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen wird das Vorliegen dieser Voraussetzungen zum Teil bestritten und etwa von *Berka* argumentiert, dass Geschlechterklauseln nicht die Persönlichkeitsentfaltung in zentralen Bereichen der menschlichen Person gravierend beeinträchtigen würden (wie dies im Falle der Gewissens- und Religionsfreiheit der Fall wäre). Die Gesellschafter in solchen Fällen würden nicht aus einer Situation struktureller Überlegenheit handeln.⁴⁶ Dass die wirtschaftliche Entfaltungsmöglichkeit weniger wiegt als die Gewissens- oder Religionsfreiheit erscheint einleuchtend. Allerdings ist hier nicht die wirtschaftliche Entfaltungsmöglichkeit zentral. Betroffen ist vielmehr die Person in ihrem geschlechtlichen Sein, und das Geschlecht betrifft den Kern der persönlichen Identität. Die Benachteiligung einer Person aufgrund des Geschlechts ist Ausdruck der Missachtung ebendieses Kerns. Die Einschränkung der wirtschaftlichen Tätigkeit ist lediglich eine Folge dieser Missachtung im geschlechtlichen Sein. Daher ist jedenfalls von einer besonderen persönlichen Betroffenheit in einem wichtigen persönlichen Freiheitsrecht (der Freiheit, Frau, Mann etc zu sein) auszugehen.

Gesellschaftsverträge treffen nicht nur für die abschließenden Gesellschafter*innen, sondern auch für die Zukunft Regelungen. Dadurch wird über die Zeit ein Rechtszustand geschaffen, der unsachlich nach dem Geschlecht unterscheidet, weshalb die Privatautonomie bei einer Abwägung hinter die Grundrechte zurücktritt.⁴⁷ Der Zeitfaktor kann entscheidend für die Beurteilung sein, ob Freiheitsrechte in besonderer Weise betroffen sind, weil durch die lange zeitliche Bindung bzw die Auswirkungen auf Dritte von einer sittenwidrigen Verhaltenssteuerung gesprochen werden kann.⁴⁸

Der Faktor Macht kann ebenfalls entscheidend sein, wie ein Blick auf andere Fallkonstellationen zeigt. Zum Beispiel anerkennt die ständige Judikatur einen Kontrahierungszwang, wenn die Übermachtstellung einer Partei missbräuchlich ausgenutzt wird.⁴⁹ Das Ungleichgewicht der Vertragsparteien ist ein entscheidender Faktor. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz⁵⁰ und die Diskriminierungsverbote des GIBG in der Arbeitswelt gründen sich auf die besondere Abhängigkeit von Arbeitnehmer*innen gegenüber ihren Arbeitgeber*innen, dh das Machtungleichgewicht. Die gleichen Überlegungen treffen auf den Diskriminierungsschutz selbständig Erwerbstätiger zu (vgl §§ 4 und 18 GIBG). Der Zugang zu selbständiger Erwerbstätigkeit ist bisweilen abhängig von sogenannten „Gatekeepern“ wie etwa staatliche Behörden, Standesvertretungen oder auch Franchisegeber*innen⁵¹, die sich insofern in einer Machtposition befinden. Auch das

45 *Berka*, Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote, GES 2017, 347 (352).

46 Siehe *Berka*, GES 353.

47 *Told*, LLS; *Told*, JBL 2020 (iE); *Kalss/Dauner-Lieb*, GesRZ 2016, 249, 254.

48 Siehe *Zimmermann*, Sittenwidrige Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen, *ecolex* 2019, 602 (604).

49 Vgl OGH 14.7.1986, 1 Ob 554/86; 13.4.1988, 1 Ob 560/88.

50 Vgl OGH 26.1.1994, 9 ObA 280/93; 13.9.1995, 9 ObA 77/95; 11.5.2006, 8 ObA 26/06s.

51 *Hopf/Mayer/Eichinger* in *Hopf/Mayer/Eichinger*, GIBG (2009) § 4 Rz 8.

Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung in § 5 KartG⁵² berücksichtigt den Faktor Macht.

Zusätzlich befinden sich die männlichen Gesellschafter, die den Gesellschaftsvertrag 1963 abschlossen, aufgrund ihrer spezifischen Situierung als Männer in einer Machtposition gegenüber weiblichen Nachkommen. Der Einwand *Berkas*, dass in Bezug auf die Tochter des klagenden Gesellschafters keine strukturelle Unterlegenheit vorliege,⁵³ lässt sich aus dessen Einschränkung des Blicks auf die konkrete individuelle Person der Tochter erklären. Er übersieht, dass die spezifische Situierung jeder einzelnen Person immer auch über den strukturellen Kontext definiert wird. Anders formuliert, bestimmt sich die individuelle Position der Über- oder Unterlegenheit immer auch über die strukturelle Situierung im jeweiligen individuellen Sosein.

Die strukturelle Überlegenheitsposition von Männern qua ihres Mann-Seins und die strukturelle Unterlegenheitsposition von Frauen qua ihres Frau-Seins haben etwa *Bourdieu* und *MacKinnon* eingehend analysiert. *Bourdieu* stellt fest, dass allen Frauen, „was auch immer ihre Position im sozialen Raum sein mag“, gemeinsam ist, dass „sie von den Männern durch einen negativen symbolischen Koeffizienten getrennt sind, der [...] alles, was sie sind, und alles, was sie tun, negativ affiziert.“⁵⁴ *MacKinnon* bezeichnet Geschlecht als System der gesellschaftlichen Hierarchisierung, der Ungleichheit.⁵⁵ Sie sagt, dass das Geschlecht über den sozialen Status der Dominanz oder Unterordnung entscheidet. Diese geschlechtliche Dimension von Macht tritt zu der Machtposition der männlichen Gesellschafter qua ihrer Gatekeeper-Funktion durch ihre Gesellschafterstellung noch hinzu. Die Ungleichbehandlung der weiblichen Nachkommen gegenüber etwaiger männlicher Nachkommen bedarf einer Rechtfertigung. Dabei sind die negative Freiheit der Gesellschafter, welche die freie Ausübung ihrer subjektiven Präferenzen beinhaltet, und die positive Freiheit der weiblichen Nachkommen, die einen *prima facie*-Anspruch auf Gleichbehandlung beinhaltet, gegeneinander abzuwägen. Da der Fall nicht die Intimsphäre oder die innerste Privatsphäre der konkreten Gesellschafter betrifft, sind jedenfalls höhere Anforderungen an die Rechtfertigung zu stellen als ein bloßer Verweis auf die Ausübung der negativen Freiheit in Form der Privatautonomie. Die Geschlechterklausel unterscheidet nach dem Geschlecht, das ein persönliches Merkmal ist, dass von der Rechtsordnung in besonderer Weise als schützenswert erachtet wird (Art 7 Abs 2 Satz 1 B-VG, Art 14 EMRK, § 4 Z 3 GIBG). Deswegen sind an die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung in diesem Fall höhere Anforderungen zu stellen; es bedarf sehr guter allgemeiner und reziproker Gründe der Rechtfertigung.

52 BGBl I 2005/61.

53 *Berka*, GES, 353.

54 *Bourdieu* (2016) 161.

55 *MacKinnon* (1991) 218.

5. Schluss

Die Freiheit zu diskriminieren⁵⁶ besteht nicht grenzenlos. Sie unterliegt der Abwägung mit anderen Grundrechten und verfassungsrechtlichen Grundsätzen. Dies ergibt sich aus der Entscheidung für eine liberale demokratische Verfassung. Das Privatrecht ist ebenso politisch wie das öffentliche Recht, weil das Recht allgemein Teil der hegemonialen Ideologie einer Gesellschaft ist bzw. von dieser durchdrungen ist.

Die Wirkung des Gleichheitsgrundsatzes im Privatrecht in Form einer Einschränkung der Privatautonomie ergibt sich daraus, dass es für eine liberale demokratische Gesellschaft unerlässlich ist, dass sich die Mitglieder einer Privatrechtsgesellschaft als Gleichwertige und Gleichberechtigte auf Augenhöhe begegnen können. Sowohl die negative Freiheit vom Vertragsabschluss als auch die positive Freiheit zum Vertragsabschluss sind dabei zu berücksichtigen. Der Gleichheitsgrundsatz wirkt im Privatrecht jedoch nicht als pauschales Verbot der Unsachlichkeit. Vielmehr kann der Konflikt zwischen dem Erfordernis der Gleichbehandlung und dem negativen Freiheitsrecht als Rechtfertigungsfrage rekonstruiert werden. Die Anforderungen an eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung variieren dabei entlang einer Rechtfertigungsskala.

In Ermangelung anwendbarer einfachgesetzlicher Diskriminierungsverbote kann der Gleichheitsgrundsatz mittelbar über § 897 ABGB wirken. Dabei sind die Faktoren Zeit und strukturelle Machtungleichgewichte, die sich aus der jeweiligen geschlechtlichen Situiertheit ergeben, zu beachten und in die Rechtfertigungsprüfung einzubeziehen.

Dr.ⁱⁿ Maria Y. Lee ist Lektorin an der Universität Wien, Juristin und Wissensmanagerin. Davor war sie Universitätsassistentin (uni:docs) am Institut für Rechtsphilosophie der Universität Wien; maria.lee@univie.ac.at

56 Für eine ausführliche Analyse des Begriffs der Diskriminierung siehe *Lee*, Die Ungleichbehandlung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen. Geschlechtergetrennte Räume im Spannungsfeld von Gleichheit, Differenz und Anerkennung (2020) 11–28 und 78–82.

Kein Konto für Sexdienstleister*innen?

Diskriminierung von Sexdienstleister*innen durch Verweigerung der Kontoeröffnung

Elisabeth Greif / Jasmine Senk

1. Einleitung

Im vergangenen Jahr wurde die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) auf eine besondere Form von Benachteiligung aufmerksam gemacht, der sich Sexarbeiter*innen¹ durch private Unternehmen ausgesetzt sehen: Einige Bankinstitute verwehrten Sexdienstleister*innen die Eröffnung eines Girokontos, wobei diese Weigerung teilweise gar nicht, teilweise mit der Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung begründet wurde. Ob in den einzelnen Fällen sachliche Voraussetzungen für eine Ablehnung der Kontoeröffnung vorlagen, konnte nicht überprüft werden, weil die Betroffenen keine rechtlichen Schritte setzen wollten.²

Sexdienstleister*innen stellen eine besonders verletzbare Personengruppe dar.³ Sie sind häufig sowohl von repressiven staatlichen Normen betroffen, als auch von gesellschaftlichen Vorurteilen. Dabei sind Menschen, die der Sexarbeit nachgehen, keine homogene Gruppe, der kein anderer Erwerbszweig (mehr) offen steht. Als Sexdienstleister*innen arbeiten auch Menschen, die sich bewusst für die Sexarbeit entschieden haben. Sexdienstleister*innen gebührt derselbe Zugang zur freien Marktwirtschaft wie allen anderen Personen, die erlaubte Leistungen anbieten. Nur dadurch kann eine Entstigmatisierung und eine Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen für die Personen erreicht werden, die in häufig sehr prekären Verhältnissen Sexarbeit verrichten. Ein Nadelöhr für diesen Zugang stellt der Zugang zu einem Girokonto dar.

Der folgende Beitrag untersucht, ob und unter welchen Umständen die Weigerung, ein Girokonto für Sexdienstleister*innen zu eröffnen, eine durch das Gleichbehandlungsge-

1 Der vorliegende Text spricht von „Sexdienstleister*innen“ oder „Sexarbeiter*innen“ und von „Sexarbeit“ an Stelle der – stärker negativ konnotierten – Begriffe „Prostituierte“ und „Prostitution“. Als Sexarbeit werden dabei ausschließlich Formen sexueller Dienstleistungen verstanden, die von Erwachsenen *freiwillig* gegen Entgelt erbracht werden.

2 *Gleichbehandlungsanwaltschaft*, Empfehlung für Bankinstitute für die diskriminierungsfreie Eröffnung eines Kontos für Einzelunternehmer_innen, die als Sexdienstleister_innen tätig sind www.gleichbehandlungsanwaltschaft.gv.at/at.gv.bka.liferay-app/documents/340065/720923/Empfehlung+f%C3%BCr+Bankinstitute/691701d6-7451-444a-ae55-0f14768d5ea5 (3.7.2020).

3 Vgl *International Committee on the Rights of Sex Workers in Europe*, Structural violence. Social and institutional oppression experienced by sex workers in Europe (2015).

setz (GIBG)⁴ verbotene Diskriminierung darstellt. Dabei wird ein Aspekt näher beleuchtet, dessen Bedeutung für das Antidiskriminierungsrecht über den hier untersuchten Fall hinausgeht und der bislang noch kaum Beachtung gefunden hat: die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Verbot der Diskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen und dem Verbot der Diskriminierung beim Zugang zu selbständiger Tätigkeit.

2. Eröffnung eines Girokontos – privatautonome Entscheidung von Bankinstituten?

Im rechtsgeschäftlichen Verkehr hat grundsätzlich jede Person die Möglichkeit selbst zu entscheiden, mit wem sie in rechtliche Beziehungen treten möchte. Dieser – verfassungsrechtlich geschützte – *Grundsatz der Privatautonomie* gilt auch für Bankinstitute.⁵ Bankinstitute können sich im Allgemeinen aussuchen, mit wem sie zB einen Vertrag über die Eröffnung eines Kontos abschließen möchten. Die Privatautonomie gilt allerdings nicht schrankenlos. Einschränkungen erfährt sie etwa zum Schutz von anderen Grundwerten der Rechtsordnung. Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung stellen zentrale Grundwerte der österreichischen Rechtsordnung dar, die ebenfalls verfassungsrechtlich gewährleistet sind. Auch im privatrechtlichen Verhältnis der Rechtssubjekte zueinander kann die Verpflichtung zur Gleichbehandlung der Privatautonomie Grenzen setzen (*mittelbare Drittwirkung des Gleichheitssatzes*).⁶

In den letzten beiden Jahrzehnten hat das menschenrechtliche Prinzip der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung durch die innerstaatliche Umsetzung sekundärrechtlicher Vorgaben der EU eine deutliche Aufwertung gegenüber dem Anspruch auf Privatautonomie erfahren.⁷ Die einfachgesetzliche Ausgestaltung des Gleichheitssatzes erfolgt vor allem durch das Antidiskriminierungsrecht, insb durch das GIBG. Es setzt der privatautONOMEN Gestaltungsfreiheit Grenzen und ist auch auf den rechtsgeschäftlichen Verkehr von Bankinstituten mit ihren (potentiellen) Kund*innen anwendbar. Während sich die Gleichbehandlungsgebote im I. und im II. Teil des GIBG auf die Arbeitswelt beziehen und neben Geschlecht und ethnischer Zugehörigkeit auch Alter, sexuelle Orientierung sowie Religion und Weltanschauung schützen, verbieten die Gleichbehandlungsgebote im III. Teil lediglich Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit in sonstigen Bereichen. Dazu zählen insb der Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen.

4 Gleichbehandlungsgesetz (GIBG), BGBl I 2004/66, zuletzt geändert durch BGBl I 2017/40.

5 Die Privatautonomie ergibt sich va aus der Eigentumsfreiheit (Art 5 StGG), vgl *Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rz 1543. Siehe auch *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 859 ABGB Rz 22 f (Stand 1.11.2014, rdb.at).

6 Vgl *Berka*, Verfassungsrecht Rz 1704.

7 Vgl *Ulrich*, Die unionsrechtlichen Grundlagen des Diskriminierungsschutzes, in *Czech/Salinger* (Hrsg), Diskriminierung – Grundrechtsverletzung oder Kavaliersdelikt? (2011) 9 (10).

2.1. Anwendungsbereich

Das GIBG verpflichtet dazu, Rechtsverhältnisse beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen mit Blick auf die Merkmale Geschlecht und ethnische Zugehörigkeit diskriminierungsfrei auszugestalten (§ 30 Abs 1 und 2 GIBG). Davon erfasst sind auch die Anbahnung und Begründung solcher Rechtsverhältnisse. Das Gleichbehandlungsgebot gilt somit für den gesamten privaten Bereich, sofern es sich um Güter und Dienstleistungen handelt, die „der Öffentlichkeit“ zur Verfügung stehen. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn ein Gut einem unbestimmten und unbestimmbaren Adressat*innenkreis zur Verfügung steht oder wenn eine Dienstleistung in der Regel ohne Ansehen der einzelnen Person erbracht wird. Bei der Eröffnung eines Kontos bei einer Bank ist das der Fall.⁸

2.2. Unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung

Gem § 31 Abs 1 GIBG darf auf Grund des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit niemand unmittelbar oder mittelbar beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen diskriminiert werden. Eine *unmittelbare Diskriminierung* liegt nach § 32 Abs 1 GIBG vor, wenn eine Person auf Grund des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person. Das wäre beispielsweise dann der Fall, wenn Sexdienstleister*innen die Eröffnung eines Bankkontos wegen ihres Geschlechts und/oder wegen ihrer ethnischen Zugehörigkeit verweigert wird. Darum ging es im Ausgangsfall aber gerade nicht: Bankinstitute verwehrt Sexdienstleister*innen die Eröffnung eines Kontos, weil sie in der Sexarbeit tätig sind. Die Tätigkeit in der Sexarbeit an sich stellt weder in Teil I und II noch im III. Teil des GIBG ein geschütztes Diskriminierungsmerkmal dar.

Neben der unmittelbaren Diskriminierung verbietet § 32 Abs 2 GIBG auch eine *mittelbare Diskriminierung*. Eine mittelbare Diskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen eines Geschlechts oder einer ethnischen Gruppe in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, sie sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich. Weigern Banken sich, ein Girokonto zu eröffnen und knüpfen dabei an eine Tätigkeit in der Sexarbeit an, handelt es sich um ein dem Anschein nach neutrales Kriterium: Sexarbeit wird weder ausschließlich von Angehörigen eines bestimmten Geschlechts noch von Personen einer bestimmten ethnischen Zugehörigkeit ausgeübt. Allerdings ist der überwiegende Teil der in Österreich in der Sexarbeit tätigen Personen weiblich und hat Migrationshintergrund.⁹ Die Verweigerung der Kontoeröffnung benachteiligt folglich

⁸ Vgl. *Windisch-Graetz*, Diskriminierung und Diskriminierungsschutz im Privatbereich, in *ÖJK* (Hrsg.), Diskriminierung in der Schweiz und in Österreich (2015) 23 (27).

⁹ Vgl. *Amesberger/Caixeta/Greif/Sauer*, Austria, in *Jahnsen/Wagenaar* (Hrsg.), Assessing Prostitution Policies in Europe (2018) 122 (128); *Bundesministerium für Inneres*, Sicherheitsbericht 2017 (2018) 44.

Frauen mit Migrationshintergrund in besonderer Weise gegenüber Personen eines anderen Geschlechts bzw gegenüber Personen ohne Migrationshintergrund. Es liegt somit eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit vor (*Mehrfachdiskriminierung hier meist in Form einer intersektionellen Diskriminierung*)¹⁰ – es sei denn, dieses Vorgehen ist durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich (*Verhältnismäßigkeit*).

2.3. Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusbekämpfung als rechtmäßiges Ziel

Gleichbehandlung aufgrund des Geschlechts und der ethnischen Zugehörigkeit sind tragende Grundsätze des Gemeinschaftsrechts. Als *Rechtfertigungsgründe für eine Benachteiligung* kommen daher nur Gründe von erheblicher Bedeutung in Betracht.¹¹ Als Hauptargument, weshalb Sexdienst*leisterinnen ein Girokonto verweigert wird, wurde von Bankinstituten die Gefahr der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung genannt. Bankinstitute sind gesetzlich verpflichtet, zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung beizutragen: Vor allem durch das Finanzmarktgeldwäsche-Gesetz (FM-GwG)¹², mit dem die 4. Geldwäscherichtlinie¹³ umgesetzt wird, werden Bankinstituten in diesem Bereich Sorgfaltspflichten auferlegt. Es stellt sich allerdings die Frage, ob der pauschale Ausschluss von Sexdienstleister*innen von der Eröffnung eines Girokontos zur Erreichung des – an sich rechtmäßigen – Ziels der Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung verhältnismäßig ist: Nur dann handelt es sich nämlich nicht um eine mittelbare Diskriminierung, sondern um eine objektiv gerechtfertigte Ungleichbehandlung.¹⁴

2.4 Verhältnismäßigkeit des Ausschlusses von Sexdienstleister*innen von einem Girokonto

Das Risiko der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung ist in unterschiedlichen Bereichen unterschiedlich hoch. Bankinstitute haben daher nach einem ganzheitlichen, risikobasierten Ansatz vorzugehen. Einen wesentlichen Aspekt des risikobasierten Ansatzes stellt die Kund*innenidentifizierung dar. Dazu zählen gem § 6 FM-GwG ua die Feststel-

10 Unter der Mehrfachdiskriminierung versteht man im Allgemeinen die Ungleichbehandlung einer Person aufgrund unterschiedlicher Merkmale in unterschiedlichen Situationen (aber in gewissem Zusammenhang), während von Intersektionalität dann gesprochen wird, wenn das Zusammenwirken der unterschiedlichen Merkmale zur Ungleichbehandlung führt, vgl *Greiff/Ulrich*, Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht² Rz 45ff.

11 Vgl *Hopff/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rz 110, 146 (Stand 1.1.2009, rdb.at).

12 Finanzmarkt-Geldwäschegesetz (FM-GwG), BGBl I 2016/118, zuletzt geändert durch BGBl I 2019/62.

13 RL(EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates v 20.5.2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der RL 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der RL 2006/70/EG der Kommission, ABl L 141/73.

14 Vgl *Hopff/Mayr/Eichinger*, GIBG § 5 Rz 94.

lung der Identität von Kund*innen und die Überprüfung der Identität auf Grundlage von Dokumenten, Daten oder Informationen, die von einer glaubwürdigen und unabhängigen Quelle stammen (Z 1); die Bewertung und Einholung von Informationen über den Zweck und die angestrebte Art der Geschäftsbeziehung (Z 2) und die Einholung und Überprüfung von Informationen über die Herkunft der eingesetzten Mittel (Z 3). Die berufliche Tätigkeit spielt damit zwar im Rahmen der Kund*innenidentifizierung eine wichtige Rolle, sie stellt allerdings nicht den einzigen Faktor der Risikobewertung dar. Die Anlagen I bis III zum FM-GwG enthalten eine demonstrative Auflistung von Faktoren und Anzeichen, die für die Bewertung eines potentiell niedrigen bzw eines erhöhten Risikos der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung heranzuziehen sind. Gemessen an den in den Anlagen genannten Parametern wird eine Risikoanalyse zu Girokontoverträgen mit Sexdienstleister*innen im Allgemeinen ein mittleres bis geringes Risiko ergeben.¹⁵ Angesichts dieser niedrigen Risikoeinschätzung ist bereits fraglich, ob es sich bei einem pauschalen Ausschluss von Sexdienstleister*innen von der Eröffnung eines Girokontos überhaupt um eine geeignete Maßnahme zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung handelt. Der pauschale Ausschluss von Sexdienstleister*innen ohne Prüfung sachlicher Voraussetzungen scheidet aber jedenfalls an der Prüfung der Erforderlichkeit: Eine Maßnahme, durch die Personen eines bestimmten Geschlechts oder ethnischen Zugehörigkeit in besonderer Weise benachteiligt werden, ist dann *nicht erforderlich*, wenn das angestrebte Ziel auch durch ein anderes, weniger eingriffsintensives Mittel erreicht werden kann.¹⁶ Das Ergebnis der Risikoanalyse nach dem FM-GwG bestimmt die Intensität der Sorgfaltspflichten der Bankinstitute. Nach den „Leitlinien zu Risikofaktoren“ der europäischen Bankenaufsichtsbehörde dürfen Bankinstitute bei der Anwendung eines risikobasierten Ansatzes nicht Geschäftsbeziehungen mit ganzen Kund*innenkategorien ablehnen.¹⁷ Darüber hinaus verpflichtet das FM-GwG selbst im Fall der Qualifikation als geldwäschegeeignetes Geschäft nur zu erhöhter Sorgfalt bzw im Zweifel zu einer Meldung an die Geldwäschestelle. Die pauschale Verweigerung des Zugangs zu einem Girokonto ist dagegen nicht vorgesehen. Die durch das FM-GwG umgesetzte 4. Geldwäscherichtlinie weist außerdem in ihrem 66. Erwägungsgrund explizit darauf hin, dass in Bezug auf die Risikobewertung im Rahmen der Sorgfaltspflichten gegenüber Kund*innen jede Diskriminierung ausgeschlossen ist.

2.5. Zwischenergebnis

Die pauschale Weigerung eines Bankinstitutes, ein Girokonto für Sexdienstleisterinnen zu eröffnen, stellt eine durch das GIBG *verbotene mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und der ethnischen Zugehörigkeit* dar. Davon geht auch die GAW aus,

¹⁵ Risikomindernd wirkt sich ein Wohnsitz im Inland aus, risikoe erhöhend etwa die Bargeldintensität, die typischerweise mit sexuellen Dienstleistungen verbunden ist.

¹⁶ Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 5 Rz 145.

¹⁷ Siehe *FMA*, EBA Richtlinien, www.fma.gv.at/eu/eba-leitlinien/ (31.3.2020).

die in diesem Zusammenhang vor allem das Verbot der Diskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen in den Blick nimmt. Zweifellos kann die Verweigerung der Kontoeröffnung für Sexarbeiter*innen eine Diskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen darstellen, etwa dann, wenn die Eröffnung eines Kontos mit dem Verweis auf eine Tätigkeit in der Sexarbeit verweigert wird. Wird durch die Verweigerung eines Kontos jedoch die berufliche Tätigkeit als Sexarbeiterin ver- bzw behindert, könnte darin eine Diskriminierung in der sonstigen Arbeitswelt liegen.

3. Diskriminierung in der sonstigen Arbeitswelt

3.1. „Sonstige“ Arbeitswelt

§§ 4, 18 GIBG erfassen die Gleichbehandlung in der sonstigen Arbeitswelt. Verboten sind Diskriminierungen bei Berufsberatung und -ausbildung, beruflicher Weiterbildung und Umschulung, der Mitgliedschaft und Mitwirkung in Arbeitgeber*innen- oder Arbeitnehmer*innenorganisationen sowie beim Zugang zu jeder Art von selbständiger Tätigkeit, einschließlich der Gründung von Unternehmen.¹⁸ Konkret verbieten §§ 4 Z 3 und 18 Z 3 GIBG eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bzw der ethnischen Zugehörigkeit bei der Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens sowie bei der Aufnahme oder Ausweitung jeglicher anderer Art von selbständiger Tätigkeit.

3.2. Sexarbeit als selbständige Tätigkeit

Eine selbständige Tätigkeit liegt vor, wenn eine Person eine Erwerbstätigkeit in eigener Verantwortung und nicht im Rahmen eines Unterordnungsverhältnisses in Hinblick auf die Arbeitsbedingungen und das Entgelt ausübt.¹⁹ Ob eine selbständige oder eine unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, wird anhand des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit beurteilt. Arbeitnehmer*innen befinden sich zu Arbeitgeber*innen in einem Unterordnungsverhältnis. Die Art und Weise ihrer Arbeitsleistungen kann von den Arbeitgeber*innen durch entsprechende Weisungen (zB persönliche Gestaltung der Dienstleistungen, Arbeitszeit, Arbeitsort) gestaltet werden.²⁰

Werden sexuelle Dienstleistungen im Rahmen der bestehenden bundes- und landesgesetzlichen Vorschriften angeboten, liegt eine legale (Erwerbs-)Tätigkeit vor. Nach stRsp und hA stellt das Erbringen sexueller Dienstleistungen gegen Entgelt keine gewerbliche Tätigkeit iSd Gewerbeordnung (GewO) 1994 dar.²¹ Sehr wohl handelt es sich aber um eine berufliche Tätigkeit, wenn dadurch wiederkehrende Einnahmen erzielt werden sollen.²²

18 Vgl *Greiff/Ulrich*, Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht² (2019) Rz 406.

19 Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 4 Rz 5.

20 Vgl *Rebhahn in Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm² (2011) § 1151 ABGB Rz 56.

21 VwSlg 11074 A/1983.

22 Siehe etwa VwGH 1.9.2017, Ra 2016/03/0055.

In Österreich wird Sexarbeit idR als selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt.²³ Seit einer Entscheidung des OGH vom April 2012 gelten Vereinbarungen zwischen Sexdienstleister*innen und ihren Kund*innen zwar nicht mehr generell als sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB, einer klagbaren schuldrechtlichen Verpflichtung zu sexuellen Handlungen steht allerdings das aus Art 3 und 8 EMRK erfließende Recht auf Achtung der sexuellen Selbstbestimmung entgegen.²⁴ Vertragliche Verpflichtungen sowie darauf basierende sachliche und persönliche Weisungen sind damit im Bereich der Sexarbeit nur möglich, soweit sie mit dem Recht auf sexuelle Integrität vereinbar sind.²⁵ Der Umstand, dass Weisungen nur eingeschränkt möglich sind, steht Arbeitsverträgen in der Sexarbeit also nicht grundsätzlich entgegen, in der Praxis sind Sexdienstleister*innen jedoch meist als so genannte „Neue Selbständige“ tätig.

3.3. Diskriminierungsschutz

§§ 4 Z 3 und 18 Z 3 GIBG schützen vor Diskriminierung bei der Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens sowie der Aufnahme oder Ausweitung jeglicher anderen Art von selbständiger Tätigkeit.²⁶ Mit der GIBG-Novelle 2013 wurde diese Bestimmung gegenüber der Stamfassung, die nur die „Bedingungen für den Zugang zu selbständiger Erwerbstätigkeit“ genannt hatte, iSd Selbständigen-Gleichbehandlungsrichtlinie erweitert.²⁷ Bereits der Begriff „Zugang“ in §§ 4 Z 3 und 18 Z 3 aF GIBG war weit auszulegen. Er umfasste auch die Rahmenbedingungen für die jeweilige Tätigkeit, wenn diese für die selbständige Tätigkeit so elementar sind, dass eine Diskriminierung dabei den Zugang zu selbständiger Tätigkeit praktisch in Frage stellt. Für (Einzel-)Unternehmer*innen stellt ein Girokonto eine notwendige Voraussetzung für die Teilnahme am wirtschaftlichen Leben und eine wesentliche Rahmenbedingung für die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeit dar. Ohne ein Girokonto ist es kaum möglich, alltagswichtige Geschäfte abzuwickeln. Sämtliche steuer- und versicherungsrechtlichen Geschäfte sowie wiederkehrende Zahlungsverpflichtungen werden heute über Girokonten abgewickelt. Ein reibungsloser Ablauf der Zahlungsgeschäfte ist bei einer selbständigen Tätigkeit häufig nur mit einer Rahmenvereinbarung mit der kontenführenden Bank möglich, weil es bei der selbständigen Tätigkeit naturgemäß an einem regelmäßigen Einkommen fehlt. Die Verweigerung eines Girokontos kann daher die Aufnahme bzw die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit wenn nicht gänzlich unmöglich machen, so doch jedenfalls erheblich erschweren.

23 Vgl *Krömer*, Kann Sex Arbeit sein? DRdA 2016, 101 (105).

24 Eingehend dazu OGH 18.4.2012, 3 Ob 45/12g.

25 Vgl *Krömer*, DRdA 2016, 103.

26 RL 2010/41/EU zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zur Aufhebung der RL 86/613/EWG des Rates, ABl L 180/1.

27 ErläutRV 2300 BlgNR 24. GP 2.

3.4. Zwischenergebnis

Die Weigerung eines Bankinstituts, ein Girokonto für Sexdienstleister*innen zu eröffnen, stellt eine *Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und der ethnischen Zugehörigkeit in der sonstigen Arbeitswelt* dar, wenn durch diese Weigerung die Aufnahme oder Ausübung der selbständigen Tätigkeit verhindert oder wesentlich erschwert wird.²⁸ Ob eine Diskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen und eine Diskriminierung in der sonstigen Arbeitswelt alternativ oder kumulativ vorliegen können, wird im nächsten Schritt geklärt.

4. Zum Verhältnis der Diskriminierung beim Zugang zu Gütern- und Dienstleistungen und der Diskriminierung in der sonstigen Arbeitswelt

Der III. Teil des GIBG dient der Umsetzung der Gender-Güter- und Dienstleistungsrichtlinie²⁹ und jener Bestimmungen der Antirassismusrichtlinie,³⁰ die sich auf den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen beziehen. Mit den §§ 4 und 18 GIBG werden dagegen die Vorgaben der Selbständigen-Gleichbehandlungsrichtlinie umgesetzt. Die Gender-Güter- und Dienstleistungsrichtlinie legt in Art 3 Abs 4 fest, dass „Beschäftigung und Beruf“ nicht von ihrem Anwendungsbereich erfasst sind. Dies gilt gem Satz 2 auch für selbständige Tätigkeiten „soweit diese von anderen Rechtsvorschriften der Gemeinschaft erfasst sind.“ Umgekehrt weist Erwägungsgrund 10 der Selbständigen-Gleichbehandlungsrichtlinie darauf hin, dass diese nicht für Sachverhalte gilt, die bereits durch andere Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, insb die Gender-Güter- und Dienstleistungsrichtlinie, geregelt werden.

Ein Sachverhalt kann also stets nur *entweder* eine Diskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen *oder* eine Diskriminierung in der sonstigen Arbeitswelt darstellen. Ob eine Diskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen oder eine Diskriminierung in der sonstigen Arbeitswelt vorliegt, ist *anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu prüfen*. Besteht der Nachteil, den eine Person durch die Verweigerung eines Kontos erleidet, darin, dass sie an der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit gehindert bzw wesentlich erschwert wird, ist von einer Diskriminierung in der sonstigen Arbeitswelt auszugehen. Besteht der Nachteil dagegen darin, dass einer Person zwar der private Zahlungsverkehr (im Sinne eines nicht unternehmensbezogenen Zahlungsver-

28 Der Begriff „Zugang“ im § 4 Z 3 GIBG ist weit auszulegen. Erfasst sind auch die Bedingungen der Ausübung, jedenfalls dann, wenn es um elementare Bedingungen geht, die einer Zugangsbeschränkung gleichkommen, vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG Rz 8 zu § 4.

29 RL 2004/113/EG des Rates v 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl L 373/37.

30 RL 2000/43/EG des Rates v 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl L 180/22.

kehr) erschwert wird, sie aber durchaus einer selbständigen Tätigkeit nachgehen kann, liegt eine Diskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen vor.

5. Rechtsfolgen

Liegt in der Weigerung eines Bankinstituts, ein Girokonto für Sexarbeiter*innen zu eröffnen, eine Diskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, so treten die Rechtsfolgen des § 38 Abs 1 GIBG ein. Die betroffene Person hat Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung. Ist die Verweigerung eines Kontos dagegen als Diskriminierung in der sonstigen Arbeitswelt einzustufen, regeln §§ 12 Abs 10 und 26 Abs 10 GIBG die Rechtsfolgen. Auch in diesem Fall gebührt Ersatz des Vermögensschadens sowie eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

Da durch die Weigerung überwiegend Frauen mit Migrationshintergrund benachteiligt werden, also sowohl das Merkmal „Geschlecht“ als auch das Merkmal „ethnische Zugehörigkeit“ betroffen sind, liegt eine *Mehrfachdiskriminierung* vor. Dies ist bei der Bemessung des ideellen Schadenersatzes zu berücksichtigen. Für den I. und II. Teil des GIBG ist dies in den §§ 12 Abs 3 und 26 Abs 3 GIBG jeweils ausdrücklich vorgesehen. Im III. Teil des GIBG fehlt eine entsprechende Klarstellung. Es liegt diesbezüglich eine planwidrige Lücke vor, die durch analoge Anwendung von § 12 Abs 3 bzw § 26 Abs 3 GIBG zu schließen ist.

6. Exkurs: Anspruch auf Eröffnung eines „Basiskontos“

Zu einer mittelbaren Drittwirkung des Gleichheitssatzes kommt es neben dem Antidiskriminierungsrecht auch beim Vorliegen einer Monopolstellung und der Versorgung mit lebenswichtigen Gütern und Dienstleistungen. Ein Girokonto ist „zu einer faktischen Voraussetzung dafür geworden [...], am wirtschaftlichen und sozialen Leben teilnehmen und den Alltag bewältigen zu können.“³¹ Seit 18.9.2016 sieht daher das Verbraucherzahlungskontogesetz (VZKG)³² ein *Recht zur Eröffnung und Nutzung eines Zahlungskontos mit grundlegenden Funktionen* (Einzahlung eines Geldbetrages, Bargeldabhebung sowie Ausführung und Empfang von Zahlungsvorgängen, einschließlich Überweisungen, an Dritte und von Dritten) bei einem in Österreich ansässigen Kreditinstitut vor („Basiskonto“). Rechtsanspruch auf ein Basiskonto haben alle Personen, die sich rechtmäßig in der EU aufhalten und den Verbraucherbegriff des § 2 Z 1 VZKG erfüllen. „Verbraucher*innen“ iSd § 2 Z 1 VZKG sind natürliche Personen, die zu Zwecken handeln, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Bei der

31 Haghofer, Das Basiskonto nach dem Verbraucherzahlungskontogesetz, in *Reiffenstein/Blaschek* (Hrsg), Konsumentenpolitisches Jahrbuch 2017 (2017) 165.

32 Verbraucherzahlungskontogesetz (VZKG), BGBl I 2016/35, zuletzt geändert durch BGBl I 2018/72.

Eröffnung und Nutzung des Kontos dürfen Verbraucher*innen gem § 22 VZKG von Bankinstituten ua nicht aufgrund des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit diskriminiert werden.

Verweigert ein Bankinstitut einer Person die Eröffnung eines Basiskontos, weil diese Person in der Sexarbeit tätig ist, stellt dies gem § 32 Abs 2 Z 1 VZKG eine Verwaltungsübertretung dar, die von der Finanzmarktaufsicht mit einer Geldstrafe von bis zu 30.000 Euro geahndet werden kann.

7. Ergebnis

Obwohl das Anbieten sexueller Dienstleistungen in Österreich eine legale Tätigkeit darstellt, gehören Sexdienstleister*innen nach wie vor zu einer besonders diskriminierungsgefährdeten Personengruppe, deren Alltag häufig von Benachteiligungen geprägt ist. Im vergangenen Jahr wurde die GAW mit dem Umstand konfrontiert, dass einige Bankinstitute sich weigern, ein Zahlungskonto für Personen zu eröffnen, die in der Sexarbeit tätig sind. Erfolgt diese Weigerung allein aufgrund der Tätigkeit in der Sexarbeit, stellt sie – je nach den Umständen des konkreten Einzelfalles – eine mittelbare Diskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen oder eine mittelbare Diskriminierung in der sonstigen Arbeitswelt dar. Soll das in Aussicht genommene Konto ausschließlich nicht-beruflichen Zwecken dienen, stellt eine Kontoverweigerung außerdem einen Verstoß gegen das VZKG dar: Nach den Bestimmungen des VZKG haben alle Personen – also auch Sexdienstleister*innen – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu einem Basiskonto.

Assoz. Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Elisabeth Greif ist Assoziierte Professorin am Institut für Legal Gender Studies der JKU Linz; elisabeth.greif@jku.at

Mag.^a Dr.ⁱⁿ Jasmine Senk ist Rechtsanwaltsanwärtlerin bei Rechtsanwältin Dr.ⁱⁿ Elfgund Abel-Frischenschlager in Linz; kanzlei@ra-abel-frischenschlager.at

Thema: Stadt

Vorwort der Gastherausgeber_innen

Karol Felsner / Ümra Gencer / Philipp Hense-Lintschnig / Antonia Reiss

In diesem Schwerpunkt gehen wir Konflikten, die sich in Städten¹ abspielen, in ihrer juristischen Ausprägung nach. Anknüpfungspunkt ist hierbei der öffentliche Raum, und damit Fragen des Wohnens, des Zugangs, der Kontrolle, der Gestaltung und Planung von Städten. Zentral ist, welche Regeln für Stadtbewohner*innen Lebens- und Freiräume schaffen, welche Raum nehmen und wie juristische Findigkeit vorhandene Ressourcen besser verteilen kann, um Wohngerechtigkeit zu schaffen und abzusichern.

Städte sind fast ausschließlich von Menschenhand geformte Wohn- und Lebensräume mit verdichteter Normierung. Es sind Orte, in welchen viele gesellschaftliche Entwicklungen ihren Anfang nehmen und sich politische und ökonomische Prozesse wie unter einem Mikroskop betrachten lassen. Inhaltlich behandeln die Beiträge Wohnraum und seine Organisation, aber auch die Zukunft von Städten. Konkret stellen sich dabei Fragen der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern, des Gesellschaftsrechts, des Miet- und Wohnbauförderungsrechts bis hin zu solchen des Polizeirechts.

Den Anfang macht *Walther Rosifka*, der Baustellen rund um das Thema *Leistbares Wohnen* in Österreich aufzeigt. Er fordert Kompetenzverschiebungen zugunsten der Bundesländer bezüglich des Wohnbaus, Nachschärfungen im MRG, mehr Wohnbauförderungs-mittel sowie Möglichkeiten zu deren Finanzierung. Weiters plädiert er für nachhaltige Vergaberegeln für geförderte Wohnungen und Veränderungen in der Bodenpolitik.

Mietendeckel handelt von dem Berliner Gesetz, das dem seit bald einem Jahrzehnt ungebremsten Anstieg der Mieten im Land Berlin Einhalt gebieten will. Stark überhöhte Mieten sollen auf ein Niveau zurückgeführt werden, wie es vor den Jahren der Veräußerung städtischer Wohnungsunternehmen und der haltlosen Spekulation mit Immobilien bestand. Wie der rot-rosa-grüne Senat dabei unter starker Einbindung von (auch Mieter*innen-Interessen vertretenden) Expert*innen seine eigene (juristische) Verwaltung drängen musste und schließlich zu etwas Neuartigem bewegt hat, wie der Kampf

¹ Im B-VG wird zwar in Art 116 Abs 3 eine Gemeinde ab einer Einwohner*innenzahl von 20.000 als stadtwürdig angesehen. Für diesen Schwerpunkt soll der Begriff „Stadt“ aber weiter gefasst werden.

um das Recht durch juristisches Angreifen eines Gesetzes einmal andersherum abläuft und wie nunmehr Vermieter*innen die Verfassungswidrigkeit behaupten – all das beschreiben *Karol Felsner* und *Carola Handwerg*.

Eine Variante, Wohnraum aus den Fängen des Markts zu befreien, wird in *Bettina Barthels* Beitrag zum *Mietsbüusersyndikat* vorgestellt. Die juristische Konstruktion aus Vereinen und GmbHs nutzt gesellschaftsrechtliche Regeln, um den Wiederverkauf von Häusern zu verhindern und sie langfristig in der Verwaltung der jeweiligen Projektgruppe zu belassen, wobei diese nur zur Hälfte Eigentümerin ist und dadurch am Verkauf sowie an der Ausschüttung von Gewinnen gehindert wird.

Daniel Penninger beschreibt den Gründungsprozess eines Projekts des österreichischen Kollektivs *HabiTAT*. Die juristische Konstruktion des *HabiTAT* ist trotz einiger Unterschiede in Organisation und Finanzierung dem deutschen Miethäusersyndikat ähnlich. Im Projekt *SchloR*, einem Kunst-, Kultur- und Wohnprojekt in Wien-Simmering, nutzt ein Kollektiv die Struktur des *HabiTAT*, um ohne große Geldmittel ein Grundstück aus dem Immobilienmarkt hinauskaufen zu können. Das Projekt soll kollektives Leben und Schaffen ermöglichen und für die Nutzer*innen langfristig leistbar bleiben.

Thomas Winklmeier berichtet in seinem Beitrag *California über allem* von den Protesten gegen den 2016 in Berlin-Kreuzberg geplanten Google-Campus und analysiert diese als „Kampf um die Stadt der Zukunft“ im Kontext der Digitalisierung. Dabei erläutert er den Prozess der Gentrifizierung als kybernetische Entwicklung, zeichnet die Genese der Großstädte nach und erläutert die Interessenlage globaler Unternehmen. Aus den Städten, wie wir sie heute kennen, sollen ihm zufolge nach und nach sogenannte Smart Cities werden. Doch mit den erfolgreichen Protesten wurde diese Transformation der Stadt als kybernetisches Projekt ein Stück weit gebremst.

Barbara Unterlerchner, *Sina Moussa-Lipp*, *Anja Christanell* und *Elisabeth Hammer* von der Sozialorganisation *neunerhaus* in Wien zeigen auf, inwiefern die staatlichen Maßnahmen zu Covid-19 die Lebensrealität und Grund- und Menschenrechte von obdach- und wohnungslosen Menschen wenig berücksichtigt haben und mit welchen Einschränkungen diese deshalb zu kämpfen hatten und haben.

Mag.^a Karol Felsner ist Referendarin in Berlin und Redaktionsmitglied des juridikum; karol.felsner@chello.at

Mag.^a Ümra Gencer ist Redaktionsmitglied des juridikum und lebt in Wien; uemra.gencer@gmx.at

DI (FH) Mag. Philipp Hense-Lintschnig ist Redaktionsmitglied des juridikum und lebt in Graz; philipp@hense-lintschnig.at

Antonia Reiss, BA ist Redaktionsmitglied des juridikum und lebt in Wien; antonia.reiss@univie.ac.at

Leistbares Wohnen – Welche rechtlichen Rahmenbedingungen müssen dafür wie geändert werden?

Anregungen zu Wohnbauförderung und Bodenpolitik

Walter Rosifka

1. Die Ausgangslage am Wohnungsmarkt in den Ballungsgebieten

Kauf- und Mietpreise von Immobilien sind in den letzten Jahren (nicht nur, aber vor allem) in den Ballungsgebieten¹ überdurchschnittlich hoch gestiegen; zwischen 2008 und 2018 stiegen etwa in Wien die Grundstückspreise um 114 %, die Preise von gebrauchten Eigentumswohnungen um 98 %, die Hauptmietzinse bei neuen Verträgen um 48 %; der Median-Lohn brutto jedoch nur um 22 %. Interessanterweise sind auch die Kosten für den Wohnhaus- und Siedlungsbau in diesen zehn Jahren nur um 22 % gestiegen.² Wenn es darum geht, dass lebensnotwendige Güter in ausreichendem Ausmaß für alle Teile der Bevölkerung zu für sie leistbaren Preisen zur Verfügung stehen, versagt der freie Markt nicht selten; dies trifft vor allem beim Wohnen zu. Solche Güter sind nicht substituierbar,³ und ein Nachfrageüberhang führt zu kaum bis nicht mehr leistbaren Knappheitspreisen. Wenn durchschnittliches Einkommen aus Erwerbsarbeit oder Pension oft nicht mehr ausreicht, sich zu angemessenen und leistbaren Bedingungen mit einem Zuhause zu versorgen,⁴ sind Eingriffe des Staates in den Wohnungsmarkt erforderlich.

1.1. Markteingriffe durch Wohnungspolitik

Verfechter_innen des freien Marktes vertrauen meist darauf, dass seine unsichtbare Hand jedem Menschen in Österreich ein angemessenes und leistbares Wohnen ermöglicht. Für die Haushalte, die sich Wohnen zu den am Markt angebotenen Preisen dennoch nicht leisten können, soll dann doch der Staat einspringen: Die für Teile der Bevölkerung nicht

-
- 1 Wenn Menschen in Ballungsräumen leben bzw leben müssen, meist wegen des Arbeitsplatzes, helfen verfügbare leistbare Wohnungen im Waldviertel oder in strukturschwachen Gebieten in der Steiermark wenig.
 - 2 Präsentation von *Tockner*, Kommentar zu „why can't you afford a home?“; anlässlich der Tagung „Leistbares Wohnen darf nicht dem Markt überlassen werden“ am 22.10.2019, https://wien.arbeiterkammer.at/interessenvertretung/meinestadt/wohnen/Betongold_oder_leistbares_Wohnen.html (26.7.2020).
 - 3 Mobilität iSe eigenen KFZ kann bspw durch den öffentlichen Verkehr oder die Bildung von Fahrgemeinschaften ersetzt werden; Wohnraum kann hingegen nicht kompensiert werden; Obdachlosigkeit als „echte“ Alternative erscheint nicht einmal den zynischsten Vertreter_innen eines neoliberal organisierten Immobilienmarktes vertretbar.
 - 4 *Tockner*, Teure Mietverträge für junge WienerInnen, awblog.at 6.3.2019, <https://awblog.at/neue-mietvertraege-fuer-wienerinnen-teuer/>(26.7.2020).

leistbaren Mieten wollen Anleger_innen und Investor_innen aus Steuermitteln bezahlt erhalten. Die hier angesprochene Subjektförderung für einkommensschwache Haushalte – etwa in Form von Wohnbeihilfe – ist nur bei kurzsichtiger Betrachtung „sozial treffsicher“; im Endeffekt handelt es sich um eine Umverteilung von Steuermitteln zu den Immobilieneigentümer_innen. Neben anderen für den Staat und die Gesellschaft möglichen negativen Effekten stützt die Subjektförderung die auf einem Markt für ein lebensnotwendiges Gut gebildeten überhitzten Knappheitspreise,⁵ die für viele nicht (mehr) leistbar sind.⁶ Dies auf einem Markt, auf dem das begehrte Gut – leistbare Wohnungen auch für die Haushalte, die den unteren Einkommensgruppen angehören – schon prinzipiell nicht beliebig produzierbar ist.⁷

Spricht man von der Leistbarkeit des Wohnens sollte man mE nicht nur die Dimension der einzelnen Haushalte betrachten, sich zu solchen Preisen ausreichend wohnversorgen zu können, die ihnen auch noch die Bestreitung der anderen Lebenshaltungskosten ermöglichen. Auch für die öffentliche Hand ist es wichtig, dass das Wohnen für Menschen leistbar ist, ohne dass sie besondere finanzielle Unterstützung erhalten. Wenn der freie Markt – in seinem Streben nach Profitmaximierung – nicht für eine ausreichende Versorgung aller Bevölkerungsschichten mit angemessenem und leistbarem Wohnraum sorgt, muss die öffentliche Hand, ua mit finanziellen Mitteln, intervenieren. Ob dies nun öffentlich finanzierte neue Wohnbauten sind, oder laufend ausbezahlte Beihilfen, damit sich alle Bevölkerungsgruppen das Wohnen am Markt leisten können, sei vorerst einmal dahingestellt.

Jedenfalls muss die öffentliche Hand aber auch darauf achten, dass ihr genügend Mittel verbleiben, um alle weiteren wichtigen öffentlichen Aufgaben finanzieren zu können, etwa im Rahmen der Bildung und Pflege, des Gesundheitswesens, der Rechtspflege und der Alterssicherung, sowie für die Belange der Sicherheit.

Regulierungen iZm der marktwirtschaftlichen Ausbeutung von Grund und Boden treffen Bund, Länder und Gemeinden also auch vor dem Hintergrund, dass notwendige Interventionen auf dem Boden- und Wohnungsmarkt für sie nicht so teuer werden, dass sie andere dringlich nachgefragte Aufgaben und Leistungen einschränken müssten.

Derartige Maßnahmen – „Eingriffe“ in den freien Markt⁸ – sind umso mehr gerechtfertigt, wenn man sich vor Augen führt, dass Profite am Immobilienmarkt meist überhaupt

5 Subjektförderung kann den Preisanstieg sogar noch befeuern. Derartige Preisdynamiken, die durch Wohnbeihilfen mitverursacht wurden, konnten bspw für Großbritannien, die Niederlande, Schweden, die USA und sehr deutlich für Frankreich nachgewiesen werden; vgl dazu *Mundt/Amann*, *Leistbares Wohnen – Bestandsaufnahme von monetären Leistungen für untere Einkommensgruppen zur Deckung des Wohnbedarfs*; Februar 2015, IIBW im Auftrag des Sozialministeriums, 15; *Fack* belegte mit Daten zur französischen Wohnbeihilfe, dass ein Hauptteil der Wohnbeihilfe durch Mietpreissteigerungen durch die Vermieter_innen abgeschöpft wird: *Are housing benefit an effective way to redistribute income? Evidence from a natural experiment in France*, in *Labour Economics* Vol 13 (2006) 747.

6 *Ritt*, *Die unsichtbare Hand kann mich mal*, awblog.at 8.1.2020, <https://awblog.at/unsichtbare-hand-kann-mich-mal/> (26.7.2020).

7 Schließlich ist die Ressource Grund und Boden nur endlich vorhanden.

8 Manches davon ist für viele selbstverständlich, etwa das an Grundeigentümer_innen über die Raumordnung und Bauungsbestimmungen gerichtete Verbot, einen Industriebetrieb inmitten einer Einfamilienhaus-Wohngegend zu errichten; andere Profitbegrenzungen stoßen eher auf Unverständnis.

erst durch das Handeln der öffentlichen Hand und/oder die Gesellschaft ermöglicht werden. Viele Sanierungs- und Neubauprojekte von privaten Eigentümer_innen oder Bau-träger_innen wurden und werden direkt aus den Mitteln der Wohnbauförderung unterstützt. Bspw wurden in Wien seit Beginn der sanften Stadterneuerung⁹ mehr als 2,6 Mrd Euro Sanierungsförderung an private Vermieter_innen gewährt, oft handelte es sich dabei sogar um nicht rückzahlbare Zuschüsse.¹⁰ Zusätzlich werden in Österreich jährlich etwa 400 Mio Euro an Wohnbeihilfen ausbezahlt¹¹ – auch diese kommen den privaten Vermieter_innen finanziell zugute. Dazu kommt die indirekte Förderung durch die öffentliche Hand. Der Wert von unbebauten und bebauten Immobilien und ihre Wertsteigerungen resultieren oft nicht aus der eigenen Leistung der Eigentümer_innen, sondern aus den Investitionen und Entscheidungen der Allgemeinheit: Liegenschaften und Wohnungen können zumeist nur dort lukrativ verkauft oder vermietet werden, wo die öffentliche Hand für die Infrastruktur, für die Aufrechterhaltung von Arbeitsplätzen und den sozialen Frieden sorgt.

1.2. Instrumente der österreichischen Wohnungspolitik

In Österreich wird einem zu geringen Bestand an leistbarem Wohnraum hauptsächlich traditionell durch drei Säulen entgegengewirkt; durch die Anwendung des Mietrechtsgesetzes (MRG)¹² auf Wohneinheiten vornehmlich im Altbaubestand, die Gestaltung des gemeinnützigen Sektors (Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz – WGG)¹³ und mittels der Förderung des Wohnungsneubaus und der Wohnhaussanierung¹⁴. Unterschiedliche Zuständigkeiten (Bund – Länder) sind jedoch für ein sachgerechtes Zusammenspiel einzelner Werkzeuge eher hinderlich.

2. Die Wohnbauförderung und ihre Problemfelder

Die Wohnbauförderung gilt – neben der Förderung von Sanierungsmaßnahmen – vor allem als kollektives Instrument zur Schaffung erschwinglicher Neubauwohnungen. Während bis Mitte der 1980er Jahre dafür der Bund zuständig war, erfolgte ab 1987 schrittweise die Verlagerung der Wohnbauförderung.

9 Im bereits verbauten Stadtgebiet wird primär nicht der Neubau (nach dem Abriss der Altsubstanz) gefördert, sondern die Bewahrung und Sanierung des Altbaubestandes bei gleichzeitiger Wahrung der sozialen Verträglichkeit der Sanierungsmaßnahmen und möglichst unter Einbindung der Bewohner_innen.

10 *wohlfonds_wien*, Sanierungsstatistik des Wohnfonds Wien (unveröffentlicht, liegt dem Autor vor).

11 Würde man hier den Wohnkostenanteil bei der bedarfsorientierten Mindestsicherung ebenso berücksichtigen, ist von einer weit höheren Zahl an jährlicher Subjektförderung für Wohnen auszugehen.

12 Mietrechtsgesetz BGBl 1981/520 idF BGBl 2018/58.

13 Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz BGBl 1979/139 idF BGBl I 2019/104.

14 Die seit 1989 in der Kompetenz der Länder ist.

Ausgehend von der grundlegenden Bestandsaufnahme von *Streimelweger*¹⁵ muss man seinem kritischen Befund über den Rückzug des Bundes aus der Wohnbauförderung und die Ausdünnung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Wohnbauförderungssysteme¹⁶ nicht nur beipflichten. Zu diesem Werkzeug der Wohnungspolitik ist noch auf weitere Aspekte zu verweisen, die das Ziel der Schaffung von mehr leistbarem Wohnraum nicht mit der gebotenen Dringlichkeit und Nachhaltigkeit befördern oder ihm sogar entgegenstehen.

Die B-VG-Novelle betreffend Volkswohnungswesen¹⁷ übertrug durch eine entsprechende Änderung des Art 11 Abs 1 Z 3 B-VG die Förderung des Wohnbaus und der Wohnhaussanierung an die Länder, beließ aber die übrige Zuständigkeit für das „Volkswohnungswesen“ beim Bund. Mit diesem Gesetz wurden die meisten Bestimmungen des Wohnbauförderungsgesetzes (WFG) 1984¹⁸ als „in jedem Land als Landesgesetze geltend“ festgelegt. Mit einer weiteren Verfassungsnovelle wurde fast ein Jahr später auch die Befugnis der Länder, die für die Regelung der Förderung des Wohnbaus und Wohnhaussanierung notwendigen zivilrechtlichen Bestimmungen zu treffen, auf die verfassungsmäßige Grundlage gestellt.¹⁹ Zeitgleich wurde eine Vereinbarung iSd Art 15a B-VG über gemeinsame Maßnahmen des Bundes und der Länder ua „bei der Förderung des Wohnbaus und der Wohnhaussanierung“ getroffen.²⁰ Dort wurde in Art 2 Abs 2 festgelegt, dass den Ländern aber nur eine eingeschränkte Zivilrechtskompetenz iZm der Wohnbauförderung zukommt. Weiters haben die Länder keine Kompetenz, gemeinnützigen Bauvereinigungen (GBV) die Mietzinsbildung im Fall des geförderten Neubaus gesetzlich vorzuschreiben.²¹

2.1. Eingeschränkte Zivilrechtskompetenz der Länder iZm der Wohnbauförderung

In der erwähnten Art 15a B-VG Vereinbarung ist geregelt, dass die Länder ihre Zuständigkeit hinsichtlich der notwendigen Bestimmungen auf dem Gebiet des Zivilrechts mit der Maßgabe ausüben (müssen), dass zivilrechtliche, die Verfügungsmacht der Förder-

15 *Streimelweger*, Wohnbauförderung – eine Bestandsaufnahme, *Wirtschaft und Gesellschaft (WuG)* 2010/4, 543.

16 Besonders bedauerlich ist die schrittweise Abschaffung der Zweckwidmung, einerseits der Rückflüsse aus Förderdarlehen mit der Zweckzuschussgesetz-Novelle 2001, BGBl 2001/3, aber auch die Transformation der bisher zweckgebundenen Transfers in nicht zweckgebundene Ertragsanteile mit dem Finanzausgleichsgesetz 2008, BGBl I 2007/103.

17 Bundesverfassungsgesetz vom 15.12.1987, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz in der Fassung von 1929 hinsichtlich der Zuständigkeit für das Volkswohnungswesen geändert wird BGBl 1987/640.

18 Wohnbauförderungsgesetz BGBl 1984/482.

19 Bundes-Verfassungsgesetz-Novelle 1988 BGBl 1988/685, Art VII.

20 Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG über gemeinsame Maßnahmen des Bundes und der Länder beim Personalaufwand für Lehrer an allgemeinbildenden Pflichtschulen, bei der Förderung des Wohnbaus und der Wohnhaussanierung sowie bei der Dotierung des Umwelt- und Wasserwirtschaftsfonds BGBl 1989/390.

21 Da § 48 WFG 84 nicht verländert wurde, können die Länder mit ihren Wohnbauförderungsvorschriften nicht in die Entgeltbildungsvorschriften gem §§ 13 ff WGG eingreifen. Da aber das WGG mit seinen Entgelts-Bestimmungen – in der Regel sogar auf die gesamte Lebensdauer des Gebäudes – ohnehin effektiv zu niedrigen und leistbaren Mieten beiträgt, ist die mangelnde Länderkompetenz hier „kein Beinbruch“.

empfänger_innen einschränkende, oder sonstige Belastungen vorsehende Bestimmungen nur bis zur gänzlichen Rückzahlung der Förderungsmittel anzuwenden sein sollen. Bestimmungen, die sich auf die Förderung mittels nicht rückzahlbarer Zuschüsse beziehen, sollen äußerstenfalls bis 25 Jahre ab dem Zeitpunkt der Zuzählung des Zuschusses anzuwenden sein.

Dies bedeutet nichts anderes, als dass die Länder ihre Zuweisungsrechte oder die landesgesetzlichen Mietzinsbegrenzungen für die von ihnen geförderten Wohnungen nur für einen begrenzten Zeitraum wahrnehmen und erlassen können; entweder *nur bis zur Rückzahlung der günstigen Förderdarlehen*²² oder bis max 25 Jahre ab Zuzählung eines Zuschusses. Für den anschließenden Zeitraum bis zum Ablauf der gesamten Lebensdauer des gefördert errichteten Wohnraums, müssten dann bundesgesetzliche Regelungen „einspringen“, damit der gefördert errichtete Wohnraum nachhaltig²³ zum leistbaren Wohnen beiträgt.

2.1.1. Mangelndes Zusammenspiel von Mietrechtsgesetz und dem Wohnbauförderungsrecht der Länder

Die bundesgesetzlichen Regelungen sind jedoch für ein nicht unerhebliches Teilsegment des geförderten Wohnbaus völlig ungeeignet, den Förderungszweck – Bereitstellung leistbaren Wohnraumes – auf Dauer sicherzustellen. Während bei den durch GBV errichteten geförderten Mietwohnungen idR die Mietzinsobergrenzen des WGG – diese sind seit 1.4.2020 nach Tilgung der zur Baufinanzierung aufgenommenen Darlehen 4 Euro/m² zzgl Betriebs-, Verwaltungskosten, Rücklage und USt – ein Gebäudeleben lang gelten,²⁴ können sich bei geförderten Wohnhausanlagen privater Bauträger die Mieten uU von einem Tag auf den anderen verdoppeln. Ein gewerblicher Bauträger erhöhte (sogar bei einem bestehenden Mietvertrag) 25 Jahre nach Erstbezug den Hauptmietzins für die geförderte Wohnung mit knapp 100 m² Nutzfläche in 1030 Wien von bisher 568,- Euro innerhalb eines Monats auf 1.167,- Euro (jeweils zzgl BK und USt).²⁵ Bei einem völlig gleichartig gefördert errichteten Bau durch eine GBV hätte das Netto-Entgelt nach Tilgung der zur Baufinanzierung aufgenommenen Darlehen auf knapp 400,- Euro abgesenkt werden müssen. Dieser Fehler im System liegt darin begründet, dass das Bundesrecht²⁶ mit den einschlägigen Bestimmungen des Mietrechtsgesetzes (MRG) für die geförderten Wohnbauten keine tauglichen Mietbegrenzungen vorsieht, sobald die landesgesetzlichen Mietzinsbestimmungen²⁷ nicht mehr anwendbar sind. Der geförderte Mietwohnungsbestand ge-

22 IdR 25 bis 35 Jahre.

23 Und nicht nur über das erste Drittel oder Viertel seiner Bestanddauer.

24 Indexiert mit dem Verbraucherpreisindex, vgl § 14 Abs 7a und § 14d Abs 2 WGG.

25 Gemäß dem Mietvertrag und Schreiben der Hausverwaltung, die dem Autor vorliegen.

26 Dort wo das WGG nicht anwendbar ist, sondern MRG und ABGB.

27 Sie gehen zwar aufgrund der Regelung in § 16 Abs 12 MRG den sonstigen Zinsvorschriften des § 16 MRG vor, jedoch entsprechend der erwähnten Art 15a B-VG Vereinbarung nur für einen begrenzten Zeitraum.

werblicher Bauträger_innen ist somit mittel- und langfristig für breite Bevölkerungsschichten verloren²⁸; er trägt zur nachhaltigen Sicherstellung von leistbarem Wohnraum nichts mehr bei. Auch wenn das MRG auf solche Bauten zwar grundsätzlich voll anwendbar wäre,²⁹ liegt nämlich kein Anwendungsfall des Richtwertsystems iSd § 16 Abs 2 MRG vor³⁰; vielmehr ist die Mietenbegrenzung mit dem „angemessenen Hauptmietzins“ iSd § 16 Abs 1 Z 2 MRG maßgeblich. Eine mietzinsbegrenzende Funktion ging diesem aber bereits mit den ersten einschlägigen Entscheidungen des OGH Mitte/Ende der 80er Jahre weitgehend verloren, er bietet keine substantielle Beschränkung der Mietzinshöhe.³¹ In der Praxis wird bei solchen gefördert errichteten Wohnungen – sobald sie der Zivilrechtskompetenz der Länder nicht mehr unterliegen – jedoch Wohnungseigentum begründet,³² wodurch sie überhaupt nur mehr dem Teilanwendungsbereich des MRG iSd § 1 Abs 4 Z 3 MRG unterliegen und ohne Zinsbeschränkungen, also zu freien Marktpreisen vermietet werden können.

Dies ist im Grunde unbefriedigend, weil damit der aus Steuermitteln geförderte Wohnraum der unregulierten Immobilienspekulation anheimfällt. Ise nachhaltigen Verständnisses der Förderung des Wohnbaus sollte daher die Zivilrechtskompetenz der Länder betreffend der von ihnen geförderten Wohnbauten erweitert werden. Weiters sollten die bundesgesetzlichen Regelungen – also das MRG – dahingehend nachgeschärft werden, dass sie die Leistbarkeit der Mieten jedenfalls bei allen mit Wohnbaufördermittel neu errichteten oder grundlegend sanierten Häusern und Wohnungen auf die Lebensdauer der Gebäude mit klaren und leistbaren Mietzinsobergrenzen sicherstellen.³³

2.2. Aufbringung der Wohnbauförderungsmittel

Ein Baustein zur Schaffung mehr leistbaren Wohnraums kann auch die Erhöhung der dafür gewidmeten finanziellen Mittel des Bundes und der Länder sein. Trotz Verländerung der Wohnbauförderungskompetenzen Ende der 1980er-Jahre behielt sich der Bund damals noch seine Stellung als hauptsächlicher Finanzier; in einer Art 15a B-VG Vereinbarung wurde die Zuweisung von zweckgewidmeten Zuschüssen des Bundes an die Län-

28 Sobald die jeweiligen landesgesetzlichen Vorschriften zur Mietpreisdämpfung entsprechend der erwähnten Art 15a B-VG Vereinbarung nicht mehr gelten.

29 Mietgegenstände, die in Gebäuden gelegen sind, die mit Zuhilfenahme öffentlicher Mittel auf Grund einer nach dem 30. Juni 1953 erteilten Baubewilligung neu errichtet worden sind; daher keine (Teil)Ausnahme iSd § 1 Abs 4 Z 1 MRG.

30 Dass dieses System aufgrund von Lagezuschlägen iSd § 16 Abs 3 MRG in manchen Teilen der Ballungsgebiete auch kaum preisdämpfend wirkt, sei hier nur angemerkt.

31 *Stabentheiner*, Das ABGB und das Sondermietrecht – die Entwicklung der vergangenen 100 Jahre, wobl 2012, 91 (100 f); *Rosifka*, Der angemessene Hauptmietzins gemäß § 16 Abs 1 MRG – eine wirksame Beschränkung des Mietzinses? wobl 2012, 296.

32 Im Grunde genommen ist dies ein reiner Formalakt: eine schriftliche Vereinbarung aller Miteigentümer_innen und die weiteren nach § 6 Wohnungseigentumsgesetz (WEG) erforderlichen Unterlagen (Nutzwertgutachten, Bescheinigung der Baubehörde) reichen aus, damit Wohnungseigentum im Grundbuch einverleibt werden kann.

33 Dazu mehr in einer der nächsten Ausgaben des *juridikum*, speziell zum Änderungsbedarf im Mietrecht, insb beim Anwendungsbereich des MRG und bei den Regelungen des Mietzinses.

der vereinbart. Der zu diesem Zweck schon 1952 eingeführte Wohnbauförderungsbeitrag³⁴ wurde mittlerweile mit dem Wohnbauförderungsbeitragsgesetz 2018³⁵ von einer Bundes- zu einer Landesabgabe umgewandelt. Der Beitrag setzt sich noch immer aus einem Prozent der Lohn- und Gehaltssumme zusammen,³⁶ bis zur Höhe der Höchstbeitragsgrundlage für die Krankenversicherung. Er wird jeweils zur Hälfte von Dienstnehmer_innen und Dienstgeber_innen aufgebracht.³⁷ Selbständige sowie Bäuer_innen unterliegen dieser Beitragspflicht überhaupt nicht; dies ist vor dem Hintergrund, dass sie gleichen Zugang zu den Mitteln aus der Wohnbauförderung wie Unselbständige haben, nicht sachgerecht. Eine Ausweitung der Beitragspflicht auch auf diesen Personenkreis wäre geboten.

Zur Demontage der Zweckwidmung der Rückflüsse aus Wohnbauförderdarlehen und anderer ursprünglich für Zwecke der Wohnbauförderung reservierter Mittel sei auf *Streimelweger*³⁸ verwiesen. Die Rückkehr zu einer klaren Zweckwidmung jedenfalls der – von einem größeren Kreis von Beitragspflichtigen einzuhebenden – Wohnbauförderungsbeiträge und aller Rückflüsse ist ein Gebot der Stunde.

2.2.1. Der Tod der Wohnbauinvestitionsbank

Im Jahr 2015 hatte der Bundesgesetzgeber – für viele überraschend – eine Renaissance seiner Verantwortung für leistbares Wohnen eingeläutet und ein Bundesgesetz über die Einrichtung einer Wohnbauinvestitionsbank (WBIB-G) beschlossen;³⁹ leider wurde die Hoffnung auf Umsetzung der ambitionierten Ziele mit dem Regierungswechsel 2018 enttäuscht. Ursprünglich war unter Hinweis auf „steigenden Bedarf im Bereich des leistbaren Wohnens“ in den Ballungsgebieten⁴⁰ geplant, zusätzlich zum geförderten Wohnbau der Länder in kurzer Zeit 30.000 zusätzliche, leistbare Wohnungen zu schaffen.⁴¹ Auf Basis einer Haftungsübernahme des Bundes⁴² wäre es der neu geschaffenen Wohnbauinvestitionsbank (WBIB)⁴³ möglich gewesen, günstige Globaldarlehen im Ausmaß von hunderten Mio Euro bei verschiedenen Instituten und Einrichtungen, etwa bei der Europäischen Investitionsbank (EIB) abzuholen und diese Mittel anschließend Bauträ-

34 Bundesgesetz vom 17. Dezember 1951 über die Einhebung eines Wohnbauförderungsbeitrages BGBl 1951/13.

35 Wohnbauförderungsbeitragsgesetz 2018 und Änderung des Bundesgesetzes über die Einhebung eines Wohnbauförderungsbeitrages sowie des Finanzausgleichsgesetzes 2017 BGBl I 2017/144.

36 Die Festlegung der Tarifhöhe ist seit 1.1.2018 den jeweiligen Landesgesetzgebungen (ohne Vorgabe einer Unter- oder Obergrenze) vorbehalten, jedoch hat noch kein einziges Bundesland eine gegenüber dem Tarif von jeweils 0,5% abweichende Neuregelung getroffen.

37 Zu den Ausnahmen bei den unselbständig Beschäftigten vgl § 1 Abs 2 Wohnbauförderungsbeitragsgesetz 2018.

38 *Streimelweger*, WuG 2010, 548 ff.

39 WBIB-G sowie Änderung des Bundesgesetzes über Steuerliche Sondermaßnahmen zur Förderung des Wohnbaus und des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes BGBl I 2015/157.

40 Bspw erwähnt: Wien, oberösterreichischer Zentralraum Linz-Wels und Graz.

41 Nicht zu vergessen der positive Effekt für den Arbeitsmarkt.

42 Für maximal 500 Mio Euro.

43 Ihre privaten Gesellschafter rekrutierten sich ausschließlich aus dem Bereich von Wohnbaubanken bzw Bausparkassen.

ger_innen zu günstigeren Konditionen, als diese am Kapitalmarkt bekommen, zur Verfügung zu stellen. Da der Bundesgesetzgeber auf Vorlage der ÖVP/FPÖ-Regierung jedoch den Haftungsrahmen aus dem WBIB-G gestrichen hat, entzog er der Bank damit die Geschäftsgrundlage.⁴⁴ Sie wurde im Spätsommer 2018 von ihren Eigentümer_innen liquidiert.

Die Schaffung der WBIB war mE völlig richtig, weil es unter den Rahmenbedingungen des Stabilitätspaktes und der sogenannten Schuldenbremse⁴⁵ wohl kaum eine andere Alternative gibt, die nicht defizitwirksam ist. Man muss sich aber grundsätzlich fragen, was es für den Staat Österreich, der sich einerseits am Kapitalmarkt sogar zu Negativzinsen finanzieren kann und in dem andererseits in den Ballungsräumen ein Mangel an leistbarem Wohnraum herrscht, für einen Sinn macht, diesem drängenden Problem nicht durch ein befristetes staatlich finanziertes Investitionsprogramm zu begegnen. Grundsätzlich bedarf es dazu in der EU aber eines Agreements zur Änderung des europäischen Fiskalpakts und der Berücksichtigung der „Goldenen Investitionsregel“⁴⁶, damit man die öffentliche Finanzierung von mehr leistbarem Wohnraum und der dafür notwendigen Infrastruktur bei der Berechnung der für die europäischen Fiskalregeln maßgeblichen Defizit- und Schuldenquoten ausklammern kann. Ohne eine Einigung auf Unionsebene werden sich Bund oder Länder mit Konstruktionen à la WBIB zufrieden geben müssen; soweit die Schaffung von mehr leistbarem Wohnraum im Fokus liegt, sollte dies jedenfalls in Angriff genommen werden.

2.3. Nachhaltige Vergaberegeln bei geförderten Wohnungen

Konsequenz der Verländerung der Wohnbauförderung ist auch, dass die Bundesländer bei Mietobjekten jedenfalls kurz- bis mittelfristig Belegungs- und Zuweisungsrechte für sich und/oder die Gemeinden vorsehen können. Allen Landesgesetzen ist gemein, dass sie die Förderwerber_innen verpflichten, ihre Objekte nur an einen bestimmten Personenkreis zu vergeben. Sogar beim (Weiter-)Verkauf von gefördert errichteten Einfamilienhäusern und Wohnungseigentumsobjekten kann die Förderstelle ein Mitspracherecht ausüben, das oft mit einem Veräußerungsverbot im Grundbuch sichergestellt ist. Dabei werden idR die Mieten und Preise, zu denen die unter Zuhilfenahme von Steuermitteln errichteten Wohnobjekte weitergegeben werden, kontrolliert; die Förderstellen selbst

44 Obwohl die WBIB im Frühjahr 2018 endlich sämtliche europarechtliche Genehmigungen erhalten hatte.

45 BGBl III 2013/17: Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion zwischen dem Königreich Belgien, der Republik Bulgarien, dem Königreich Dänemark, der Bundesrepublik Deutschland, der Republik Estland, Irland, der Hellenischen Republik, dem Königreich Spanien, der Französischen Republik, der Italienischen Republik, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, dem Großherzogtum Luxemburg, Ungarn, Malta, dem Königreich der Niederlande, der Republik Österreich, der Republik Polen, der Portugiesischen Republik, Rumänien, der Republik Slowenien, der Slowakischen Republik, der Republik Finnland und dem Königreich Schweden.

46 Siehe zB *Delapina*, EWSA fordert Goldene Investitionsregel, awblog.at 24.4.2015, <https://awblog.at/ewsafordert-goldene-investitionsregel/> (26.7.2020).

können also aktiv auf die Leistbarkeit des Wohnens und die nachhaltige Effizienz des Einsatzes der Fördermittel einwirken.

Freilich ist auch dieser Zeitraum begrenzt: Nach Ablauf der in der Art 15a B-VG Vereinbarung festgelegten Dauer haben die Länder keine Handhabe mehr, den Förderzweck sicherzustellen. Mangels weiterer wirksamer bundesgesetzlicher Vorgaben zur Begrenzung der Wohnkosten (die auch hier nur für Mietverhältnisse im Geltungsbereich des WGG bestehen), können die geförderten Eigentümer_innen ihre Objekte frei verkaufen und vermieten. Als Begründung wird oft angeführt, dass die Förderempfänger_innen die erhaltenen Mittel dann zurückbezahlt hätten, was aber insofern unrichtig ist, als der Fördervorteil – nicht nur bei einem nichtrückzahlbaren Zuschuss, sondern auch bei einem Darlehen – nie zurückbezahlt wird.⁴⁷ IdZ wären also gesetzliche Maßnahmen wichtig, welche die Vermietung und den Verkauf geförderter⁴⁸ Objekte auf ihre Lebensdauer zu beliebigen Marktbedingungen und an beliebige Rechtsnachfolger_innen verhindern. Das sollte für alle Eigentümer_innen gelten, sowohl für Bauträger_innen als auch für einzelne natürliche Personen, die öffentliche Fördermittel in Anspruch genommen haben.

Im Grunde genommen würde dies zu Immobilieneigentum mit einer auf seine gesamte Lebensdauer nur beschränkten Profitmöglichkeit führen, gerechtfertigt mit der nachhaltigen Sicherung des Förderzweckes. Zur Sicherstellung derartiger Instrumente wären überdies alle gefördert errichteten Objekte im öffentlichen Grundbuch als solche zu kennzeichnen.

2.3.1. Diskriminierende Vergaberegeln bei geförderten Genossenschaftswohnungen

Besonders ungerecht an einer der letzten Novellen⁴⁹ des WGG erscheinen die Bestimmungen⁵⁰, welche auch für gefördert errichtete Wohnungen der Bauvereinigungen sowohl bei der Vergabe als Mietwohnung als auch beim Wohnungseigentumsübertragungsanspruch eine Einschränkung auf einen bestimmten Personenkreis vorsehen.⁵¹ Menschen aus Drittstaaten zahlen hierzulande zwar Steuern und Wohnbauförderungsbeiträge, sie tragen auch wesentlich zu den „heimischen“ Wohnbauförderungsmitteln bei, seit dem 1.8.2019 haben sie aber keinen oder lediglich einen nachrangigen Zugang zu den von ihnen mitfinanzierten Wohnungen. Diese Maßnahme erscheint damit als sinnlose Sym-

47 Der bei einem Wohnbauförderungsdarlehen idR in dem gegenüber einem Kapitalmarktdarlehen günstigeren Zinssatz besteht.

48 Und wohl auch bei geförderten Sanierungen, wenn eine gewisse Schwelle an Fördermitteln überschritten wird.

49 Wohnungsgemeinnützigkeitgesetz BGBl I 2019/85.

50 § 8 Abs 4 und § 15f WGG.

51 Die Diskriminierung von bestimmten Personen wurde vom Bundesgesetzgeber damit gerechtfertigt, dass „auch im Rahmen des WGG verdeutlicht werden soll, dass das im Weg über die steuerliche Privilegierung von GBV sowie wesentlich über heimische Wohnbauförderungsmittel generierte Eigenkapital von GBV und der mit dessen Hilfe errichtete Wohnraum in erster Linie zur Wohnversorgung österreichischer Staatsbürger und diesen (staatsvertraglich) Gleichgestellten gewidmet ist“.

bolpolitik. Die betreffenden Personen sind dabei ebenso gegenüber solchen Personen⁵² diskriminiert, die gar keinen Wohnbauförderungsbeitrag zahlen und dennoch Zugang zu geförderten Genossenschaftswohnungen haben. Betont werden muss idZ die Tatsache, dass davon meist solche Arbeitnehmer_innen nachteilig betroffen sind, die in der Corona-Krise als Systemerhalter_innen vor den Vorhang geholt wurden, etwa die in der Pflege oder im Reinigungsgewerbe Beschäftigten; also Berufstätige in Niedriglohnssektoren, die auf geförderte Wohnungen besonders angewiesen sind. Die Aufrechterhaltung dieser Diskriminierung ist sachlich nicht zu begründen.

3. Problemfeld Bodenpolitik

Jede Wohnung, im Idealfall eine für möglichst viele Einkommensgruppen leistbare Bleibe, ist zwangsläufig mit einem Grundstück verbunden; im Idealfall ist die betreffende Liegenschaft im Anschaffungspreis günstig. Grund und Boden sind jedoch, besonders seit der Finanzkrise 2008, als Anlageform begehrt. Daher explodieren in Ballungsgebieten die Bodenpreise;⁵³ selbst für Grundstücke, die noch keine Widmung als Bauland haben. Dass hier auch Profite abgeschöpft werden sollen, die mit eigenen Leistungen der Liegenschaftseigentümer_innen gar nichts zu tun haben, liegt auf der Hand. Nur, wie soll man dem entgegenwirken? Konzepte gibt es einige;⁵⁴ mittlerweile hat etwa auch die Wiener Stadtregierung ihre „Widmungskategorie förderbarer Wohnraum“ nachgebessert und die Widmung „geförderter Wohnbau“ beschlossen.⁵⁵ Überall, wo größere Flächen in Wohngebiet umgewandelt werden, sind nun zwei Drittel für den sozialen Wohnbau vorgesehen.

Ohne diese Widmungsmöglichkeit und Modelle anderer Bundesländer im Einzelnen näher zu prüfen, insb hinsichtlich der Effizienz und Durchsetzungsmöglichkeit, solche Flächen dann tatsächlich einer entsprechenden Bebauung mit geförderten Wohnbauten zuzuführen, sei dazu auf ein prinzipielles Problem hingewiesen, welches der Bundesverfassungs-Gesetzgeber lösen sollte. Die Bundesländer bewegen sich mit solchen Initiativen durchaus auf brüchigem Eis, da doch ihre verfassungsrechtliche Kompetenz dazu nicht eindeutig klar ist. Hauptsächlich ist aber fraglich, wie die Mobilisierung der solcherart ausgewiesenen Flächen und damit die Realisierung der Errichtung des leistbaren Wohnraums durchgesetzt werden soll. Bspw sei auf § 43 der Wiener Bauordnung⁵⁶ verwiesen, wonach zwar unbebaute oder nicht entsprechend bebaute Liegenschaften für bestimm-

52 Selbständige sowie Bäuer_innen mit österreichischer Staatsbürgerschaft oder einer solchen aus dem EWR-Raum.

53 Etwa in Wien fünfmal so stark wie der Medianlohn oder die Kosten des Wohnhaus- und Siedlungsbaus, *Tockner*, „why can't you afford a home?“.

54 *Ritt*, Von Alpinkommunisten lernen: Es geht um den Boden! awblog.at 31.5.2017, <https://awblog.at/von-alpinkommunisten-lernen-es-geht-um-den-boden/> (26.7.2020).

55 §§ 4 bis 6 Bauordnung (BO) für Wien.

56 Bauordnung für Wien LGBl 1930/11.

te Zwecke⁵⁷ enteignet werden könnten; es ist aber fraglich, ob die Errichtung von leistbarem Wohnraum als solcher Zweck ausreicht. In die Kompetenz der Länder fällt gem Art 15 B-VG die Raumordnung, jedoch begrenzt Art 11 Abs 1 Z 3 B-VG hinsichtlich der Materie des Volkswohnungswesens ihre Kompetenz auf die Förderung des Wohnbaus und der Wohnhaussanierung. Wegen dieser Einschränkung besteht etwa auch keine Länderkompetenz für die Festsetzung einer Leerstands-Abgabe, die etwa darauf abzielt, die Wohnungseigentümer_innen zur Vermietung zu motivieren. Das stellt – wenn auch in Gestalt einer Abgabe – einen Übergriff auf das Gebiet der Wohnraumbewirtschaftung dar, was die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes unter dem Blickwinkel der Kompetenz bewirkt.⁵⁸

Eine Klarstellung und die Einräumung eines nutzbaren Handlungsspielraums für die Länder könnte hier ein Vorschlag zur Änderung des Art 11 Abs 1 Z 3 B-VG bringen, der auf *Holoubek* zurückgeht und bereits einmal als Initiativantrag im Nationalrat eingebracht wurde,⁵⁹ jedoch – aus meiner Sicht bedauerlicherweise – nicht die erforderliche Mehrheit fand. Art 11 Abs 1 Z 3 B-VG sollte nach der vorgeschlagenen Änderung (in kursiv) folgendermaßen lauten: „3. Volkswohnungswesen mit Ausnahme der Förderung des Wohnbaus und der Wohnhaussanierung *sowie Maßnahmen zur Baulandmobilisierung für Zwecke des Volkswohnungswesens*“. Damit wäre den Ländern in der Umsetzung einer Strategie, für mehr leistbaren Wohnraum zu sorgen, ein entsprechender Handlungsspielraum eingeräumt.

Am Ende noch ein Wort zum Bodenbeschaffungsgesetz⁶⁰, das seit fast 50 Jahren als Instrument zur Mobilisierung ungenutzter Bauflächen existiert, meines Wissens jedoch noch nie zur Anwendung kam. Dass es „totes Recht“ ist, liegt mE daran, dass Grundvoraussetzung seiner Anwendung ein Antrag einer Gemeinde ist, wonach die Landesregierung durch Verordnung feststellen möge, dass in der betreffenden Gemeinde ein quantitativer Wohnungsbedarf oder ein qualitativer Wohnungsfehlbestand bestehe. Die dort in der Verantwortung befindlichen politischen Kräfte werden aber eine solche Antragstellung wohl deshalb scheuen, weil sie sich damit dem Vorwurf des Versagens aussetzen würden, dass sie es überhaupt so weit kommen haben lassen. Mit einigen Adaptionen, ua Wegfall dieser Grundvoraussetzung⁶¹, erschiene mir das Instrumentarium dieses Gesetzes aber durchaus geeignet, seinen Zielen zu dienen. Es müsste von den Entscheidungsträger_innen nur umgesetzt werden.

4. Fazit

In der österreichischen Rechtsordnung finden sich mehrere Baustellen, an denen für mehr leistbares und sicheres Wohnen gearbeitet werden muss. Wo anders als bei diesem Grund-

57 ZB Errichtung eines Krankenhauses.

58 VfSlg 10403/1985 und auch schon VfSlg 3421/1958.

59 2272/A (25. GP) – Antrag der Abgeordneten *Gabriela Moser*, Kolleginnen und Kollegen betreffend ein Bundesverfassungsgesetz mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz – B-VG, BGBl 1930/1, geändert wird.

60 Bodenbeschaffungsgesetz BGBl 1974/288 idGF BGBl I 2003/112.

61 Wenn etwa die Landesregierung Bodenbeschaffungsgebiete direkt und ohne vorherige Antragstellung der jeweiligen Gemeinde festlegen könnte.

bedürfnis jedes Menschen sollten sich Gemeinwohlorientierung und das „Soziale“ einer sozialen Marktwirtschaft deutlicher zeigen? Stellen wir die Würde des Menschen über den Grundsatz der Profitmaximierung um jeden Preis. Auch wenn man nicht alle hier vorgeschlagenen Maßnahmen auf einmal umsetzt, mit Stückwerk oder Einzelmaßnahmen, also dem sprichwörtlichen Tropfen auf den heißen Stein, kann es nicht getan sein. Gegenseitige Schuldzuweisungen, bevorzugt zwischen Bundes- und Landespolitik, sind unzureichend. Jede Ebene muss im Rahmen ihres – uU teilweise neu zu gestaltenden – Handlungsspielraums ihre Kompetenzen nützen, und die rechtlichen Rahmenbedingungen für mehr leistbares Wohnen für die Einwohner_innen in diesem Land verbessern und sicherstellen. Optionen gibt es einige, Handlungen sind gefragt.

Mag. Walter Rosifka ist Leiter des Teams Wohnen in der AK Wien/Abteilung Kommunalpolitik und Wohnen;
walter.rosifka@akwien.at

Der Mietendeckel

Grund, Genese und Geist des MietenWoG Berlin

Carola Handweg / Karol Felsner

1. Es ist eng – in Berlin.¹

Berlin ist die Hauptstadt der Bundesrepublik Deutschland und zugleich eines ihrer Länder. Die Stadt ist mit rund 3,6 Mio Einwohner*innen die bevölkerungsreichste und mit 892 Quadratkilometern auch die flächengrößte Gemeinde Deutschlands. Berlin gilt als hip, weltpolitisch und dynamisch. Das füllt die Stadt und ihre Wohnungen. Ein geschwinde historischer Blick erlaubt die Entwicklung des Wohnungsmarktes nachzuzeichnen. Denn Mietrecht und Mieter*innenkampf haben in Berlin eine lange Tradition. In den 1870er Jahren waren die Wohnungen proppenvoll. Schon damals war Berlin ein wichtiges politisches Zentrum in Europa und Unternehmungen der Industrialisierung entwickelten sich zu Weltkonzernen. Die Zahl der Berliner*innen nahm um etwa 40.000 jährlich zu. 1846 lebten noch gut 400.000 Menschen in der Stadt, 1877 war es bereits eine Million. Bis 1905 fand nochmals eine Verdoppelung statt. Es gab Schlafburschen, die sich keine Wohnung, sondern nur das Recht, ein paar Stunden täglich ein Bett zu nutzen, mieteten. Fast zehn Prozent der Berliner*innen hatten keine eigene Schlafstätte. Es lebten oft mehrere Familien in kleinen Wohnungen, ohne eigenes WC und mit nur einem beheizbaren Zimmer. Zwar entstanden damals viele Baugesellschaften, um mit dem Boden in Berlin und dem näheren Umland zu handeln, denn die hohen Reparationszahlungen Frankreichs nach dem Krieg von 1870/71 verursachten eine Spekulationsblase, die zu horrenden Steigerungen der Grundstückspreise führte. Doch neue Wohnungen wurden in Erwartung weiterer Preissteigerungen viel zu wenig gebaut.²

Auf die nahezu vollständige Rechtlosigkeit der mietenden Bevölkerung Ende des 19. Jahrhunderts folgte in den Jahren des 1. und 2. Weltkriegs, aber auch der Zeit dazwischen eine Mietrechts- und Mietpreispolitik, die insb das Ziel hatte, die gewollten Kriegserfolge nicht durch Unruhe zu Hause zu gefährden.³ In den Jahren nach dem zweiten Weltkrieg fand

1 Der Artikel behandelt deutsches Recht. Die angegebenen §§ beziehen sich dementsprechend auf das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB), das deutsche Grundgesetz (GG), Berliner Verordnungen und Sozialgesetzbücher (SGB).

2 Vgl Weipert, Krawall im Kiez – Wie es 1872 zu Unruhen in den Arbeitervierteln kam, in *Mattern, Mieterkämpfe – Vom Kaiserreich bis heute – Das Beispiel Berlin* (2018) 9 (9f). Dort auch eine eindrucksvolle Schilderung der Wohnsituationen und der Blumenstraßenkravalle, als erste große Proteste gegen die Rechtlosigkeit der mietenden Bevölkerung, gerichtet gegen räumende Vermieter*innen und diese schützende Polizei.

3 Siehe zu Abschlusszwang und Zweckentfremdungsverbot 1918, dem Einfrieren der Miete 1922, dem Preisstopp 1936, dem Mietwucherverbot 1923 in *Deutscher Bundestag*, Entwurf eines Gesetzes über den Abbau der Wohnungszwangs-

eine Ost-West differenzierte Entwicklung der Wohnsituation in Berlin statt. Während Westberlin von Stadtsanierungskonzepten⁴ geplagt und durch Besetzungen⁵ belebt wurde, war in Ostberlin zwar die Zuteilung einer Wohnung und die Verwirklichung von Umzugswünschen schwierig, doch barg die überwiegend staatliche Verwaltung auch Raum für Selbstorganisation.⁶ Es war politischer Konsens, dass ein so existentielles Bedürfnis wie Wohnen nicht von rein ökonomischen Kriterien bestimmt werden konnte.

Nach dem Mauerfall leerte sich die Stadt vor allem durch Umzüge in den sogenannten Speckgürtel, und um die Jahrtausendwende gab es deutlich mehr Wohnungen als Haushalte. Berlin galt als billig. Der Bau geförderter Wohnungen endete, städtische Wohnungsunternehmen wurden zu Spottpreisen veräußert und die Effekte dessen wurden nicht sofort, sondern erst ab 2011 sichtbar.⁷

Das Berlin von heute ist nun wieder von einem engen Wohnungsmarkt geplagt, der es vielen Mieter*innen nach dem Verlust ihrer Wohnung⁸ nicht erlaubt, eine neue Bleibe im Kiez oder auch nur innerhalb der Stadt zu finden. Dieser für mietende Menschen angespannten Lage soll nun mit einem Gesetz von Anfang des Jahres 2020 ein Deckel aufgesetzt werden.⁹ Das Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin (MietenWoG)¹⁰ verbietet höhere als die bereits zum 18.6.2019, als sogenannte Stichtagsmieten, wirksam vereinbarte Mieten. Mit dem Verbot soll dem taumelnden Anstieg der Preise Einhalt geboten werden. Dadurch, dass nicht weiter über dieses Niveau hinausgehende Mieten entstehen sollen und ab November 2020 sogar eine Absenkung überhöhter Mieten möglich wird, soll der Zugang zu Wohnungen wieder breiter verteilt werden, Spekulation soll gebremst werden. Der Wohnungsmarkt soll sich entspannen.

1.1 Anspannung des Wohnungsmarktes

Anspannung des Wohnungsmarktes bedeutet insb für die Wohnungssuchenden, dass es immer weniger Wohnungen zu angemessenen, mit durchschnittlichem Einkommen bezahlbaren Mieten gibt. Nicht nur für Transferleistungsempfänger*innen hat sich das An-

wirtschaft und über ein soziales Mietrecht, Drucksache 3/1234 v 6.8.1959, 46 ff, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/03/012/0301234.pdf> (1.7.2020). Einen darüber hinausgehenden Überblick auch über neuere Entwicklungen, etwa das Kündigungsschutzgesetz 1971 und § 5 Wirtschaftsstrafgesetz 1975 bei *Herrlein*, Entwicklungslinien in Politik und Recht 1916 bis 2016, NZM 2016, 1.

4 *Enkemann*, Von der Abrissanierung zur behutsamen Stadterneuerung – Kontroversen um die West-Berliner Stadtplanung der 1960er und 1970er Jahre, in *Mattern*, Mieterkämpfe 43.

5 *Kuhn*, Mythos und Vermächtnis – Die Instandbesetzungsbewegung in West-Berlin, in *Mattern*, Mieterkämpfe 95.

6 *Nowak*, Vom WBA zu „Wir Bleiben Alle!“ – Mieter selbstorganisation in Ost-Berlin in *Mattern*, Mieterkämpfe 132.

7 *Mattern*, Berlin ist billig!?! – Vom entspannten Markt zur neuen Wohnungsnot, in *Mattern*, Mieterkämpfe 183.

8 Eigenbedarfskündigungen und Mieterückstände (zT nach durch Umlage von Modernisierungskosten verursachte Mieterhöhung) sind dabei Haupt-Kündigungsgründe, vgl auch Fn 17.

9 Im Vorblatt der Vorlage – zur Beschlussfassung – über das Gesetz zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mietenbegrenzung vom 28. November 2019 heißt es: „Im Land Berlin ist seit einigen Jahren eine sich stetig verschärfende Anspannung des Wohnungsmarktes zu verzeichnen, die mit ebenso stetig steigenden Mieten einhergeht.“, www.parlament-berlin.de/ad0s/18/IIIPlen/vorgang/d18-2347.pdf (1.7.2020).

10 Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin (MietenWoG) v 11. Februar 2020, GVBl 2020, 50.

gebot an Wohnungen zu den Kosten, die das JobCenter¹¹ oder das Grundsicherungsamt als angemessen ansieht, stark verringert.¹² Auch Mieter*innen mit einem durchschnittlichen Einkommen müssen weit mehr als die bisher üblichen 30 % ihres Einkommens für die Anmietung einer neuen Wohnung aufbringen.¹³

Pro 100 Haushalte standen im Jahr 2016 nur 98,2 Wohnungen zur Verfügung.¹⁴ Nur 6 % der Wohnungsangebote konnten 2016 als preisgünstig bezeichnet werden. 2010/11 waren es noch 19 % der Wohnungen. Während die Angebotsmieten laut Wohnungsmarktbericht der Investitionsbank Berlin im Jahr 2010/11 noch bei 6,49 €/m² lagen, stiegen diese bis 2016 auf 9,07 €/m² und damit um 39,8 %. Im gleichen Zeitraum stieg das durchschnittliche Haushaltseinkommen nur um 18,2 %. Die Leerstandsquote, ebenfalls ein Indikator für einen angespannten Wohnungsmarkt, sank von 2,6 % auf 1,6 %, wobei eine Quote von 3–5 % als natürliche Fluktuationsreserve gilt, damit Umzüge stattfinden können.¹⁵

1.2 Betongold und der soziale Frieden der Stadt

Ursache für die vorstehende Entwicklung des Wohnungsmarktes ist neben dem ab den 2000er Jahren vollständig zum Erliegen gekommenen sozialen Wohnungsbau auch die Tatsache, dass immer mehr Wohnungen aus der Preisbindung¹⁶ herausgefallen sind, sei es, weil der Bindungszeitraum abgelaufen oder Darlehen vorfristig getilgt worden sind, so dass die Mietpreisbindung entfallen ist.

Aber auch die Finanzkrise 2008 und 2009 und die Niedrigzinspolitik hat zu vermehrten Investitionen in das „Betongold“ geführt, was die Mieten explodieren ließ. So wurden in den begehrten Stadtvierteln Modernisierungsmaßnahmen durchgeführt, nach denen sich die Mieten verdoppelt, in manchen Fällen sogar verdreifacht haben.¹⁷

11 Jobcenter sind Einrichtungen, die Bezieher*innen von Arbeitslosengeld II („Hartz IV“) in Deutschland betreuen und insb über deren Leistungen entscheiden.

12 Eine angemessene Nettokaltmiete für eine Person mit einer angemessenen Wohnungsgröße von 50 m² beträgt dabei etwa 338,5 €. Das ergibt sich aus den Ausführungsvorschriften zur Gewährung von Leistungen gemäß § 22 SGB II und §§ 35, 36 SGB XII (AV-Wohnen 2019).

13 *Holm*, Sozialer Wohnraumversorgungsbedarf in Berlin, Studie im Auftrag Die Linke (2016) abrufbar unter www.sowi.hu-berlin.de/de/lehrebereiche/stadtsoz/mitarbeiterinnen/copy_of_a-z/holm/bericht-wohnraumversorgungsbedarf-berlin-holm-2016.pdf (1.7.2020).

14 Zahlen in diesem Absatz aus der Anlage „Grundlegenden, Indikatoren und Bewertungsmethode“ der Begründung der Berliner Verordnung zur Senkung der Kappungsgrenze gemäß § 558 Abs 3 BGB von 2018, abrufbar unter www.parlament-berlin.de/ados/18/IIIPlen/vorgang/verordnungen/vo18-099.pdf (1.7.2020).

15 Vgl zur Bedeutung der Leerstandsquote *Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung*, Lücken in der Leerstandsforschung – Wie Leerstände besser erhoben werden können, BBSR-Bericht 2/2017 (2017) 6.

16 Nicht ganz ein Zehntel der Berliner Mietwohnungen sind preisgebunden. Dabei gibt es Sozialwohnungen, deren Errichtung gefördert worden ist und deren Bezug einen Wohnberechtigungsschein verlangt, den das bezirkliche Bürgeramt Haushalten mit niedrigem Einkommen ausstellt. Und es gibt durch die Investitionsbank Berlin geförderte Wohnungen, wobei im Fördervertrag eine höchste zulässige Miete vereinbart ist und ein 30-jähriges Verbot wegen Eigenbedarfs zu kündigen. Die etwa 190.000 Berliner Genossenschaftswohnungen sind dabei nicht speziell preisgebunden.

17 Die Kosten der Modernisierung konnten bis 31.12.2018 zu 11 % auf die Mieter*innen umgelegt werden. Erst zum 1.1.2019 wurde diese Quote auf 8 % reduziert und auf 2 bzw 3 €/m² (Ausgangsmiete < oder > als 7 €/m²) gedeckelt.

Insb langjährige Bestandsmieter*innen waren dabei Eigentümer*innen ein Dorn im Auge. Sie wurden entweder mit Abstandszahlungen aus ihren Wohnungen gekauft oder mit Modernisierungsmaßnahmen und der Aussicht auf steigende Mieten aus den Wohnungen verdrängt. Die so freigewordenen Wohnungen wurden nicht selten als Eigentumswohnungen verkauft oder zu einem weit über dem Berliner Mietspiegel¹⁸ liegenden Mietpreis neu vermietet. In Berlin nahm die Zahl der Umwandlungen von Miet- in Eigentumswohnungen über alle Stadtgebiete hinweg von 2.061 im Jahr 1991 auf 16.548 im Jahr 2017 zu. Zwischen 2011 und 2016 sind laut Senatsverwaltung die meisten Mietwohnungen im beliebten Bezirk Friedrichshain-Kreuzberg in privates Eigentum übergegangen: 13.532 Wohnungen waren es. Pankow folgte mit 11.730 Wohnungen. Dabei wurden die wenigsten Wohnungen von den Mieter*innen selbst gekauft. Nicht selten werden die Wohnungen an Menschen verkauft, die diese selbst nutzen wollen und nach dem Kauf den Bestandsmieter*innen mit einer Eigenbedarfskündigung nach § 573 Abs 2 Nr 2 BGB kündigen. Die so gekündigten Mieter*innen, die nicht genug Geld oder Einkommen hatten, um ihre Wohnungen selbst zu kaufen, sind dann auf dem angespannten Wohnungsmarkt mit den hohen Angebotsmieten konfrontiert. Die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen kommt in der Gesetzesbegründung zum MietenWoG zu dem Schluss: „Die gegenwärtige Situation auf dem Berliner Wohnungsmarkt gefährdet daher den sozialen Frieden in der Stadt.“¹⁹

2. Verdrängung aus dem Mittelpunkt privater Existenz

Das Mietrecht dient auch dem Ausgleich der beiden miteinander konkurrierenden Positionen von Mieter*in und Vermieter*in. Die Wohnung, als Mittelpunkt der privaten Existenz einer Person, dient der Befriedigung elementarer Lebensbedürfnisse sowie der Freiheitssicherung und Entfaltung der Persönlichkeit; so hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 1993 erkannt.²⁰ Es hat daher gefolgert, dass das aus dem Mietvertrag folgende Besitzrecht des*r Mieters*in an der gemieteten Wohnung Eigentum iSd Freiheitsgewährleistung des Art 14 GG ist. Darauf bezog es sich auch nun wieder, im Rahmen seiner Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit der durch die Mietpreisbremse (siehe sogleich unten) erfolgten Beschränkung von Eigentum nach Art 14 GG.²¹ Der Lebensmittelpunkt, den jede*r in einer Wohnung in einem Kiez hat, hat auch im Hinblick auf

18 Der Mietspiegel bietet eine Übersicht über die ortsübliche Vergleichsmiete. So ist es in § 558c Abs 1 BGB festgeschrieben. Grundlage für den Mietspiegel ist eine Aufstellung der ortsüblichen Vergleichsmiete, also eine Mietenübersicht. Er wird in Berlin gemeinsam von Vertreter*innen des Landes sowie Interessenvertreter*innen der Vermieter*innen und Mieter*innen erstellt. Er soll alle zwei Jahre aktualisiert werden. Siehe auch www.berlin.de/mietspiegel (1.7.2020).

19 Vorblatt zur Vorlage über das Gesetz zur Neuregelung gesetzlicher Regelungen zur Mietenbegrenzung, *Abgeordnetenhaus Berlin*, Drucksache 18/2347 v 28.11.2019, www.parlament-berlin.de/ad05/18/IIIPlen/vorgang/d18-2347.pdf (1.7.2020).

20 Vgl BVerfG 26.5.1993, Beschluss des Ersten Senats zum Besitzrecht des Mieters, E 89, 1.

21 BVerfG 18.7.2019, Mietpreisbremse Nichtannahmebeschluss der Dritten Kammer des Ersten Senats, 1 BvL 1/18, 1 BvL 4/18 und 1 BvR 1595/18, Rn 82.

ihre* seine Persönlichkeitsentfaltung und Freiheitssicherung Bedeutung. Diejenigen vielen, die zur Deckung ihres Wohnbedarfs nicht auf Eigentum zurückgreifen können, sind gezwungen, Wohnraum zu mieten. Das Besitzrecht der Mieter*innen erfüllt damit Funktionen, wie sie typischerweise dem Sacheigentum zukommen.²² Die Lage der Wohnung in Bezug auf kulturelle Einrichtungen, Schulen, Einkaufsmöglichkeiten, Naherholungsmöglichkeiten oder Erreichbarkeit mit öffentlichem Verkehr ist von dem Besitzrecht des*r Mieters*in umfasst.²³

Als langfristige Folge der Verdrängung einkommensschwächerer Mieter*innen aus stark nachgefragten Stadtvierteln droht eine Aufteilung der Wohnbevölkerung auf einzelne Stadtteile nach wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit. Mit Blick auf diese, durch spätere Maßnahmen nur schwer zu beseitigende Folgen von Verdrängung kommt einer angestrebten Verhinderung der Gentrifizierung als Gemeinwohlbelang Gewicht zu.²⁴ Es darf also Ziel eines das Eigentum beschränkenden Gesetzes sein, eine bunte Stadt zu bewahren. Denn die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung geht umso weiter, umso mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und in einer sozialen Funktion steht.

2.1. Mietpreisbremse 2015

So wurde 2015 auf Bundesebene eine sogenannte Mietpreisbremse eingeführt, auf die sich auch oben behandelte BVerfG-Beschluss bezieht.²⁵ Danach darf eine Wohnung in einem Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt, welches durch die Landesregierungen zu bestimmen ist,²⁶ nur zu einem Mietpreis vermietet werden, der max 10 % über der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt. Wurde eine höhere Miete vereinbart, können die Mieter*innen diese rügen und ab dem Folgemonat eine Herabsetzung der Miete verlangen. Allerdings sieht das Gesetz zu viele Ausnahmen vor und ist daher oft unpraktikabel. So können Vermieter*innen stets mindestens die von der*dem Vormieter*in bezahlte Miete verlangen, wenn diese, von Mieterhöhungen im letzten Jahr abgesehen, höher gewesen ist. Außerdem sind von der Mietpreisbremse solche Wohnungen ausgenommen, in denen der*die Vermieter*in vor Neuvermietung eine umfassende Modernisierung durchgeführt hat. Als umfassend gilt eine Modernisierung, für die ein Drittel der Neubaukos-

22 Vgl BVerfGE 89,1 C.I.2.a.

23 Vgl BVerfG 1 BvL 1/18, Rn 82.

24 Vgl BVerfG 1 BvL 1/18, Rn 73.

25 Am 21.4.2015 wurde das „Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung“ (Mietrechtsnovellierungsgesetz – MietNovG) vom Bundestag beschlossen und damit im Mietrechtsteil des BGB vor allem das neue Unterkapitel 1a „Vereinbarungen über die Miethöhe bei Mietbeginn in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten“ und darin die §§ 556d ff geschaffen.

26 Berlin ist durch die Mietenbegrenzungsverordnung des Berliner Senats vom 28. April 2015, bzw nun mit jener vom 19. Mai 2020, zu einer solchen Gemeinde im Sinne des § 556d Abs 2 BGB erklärt worden, in der die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist.

ten aufgewandt wird. Die Grenze wird bei ca 500 €/m² gesehen. Wenn ein*e Vermieter*in also eine 60 m² große Wohnung mit einem Einsatz von 30.000 € modernisiert, kann er*sie den Mietpreis unabhängig von der ortsüblichen Vergleichsmiete frei vereinbaren. Obwohl diese Summe etwa 2015 nur eine Modernisierungsmieterhöhung von max 300 € bzw 5 €/m² gerechtfertigt hätte (vgl Fn 17), was bei einer Vormiete von 6 €/m² eine Miete von 11 €/m² ergeben hätte, wurden solche Wohnungen zB von einem Anbieter wie *Akelius*²⁷ nicht selten für 20 €/m² nettokalt neu vermietet. Für neu einziehende Mieter*innen ist häufig nicht erkennbar, ob die Angaben der Vermieter*innen zu der umfassenden Modernisierung überhaupt zutreffen. Daher wurden in den ersten Jahren Klagen aufgrund der Mietpreisbremse nur äußerst selten erhoben. Die Angebotsmieten stiegen weiter. Der Druck auf Bestandmieter*innen, die Wohnungen zu verlassen blieb weiter sehr hoch. Die mietpreisrechtlichen Bestimmungen des BGB haben sich daher allein nicht als hinreichend wirksam erwiesen.

2.2. Neue Sozialwohnungen und Milieuschutzgebiete

Auch das Land Berlin hat in den letzten Jahren zahlreiche Maßnahmen ergriffen, die eine Verbesserung der Situation der Mieter*innen bewirken sollten. So wurde im Jahr 2014 die Förderung des Neubaus mietpreis- und belegungsgebundener Wohnungen aufgenommen, das Berliner Modell der kooperativen Baulandentwicklung und die Umstellung der Berliner Liegenschaftspolitik gestartet. Die Bezirke wiesen vermehrt Soziale Erhaltungsgebiete²⁸ (umgangssprachlich Milieuschutzgebiete) aus, in denen bauliche Maßnahmen, die geeignet waren, eine Verdrängung der Bevölkerung herbeizuführen, und nun auch die Umwandlung in Wohnungseigentum²⁹, genehmigungspflichtig wurden.³⁰

27 *Akelius* gehört zu den fünf größten Immobiliengesellschaften Berlins. Insgesamt gibt es zehn gewinnorientierte Gesellschaften mit einem Bestand von je über 3.000 Wohnungen in Berlin. Die Initiative „Deutsche Wohnen & Co enteignen!“ will per Volksentscheid deren etwa 240.000 Wohnungen gemäß Art 15 GG vergesellschaften.

28 Gemäß § 172 Abs 1 S 1 Nr 2 BauGB kann eine Gemeinde in einem Bebauungsplan oder durch eine sonstige Satzung Gebiete bezeichnen, in denen zur Erhaltung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung der Rückbau, die Änderung oder die Nutzungsänderung baulicher Anlagen der Genehmigung bedürfen.

29 Die Landesregierungen können nach § 172 Abs 4 BauGB durch Rechtsverordnungen für je höchstens fünf Jahre die Begründung von Wohnungseigentum oder Teileigentum in solchen Erhaltungsgebieten von einer Genehmigung abhängig machen. Allerdings ist ein Anspruch auf Genehmigung nach Abs 4 Z 6 schon dann gegeben, wenn sich der*die Eigentümer*in verpflichtet, innerhalb von sieben Jahren ab der Begründung von Wohnungseigentum Wohnungen nur an die Mieter*innen zu veräußern.

30 Verordnung über einen Genehmigungsvorbehalt für die Begründung von Wohnungseigentum oder Teileigentum in Erhaltungsgebieten nach § 172 Abs 1 S 1 Nr 2 des Baugesetzbuchs (Umwandlungsverordnung – UmwandV) v 4.2.2020. Aus der Begründung: „Mit der Umwandlung von Mietwohnungen in Eigentumswohnungen gehen in der Regel Modernisierungsmaßnahmen einher, die den Ausstattungsstandard der Wohnungen häufig auf ein überdurchschnittliches Niveau anheben. Damit verbunden ist oftmals die Zusammenlegung von kleineren Wohnungen zu besonders großen Wohnungen. Für den Verkauf der Wohnungen sind hochwertige Ausstattung, Größe sowie auch energetische Standards von großer Bedeutung. In den meisten Fällen werden umgewandelte Wohnungen sogar weiterhin als Mietwohnungen angeboten und nicht von Erwerbern selbst genutzt. Die Mieten dieser Wohnungen liegen jedoch durchgängig deutlich über denen nicht umgewandelter Wohnungen.“ (Vgl Ergebnisbericht zur Weiterentwicklung der Erhaltungsgebietskulisse gem § 172 Abs 1 Nr 2 BauGB im Bezirk Pankow, S.T.E.R.N./Argus, 2013, 20 [33, 58];

Als Instrumente des besonderen Städtebaurechts im Kontext der wachsenden Stadt sowie von Aufwertungs- und Verdrängungsprozessen sollen die Verordnungen die Zusammensetzung der Gebietsbevölkerung in besonders gentrifizierungsbetroffenen Bezirken erhalten. Mittlerweile gibt es in Berlin 58 ausgewiesene Erhaltungsgebiete, in denen ungefähr 460.000 Wohnungen liegen, das ist etwa ein Viertel des Berliner Mietwohnungsbestandes.³¹ Auch wurden neue Wohngebiete entwickelt.

Mit den städtischen Wohnungsbaugesellschaften, die ca 300.000 Wohnungen und damit ca 15 % der Berliner Wohnungen vermieten (Tendenz durch Zukäufe und Neubau wieder steigend, Ziel 2026: 400.000 Wohnungen) wurden Kooperationsvereinbarungen abgeschlossen, die ua die Mieterhöhungen auf 2 % pro Jahr begrenzen.³²

All diese Maßnahmen sieht der Senat von Berlin als Teil einer Gesamtstrategie zur Entspannung des Wohnungsmarktes in Berlin und zur Entlastung der Mieter*innen. Jedoch haben auch sie es bislang nicht hinreichend vermocht, dem Preisanstieg auf dem Wohnungsmarkt wirksam entgegenzutreten. So wurde nach weiteren Möglichkeiten einer sozialen Wohnungsmarktpolitik im Land Berlin gesucht.

2.3. Die Idee des Mietendeckels wird geboren

Im November 2018 erschien in der Fachzeitschrift *JuristenZeitung* der Artikel von *Peter Weber* zu Möglichkeiten einer Mietpreisbegrenzung auf Landesebene, die sich aufgrund der geänderten Zuständigkeiten bei der Gesetzgebung im Zuge der Föderalismusreform im Jahr 2006 ergeben haben.³³ *Weber* zeigte in seinem Artikel auf, dass mit der Reform jahrelang unbeachtet die Kompetenz für das Wohnungswesen vom Bund auf die Bundesländer übergegangen war. Daraus schlussfolgerte er, dass es dem Land Berlin möglich ist, ein Mietpreisrecht zu bestimmen, welches öffentlich-rechtlicher Natur ist und daher die Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts nicht tangiert.

Im Januar 2019 griffen zunächst einige SPD-Politiker*innen um die Bundestagsabgeordnete *Eva Högl* die Idee auf und forderten den Berliner Senat auf, einen entsprechenden Mietendeckel zu erarbeiten. Es folgten Gutachten des parlamentarischen wissenschaftlichen Dienstes über die Machbarkeit einer solchen Regelung, die beinahe zu einer

Abschlussbericht Untersuchung des Bezirks Tempelhof – Schöneberg auf Gebiete, die ein hinreichendes Potenzial für den Erlass einer sozialen Erhaltungsverordnung bieten, ASUM, 2013, 9 ff zit nach der Begründung der UmwandV 2015, www.parlament-berlin.de/adoss/17/IIIPlen/vorgang/verordnungen/vo17-180.pdf (1.7.2020). Die Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen wirkt damit als sozial umstrukturierender Faktor und führt zu einer städtebaulich unerwünschten Veränderung der Zusammensetzung der Gebietsbevölkerung. In der Folge müssen Einrichtungen der sozialen Infrastruktur an die veränderte Nachfragesituation mit hohen Kosten angepasst werden.

31 Vgl *IfS Institut für Stadtforschung und Strukturpolitik GmbH*, Monitoring zur Anwendung der Umwandlungsverordnung, Jahresbericht 2018 im Auftrag der Senatsverwaltung (2019) 8.

32 Siehe dazu auf der Website der Berliner *Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen*, <https://stadtentwicklung.berlin.de/wohnen/wohnungsbau/download/mietenbuendnis/> (5.8.2020); hier findet sich auch der Link zur Broschüre „Leistbare Mieten, Wohnungsneubau und soziale Wohnraumversorgung“ – Kooperationsvereinbarung mit den städtischen Wohnungsbaugesellschaften Berlins, siehe insb S 9 f zur Begrenzung von Mieterhöhungen.

33 *Weber*, Mittel und Wege landesrechtlichen Mietpreisrechts in angespannten Wohnungsmärkten, JZ 2018, 1022.

Absage durch den Berliner Senat geführt hätten.³⁴ Der politische Druck der Mieter*innenbewegung, der Interessenverbände auf Mieter*innenseite und engagierter Anwält*innen und Politiker*innen führte zu einem Umdenken in Senatskreisen. So fand am 6.3.2019 eine Veranstaltung des Arbeitskreises Mietrecht beim Republikanischen Anwält*innenverein mit Vertreter*innen aus der zuständigen Senatsverwaltung, Richter*innen am LG Berlin und Verwaltungsgericht, Professor*innen, Mietrechtsspezialist*innen und den fachzuständigen Politiker*innen statt, bei der die Machbarkeit eines solchen Gesetzes von den anwesenden Expert*innen überwiegend bejaht wurde. Es folgten Einladungen der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen zu Gesprächsrunden, in der insb die Frage „Deckeln“ oder „Einfrieren“ der Miete, die Einbeziehung von Mieterhöhungen nach Modernisierung in die Regelungen und die Absenkung zu hoher Mieten diskutiert wurden. Bei diesen musste die große Skepsis der Beamt*innen der beteiligten Senatsverwaltungen mühevoll aufgebrochen werden, was erst durch die Machtworte der Senatorin und ihres Staatssekretärs gelang.

Nachdem am 18.6.2019 ein Eckpunktepapier des Berliner Senats verabschiedet wurde, folgten mehrere Gesetzesentwürfe, die in sehr zähem politischen Ringen zwischen den Koalitionsparteien unter den kritischen Augen der Öffentlichkeit und den zT haarsträubenden Kampagnen der Vermieter*innenlobby, zB „Berlin baut Mist statt Wohnungen“,³⁵ grundlegend überarbeitet wurden.

3. Vorbehaltlich ... ist eine Miete verboten

Das MietenWoG, der sogenannte Mietendeckel, wurde dann am 30.1.2020 vom Berliner Abgeordnetenhaus als Art 1 des Gesetzes zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mietenbegrenzung beschlossen, am 11.2.2020 verkündet und ist am 23.2.2020 für fünf Jahre in Kraft getreten. Das MietenWoG enthält einen „Mietenstopp“, Mietobergrenzen, Mietabsenkungen und die Begrenzung der Modernisierungsumlage.

Der Mietenstopp des § 3 Abs 1 S 1 lautet: „Vorbehaltlich der nachfolgenden Regelungen ist eine Miete verboten, die die am 18.6.2019 (Stichtag) wirksam vereinbarte Miete überschreitet.“ Das soll ein zur Teilnichtigkeit der Vereinbarung führendes gesetzliches Verbot sein.³⁶

§ 6 enthält eine Tabelle mit den Obergrenzen für Mietpreise pro Quadratmeter, in Abhängigkeit von Baujahr und Ausstattung (Bad bzw Sammelheizung). Am unteren Ende der Preiskala der Tabelle stehen vor 1918 bezugsfertige Wohnungen ohne Bad und Sammelheizung, sie kosten demnach maximal 3,92 €/m². Die höchsten Obergrenzen betreffen von

34 *Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag*, Ausarbeitung: Mietpreisregulierung durch die Länder, Möglichkeit einer Regelung durch Gesetz oder Rechtsverordnung sowie Vereinbarkeit mit Art. 14 GG, WD 3 – 3000 – 017/19, www.bundestag.de/resource/blob/597792/ea9ad898ad9f1a8c98c76d14da7eb619/WD-3-017-19-pdf-data.pdf (1.7.2020).

35 Vgl etwa die Kampagne der Wohnungsbaugenossenschaften, www.wohnungsbaugenossenschaften.de/regionen/berlin/mietendeckel (1.7.2020).

36 Vgl Begründung in Vorlage zur Beschlussfassung zum Mietendeckel (Fn 19), 25.

2003 bis 2013³⁷ erstmals bezugsfertige Wohnungen mit Sammelheizung und mit Bad; diese kosten maximal 9,80 €/m². Moderne Ausstattung, gemessen durch Vorliegen von mindestens drei der fünf aufgezählten Merkmale, führt nach Abs 3 zu einer Erhöhung der Tabellenwerte um 1 €/m². § 7 limitiert die mögliche Mieterhöhung nach einer Modernisierung ebenfalls auf 1 €/m² und beschränkt damit einen anderen wesentlichen Mietkostentreiber.

Gemäß § 4 finden die Obergrenzen auf Neuvermietungen Anwendung, außer die Miete des vorhergehenden Mietverhältnisses lag darunter, denn dann gilt die Stichtagsmiete nach § 3 Abs 1 MietenWoG. Ab dem 22.11.2020 gelten die Mietobergrenzen auch für Bestandsmietverhältnisse,³⁸ dann aber mit einem Zuschlag von 20 % oder mehr, bei entsprechender Genehmigung nach der Härtefallregelung § 8 MietenWoG.

§ 8 regelt „Härtefälle“, in denen Vermieter*innen durch die Investitionsbank Berlin eine höhere Miete genehmigt werden kann – soweit dies aus Gründen, die nicht im Verantwortungsbereich der Vermieter*innen liegen, erforderlich ist. Dabei sind insb Erwartungen, die nun durch die gedeckelte Miete enttäuscht zu werden drohen, im Verantwortungsbereich der Vermieter*innen und unterliegen nicht der Härtefallregelung. § 8 Abs 1 MietenWoG lässt eine Genehmigung daher nicht zu, wo nun drohende Verluste der Vermieter*innen daher rühren, dass diese „Wertsteigerungserwartungen, Renditeerwartungen, Finanzierungskosten außerhalb des Marktüblichen, Ertragsersparungen, denen auch unabhängig von diesem Gesetz überhöhte Mieten zugrunde liegen“ hatten.

3.1. Kompetenz

Jetzt brennt ein juristischer Kampf um das MietenWoG. Es könnte verfassungswidrig sein, weil Berlin nicht die Kompetenz gehabt haben könnte, für solcherlei Regeln, falls das bundesrechtliche Mietpreisrecht (konkret die Mietpreisbremse) sperrt.³⁹ Im Kontrast zur oben behandelten Mietpreisbremse, die auf eine Vergleichs(markt)miete abstellt, setzt der Mietendeckel allerdings pauschal Preisgrenzen fest.⁴⁰ Das kann ein Indiz zur Bestimmung des rechtlichen Wesens des Mietendeckels sein. Nämlich will er ein öffentlich-rechtliches preisregulierendes Instrument sein, das nicht die Mietverhältnisse, sondern die Mietwohnungen betrifft.⁴¹ Daher subsumieren ihn die einen unter den Kompetenztitel

37 Das Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin, § 1 Nr 3 nimmt Wohnraum, der ab dem 1.1.2014 erstmals bezugsfertig wurde oder im Einzelfall sonst dauerhaft unbewohnbaren und unbewohnten ehemaligen Wohnraum, der mit einem dem Neubau entsprechenden Aufwand zu Wohnzwecken wiederhergestellt wird, vom Anwendungsbereich des Gesetzes generell aus.

38 Art 4 Gesetz zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mietenbegrenzung.

39 So etwa der ehemalige Präsident des BVerfG *Hans-Jürgen Papier* in seiner Rechtsgutachtlichen Stellungnahme im Auftrag des Bundesverbandes deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen eV – GdW, Landeskompetenz zur Einführung eines sogenannten Mietendeckels (2019), https://web.gdw.de/uploads/pdf/Pressemeldungen/Gutachten_Mietendeckel_Zustaendigkeit.pdf (4.8.2020).

40 Vgl *Putzer*, Ein Mietendeckel für Berlin – Zur Zuständigkeit der Länder für das Mietpreisrecht, NVwZ 2019, 283 (286).

41 Die Abgrenzung der Landeskompetenz für Wohnungswesen im Folgenden, von jener für Bürgerliches Recht, die dem Bund nach Art 74 Abs 1 Z 1 weiterhin obliegt, verläuft ganz wesentlich entlang der Frage, ob die vorgenommenen

des „Wohnungswesens“,⁴² den es seit 2006 nicht mehr gibt, da er im Rahmen der damaligen Föderalismusreform aus dem die konkurrierende Gesetzgebung regelnden Art 74 GG (Z 18) herausgefallen ist. Und was nicht konkurrierende Gesetzgebung ist und nicht dem Bund vorbehalten ist, verteilt Art 70 Abs 1 GG: „Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.“ Aber weil die Mietpreisbremse doch sehr ähnliche Ziele wie der neue Mietendeckel verfolgt und scheinbar⁴³ verfassungsgerichtlich absegnet, wird im Rahmen der Bundeskompetenz erlassen worden ist, wird mancherseits eine Sperrwirkung angenommen.⁴⁴ Hiergegen wiederum wurde angeführt, dass die wechselseitigen Respektregeln im Föderalismus vielmehr verlangen, kleine Unstimmigkeiten zwischen Bundes- und Landesrecht hinzunehmen, völlige Einheitlichkeit sei nur im Einheitsstaat möglich.⁴⁵ Tatsächlich könnte es auch sein, dass der Bund gar nicht die Kompetenz zum Erlass der Bestimmungen zur Mietpreisbremse hatte.⁴⁶

Die Frage, ob Berlin den Mietendeckel erlassen durfte, wird wohl vom BVerfG entschieden werden. Undogmatisch lässt sich sagen, es wäre jedenfalls zu begrüßen, wenn es den Ländern möglich wäre, sich selbst um das regional und lokal immens verschiedentlich ausfallende Problem von Wohnungsknappheit und Verdrängung zu kümmern. Wie es auch dem Zweck des Föderalismus als Instrument des Ringens um die beste Lösung entsprechen würde.⁴⁷

3.2 Und das Eigentum ...

Zur persönlichen Freiheit mit Eigentum zu tun, was eigentümer*in will, die Art 14 GG schützt, gehört auch, aus der vertraglichen Überlassung des Eigentumsgegenstands zur Nutzung durch andere den Ertrag zu ziehen, der zur finanziellen Grundlage für die eige-

Regelungen solche des öffentlichen Rechts sind. Das ist nach *Fischer-Lescano/Gutmann/Schmid*, Landeskompetenz für Maßnahmen der Mietpreisregulierung – Rechtsgutachten im Auftrag der Rosa-Luxemburg-Stiftung, STUDIEN 8/2019 (2019) 9 der Fall, wenn „die Regulierung im Schwerpunkt sozialpolitische Ziele jenseits der Vertragsparteien verfolgt und dabei im Schwerpunkt der öffentlichen Aufgabe der Wohnraumversorgung und weniger dem Individualrechtsverhältnis“ verpflichtet ist.

42 So als Erster *Weber*, JZ 2018, 1026f, daran anschließend *Putzer*, NVwZ 2019, 285, außerdem *Fischer-Lescano/Gutmann/Schmid*, STUDIEN 8/2019 (2019) 8, sowie nun *Kingreen*, Die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen für das Mietpreisrecht bei Wohnraum, NVwZ 2020, 737.

43 Der Segen des BVerfG aus dem Mietpreisbremse-Nichtannahmebeschluss (Fn 21) bezieht sich in erster Linie auf die hinreichende Bestimmtheit der Verordnungsermächtigung aus den BGB §§ der Mietpreisbremse, die Verhältnismäßigkeit der damit erfolgten Beschränkung von Eigentum nach Art 14 GG und die legitime Differenzierung nach regionalen Mietmärkten. Die Kompetenz des Bundes zu Regelungen im BGB wurde allerdings von den Vorlagen und der Verfassungsbeschwerde nicht in Frage gestellt und war im Rahmen des Nichtannahmebeschlusses daher nicht zu behandeln.

44 *Herrlein/Tuschl*, Das Ringen um Mietpreisbegrenzung in Bund und Ländern, NZM 2020, 217 (234). Das meint wohl auch die 67. Kammer des LG Berlin wenn sie das „Gebot bundesstaatlicher Rücksichtnahme“ anführt, in der mit Argwohn gespickten Vorlage des „Mietendeckels“ zu Berlin an das BVerfG, NZM 2020, 368 (371).

45 *Fischer-Lescano/Gutmann/Schmid*, STUDIEN 8/2019, 12 mit vielen weiteren Nachweisen, ähnlich *Kingreen*, NVwZ 2020, 743: „III. Wer hat Angst vorm Föderalismus?“.

46 So schon *Weber*, JZ 2018, 1026f, nun auch *Kingreen*, NVwZ 2020, 742.

47 So überzeugend *Kingreen*, NVwZ 2020, 743.

ne Lebensgestaltung beiträgt.⁴⁸ Zur Vermietung bereite Eigentümer*innen werden in dieser Freiheit jedoch noch nicht unverhältnismäßig beschränkt, bloß weil sie nicht jede beliebige Miethöhe vereinbaren dürfen. Das Vertrauen von Vermieter*innen mit einer Wohnung höchstmögliche Mieteinkünfte erzielen zu können, wird durch die Eigentums-garantie nicht geschützt. Ein solches Interesse ist seinerseits vom grundrechtlich geschütz-ten Eigentum nicht erfasst.⁴⁹

Die Ausführungen des BVerfG zur Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in das Eigentum von Vermieter*innen mit dem Ziel gesellschaftliche Spaltung und Verdrängung zu ver-hindern, die es in Bezug auf die Mietpreisbremse getätigt hat, dürften auf den Mieten-deckel übertragbar sein.⁵⁰ Wegen der Sozialpflichtigkeit des Eigentums nach Art 14 Abs 2 GG hat der Gesetzgeber, der die Freiheitssphäre der Einzelnen mit dem Wohl der Allgemeinheit in ein ausgewogenes Verhältnis bringen muss, bei einem starken sozialen Bezug des Eigentumsobjekts auch eine weite Inhalts- und Schrankenbefugnis.⁵¹ Gerade Wohnraum, der generell abhängig von Grund und Boden und damit auch auf angespann-ten Wohnungsmärkten nicht beliebig reproduzierbar ist, muss darum zu seiner sozialen Funktion in Bezug gesetzt werden.⁵²

Es ist demnach ein legitimes Ziel, der direkten oder indirekten Verdrängung wirtschaft-lich weniger leistungsfähiger Bevölkerungsgruppen aus stark nachgefragten Wohnquar-tieren entgegenzuwirken.⁵³ Die Mietregulierung ist auch ein geeignetes Mittel um Preis-spitzen auf angespannten Wohnungsmärkten abzuschneiden und Marktzugangsvoraus-setzungen für einkommensschwächere Mieter*innen wieder zu schaffen.⁵⁴

4. Das rote Berlin

Um die Wohnungsnot in der Stadt zu beseitigen, stellt der Mietendeckel einen sinnvollen Schritt dar. Spekulierende Investor*innen abzuschrecken ist kein unbeabsichtigter Neben-effekt, denn das Problem ist nicht ein schierer Mangel an Wohnraum, sondern insb sein Preis. Die Durchschnittswohnfläche in Deutschland liegt bei erheblich über 40 m² pro Person. Doch ist der Wohnungsbestand denkbar ungleich verteilt.⁵⁵ So entstehen durch Umwandlungen oft besonders große Wohnungen (durch Zusammenlegung von kleine-ren Wohnungen) mit überdurchschnittlichem Ausstattungsniveau und sehr hohen Mie-

48 BVerfG, 1 BvL 1/18, Rn 53 mit Verweis auch auf BVerfGE 79, 292.

49 BVerfG, 1 BvL 1/18, Rn 76 unter Verweis auf vier alte BVerfGE.

50 So insb und ausführlich zur Verhältnismäßigkeitsprüfung auch RAV/GFF, Stellungnahme zum Referentenentwurf der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen für ein Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin, 13.9.2019.

51 BVerfG, Mietpreisbremse (Fn 21) Rn 55.

52 Ähnlich wohl Gsell, WuM 2017, 304 zit nach BVerfG, Mietpreisbremse (Fn 21) Rn 71.

53 Vgl BVerfG, 1 BvL 1/18, Rn 60.

54 Vgl BVerfG, 1 BvL 1/18, Rn 63.

55 Vgl Derleder, Die Regulierung des Mietwohnungsmarktes, KJ 2015, 5 (10).

ten.⁵⁶ Solange private Immobilieneigentümer*innen nicht die Versorgung sondern die „Wertschöpfung“ mit Wohnraum als ihre Aufgabe sehen, wird ihr Hauptbetätigungsfeld mehr im sukzessiven „Umsatteln“ auf ertragreichere Neuvermietungen liegen, als im Bau neuer Quartiere. Und solange Menschen daher berechtigterweise Angst haben, zwecks Mehr-Miet-Erwirtschaftung ihr Dach über dem Kopf zu verlieren, ist es auch nötig, den Markt ein Stück weit zu behindern.⁵⁷

Der zähe, skeptisch beäugte, politisch umkämpfte Gesetzgebungsprozess sollte nicht dazu führen, dass in Zukunft von solcher Mühsal Abstand genommen wird. Ebenso wenig wie die aktuellen juristischen Kämpfe um die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zu Zweifeln über die Berechtigung, die Interessen der mietenden Bevölkerung rechtlich zu schützen, führen sollten. Das Recht, wie auch seine Schranken sind politisch. Sich an ihrer Setzung zu beteiligen, ergänzt nicht nur den interessengeleiteten Einfluss durch strategische Verfahrensführung, sondern könnte eine mutige Art juristischer Intervention sein. Sie muss freilich in Zusammenspiel mit politischen Akteur*innen erfolgen, aber insbesondere braucht es auch Menschen von juristischer Kreativität um rechtliche Umsetzungsmöglichkeiten zu erkennen oder zu entwerfen. Und dann wird endlich anderen politischen Richtungen die Mühe aufgebürdet, die Unrechtmäßigkeit von Recht zu behaupten und bei (Höchst-)Gerichten für ihre Auffassung zu werben.

RA^m Carola Handweg ist seit 20 Jahren Mietrechtsanwältin in Berlin, Prenzlauer Berg. Sie ist Teil der RAV-Arbeitsgruppe Mieten – Wohnen – Stadtpolitik, die ausschließlich die Interessen von Mieter*innen vertritt. 2019 war sie als Expertin bei den Besprechungen des Berliner Senats zum Entwurf des Mietendeckels zugegen; mail@chandweg.de

Mag^r Karol Felsner arbeitet als Stationsreferendarin bei RA Carola Handweg in Berlin und ist Redaktionsmitglied des juridikum; karol.felsner@chello.at

⁵⁶ Vgl die ausführliche Erläuterung in FN 30.

⁵⁷ Siehe dazu etwa *Interventionistische Linke Berlin*, Das rote Berlin – Strategien für eine sozialistische Stadt, 2018, https://interventionistische-linke.org/sites/default/files/attachements/rotes_berlin_-_2_aufgabe_onlineversion_final.pdf (1.7.2020).

Legal hacking und seine praktischen Dimensionen am Beispiel des Mietshäuser Syndikats

Bettina Barthel¹

Texte über das Mietshäuser Syndikat (MHS) beginnen meistens mit der dahinterstehenden Idee – denn die konkrete Ausgestaltung der rechtlichen und organisatorischen Strukturen ist letztlich nachrangig, insofern sie das Ergebnis der Suche nach der besten Möglichkeit ist, die Ziele umzusetzen. „Menschenwürdiger Wohnraum, das Dach überm Kopf, für alle“ (*Mietshäuser Syndikat* 1997) heißt es in dem schlichten Statut des Mietshäuser Syndikats. Um dies zu erreichen, ist für diejenigen, die sich im MHS organisieren, die Übernahme von Mietshäusern in Selbstorganisation das Mittel der Wahl. Ziel ist, dass die Häuser immer denjenigen gehören, die darin wohnen; der Wohnraum soll dauerhaft dem Markt entzogen und eine solidarische Unterstützung neuer Projektinitiativen strukturell verankert sein.

Angesichts dieser Zielsetzungen taucht häufig die Frage auf, weshalb der Verbund seine Strukturen auf der „erzkapitalistischen“ (*Mietshäuser Syndikat* 2003: 8) Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) aufbaut und wie diese für unternehmerisches, gewinnorientiertes Handeln geschaffene Rechtsform zur Dekommodifizierung von Wohnraum dienen kann. Der Beitrag geht dieser Frage nach, indem er das Konzept des *legal hackings* als eine Form des strategischen Umgangs mit Recht einführt. Auf der Basis des Entstehungskontextes und der Strukturen des MHS wird erläutert, wie die Nutzung der GmbH funktioniert. Im letzten Teil wird anhand einiger Beispiele illustriert, was die Nutzung einer *gehackten* Rechtsform in der Praxis bedeutet. Mit dem *habiTAT* fasste das Syndikats-Modell im Jahr 2014 in Österreich Fuß. Was dort ähnlich und anders ist und wie das Modell auf der konkreten Projektebene funktioniert, beschreibt *Daniel Penninger* anhand des Projektes *SchloR* in Wien im folgenden Beitrag.^{2,3}

Mit *legal hacking* (oder juristischem Hacking) wird das Vorgehen bezeichnet, bestehende Rechtsinstrumente so zu nutzen und zu kombinieren, dass sie einem anderen Zweck dienen, als dem, für den sie ursprünglich entwickelt wurden (vgl. *Helfrich & Bollier* 2019: 241). Jurist_innen übernahmen das Konzept des Hackings aus dem Kontext der Computerentwicklung bzw der Amateur-Programmierung der 1970er und 1980er Jahre.

1 *Vanessa Embrodt* gilt herzlicher Dank für die Unterstützung bei der Literaturrecherche.

2 *Penninger*, *Schöner Leben ohne Reihenhaush!* Einblicke in das selbstverwaltete Projekt *SchloR* als Teil des *habiTAT*, *juridikum* 2020, 376.

3 Soweit nicht explizit erwähnt, behandelt dieser Beitrag hingegen die Situation in Deutschland und deutsches Recht.

Hacker_innen verknüpften ihre Aktivitäten mit einer spezifischen Hacker-Ethik, derzufolge sie ihr Wissen teilen und anderen Menschen Zugang zur entwickelten Software ermöglichen wollten (vgl. *Raymond* 1994: 218f). Insofern ist es durchaus im Zusammenhang zu sehen, dass einige der ersten *legal hacks*, die General Public License (GPL) von 1989 und die Creative-Commons-Lizenzen, gerade Probleme der Freien-Software-Bewegung zu lösen suchten. Verwendet im Kontext der Commons-Debatten verweist diese Praxis auf die Frage, wie im gegebenen Rahmen der tauschwertorientierten Wirtschafts- und Eigentumsordnung eine gebrauchswertorientierte Wirtschaftsweise möglich ist. Der Commons-Forscher *David Bollier* fasst erfolgreiche Adaptionen von Recht als sozial-rechtlich-politische Innovationen, als „law for the commons“ (vgl. *Bollier* 2015: 2) zusammen und merkt an: „These efforts brashly embrace a paradox – the attempt to build a new social order of commoning through creative hacks of laws that presume the sanctity of individual rights, private property, markets and state authority“ (vgl. *Bollier* 2015: 2).

1. Entwicklung und Struktur des Mietshäuser Syndikats

Das MHS ist ein bundesweiter Verbund von aktuell 156 selbstorganisierten Hausprojekten: Große (mit mehr als 280 Menschen) und kleine (etwa sechs Personen) Projekte, in der Stadt und auf dem Land, mit Gewerbe, zusätzlichen Projekträumen oder ausschließlich zum Wohnen, ehemals besetzte Häuser, lang gehegter Gemeinschafts-Wohnraum oder durch die Wirren des Immobilienmarktes eher unvorhergesehen zur Selbstverwaltung gekommene Hausgemeinschaften.

Anfang der 1990er Jahre gegründet, ist das MHS zeitlich, ideengeschichtlich und ganz praktisch in der (Freiburger) Hausbesetzungsszene verankert. Für die Umsetzung eines überdauernden Verbundes wurden jedoch deutlich ältere Ideen der Genossenschafts- bzw. der Wohnungsreformbewegung aufgenommen. In den 1920er Jahren entstanden bereits Konzepte für einen gemeinsamen Neubau- bzw. Solidarfonds sowie für einen Verbund kleiner, nicht wachsender, selbstverwalteter Bewohner_innengenossenschaften, die der Genossenschaftsforscher *Klaus Novy* Anfang der 1980er Jahre für die wohnungspolitischen Debatten aufarbeitete (vgl. *Wagner* 1924, *Novy* 1982a, 1982b). Einfach sollte die Organisationsstruktur sein und „auch- oder gerade“ (*Mietshäuser Syndikat* 2003: 8) unter kapitalistischen Bedingungen langfristig funktionieren. Das Syndikatsmodell baut daher neben den Prinzipien der *Selbstverwaltung* und *Solidarität* vor allem auf strukturell gesicherter *Unverkäuflichkeit* auf.

Die jeweiligen Häuser gehören einer Haus-GmbH, die zwei juristische Personen als Gesellschafter_innen hat: einen Hausverein und die Mietshäuser Syndikat GmbH (die Dachorganisation). Der Hausverein ist der Zusammenschluss der Mieter_innen des jeweiligen Wohnprojekts und der bestimmende Gesellschafter der jeweiligen Haus-GmbH. Die einzelnen Wohnprojekte sind in allen Fragen, die Sanierung, Vermietung und die internen Organisationsstrukturen betreffen, autonom. Die Konstruktion führt zur rechtlichen

Selbständigkeit. Nur bei Entscheidungen, welche die Eigentumsverhältnisse betreffen, ist die Autonomie eingeschränkt.

Hier kommt die zweite Gesellschafterin, die Mietshäuser Syndikat GmbH, ins Spiel. Im Gesellschafts-Vertrag der Haus-GmbH ist verankert, dass bei allen eigentumsverändernden Entscheidungen die Zustimmung beider Gesellschafter_innen erfolgen muss. Das betrifft den Verkauf, Erbbaurechte, Grundstücksaufteilungen oder Belastungen der Immobilie. Die Mietshäuser Syndikat GmbH wiederum hat als einzigen Gesellschafter den Mietshäuser Syndikat-Verein, in dem alle Projekte über ihren Hausverein Mitglied sind, sowie weitere Einzelmitglieder. Der Kreis schließt sich und je mehr Mitglieder das basisdemokratisch strukturierte MHS als zweite Gesellschafterin hat, desto unwahrscheinlicher wird es, dass sich MHS und Hausverein auf einen Verkauf einigen.

Die Finanzierung der Projekte erfolgt mittlerweile quantitativ zum größten Teil über Bankkredite, teilweise auch über Stiftungen. Insbesondere in den Anfangszeiten waren jedoch Direktkredite das wichtigste Finanzierungsinstrument. Kleinere und größere private Darlehen von Unterstützer_innen aus dem Umfeld, direkt und ohne Bank waren in den 1980er Jahren bereits ein bekanntes Mittel der Projektfinanzierung in der Alternativökonomie (vgl. *Mietshäuser Syndikat* 2003: 7).⁴ Das Geld wurde und wird über individuelle Direktkreditverträge solidarisch zu niedrigen Zinsen bei der Haus-GmbH angelegt. Wichtig sind sie zum einen, weil sie von einigen Banken als Eigenkapitalersatz anerkannt werden und damit die meist notwendige Aufnahme von Grundschuld-Darlehen (ähnlich der in Österreich üblichen Hypothekendarlehen) ermöglichen. Dies funktioniert, weil die Direktkreditverträge eine qualifizierte Rangrücktrittserklärung enthalten. Zum anderen ermöglichen sie, Wohnprojektmitglieder ohne Eigenkapital zu integrieren. Finanzierung (über Direktkredite an die GmbH) und Nutzung sind strukturell getrennt. Alle Bewohner_innen wohnen über einen normalen Mietvertrag zur Miete, unabhängig davon, ob sie an die GmbH einen Direktkredit gegeben haben oder nicht. Gleich mit der Gründung des MHS wurde ein Solidarfonds installiert. Alle Projekte verpflichten sich mit dem Beitritt zum MHS zur Zahlung eines, anfänglich kleinen, aber über die Jahre steigenden, Solidarbeitrages. Dieser beträgt gegenwärtig 10 Cent pro m²/Monat und steigt um 0,5 % der Kaltmiete des Vorjahres. Finanziert werden können aus dem Solidaropf bisher die Stammeinlagen der Mietshäuser Syndikat GmbH bei neu gegründeten Haus-GmbHs (je 12.400 € von 25.000 €, der in Deutschland zur Gründung einer GmbH notwendigen Mindestkapitaleinlage), Öffentlichkeitsarbeit, Infrastruktur und Beratungskosten (zB juristische Expert_innen). Die finanzielle Komponente ist die eine Seite des Solidarprinzips. Die andere ist die Weitergabe des Erfahrungswissens an neue Projekte durch die hauptsächlich ehrenamtliche Beratung und Begleitung von neuen Initiativen.

⁴ Ziel war, ohne Banken und staatliche Unterstützung auszukommen, aus Überzeugung, aber auch, weil die regulären Bankzinsen in den 1980er Jahren mit 8–10 % sehr hoch waren.

2. Auf fremden Pfaden

Den Hinweis, dass die GmbH als Rechtsform am besten geeignet ist, um die Ideen des entstehenden MHS-Verbundes umzusetzen, erhielten die damaligen Aktivist_innen vom Juristen *Matthias Neuling*, der sich in den 1980er Jahren mit der Frage nach Rechtsformen für Alternativbetriebe beschäftigte. Er suchte nach Strukturen, welche die Transformation von Alternativbetrieben (gekennzeichnet durch Kapitalneutralisierung und Selbstverwaltung) in herkömmliche Unternehmen verhindern könnten (vgl. *Neuling* 1985, 1986: 309). Dies vor allem vor dem Hintergrund der Genossenschaftsgeschichte, mit Bezug auf das sogenannte *Transformationsgesetz* nach *Franz Oppenheimer* (1896). *Oppenheimer* stellte – für die urbanen Produktivgenossenschaften des ausgehenden 19. Jahrhunderts – fest, dass diese nicht langfristig existieren könnten. Entweder wandeln sie sich in kapitalistische und privatnützige Betriebe um, indem die gleichberechtigten Genossen_innen keine neuen Mitglieder aufnehmen, sondern nur noch Lohnarbeiter_innen anstellen, zu denen ein hierarchisches Verhältnis besteht und die nicht gleichberechtigt am Mehrwert beteiligt sind, oder sie können am Markt nicht bestehen.⁵ Die Erfahrung zeigte, dass dieses Problem oft in der zweiten Generation solcher Strukturen auftaucht, wenn Gründungsmitglieder ausgeschieden sind und von Neuen überstimmt werden. Dieser Erfahrung nach reicht es auch nicht, die Grundprinzipien der Kapitalneutralisierung und Selbstverwaltung in gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen festzuschreiben, denn diese Klauseln können letztlich auch wieder aufgehoben werden (vgl. *Oppenheimer* 1896: 117 f).

Neuling zufolge wäre es deshalb am effektivsten, eine *externe* Kontrollinstanz zu schaffen. Hierzu sollten, im Gegensatz zu *internen* Kontrollstrukturen (wie etwa Aufsichtsräte bei AGs oder Genossenschaften, in denen Aktionär_innen oder Genossenschaftsmitglieder selbst die Arbeit des Vorstandes kontrollieren), außenstehende Dritte herangezogen werden (vgl. *Neuling* 1986: 312 ff). Diese Dritten sind nicht in die Alltagszwänge eingebunden, haben keine eigenwirtschaftlichen Interessen und könnten aus dieser Distanz heraus leichter Änderungen im moralpolitischen Konsens bemerken. Die neutralen Dritten haben also eine Wächter_innenfunktion, die langfristig die Prinzipien alternativer Ökonomie absichern soll. Diese Wächter_innenfunktion übernehmen nun in der Dachstruktur des MHS die jeweils anderen Projekte und zusätzliche Einzelmitglieder (also Einzelpersonen, Vereine oder Organisationen, die ähnliche politische Ziele verfolgen).

Neuling führte zudem eine Analyse der vorhandenen Rechtsformen durch. Er ging damit der (auch) zu dieser Zeit diskutierten Frage nach, ob es erforderlich ist, eine weitere Rechtsform speziell für Alternativbetriebe zu entwickeln. Er kam jedoch zu dem Schluss, dass „Alternativbetriebe sich im geltenden bürgerlichen Gesellschaftsrecht ihren Interessen gemäß rechtlich organisieren können, ohne Abstriche zu machen“ (*Neuling* 1986: 326). Zu-

5 Oder drittens, Genossenschaften werden liquidiert, um an erfolgreich aufgebaute Rücklagenfonds heranzukommen (vgl. *Neuling* 1986: 312 mit Bezug auf Gide 1927).

dem stellte er fest, dass die GmbH die flexibelste Rechtsform und daher gut (um)nutzbar ist (Neuling 1986: 326).⁶ Dem MHS ermöglicht sie, eine hohe Selbstbestimmtheit der einzelnen Projekte bei größtmöglicher Sicherung gegen Reprivatisierung zu erreichen. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ist eine 1892 in Deutschland neu geschaffene Rechtsform, die von vielen anderen Ländern übernommen wurde (im Jahr 1906 auch von Österreich).⁷ Die Entwicklung des GmbH-Gesetzes ging maßgeblich auf Forderungen aus der Wirtschaft zurück und als konkreter Ausgangspunkt gilt die Verschärfung des Aktienrechtes im Jahr 1884. Viele neue Auflagen wurden als ungerechtfertigte Hemmnisse betrachtet, und als Grund dafür gesehen, dass „unser wirtschaftliches Leben in manchen Punkten kranke, [...] dass der Unternehmungsgeist [...] bedenklich zu erlahmen beginne“ (Hammacher 1888: 9). Gefordert wurde eine Form von Vereinigung, die „ihren Theilhabern volle Entwicklung ihrer persönlichen Thatkraft und ihres Unternehmungsgeistes gestattet, [...] bei denen die Haftung der Gesellschafter mit ihrem gesammten Vermögen ausgeschlossen ist“ (Förtsch 1899: 1). Der „allmählich erlahmende Unternehmungsgeist“ spiegelt sich in den wirtschaftlichen Eckdaten zwar nicht wider, diente jedoch als Hauptargument. Gesucht wurde vor allem eine kostengünstig erreichbare Haftungsbeschränkung und damit die Möglichkeit, Privat- und Gesellschaftsvermögen zu trennen (vgl Meyer 2000: 299 f). Die neu geschaffene GmbH sollte sich als *kleine Schwester* der Aktiengesellschaft (die auch nicht börsenfähig ist) durch weniger staatliche Kontrolle und ein hohes Maß an vertraglicher Gestaltungsfreiheit auszeichnen. Es wurde eine äußerst flexible Rechtsform geschaffen, die zwar vorrangig Unternehmungsgeist und -risiko fördern sollte, andererseits von Beginn an auch für ideelle Zwecke gedacht war (vgl Eisermann 23 ff, Meyer 2000: 312). Letzteres mag damit zusammenhängen, dass – im Kontext des Themas *legal hacking* interessant zu erwähnen – bereits Aktiengesellschaften auch für Kleingewerbe und nicht gewerbliche Zwecke genutzt wurden. So gab es Turn-, Gesangs-, Kunst- und Kasinovereine in AG-Form und im Handelsregister lassen sich AG-Zwecke „der ‚Verbreitung lebendigen Christentums‘, der ‚Fürsorge für Dienstboten‘ oder dem Betrieb eines ‚Hauses für Krankenpflegerinnen‘, eines ‚Schießstandes‘ und von ‚Studentenkneipen‘“ (Meyer 2000: 293, vgl auch Eisermann 2014, 24 f) finden. Es gab also in gewisser Hinsicht auch damals schon kreative Umnutzungen, wenn diese auch quasi systemkohärente Hacks darstellten, welche die Logik der Kapitalverwertung nicht in Frage stellten.

6 Die Genossenschaft erschien hingegen weniger brauchbar. Neuling begründete dies vor allem mit der Genossenschaftsnovelle von 1973, die zwingend einen eigenverantwortlichen Vorstand und einen Aufsichtsrat vorschrieb, was den Prinzipien der Selbstverwaltung entgegensteht. Auch erschien die Rolle der Prüfverbände problematisch. Die Novelle des Genossenschaftsgesetzes von 2006 brachte einige Veränderungen wie erweiterte Förderzwecke und erleichterte Gründungsregelungen. Weitere Gründe, warum das MHS nicht die Genossenschaftsform wählte, finden sich hier: www.syndikat.org/de/verbundbausteine/ (1.7.2020). Im MHS sind die Genossenschaftsprinzipien des Förder-, Identitäts-, Demokratie- und Solidaritätsprinzips gleichwohl erfüllt (vgl Flieger 2006).

7 Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v 20. 5. 1892, (RGBl 1892, 477), Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (öGmbHG) v 6.3.1906, RGBl 58/1906.

3. Die Umnutzung der GmbH für gebrauchswertorientiertes Wirtschaften

Das Modell des MHS kann sowohl als „Eigentums-Hack“ (*Helfrich & Bollier* 2019: 240 ff) als auch als *Rechtsform-Hack* betrachtet werden. Wie wurde die GmbH nun konkret modifiziert und welche Elemente wurden *gebackt*? *Neuling* stellte für die alternativen Betriebe fest, dass ein Kernunterschied zum kapitalistischen Normalbetrieb andere Ziele sind. So weht nicht der Unternehmungsgeist durch die Reihen, sondern Wohnen wird als Grundrecht verstanden, das nicht marktgesteuert zur Verfügung gestellt werden sollte. Die Einbettung in eine Bewegung, andere Narrative und Ideale stellen als Handlungsorientierung also zunächst die Grundlage dar. Nicht nur die Erfahrungen der Genossenschaftsbewegung, auch die der Hausbesetzungsbewegung der 1980er Jahre zeigen jedoch, wie hoch die Wahrscheinlichkeit einer erneuten Privatisierung ist. Strukturelle Vorkehrungen sind also sowohl rechtliche Absicherungen als auch Sicherungen für die Zukunft und es lässt sich betrachten, wie die Anreizstrukturen umgewandelt wurden:

1. Von der Gewinnorientierung zum kostendeckenden Wirtschaften: Durch das Identitätsprinzip (Mieter_in = Vermieter_in), also die Tatsache, dass die diejenigen, die über die Miete bestimmen und sie erhalten, auch diejenigen sind, die sie bezahlen müssen, ist kein Anreiz gegeben, die Miete höher als unbedingt nötig anzusetzen. Die Bewohner_innen würden lediglich für sich selbst mehr Kosten erzeugen. Die Projekte müssen allerdings kostendeckend wirtschaften, also die Finanzierungs-, Betriebs- und Instandhaltungskosten als Miete einnehmen, damit die GmbH nicht in die Gefahr einer Insolvenz gerät.⁸
2. Von der Vermarktung zur Dekommodifizierung: Dem kapitalistischen Grundprinzip der Orientierung der Bedarfsdeckung an Marktchancen und auf unternehmerischem Wege (vgl *Weber* 1924: 238 ff) steht die Grundidee des MHS gegenüber, die Häuser nicht mehr auf dem Markt zu handeln und zu verhindern, dass sie zum Gegenstand von Spekulation werden. Die Rekommodifizierung verhindert das MHS durch das Vetorecht. Hier kommt die Wächter_innenfunktion der anderen Hausprojekte und der Einzelmitglieder zum Tragen. Zwei weitere Regelungen, die dahingehende Anreize reduzieren, sind zum einen, dass im Falle der Einziehung oder Kündigung von Geschäftsanteilen durch eine_n der beiden Gesellschafter_innen, zB den Verein, keine Auszahlung von Stammkapital oder Gewinnen erfolgt. Von einem eventuellen Wertzuwachs können also die Gesellschafter_innen nicht profitieren. Zum anderen würde das Vermögen im Falle der Auflösung an einen im Gesellschaftsvertrag festgelegten Begünstigten ausgeschüttet.⁹ Meist sind dort Stiftungen eingesetzt, die ähnliche Zwecke verfolgen (Grund und Boden dem Markt zu entziehen). Es sollen möglichst langlebige Organisationen sein, die auch noch bestehen, wenn längst andere Menschen, als die Projektgründer_innen das Haus bewohnen.

⁸ Ein Projekt scheiterte bisher: www.syndikat.org/de/gescheitert/ (1.7.2020).

⁹ Laut § 70 GmbHG ist das Vermögen der GmbH bei ihrer Auflösung in Geld umzusetzen. Das Haus müsste also verkauft werden.

3. Von der Risikoabwälzung zum Ermächtigungs-Werkzeug: Die Entstehungsgeschichte der GmbH macht deutlich, dass die Haftungsbeschränkung zur Trennung von Privat- und Geschäftsvermögen dienen und den *Unternehmungsgeist* beleben sollte. Durch die Entkoppelung von Gewinnchance und (persönlichem) Verlustrisiko schafft sie problematische Anreize (vgl. Meyer 2000: 38). Im MHS-Kontext hingegen ist die Haftungsbegrenzung insofern konsequent, als dass eine Gewinnbeteiligung ausgeschlossen ist. Die Haftungsbeschränkung kitzelt daher auch kein unternehmerisches Risiko heraus. Sie kann allerdings Menschen ermutigen, sich eine Selbstverwaltung ihres/eines Hauses zuzutrauen und die formal notwendigen Posten zu übernehmen, und trägt somit zur Selbstermächtigung der Bewohner_innen bei.¹⁰
4. Von der Willensbildung nach der Menge des Kapitals zur Demokratisierung: Der Grundidee von Kapitalgesellschaften, derzufolge die Willensbildung nach der Menge des Kapitals erfolgt, steht die Festlegung im Gesellschaftsvertrag der MHS-Projekte gegenüber, der zufolge beide Gesellschafter_innen unabhängig von der Höhe des Nennbetrags jeweils eine Stimme haben. Beschlüsse (welche die Eigentumsverhältnisse betreffen, denn nur diesbezüglich hat die MHS-GmbH Mitspracherecht) werden mit einfacher Mehrheit gefasst, sodass zwischen Haus und MHS stets eine Pattsituation besteht und für einen etwaigen Verkauf beide zustimmen müssen. Hinzu kommt, dass beide Gesellschafter_innen keine Einzelpersonen sind, sondern auf der einen Seite alle Hausbewohner_innen und auf der anderen Seite alle anderen Projekte und Einzelmitglieder demokratisch entscheiden. Genau genommen umfasst der *legal hack* also das Gesamtkonstrukt aus Vereinen und GmbHs. Er funktioniert nur, weil zwei juristische Personen als Gesellschafter_innen fungieren und keine natürlichen Personen.¹¹
5. Auf dem Weg vom Privateigentum zum Commons: Das Modell des freien Privateigentums (also die totale Verfügbarkeit, Veräußerlichkeit und Beleihbarkeit einer Sache) ist eine der Voraussetzungen kapitalistischer Ökonomie (vgl. Weber 1924: 239), Ursache sozialer Ungleichheit und Basis gesellschaftlicher Herrschaftsverhältnisse. Aus Protest dagegen folgte die Besetzungsbewegung der Logik, sich Häuser direkt anzueignen bzw. in Besitz zu nehmen, ohne nach den Eigentumstiteln zu greifen. Die Syndikats-Aktivist_innen entschlossen sich hingegen für den Schritt, die Häuser zu übernehmen und damit die Sicherungsmöglichkeiten des Privateigentums zu nutzen. Da die Absicherung der Immobilien im MHS vor allem über das Wächter_innen-Prinzip erfolgt, wird häufig der Begriff des sozial gebundenen Eigentums gewählt. Reinterpretiert im Kontext der Commons-Debatten findet sich die Bezeichnung als Gemeineigentum (vgl. zum MHS als Commons Rost 2012, Balmer &

10 Die Fähigkeiten und Kapazitäten zur Selbstorganisation werden auch als Exklusionsfaktoren diskutiert. In diesem Modell wird zwar kein ökonomisches Kapital benötigt, aber ein gewisser Anteil einer Projekt-Gruppe braucht Verständnis für die Strukturen sowie Fähigkeit und Willen zur Selbstorganisation.

11 Vielen Dank an *Johann Steudle* für diesen Hinweis.

Bernet 2015, Helfrich & Bollier 2019). Kollektiveigentum (vgl. Wendt 2018), sozial gebundenes Eigentum und selbst Gemeineigentum können vielleicht am besten als konzeptionelle bzw. real existierende Annäherungen an Commons verstanden werden. Sie tragen den Eigentumsbegriff auch noch im Namen, während Commons letztendlich als Gegenmodell zu Eigentum generell zu verstehen sind. Ein weiterer konzeptioneller Weg, sich diesem Gedanken anzunähern, ist die *property rights*-Theorie. Sie geht nicht (wie in der deutschen Rechtslehre üblich) von der „Einheitlichkeit des Eigentums“ (Schnelle 2012: 174) aus, sondern differenziert es als „Bündel“ verschiedener Nutzungs- und Verfügungsrechte (vgl. Schnelle 2012: 175 f.). Eines der habiTAT-Projekte erklärt dementsprechend auch, dass es eine Struktur schafft, in der „Nutzungsrechte kollektiviert und Eigentumsrechte neutralisiert“ werden (Brennnessel Kollektiv, ohne Jahr).

4. Herausforderungen einer *gehackten* Rechtsform in der Praxis

Legal hacking ist eine der wenigen wirksamen Strategien, um Commons im Kontext von Markt und Staat zu „normalisieren“ (Helfrich & Bollier 2019: 243). Es ist eine widerständige Alltagspraxis (vgl. Sauer 2016) und zeigt Handlungsmöglichkeiten im Hier und Jetzt auf. Es bedeutet aber auch viel Arbeit, manchmal Unsicherheit und bringt Reibungseffekte mit sich:

Es bedeutet beispielsweise, durch Raster zu fallen, durch die man eigentlich nicht durchfallen will, wie zum Beispiel bei bestimmten Programmen zur sozialen Wohnraumförderung. Durch die massiv gestiegenen Grundstücks- und Baukosten werden Fördergelder oder begünstigter Zugang zu Flächen in Ballungsräumen zur notwendigen Voraussetzung, um überhaupt noch einen Beitrag zur Schaffung bezahlbaren Wohnraums leisten zu können. In Berlin sind die Fördergelder jedoch an die Rechtsform der Genossenschaft geknüpft. Es ist ein mühsamer Kampf, entweder den Genossenschaften gleichgestellt zu werden (in München wurde dies in Bezug auf die Grundstücksvergabe erreicht, vgl. Stadt München 2019) oder, wie in Hamburg, Förderlinien einzufordern, die differenzierter darauf ausgerichtet sind, welche Ziele erreicht werden sollen (dauerhafte Bindung, die Umwandlung in Eigentum unterbinden, Selbstnutzung und -verwaltung etc., vgl. IFB Hamburg 2020) und nicht holzschnittartig nach Rechtsformen zu sortieren.

Legal hacking kann auf der anderen Seite dazu führen, von Regulierungen betroffen zu sein, die eigentlich nicht auf das MHS gerichtet sind, es aber mit treffen. Ein Beispiel dafür waren die geplanten Änderungen am Vermögensanlagegesetz durch das sogenannte Kleinanlegerschutzgesetz in den Jahren 2014 und 2015 (vgl. Rost 2015). Dieses sollte Kleinanleger_innen vor unseriösen Finanzprodukten und Geschäftspraktiken schützen. Die geplanten Regulierungen richteten sich vor allem auf Nachrangdarlehen, unter anderem durch die Verschärfung der Prospektpflicht. Die damit verbundenen hohen Kosten hätten viele Formen eines alternativen oder community-orientierten Wirtschaftens verunmöglicht, während Großunternehmen auch den neuen Vorgaben problemlos nach-

kommen können. Das MHS setzte sich daher mit viel Aufwand zusammen mit anderen Akteuren der Alternativwirtschaft (erfolgreich) für gangbare Ausnahmeregelungen ein. *Hacking* bedeutet auch, dass die Absicherung des Modells ein hohes Fachwissen erfordert. Die Folge sind deutliche Wissenshierarchien innerhalb des Verbundes bezüglich des rechtlichen Wissens. Praktisch findet diese Arbeit vor allem durch Aktivist_innen statt, die sich als *Lai_innen im Recht* sehr professionell einarbeiten und die Dinge selbst in die Hand nehmen. Sie tun dies im Zusammenspiel mit einigen Jurist_innen, die in MHS-Häusern wohnen und Teil des Verbundes sind sowie mit MHS-affinen externen Jurist_innen, die das Konzept verstehen.¹² Dies sind jedoch wenige, denn Jurist_innen, die sich vor allem mit der konventionellen Auslegung des Rechts befassen, fällt es oft schwer, so stark querzudenken, wie es für die Fragestellungen im MHS häufig nötig ist.

5. Fazit

Durch Veränderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen, aber auch durch die Veränderungen innerhalb des MHS, vor allem durch das Wachstum, aber auch durch neue Ideen und Ansprüche, gibt es Suchbewegungen in viele Richtungen. So wurde im Rahmen der Aktion Sperrminorität überlegt, wie die Syndikatsprinzipien auf kommunale Wohnungsbaugesellschaften übertragen werden können.¹³ Sich stärker regionalisieren und auch Häuser und Wohnungen mit aufnehmen, bei denen die Bewohner_innen sich nicht zu 100 % selbst verwalten? Das versucht das *Sauriassl* in Bayern.¹⁴ Braucht es doch eine andere Rechtsform? Immer wieder gibt es Debatten wie die Überlegungen zur Rechtsform einer Kooperativ-Gesellschaft für solidarische Ökonomien.¹⁵ Erbschaftsangebote annehmen können oder Projekte mit Rechtsformen eingliedern, die nicht in die GmbH-Strukturen passen? Dafür ist momentan eine MHS-Stiftung in Vorbereitung. *Hacking* bedeutet also auch, die Strukturen beständig weiterzuentwickeln. Ein Hack „erreicht das gewünschte Ziel, ohne die Systemarchitektur, in die er eingebettet ist, komplett umformen zu müssen, obwohl er oft im Widerspruch zu ihr steht“.¹⁶ *Legal hacking* ist in diesem Sinne ein *workaround*; es orientiert und verweist damit allerdings zugleich auf die Möglichkeit einer Eigentums- und Wirtschaftsordnung, in der das nicht nötig wäre.

Dr.ⁱⁿ rer. pol. Bettina Barthel arbeitet als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Zentrum für interdisziplinäre Frauen- und Geschlechterforschung der TU Berlin. Sie ist Teil der DFG-Forschungsgruppe Recht – Geschlecht – Kollektivität und Mitglied im Mietshäuser Syndikat; bettina.barthel@tu-berlin.de

12 Zu erwähnen ist diesbezüglich die Initiative zum transformativen Wirtschaftsrecht der kritischen Jurist_innen, <https://kritjur.org/> (15.6.2020).

13 Vgl www.aktionsperrminoritaet.wemgehoertdiestadt.org (1.7.2020).

14 Vgl www.sauriassl.org (1.7.2020).

15 Vgl www.solidarische-oekonomie.de/index.php/news-forum-soe/251-kampagne-kooperativ-gesellschaft (1.7.2020).

16 *Wikipedia*, Hack, <https://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Hack&oldid=202028254> (1.7.2020).

Literaturverzeichnis

- Balmer, Ivo und Bernet, Tobias (2015): Housing as a Common Resource? Decommodification and Self-Organization in Housing – Examples from Germany and Switzerland. In: Dellenbaugh, Mary et al (Hrsg): Urban Commons. Moving Beyond Market and State. Berlin, Birkhäuser Verlag, S 178–195.
- Bollier, David (2015): Reinventing Law for the Commons. A Strategy Memo for the Heinrich Böll Foundation. 1.9.2015.
- Brennnessel Kollektiv (ohne Jahr): Selbstverständnis, <https://brennnessel.jimdofree.com> (1.7.2020).
- Eisermann, Sven (2014): Die GmbH als attraktive Rechtsform in Europa: Die Reform des GmbH-Rechts durch das MoMiG. Hamburg, Disserta Verlag.
- Flieger, Burghard (2006): Das Mietshäuser Syndikat. Unveröffentlichte Expertise für das Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung.
- Förtsch, Richard (1899): Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der am 1 Januar 1900 in Wirksamkeit tretenden Fassung, zweite Auflage, Leipzig, Roßberg'sche Hof-Buchhandlung.
- Hammacher, Friedrich (1888): Bericht über die Sitzung des Ausschusses des deutschen Handelstages vom 7 Mai 1888. In: Mitteilungen des Deutschen Handelstags an die Mitglieder, JG XXVIII, Nr 6.
- Helfrich, Silke; Bollier, David (2019): Frei, fair und lebendig – Die Macht der Commons. Bielefeld, transcript.
- IFB Hamburg – Hamburgische Investitions- und Förderbank (2020): Baugemeinschaften. Förderrichtlinie für Baugemeinschaften mit genossenschaftlichem Eigentum, S 33ff www.ifbhh.de/api/services/document/1171 (1.7.2020).
- Meyer, Justus (2000): Haftungsbeschränkung im Recht der Handelsgesellschaften. Berlin ua, Springer.
- Mietshäuser Syndikat (1997): Statut, www.syndikat.org/intern/Statut_1997-12-07.pdf (1.7.2020).
- Mietshäuser Syndikat (2003): 2019 – Der Ausgangspunkt liegt in der Zukunft. In: Contraste – Zeitung für Selbstorganisation, November 2003, S 7–8.
- Neuling, Matthias (1985): Auf fremden Pfaden (Ein Leitfaden der Rechtsformen für selbstverwaltete Betriebe und Projekte) Berlin, Stattbuch Verlag.
- Neuling, Mathias (1986): Rechtsformen für alternative Betriebe. In: Kritische Justiz Jg 19, Nr 3, S 309–326.
- Novy, Klaus (1982a): Anmerkungen zum Verhältnis von Trägerformen und Finanzierungsalternativen. In: Arch+, Jg 15, Nr 61, S 52–53.
- Novy, Klaus (1982b): Wohnungswirtschaftliche Selbstverwaltung und Selbstfinanzierung — eine ideengeschichtliche Montage. In: Leviathan, Jg 10, Nr 1 (1982), S 41–67.
- Oppenheimer, Franz (1896): Die Siedlungsgenossenschaft. Versuch einer positiven Überwindung des Kommunismus durch Lösung des Genossenschaftsproblems und der Agrarfrage. Duncker & Humblot, Leipzig.
- Raymond, Eric S (1994): The New Hacker's Dictionary. Cambridge, MIT Press.
- Rost, Stefan (2012): Mietshäuser Syndikat. In: Helfrich, Silke und Heinrich Böll Stiftung: Commons – für eine neue Politik jenseits von Markt und Staat. Bielefeld, Transcript, S 285–287.
- Rost, Stefan (2015): Mein Haus, mein Windpark, mein Direktkredit. In: Forum Recht 01/15, S 30–31.
- Sauer, Madeleine (2016): Widerständige Alltagspraxen. transcript, Bielefeld.
- Schnelle, Eva Maria (2012): Commons: Die Neuerfindung der Allmende – Rechtliche Aspekte einer kooperativen Verwaltung von Gemeingütern. In: Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht eV (Hrsg) Kollektivität – Öffentliches Recht zwischen Gruppeninteressen und Gemeinwohl, 52. Assistententagung Öffentliches Recht, S 165–187.
- Stadt München (2019): Öffentliche Sitzung des Ausschusses für Stadtplanung und Bauordnung vom 25. September 2019, Beschluss, S 3, www.ris-muenchen.de/RII/RII/DOK/TOP/5675563.pdf (1.7.2020).
- Wagner, Martin (1924): Neue Wege zum Klein-Wohnungsbau. Ein Programm der Selbsthilfe. Berlin, Vorwärts-Buchdruckerei.
- Weber, Max (1924): Wirtschaftsgeschichte. München und Leipzig, Duncker & Humblot.
- Wendt, Matthias (2018): Weil es nur zusammen geht. Commons-basierte Selbstorganisation in der Leipziger Hausprojekteszene. Campus Verlag, Frankfurt/ New York.

Schöner Leben ohne Reihenhaus!

Einblicke in das selbstverwaltete Projekt SchloR als Teil des habiTAT

Daniel Penninger

1. habiTAT – Mietshäuser Syndikat goes Österreich¹

Das Modell des Mietshäuser Syndikats (MHS) wird auch über Deutschland hinausgehend interessiert wahrgenommen. Mit der Gründung des habiTAT in Österreich ist es, nach zwei Jahren gemeinsamer Überlegungen und Zusammenarbeit mit dem Mietshäuser Syndikat und insb der Arbeitsgruppe (AG) International, im Jahr 2014 das erste Mal gelungen, die Strukturen auf einen anderen Rechtsraum als den deutschen zu übertragen.² Hier fungiert das habiTAT³ nun seit 2015 als bundesweiter Dachverband der Hausprojekte in Österreich. Mittlerweile gibt es – SchloR mitinbegriffen – vier realisierte Projekte⁴ und weitere⁵ sind im Entstehen.

Die Struktur-Übertragung war aufgrund der relativ ähnlichen Rechtslage zur GmbH möglich. Auch im habiTAT ist das Ziel die Sicherung von leistbarem Wohnraum und die Verhinderung von Spekulation. Wie beim MHS, wird die Immobilie durch eine GmbH erworben, also durch eine juristische Person, die zwei Gesellschafter_innen – den habiTAT-Dachverband sowie den jeweiligen Hausverein – hat. Das habiTAT hat hier wie das MHS ein Vetorecht beim Hausverkauf.⁶ Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Immobilie nicht wieder auf den freien Immobilienmarkt gelangen kann. Auch hier sind Direktkredite (Nachrangdarlehen⁷) neben Bankkrediten ein zentraler Finanzierungsbaustein. Über die Trennung von Finanzierung (kollektiv über Nachrangdarlehen an die GmbH) und Nutzung (über einen Mietvertrag) soll gesichert werden, dass jede_r Bewohner_in, unabhängig von dem sozialen Status und Eigenkapital, gleichberechtigte Teilhabe und Recht auf Mitbestimmung hat. Bezüglich Nachrangdarlehen ist dem habi-

1 Der Autor ist selbst bei SchloR als auch bei habiTAT involviert und aktiv.

2 *Ertl/Humer*, Machs dir doch Selbst! Das Mietshäusersyndikat in Österreich, *dérive.at* April – Juni 2016, <https://derive.at/texte/machs-dir-doch-selbst/> (19.5.2020).

3 *HabitAT*, <https://habitat.servus.at/> (19.5.2020).

4 Die Autonome Wohnfabrik hat 2017 ein Haus in Salzburg vom Immobilienmarkt freigekauft. Das Hausprojekt Bikes & Rails zog Ende Mai 2020 in den fertiggestellten Neubau im Wiener Sonnwendviertel ein. Willy*Fred war das erste habiTAT-Projekt in Österreich und ist seit 2015 in Linz vertreten.

5 ZB das *Brennessel Hauskollektiv*, welches seit 2016 auf der Suche nach einem geeigneten Haus in Innsbruck ist. Darüber hinaus überlegen weitere, bereits bestehende Projekte sich dem habiTAT anzuschließen.

6 Mehr hierzu findet sich in dieser Ausgabe bei *Barthel*, *Legal hacking* und seine praktischen Dimensionen am Beispiel des Mietshäuser Syndikats, *juridikum* 2020, 366 sowie unter 4. in diesem Beitrag.

7 Erläuterungen hierzu finden sich unter 5. in diesem Beitrag.

TAT das Alternativfinanzierungsgesetz (AltFG)⁸ zu Gute gekommen, das im Jahr 2015 in Kraft getreten ist und Nachrangdarlehen vereinfacht ermöglicht.⁹

An einigen Stellen hat sich das habiTAT aber auch für – vom MHS-Modell – abweichende Lösungen entschieden. So ist das habiTAT als Dachverband ein Verein und setzt die Beteiligungen nicht über eine zwischengeschaltete Dachverbands-GmbH um, sondern aufgrund der einfacheren Umsetzbarkeit über den Verein direkt. Statt basisdemokratischer Entscheidungen im Konsens auf Mitgliederversammlungen wie im MHS, lagert das habiTAT den Großteil der Entscheidungen auf den sogenannte Koordinationskreis aus. Die Generalversammlungen (GV), welche 2-mal jährlich stattfinden, dienen im habiTAT mehr dem Austausch, der Diskussion bzw finden hier auch Workshops zu gewissen Themen statt. Nur wenige Entscheidungen werden in der GV getroffen und diese im *Konsent*.¹⁰ Konsent ist die grundlegende Entscheidungsfindung in der Soziokratie, welche das habiTAT anwendet. Auch im Koordinationskreis, welcher 4-mal jährlich stattfindet, durch welchen der Großteil der Entscheidungen getroffen wird, werden diese mittels Konsent gefällt. Ein Koordinationskreis ist ein Zusammenschluss verschiedener AGs¹¹ zu spezifischen Themen. In diesen Koordinationskreisen treffen sogenannte Delegierte aus den AGs zusammen. Diese Delegierten können und sollen personell wechseln. Hintergrund der Implementierung der Soziokratiestruktur ist eine schnellere und zielgerichtete Entscheidungsfindung, die Entlastung der GV und die Ermöglichung von grundlegenden Veränderungen in den Abläufen und Strukturen des habiTAT.

Auch hat sich das habiTAT für andere Solidarbeitragsrichtlinien entschieden. So beläuft sich dieser Betrag im ersten Monat bei 10 Cent/m² vermieteter Fläche und steigt im ersten Jahr pro Monat um 10 Cent/m². Danach steigert sich der Solidarbeitrag um 30 Cent/m² pro Jahr. Diese Steigerung wird indexangepasst und somit die Inflation einberechnet.¹² Wie eine Projektumsetzung praktisch abläuft, wird in Folge am Beispiel des Projektes SchloR illustriert.

2. SchloR?¹³ Schöner Leben! Eine Bestandsaufnahme

SchloR ist ein Kunst-, Kultur- und Wohnprojekt, welches sein Treiben auf einem ca 3.000 m² großen Grundstück in Wien-Simmering verwirklicht. Die Aktivitäten am besagten Gelände haben schon begonnen und nehmen stetig zu. Der Altbestand des 2019

8 Alternativfinanzierungsgesetz 2015, BGBl I 2015/114.

9 Bundesministerium Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, Alternativfinanzierungsgesetz, www.bmdw.gv.at/Ministerium/Rechtsvorschriften/Wirtschaftsrecht/Alternativfinanzierungsgesetz-.html (30.5.2020).

10 *Konsent* bedeutet im Unterschied zu *Konsens*, dass niemand der Anwesenden einen schwerwiegenden Einwand hat, anstatt dass alle mit einer Entscheidung einverstanden sind.

11 In den Arbeitsgruppen werden Themen und Vorschläge für den Koordinationskreis und die GV erarbeitet. Diese haben wenig eigenständige Entscheidungsmacht und bestehen aus mehreren Personen verschiedener Hausprojekte.

12 Zur Berechnung im MHS vgl in diesem Heft *Barthel, Legal hacking*, juridikum 2020, 366.

13 Erläuterungen zum Namen SchloR, siehe *Heindl/Pollack*, SchloR in Wien Simmering. Schöner Leben ohne..., future. lab MAGAZIN April 2019, 8 (8 f).

gekauften Geländes wird soweit wie möglich und sinnvoll weiter genutzt bzw für die angestrebten Zwecke adaptiert. Jene Gebäude, welche es aus verschiedenen Gründen nicht zulassen, die angestrebten Pläne zu verwirklichen, werden renoviert, umgebaut bzw neu errichtet. Die eben angesprochenen Umbauarbeiten sollen Innenflächen in der Größenordnung von ca 1.400 m² schaffen, in denen Wohnbereiche, Ateliers, Proberäume, Werkstätten, Seminarräume, Büros und ein Trainingszentrum entstehen sollen.¹⁴

Das Herzstück des Areals ist die großzügige Trainingshalle, welche Platz für Aktivitäten wie Artistik, Boxen, Bouldern, Yoga und Zirkus sowie vieles mehr bietet bzw in Zukunft bieten wird.¹⁵ Im Werkstättenbereich und im Ateliordorf wird ua Platz für Ateliers, Proberäume, Seminarräumlichkeiten und Holz- sowie Metallwerkstätten geschaffen.¹⁶ Im Jahr 2021 wird der Betriebs- und Wohnbereich fertiggestellt, welcher dann sowohl Büroräumlichkeiten für die Betriebe, als auch Wohnmöglichkeiten in Form von Betriebswohnungen bereitstellen wird. Der Außenbereich soll gärtnerisches Tun ermöglichen als auch Austauschmöglichkeiten für die diversen Nutzer_innen und Bewohner_innen bieten.¹⁷

Von all diesen verschiedenen Nutzungsmöglichkeiten soll auch die Nachbar_innenschaft profitieren. In diesem Sinne werden Partizipationsmöglichkeiten geschaffen, da Austausch und Vernetzung wichtige Ziele sind. Daher arbeitet SchloR an der Vernetzung mit bestehenden Initiativen, Vereinen und Kulturschaffenden im Bezirk und darüber hinaus.¹⁸ Bei all den genannten Nutzungsmöglichkeiten geht es nicht um Profit, sondern um Kostendeckung¹⁹. Damit soll eine niederschwellige und leistbare Nutzung des Areals von diversen Akteur_innen ermöglicht werden.

3. Von der rausgekauften WG zum Kultur- und Wohnprojekt

Der Startschuss für das Projekt fiel im Jahr 2014. Ein Teil des heutigen SchloR-Kollektivs machte die Erfahrung, was es bedeuten kann, wenn das Zinshaus, in welchem die Wohngemeinschaft angesiedelt war, zum Spekulationsobjekt wird. Die Mieter_innen des Gebäudes wurden nach und nach ausgemietet. Das Interesse der Eigentümer_innen im Sinne einer Aufwertung ihrer Liegenschaft stand hier dem Interesse der Mieter_innen, eine langfristige und leistbare Wohnung zu nutzen, gegenüber. Im Endeffekt ließ sich die

14 SchloR, Rappachgasse, schlor.org, <https://schlor.org/home/rappachgasse/> (30.5.2020).

15 Nach diversen Umbauarbeiten soll die Halle Ende 2020 ihren Vollbetrieb aufnehmen. SchloR, Trap, schlor.org, <https://schlor.org/trap/> (30.5.2020).

16 Diese Bereiche sollen ebenso Ende 2020 den Vollbetrieb aufnehmen.

17 Alle möglichen Entscheidungen betreffend Umbauarbeiten und zukünftiger Ausstattung der unterschiedlichen Gebäudeteile werden in verschiedenen AGs des SchloR Hausvereins gefällt. Hierzu wird entsprechend den Bedürfnissen der zukünftigen Mieter_innen und Nutzer_innen entschieden.

18 SchloR, Verbündete, schlor.org, <https://schlor.org/home/verbuedete/> (30.5.2020), www.igkultur.at/mitglieder/verein-zur-foerderung-kollektiven-wohnens-und-kreativer-lebensvisionen-schloR (30.5.2020).

19 Kostendeckung bedeutet hier die Deckung der laufenden Kosten, inklusive einberechneter Tilgung der Kredite, Puffer für Instandhaltung, usw. Mehr hierzu findet sich unter 4. in diesem Beitrag. Da sich SchloR als solidarisches Projekt versteht, können die Nutzungsentgelte, je nach Unterstützungswert des Anliegens variieren.

WG – als eine der letzten Parteien im Haus – schlussendlich auf Verhandlung ein und vereinbarte eine nicht unerhebliche Summe, welche sie zum Auszug bewegen sollte. Diese Summe fungierte in Folge als Startgeld für SchloR. Ziel war von nun an, nicht mehr abhängig von der Willkür von Vermieter_innen, Plänen von Spekulant_innen und dem Profitinteresse der Immobilienwirtschaft zu sein und die Idee, ein Wohnprojekt zu gründen, war geboren.

Von den ersten Treffen und Brainstormings über mögliche Wohnformen, deren Realisierung und der Gründung von SchloR dauerte es vier Jahre bis ein geeignetes Grundstück gefunden und die ersten Teile des oben beschriebenen Areals nutzbar wurden.²⁰ Die Suche am Immobilienmarkt war erstmals desillusionierend, die Preise höher als erwartet, sowie der Zeitdruck nicht zu unterschätzen, denn anders als bei Profi-Hauskäufer_innen, war es dem Kollektiv nicht möglich, bei Gefallen einer Liegenschaft, das Geld einfach auf den Tisch zu legen und zu kaufen. SchloR brauchte Zeit, um die Finanzierung zu klären, eine Direktkreditkampagne zu starten und die Kollektivmitglieder mussten den die Eigentümer_in überzeugen, ihnen diese Zeit einzuräumen. Mit Finden einer geeigneten Liegenschaft und einem Eigentümer, welcher warten und auch dem Konzept etwas abgewinnen konnte, nahm dann das Projekt konkretere Gestalt an.²¹

Im Zuge der Immobiliensuche war SchloR auch in Kontakt mit Personen und Stellen der Stadt Wien sowie der Politik. Wichtig war der Gruppe immer, dass keine externen Interessen mit ins Boot geholt werden. Die kollektiven Ziele waren kaum vereinbar mit den wenigen zugetragenen Angeboten und Interessen.²²

Schlussendlich ist es dann doch mehr als ein Wohnprojekt geworden und so kam es dazu, dass auch das gemeinsame Arbeiten und Schaffen der Kollektivmitglieder, im Sinne von Handwerk, Kunst und Kultur in dieses Projekt integriert wurden. Dies ist einerseits dem Anspruch des Kollektivs nach einer solchen Möglichkeit geschuldet und andererseits war es auch möglich, dies in der konkreten Liegenschaft zu verwirklichen. Ferner war es dem Kollektiv immer wichtig, dass dies kein exklusiver Raum für die Kollektivmitglieder werden soll, sondern hier ein Ort der Vernetzung und des Austausches entsteht. Für unterschiedliche Projekte, welchen es nicht um die Erwirtschaftung von Gewinn geht, will SchloR Möglichkeiten bieten, die nicht abhängig von den finanziellen Möglichkeiten sein sollen.

Beim MHS in Deutschland fand SchloR ein passendes Konzept bzgl Rechtsform und Finanzierung und kurz darauf kam es zur Gründung des habiTAT. Es wurde entschieden, auch SchloR iSd habiTAT zu realisieren und so wurde das Kollektiv Mitglied beim habiTAT.

20 Redl, Gemeinwohlorientiertes Arbeiten und Wohnen in Wien-Simmering, derstandard.at 1.6.2018; www.derstandard.at/story/2000080394911 (30.5.2020).

21 Redl, Arbeiten und Wohnen, derstandard.at.

22 Unterstützungen und Angebote vonseiten der Stadt Wien waren immer abhängig von gewissen Forderungen wie bspw die Vergabe von Wohneinheiten bei SchloR durch Wiener Wohnen ohne Mitspracherecht. Die Gruppe wollte jedoch ihre Autonomie bewahren und diese Entscheidungen kollektiv treffen. Somit konnte und wollte SchloR diese Angebote nicht annehmen; Bunke, Wie man Wohnraum der Spekulation entzieht, augustin.or.at 11.04.2020, <https://augustin.or.at/selber-tun> (30.5.2020).

Denn es erschien der Gruppe wichtig Teil dieser Bewegung zu werden, welche sich auf die Fahnen schreibt, Eigentum zu kollektivieren und so Wohnraum langfristig leistbar zu gestalten. Andererseits schien auch die Finanzierung in dieser Form als realistisch. Wichtig war dabei, dass ein Wohnen und Schaffen bei SchloR unabhängig von individuellen monetären Eigenmitteln geschehen kann.

Aktuell besteht das Basis-Kollektiv SchloR aus 18 Personen und zusätzlich aus diversen engagierten Nutzer_innen und Supporter_innen. Ein bunter Haufen von Personen aus verschiedenen Kontexten, welche aktivistisch tätig sind, im Sozialbereich arbeiten, handwerkliche Ambitionen haben, in der Gastronomie Tätige, Lohnarbeitslose, Kulturschaffende, Künstler_innen, Studierende und Artist_innen. Die Gruppe vereint ein kollektiver Gedanke, gemeinsam mehr zu erreichen, anstatt individuell zu vereinsamen, eine egalitäre Einstellung und der Wille etwas zu schaffen, das auch einen gesellschaftlichen Mehrwert hat und dies auch auf Dauer zu gewährleisten. Für dieses Engagement bekommt niemand aus dem Kollektiv monetäre Entschädigung. Der Lohn ist die Utopie langfristig leistbares Wohnen zu ermöglichen, sowie einen gesellschaftlichen als auch kulturellen Beitrag zu leisten, wo auch die Nachbar_innenschaft davon profitieren kann.²³ Die Kollektivmitglieder sind weder Medien-, Bau- noch Rechtsexpert_innen, um nur ein paar Bereiche zu nennen, in welchen einschlägiges Fachwissen notwendig war, um dieses Projekt zu verwirklichen. Diese Fähigkeiten mussten entweder angeeignet werden oder Verbündete gefunden werden, welche hierbei unterstützen.

4. Rechtliche Strukturen und Besonderheiten bei SchloR

Um das Projekt langfristig zu sichern, Machtstrukturen zu minimieren bzw transparent zu gestalten und individuelle Haftbarkeit zu reduzieren, gründete SchloR – der gängigen Praxis des *habiTAT* entsprechend – eine GmbH für den Kauf des Geländes. Gesellschafter_innen dieser GmbH sind zu 49 % das *habiTAT* und zu 51 % der SchloR-Hausverein. Im Hausverein befinden sich die Mieter_innen und Nutzer_innen des Projekts. Durch die Mehrheit der Anteile wird die Autonomie der Nutzer_innen über Verwaltung und Gestaltung des Grundstücks gesichert. Das *habiTAT* hat die Aufgabe, das Grundstück langfristig dem freien Markt zu entziehen und zu gewährleisten, dass dieses selbstverwaltet bleibt, einem solidarischen und keinem kommerziellen Interesse dient. Neben dem schon angesprochenen Vetorecht beim Hausverkauf hat das *habiTAT* auch ein Vetorecht, sollten Profite im Projekt ausgeschüttet werden. Dies wird durch eine Übermittlung des Jahresabschlusses an den Dachverband gewährleistet. Gewinn durch Mieteinnahmen wird zur Tilgung von Krediten genutzt.²⁴

23 *Bauer/Schwarz*, *Schöner Leben ohne ... Reihenhaus?* malmoe.org 15.3.2019, www.malmoe.org/2019/03/15/schoener-leben-ohne-reihenhaus/ (30.5.2020).

24 Vgl in diesem Heft *Barthel*, *Legal hacking*, *juridikum* 2020, 366; *SchloR*, Folder 2019, [schlor.org, https://schlor.org/wp-content/uploads/2019/02/SchloR-Folder-2019.pdf](https://schlor.org/wp-content/uploads/2019/02/SchloR-Folder-2019.pdf), 6f (30.5.2020).

Da SchloR mehr als ein Wohnprojekt ist, gibt es einige strukturelle Besonderheiten, welche aufgrund der vielfältigen Nutzung des Geländes notwendig sind. Die Trainingshalle ist dem Betrieb TRAP²⁵ zugehörig. TRAP ist ein wirtschaftlich tätiger Verein, welcher die Halle betreibt. Über die Halle hinausgehend werden Büros genutzt und es sind diesem Betrieb zwei Betriebswohnungen zugeordnet.²⁶ In einem zweiten Betrieb, CRAP²⁷, werden nach den bereits erwähnten Umbauarbeiten die Co-Working-Spaces, Werkstätten, Proberäume, Ateliers, Büros, das Tonstudio und der Seminarraum organisiert. Ebenso sind diesem Betrieb zwei Betriebswohnungen zugeordnet. Bis zur Realisierung von CRAP übernimmt der Kulturverein *Schlorina* so etwas wie eine Platzhalter_innenfunktion für einen eingeschränkten Kultur- und Kreativbetrieb.²⁸ TRAP und CRAP sind als eigenständige Betriebe organisiert, welche personelle Überschneidungen mit dem SchloR Hausverein bzw der SchloR GmbH aufweisen, aber eigenständig agieren.

Das Betriebskonzept mit TRAP und CRAP wurde den zuständigen Magistraten zur Vorreichung vorgelegt. Dieses Betriebskonzept inklusive baulichen Maßnahmen wurde von der Baupolizei MA 37 eingeschätzt und hinsichtlich der tatsächlichen Einreichung als erfolversprechend titulierte, mit dem Vorbehalt der Umsetzbarkeit. Mittlerweile wurde die Baugenehmigung für die Umbauarbeiten von CRAP erteilt und jene für TRAP sollte in Kürze folgen. Die (Vor)Einreichungen bzw Absprachen mit diversen Magistraten waren sowohl für SchloR wie auch für die Behörden sehr herausfordernd, denn die entsprechenden Behörden sind es gewöhnt, mit Fachexpert_innen zu kommunizieren und auch das Konzept von SchloR stellte für die entsprechenden Behörden unkonventionelles Neuland dar.²⁹

5. Die Finanzierung des Projektes

Wie auch schon im Beitrag von *Barthel* in dieser Ausgabe erwähnt, ist es nicht notwendig eine „dicke Geldbörse“ zu besitzen, um bei diesem Projekt mitzumachen. Auch müssen Einzelpersonen keinen hohen Kredit hierfür aufnehmen. Was es braucht, ist das Interesse an kollektiver Auseinandersetzung, selbstverwalteten Strukturen und Commitment bzgl gemeinsamen Zielen sowie Wertvorstellungen.³⁰ Die Finanzierung des Projekts wurde und wird mithilfe eines Crowdfundings (Direktkreditkampagne)³¹ nach dem AltFG umgesetzt. Hierfür war viel Medienarbeit (Internet, Print, Radio und TV), als auch

25 Trainingszentrum RAPPachgasse.

26 *SchloR*, Folder, schlor.org, 11.

27 Creativecluster RAPPachgasse.

28 *SchloR*, Folder, schlor.org, 11.

29 Mit der kooperierenden Architektin *Gabu Heindl* wurde einiges einfacher. Siehe *Gabu Heindl Architektur*, SchloR – Schöner Leben ohne Rendite, gabuheindl.at, www.gabuheindl.at/de/uebersicht/wohnen-und-arbeiten/schloR-schoener-leben-ohne-rendite.html (30.5.2020).

30 *SchloR*, Über Uns, schlor.org, <https://schlor.org/home/ueber-uns/> (30.5.2020); *habiTAT*, Selbstverständnis, habitat.servus.at, https://habitat.servus.at/?page_id=110 (30.5.2020).

31 *SchloR*, Direktkredite, schlor.org, <https://schlor.org/home/direktkredite> (30.5.2020).

Präsenz bei diversen Workshops, Vortragsreihen, Diskussionsrunden und sonstigen Veranstaltungen notwendig. Schlussendlich war es möglich den Kauf des Grundstücks mittels Nachrangdarlehen zu realisieren. Nachrangdarlehen bezeichnen in diesem Fall Darlehen von natürlichen und juristischen Personen an die SchloR GmbH, welche im Fall der Zahlungsunfähigkeit erst nach nicht-nachrangigen Gläubiger_innen – im konkreten Fall die Stiftung – bedient werden. Die Nachrangdarlehen werden zu einem frei wählbaren Zinssatz zwischen 0 und 2 % verzinst. Bei Bedarf wird dieser Betrag innerhalb einer Frist von 3 bis 6 Monaten – je nach Höhe des Betrages – zurückgezahlt.³² Diese Direktkredite kamen von Teilen des Kollektivs selbst, von diversen Unterstützer_innen, Hausprojekten aus Österreich und Nachbarländern sowie von Supporter_innen der Ideen, welche im Zuge der Projektumsetzung realisiert werden sollen. Damit zurückgezahlt werden kann, wurden kostendeckende Mieten für die verschiedenen Flächen berechnet, welche durch die Bewohner_innen bzw Nutzer_innen dieser Flächen gedeckt werden. Die Nachrangdarlehen machen ca 45 % (ca 1,7 Mio €) des gesamten Projektvolumens aus. Das Finanzierungskonzept beinhaltet auch die Umschuldung von Krediten. Nachrangdarlehen, welche ausgezahlt werden müssen, werden somit prinzipiell durch jüngst erworbene Nachrangdarlehen getilgt.³³

Zur Veranschaulichung sei hier angeführt, dass sich die berechnete Nettokaltmiete der Betriebswohnungen zwischen 8 und 9 €/m² bewegt. Die Mietpreise berechnen sich anhand von Krediten, Zinsen und Tilgung als auch Instandhaltung, wobei das Mietausfallwagnis miteinberechnet wurde. Die Kalkulationsgrundlagen für die Mietberechnungen wurden vom MHS im Wesentlichen übernommen und für das konkrete Projekt übertragen und durch die AG Finanz (interne SchloR AG) umgesetzt.

Bei den Nutzflächen von CRAP und TRAP fallen die Preise unterschiedlich aus, je nachdem ob es sich um ein eingerichtetes Tonstudio oder einen Bereich in der großen Trainingshalle handelt. Die berechnete Gesamtmiete des Geländes bleibt in Summe konstant, auch wenn einmal keine Kredite mehr zurückgezahlt werden müssen. Zwar können einzelne Teile der Miete sinken, insofern sich Einnahmen anderer Teile zum Positiven verändern. Die Kalkulation beruht – wie auch in anderen Berechnungsteilen – auf Annahmen, welche realen Veränderungen unterworfen sind. Steigen können die Mieten de facto aber nicht. Durch den Solidarbeitrag, welcher bereits im ersten Teil dieses Beitrags vorgestellt wurde, bleibt die Miete konstant. Dieser Beitrag, welcher an das habiTAT ausbezahlt wird, steigt mit fortschreitender Tilgung der Kredite. Es ist also nicht das Ziel, dass die Miete nach Tilgung aller Kredite wegfällt.³⁴

Primär war es gar nicht angedacht, den gesamten Grundstückskauf mittels Nachrangdarlehen zu finanzieren, sondern hierfür noch zusätzlich einen Bankkredit aufzunehmen. Doch das Konzept von SchloR mit der Verknüpfung von Wohnen und Betrieben und

32 SchloR, Direktkredite, schlor.org.

33 Heindl/Pollack, future.lab MAGAZIN April 2019, 9.

34 Ertl/Humer, Mietshäusersyndikat, derive.at.

den vielfältigen Nutzungen war so unkonventionell, dass SchloR durch diverse gängige Schubladen fiel. Für ein solches Vorhaben gab es bei den Banken keine Vorlagen bzw Erfahrungen und so wäre es notwendig gewesen, das Risiko für dieses Projekt neu zu berechnen, woran vonseiten der Banken kaum Interesse bestand. Für die Finanzierung der Umbauarbeiten und des Neubaus sicherte SchloR schlussendlich die Berliner Stiftung *Umverteilen*³⁵ einen langfristigen (30 Jahre Laufzeit) und fairen Kredit zu, was eine Kreditaufnahme bei einer Bank überflüssig machte. Im Gegenzug ist die Stiftung, bis zur vollständigen Tilgung des Kredits, im Grundbuch eingetragen. Der Stiftungskredit macht ca 55 % (ca 2,1 Mio €) des gesamten Projektvolumens aus. Die Stiftung hat an sich kein kommerzielles Interesse. Anders wäre dies wohl bei einer Bank, welche bei vielen Hausprojekten des MHS und des *habiTAT* im Grundbuch eingetragen ist, wobei dies nichts an der antikapitalistischen Haltung der Projekte ändert. Diese Kredite sind notwendig, da die Geldsummen für einen Hauskauf meist höher sind als jene monetären Mittel, welche durch Nachrangdarlehen akquiriert werden können. Darüber hinaus besteht der Anspruch, dass die zukünftigen Mieter_innen und Nutzer_innen keine Eigenmittel mitbringen müssen, um beim Projekt zu partizipieren.

Der finanzielle Stufenplan von SchloR sieht drei Stufen zur Realisierung des Projektes vor. Die erste Stufe, mit Liegenschafts Kauf sowie diversen behördlichen Klärungen und Voreinreichungen ist bereits abgeschlossen. Die zweite Stufe sieht vor, alle notwendigen Umbauarbeiten für TRAP und CRAP, bis Ende 2020 zu realisieren. Die dritte Stufe beinhaltet die Realisierung des Neubaus mit dem Wohn- und Bürotrakt für 2021. Danach ist der Vollbetrieb aller Teile der Liegenschaft geplant.³⁶

Mit fortlaufender Zeit und zunehmender Anzahl von beteiligten Projekten steigen (va durch den Solidarbeitrag) die monetären Mittel des *habiTAT*, mit welchen dann neue Projekte – im Sinne von Beratungstätigkeit und Anschubfinanzierung – unterstützt werden können. So kann das *habiTAT* selbst Kredite an Hausprojekte vergeben und die Erstfinanzierung der zukünftigen Projekte wird demzufolge einfacher. Des weiteren benötigt das *habiTAT* finanzielle Mittel für Öffentlichkeitsarbeit, Strukturhaltung sowie Fahrtkosten für *habiTAT*-Treffen, welche nicht aus eigener Tasche bezahlt werden müssen. Somit ist ein Instrument geschaffen, welches es ermöglicht neue Projekte anzutreiben und auch zu wachsen und so bestenfalls immer mehr Immobilien dem kapitalistischen Markt zu entziehen.³⁷

6. Fazit

Es geht den Kollektivmitgliedern von SchloR nicht darum, individuelle Vorsorge zu verwirklichen, sondern um ein kollektives Interesse und eine solidarische Zukunft. Es geht

³⁵ Siehe www.umverteilen.de (30.5.2020).

³⁶ *SchloR*, Folder, schlor.org, 19.

³⁷ *Ertl/Humer*, *Mietshäusersyndikat, dérive.at*.

darum, etwas Langfristiges, Leistbares ohne Gewinnabsichten zu schaffen, einen Gegenentwurf zum kapitalistischen Immobilienmarkt zu kreieren. Damit dies funktionieren kann, ist viel Eigeninitiative von allen Teilen des SchloR-Kollektivs und den Nutzer_innen von CRAP und TRAP notwendig. Gleichfalls bedarf es in finanzieller Hinsicht Supporter_innen, welche dieser Idee etwas abgewinnen können und sich daran beteiligen. Für Folgeprojekte kann vieles vereinfacht werden und so wünscht sich das habiTAT regen Zulauf. Eine Stadt ist mehr als ein Zentrum der Kapitalakkumulation. Wenn die Stadt Wien anders bleiben bzw werden soll, sollte sie auch etwas dafür tun. Solche und ähnliche Projekte anzuerkennen und zu fördern, ohne deren Autonomie in Frage zu stellen und ohne eigene Interessen verwirklichen zu wollen, wäre wünschenswert.

Daniel Penninger MA lebt in Wien, ist seit 2014 aktives Mitglied bei SchloR sowie habiTAT und im Sport-, Kultur- und Sozialbereich tätig. Gemein ist diesen Bereichen die Auseinandersetzung mit den Themen Selbstorganisation, Stadt und Gesellschaft; daniel.penninger@schlor.org

California über allem

Die Proteste gegen den Google-Campus und die Stadt als kybernetisches Projekt

Thomas Winklmeier

Am 25.11.2018 erklärte *Google*, dass es seine Pläne in der Ohlauer Straße in Berlin-Kreuzberg einen sogenannten Google-Campus zu errichten erst einmal aufgeben werde. Dem vorausgegangen war eine breite Protest-Kampagne, die unter den Anwohner*innen des durch die autonome und Hausbesetzerbewegung der 1980er Jahre berühmt berüchtigten Berliner Bezirks *Kreuzberg* 36 breite Zustimmung und große Unterstützung fand, in ganz Berlin für reichlich Gesprächsstoff und weltweit für viel Aufsehen sorgte.

Dieser Text will die Geschichte dieses Protests erzählen und der Frage nachgehen, wieso er sich ausgerechnet an *Google* entzündete und in welchem Kontext er in den Kämpfen um die Stadt der Zukunft steht. Meine These ist, dass der Protest auch und vor allem im Kontext der Digitalisierung gesehen werden sollte, einer gesellschaftlichen Veränderung anhand technologischer Mittel. Großstädte sind Zentren dieser Entwicklung, *Google* ist – zumindest in der westlichen Hemisphäre – ein wesentlicher Akteur. Aus den Städten, wie wir sie heute kennen, sollen nach und nach sogenannte Smart Cities werden. Die treibende Ideologie dahinter ist die der Kybernetik. Insofern richteten sich der Protest gegen den *Google* Campus auch gegen die Transformationen der Stadt als kybernetisches Projekt.

Im Folgenden werde ich zunächst die Genese der Großstadt kurz nachzeichnen, um einen Begriff des Ortes zu haben, in dem die Proteste stattfanden und im nächsten Schritt auf die Idee der Smart City eingehen. Vor diesem Hintergrund werde ich dann die Proteste gegen den *Google* Campus schildern, um zum Schluss eine Einordnung in die Kämpfe der Stadt der Zukunft zu versuchen und einen Ausblick zu wagen.

1. Die Großstadt als Paradigma der Moderne

Zunächst ist festzuhalten, dass Großstädte ein dezidiert modernes Phänomen sind. Die Bedeutung der Großstadt als wirtschaftliches und kulturelles Zentrum der Moderne ist unumstritten. Jedoch werden in den verschiedenen wissenschaftlichen Disziplinen unterschiedliche Begriffe der Moderne angewandt.¹ Grundsätzlich ist die Moderne eine „Be-

1 *Vietta*, Die literarische Moderne. Eine problemgeschichtliche Darstellung der deutschsprachigen Literatur von Hölderlin bis Thomas Bernhard (1992) 17ff.

zeichnung für eine fundamental neue Rolle des Menschen in der Welt, für eine radikale Wende in der Menschheitsgeschichte.“² In meinem Beitrag verwende ich den Begriff in einem engeren Sinn, der zeitlich zur Wende zum 20. Jahrhundert ansetzt. Die Moderne taucht hier auch erstmalig als epochale Selbstbezeichnung auf.³ Gleichzeitig entstehen in Deutschland die ersten Großstädte, die für die Menschen zum unmittelbaren Erfahrungsraum und damit zum „Paradigma der Moderne“⁴ werden.

1.1. Die Entwicklung der Großstadt in der Moderne

Während dieser Wende kam es zu umfassenden gesellschaftlichen Veränderungen, die mit den Begriffen Industrialisierung, Technisierung, Rationalisierung, Säkularisierung und Verwissenschaftlichung⁵ beschrieben werden. Im Zuge dessen setzte in Deutschland seit ca 1871 ein Urbanisierungsschub ein, der zur Herausbildung der Großstädte führte. Die moderne Großstadt veränderte die Lebensbedingungen der Menschen, die sich in einer Umwelt wiederfanden, die geprägt war durch Industrialisierung, Kaufhäuser als Waren- und Konsumstätten und urbane Zeiterfahrung durch Elektrifizierung der Verkehrs- und Kommunikationsmittel.⁶ Großstädte waren damit sowohl Zentrum als auch Ergebnis einer gesellschaftlichen Umwälzung, die vor allem mit wissenschaftlichem und technischem Fortschritt verknüpft waren.

So war der Übergang von der Agrargesellschaft zu Industriegesellschaften markiert durch die Erfindung der Dampfmaschine Mitte des 17. Jahrhunderts, in deren Folge sich die Produktion in Fabriken verlagerte, die die Gesichter der Großstädte prägten. Nach dem 1. Weltkrieg wurde mit dem Siegeszug des Fordismus massenhaft Güter nach rationalisierten Abläufen produziert, die im Laufe des 20. Jahrhunderts immer weiter automatisiert wurden. Gefördert wurde diese Entwicklung durch die Erfindung von ersten binären Computern, die programmgesteuert Rechenoperationen ausführen konnten und sukzessive immer mehr im Produktionsprozess eingesetzt wurden. Ab den 1970er Jahren wurden Computer durch die Entwicklung von Mikrochips immer leistungsfähiger, was zur Folge hatte, dass die Produktion von Gütern immer weiter automatisiert wurde. Im Zuge dieser technologischen Entwicklung veränderten sich die Großstädte – zumindest im globalen Norden – von Produktionsstätten zu Dienstleistungsknoten des globalen, kapitalistischen Waren- und Güterverkehrs.

2 *Petersen*, Der deutsche Roman der Moderne. Grundlegung – Typologie – Entwicklung (1991) 6.

3 Der Neologismus „die Moderne“ wurde in Deutschland durch den literarischen Naturalismus geprägt. Vgl *Fähnders*, Avantgarde und Moderne² 1890-1933 (2010) 20.

4 *Becker/Kiesel*, Literarische Moderne. Begriff und Phänomen, in *Becker/Kiesel*, Literarische Moderne. Begriff und Phänomen (2007) 21.

5 Vgl *Becker/Kiesel* in *Becker/Kiesel* 19.

6 *Becker*, Urbanität und Moderne. Studien zur Großstadtswahrnehmung in der deutschen Literatur 1900-1930 (1993) 37 f.

Im beginnenden 21. Jahrhundert werden wir nun Zeug*innen einer weiteren umfassenden gesellschaftlichen Transformation. Die digitale Revolution, die eigentlich schon in den 70er Jahren begann, schickt sich an – so meine These – die Rolle des Menschen in der Welt und den Erfahrungsraum Großstadt fundamental zu verändern. Digitalisierung verstehe ich dabei nicht nur als technologischen Fortschritt. Technische Entwicklungen sind hier nur Bedingung der Möglichkeit gesellschaftlicher Transformation. In diesem Beitrag steht im Fokus des Begriffs Digitalisierung in Anlehnung an *Armin Nassehi* deren gesellschaftliche Funktion. Auf Basis der Frage für welches gesellschaftliche Problem Digitalisierung die Lösung ist, entwickelt *Nassehi* die These, dass „die gesellschaftliche Moderne immer schon digital war, dass die Digitaltechnik also letztlich nur die logische Konsequenz einer in ihrer Grundstruktur digital gebauten Gesellschaft ist“.⁷ Aus seiner systemtheoretischen Perspektive bedeutet digital die zählende, Daten rekombinierende Selbstbeobachtung „von auf den ersten Blick unsichtbaren Regelmäßigkeiten, Mustern und Clustern“,⁸ eine Tendenz die für ihn mit der modernen Staatlichkeit und der Sozialstatistik zu Anfang des 19. Jahrhunderts beginnt.⁹

Auch wenn bereits die Grundstruktur der Moderne digital ist, verändern sich die Großstädte durch die Digitalisierung. Deshalb werde ich im Folgenden kurz auf aktuelle Stadtentwicklungsprozesse eingehen und zum Schluss die digitale Stadt als Smart City erläutern.

1.2. Aktuelle Stadtentwicklung

Nachdem sich die Großstädte als Hort der industriellen Produktion herausbildeten, veränderte sich mit dem technischen Fortschritt auch die Zusammensetzung der Nachbarschaften, in denen Menschen leben. Vor allem die Innenstädte sind von den Veränderungen betroffen. Unter dem Schlagwort Gentrifizierung werden Prozesse beschrieben, durch die ansässige Bevölkerungsschichten eines Stadtteils durch andere, zahlungskräftigere verdrängt werden. So verschwinden zunehmend die durch die Industrialisierung entstandenen Arbeiter*innenviertel und es entstehen höher- bis hochpreisige Mittel- und Oberschichtcommunities.¹⁰ Zu dieser „klassischen“ Gentrifizierung gesellt sich neuerdings der Trend, dass in innerstädtischen Lagen hochpreisige Wohnungen neugebaut werden. In diesem Kontext ist von einer „Renaissance der Stadt“ die Rede.¹¹ Damit werden Gen-

7 *Nassehi*, *Muster. Theorie der digitalen Gesellschaft* (2020) 11.

8 *Nassehi*, *Muster* 50.

9 Vgl. *Nassehi*, *Muster* 31.

10 ZB die Mietpreisentwicklung in Berlin-Kreuzberg. Hier haben sich die Mietpreise allein in den Jahren 2009–2015 nahezu verdoppelt, vgl. *Berliner Morgenpost*, *Berliner Mieten seit 2009 – Wo sich die Preise verdoppelt haben*, [morgenpost.de](https://interaktiv.morgenpost.de/berlinmieten/) 2.2.2016, <https://interaktiv.morgenpost.de/berlinmieten/> (21.7.2020); Vgl. in diesem Heft *Handweg/Felsner*, *Der Mietendeckel. Grund, Genese und Geist des MietenWoG Berlin*, *juridikum* 2020, 354.

11 Vgl. *Fülleri/Marquardt/Glaszel/Pütz*, *Urbanität nach exklusivem Rezept. Die Ausdeutung des Städtischen durch hochpreisige Immobilienprojekte in Berlin und Los Angeles*, *Suburban* 1/2013, 35.

trifizierungsprozesse verstärkt, weil Stadtteile durch teure Neubauten aufgewertet und einkommenschwächere Stadtbevölkerungsschichten aus den Zentren verdrängt werden. Hier von einer Wiedergeburt der Stadt zu sprechen, ist meiner Meinung nach falsch. Es handelt sich lediglich um Umstrukturierungsprozesse, wie sie seit Anbeginn für Großstädte prägend sind. Großstadtleben hat in der Moderne immer Konjunktur. Dennoch erleben wir derzeit aber einen weiteren Urbanisierungsschub. Laut einer UN-Studie ist davon auszugehen, dass bis 2050 mehr als zwei Drittel der Weltbevölkerung in Städten leben wird.¹² Inwiefern der aktuelle Großstadttrend mit der digitalen Revolution korreliert, müsste an anderer Stelle untersucht werden.

Festzustellen ist allerdings, dass Gentrifizierungsprozesse nicht nur zu sozialen Spannungen zwischen den verschiedenen Bevölkerungsschichten einer Stadt, sondern auch zu großen Herausforderungen führen, die Stadt als soziales System zu verwalten.

1.3. Smart Cities als kybernetisches Projekt

Im Zuge der digitalen Revolution werden Städte gerne als Smart Cities bezeichnet. Unter Smart City verstehe ich die mit Hilfe von digitaler Technik organisierte Verwaltung der Großstadt.¹³ Denn „[s]ince the dawn of digital computing in the 1950s, technology and digitalization have been seen as a way to improve cities and to address these urban challenges. City growth and digitalization are therefore intertwined.“¹⁴ Mehr oder weniger seit Erfindung des Computers wurden diese auch zur Erleichterung der Stadtverwaltung eingesetzt. Digitale Technik ist das Mittel der Wahl, um den Herausforderungen der gesellschaftlichen Veränderungen durch die Digitalisierung zu begegnen. Die Moderne zeichnet sich dadurch aus, dass „das Problem der Selbstkontrolle gesellschaftlicher Praxis, die sich zuvor in erheblich einfacheren, hierarchischen, direkteren und sanktionsnäheren Formen strukturierte,“¹⁵ entdeckt Für die Stadt ist das Konzept Smart City die aktuelle Antwort auf das Problem städtischer Selbstkontrolle.

Auch wenn der Begriff Smart City vor allem als Begriff der Werbewirtschaft zum Anpreisen neuer, sogenannter „smarter“ Produkte¹⁶ verwendet wird, versteckt sich meiner Ansicht nach dahinter im Wesentlichen die Absicht, mittels digitaler Verarbeitung von durch Sensoren verschiedenster Art gewonnener Daten eine auf *Feedback* gestützte Steuerung der großstädtischen Prozesse zu erreichen. Die Sensoren sind zum einen dafür da, die im System Stadt ablaufenden Prozesse zu erfassen und damit mit Computern aus-

12 UNDESA, The World's Cities in 2016, www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/urbanization/the_worlds_cities_in_2016_data_booklet.pdf (5.6.2020).

13 Für eine aktuellen Zusammenfassung dessen, was der Smart-City-Begriff meinen kann, siehe: *Kempin Reuter*, Smart City Visions and Human Rights: Do They Go Together? Understanding the impact of technology on urban life (2020) 2.

14 *Kempin Reuter*, Smart City Visions 2.

15 *Nassehi*, Muster 53.

16 Die Produktpalette reicht vom digitalen Bürgeramt über digitalen Verkehrs- und Parkleitsystemen bis zur „smarten“ Straßenbeleuchtung, die nur leuchtet, wenn jemand in der Nähe ist. Wichtige Schnittstelle zu den Bürger*innen sind dafür die sog Smart Phones.

wert- und berechenbar zu machen, zum anderen dafür Rückmeldung über Erfolg oder Misserfolg bei der Optimierung dieser Prozesse zu geben. Damit verbirgt sich hinter dem Begriff der Smart City eigentlich die Stadt als kybernetisches Projekt.

2. Kybernetik und die Kalifornische Ideologie

2.1. Kybernetik als Ideologie

Die Ideologie der Kybernetik hat ihre Wurzeln in der Entwicklung von Kriegstechnologien während des 2. Weltkriegs.¹⁷ Der Mathematiker und Ingenieur *Norbert Wiener* war während des Krieges an der Entwicklung solcher Technologien beteiligt. Nach dem Krieg begründete er die Kybernetik und baute sie zu einem Denksystem aus. Im Kern seiner kybernetischen Ideologie steht die Idee, „Lebewesen, biologische und soziale Prozesse als rechnende Maschinen zu begreifen.“¹⁸ Kybernetik im Sinne *Wieners* ist zunächst einmal eine Informationstheorie, in der dem bereits erwähnten *Feedback* eine entscheidende Rolle zukommt. „Feedback bezeichnet in Informationssystemen eine Rückkopplung des Ausgangssignals, mit deren Hilfe wieder Einfluss auf das Gesamtsystem genommen werden kann.“¹⁹ Kybernetik als Informationstheorie bezieht sich demnach nicht nur auf die Erfassung von Information, sondern auch auf deren Kontrolle. Dass sich der Begriff Kybernetik aus dem griechischen Wort für Steuermann herleitet, ist insofern durchaus sinnstiftend. Wenn sowohl Maschinen als auch Menschen und sogar ganze Gesellschaften als informationsverarbeitende Systeme angesehen werden, dann ist die Kybernetik die Wissenschaft ihrer Steuerung.

Parallel zur Entstehung der kybernetischen Ideologie verlief die Erfindung und Entwicklung von Computern als informationsverarbeitende Systeme. Bis heute macht Computertechnologie die Verarbeitung von komplexen Zusammenhängen zunehmend einfacher. Wenn Computer mit genügend Daten gefüttert werden, können sie darin Muster erkennen, Sachverhalte werden darstellbar, Prozesse optimierbar. Das hat weitreichende Auswirkungen sowohl auf individuelle aber vor allem auch gesellschaftliche Entwicklungen. Der Siegeszug der Computertechnik führte dazu, dass immer mehr Daten von fast allem gesammelt werden. Der zum Schlagwort gewordene Begriff *Big Data* steht auch dafür, dass mittlerweile ungeheure Mengen an Information zur Verfügung stehen. Mit der Erfindung des Internets stehen diese auf Serverfarmen gespeicherten Datenmengen jederzeit und überall zur Verfügung. Im Englischen wird dieser virtuelle Datenraum auch als *Cyberspace*, als kybernetischer Raum, bezeichnet. Dieser Raum ist aber im realen Leben nichts anderes als sehr viele Computer mit sehr vielen sehr großen Festplatten, die ständig miteinander kommunizieren. Durch die Omnipräsenz von digitalen Endgeräten im Alltag scheint der virtuelle *Cyberspace* mittlerweile so real wie die wirkliche Welt.

17 Für eine umfassende Darstellung der Geschichte der Kybernetik siehe *Rid, Rise of the Machines* (2016).

18 *Marischka, Cyber Valley – Unfall des Wissens. Künstliche Intelligenz und ihre Produktionsbedingungen* (2020) 78.

19 *Marischka, Cyber Valley* 78.

2.2. Das Silicon Valley als kybernetischer Schmelztiegel

Verantwortlich dafür ist vor allem eine seltsame Melange aus konservativen Geschäftsleuten und progressiven Hippies in der Metropole San Francisco und im naheliegenden Silicon Valley. „[T]he long predicted convergence of the media, computing and telecommunications into hypermedia is finally happening. [...] [A] loose alliance of writers, hackers, capitalists and artists from the West Coast of the USA have succeeded in defining a heterogeneous orthodoxy for the coming information age: the Californian Ideology.“²⁰ Mit ihrem gleichnamigen Essay prägten *Richard Barbrook* und *Andy Cameron* den Begriff für die Ideologie, die dafür sorgte, dass der *Cyberspace* zur virtuellen Parallelwelt wurde. *Amazon*, *Apple*, *Facebook*, *Google* und *Microsoft* – die sogenannten Big Five – sind von der kalifornischen Ideologie geprägt. Diese fünf größten Internetunternehmen führten die digitale Revolution auf die nächste Stufe. Sie sind nicht „just employees of others – or even would-be cybernetic entrepreneurs. They are also artist-engineers – designers of the next stage of modernity.“²¹ In den 1970er Jahren legten Kybernetiker*innen, Unternehmer*innen und technikbegeisterte Freaks den Grundstein dafür, dass Computer und Internet heute eine wesentliche Rolle in Wirtschaft und Alltag spielen. Die kybernetische Ideologie der Selbstkontrolle traf auf Unternehmergeist und technisches Knowhow. Im Ergebnis entstanden Technologieunternehmen, die klassische Industrieunternehmen an der Spitze der wertvollsten Unternehmen ablösten²² und die Phase des sogenannten Plattformkapitalismus²³ einläuteten.

3. Die Proteste gegen den Google-Campus

Mit einem der größten Plattformkapitalisten wurden die Bewohner*innen eines Berliner Stadtteils konfrontiert, als der zu der Zeit regierende Bürgermeister *Michael Müller* im November 2016 verkündete im ehemaligen Umspannwerk in Kreuzberg einen sogenannten Google-Campus errichten zu wollen. Für Ende 2017 war die Eröffnung geplant gewesen.

3.1. Silicon Valley Berlin

Dass der Google-Campus mitten in Kreuzberg hätte errichtet werden sollen, ist stadtplanerisch kein Zufall. Bereits 2013 verlautbarte der damalige Bürgermeister *Klaus Wowereit*, Berlin zur führenden Start-Up-Metropole machen zu wollen. Angeheizt werden diese Prozesse noch durch ständige Vergleiche Berlins mit dem Silicon Valley. Zum Beispiel bewarb

20 *Barbrook/Cameron*, The Californian Ideology, www.imaginaryfutures.net/2007/04/17/the-californian-ideology-2/ (29.5.2020).

21 *Barbrook/Cameron*, Californian Ideology, imaginaryfutures.net

22 Gemessen am Marktwert der Unternehmen. Entwicklung. Vgl verschiedene Statistiken: *Wikipedia*, Liste der größten Unternehmen der Welt, https://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Liste_der_gr%C3%B6%C3%9Ften_Unternehmen_der_Welt&oldid=201981676 (21.07.2020.)

23 Der Begriff *Plattformkapitalismus* wurde geprägt von *Nick Srnicek* mit seinem 2016 erschienenen gleichnamigen Buch. Er beschreibt darin die Transformation kapitalistischer Produktion durch Internetunternehmen. Eine kurze, übersichtliche Zusammenfassung und Kritik des Buches liefert *Marischka*, *Cyber Valley*, 111 ff.

die Berliner Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und Betriebe 2017 die Errichtung sogenannter Hubs für Finanztechnologie und das Internet der Dinge (*Internet of Things*, IoT) als zukünftige Orte, an denen „Startups, Unternehmen, Forschungseinrichtungen und etablierte Mittelständler, wie im Silicon Valley, an digitalen Leuchtturmprojekten für Berlin arbeiten“²⁴ sollen.

Bereits bevor *Google* bekannt gab, seinen Campus in Kreuzberg 36 eröffnen zu wollen, hatte sich dort ein lebendiges Start-Up-Ökosystem mit Unmengen sogenannter Coworking-Spaces und Cafés und Party-Locations herausgebildet. Deshalb schien das für *Google* der ideale Ort zu sein, von bereits bestehenden Strukturen zu profitieren. Durch den Google-Campus würde sich Gentrifizierung noch verstärken, wie die Stadtsoziologin *Anna Steigemann* konstatiert: „Insbesondere die Start-ups, die nicht im Google Campus unterkommen, werden sich in der Umgebung ansiedeln wollen, weil ja der Austausch in diesem Gebäude stattfinden wird. Zudem werden Leute, die bisher keinen Fuß nach Kreuzberg gesetzt haben, wegen Google kommen. [...] Das ist Google durchaus bewusst [...]. Die wollen mit dem Mythos Kreuzberg ihre Firmen aufhübschen, werden uns aber im Endeffekt durch die Mietsteigerungsprozesse rauschmeißen.“²⁵

3.2. *Google* – Mehr als eine Suchmaschine

Was aber ist ein Google-Campus? „Unter einem Campus könnt ihr euch von Google bereit gestellte Gebäude und Räumlichkeiten vorstellen, in denen sich Unternehmer fortbilden, Kontakte knüpfen und ihre Unternehmen aufbauen können – um hoffentlich einmal die Welt zu verändern.“²⁶ Hinter diesen wolkigen Worten *Googles* verbirgt sich ein knallhartes Geschäftsmodell. Die angesprochenen Unternehmen sind in erster Linie Start-Ups der Internet-Branche, die versuchen, neue, innovative Produkte auf dem Markt zu etablieren. Die Aktivist*innen von *NoGoogleCampus* fassen in einer Broschüre den Sinn und Zweck des Google-Campus so einfach wie treffend so zusammen: „Wie in einem Gründerzentrum soll er junge, gut qualifizierte Neu-Unternehmer*innen anlocken, die sich dort konzentrieren, um Knowhow für die Realisierung ihrer Geschäftsidee auszutauschen. Die vielversprechendsten Start-ups werden von Google gefördert und übernommen. Der Konzern macht das jedoch nicht aus Liebe zur Menschheit [...] sondern aus reinem wirtschaftlichem Interesse. Es gehört zur Geschäftsstrategie, gute Ideen frühzeitig aufzukaufen und dann selbst weiterzuentwickeln, um die eigene Vormachtstellung auf dem Technologiemarkt zu sichern. Genau dazu dient ein eigener Campus.“²⁷ Die Campus sind Teil der Ge-

24 *Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und Betriebe*, Zwei Hub Standorte für den „DigiHub“ Berlin, berlin.de 18.9.2017, www.berlin.de/sen/web/presse/pressemitteilungen/2017/pressemitteilung.631845.php (30.5.2020).

25 Zit nach *Hutter*, Kein guter Nachbar. In Kreuzberg 36 kämpft eine ungewöhnliche Allianz gegen den geplanten Einzug von Google, *Mieterecho* 393/2018, 9.

26 *Grove*, Ein neuer Campus Berlin für Unternehmerinnen und Unternehmer, *germany.googleblog.de* 23.11.2016, <https://germany.googleblog.com/2016/11/google-gibt-startschuss-fuer-campus-berlin.html> (21.7.2020).

27 *NoGoogleCampus*, Keine guten Nachbarn. Google, Factory & Co (2018) 12, www.google-ist-kein-guter-nachbar.de/app/download/17128558325/180516_GN_KeinGuterNachbar_A4_final.pdf?t=1530893879 (21.7.2020).

schäftsstrategie von *Google*. Der Campus in Kreuzberg wäre neben denen in London, Madrid, Warschau, Sao Paulo, Tel Aviv und Seoul der siebte seiner Art gewesen. Dazu ist noch zu bemerken, dass *Google* mehr ist als eine Suchmaschine. Zu *Google* gehört unter anderem *YouTube*, *GoogleMaps* und das Betriebssystem *Android*, was letztendlich auch bedeutet, dass die meisten Internetnutzer*innen fast täglich Google-Produkte benutzen. *Googles* Erfolg besteht vor allem auch darin, dass es viele seiner Dienste anscheinend kostenlos anbietet. Doch *Google* lässt sich seine Dienste nicht mit Geld bezahlen, sondern mit Daten, die mit jedem einzelnen Klick auf einem seiner Angebote erhoben werden. Mit diesen erhobenen Daten erstellt *Google* detaillierte Profile seiner Nutzer*innen, die Auskunft geben über Konsumverhalten, Gesundheitszustand und intimste Vorlieben. Diese Profile werden dauerhaft gespeichert und monetarisiert, zB damit andere Unternehmen gezielt Werbung schalten können. *Google* ist damit Vertreter eines umfassenden neoliberalen Kapitalismus.

Doch diese Datensammelpraxis folgt – so meine These – noch einem weiteren Gedanken, der sich aus der kalifornischen Ideologie speist. Indem *Google* die digitale Revolution vorantreibt, indem es nach immer mehr Möglichkeiten sucht, immer mehr Daten zu erheben und immer mehr Lebensbereiche in den *Cyberspace* zu integrieren, arbeitet *Google* daran, den gläsernen Menschen zu erschaffen. *Google* hat eine Vision ständiger Überwachung und Kontrolle, die durch die Herrschaft über Daten ermöglicht werden soll, und ist damit wirkmächtiger Akteur eines kybernetischen Weltbildes.²⁸ Die immensen Datenbestände, die *Google* sammelt, dienen letztendlich dazu, mit Hilfe statistischer Verfahren Menschen berechenbar und gesellschaftliche Prozesse steuerbar zu machen.

3.3. Google ist kein guter Nachbar

In diesem Kontext schlug die Nachricht, dass *Google* nach Kreuzberg kommen wolle, ein wie eine Bombe. Sehr schnell gründeten sich verschiedene Gruppen und Initiativen mit dem Ziel, den Google-Campus zu verhindern. Stadtteilinitiativen schlossen sich zum Bündnis *NoGoogleCampus* zusammen, unter dem Label „Google Campus und Co. verhindern“ wurde eine autonome Kampagne initiiert, die Initiative *Counter Campus* vertrat eine dezidiert antikapitalistische Position, mit dem Anti-Google-Café *face to face* wurde ein offener Ort zur Diskussion geschaffen und mit *fuckoffgoogle.de* eine Plattform zum Austausch und Information über die Praktiken Googles ins Netz gestellt.

28 *Google* ist eines von vielen Unternehmen, die dieser Praxis folgen. Unter dem Schlagwort „Überwachungskapitalismus“ beschreibt *Shoshana Zuboff* die Möglichkeit, durch große Datenbestände Verhalten von Menschen zu beeinflussen. Vgl. *Zuboff*, Im Zeitalter des Überwachungskapitalismus, <https://netzpolitik.org/2019/im-zeitalter-des-ueberwachungs-kapitalismus/> (5.6.2020), *Zuboff*, The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontiers of Power (2019); O’Neil, Weapons of Math Destruction (2016), *Srnicek*, Platform Capitalism (2016), uvm.

Für den Protest wurde aus dem breiten Repertoire sozialer Bewegungen geschöpft. Es wurde „demonstriert, plakatiert, mobilisiert, getwittert, gebloggt, vernetzt und über Veranstaltungen informiert und diskutiert“. ²⁹ Es wurden Broschüren geschrieben und Infoveranstaltungen organisiert, die über *Google* und die erwartbaren Konsequenzen des Zuzugs nach Kreuzberg aufklärten. Es gab Kiezspaziergänge, die an zentralen Orten des Start-Up-Ökosystems vorbeiführten. Es gab regelmäßige Lärmstunden und andere Kundgebungen vor dem Umspannwerk, wie etwa eine Videokundgebung am 17.12.2017, an der 200 Menschen teilnahmen und dabei auch Grußbotschaften von Anti-*Google*-Aktivist*innen aus dem Silicon Valley und Toronto, wo die *Google*-Tochter *Sidewalk Labs* ein mittlerweile eingestampftes Smart-City-Projekt plante. ³⁰ Mit der Zeit tauchten im ganzen Kiez auch immer mehr Graffiti, Transparente, Plakate und Aufkleber auf, auch das Umspannwerk selbst wurde ua mit Parolen versehen. Die Ablehnung gegen *Google* war deutlich zu spüren. Höhepunkt der Proteste war die Besetzung der *Google*-Campus-Baustelle am 7.9.2018, mit der ein soziales Zentrum statt des Campus gefordert wurde. Kurz darauf, am 25.11.2018, erklärte *Google*, dass es von seinen *Google*-Campus-Plänen Abstand nimmt und die Schlüssel des Umspannwerks an die Spendenplattform *betterplace.org* und den Verein für Kinder und Jugendliche in Not *KARUNA e.V.* übergibt. Das, was auch von vielen Aktivist*innen für unmöglich gehalten wurde, war eingetreten: einen Weltkonzern zu zwingen, seine Pläne aufzugeben.

Wie konnte das gelingen? Ein wichtiger Baustein war, dass sich die Aktivist*innen der verschiedenen Gruppen darauf einigen konnten, runde Tische mit *Google* kategorisch abzulehnen. ³¹ Außerdem gab es schon eine breite Bewegung gegen steigende Mieten und Gentrifizierung, an die der Protest gegen den *Google*-Campus andockte. Gentrifizierung und Stadtumstrukturierung waren auch das bestimmende Thema der Proteste, die ergänzt wurden von technologiekritischen Positionen und einer scharfen Kritik an der Geschäftspraxis *Googles*. Die Bewegung dürfte letztendlich Erfolg gehabt haben, weil sie es schaffte, durch ihren Protest das positive Image *Googles* – inoffizielles Firmenmotto war lange Zeit „don't be evil“ – in Frage zu stellen. Insgesamt dürfte es der Vielfältigkeit und Ausdauer der Aktivist*innen zusammen mit der Offenheit der Anwohner*innen, die die Proteste zu großen Teilen begrüßten und sich teilweise auch anschlossen, zu verdanken sein. Zudem wurden die Proteste zum Stadtgespräch und fanden auch in der internationalen Medienlandschaft viel Beachtung. Alles das führte dazu, dass *Google* letztendlich einsehen musste, dass der Campus in Berlin nicht mit offenen Armen empfangen werden würde und ggf wegen der Proteste ein Imageverlust zu befürchten sei, der weit über Kreuzberg hinaus ausstrahlen würde.

29 Niedriglöhner, Berlin. Rage against The Suchmaschine, in *Schwaller*, Technopolis. Urbane Kämpfe in der San Francisco Bay Area (2019) 219.

30 Niedriglöhner in *Schwaller* 220.

31 Niedriglöhner in *Schwaller* 212.

3.4. Ausblick

Auch wenn ein Prestigeobjekt für die Berliner Stadtentwicklung erfolgreich verhindert wurde und ein wesentlicher Smart-City-Akteur sich zurückzog, geht die Umstrukturierung Berlins zur Smart City weiter. Nach wie vor wird daran geforscht, die Abläufe der Stadt sensorisch zu erfassen. Sei es zB mit einer Teststrecke für autonomes Fahren auf der Straße des 17. Juni³² oder den Ausbau digitaler Angebote der Bürgerämter. Damit werden immer mehr Möglichkeiten zur digitalen Selbstkontrolle der Abläufe und Verwaltung der Städte geschaffen.

Aber wie die erfolgreichen Proteste gegen den Google-Campus zeigen, ist es durchaus möglich, dieses Projekt aufzuhalten. Bei den Protesten war es entscheidend, dass die Menschen aus persönlicher Betroffenheit heraus handelten. Für die Zukunft der Stadtentwicklung wird es wesentlich sein, dass Menschen begreifen, dass sich hinter Smart Cities nicht nur technologische Errungenschaften verbergen, die das alltägliche Leben erleichtern, sondern ein kybernetisches Projekt, das auf die Steuerung ihrer Leben zur Optimierung der Prozessabläufe im System Stadt hinausläuft, in der die Bedürfnisse der Menschen nur eine untergeordnete Rolle spielen. Entscheidend dafür wird sein, ob die Fragen, die *Sandra Göbel* stellt, Fragen werden, nach deren Antworten viele Menschen suchen: „Warum ist es immer so schwierig, über die neuesten technologischen Entwicklungen zu diskutieren, ohne die Anzeichen für den kommenden Weltuntergang aufzulisten oder den unvermeidlichen linearen Verlauf des Fortschrittes als gesetzt zu sehen? Es ist bedenklich, dass die Frage vergessen geht, was ein besseres Leben wäre, trotz des Lebens in einem offensichtlich zerstörerischen System, dessen einzige Zukunft keine Zukunft ist. Wie können wir unsere tiefsitzende Angst vor der Kante des Horizonts abschüttern, um wieder anzustreben, dass die Zukunft anders herauskommt, als sie scheint?“³³ Nicht die richtigen Antworten zu haben, sondern die richtigen Fragen zu stellen, ist der erste Schritt zum Aufbruch in die Fröste der Freiheit.

Im Nachgang zu den Protesten gegen den Google-Campus kam es in Kreuzberg noch zu vereinzelt Protesten gegen den Blockchain-Hub *Full Node*. Auch gegen das an der Warschauer Straße entstehende *Edge East Side*-Hochhaus, ein 140 Meter hoher Bürokomplex, in dem *Amazon 28* der 35 entstehenden Etagen nutzen soll, formiert sich Widerstand. Diese Beispiele demonstrieren, dass die Umstrukturierung der Städte als kybernetisches Projekt gerade erst begonnen hat und sich die Akteur*innen, die dieses Projekt vorantreiben wollen, zB in Kreuzberg, erst gemütlich einrichten.

Thomas Winklmeier lebt in Berlin, beteiligte sich an den Protesten gegen den Google-Campus und studiert Kulturwissenschaften an der Fernuniversität in Hagen; thomasw@gmx.net

32 Zur Rolle des autonomen Fahrens auch für die Umstrukturierung der Städte vgl *Daum*, Das Auto im Digitalen Kapitalismus (2018), www.rosalux.de/fileadmin/rls_uploads/pdfs/sonst_publicationen/Das_Auto_im_digitalen_Kapitalismus.pdf (5.6.2020).

33 *Göbel*, Horizonte überschreiten, in *capulcu*, Diverge – Abweichendes vom rückschrittlichen „Fortschritt“ (2020), 27.

Wohnungslos während Corona

Auswirkungen der Grundrechtseinschränkungen auf das Leben von obdach- und wohnungslosen Menschen während der COVID-19-Pandemie in Wien

Barbara Unterlerchner / Sina Moussa-Lipp / Anja Christanell / Elisabeth Hammer

1. Einleitung

Die Forcierung von gesellschaftspolitischen Lösungen zu den Themen Armut, soziale Ungleichheit und leistbares Wohnen erhält während der COVID-19-Pandemie eine neue Dringlichkeit. Während die Bevölkerung in den von der österreichischen Bundesregierung deklarierten Modus der nationalen Gesundheitskrise größtenteils einstimmt, befand sich ein beträchtlicher Teil an Menschen – durch soziale Ausschlüsse, Armut und individuelle Problemlagen – bereits zuvor in einer existenziell bedrohlichen Situation, deren Bedingungen sich durch die Corona-Krise weiter verschärften.

Was bedeutet es, während einer derartigen Pandemie von Obdach- oder Wohnungslosigkeit betroffen zu sein? Am Beispiel der Situation von obdachlosen und wohnungslosen Menschen in Wien werden in diesem Beitrag Überlegungen zu Beobachtungen und Erfahrungen festgehalten, die während der Zeit des Lockdowns zwischen 16.3. und 1.5.2020 gemacht wurden.

Die Blickrichtung der Analyse speist sich aus den Erfahrungen und Reflexionen von MitarbeiterInnen bei *neunerhaus*, einer Sozialorganisation in Wien, die ua Angebote im Bereich Wohnen, Gesundheit und gesellschaftliche Teilhabe für obdach- und wohnungslose Menschen betreibt. 833 KlientInnen wurden im Jahr 2019 mit Wohnraum und Sozialarbeit unterstützt, 5.298 PatientInnen, egal ob versichert oder nicht-versichert, im *neunerhaus* Gesundheitszentrum versorgt.¹ Während des Lockdowns wurden, gegenläufig zu sonstigen Tendenzen in Wien, die allgemeinmedizinischen Angebote aufgrund der Nachfrage erweitert. Ebenso wurde, ua mit ehrenamtlicher Unterstützung, das Angebot eines Take Away *Essen zum Mitnehmen* aufgebaut, um die Basisversorgung für obdach- und wohnungslose Menschen mit einer warmen Mahlzeit sicherzustellen.

Auf der Grundlage von Erfahrungen im Kontext ihrer beruflichen Tätigkeit bei *neunerhaus* sind sich die Autorinnen einig: Gesellschaftliche Bruchstellen im Sinne sozialer Ungleichheiten und Ausschlüsse sowie bestehende Versorgungslücken und Vulnerabilitäten wurden während der COVID-19-Pandemie wie durch eine Lupe verstärkt sichtbar. Die

1 *neunerhaus*, Jahresbericht 2019 (2020).

verhängten Maßnahmen zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie, insb die Einschränkung von Grundrechten, hatten massive Auswirkungen auf das Privat- und Sozialleben für alle Menschen zur Folge. Und doch waren das Ausmaß der Betroffenheit von Freiheitsbeschränkungen sowie die Verteilung von sozialen Risiken und Gesundheitsrisiken innerhalb der Gesamtgesellschaft sehr unterschiedlich. Unabhängig von spezifischen gesundheitlichen Gefahren für Angehörige sogenannter Risikogruppen, waren zB Ausgangsbeschränkungen und die Minimierung des öffentlichen Lebens für jene Gruppen einfacher zu bewältigen, die großzügig mit Wohnraum ausgestattet sind und denen technische Infrastruktur, Internetanbindung und digitales Wissen für virtuellen Kontakt mit Bezugspersonen zur Verfügung stehen. Demgegenüber waren Menschen mit niedrigem Einkommen, die häufig in beengten Wohnverhältnissen leben, durch die zusätzliche Belastung im Zuge der Krise besonders stark betroffen.

Der folgende Abschnitt führt zunächst an die Thematik Obdach- und Wohnungslosigkeit heran und begründet, weshalb Betroffene eine erhöhte Vulnerabilität und Schutzbedürftigkeit aufweisen. In den weiteren Kapiteln werden grundrechtliche Fragen erörtert, die sich im Zuge des Lockdowns für Menschen, die von sozialen Ausschlüssen und prekären Wohnsituationen betroffen sind, gestellt haben. In einem ersten Schritt wird die Versorgungssituation hinsichtlich der zentralen Grundbedürfnisse Wohnen, Gesundheit, Nahrung, Information und soziale Unterstützung analysiert. Erfahrungen und Beispiele aus der fachlichen Praxis in der Betreuung von obdach- und wohnungslosen Menschen während der Corona-Maßnahmen werden im Kontext einer menschenrechtlichen Perspektive aufgearbeitet. Diese Befunde sollen zum einen für die Lebenssituation der genannten Zielgruppe im urbanen Kontext sensibilisieren und darüber hinaus jene kritischen Fragen stellen, die es für einen progressiven Ausblick auf wohnungs-, gesundheits- und sozialpolitische Verbesserungen braucht.

2. Erhöhte Vulnerabilität von obdach- und wohnungslosen Menschen während der COVID-19-Pandemie und die besondere Relevanz sozialer Unterstützungsangebote

Die Begriffe „obdachlos“ und „wohnungslos“ werden in der Alltagssprache oft synonym verwendet, dennoch sind die Unterschiede bedeutsam. Die Bundesarbeitsgemeinschaft für Wohnungslosenhilfe (BAWO) verwendet die von dem europäischen Obdachlosen-Netzwerk FEANTSA² entwickelte ETHOS-Definition:³ Während Obdachlosigkeit das Leben auf der Straße oder die Nutzung von Notquartieren und Tageszentren bezeichnet, verweist der Begriff Wohnungslosigkeit auf Heimunterbringungen oder betreute Wohnformen. Etwas weiter

2 Die Dachorganisation FEANTSA „European Federation of National Organisations Working with the Homeless“ arbeitet auf europäischer Ebene in enger Zusammenarbeit mit den jeweiligen nationalen AkteurInnen am gemeinsamen Ziel, Wohnungslosigkeit in Europa zu beenden.

3 FEANTSA, ETHOS – Europäische Typologie für Obdachlosigkeit, Wohnungslosigkeit und prekäre Wohnversorgung (2005).

gefasst, wird auch das temporäre Mitwohnen bei Bekannten oder das Wohnen in Provisorien und überbelegten Behausungen im Rahmen der ETHOS Typologie als ungenügendes bzw ungesichertes Wohnen kategorisiert. Daten zur „registrierten Obdach- und Wohnungslosigkeit“ zeigen, dass die Zahl der registriert obdach- und wohnungslosen Menschen in Österreich steigt (2008: 16.844 Personen; 2018: 22.741⁴) und der Anteil an jungen Menschen und Frauen wächst, darunter insb Asylsuchende und Drittstaatsangehörige.⁵

Gemeinsam ist sowohl obdach- als auch wohnungslosen Menschen ein häufig schlechter Gesundheitszustand durch Vorerkrankungen und/oder prekäre Lebensumstände.⁶ Dies wird besonders in der massiven Übersterblichkeit dieser Gruppen ersichtlich. Manifeste Armut führt dazu, dass Männer um 11,2 Jahre und Frauen um 4,4 Jahre früher sterben als Personen, die nicht manifest arm sind. Am größten ist das Mortalitätsrisiko mit einem Verlust von rund 20 Lebensjahren für wohnungslose Männer.⁷ Armutsbetroffene Menschen haben allgemein ein erhöhtes Risiko, von Vorerkrankungen betroffen zu sein, die für den SARS-CoV-2-Virus als besonderes Risiko eingestuft wurden.⁸ Zudem gelten physischer und psychischer Stress (ausgelöst durch ökonomische Situation, Gewalterfahrungen, Abhängigkeit bei verdeckter Wohnungslosigkeit und/oder Lebensbedingungen auf der Straße) als Faktoren, welche die Funktion des körpereigenen Immunsystems schädigen oder herabsetzen können. Unsere Erfahrungen aus der Praxis zeigen, dass wohnungslose, nicht-versicherte und armutsbetroffene Menschen generell massiv in unserem Gesundheitssystem benachteiligt sind.

Obdachlose Menschen hatten während des Lockdowns keine Möglichkeit, sich – wie der Rest der Gesellschaft – in häuslichen Rückzug oder selbstgewählte Quarantäne zu begeben. Darüber hinaus war in einzelnen Wochen auch der Zugang für obdachlose Menschen zu Essen und Wasser problematisch, ganz abgesehen von vielfach fehlenden Möglichkeiten sich regelmäßig die Hände zu waschen bzw zu desinfizieren sowie sich mit Mund-Nasenschutz auszustatten. Menschen, die von der Wiener Wohnungslosenhilfe wohnversorgt werden, haben zwar die Möglichkeit des Rückzugs, jedoch meist nur in kleinen Wohneinheiten, ggf mit eingeschränkter Privatsphäre. Sozialkontakte waren während der Zeit des Lockdowns untersagt und professionelle Unterstützungsangebote zB im Bereich Pflege, Tagesstruktur und psychiatrischer Versorgung, konnten nur reduziert wahrgenommen werden. Die veränderten Betreuungsumstände, welche diese besondere Zeit erforderte, waren insb für Menschen mit psychischen Belastungen herausfordernd.

Jede Einschränkung von Unterstützungsleistungen für schon bislang marginalisierte Personengruppen ist gerade in einer Krisensituation wie jener rund um den Lockdown während der COVID-19-Pandemie besonders problematisch, va mit Blick auf die Sicherung von Grund- und Menschenrechten dieser Gruppe.

4 Glaser/Till, Eingliederungsindikatoren 2018. Kennzahlen für soziale Inklusion in Österreich (2019).

5 FEANTSA, AUSTRIA, FEANTSA Country Fiche – Last Update: December 2019 (2019).

6 Christanell/Gremmel, Professional, interdisciplinary care for people in situations of homelessness and mobile EU citizens without medical insurance: the neunerhaus health centre, Homeless in Europe 2018-2019, 7.

7 Glaser/Till, Eingliederungsindikatoren 2018.

8 Glaser/Till, Eingliederungsindikatoren 2018.

3. Einschränkung von Grund- und Menschenrechten: Eine Orientierung an der Normgesellschaft produziert Ausschlüsse

Die staatliche Reaktion auf die Pandemie, deren oberste Maxime die Eindämmung der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus und der Schutz vor Ansteckung waren, ging mit der Einschränkung einer Reihe von Grundrechten einher,⁹ die alle Menschen in Österreich in einer nie dagewesenen Weise betroffen haben. In der Folge wird dargelegt, inwieweit obdach- und wohnungslose Menschen von bestimmten Einschränkungen besonders betroffen waren bzw sind und welche menschenrechtlichen Problemstellungen sich allenfalls daraus ergeben.¹⁰

3.1. Erschwerter Zugang zu Information

Ab Mitte März wurden beinahe täglich neue Informationen über das SARS-CoV-2-Virus publik und eine Fülle von Rechtsnormen mit Verhaltensregeln wurde erlassen. Das Gesundheitssystem wurde für die Pandemie umgestellt, um Kapazitäten für die stationäre Unterbringung und Versorgung infizierter PatientInnen zu schaffen. Darüber hinaus wurden zahlreiche Hotlines und Hilfsinitiativen aus dem Boden gestampft, um die Bevölkerung mit Informationen zu versorgen.¹¹ Für marginalisierte Personengruppen, wie obdach- und wohnungslose Menschen, war die Informationspolitik der Bundesregierung dennoch wenig inklusiv. Im Zeitraum 27.2. bis 10.4.2020 wurden 47 Pressekonferenzen unter der Beteiligung mehrerer Regierungsmitglieder abgehalten: Man orientierte sich dabei an den Ressourcen der Normgesellschaft, nicht an denen der Schwächsten in der Gesellschaft. Die Schließung oder die eingeschränkten Öffnungszeiten von Beratungsstellen sowie Tageszentren und anderen Aufenthaltsräumen ggf mit Kommunikationsinfrastruktur, erschwerte es für obdach- und wohnungslose Menschen maßgeblich, sich über die Öffnungszeiten und Angebote von Hilfseinrichtungen zu informieren. Auch der Zugang zu den besonders relevanten Diensten der Gesundheitsversorgung war für diese Zielgruppen zu hochschwierig: So stellte die Sprachbarriere bei der Corona-Hotline 1450 ein großes Problem dar¹² ebenso wie die Umstellung auf ein Terminsystem bei ÄrztInnen und in Krankenhäusern. Auch die tw Aussetzung des Parteienverkehrs, sowie die Umstellung vieler Institutionen auf virtuelle Dienste anstatt persönlicher Vorsprache¹³ be-

9 Vgl dazu die Ausführung von *Merli* im Gespräch mit *Forgó*, Corona als Verfassungskrise [Audio-Podcast], www.youtube.com/watch?v=Ek_WHtFloOs (1.7.2020). Demnach gibt es kaum ein Grundrecht, das von den Einschränkungen nicht berührt ist. Etwa das Recht der persönlichen Freiheit bei Absonderungsbescheiden in Quarantäne, das Recht auf Privat- und Familienleben durch die Verpflichtung Abstand zu halten und Masken zu tragen, das Recht auf Versammlungsfreiheit entfiel vollkommen, das Recht auf Erwerbsfreiheit war durch die Geschäftsschließungen berührt, sowie Eigentumsrechte durch Stundungen von Krediten oder Mieten, etc.

10 Die Auswahl erfolgt nach einer ersten Reflexion nach dem Lockdown und stellt keinen Anspruch auf eine annähernd vollständige Analyse.

11 Siehe zB Informationen zum Coronavirus der Stadt Wien unter <https://coronavirus.wien.gv.at> (1.7.2020).

12 *Motter*, Ärzt*innen warnen: Niemand darf in der Covid-19-Krise übersehen werden, [fm4.orf.at](https://fm4.orf.at/stories/3001145) 9.4.2020, <https://fm4.orf.at/stories/3001145> (30.6.2020).

13 So gab es etwa einen Aufruf des Arbeitsmarktservices, dass Arbeitslose den Ämtern fernbleiben sollen, NN, Aufruf: Arbeitslose sollen laut AMS Ämtern fernbleiben, [kurier.at](https://kurier.at/wirtschaft/coronavirus-arbeitslose-sollen-aemtern-laut-ams-fern-bleiben/400781774) 15.3.2020, <https://kurier.at/wirtschaft/coronavirus-arbeitslose-sollen-aemtern-laut-ams-fern-bleiben/400781774>, (16.7.2020).

deutete für viele Menschen ein erhebliches Informationsdefizit, das ein Aussetzen von finanziellen Hilfsleistungen nach sich ziehen konnte.¹⁴

Va zu Beginn des Lockdowns zeigte sich bei *neunerhaus* ein intensiver Informationsbedarf in der Betreuung von obdach- und wohnungslosen Menschen. Hier war es von sozialarbeiterischer Seite wichtig, Unsicherheiten und Missverständnisse aufzufangen und erklärend tätig zu sein, um ein Verständnis für Hygiene- und Schutzmaßnahmen herzustellen. Die Ängste unter den KlientInnen waren zahlreiche – von der Angst sich falsch zu verhalten bis hin zu Retraumatisierungen aufgrund von Kriegserfahrungen in ihren Herkunftsländern. SozialarbeiterInnen stellten zum Teil ihre Betreuung auf telefonische Beratung um und konnten dadurch Menschen auch in psychosozialen Belangen durch die Krise begleiten.

Das Recht auf Information ist ein Menschenrecht, das eng mit der Meinungsfreiheit verbunden und den liberalen bzw bürgerlichen Abwehr- und Gestaltungsrechten zuzuordnen ist.¹⁵ Sie sichern die physische und psychische Integrität und schützen körperliche und geistige Aspekte personaler Selbstbestimmung.¹⁶ Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Zivilpakt) garantiert das Recht auf freie Meinungsäußerung, das die Freiheit mitumfasst, ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen Informationen und Gedankengut jeder Art zu empfangen, sich zu beschaffen oder weiterzugeben.¹⁷ Der UN-Menschenrechtsausschuss führt dazu aus, dass Informationen, die von öffentlichem Interesse sind, leicht, schnell, effektiv und auf geeignete Art und Weise übermittelt werden müssen.¹⁸ Darüber hinaus garantieren sowohl die Grundrechtecharta der Europäischen Union¹⁹ und die Europäische Menschenrechtskonvention,²⁰ ein Recht auf Informationszugang. Wie die Erfahrungen von *neunerhaus* zeigen, gab es kein ausreichendes Bemühen auch gesellschaftlich marginalisierte Personen vor den Gefahren des Virus zu warnen und den damit verbundenen Verordnungen in geeigneter Weise zu informieren. Strafen, mangelnde Gesundheitsversorgung sowie unzureichende Möglichkeiten sich Essen zu besorgen, waren die Folge.

3.2. Betretungsverbote im öffentlichen Raum

Am 16.3.2020 wurde eine Verordnung erlassen, die das Betreten öffentlicher Orte verbietet.²¹ In der Folge kam es zu zahlreichen Polizeikontrollen mit Geldstrafen in emp-

14 Sämtliche im Text angeführten Beispiele entstammen den Erfahrungen von NutzerInnen der Angebote von *neunerhaus* und punktuell von anderen Einrichtungen der Wiener Wohnungslosenhilfe.

15 Es gibt unterschiedliche Kategoriensysteme für die Vielzahl von Menschenrechten. Die Vereinten Nationen vertreten die Unterscheidung der Menschenrechte in drei Gruppen: In die liberalen und politische Rechte, in soziale, wirtschaftliche und kulturelle Rechte (wsk-Rechte) und in Solidarrechte.

16 *Lohmann*, Individuelle Freiheitsrechte, politische Teilhaberechte, soziale Teilhaberechte, in *Pollmann/Lohmann*, Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch (2012) 220.

17 Art 19 IPbPR.

18 CCPR, Allgemeine Bemerkungen Nr 34.

19 Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, Art 11 GRC. Die Charta findet keine Anwendung auf nationale Sachverhalte, weswegen sie in weiterer Folge nicht weiter behandelt wird.

20 Art 10 EMRK, „Meinungsfreiheit“.

21 Die V des BMSGKP gem § 2 Z 1 COVID-19-Maßnahmensetztes BGBI II 98/2020 sorgte im Anschluss für viel Aufsehen. Einerseits enthielt die V eine Generalklausel, die das Betreten sämtlicher öffentlicher Orte im Bundesgebiet

findlicher Höhe. Fallweise wurden obdachlose Menschen durch die Polizei mit Geldbeträgen von EUR 500,- dafür abgestraft, dass sie sich an öffentlichen Plätzen aufhielten.²² Mittlerweile hat der VfGH entscheidende Bestimmungen der damaligen Rechtslage aufgehoben.²³ Im Gegensatz zur Mehrheitsbevölkerung, konnten obdachlose Menschen den öffentlichen Raum kaum meiden. Aufenthaltsräume, wie Tageszentren der Wiener Wohnungslosenhilfe waren während des Lockdowns nur beschränkt zugänglich und konnten zeitweise den Bedarfen nicht gerecht werden.²⁴ Für Menschen, die zur Zeit des Lockdowns in Wohnhäusern der Wiener Wohnungslosenhilfe untergebracht waren, kam es auch zu Einschränkungen, die weit in die private Sphäre wirkten. Angelehnt an eine Verordnung des Wiener Landeshauptmanns ua für Pflegewohnhäuser²⁵ gab es entsprechende Empfehlungen des Fonds Soziales Wien, in Betreuungseinrichtungen der Wohnungslosenhilfe das Besuchsrecht einzuschränken. Zusätzlich waren alle tagesstrukturierenden Angebote ausgesetzt. Es gab keinerlei Gruppenaktivitäten, kein abendliches Zusammensein sowie keine Möglichkeit, Gemeinschaftsflächen zu nutzen. Das soziale Miteinander fiel weg, psychische Belastungen durch derartige Eingriffe waren die Folge. Prinzipiell stellten die Ausgangsbeschränkungen und Betretungsverbote in Geschäften und Gastronomiebetrieben Eingriffe in die Bewegungsfreiheit dar.²⁶ Demnach hat jede Person das Recht, sich innerhalb des eigenen Staates frei zu bewegen und seinen Aufenthaltsort frei zu wählen. Darüber hinaus hat jede Person das Recht, jedes Land, einschließlich seines eigenen zu verlassen und zurückzukehren. Dieses Recht wurde durch die Schließung der Grenzen vorübergehend ausgesetzt.²⁷ Die Einschränkung der Sozialkon-

verbietet, was durch die Verordnungsermächtigung jedoch nicht gedeckt ist. Außerdem erlaubt die V gem § 1 Z 5 das Betreten von öffentlichen Orten im Freien ohne Vorliegen von bestimmten Zwecken, sofern man zu Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, 1 m Abstand hält. Öffentlich wurde die V als „Spaziergangerausweis“ uminterpretiert. Vgl *Amnesty International*, Zwischenbericht (2020) 7.

- 22 Vor dem 11.4.2020 erhielten Betroffene eine Strafverfügung iHv EUR 500,- wegen Verstoßes gegen das COVID-19-MaßnahmenG iVm V BGBl II 98/2020. Gemäß § 3 Abs 3 COVID-MaßnahmenG konnte bis zu diesem Zeitpunkt das Betreten eines Ortes, dessen Betretung durch V (§ 2) untersagt ist, mit einer Geldstrafe von bis zu EUR 3.600 bestraft werden. Die Polizei hatte demnach einen großen Ermessensspielraum bei der Festsetzung der Strafbeträge. Die ab 11.4.2020 geltende V des BMSGKP über die Einhebung von Geldstrafen mit Organstrafverfügung nach dem Epidemiegesezt 1950 und dem COVID-19-Maßnahmengesetz, BGBl II 152/2020 begrenzte schlussendlich die Beträge, je nach Art der Übertretung, mit EUR 25 bzw 50.
- 23 Vgl insb VfGH 14.7.2020, V 363/2020.
- 24 Die Stadt Wien hat Notschlafstellen auch tagsüber geöffnet, was zu einer teilweisen Entspannung der Situation beigetragen hat. Die Plätze waren auf Grund von Abstandsgeboten dennoch begrenzt, weshalb Menschen zB auch das nichterschwellige *neunerhaus* Gesundheitszentrum aufsuchten, um sich tagsüber aufzuhalten und die Toiletten zu benutzen.
- 25 V des Landeshauptmannes von Wien über ein Betretungsverbot für Besucherinnen und Besucher von Krankenanstalten, Wohn- und Pflegeheimen sowie Pflegestationen, LGBl 18/2020. Da die Wohnhäuser der Wiener Wohnungslosenhilfe nicht der Hoheitsverwaltung der Gemeinde Wien unterliegen, gab es entsprechende Empfehlungen des Fonds Soziales Wien für betreute Wohnhäuser. Zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 sollten Betreuungseinrichtungen, insb dort wo Risikogruppen aufhältig sind, wie etwa den Bereichen der Wohnungslosenhilfe – in Anlehnung an die generellen Ausgangsbeschränkungen und insb an die V des Landeshauptmannes von Wien – das Besuchsrecht einschränken.
- 26 Art 13 AEMR; Art 12 ICCPR; Art 2 4. ZPEMRK; Art 4 StGG.
- 27 S etwa: V d BMI BGBl II 84/2020; V d BMSGKP mit der die Verordnung über das Landeverbot für Luftfahrzeuge aus SARS-CoV-2 Risikogebieten geändert wird BGBl II 85/2020; V d BMSGKP über die Einstellung des Schienenverkehrs zu Italien, der Schweiz und Liechtenstein aufgrund des Ausbruchs von SARS-CoV-2 BGBl II 86/2020; V d BMSGKP über Maßnahmen bei der Einreise aus Italien BGBl II 87/2020.

takte, Abstandsregeln sowie Besuchsverbote in den Wohnhäusern beschränken das Recht auf Schutz des *Privatlebens und der Familie*.²⁸ Unter den liberalen Freiheitsrechten genießt der Schutz des Privat- und Familienlebens als Ausdruck individueller Selbstentfaltung einen hohen Stellenwert. Demnach bedarf das Individuum besonderer Schutzsphären, in denen es sich frei von hoheitlicher Einflussnahme und Überwachung entfalten kann.²⁹

Angesichts der Gefahr für Gesundheit und Leben und vor allem auf Grund der zeitlichen Schranken der Maßnahmen mögen die Eingriffe insgesamt wohl als verhältnismäßig und erforderlich beurteilt werden.³⁰ Personen ohne Wohnmöglichkeit jedoch dafür abzustrafen, weil sie sich im öffentlichen Raum aufhalten, ist nicht nur stigmatisierend, sondern im Einzelfall auch als diskriminierend zu bewerten. Auch bei der Einschränkung der sozialen Kontakte wäre eine sensiblere Abwägung hinsichtlich potenzieller Folgeschäden angemessen gewesen. In einer Phase von Obdachlosigkeit steht häufig kein soziales oder familiäres Netz, das unterstützen kann, zur Verfügung. Folglich waren die gesundheitlichen und sozialen Belastungen für diese Personengruppen in vielen Fällen unverhältnismäßig und hätten durch Ausnahmeregelungen bzw weitere Hilfsmaßnahmen verhindert werden müssen.

3.3. Einschränkungen in der Gesundheitsversorgung

Der Wiener Krankenanstaltenverbund setzte in seinen Spitälern und Pflegewohnhäusern rigide Sicherheitsmaßnahmen um. Zielrichtung war ein restriktives Zutrittssystem durch Ausweiskontrollen und Fiebermessen.³¹ Die Ambulanzen der Wiener Spitäler wurden geschlossen und ein generelles Besuchsverbot von volljährigen PatientInnen und BewohnerInnen trat in Kraft.³² Andere Spitalsträger trafen ähnliche Maßnahmen.

Mit Barrieren beim Zugang zum Gesundheitssystem sind obdach- und wohnungslose Menschen, auf Grund von Stigmatisierungen oder fehlender aufrechter Versicherung auch in „normalen“ Zeiten belastet. Aktuell sind sie zusätzlich einem besonders hohen Risiko ausgesetzt, sich mit dem SARS-CoV-2-Virus anzustecken.³³ Ab Mitte März wurden einzelne niederschwellige Gesundheitsangebote für nicht-versicherte und obdachlose Menschen allerdings reduziert bzw eingestellt.³⁴ Im *neunerhaus* Gesundheitszentrum,

28 Art 12 AEMR; Art 17 ICCPR; Art 8 EMRK; Art 9 StGG.

29 Kotzur, Freiheitsrechte, in *Pollmann/Lobmann* 249 f.

30 § 5 der VO d BMSGKP gem § 2 Z 1 COVID-19-Maßnahmengesetzes, StF BGBl II 2020/98, regelt eine zeitliche Beschränkung der Anwendungsgültigkeit bis zum 22.3.2020. Auch die darauffolgende Änderung der VO, BGBl II 2020/108, war gem § 7 leg cit nur bis zum 13.4.2020 in Kraft.

31 *Presse-Service Rathauskorrespondenz* v 15.3.2020, www.wien.gv.at/presse/2020/03/15/corona-virus-wiener-krankenanstaltenverbund-setzt-zutrittskontrollen-schrittweise-um (18.6.2020).

32 NN, Ambulanzen bleiben weiter zu – Wiener Spitäler fahren OP-Betrieb wieder hoch, *kleinezeitung.at* 18.4.2020, www.kleinezeitung.at/international/corona/5801994/ (1.7.2020),

33 Vgl dazu die Stellungnahme der BAWO *Bundesarbeitsgesellschaft Wohnungslosenhilfe* über dringend umzusetzende Maßnahmen für obdachlose Menschen auf Grund des Corona-Virus; <https://bawo.at/101/wp-Generellcontent/uploads/2020/05/BAWO-Stellungnahme-zu-Corona.pdf> (1.7.2020).

34 Vgl *Motter*, Ärzt*innen warnen, fm4.at.

das weiterhin geöffnet blieb, gab es einen deutlich spürbaren Anstieg an PatientInnen, die neben körperlichen Beschwerden auch psychisch sehr belastet waren und erhöhten Zuwendungs- und Gesprächsbedarf hatten. Allgemein wurde eine große spürbare Unsicherheit bezüglich des Gesundheitssystems wahrgenommen. Menschen wurden laufend von Ambulanzen und ÄrztInnen abgewiesen. Die an vielen Stellen etablierte telefonische zB psychosoziale Beratung erwies sich oftmals als zu hochschwierig; die Verabreichung von Medikamenten, wie etwa Depotspritzen gegen psychiatrische Symptome, war im Bereich der Wohnungslosenhilfe schwierig zu organisieren, ebenso zB die Versorgung von Substitutionsmedikamenten im Falle einer Quarantäne. Dies sind nur einige Beispiele, um zu veranschaulichen, dass spezifische gesundheitliche Bedarfe von obdach- und wohnungslosen Menschen während des Lockdowns nur unzureichend berücksichtigt wurden.

Das Recht auf Gesundheit, wird bereits in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) festgeschrieben³⁵ und in zahlreichen internationalen Instrumenten weiter ausgeführt.³⁶ In der AEMR wird das *Recht auf Gesundheit* als Bestandteil des Menschenrechts auf einen angemessenen Lebensstandard genannt. Der Einfluss der Gesundheit auf das Überleben verleiht dem Recht eine besonders große moralische Bedeutung.³⁷ Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte³⁸ billigt jedem Menschen das Recht auf „das für ihn erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit“ zu.³⁹ Das Recht bezieht sich auf einen gleichberechtigten Zugang zu einem vorhandenen Gesundheitssystem.⁴⁰ Das bloße Vorhandensein eines Versorgungssystems reicht jedoch nicht aus.⁴¹ Ein breites Spektrum an sozioökonomischen Faktoren ist einzubeziehen, um Menschen ein gesundes Leben zu ermöglichen. Dazu gehören ua Essen und Nahrung, Wohnen und eine angemessene sanitäre Versorgung.⁴² Kriterien zur Erreichung des Rechts auf Gesundheit werden vom UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte definiert. Das staatliche Gesundheitswesen und Gesundheitsversorgungseinrichtungen müssen im ausreichenden Maße vorhanden sein. Sie müssen außerdem diskriminierungsfrei für alle Teile der Bevölkerung zugänglich und leistbar sein.⁴³ Hierbei werden va vulnerable und marginalisierte Gruppen explizit hervorgehoben. Auch der freie Zugang zu Informationen über jegliche Gesundheitsrisiken ist ein wesentliches Kriterium des Rechts auf Gesundheit.⁴⁴ Sehr umfassend sind die staat-

35 Art 25 Abs 1 AEMR.

36 Art 25 Abs 1 AEMR, Art 11 ESC, Art 5 (e) (iv) CERD, Art 11 Abs 1 (f) und 12 CEDAW, Art 24 CRC.

37 Schmitz, Subsistenzrechte, in Pollmann/Lohmann 237.

38 In der Folge „Sozialpakt“.

39 BGBl 1978/590.

40 Vgl CESCR, Allgemeine Bemerkung Nr 14 (Freie Übersetzung der Autorinnen).

41 Kremerich/Stamminger, Die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte: Die Interpretation ist nicht beliebig! NMRZ 2004, 22 f.

42 CESCR 14.

43 Art 2 IPwskr enthält ein für alle im Pakt angeführten Rechte geltendes und umfassendes Diskriminierungsverbot, das ua die soziale Herkunft und den sozialen Status mitumfasst.

44 CESCR 14.

lichen Gewährleistungspflichten. Dazu gehören die Bereitstellung medizinischer Einrichtungen, sowie Leistungen und Programme für benachteiligte und marginalisierte Bevölkerungsgruppen. Die Überwachung ansteckender Krankheiten gehört ebenso dazu wie die Bereitstellung von notwendiger Schutzkleidung.

Wenn auch das Recht auf Gesundheit keine individuellen Leistungsansprüche nach sich zieht, sollten benachteiligte Gruppen in einem Sozialstaat wie Österreich nicht aus Barmherzigkeit, sondern auf Grund vertraglicher Pflichten gegenüber den Menschen unterstützt werden.⁴⁵ Auch iSd gesamtgesellschaftlichen Schutzes vor einer Ausbreitung der Pandemie, hätte Österreich dafür sorgen müssen, dass benachteiligten Personengruppen gerade in Krisenzeiten der barrierefreie Zugang zu medizinischer Versorgung strukturell erleichtert wird und ihre speziellen Bedarfe besonders berücksichtigt werden.

3.4. Eingeschränkter Zugang zu Essen und sonstigen Gütern

Niederschwellige Versorgungsangebote, wie Kleider- und Essensausgaben waren während des Lockdowns stark eingeschränkt. Da durch die Ausgangsbeschränkungen kaum Menschen auf der Straße unterwegs waren, fehlte es auch an Erwerbsmöglichkeiten zB durch den Verkauf von Straßenzeitungen. Das wiederum führte zu Schwierigkeiten bei der Finanzierung von Essen und Übernachtungsmöglichkeiten. Obdach- und wohnungslose Menschen verfügen in der Regel nicht über Ersparnis, auf das sie zurückgreifen können und die Erfüllung von physischen Grundbedürfnissen muss somit von Tag zu Tag bewältigt werden. MitarbeiterInnen des *neunerhaus* Gesundheitszentrums berichteten von Menschen, die insb zu Beginn des Lockdowns wegen Hungers sehr geschwächt waren.

Das Recht auf Ernährung gehört zu den Subsistenzrechten und wird in der AEMR⁴⁶ und im Sozialpakt⁴⁷ als Bestandteil des Menschenrechts auf einen angemessenen Lebensstandard verstanden.⁴⁸ Der UN-Sozialausschuss umschreibt das Recht auf Nahrung dann als erfüllt, wenn jeder Mensch jederzeit physisch und wirtschaftlich Zugang zu angemessener Nahrung oder Mitteln zu ihrer Beschaffung hat.⁴⁹ Die zentrale Forderung besteht darin, allen Menschen die Möglichkeit zu geben, sich selbst zu ernähren. Erst wenn dies nicht mehr möglich ist, muss der Staat direkte Hilfe gewährleisten, damit diese nicht hungern. Ungeachtet der physischen oder ökonomischen Lage müssen Nahrungsmittel diskriminierungsfrei für die Bevölkerung zugänglich sein. Das gilt besonders für benachteiligte und verwundbare Bevölkerungsgruppen.⁵⁰ Das Recht auf Ernährung beinhaltet staatliche Gewährleistungspflichten. Dies bedeutet, dass der Staat aktiv darauf hinwir-

45 Reif, Ein Recht ohne Anspruch ist kein Recht, Soziale Grundrechte in Österreich, in *Aulenbacher/et al*, Achtung – Abwertung hat System. Vom Ringen um Anerkennung, Wertschätzung und Würde (2018) 171.

46 Art 25 AEMR.

47 Art 11 IPwskR.

48 Schmitz, Subsistenzrechte, in *Pollmann/Lobmann* 235.

49 CESCR, Allgemeine Bemerkung Nr 12.

50 *Krennerich/Stamminger*, NMRZ 2004, 20 f.

ken muss, den Menschen den Zugang zu und die Nutzung von Ressourcen und Mitteln zur Sicherung ihres Lebensunterhalts und damit die Ernährungssicherheit zu erleichtern. Außerdem haben die Staaten immer dann, wenn Einzelpersonen oder eine Gruppe – aus Gründen, die sie nicht beeinflussen können – nicht in der Lage sind, das Recht auf angemessene Nahrung mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln wahrzunehmen, die Pflicht diese bereitzustellen. Diese Verpflichtung erstreckt sich auch auf Opfer von Katastrophen aller Art.⁵¹ Österreich hat durch den Umstand, dass während des Lockdowns phasenweise kein ausreichender Zugang zu Nahrung für benachteiligte Personengruppen sichergestellt war, völkerrechtliche Verpflichtungen missachtet und verletzt.

3.5. Einschränkungen beim Zugang zu Wohnen

In den Anfangszeiten des Lockdowns waren Nacht- und Notquartiere in Wien schnell ausgelastet. Aufgrund der Einführung von notwendigen Sicherheitsstandards, wie die Einhaltung von Mindestabständen zwischen den beherbergten Personen, waren die Kapazitäten begrenzt. Viele Menschen fanden keinen Schlafplatz und keinen Aufenthaltsort. Die Stadt Wien reagierte, indem die Winterquartiere bis August auch tagsüber geöffnet blieben. Auch die Öffnungszeiten der Notschlafstellen wurden erweitert.⁵² Die Lage blieb für obdachlose Menschen dennoch kritisch. Die Angebote für Tages- und Nachtaufenthalte sowie Beratungsstellen mussten weiterhin die Anzahl der Menschen drosseln, die sich in einem Raum aufhalten, um ein Mindestmaß an Hygienestandards einhalten zu können.⁵³

Ebenso wie das Recht auf Gesundheit und das Recht auf Nahrung, wird das *Recht auf Wohnen* in der AEMR vom Recht auf einen angemessenen Lebensstandard mit umfasst. In seiner Bedeutung für das Überleben ist das Recht auf Wohnen als ein Subsistenzrecht zu rechtfertigen.⁵⁴ Der UN-Ausschuss betont, dass das Recht auf Wohnen (*housing*) nicht eng ausgelegt werden darf und mehr als ein bloßes „Dach über den Kopf“ bedeute. Vielmehr soll es als Recht eines jeden Menschen interpretiert werden, in Sicherheit, Frieden und Würde zu leben. Jedem Menschen muss unabhängig von Einkommens- und wirtschaftlichen Verhältnissen diskriminierungsfreier Zugang zu angemessener Unterbringung gewährt werden.⁵⁵ Unterbringung muss zugänglich und damit grundsätzlich leistbar sein. Staaten müssen ein Zugangsrecht zu menschenwürdiger Unterkunft anerkennen, sowie zumindest nationale „Housing“-Strategien entwickeln, um die Wohnungsla-

51 CESCR 12.

52 Vgl BAWO *Bundesarbeitsgemeinschaft Wohnungslosenhilfe*, Aktuelles, <https://bawo.at/aktuelles> (30.6.2020); *Kroisleitner/Gaigg*, Winterquartiere für Obdachlose während Corona-Krise teils auch tagsüber offen, derstandard.at/19.3.2020, www.derstandard.at/2000115944433 (30.6.2020).

53 *Gaigg*, Sozialarbeiter warnen vor Todesfällen unter Obdachlosen während Corona-Krise, derstandard.at/26.3.2020, www.derstandard.at/2000116106436 (30.6.2020).

54 *Schmitz*, Subsistenzrechte, in *Pollmann/Lohmann* 236.

55 CESCR, Allgemeine Bemerkung Nr 4 (Freie Übersetzung der Autorinnen).

ge nachhaltig zu verbessern. Im Zentrum eines solchen Plans wäre die gezielte Förderung des Zugangs zu Unterkünften für benachteiligte Bevölkerungsgruppen. Denn auch wenn die Vertragsstaaten nicht vorrangig zur Bereitstellung des notwendigen Wohnraums verpflichtet sind, müssen sie im Ernstfall mit vorhandenen finanziellen Mitteln für die Unterbringung armutsbetroffener oder in Not geratener Menschen sorgen.⁵⁶

Natürgemäß ist es zentrales Grundbedürfnis eines jeden Menschen ein Dach über dem Kopf zu haben. Demnach ist das Recht auf Wohnen zu jedem Zeitpunkt das zentrale Menschenrecht im Zusammenhang mit Obdach- und Wohnungslosigkeit. Die COVID-19-Pandemie hat die Situation für die Betroffenen in vieler Hinsicht verschärft und gleichzeitig aufgezeigt, dass Nacht- und Notquartiere nicht geeignet sind, ein Recht auf Wohnen im Sinne menschenrechtlicher Maßstäbe zu verwirklichen. Der Appell der Politik „Bleiben Sie zu Hause!“ verdeutlicht einmal mehr, dass Menschen, die auf der Straße leben, grundlegend in ihrer Menschenwürde verletzt werden.

4. Ausblick

Mit der Deklaration „Wien – Stadt der Menschenrechte“⁵⁷ bekennt sich die Wiener Stadtregierung zu ihrer besonderen Verantwortung hinsichtlich der Gestaltung eines sozial inklusiven Lebensraumes für nahezu zwei Millionen EinwohnerInnen. Um die deklarierten Ziele zur Wahrung der Grundrechte erreichen zu können, ist es sinnvoll, von jenen Gesellschaftsmitgliedern auszugehen, die bislang besonders unterrepräsentiert sind. Dies kann den Blick auf Einschränkungen und Risiken, auch für weniger marginalisierte bzw. gefährdete Personen, schärfen helfen und dient einem achtsamen Umgang mit freiheitseinschränkenden Maßnahmen, ebenso wie dem Verständnis für die Bedeutsamkeit von Unterstützungsleistungen für ähnliche Situationen in der Zukunft. Die Wirkungen spezifischer Maßnahmen im Zuge der Bekämpfung der Pandemie mit besonderer Bezugnahme auf obdach- und wohnungslose Menschen zu analysieren, trägt somit dazu bei, den Diskurs über eine gerechte Stadt um einen entscheidenden Blickwinkel zu erweitern.

Der vorliegende Beitrag hat die spezifische Vulnerabilität von obdach- und wohnungslosen Menschen vor dem Hintergrund der COVID-19-Pandemie aus dem Blickwinkel von Grund- und Menschenrechten veranschaulicht und gezeigt, dass Grundrechtseinschränkungen für derartige Zielgruppen unmittelbar auch existenziell bedrohliche Folgen nach sich ziehen können. Vor diesem Hintergrund ist die Rolle von sozialen Organisationen mit besonderer Sorgfalt im Hinblick auch auf die Sicherung von Grund- und Menschenrechten zu analysieren. Derartige Unterstützungsstrukturen sind als soziale Infrastruktur zu verstehen und in diesem Sinne „systemrelevant“. Die prekäre

⁵⁶ *Krennerich/Stamminger*, NMRZ 2004, 18 f.

⁵⁷ *Wiener Gemeinderat*, Deklaration „Wien – Stadt der Menschenrechte“ (2014).

Situation in der Umsetzung von Grund- und Menschenrechten für obdach- und wohnungslose Menschen soll sich gerade in der Phase einer Pandemie nicht noch zusätzlich verschlechtern.

Im Hinblick auf die zu erwartende Verschärfung von Armutslagen im Zuge der wirtschaftlichen Folgen der Pandemie ist es gerade jetzt geboten, die vollumfängliche Verwirklichung von Grund- und Menschenrechten für obdach- und wohnungslose Menschen voranzutreiben. Österreich hat sich völkerrechtlich dazu verpflichtet, Menschenrechte jedem in gleicher Weise und diskriminierungsfrei zu gewähren.⁵⁸ Die österreichische Rechtslage bietet jedoch keinen Schutz vor Benachteiligung auf Grund des sozialen Status.⁵⁹ Die mangelnde Anerkennung der wirtschaftlichen und sozialen Situation als eigenständiges Diskriminierungsmerkmal verwehrt obdach- und wohnungslosen Menschen etwa den Zugang zu einer Gesundheitsversorgung gleicher Qualität.⁶⁰ Die Beobachtungen während der COVID-19-Pandemie zeigen deutlich nicht nur die Lücken auf, sondern verweisen gleichermaßen auf die strukturellen Hebel, um für obdach- und wohnungslose Menschen gleichermaßen gesellschaftliche und soziale Teilhabe zu sichern. Im Rahmen der Möglichkeiten einer Sozialorganisation werden wir uns bei *neunerhaus* weiterhin mit unseren Angeboten, aber auch mit einer kritischen Stimme in der öffentlichen Debatte dafür einsetzen, dass der Zugang zu fundamentalen Grundrechten für obdach- und wohnungslose Menschen auch in Krisenzeiten gesichert ist. Ein selbstbestimmtes und menschenwürdiges Leben trotz Pandemie-bedingten eingriffsintensiven Regulierungen zu fördern, bleibt dabei der zentrale Ansatzpunkt.

Dr.^m Anja Christanell ist Sozial- und Kulturanthropologin und arbeitet als Leiterin Grundlagen & Innovation bei *neunerhaus*; anja.christanell@neunerhaus.at

Mag.^a Elisabeth Hammer, DSAin, ist Sozialwissenschaftlerin und Sozialarbeiterin und arbeitet als Geschäftsführerin bei *neunerhaus* und ist Obfrau der BAWO – Bundesarbeitsgemeinschaft Wohnungslosenhilfe; elisabeth.hammer@neunerhaus.at

Sina Moussa-Lipp, BA MA, ist Soziologin und Sozialarbeiterin und arbeitet als Grundlagenreferentin bei *neunerhaus*; sina.lipp@neunerhaus.at

Mag.^a Barbara Unterlerchner, MA, ist Juristin und Kriminologin und arbeitet als Grundlagenreferentin bei der Wiener Sozialorganisation *neunerhaus*; barbara.unterlerchner@neunerhaus.at

58 Die Anerkennung der Gleichbehandlung von Menschen findet sich heute in allen Menschenrechtskatalogen (insb Art 2 AEMR, Art 2 IPbpR und Art 2 Abs 2 IPwskR).

59 In Österreich normieren eine Reihe von Bundes- und Landesgesetzen die Gleichbehandlung in bestimmten Bereichen. Die geschützten Merkmale (Ethnische Zugehörigkeit, Geschlecht, Alter, Religion, Weltanschauung, Behinderung) stammen aus mehreren Richtlinien der EU und wurden – tw in nicht harmonisierter Form – für den Bereich Arbeit, Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, Bildung und dem Zugang zu den Systemen der Wohlfahrt und der sozialen Sicherheit umgesetzt.

60 Art 2 Abs 2 IPwskR, CESCR, Allgemeine Bemerkung Nr 20.

Machtverhältnisse in Zeiten von Corona

Ein geschlechterbezogener Blick auf die österreichischen Konjunkturmaßnahmen in der Pandemie

Miriam Broucek

1. Einleitung

Die anhaltende Covid-19-Pandemie und die zu ihrer Bekämpfung gesetzten Maßnahmen haben weitreichende soziale und wirtschaftliche Folgen, die in ihrem Umfang noch nicht abschätzbar sind. Es lässt sich aber bereits jetzt feststellen, dass existierende strukturelle Ungleichheiten verstärkt wurden. Neben der sozialen Ungleichheit betrifft dies insbesondere geschlechterspezifische Ungleichheiten. Eine Studie der deutschen *Hans-Böckler-Stiftung* kommt zu dem Schluss, dass Frauen aufgrund zusätzlich anfallender Sorgearbeit, geringerem Erwerbseinkommen und einer allgemeinen „Retraditionalisierung“ die Hauptlast der Coronakrise zu tragen haben.¹ Weitere Studien der *Universität Mannheim*² und des *Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung*³ belegen diese Annahme. Auch das *WIFO* stellt für April 2020 in Österreich eine erhebliche Doppelbelastung durch Beruf und Betreuungspflichten infolge von Home-Office oder einer Beschäftigung in systemrelevanten Wirtschaftsbereichen fest, die Frauen stärker als Männer trifft.⁴ Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass der Arbeitsmarkt dank vorherrschender Geschlechterstereotypen immer noch in typische „Frauenberufe“ und „Männerberufe“ getrennt wird, wobei Frauen pauschal als kompetenter für die (im Schnitt schlechter entlohnte) „Sorgearbeit“ gehalten werden, wie es die Politikwissenschaftlerin und Geschlechterforscherin *Regina Frey* analysiert.⁵

Nun hätten Staaten die Folgen der Coronakrise mit Blick auf die Gleichstellung der Geschlechter entsprechend abfedern können. Schließlich wirken sich staatliche Lenkungsmaßnahmen auch auf bestehende Geschlechterverhältnisse aus und es ist immer noch

1 *Kohlrausch/Zucco*, Rückschritt durch Corona, Böckler Impuls 8/2020, www.boeckler.de/data/Boeckler-Impuls_2020_08_S4-5.pdf (6.7.2020).

2 Die „Mannheimer Corona-Studie“ ist eine laufende Studie, deren Ergebnisse tagesbezogen dargestellt werden und auf folgender Website verfolgt werden können: www.uni-mannheim.de/gip/corona-studie/ (6.7.2020).

3 WZB Ergebnisbericht „Erwerbsarbeit in Zeiten von Corona“, abrufbar unter <https://wzb.eu/de/forschung/corona-und-die-folgen> (6.7.2020).

4 *Bock-Schappelwein/Famira-Mühlberger/Mayrhuber*, CoVID-19: Ökonomische Effekte auf Frauen www.wifo.ac.at/news/covid-19_oekonomische_effekte_auf_frauen (14.7.2020).

5 *Frey*, Corona und Gender – ein geschlechtsbezogener Blick auf die Pandemie und ihre (möglichen) Folgen www.gender.de/cms-gender/wp-content/uploads/gender_corona.pdf (15.7.2020).

Realität, dass diese in Bezug auf Erwerbsarbeit, Erwerbseinkommen und Machtverhältnisse nicht egalitär ausgestaltet sind.⁶ Die von den meisten europäischen Staaten im Zuge der Coronakrise ergriffenen (wirtschaftspolitischen) Ansätze waren jedoch konventioneller Natur und an den Auswirkungen und Folgekosten einer fehlenden Gleichstellungspolitik nur marginal interessiert. Der Applaus für SupermarktkassiererInnen und Pflegekräfte hat bis jetzt nur in sehr wenigen Staaten in Europa dazu geführt, dass Beschäftigte im Einzelhandel und im Gesundheitssystem bessere Arbeitsbedingungen, darunter auch eine bessere Entlohnung, erfahren. Die Autorin *Margarete Stokowski* bringt es in ihrer *Spiegel*-Kolumne auf den Punkt: „Warum nicht die Krise als Chance für Rückschritte nutzen, denken sich Reaktionäre.“⁷

2. Die Corona-Gesetzgebung in Österreich

Wenig überraschend hat auch die österreichische Bundesregierung vorwiegend auf Akte konventioneller und konservativer Politik gesetzt. Über hundert Gesetze wurden im Eiltempo erlassen, dazu eine Vielzahl an Verordnungen und Erlässen, deren Verfassungskonformität nicht nur kontrovers debattiert wurde, sondern auch Gegenstand etlicher Individualanträge an den VfGH darstellt. Aber auch der *Gleichstellungsmehrwert* der erlassenen Rechtsakte bleibt fraglich.

Die Abgeordneten zum Nationalrat *Meri Disoski* (Grüne) und *Elisabeth Pfurtscheller* (ÖVP) regten in einem Entschließungsantrag vom 28.5.2020 an, die geschlechtsspezifischen Auswirkungen der Coronakrise sowie der zu ihrer Bewältigung geschnürten Hilfs- und Unterstützungspakete anhand der verfügbaren Daten zeitnah zu evaluieren. Der Entschließungsantrag wurde angenommen, ein entsprechender Bericht zur Evaluierung liegt noch nicht vor.⁸

Die Analyse des parlamentarischen Budgetdienstes zu den Gesetzesvorhaben zum Konjunkturpaket im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie vom 3.7.2020 ergibt jedoch, dass die Entlastungsmaßnahmen zumindest bei der Senkung des Eingangssteuersatzes und der Erhöhung des SV-Bonus zu rund 60% auf Männer entfallen.⁹ Obwohl in Österreich – im Übrigen im Unterschied zu vielen anderen OECD-Staaten – „Gender Budgeting“, also die Förderung und das Erreichen der tatsächlichen Gleichstellung der Geschlechter durch eine entsprechend gestaltete Haushaltsführung, seit 2009 in Art 13 B-VG als Zielbestimmung verfassungsrechtlich verankert ist, weist der Budgetdienst darauf hin, dass eine Abschätzung der Auswirkungen auf die Gleichstellung von

6 *Kubl*, Wem werden Konjunkturprogramme gerecht? Eine budgetorientierte Gender-Analyse der Konjunkturpakete I und II <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/07230.pdf> (16.7.2020).

7 *Stokowski*, Diesen Frauen macht die Krise das Leben noch schwerer www.spiegel.de/kultur/corona-krise-rueckschritte-fuer-sex-arbeiterinnen-und-lesbische-muetter-a-6cb59d90-3598-4955-adf5-fc6401589dad (16.7.2020).

8 583/A (E) 27. GP.

9 *Budgetdienst*, Konjunkturpaket – Aktuelle Gesetzesvorhaben www.parlament.gv.at/ZUSD/BUDGET/2020/BD_-_Aktuelle_Gesetzesvorhaben_zum_Konjunkturpaket.pdf (16.7.2020).

Frauen und Männern in der Wirkungsorientierten Folgenabschätzung zu den Gesetzesvorhaben weitgehend nicht oder nicht detailliert dargestellt wird.

Bei näherer Betrachtung der von der Bundesregierung gesetzten Maßnahmen zur Coronakrise, insbesondere am Arbeitsmarkt und in der Wirtschaftspolitik, zeigt sich, dass das Gros der Maßnahmen sehr einseitig auf Normalarbeitsverhältnisse zugeschnitten ist. Als wesentlichstes Beispiel sei die Corona-Kurzarbeit genannt. Die Verwaltungswissenschaftlerin *Mara Kuhl* hat in ihrer Analyse der deutschen Konjunkturmaßnahmen zur Bewältigung der Finanzkrise bereits im Jahr 2010 anhand der statistischen Datenlage belegt, dass Frauen deutlich häufiger als Männer in atypischen Beschäftigungsverhältnissen arbeiten und dass in frauendominierten Branchen wie dem Gesundheits- und Sozialwesen Kurzarbeit nur in sehr geringem Maße vorkam.

3. Fazit

PolitikerInnen und WissenschaftlerInnen formulieren seit Jahrzehnten konkrete Vorschläge für eine geschlechtergerechtere Gestaltung der Gesellschaft. Weiblich dominierte und konnotierte Wirtschaftsbereiche werden jedoch immer noch als weniger relevant und in der Coronakrise nicht unterstützungswürdig deklariert. Eine Gesamtbewertung der von der österreichischen Bundesregierung zur Abmilderung der Coronakrise gesetzten Maßnahmen unter dem Qualitätskriterium Gleichstellung der Geschlechter steht noch aus. Vorerst sieht es jedoch danach aus, dass bestehende Benachteiligungen intakt gelassen wurden, Männer und Frauen nicht gleichberechtigt in den Genuss von Krisenhilfe kommen und dass insbesondere durch eine fehlende Gleichstellungsorientierung der Maßnahmen tradierte Rollenmuster fortgeschrieben und verfestigt werden.¹⁰

Mag.^a Miriam Broucek ist Rechtsanwältin in Wien und Redaktionsmitglied des *juridikums*; miriam.broucek@reflex.at

¹⁰ Vgl. dazu auch *Kuhl*, Konjunkturprogramme, <http://library.fes.de>.