

nr 1/2020

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Lager

recht & gesellschaft

EGMR Rs *Kurt/Österreich*: Umgang mit Opfern häuslicher Gewalt

Wirtschaft und Menschenrechte: Verbindliches UN-Abkommen?

EU-Beitritte: Das Ende der bisherigen Erweiterungspolitik?

Für Context herausgegeben von Isabell Doll, Valerie Purth, Maria Sagmeister,
Nikolaus Wieser

verlagoesterreich.at
juridikum.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Eine Frage des Niveaus

Oder: A kiss is just a kiss.

Valerie Purth / Nikolaus Wieser

1. „Schweizer stimmten für Verbot der Diskriminierung von Homosexuellen“¹

Anfang Februar wurde diese Jubelmeldung in den Sozialen Medien vielfach geteilt, meist ohne weitere Erklärung, dafür geziert mit bunten Herz-Emojis. Das macht stutzig – waren Schwule und Lesben bisher in unserem Nachbarland nicht rechtlich geschützt?

Eine kurze Recherche gibt Auskunft: In der Schweiz wurde am 9.2.2020 über eine Erweiterung der „Rassismus-Strafnorm“ abgestimmt. Bei dieser Norm handelt es sich um Art 261 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, der in verschiedenen Tatbeständen Personengruppen aufgrund ihrer „Rasse, Ethnie oder Religion“ vor Hass oder Diskriminierung schützt und eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren bzw eine Geldstrafe vorsieht.² Art 261 wird nun um das Merkmal der sexuellen Orientierung erweitert. „Besserer rechtlicher Schutz“ klingt vielversprechend – die Regelung ist aber im Strafrecht verankert und damit im härtesten Instrument einer Rechtsordnung. Das Strafrecht ist gerade durch diese Härte äußerst symbolträchtig, immerhin regelt es, für welches Verhalten es keine Toleranz gibt – aber ob es tatsächlich über emanzipatorisches Potential verfügt und dazu beiträgt, die Lebensrealität(en) der zu Schützenden angenehmer, selbstbestimmter und va mit Heterosexuellen *gleichgestellter* zu gestalten, steht auf einem anderen Blatt. Wir blicken also skeptisch auf die Jubelrufe und wechseln die Szene.

2. „Es steht nicht im Regierungsprogramm“³ – oder doch?

In Österreich wurde zuletzt 2014/2015 über „Diskriminierungsschutz durch Strafrecht“ diskutiert, jedoch iVm einer Strafbarmachung von „Hass im Netz“.⁴ Der Diskurs zu Gleichstellung von LGBTIQ* handelt sich hierzulande aktuell entlang von zivilrechtlichen Regelungen. Zuletzt hielt uns die Entscheidung des VfGH⁵, der feststellte, dass die Unterscheidung zwischen Ehe und Eingetragener Partner_innenschaft gegen das Diskriminierungsverbot verstoße und damit die unterschiedlichen Regelungen für verschieden-

1 APA, Schweizer stimmten für Verbot der Diskriminierung von Homosexuellen, derstandard.at/story/2000114344007 (13.2.2020).

2 Art 261 Schweizerisches StGB v 21.12.1937 (idF 1.2.2020), www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html (13.2.2020).

3 Raab, Interview mit Brickner, *Der Standard* v 23.1.2020, www.derstandard.at/story/2000113626707 (13.2.2020).

4 Der zur Rassismusstrafnorm analoge § 283 StGB („Verhetzung“) wurde erweitert, jedoch nicht die Personengruppe; das Merkmal der sexuellen Orientierung war zuvor erfasst.

5 VfGH 4.12.2019, G 258-259/2017-9.

und gleichgeschlechtliche Paare aufhob, und vielmehr noch die Umsetzung dieses Erkenntnisses durch die türkis-blaue BReg in Bann.

Ein weniger Aufsehen erregendes, dafür aber beständig auch im *juridikum* bearbeitetes Thema⁶ ist jenes der Gleichstellung von LGBTIQ* im Antidiskriminierungsrecht, insb im bundesweit gültigen Gleichbehandlungsgesetz (GIBG). Unter dem Schlagwort „Levelling-up“ wird die Frage der Vereinheitlichung des Diskriminierungsschutzes in den unterschiedlichen Lebensbereichen diskutiert. Während in der Arbeitswelt alle dem GIBG bekannten Diskriminierungsmerkmale – Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit, Religion/Weltanschauung, sexuelle Orientierung und Alter – erfasst sind, sind im Bereich der Güter und Dienstleistungen, bei Bildung und beim Sozialschutz lediglich Geschlecht und/oder ethnische Zugehörigkeit berücksichtigt. Aus unserer Sicht nicht nachvollziehbar: Wieso wird eine Benachteiligung – etwa der Rauswurf aus einem Kaffeehaus⁷ – aufgrund der sexuellen Orientierung⁸ rechtlich geduldet, während Personen, die in diesem Bereich aufgrund ihres Geschlechts oder ihrer ethnischen Zugehörigkeit diskriminiert werden, sich rechtlich zur Wehr setzen können?

Das GIBG beruht auf EU-RL.⁹ Österreich erfüllt hier nur den Mindeststandard, während ein Großteil der MS LGBTIQ* auch außerhalb der Arbeitswelt schützt.¹⁰ Im Übrigen auch die Antidiskriminierungsgesetze der Bundesländer.

Vehemente Mitsreiter_innen für LGBTIQ*-Rechte waren bisher die Grünen, die die aufgezeigte Ungleichbehandlung jahrelang kritisierten. Mit der nun ersten grünen Regierungsbeteiligung auf Bundesebene war auch die Hoffnung verbunden, dass diese „längst überfällig[e]“¹¹ Angleichung des Schutzniveaus realisiert werde. Entsprechend laut war der Aufschrei, als dazu nichts Explizites im Regierungsprogramm zu finden war.¹² Wir wollen an dieser Stelle gern eine Interpretation anbieten: Auf Seite 275 des türkis-grünen Regierungsübereinkommens steht geschrieben, dass die „Schutzmöglichkeiten gegen Diskriminierung in den unterschiedlichen Lebensbereichen“ zu stärken sind. Da auf LGBTIQ*-Rechte im Regierungsprogramm sonst nicht eigens eingegangen wird, diese aber als Menschenrechte Berücksichtigung finden müssen, ist diese Formulierung iSe systematischen Interpretation weit zu verstehen und umfasst auch die notwendige Erweiterung des Diskriminierungsschutzes für Lesben, Schwule und queer orientierte Personen außerhalb der Arbeitswelt. Soweit es noch an Argumenten fehlt: *A kiss is just a kiss!*

Mag.^a Valerie Purth, MA und Mag. Nikolaus Wieser sind Mitherausgeber_innen des *juridikum*;
valerie.purth@gmail.com, nikolaus.wieser@univie.ac.at

6 Vgl etwa *Schmölzer*, Novelle des Gleichbehandlungsgesetzes, *juridikum* 2013, 165; *FJT 2016*, Resolutionen und Fachstellungnahmen, *juridikum* 2016, 403; *Frank*, Antidiskriminierung auf Landesebene, *juridikum* 2015, 35.

7 *Wikipedia*, https://de.wikipedia.org/wiki/Café_Prückel (13.2.2020).

8 Sowie auch aufgrund der Religion/Weltanschauung oder des Alters.

9 AntirassismusRL 2000/43/EG, ABl L 2000/180, 22 und GleichbehandlungsrahmenRL 2000/78/EG, ABl L 2000/303, 16.

10 *Equinet*, Brochure 2019, http://equineteurope.org/wp-content/uploads/2019/05/equinet_brochure-2019_a3_def-web.pdf (13.2.2020).

11 *Die Grünen*, Wahlprogramm NR-Wahl 2019, 50.

12 *HOSI Wien*, APA-OTS v 3.1.2020, www.ots.at/presseaussendung/OTS_20200103_OTS0068 (13.2.2020).

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 1 Eine Frage des Niveaus
Oder: A kiss is just a kiss.
Valerie Purth / Nikolaus Wieser

merk.würdig

- 5 Demokratie etCETARA
Das CETA-Gutachten im Lichte des Spannungsverhältnisses zwischen Demokratie und Investitionsschutzrecht
Johannes Tropper
- 9 Kindgerechte Justiz?
Kinder ohne Prozessbegleitung als Leidtragende häuslicher Gewalt
Daniela Amann / Marion Johanna Neunkirchner
- 13 Spielraum statt Stabilität in der Sozialversicherung
VfGH legitimiert Machtverschiebung zu den Dienstgeber_innen
Florian J. Burger / Sophia Marcian / Wolfgang Panhölzl / Monika Weissensteiner
- 18 Kein Trojaner auf dem Smartphone
Regelung zur Überwachung verschlüsselter Nachrichten ist verfassungswidrig
Alina Hanel

recht & gesellschaft

- 22 „These considerations do not imply any criticism towards the applicant“
Eine kritische Anmerkung zum Umgang des EGMR mit Opfern häuslicher Gewalt anhand von Kurt/Österreich
Susanne Gstöttner / Lena Kolbitsch
- 34 Zeit für ein verbindliches UN-Abkommen zu Wirtschaft und Menschenrechten
Rechtsfragen und Lösungsansätze am Beispiel des Minendesasters von Mariana (Brasilien)
Sarah Bruckner / Marieta Kaufmann
- 45 Keine Beitrittsverhandlungen mit Albanien und Nordmazedonien – Das Ende der bisherigen Erweiterungspolitik?
Corinna Potocnik-Manzouri
- 54 Pressefreiheit in Ungarn unter Viktor Orbán
Ein Überblick über die Entwicklungen seit 2010
Andreas Pigl
- 66 Tadel für den Adel
Das Adelsaufhebungsgesetz und seine Entwicklung in der jüngeren Judikatur
Tobias Fädler

thema

- 76 Vorwort der Gastherausgeber_innen: Lager
Paul Hahnenkamp / Petra Sußner / Andreas Wöckinger
- 79 „Das Lager“
Überlegungen zur Geschichte einer Institution zwischen Herrschaft, Recht und Gewalt
Christoph Jahr / Jens Thiel
- 89 Flüchtlingslager von der Ausnahme her denken?
Rechtstheoretische Überlegungen
Anne-Marlen Engler
- 98 Ambivalenz oder Widerspruch?
Sport in nationalsozialistischen Konzentrationslagern
Veronika Springmann

- 111 Zur menschenrechtlichen Situation im EU-Aufnahmezentrum („Hotspot“) auf der griechischen Insel Samos
Jenny Fleischer
- 119 „Aus Gründen der Integration“
Die unions- und grundrechtliche Problematik eines angedrohten Entzugs von Leistungen der niederösterreichischen Grundversorgung für subsidiär Schutzberechtigte
Susanna Paulweber

nach.satz

- 128 Von Splittern und Schrauben
Oder: Was bringt ein automatisches Pensionssplitting (nicht)?
Valerie Purth

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, Valerie Purth, 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, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdienere: 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, Umlra 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:

Daniela Amann, Sarah Bruckner, Florian J. Burger, Anne-Marlen Engler, Tobias Fädler, Jenny Fleischer, Susanne Gstöttner, Paul Hahnenkamp, Alina Hanel, Christoph Jahr, Marieta Kaufmann, Lena Kolbitsch, Sophia Marcian, Marion Johanna Neunkirchner, Wolfgang Panhölzl, Susanne Paulweber, Andreas Pigl, Corinna Potocnik-Manzouri, Valerie Purth, Veronika Springmann, Petra Sußner, Jens Thiel, Johannes Tropper, Monika Weissensteiner, Nikolaus Wieser, Andreas Wöckinger

Gastherausgabe des themas:

Paul Hahnenkamp / Petra Sußner / Andreas Wöckinger

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 Werktitel „juridikum – zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft“ steht im Eigentum des Vereins „CONTEXT – Verein für freie Studien und brauchbare Information“, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien. Die grundlegende Richtung des juridikum ergibt sich aus den Statuten des Vereins CONTEXT und aus dem Inhalt der veröffentlichten Texte. Erscheinungsort: Wien.

Layout und Satz: Datagroup Int. Timisoara

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

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die

Herausgeber_innen:

Isabell Doll: isabell.doll.id@gmail.com
Valerie Purth: valerie.purth@gmail.com
Maria Sagmeister: maria.sagmeister@univie.ac.at
Nikolaus Wieser: nikolaus.wieser@univie.ac.at
Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

Demokratie etCETARA

Das CETA-Gutachten im Lichte des Spannungsverhältnisses zwischen Demokratie und Investitionsschutzrecht

Johannes Tropper

1. Einleitung

Am 30.4.2019 entschied der EuGH in seinem Gutachten 1/17, dass das Investitionsschutzkapitel und Investitionsgerichtssystem des *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) – abgeschlossen zwischen der EU und ihren MS einerseits, und Kanada andererseits – mit Unionsrecht vereinbar ist.¹ Dem vorausgegangen war die Weigerung des regionalen Parlaments der Wallonie, CETA zu unterstützen und dem darauffolgenden Kompromiss, dass Belgien den EuGH um ein Gutachten in der Sache (Art 218 Abs 11 AEUV) ersuchen möge.² Seit September 2017 kommen zentrale Teile von CETA bereits vorläufig zur Anwendung und sind somit de facto in Kraft getreten – davon wurde allerdings das Investitionsschutzkapitel explizit ausgenommen.³

Kritiker*innen halten das Investitionsschutzkapitel von CETA im Speziellen und Investitionsschutzabkommen generell demokratiepolitisch für bedenklich, weil Staaten aufgrund von Schadenersatzklagen von Investor*innen abgehalten werden könnten, Maßnahmen im öffentlichen Interesse zu ergreifen.⁴ Die Ausführungen des EuGH im CETA-Gutachten scheinen der Sorge von Kritiker*innen Rechnung zu tragen, jedoch bleiben die Schlussfolgerungen hinsichtlich dieses Spannungsverhältnisses sowohl für Befürworter*innen als auch Gegner*innen von Investitionsschutzmechanismen nur teilweise befriedigend. Im Folgenden sollen die zentralen Aussagen des CETA-Gutachtens zum „Fehlen von Auswirkungen auf das Funktionieren der Unionsorgane gemäß ihrem verfassungsrechtlichen Rahmen“ als Unterpunkt der Frage „[z]ur Vereinbarkeit des im CETA vorgesehenen ISDS-Mechanismus mit der Autonomie der Rechtsordnung der Union“ beleuchtet werden, weil hier besonders deutlich der Konflikt zwischen Demokratie und Investitionsschutzrecht thematisiert wird.

1 EuGH 30.4.2019, Gutachten 1/17, ECLI:EU:C:2019:341, (idF CETA-Gutachten).

2 Antrag auf Gutachten, eingereicht vom Königreich Belgien nach Art 218 Abs 11 AEUV, ABI C 2011/369, 2.

3 Mitteilung über die vorläufige Anwendung des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits, ABI L 2017/238, 9.

4 Siehe zB *Van Harten*, A Critique of Investment Treaties and Investor-State Arbitration, *juridikum* 2013, 338.

2. Demokratie als Teil der Autonomie

Die Autonomie des Unionsrechts bedeutet, dass das Unionsrecht als eigenständige, neue Rechtsordnung verstanden wird. Dieses fundamentale Prinzip stützt sich auf die besonderen Merkmale des Unionsrechts, wozu der EuGH ua den Vorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht der MS sowie die unmittelbare Wirkung mancher primärrechtlicher Bestimmungen zählt.⁵ Wie bereits in früherer Rsp verdeutlicht, besteht die Autonomie somit darin, dass die EU über einen „eigenen verfassungsrechtlichen Rahmen verfügt“⁶. Dazu gehören auch die im EUV verankerten Werte wie Demokratie und ua die Bestimmungen des EUV und AEUV zu den Zuständigkeiten und Funktionsweisen der Organe der EU.⁷ Dies umfasst die demokratischen Gesetzgebungsmechanismen der EU, die demnach nicht durch außerunionsrechtliche Vorschriften beeinträchtigt werden dürfen.

3. CETA als Gefahr für die Autonomie?

Daher äußerten vor allem zivilgesellschaftliche Akteure Bedenken, dass die Gesetzgebungsorgane der EU durch Schadenersatzklagen gezwungen werden könnten, nach demokratischen Verfahren beschlossene Rechtsakte für den Schutz öffentlicher Interessen (zB Umwelt- und Arbeitsschutzstandards) zugunsten der unternehmerischen Freiheit zurückzunehmen, um Verurteilungen durch das CETA-Gericht zu verhindern.⁸ Dies würde, so der EuGH, die Funktionsweise der Gesetzgebungsorgane der EU beeinträchtigen und gegen die Autonomie des Unionsrechts verstoßen.⁹ Daher dürfe das CETA-Gericht keine „Urteilssprüche [...] erlassen, die dazu führen können, dass die Unionsorgane daran gehindert werden, gemäß dem verfassungsrechtlichen Rahmen der Union zu funktionieren“¹⁰. Die Verfahren vor dem Investitionsgericht dürfen für den Gesetzgebungsprozess also keinen *chilling effect* haben, dh nicht dazu führen, dass eine Regelung im öffentlichen Interesse unterlassen wird, um eine etwaige Verurteilung zu Schadenersatz zu vermeiden. Nach einer Untersuchung der Vorschriften von CETA schlussfolgert der EuGH, dass der Wortlaut der Schutzstandards von CETA Beschränkungen vorsehe bzw das Abkommen die Regulierungshoheit (*right to regulate*) zur Erreichung legitimer politischer Ziele festschreibe.¹¹ Das CETA-Gericht sei „nicht befugt festzustellen, dass das Niveau des Schutzes eines öffentlichen Interesses [...] nicht mit dem CETA vereinbar ist, und die Union auf dieser Grundlage zur Leistung von Schadenersatz zu verurteilen“¹². Somit

5 CETA-Gutachten Rn 109.

6 CETA-Gutachten Rn 110.

7 CETA-Gutachten Rn 110.

8 CETA-Gutachten Rn 137–138, 148–149.

9 CETA-Gutachten Rn 150.

10 CETA-Gutachten Rn 118.

11 CETA-Gutachten Rn 152–155.

12 CETA-Gutachten Rn 153.

habe das CETA-Gericht bzgl des „Niveau[s] des Schutzes eines öffentlichen Interesses“ keine Kompetenz, „Entscheidungen in Frage zu stellen, die von einer Vertragspartei demokratisch getroffen worden sind“¹³.

Aus Sicht des EuGH ergibt sich somit kein Spannungsverhältnis zwischen dem demokratischen System der EU und dem Investitionsschutzkapitel von CETA. Der EuGH hat jedoch die Grenzen des Abkommens aufgezeigt und – aus demokratiepolitischer Sicht bedeutsam – auch die Gefahr des *chilling effect* thematisiert und versucht, das Problem mit unionsrechtlichem Vokabular rechtlich fassbar zu machen. Dennoch stellt sich die Frage, ob CETA und die Beurteilung durch das Gutachten tatsächlich bahnbrechend sind und demokratiepolitische Sorgen hinsichtlich von *chilling effects* zerstreuen können.

4. In CETA nichts Neues?

Der EuGH betont im Grunde, dass die demokratisch legitimierte Regulierungshoheit (*right to regulate*) im öffentlichen Interesse vom CETA-Gericht nicht in Frage gestellt werden kann und darf. Dabei handelt es sich um kein typisches Charakteristikum von CETA und auch die bisherige Spruchpraxis von Investitionsschiedsgerichten respektiert die Regulierungshoheit von Staaten.¹⁴ Weder bisherige Schiedsgerichte noch das CETA-Gericht gleichen einem Verfassungsgericht, das nationale Regelungen wegen einer Unvereinbarkeit mit der Verfassung aufhebt oder für unanwendbar erklärt. Es wäre atypisch und regelmäßig unverhältnismäßig, wenn ein Schiedsgericht aufgrund eines Verstoßes eines nationalen Gesetzes gegen ein Investitionsschutzabkommen die Rücknahme dieses Gesetzes verlangen würde.¹⁵ Investitionsschutzverträge beschränken die Regulierungshoheit rechtlich durchaus,¹⁶ aber solange ein Staat bereit ist, Investor*innen zu entschädigen, sind dem gesetzlichen Spielraum letztlich keine Grenzen gesetzt. Das Risiko, von einem Schiedsgericht zu Schadenersatzzahlungen verurteilt zu werden, kann mittelbar allerdings schon den gesetzlichen Spielraum beschränken.¹⁷ Es ist jedoch höchst umstritten, ob in Gesetzgebungsprozessen die Existenz von Investitionsschutzverträgen und das Risiko von Schiedsverfahren tatsächlich berücksichtigt wird.¹⁸

Demokratisch gefasste Entscheidungen können jedenfalls ebenso zu einer Entschädigungspflicht führen, wenn sie gegen einen Investitionsschutzvertrag verstoßen.¹⁹ Auch

13 CETA-Gutachten Rn 156, 160.

14 Vgl zB ICSID 27.12.2010, Case No ARB/04/01, *Total S.A./Argentine Republic*, Rn 309.

15 Vgl zB ICSID 15.6.2018, Case No ARB/13/31, *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar, B.V./Kingdom of Spain*, Rn 635–637.

16 Vgl zB ICSID, 2.10.2006, Case No ARB/03/16, *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited/Republic of Hungary*, Rn 423.

17 *Van Harten*, Investment Treaties and the Internal Vetting of Regulatory Proposals: A Case Study from Canada, Osgoode Legal Studies Research Paper No. 26 2016, 1.

18 *Sattorova*, The Impact of Investment Treaty Law on Host States (2018) 195–198.

19 Vgl zB UNCITRAL 28.4.2011, *Sergei Pausbok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company/Government of Mongolia*, Rn 298.

ein Gesetz, das augenscheinlich dem Schutz öffentlicher Interessen dient, kann in seiner Ausgestaltung gegenüber ausländischen Investor*innen diskriminierend oder willkürlich sein.²⁰ Demnach muss das „Niveau des Schutzes eines öffentlichen Interesses“ nicht zwangsläufig schon hinterfragt werden, um eine Verletzung von CETA durch Unionsbestimmungen festzustellen. Insofern immunisiert die Einbindung demokratischer Staatsorgane eine Maßnahme nicht vor einer richterlichen Überprüfung.

Die Aussage des EuGH, dass das CETA-Gericht keine „Urteilssprüche [...] erlassen [darf], die dazu führen können, dass die Unionsorgane daran gehindert werden, gemäß dem verfassungsrechtlichen Rahmen der Union zu funktionieren“²¹, wird jedenfalls über das Unionsrecht hinaus in der Debatte, inwiefern Investitionsschutzverträge und -verfahren einen *chilling effect* auf den Gesetzgebungsprozess haben könnten, weiterhin für Gesprächsstoff sorgen.²² Sofern ein Staat nicht im Konnex eines laufenden Schiedsverfahrens ein Gesetz zurückzieht, lässt es sich meist schwer belegen, dass ein Investitionsschutzvertrag und die Sorge vor Schiedsverfahren kausal für staatliches Handeln oder Unterlassen sind. Eine sozialwissenschaftliche (ex-post) Untersuchung zu etwaigen *chilling effects* ist allerdings unabdingbar. Die rein rechtliche Analyse der jeweiligen Vertragsbestimmung greift zu kurz, um eine abschließende Beurteilung treffen zu können, ob Verurteilungen zu Schadenersatz für den Gesetzgebungsprozess einen *chilling effect* erzeugen werden. Somit lässt sich der *chilling effect* mit dem rechtlichen Vokabular, wie es der EuGH (und eigentlich jedes andere nationale oder internationale Gericht) gebraucht, kaum fassen.

Mag. Johannes Tropper, BA ist Universitätsassistent am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien; johannes.tropper@univie.ac.at

20 Hier scheint CETA jedoch im Kontext des Schutzstandards der „gerechten und billigen Behandlung“ strengere Voraussetzungen für die Feststellung einer Vertragsverletzung zu verlangen als andere Investitionsschutzverträge: „offenkundige Willkür“; „gezielte Diskriminierung aus offenkundig ungerechtfertigten Gründen wie Geschlecht, Rasse oder religiöser Überzeugung“ (Art 8.10 Abs 2 CETA ABl L 2017/11, 23).

21 CETA-Gutachten Rn 118.

22 Generell siehe zB Kim, States Sued: Democracy, the Rule of Law, and Investor-State Dispute Settlement (ISDS), *International Interactions* 2017, 300; Tienhaara, Regulatory chill and the threat of arbitration: A view from political science, in *Brown/Miles* (Hrsg.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (2011) 606.

Kindgerechte Justiz?

Kinder ohne Prozessbegleitung als Leidtragende häuslicher Gewalt¹

Daniela Amann / Marion Johanna Neunkirchner

1. Kindgerechte Justiz?

Kinder sollten das Recht und die faktische Möglichkeit haben, ein Strafverfahren, an dem sie beteiligt sind, zu verstehen und den Kontakt mit dem Justizsystem möglichst angstfrei zu erleben.² Kindgerechte Justiz beinhaltet daher die adäquate Beratung und Begleitung Minderjähriger im Strafverfahren, was in Österreich durch die Prozessbegleitung weitgehend abgedeckt wird.³ Im Rahmen der zwei vom *Vienna Centre for Societal Security* (VICESSE)⁴ durchgeführten EU-Forschungsprojekte *IMPRODOVA*⁵ und *E-PROTECT*⁶ wurde der fehlende Anspruch auf Prozessbegleitung für Kinder, die als Zeug_innen häuslicher Gewalt indirekt zu Opfern werden, als zentraler Kritikpunkt an der geltenden Rechtslage formuliert.

1.1. Anspruch auf Prozessbegleitung nach österreichischer Rechtslage

Bei der Prozessbegleitung handelt es sich um ein freiwilliges Angebot für bestimmte Opfer im strafrechtlichen Sinn. So haben nach Kategorie § 66 Abs 2 Strafprozessordnung (StPO) Kinder, die Opfer einer Straftat gewesen sein könnten, Anspruch auf kostenlose psychosoziale sowie juristische Prozessbegleitung. Psychosozial geschulte Prozessbegleiter_innen betreuen das Opfer von der Anzeige bis zum Ende des Strafverfahrens. Rechtsanwält_innen übernehmen die juristische Prozessbegleitung und damit die rechtliche Be-

-
- 1 Dieser Artikel basiert auf den Projekten E-PROTECT, finanziert durch das *Justice Action Grant (European Commission) under grant agreement no 760270—E-PROTECT—JUST-AG-2016/JUST-AG-2016* und *IMPRODOVA*, finanziert durch *European Union's Horizon 2020 research and innovation programme H2020-SEC-07-FCT-2016-2017 under grant agreement no 787054*. Der Inhalt dieser Veröffentlichung liegt in der alleinigen Verantwortung der Autorinnen und kann in keiner Weise als Ausdruck der Ansichten der Europäischen Kommission verstanden werden. Teile dieser Publikation wurden bereits im Rahmen des Projekts E-PROTECT an die Europäische Kommission übermittelt.
 - 2 UN Kinderrechtskonvention Art 3 Abs 1, Art 4, Art 12, rk im *Bundesverfassungsgesetz Kinderrechte* seit 16.2.2011, abrufbar unter: <https://unicef.at/kinderrechte-oesterreich/kinderrechte/>.
 - 3 *Guerreiro/Sedletzki* (Hrsg), Methode für einen rechtebasierten Ansatz in der individuellen Beurteilung der Bedürfnisse von minderjährigen Opfern (2019), www.vicesse.eu/news/eprotect (20.10.2019); Näheres zur Prozessbegleitung unter www.gewaltinfo.at/recht/opferrechte_strafverfahren/prozessbegleitung.php (18.10.2019).
 - 4 VICESSE, Vienna Centre for Societal Security, www.vicesse.eu (16.10.2019).
 - 5 IMPRODOVA, Improving Frontline Responses to High Impact Domestic Violence, www.improdova.eu (16.10.2019).
 - 6 E-PROTECT, Enhancing PROtection of Children – vicTims of crime, www.childprotect.eu (16.10.2019).

ratung und Vertretung des Opfers sowie die Aufgabe, während des Strafverfahrens sicherzustellen, dass die Rechte des Opfers zu jeder Zeit gewahrt werden. Der Anspruch gilt jedoch nicht für Kinder, die der psychischen, physischen oder sexuellen Gewalt „nur“ indirekt ausgesetzt waren. Minderjährige, die häusliche Gewalt⁷ als Leidtragende des Streits ihrer Familienangehörigen miterleben, zählen daher nicht zur anspruchsberechtigten Opferkategorie.⁸ Praktiker_innen verweisen darauf, dass die Beschränkung der staatlichen Unterstützung negative Auswirkungen auf eben jene nicht-anspruchsberechtigte betroffene Kinder hat. Die Regelung sollte daher novelliert werden, um sicherzustellen, dass alle Minderjährigen, die im Zuge häuslicher Gewalt zu Opfern werden, adäquaten Schutz erhalten, der mit dem kostenlosen Anspruch auf Prozessbegleitung einhergeht.

2. Die drei Opferkategorien der Strafprozessordnung

Die Legaldefinition von „Opfer“ nach § 65 Abs 1 StPO ist entscheidend für die Gewährung unentgeltlicher psychosozialer und juristischer Prozessbegleitung nach § 66 Abs 2 iVm § 65 Abs 1 der StPO. So definiert die StPO drei Kategorien von Opfern: (i) „besonders betroffene Opfer“, (ii) „besondere Angehörige einer Person, deren Tod durch eine Straftat herbeigeführt wurde“ und (iii) „jede andere Person, die durch eine Straftat einen Schaden erlitten haben könnte“.

Unter lit a fällt das sog „besonders betroffene Opfer“, also eine Person, „[...] die durch eine vorsätzlich begangene Straftat Gewalt oder gefährlicher Drohung ausgesetzt, in ihrer sexuellen Integrität und Selbstbestimmung beeinträchtigt oder deren persönliche Abhängigkeit durch eine solche Straftat ausgenutzt worden sein könnte“ (§ 65 Abs 1 lit a StPO). „Gewalt“ iSd Paragraphen ist sehr weit auszulegen und umfasst auch das vermutete Erleiden von *Qualen* psychischer oder physischer Natur als Folge einer vorsätzlich begangenen Straftat, wenn ein Erschwerungsgrund iSd § 33 Z 6 StGB vorliegen würde.⁹

Die zweite Opferkategorie definiert bestimmte Angehörige einer Person, deren Tod durch eine Straftat herbeigeführt wurde, nämlich „der Ehegatte, der eingetragene Partner, der Lebensgefährte, die Verwandten in gerader Linie, der Bruder oder die Schwester und sonstige Unterhaltsberechtigte“ (§ 65 Abs 1 lit b StPO). Zudem fallen andere Angehörige, die Zeug_innen der Tat waren, auch in diese Opfergruppe. Die entscheidende Vor-

7 Der Begriff „häusliche Gewalt“ ist in Art 3 lit b des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt geregelt. Er wird in Österreich vor allem in Verbindung mit dem Betretungsverbot und der Wegweisung zum Schutz vor Gewalt nach § 38a SPG in Verbindung gebracht und umfasst verschiedene Officialdelikte des StGB wie zB (schwere) Körperverletzung, fortgesetzte Gewaltausübung, gefährliche Drohung, Delikte gegen die sexuelle Integrität etc.

8 Im Jahr 2018 haben, laut Tätigkeitsbericht der Wiener Interventionsstelle gegen Gewalt in der Familie, 5.347 Kinder und Jugendliche häusliche Gewalt miterlebt; *Wiener Interventionsstelle*, Tätigkeitsbericht 2018, www.interventionsstelle-wien.at/taetigkeitsberichte-der-wiener-interventionsstelle (24.1.2020).

9 Erlass des BMJ v 30.5.2016, BMJ-S578.029/0006-IV 3/2016, Erlass über das Strafprozessrechtsänderungsgesetz I 2016, 8.

aussetzung für diese Opferkategorie ist die Folge der Straftat, nämlich der Tod einer Person.

Die letzte Opferkategorie erfasst jede andere Person, die durch eine Straftat einen vermögensrechtlichen oder immateriellen Schaden erlitten haben könnte oder sonst in einem strafrechtlich geschützten Rechtsgut beeinträchtigt worden sein könnte.¹⁰ Diese Opferkategorie inkludiert auch Opfer einer versuchten Straftat sowie Zeug_innen einer Straftat, sofern diese einen Schaden erlitten haben. Der dem Opfer zugefügte Schaden muss nach § 65 Abs 1 lit c StPO nicht die unmittelbare Ursache der Straftat gewesen sein.¹¹ Unter diese Kategorie fallen eben jene Kinder, die aufgrund der erlebten Beziehungsgewalt im häuslichen Kontext psychischen bzw seelischen Schaden erlitten haben könnten.

2.1. Nicht erfasst: Kinder als mittelbare Opfer häuslicher Gewalt

Während in der StPO allen Opfern weitgehende Rechte zugesprochen werden,¹² bekommt die Unterteilung gem § 65 Abs 1 lit a-c StPO wesentliche Bedeutung im Hinblick auf die Gewährung unentgeltlicher psychosozialer und juristischer Prozessbegleitung. So haben Opfer nach Kategorie lit a und b Anspruch auf kostenlose Prozessbegleitung, und zwar insoweit, als diese zur Wahrnehmung ihrer prozessualen Rechte „unter größtmöglicher Bedachtnahme auf ihre persönliche Betroffenheit erforderlich ist“ (§ 66 Abs 2 StPO). Die „Erforderlichkeit“ wird durch die zuständige Prozessbegleitungseinrichtung geprüft.¹³ Opfer, die unter die Opferkategorie der lit c fallen, haben dahingegen jedoch nie Anspruch auf Prozessbegleitung. Dies bedeutet, dass Kinder, die kein Opfer direkter Gewalt oder Drohung, aber nichtsdestotrotz mittelbare Opfer häuslicher Gewalt gewesen sein könnten, von diesem Anspruch nicht erfasst werden.

3. Erweiterung des Anspruchs auf Prozessbegleitung auf Opfer der Kategorie § 65 Abs 1 lit c StPO

Wie bereits die vergangene Studie von *Amesberger* und *Haller*¹⁴ sowie die Ergebnisse der Projekte *IMPRODOVA* und *E-PROTECT* aufzeigen, sind Kinder in Fällen von häuslicher Gewalt immer betroffen, auch wenn sich die Gewalt nicht unmittelbar gegen sie richtet. Nach geltender Rechtslage haben letztere jedoch nie Anspruch auf Prozessbegleitung, auch wenn diese im konkreten Fall erforderlich wäre. Um zu verhindern, dass Kinder auf Grund der Art und Weise der begangenen Tat gänzlich von diesem Recht ausgeschlossen werden, sollten also alle minderjährigen Opfer einen Anspruch auf Prozessbe-

10 S weiters www.bundeskriminalamt.at/203 (10.10.2019).

11 *Hilf/Anzenberger*, Opferrechte, Österreichische Juristen Zeitung 2008, 886 (887).

12 *Moser/Urban*, Das Opfer im österreichischen Strafrecht, Ein Überblick, SIAK-Journal 2017, 19 (21).

13 *BMJ*, www.justiz.gv.at/home/buergerservice/opferhilfe-und-prozessbegleitung/prozessbegleitung--grundlagen-2c94848535a081cf0135a49ef4880021.de.html (Dezember 2018).

14 *Amesberger/Haller*, Opferschutz umsetzen! Institut für Konfliktforschung (2016) 11.

gleitung haben. Vor allem im Hinblick darauf, dass der Anspruch auf Prozessbegleitung immer im Einzelfall zu prüfen ist, sollte der derzeit geltende § 66 Abs 2 StPO auf alle minderjährigen Opfer ausgeweitet werden.

Darüber hinaus ist der Anspruch auf psychosoziale und juristische Prozessbegleitung für Opfer nach der Kategorie § 65 Abs 1 lit c StPO im Hinblick auf die Gestaltung kindgerechter Justiz unabdinglich, um das Verständnis des Kindes für das gerichtliche Verfahren und weiterführend auch für rechtsstaatliche Prozedere zu gewährleisten. Es ist folglich notwendig die österreichische Rechtslage dahingehend zu verändern, allen Minderjährigen, die unmittelbare oder mittelbare Opfer von häuslicher Gewalt geworden sein könnten, das Recht auf unentgeltlichen Zugang zu Prozessbegleitung zu gewähren.

Mag.^a Daniela Amann, MA ist Juristin und arbeitet als wissenschaftliche Mitarbeiterin im Vienna Centre for Societal Security (VICESSE). Ihre Forschungsschwerpunkte sind Socio-Legal Studies, Demokratie und Menschenrechte; daniela.amann@vicesse.eu

Marion Johanna Neunkirchner, MA arbeitet als Sozialarbeiterin im Strafvollzug und ist als Soziologin im Vienna Centre for Societal Security (VICESSE) beschäftigt. Ihre Forschungsschwerpunkte liegen in der Rechts- und Kriminalsoziologie und Wissenssoziologie; marion.neunkirchner@vicesse.eu

Spielraum statt Stabilität in der Sozialversicherung

VfGH legitimiert Machtverschiebung zu den Dienstgeber_innen

Florian J. Burger / Sophia Marcian / Wolfgang Panhölzl / Monika Weissensteiner¹

1. Einleitung

Die türkis-blaue Bundesregierung hat mit dem Sozialversicherungs-Organisationsgesetz (SV-OG)² und dem Gesetz über die Zusammenführung der Prüfungsorganisationen der Finanzverwaltung und der Sozialversicherung (ZPFSG)³ einen Totalumbau innerhalb der gesetzlichen Sozialversicherung vorgenommen. Die ehemals 21 Sozialversicherungsträger (SV-Träger) wurden auf fünf reduziert, vermeintlich um die Verwaltungskosten zu reduzieren und die Leistungen zu vereinheitlichen. Tatsächlich wurde va in der Kranken- und Pensionsversicherung der Dienstnehmer_innen (DN) eine Zentralisierung und Machtverschiebung zu den Dienstgeber_innen (DG) durchgeführt.

Gegen diesen Umbau wurden zahlreiche Beschwerden an den VfGH herangetragen, der den Umbau in seinen Erkenntnissen⁴ zum großen Bedauern der Antragsteller_innen (Bundesrat, Arbeiterkammern ua) in den Punkten „Parität“ und „ineffiziente Fusion der Gebietskrankenkassen“ abwies. Die ersten negativen Folgen der paritätischen Besetzung der Entscheidungsgremien in der Krankenversicherung der DN zeigen sich bereits: die DG fordern in der Österreichischen Gesundheitskasse (ÖGK)⁵ drastische Verschärfungen bei der Überprüfung von DN im Krankenstand,⁶ bisher konnte das gerade noch verhindert werden. Die weiteren Folgen der kostenintensiven Zentralisierung zur ÖGK bleiben abzuwarten, zu befürchten sind ua anhaltende Mehrkosten.⁷ Der Mittelentzug aus der Sozial-

1 Punkt 1. stammt von Panhölzl, 2. von Weissensteiner, 3. von Marcian und 4. und 5. von Burger.

2 Sozialversicherungs-Organisationsgesetz – SV-OG, BGBl I 2018/100.

3 Gesetz über die Zusammenführung der Prüfungsorganisationen der Finanzverwaltung und der Sozialversicherung – ZPFSG, BGBl I 2018/98.

4 VfGH 13.12.2019, G 78-81/2019, G 67-71/2019, G 119-120/2019, G 211-213/2019.

5 Die ÖGK ist die Rechtsnachfolgerin der bisherigen Gebiets- und Betriebskrankenkassen und nunmehr einziger Träger der KV nach § 23 ASVG.

6 Kurios ist alleine schon, dass die ÖGK ihre Versicherten, die von Ärztinnen und Ärzten krank geschrieben wurden, zur nachprüfenden Kontrolle vorladen bzw Hausbesuche vornehmen, die BVAEB jedoch nicht. Die DG wollten darüberhinaus noch ein durchsetzbares Recht erwirken, dass auf Anordnung der DG Kontrollen der Versicherten durch die ÖGK zwingend sind. Dieser starke Eingriff in Art 8 MRK und mögliche Probleme mit dem Sachlichkeitsgebot lassen die Forderung nicht verfassungskonform erscheinen.

7 Arbeiterkammer, Sozialversicherungsreform: Niedrige Einsparungen, hohe Kosten www.arbeiterkammer.at/interessenvertretung/wirtschaft/wirtschaftkompakt/Sozialversicherungsreform.html (23.1.2020).

versicherung in Milliardenhöhe in den nächsten Jahren ist bereits Gewissheit.⁸ Fest steht auch, dass die Leistungsharmonisierung⁹ nach oben, auf das Niveau der Beamt_innen und Selbständigen für ÖGK-Versicherte, nicht stattgefunden hat.¹⁰ Es bleibt bei einer Drei-Klassen-Medizin, passend zur Zahl der drei verbliebenen Krankenversicherungsträger (SVS, BVAEB, ÖGK). Die Verlierer_innen des Umbaus sind damit die ÖGK-Versicherten. Einzig mit der Übertragung der Sozialversicherungsprüfung an die Finanzverwaltung folgte der VfGH einem maßgeblichen Beschwerdepunkt und hob Teile des ASVG und des Gesetzes über die Prüfung lohnabhängiger Abgaben und Beiträge (PLABAG)¹¹ auf. Ein wichtiger Erfolg, damit auch künftig die konsequente Eintreibung der Sozialversicherungsbeiträge und Prüfung der Beitragsgrundlagen der Versicherten durch die Prüfer_innen der Krankenkasse sichergestellt ist und dadurch eine zentrale Aufgabe der Selbstverwaltung erhalten bleibt.

2. Die paritätische Besetzung in den Entscheidungsgremien der ÖGK

Einer der wesentlichen Kritikpunkte zum SV-OG ist die paritätische Zusammensetzung der Verwaltungskörper in den Gremien der Versicherungsträger der DN (AUVA, ÖGK und PVA)¹². Damit verlieren die DN die Entscheidungsbefugnis in der Selbstverwaltung ihrer eigenen SV-Träger.¹³ In den Beschwerden vor dem VfGH wurde ein Verstoß gegen Art 120a ff B-VG geltend gemacht, wonach die Organe der Selbstverwaltung aus dem Kreis ihrer Mitglieder nach demokratischen Grundsätzen zu bestellen sind. Selbst wenn man die Beteiligung der DG als Außenstehende – im Gegensatz zu den Versicherten – in der Selbstverwaltung als zulässig ansieht, haben sie keine gleichgerichteten und gleichgewichtigen Interessen. Auch in der Literatur befassten sich zahlreiche Autor_innen ausführlich mit dieser Thematik.¹⁴ Der VfGH hält die paritätische Zusammensetzung nicht für verfassungswidrig und fasst seine Begründung¹⁵ dazu sehr kurz. Auf lediglich drei Seiten führt er aus, warum der Gesetzgeber den ihm zustehenden erheblichen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum nicht überschritten habe.

8 ÖGK, Presseaussendung OTS0063 v 18.7.2019, www.ots.at/presseaussendung/OTS_20190718_OTS0063 (23.1.2020).

9 ÖGK, BVAEB und SVS bezahlen Versicherten und Vertragspartner_innen unterschiedlich viel. BVAEB und SVS verfügen über mehr Geld als die ÖGK, weil ihre Versicherten fast ausschließlich erwerbstätig oder pensioniert und damit aktive Beitragszahler_innen sind. Daher ist auch das Leistungsangebot von BVAEB und SVS besser.

10 *Hartinger-Klein*, Pressefoyer nach dem Minister_innenrat am 23.5.2019: „Jeder wird gleiche Leistungen erhalten.“

11 Bundesgesetz über die Prüfung lohnabhängiger Abgaben und Beiträge (PLABAG), BGBl I 2018/98. Mit diesem BGBl wurden auch die Bestimmungen im ASVG angepasst.

12 Gem §§ 426 bis 430 ASVG sowie §§ 538u ff.

13 Bisher hatten die DN in der ASVG-Krankenversicherung vier Fünftel der Mandate, die DG ein Fünftel. In der ASVG-Pensionsversicherung hatten die DN zwei Drittel der Mandate, die DG ein Drittel. Einzig in der ASVG-Unfallversicherung waren die Mandate 1:1 aufgeteilt, weil früher auch die Selbstständigen in der Allgemeinen Unfallversicherungsanstalt versichert waren. Diese sind dort nicht mehr versichert, sondern ab 01.01.2020 in der SVS.

14 Ua *Müller*, Die Beteiligung der Dienstgeber an der sozialen Selbstverwaltung, in *Auer-Mayer/Felten* (Hrsg), Diskussionen und Reflexionen zum Sozialrecht und Arbeitsrecht (2019) 67 ff.

15 VfGH 13.12.2019, G 78-81/2019.

§ 420 Abs 3 ASVG definiert, wer als Versicherungsvertreter_in entsendet werden kann: „pflichtversicherte DN, deren DG und freiwillig Versicherte“. Daraus leitet der VfGH ab, dass die genannten Personengruppen dem Versicherungsträger „angehören“ und somit „Mitglieder“ iSd Art 120c B-VG seien. Damit seien DG und (aktive) DN nach dem VfGH zulässigerweise Teil der Selbstverwaltung. Dies entspreche auch den historischen Wurzeln der Krankenversicherung, die sich auf Betriebsebene entwickelt habe. In einem weiteren Schritt führt der VfGH mit dem Hinweis auf die B-VG Novelle 2008 aus, dass der Verfassungsgesetzgeber die Ausgestaltung der Selbstverwaltung vorgefunden habe und nicht grundsätzlich in Frage stellen hätte wollen. Diesbezüglich könnte man allerdings auch das Gegenteil argumentieren: der Verfassungsgesetzgeber des Jahres 2008 hat eine Selbstverwaltung in einer ganz bestimmten Zusammensetzung, nämlich 2:1 in der PVA und 4:1 in der Krankenversicherung vorgefunden und als zulässig angesehen. Daraus kann aber für eine paritätische Zusammensetzung nichts gewonnen werden. Der VfGH¹⁶ gesteht zwar zu, dass nur die DN als „Versicherte“ in der ÖGK die Leistungsseite „elementar“ betrifft, es hätten jedoch auch die DG ein „gewisses“ Kontroll- und Effizienzinteresse. Hier bleibt er eine nachvollziehbare Begründung schuldig, warum ein „elementares“ Interesse auf der einen und ein „gewisses“ Interesse auf der anderen Seite eine Zusammensetzung 1:1 rechtfertige. Zum Beitragsargument gegen die Parität, dass die DG nämlich bloß 21 % zu den Einnahmen beitragen, hat sich der VfGH nicht geäußert. Völlig unbeachtet geblieben ist auch das Argument, dass die paritätische Besetzung deshalb einer Zusammensetzung nach demokratischen Grundsätzen widerspreche, weil 3,6 Mio Beschäftigten nur rund 155.000 DG gegenüberstehen.

3. Zentralisierung der Gebietskrankenkassen zur ÖGK

Der VfGH sah in dem Vorhaben, neun Gebietskrankenkassen zu einer österreichweiten Krankenkasse – der ÖGK – mit 7,1 Mio Versicherten zusammenzulegen, keinen Verstoß gegen das Sachlichkeits- oder Effizienzgebot, vielmehr gestand er dem Gesetzgeber auch hier einen weiten Gestaltungsspielraum zu. Der VfGH ist der Ansicht der Bundesregierung gefolgt, dass eine kostenintensive Fusion (geschätzte Fusionskosten von 500 Mio Euro¹⁷) nicht gegen das aus dem Gleichheitssatz ableitbare Effizienzgebot verstoße. In seinem Erkenntnis bleibt der VfGH auch hier eine nachvollziehbare Begründung schuldig, warum ein System von neun Krankenkassen, welches im internationalen Vergleich mit nur 2,6 % jährlichen Verwaltungskosten¹⁸ im Spitzenfeld lag, einfach zentralisiert werden kann, ohne dass es hierfür ein nachweisbares Potential zur Erhöhung der Effizienz, in Relation zu den Kosten eines solchen Vorhabens, geben muss. Was bleibt, ist ein großer Gestaltungsspielraum des einfachen Gesetzgebers, Gesetze zu beschließen, um politisch brisan-

16 VfGH 13.12.2019, G 78-81/2019.

17 *Bundesarbeiterkammer*, Stellungnahme zum SV-OG v 18.1.2018, 9.

18 Parlamentarische Anfragebeantwortung 1462/AB v 25.9.2018.

te Vorhaben durchzusetzen, selbst wenn die Folgen in hohem Ausmaß wirtschaftlich ineffizient sind.

4. Zwangsübertragung von Arbeitnehmer_innen

Der VfGH spricht in seinen Erkenntnissen nicht nur über die Governance-Strukturen der Sozialversicherung ab, sondern auch über das Schicksal der solcherart verschobenen Mitarbeiter_innen.

Neben einem Drittel der Mitglieder des Bundesrats haben auch das LG Linz als ASG und der Betriebsrat der StGKK Bedenken gegen § 718 Abs 12 Z 2 und Abs 18 letzter Satz ASVG idF SV-OG vorgebracht.¹⁹ Im Kern ging es darum, dass die Gesetzesstellen den Grundsätzen des Arbeitsrechts nicht entsprechen, insbesondere unbestimmt seien und damit auch zur Unvorhersehbarkeit des Verhaltens des_der Arbeitgebers_in (AG) führten.²⁰ Die Bundesregierung argumentierte im Wesentlichen damit, dass die Mitarbeiter_innen der Strukturanpassung folgen müssten. Einzelne Dienstverhältnisse könnten so durch Erklärung der/des AG unter Wahrung der zustehenden Rechte entweder auf ÖGK oder DVB aufgeteilt werden.²¹ Der VfGH führte aus, dass es den Antragsteller_innen nicht gelungen sei aufzuzeigen, inwieweit die Verlagerung von Mitarbeiter_innen nicht im öffentlichen Interesse liege. Weil die Rechte der Mitarbeiter_innen gewahrt worden seien, seien auch keine Verstöße gegen Gleichheitsgrundsatz, Recht auf Unversehrtheit des Eigentums oder gegen das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit festzustellen gewesen.²² Mit dieser Entscheidung eröffnet das Höchstgericht dem Gesetzgeber weitgehende Versetzungsmöglichkeiten für Mitarbeiter_innen der Sozialversicherung, solange deren Rechte gewahrt bleiben. Damit scheint ein Hebel geschaffen worden zu sein, der die Bestimmungen des § 101 ArbVG zur verschlechternden Versetzung außer Kraft setzt.²³ Dies könnte auch eine weitere grundrechtliche Dimension eröffnen: gemäß Art 27 und Art 32 GRC²⁴ müssen AN auf betrieblicher Ebene angehört werden (Anhörungsrecht Betriebsrat), sowie sichere und würdige Arbeitsbedingungen haben.

5. Aufhebung der Beitragsprüfung durch die Finanz – bitte warten!

Der VfGH hob im Wesentlichen die Prüfung der Sozialversicherungsbeiträge durch die Finanzverwaltung auf.²⁵ Der Sozialversicherung wäre mit den Bestimmungen des ASVG und dem Gesetz über die Prüfung lohnabhängiger Abgaben und Beiträge (PLABG) jeg-

19 VfGH 13.12.2019, G 78-81/2019, ua Rz 268.

20 VfGH 13.12.2019, G 78-81/2019, Rz 271.

21 VfGH 13.12.2019, G 78-81/2019, Rz 272.

22 VfGH 13.12.2019, G 78-81/2019, Rz 277.

23 Vgl *Gerhartl*, Verschlechternde Versetzung bei Änderung des Tätigkeitsbereichs, ASoK 2018, 380 ff.

24 ABl C 2010/83, 389.

25 Eingeführt mit dem ZPFSG, BGBl I 2018/98.

liche Möglichkeit, die Beitragsgrundlagen zu prüfen, entzogen worden. Das verstößt gegen das Sachlichkeitsgebot, das dem Gesetzgeber bei Eingriffen in die Autonomie der Selbstverwaltungsträger Grenzen setzt. „Wegen laufender Sozialversicherungsprüfungen“ werden diese Bestimmungen jedoch erst mit Ablauf des 30.06.2020 aufgehoben.²⁶ Dies ist insofern nicht nachvollziehbar, als – mit Ausnahme des Prüfbeirats – das Gesetz mit 01.01.2020 in Kraft trat. Das Erkenntnis wurde am 02.01.2020 kundgemacht, weshalb es ausgeschlossen erscheint, dass es nach der neuen Rechtslage „laufende“ Sozialversicherungsprüfungen gab.²⁷ Diese Unschärfe im Erkenntnis wird noch durch die Ausführungen des Höchstgerichts zur Übertragung der Mitarbeiter_innen von der ÖGK an die Finanzverwaltung gestützt: „Dies gilt insbesondere für die [...] Zuweisung von Bediensteten der ÖGK zur Dienstleistung im Prüfdienst [...], kommt diese doch nur [...] für die ÖGK in Betracht“. Mit der nicht unverzüglichen Aufhebung der §§ 15 ff PLABG ist technisch eine Zuweisung an die Finanzverwaltung möglich. Es wird wohl der Ausnahmegrund des § 15 Abs 1 PLABG anzuwenden sein, wonach eine Zuweisung aus „wichtigem Grund“ unterbleiben kann. Die Entscheidung des VfGH stellt zweifelsohne einen wichtigen Grund dar, wäre doch die Übertragung ab 1.7.2020 jedenfalls rechtsgrundlos. Warum das Höchstgericht für ein zum Zeitpunkt der Verkündung noch nicht in Kraft befindliches Bundesgesetz ausdrücklich „laufende“ Prüfungen als Begründung heranzog, ist nicht nachvollziehbar und könnte das Recht auf den gesetzlichen Richter gemäß Art 6 EMRK verletzen.

Mag. Dr. Florian J. Burger, MA arbeitet als Jurist in der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte; florian.burger@akwien.at

Mag.^a Sophia Marcian arbeitet als Juristin in der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte; sophia.marcian@akwien.at

Mag. Wolfgang Panhölzl ist Abteilungsleiter in der Sozialversicherungsabteilung der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte; wolfgang.panhoelzl@akwien.at

Mag.^a Monika Weissensteiner ist stellvertretende Abteilungsleiterin in der Sozialversicherungsabteilung der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte; monika.weissensteiner@akwien.at

²⁶ VfGH 13.12.2019 G 78-81/2019, Rz 280 und Spruch.

²⁷ BGBl I 2020/5.

Kein Trojaner auf dem Smartphone

Regelung zur Überwachung verschlüsselter Nachrichten ist verfassungswidrig

Alina Hanel

1. Die Befugnis

Die schwarz-blaue Regierung stellte sich als im weiteren Sinne ausgesprochen pferdeaffin heraus. So war *Herbert Kickls* Herzensanliegen eine berittene Polizei,¹ *Sebastian Kurz* schenkte dem Staatsoberhaupt der Arabischen Emirate einen Lipizzaner für einen abgeschlossenen OMV-Deal² und nicht zuletzt wurde beschlossen, dass die Sicherheitsbehörden Computersysteme mit Trojanern infiltrieren dürfen. Mit dem Gesetzespaket 2018³ wurde – unter anderem – eben diese Überwachungsmethode beschlossen, die es erlaubt, Computersysteme durch heimliche Installation eines Programms zu überwachen. Diese Art der Überwachung wurde für Staaten interessant, weil Ende-zu-Ende Verschlüsselung mittlerweile in den meisten Messenger-Diensten (wie *WhatsApp*, *Signal* usw.) standardmäßig integriert ist. Die verschlüsselten Daten könnten zwar mit herkömmlichen Überwachungsmethoden durch die Sicherheitsbehörden erlangt werden, jedoch gibt es für sie derzeit keine Möglichkeit diese dann zu entschlüsseln. Daher sah der Gesetzesentwurf vor, direkt am Endgerät anzusetzen und das noch unverschlüsselte, bzw bereits entschlüsselte Datenmaterial auszuleiten. Dazu sollte heimlich ein Programm auf einem Computersystem, welches eine verdächtige Person nutzt, installiert werden. Die genaue Programmarchitektur wurde nicht gesetzlich festgelegt, allerdings bestehen gängige Funktionsweisen solcher Programme darin, in regelmäßigen Abständen einen Screenshot vom Desktop eines Gerätes anzufertigen und alle Tastenanschläge aufzuzeichnen. Diese Daten werden dann automatisch an die Sicherheitsbehörden weitergeleitet.⁴

2. Kein ausreichender Rechtsschutz

Der letzte Anlauf des Gesetzgebers, einen sogenannten „Bundestrojaner“ einzuführen, scheiterte zuletzt mit dem Erkenntnis⁵ des VfGH vom 11.12.2019, mit welchem die

1 APA/Die Presse, Berittene Polizei: Erster Unfall mit Dienstpferd, diepresse.com 20.7.2018, www.diepresse.com/5467790 (4.1.2020).

2 APA/Der Standard, OMV besiegelte Erwerb an Offshore-Ölfeldern in den VAE, derStandard.at 29.4.2018, www.derstandard.at/2000078880095 (4.1.2020).

3 Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2018 BGBl I 2018/27.

4 Wie etwa im Fall von Mohamed M., vgl *Pentz/Prack/Schmidinger/Wittek*, „Das ist kein Gottesstaat!“ Terrorismus und Rechtsstaat am Beispiel des Prozesses gegen Mohamed M. und Mona S. (2008) 89 f.

5 VfGH 11.12.2019, G 72-74/2019-48, G 181-182/2019-18.

§§ 134 Z 3a und 135a StPO – wegen Verletzung des Art 8 EMRK und § 1 DSGVO – aufgehoben wurden. Der VfGH hob die gesamte Regelung auf, da er keine ausreichenden Kontrollmechanismen für die Befugnis gegeben sah. Dies ist bemerkenswert, denn das vorgesehene Gesetz schöpfte alle Rechtsschutzmechanismen aus, die die österreichische Rechtsordnung bisher bei geheimen Überwachungsmethoden kannte: Die Maßnahme sollte gerichtlich bewilligt werden, der⁶ Rechtsschutzbeauftragte hätte Kontrollbefugnisse innegehabt, ein Beweisverwertungsverbot wurde statuiert und es gab Protokollierungspflichten. Nach Ansicht des VfGH wäre allerdings „unter dem Blickwinkel des Art 8 EMRK geboten, dass der Gesetzgeber eine begleitende, effektive – mit entsprechenden technischen Mitteln und personellen Ressourcen ausgestattete – und unabhängige Aufsicht über die laufende Durchführung der Maßnahme (durch eine_n Richter_in oder eine mit gleichwertigen Unabhängigkeitsgarantien ausgestattete Stelle) in jedem Fall sicherstellt.“⁷ Eine unabhängige Kontrolle muss demnach nicht nur zu Beginn der Maßnahme gegeben sein, sondern auch während ihrer Durchführung. Der Rechtsschutzbeauftragte erfüllt diese Anforderungen nicht.

3. Unverhältnismäßig weit gefasste Anwendungsfälle

Weiters sieht sich das Höchstgericht bemüht einige Selbstverständlichkeiten klarzustellen, denn der Gesetzgeber wurde nicht müde zu betonen, dass die Infiltration eines Computersystems mit der Eingriffsintensität anderer geheimer Überwachungsmaßnahmen vergleichbar sei. Dass dem nicht so ist, stellte der VfGH unmissverständlich klar: „§ 135a iVm § 134 Z 3a StPO gewährt den Ermittlungsbehörden weitreichende Einblicke in die Privatsphäre des Nutzers bzw. der Nutzer eines Computersystems. Dies ist vor allem vor dem Hintergrund zu sehen, dass die (Zusammenschau der) [...] erhobenen Daten Rückschlüsse auf die persönlichen Vorlieben, Neigungen, Orientierung und Gesinnung sowie Lebensführung einer Person ermöglichen.“⁸ Da die „Bundestrojaner“-Regelung eben einen besonders gravierenden Eingriff in Art 8 EMRK darstellt, vertrat der VfGH auch die Ansicht, dass zwei Anwendungsfälle⁹ unverhältnismäßig weit gefasst waren. Einerseits war die Maßnahme bei Straftaten mit sehr geringer Strafdrohung zulässig, sofern der_die Inhaber_in bzw Verfügungsberechtigte eines Computersystems ihre Zustimmung zur Überwachung erteilte (§ 135a Abs 1 Z 2 StPO). Hier musste das Höchstgericht wieder eine Banalität klarstellen, nämlich, dass „die Tatsache, dass der Inhaber [...] zustimmen muss, [...] bloß die Überwachung der Privatsphäre des Zustim-

6 Seitdem es diese Institution gibt, waren anscheinend nur Männer als Rechtsschutzbeauftragte, bzw dessen Stellvertreter bestellt. Daher wird an dieser Stelle auf eine geschlechtsneutrale Formulierung verzichtet.

7 VfGH 11.12.2019, G 72-74/2019-48, G 181-182/2019-18, Rz 195.

8 VfGH 11.12.2019, G 72-74/2019-48, G 181-182/2019-18, Rz 185.

9 Der erste Anwendungsfall betraf aktuell stattfindende Entführungen (§ 135a Abs 1 Z 1 StPO). Zu diesem äußerte sich der VfGH nicht.

menden zu rechtfertigen [vermag], nicht aber den Eingriff in die Rechtssphäre dritter Personen“¹⁰.

Andererseits erlaubte der dritte Anwendungsfall (§ 135a Abs 1 Z 3 StPO) die Maßnahme zur Aufklärung – teilweise auch zur Verhinderung – einer Reihe von Straftaten anzuwenden, ohne dass die verfügungsberechtigte Person zustimmt. Dass auch Vermögensdelikte mit einer Androhung von mehr als drei Jahren Freiheitsstrafe, sofern sie im Rahmen einer kriminellen Organisation (§ 278a StGB) oder terroristischen Vereinigung (§ 278a StGB) begangen wurden (etwa Diebstähle nach § 129 Abs 2 und § 131 StGB), von diesem Anwendungsfall erfasst waren, war dem VfGH ein Dorn im Auge. „Die Verhältnismäßigkeit [...] ist daher insoweit nicht gewahrt, als nicht gewährleistet ist, dass eine solche verdeckte Überwachung nur dann erfolgt, wenn sie zur Verfolgung und Aufklärung von Straftaten dient, die im Einzelfall eine gravierende Bedrohung der in Art 8 Abs 2 EMRK genannten Ziele darstellen und die einen solchen schwerwiegenden Eingriff rechtfertigen.“¹¹ Begrüßenswert ist, dass der VfGH nicht auf die Mär einsteigt, organisierte Kriminalität stelle eine quasi unüberwindbare Herausforderung für Staaten dar, für deren Bekämpfung jedes Mittel angemessen wäre. Auch ist erfreulich, dass in dieser Passage durchklingt, dass der Gerichtshof der Ansicht ist, dass der Einsatz dieser Maßnahme nur in besonderen Einzelfällen zulässig sein könnte und nicht etwa generell für bestimmte Typen von Straftaten mit hoher Strafdrohung.

4. Unbefriedigendes und Unbeantwortetes

Trotzdem ist es schade, dass der VfGH einer Bundestrojaner-Regelung nicht *per se* eine Abfuhr erteilt hat, sondern Teile der Entscheidung wie Auflagen für den Gesetzgeber gelesen werden können. Einige der problematischen Aspekte dieser Überwachungsmaßnahme liegen allerdings in ihrem Wesen begründet. Es müssen bspw alle Daten auf einer Festplatte gescannt werden, um die verschlüsselte Kommunikation überwachen zu können und somit ist ein weniger gravierender Eingriff in die Privatsphäre einer Person nicht möglich. Auch müssen in der Regel IT-Sicherheitslücken ausgenutzt werden, um ein Überwachungsprogramm geheim auf einem Computer zu installieren. Wenn ein Staat sich so einer Methode bedient, hat er daher automatisch ein Interesse daran, diese Sicherheitslücken aufrecht zu erhalten. Bleiben diese offen, kann das aber das Leben aller Menschen beeinträchtigen.

Auf diesen Aspekt geht das Höchstgericht aber nicht genauer ein, da es die besagten Bestimmungen schon allein wegen der bereits genannten Gründe für verfassungswidrig erklärt hat. Unbeantwortet bleibt daher ein interessantes Argument, das vorgebracht wurde, nämlich, dass die Maßnahme auch deswegen verfassungswidrig sei, weil sie gegen

10 VfGH 11.12.2019, G 72-74/2019-48, G 181-182/2019-18, Rz 186.

11 VfGH 11.12.2019, G 72-74/2019-48, G 181-182/2019-18, Rz 190.

eine – aus Art 8 EMRK abgeleitete – positive Schutzpflicht des Staates verstoße. Demnach sei der Staat dazu verpflichtet Individualkommunikation vor Gefahren zu schützen. Lässt er bewusst IT-Sicherheitslücken offen, komme er dieser Schutzpflicht nicht nach. Zu hoffen bleibt zwar, dass die strengen Anforderungen und wenigen (möglicherweise verfassungskonformen) Anwendungsmöglichkeiten die Maßnahme für den Gesetzgeber weniger interessant machen. Leider lässt das türkis-grüne Regierungsprogramm aber darauf schließen, dass es erneut Versuche geben wird, eine derartige Überwachungsmaßnahme zu legalisieren. Zumindest soll die Schaffung einer verfassungskonformen Regelung geprüft werden.¹²

Mag.^a Alina Hanel, BA ist Politik- und Rechtswissenschaftlerin; alina.ha@gmx.at

12 *Die neue Volkspartei/Die Grünen – Die Grüne Alternative*, Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020-2024, 216.

„These considerations do not imply any criticism towards the applicant“

Eine kritische Anmerkung zum Umgang des EGMR mit Opfern häuslicher Gewalt anhand von *Kurt/Österreich**

Susanne Gstöttner / Lena Kolbitsch**

1. Einleitung

Im Fall *Kurt/Österreich*¹ hatte sich der EGMR mit einem folgenschweren Fall häuslicher Gewalt² zu befassen. Der Sohn der Beschwerdeführerin war in der Volksschule von dessen Vater erschossen worden, obwohl sie sich drei Tage zuvor an die Polizei gewandt hatte und die Familie dort wegen früherer Vorfälle bekannt war.³ In ihrer Beschwerde vor dem EGMR brachte die Beschwerdeführerin vor, Österreich hätte seine Schutzpflichten gegenüber ihr und ihren Kindern vor ihrem gewalttätigen Ehemann verletzt. Eine Kammer des Gerichtshofs verneinte dies in einer nicht rechtskräftigen⁴ Entscheidung vom 4.7.2019; eine „reale Gefahr“ für das Leben des Kindes sei nicht erkennbar gewesen. Die Große Kammer des EGMR wird sich nun mit Fragen sowohl hinsichtlich des notwendigen gesetzlichen Regelwerks zum Schutz von Opfern häuslicher Gewalt, der gebotenen Gefahreinschätzung und der zu ergreifenden Maßnahmen befassen müssen.

Mit *Kurt/Österreich* hatte der EGMR zum wiederholten Mal über die Verletzung menschenrechtlicher Schutzpflichten im Kontext häuslicher Gewalt zu entscheiden.⁵ Angesichts der gesellschaftlichen Verbreitung häuslicher Gewalt ist dies keinesfalls verwun-

* Die Autorinnen danken Univ.-Prof. (SFU) Dr. *Konrad Lachmayer* für kritische Anmerkungen und wertvolle Anregungen.

** Die Autorinnen haben im EGMR-Verfahren auf Seiten der Beschwerdeführerin mitgewirkt.

1 EGMR 4.7.2019, 62903/15, *Kurt/Österreich*; titelgebendes Zitat aus dem offiziellen englischsprachigen Entscheidungstext Rn 79; werden im Nachfolgenden deutschsprachige Passagen zitiert, so handelt es sich dabei um eigene Übersetzungen.

2 Es wird in diesem Beitrag bewusst der Begriff „häusliche Gewalt“ verwendet, da es sich dabei um die vom EGMR verwendete Terminologie handelt.

3 Dieser tragische Vorfall fand auch in der österreichischen Medienlandschaft breite Beachtung; *derStandard.at*, Vater schoss in Schule in St. Pölten auf Sohn und tötete sich selbst, www.derstandard.at/1336697904424/ (16.12.2019); *Die Presse*, Vater schießt Sohn in den Kopf, *Die Presse* v 26.5.2012.

4 Ein Antrag auf Verweis an die Große Kammer der Beschwerdeführerin wurde zugelassen; EGMR, Pressemitteilung „Grand Chamber Panel’s decisions“, 5.11.2019, ECHR 380 (2019); Anträge auf Verweis an die Große Kammer werden gemäß Art 43 EMRK (Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, StF BGBl 1958/210) iVm Art 73 der Verfahrensordnung des EGMR nur in Ausnahmefällen zur Prüfung einer schwerwiegenden Frage – im Hinblick auf die Auslegung oder Anwendung der EMRK oder die allgemeine Bedeutung – zugelassen.

5 S etwa *Kurt/Österreich*; EGMR 2.3.2017, 41237/14, *Talpis/Italien*; 26.3.2013, 33234/07, *Valiulienė/Litauen*; 9.7.2019, 41261/17, *Volodina/Russland*.

derlich. Zwei aktuelle in Europa durchgeführte Studien⁶ zeigen, dass jede fünfte Frau seit dem 15. Lebensjahr physische und/oder sexuelle Gewalt⁷ und mehr als doppelt so viele Frauen bereits psychische Gewalt⁸ in einer Beziehung erlebt haben. Die Notwendigkeit, häusliche Gewalt als gesamtgesellschaftliche Herausforderung zu erkennen und rechtliche Schritte zu ergreifen, wird auch durch mehrere internationale Übereinkommen und Dokumente⁹ – allen voran die sog *Istanbul-Konvention*⁹ – aufgezeigt.¹⁰ Vor diesem Hintergrund ist es eine umso wichtigere Aufgabe der Gerichte, klare Leitlinien hinsichtlich staatlicher Schutzpflichten zu definieren. An diesen haben sich nationale Behörden in Fällen häuslicher Gewalt bei der Ergreifung notwendiger Schutzmaßnahmen zu orientieren.

In *Kurt/Österreich* ging der EGMR mit erstaunlicher Insensibilität und Indifferenz im Hinblick auf die Vorgeschichte häuslicher Gewalt und der damit einhergehenden kontextspezifischen Dynamik der Gewalteskalation vor. Diese Entscheidung steht damit auch im Kontrast zur bestehenden Rsp des Gerichtshofs.

1.1. Der Anlassfall

1.1.1. Ausgangslage

Der Ehemann der Beschwerdeführerin hatte ihr und ihren gemeinsamen Kindern (Sohn geboren 2004, Tochter geboren 2005) jahrelang schwere psychische und physische Gewalt zugefügt und war deswegen auch bereits 2010 zu einer bedingten Freiheitsstrafe verurteilt worden.¹¹ Als die Beschwerdeführerin sich schließlich im Frühjahr 2012 dazu entschloss, die Scheidung zu beantragen und außerdem Anzeige gegen ihren Ehemann zu erstatten, eskalierte die Situation.¹² Über den Ehemann wurde ein Betretungsverbot der Ehewohnung und der Wohnung der Eltern der Beschwerdeführerin verhängt, dies

6 FRA – European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), Violence against women: an EU-wide survey – Main results (2012), <https://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-main-results-report> (20.12.2019); Organization for Security and Co-operation in Europe, OSCE-led survey on violence against women: Main report (2018), <https://www.osce.org/secretariat/413237?> (20.12.2019).

7 Die Studie der FRA wies einen Durchschnittswert von 22 %, die von der OSZE durchgeführte Studie einen von 23 % Frauen aus, die seit ihrem 15. Lebensjahr von physischer und/oder sexueller Gewalt in einer Beziehung betroffen waren.

8 Die Studie der FRA wies einen Durchschnittswert von 43 %, die von der OSZE durchgeführte Studie einen von 60 % Frauen aus, die seit ihrem 15. Lebensjahr von psychischer Gewalt in einer Beziehung betroffen waren.

9 Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, StF BGBl III 2014/164.

10 Aufgrund der überwiegenden Betroffenheit von Frauen wird häusliche Gewalt dabei oft iZm allgemeinen Fragen der Diskriminierung von Frauen behandelt. Beispielhaft genannt seien hier das UN Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau und seine Auslegung durch das CEDAW-Komitee; sowie der Beschluss der parlamentarischen Versammlung der OSZE über Gewalt gegen Frauen (HDIM.OSCE.PA/0267/09). Einen Überblick über die von der EU ergriffenen Schritte zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen wurde vom Parlamentarischen Recherchedienst im September 2019 erstellt (PE 630.296).

11 Der Ehemann war wegen Körperverletzung (seiner Ehefrau) und gefährlicher Drohung (gegen seinen Bruder und Neffen) verurteilt worden.

12 Zur ausführlichen Darstellung des Sachverhalts s *Kurt/Österreich* Rn 5 ff.

hinderte ihn jedoch nicht daran, in der Folge die beiden gemeinsamen Kinder in der Schule aufzusuchen, aus dem Unterricht zu holen und den Sohn vor den Augen der Tochter zu erschießen. Der Mann beging später Selbstmord.

1.1.2. Der rechtliche Hintergrund

Zunächst ist ein Blick auf die damaligen¹³ rechtlichen Rahmenbedingungen notwendig, um feststellen zu können, ob die Behörden alle notwendigen Maßnahmen zum Schutz der Familie ergriffen haben. Aufgrund der von der Beschwerdeführerin erstatteten polizeilichen Anzeige gegen ihren Ehemann wurde in der Folge ein Betretungsverbot über die gemeinsame Wohnung gem § 38a SPG¹⁴ verhängt. Nach der damaligen Gesetzeslage bestand keine Möglichkeit eines Betretungsverbots für die Schule der Kinder – eine diesbezügliche Gesetzesänderung erfolgte wohlgernekt unmittelbar nach dem Vorfall.¹⁵ Eine Wegweisung des Gewalttäters aus der Wohnung durch die Sicherheitsbehörden gem § 38a SPG konnte jedoch grds nur zwei Wochen lang erfolgen. Um längerfristigen Schutz zu erhalten, war es einem Opfer häuslicher Gewalt gem § 382b EO¹⁶ möglich, beim örtlich zuständigen Bezirksgericht die Erlassung einer einstweiligen Verfügung (eV) zu beantragen. Außerdem hätte durch einen Antrag gemäß § 382e EO dem Gefährder der Aufenthalt an bestimmten Orten und die Kontaktaufnahme zu bestimmten Personen verboten werden können. Mit der Antragstellung wäre eine Verlängerung des polizeilichen Betretungsverbots um zwei weitere Wochen einhergegangen.

Für den Anlassfall wäre die Beantragung einer derartigen eV allerdings sehr wahrscheinlich zu spät gekommen,¹⁷ weil der Sohn der Beschwerdeführerin nur drei Tage nach der Anzeige durch die Beschwerdeführerin getötet wurde. Das Verfahren zur Erlassung einer eV gem § 382e EO dauert jedoch idR länger, weil die Gerichte oft auch dem Gefährder die Gelegenheit zur Äußerung geben.¹⁸ Eine Option für die Sicherheitsbehörden wäre die Festnahme des Gewalttäters und die Verhängung der Untersuchungshaft gewesen. Die Voraussetzungen gemäß § 173 StPO wären dabei ein dringender Tatverdacht und alternativ das Bestehen einer Tatbegehungs- oder Tatausführungsgefahr, sowie die Verhältnismäßigkeit der Festnahme und Untersuchungshaft zur Bedeutung der Sache gewesen. Im konkreten Fall wäre wohl der Haftgrund der Tatausführungsgefahr (§ 173 Abs 2 Z 3 lit d StPO) einschlägig gewesen; also jener Gefahr, dass der Beschuldigte, bliebe er auf freiem Fuß, die angedrohte Tat ausführen könnte. Im Hinblick auf die geäußerte gefährliche Drohung

13 Der Fall ereignete sich im Jahr 2012.

14 Sicherheitspolizeigesetz, StF BGBl 1991/566 idF BGBl I 2012/13.

15 S die SPG-Novelle 2013, BGBl I 2013/152.

16 Exekutionsordnung, StF RGBl 1896/79 idF BGBl I 2011/139.

17 *Kurt/Österreich* Rn 53.

18 Während bei einem Antrag gem § 382b EO von einer Anhörung des Antragsgegners abgesehen werden kann, ist diese bei § 382e EO zwar nicht immer vorzunehmen, scheint aber doch häufiger erforderlich, *Kodek in Angst/Oberhammer*, EO³ § 382c EO Rz 3 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

musste eine derartige Gefahr als wahrscheinlich angenommen werden.¹⁹ Gegebenenfalls hätte statt der Untersuchungshaft eine Enthaltung gegen gelindere Mittel gem § 173 Abs 5 StPO – bspw durch die Anordnung einer Weisung, einen bestimmten Ort wie die Schule der Kinder zu meiden – verfügt werden können.

Da die Behörden keine derartigen Maßnahmen ergriffen haben, machte die Beschwerdeführerin ihre Ansprüche in einem Amtshaftungsverfahren geltend, dieses blieb jedoch ohne Erfolg.²⁰ Sie wandte sich daher in der Folge an den EGMR.

1.1.3. Die Entscheidung des EGMR

Im Jahr 2019 hatte der Gerichtshof schließlich zu entscheiden, ob die österreichischen Behörden ihrer aus der EMRK erwachsenden Verpflichtung zur Ergreifung präventiver Maßnahmen zum Schutz der Beschwerdeführerin und ihrer Kinder vor Gewaltakten des Ehemannes bzw Vaters nachgekommen waren. Die Beschwerdeführerin machte in ihrem Vorbringen eine Verletzung der Art 2, 3 und 8 EMRK geltend, einerseits durch unzureichende gesetzliche Rahmenbedingungen zu ihrem Schutz und andererseits wegen Nichtergreifung aller notwendigen Schutzmaßnahmen durch die Behörden. Der EGMR erachtete es für angemessen, die geltend gemachten Beschwerdegründe unter dem materiellen Aspekt des Schutzes des Lebens (Art 2 EMRK) der Familie zu prüfen. Dabei kam er schlussendlich zum Ergebnis, die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Konventionsverletzung durch Österreich liege nicht vor. Einerseits seien ausreichende rechtliche Schutzmöglichkeiten vorhanden gewesen und andererseits hätten auch die Behörden die Gefährdung des Lebens des Sohnes in der Schule nicht vorhersehen können und müssen, weswegen keine Schutzpflichtverletzung vorgelegen sei.

Im Folgenden soll untersucht werden, wie diese Entscheidung ins bisherige Gefüge der EGMR-Rsp zu staatlichen Schutzpflichten passt und ob sie in Anbetracht allgemeiner grundrechtlicher Prinzipien sachgerecht erscheint.

Die Annahme staatlicher Schutzpflichten iZm einer Gefährdung des Lebens und anderer grundrechtlich geschützter Rechtsgüter durch kriminelle Handlungen anderer ist weder neu noch spezifisch auf Fälle häuslicher Gewalt begrenzt.²¹ Der Gerichtshof hat zur Beurteilung des Ausmaßes dieser Schutzpflichten bereits gewisse allgemeine Leitlinien ent-

19 Angemerkt sei hier, dass es sich dabei um keine Art der „Sicherungshaft zum Schutz der Allgemeinheit“ gehandelt hätte, wie sie im aktuellen Regierungsprogramm vorgesehen ist. Die Haft hätte daher über den Ehemann nicht etwa wegen einer „allgemeinen Gefährlichkeit“ unabhängig von einer begangenen Straftat, sondern vielmehr konkret aufgrund der bereits geäußerten gefährlichen Drohung (§ 107 Abs 2 StGB) und der bestehenden Gefahr ihrer Ausführung verhängt werden können; ein Fall, der auch bereits in Art 2 Abs 1 Z 1 lit c Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit (StF BGBl 1988/684) vorgesehen ist.

20 *Kurt/Österreich* Rn 27 ff.

21 Zu den nach der EMRK bestehenden Schutzpflichten des Staates allgemein *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1332 ff; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 158 f; *Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rz 1224.

wickelt,²² die er auch im konkreten Fall zur Entscheidungsbegründung heranzog.²³ Im Besonderen bei Fällen häuslicher Gewalt zu beachten ist aber die vom EGMR vorgenommene Modifikation der allgemeinen Grundsätze, welche auf die Spezifika dieses gesellschaftlichen Problems Rücksicht nimmt. In die Entscheidung im Fall *Kurt/Österreich* fand diese Rechtsprechungslinie allerdings größtenteils keinen Eingang.²⁴

2. Die Rechtsprechung des EGMR zu staatlichen Schutzpflichten

Art 2 EMRK,²⁵ der das Recht auf Leben schützt, ist – so der EGMR – eine der fundamentalsten Konventionsbestimmungen.²⁶ Diese umfasst nicht nur das (negative) Verbot an Staaten, aktiv und bewusst in das Leben von Menschen einzugreifen, sondern auch die (positive) Verpflichtung, angemessene Schritte zum Schutz des Lebens zu setzen.²⁷ Dabei müssen die Konventionsstaaten gesetzliche und administrative Maßnahmen zur Verhinderung lebensbedrohlicher Gefahren vorsehen²⁸ und in konkreten Fällen präventiv für den Schutz des/r Einzelnen vor strafbaren Handlungen eines/r Anderen gegen sein/ihr Leben sorgen.²⁹

2.1. Der *Osman*-Test als Instrument zur Bestimmung staatlicher Schutzpflichten

Der Gerichtshof erkennt allerdings an, dass im Lichte moderner demokratischer Gesellschaften und der Unvorhersehbarkeit menschlichen Handelns die staatliche Verpflichtung, eine/n Einzelne/n gegen Eingriffe in sein/ihr Leben durch eine/n Andere/n zu schützen, nicht so interpretiert werden darf, dass den Behörden eine unverhältnismäßige oder unmögliche Belastung auferlegt wird.³⁰ Daher löst nicht jeder drohende kriminelle Akt gegen das Leben eines/r Einzelnen eine Handlungspflicht der staatlichen Behörden aus.³¹ Zur Bestimmung, ob staatliche Schutzpflichten in einem solchen konkreten Fall verletzt wurden, hat der Gerichtshof in der Rs *Osman/Vereinigtes Königreich*³² bereits im Jahr 1998 eine For-

22 S dazu sogleich die Ausführungen zu EGMR 28.10.1998, 87/1997/871/1083, *Osman/Vereinigtes Königreich*.

23 *Kurt/Österreich* Rn 63.

24 S unter 3.

25 Bei Fällen häuslicher Gewalt spielen im Übrigen auch staatliche Schutzpflichten iZm den Art 3 (Verbot von Folter und unmenschlicher Behandlung) und 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) eine Rolle, der besseren Übersicht halber konzentriert sich der folgende Beitrag jedoch auf Art 2 EMRK.

26 EGMR 24.3.2011, 23458/02, *Giuliani und Gaggio/Italien* Rn 174.

27 EGMR 31.1.2019, 78103/14, *Fernandes de Oliveira/Portugal* Rn 104; 17.1.2002, 32967/96, *Calvelli und Cigliio/Italien* Rn 48; zum Thema der präventiven Maßnahmen zum Schutz des Lebens s allgemein *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1390; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ 174 ff; *Berka*, Verfassungsrecht⁷ Rz 1224; *Jacobs/White/Ovey*, The European Convention on Human Rights⁷ 161 ff.

28 S zB EGMR 20.3.2008, 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 und 15343/02, *Budayeva ua/Russland* Rn 129.

29 EGMR 13.6.2006, 7510/04, *Kontrovál/Slowakei* Rn 49; *Fernandes de Oliveira/Portugal* Rn 108.

30 EGMR 9.6.2009, 33401/02, *Opuz/Türkei* Rn 129.

31 *Opuz/Türkei* Rn 129; *Fernandes de Oliveira/Portugal* Rn 111.

32 S FN 22.

mel (im Folgenden: *Osman*-Test) aufgestellt, die seither maßgebend ist.³³ Demzufolge wird geprüft, ob die Behörden zur fraglichen Zeit wussten oder hätten wissen müssen, dass ein reales und unmittelbares Risiko einer kriminellen Handlung gegen das Leben eines/r Einzelnen oder mehrerer individuell bestimmter Menschen droht.³⁴ Haben sie trotz dieses Wissens nicht die in ihrer Macht stehenden Maßnahmen ergriffen, die bei vernünftiger Betrachtungsweise dieses Risiko vermeiden hätten können, liegt eine Schutzpflichtverletzung vor.³⁵ Dabei wird jeweils auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt.³⁶

2.2. Die Spezifika häuslicher Gewaltsituationen – Weiterentwicklung des *Osman*-Tests

Der EGMR zieht den *Osman*-Test auch bei Fällen häuslicher Gewalt heran.³⁷ Ob diese Vorgehensweise angemessen ist, wurde vermehrt in Zweifel gezogen.³⁸ So formulierte bereits im Jahr 2013 der EGMR-Richter *Pinto de Albuquerque*, das Abstellen auf ein „unmittelbares Risiko“ erscheine in Anbetracht der besonderen Eskalationsgefahr bei Fällen häuslicher Gewalt geradezu „gekünstelt“.³⁹ Da staatlicher Schutz erst bei Vorliegen eines „unmittelbaren“ Risikos in den meisten Fällen zu spät käme, müssten andere Maßstäbe angelegt werden, um ein rechtzeitiges Ergreifen von Schutzmaßnahmen zu gewährleisten. Damit war der Grundstein dafür gelegt, dass der Gerichtshof selbst wenige Jahre später eine (wenn auch nur geringfügige) Änderung vornahm: In der Rs *Talpis/Italien*⁴⁰ betonte er in seiner Entscheidungsbegründung, bei der Beurteilung, ob ein reales und unmittelbares Verletzungsrisiko vorliegt, müsse der Kontext der häuslichen Gewalt angemessen berücksichtigt werden.⁴¹ Im Umgang mit derartigen Fällen sei daher eine besondere Sorgfalt geboten.⁴² Diese Aussage wurde erst jüngst durch die Entscheidung *Volodina/Russland*⁴³ bestätigt.⁴⁴ Bei der Weiterentwicklung des *Osman*-Tests geht es va um die Spezifika häuslicher Gewalt, die der EGMR in seiner Rsp explizit anführt.⁴⁵ Verwiesen wird dabei ausdrücklich

33 EGMR 28.3.2000, 22492/93, *Kılıç/Türkei* Rn 62; 28.3.2000, 22535/93, *Mahmut Kay/Türkei* Rn 85 f; 13.11.2012, 7676/09, *Van Colle/Vereintes Königreich* Rn 88 ff.

34 *Osman/Vereinigtes Königreich* Rn 116.

35 *Osman/Vereinigtes Königreich* Rn 116.

36 *Osman/Vereinigtes Königreich* Rn 116.

37 EGMR 12.6.2008, 71127/01 *Bevacqua und S./Bulgarien* Rn 65; *Opuz/Türkei* Rn 128 f.

38 Setwa *Ratniece*, A worrisome reasoning by the Strasbourg Court in a domestic violence case: Kurt v. Austria, <https://strasbourgoobservers.com/2019/08/13/a-worrisome-reasoning-by-the-strasbourg-court-in-a-domestic-violence-case-kurt-v-austria/> (20.12.2019). Kritisch zu *Kurt/Österreich* s auch *Kieber*, Positive Verpflichtung der Behörden zur Verhinderung tödlicher häuslicher Gewalt, NLMR 2019, 289.

39 Zu diesem und dem Folgenden EGMR 26.3.2013, 33234/07, *Valiulienė/Litauen*, Concurring Opinion *Pinto de Albuquerque*.

40 *Talpis/Italien* Rn 122.

41 Diese Passage wurde zT so interpretiert, als würde damit der *Osman*-Test an sich indirekt in Frage gestellt werden, s zB *De Vido*, The ECtHR *Talpis v. Italy* Judgment, Challenging the *Osman* Test through the Council of Europe Istanbul Convention? *Ricerche giuridiche*, vol 6 no 2 (2017) 10 ff.

42 *Talpis/Italien* Rn 129.

43 *Volodina/Russland* Rn 86.

44 In der Sache ging es um das Ausmaß der staatlichen Schutzpflicht iZm Art 3 EMRK.

45 ZB in *Talpis/Italien*; *Volodina/Russland*.

auf die Präambel der Istanbul Konvention,⁴⁶ welche die Mehrdimensionalität häuslicher Gewalt – physische, sexuelle, psychische oder ökonomische – anerkennt. Das wiederkehrende Auftreten von Gewaltepisoden in der Familie müsse berücksichtigt werden.⁴⁷ Die Behörden hätten auch die psychische, physische und materielle Situation der Opfer häuslicher Gewalt in ihre Evaluation einzubeziehen.⁴⁸ Ein komplexes Zusammenspiel verschiedener Facetten häuslicher Gewalt, so etwa kontrollierendes Verhalten, Zwang⁴⁹ sowie damit mitunter im Zusammenhang stehende Gefühle der Angst und Hilflosigkeit,⁵⁰ nimmt Einfluss auf das Verhalten der gefährdeten Personen. Weitere Faktoren, wie die Herausforderung für die Erbringung von Beweisen im privaten Umfeld durch fehlende ZeugInnen oder sichtbare Verletzungen, die finanzielle Abhängigkeit oder die Furcht vor Vergeltungsakten,⁵¹ schränken die Handlungsmöglichkeiten der Opfer weiter ein. Andere mit der häusliche Gewaltsituation verbundene Aspekte seien auch die enge Beziehung des Täters⁵² zum Opfer und die damit einhergehende ständige räumliche Nähe zueinander.⁵³

Diese Aufzählung zeigt nur einige der Spezifika häuslicher Gewalt, die bereits in der Rsp des EGMR Berücksichtigung fanden.⁵⁴ Allgemein verdeutlicht dies die Notwendigkeit einer fallbezogenen Einbeziehung all jener Umstände bei der Einschätzung der vorliegenden Gefahr für das Leben, die sich gerade aus dem speziellen Kontext häuslicher Gewalt ergeben. Zur Beschreibung dieser gesellschaftlich strukturell verankerten Gewaltdynamik existieren verschiedene Untersuchungen und Erklärungsmodelle. Genannt sei hier beispielhaft das „Power and Control Wheel“, welches das Zusammenspiel unterschiedlicher gesellschaftlicher, geschlechtsspezifischer, sozialer, psychischer, physischer und ökonomischer Faktoren aufzeigt.⁵⁵

2.3. Aktives Tätigwerden bei häuslicher Gewalt

Der EGMR leitet aus der beschriebenen Vulnerabilität der Opfer häuslicher Gewalt ab, dass eine besondere Notwendigkeit für Staaten besteht, aktiv zu ihrem Schutz tätig zu

46 *Talpis/Italien* Rn 129.

47 *Talpis/Italien* Rn 122; *Volodina/Russland* Rn 86.

48 *Talpis/Italien* Rn 155.

49 *Talpis/Italien* Rn 81; EGMR 28.1.2014, 26608/11, *T.M. und C.M./Republik Moldau* Rn 47.

50 *Volodina/Russland* Rn 75.

51 *Volodina/Russland* Rn 82.

52 Dieser Beitrag verwendet bewusst die männliche Form für Täter häuslicher Gewalt. Dies soll keinesfalls verleugnen, dass auch Frauen Täterinnen häuslicher Gewalt sind. Vielmehr soll angesichts der Tatsache, dass Gewalt gegen Frauen – auch im Kontext häuslicher Gewalt – überwiegend von männlichen Tätern verübt wird, die besondere Geschlechterspezifität des Themas betont werden; s *FRA – European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), Violence against women: an EU-wide survey – Main results (2012)* 7.

53 *Opuz/Türkei* Rn 132; *Volodina/Russland*, Separate Opinion *Pinto de Albuquerque* Rn 12.

54 Nachweise s FN 45.

55 *Domestic abuse intervention programs*, Understanding the Power and Control Wheel, <https://www.theduluthmodel.org/wheels/understanding-power-control-wheel/> (21.12.2019).

werden, ohne dabei die Verantwortung auf sie abzuwälzen.⁵⁶ In der Rs *Opuz/Türkei* sprach er etwa aus, dass Staaten in gewissen Fällen auch von Amts wegen strafrechtlich gegen potentielle Gewalttäter vorgehen müssen, selbst wenn das Opfer die Anzeige zurückzieht.⁵⁷ Dabei spielt ua eine Rolle, wie schwer das Vergehen war, ob das Opfer psychisch oder physisch verletzt wurde, ob der Gewalttäter eine Waffe verwendete und ob er seit der Tat neuerliche Drohungen machte, die Chancen einer Tatwiederholung, ob bisher bereits Gewalt verübt wurde sowie die Art der Beziehung zwischen Opfer und Täter.⁵⁸

Dem EGMR zufolge reicht auch nicht jedes staatliche Tätigwerden aus, sondern es müssen hinreichende Schutzmaßnahmen getroffen werden, die den Gewalttäter von weiterer Gewalt gegen das Opfer abhalten.⁵⁹ Explizit hervorgehoben wurde für Fälle häuslicher Gewalt, dass die Rechte des Täters nicht die Rechte des Opfers verdrängen können, wenngleich sie in die Evaluation der zu ergreifenden Maßnahmen einzubeziehen sind.⁶⁰

3. Kritik an der Entscheidung im Fall *Kurt/Österreich*

3.1. Außerachtlassen der kontext-spezifischen Gefährlichkeit häuslicher Gewalt

Dieser aufgezeigte Wandel hin zu einer stärkeren Beachtung und Anerkennung der kontext-spezifischen Dynamik häuslicher Gewalt⁶¹ fehlt in der aktuellen Entscheidung gänzlich. Der Gerichtshof verweist in seiner Entscheidungsbegründung zwar etwa auf den Fall *Talpis/Italien*,⁶² lässt jedoch die dortige maßgebliche Aussage außer Betracht, dass bei der Anwendung des *Osman*-Tests der Kontext häuslicher Gewalt beachtet werden müsse. Auf die Judikaturlinie zu besonders verletzlichen Personen wird nur stark verkürzt in den „allgemeinen Grundsätzen“ der Entscheidung hingewiesen.⁶³

Diese mangelnde Sensibilität des Gerichtshofes⁶⁴ zeigt sich an mehreren Stellen der rechtlichen Bewertung, und zwar sowohl bei der Beurteilung sowohl der notwendigen Schutz-

56 Diese Verpflichtung zum aktiven Tätigwerden besteht dabei iZm unterschiedlichen von häuslicher Gewalt betroffenen Konventionsrechten; betr Art 8 EMRK s *Bevacqua und S./Bulgarien* Rn 65; betr Art 3 EMRK s *T.M. und C.M./Republik Moldau* Rn 46.

57 *Opuz/Türkei* Rn 137 ff.

58 *Opuz/Türkei* Rn 138.

59 *Bevacqua und S./Bulgarien* Rn 83; *Opuz/Türkei* Rn 166-67; EGMR 28.5.2013, 3564/11, *Eremia ua/Republik Moldau* Rn 62-66; 16.7.2013, 61382/09, *B./Republik Moldau* Rn 53.

60 *Opuz/Türkei* Rn 147.

61 S oben 2.2.

62 S Fn 5.

63 *Kurt/Österreich* Rn 63.

64 Auf die Thematik und die Kritik des Einflusses des Geschlechterverhältnisses unter den entscheidenden RichterInnen auf das Urteil in Fällen mit geschlechterspezifischer Dimension sei hier nur am Rande hingewiesen. Im Fall *Kurt* waren zwei Richterinnen und fünf Richter an der Entscheidung beteiligt. Der Zusammenhang zwischen Geschlecht der Entscheidenden und Verfahrensausgang ist zunehmend Gegenstand sozialwissenschaftlicher Untersuchungen; s *Voeten, Gender and Judging: Evidence from the European Court of Human Rights*, <https://ssrn.com/abstract=3322607> (20.12.2019); *Boyd/Epstein/Martin*, *Untangling the Causal Effects of Sex on Judging*, *American journal of political science* 2010, 389–411.

maßnahmen als auch des gesetzlichen Regelwerks. Einerseits werden die Schwierigkeiten der Behörden bei der *ex ante*-Einschätzung einer potentiellen Gefahr besonders betont.⁶⁵ Auf der anderen Seite bezieht sich der EGMR zwar bei der Aufzählung der wesentlichen Faktoren teilweise auf seine frühere Rsp in thematisch ähnlichen Fällen, stellt allerdings bei der konkreten Anwendung dieser Faktoren kaum einen Kontext zur Situation der häuslichen Gewalt her. Bedenklich ist dabei, dass fast schon zufällig Kriterien herausgegriffen und besonders betont wurden – so etwa, dass der Täter keine Waffe hatte⁶⁶. Dadurch wird der Eindruck erweckt, als müsse für die Behörden jeder Aspekt einer bevorstehenden Tat – inklusive Tatort und Tatwaffe – im Vorhinein erkennbar sein, um überhaupt von einer „realen und unmittelbaren Gefahr“ ausgehen zu können.⁶⁷

Das Kriterium der Waffe nimmt der EGMR aus dem Fall *Opuz/Türkei*. Dieser ist jedoch mit *Kurt/Österreich* nicht uneingeschränkt vergleichbar, betraf der Fall *Opuz* doch die Frage eines verzögerten Tätigwerdens der Behörden bzw das Nicht-Aufnehmen eines Strafverfahrens nach einer begangenen Tat. Im Fall *Kurt* steht nicht das Strafverfahren gegen den Ehemann – welches eingeleitet wurde –, sondern die notwendigen Schutzmaßnahmen für die Beschwerdeführerin und ihre Kinder vor einer bevorstehenden, angeordneten Tat im Fokus. Deswegen ist Vorsicht dabei angebracht, die in *Opuz* aufgestellten Kriterien zur Beurteilung von Schutzpflichten⁶⁸ – wie den Besitz einer Waffe – ohne Vorbehalt heranzuziehen.

Daneben werden andere Gesichtspunkte völlig vernachlässigt. Zum Beispiel lässt der Gerichtshof das Element einer kontinuierlich zunehmenden Gewalteskalation außer Betracht. Es wäre jedoch geboten gewesen, auf die zur bereits bestehenden Gewaltsituation noch hinzukommenden, neuen Risikofaktoren angemessen Rücksicht zu nehmen, konkret die beantragte Scheidung und die polizeilichen Aussagen der Kinder gegen den Vater.⁶⁹ Eine Prüfung der sonstigen, damals zur Verfügung stehenden rechtlichen Mittel (Festnahme und Verhängung der Untersuchungshaft wegen Tatbegehungsgefahr, Enthaltung gegen gelindere Maßnahmen) unterblieb gänzlich.

Diese mangelnde Rücksicht auf den besonderen Kontext setzt sich in der Evaluation des rechtlichen Regelwerks fort. Auch hier ist eine reale und unmittelbare Gefahr Voraussetzung für das Vorliegen einer Konventionsverletzung, da die Prüfung fallbezogen und nicht abstrakt erfolgt.⁷⁰ Um das Fehlen einer derartigen Gefahr zu unterstreichen, wird noch ergänzend angeführt, der Beschwerdeführerin selbst sei die akute Gefahr für sich

65 *Kurt/Österreich* Rn 69.

66 *Kurt/Österreich* Rn 70, 73.

67 Diesen Eindruck bestätigt letztlich auch die auffallend konkrete Beschreibung der geprüften Gefahr für das Leben des Sohnes durch den EGMR. So kommt er zu dem Schluss „eine reale und unmittelbare Gefahr eines geplanten Mordes durch E. durch Beschaffung einer Waffe und Erschießen seines Sohnes in der Schule war nicht erkennbar“ (*Kurt/Österreich* Rn 76).

68 S oben 2.3.

69 *Kurt/Österreich* Rn 17.

70 *Kurt/Österreich* Rn 77.

und ihre Kinder nicht bewusst gewesen.⁷¹ Sie sei drei Tage in der Ehwohnung geblieben, bevor sie sich an die Behörden gewandt habe und habe zudem auch von der Möglichkeit, eine eV gegen den Ehemann zu erlangen, nicht Gebrauch gemacht.

Dieser Erwägung stellt der EGMR eine Floskel nach, die sich als eine Art „Disclaimer“ präsentiert. Die vorangehenden Überlegungen würden keinerlei Kritik an der Beschwerdeführerin implizieren, wird dort bekräftigt. Sie zeigten lediglich, die – auch für die Beschwerdeführerin – mangelnde Erkennbarkeit einer realen und unmittelbaren Gefahr für das Leben des Kindes in der Schule. Diese sei der Grund für das Nichtergreifen der vorhandenen gesetzlich vorgesehenen Maßnahmen zum Schutz des Lebens. Ein Zusammenhang zwischen dem Verhalten der Beschwerdeführerin und dieser tragischen Fehleinschätzung der Situation wird dadurch – entgegen der abweichenden Beteuerung – sehr wohl impliziert. Besonders befremdlich erscheint der Hinweis auf die von der Beschwerdeführerin nicht ergriffene Möglichkeit, eine eV zu erlangen. An anderer Stelle in der Entscheidung, und zwar bei der Bewertung der Zulässigkeit, zeigte sich der EGMR völlig konträr dazu nicht überzeugt, dass ein derartiger Antrag als effektiver Rechtsbehelf zu werten sei.⁷²

Die dadurch gesendete Botschaft für Opfer häuslicher Gewalt ist klar: Zögerlichkeit bei der Inanspruchnahme staatlichen Schutzes wirkt sich auf die Einschätzung der Gefährlichkeit der Situation und folglich nachteilig auf die zu gewährenden Schutzmaßnahmen aus. Außer Acht gelassen wird dabei jedoch, dass der Grund hierfür gerade in der besonderen Dynamik und kontextspezifischen Gefährlichkeit von häuslicher Gewalt liegen kann. Die Angst vor der Reaktion des gewaltbereiten Partners auf eine Anzeige oder Trennung – was tatsächlich einen entscheidenden Eskalationsfaktor darstellen kann⁷³ – spielt dabei eine große Rolle.⁷⁴ Insbesondere im Hinblick auf die aufgezeigte Rsp zur erhöhten Notwendigkeit aktiven staatlichen Tätigwerdens zum Schutz bestimmter Personengruppen⁷⁵ erscheint es nicht angebracht, die Verantwortung – zumindest teilweise – auf die Opfer abzuwälzen, wie in dieser Argumentationslinie angedeutet, und einem unterbliebenen Opferhandeln für die Behörden gleichsam entlastende Wirkung beizumessen.⁷⁶

71 *Kurt/Österreich* Rn 79.

72 Zur Begründung wurde auf die hohe Ungewissheit einer rechtzeitigen, bezirksgerichtlichen Entscheidung hingewiesen – schließlich ereignete sich der tragische Vorfall drei Tage nach dem Amtstag, bei dem eine Antragstellung möglich gewesen wäre; s *Kurt/Österreich* Rn 53.

73 Eine vom österreichischen Innenministerium eingerichtete Screening-Gruppe konnte aufzeigen, dass Trennungen bei Tötungen mit Beziehungshintergrund ein erhöhtes Risikopotential darstellen; *Bundesministerium für Inneres, Frauenmorde: Jeder Mord ist einer zu viel*, <https://www.bmi.gv.at/news.aspx?id=64643833724945463632733D> (22.12.2019).

74 Vgl *Volodina/Russland* Rn 82. Auch die von der EU-Grundrechteagentur durchgeführte Studie (s FN 6) zeigte, dass die Furcht vor dem Täter oder einer Vergeltungsmaßnahme oft ein Grund für betroffene Frauen war, sich nicht an die Polizei zu wenden (FRA, 64).

75 S 2.3.

76 Diese Vorgehensweise des sogenannten „victim blamings“ wird iZm dem Umgang der österreichischen Strafjustiz mit Opfern häuslicher Gewalt kritisiert; s etwa *Holzmiüller*, Profil v 5.12.2018, Victim blaming vor Gericht: „Täter wissen, dass sie damit durchkommen“ – Interview mit Rechtsanwältin Sonja Aziz, <https://www.profil.at/gesellschaft/victim-blaming-vor-gericht-aziz-10490910> (22.12.2019). Zur sekundären Viktimisierung im Strafverfahren und „Victim Blaming“ s auch *Bruckmüller/Nachbaur*, Opferrechte im Strafverfahren, JAP 2009/2010/10, 68 (69).

3.2. Eignung des „klassischen“ *Osman*-Tests bei fortdauernder Gewaltdynamik?

Unabhängig vom konkreten Fall und der zu kritisierenden Entscheidungsbegründung kann generell die Überlegung angestellt werden, ob der *Osman*-Test für derartige Konstellationen überhaupt geeignet ist. Fälle häuslicher Gewalt sind zumeist fortdauernd und haben ihren Ursprung in einer gesellschaftlich strukturell verankerten Gewaltdynamik. Für solche Fälle wurde der *Osman*-Test nicht entwickelt.⁷⁷ In Frage gestellt wird dabei, ob die notwendige Berücksichtigung kontextspezifischer Faktoren im Rahmen des modifizierten *Osman*-Tests ausreicht, um angemessen und rechtzeitig auf Gefahren für das Leben und die körperliche Unversehrtheit von Opfern häuslicher Gewalt zu reagieren. In seiner bereits erwähnten „Concurring Opinion“ fordert *Pinto de Albuquerque*, dass in Fällen häuslicher Gewalt eine Handlungspflicht bereits bei einem gegenwärtigen, aber noch nicht „unmittelbaren“ Risiko bestehen müsse.⁷⁸ Das Zeitfenster, in dem die Erforderlichkeit staatlichen Tätigwerdens geprüft werden müsse, werde so erweitert. Ausschlaggebend für das Bestehen staatlicher Schutzpflichten in Fällen häuslicher Gewalt solle nach seiner Ansicht dabei va sein, dass die Behörden um die Betroffenheit eines Teils der Bevölkerung (Frauen) wissen oder hätten wissen müssen.

Damit wird ein wichtiger Aspekt aufgeworfen: Es erscheint lebensfremd und widerspricht dem Schutzgedanken der EMRK, bei der Beurteilung eines im Einzelfall vorliegenden Risikos einer Konventionsverletzung systematisch die gesellschaftlich weit verbreitete, durch umfangreiche Studien belegte, strukturelle, kontextspezifische Gefahr außer Acht zu lassen.

Zentral für die Beantwortung der Frage, ob eine Modifikation des „klassischen“ *Osman*-Tests oder ein gänzlichliches Abgehen davon in Fällen häuslicher Gewalt notwendig wird, ist daher, ob das Kriterium der Unmittelbarkeit des Risikos flexibel genug ist, auch die sich aus der fortdauernden Gewaltdynamik sowie dem strukturellen Problem ergebenden Besonderheiten miteinzubeziehen. Gesteht man ihm nicht nur eine zeitliche Dimension zu, sondern erachtet die hohe Wahrscheinlichkeit der Lebensgefährdung als ausschlaggebend,⁷⁹ so scheint eine derartige Gesamtbetrachtung möglich. Nach diesem Verständnis führen daher das Anerkennen und die adäquate Berücksichtigung der besonderen Eskalationsgefahr in Fällen häuslicher Gewalt dazu, dass eine bestehende Gefahr bereits bei (kumulativem) Vorliegen gewisser kontextspezifischer Risikofaktoren als „hoch“ und damit „unmittelbar“ eingestuft werden kann. Letztlich kann jedenfalls nur eine Einbeziehung dieser Faktoren den von der EMRK geforderten staatlichen Schutz des Lebens von Opfern häuslicher Gewalt gewährleisten.

77 Im Fall *Osman* ging es um den Schutz eines Schuljungen vor seinem Lehrer, der eine unangebrachte Obsession zu dem Jugendlichen entwickelt hatte und letztlich dessen Vater ermordete; *Osman/Verinigtes Königreich* Rn 10ff.

78 *Valiulené/Litauen*, Concurring Opinion *Pinto de Albuquerque*.

79 *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum österreichischen Bundesverfassungsrecht (5. Lfg 2002) zu Art 2 EMRK Rz 69.

4. Schlussfolgerungen und Ausblick

Aus der Entscheidung des Gerichtshofs im Fall *Kurt/Österreich* ergeben sich Unklarheiten hinsichtlich der gebotenen Gefahreinschätzung, der zu ergreifenden Maßnahmen und des notwendigen gesetzlichen Regelwerks zum Schutz von Opfern häuslicher Gewalt. Das Außerachtlassen der spezifischen Gewaltdynamik in solchen Fällen als auch des gesamtgesellschaftlich bestehenden strukturellen Problems steht im Kontrast zur übrigen Judikatur des EGMR. Eine Einbeziehung dieser kontextspezifischen Besonderheiten ist für einen umfassenden Schutz des Rechtes auf Leben aber unbedingt notwendig. Positiv zu bewerten ist, dass der EGMR einen Antrag auf Verweis an die Große Kammer zugelassen und damit selbst die rechtliche und gesellschaftliche Relevanz der Thematik erkannt hat. Es bleibt abzuwarten, ob die Große Kammer die Entscheidung bestätigt und vor allem, ob die Chance genützt wird, die Grundsätze für menschenrechtliche Verpflichtungen iZm Situationen häuslicher Gewalt für ganz Europa klar herauszuarbeiten und zu festigen. In Anbetracht der erheblichen gesellschaftlichen Verbreitung häuslicher Gewalt ist diese Aufgabe unumgänglich geworden.

Mag.⁹ Susanne Gstöttner ist wissenschaftliche Mitarbeiterin der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Sigmund Freud PrivatUniversität Wien; susanne.gstoettner@jus.sfu.ac.at

Dr.¹⁰ Lena Kolbitsch ist Rechtspraktikantin im Sprengel des OLG Wien; lena.kolbitsch@justiz.gv.at

Zeit für ein verbindliches UN-Abkommen zu Wirtschaft und Menschenrechten

Rechtsfragen und Lösungsansätze am Beispiel des Minendesasters von Mariana (Brasilien)

Sarah Bruckner / Marieta Kaufmann

1. Einleitung: Wirtschaft und Menschenrechte – Das Ringen um Verbindlichkeit

Die Debatte um unternehmerische Verantwortung für Menschenrechte und Umwelt hat in den vergangenen Jahren an Dynamik gewonnen. Erschütternde Ereignisse wie der Einsturz der Textilfabrik *Rana Plaza* in Bangladesch 2013, bei dem mehr als 1.000 Menschen ums Leben kamen, gaben dazu den Anstoß. Das Minendesaster von Mariana in Brasilien 2015 verdeutlicht ein weiteres Mal die Notwendigkeit der Debatte, wie der vorliegende Beitrag zeigen wird. Die Fälle haben eine gemeinsame Klammer: Hinter den Katastrophen im globalen Süden stehen Unternehmen des globalen Nordens.¹ Letztere weisen in der Regel jegliche Verantwortung für Ereignisse in der Sphäre von Zulieferbetrieben oder Tochtergesellschaften von sich.²

Vor diesem Hintergrund richtete der Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen mit der Resolution 26/9 vom 14.7.2014³ eine zwischenstaatliche Arbeitsgruppe mit dem Auftrag ein, „ein bindendes internationales Rechtsinstrument zur Regulierung der Tätigkeiten transnationaler Unternehmen und anderer Wirtschaftsunternehmen im Rahmen der internationalen Menschenrechtsnormen“ auszuarbeiten. Vier Jahre später präsentierte der Vorsitz der Arbeitsgruppe einen ersten Entwurf (*zero draft*) und am 16.7.2019 einen überarbeiteten Entwurf (*revised draft*)⁴ für ein Abkommen. Die Debatte wird äußerst kontrovers geführt. Nur 20 der 47 (wechselnden) Mitgliedstaaten des Menschenrechtsrates hatten für die Einrichtung der Arbeitsgruppe gestimmt (darunter Russland, Indien und China), während der Rest dagegen gestimmt (darunter die USA, Japan und die

1 Die meisten transnationalen Konzerne haben den Sitz im globalen Norden. Zu den 500 umsatzstärksten Konzernen weltweit zählen allerdings auch 119 chinesische Unternehmen, vgl. 2019 Fortune Global 500, <https://fortune.com/global500/2019> (6.1.2019).

2 *Wrede*, Unternehmen sollen Verantwortung für ihre Lieferkette übernehmen, *Deutsche Welle* v. 20.2.2019, www.dw.com/de/firmen-sollen-verantwortung-f%C3%BCr-lieferketten-%C3%BCrnehmen/a-47474109.

3 *UN-Menschenrechtsrat*, Resolution 26/9 zur Ausarbeitung eines bindenden internationalen Rechtsinstruments über transnationale Unternehmen und andere Wirtschaftsunternehmen und die Menschenrechte, www.un.org/Depts/german/menschenrechte/a-hrc-res-26-9.pdf (18.12.2019).

4 OEIGWG Chairmanship Revised Draft 16.7.2019, www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf (18.12.2019).

EU-MS mit Sitz im Menschenrechtsrat) oder sich enthalten hatte. Die EU nimmt an der Arbeitsgruppe teil, ist bis dato jedoch trotz wiederholter Appelle des Europäischen Parlaments⁵ nicht mit einem Verhandlungsmandat ausgestattet. Dieses müsste von der Kommission vorgeschlagen und von den EU-MS erteilt werden. Die USA nahmen an der letzten Session der Arbeitsgruppe nicht teil. Die Erfolgsaussichten im Hinblick auf den Abschluss und die Wirkungsmächtigkeit eines Abkommens werden unterschiedlich eingeschätzt. Aus Sicht der Autorinnen ist der internationale Diskurs im Rahmen der Arbeitsgruppe eine wichtige Initiative im Ringen um Verbindlichkeit. Denn bislang existieren im Völkerrecht nur unverbindliche Regeln zur unternehmerischen Verantwortung für Menschenrechte.

Der vorliegende Beitrag gliedert sich nach dieser Einleitung in zwei Teile: Im ersten Teil werden kontrovers diskutierte Rechtsfragen in Bezug auf unternehmerische Verantwortung für Menschenrechte entlang globaler Lieferketten und Konzernstrukturen erläutert und gezeigt, welche Lösungsansätze der aktuelle Entwurf für ein UN-Abkommen (*revised draft*) bietet. Im zweiten Teil werden rechtliche und faktische Hürden bei der Geltendmachung zivilrechtlicher Entschädigungsansprüche infolge des Minenunglücks von Mariana analysiert und das Potenzial eines künftigen UN-Abkommens anhand dieses Falls dargestellt.

1.1. Der Bruch des Rückhaltebeckens der Eisenerzmine Samarco Mineração SA in Mariana, Minas Gerais (Brasilien)

Am 5.11.2015 brach in Mariana im brasilianischen Bundesstaat Minas Gerais das Rückhaltebecken *Fundão* einer Eisenerzmine des Unternehmens *Samarco Mineração SA*. 50 Mio Kubikmeter giftiger Schlamm wälzten sich durch die Flusstäler des Rio Gualaxo do Norte, Rio Carmo und Rio Doce und mündeten am 22.11.2015 in den Atlantik. Der Schlamm begrub 19 Menschen unter sich (14 Arbeiter und fünf BewohnerInnen aus Mariana und Umgebung). Auf einer Strecke von 600 km vergiftete der Schlamm den Rio Doce, überflutete drei Dörfer und verschmutzte 40 Städte und Dörfer. 3,2 Mio Menschen sind unmittelbar betroffen, unter ihnen das indigene Volk der Krenak. Gemeinden und Äcker sowie die Lebensgrundlage von 15.000 FischerInnen wurden zerstört.⁶ Betreiberfirma der Eisenerzmine ist das brasilianische Unternehmen *Samarco Mineração SA*. Aus dem Eisenerz werden Pellets für den Export ins Ausland produziert.⁷ 2013 wur-

5 EP, Entschließung v 4.10.2018 zum Beitrag der EU zu einem verbindlichen Instrument der Vereinten Nationen betreffend die Rolle transnationaler und sonstiger Wirtschaftsunternehmen mit transnationalen Merkmalen im Zusammenhang mit Menschenrechtsfragen, www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018_0382_DE.html (18.12.2019).

6 *Ministério Público Federal*, Klagschrift v 28.4.2016, Procuradoria da República nos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo/Samarco Mineração SA, Vale SA, BHP Billiton Brasil Ltda ua, AZ 23863-07.1016.4.01.3800, 11-94 (liegt Autorinnen vor).

7 *Samarco*, Product and Mining Process, www.samarco.com/en/produto/ (13.12.2019).

de die Betriebsgenehmigung des Rückhaltebeckens Fundão überprüft. Das Ergebnis lautete, dass die „Möglichkeit einer Destabilisierung“ bestünde, „die in einem Zusammenbruch münden“ könnte.⁸ Nichtsdestotrotz wurde die Betriebsgenehmigung erteilt. Im Jahr vor dem Dammbbruch wurden dann noch weitere Abfälle einer zweiten Mine in das Rückhaltebecken eingeleitet, für die keine Genehmigung vorlag.⁹

Samarco Mineração SA steht zu je 50% im Eigentum der Bergbaugiganten *Vale SA* und *BHP Billiton Brasil Ltda*. Letztere ist eine 100%-ige Tochter der australisch-britischen *BHP Group*. Die BHP Group ist an den Börsen in New York, London, Sydney und Johannesburg notiert und in das Handelsregister in Melbourne und London eingetragen. Melbourne ist globaler Hauptsitz der BHP Group, London ist Sitz der BHP Group Plc. BHP ist eine doppelt börsennotierte Holdinggesellschaft. In der jährlich von *Forbes Global* veröffentlichten Liste der „world’s largest public companies“ belegt BHP Billiton 2019 mit einem Marktwert von 138,3 Mrd US-Dollar den 109. Platz von 2.000 Unternehmen.¹⁰ Bis zum Dammbbruch in Mariana machte Samarco Mineração einen jährlichen Gewinn von über 2 Mrd brasilianische Reais (ca 500 Mio EUR).¹¹ Auch europäische Banken finanzierten die Aktionärsfirmen: Allein von 2011 bis 2014 stellten die Finanzunternehmen BNP Paribas und HSBC Kredite in Höhe von 537 Mio EUR zur Verfügung.¹²

1.2. „Schutz – Achtung – Abhilfe“: Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte

In den letzten Jahrzehnten sind sämtliche Initiativen, die auf eine verbindliche völkerrechtliche Regulierung unternehmerischer Verantwortung für Menschenrechte abzielten, gescheitert. Als zentraler Referenzpunkt der Debatte gelten derzeit die Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (*United Nations Guiding Principles On Business and Human Rights* – UNGPs),¹³ die 2011 einstimmig vom Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen angenommen wurden. Es handelt sich um „soft law“, das keine rechtsverbindlichen Pflichten für Unternehmen begründet. Zur Umsetzung der UNGP sollen Nationale Aktionspläne erstellt werden, was jedoch bislang nur wenige Staaten (Österreich zählt etwa nicht dazu) gemacht haben. Wenig verwunderlich also, dass der Ruf nach verbindlicher Regulierung nicht verstummt. Die UNGP sind in die drei Säulen „Schutz – Achtung – Abhilfe“ strukturiert. Diese bieten auch für die Festlegung verbindlicher Normen Orientierung und finden sich im *revised draft* vom 16.7.2019 wieder.

8 *Instituto Pristino*, Laudo Técnico em resposta ao Parecer Único N° 257/2013 – Samarco Mineração S/A (2013) 3, www.meioambiente.mg.gov.br/images/stories/URCS_SupramCentral/RioVelhas/69/9.1-laudo-tecnico.pdf (7.2.2020).

9 *Ministério Público do Estado de Minas Gerais* (MPMG), Klageschrift v 10.12.2015, MPMG/Samarco Mineração SA, Vale SA, BHP Billiton Brasil Ltda, AZ 0400.15.0039-1, 17 (liegt Autorinnen vor).

10 *Forbes*, The World’s Largest Public Companies, <https://forbes.com/global2000/list/> (13.12.2019).

11 Klageschrift MPMG v 10.12.2015, 16 (FN 9).

12 *Facing Finance*, Dirty Profits Report 6 (2018), facing-finance.org/files/2018/05/DP6_ONLINEXVERSION.pdf (13.12.2019).

13 *Vereinte Nationen*, Guiding Principles on Business and Human Rights, www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf (18.12.2019).

Die erste Säule betrifft die Pflicht der Staaten, Individuen gegen Menschenrechtsverletzungen durch Dritte zu schützen. Es handelt sich um eine Konkretisierung der staatlichen Schutzpflicht für Menschenrechte. Die zweite Säule beschreibt die Verantwortung der Unternehmen, Menschenrechte zu achten und enthält Verhaltensregeln (Sorgfaltspflichten), die auch über den unmittelbaren Bereich des eigenen Unternehmens hinausgehen. Die dritte Säule betrifft den Zugang zu Abhilfe für Betroffene gegen negative Auswirkungen der Tätigkeiten von Unternehmen.

Transnationale Unternehmen sind in vielerlei Hinsicht so mächtig wie Staaten. Dennoch gelten sie im Völkerrecht nicht als Rechtssubjekte. Sie unterliegen staatlichen Gesetzen, nicht aber völkerrechtlichen Normen und sind nicht direkt an die Menschenrechte gebunden. Die UNGP verlangen von Unternehmen die „Achtung“ der Menschenrechte und die Anwendung von Sorgfallsmaßnahmen, ohne eine direkte völkerrechtliche Verpflichtung zu beinhalten. Auch der *revised draft* statuiert keine direkten völkerrechtlichen Pflichten für Unternehmen. Die Verbindlichkeit soll über den „Umweg“ der Staatenpflichten hergestellt werden. Staaten werden völkerrechtlich verpflichtet, gesetzliche Regelungen zu erlassen, die Unternehmen verbindliche Sorgfaltspflichten auferlegen.

1.3. Entwurf für ein UN-Abkommen zu Wirtschaft und Menschenrechten

Der *revised draft* ist in drei Abschnitte gegliedert. Das Abkommen soll die Achtung und Förderung, den Schutz und die Gewährleistung der Menschenrechte im Zusammenhang mit Unternehmensaktivitäten stärken. Abschnitt I enthält Begriffsbestimmungen, Anwendungsbereich und Zweck. Abschnitt II bildet das „Herzstück“ des Entwurfs und verpflichtet Staaten, gesetzliche Regelungen in Bezug auf Sorgfaltspflichten und Unternehmenshaftung zu erlassen. Darüber hinaus umfasst Abschnitt II Bestimmungen zur verbesserten Abhilfe. Abschnitt III enthält institutionelle und formelle Bestimmungen.

2. Strittige Rechtsfragen

2.1. Staatliche Schutzpflicht für Menschenrechte – auch über Staatsgrenzen hinaus?

Staaten als Adressaten der Menschenrechte haben nicht nur die Pflicht, die Menschenrechte zu achten, sie müssen diese auch aktiv schützen und gewährleisten.¹⁴ Die staatliche Schutzpflicht beinhaltet die Pflicht, positive Maßnahmen zum Schutz der Menschenrechte gegen Private wie Unternehmen und vergleichbare MachtträgerInnen aufzustellen.¹⁵ Die UNGP halten darüber hinaus auch eine Pflicht zur Regulierung unternehmerischen Handelns fest.

¹⁴ Nowak, Menschenrechte – Eine Antwort auf die wachsende ökonomische Ungleichheit (2015) 71.

¹⁵ EGMR 30.11.2004, 48939/99, *Oneryildiz/Türkei*, Rn 89.

In jüngster Zeit haben einige Staaten Gesetze zu menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten (*mandatory human rights due diligence*) auf den Weg gebracht, nachdem Frankreich mit dem 2017 in Kraft getretenen *loi de vigilance*¹⁶ einen Meilenstein gesetzt hatte. Das französische Gesetz schreibt vor, dass französische Unternehmen ab einer bestimmten Größe jährlich einen Sorgfallsplan (*plan de vigilance*) erstellen und veröffentlichen müssen, mit dem Ziel, Menschenrechtsverletzungen und Umweltschäden zu verhindern. Sowohl eigene Tätigkeiten als auch Tätigkeiten von Tochterunternehmen und (unter bestimmten Voraussetzungen) von Zulieferbetrieben müssen einbezogen werden. 2019 wurde erstmals ein Gerichtsverfahren auf der Grundlage des *loi de vigilance* anhängig gemacht. Der französische Energiekonzern *Total* muss sich für Mängel im Sorgfallsplan, die potenzielle Menschenrechtsverletzungen in Zusammenhang mit einem Ölprojekt in Uganda betreffen, verantworten.¹⁷

Eine Frage, die sich dabei aufdrängt, ist folgende: Dürfen Staaten auch über Staatsgrenzen hinaus unternehmerisches Handeln regeln? Im Völkerrecht gilt der Grundsatz der Territorialhoheit. Staaten sind berechtigt, Sachverhalte auf dem eigenen Territorium zu regeln. Das „Lotus-Prinzip“¹⁸ besagt, dass auch Sachverhalte mit Auslandsbezug geregelt werden dürfen. Es handelt sich bei Gesetzen wie dem *loi de vigilance* um innerstaatliche Regelungen, die sich auf extraterritoriale Tätigkeiten von Unternehmen beziehen. In der Literatur wird mitunter argumentiert, dass Staaten nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sind, derartige Regelungen zu schaffen, so zB die *Maastrichter Grundsätze über Extraterritoriale Staatenpflichten*.¹⁹ Es gehe dabei nicht um eine extraterritoriale Geltung von Menschenrechten, sondern um die Reichweite der staatlichen Schutzpflicht.²⁰ Die UNGP nehmen hingegen keine solche Verpflichtung an. Der *revised draft* würde die Staaten zur Regulierung unternehmerischen Handelns auch über Staatsgrenzen hinaus verpflichten.

2.2. Achtung der Menschenrechte – die Verantwortung der Unternehmen

In der Debatte um Wirtschaft und Menschenrechte geht es ua um die Frage, wer dafür haftet, wenn Menschen entlang globaler Lieferketten oder Konzernstrukturen getötet

16 Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034290626&categorieLien=id (7.2.2020).

17 *Le Monde/AFP*, Le groupe Total assigné en justice pour ses impacts sociaux et environnementaux en Ouganda, www.lemonde.fr/afrique/article/2019/10/24/le-groupe-total-assigne-en-justice-pour-ses-impacts-sociaux-et-environnementaux-en-ouganda_6016717_3212.html (18.12.2019).

18 Internationaler Ständiger Gerichtshof 7.9.1927, S.S. *Lotus (France v Turkey)*, 1927 (ser A) No 10.

19 *Secretariat to the ETO Consortium*, Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (2013).

20 *Krajewski*, Regulierung transnationaler Wirtschaftsbeziehungen zum Schutz der Menschenrechte: Staatliche Schutzpflichten jenseits der Grenze? in *Krajewski* (Hrsg), Staatliche Schutzpflichten und unternehmerische Verantwortung für Menschenrechte in globalen Lieferketten (2018) 122.

oder verletzt werden oder die Umwelt zerstört wird.²¹ Es existieren zwei Haupttypen transnationaler Wirtschaftsbeziehungen: Liefer- bzw Wertschöpfungsketten (die durch Kauf-, Liefer-, oder Produktionsverträge gestaltet werden) einerseits und transnationale Konzerne (mit Mutter- und Tochterunternehmen) andererseits.²² Strittig ist sowohl die Haftung der/des AuftraggeberIn (in Lieferketten) als auch die Haftung des Mutterunternehmens (in Konzernstrukturen). MenschenrechtsaktivistInnen sehen hier Rechtslücken und erhoffen sich Verbesserungen durch ein UN-Abkommen.²³

Praktisch auf der ganzen Welt gilt das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip („corporate veil“),²⁴ wonach jede Gesellschaft nur für die eigene Sphäre haftet. Nichtsdestotrotz gab es bisher einige Fälle, in denen Gerichte die Haftung des Mutterunternehmens für Ereignisse in der Sphäre des Tochterunternehmens bejahten. Grundsätzlich ist zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung zu unterscheiden. Im Zusammenhang mit Menschenrechtsverletzungen steht die deliktische Haftung im Vordergrund, da zwischen den Geschädigten (zB BewohnerInnen in Mariana, die ihre Häuser verloren haben) und SchädigerInnen oftmals keine Vertragsbeziehung besteht. Eine Haftung des Mutterunternehmens wird in der Regel dann angenommen, wenn direkt Weisungen erteilt²⁵ oder bestimmte Aufgaben im Tochterunternehmen übernommen wurden.²⁶ In einigen Fällen wurde eine darüber hinausgehende Haftung bejaht. In der vielbeachteten Rechtssache *Chandler vs Cape*²⁷ wurde die Haftung der Firma Cape festgestellt, nachdem Arbeitnehmer eines Tochterunternehmens infolge von Asbestbelastung erkrankten. Im ähnlich gelagerten Fall *Thompson vs Renwick*²⁸ wurde die Haftung der Muttergesellschaft hingegen verneint. Die Kriterien für eine Haftung der Muttergesellschaft sind stark durch *case law* geprägt. Ein UN-Abkommen könnte weltweit einheitliche Standards schaffen. Der *revised draft* bleibt hier allerdings vage: Art 6.6 enthält Haftungskriterien (Kontrolle bzw Aufsicht über das Unternehmen oder Risikowissen), stellt jedoch nicht ausreichend klar, ob diese auch für das Verhältnis Muttergesellschaft-Tochtergesellschaft gelten, wie in der fünften Session der Arbeitsgruppe kritisch angemerkt wurde.²⁹

Ähnlich stellt sich die Problematik im Hinblick auf die Haftung der/des AuftraggeberIn in globalen Lieferketten dar. Aus dem *case law* zur Frage der Haftung der Muttergesellschaft in Konzernstrukturen ergibt sich: Je mehr Risikowissen und Einfluss, desto höher

21 Spitzer, Human Rights, Global Supply Chains, and the Role of Tort, JETL 2019, 95.

22 Krajewski in Krajewski 100.

23 *Treaty Alliance Deutschland*, Für eine menschenrechtliche Regulierung der globalen Wirtschaft (2019) 7, www.medico.de/fileadmin/user_upload/media/un-treaty-alliance-positionspapier.pdf (7.2.2020).

24 Spitzer, JETL 2019, 95 (101).

25 Glimski, UN-Leitprinzipien, Selbstregulierung der Wirtschaft und Deliktsrecht: Alternativen zu verpflichtenden Völkerrechtsnormen für Unternehmen? in Krajewski 43.

26 Glimski in Krajewski 43.

27 England and Wales Court of Appeal 25.4.2012, *Chandler vs Cape*, EWCA Civ 525.

28 England and Wales Court of Appeal 13.5.2014, *Thompson vs Renwick*, EWCA Civ 635.

29 UN-Menschenrechtsrat, Draft report on the fifth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session5/IGWG_5th_DraftReport.pdf (18.12.2019).

der Sorgfaltsmaßstab und desto eher wird eine Haftung anerkannt.³⁰ Der *revised draft* legt dieses Prinzip auf den/die AuftraggeberIn im Verhältnis zum Zulieferbetrieb (Art 6.6 „contractual relationships“) um.

2.3. Abhilfe – Gerichtszuständigkeit und anwendbares Recht

Haftungskriterien alleine sind für eine effektive Rechtsdurchsetzung nicht ausreichend. Mangelnde Rechtsstaatlichkeit stellt eine wesentliche Hürde bei der Durchsetzung von Ansprüchen infolge von Menschenrechtsverletzungen in Zusammenhng mit Unternehmensaktivitäten dar. Dem internationalen Privatrecht und internationalen Zivilprozessrecht kommt daher eine Schlüsselfunktion zu.³¹

Bislang gab es (soweit bekannt) insgesamt 35 Klagen gegen Unternehmen mit Sitz in einem EU-MS wegen Menschenrechtsverletzungen in einem Drittstaat.³² Die Fälle zeigen, dass sowohl hinsichtlich der Frage des Gerichtsstandes als auch hinsichtlich der Frage des anwendbaren Rechts Verbesserungsbedarf besteht.

Die Brüssel Ia-VO³³ regelt die gerichtliche Zuständigkeit in Zivil- und Handelssachen. Gem Art 4 iVm Art 63 Abs 1 dieser VO sind Klagen grundsätzlich gegen Unternehmen in dessen Sitzstaat einzubringen. Dies bedeutet, dass Geschädigte Ansprüche gegen das Mutterunternehmen bzw die/den AuftraggeberIn (mit Sitz in einem EU-MS) vor europäischen Gerichten gelten machen müssen, was mit erheblichen Kosten und Schwierigkeiten für die Betroffenen verbunden ist.³⁴ Ansprüche gegen das involvierte Tochterunternehmen bzw den Zulieferbetrieb (mit Sitz in einem Drittstaat) können in der Regel nicht in Europa geltend gemacht werden.³⁵ Der *revised draft* sieht nun mehrere Optionen für den Gerichtsstand vor: Gem Art 7.1 wird der Gerichtsstand entweder am Erfolgsort („where such acts or omissions occurred“, Art 7.1a) oder am Handlungsort („where the national or legal person alleged to have committed the acts or omissions in the context of business activities, including those of a transnational character, are domiciled“, Art 7.1c) oder am Wohnsitz des Opfers („where the victims are domiciled“, Art 7.1b) begründet.

Die Frage des anwendbaren Rechts ist entscheidend, wenn Staaten mit mangelndem bzw differierenden Menschenrechtsschutz involviert sind. Die Fallkonstellation des Desasters von Mariana wird als unerlaubte Handlung zu qualifizieren sein. Somit ist grundsätzlich

30 Spitzer, JETL 2019, 95 (105).

31 Hartmann, Haftung von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland aus Sicht des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht, in *Krajewski/Saage-Maaß* (Hrsg), Die Durchsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen (2018) 281.

32 Directorate General for External Policies of the Union, Access to legal remedies for victims of corporate human rights abuses in third countries (2019), Study requested by the DROI committee, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/603475/EXPO_STU\(2019\)603475_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/603475/EXPO_STU(2019)603475_EN.pdf) (18.12.2019).

33 VO (EU) 1215/2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, Abl L 2012/351, 1 vom 20.12.2012.

34 Bueno, Menschen.Rechte.Wirtschaft (2014) 18.

35 Weller/Thomale, Menschenrechtsklagen gegen deutsche Unternehmen, ZGR 509 (523).

nach der allgemeinen Kollisionsnorm des Art 4 Abs 1 Rom II-VO³⁶ das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Verletzungserfolg eingetreten ist, also das Recht des Drittstaates. Laut Art 9 des *revised draft* kann auch das Recht des Staates zur Anwendung kommen, in dem das Opfer der Menschenrechtsverletzung seinen Wohnsitz hat oder das beklagte Unternehmen seinen Sitz (Art 9.2). Unklar bleibt jedoch, ob das Wahlrecht beim Opfer der Menschenrechtsverletzung liegt, wie dies noch explizit im *zero draft* vorgesehen war („at the request of victims“, Art 7.2 *zero draft*). Die Einführung eines Wahlrechts für die Betroffenen von Menschenrechtsverletzungen über das anwendbare Recht wäre eine erhebliche Besserstellung aus Opferschutzgesichtspunkten. Allerdings nur unter der Voraussetzung, dass der Ort des Schadens sowie der Ort des Unternehmenssitzes in einem Staat liegen, der das UN-Abkommen zu Wirtschaft und Menschenrechten ratifiziert hat (Art 4.15 „State Parties“).

3. Rechtliche und faktische Hürden der Betroffenen von Mariana und das Potenzial des *revised draft*

Betroffene des Desasters von Mariana machten Ansprüche bisher sowohl gerichtlich als auch über die dazu 2016 gegründete Stiftung „Fundação Renova“ geltend.³⁷ Die Abwicklung über die Stiftung sehen viele Betroffene kritisch, zumal dem Stiftungsrat neben staatlichen Institutionen auch die Unternehmen Samarco Mineração SA, BHP Brasil Ltda und Vale SA angehören. Auch bei den Gerichtsverfahren zeigen sich zahlreiche Hürden. Fünf Tage nach dem Desaster von Mariana wurde das erste zivilrechtliche Gerichtsverfahren als Sammelklage durch die Ombudsmannstelle „Ministerio Público“ von Mariana eingeleitet.³⁸ Bis heute wurden zig Verfahren anhängig gemacht, die arbeitsrechtliche, strafrechtliche, verwaltungsrechtliche und zivilrechtliche Ansprüche sowie Umwelt- und Konsumentenschutz betreffen, und sind noch nicht abgeschlossen. Die Vielzahl an potenziellen Verantwortlichen, das Ausmaß der Schäden und die große Anzahl der Betroffenen führen zu komplizierten Verfahren mit unzähligen rechtlichen Fragestellungen. Vier Jahre nach dem Bruch des Rückhaltebeckens zeigen sich erhebliche rechtliche und faktische Hürden für die Betroffenen, materiell-rechtlicher wie verfahrensrechtlicher Natur.

3.1. Rechtsgrundlage

Das Ministerio Público stützt seine Sammelklage auf Art 225 § 2 der brasilianischen Verfassung.³⁹ Diese Rechtsgrundlage schützt die Umwelt als kollektives Gut und verpflichtet

36 VO (EU) 864/2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl L 2007/199, 40.

37 Siehe Website der *Fundação Renova*, www.fundacaorenova.org/a-fundacao/ (20.12.2019).

38 Klageschrift MPMG v 10.12.2015 (FN 9).

39 Klageschrift MPF v 28.4.2016, 130ff (FN 6).

explizit diejenigen, die Bodenschätze ausbeuten, auf die Wiederherstellung der Umwelt. Das umweltrechtliche Verursacherprinzip steht in Brasilien somit im Verfassungsrang. Einfachgesetzliche Schadenersatzansprüche begründet die Klage sowohl deliktsrechtlich als auch auf Grundlage des Verbraucherschutzrechts und mit dem Gesetz zu Umweltverbrechen und -vergehen (Art 4 Abs 7 Gesetz N° 6.938, vom 31.8.1981; Art 187, 927 Bürgerliches Gesetzbuch, Art 1 Gesetz N° 7347/1985). Die Verantwortung haben die VerursacherInnen gem Art 1518 des Bürgerlichen Gesetzbuchs solidarisch zu tragen. Gem Art 3 des Gesetzes zu Umweltverbrechen und -vergehen (Gesetz 9.605/98) sind unter VerursacherInnen nicht nur direkt Verursachende, sondern auch indirekt Verursachende gefasst, insb auch juristische Personen. Nach der Rechtsansicht des Ministerio Público sind sämtliche Umweltschäden vom Verursacher wiedergutzumachen oder zu ersetzen.

3.2. Vielzahl potenziell Verantwortlicher

Es ist typisch für Fälle von Menschenrechtsverletzungen im Zusammenhang mit Unternehmensaktivitäten, dass es eine Vielzahl potenziell Verantwortlicher gibt. Samarco Mineração SA als Betreiberin des gebrochenen Dammes wurde vom Ministerio Público als direkte Verursacherin der Schäden benannt. Vale SA wurde ebenfalls als direkte Verantwortliche benannt, weil das Unternehmen unerlaubt Abfälle aus einer nahegelegenen Mine zugeleitet hatte, was vermutlich den Dambruch verursacht, jedenfalls aber die Schlammmenge und somit das Ausmaß der Schäden vergrößert hat. BHP Billiton Brasil Ltda und Vale SA wurden aufgrund der kontrollierenden Aktionärsstellung bei Samarco Mineração SA als indirekte Verursacherinnen des Schadens benannt.

Die BHP Group ist 100%-ige Eigentümerin der BHP Billiton Brasil Ltda, juristisch aber eine eigenständige Person. Grundsätzlich kommt das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip zum Tragen. Ob die BHP Group dennoch haftbar gemacht werden kann, wird ein Gerichtsverfahren im Vereinigten Königreich zeigen. Im November 2018 wurde in Liverpool eine Sammelklage gegen die BHP Group eingebracht.⁴⁰ Die BHP Group leistet freiwillige Unterstützungszahlungen an Betroffene, gibt jedoch an, diese als „Hilfestellung“ für Samarco Mineração SA zu betrachten. Beklagte in einem weiteren Verfahren ist die VogBR Recursos Hídricos e Geotecnica Ltda⁴¹, die noch im Jahr 2015 einen Prüfbericht vorgelegt hatte, der die Stabilität des Rückhaltedamms bestätigte.

Auch diverse staatliche Akteure sind Beklagte der Sammelklagen des Ministerio Público. Das Gesetz zur Sicherheit von Dämmen überträgt den Organen von Bund, Bundesstaaten und Bezirken die Kontrolle und Überwachung der Dammsicherheit. Für die Kon-

40 *Watts*, BHP Billiton facing £5bn lawsuit from Brazilian victims of dam disaster, *The Guardian* v 6.11.2018, www.theguardian.com/environment/2018/nov/06/bhp-billiton-facing-5bn-lawsuit-from-brazilian-victims-of-dam-disaster (18.12.2019).

41 Die VogBR Recursos Hídricos e Geotecnica Ltda ist ein brasilianisches Bauingenieursunternehmen mit Sitz in Belo Horizonte, www.vogbr.com.br/ (17.1.2020).

trolle zuständig sind demnach die Bundesumweltbehörde IBAMA, die Nationale Behörde für Mineralienproduktion DNPM sowie die Landesumweltbehörde des Bundesstaats Minas Gerais FEAM. Der Boden gehört dem Bund. Für die Erteilung der Betriebsgenehmigung ist der Staatsrat für Umweltpolitik von Minas Gerais COPAM zuständig. Die vielfältigen und verschiedenen Beteiligungsformen an solchen Unternehmensdesastern bergen die Gefahr, dass letztlich keiner oder lediglich ein Bauernopfer für die Verletzung der Menschenrechte zur Verantwortung gezogen wird.

3.3. Finanzielle Leistungsfähigkeit der potenziell Verantwortlichen

Das Ministerio Público bezifferte den Schaden infolge des Desasters von Mariana *prima facie* auf 155 Mrd brasilianische Reais (ca EUR 38,75 Mrd, Stand November 2015).⁴² Diese Summe ist faktisch von Samarco Mineração SA nicht zu tragen, die über ein Vermögen iS der Gesamtheit der Aktiva in Höhe von 19,5 Mrd brasilianischer Reais (ca EUR 4,8 Mrd, Stand 2014) verfügt. Nur über einen Zugriff auf das Vermögen der Aktionärsfirmen Vale SA und BHP Billiton Brasil Ltda bzw die BHP Group wäre eine Kostentragung und die Durchsetzung der unternehmerischen Haftung faktisch möglich.

3.4. Beweislast

In zivilrechtlichen Verfahren liegt die Beweislast grundsätzlich beim/bei der KlägerIn. Das Ministerio Público fordert Beweislasteasierungen und argumentiert unter Verweis auf höchstgerichtliche Rechtsprechung mit der analogen Anwendung von Verbraucherschutzrecht.⁴³ Sollte das Gericht dieser Rechtsauffassung folgen, wäre das eine große Erleichterung für die Betroffenen, weil viele Sachverhaltselemente aufgrund mangelnder Ressourcen von den Betroffenen nur schwer bewiesen werden können.

Der *revised draft* hält in Art 4.6 fest: „Subject to domestic law, courts (...) may require, where needed, reversal of the burden of proof, for the purpose of fulfilling the victim’s access to justice and remedies“. Eine völkerrechtliche Norm zur Beweislastumkehr wäre aus Sicht der Betroffenen ein wünschenswerter Fortschritt. Die Bestimmung im *revised draft* ist jedoch zu *vague* formuliert. Insb in Bezug auf die Kommunikation zwischen Mutter- und Tochterunternehmen sollte das UN-Abkommen eine obligatorische Beweislastumkehr vorsehen. Außerdem sollte in Zivilverfahren, die Menschenrechtsverletzungen in Zusammenhang mit Unternehmenstätigkeiten zum Gegenstand haben, eine amtsweilige Sachverhaltsermittlung durch die Gerichte stattfinden.

42 Klageschrift MPF v 28.4.2016, 267 (FN 6).

43 Art 21 Gesetz über die öffentliche Zivilklage (Gesetz 7347/85) und Art 6 VIII des Verbrauchergesetzes (Gesetz 8078/90).

3.5. Verfahrensdauer

Die lange Dauer der anhängig gemachten Gerichtsverfahren führt de facto zu einer Verweigerung des Rechtsschutzes. Der *revised draft* bestimmt in Art 4.5: „Victims shall have the right to fair, effective, prompt and non-discriminatory access to justice and adequate, effective and prompt remedies“. Art 4.12c führt aus, dass der Staat die folgende Verpflichtung hat: „Avoiding unnecessary costs or delays for bringing a claim and during the disposition of cases and the execution of orders or decrees granting awards“. Es ist positiv, dass das Problem der Verfahrensdauer thematisiert wird. Eine Zeitvorgabe und Entschädigungsansprüche bei Überschreitung wären allerdings eine Möglichkeit, der Durchsetzung des Beschleunigungsgrundsatzes mehr Gewicht zu geben.

4. Fazit

Menschenrechte können eine Antwort auf die globale ökonomische Ungleichheit bieten.⁴⁴ Dazu ist eine Regulierung unternehmerischen Handelns notwendig. Anstatt unverbindlicher Normen sollten verbindliche menschenrechtliche Sorgfaltspflichten (*mandatory human rights due diligence*) eingeführt werden. Ein UN-Abkommen zu Wirtschaft und Menschenrechten könnte Staaten dazu verpflichten. Ziel ist die Prävention von Menschenrechtsverletzungen im Zusammenhang mit Unternehmensaktivitäten. Darüber hinaus könnte ein UN-Abkommen Haftungskriterien festlegen, um der derzeit bestehenden Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Verantwortung von Unternehmen für ihre internationale Liefer- und Wertschöpfungskette bzw der Muttergesellschaften für Tochtergesellschaften zu begegnen. Nicht zuletzt ist der Zugang von Betroffenen zu wirksamer Abhilfe gegen Menschenrechtsverletzungen von zentraler Bedeutung.

Mag.^a Sarah Bruckner ist Juristin und Referentin der Arbeiterkammer Wien, Abteilung EU und Internationales; sarah.bruckner@akwien.at

Dipl.jur. Marieta Kaufmann ist Juristin und Referentin für Wirtschaft und Menschenrechte der Dreikönigsaktion – Hilfswerk der katholischen Jungschar; marieta.kaufmann@dka.at

44 Nowak, Menschenrechte 172.

Keine Beitrittsverhandlungen mit Albanien und Nordmazedonien – Das Ende der bisherigen Erweiterungspolitik?

Corinna Potocnik-Manzouri

1. Einleitung

Der EU-Erweiterungsprozess läuft größtenteils unter dem öffentlichen Radar. Bisweilen, wie bei dem Scheitern der Aufnahme von Beitrittsverhandlungen mit Albanien und Nordmazedonien im Oktober 2019 am Veto einzelner Mitgliedstaaten (MS), tritt er jedoch mit seiner ganzen Komplexität und Emotionalität prominent an die Oberfläche und sorgt für anhaltenden Gesprächsstoff. Kritik an der Nichtaufnahme der Verhandlungen wurde dabei nicht nur in einigen MS, sondern gleichermaßen in den EU-Institutionen laut und gibt EU-kritischen Tendenzen in den Ländern, die sich aktuell um einen Beitritt zur EU bemühen, neuen Aufwind.

Um die aktuellen Diskussionen besser einordnen zu können, setzt sich vorliegender Beitrag zunächst mit den Hintergründen und dem Erweiterungsprozess an sich auseinander, um anschließend einige Problembereiche zu identifizieren und analysieren.

2. Hintergrund und Erweiterungsprozess

Im Oktober 2019 endeten die Hoffnungen der EU-Beitrittskandidaten Albanien und Nordmazedonien, mit der EU in zeitnahe Beitrittsverhandlungen zu treten. Frankreich sprach im aus den Staats- und Regierungschefs der MS zusammengesetzten Europäischen Rat (ER) ein Veto gegen die Aufnahme von Verhandlungen aus, dem sich die Niederlande und Dänemark anschlossen. Wie bereits angesprochen, ist diese Entscheidung innerhalb der Gemeinschaft der MS alles andere als unumstritten. Während etwa die deutsche Kanzlerin das Veto öffentlich stark kritisierte¹ und sich auch künftig zur raschen Aufnahme von Beitrittsverhandlungen mit den beiden Staaten bekennt, macht sich auch Österreich weiterhin für eine Zukunft des Westbalkans in der EU stark. So hat sich auch die neue österreichische Bundesregierung dezidiert zur Erweiterung der EU um die West-

1 Nachzulesen etwa bei ZEIT ONLINE ua, Frankreich blockt Beitrittsgespräche mit Albanien und Nordmazedonien, *Zeit Online* v 15.10.2019, www.zeit.de/politik/ausland/2019-10/eu-erweiterung-nordmazedonien-albanien-veto-wartezeit-beitrittsgespraech-mitgliedschaft (28.1.2020).

balkanstaaten und damit auch für die Aufnahme von Verhandlungen mit entsprechend bereiten Kandidatenländern ausgesprochen.²

Die Entscheidung Frankreichs widerspricht zudem der uneingeschränkten Empfehlung der Europäischen Kommission (EK), die sich spätestens seit 2018 für Beitrittsverhandlungen mit Albanien und Nordmazedonien ausspricht.³ Die Reaktionen auf das Veto waren seitens der EK entsprechend heftig. So sprach etwa der damalige EU-Kommissionspräsident *Juncker* von einem „große[n] historische[n] Fehler“⁴. Das Veto erfolgte aber auch entgegen der Schlussfolgerungen des (Minister-)Rates aus dem Juni 2018, in dem die darin vertretenen MS ebenfalls noch Beitrittsverhandlungen für 2019 in Aussicht stellten, sofern die beiden Kandidaten erforderliche Reformen umsetzen.⁵ Genau diese Reformen erachtete Frankreich – wiederum konträr zur Ansicht der EK⁶ – im Oktober 2019 als unzureichend umgesetzt und sprach sich bei dieser Gelegenheit nicht nur für die Nichtaufnahme der Verhandlungen, sondern gleichzeitig für notwendige Reformen des Beitrittsprozesses aus. Dazu zählen aus Sicht Frankreichs bspw., dass Länder auch künftig „im Paket“ anstelle einzeln aufgenommen werden sollen, der EU eine explizite Möglichkeit eingeräumt werden soll, den Erweiterungsprozess mit einzelnen Kandidat*innen gänzlich abzubrechen sowie die Möglichkeit innerhalb des Prozesses nicht nur Schritte vorwärts, sondern auch rückwärts zu machen.⁷

2.1. Beitrittsprozess und *Status quo*

2.1.1. Die offiziellen Beitrittskandidat*innen der EU

Derzeit hat die EU fünf offizielle Beitrittskandidat*innen, die auf unterschiedlichen Stufen des im Folgenden beschriebenen Beitrittsprozesses stehen.

Es sind dies die vier Westbalkanstaaten Albanien (Beitrittskandidat seit 2014), Montenegro (Beitrittskandidat seit 2010, seit 2012 laufen Beitrittsverhandlungen), Nordmazedonien (Beitrittskandidat seit 2005) und Serbien (Beitrittskandidat seit 2012, seit 2014 laufen Beitrittsverhandlungen) sowie die Türkei (Beitrittskandidatin seit 1999, 2005 wurden Beitrittsverhandlungen aufgenommen, die jedoch aktuell stillstehen). Zudem gibt es zwei

2 Nachzulesen zB bei *Escher*, Wie Türkis und Grün Österreichs Platz in der Welt sehen, *Der Standard* v 2.1.2020, www.derstandard.at/story/2000112864867 (28.1.2020).

3 Der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass die EK hinsichtlich (damals) Mazedonien bereits 2009 die Aufnahme von Beitrittsverhandlungen empfiehlt, jedoch klar war, dass diese bis zur Klärung des Namensstreits mit Griechenland (der mit der Vereinbarung von Prespa Mitte 2018 erfolgte; siehe unten) am Veto Griechenlands scheitern würde.

4 Pressekonferenz der Präsidenten *Juncker* und *Tusk* nach dem Gipfeltreffen des Europäischen Rates vom 17.–18.10.2019.

5 *Rat*, Schlussfolgerungen zur Erweiterung sowie zum Stabilisierung- und Assoziierungsprozess v 26.6.2018, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10555-2018-INIT/de/pdf> (28.1.2020).

6 Nachzulesen ua im gemeinsamen Brief der Präsident*innen *Tusk*, *Sassoli*, *Juncker* und *Von der Leyen* zur Öffnung von Beitrittsverhandlungen mit Nordmazedonien und Albanien v 3.10.2019, www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2019/10/03/joint-letter-by-presidents-tusk-juncker-sassoli-and-president-elect-von-der-leyen-to-the-eu-heads-of-state-or-government-on-the-accession-talks-with-north-macedonia-and-albania/# (28.1.2020).

7 Nachzulesen zB bei *APA/dpa*, Französisches Veto gegen EU-Beitrittsverhandlungen mit Westbalkanstaaten, *Der Standard* v 11.10.2018, www.derstandard.at/story/2000109771629 (28.1.2020).

potentielle Beitrittskandidaten, nämlich Bosnien und Herzegowina (potentieller Beitrittskandidat seit 2003) und den Kosovo (potentieller Beitrittskandidat seit 2008).⁸

2.1.2. Der aktuelle Beitrittsprozess

Die EU-Erweiterung wird gemeinhin simpel als der Prozess definiert, in dessen Rahmen Länder der EU beitreten.⁹ Bei genauerer Betrachtung stellt sich jedoch heraus, dass der Prozess in der Realität alles andere als „simpel“ ist oder gar zügig abgewickelt werden kann.

Bisher gab es sieben Erweiterungsrounds, die die ursprüngliche Zahl von sechs MS auf 28 erhöhte.¹⁰ Anhand der Beitrittsrounds lässt sich nachvollziehen, dass der Beitrittsprozess zunehmend formalisiert und strenger gestaltet wurde,¹¹ wobei nicht abgestritten werden kann, dass Geschwindigkeit und Rückhalt wesentlich von politischen Präferenzen der MS beeinflusst wurden und werden.¹²

Dabei war die Möglichkeit, dass Staaten der EU beitreten, bereits in den Gründungsverträgen der EU angelegt. Während diese primärrechtlichen Vorgaben rudimentär waren und noch immer sind,¹³ wurden ab den 1970er Jahren spezifischere Praxen für den Beitrittsprozess und die Durchführung von Beitrittsverhandlungen entwickelt, jedoch mit den bis dahin wenigen Beitrittskandidat*innen individuell verhandelt und überprüft, ob sie notwendige Voraussetzungen für eine EU-Mitgliedschaft, zB durch Übernahme des sog *acquis communautaire*¹⁴, erfüllen. 1993 war die EU erstmals gefordert, umfassendere Kriterien zu formulieren, um mit dem Drängen einer plötzlich großen Anzahl post-kommunistischer Länder in die EU umgehen zu können, die zwar den gemeinsamen Wunsch hatten, der EU beizutreten, jedoch zum damaligen Zeitpunkt nicht in der Lage waren, den *acquis communautaire* umzusetzen. Ergebnis waren die nach wie vor gültigen *Kopenhagener Kriterien*. Diese beinhalten ein Set an politischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Kriterien, die ein*e Beitrittskandidat*in erfüllen muss, um der EU beitreten zu können und sollten es der EU erlauben einschätzen zu können, ob ein*e Kandidat*in – weil die Kriterien eben als erfüllt anzusehen sind – bereit für eine Mitgliedschaft in der EU ist.¹⁵

Seitdem wurde nach und nach jenes *policy framework*¹⁶ erarbeitet, das den Beitrittsprozess heute prägt. Die wachsende Komplexität und Bedeutung dieser EU-Politik mündete zu-

8 Vgl dazu zB die Website des Europäischen Rates, www.consilium.europa.eu/en/policies/enlargement/ (28.1.2020).

9 Vgl zB die Website des Europäischen Rates, www.consilium.europa.eu/de/policies/enlargement (28.1.2020).

10 ZB *Bache/Bulmer/George/Parker*, *Politics in the European Union*⁴ (2014) 514.

11 *Cini* und *Borogán* sprechen gar davon, dass die Erweiterungspolitik diejenige EU-Politik sei, die sich am meisten weiterentwickelte und veränderte, *Cini/Borogán* (Hrsg) *European Union Politics*⁵ (2016) 228.

12 So auch *Böttger* in *Weidenfeld/Wessels* (Hrsg) *Eruopa von A bis Z: Taschenbuch der europäischen Integration* (2016) 157.

13 Hintergrund ist es, den MS möglichst politische Spielräume in den Verhandlungen frei zu halten; so zB *Ohler* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg) *Das Recht der EU*^{68.EU} (2019) Art 49 EUV, Rz 23.

14 Grob gesprochen, handelt es sich dabei um den Bestand der Rechtsvorschriften innerhalb der EU.

15 Im Detail dazu zB *Bieber/Kotzur* in *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur* (Hrsg) *Die Europäische Union: Europarecht und Politik* (2016) 51.

16 So *Kumin* in *Hafner/Kumin/Weiss*, *Recht der Europäischen Union*² (2019) 67.

dem 1999 in der Schaffung einer eigenen Generaldirektion für Erweiterung.¹⁷ Hinzu kommen seit den 1990er Jahren von der EU eingerichtete Programme und Finanzinstrumente, die im Rahmen einer Heranführungsstrategie die einzelnen Länder schon vor dem eigentlichen Beitrittsprozess unterstützen und ihre Beitrittsfähigkeit vorbereiten sollen.¹⁸ Bekannt geworden sind dabei insbesondere die Stabilitäts- und Assoziierungsabkommen, die die EU seit 1999 mit einzelnen Ländern abschließt.¹⁹ Diese Abkommen beinhalten langfristige politische, personelle und finanzielle Unterstützung durch die EU.

2006 einigte sich die EU schließlich auf eine noch strengere Erweiterungsstrategie, die die Erweiterung auf die Grundprinzipien Konsolidierung der Verpflichtungen, Konditionalität und Kommunikation stellte.²⁰ Dabei wird auch betont – wie in den Kopenhagener Kriterien bereits angelegt –, dass seitens der EU eine grundsätzliche Aufnahme-fähigkeit bestehen muss, das Hinzukommen neuer MS also in institutioneller und finanzieller Hinsicht möglich sein muss.²¹

Heute enthält Art 49 EUV die entsprechenden primärrechtlichen Vorgaben: Das sind einerseits allgemeine Kriterien, wie die generelle Aussage, dass jeder europäische Staat um Mitgliedschaft in der EU ansuchen kann, vorausgesetzt er respektiert die in Art 2 EUV genannten Werte und setzt sich für deren Förderung ein, sowie andererseits die wesentlichsten formalen Schritte auf dem Weg zum Beitritt. Zugleich wird den europäischen Institutionen die Ermächtigung erteilt, einseitig, dh ohne vertragliche Vereinbarung mit Beitrittskandidat*innen, Beitrittsbedingungen zu formulieren.²² Es gilt das mittlerweile umfassende politische Regelwerk, das über die Jahre von ER, Rat und EK ausgearbeitet wurde und den heutigen Beitrittsprozess dominiert.²³

Formal startet der Beitrittsprozess heute mit einer Bewerbung eines Staates. Diese muss vom Rat akzeptiert werden, der dann das Europäische Parlament (EP) sowie die nationalen Parlamente informiert.²⁴ Die Bewerbung wird sodann an die EK weitergeleitet, die eine erste Stellungnahme zur grundsätzlichen Eignung des*r Bewerbers*in abgibt (sogenannter vorläufiger *avis*²⁵). Das Land ist damit potentielle*r Beitrittskandidat*in.²⁶ Erfüllt das Land grundlegende wirtschaftliche und reformbezogene Kriterien – gemessen an der Stellungnahme der EK –, kann der ER²⁷ den potentiellen Beitrittskandidat*innen, nach Anhörung der EK und Zustimmung des EP, einstimmig den Status eines*r Beitritts-

17 Dazu zB *Wallace/Pollack/Young*, Policy-Making in the European Union⁷ (2015) 408.

18 Dazu zB *Bieber/Kotzur* in *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur* 687.

19 Vgl dazu *Wallace/Pollack/Young*, Policy-Making 408 sowie *Bieber/Kotzur* in *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur* 691 und *Böttger* in *Weidenfeld/Wessels* 160.

20 EK, Erweiterungsstrategie und wichtigste Herausforderungen für den Zeitraum 2006–2007 mit Sonderbericht über die Fähigkeit der EU zur Integration neuer Mitglieder, KOM(2006) 649 endg 5.

21 Dazu zB *Kumin* in *Hafner/Kumin/Weiss* 68.

22 Vgl *Ohler* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 49, Rz 17.

23 Im Detail zB *Kumin* in *Hafner/Kumin/Weiss* 66.

24 *Kumin* in *Hafner/Kumin/Weiss* 68.

25 *Kumin* in *Hafner/Kumin/Weiss* 68.

26 In diesem Stadium befinden sich also Bosnien und Herzegowina sowie der Kosovo.

27 Vormals der Rat; *Ohler* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 49, Rz 26.

kandidat*in verleihen.²⁸ Diesen Status haben Albanien und Nordmazedonien 2014 bzw 2005 verliehen bekommen.

Sodann startet ein *Screening* durch die EK, dh eine vertiefte Untersuchung des*r Kandidat*in, bei der die Konformität der Rechtsordnung des*r Bewerbers*in mit der Unionsrechtsordnung überprüft wird.²⁹ Am Ende steht eine Empfehlung, ob offizielle Beitrittsverhandlungen aufgenommen werden sollen oder eben nicht. Diese Empfehlung hat die EK für Albanien und Nordmazedonien uneingeschränkt ausgesprochen. Nicht übersehen werden darf an dieser Stelle aber die Dauer des Prozesses: Wie oben dargestellt, sind Albanien und Nordmazedonien bereits seit einigen Jahren offizielle Beitrittskandidaten. Dennoch hat die EK erst 2018, nach umfassenden Reformen und Anstrengungen, die die beiden Kandidaten vorweisen mussten, die Empfehlung ausgesprochen, Verhandlungen zu starten.

Die Entscheidung über die Aufnahme von Verhandlungen liegt beim Rat, der wiederum einstimmig zu entscheiden hat. Im vorliegenden Fall zeichnete sich bereits früh ein Veto seitens Frankreichs ab. Um die Aufnahme von Verhandlungen uU dennoch zu ermöglichen, wurde die Entscheidung an den ER weitergegeben, in der Hoffnung, dass dieser zu der – notwendig einstimmigen – Entscheidung für die Aufnahme von Verhandlungen gelangt. Für die eigentlichen Beitrittsverhandlungen, wie sie aktuell mit Serbien und Montenegro³⁰ laufen, wird der *acquis communautaire* in insgesamt 35 Verhandlungskapitel³¹ aufgegliedert. Jedes Kapitel wird einzeln verhandelt und über die Umsetzung des entsprechenden Rechtsbestandes in nationales Recht diskutiert. Sobald ein Kapitel erfolgreich umgesetzt wurde, wird es (vorläufig) geschlossen.³² Während des gesamten Prozesses überprüft die EK regelmäßig die Fortschritte in den Beitrittskandidatenländern und identifiziert, welche Reformen und Schritte vom jeweiligen Land noch gesetzt werden müssen und wo die Länder auf ihrem Weg Richtung Beitritt stehen. Ihre Ergebnisse richtet die EK in Fortschrittsberichten und Strategiepapieren an Rat und EP.³³ Mit der Erweiterungsstrategie 2011–2012 schärfte die EK ihren Verhandlungsansatz in diesem Bereich. Nunmehr legt sie den Schwerpunkt auf jene sensiblen und oft strittigen Kapitel, die unmittelbar die Rechtsstaatlichkeit betreffen.³⁴ Diese müssen bereits in einem frühen Stadium der Verhandlungen thematisiert werden und sind die letzten Kapitel, die geschlossen werden, um sicherzustellen, dass diese auch während des gesamten Verhandlungszeitraums EU-konform bleiben und den Ländern die Möglichkeit zu geben, eine entsprechende

28 Jaeger, Einführung in das Europarecht² (2018) 95.

29 Kumin in Hafner/Kumin/Weiss 68.

30 Die Türkei wird hier nicht angeführt, da die Verhandlungen bis auf Weiteres eingefroren wurden.

31 Eine Auflistung der Kapitel findet sich zB unter https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/policy/conditions-membership/chapters-of-the-acquis_en (28.1.2020).

32 Auf der Website der Kommission kann der jeweilige Stand der Verhandlungen mit den einzelnen Ländern abgerufen werden, https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/countries/check-current-status_en (28.1.2020).

33 Im Detail Böttger in Weidenfeld/Wessels 159.

34 EK, Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat, KOM(2011) 666 endg 5 ff.

langfristige Erfolgsbilanz vorzuweisen. Bezüglich des Westbalkans wird auch besonderer Wert auf regionale Zusammenarbeit und gute nachbarschaftliche Beziehungen der Kandidatenländer geachtet, um der besonderen Historie des Westbalkans Rechnung zu tragen. Erst wenn alle 35 Verhandlungskapitel geschlossen werden konnten, gelangt das Beitrittsverfahren in die Abschlussphase, in der zunächst eine Einigung auf ein Beitrittsvertragswerk erfolgen muss.³⁵ Danach wird die EK eingeladen, ein Gutachten über die endgültige Beitrittsfähigkeit des*der Kandidat*in abzugeben (sogenannter endgültiger *avis*³⁶). Die Aufnahme des neuen MS bedarf dann der Zustimmung des EP mittels absoluter Mehrheit und Einstimmigkeit im Rat. Der Beitrittsvertrag muss danach durch den*die Beitrittskandidat*in sowie alle MS unterschrieben und ratifiziert werden.³⁷

3. Problembereiche

Aus obigen Ausführungen lassen sich eine Reihe von Problembereichen identifizieren, die schlussendlich zum Scheitern der Aufnahme von Verhandlungen mit Albanien und Nordmazedonien führten bzw symptomatisch für die derzeitige Verfassung der Union sind.

3.1. Uneinigkeit zwischen den MS und den EU-Institutionen

Festzuhalten ist zunächst, dass in diesem Bereich manche MS und EU-Institutionen eindeutig Unterschiedliches verfolgen: Während die EU-Institutionen – allen voran die EK – keinen Zweifel daran aufkommen lassen möchten, dass die Zukunft des Westbalkans in der EU liegt,³⁸ ist dies unter den MS nicht (mehr) unumstritten. Ungehört scheint dabei mittlerweile der Hinweis der EK, dass die Beitrittsperspektive eng mit Sicherheitsüberlegungen für die Region und die EU verknüpft ist, sie also als Investition in Sicherheit, Wirtschaftswachstum und Einfluss der EU zu begreifen ist.³⁹

Entgegen dieser eindeutig pro-Erweiterung gerichteten Einstellung der EU-Institutionen lässt sich bereits seit längerem eine, euphemistisch als „Erweiterungsmüdigkeit“ bezeichnete, Stimmung unter den MS ausmachen. Die Bereitschaft der MS, neue Staaten aufzunehmen, ist enden wollend und immer öfters ist davon die Rede, dass die EU an ihre „Integrationsgrenzen“ gestoßen sei.⁴⁰ Verschärft wird die Situation durch die sogenannte „Polykrise“, in der sich die EU nunmehr seit einigen Jahren befindet und damit auch der Erweiterungsprozess durch das aktuelle Zusammentreffen mehrerer Krisen, wie der

35 Vgl zB *Vobruba* in *Bach/Hönig* (Hrsg) *Europasozioologie*¹ (2018) 186.

36 *Kumin* in *Hafner/Kumin/Weiss* 69.

37 *Böttger* in *Weidenfeld/Wessels* 160 sowie *Jaeger*, *Europarecht* 95.

38 *EK*, Eine glaubwürdige Erweiterungsperspektive für ein verstärktes Engagement der EU gegenüber dem westlichen Balkan, KOM(2018) 65 endg 1.

39 *EK*, KOM(2018) 65 endg 2 sowie *Keukeleire/Delreux*, *The Foreign Policy of the European Union*² (2014) 207 und *Lippert*, *Grenzwertig: Die Fortsetzung der EU-Erweiterung als Stabilitätsexport, integration* 2012, 123 (123).

40 Vgl zu den Diskussionen zB *Langenfeld*, *Erweiterung ad infinitum? Zur Finalität der Europäischen Union*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2005, 73 (73 ff) oder *Lippert*, *Grenzwertig* 126 f.

Finanz- und Migrationskrise sowie den langwierigen Brexit-Verhandlungen, überschattet wird.⁴¹ Dabei spielt auch der lange Zeitraum, den der Erweiterungsprozess einnimmt, eine Rolle: Änderungen in der wirtschaftlichen und/oder politischen Verfassung der Union oder der MS führen zu Ablehnung oder Zustimmung zur Erweiterung über die Zeit sowohl auf Ebene der nationalen Regierungen als auch bezüglich des Rückhalts etwaiger Entscheidungen in der Bevölkerung.

Hinzu kommen die auch in anderen Bereichen sichtbar gewordenen Gräben zwischen den MS: Die MS sind immer weniger in der Lage, tatsächlich mit einer Stimme zu sprechen oder auch nur eine gemeinsame Stoßrichtung zu definieren.⁴² Diese Uneinigkeit wird im Bereich der EU-Erweiterung stets manifest, da hier die maßgeblichen Entscheidungen einstimmig getroffen werden müssen und damit bereits durch das Veto eines einzigen MS scheitern können.

Zu erwähnen ist dabei auch, dass sich die MS zwar im Laufe der Jahre darauf einigen konnten, dass die Kommission das Screening des Prozesses übernimmt, die MS aber eindeutig das letzte Wort behalten wollen oder der Einschätzung der Institutionen sogar offen misstrauen. So folgten Frankreich, die Niederlande und Dänemark im gegenständlichen Fall nicht der eindeutigen Einschätzung der Kommission, dass die Kandidatenländer ausreichende Reformbestrebungen ergriffen hätten.

3.2. Das Kriterium der Konditionalität und die *Package Deals*

Das Prinzip der Konditionalität wird seit seiner Einführung im Rahmen der Erweiterungsstrategie 2006 ständig bemüht. Es besagt, dass jeder Schritt vorwärts im Erweiterungsprozess vom individuellen Fortschritt des jeweiligen Landes abhängt. Gleichzeitig ist der Erweiterungsprozess aktuell eben als voranschreitender Prozess konzipiert, dh, dass Verhandlungen zwar suspendiert, die Aufnahme von Beitrittsverhandlungen verschoben und die Öffnung einzelner Kapitel blockiert werden können,⁴³ ein gänzlicher Abbruch (seitens der EU) oder Rückschritte grundsätzlich aber nicht vorgesehen sind. Die Kritik Frankreichs an diesem bisher geltenden Prinzip ist demnach zwar berechtigt, muss allerdings insofern relativiert werden, als durch ein Veto wie jetzt gegen die Aufnahme von Verhandlungen, eine Suspendierung oder Blockade von einzelnen Kapiteln oder einfach den Nichtabschluss eines Beitrittsabkommens⁴⁴ dennoch die EU bzw ihre MS kontrolliert, inwiefern und ob der Prozess voranschreitet. Daneben ist ein prakti-

41 Dazu zB *Rüger*, Wie handlungsfähig ist die EU als außenpolitischer Akteur in Zeiten der Polykrise? Zeitschrift für Politikwissenschaft 2016, 469 (469 ff) oder *Erlcr*, Existenzielle Krise? Zur Lage der EU, WeltTrends, Das außenpolitische Journal 2017, 56 (56 ff) sowie *Calliess*, Bausteine einer erneuerten Europäischen Union: Auf der Suche nach dem europäischen Weg: Überlegungen im Lichte des Weißbuchs der Europäischen Kommission zur Zukunft Europas, NVwZ 2018, 1 (1 ff).

42 So *Rüger*, Zeitschrift für Politikwissenschaft, 469.

43 *Böttger* in *Weidenfeld/Wessels* 159.

44 *Pechstein* spricht in dem Zusammenhang von einem Antragsrecht der beitriftswilligen Länder, das aber nicht einem Beitrittsrecht entspricht; *Pechstein* in *Streinz* (Hrsg) EUV/AEUV³ (2018) Art 49 EUV, Rn 2.

scher Abbruch des Prozesses durch Zurückziehen einer Bewerbung durch ein Kandidatenland, jederzeit möglich.⁴⁵

Streng genommen führt das bisherige Konditionalitätsprinzip, das ja erfordert, dass jedes Land individuell beurteilt wird, auch dazu, dass es künftig kaum *Package Deals* geben kann, Länder also künftig nicht im „Paket“ aufgenommen werden, sondern einzeln, anhand ihrer eigenen, zeitlich individuellen Beitrittsbereitschaft.⁴⁶ Es überrascht, dass Frankreich nunmehr eine Abkehr von diesem Prinzip erwägt, zumal die *Package Deals* gerade bei der großen Erweiterung 2004, als zehn Staaten „im Paket“ auf einmal aufgenommen wurden, auf großen Widerstand gestoßen sind.

Wie oben dargestellt, obliegt es nach Art 49 EUV den EU-Institutionen die „Spielregeln“ zu definieren – oder, da dies einseitig erfolgen kann, gar zu diktieren. Zumindest aus dem Unionsrecht ergeben sich auch keine Hindernisse daraus, die Spielregeln während laufender Prozesse zu verändern – dass dies politisch ein dramatisches Signal sendet, steht natürlich außer Zweifel.⁴⁷

4. Zukunftsperspektive

Die von Frankreich aufgebrachte Idee, den Erweiterungsprozess zu reformieren, ist keine neue. Vielmehr steht schon seit der Ostererweiterung 2004 eine Reformierung des Beitrittsprozesses im Raum, die bislang allerdings an den großen, bis dato ungeklärten Fragen scheiterte, ob die neuen Mitglieder überhaupt in der Lage wären, die erforderlichen Anpassungsleistungen zu erbringen und die EU die durch die Erweiterung gesteigerte Heterogenität unter ihren MS überhaupt noch absorbieren kann.⁴⁸ Die Idee zu Reformen ist im Allgemeinen begrüßenswert und spiegelt den Bedarf neuer Regeln in Zeiten neuer Herausforderungen für die EU wieder. Im Grundsatz wird dies offenbar auch von der EK geteilt, die Anfang Februar eine Pressemitteilung veröffentlichte, in der sie einige der von Frankreich kritisierten Punkte aufnimmt und entsprechende Reformen des Beitrittsprozesses vorschlägt (darunter etwa die Fokussierung auf wesentliche Reformen in den Kandidatenländern, stärkere Einbeziehung der MS und mehr Berechenbarkeit des Prozesses inkl der Aussicht auf positive sowie negative Folgen bei Fort- bzw Rückschritten durch die Kandidatenländer bis hin zum gänzlichen Aussetzen von Verhandlungen).⁴⁹ Dennoch darf im gegenständlichen Fall nicht unterschätzt werden, dass die EU mit ihrem aktuellen Verhalten gegenüber dem Westbalkan ein gefährliches Signal gesetzt hat. Die Beitrittskandidat*innen werden derzeit von der EU zu umfassenden Reformen angehal-

45 Vgl dazu sowie zu den Konsequenzen zB *Pechstein* in *Streinz* Art 49, Rn 2.

46 So schon die EK, KOM(2006) 649 endg 18.

47 Weiterführend sowie zu völkerrechtlichen Implikationen zB *Pechstein* in *Streinz* Art 49, Rn 2 f sowie *Cremer* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg) EUV/AEUV⁵ (2016), Art 49 EUV, Rn 4.

48 Dazu zB *Vobruba* in *Bach/Hönig* 186.

49 EK, Ein glaubwürdiger, dynamischerer, berechenbarer und politischerer EU-Beitrittsprozess, Pressemitteilung v 5.2.2020, IP/20/181.

ten, immer mit der Beitrittsperspektive vor Augen. Wird die EU in dieser Hinsicht unglaubwürdig, so ist nicht auszuschließen, dass sie ihr bislang mächtigstes Werkzeug, nämlich die Perspektive auf eine EU-Mitgliedschaft, zur Einflussnahme in der Region einbüßt. Mit der (Aussicht auf eine) EU-Erweiterung konnte die EU bislang prägenden und unmittelbaren Einfluss auf die internationalen Beziehungen in- und außerhalb Europas nehmen.⁵⁰ Dies stets unter der Prämisse, dass die EU ausreichend Attraktivität besitzt, um weiterhin Kandidat*innen anzuziehen und zwar nach den Spielregeln, die die EU vorgibt. Genau dies scheint nun nicht mehr uneingeschränkt zu gelten: Der Anreiz sich auf einen Prozess mit einem *moving target* einzulassen, ist insbesondere in Zeiten, in denen die EU selbst mit Krisen zu kämpfen hat, schwindend und öffnet Türen für die Einflussnahme anderer. Derartiges zeigt sich etwa am Bsp Nordmazedoniens: Die Aussicht auf Aufnahme der Verhandlungen mit diesem Kandidaten war überhaupt nur deshalb möglich, weil sich (damals noch) Mazedonien nach einem jahrzehntelangen Namensstreit mit Griechenland im Prespa-Abkommen auf die Änderung des Staatsnamens in „Nordmazedonien“ einigte und damit das Veto Griechenlands, das bisher einem EU-Beitritt entgegenstand, beseitigte.⁵¹ Die Regierung Nordmazedoniens setzte die Namensänderung gegen starke Proteste der Opposition durch und musste sich nach Scheitern der Aufnahme der Beitrittsverhandlungen deren Druck beugen und Neuwahlen ankündigen.⁵² Ebenfalls drohen Reformanstrengungen in den übrigen Kandidatenländern nur mehr nachlässig umgesetzt zu werden, wenn das Prinzip der Konditionalität ohnehin seitens der EU nicht eingehalten wird. Dies betrifft ua auch die Spannungen zwischen Serbien und dem Kosovo, deren Abbau der EU seit Jahren ein Anliegen ist.⁵³ Die EU ging bisher immer von einem Interesse an der Erweiterung, das hauptsächlich bei den neu aufzunehmenden Mitgliedern liegt, aus⁵⁴ und muss nun befürchten, dass diese Dynamik kippt. Dann muss tatsächlich darüber nachgedacht werden, ob neue Alternativen zu einem vollen Beitritt geschaffen werden können, die sowohl Zustimmung in den bisherigen MS finden als auch der EU weiterhin einen Einfluss in ihrer Nachbarschaft ermöglichen und eine Destabilisierung derselben abwenden. Jedenfalls wird sich die EU auch selbst an die von ihr gesetzten Spielregeln – wie auch immer diese ausgestaltet sein mögen – halten müssen, um ihre Glaubwürdigkeit aufrechterhalten zu können.

Mag.^a Corinna Potocnik-Manzouri ist Universitätsassistentin an der Abteilung für Europarecht am Juridicum in Wien; corinna.potocnik@univie.ac.at

50 So zB Schimmerfennig/Sedelmeier, Theorizing EU enlargement: research focus, hypotheses, and the state of research, *Journal of European Public Policy* 2002, 500 (500) sowie Keukeleire/Delreux, *The Foreign Policy* 207.

51 Nachzulesen zB unter https://ec.europa.eu/germany/news/prespa20190114_de (28.1.2020).

52 Nachzulesen bei APA/AFP, Premier fordert Neuwahlen in Nordmazedonien nach EU-Nichtentscheid, *Der Standard* v 19.10.2019, www.derstandard.at/story/2000110086554 (28.1.2020).

53 Vgl dazu zB in den Reports der EK aus 2019 zu Kosovo (SWD(2019) 216 final 54 ff) und Serbien (SWD(2019) 219 final 53 ff).

54 So Vobruba in Bach/Hönig 186.

Pressefreiheit in Ungarn unter Viktor Orbán

Ein Überblick über die Entwicklungen seit 2010¹

Andreas Pigl

1. Einleitung

Im Jahr 1995 veröffentlichte die US-amerikanische NGO *Freedom House* erstmals den *Nations in Transit*-Index (Freedom House 2018), der den Demokratisierungsprozess in 29 ehemals kommunistischen Ländern von Zentraleuropa bis Zentralasien misst. In den ersten Jahren taten sich besonders zwei Länder, Polen und Ungarn, als Spitzenreiter in Europa hervor (Carothers 2002, 9).

2003 berichtete der für Ungarn zuständige Experte von *Freedom House* (Roberts 2003), dass „der Systemwechsel in Ungarn 1989 sich als Startpunkt eines höchst erfolgreichen demokratischen Wandels erwiesen hat“. Obwohl diese Entwicklung in den Folgejahren ein wenig stagnierte, galt Ungarn dennoch weiterhin als Musterschüler der Wandlung eines ex-kommunistischen Landes in eine konsolidierte, liberale Demokratie. Noch 2009 beschrieb *Nations in Transit* die demokratischen Institutionen in Ungarn als „robust“. Bei den Wahlen 2010 errang der *Fidesz* (auf Deutsch: „Bund Junger Demokraten“) unter der Führung von *Viktor Orbán*, der bereits von 1998 bis 2002 ungarischer Premierminister war, in einem Erdrutschsieg die verfassungsändernde Zweidrittelmehrheit im ungarischen Parlament. Bereits im Jahr darauf erhielt das Land eine neue Verfassung, die vom *Fidesz* im Alleingang ohne Einbindung der Opposition durchgesetzt wurde (Bayer 2013, 105–106). Auch neue Mediengesetze wurden beschlossen, welche der Regierung weitgehende Kontrolle über die Medien einräumten und international stark kritisiert wurden. Trotz leichter Verluste gelang es dem *Fidesz* und *Orbán* 2014 ihren Wahlerfolg zu wiederholen und sich erneut die Zweidrittelmehrheit zu sichern. In dieser Zeit sanken die Werte Ungarns im *Nations in Transit*-Index stetig weiter.

Im Jahr 2018 war der Wert Ungarns im *Nations in Transit* Index bereits für zehn Jahre in Folge gefallen (Hegedüs 2018). Auf einer Skala von eins bis sieben, wobei eine umso niedrigere Zahl ein umso demokratischeres Land bedeutet, war Ungarn von einem Wert von 2,14 im Jahr 2008 auf 3,71 im Jahr 2018 gefallen, was den größten kumulativen Abstieg in der Geschichte des Indexes bedeutete (Schenkkan 2018). Im ebenfalls von

1 Der Beitrag ist eine gekürzte Version meiner Bachelorarbeit (Ende des Beobachtungszeitraums: April 2019): Pigl, Die Entwicklung der Pressefreiheit in Ungarn seit 2010 (2019), Bachelorarbeit aus Politikwissenschaft; Die hervorgehobenen Zitate im Text stammen aus Interviews, die ich im März 2019 für die Arbeit geführt habe.

Freedom House publizierten Bericht *Freedom in the World*, der den Grad an bürgerlichen Freiheiten und politischen Rechten in allen Ländern der Welt misst, wurde Ungarn im Jahr 2019 als erster EU-Mitgliedsstaat überhaupt nur noch als „partly free“ kategorisiert (*Freedom House* 2019).

Aus den Kategorien, anhand derer der Demokratisierungsprozess bzw der Grad der Freiheiten gemessen werden, sticht besonders die Pressefreiheit hervor. In dieser hat sich Ungarn um ganze zwei Punkte verschlechtert, was in etwa dem Unterschied zwischen Ländern wie der Tschechischen Republik und der Ukraine entspricht (*Hegedüs* 2018). Dieser Text soll einen systematischen Überblick darüber geben, wie sich die Pressefreiheit in Ungarn seit 2010 verändert hat.

2. Demokratisierung und Pressefreiheit in Ungarn nach 1989

Im ersten Teil wird ein Überblick über die Veränderungen der Pressefreiheit in Ungarn seit 2010 gegeben. Das Kapitel ist in drei Hauptkategorien geteilt: Medienlandschaft, politischer Druck und Arbeitsbedingungen von JournalistInnen. Die Grundlage dafür bilden drei Interviews, die ich für meine Bachelorarbeit mit ungarischen Journalisten und Medienexperten geführt und mittels qualitativer Inhaltsanalyse nach *Mayring* (2015) ausgewertet habe. Stellenweise werden Zitate aus den Interviews angeführt, um die angesprochenen Themen zu verdeutlichen. Ergänzt werden die Interviews durch aktuelle wissenschaftliche Literatur, insbesondere zur Transformationsforschung.

Der erste Interviewpartner ist *Gábor Polyák*, Professor für Medienwissenschaften an der Universität Pécs und Leiter von *Mérték Media Monitor*, einer NGO die sich mit der Analyse des ungarischen Medienmarktes beschäftigt. Die anderen beiden Interviewpartner sind die ungarischen Journalisten *András Stumpf*, der für das Onlinenachrichtenportal *Válasz Online* schreibt, sowie *András Pethő*, Mitbegründer der Investigativplattform *direkt36*.

2.1. Medienlandschaft

Zum besseren Verständnis der aktuellen Entwicklung des ungarischen Medienmarktes ist es wichtig, sich den Umbruch der Marktstruktur in den Jahren nach 1989 sowie das Erbe, das eine jahrzehntelange kommunistische Regierung bei den Medien hinterlassen hat, anzusehen.

Für den Großteil des 20. Jahrhunderts war die ungarische Medienlandschaft geprägt von einer starken Kontrolle durch den Staat. Unabhängiger und kritischer Journalismus hat deshalb in Ungarn, ebenso wie im Großteil des restlichen ehemaligen Ostblocks, kaum Tradition. Nach der Wende hoffte man beim Aufbau eines neuen, vom Staat unabhängigen Mediensystems auf finanzielle Hilfe aus dem Westen. Und auch nicht vergebens, denn viele westliche InvestorInnen sahen in der Öffnung des osteuropäischen Marktes eine große Chance und versuchten, in diesem Fuß zu fassen.

Ungarn zählte dabei zu den Ländern, in welchen die Privatisierung der Medien besonders schnell abgewickelt wurde. Bereits in den ersten Jahren war der Großteil der Printmedien in ausländisches Eigentum übergegangen. Die Qualität der neuen Medien war jedoch meist sehr niedrig, da das Profitstreben im Vordergrund stand (Stetka 2012, 437). Ein großer Teil des ungarischen Marktes gelangte in die Hände weniger Medienkonzerne, insbesondere aus Deutschland und der Schweiz. Ab der zweiten Hälfte der 00er Jahre, vor allem nach Beginn der globalen Finanzkrise 2008, kehrte sich dieser Trend um und immer mehr westliche Verlagshäuser verkauften ihre Anteile an den osteuropäischen Medien (Stetka 2012, 441). Die Lücke, die der Abzug der ausländischen Investoren eröffnete, wurde schnell gefüllt durch eine neue Gruppe von lokalen, sehr erfolgreichen Geschäftsleuten mit engen Verbindungen zur politischen Elite.

2.1.1. Das *Fidesz*-Medienimperium

Der größte Unterschied zu den westlichen InvestorInnen bestand darin, dass die neuen EigentümerInnen im Medienmarkt nicht ihre primäre Einkunftsquelle hatten. Ihr Vermögen stammte aus erfolgreich betriebenen Unternehmen, die meist kurz nach 1989 neu gegründet oder zu billigen Preisen vom Staat abgekauft wurden. Dass sich vermögende Geschäftsleute in Medien einkaufen, um sich politischen Einfluss zu sichern, ist ein besonders häufiges Phänomen im postkommunistischen Osteuropa (Stetka 2012, 443–444).

„Es gibt ca. 500 Zeitungen und Radiosender, die praktisch *Fidesz* gehören. Wenn man dort arbeitet, dann hat man einen Arbeitsplatz, man wird bezahlt, man schreibt was gesagt wird, was man schreiben soll.“ *András Stumpf*

Der einflussreichste Medienmogul Ungarns nach 2010 war *Lajos Simicska*, ein ehemaliger Schulfreund und Studienkollege von *Viktor Orbán*, der auch bei der Gründung des *Fidesz* im Jahr 1988 aktiv beteiligt war (Lendvai 2016, 25–26). Nach der Wende erwarb sich *Simicska* in der Baubranche ein großes Vermögen. Später begann er Mehrheitsanteile an ungarischen Medien in TV, Radio und Print aufzukaufen. *Simicska* galt lange Zeit als einflussreichster Mann hinter *Orbán*. Nach der Einführung einer neuen Werbesteuer im Jahr 2015 kam es jedoch zum plötzlichen, öffentlichen Ausfall zwischen den beiden. In mehreren Interviews beleidigte der bisher sehr öffentlichkeitsscheue *Simicska* den ungarischen Premier obszön und erklärte *Orbán* den „totalen Medienkrieg“ (Mayer 2015). Er kündigte an, aus seinen Medien „alle *Orbán*isten rauszuwerfen“ und „an ihre Stelle meine eigenen Leute“ zu setzen (Spirk 2015). Nachdem *Orbán* im April 2018 zum dritten Mal hintereinander die Zweidrittelmehrheit im Parlament gewinnen konnte, verkaufte *Simicska* jedoch nur wenige Tage nach der Wahl sämtliche seiner Medien und stellte auch das seit 80 Jahren erscheinende Traditionsblatt *Magyar Nemzet* ein. Nach *Simicska* übernahm *Lőrincz Mészáros*, ebenfalls langjähriger Freund *Orbán*s, die Rolle als einflussreichster Medienmogul Ungarns. Mit einem Vermögen von geschätzten

280 Mrd Forint bzw fast einer Mrd Euro ist er die zweitreichste Person des Landes. *Mészáros* begann seine Karriere als Gasinstallateur und Bürgermeister in Felcsút, dem 1.800-Einwohner Dorf in dem auch *Orbán* aufgewachsen ist. Nachdem *Mészáros* mit seinem Installateurbetrieb beinahe Insolvenz anmelden musste, schaffte er nach der Wiederwahl *Orbáns* im Jahr 2010 einen unvergleichbaren wirtschaftlichen Aufstieg. Zwischen 2010 und 2017 erhielten die von *Mészáros* gehaltenen Unternehmen öffentliche Aufträge in Höhe von 476 Mrd Forint bzw 1,55 Mrd Euro (Erdélyi 2018). Die Anzahl der von ihm gehaltenen Unternehmen konnte er innerhalb von nur acht Jahren von einem einzigen Betrieb auf über 200 ausbauen. Nach dem Ausfall *Orbáns* mit *Simicska* erwarb *Mészáros* im Jahr 2016 die ungarische Holding *Mediaworks*, welche zwei Drittel der ungarischen Regionalzeitungen besitzt.

Die neueste Entwicklung am ungarischen Medienmarkt ist die Gründung einer Medienstiftung im November 2018. In dieser werden alle regierungsnahen Medien unter einem Dach vereint. Über zehn Verlagsunternehmen brachten dabei knapp 500 Medien unentgeltlich in die Stiftung ein (Bátorfy 2018). Auch der bereits erwähnte *Lőrincz Mészáros* spendete sein gesamtes Medienportfolio, darunter 18 der 20 in Ungarn am meisten gelesenen Tageszeitungen, an die Stiftung. Ein großer Teil der landesweiten Medien und so gut wie alle Regionalmedien sind nun in einer einzigen Organisation vereint. Als Leiter der Stiftung wurde *Gábor Liszkay* ernannt, der als treuer Anhänger *Orbáns* gilt (Mayer 2018).

Die NGO *Reporter ohne Grenzen* kritisierte, dass die Medienkonzentration in Ungarn, insbesondere der Regionalmedien, in den Händen weniger regierungsnaher Oligarchen ein „neues, groteskes Level“ erreicht habe, das sich so in keinem anderen EU-Mitgliedsstaat finden lasse (Reporter ohne Grenzen 4.8.2017). Die politische Berichterstattung in diesen Medien ist stark vereinheitlicht, was vermutlich an einer zentralen Steuerung liegt, die die Themen vorgibt (Hegedüs 2018, 9).

Ein weiteres Medium, das die Regierung besonders intensiv benutzt, um ihre Botschaften zu verbreiten, ist der öffentlich-rechtliche Rundfunk. Die öffentlich-rechtlichen Medien wurden 2011 im Zuge der neuen Mediengesetze der *Fidesz*-Regierung unter die staatliche Nachrichtenagentur *MTVA* als Dachorganisation zusammengefasst und somit faktisch unter Regierungskontrolle gestellt. Gleichzeitig wurde eine Kündigungswelle von über 1.000 Angestellten, teilweise ganzer Redaktionsteams, durchgeführt. Das Fernsehen ist für die ungarische Bevölkerung die Hauptinformationsquelle für Nachrichten jeder Art, insbesondere für die ländliche und ältere Bevölkerung (Schöllmann 2017, 45).

„Wir haben keinen öffentlich-rechtlichen Rundfunk, wir haben einen Staatsfunk, der Propaganda macht.“ *Gábor Polyák*

Die Berichterstattung im öffentlich-rechtlichen TV ist seither eindeutig auf Regierungslinie umgefärbt worden. Eine im Mai 2017 veröffentlichte Untersuchung von *Mérték Media Monitor* ergab, dass der TV-Sender *M1* im Jahr 2016 Flüchtlinge zu 91 % in

einem negativen Licht darstellte (Mérték 2017, 42). Im selben Jahr wurde in Ungarn eine von der Regierung initiierte Volksabstimmung zur Einführung von EU-Flüchtlingsquoten abgehalten, bei welcher 98 % diese ablehnten. Da jedoch das Beteiligungsquorum von 50 % nicht erreicht wurde (nur 43 % der Bevölkerung haben teilgenommen) war die Abstimmung ungültig.

2.1.2. Verzerrung des Medienmarktes

Die *Fidesz*-Regierung bedient sich mehrerer Instrumente, um den Medienmarkt zugunsten jener Medien zu gestalten, die in ihrem Einflussbereich stehen. Zu diesen Instrumenten zählen vor allem die Vergabe von staatlichen Inseraten und Radio-Frequenzen. Im Zeitraum von 2010 bis 2014 hat die Konzentration staatlicher Werbeausgaben deutlich zugenommen. Mit Ausnahme der Printmedien werden etwa 80 % der staatlichen Inserate an nur drei Akteure im Medienmarkt vergeben. Die Abhängigkeit einzelner Medien von den staatlichen Inseraten ist durch diese Entwicklung massiv gestiegen. 44,3 % der gesamten Werbeeinnahmen der Tageszeitung *Magyar Nemzet* im Jahr 2014 stammten vom Staat, beim Wochenblatt *Heti Válasz* waren es 42 % (Urbán 2016, 136 f).

„Diese Medien würden, auch in Österreich und in Deutschland, nicht überleben können, weil sie keine normale Markttätigkeit ausüben. Sie leben von öffentlichen Geldern.“ *Gábor Polyák*

Die staatlichen Inserate machen auf diese Art aus unrentablen oft wieder profitträchtige Medienunternehmen. Dazu kommt, dass viele der neuen EigentümerInnen gar nicht auf einen Profit aus ihren Anteilen an Medien angewiesen sind, da sie, wie oben beschrieben, große Vermögen in anderen Unternehmen besitzen. Diese Medien können also, selbst wenn sie laufend Verluste schreiben, durch andere Einnahmen leicht am Leben erhalten und zu Dumpingpreisen angeboten werden (Stetka 2012, 446). Weiters übt die Regierung hinter den Kulissen starken Druck auf staatsnahe und private Unternehmen aus, keine Anzeigen in regierungskritischen Medien zu schalten (Freedom House 2012, 3–4). Auch die Vergabe von Radio-Frequenzen wurde dazu genutzt, den Medienmarkt zugunsten regierungsnaher Medien zu gestalten. Zuständig für die Frequenzvergabe ist die Medienbehörde *NMHH*, deren Mitglieder allesamt direkt von der Regierung ernannt werden. Ein großer Teil der Frequenzen wurde zwischen 2010 und 2012 neu vergeben. Der Prozess dazu war sehr intransparent und lief ohne festgelegtes Konzept ab. Nur ein Drittel der Sender überlebte die Neuvergabe, vor allem regionale Sender mussten ihre Programme einstellen, während christliche und regierungsnaher Sender keine Probleme hatten (Nagy 2016, 114). Besonders viel Aufmerksamkeit erregte der Versuch der Medienbehörde, dem populären Oppositionssender *Klubrádió* die Sendefrequenz zu entziehen. Erst nach einem zwei Jahre langen juristischen Streit und 14 erfolglosen Bewerbungen um eine neue Frequenz, wurde die Entscheidung der Medienbehörde 2013 vor

Gericht aufgehoben und der Sender konnte wieder auf seiner Hauptfrequenz senden (Freedom House 2014, 3).

2.2. Politischer Druck

Auf ungarische JournalistInnen wird seitens der Politik auf verschiedene Arten Druck ausgeübt. Diese reichen von rechtlichen Maßnahmen, offener Anfeindung und Diskreditierung bis zu Entlassungen oder der Schließung von gesamten Medienhäusern.

Eine der allerersten Maßnahmen, die der *Fidesz* nach seinem Wahlerfolg im April 2010 durchsetzte, war die Verabschiedung umfassender neuer Mediengesetze. Durch diese wurde eine zentrale neue Medienbehörde *NMHH* geschaffen, die zahlreiche Kontrollkompetenzen auf sich vereinte und die international scharf kritisiert wurde (dpa 21.12.2010). Die größte nationale Zeitung Ungarns *Népszabadság* titelte kurz nach dem Inkrafttreten der Gesetze, dass „die Pressefreiheit in Ungarn beendet wurde“ (Freedom House 2012, 2). Im Mittelpunkt der Kritik stand vor allem die Möglichkeit der Medienbehörde, Bußgelder in Höhe von bis zu 750.000 Euro für „unausgewogene Berichterstattung“ verhängen zu können. Auch der Quellenschutz von JournalistInnen wurde stark beschränkt. Für dessen Aufhebung reichte es ab nun, wenn dies dem „Schutz der öffentlichen Ordnung“ diene. Bei Nichtkooperation mit den Behörden drohten auch hier massive Geldstrafen.

Die Auslegung dieser sehr vagen Begriffe obliegt einem eigenen Medienrat, dessen Vorsitzende direkt vom Premierminister auf die Dauer von neun Jahre bestellt wurde. Die Befürchtung war groß, dass die Gesetze benutzt werden, um kritische Medien mundtot zu machen. Nach Kritik durch die EU wurden einige der Bestimmungen der Mediengesetze entschärft, allerdings nur auf einem sehr oberflächlichen Niveau mit kaum wesentlichen Änderungen (Polyák 2016, 12).

Bisher hat der Medienrat von seiner weitreichenden Kompetenz, Bußgelder verhängen zu können, kaum Verwendung gemacht. Doch die potentielle Gefahr besteht weiterhin. Und eine wesentliche Folge der unklaren Rechtsregelung ist, dass sie zu einem generell eher konfliktvermeidenden Verhalten von JournalistInnen und Redaktionen führt (Polyák 2016, 11). 2012 waren etwa 77 % der ungarischen JournalistInnen und 96 % der MedieneigentümerInnen der Meinung, dass es in Ungarn Themen gibt, über die man besser nicht berichten sollte (Schöllmann 2017, 67–68).

Weiters wurde von der *Fidesz*-Regierung seit 2010 eine Vielzahl neuer Steuern eingeführt, welche insbesondere mittelgroße, ausländische Medienhäuser unverhältnismäßig stark treffen (Freedom House 2017b, 4). Das bekannteste Beispiel für eine solche Maßnahme ist die „Lex RTL“, eine neue Werbesteuer für Medien, die im Juli 2014 eingeführt wurde. *RTL Klub* ist der größte private Fernsehsender Ungarns und hat mit *Bertelsmann* einen deutschen Eigentümer. Da sich der Sender außerhalb des Einflussbereichs der Regierung befindet, war er ihr schon länger ein Dorn im Auge. Die neue Werbesteuer war

so gestaltet, dass 80 % der gesamten Einnahmen von *RTL* kamen (Orbán 2016, 130). *RTL Klub* wandte sich in der Folge mit einer Beschwerde an die EU-Kommission, auf deren Anordnung die ungarische Regierung die Steuer ab März 2015 aussetzte (APA 2015). Die Steuer wurde daraufhin neu gestaltet, sodass sie alle Medien gleich traf. Von der *Fidesz*-Regierung werden jedoch immer wieder neue Steuern erlassen, welche den finanziellen Druck auf unabhängige Medien erhöhen sollen.

Im Mai 2014 wurde eine weitere Novelle verabschiedet, welche politische Werbung in privaten Medien in Zeiten von Wahlkampagnen verbot. Nur in staatlichen Medien sei solche Werbung in Zukunft noch erlaubt. Der Verfassungsgerichtshof hob diese Bestimmung als Einschränkung der Meinungsäußerung und der Pressefreiheit umgehend auf (ORF 2013). Daraufhin wurde sie jedoch erneut mit Zweidrittelmehrheit in Verfassungsrang gehoben und so der Kontrolle des Gerichtshofs entzogen (Freedom House 2014, 2). Auch zahlreiche, relativ unbedeutende Gesetze wurden in Verfassungsrang gehoben. Diese sogenannten „Kardinalgesetze“ lassen sich nur mit Zweidrittelmehrheit abändern, was, wie *Orbán* selbst sagt, vor allem eine Abänderung durch zukünftige Regierungen erschweren soll (Lendvai 2016, 104).

2.2.1 Anfeindung und Stigmatisierung

Ungarische JournalistInnen werden weiters auch durch offene Anfeindung und Stigmatisierung seitens der Regierung oder durch regierungsnahen Medien unter Druck gesetzt. Die Diskreditierung von Medien als „Fake News“ oder als Handlanger feindlicher, ausländischer AkteurInnen reiht sich in einen globalen Trend ein, welcher insbesondere seit der Wahl von *Donald Trump* zum US-Präsidenten im Jahr 2016 einen neuen Höhepunkt erreicht hat (Freedom House 2017a).

In Ungarn manifestierte sich diese Entwicklung anhand mehrerer „Schwarzer Listen“, die von regierungsnahen Medien veröffentlicht wurden. Auf den Listen standen Personen, welche dem Land angeblich feindlich gesinnt seien und versuchen würden, diesem zu schaden. Die neueste dieser Listen wurde unter dem Titel „Die Leute des Spekulanten“ vom regierungsnahen Wochenblatt *Figyelő* am 12.4.2018 veröffentlicht, nur wenige Tage nach den Parlamentswahlen.

Auf der Liste standen mehr als 200 Namen von ungarischen AkademikerInnen, JournalistInnen und NGO-MitarbeiterInnen. Diese Personen wurden als „Söldner“ des ungarischstämmigen US-Milliardärs und Holocaust-Überlebenden *George Soros* bezeichnet. Diesem wird vonseiten der ungarischen Regierung regelmäßig vorgeworfen, die illegale Migration nach Ungarn fördern und die europäisch-christliche Kultur zerstören zu wollen. Auf der Liste der angeblichen „Soros-Söldner“ stand auch die gesamte Redaktion der Investigativplattform *direkt36*, die in den vergangenen Jahren zahlreiche Korruptionsfälle aus dem Umfeld von *Orbán*, dessen Familie und der Regierungspartei *Fidesz* aufgedeckt und damit auch Ermittlungen des EU-Antibetrugsamtes OLAF ausgelöst hatte (Reporter ohne Grenzen 25.4.2018). In einem Interview verteidigte *Orbán* die Veröf-

fentlichung solcher Listen und forderte dazu auf, möglichst viele solcher „Netzwerke“ offenzulegen (Verseck 2018).

2.2.2. Entlassungen und Schließungen

Neben den im vorigen Teil beschriebenen, relativ subtilen Methoden der Zurückdrängung regierungskritischer Medien, hat die *Fidesz*-Regierung auch vergleichsweise offene Maßnahmen wie die Entlassung von JournalistInnen oder die Schließung ganzer Medienhäuser entweder selbst durchgeführt oder veranlasst.

Ein Fall, der auch international viel Aufsehen erregte, war die Entlassung des Chefredakteurs von *origo.hu*, der damals führenden politischen Website des Landes. Die Website hatte kurz davor einen Korruptionsskandal eines hochrangigen Regierungsbeamten aufgedeckt. Die Redaktion weigerte sich trotz mehrfacher Aufforderung des Managements den Artikel wieder offline zu nehmen, woraufhin der Chefredakteur Anfang Juni 2014 entlassen wurde. Aus Protest kündigte ein Großteil der restlichen Redaktion, da sie hinter der Entlassung politischen Druck seitens der Regierung vermuteten. Ein Teil von den ehemaligen *origo*-JournalistInnen gründete darauf die Investigativplattform *direkt36*, die sich mit „crowdfunding“ direkt über ihre Leser finanziert und so ihre Unabhängigkeit garantieren will. Im folgenden Jahr wurde *origo.hu* an ein Unternehmen mit Verbindungen zur Regierung verkauft. Seit dem Kauf hat sich die Linie von *origo.hu* komplett verändert und statt der Regierung werden auf der Website heute regelmäßig OppositionspolitikerInnen angeprangert. Ebenso hat sich die Zahl der staatlichen Inserate seit dem Kauf mehr als verdreifacht (Kingsley 2018).

Die größte Schließung am ungarischen Medienmarkt war jedoch die der bedeutendsten ungarischen Oppositionszeitung *Népszabadság* im Oktober 2016. Zu dem Zeitpunkt befand sie sich im Eigentum der österreichischen Beteiligungsgesellschaft *Vienna Capital Partners* des österreichischen Investment-Bankers *Heinrich Pecina* (Mayer 2016). In der Woche vor der Schließung war der Belegschaft vom Verleger noch angekündigt worden, dass die Redaktion der Zeitung in ein neues Gebäude ziehen würde. Nachdem die MitarbeiterInnen ihre Sachen gepackt und das alte Gebäude verlassen hatten, erhielten sie die Nachricht, dass die Zeitung eingestellt werde. Der interne E-Mail-Verkehr und das Online-Archiv wurden über Nacht gesperrt. Viele vermuteten den Einfluss der Regierung hinter diesem Vorgehen (Mayer 2016). Nur wenige Monate nach der Schließung wurden die Rechte an *Népszabadság* an eine Holding des Oligarchen *Mészáros* verkauft, dessen Beziehung zu *Orbán* schon zuvor beschrieben wurde. Dieser kündigte an, die Zeitung nicht mehr neu auflegen zu wollen.

2.3. Arbeitsbedingungen von JournalistInnen

Die tägliche Arbeit von JournalistInnen in Ungarn wurde seit 2010 durch mehrere gesetzliche Maßnahmen stark erschwert. Und selbst wenn Korruptionsskandale und

Ähnliches aufgedeckt werden, was immer wieder vorkommt, führt dies meist zu keinen Konsequenzen. Öffentliche Debatten und der Austausch von Argumenten sind selbst im Wahlkampf zur Seltenheit geworden. Das Verhältnis der ungarischen Bevölkerung zu Medien und Politik ist dadurch, wenig überraschend, von großem Misstrauen und wachsendem Desinteresse geprägt (Europäische Kommission 2019; Bayer 2013, 99).

2.3.1. Informationsverweigerung

Seit 2010 hat die *Fidesz*-Regierung mehrmals Einschränkungen des Informationsfreiheitsgesetzes beschlossen. So ist es öffentlichen Behörden etwa erlaubt, Informationsanfragen von JournalistInnen abzulehnen, wenn diese „übermäßig“ sind oder diese kein „legitimes Interesse“ nachweisen können (Freedom House 2014, 1–2). Von den öffentlich zugänglichen Informationen wurden weiters auch „vorbereitende Daten“ ausgenommen. Damit sind Daten gemeint, die in Zukunft in irgendeiner Form für Entscheidungen der Regierung relevant sein könnten. Zudem können Behörden von JournalistInnen eine Aufwandsentschädigung verlangen, wodurch Anfragen an öffentliche Behörden mit potentiell sehr hohen Kosten verbunden sind (Freedom House 2017b, 2).

„Es ist viel, viel schwieriger als vor zehn Jahren Informationen von der Regierung zu bekommen.“ *András Stumpf*

All diese Bestimmungen sind sehr vage formuliert und lassen somit einen großen Interpretationsspielraum für Beamte, welche im Zweifelsfall entscheiden können, ob bestimmte Informationen freigegeben werden oder nicht. Solche Entscheidungen sind zwar vor Gericht anfechtbar, die Prozesse sind jedoch kostspielig und langwierig. Eine zeitnahe Berichterstattung ist dadurch stark erschwert. Behörden wie die Dachorganisation der öffentlich-rechtlichen Anstalten *MTVA* machen besonders häufig von ihrem Recht Gebrauch, die Herausgabe bestimmter Informationen zu verweigern (Urbán 2016, 127).

Ein weiterer Aspekt der Informationsverweigerung ist es, dass *Fidesz* öffentliche Debatten in TV, Zeitung oder Radio mit Oppositionspolitikern konsequent ablehnt.

„2014 und 2018 hatte *Fidesz* keine Wahlprogramme mehr. Es gab keine Debatte, wo irgendwelche *Fidesz*-Mitglieder teilgenommen haben. [...] Ohne Debatte gibt es aber keine Demokratie, ohne Debatte habe ich als Wähler keine Chance irgendeine begründete Meinung aufzubauen.“ *Gábor Polyák*

Seit dem überwältigenden Wahlsieg des *Fidesz* im Jahr 2010 gab es weder vor noch nach den Wahlen öffentliche Diskussionen zwischen den VertreterInnen der Regierung und der Opposition. VertreterInnen der Opposition haben den Ministerpräsidenten *Orbán* im Parlament vergeblich mehrere Male zu solchen Debatten aufgefordert.

2.3.2. Schrumpfender Impact

Zwar existieren in Ungarn noch einige unabhängige Medien, vor allem im Internet, die auch regierungskritische Artikel publizieren. Doch selbst wenn Skandale und Korruptionsfälle aufgedeckt werden, müssen die verwickelten Personen immer seltener Konsequenzen tragen. Denn diese Artikel und Berichte werden von regierungsnahen Medien kaum oder gar nicht geteilt, was es schwer macht, öffentlichen Druck aufzubauen.

“Two years ago, if you published a big story then it was picked up by several outlets. We were interviewed on TV, on radios. Now if you publish something, maybe it gets picked up by two or three news sites, maybe occasionally we have a TV interview. But sometimes that’s it. And it is not because our stories got worse; it is because the environment has changed so much. So less and less outlets can pick up our stories.” András Pethő

Die Medien können somit die Kontrolle der Herrschenden, die sie im Sinne ihrer Rolle als „Vierte Gewalt“ ausüben sollten, kaum mehr erfüllen. Eine der Folgen dieser Entwicklung ist die seit Jahren steigende Korruption in Ungarn. Im *Corruption Perception Index* der NGO *Transparency International* (2018) ist Ungarn seit 2010 von Platz 50 auf Platz 64 von insgesamt 180 Ländern gefallen. Das unabhängige *Corruption Research Center Budapest* stellte in einem umfassenden Bericht fest, dass seit 2010 das Korruptionsrisiko bei Staatsaufträgen und bei von EU-Geldern finanzierten Projekten deutlich zugenommen hat (Tóth und Hajdu 2016). Obwohl die „kleine“ Korruption, etwa Schmiergeldzahlungen an PolizistInnen, zurückgegangen sei, ist dafür die „große“ Korruption, wie die Veruntreuung öffentlicher Gelder und das Ausnützen der Staatsmacht zum eigenen Vorteil, stark gestiegen. Trotz dieses Anstieges ist die Zahl der Prozesse gegen politische Eliten auf beinahe null gesunken. Der Oberste Staatsanwalt Ungarns, Péter Polt, ist treuer *Fidesz*-Anhänger und weigerte sich mehrfach Korruptionsskandale rund um *Fidesz*-Mitglieder zu verfolgen (Krekó und Enyedi 2018, 41 ff)

3. Ausblick

Das Vertrauen der ungarischen Bevölkerung in die Medien ist derzeit sehr gering. Im Schnitt gaben für den Zeitraum seit 2010 60 % der Ungarn an, dass sie kein Vertrauen in die Presse haben (Europäische Kommission 2019). Aber auch das Vertrauen in die Demokratie ist sehr gering. Nur jedeR zweite UngarIn im Alter zwischen 15 und 24 Jahre war 2017 davon überzeugt, dass die Demokratie das beste politische System sei (Bertelsmann Stiftung 2017, 102). Dazu kommt ein stark wachsendes politisches Desinteresse.

Diese Zahlen lassen sich jedoch nicht allein auf die Politik der *Fidesz*-Regierung zurückführen, denn sie waren schon in den Jahren davor ähnlich hoch. PolitikwissenschaftlerInnen erklären sich die geringe Verbundenheit der Bevölkerung Osteuropas mit demokratischen Werten einerseits mit dem Erbe jahrzehntelangen Staatssozialismus und an-

dererseits mit der Enttäuschung über den Transformationsprozess seit 1989 (Krastev 2016). Viele Menschen in den ehemaligen Ostblockstaaten erwarteten sich von der Wende eine rasche Angleichung ihrer Lebensstandards an die des Westens. Stattdessen hat sich die Situation vielerorts stark verschlechtert. In den ersten Jahren nach 1989 brachen in Ungarn das Bruttoinlandsprodukt und die Realeinkommen drastisch ein und hunderttausende Menschen wurden arbeitslos (Lendvai 2016, 34). Laut dem *minimum substance model* von Eurostat befanden sich 2011 vier Millionen Ungarn unter der Armutsgrenze (Bayer 2013, 109). Existenzielle Ängsten und Unsicherheiten machen dabei Themen wie Politik, Demokratie und die Freiheit der Medien zweitrangig.

Die Mitgliedschaft in der EU wird hingegen von der überwiegenden Mehrheit Ungarns, insbesondere der Jugend, als positiv gesehen (Kolb 2018). Und das trotz massiver Anti-Brüssel-Kampagnen der Regierung. Der EU ist es in den vergangenen Jahren jedoch nicht gelungen, das Abdriften Ungarns in Richtung eines illiberalen Staates zu verhindern. Auch das im September 2018 eingeleitete Verfahren gem Art 7 EUV stellt dabei kein wirklich wirksames Instrument dar. Die neue Kommission wird also neue Wege finden müssen, wie sie mit einem Mitgliedsstaat umgeht, der systematisch die EU-Prinzipien verletzt. Dieser Aufgabe sollte sie, angesichts der steigenden Gefahr einer Nachahmung des „Systems Orbán“ in anderen Mitgliedstaaten wie etwa Polen, höchste Priorität einräumen.

Andreas Pigl, BA ist Jusstudent in Wien und hat Politikwissenschaften mit Schwerpunkt Osteuropa studiert; piglandreas@gmail.com

Literaturverzeichnis

- APA (2015): EU-Kommission setzt Werbesteuer in Ungarn aus. *Standard*, 12.3.2015. www.derstandard.at/story/2000012840495
- Bátorfy, Attila (2018): Data visualization: this is how the pro-government media empire owning 476 outlets was formed. *atlatszo.hu*, 30.11.2018. <https://english.atlatszo.hu/2018/11/30/data-visualization-this-is-how-the-pro-government-media-empire-owning-476-outlets-was-formed/>
- Bayer, József (2013): Emerging Anti-pluralism in New Democracies – the Case of Hungary. In: *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft* 42 (1), 95–110
- Bertelsmann Stiftung (Hg) (2017): Exit, Voice or Loyalty? Young people on Europe and democracy. www.bertelsmann-stiftung.de/de/publikationen/publikation/did/exit-voice-or-loyalty-young-people-on-europe-and-democracy-1/
- Carothers, Thomas (2002): The end of the transition paradigm. In: *Journal of democracy* 13 (1), 5–21
- dpa (2010): Ungarn führt die Zensur ein. *Zeit Online*, 21.12.2010. www.zeit.de/politik/ausland/2010-12/ungarn-mediengesetz-orban
- Erdélyi, Katalin (2018): Tülnyomórészt uniós forrásokból gazdagodtak Mészáros Lőrinc családí cégei az elmúlt hét évben. *atlatszo.hu*, 5.9.2018. <https://atlatszo.hu/2018/01/15/tulnyomoreszt-uni-os-forrasokbol-gazdagodtak-meszaros-lorinc-csaladi-cegei-az-elmult-het-evben/>
- Europäische Kommission (2019): Eurobarometer. <https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/Chart/getChart/chartType/lineChart/themeKy/18/groupKy/84/savFile/201>
- Freedom House (Hg) (2012): Freedom of The Press 2012. Hungary. <https://freedomhouse.org/report/freedom-press/2012/hungary>
- Freedom House (Hg) (2014): Freedom of The Press 2014. Hungary. <https://freedomhouse.org/report/freedom-press/2014/hungary>

- Freedom House (Hg) (2017a): Freedom of The Press 2017. <https://freedomhouse.org/report/freedom-press/freedom-press-2017>
- Freedom House (Hg) (2017b): Freedom of The Press 2017. Hungary. <https://freedomhouse.org/report/freedom-press/2017/hungary>
- Freedom House (2018): About Nations in Transit. <https://freedomhouse.org/report-types/nations-transit>
- Freedom House (2019): Freedom in the World 2019. Country Report Hungary. <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2019/hungary>
- Hegedűs, Dániel (2018): Nations in Transit 2018. Country Report Hungary. freedomhouse.org/report/nations-transit/2018/hungary
- Kingsley, Patrick (2018): The Website That Shows How a Free Press Can Die. *New York Times*, 24.11.2018. www.nytimes.com/2018/11/24/world/europe/hungary-viktor-orban-media.html
- Kolb, Matthias (2018): So hat Viktor Orbán Ungarn verändert. *Süddeutsche Zeitung*, 1.4.2018. www.sueddeutsche.de/politik/wahl-in-ungarn-so-hat-viktor-orbn-ungarn-veraendert-1.3912431
- Krastev, Ivan (2016): Liberalism's Failure to Deliver. In: *Journal of democracy* 27 (1), 35–38
- Krekó, Péter und Zsolt enyedi (2018): Explaining Eastern Europe: Orbán's Laboratory of Illiberalism. In: *Journal of democracy* 29 (3), 39–51
- Lendvai, Paul (2016): Orbáns Ungarn. Wien: Kremayr & Scheriau
- Mayer, Gregor (2015): Ungarn: Oligarch erklärt Orbán den totalen Medienkrieg. *Standard*, 8.2.2015. <https://derstandard.at/2000011430028/Oligarch-erklart-Orban-den-totalen-Medienkrieg>
- Mayer, Gregor (2016): Ungarische Zeitung eingestellt: „Angriff auf Pressefreiheit“. *Standard*, 9.10.2016. <https://derstandard.at/2000045584625/Verlag-stellt-ungarische-Traditionszeitung-Nepszabadsag-ein>
- Mayer, Gregor (2018): Zentrales Medienimperium zu Orbáns Diensten. *Standard*, 5.12.2018. <https://derstandard.at/2000093148987/Zentrales-Medienimperium-zu-Orbans-Diensten>
- Mérték Media Monitor (2017): Soft Censorship In Hungary 2016. When Propaganda Rules Public Discourse. <https://mertek.eu/wp-content/uploads/2017/10/MertekFuzetek12.pdf>
- Nagy, Krisztina (2016): Abnehmende Vielfalt auf dem lokalen Radiomarkt. In: Bernd Holznagel und Polyák Gábor (Hg): Medienfreiheit unter Druck. Medienregulierung und Medienpolitik in Ungarn. Berlin: B & S Siebenhaar Verlag
- ORF (2013): Ungarns Höchstgericht kippt Wählerregistrierung. *orf.at*, 4.1.2013. <https://orf.at/v2/stories/2159479/>
- Polyák, Gábor (2016): Methodologische und europarechtliche Konsequenzen aus der Debatte über die ungarischen Mediengesetze. In: Bernd Holznagel und Polyák Gábor (Hg): Medienfreiheit unter Druck. Medienregulierung und Medienpolitik in Ungarn. Berlin: B & S Siebenhaar Verlag
- Reporter ohne Grenzen (4.8.2017): Hungary: Orbán allies acquire regional press monopoly. <https://rsf.org/en/news/hungary-orban-allies-acquire-regional-press-monopoly>
- Reporter ohne Grenzen (25.4.2018): Deutsche Korrespondenten auf Schwarzer Liste. <https://www.reporter-ohne-grenzen.de/ungarn/alle-meldungen/meldung/deutsche-korrespondenten-auf-schwarzer-liste/>
- Roberts, Dan (2003): Nations in Transit 2003. Country Report Hungary. Hg v Freedom House. <https://freedomhouse.org/report/nations-transit/2003/hungary>
- Schenkkan, Nate (2018): Nations in Transit 2018. <https://freedomhouse.org/report/nations-transit/nations-transit-2018>
- Schöllmann, Tim (2017): Die Bedeutung der Medien für die Regimepersistenz in Ungarn und Polen. Masterarbeit. Universität Wien, Wien. Politikwissenschaft
- Spirk, József (2015): Simicska Lajos: Kirügök minden orbánistát. *index.hu*, 6.2.2015. https://index.hu/belfold/2015/02/06/simicska_lajos_orban_egy_geci/
- Stetka, Vaclav (2012): From multinationals to business tycoons: media ownership and journalistic autonomy in Central and Eastern Europe. In: *The International Journal of Press/Politics* 17(4), 433–456
- Tóth, István; Hajdu, Miklós (2016): Competitive Intensity and Corruption Risks in the Hungarian Public Procurement 2009-2015. Hg v Corruption Research Center Budapest. http://www.crcb.eu/wp-content/uploads/2016/05/hpp_2016_crcb_report1_en_160513_.pdf
- Transparency International (Hg) (2018): Corruption Perception Index 2018. <https://www.transparency.org/cpi2018>
- Urbán, Ágnes (2016): Marktverzehrung in den Medien. In: Bernd Holznagel und Polyák Gábor (Hg): Medienfreiheit unter Druck. Medienregulierung und Medienpolitik in Ungarn. Berlin: B & S Siebenhaar Verlag
- Verseck, Keno (2018): Orbáns schwarze Listen. *Spiegel Online*, 3.5.2018. <https://www.spiegel.de/politik/ausland/medien-in-ungarn-wie-viktor-orban-journalisten-unterdrueckt-a-1205826.html>
- Alle Links: Letzter Zugriff am 14.12.2019

Tadel für den Adel

Das Adelsaufhebungsgesetz und seine Entwicklung in der jüngeren Judikatur

Tobias Fädler

1. Einleitung

Vor knapp 100 Jahren wurde mit erstmaligem Inkrafttreten des AdelsaufhebungsG¹ der Adel sowie das Führen von Adelstiteln und Adelsbezeichnungen für österreichische Staatsbürger_innen generell untersagt. Dass diese Thematik auch heute nicht gänzlich an Bedeutung verloren hat, lässt sich etwa anhand von *Heidi Goëss-Horten*, die in einer offiziellen Einladung des Landes Kärnten als Gräfin bezeichnet wurde,² oder der NEOS-Nationalratsabgeordneten *Martina Künsberg Sarre*, die zT im Internet mit der Adelsbezeichnung „von“ auftrat,³ veranschaulichen. Ein weiteres Bsp beschäftigte erst kürzlich den VfGH; dieser erkannte am 9.10.2019 über eine Beschwerde von *Karl Habsburg-Lothringen* gegen ein Erkenntnis des VwG Wien, in welchem *Habsburg-Lothringen* der Führung des Adelszeichens „von“ auf seiner Website schuldig erkannt wurde.⁴ In vielerlei Hinsicht reiht sich diese Entscheidung in die Rechtsprechungslinie des VfGH zu Funktion und Anwendungsbereich des AdelsaufhebungsG ein und führt diese fort.⁵ Im Hinblick auf den Strafsatz des § 2 AdelsaufhebungsG, nach dem VfGH ein „verwaltungs- und verfassungsrechtliches Unikum“⁶, betrat diese Entscheidung jedoch Neuland und räumte gewisse Uneinigkeiten der Literatur aus dem Weg.

Ausgehend von den Entscheidungen des VwG Wien und des VfGH hat dieser Beitrag zum Ziel, das AdelsaufhebungsG im Lichte des derzeitigen Standes der Judikatur zu untersuchen und dabei Wendepunkte in der Rsp aufzuzeigen. Dazu wird das AdelsaufhebungsG zunächst in seinen historischen Kontext eingebettet (2.), um darauf aufbauend eine Kontextualisierung sowohl im Lichte der Rsp der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und der Verwaltungsgerichte als auch unter Bezugnahme auf einschlägige Frage-

1 Gesetz vom 3. April 1919 über die Aufhebung des Adels, der weltlichen Ritter- und Damenorden und gewisser Titel und Würden StGBI 1919/211 idGF BGBl I 2008/2.

2 Vgl ORF, Milliardärin Horten als „Gräfin“ titulierte, *orf.at* v 21.8.2019, <https://kaernten.orf.at/stories/3009535/> (30.1.2020).

3 Vgl *Mayringer*, Von Habsburg bis Künsberg Sarre, *OÖ Nachrichten* v 6.11.2019, www.nachrichten.at/politik/innenpolitik/von-habsburg-bis-kuensberg-sarre;art385,3183482 (30.1.2020).

4 Vgl VfGH 9.10.2019, E 1851/2019; zum verwaltungsgerichtlichen Erkenntnis vgl VwG Wien 3.4.2019, VGW-001/010/14933/2019.

5 Vgl zB VfSlg 17.060/2003; 19.891/2014; 20.234/2018.

6 VfSlg 17.060/2003.

stellungen des Europarechts vorzunehmen, wobei bei letzterem insb die Judikatur des EuGH interessieren wird (3.).

2. Historischer Kontext

Der Hintergrund und die Intention des AdelsaufhebungsG lassen sich nur im Kontext der Entstehungsgeschichte der republikanischen Staatsform Österreichs verstehen, da hier sowohl aus zeitlicher als auch aus inhaltlicher Hinsicht ein enger Zusammenhang besteht. Die erste österreichische Republik wurde Ende des Jahres 1918 begründet, ihr republikanischer Charakter in der Literatur jedoch auf unterschiedliche Weise hergeleitet. So wird er zT aus dem Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung⁷ abgeleitet, der sich zwar nicht explizit auf die republikanische Staatsform bezieht, aber die „oberste Gewalt des Staates“⁸ auf die Provisorische Nationalversammlung übertrug; nach Ansicht *Kelsens* war bereits das der revolutionäre und formelle Bruch zur vorhergehenden Monarchie.⁹ Nach aA stellte erst die Proklamation der Republik am 12.11.1918 mit dem Gesetz über die Staats- und Regierungsform¹⁰ die Konstituierung der ersten österreichischen Republik sowie damit einhergehend die Absage an die Staatsform der Monarchie dar und legte den Grundstein für einen republikanischen Staat.¹¹ Während also in formeller Hinsicht Diskontinuität des Staates angenommen werden kann, sah § 16 des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung die Weitergeltung von Gesetzen und Einrichtungen vor, sofern diese durch den Beschluss nicht aufgehoben oder abgeändert worden waren; insofern bestand materielle Kontinuität.¹² Im Hinblick auf den Adel als rechtliche Institution sowie die Zulässigkeit des Tragens von Adelstiteln sah weder der Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung noch das Gesetz über die Staats- und Regierungsform deren Abschaffung vor, weswegen deren Weiterbestand angenommen wurde.¹³

In diesen politischen Umbruch bettete sich die parlamentarische Diskussion über den weiteren Umgang mit dem Adel, Adelstiteln und Adelsbezeichnungen ein, in welcher die Verknüpfung des AdelsaufhebungsG mit der Begründung und Festigung der republikanischen Staatsform eine zentrale Position einnahm. So führte etwa die Abgeordnete *Popp* aus, dass mit der Beschlussfassung des AdelsaufhebungsG ein Zeichen an die Bevölkerung gesetzt

7 Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt StGBI 1918/1.

8 § 1 Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung.

9 Vgl *Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht (1923) 79; vgl auch *Binder-Kriegelstein*, Österreichisches Adelsrecht 1868-1918/19 (2000) 141; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 54.

10 Gesetz vom 12. November über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich StGBI 1918/5.

11 Vgl *Owerdieck*, Parteien und Verfassungsfrage in Österreich (1987) 63; vgl auch *Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rz 31.

12 Vgl zB *Merkel*, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich (1919) 4.

13 Vgl ErläutRV 84 BlgKN KN GP 3; vgl auch *Binder-Kriegelstein*, Adelsrecht 142 f, 152 f; *Kolonovits* in *Korinek et al*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht⁹¹ III/1(2009) Vorbemerkungen AdelsaufhG Rz 1.

würde, dass es „in der Republik [...] keine Privilegien geben [kann], in der Republik kann es nur Menschen geben, die gleichen Rechtes, gleichen Titels und gleichen Ranges sind, in der Republik ist kein Platz für einzelne Kasten“¹⁴. Auch der Abgeordnete *Stricker* merkte an, dass das AdelsaufhebungsG in einzelnen Punkten nicht weit genug ginge; er führte dazu aus: „Die Republik ist heute in aller Mund, aber sie ist nicht in aller Herzen, und wenn wir schon eine Republik machen, machen wir doch eine ganze.“¹⁵ Schlussendlich kam es am 3.4.1919 zur Abstimmung der nun nicht mehr Provisorischen, sondern Konstituierenden Nationalversammlung und am 10.4.1919 zur Kundmachung des AdelsaufhebungsG, welches seitdem in Geltung steht.¹⁶ Zudem wurde auf Grund der in § 4 AdelsaufhebungsG enthaltenen Verordnungsermächtigung noch im April 1919 die AdelsaufhebungsVA¹⁷ verordnet und damit die Ausführung des AdelsaufhebungsG konkretisiert. Mit der Verlautbarung und dem Inkrafttreten des B-VG¹⁸ im November 1920 wurde das AdelsaufhebungsG in Verfassungsrang gehoben¹⁹ und steht – ungeachtet der strittigen Frage seiner Geltung zwischen 1934 und 1938 – jedenfalls (wieder) seit Mai 1945 als Verfassungsgesetz in Geltung, die AdelsaufhebungsVA gilt als VO des Bundes.²⁰

3. Das AdelsaufhebungsG im österreichischen und europäischen Kontext

Das seither praktisch unveränderte AdelsaufhebungsG war mehrfach Gegenstand verwaltungsbehördlicher sowie gerichtlicher Verfahren. Über die Jahre hinweg wurden zugrundeliegende Erwägungen, Zweck sowie Funktion, aber auch der Anwendungsbereich in persönlicher und sachlicher Hinsicht durch die Rsp der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und – seit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012²¹ – der Verwaltungsgerichte herausgearbeitet und abgesteckt. Im Folgenden soll, vor dem Hintergrund dieser Rsp, zunächst die Stoßrichtung des AdelsaufhebungsG dargestellt und der Anwendungsbereich analysiert werden. Zuletzt wird zudem der Verwaltungsstrafatbestand des § 2 AdelsaufhebungsG interessieren.

3.1. Funktion und „Normprogramm“ – wozu ein AdelsaufhebungsG?

Dass es 1919 zur Aufhebung der rechtlichen Institution des Adels kam, lässt sich nach den Materialien auf einen wesentlichen ideologischen bzw politischen Gesichtspunkt

14 8. StProtKN KN GP 21.

15 8. StProtKN KN GP 11.

16 Vgl StGBI 1919/211, 513, sowie § 6 AdelsaufhebungsG; vgl auch *Binder-Krieglstein*, Adelsrecht 166.

17 Vollzugsanweisung des Staatsamtes für Inneres und Unterricht und des Staatsamtes für Justiz, im Einvernehmen mit den beteiligten Staatsämtern vom 18. April 1919, über die Aufhebung des Adels und gewisser Titel und Würden StGBI 1919/237 idgF BGBl 1948/50.

18 Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1920/1.

19 Vgl B. *Raschauer*, Namensrecht (1978) 121; vgl Art 149 Abs 1 B-VG BGBl 1920/1.

20 Vgl *Kolonovits* in *Korinek et al*¹ Vorbemerkungen AdelsaufhG Rz 5; VfGH 9.10.2019, E 1851/2019 Rz 13.

21 BGBl I 2012/51.

zurückführen. Ausschlaggebend war die oben dargestellte Hinwendung zur republikanischen Staatsform, da der Adel sowie seine Vorrechte, Titel und Bezeichnungen „als typische Kennzeichen eines monarchischen Staates mit der gegenwärtigen Staatsform der [...] Republik nicht in Einklang zu bringen [sind]“²². Die Abschaffung des Adels als rechtliche Institution sowie das Verbot, entsprechende Titel und Bezeichnungen zu führen, standen daher bereits zu Beginn der Republik in Zusammenhang mit dem Gedanken rechtlicher Gleichheit. So führte *Kelsen* zum AdelsaufhebungsG bspw aus, dass „Grundrechte [der Staatsbürger_innen] insofern eine Ergänzung erfahren [hätten], als das Prinzip der Rechtsgleichheit durch die Aufhebung des Adels und der Ritterorden vervollständigt wurde“²³.

Ähnliche Ansätze finden sich insb in der jüngeren Rsp seit Anfang der 2000er Jahre, welche die Aufhebung des Adels in einen engen Zusammenhang mit dem Gleichheitsgrundsatz des Art 7 Abs 1 B-VG setzte.²⁴ Während zunächst lediglich darauf verwiesen wurde, dass das AdelsaufhebungsG den Gleichheitsgrundsatz ausführe,²⁵ kam es im Jahre 2014 zu einer Präzisierung durch den VfGH, welche auch Eingang in die darauffolgende Rsp gefunden hat.²⁶ Der VfGH verortete das AdelsaufhebungsG in dessen historischen Entstehungskontext, woraus sich zum einen die „besondere Funktion des AdelsaufhebungsG zur Herstellung demokratischer Gleichheit“²⁷ ergebe und bezog sich dabei auf *Kolonovits*²⁸. Zudem leitete der VfGH daraus das „Normprogramm des AdelsaufhebungsG“²⁹ ab und baute damit die Brücke zum Gleichheitsgrundsatz des Art 7 Abs 1 B-VG. Das AdelsaufhebungsG konkretisierte nämlich, so der VfGH, „die in Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG festgeschriebene Grundaussage der Verfassung der demokratischen Republik Österreich, dass für alle Staatsbürger_innen Vorrechte der Geburt oder des Standes ausgeschlossen sind, dahingehend [...], dass der Adel und seine äußeren Ehrenvorzüge für österreichische Staatsbürger_innen ausnahmslos aufgehoben werden“³⁰.

Dass das AdelsaufhebungsG in Zusammenhang mit dem Gleichheitsgrundsatz des Art 7 Abs 1 B-VG steht, wurde gewissermaßen auch im unionsrechtlichen Rahmen in der Rs *Sayn-Wittgenstein*³¹ anerkannt.³² So befand der EuGH, dass das AdelsaufhebungsG

22 ErläutRV 84 BlgKN KN GP 3; vgl auch *Kolonovits* in *Korinek et al*^{P1} § 1, 4 AdelsaufhG Rz 1.

23 *Kelsen*, Staatsrecht 144.

24 Vgl zB VfSlg 17.060/2003; 19.891/2014 Rz 23; 20.234/2018 Rz 16; VwGH 17.2.2010, 2008/17/0114; 15.3.2016, Ra 2014/01/0045.

25 So zB in VfSlg 17.060/2003, oder VwGH 17.2.2010, 2008/17/0114.

26 Vgl insb VfSlg 19.891/2014 Rz 23; 20.234/2018 Rz 16; VwGH 15.3.2016, Ra 2014/01/0045.

27 VfSlg 19.891/2014 Rz 23.

28 *Kolonovits* in *Korinek et al*^{P1} Vorbemerkungen AdelsaufhG Rz 8.

29 VfSlg 19.891/2014 Rz 24; vgl idS auch VfSlg 17.060/2003, sowie VwGH 15.3.2016, Ra 2014/01/0045, mit Verweis auf die Rsp des VfGH.

30 VfSlg 19.891/2014 Rz 24.

31 EuGH 22.12.2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, ECLI:EU:C:2010:806.

32 Vgl EuGH *Sayn-Wittgenstein* Rn 82, 88 f, 93; vgl auch GA *Sharpston*, SA v 14.10.2010 zu C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, ECLI:EU:C:2010:608, Rn 59 ff.

zwar eine Beschränkung der durch Art 21 AEUV³³ gewährleisteten Freiheiten darstelle, aber insofern gerechtfertigt sei, als die Wahrung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes – der auch im Unionsrecht in Art 20 GRC³⁴ seinen Niederschlag findet – ein mit dem Unionsrecht vereinbares, legitimes Ziel und der Eingriff auch sonst nicht unverhältnismäßig sei.³⁵ Ähnlich gelagert war – allerdings die deutsche Rechtslage betreffend – die Rs *Bogendorff von Wolfersdorff*³⁶, in welcher der EuGH die Ausführungen zur Wahrung des Gleichheitsgrundsatzes bestätigte.³⁷

Gerade aus diesen jüngeren Entscheidungen zeigt sich, dass die Rsp der aus dem Entstehungszusammenhang abgeleiteten Verknüpfung des AdelsaufhebungsG mit dem Gleichheitsgrundsatz des Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG verstärkte Bedeutung zuspricht; diese Rechtsprechungslinie ist auch vor dem EuGH unbeanstandet geblieben. Wie im Folgenden gezeigt wird, hat diese Entwicklung auch für den sachlichen Anwendungsbereich des AdelsaufhebungsG Bedeutung. Es geht nicht mehr ausschließlich darum, die Institution des Adels als solche, sondern vielmehr auch das (öffentliche) Führen von Adelstiteln und Adelsbezeichnungen abzuschaffen.

3.2. Der Anwendungsbereich des AdelsaufhebungsG

Bevor der Anwendungsbereich des AdelsaufhebungsG selbst Gegenstand der Auseinandersetzung wird, bietet es sich an, eine konventions- bzw unionsrechtliche Betrachtung vorzunehmen. Dass es dabei nicht zu einer grundrechtlichen Abwägung iSe Überprüfung der Verfassungskonformität des AdelsaufhebungsG kommen kann, ergibt sich schon daraus, dass das AdelsaufhebungsG selbst in Verfassungsrang steht und daher nur eine baugesetzliche Überprüfung im Lichte des Art 44 Abs 3 B-VG in Betracht käme, der VfGH diesbezüglich jedoch keine Bedenken äußerte.³⁸ Im Lichte der Art 7 GRC sowie Art 8 EMRK³⁹ stellt das AdelsaufhebungsG mit seiner Beschränkung der Wahl des Namens als Teil der persönlichen Identität einen Eingriff in das Privatleben der betroffenen Personen dar.⁴⁰ Jedoch ist dieser Eingriff nach Ansicht des VfGH sowie des EuGH nicht zu beanstanden, da „es zur Aufrechterhaltung der Ordnung in einer demokratischen Gesellschaft verhältnismäßig ist, Vorrechte der Geburt oder des Standes zum Ausdruck bringende Namensbestandteile bzw deren Weitergabe als Ausdruck des Grundsatzes, dass allen Staatsbürger[_inne]n gleiche Rechte zukommen, zu unterbinden“⁴¹.

33 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 2012/326, 47.

34 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl C 2012/326, 391.

35 Vgl EuGH *Sayn-Wittgenstein* Rn 71, 88 f, 93 f.

36 EuGH 2.6.2016, C-438/14, *Bogendorff von Wolfersdorff*, ECLI:EU:C:2016:401.

37 Vgl EuGH *Bogendorff von Wolfersdorff* Rn 70 f.

38 Vgl VfGH 9.10.2019, E 1851/2019 Rz 17.

39 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl 1958/210 idGF BGBl III 2018/139.

40 Vgl dazu EuGH *Sayn-Wittgenstein* Rn 52.

41 VfSlg 19.891/2014 Rz 28, mit Verweis auf Rsp des EGMR und EuGH; vgl idS EuGH *Sayn-Wittgenstein* Rn 81 ff.

Zur Darstellung des Anwendungsbereiches des AdelsaufhebungsG kann als Ausgangspunkt zunächst der Wortlaut herangezogen werden: § 1 hebt die rechtliche Institution des Adels sowie damit in Zusammenhang stehende Ehrenvorzüge, Titel, Bezeichnungen und Würden österreichischer Staatsbürger_innen auf und § 2 untersagt, ebenjene Adelsbezeichnungen, Titel und Würden zu führen.

Im Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich ergibt sich aus diesen Bestimmungen sowie aus § 1 AdelsaufhebungsVA unzweifelhaft, dass dieser sich nur auf österreichische Staatsbürger_innen erstreckt; so merkte *Kelsen* bereits im Vorfeld der Entstehung des AdelsaufhebungsG an, dass fremden Staatsangehörigen das Führen von Adelstiteln bzw Adelsbezeichnungen nicht untersagt werden könne.⁴² Auch in der Rsp von VwGH und VfGH sind keine Abweichungen diesbezüglich ersichtlich.⁴³

In sachlicher Hinsicht stellt sich die Situation allerdings etwas verworrener dar: Unmittelbar ergibt sich der Aufhebungsgegenstand zunächst aus § 2 AdelsaufhebungsVA, der iSd § 4 AdelsaufhebungsG die aufgehobenen Adelstitel und Würden festlegt. Demnach sind bspw das Adelszeichen „von“ (Z 1 leg cit) sowie – durch einen generellen Verweis – in- und ausländische adelige Standesbezeichnungen (Z 4 leg cit), veranschaulicht durch eine demonstrative Aufzählung, aufgehoben. ISd stRsp des VwGH untersagt das AdelsaufhebungsG damit zum einen den Erwerb sowie das Führen jener Namensbestandteile bzw -zusätze, die unter das AdelsaufhebungsG und die AdelsaufhebungsVA fallen.⁴⁴ In Zusammenhang mit dem Adelszeichen „von“ ist dabei interessant, dass das LVwG Steiermark den Namensbestandteil „Von der“ als aliud zu dem – kleingeschriebenen – Adelszeichen „von“ qualifizierte und daher nicht unter die AdelsaufhebungsVA subsumierte, sondern als zulässigen Namensbestandteil erachtete.⁴⁵

Zum anderen vom Anwendungsbereich umfasst sind – wie sich auch unmittelbar aus § 1 AdelsaufhebungsVA ergibt – ausländische Adels- bzw Standesbezeichnungen österreichischer Staatsbürger_innen. Diesbezüglich judizierte der VwGH, dass es nämlich ebenso untersagt sei, „dass eine Person, für die eine solche Adelsbezeichnung nach anderem als österreichischem Recht Bestandteil ihres Namens ist, diese nach Erwerb der österreichischen Staatsbürger[_innen]schaft weiterführt“⁴⁶. Diese Entscheidung ist Teil einer Rechtsprechungslinie,⁴⁷ die auf eine richtungsweisende Verschärfung der Rsp zum AdelsaufhebungsG im Jahre 2003 zurückzuführen ist. Damals hatte sich der VfGH mit der Adoption eines österreichischen Staatsbürgers durch eine deutsche Staatsangehörige im Lichte des AdelsaufhebungsG zu befassen. Anlässlich dieser Adoption nahm der Adoptierte den Namen der Adoptierenden in männlicher Form – „Prinz“ und „Herzog“ anstelle von „Prinzessin“ und „Herzogin“ – an, woraufhin das Magistrat der Stadt Wien diesen Namen

42 Vgl *Kelsen*, zitiert nach *Binder-Krieglstein*, Adelsrecht 154.

43 Vgl zB VwGH 13.8.2019, Ra 2019/01/0216 Rz 11; VfSlg 20.234/2018 Rz 17 f.

44 Vgl zB VwGH 13.8.2019, Ra 2019/01/0216 Rz 11 mwN.

45 Vgl LVwG Steiermark 25.6.2019, LVwG 41.20-541/2019.

46 VwGH 30.1.2018, Ra 2018/01/0003 Rz 13; vgl auch *Kolonovits in Korinek et al*^{P.1} §§ 1, 4 AdelsaufhG Rz 8.

47 Vgl dazu *Kutscher/Wildpert*, Personenstandsrecht² (2019) § 1 AdelsaufhebungsG Rz 2 mwN.

amtswegig in „Prinzessin“ und „Herzogin“ berichtigte; begründend wurde angeführt, „das österreichische Recht [kenne] bei der Ableitung des Familiennamens keine unterschiedlichen Regelungen für Personen männlichen und weiblichen Geschlechts“⁴⁸. Der VfGH befand diesbezüglich, dass die Übernahme bzw Weitergabe einer – wenn auch nur ehemaligen – Adelsbezeichnung bzw eines entsprechenden Titels durch Adoption an österreichische Staatsbürger_innen als Namensbestandteil unzulässig sei; dieser Rechtsansicht folgte auch der VwGH im Hinblick auf die Adelsbezeichnung „von“.⁴⁹

Aufgrund dieser mittlerweile stRsp ergibt sich ein umfassender sachlicher Anwendungsbereich des AdelsaufhebungsG und der AdelsaufhebungsVA, indem das Führen von Adelsbezeichnungen und Adelstiteln für österreichische Staatsbürger_innen generell untersagt ist, und zwar ungeachtet, ob es sich um in- oder ausländische Adelstitel handelt. Eine weitere Präzisierung dieses tendenziell weiten Anwendungsbereiches ist, wie bereits angedeutet, vor dem Hintergrund der oben ausgeführten Funktion sowie des „Normprogramms“ des AdelsaufhebungsG zu erkennen. Seit 2014⁵⁰ stellt die Rsp nämlich verstärkt darauf ab, ob – nach der objektiven Wahrnehmung jener Personen, die durch das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Geburt oder des Standes in Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG geschützt werden sollen – ein Namensbestandteil „den Eindruck erwecken könnte, für seine[_]n Träger[_]in bestünden Vorrechte der Geburt oder des Standes“⁵¹. Sofern ein Name bzw Namensbestandteil – wie bspw der Zusatz „von“ – das Bestehen solcher Vorrechte ausdrückt oder dazu geeignet ist, kommt es nicht darauf an, „ob die konkrete Namens- oder Familiengeschichte tatsächlich einen historischen Adelsbezug aufweist“⁵².

Vor dem Hintergrund der obig ausgeführten verstärkten Verknüpfung des AdelsaufhebungsG mit dem Gleichheitsgrundsatz des Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG zeigt sich der bereits angedeutete Einfluss auf den Anwendungsbereich des AdelsaufhebungsG. Neben die formale Beseitigung der mit dem Adel verbundenen Vorrechte trat ein restriktiverer Umgang mit der Titelführung – bspw bei Adoptionen österreichischer Staatsbürger_innen –, bei dem die objektive Wahrnehmung jener Personen im Zentrum steht, die durch das Verbot der Vorrechte aufgrund der Geburt und des Standes zu schützen sind. Es geht insofern um mehr als die bloße Beseitigung rechtlicher Unterschiede, sondern auch um eine Beseitigung im Auftreten manifestierter, vermeintlich wahrgenommener Vorrechte.

3.3. Ein „Unikum“? Der Tatbestand des § 2 AdelsaufhebungsG

Die Aufhebung des Rechts, bestimmte Adelstitel und Adelsbezeichnungen zu führen, findet Ergänzung in der Bestimmung des § 2 AdelsaufhebungsG, die entsprechendes Zuwider-

48 VfSlg 17.060/2003.

49 Vgl VfSlg 17.060/2003; sowie VwGH 17.2.2010, 2008/17/0114, vgl auch *Kolonovits in Korinek et al*^{PL} §§ 1, 4 AdelsaufhG Rz 8.

50 Vgl dazu *Kutscher/Wildpert*, Personenstandsrecht² § 1 AdelsaufhebungsG Rz 2 mwN.

51 VwG Wien 3.4.2019, VGW-001/010/14933/2018; vgl zB auch VwGH 13.8.2019, Ra 2019/01/0216 Rz 15; VfSlg 20.234/2018 Rz 21; 19.891/2014 Rz 24.

52 VwGH 13.8.2019, Ra 2019/01/0216 Rz 15; vgl auch VwG Wien 3.4.2019, VGW-001/010/14933/2018.

handeln als Verwaltungsübertretung qualifiziert und mit einer Geldstrafe bis zu 20.000 Kronen oder Freiheitsstrafe (Arrest) bis zu sechs Monaten bedroht. Die Einführung dieser Strafen wurde erstmals im zweiten Entwurf der Staatskanzlei vorgesehen;⁵³ nach den Materialien konnte das AdelsaufhebungsG „sich [...] nicht damit begnügen, die erwähnten Einrichtungen aufzuheben, sondern mu[ss]te, um die Maßregel wirksam zu machen und Gepflogenheiten auszuschließen, die zum Geiste der gegenwärtigen Staatsform in Widerspruch stehen, die Führung von aufgehobenen Adelsbezeichnungen, Titeln und Würden unter Verbot und Strafe stellen“⁵⁴. Dass es sich dabei nicht um einen gewöhnlichen Verwaltungsstraftatbestand handelt, zeigte sich bereits anhand der Rsp des VfGH, der § 2 AdelsaufhebungsG als „verwaltungs- und verfassungsrechtliches Unikum“⁵⁵ bezeichnete. Dennoch – oder vielleicht gerade deswegen – waren die genannten Strafandrohungen bis dato mit Unklarheiten behaftet, was uU darauf zurückgeführt werden kann, dass die Rsp keinen Anlass hatte, sich damit eingehender auseinanderzusetzen. Dies änderte sich erst kürzlich in der eingangs erwähnten Rechtssache betreffend *Habsburg-Lothringen* und dessen Führung des Adelszeichens „von“ auf der eigenen Website.⁵⁶ Sowohl das VwG Wien als auch der VfGH hatten sich darin erstmals eingehender mit den Strafandrohungen auseinanderzusetzen und konnten einige – wenn auch nicht alle – Unklarheiten beseitigen. Von der Verwaltungsübertretung des § 2 AdelsaufhebungsG umfasst ist nach § 5 Abs 2 AdelsaufhebungsVA sowohl die Führung von Adelstiteln bzw Adelsbezeichnungen im öffentlichen als auch im gesellschaftlichen Verkehr, „soferne darin eine dauernde oder herausfordernde Mi[ss]achtung der Bestimmungen [des AdelsaufhebungsG] zu erblicken ist“.⁵⁷ Nach *Kolonovits*, der auf *Kelsen* Bezug nimmt, ist hierbei nur von einer Verwaltungsübertretung auszugehen, wenn eine Person „sich selbst adelig bezeichnet oder tituliert“⁵⁸. Das Führen der Bezeichnung „von“ im Rahmen des eigenen (professionellen) Internetauftrittes qualifizierte das VwG Wien sowohl als Führung im rein gesellschaftlichen Verkehr als auch im öffentlichen Verkehr – der Beschwerdeführer hatte wöchentlich Beiträge aktualisiert, wobei es sich nach Ansicht des VwG Wien um Mitteilungen und Äußerungen an die Öffentlichkeit iSd § 5 Abs 2 AdelsaufhebungsVA handelte – und sah auch die dauernde Missachtung des AdelsaufhebungsG ob der augenscheinlichen Dauerhaftigkeit der Website als gegeben.⁵⁹ Ein weiteres zentrales Element in der Rechtsache betreffend *Habsburg-Lothringen* bezog sich auf die vorgesehenen Strafen – also die Geld- und Freiheitsstrafe – sowie deren

53 Vgl *Binder-Kriegelstein*, Adelsrecht 153.

54 ErläutRV 84 BlgKN KN GP 3.

55 VfSlg 17.060/2003.

56 Vgl VwG Wien 3.4.2019, VGW-001/010/14933/2018; VfGH 9.10.2019, E 1851/2019.

57 Vgl zur „Führung von Adelstiteln“ ausführlich *Kolonovits* in *Korinek et al*^{PL} § 2 AdelsaufhG Rz 3 f; *Kutscher/Wildpert*, Personenstandsrecht² § 2 AdelsaufhebungsG Rz 1; sowie mit aA *B. Raschauer*, Namensrecht 123.

58 Vgl *Kolonovits* in *Korinek et al*^{PL} § 2 AdelsaufhG Rz 2.

59 Vgl VwG Wien 3.4.2019, VGW-001/010/14933/2018; mit Stand 31.1.2020 wird die Bezeichnung „von“ auf der gegenständlichen Website weiterhin angeführt.

Verhältnis zueinander. Hinsichtlich der Geldstrafe wurden in der Literatur⁶⁰ unterschiedliche Ansichten vertreten, die die Fragestellung des gegenwärtigen Inhalts der Geldstrafe von 20.000 Kronen gemein hatten. Das VwG Wien und der VfGH konnten diese Unklarheit insofern beseitigen, als sie sich der hM⁶¹ anschlossen: Da die in § 2 Satz 2 AdelsaufhebungsG vorgesehene Geldstrafe von bis zu 20.000 Kronen in Verfassungsrang steht, kann sie nur durch den Verfassungsgesetzgeber an andere, neue Währungen angepasst und ihr nicht durch einfachgesetzliche Bestimmungen, wie bspw dem Bundes-Verwaltungsstrafhöhungsgesetz 1928⁶², derogiert werden. Nachdem eine solche Anpassung durch den Verfassungsgesetzgeber bis dato jedoch nicht erfolgte, lautet § 2 Satz 2 AdelsaufhebungsG weiterhin auf Kronen und ist daher im Hinblick auf die Geldstrafe nicht anwendbar, da diese Währung nicht mehr existiert. Nachdem der Strafsatz daher in Geltung steht, kommt weiters eine Anwendung des subsidiären Strafsatzes des § 10 Abs 2 VStG⁶³ nicht in Betracht; dies wäre nur möglich, wenn keine besondere Strafe festgesetzt wäre. Auch zu § 5 Abs 1 AdelsaufhebungsVA, der sich ua auf die Geldstrafe bezieht, führte der VfGH aus, dass diesem keine selbständige normative Bedeutung zukommt, sondern er bloß die Strafhöhe des § 2 Satz 2 AdelsaufhebungsG wiederholt und insofern ebenso den Inhalt einer Geldstrafe iHv 20.000 Kronen hat.⁶⁴ Eine Verwaltungsübertretung nach § 2 AdelsaufhebungsG kann demnach nicht mit der darin festgesetzten Geldstrafe geahndet werden, da diese nicht anwendbar ist.

Eine weitere Unklarheit betraf die Qualifikation der vorgesehenen Freiheitsstrafe als primäre oder Ersatzfreiheitsstrafe. Das VwG Wien war nämlich in seinem Erkenntnis von einer Ersatzfreiheitsstrafe ausgegangen und hatte – mangels Festsetzung einer Geldstrafe – keine verhängt. Nach Ansicht von *Kolonovits*⁶⁵ deutet der Wortlaut des § 2 Satz 2 AdelsaufhebungsG auf eine primäre Freiheitsstrafe hin, da entsprechende Formulierungen, die im Falle einer Ersatzfreiheitsstrafe typischerweise Verwendung finden, hier nicht herangezogen wurden. Anknüpfend an diese Argumentation bestätigte der VfGH, dass es sich hierbei um eine eigenständig neben der Geldstrafe stehende, primäre Freiheitsstrafe handelt, die daher auch ohne der Verhängung der Geldstrafe zur Anwendung kommen kann.⁶⁶ Einen Punkt, den der VfGH im Hinblick auf die Freiheitsstrafe allerdings offenlies, war das Verhältnis der Dauer der Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten mit Art 3 Abs 2 PersFrBVG⁶⁷. Letztere Bestimmung, die ebenso wie das AdelsaufhebungsG in Verfassungsrang steht, sieht vor, dass Freiheitsstrafen durch eine (nicht unabhängige)

60 Vgl eingehend *Kolonovits* in *Korinek et al*^{P.1} § 2 AdelsaufhG Rz 4 f.

61 Vgl insb *Kolonovits* in *Korinek et al*^{P.1} § 2 AdelsaufhG Rz 5.

62 Bundesgesetz vom 17. Dezember 1927 über die Erhöhung der Geldstrafen im Verwaltungsstrafrecht BGBl 1927/365 idGF BGBl I 1999/191.

63 Verwaltungsstrafgesetz 1991 BGBl 1991/52 idGF BGBl I 2018/58.

64 Vgl VfGH 9.10.2019, E 1851/2019 Rz 11, 13; VwG Wien 3.4.2019, VGW-001/010/14933/2018; vgl auch *Kolonovits* in *Korinek et al*^{P.1} § 2 AdelsaufhG Rz 5.

65 *Kolonovits* in *Korinek et al*^{P.1} § 2 AdelsaufhG Rz 6.

66 Vgl VfGH 9.10.2019, E 1851/2019 Rz 12 iVm 5.

67 Bundesverfassungsgesetz vom 29. November 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit BGBl 1988/684 idGF BGBl I 2008/2.

Verwaltungsbehörde nur für bis zu sechs Wochen verhängt werden dürfen. Wie der Verfassungsdienst in seiner Stellungnahme im Verfahren betreffend *Habsburg-Lothringen* ausführte, ist unklar, ob § 2 AdelsaufhebungsG und Art 3 Abs 2 PersFrBVG zueinander in einem derogatorischen Verhältnis oder nebeneinander stehen, da sich letztere Bestimmung lediglich auf einfachgesetzliche Strafbestimmungen bezöge. Der VfGH sah jedoch keinen Anlass gegeben, auf diese unterschiedlichen Ansichten einzugehen, da aufgrund der Nichtverhängung einer Freiheitsstrafe *Habsburg-Lothringen* in keinem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht verletzt worden sein konnte.⁶⁸

4. Conclusio

Das AdelsaufhebungsG lässt sich nur vor dem Hintergrund seines Entstehungszusammenhangs und dem Übergang von der Monarchie zur republikanischen Staatsform verstehen. Die bereits im Vorfeld der Beschlussfassung hergestellte Verbindung des AdelsaufhebungsG mit rechtlicher Gleichheit⁶⁹ hat in der jüngeren Rsp neue Bedeutung und Erweiterungen erfahren, indem – anknüpfend an Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG – ein „Normprogramm“ sowie die Herstellung demokratischer Gleichheit als Funktion des AdelsaufhebungsG herausgearbeitet wurden.⁷⁰ Wie dargestellt, wurde insb die Beseitigung der objektiven Wahrnehmung vermeintlicher Vorrechte in Form der Führung bestimmter Bezeichnungen oder Namensbestandteile in den Fokus gerückt.

Zudem ist es in Bezug auf die Verwaltungsübertretung sowie deren Ahndung nach § 2 AdelsaufhebungsG, knapp 100 Jahre nach dessen erstmaligem Inkrafttreten, zu einer Lichtung gewisser Unklarheiten gekommen. Während die Geldstrafe zwar weiterhin mit 20.000 Kronen festgeschrieben ist, kann im Hinblick auf den Tatbestand des „Führens“ von Adelstiteln bzw Adelsbezeichnungen von einer Anpassung an aktuelle Gegebenheiten gesprochen werden. Auch bzw gerade im heutigen Zeitalter kann – nach der Entscheidung des VwG Wien⁷¹ – der eigene (professionelle) Auftritt einer Person im Internet als gesellschaftlicher Verkehr iSd AdelsaufhebungsG qualifiziert werden und uU auch unter den öffentlichen Verkehr subsumiert werden; ob dies vor dem VwGH halten wird, bleibt abzuwarten. Weiters abzuwarten bleibt auch, wie sich die Ahndung von Verwaltungsübertretungen nach dem AdelsaufhebungsG in der verwaltungsbehördlichen Praxis niederschlagen wird, da nunmehr klargestellt ist, dass die Möglichkeit der Verhängung einer primären Freiheitsstrafe besteht. Diesbezüglich fraglich bleibt das Verhältnis zwischen AdelsaufhebungsG und PersFrBVG, weshalb eine Klärung durch die Rsp zu begrüßen wäre.

Tobias Fädler studiert Jus und Politikwissenschaft an der Universität Wien und arbeitet dort als Studienassistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht; tobias.faedler@univie.ac.at

68 Vgl VfGH 9.10.2019, E 1851/2019 Rz 5, 12.

69 Vgl *Kelsen*, Staatsrecht 144.

70 Vgl jüngst VfGH 9.10.2019, E 1851/2019 Rz 18.

71 VwG Wien 3.4.2019, VGW-001/010/14933/2018.

Thema: Lager

Vorwort der Gastherausgeber_innen

Paul Hahnenkamp / Petra Sußner / Andreas Wöckinger

1. Das Lager als Provokation

Im Sommer 2019 bezeichnete die amerikanische Kongressabgeordnete *Alexandria Ocasio-Cortez* die sog. *Detention Center* an der US-mexikanischen Grenze, in denen Geflüchtete wochen- oder monatelang unter teils katastrophalen Lebensbedingungen ausharren müssen, als „Concentration Camps“. Die Zurückweisungen ihrer Kategorisierung ließen nicht lange auf sich warten. Parteienübergreifend kritisierten Politiker_innen die Enthistorisierung des Lager-Begriffs und damit die Entwürdigung der Opfer der Shoa.¹

Die Provokation liegt auf der Hand: Inwieweit ist der Vergleich zwischen den Konzentrationslagern während des Nationalsozialismus‘ (KZ) und heutigen Flüchtlingslagern zulässig? Bis heute ist der Ausdruck „Konzentrationslager“ klar mit der NS-Herrschaft codiert.² Erstmals kam er jedoch bereits in den Kolonialkriegen der europäischen Imperien um 1900 auf: Spanische, britische und deutsche Generäle praktizierten in aufständischen Kolonien die Strategie der Bevölkerungskonzentration in provisorisch errichteten Lagern, um so den Schutz, den Siedlungen für Aufständische boten, zu beseitigen und einen Guerillakrieg gegen ihre Truppen unmöglich zu machen.³

Vieles spricht dafür, dass das Lager als multifunktionaler Ort von Kontrolle, Normierung und Exklusion mit dem Beginn der Moderne eine Konjunktur erfährt. *Christoph Jahr* und *Jens Thiel* argumentieren in diesem Schwerpunkt, dass der Erste Weltkrieg jene Zäsur darstellt, in der das Phänomen *Lager* die aufgezählten Funktionsweisen aufweist. Der kürzlich verstorbene Soziologe *Zygmunt Bauman* bezeichnete das 20. Jahrhundert sogar als „Jahrhundert der Lager“. ⁴ Sein Wording zeigt die Kontinuität der Herrschaftsform *Lager*

1 *Kelly*, Ocasio-Cortez on calling detention centers „concentration camps“: We have to „learn from our history“, CNN 27.6.2019, <https://edition.cnn.com/2019/06/27/politics/alexandria-ocasio-cortez-concentration-camps-the-lead-cnntv/index.html> (7.1.2020).

2 *Pieper*, Das Lager als variables Instrument der Migrationskontrolle – Funktionsüberlegungen aus Perspektive einer kritischen Staatstheorie, in *Hess/Kasperek*, Grenzregime, Diskurse, Praktiken, Institutionen in Europa (2010) 219.

3 S den Beitrag zur Institution *Lager* von *Jahr* und *Thiel* in diesem Heft.

4 *Baumann*, Das Jahrhundert der Lager? in *Dabag/Platt*, Genozid und Moderne – Band 1 – Strukturen kollektiver Gewalt im 20. Jahrhundert (1998) 81 (96-99).

bis in unsere Gegenwart auf. Auch nach dem Sieg über die totalitären Systeme seien moderne Gesellschaften nicht vor ihren eigenen totalitären Praktiken gefeit. *Baumans* umstrittene⁵ These reiht sich damit in eine Kritik an der aufgeklärten Moderne ein.

2. Das Lager als Ort des Rechts, der Willkür, des Ausnahmezustands?

Auch für uns Gastherausgeber_innen hat sich die Frage gestellt: Ist ein Themenschwerpunkt zulässig, in dem sowohl historische als auch gegenwärtige Lagerformen behandelt werden? Jede Abstraktion bringt historische Unschärfe mit sich. Trotzdem sehen wir aus rechtlicher Perspektive eine Beschäftigung im breiteren Kontext als erstrebenswert an und das aus zwei wesentlichen Gründen. Voranstellen möchten wir unseren Überlegungen, dass Österreich historische Verantwortung für die Konzentrationslager und den Terror des NS-Regimes trägt, die es niemals zu vergessen gilt.

Bei der Auseinandersetzung mit dem Phänomen Lager geht es uns einerseits darum, die Institution im rechtlichen Theorierahmen zu erfassen. So ist etwa das Diktum des Lagers als rechtloser Ort sowohl historisch als auch aktuell durch die Existenz penibler Lagerordnungen herausgefordert. Der italienische Philosoph *Giorgio Agamben* entwickelte seine Theorie des Rechtsstaats sogar ausgehend vom Phänomen des Lagers, das den Kulminationspunkt des herrschaftsstützenden Zusammenspiels zwischen Ordnung und Chaos darstelle. *Anne-Marlen Engler* analysiert in diesem Schwerpunkt nicht nur *Agambens* Rechtsstaatstheorie, sondern kritisiert seine starren Konzepte von Ausnahmezustand und geltendem Recht sowie die negativen Konsequenzen seiner Theorie für die Handlungsfähigkeit der_des Einzelnen.

Andererseits soll die vergleichende Betrachtung die Rolle des Rechts bei der Disziplinierung, Kontrolle und Exklusion von Individuen im Lageralltag beleuchten. *Veronika Springmann* untersucht körperliche Züchtigungsübungen in den frühen NS-Konzentrationslagern; von den Machthabern euphemistisch als „Sport“ bezeichnet. Neben der propagandistischen Verwertung ordnet sie den *Lagersport* als Normierungsmaßnahme außerhalb der festgelegten Lagerordnung, als Praxis von idealer Männlichkeit, aber auch als möglichen Raum der Selbstbehauptung ein. *Jenny Fleischer* unterzieht die sog *Hotspots* auf den griechischen Inseln einer menschenrechtlichen Prüfung. Geflüchtete sind hier auf EU-Territorium mit massiven Einschränkungen in ihren Rechten konfrontiert, allen voran durch die katastrophale Versorgungslage. *Susanna Paulweber* setzt sich schließlich mit dem niederösterreichischen Grundversorgungssystem auseinander. Sie zeigt nicht nur verfassungsrechtliche Schwierigkeiten auf, sondern macht zudem ersichtlich, wie strukturelle Abhängigkeit von Lagern funktioniert und ein Lagerverweis zur existenziellen Bedrohung werden kann.

5 Vgl kritisch dazu *Später*, Jahrhundert der Lager? Über Stärken und Schwächen eines Begriffs, Zeitschrift Informationszentrum 3. Welt iz3w 239 (1999) 21.

3. Das Lager als Kritik

Die Geflüchtetenlager an der europäischen Peripherie kennen kaum integrative Funktionen. Im Gegensatz zu anderen (historischen) Formen des Lagers liegt ihr Ziel nicht darin, Internierte zu „neuen Europäer_innen“ zu erziehen, nicht einmal zu „günstigen Arbeitskräften“ oder „verlässlichen Konsument_innen“. Kurze Rechtsmittelfristen treffen auf lange Verfahrensdauern und in ihrer Würde verletzte Geflüchtete. Umso wichtiger erscheint es uns, die Zustände in den gegenwärtigen Lagern in dieser Deutlichkeit zu benennen. Staatstragende Bezeichnungen wie „Hotspots“, „Ankerzentren“, „Transitzonen“ oder „Anlandeplattformen“ versuchen zwar die Assoziation zur Institution Lager zu vermeiden,⁶ die (wenn auch im Einzelnen divergierenden) Zustände an diesen Orten sind aber ein Eingeständnis, dass hier moderne Herrschafts- und Exklusionstechnik zum Einsatz kommt.

Die Kritik darf jedoch nicht nur bei der Benennung enden, wie auch die Beiträge dieses Schwerpunkts zeigen. *Jenny Fleischer* beschreibt in ihrem Artikel das zivilgesellschaftliche Beratungsprojekt der *Refugee Law Clinic* auf Samos. Auch *Anne-Marlen Engler* weist auf die Möglichkeiten der Befreiung aus der prekären Rechtslage der Geflüchteten hin. Erst im Herbst 2019 demonstrierten 400 Geflüchtete in der Hafenstadt Mytilini auf der griechischen Insel Lesbos gegen die Zustände in ihrem Unterbringungslager.⁷ Sie widersetzten sich auch der Desorganisation, die ihnen den Zugang zum Recht verstellt. Hier ist unsere Aufmerksamkeit gefordert.

Mag. iur. Paul Hahnenkamp studierte Rechtswissenschaften und Geschichte in Wien und Leuven. Er ist Assistent am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte der Universität Wien und Mitglied der juridikum Redaktion; paul.hahnenkamp@univie.ac.at

Dr.ⁱⁿ iur. Petra Sußner ist Post Doc Wissenschaftlerin an der Humboldt Universität zu Berlin, Mitglied der DFG Forschungsgruppe Recht-Geschlecht-Kollektivität und der juridikum Redaktion; petra.sussner@rewi.hu-berlin.de

MMag. Andreas Wöckinger studierte Rechtswissenschaften und Geschichte in Wien und Paris. Er arbeitet als Jurist im Referat für Sozialpolitik der Österreichischen HochschülerInnenschaft und ist Mitglied der juridikum Redaktion; a.woeckinger@gmx.at

⁶ *Karnitschnig*, Whatever you do, don't call it a camp, Politico 7.5.2018, www.politico.eu/article/germany-migration-policy-what-terms-to-use. politico.eu/article/germany-migration-policy-what-terms-to-use (7.1.2020).

⁷ *ORF*, 400 Geflüchtete proteststien auf Lesbos, <https://orf.at/stories/3139356> (15.1.2020).

„Das Lager“

Überlegungen zur Geschichte einer Institution zwischen Herrschaft, Recht und Gewalt

Christoph Jahr / Jens Thiel

1. Einleitung

In seiner 1955 erschienenen ersten Nachkriegsauflage räsonierte das Brockhaus-Lexikon über die Bedeutung des Rechts für die Lager im Zeitalter totalitärer Diktaturen. In den Lagern unterschiedlicher Regime und Epochen seien zwar die „Behandlungsweise und Lebensbedingungen [...] verschieden“, jedoch „die Beschränkung der Freiheit ohne *Rechtsgarantie* [...] grundsätzlich überall die gleiche“. ¹ Zugleich würden im sowjetisch beherrschten Osteuropa „Zwangsarbeitslager‘ auf *gesetzl[icher]* Grundlage eingerichtet“. ² *Das Lager* erscheint also gleichermaßen als ein gesetzlich *normierter* Ort und als *rechtsfreier* Raum. Der italienische Philosoph *Giorgio Agamben* hat das Lager zum *nómos* der Moderne erklärt und als Raum gewordenen Ausnahmezustand beschrieben, der den Menschen auf seine physische Existenz reduziert. ³ In dieser wirkmächtigen (wenn auch nicht unumstrittenen) Deutung des Phänomens *Lager* steckt begrifflich ein Entwicklungsaspekt, denn das altgriechische Nomen *νόμος* bezeichnet zunächst das Gebräuchliche, die Sitte, das Gewohnte, und erst danach die (schriftlich) fixierte Rechtsnorm.

Schon diese ersten Annäherungen an das Thema *Lager und Recht* weisen auf die Bedeutung der historischen Perspektive hin, denn die Polarität zwischen *Rechtsförmigkeit* und *Rechtlosigkeit* scheint tief in die Geschichte des Lagers eingeschrieben zu sein. Diesen Tiefenschichten wollen wir nachgehen – als juristisch interessierte Historiker, nicht als Rechtshistoriker. Das ist insofern nicht einfach, als die umfangreiche geschichtswissenschaftliche Literatur zur Geschichte des Lagers zwar wiederholt rechtliche Aspekte behandelt, diese jedoch noch nicht systematisch diachron erforscht hat. Aufbauend auf älteren Publikationen, die weitergehende Differenzierungen, Vertiefungen und Belege bieten, versuchen wir im Folgenden, einige rechtliche Aspekte skizzenhaft zu entfalten. ⁴

1 Der Große Brockhaus¹⁶, Band 6 (1955), 549, Hervorhebung von den Autoren.

2 Der Große Brockhaus¹⁶ (1955), 549, Hervorhebung von den Autoren.

3 Vgl dazu in diesem Heft *Engler*, Flüchtlingslager von der Ausnahme her denken? Rechtstheoretische Überlegungen. *juridikum* 2020, 89.

4 Vgl *Jahr/Thiel*, Prolegomena zu einer Geschichte der Lager. Eine Einführung, in *Jahr/Thiel* (Hrsg), Lager vor Auschwitz. Gewalt und Integration im 20. Jahrhundert (Berlin 2013) 7–19; *Jahr/Thiel*, Der lange Weg zum Lager. Ursprünge, Kontinuitäten und Brüche von der Antike bis heute, in *Die Landesbeauftragte für Mecklenburg-Vorpommern für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der DDR* (Hrsg), Eingesperrt und ausgeschlossen. Der Gulag und das

2. Lager in der Vormoderne

Die Regel- und – im übertragenen Sinn – Gesetzmäßigkeit des Lagers zeigt sich bereits in seiner Entstehungszeit in der Antike. Die römischen Militärlager dienten der Sicherung der langen Grenzen des Römischen Reichs sowie der Romanisierung unterworfenen Völker. Dass aus vielen dieser *castra* bis heute existierende Städte erwachsen – beispielsweise Wien aus *Vindobona* –, macht sie zu einem prägenden Element der europäischen Herrschafts- und Kulturgeschichte.

Letzteres geschah vor allem deshalb, weil die antiken Militärlager seit dem 16. Jahrhundert in Theorie und Praxis wiederentdeckt wurden. Neben eigenen praktischen Erfahrungen dienten die standardisierten Lager im antiken Rom als historische Bezugspunkte nicht nur für die Planungen der *idealen Städte*, sondern auch für die *Lagerkunst* der Heere des 17. und 18. Jahrhunderts, dh das Wissen, wie ein Lager effizient zu errichten sei.

Das frühneuzeitliche Militärlager war zuerst ein Ort der Kontrolle und Disziplinierung der dem Kriegsrecht unterstehenden Soldaten. *Friedrich Schillers* im Dreißigjährigen Krieg angesiedelte *Wallenstein-Trilogie*, insbesondere *Wallensteins Lager*, porträtiert es dagegen als Sinnbild der Sittenlosigkeit und des Exzesses. Die *Lustlager* des Barock, etwa das *Große Campement bei Mühlberg 1730*, eine gigantische Truppenschau des Sachsenkönigs *August des Starken*, waren primär Orte der Repräsentation und ausschweifender Festivitäten.

Diese repräsentative Funktion des Lagers ist später weitgehend verloren gegangen – anders als andere, schon früh hervortretende Merkmale: seine Vielgestaltigkeit und die Verbindung verschiedener, bisweilen gegensätzlicher, trotzdem aber miteinander verschränkter Funktionen. Besonders die Verknüpfung von Inklusion und Exklusion von Menschen bzw Menschengruppen sollte für die weitere Geschichte eine zentrale Rolle spielen, ebenso wie die sehr viel älteren Aspekte der Ausgrenzung, der sozialen Kontrolle und Disziplinierung.

Hier wären zunächst die jüdischen *Ghettos* seit dem Spätmittelalter zu nennen. Ausgehend vom begriffsprägenden Vorbild in Venedig mussten die Juden in vielen europäischen Städten in einem streng separierten, mit Mauern und verschlossenen Toren abgetrennten Wohnviertel mit autonomer Binnenverwaltung wohnen.

Auch die *Katorga* – eine mit Zwangsarbeit und Verbannung verbundene Freiheitsstrafe in Russland – ist hier bedeutsam, da sie zur Vorgeschichte des sowjetischen GULag zählt.⁵ Ihre Anfänge reichen in die Mitte des 17. Jahrhunderts zurück. Zar *Peter I.* nutzte sie

„Jahrhundert der Lager“ (Schwerin 2014) 17–27; *Jahr/Thiel*, Begriff und Geschichte des Lagers, Bundeszentrale für politische Bildung 8.5.2017, www.bpb.de/gesellschaft/migration/kurzdoessiers/246175/begriff-und-geschichte-des-lagers?p=all (5.1.2020); vgl. *Segesser*, Lager und Recht – Recht im Lager. Die Internierung von Kriegsgefangenen und Zivilisten in rechtshistorischer Perspektive von der Aufklärung bis zur Gegenwart, in *Jahr/Thiel* (Hrsg), Lager vor Auschwitz (2013) 38–53.

5 GULag/Gulag steht für *Glawnoje uprawlenije isprwitelno-trudowych lagerej i kolonij* (Hauptverwaltung der Besserungsarbeitslager und -kolonien). Als Überblick: *Applebaum*, Der Gulag (München 2003).

primär zur Rekrutierung von Zwangsarbeiterinnen und Zwangsarbeitern. In der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts wurden Sibirien, später auch die Insel Sachalin, Ziel der Deportationen. Bis zum Ende des Zarenreichs mussten die Sträflinge – seit den 1830er Jahren zunehmend auch politisch Verfolgte – in Gefangenen- und Straflagern bzw in entsprechenden Kolonien schwerste Zwangsarbeit leisten. Eine Rückkehr in ihre Heimat war selbst nach Verbüßung ihrer Strafen nicht vorgesehen. Stattdessen sollten sie in der Nähe der Lager angesiedelt werden. Zwangsarbeit und Lager sollten nicht zuletzt der Kolonisierung, der wirtschaftlichen Erschließung unwirtlicher Gebiete und der Russifizierung neu erschlossener Landesteile dienen. Erziehungs- oder Resozialisierungsgedanken spielten dagegen praktisch keine Rolle, anders als später im Gulag.

Anbahnungen der modernen Lagertypen sind auch die frühneuzeitlichen Zucht- und Arbeitshäuser. Die Arbeitserziehung und vergleichbare *Zivilisierungsmissionen*, die Identifizierung ganzer Bevölkerungsgruppen als *innerer Feind*, die Techniken der Kontrolle und nicht zuletzt die Architektur der Verwahrungsorte spiegeln Kerngedanken der Aufklärung wider. Deren Ziel, Menschen und ihr Verhalten zu normieren, sie *nützlicher* und effizienter zu machen, ist tief in die europäische Moderne eingeschrieben, insbesondere die Verbindung von unfreier oder erzwungener Arbeit mit geschlossener Unterbringung. Auch in dieser Hinsicht erweisen sich die Jahre um 1800 als *Sattelzeit* zwischen Frühneuzeit und Moderne.⁶ Insofern ist die Entstehung des *modernen Lagers* um 1900 keineswegs eine *Abirrung* vom Pfad der Moderne oder ein *Rückfall in die Barbarei*, sondern *eine* Erscheinungsform der modernen Welt.

3. Lager und Moderne

Wesentlich geprägt wurde diese moderne Welt durch die Entstehung der Nationalstaaten, die auch zugleich Bedingung *und* Ergebnis zahlreicher Verrechtlichungsprozesse waren.⁷ Ein zentraler Gedanke, der später nicht zuletzt mittels des Lagers in großem Stil umgesetzt wurde, war die kollektive Definition und Internierung vermeintlich gefährlicher Individuen, wobei das Kriterium der Staatsbürgerschaft eine zentrale Rolle spielte. Diese Entwicklung war eng mit der Entstehungsphase des modernen westlichen Nationalstaats in Frankreich und den USA verknüpft. Am 16. Oktober 1793 erging im revolutionären Frankreich ein Gesetz, demzufolge „die Ausländer [aus mit der Republik im Krieg stehenden Territorien] in Schutzhäusern in Haft genommen“ werden sollten. Es sollte keine Freiheit für die potentiellen Feinde der Freiheit geben. Dem französischen Vorbild folgten 1798 die USA durch den *Alien Enemy Act*, der im Kriegsfall vorsah, dass

6 Koselleck, Einleitung, in Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Band 1 (Stuttgart 1979) XV.

7 Für das Heilige Römische Reich und den Deutschen Bund: *Willoweit*, *Die Wurzeln des modernen Staates. Deutsche Verfassungsgeschichte vor 1848 – Fünfzehn Merksätze*, Bundeszentrale für politische Bildung 1.9.2008, www.bpb.de/geschichte/deutsche-geschichte/grundgesetz-und-parlamentarischer-rat/39181/verfassungsgeschichte-vor-1848?p=all (5.1.2020).

alle über 14 Jahre alten Angehörigen feindlicher Staaten überwacht, verhaftet oder von ihren Wohnorten deportiert werden konnten. Dieses Gesetz wurde zwar kaum angewandt und Internierungslager im heutigen Sinn gab es auch nicht, trotzdem scheint hier erstmals eine – im negativen Sinn – zukunftsweisende Neuerung auf. Nicht für das, was sie (vermeintlich) getan hatten, wurden Menschen inkarziert, was dem Prinzip des Verschuldens im Strafrecht entsprach, sondern für das, was sie – angeblich – waren bzw für das, was in ihnen gesehen wurde. Dieser Logik folgend wurden im 20. Jahrhundert Millionen Menschen gegen ihren Willen in Lager eingesperrt, ohne dass man ihnen konkrete Vergehen oder Rechtsbrüche auch nur nachzuweisen versuchte. Auf diese Weise handelten keineswegs nur autoritäre Regime und Diktaturen, sondern auch westliche Demokratien und Rechtsstaaten. Daraus folgt keine Gleichsetzung von Demokratien und Diktaturen, aber doch die zwingende Erkenntnis, dass Demokratie und Lager nicht nur keine Gegensätze sind, sondern vielmehr aufs Engste zusammengehören.

In diese Richtung weist auch die Tatsache, dass seit der Französischen Revolution eine Politisierung der Militärlager feststellbar ist. Im Zeichen der allgemeinen Wehrpflicht sollte der Kriegsdienst zugleich eine staatsbürgerliche Erziehung sein. Das Militär als *Schule der Nation* verwirklichte sich daher *auch* in den militärischen *Exerzier- bzw Übungslagern*. 1887 erklärte *Heinrich von Loebell* in seiner *Allgemeinen Encyclopädie der Wissenschaften und Künste* diese Art des Lagers ausdrücklich zur „Vorschule für den Krieg“, in der die „Truppen den Einflüssen der politischen und socialen Parteien“ entzogen seien. Das *Lager* sollte zu einem Ort der Erziehung werden, der von der übrigen Gesellschaft abgetrennt war und in dem deren Rechtsnormen nicht oder nur in begrenztem Umfang galten. Dieser Lagertyp wurde in Friedenszeiten betrieben und stellte gewissermaßen eine mobile Variante der Kaserne dar, was bereits eine Neuerung ersten Ranges war. Das Lager rückte dadurch von einer Institution des rechtlichen wie politischen und sozialen Ausnahmezustands Krieg in den *Normalzustand* Frieden. In dieser Zeit wurden im Übrigen auch erstmals Baracken anstelle der bis dahin üblichen Zelte verwendet. Dieses bauliche Element prägt unsere Vorstellung vom Lager bis heute. Die alte Gleichung: Einquartierung oder Kaserne für den Frieden, das Lager für den Krieg, ging immer weniger auf.

Trotzdem blieb die weitere Entwicklung des Lagers eng mit der Gewaltgeschichte verknüpft. Bereits im US-Bürgerkrieg (1861–1865) waren große Kriegsgefangenenlager entstanden. Sie waren oft Orte systematischer Vernachlässigung, Misshandlung und massenhaften Sterbens. Insofern nahmen sie Entwicklungen der totalen Kriege des 20. Jahrhunderts vorweg, ebenso wie die Barackenlager im Deutsch-Französischen Krieg 1870/71. Das Lager wurde nun *auch* zu einem Ort der Wegschließung großer Menschenmassen und damit zu einem Element der Steuerung von Zwangsmigration, zu der im weitesten Sinn auch die Kriegsgefangenschaft zählt.

Bedeutsam ist freilich ebenso, dass sich im Lager nicht mehr nur Militär-, sondern *auch* oder gar *ausschließlich* Zivilpersonen aufhielten, die nicht zum Tross des Militärs gehör-

ten, sondern solche, die man als *Lagerinsassen* bezeichnen kann. Erneut rückt hier Nordamerika in den Fokus, denn ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts kam es sowohl im Bürgerkrieg, als auch in den Grenz- und in den *klassischen Indianerkriegen* (1860–1890) zur Errichtung verschiedener Internierungsorte, deren Funktion und Struktur auf die Lager des 20. Jahrhunderts verwiesen. Sie entstanden häufig in den Forts der Süd- und Nordstaaten-Armeen, in denen das Vorbild der alten Militärlager noch deutlich erkennbar war. Auch die Demarkationslinie, die das oft autark organisierte Innen vom Außen trennte, gewann immer mehr Bedeutung. Mauern, Palisaden, Zäune, Tore, Seile oder Gräben kamen zum Einsatz, seit 1867 (bzw in der heutigen Form 1873) auch der Stacheldraht. Notfalls genügte eine symbolische, in den Boden geritzte Linie – die *dead-line*, die die Grenze zwischen Leben und Tod markierte. Wer sie übertrat, wurde erschossen.

Darüber hinaus zeigte sich auch erstmals das Phänomen der Weiter- und Mehrfachnutzung von Lagern für unterschiedliche Zwecke, die zur Konstante der modernen Lagergeschichte wurde. Manche der Gefangenenlager des Bürgerkriegs wurden nach dessen Ende in Internierungslager für *Indianer* umgewandelt. Die als *Schutzgebiete* deklarierten großen Reservate in den USA und in Kanada, in die die Angehörigen der *first American Nation* zwangsumgesiedelt wurden, waren zwar keine Lager im engeren Sinn, wiesen mit diesen aber strukturelle und funktionale Ähnlichkeiten auf. In ihnen mussten gewaltlos von der Mehrheitsgesellschaft getrennte, größere Bevölkerungsgruppen unfreiwillig, kontrolliert und rechtlich diskriminiert in einem ihnen zugewiesenen Raum leben.

4. Lager und Kolonialismus

Das Lager in der uns heute vertrauten Art – dh mit einem im weitesten Sinn politisch-gesellschaftlichen Zweck – ist jedoch, dieser langen und vielgestaltigen Vorgeschichte ungeachtet, eine Erfindung der Hochmoderne; erst um 1900 fließen die verschiedenen Entwicklungsströme zusammen. Zumindest begrifflich markiert das Jahr 1896 eine Zäsur, denn die *campos de reconcentración*, mit deren Hilfe Spanien einen Aufstand auf Kuba unterdrückte, wurden von den Zeitgenossinnen und Zeitgenossen als eine neue, negative Maßstäbe setzende Maßnahme wahrgenommen. Ähnliches galt für die kurz darauf von den USA auf den Philippinen errichteten Lager und vor allem für die britischen *concentration camps* während des Burenkriegs in Südafrika.

Damit ist die Rolle des europäischen Kolonialismus angesprochen; einen eigenständigen außereuropäischen Entwicklungsstrang scheint es in dieser Hinsicht nicht gegeben zu haben. Die Lager dienten den europäischen Kolonialmächten und den USA zur gewaltvollen ethnischen Ausgrenzung, Sozialdisziplinierung sowie der wirtschaftlichen Ausnutzung innerhalb willkürlich gezogener Grenzen. Welche transnationalen Lernprozesse es zwischen den Kolonialmächten gab, ist noch unklar. Wichtig ist jedenfalls der Funktionswandel der Lager, die nicht mehr primär der Abschottung von indigenen Bevölke-

rungsgruppen, sondern der Sicherheit vor Aufständischen dienten. Ob schon diese Lager eine inhärente genozidale Dimension hatten, gar Kontinuitätslinien zu den NS-Vernichtungslagern bestehen, wird insbesondere anhand der deutschen Lager während des 1904 beginnenden Kriegs gegen die Herero und Nama in Südwestafrika kontrovers diskutiert.⁸ Der in den Kolonialkriegen entstandene und schnell in allen modernen Sprachen heimisch werdende Begriff *Konzentrationslager* wurde jedenfalls zu einem Fachausdruck für Orte zur zeitweiligen Unterbringung großer Menschenmassen und zugleich zum Synonym für Unmenschlichkeit. Man beklagte, dass selbst „Greise, Frauen und Kinder“⁹ interniert wurden und aufgrund schlechter Ernährungs- und Hygienezustände in großer Zahl zu Tode kamen. Der kolonialrassistisch gefärbte Blick war in Europa aber so dominant, dass selbst die humanitären Kampagnen gegen diese Lager den nichteuropäischen Bevölkerungsgruppen in der Kapkolonie kaum Beachtung schenkten, obwohl sie ebenso massenweise unter menschenunwürdigen Umständen interniert wurden und starben. Erst in jüngster Zeit wird auch dieser schreckliche Aspekt aufgearbeitet.

5. Zäsur Erster Weltkrieg

Seit dem Ersten Weltkrieg fand die kollektive Integration, Aussonderung und Wegschließung großer Personengruppen hauptsächlich in Lagern statt. Ältere Institutionen wie Ghetto, Kaserne oder Arbeitshaus verschwanden freilich nicht völlig. Diese Zäsur wird auch in den Formen, Strukturen und in der Architektur deutlich. Mit seinem symmetrischen Aufbau, den Baracken, dem Tor und den Wachtürmen sowie der stacheldrahtbewehrten Außengrenze fand *das Lager* seine emblematische Gestalt. Seine standardisierte und modularisierte Form, durch die es schnell errichtet und veränderten Nutzungsanforderungen angepasst werden konnte, machte es zu einem erschreckend effizienten Herrschaftsinstrument, zu einem ambivalenten „Ort der Moderne“¹⁰, in dem Utopien, meist inhumane, hemmungslos ausgelebt werden konnten.

Zugleich entstanden während des Ersten Weltkriegs ganze *Lagersysteme*, zwischen denen die Insassen oftmals hin und her transferiert wurden. Neben das *klassische* Kriegsgefangenenlager traten zum einen solche für die im eigenen Land lebenden Ausländer aus sogenannten *Feindstaaten*, zum anderen Arbeitslager, insbesondere für die von den Deutschen aus dem besetzten Ost- und Westeuropa deportierten Zwangsarbeiterinnen und Zwangsarbeiter. Großbritannien und Frankreich errichteten an der Westfront Lager für die aus den Kolonien und China rekrutierten Zivilarbeitskräfte. Die sich seit den europäischen Kolonialkriegen

8 Vgl. Zimmerer, Lager und Genozid. Die Konzentrationslager in Südwestafrika zwischen Windhuk und Auschwitz, in *Jahr/Thiel* (Hrsg.), Lager vor Auschwitz (2013) 54–67; Kretienbaum, „Wir sind keine Sklavenhalter“. Zur Rolle der Zwangsarbeit in den Konzentrationslagern in Deutsch-Südwestafrika, in *Jahr/Thiel* (Hrsg.), Lager vor Auschwitz (2013) 68–83.

9 Vgl. Meißner/Rades, „Christliche Welt“ und Armenien. Bausteine für eine internationale Ethik des Protestantismus (Berlin 2010) 161.

10 Knoch, Konzentrationslager, in *Geisthövel/Knoch* (Hrsg.), Orte der Moderne, Erfahrungswelten des 19. und 20. Jahrhunderts (Frankfurt a M 2005) 290–299.

des frühen 20. Jahrhunderts abzeichnende genozidale Dimension zeigte sich im Ersten Weltkrieg an den Lagern, die im Osmanischen Reich im Zuge des „Umsiedlung“ genannten Völkermordes an der armenischen Bevölkerung 1915/16 errichtet wurden.¹¹

Aber auch Kriegsflüchtlinge, Wehrpflichtige und Soldaten, die sich dem Töten und Getötetwerden entziehen wollten, füllten die Lager, vor allem in den neutralen Staaten. Die Verknüpfung von Krieg und Migration führte ebenfalls zur Errichtung bzw. Weiternutzung zahlreicher Lager. Das betraf insbesondere jene, die durch die Grenzverschiebungen nach Kriegsende (zB zwischen Deutschland und Frankreich bzw. Polen) sowie durch die Neuentstehung von Staaten auf den ehemaligen Territorien der Habsburgermonarchie und des Zarenreichs ihre Heimat verlassen wollten oder mussten. Auch viele der knapp zwei Millionen Menschen, die nach den Zwangsumsiedlungen in Folge des griechisch-türkischen Krieges 1919/22 aus ihren bisherigen Siedlungsgebieten vertrieben wurden, kamen zunächst in Durchgangs- und Aufnahmelagern unter.

Nach dem Ersten Weltkrieg entwickelte sich ein weiterer Lagertyp, der sich teilweise schon vor 1914 angebahnt hatte. Die Lager für Wandervögel, Pfadfinderinnen und Pfadfinder oder politische Jugendorganisationen hatten insofern einen utopischen Charakter, als in ihnen ein – wie auch immer definierter – *neuer Mensch* herangezogen werden sollte. Dem damit verbundenen, oft expliziten Erziehungs- und Disziplinierungsaspekt entsprach ein Lagerleben, dessen Rituale, Regeln, Hierarchien und Binnenstrukturen erkennbar dem militärischen Vorbild ähnelten. Die *Lagerordnungen* sanktionierten Verstöße und Übertretungen des Lagerreglements. Dass die damit einhergehende Strenge und die militärischen Anmutungen dieser auf Freiwilligkeit und juvenaler Abenteuerlust beruhenden Lagerform von den Lagerbewohnern – Jungen wie Mädchen – nicht nur billigend in Kauf genommen wurden, sondern zur *Attraktivität* solcher Lager beitrugen, zählt zu den Ambivalenzen, ja Paradoxien dieses Themas.

Ausbuchstabiert wurde die Doppelfunktion des Lagers in der frühen Sowjetunion. Dort sollten die Lager sowohl der Disziplinierung als auch der Integration dienen, wobei Arbeit und Zwangsarbeit von Anfang an eine zentrale Rolle spielten. Sehr schnell wurde jedoch die brutale Ausbeutung der Arbeitskraft der Gefangenen zum Hauptzweck des Gulag-Systems. Nach 1945 wirkte es als Vorbild für Osteuropa, aber auch für China, Nordkorea oder Kambodscha.¹² Die Janusköpfigkeit aus Inklusion und Exklusion bis hin zur physischen Vernichtung wird in der neueren Forschung auch für viele NS-Lager betont. Sie findet sich ähnlich, wenngleich meist ohne eine genozidale Dimension, in Mussolinis Italien, in Francos Spanien und im Austrofaschismus.¹³

11 Vgl *Dabag*, Der Genozid an den Armeniern, Bundeszentrale für politische Bildung, 22.8.2014, <http://www.bpb.de/internationales/europa/tuerkei/184983/genozid-an-den-armeniern> (5.1.2020).

12 Enzyklopädisch hierzu: *Kotek/Rigoulot*, Das Jahrhundert der Lager. Gefangenschaft, Zwangsarbeit, Vernichtung (Berlin/München 2001); vgl auch *Stone*, Concentration Camps. A Short History (Oxford 2017).

13 Vgl *Ebs*, *Neue Österreicher*. Die austrofaschistischen Hochschullager der Jahre 1936 und 1937, in *Jahr/Thiel* (Hrsg), Lager vor Auschwitz (2013) 250–267; *Patel*, *Volksgenossen und Gemeinschaftsfremde*. Über den Doppelcharakter, in *Jahr/Thiel* (Hrsg), Lager vor Auschwitz (2013) 311–334; *Rodrigo*, Der Faschismus und die Lager in Spanien und Italien, in *Greiner/Kramer* (Hrsg), Die Welt der Lager. Zur „Erfolgsgeschichte“ einer Institution (Hamburg 2013) 224–244.

6. Zivilisationsbruch Auschwitz

Für die radikalsten Erscheinungsformen *des Lagers* stehen das voll entwickelte GULag-System und, noch mehr, die NS-Vernichtungslager.¹⁴ Die systematische Ermordung von Millionen Menschen durch Arbeit oder in den Gaskammern der NS-KZs ist auch in der Geschichte der Lager, selbst derer der Diktaturen des 20. Jahrhunderts, ohne Beispiel. Die Vernichtungslager Auschwitz-Birkenau, Belzec, Chelmo, Majdanek, Sobibór und Treblinka stellen auch insofern das Extrem dar, weil sie, entgegen dem Trend zur Ausdifferenzierung verschiedener Funktionen des Lagers, nur *einem* Zweck dienten: dem umstandslosen Mord an allen dorthin verbrachten Menschen. Doch selbst diesem Akt, der jeglichem Begriff von Recht nicht nur Hohn spricht, sondern ihn gegenstandslos macht, ging noch ein formaler Rechtsakt voraus. Die Tötung eines deutschen Staatsangehörigen ohne ein wenigstens dem Schein nach juristisches Urteil blieb auch im Fall der jüdischen Deutschen, diskriminiert wie sie waren, im NS-Staat eine Straftat. Aufgrund der 11. VO zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941 verloren sie, sobald sie auf dem Weg in die Vernichtungslager die Grenze des Deutschen Reichs überschritten, ihre deutsche Staatsangehörigkeit. Dadurch wurden sie nicht nur staaten-, sondern auch vollends rechtlos. Zudem fiel ihr gesamtes Vermögen an das Deutsche Reich. Zur gezielten Mordaktion kam die staatlich organisierte Ausplünderung der Getöteten. *Auschwitz* ist nicht zuletzt wegen solcher Perversionen des Rechts *das* Synonym für den Zivilisationsbruch schlechthin und hat, wie Jürgen Habermas feststellte, unserem ganzen Zeitalter seine Signatur aufgedrückt.¹⁵ Auch für die Geschichte der Lager gibt es ein Vor- und ein Nach-Auschwitz.

7. Lager nach Auschwitz

Nach 1945 gab es auf der ganzen Welt weiterhin Lager für unterschiedliche Zwecke. Die in Folge des Zweiten Weltkriegs und des Holocaust entstandenen Lager für jüdische *Displaced Persons*, für ehemalige Zwangsarbeiterinnen und Zwangsarbeiter, für Flüchtlinge und Vertriebene, für Kriegsgefangene oder politisch Missliebige, hatten noch unmittelbar mit Krieg und NS oder stalinistischer Herrschaft zu tun. Nicht zuletzt aus pragmatischen Gründen wurden dafür oft die alten NS-Lager weiter verwendet. Auch das GULag-System blieb nach 1945 noch lange intakt und wurde, in modifizierter Form und kleineren Dimensionen, in andere Länder des *Ostblocks* exportiert.

Bald gab es auch wieder Lager für Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene. Vordergründig dienten sie der Freizeitgestaltung. Die Pionier- und Ferienlager des *Ostblocks*, aber auch die Jugendlager oder bald Camps genannten Lager politischer und religiöser

¹⁴ Zur Gesamtgeschichte der NS-Lager vgl. *Wachsmann*, Die Geschichte der nationalsozialistischen Konzentrationslager (München 2015); *Benz/Distel* (Hrsg), Der Ort des Terrors. Geschichte der nationalsozialistischen Konzentrationslager (München 2005–2009).

¹⁵ *Habermas*, Eine Art Schadensabwicklung (Frankfurt a M 1987) 163.

Gruppen in den westlichen Demokratien waren und sind Orte der Sozialisation, der Disziplinierung und der politischen, weltanschaulichen oder ideologischen Beeinflussung. Auch die Protestcamps der Gegenwart weisen Lagerstrukturen auf; sie stehen, oft ungewollt und meist unreflektiert, in dieser Tradition.

8. Lager in der Gegenwart

Unsere Gegenwart hat aber vor allem zahllose Lager hervorgebracht, die ihren Ursprung weiterhin in Krieg und Bürgerkrieg, Terror und Diktatur, Zwang und Gewalt, und zunehmend auch in den globalen Flüchtlingsbewegungen haben. Schon seit den späten 1940er Jahren entstanden etwa im Nahen und Mittleren Osten dutzende Flüchtlingslager. Auch der Zerfall Jugoslawiens nach 1989 und die damit verbundenen kriegerischen Konflikte und Vertreibungen haben eine große Zahl von Flüchtlingslagern hervorgebracht.

In der zweiten Hälfte des 20. und zu Beginn des 21. Jahrhunderts befanden sich die meisten und größten Lager für Flüchtlinge und Migrant*innen in Afrika, Asien oder im arabischen Raum.¹⁶ Weitere entstanden in den europäischen Anrainerstaaten des Mittelmeers, an den Außengrenzen der EU. In der Regel bieten sie mehreren 10.000 Bewohner*innen und Bewohnern eine notdürftige Unterkunft. In vielen dieser Lager, so etwa in Kenia, Äthiopien oder Jordanien, leben mehr als 100.000 Flüchtlinge. Allein der bis dahin größte Lagerkomplex der Welt im kenianischen Dadaab, der während des Bürgerkrieges und der anschließenden Hungersnot in Somalia entstanden war, beherbergte zeitweilig über 450.000 Menschen.

Diese Lager sind einerseits Orte des Schutzes und humanitärer Hilfe. Andererseits sind sie nicht frei von Konflikten und Gewalt, insbesondere gegenüber Frauen und Kindern. In kriegerischen Konflikten werden sie – vor allem in Afrika und im Nahen Osten – zunehmend auch in die lokalen Kriegsökonomien einbezogen und zu Rekrutierungsorten für neue Soldaten. Die Berichte von den teils dort herrschenden katastrophalen hygienischen Bedingungen, sexualisierter Gewalt und organisierter Kriminalität zeigen, dass die Geschichte der Lager trotz aller humanitären Bemühungen weiterhin von Elend, Leid, Zwang und Gewalt geprägt ist. Diese Lager sind einerseits als Übergangslösung gedacht. Andererseits bestehen sie nicht selten lange Zeit; der vorläufige wird zum dauerhaften Ausnahmezustand. *Lampedusa* hat schon jetzt einen festen Platz in der Geschichte der Lager, ebenso wie *Guantanamo*, das die Recht- und Schutzlosigkeit der dort Internierten Menschen einer globalen Öffentlichkeit offenbart hat. Obgleich es aus damaliger Zeitgenossenschaft naheliegender war, das 20. Jahrhundert als *das* „Jahrhundert der Lager“ zu bezeichnen,¹⁷ deutet alles darauf hin, dass auch das 21. Jahrhundert dieses Signum tragen wird.

¹⁶ Vgl. Rawlence, Stadt der Verlorenen. Leben im größten Flüchtlingslager der Welt (München 2016).

¹⁷ Begriffsprägend: Bauman, Das Jahrhundert der Lager? in Dabag/Platt (Hrsg), Genozid und Moderne. Band 1. Strukturen kollektiver Gewalt im 20. Jahrhundert (1998) 81–99; vgl. Später, Jahrhundert der Lager? Über Stärken und Schwächen eines Begriffs, Zeitschrift Informationszentrum 3. Welt iz3w 239 (1999) 21.

9. Resümee

Dieser Parforceritt durch die Jahrhunderte hat gezeigt, dass *das Lager* das Ergebnis einer langen, verzweigten und widersprüchlichen Entwicklung ist. Das gilt zunächst für die äußere Form. Neben dem *klassischen* Lager beherbergten auch zahlreiche andere Bauten lagerförmige Internierungsinstitutionen: Kasernen, Fabriken, Trabrennbahnen, Hotels oder Schulen. Ähnlich vielfältig waren die Funktionen der Lager: Einschließen und Ausschließen, Disziplinieren und Integrieren, Beschützen und Bestrafen. Prägend ist auch das Spannungsverhältnis zwischen dem Lager als rechtlich/rechtsförmig geregeltem und als rechtsfreiem Raum, wobei Letzteres eher die Ausnahme war. Die meisten Lager hatten schriftlich fixierte Lagerordnungen, die den Insassen jedoch nicht immer zur Kenntnis gelangten. Das gilt sogar für die KZ im NS und die Lager des *Archipel Gulag*, auch wenn der dortige Grad an Rechtlosigkeit jede Anmutung einer wenigstens theoretisch rechtsförmigen Ordnung *ad absurdum* führte. Ihr absolutes und zynisches Maximum erreichte die Rechtlosigkeit in den NS-Vernichtungslagern.¹⁸

Die Spannung zwischen Rechtsförmigkeit und Rechtlosigkeit in Lagern und die damit verbundenen Paradoxien in historischer wie aktueller Perspektive weiter auszuloten, ist für die Rechts- und Geschichtswissenschaft gleichermaßen eine Herausforderung. In Reinform gibt es *das Lager* nur als Idealtypus. Tatsächlich ist es auf einem Koordinatensystem angesiedelt, in dem fließende Übergänge oder einander widersprechende Merkmalszuschreibungen in syn- wie diachroner Perspektive keine Ausnahme, sondern die Regel sind. *Das Lager* ist daher vieles zugleich: ein physischer Ort, ein rechtlicher Zustand, eine Lebenswelt, ein Erinnerungsort – meistens einer des Schreckens.

PD Dr. Christoph Jahr arbeitet als Privatdozent an der Humboldt Universität zu Berlin; christoph.jahr@web.de

Dr. Jens Thiel arbeitet als assoziierter wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Humboldt Universität zu Berlin; jens.thiel@web.de

18 Vgl. Sofsky, Die Ordnung des Terrors. Das Konzentrationslager⁴ (Frankfurt a M 1993).

Flüchtlingslager von der Ausnahme her denken?

Rechtstheoretische Überlegungen

Anne-Marlen Engler

1. Flüchtlingslager¹ als Kampfmittel gegen die „verlorene Souveränität“

Das jüngst erschienene Buch *Die Zauberlehrlinge* von Maximilian Steinbeis und Stephan Detjen behandelt einen „der wirkmächtigsten politischen Mythen unserer Zeit“²: In dieser Neuerscheinung widmen sich die Autoren der These, dass die deutsche Bundeskanzlerin Angela Merkel mit der Öffnung der deutschen Grenzen im Herbst 2015 einen Verstoß gegen Recht, Gesetz und Verfassung begangen haben könnte.³ Eine These, die nicht nur Staatsrechtler*innen beschäftigte,⁴ sondern auch Philosophen*innen auf die Bühne rief, die mit aller Welt ihre Sorge um den souveränen Staat teilten⁵ – und zusammen mit den besorgten Verfassungsrechtler*innen einen Argumentationsboden pflügten, auf dem die Neue Rechte in der Folge prächtig gedeihen konnte.⁶ Kern der sogenannten *Rechtsbruch-These* ist dabei ein staatszentrierter Souveränitätsbegriff, der durch unkontrollierte Migration in seinen Grundfesten erschüttert werden kann.⁷

Flüchtlingslager wurden⁸ und werden in diesem Kontext zum Symbol des Kampfes gegen diese „verlorene Souveränität“.⁹ Sie sollen die abhanden gekommene Migrationssteue-

- 1 Der Begriff des „Lagers“ wird hier zu Beginn funktional als „Unterkunftsmöglichkeit für größere Menschenmassen“ und damit als Sammelbegriff für Massenunterkünfte verstanden. *Etymologisches Wörterbuch* zitiert nach Doßmann/Wenzel/Wenzel, Barackenlager: Zur Nutzung einer Architektur der Moderne, in Schwarte (Hrsg), Auszug aus dem Lager. Zur Überwindung des modernen Raumparadigmas (2007) 220. Weitere Merkmale ergeben sich aus dem Text.
- 2 Detjen/Steinbeis, *Die Zauberlehrlinge: Der Streit um die Flüchtlingspolitik und der Mythos vom Rechtsbruch* (2019) Klappentext.
- 3 Detjen/Steinbeis, *Die Zauberlehrlinge* 12.
- 4 Die These eines Rechtsbruchs vertrat etwa *Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, www.bayern.de/wp-content/uploads/2016/01/Gutachten_Bay_DiFabio_formatiert.pdf (8.12.2019). Dagegen hielten ua Thym, Der Rechtsbruch-Mythos und wie man ihn widerlegt, <https://verfassungsblog.de/der-rechtsbruch-mythos-und-wie-man-ihn-widerlegt/> (8.12.2019).
- 5 Cicero Redaktion, Peter Sloterdijk über Merkel und die Flüchtlingskrise: „Wir haben das Lob der Grenze nicht gelernt“, www.cicero.de/innenpolitik/peter-sloterdijk-ueber-merkel-und-die-fluechtlingskrise-es-gibt-keine-moralische (8.12.2019).
- 6 Für die Bewegung der Neuen Rechten lässt sich dies exemplarisch am Frauenmarsch der AfD und der darauffolgenden Erklärung 2018 nachverfolgen, die sich gegen die „illegale Masseneinwanderung“ unter Merkel richteten, www.erklaerung2018.de/ (2.1.2020).
- 7 Vgl. *Depenheuer/Grabenwarter*, Der Staat in der Flüchtlingskrise. Zwischen gutem Willen und geltendem Recht (2016).
- 8 Siehe für die Verknüpfung der Anti-Asyl Kampagnen in den 70er Jahren und der Institutionalisierung des deutschen Flüchtlingslagersystems Pieper, Die Gegenwart der Lager: Zur Mikrophysik der Herrschaft in der deutschen Flüchtlingspolitik (2013) 32.
- 9 Pichl, Die Fiktion der Souveränität in Transitzentren – Was ist eigentlich mit der Orbánisierung Europas gemeint? <https://verfassungsblog.de/die-fiktion-der-souveraenitaet-in-transitzentren-was-ist-eigentlich-mit-der-orbanisierung-europas-gemeint> (11.12.2019).

rung wiederherstellen, indem sie diejenigen Migrant*innen, die nach § 1 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG)¹⁰ von der regulären Sozialhilfe ausgeschlossen sind, lokalisierbar machen und den Zugriff auf sie vereinfachen – zumindest lässt es sich so in zahlreichen Gesetzesbegründungen nachlesen.¹¹ Es verwundert nicht, dass in diesem Zusammenhang das Gelingen einer effizienten Flüchtlingsunterbringung stellvertretend für das Gelingen einer effizienten Migrationssteuerung verstanden wird. So lösten die Ereignisse in der baden-württembergischen Erstaufnahmeeinrichtung Ellwangen und die misslungene Abschiebung eines Bewohners der Unterkunft eine nationale Debatte über die „Asylindustrie“ und Rechtsstaatlichkeit aus, bei der das Funktionieren des Rechtsstaats an den effektiven Zugriff auf die Bewohner*innen der Flüchtlingsunterkünfte geknüpft wurde.¹² Der Ruf nach einem starken Staat schallte durch die Medien, die darauffolgenden Polizei-Razzien in der Erstaufnahmeeinrichtung wurden medial bejubelt, ohne dass beachtet wurde, dass diese selbst gegen Grundrechte verstießen – speziell die Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art 13 Grundgesetz (GG).¹³ Hier wurde ein Verständnis von Flüchtlingslagern sichtbar, dass durch die Reduzierung auf ihre Funktion für die souveräne Migrationssteuerung geprägt ist.

2. Lager als Raum der souveränen Exklusion: Giorgio Agambens *homo sacer* Projekt

Eine ähnliche Rolle schreibt ihnen auch der Philosoph *Giorgio Agamben* zu. Um seine Theorie des Lagers als Ort des *permanenten Ausnahmezustands* kommt man in diesem Themenfeld aufgrund ihrer breiten Rezeption nicht herum.¹⁴ Um zu verstehen, wie *Agamben* das Lager theoretisch fasst, muss zunächst ein Blick auf seine Souveränitätstheorie geworfen werden. Ausgangspunkt seines Souveränitätskonzepts ist *Carl Schmitts* berühmte These „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“.¹⁵ Diese nimmt *Agamben* zum Anlass einer Neubestimmung westlicher Souveränität, in deren Mittelpunkt seit den Anfängen moderner Nationalstaaten die Ausnahme vom Recht ste-

10 Asylbewerberleistungsgesetz BGBl I/1626.

11 Exemplarisch: Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Entwurf eines Asylverfahrensbeschleunigungsgesetzes v 29.9.2015, BT-Drucks. 18/6185, 1; Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Entwurf eines Gesetzes zur Einführung beschleunigter Asylverfahren v 16.2.2016, BR- Drucks. 18/7538, 2.

12 *Beitzer*, Die Illusion, dass wir unsere Grenzen schützen können, bröckelt, www.sueddeutsche.de/politik/ellwangen-die-illusion-dass-wir-unsere-grenzen-schuetzen-koennen-broeckelt-1.3981958 (6.12.2019).

13 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland BGBl I/1546; *Engler*, Wohnen als ordnungspolitische Funktion: Deutsche Flüchtlingsunterkünfte zwischen dem Recht auf die Unverletzlichkeit der Wohnung und der Abgrenzung zum Freiheitsentzug, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2019, 9.

14 Exemplarisch für die Migrationsforschung: *Pieper*, Die Gegenwart der Lager: Zur Mikrophysik der Herrschaft in der deutschen Flüchtlingspolitik (2013) 353 f; *Schwarte*, Auszug aus dem Lager, Zur Überwindung des modernen Raumparadigmas in der politischen Philosophie (2015); *Turner*, What Is a Refugee Camp? Explorations of the Limits and Effects of the Camp, *Journal of Refugee Studies* 29, 139; *Buckel/Wissel*, State Project Europe: The Transformation of the European Border Regime and the Production of Bare Life, *International Political Sociology* 4, 33; *Schulze Wessel*, Vom Lager zur Grenze: Giorgio Agamben über Ausnahmeräume und Flüchtlinge, in *Aced* (Hrsg), *Migration, Asyl und (Post-)Migrantische Lebenswelten in Deutschland* (2014) 11.

15 *Schmitt*, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (2015) 13.

he. Nur mithilfe des *permanenten Ausnahmezustands* könne der Souverän die juristisch-politische Ordnung schaffen und aufrechterhalten.¹⁶ *Agamben* möchte sich dabei von *Schmitts* klarer Unterscheidung von Ausnahme und Norm abgrenzen. Er betont gerade die „Schaffung einer Ununterschiedenheit zwischen Innen und Außen, Chaos und normaler Situation, das heißt des Ausnahmezustands“¹⁷, als souveräne Regierungstechnik. Deshalb wird nicht *Schmitts* Ordnung sondern das Anomische zum Fundament der Souveränität: „Der Ausnahmezustand definiert einen Zustand des Gesetzes, in dem die Norm zwar gilt, aber nicht angewandt wird (weil sie keine Kraft hat) und auf der anderen Seite Handlungen, die nicht den Stellenwert von Gesetzen haben, deren ‚Kraft‘ gewinnen.“¹⁸ *Agamben* zäumt das *Schmitt*‘sche Pferd von hinten auf: Die Abhängigkeit der Rechtsordnung von der Ordnung bei *Schmitt* wird bei *Agamben* zu einer Abhängigkeit der Ordnung von der Anwendung der Rechtsordnung.

Die Verwobenheit von Ausnahme und Souveränität geht in *Agambens* Theorie insb an den Individuen nicht spurlos vorbei – im Gegenteil. Es ist gerade „die fundamentale Leistung der souveränen Macht“¹⁹ etwas zu produzieren, das ebenfalls auf der Schwelle zum Recht steht: das nackte Leben. So entdeckt *Agamben* im Traktat über die Bedeutung der Wörter von *Sextus Pompeius Festus*²⁰ die Figur des *homo sacer*: „Sacer aber ist derjenige, den das Volk wegen eines Delikts angeklagt hat; und es ist nicht erlaubt, ihn zu opfern; wer ihn jedoch umbringt, wird nicht wegen Mordes verurteilt.“²¹ Wie auch die Souveränität befindet sich der *homo sacer* an der Grenze der Rechtsordnung. Er ist einer „doppelten Entziehung“²² des Rechts und des Opfers ausgeliefert und „extremsten Wechselfällen“²³ überlassen. Empirische Beispiele für den *homo sacer* findet *Agamben* in den Versuchspersonen der nationalsozialistischen KZ, aber auch in zum Tode verurteilten US-Amerikaner*innen, denen bei Teilnahme an medizinischen Versuchen Straferlasse versprochen wurden²⁴ – und in „Flüchtlingen“.²⁵

Wenn der Kern der Souveränität die Ausnahme ist und Gegenstand souveräner Maßnahmen das Leben, dann scheint es logisch, dass Orte, die diese Beziehung offenbaren,

16 *Agamben*, *Homo sacer: Die souveräne Macht und das nackte Leben* (2002) 29.

17 *Agamben*, *Homo sacer* 29.

18 *Agamben*, *Ausnahmezustand: Homo sacer II.1* (2004) 49.

19 *Agamben*, *Homo sacer* 190.

20 Kritik an *Agambens* Quellengenauigkeit in Bezug auf den *homo sacer* übt *Gratton*. Er weist auf die verschiedenen Interpretationsmöglichkeiten des Begriffs *homo sacer* im Römischen Recht sowie den beschränkten Quellenzugang von *Festus* selbst hin; *Gratton*, *What More Is There to Say? Revisiting Agamben's Depiction of Homo Sacer, The European Legacy* 16, 599 (606 ff).

21 *Agamben*, *Homo sacer* 81.

22 *Agamben*, *Homo sacer* 95.

23 *Agamben*, *Homo sacer* 168.

24 *Agamben*, *Homo sacer* 168. Inwiefern die Figur *homo sacer* überhaupt empirisch oder historisch haltbar ist, wird angezweifelt. Historisch: *Gratton*, *The European Legacy* 16, 606. Empirisch: *Vasilache*, *Gibt es überhaupt „Homines sacri“? Das nackte Leben zwischen Theorie und Empirie*, in *Böckelmann/Meier* (Hrsg.), *Die gouvernementale Maschine: zur politischen Philosophie Giorgio Agambens* (2007) 58.

25 *Agamben*, *Homo sacer* 140. *Schulze Wessel* nennt den Flüchtling auch „die prototypische Figur eines neuen *homo sacer*“; *Schulze Wessel*, *Grenzfiguren – Zur politischen Theorie des Flüchtlings* (2017) 61.

paradigmatisch für tiefer liegende rechtsstaatliche Strukturen stehen. Diesen Ort sieht *Agamben* im Lager: Das Lager wird zum „Raum, der sich öffnet, wenn der Ausnahmezustand zur Regel zu werden beginnt.“²⁶ Als räumliche Einrichtung des *permanenten Ausnahmezustands* bleibt er dauerhaft außerhalb der Rechtsordnung.

Schon die rechtliche Entstehung der Lager zeige dabei, dass die Ausnahme ein wichtiger Bestandteil deren Fundaments sei. So sei die Einführung der ersten so bezeichneten – und von *Agamben* als Ausgangspunkt genommenen – Konzentrationslager sowohl in Kuba als auch in den englischen Kolonien mit Hilfe des Kriegsrechts bzw dem rechtlichen Ausnahmezustand durchgesetzt worden.²⁷ Insofern als das Lager sein eigenes ausnahmerechtliches Fundament als „dauerhaft räumliche Einrichtung“²⁸ normalisiert, wird es so „zum Hybrid von Recht und Faktum, in dem beide Glieder ununterscheidbar geworden sind.“²⁹ Anders als in der einschlägigen historischen Literatur³⁰ definiert *Agamben* das Lager nicht über eine Typisierung. Für ihn gilt das Kriterium der Ununterscheidbarkeit von Recht und Faktizität.³¹ So seien Lager „sowohl das Stadion von Bari, in dem 1991 die italienische Polizei illegale albanische Einwanderer provisorisch zusammenpferchte, bevor sie sie in ihr Land zurückbeförderte, als auch das Wintervelodrom, das den Behörden von Vichy als Sammelstelle für Juden diente, bevor sie diese an die Deutschen auslieferten, wie auch das Flüchtlingslager an der Grenze zu Spanien, in dessen Umgebung 1939 Antonio Machado zu Tode kam und die zones d’attente auf den internationalen Flughäfen Frankreichs, in denen Ausländer zurückgehalten werden, die die Anerkennung des Flüchtlingsstatus beantragen.“³²

Insofern als das Lager „den politischen Raum der Moderne als solchen in entscheidender Weise prägt“³³, wird es zu dem Ort, der die Krise der modernen Rechtsstaaten offenbart. In ihm wird der Zugriff des Souveräns auf das Leben sichtbar. Das Lager bei *Agamben* ist also paradigmatisch für westliche Rechtsstaaten: Es offenbart die souveräne Exklusion, das Anomische innerhalb des Rechtsstaats und ein zutiefst ohnmächtiges Individuum, den *homo sacer*.

3. Flüchtlingslager: Raum, Sonderstatus und subjektive Rechte

Agambens Thesen scheinen verlockend: Denn dass Souveränität sich auch räumlich manifestiert, ist plausibel. Insb die *Legal Geography* beschäftigt sich mit den räumlichen

26 *Agamben*, *Homo sacer* 177.

27 *Agamben*, *Homo sacer* 175.

28 *Agamben*, *Homo sacer* 178.

29 *Agamben*, *Homo sacer* 179.

30 Exemplarisch: *Greiner/Kramer*, *Welt der Lager: Zur „Erfolgsgeschichte“ einer Institution* (2013); *Bispinck/Hochmuth*, *Flüchtlingslager im Nachkriegsdeutschland: Migration, Politik, Erinnerung* (2014).

31 *Turner* hingegen entwickelt von *Agamben* ausgehend eine Definition des Lagers anhand der zwei Dimensionen des Raums und der Zeitlichkeit. *Turner*, *What Is a Refugee Camp? Explorations of the Limits and Effects of the Camp*, *Journal of Refugee Studies* 29, 139.

32 *Agamben*, *Mittel ohne Zweck: Noten zur Politik* (2006) 41.

33 *Agamben*, *Homo sacer* 184.

Aspekten territorialer Grenzen, die sich auch im Staat reproduzieren, etwa in Lagern wie Guantanamo Bay, und extraterritoriale Räume innerhalb des nationalstaatlichen Territoriums schaffen.³⁴ Tatsächlich sprechen einige empirische und rechtsdogmatische Befunde dafür, einen rechtlich und räumlich extraterritorialen Status auch auf Flüchtlingslager zu übertragen: Insofern als Flüchtlingsunterkünfte als „ordnungspolitische Maßnahmen“ gedacht werden, verknüpft das deutsche Asylrecht eine spezifische rechtliche Stellung mit dem Aufenthalt in Flüchtlingsunterkünften. Bewohner*innen erhalten gekürzte Sozialleistungen, unterliegen einem Arbeitszwang und müssen mit Verweis auf die ordnungspolitische Funktion der Unterkünfte zahlreiche grund- und menschenrechtliche Einschränkungen erdulden.³⁵ Es erstaunt demnach nicht, wenn empirische Studien zeigen, dass die Bewohner*innen der Unterkünfte diese als Gefängnisse erleben.³⁶ Die Einordnung in ein besonders geartetes Rechtsverhältnis³⁷ lässt sich auch in der Flüchtlingsunterbringung finden.

Gleichzeitig ist der Raum der Unterkunft, ähnlich wie Heime oder Gefängnisse, von einer Fülle rechtlicher Regulierungen durchdrungen. Ihn als „rechtslos“ oder „anomisch“ zu bezeichnen, ginge fehl. Empirisch ist es eher die Masse der rechtlichen Regelungen statt ihr Fehlen, die die Handlungsmacht der Bewohner*innen einschränkt.³⁸ Aus diesem Grund wird der Idee des Flüchtlingslagers als rechtslosem Raum zum Teil das Konzept der *totalen Institution* entgegenstellt.³⁹ Der von *Ervin Goffmann* entwickelte Begriff⁴⁰ stellt gerade die Durchregulierung der Räume und die bürokratische Verwaltung aller Lebensbereiche in den Vordergrund, die das Leben in der Institution allumfassend bestimmen. Im Mittelpunkt steht hier die fehlende Handlungsmacht der Insass*innen *totaler Institutionen*. Diese fehlende Handlungsmacht könnte dann aus rechtlicher Sicht in die Beschränkung subjektiver Rechte gegenüber dem Staat übersetzt werden.⁴¹ Inwie-

34 *Elden*, Terror and Territory, Antipode 39, 821.

35 *Engler*, Wohnen als ordnungspolitische Funktion: Deutsche Flüchtlingsunterbringung zwischen dem Recht auf die Unverletzlichkeit der Wohnung und der Abgrenzung zum Freiheitsentzug, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (2019), 323.

36 Exemplarisch: *Dilger/Dobrn*, Living in refugee camps in Berlin: Women's perspectives and experiences (2016) 39.

37 Den Vergleich mit der rechtsdogmatisch veralteten Figur des besonderen Gewaltverhältnisses macht bspw. *Lederer*, Grundrechte für Geflüchtete in Gemeinschaftsunterkünften: Eingriffe begrenzen, Einschränkungen verhindern. www.antidiskriminierungsberatung-brandenburg.de/wp-content/uploads/2019/03/Grundrechtsverletzung_Heime_Online.pdf (11.12.2019).

38 Für Deutschland: *Pieper*, Die Gegenwart der Lager (2013). Dass ein Mehr an rechtlichen Regelungen nicht zur Einhaltung von Mindeststandards in der Unterbringung führt, zeigt *Engler*, Shifting the question to law itself: Agamben's permanent state of exception and German refugee camps in empirical research, Zeitschrift für Politikwissenschaft 28, 485. Für andere EU-Länder lässt sich dies jedoch pauschal so nicht sagen. Vgl etwa *Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*, Report of the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe Dunja Mijatovic following her visit to Greece from 25 to 29 June 2018. https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/CommDH%282018%2924%20-%20Greece%20report_EN.docx.pdf (3.1.2020); EGMR 21.1.2011, 30696/09, *MSS/Griechenland und Belgien*.

39 *Pieper*, Die Gegenwart der Lager; *Täubig*, Totale Institution Asyl: Empirische Befunde zu alltäglichen Lebensführungen in der organisierten Desintegration (2009).

40 *Goffman*, Asyle: über die soziale Situation psychiatrischer Patienten und anderer Insassen (1973).

41 *Kopetzki*, Erving Goffmans „Totale Institutionen“ und das besondere Gewaltverhältnis, Wiener Zeitschrift zur Geschichte der Neuzeit 8, 143.

fern es deshalb jedoch sinnvoll ist, spezifische Räume als absolute Ausnahme-Räume zu markieren, in denen subjektive Rechte keinerlei Anwendung finden, ist allein schon fraglich, weil die Mobilisierung subjektiver Rechte auch außerhalb *totaler Institutionen* Barrieren begegnet. So hat die feministische Rechtswissenschaft gezeigt, dass die Herrschaft des Rechts unterschiedlich erlebt wird, und die Handlungsmöglichkeiten, die den Einzelnen Recht verschaffen, auch außerhalb *totaler Institutionen* oder Flüchtlingslager von Faktoren wie *class*, *race* und *gender* abhängen.⁴² Statt von absoluten Ausnahmeräumen im Gegensatz zur Außenwelt wäre es im Zusammenhang mit Flüchtlingslagern also sinnvoller von einer Verdichtung bereits bestehender Herrschaftsverhältnisse zu sprechen, die die Rechtsmobilisierung erschweren.

4. Flüchtlingslager und Rechtsstaat

Dafür spricht auch ein Blick auf das Rechtsstaatsverständnis, das *Agambens* Theorie des *permanenten Ausnahmezustands* im Lager impliziert. Denn es leidet an einer Kinderkrankheit: *Agambens* „Denken vom Ausnahmezustand her“⁴³ verharret in einer empiristischen Negativität,⁴⁴ bei der er die Ausnahme als analytischen Kern seiner Theorie in der Wirklichkeit vorfindet, ohne normativ zu begründen, was denn eigentlich unter einer Ausnahme zu verstehen sei.⁴⁵ Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive entwickelt *Agamben* in vielerlei Hinsicht provokante Thesen: Nicht nur belebt er den Ausnahmezustand als Grundlage einer Souveränitätsbestimmung in Anlehnung an *Schmitt* wieder. Vielmehr verwirft er im selben Zuge die Emanzipationsmöglichkeiten der Menschenrechte überhaupt und führt die Krise des Rechtsstaats auf die fehlende Vermittlung von Faktizität und Norm zurück. Hier zeigt sich ein Rechtsstaatsbegriff, der rechtssoziologisch überholt ist, weil sich mit ihm eine Vermittlung von Faktizität und Norm und die Transformationen des Rechts nicht denken lässt.⁴⁶ Stattdessen affirmiert *Agamben* einen „reaktionären“⁴⁷ Begriff von

42 *Crenshaw*, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, University of Chicago Legal Forum (1989) 139.

43 *Augsberg* bemerkt hierzu: „Zusammenfassend kann man daher der echten Ausnahme zwar einen erkenntnistheoretischen, nicht aber eine normative Funktion zuerkennen.“; *Augsberg*, Denken vom Ausnahmezustand her. Über die Unzulässigkeit der anormalen Konstruktion und Destruktion des Normativen, in *Arndt et al* (Hrsg), Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, 48. Assistententagung Öffentliches Recht (2009) 17 (33). *Finke* entwickelt einen funktionalen Begriff der Ausnahme, der auf der Annahme basiert, „dass der Begriff der Ausnahme für sich genommen inhaltsleer ist.“; *Finke*, Funktion und Wirkung der Ausnahme im Recht, Archiv des öffentlichen Rechts 140, 514 (517).

44 Siehe hierzu auch *Marchardt*, der *Agambens* Theorie von Adornos negativer Dialektik abgrenzt: *Marchardt*, Die politische Differenz: Zum Denken des Politischen bei Nancy, Lefort, Badiou, Laclau und Agamben (2013) 225. *Geulen* spricht in diesem Zusammenhang auch von einer „Apodiktik der bloßen Setzung“, *Geulen*, Giorgio Agamben zur Einführung (2009) 76.

45 Zum Begriff der Ausnahme im Verfassungsrecht: *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht – Manuskript (2017) 36.

46 So auch *Loevy*, die dafür plädiert die Politiken des Ausnahmezustands nicht nur als rechtliche Ausnahmen sondern als „dynamischen, dialektischen, historischen Prozess“ zu beschreiben. *Loevy*, Emergencies in Public Law: The Legal Politics of Containment (2016) 309. Zum Beitrag rechtssoziologischer Debatten für den Rechts(geltungs)begriff siehe *Vesting*, Rechtstheorie: ein Studienbuch / von Thomas Vesting (2015) 110 ff.

47 *Menke*, Kritik der Rechte (2015) 163.

Ausnahme und Recht: Im Ausnahmezustand steht auf der einen Seite das geltende normative Recht und auf der anderen Seite das gewaltvolle faktische Chaos. Paradoxerweise findet er sich damit doch erneut in der Gesellschaft der liberalen Tradition der Trennung von Recht und Gewalt wieder, die er angetreten war, auf das Schärfste zu bekämpfen.⁴⁸

Demgegenüber betonen marxistische Theorien gerade die Reflexivität des modernen Rechts und die Doppelfunktion der Rechtsform der subjektiven Rechte.⁴⁹ *Menke* macht beispielsweise sichtbar, dass sich das moderne Recht notwendigerweise selbstreflexiv zu seinem faktischen Umfeld verhalten muss: Das moderne subjektive und entsittlichte Recht könne das Nichtrecht nicht aus sich heraus begrenzen, deshalb müsse es sich selbst zugleich durch die Unterscheidung zu diesem hervorbringen und es zu seinem Gegenstand machen.⁵⁰ Darin unterscheide sich deshalb die Selbstreflexion des Rechts von der Idee der *Agamben'schen* Souveränität, denn die Selbstreflexion des Rechts „verändere die Form seiner Normativität“.⁵¹ *Buckel* betont hingegen, dass die Doppelform des subjektiven Rechts sowohl in der Anerkennung als Freie und Gleiche als auch in der Subjektivierung als Vereinzelte liege und nicht in eine Richtung hin theoretisch aufgehoben werden könne.⁵² Flüchtlingslager also als Orte der Trennung des Rechts vom anomischen Nichtrecht zu markieren, versperrt den Blick für diese rechtstheoretischen Debatten.

5. Geflüchtete: Bloße Opfer souveräner Politiken?

Die Ambivalenz subjektiver Rechte bedeutet aber auch, dass geltendes Recht und die Handlungsmacht der Individuen nicht zwingender Weise ein kongruentes Verhältnis zueinander bilden. *Agamben* stilisiert mit der Figur des *homo sacer* Migrant*innen zu vereinzelt Opfern souveräner Politiken. In der kritischen Migrationsforschung wurden in diesem Zusammenhang Debatten geführt, die die vielschichtigen Handlungsmöglichkeiten von Migrant*innen sichtbar und die gängige Dichotomie zu Migrant*innen als „Schurken“ oder „Opfer“⁵³ dekonstruieren möchten: Unter dem Begriff der *Autonomie der Migration*⁵⁴ wurde ein Migrationsverständnis entwickelt, bei dem „die Perspektive der Migration“ angenommen und ein transnationales Migrationsverständnis etabliert werden sollte. Migration iSd Autonomie der Migration sei „kein Projekt Einzelner, sondern ein Prozess, der auf

48 Anderer Meinung ist *Loick*, Kritik der Souveränität (2012).

49 Feministische Rechtswissenschaftler*innen haben in diesem Zusammenhang auf die „Dilemmata im Recht“ (*Baer*, Dilemmata im Recht und Gleichheit als Hierarchisierungsverbot – Der Abschied von Thelma und Louise, *Kriminologisches Journal* (1996) 242) oder die „Paradoxie der Rechte“ (*Brown*, Die Paradoxie der Rechte ertragen, in *Menkel/Raimondi* (Hrsg), Die Revolution der Menschenrechte (2011) 454) hingewiesen.

50 *Menke*, Kritik der Rechte 126.

51 *Menke*, Kritik der Rechte 129.

52 *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion: Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts (2007) 314.

53 *Bojadžijev*, Das Spiel der Autonomie der Migration, *Zeitschrift für Kulturwissenschaft* 5, 139 (140).

54 Zur Begriffsherkunft siehe *Binder, Ege und Färber*, die sie „beiläufig, im Diskussionszusammenhang des Postoperatismus“ verorten: *Binder/Ege/Färber*, *Zeitschrift für Kulturwissenschaft* 5, 136.

translokalen Netzwerken und einer globalen Bewegung aufruh“⁵⁵. Daraus folgt auch, die Vielschichtigkeit an Handlungspraxen von Migrant*innen sichtbar zu machen. Statt eine Viktimisierung der Migrierten zu wiederholen, kann mit Fokus auf die *Autonomie der Migration* deutlich gemacht werden, „dass Handlungsspielräume auch unter Bedingungen der Entrechtung existieren, wenngleich diese immer erkämpft werden müssen.“⁵⁶

Vor diesem Hintergrund scheint es sinnvoll, von Flüchtlingslagern als Räumen der „Immobilisierung“ zu sprechen. Immobilisierung meint dabei „die materiellen Bedingungen und politischen Strategien [...], die sowohl eine Mobilisierung als auch die Mobilität von Menschen aktiv verhindern.“⁵⁷ Ausgangspunkt bleibt hier ein Migrationsverständnis, bei dem nicht der*die Einzelne passiviert der souveränen Herrschaft entgegen tritt, sondern Teil eines sozialen Migrationsnetzwerks ist. Dieses begibt sich durchaus in Kämpfe um subjektive Rechte, ist jedoch nicht von einer Idee eines für sich selbst verantwortlichen Rechtssubjekts abhängig. Andersherum werden Migrant*innen nicht automatisch zu handlungsunfähigen Opfern, weil ihnen subjektive Rechte entzogen werden.

6. Ausblick: Lager, Prekarität und die Potenzialität von Menschenrechten

Die Gleichzeitigkeit von souveräner Herrschaft, individueller Handlungsmacht und der Möglichkeit einer Transformation des Rechts lässt sich in der *Hannah Arendt*-Rezeption der Politikwissenschaftlerin *Ayten Gündoğdu* wiederfinden. *Gündoğdu* sieht Flüchtlingslager dabei vom souveränen Recht der Nationalstaaten auf Migrationssteuerung geprägt. Die Rechtsprechung des EGMR im Fall *Saadi/UK*⁵⁸ zur Inhaftnahme illegal Eingereister zeige, wie unter dem Primat der territorialen Souveränität willkürlich Menschenrechte, wie das Recht auf Freiheit der Person, eingeschränkt werden könnten. Darüber hinaus könnte jedoch auch anhand der Kontroversen um das Urteil gezeigt werden, wie die Rechtspersönlichkeit von Migrant*innen zu einer „geschichteten Kategorie“⁵⁹ würde: Während die Inhaftierung Asylantragsstellender moralisch stark skandalisiert wurde, blieb der Großteil der Migrant*innen der territorialen Souveränität schutzlos ausgeliefert.⁶⁰ Dies führe jedoch nicht zur absoluten Ohnmacht der Betroffenen. Denn Rechtspersönlichkeit ist bei *Gündoğdu* keine trennscharfe Kategorie, sondern in Anlehnung an *Arendt* ein sozial hergestelltes Instrument. Aus diesem Grund fasst *Gündoğdu* die rechtliche Stellung von Migrant*innen nicht als absolut rechtlos auf, sondern bezeichnet sie als „prekär“. Der Begriff der Prekarität ist einer primär aus dem Kontext der prekären

55 *Bojadžijev*, Zeitschrift für Kulturwissenschaft 2011, 140 f.

56 *Bojadžijev*, Zeitschrift für Kulturwissenschaft 2011, 141. Vgl hierzu auch *Hess/Kasperek/Schwertl*, Regime ist nicht Regime ist nicht Regime. Zum theoriepolitischen Einsatz der ethnografischen (Grenz-)Regimeanalyse, in *Pott/Rass/Wolff* (Hrsg), Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime? (2018) 257; *Benz/Schwenken*, Jenseits von Autonomie und Kontrolle. Migration als eigensinnige Praxis, PROKLA Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft 2005, 363.

57 *Etzold*, Auf der Flucht – (Im)Mobilisierung und (Im)Mobilität von Schutzsuchenden (2019) 8.

58 EGMR 29.1.2008, 13229/03, *Saadi/United Kingdom*.

59 *Gündoğdu*, Rightlessness in an Age of Rights: Hannah Arendt and the Contemporary Struggles of Migrants (2014) 124 (eigene Übersetzung).

60 *Gündoğdu*, Rightlessness in an Age of Rights 124.

Lohnarbeit bekannt. *Rechtliche* Prekarität „weist auf zeitgenössische Praktiken und Prozesse hin, die im Rahmen des Konzepts der universellen Persönlichkeit zu Spaltungen, Schichtung und Grenzziehungen führen und die Rechte verschiedener Kategorien von Migranten von völlig unberechenbaren Meinungen und höchst willkürlichen Entscheidungen abhängig machen.“⁶¹ Gleichzeitig ermögliche die Neuinterpretation von *Arendts* Konzept des „Rechts auf Rechte“ als revolutionärem Beginn, den Blick auf Menschenrechte als ein umkämpftes und widersprüchliches Feld zu verschieben.⁶²

Kehrt man nun zu *Agamben* und dem Lager als Ort des *permanenten Ausnahmezustands* zurück, lässt sich vor diesem Hintergrund sagen, dass Flüchtlingslager nicht adäquat als Ausnahmeräume analysierbar sind. Die verlockende Trennschärfe vom „Außen“ und „Innen“ des Rechts verkennt bei einem genaueren Blick dessen grundlegende Ambivalenzen. Diese treten auch außerhalb der Flüchtlingslager auf und sollten beachtet werden: Nur eine differenzierte rechtstheoretische Analyse kann die Unterdrückungsmechanismen sowie die emanzipatorischen Potenziale des Rechts in den Flüchtlingslagern sichtbar machen. Deshalb lässt sich auch erst recht keine Rechtsstaatstheorie aus Flüchtlingslagern als Ausnahmeräumen ableiten, ohne schmerzhaft rechtstheoretische Vereinfachungen vorzunehmen. Der Begriff der Prekarität ist hingegen auch für die Rechtswissenschaft und die rechtstheoretische Einordnung von Flüchtlingslagern hilfreich, um deren Spezifika nicht zu ignorieren: Die Verdichtung von Herrschaftsverhältnissen in den Flüchtlingslagern aufgrund souveräner Politiken der Migrationssteuerung prekarisiert den rechtlichen Status der Bewohner*innen erheblich.

Flüchtlingslager sind demnach nicht durch die Abwesenheit des Rechts, sondern durch die verstärkte Prekarität der rechtlichen Stellung ihrer Bewohner*innen geprägt. Diese ist in der intersektionalen Betroffenheit von rechtlichen Herrschaftspraxen als Vielzahl von „Spaltungen, Schichtungen und Grenzziehungen“⁶³ der Rechtssubjekte in den Unterkünften zu verstehen. Gleichzeitig kann mit dem Konzept der sozial hergestellten Rechtspersönlichkeit und der Idee der *Autonomie der Migration* verstanden werden, dass Handlungsmacht und Rechtspersönlichkeit nicht auf den guten Willen des Souveräns beschränkt sind. Dieses Verständnis der Flüchtlingslager löst sich sowohl von dem Blick ihrer Funktion für die souveräne Migrationssteuerung als auch von der Verwirklichung subjektiver Rechte als Garant für Handlungsmacht – ohne diese zu verleugnen: „Die prekäre Existenz kreist nicht um das Individuum, sondern um eine Vielzahl von Verbindungen, von Kooperationen und Interdependenzen. Das schließt Unterdrückung und Leid ebenso ein wie Perspektiven der Befreiung, der freien Assoziation.“⁶⁴

Anne-Marlen Engler promoviert zum Thema „Flüchtlingslager als Orte des Ausnahmezustands? Eine rechtssoziologische Untersuchung“ an der Humboldt-Universität zu Berlin; anne-marlen.engler@hu-berlin.de

61 *Güdogdu*, Rightlessness in an Age of Rights 107 (eigene Übersetzung).

62 *Güdogdu*, Rightlessness in an Age of Rights 209.

63 *Güdogdu*, Rightlessness in an Age of Rights 107.

64 *Atzert*, zitiert nach *Panagiotidis/Sener*, Marx' Gespenster in der Debatte um die „Autonomie der Migration“, Analyse und Kritik 487, 34.

Ambivalenz oder Widerspruch?

Sport in nationalsozialistischen Konzentrationslagern

Veronika Springmann

Sport in nationalsozialistischen Lagern ist ein erstaunliches Phänomen, bei dessen Betrachtung sich viele Ordnungsvorstellungen, Praktiken der In- und Exklusion sowie Praktiken des *doing gender* und *doing difference* wie durch ein Brennglas betrachten lassen.¹ In den nationalsozialistischen Konzentrationslagern wurde Sport einerseits von den Aufsehern gewaltförmig gegen die Häftlinge eingesetzt, andererseits organisierten die Häftlinge eigenständig Fußballspiele und -turniere in den Lagern. Der Ausgangspunkt, der mich als Historikerin auf die Spurensuche gebracht hat, war zunächst die Feststellung, dass ein Gros der ehemaligen männlichen Häftlinge in ihren Erinnerungen, Zeugnissen oder Biographien über Sport als erlebte Praxis der Gewalt berichteten. Andererseits finden sich ab 1942 Spuren davon, dass Häftlinge in KZ regelmäßig Fußball gespielt haben. Wie geht das zusammen? Welche Funktionen hatte diese Praxis und was erzählt eine Auseinandersetzung mit diesem Phänomen über NS-Vorstellungen von Normen, Ordnung und Regeln?

Im folgenden Beitrag werde ich diese facettenreiche Praxis darstellen. Zentral für meine Überlegungen ist dabei die Bedeutung dieser vergeschlechtlichten Praxis für die Herstellung und Behauptung von Männlichkeit. Während die Aufseher Praktiken des Sports nutzten, um die Häftlinge zu demütigen, konnten sie sich gleichzeitig in die Vorstellung einer hegemonialen militärischen Männlichkeit einschreiben. Einigen Häftlingen wiederum gelang es mit dem Sport, respektive dem Fußballspiel, einen Raum der Selbstbehauptung zu schaffen. Um diese Ambivalenz von Sport zu plausibilisieren, zeige ich zunächst wie Sport in der NS-Bildpresse genutzt wurde. Im zweiten Teil des Artikels wird die bereits hier gezeigte Ambivalenz des Sports am Beispiel der Fußballspiele im Lager weiter vertieft.

1. Häftlingssport in den Konzentrationslagern

Nach dem Machtantritt der Nationalsozialisten wurden sofort KZ vor allem für politische Oppositionelle eingerichtet und auch Teile der deutschen Presse informierten bereits ab

¹ Geschlecht wird hier als Kategorie verstanden, die durch bestimmte Praktiken und Verfahrensweisen hergestellt wird. Vgl dazu *West/Zimmermann*, *Doing Gender*, in *Gender & Society* (1987) 125–151.

Frühjahr 1933 in Wort und Bild über die KZ.² Den kursierenden Erzählungen und Gerüchten über Gewalt in den Lagern wollten die neuen Machthaber eine fotografisch gestaltete *Wirklichkeit* entgegenstellen. Sport war dabei ein wesentliches Element. Das Medium Fotografie schien geeignet, einer Politik, die so umfassend und stark auf den Körper abzielte – sei es in der Metapher, der Imagination, aber auch in der Praxis – ein Gesicht zu geben. Dabei war es, so die Historikerin *Harriet Scharnberg*, eines der obersten Ziele der NS-Bildpolitik, „ein Idealbild von den aktuellen Zuständen und den handelnden Personen zu zeichnen“³. KZ wurden dementsprechend als Orte dargestellt, an denen Personen, die nicht dem nationalsozialistischen Idealbild entsprachen, aus diesem Idealbild (vorübergehend) entfernt wurden, um sie in dieses (wieder neu) einzupassen. Integriert wurde deswegen die NS-Berichterstattung über KZ in eine Informationspolitik, die, so *Habbo Knoch*, „an konservatives Ordnungsdenken, bürgerliches Wohlverhalten und anti-kommunistische Ressentiments appellierte“⁴. In einem Interview mit der *Daily Mail* von 1934 erklärte *Adolf Hitler*, dass die Menschen deswegen in KZ interniert worden seien, um die „Wiederherstellung der politischen Gesundheit“ der Häftlinge nicht zu stören, doch dass diese Menschen – hoffentlich – wieder freigelassen werden könnten.⁵

Der Duktus der frühen Berichterstattung über KZ legte den Schwerpunkt darauf, zu zeigen, dass die Häftlinge geformt und erzogen werden sollten. Fotografische Darstellungen der Häftlinge in den KZ spielten eine wesentliche Rolle dabei, diese Behauptung zu stützen. Auffällig ist dabei, wie oft Häftlinge beim Sport oder beim Exerzieren abgebildet wurden. Die Körper der Häftlinge standen im Mittelpunkt und wurden beim Verrichten von Praktiken gezeigt, die im Bereich von Erziehung und Disziplinierung zu verorten sind. Bildlich wurde die zu „Erziehungszwecken“ ausgeübte „Gymnastik“ in den Lagern in die Tradition des militärischen Sports bzw des Gefängnisports gestellt, die ebenfalls als „disziplinierende Maßnahmen“ – im Sinne von erziehend – verstanden und praktiziert wurden. Bei der Praxis des „Sportmachens“ handelte es sich um Körpertechniken, die von den Aufsehern selbst vielleicht nicht immer als positiv, zumindest aber als produktiv erfahren wurden und Teil der (Aus-)Bildung ihrer (para-)militärischen Männlichkeit waren.⁶

2 Vgl *Milton*, Die Konzentrationslager der dreißiger Jahre im Bild der in- und ausländischen Presse, in *Herbert/Orth/Dieckmann* (Hrsg), Die nationalsozialistischen Konzentrationslager Band 1 (Frankfurt am Main 2002) 135–147; *Knoch*, Die Tat als Bild: Fotografien des Holocaust in der deutschen Erinnerungskultur (Hamburg 2001) 75–102; *Schwarz*, „Wer möchte nicht einmal einen Blick in das Konzentrationslager tun?“ Konzentrationslager in der Presse der frühen NS-Zeit, in *Rioul/Petersen* (Hrsg), Zeichen des Krieges in Literatur, Film und Medien/Signs of War in Literature, Film and Media, Band/Volume III. Terror (Kiel 2008) 171–194 sowie *Sösemann/Schulz*, Nationalsozialismus und Propaganda. Das Konzentrationslager Oranienburg in der Anfangsphase totalitärer Herrschaft, in *Morsch* (Hrsg), Konzentrationslager Oranienburg (Schriftenreihe der Stiftung Brandenburgische Gedenkstätten 3, Berlin 1994) 78–94.

3 Vgl *Scharnberg*, Die „Judenfrage“ im Bild. Der Antisemitismus in nationalsozialistischen Fotoreportagen, (Hamburg 2018) 103.

4 Vgl *Knoch*, Die Tat als Bild (2001) 77.

5 Das Interview erschien am 18.2.1934 in der *Daily Mail* und wurde am 19.2.1934 in Deutsch im *Völkischen Beobachter* wiedergegeben, *Völkischer Beobachter*, Süddeutsche Ausgabe v 19.2.1934.

6 Vgl *Springmann*, Gunst und Gewalt. Sport in nationalsozialistischen Konzentrationslagern (Berlin 2019).

Gerade mit der fotografischen Abbildung von Häftlingen bei körperlichen Übungen ließ sich der proklamierte Transformations- und Einpassungsprozess der Häftlinge visualisieren. Das Verständnis dieser körperlichen Übungen als *Erziehungsmittel* wurde visuell umgesetzt, um erstens eine Spannung zwischen Ist-Zustand und dem NS-Idealzustand aufzubauen – eine Kluft, die es für die Häftlinge zu überwinden galt –, und um zweitens die Häftlinge in der Fotografie zunächst einmal visuell vom Idealbild abzugrenzen. Gleichzeitig sollten die fotografischen Darstellungen die körperliche Unversehrtheit der Häftlinge belegen. Die Fotos setzten der bereits zu diesem Zeitpunkt praktizierten Gewalt eine andere Vorstellungswelt entgegen und erfüllten also in vieler Hinsicht die Funktion einer visuellen Legitimierungsstrategie der KZ.

Auch Besucher*innen, darunter Auslandskorrespondent*innen, die die Lager besichtigten, wurden diese Praktiken des „Sportmachens“ regelmäßig vorgeführt. Der Leiter des Berliner Büros der Associated Press (AP), *Louis P. Lochner*, etwa berichtete über seinen Besuch im KZ Sonnenburg, dass der Besucher*innendelegation Häftlinge bei „physical exercises“ gezeigt wurden. Ein Häftling machte dabei die Übungen vor: „The man who is shouting the commands was the whip of the communist party in the Prussian parliament’, our guide told us. ‚He had been a drill sergeant in the imperial army during the World War. It is much better if one of their own numbers puts the inmates through the physical exercises.“⁷

1.1. „Sportmachen“ zwischen Disziplinierung und Gewalt

Es geht beim „Sportmachen“ also auf der ersten Ebene um das, was die Häftlinge tun mussten (Praxis), und auf einer zweiten Ebene darum, wie diese Praxis visuell dargestellt wurde. Bereits im August 1933 wurde im Schweizerischen Basel das oppositionelle und regimekritische *Braunbuch* in französischer und deutscher Sprache veröffentlicht. Auch Sport und Exerzieren in den KZ wurden darin ausführlich thematisiert. Die Herausgeber, die kein eigenes Bildmaterial besaßen bzw anfertigen lassen konnten, mussten auf das publizierte Bildmaterial der NS-Presse zurückgreifen. Abgebildet wurden unter anderem zwei Fotos, die zuvor im *Oranienburger Generalanzeiger* abgedruckt worden waren, nun aber im *Braunbuch* neu kontextualisiert und entsprechend mit gänzlich anderen Bildunterschriften versehen wurden.⁸

Das *Braunbuch* verurteilte die illustrierten Berichte über die frühen KZ in der deutschen Presse als „photographierte Lügen“⁹. Neben der Zwangsarbeit wurde insbesondere das Exerzieren als „Quälerei der Gefangenen“ gedeutet.¹⁰ Im *Oranienburger Generalanzei-*

7 Vgl *Lochner*, *What about Germany* (New York 1942) 55.

8 Zur Berichterstattung über das KZ Oranienburg im *Oranienburger Generalanzeiger* vgl *Sösemann/Schulz*, *Nationalsozialismus und Propaganda* (1994).

9 *Braunbuch* über Reichstagsbrand und Hitler-Terror (Basel 1933) 273.

10 *Braunbuch* (1933) 294 ff.

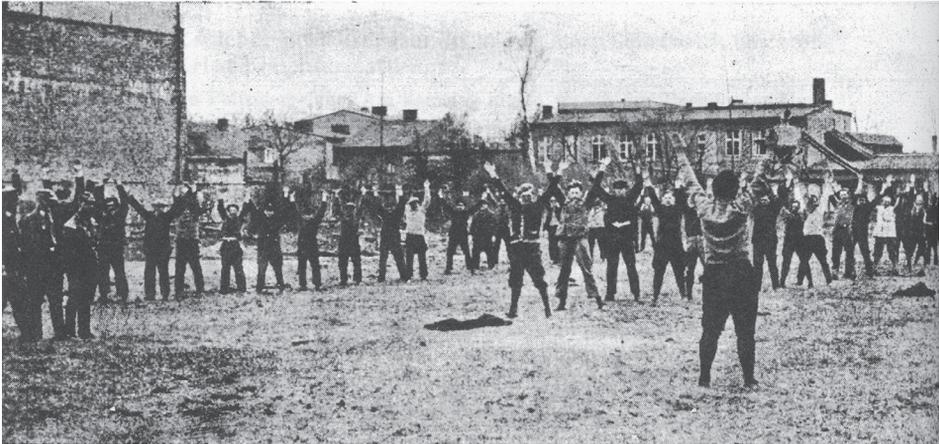


Abbildung 1: Abbildung im *Braunbuch* zum „Sportmachen“, Braunbuch (1933) 312.

ger war ein Foto abgedruckt, auf dem Häftlinge zu sehen sind, die über eine Eskaladierwand kletterten.¹¹ Die Originalunterschrift im *Oranienburger Generalanzeiger* bezeichnete diese Übung als „gesund und erzieherisch“. Im *Braunbuch* wurde durch die Unterschrift eine deutlich andere Lesart vorgegeben: „Die Häftlinge im Konzentrationslager werden jeden Tag stundenlang militärisch gedrillt. Auf Kranke und Hochbetagte wird keine Rücksicht genommen.“¹²

Auf der ersten Abbildung ist eine große Gruppe von Häftlingen bei gymnastischen Übungen abgebildet, die an die Ordnungs- und Freiübungen erinnern, wie sie im Militär und den Gefängnissen der Weimarer Republik praktiziert wurden. Die Häftlinge sind in diagonalen Reihen mit nach vorn gerichtetem Blick angeordnet und schauen auf einen Mann, der vermutlich die Übungen vormacht. Die Häftlinge tragen Zivilkleidung. Ob der vorturnende Mann ebenfalls ein Häftling oder ein SA-Mann ist, lässt sich auf diesem Foto nicht ausmachen. Die Anordnung ist panoptisch und gibt von vorne einen Blick auf jeden einzelnen Häftling frei. Doch scheint gerade durch diese Anordnung zugleich jeder Einzelne in der Menge aufzugehen. Am linken Bildrand sind, fast nicht mehr sichtbar, drei uniformierte Männer zu sehen, die, in militärischer Haltung, ihren Blick auf den „Vorturner“ gerichtet haben.

Die Übung an der Eskaladierwand, die auf der zweiten Abbildung abgebildet ist, hinterlässt einen deutlich anderen visuellen Eindruck. Es handelt sich dabei um eine rein militärische Übung. In der Mitte des Bildes ist ein Mann zu sehen, der beim Versuch, die Eskaladierwand zu überwinden, kopfüber auf die andere Seite fällt und sich mit den Händen an deren Streben festzuhalten versucht. Der Kopf des Mannes ist nicht zu sehen,

¹¹ Oranienburger Generalanzeiger v 6.4.1933.

¹² Braunbuch (1933) 312.

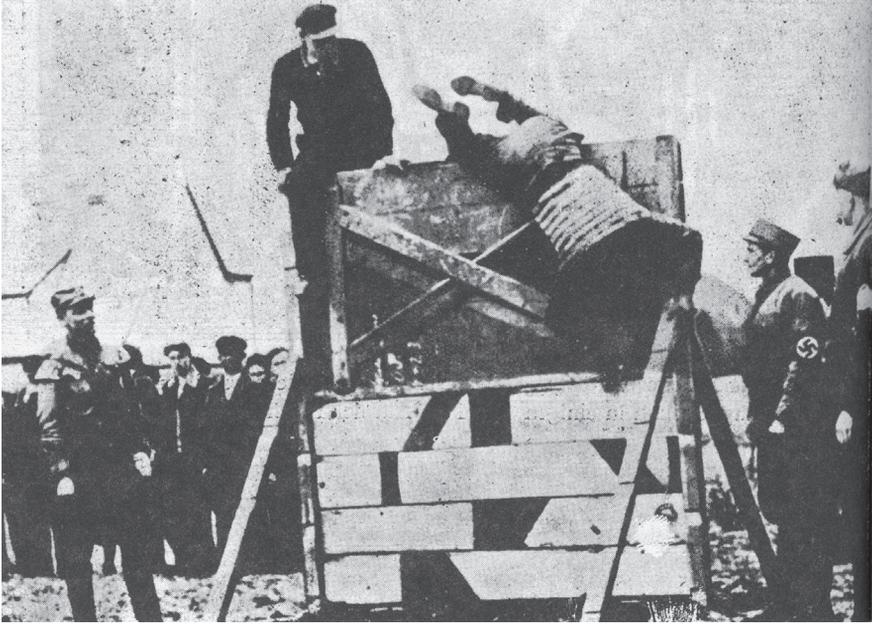


Abbildung 2: Abbildung im *Braunbuch* zur „Eskaladierwand“, Braunbuch (1933) 312.

doch lässt sich seine Position aus der übrigen Haltung des Körpers und der Arme erahnen. Hinter ihm, noch auf der anderen Seite des zu überwindenden Hindernisses, hat der nächste Häftling gerade die Vorderseite erklommen und ist mitten in der Übung. Noch ist er Zuschauer, der offensichtlich als Nächster das Hindernis zu überqueren hat. Sein Blick ist nach unten hin zu dem stürzenden Mann gerichtet. Rechts neben der Wand stehen zwei Männer, von denen zumindest einer definitiv ein SA-Mann ist. Der Kleidung nach zu urteilen, ist der andere Mann ein Häftling, angesichts der Armbinde möglicherweise ein Funktionshäftling.¹³ Links befindet sich ein weiterer SA-Mann und im Bildhintergrund stehen die übrigen Häftlinge zunächst als Zuschauer, doch letztlich als Wartende, denen die gleiche Prozedur bevorsteht. Während die erste Abbildung eine Menge zeigt, in der die*der Einzelne durch die Gleichförmigkeit der Bewegung aufgeht, auch wenn jede*r Einzelne von vorn sichtbar ist, lenkt die zweite Abbildung den Blick auf das Individuum und zeigt dessen radikale Vereinzelung.

Die Höhe der Hinderniswand scheint ca zwei Meter zu betragen. Die Situation erinnert an den Ausschnitt aus einer Serie von Bewegungs- und Verlaufbildern, auf denen einzel-

13 Als Funktionshäftlinge werde Häftlinge bezeichnet, die von der SS eingesetzt wurden, um Aufgaben in den Lagern zu übernehmen, wie bspw Blockälteste, die verantwortlich für die Einhaltung der Ordnung in den Baracken waren; Häftlinge wurden aber auch für Verwaltungsaufgaben eingesetzt oder als sogenannte Kapos für die Bewachung von Arbeitskommandos.

ne Momente einer Bewegung abgebildet sind. Hier allerdings ist nur ein Moment sichtbar – wir sehen nicht, können jedoch erahnen, was mit dem Häftling passiert, sobald er die Wand überwunden hat: Er wird stürzen. Niemand scheint den Sturz des auf dem Bild zu sehenden Häftlings zu verhindern oder auch nur eingreifen zu wollen.

Begleitet wurden diese Bilder im *Braunbuch* von einem längeren Text, der sich mit den körperlichen Übungen auseinandersetzte und eindeutig zum Ziel hatte, deren gewaltförmigen Charakter zu verdeutlichen: „Mit der Zwangsarbeit ist die Quälerei der Gefangenen nicht erschöpft. Die noch verbleibende Zeit ist mit Exerzieren, das völlig zu Unrecht als ‚Sport‘ bezeichnet wird, ausgefüllt. Nach amtlichen Mitteilungen ist die Zeit von einhalb 2 Uhr [=13:30] bis einhalb 6 Uhr [=17:30] abends für Exerzieren bestimmt.“¹⁴

Die zeitliche Dimension des Exerzierens wird hier hervorgehoben und in ein Verhältnis zu der von den Häftlingen darüber hinaus geforderten körperlichen Arbeit gesetzt: „[A]ber wer zu beobachten versteht, sieht, daß man da vor einem raffinierten System gemeiner Quälerei steht. In der Tat sind die verlangten Übungen selbst für einen Berufssportler fast unmöglich. Um sie durchführen zu können, bedarf es eines methodischen und dauerhaften Trainings und vor allem einer besonders guten Ernährung. Aber in diesem Lager, das seit dem 21. März besteht, müssen alle Gefangenen ohne Ausnahme sie ausführen, und zwar nicht einmal, sondern 4 Stunden lang jeden Tag, Wochen und Monate hindurch [...]“¹⁵

Die gegensätzliche Nutzung von Fotos des „Sportmachens“ im KZ Oranienburg durch die *gleichgeschaltete* deutsche Presse einerseits und die oppositionelle Exilpresse andererseits zeigen, wie mit der fotografischen Präsentation von Sport eine bestimmte Interpretation der Wirklichkeit untermauert werden kann und sollte.¹⁶ Für das Regime war es leicht, den Sport als „produktiv“ im Sinne einer Disziplinierung darzustellen. Die Herausgeber des *Braunbuchs* bemühten sich, dieser Deutung der Fotografien eine andere Lesart entgegenzusetzen, die das „Sportmachen“ unter den Bedingungen des KZ als gezielte Gewaltpraxis ausweist. *Werner Schäfer*, der Kommandant des KZ Oranienburg, reagierte auf das *Braunbuch* sowie auf einen Augenzeugenbericht des ehemaligen Häftlings *Gerhart Seger*¹⁷ zum KZ Oranienburg, der ebenfalls 1933 erschien, indem er ein *Anti-Braunbuch über das erste deutsche Konzentrationslager* veröffentlichte.¹⁸ In dieser Gegenschrift wurden ebenfalls

14 Braunbuch (1933) 206.

15 Braunbuch (1933) 207.

16 *Schaffer* argumentiert in ihrer Auseinandersetzung mit visuellen Repräsentationen, dass diese nicht nur auf ihr Verhältnis von Repräsentation und Realität bzw. Darstellung und Wirklichkeit befragt werden sollten, sondern die Frage gestellt werden muss, „welche Wirklichkeit bestimmte Repräsentationen herstellen“, vgl. *Schaffer*, Ambivalenzen der Sichtbarkeit. Über die visuellen Strukturen der Anerkennung (Bielefeld 2008) 61.

17 *Gerhart Seger* war Reichstagsabgeordneter der SPD und vom 14.6.1933 bis zu seiner Flucht am 4.12.1933 im Konzentrationslager Oranienburg inhaftiert. 1934 wurde sein Bericht „Oranienburg. Erster authentischer Bericht eines aus dem Konzentrationslager Geflüchteten“ in Karlsbad veröffentlicht. Vgl. *Diekmann/Wettig* (Hrsg.), Konzentrationslager Oranienburg. Augenzeugenberichte aus dem Jahre 1933. Gerhart Seger, Reichstagsabgeordneter der SPD. Max Abraham, Prediger aus Rathenow (Neue Beiträge zur Geistesgeschichte 4, Potsdam 2003).

18 *Schäfer*, Konzentrationslager Oranienburg, Das Anti-Braunbuch über das erste deutsche Konzentrationslager (Berlin 1934). Zur Person *Werner Schäfers* und der Geschichte des Buches vgl. *Moore*, „The Truth about the Concentration Camps“: *Werner Schäfer's Anti-Brown Book and the Transnational Debate on Early Nazi Terror*, *German History* 34 (2016) 579–607.

Fotos in Form einer Bildserie von Häftlingen beim *Sport* abgebildet. Seine Bilder zeigen durchaus ähnliche Motive von Betätigung und Drill, inszenieren aber einen Verlauf, einen Prozess: Bilden die Häftlinge bei ihrer Ankunft einen ungeordneten Haufen, so gelingt es dem einzelnen SA-Mann, sie durch das Exerzieren nach und nach „in Form“ zu bringen.

1.2. Ideale Männlichkeitsvorstellungen und Exklusion?

Alle hier besprochenen Fotos stammen aus dem KZ Oranienburg. Sie zeigen sehr genau, welche Wirklichkeit des Sports in KZ durch sie bewiesen und öffentlich vermittelt werden sollte. Für alle Fotografien von KZ, die 1933 veröffentlicht wurden, gilt, dass auf ihnen ausschließlich Männer abgebildet sind. Die visuelle Repräsentation der körperlichen Übungen, seien es militärischer Drill oder Leibesübungen, knüpft an eine vergeschlechtlichte Vorstellungswelt von körperlichen Bewegungen an, nämlich an die des Militärs. Sie ist untrennbar verknüpft mit Vorstellungen von Disziplin und Ordnung: Tugenden, die ein Mann erlernen kann, soll und muss. Die Assoziation mit der Vorstellung von militärischer Männlichkeit soll die Praxis des *Sports* in KZ im Bereich des Normalen und Üblichen rücken. Zugleich wird mit der Darstellung der Häftlinge suggeriert, dass diese sich außerhalb dieser Normalität befinden und mit Hilfe von Disziplinierungsmaßnahmen wie dem „Sportmachen“ erst noch der männlichen Norm angepasst werden müssen.

Dass die abgebildeten Fotos als eine angemessene Darstellung der Realität verstanden werden konnten, lässt sich mit den Überlegungen von *Sander Gilman* begründen. In seinen Überlegungen zu Assoziationsmustern führte er aus, dass Stereotypisierungen, in einer Kombination von „wirklichen Lebenserfahrungen und Mythen“ verlaufen.¹⁹ Die dafür notwendigen Analogien beruhen nach *Gilman* auf einer gewohnheitsmäßigen Erfassung der Welt. In den Fotografien in der deutschen Presse wie auch dem *Anti-Braunbuch* wurde der politische Topos der Ausgrenzung wie auch eine Erziehung hin zur *Volks-gemeinschaft* visuell umgesetzt. Als absolutes Vorbild gesetzt, repräsentierten die abgebildeten SA-Männer die idealtypische militärische Männlichkeit. Für die Häftlinge galt es, die Kluft zwischen ihrem in der visuellen Darstellung als defizitär markierten Ist-Zustand und dem Idealzustand zu überwinden. Verglichen mit den abgebildeten SA-Männern haben die gezeigten Häftlinge wenig Körperspannung und wirken deutlich weniger militärisch geschult. Damit befanden sie sich in einem *Dazwischen* – sie können es eigentlich, doch können sie es gerade nicht; etwas, das gerade auch durch die Körperhaltungen in den Fotos in Szene gesetzt wird.

Das *Braunbuch* der exilierten Regime-Gegner*innen versuchte dagegen, gerade auch mit Verweis auf die Dienstordnung und die Dauer bzw Intensität der dokumentierten körperlichen Übungen deren gewaltförmigen Charakter deutlich zu machen. Es argumen-

¹⁹ Vgl *Gilman*, Rasse, Sexualität und Seuche. Stereotype aus der Innenwelt der westlichen Kultur (Hamburg 1992) 14.

tierte, dass das „Sportmachen“ in den KZ keineswegs zum Ziel habe, die Häftlinge zu stärken bzw einzugliedern, sondern vielmehr sie zu schwächen und potenziell zu zerstören. Da diese Interpretation den von den Nationalsozialisten genutzten Sehgewohnheiten und Bildmustern zuwiderlief und -läuft, mussten die Bilder umfangreich erläutert und die alternativen Deutungsmuster von Sport als Gewalt verbalisiert werden.

2. Das „Sportmachen“ zwischen Lagerordnung und Lageralltag

Nachdem die frühen Lager entweder aufgelöst oder nach Auflösung der SA von der SS übernommen wurden, sind in den späteren Lagern mehr oder weniger identische Lagerordnungen eingeführt worden.²⁰ Abgeleitet wurden einige dieser Ordnungen aus den geltenden Vorschriften für Polizei- und Justizgefängnisse.²¹

Die entscheidende Lagerordnung, an der sich die späteren Lagerordnungen orientierten, entstand im KZ Dachau. Im Juni 1933 wurde *Theodor Eicke* von *Heinrich Himmler* als Kommandant in Dachau eingesetzt. Bereits am 1.10.1933 erließ *Theodor Eicke* die „Disziplinar- und Strafordnung für die Gefangenenlager“ und eigene „Dienstvorschriften für die Begleitung und die Gefangenenbewachung“. In diesen Dienstvorschriften wurden die Strafen gegliedert in Ordnungsstrafen, Arreststrafen und körperliche Züchtigung. Die *Dachauer Ordnung* wurde in Folge auch in allen weiteren Lagern eingeführt, nachdem *Eicke* ab 1934 mit der „Inspektion der Konzentrationslager“ allgemein betreut wurde.²² „Ob alt, ob jung, hat sich jeder an militärische Zucht und Ordnung zu gewöhnen“, steht in der Lagerordnung des KZ Esterwegen vom 1.8.1934, die von der Lagerordnung Dachau abgeleitet wurde.²³

Eingeleitet wurde die Lagerordnung des KZ Dachau mit dem berühmt gewordenen Diktum von *Theodor Eicke*: „Toleranz bedeutet Schwäche. Aus dieser Erkenntnis heraus wird dort rücksichtslos zugegriffen werden, wo es im Interesse des Vaterlandes notwendig erscheint. [...] Den politisierenden Hetzern und intellektuellen Wühlern – gleich welcher Richtung – aber sei gesagt, hütet euch, daß man euch nicht erwischt, man wird euch sonst nach den Hälsen greifen.“²⁴

20 Vgl *Drobisch/Wieland*, System der NS-Konzentrationslager. 1933–1939 (Berlin 1993) 77–81.

21 *Drobisch/Wieland*, System (1993) 77; *Zámečník*, Das war Dachau, Frankfurt am Main (2007) 35.

22 Disziplinar- und Strafordnung, eingeführt von *Theodor Eicke* im Konzentrationslager Dachau, abgedruckt in *Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg* (Hrsg), Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vom 14. November 1945 – 1. Oktober 1946. Band XXVI (München/Zürich 1984) Dokument 775-PS, 291–296 und 291; vgl *Tuchel*, Konzentrationslager. Organisationsgeschichte und Funktion der „Inspektion der Konzentrationslager“ 1934–1938, Boppard am Rhein (1991) und *Drobisch/Wieland*, System (1993).

23 § 4 Lagerordnung für das Gefangenenlager (1.8.1934), zitiert nach *Kosthorst/Walter*, Konzentrations- und Strafgefangenenlager im Dritten Reich – Beispiel Emsland, Zusatzteil: Kriegsgefangenenlager. Dokumentation und Analyse zum Verhältnis von NS-Regime und Justiz. Mit historisch-kritischen Einführungstexten und Auswertungen zum Strafvollzug in Arbeitslagern, Band 1 (Düsseldorf 1983) 197–212.

24 Zitiert nach *Drobisch/Wieland*, System (1993) 79; vgl *Dillon*, „Tolerance Means Weakness“: The Dachau Concentration Camp S.S., Militarism and Masculinity, Historical Research Band 86/232 (2013) 373–389.

§ 19 der Lagerordnung des KZ Esterwegen zählte folgende Strafen auf: „Strafexerzieren, Prügelstrafe und das Pfahlbinden.“ Als „Nebenstrafen“ bezeichnet, wurden sie eingeordnet neben der „Postsperre, hartem Lager, Verweis und Verwarnungen“²⁵. Neben den sogenannten offiziellen Lagerstrafen gab es auch „besondere disziplinäre Maßnahmen“²⁶. „Sport“ oder „Sportmachen“ wurden in der Lagerordnung und in den Dienstvorschriften allerdings nicht genannt. *Elissa Mailänder* spricht daher im Hinblick auf die alltäglich praktizierten Gewalthandlungen der SS von einer „Diskrepanz zwischen der penibel geregelten Dienst- und Strafordnung und den von der SS alltäglich praktizierten Gewalthandlungen.“²⁷ Ich argumentiere, dass das „Sportmachen“ diese Diskrepanz auflösen konnte. An militärische Praktiken anschließend, verknüpfte diese Praxis militärische Ordnung und Gewalt. Wie die folgenden Zitate zeigen, schufen sich die Aufseher mit dem „Sportmachen“ eine von der Lagerordnung unabhängige gewalttätige Alltagspraxis.

In der Anklageschrift gegen den Aufseher *Otto Kaiser* heißt es, diese Praxis definierend: „Keine offizielle ‚Strafe‘, aber eine sich bisweilen noch härter und grausamer auswirkende Maßnahme, war der sogenannte Sport. Die Häftlinge wurden immerfort in Bewegung gehalten. Sie mussten marschieren, laufen, auf dem Boden rollen, robben und hüpfen. Dabei wurden sie geschlagen und getreten. Wenn ein Häftling nicht weitermachen konnte, stehen blieb, wurde er so lange misshandelt, bis er sich unter Aufbietung letzter Kraft aufraffte, um bald noch erschöpfter zusammenzubrechen. Das wiederholte sich so lange, bis der Häftling trotz aller Mißhandlung liegenblieb und später weggetragen wurde. Die ohnehin geschwächten Häftlinge und besonders die Alten und Kranken hatten dabei sehr zu leiden. Viele starben dabei.“²⁸

Am 1.4.1938 wurde der Jurist *Paul Martin Neurath* in das KZ Dachau deportiert. Nach seiner Haftentlassung gelang es ihm in die USA zu emigrieren. An der Columbia University in New York City wurde er 1943 an der Fakultät für Politische Wissenschaften mit einer Arbeit über „Social life in the German Concentration Camps“ promoviert.²⁹ Diese Studie erschien drei Jahre nach *Neuraths* Tod 2004 in deutscher Übersetzung. *Neurath* beschrieb darin dezidiert den Tagesablauf der Häftlinge im Lager sowie die Strafen, mit denen die Häftlinge ständig konfrontiert und misshandelt wurden. Auch das „Sportmachen“ beschrieb er:

25 *Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg* (Hrsg.), *Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vom 14. November 1945 – 1. Oktober 1946* (1984), Dokument 775-PS, 291–296.

26 *Hauptstaatsarchiv Düsseldorf*, NW 0875/14020, Bl 75, Disziplinar- und Strafordnung, eingeführt von *Theodor Eicke* im Konzentrationslager Dachau, abgedruckt in *Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg* (Hrsg.), *Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vom 14. November 1945 – 1. Oktober 1946* (1984) 291.

27 *Mailänder Koslov*, *Mikrodynamiken von Gewalt: Zur Strafpraxis im Frauen-Konzentrationslager Ravensbrück*, in *Bretschneider/Scheutz/Weiß* (Hrsg.), *Personal und Insassen von „Totalen Institutionen“ – zwischen Konfrontation und Verflechtung* (Geschlossene Häuser. Historische Studien zu Institutionen und Orten der Separierung, Verwahrung und Bestrafung 3, Leipzig 2011) 359.

28 *Hauptstaatsarchiv Düsseldorf*, NW 0875/14020, Bl 77.

29 Die Studie erschien 1951 auf englisch: *Neurath*, *Social Life in the German Concentration Camps Dachau and Buchenwald* (New York 1951).

„Strafexerzieren‘ ist eine Form von verschärftem Drill, eine wahre Hölle. Gewöhnlich werden große Gruppen dazu verurteilt, etwa ganze Blocks. Einer der SS-Offiziere kommandiert, manchmal assistieren ihm andere. [...] Die Offiziere brüllen die Befehle und die Menge führt sie aus. ‚Niederwerfen! Aufstehen! Laufschrift, marsch! Auf den Bauch! [...] Nach links rollen! Nach rechts rollen! Aufstehen! Knie beugen! Froschhüpfen (das heißt mit gebeugten Knien vorwärts hüpfen)! Vorwärts hüpf! Rechtsum! Linksum! Geradeaus!‘ [...] Es ist schwer zu beschreiben, was daran so besonders höllisch ist und warum es sich so ganz erheblich vom gewöhnlichen militärischen Drill unterscheidet. Manchmal ist es die Grausamkeit der Übungen, [...]. Manchmal ist es der Boden: tiefer Matsch, Wasserlachen, Sand, Kies oder Schnee. Das Schlimmste ist das furchtbare Tempo. [...] Noch schlimmer ist der Drill, wenn alte und invalide Männer nicht weggehen dürfen. Sie sind ein Hindernis für die übrigen. Sie brechen zusammen und werden ohnmächtig und bringen damit die rennende Menge durcheinander. Manchmal sterben sie.“³⁰

Sowohl die Passage aus *Kaisers* Urteilsbegründung als auch *Neuraths* Schilderung zeigen, wie diese Praxis, mit der üblicherweise militärische Männlichkeit sowohl hergestellt als auch performiert wurde, nun von den Aufsehern gegen die Häftlinge genutzt wurde. Mit dieser Praxis wurden nun die Körper derjenigen, die weder zur Volksgemeinschaft gehören sollten noch durften, performativ und zerstörerisch ausgeschlossen. Die medial kommunizierte Absicht der Wiedereingliederung in die Volksgemeinschaft kann angesichts der massiven körperlichen Folgen tatsächlich nur als Propaganda verstanden werden. „Wir waren keine Männer mehr, sondern Häftlinge“, charakterisierte ein ehemaliger Häftling, die von ihm erlebte Praxis des „Sportmachens“.

3. Performierte Männlichkeit

In fast allen KZ wurde ab 1942/43 von Häftlingen Fußball gespielt, einschließlich Lublin-Majdanek und Auschwitz. Das Fußballspiel wurde in diesem Zeitraum von der jeweiligen Lager-SS, dem Kommandant und den Schutzhaftlagerführern gestattet. Zu diesem Zeitpunkt wurden die Häftlinge zunehmend wichtige Arbeitskräfte für die Rüstungsindustrie und Kriegswirtschaft. Im Frühjahr 1942 wurde die *Inspektion der Konzentrationslager* als Amtsgruppe D in das Wirtschafts- und Verwaltungshauptamt (WVHA) eingegliedert. *Himmler* ernannte *Oswald Pohl* zum Leiter dieses Amtes. Um die Arbeitskraft der Häftlinge so effektiv wie möglich ausbeuten zu können, wurde nicht nur der Sonntag arbeitsfrei, auch wurden einigen Häftlingen Vergünstigungen gewährt. Dazu gehörten bspw. Verpflegungszulagen, Geldprämien, Tabakwarenbezug sowie der Bordell-

³⁰ *Neurath*, Die Gesellschaft des Terrors. Innenansichten der Konzentrationslager Dachau und Buchenwald (Frankfurt am Main 2004) 142.

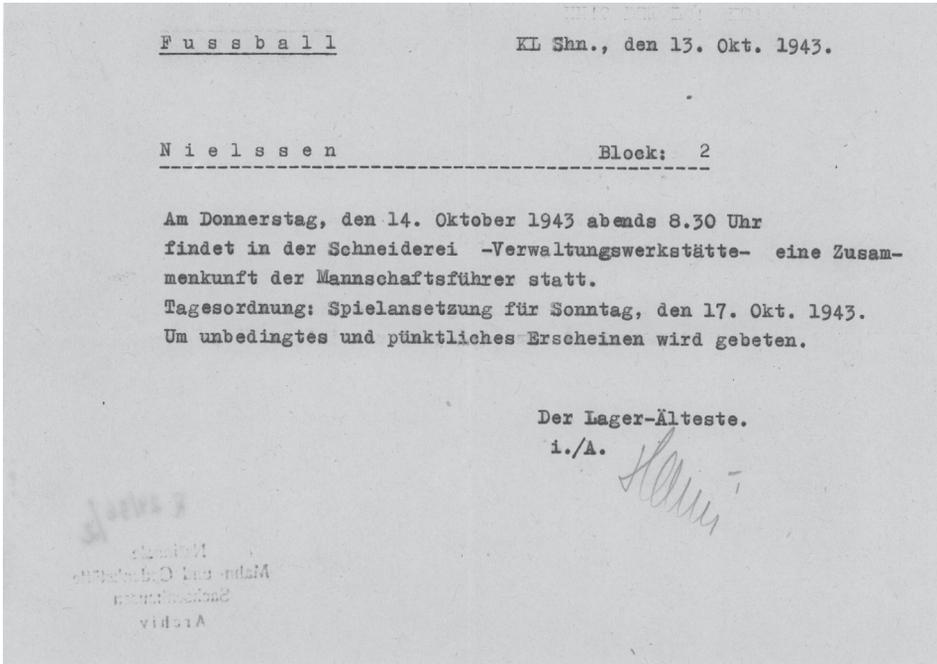


Abbildung 3: Planung und Einladung zur Zusammenkunft der Mannschaftsführer (Oktober/November 1943). Archiv der Mahn- und Gedenkstätte Sachsenhausen, Kaare Nielsen II 630001, Größe A6.

besuch. Gewährt wurden diese Vergünstigungen jenen Häftlingen, die in wichtigen Arbeitskommandos eingesetzt waren.

Diese Häftlinge, die für den Lagerbetrieb wichtige Funktionen wie *Vorarbeiter*, also Kapos der entsprechenden Arbeitskommandos übernehmen mussten, waren es schließlich, die sonntags Fußball spielen konnten. Die entstehenden Teams benannten sich nach Arbeitskommandos wie in Sachsenhausen, nach Farben, wie in Neuengamme, manchmal spielten sie auch als Nationalteams gegeneinander. Dh allerdings nicht, dass in der polnischen Mannschaft nur Polen spielten oder in der deutschen Mannschaft nur deutsche Häftlinge. In KZ wie Sachsenhausen, Neuengamme oder auch Mauthausen gab es zeitweilig zwischen 5–10 Mannschaften, die gegeneinander antraten. Meistens spielten die Mannschaften 30 Minuten pro Halbzeit und in einer kleineren Besetzung (9 Spieler). Vermutlich wurde vorher von einigen Häftlingen, den Mannschaftskapitänen, ausgehandelt, welche Mannschaften an den kommenden Sonntagen gegeneinander antraten. Ein Beispiel dafür ist die hier abgebildete Einladung zur „Zusammenkunft der Mannschaftsführer“ aus dem KZ Sachsenhausen.

Diese Einladung zeigt, wie organisiert diese Fußballspiele waren und wie sehr die Häftlinge versuchten in der Organisation und auch den Spielen eine Autonomie zu bewahren. Zum Fußballspielen brauchten die Männer eine wesentliche Voraussetzung: Sie mussten

körperlich dazu in der Lage sein. *Herbert Schemmel*, ehemaliger Häftling des KZ Neuengamme, sagte dazu später in einem Interview: „Das Gros der Masse, konnte nicht Fussball spielen, selbst wenn sie konnten, rein technisch, waren sie körperlich nicht dazu in der Lage, physisch.“³¹

Weiters benötigten die Häftlinge einen Zugriff auf Ressourcen, die im Kontext des KZ nicht einfach zu besorgen waren: Bälle, Schuhe, in manchen Fällen auch Trikots, einen Platz, auf dem gespielt werden konnte und schließlich Zeit. Die SS begünstigte zwar das Spiel und einige SS-Aufseher sahen den Spielen gerne zu. Folge ich aber den Quellen, stellte die SS keine Ressourcen zur Verfügung. In ihren Erinnerungen beschreiben Überlebende, dass es nicht leicht war, das Spiel zu organisieren. Vor allem der Ball stellte die Häftlinge vor große Probleme. In Mauthausen habe man zuerst, so ein ehemaliger spanischer Häftling in einem Interview, mit einem Ball aus Papier gespielt bis es einen richtigen Lederball gab. Schuhe stellten ebenfalls ein großes Problem dar. Anhand der Erinnerungen daran, wie diese organisiert wurden, lässt sich viel über die komplizierten Dynamiken, Verflechtungen, und die Aneignungspraktiken der Häftlinge in den KZ erkennen. Vor dem eigentlichen Spiel standen Absprachen und Tauschgeschäfte zwischen Aufsehern und Häftlingen. Denn nur so war es den Häftlingen möglich Zugriff auf Schuhe, Ball und auch Trikots zu erhalten.

4. Fazit

Sport in Konzentrationslagern war ambivalent. Gerade weil Sport zwischen den Polen Disziplinierung und Emanzipation changieren kann, konnte Sport von der NS-Bildpresse genutzt werden, um den erzieherischen Charakter der frühen KZ herauszustellen; gleichzeitig war das verordnete „Sportmachen“ in den Lagern immer gewaltförmig gegen die Häftlinge gerichtet. Andererseits konnte das erlaubte Fußballspielen am Sonntag eine Form der Selbstbehauptung, Überlebensstrategie oder einfach nur ein „simples“ Freizeitvergnügen für die Häftlinge sein.

„Auf dem Appellplatz, wo Häftlinge bis zum Umfallen schikaniert und auch sehr oft bis zum Tode gequält wurden, und wo so viele, um von ihrem schrecklichen Schicksal erlöst zu werden, in den angrenzenden elektrischen Stacheldraht liefen, durfte jetzt an freien Tagen Fußball gespielt werden. Trotz Hunger und täglich 12stündiger harter Arbeit entstanden einige Fußballmannschaften, die sich aus Häftlingen der gleichen Nation oder des gleichen Arbeitskommandos zusammensetzten. Obwohl die Utensilien der Spieler, wie Schuhe, Bekleidung usw sehr primitiv waren und auf dem harten Boden des Appellplatzes gespielt wurde, halfen diese Spiele den spielenden und auch zuschauenden Häftlingen, ihr Leid und den Hunger einige Stunden zu ver-

31 *Archiv der Gedenkstätte Neuengamme*, Personengeschichtliche Sammlung 922, Interview von *Hermann Kaienburg* mit *Herbert Schemmel* am 5.10.1984.

gessen. Selbst der üble Geruch von verbranntem Fleisch, den der Wind vom nahegelegenen Krematorium herüber trug, wurde, wenn er nicht zu arg war, während der Fußballspiele weniger beachtet.“³²

Das Fußballspiel war, wie dieses Zitat sehr deutlich macht, ein „Heraustreten“ aus dem sonstigen Alltag der Häftlinge. Beim Betrachten des Fußballspiels in den KZ geht es also um die Aneignungspraktiken der Häftlinge, die aber nicht allen in gleicher Weise zur Verfügung standen, sondern in Abhängigkeit standen zu der Häftlingskategorie, innerhalb derer sich die jeweiligen Häftlinge befanden.³³ Eine Auseinandersetzung mit Sport in den Lagern stellte nicht zuletzt Fragen an Merkmale des Sports, wie die im Wettkampf performativ erzeugte und öffentlich sichtbare Differenz. Ohne diese wäre Sport gar nicht brauchbar für Praktiken der Ausgrenzung und Demütigung. Während das „Sportmachen“ als gewalttätige Praxis verstanden werden muss, mit der die Häftlinge aus dem Kanon einer hegemonialen Männlichkeit ausgeschlossen werden sollten, kann das Fußballspiel nicht zuletzt auch als ein Versuch von Selbstbehauptung gelesen werden.

Dr.ⁱⁿ Veronika Springmann ist Historikerin und Sportwissenschaftlerin. Sie arbeitet als PostDoc im Rahmen des DFG Projekts Recht-Geschlecht-Kollektivität an der Freien Universität Berlin und forscht derzeit zu Homosexuellenbewegung und Rechtsordnung in der Bundesrepublik Deutschland; veronika.springmann@fu-berlin.de

32 *Archiv der KZ-Gedenkstätte Dachau*, Akt von Dr. Viktor Matejka, 32103 [Anm: leider kein Jahr im Akt angegeben].

33 *Füssel*, Zum Begriff der Aneignung in der Geschichtswissenschaft, *Die Kunst der Schwachen*. Zum Begriff der „Aneignung“ in der Geschichtswissenschaft, in *Sozial.Geschichte* 21/3 (2006) 7–28.

Zur menschenrechtlichen Situation im EU-Aufnahmezentrum („Hotspot“) auf der griechischen Insel Samos

Jenny Fleischer

1. Situation vor Ort

Seit Inkrafttreten des Abkommens der EU mit der Türkei am 20.3.2016¹ stranden Geflüchtete oftmals für viele Jahre auf den ägäischen Inseln. Die griechische Insel Samos ist eine der fünf Inseln in der Ägäis, auf welcher nach dem EU-Türkei-Deal ein sog „Hotspot“ („Reception and Identification Centre“ – Aufnahmezentrum²) errichtet wurde.³ Während die Zahl der Ankommenden nach Inkrafttreten des Abkommens zunächst drastisch zurückging, stieg die Zahl im Jahr 2019 wieder auf ca das Doppelte der Zahlen der vorherigen beiden Jahre.⁴ Über die Hälfte der Ankommenden kamen aus Syrien und Afghanistan. In dem für ursprünglich 648 Menschen konzipierten⁵ „Hotspot“ auf Samos leben 4.000 bis zeitweise über 7.000 Schutzsuchende.⁶ Außerhalb des eingezäunten „Hotspots“ hat sich das Lager auf Grund der Überfüllung notgedrungen erweitert – im inoffiziellen Teil des Camps leben Menschen in Sommerzelten, die sie oftmals mit eigenen Mitteln anschaffen müssen. Die Zelte stehen auf einem steinig-sandigem Boden am Hang der Kleinstadt Vathy auf Samos. Besonders im Winter ist die Situation in den Sommerzelten unzumutbar. Sanitäre Anlagen sind rar und entsprechen keinen hygienischen Mindeststandards. Die Vereinten Nationen (UN), insb das Hochkommissariat der UN für Flüchtlinge (UNHCR), sprechen wiederholt Warnungen über die Situation der Flüchtlinge auf den griechischen Inseln aus.⁷ Insb die medizinische Versorgung ist unzureichend. Das Flüchtlingslager beschäf-

1 Sogenannter *EU-Türkei-Deal*; Europäischer Rat, Erklärung EU-Türkei, 18. März 2016, Pressemitteilung 144/16 v 16.3.2016, www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/ (13.1.2020).

2 Art 8 Abs 4 lit a Greek Law 4375/2016, Übersetzung durch *refworld* des UNHCR, www.refworld.org/docid/573ad4cb4.html (13.1.2020). Die im Artikel zitierten griechischen Gesetzestexte sind auf griechisch verfügbar unter: <https://www.asylumineurope.org/reports/country/greece>.

3 Auf den griechischen Inseln Chios, Kos, Leros, Lesbos und Samos wurden sogenannte „Hotspots“ errichtet.

4 UNHCR, Mediterranean Situation, Greece, <https://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean/location/5179> (15.12.2019).

5 *Greek Council for Refugees*, Reception and Identification Procedure. Greece, <http://asylumineurope.org/reports/country/greece/asylum-procedure/access-procedure-and-registration/reception-and> (15.12.2019).

6 UNHCR, Mediterranean Situation, Greece, <https://unhcr.org> (29.12.2019).

7 So zuletzt UN-Flüchtlingskommissar *Filippo Grandi* bei einem Besuch auf der Insel Lesbos. UNHCR, Head of UNHCR calls for urgent response to overcrowding in Greek island reception centres, Europe to share responsibility, <https://unhcr.org/news/press/2019/11/5ddfc2ea4/head-unhcr-calls-urgent-response-overcrowding-greek-island-reception-centres.html> (15.12.2019).

tigt lediglich ein bis zwei ÄrztInnen für zeitweise über 7.000 BewohnerInnen. Das Inselkrankenhaus besitzt nicht die Infrastruktur, um die Neuankommenden adäquat zu versorgen. Die Nichtregierungsorganisation *Médecins Sans Frontières* (MSF – Ärzte ohne Grenzen) macht regelmäßig auf die schlechte Gesundheitsversorgung aufmerksam und warnte bereits 2017 vor einer „Mental health crisis for asylum seekers“⁸ auf den griechischen Inseln. Nur sehr wenige Schutzsuchende werden außerhalb des Camps in Wohnungen untergebracht.⁹ Mehr als ein Viertel der BewohnerInnen des „Hotspots“ sind Kinder, ein weiteres Viertel Frauen. Auf Grund einer allgemein angeordneten Residenzpflicht¹⁰ müssen die Schutzsuchenden grundsätzlich den ersten Teil ihres Asylverfahrens auf der Insel Samos durchlaufen. Gesetzliche Ausnahmen sind vorgesehen für Fälle, in denen ein Anspruch auf Familienzusammenführung nach der Dublin-III-VO¹¹ besteht, und für besonders schutzbedürftige Asylsuchende.¹² Hierzu gehören ua unbegleitete minderjährige Flüchtlinge, schwangere Frauen, alleinerziehende Eltern mit Kindern und schwerkranke Menschen. Die Residenzpflicht wird für diese Personengruppen nach einer Einzelfallprüfung aufgehoben und die Personen werden mit der Fähre auf das Festland transferiert. Auf Grund der Geschehnisse im Herkunftsland oder der Erlebnisse auf der Flucht ist die Mehrheit der Ankommenden besonders schutzbedürftig. Um dem öffentlichen Druck zu begegnen, werden regelmäßig auf Grund politischer Entscheidungen mehrere hundert Personen von der Insel auf das Festland gebracht. Jedoch überwiegt die Zahl der Neuankommenden, sodass das Lager chronisch überbelegt bleibt. Da die Abläufe auf den griechischen Inseln in allen Verfahrensstadien zeitlich verzögert ablaufen – wie im Folgenden gezeigt wird –, harren die Schutzsuchenden oftmals monate- bis jahrelang auf den Inseln aus und warten darauf, dass ihr Asylantrag bearbeitet wird. Die Verfahren werden im Rahmen von sogenannten schnellen Grenzverfahren (*fast-track border procedures*¹³) bearbeitet. Die einzelnen Verfahrensstufen (Registrierung und Identifizierung, medizinische Untersuchung, Anhörung, Entscheidung) liegen jedoch auf Grund der Überlastung der Behörden vor Ort zeitlich weit auseinander. Die Anhörung findet, nach dem EU-Türkei-Deal, nicht wie im regulären Asylverfahren zum Zweck der Prüfung des Schutzbedarfs der individuellen Verfolgung im Heimatland statt, sondern dient zunächst lediglich einer Zulässigkeitsprüfung (*admissibility interview*¹⁴). Da Griechenland die Türkei im April 2016 zum „sicheren Drittstaat“¹⁵ erklärte, müssen Asylsuchende zunächst die gesetzliche Vermutung, dass die Türkei für den/die AntragsstellerIn ein sicherer Drittstaat sei und sie dort Schutz finden können, widerlegen. Stellt sich

8 Vgl. *Medecins sans Frontieres*, EU border policies fuel mental health crisis for asylum seekers, <https://msf.org/greece-eu-border-policies-fuel-mental-health-crisis-asylum-seekers> (15.12.2019).

9 Etwa 3 %, vgl. *UNHCR*, Mediterranean Situation, Greece, <https://unhcr.org/> (29.12.2019).

10 Asylum Service Director Decision 18984, Gov Gazette B 4427/05.10.2018.

11 Art 8-11 Dublin-III-VO (EU) 604/2013, ABl L 2013/180, 31.

12 Die Vulnerabilitätskriterien sind in Art 14 Abs 8 Greek Law 4375/2016 und Art 20 Greek Law 4540/2018 festgelegt.

13 Art 60 Greek Law 4375/2016.

14 Art 33 AsylverfahrensRL 2013/32/EU, ABl L 2013/180, 60; Art 54 Abs 1 lit d Greek Law 4375/2016.

15 Das Konzept des sicheren Drittstaats ist in Art 38 AsylverfahrensRL 2013/32/EU und Art 56 Greek Law 4375/2016 geregelt.

die Türkei nach Einschätzung der griechischen Asylbehörde für die Geflüchteten als sicher dar, werden ihre Anträge nach der Anhörung als unzulässig (*inadmissible*) eingestuft. Als Folge wird die Abschiebung zurück in die Türkei angeordnet. Da Asylverfahren und Flüchtlingsschutz in der Türkei nicht den Vorgaben der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) entsprechen,¹⁶ wird den AntragstellerInnen hierdurch das Recht auf die individuelle, einzelfallgerechte Prüfung des Asylantrags genommen. Es erfolgt eine Abschiebung in die Türkei, ohne dass der individuelle Verfolgungsgrund bei der Prüfung des Asylantrags berücksichtigt wurde. Gegen den ablehnenden Bescheid ist eine Rechtsmittelfrist von fünf Tagen gegeben.¹⁷

2. Rechtliche Einschätzung

Obwohl der EU-Türkei-Deal als vorübergehende und außerordentliche Maßnahme („temporary and extraordinary measure“¹⁸) verkündet wurde, sind bereits fast vier Jahre seit Inkrafttreten des Abkommens vergangen, ohne dass eine Besserung der Situation vor Ort eingetreten ist. Das Konzept der EU-Aufnahmezentren wirft zahlreiche menschen- und unionsrechtliche Fragen auf. Auf das Problem der Rechtsverbindlichkeit des EU-Türkei-Deals¹⁹ und die Frage, ob die Türkei die Voraussetzungen eines sicheren Drittstaates erfüllt,²⁰ soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.

Ein Fokus wird im Folgenden auf die Aufnahmebedingungen und auf das Asylverfahren gerichtet. Die EU-Mitgliedstaaten sind unionsrechtlich an die Garantien aus der Aufnahmeleitlinie²¹ und der Asylverfahrensrichtlinie²² gebunden und haben deren Vorgaben in nationale Gesetze umzusetzen.²³

16 Die Türkei hat die Genfer Flüchtlingskonvention nur mit einem geografischen Vorbehalt anerkannt und gewährt nur Asylsuchenden Schutz, die aus Europa kommen. Nicht-europäische Asylsuchende bekommen lediglich – wenn überhaupt – einen vorübergehenden Schutz („temporary protection“) zugesprochen.

17 Art 61 Abs 1 lit d Greek Law 4375/2016.

18 *European Council*, EU-Turkey statement, 18 March 2016, <https://consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/> (29.12.2019).

19 Sowohl das Gericht der Europäischen Union (EuG) als auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) erklärten sich für nicht zuständig, vgl. EuG 28.2.2017, T-192/16, *NF/Europäischer Rat*, ECLI:EU:T:2017:128; EuG 28.2.2017, T-193/16, *NG/Europäischer Rat*, ECLI:EU:T:2017:129 und EuG 28.2.2017, T-257/16, *NM/Europäischer Rat*, ECLI:EU:T:2017:130, sowie EuGH, 12.9.2018, C-208/17 P bis C-210/17 P, *NF u.a./Europäischer Rat*, ECLI:EU:C:2018:705; eingehend zur völkerrechtlichen und unionsrechtlichen Verbindlichkeit des EU-Türkei-Deal: *Hofmann/Schmidt*, Die Erklärung EU-Türkei vom 18.3.2016 aus rechtlicher Perspektive, NVwZ-Extra 11/2016, 1.

20 Obwohl die Türkei die GFK nur eingeschränkt ratifiziert hat und Menschen nach Syrien abschiebt, bestätigte der Oberste Verwaltungsgerichtshof Griechenlands im Fall von zwei syrischen Staatsangehörigen, dass die Türkei für diese ein sicherer Drittstaat sei: Oberster Verwaltungsgerichtshof Griechenland, 22.9.2017, 2347/2017 und 2348/2017, https://www.refworld.org/cases,GRC_CS,5b1935024.html. Im Juli 2019 stoppte das Verwaltungsgericht München eine Dublin-Rückführung nach Griechenland und zog die rechtmäßige Anwendung des Konzeptes des sicheren Drittstaates durch Griechenland in Zweifel: VG München 17.7.2019, M 11 S 19.50722.

21 AufnahmeRL 2013/33/EU, ABl L 2013/180, 96.

22 AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

23 Die AufnahmeRL wurde in Griechenland in nationales Recht umgesetzt durch Greek Law 4540/2018, Gazette 91/A/22-5-2018; die AsylverfahrensRL durch Greek Law 4375, Gazette 51/A/3-4-2016, geändert durch Law 4399/2016, Gazette 117/A/22-6-2016; Law 4461/2017, Gazette 38/A/28-3-2017; Law 4485/2017, Gazette 114/A/4-8-2017; Law 4540/2018, Gazette 91/A/22-5-20.

2.1. Aufnahmebedingungen

Zu konstatieren ist, dass die Aufnahmebedingungen im „Hotspot“ auf Samos seit Inkrafttreten des EU-Türkei-Deals nicht mit unionsrechtlichen Schutzpflichten vereinbar sind. Die humanitäre Versorgung der Asylsuchenden ist unstreitig verbesserungswürdig.²⁴ Insb für Personen, die die Vulnerabilitätskriterien erfüllen, sind die Aufnahmebedingungen nicht menschenrechtskonform.²⁵

Individualklagen gegen die Lebensbedingungen in den Aufnahmezentren auf Grund von menschenunwürdiger und erniedrigender Behandlung haben Aussicht auf Erfolg. Jüngst gab es eine Reihe von positiven Eilbeschlüssen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) hinsichtlich der Verletzung der Rechte von besonders schutzbedürftigen Menschen (insb schwangere Frauen und unbegleitete minderjährige Flüchtlinge), die sich auf den griechischen Inseln im Asylverfahren befinden. Der EGMR verpflichtete Griechenland, den jeweiligen AntragstellerInnen unverzüglich adäquate Lebensbedingungen zu gewährleisten, um eine Verletzung nach Art 3 EMRK abzuwenden.²⁶

Durch die menschenunwürdigen Lebensbedingungen im „Hotspot“, chronische Unterbesetzung von medizinischem Personal und zeitlich verzögerten medizinischen Untersuchungen wird insb das durch die Aufnahmerichtlinie garantierte Recht auf adäquate medizinische Versorgung auf Samos in der Mehrheit der Fälle nicht gewährleistet.²⁷ Insb fehlt es auch an dringend benötigter psychologischer Unterstützung.

Fast gänzlich außer Acht gelassen wird zudem das durch die Aufnahmerichtlinie und das 1. Zusatzprotokoll der Europäischen Menschenrechtskonvention (1. ZP EMRK) garantierte Recht auf Zugang zu Bildung.²⁸ Nach griechischem Recht haben Kinder im Asylverfahren grundsätzlich einen gleichwertigen Anspruch auf Bildung wie Kinder mit griechischer Staatsbürgerschaft.²⁹ Mehr als ein Viertel der Menschen in dem „Hotspot“ Vathy auf Samos sind Kinder – weitestgehend besteht keine staatliche Infrastruktur, um den Kindern eine Schulbildung zu ermöglichen. Daraus folgt eine Verletzung elementarer Kinderrechte. Dies führt zu erschwerter Integration.³⁰ Eine Vielzahl von Organisationen

24 Vgl NN, Head of UNHCR calls for urgent response to overcrowding in Greek island reception centres, Europe to share responsibility, <https://unhcr.org/news/press/2019/11/5ddfc2ea4/head-unhcr-calls-urgent-response-overcrowding-greek-island-reception-centres.html> (29.12.2019); sowie im Jahr zuvor: NN, Top UNHCR Official urges action to tackle overcrowding on Greek islands, <https://unhcr.org/gr/en/7541-top-unhcr-official-urges-action-tackle-overcrowding-greek-islands.html> (29.12.2019). Vgl auch *Deutsche Bundesregierung*, Die humanitäre und asylpolitische Lage in „EU-Hotspots“ in Griechenland, Drucksache 19/6608 v 18.12.2018, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/066/1906608.pdf> (29.12.2019).

25 Zur Problematik der Aufnahmebedingungen für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge vgl UNICEF, Press Release, <https://unicef.org/press-releases/more-1100-unaccompanied-refugee-and-migrant-children-greece-need-urgent-shelter-and> (29.12.2019).

26 Vgl bspw EGMR 6.1.2020, 371/20, *A.D./Greece*; EGMR 21.11.2019, 60181/19, *G.K./Greece*; EGMR 19.11.2019, 59670/19, *H.A./Greece*.

27 Garantiert durch Art 17 und 19 AufnahmeRL 2013/33/EU, 96; Art 3 EMRK; Art 3 und 35 EU-Grundrechtecharta.

28 Art 14 AufnahmeRL 2013/33/EU, 96; Art 2 1. ZP EMRK.

29 Art 13 Greek Law 4540/2018.

30 *Save the Children*, Children on the Move in Italy and Greece 2017, <https://resourcecentre.savethechildren.net/library/children-move-italy-and-greece> (29.12.2019).

hat diesen Umstand bereits öffentlich gemacht und Druck auf die griechische Regierung sowie die EU-Mitgliedstaaten ausgeübt, Flüchtlingskindern auf den ägäischen Inseln Zugang zu Bildung zu ermöglichen und sie besser zu schützen.³¹

2.2. Zugang zum Recht: Rechtliche Unterstützung und Verfahrensinformationen

Die Asylverfahrensrichtlinie garantiert den „effektiven Zugang“ zum Asylverfahren.³² Sowohl die Möglichkeit der Hinzuziehung eines/r RechtsanwältIn oder sonstigen RechtsberaterIn als auch das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem Gericht soll gewährleistet werden.³³ Zu den durch die Asylverfahrensrichtlinie garantierten Rechten gehört folglich auch der Zugang zu Rechtsinformationen und der Zugang zu Rechtsbeistand. Der Zugang zum Recht im Allgemeinen steht Schutzsuchenden im „Hotspot“ auf Samos jedoch nur eingeschränkt zur Verfügung. Auf Grund der Tatsache, dass viele der Schutzsuchenden der Residenzpflicht unterliegen und auf den Inseln nur eine begrenzte Anzahl an griechischen RechtsanwältInnen arbeiten, wird der Zugang zum Recht durch die Residenzpflicht erheblich eingeschränkt. Unabhängige Asylverfahrensberatung wird auf den Inseln lediglich durch einige wenige nicht-staatliche AkteurInnen durchgeführt. Der fehlende Zugang zu Rechtsberatung ist besonders problematisch im Hinblick auf die kurze Rechtsmittelfrist von fünf Tagen nach Bekanntgabe des ablehnenden Asylbescheids.³⁴ Die Mehrheit der Asylsuchenden hat keine Chance, ein/e RechtsanwältIn zu finden und zu beauftragen. Nur einer geringen Anzahl an Asylsuchenden wurde 2018 durch das erste staatlich finanzierte Rechtsmittelprogramm ein/e AnwältIn beigeordnet.³⁵

2.3. Geschlossene Haftzentren

Die jüngst verkündeten Pläne der griechischen Regierung, die „Hotspots“ zu geschlossenen Einrichtungen in Form von Haftlagern umzuwandeln,³⁶ erinnert an die Situation bei Einführung der „Hotspots“ im Jahr 2016. Die Aufnahmelager wurden zunächst als geschlossene Zentren genutzt und die Neuankommenden in den Lagern inhaftiert. Auf

31 *Council of Europe*, Report of the Commissioner for Human Rights Dunja Mijatovic following her visit to Greece from 25 to 29 June 2018, CommDH (2018) 24, 6.11.2018, 52 and 62. Vgl. auch *UNHCR*, Desperate Journeys, <https://unhcr.org/dach/de/35069-europa-muss-sich-aktiver-fuer-den-schutz-von-fluechtlings-und-migrantenkindern-einsetzen.html> (29.12.2019).

32 ErwG 25 AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

33 ErwG 25 und Kapitel II (Grundsätze und Garantien) AsylverfahrensRL 2013/32/EU.

34 Nichtregierungsorganisationen stellten fest, dass es insgesamt 12 Themengebiete gibt, in denen Asylantragsteller in Griechenland rechtliche Unterstützung benötigen, *UNHCR*, Legal Aid (Individual Legal Representation in Asylum/Refugee Context) for Migrants, Asylum Seekers and Refugees in Greece, <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/61989> (29.12.2019).

35 *Greek Council for Refugees*, Country Report: Greece, <https://asylumineurope.org/reports/country/greece> (29.12.2019).

36 *ZDF heute*, Kleinere geschlossene Camps geplant – Athen will überfüllte Flüchtlingslager schließen, 20.11.2019, <https://zdf.de/nachrichten/heute/griechenland-will-tausende-migranten-einsperren-geschlossene-lager-geplant-100.html> (29.12.2019).

Grund des großen öffentlichen Drucks wurden die Inhaftierungen wenige Monate später bereits wieder aufgehoben und die Residenzpflicht als milderes Mittel eingeführt.³⁷ Politische Pläne, die Aufnahmezentren per se als geschlossene Einrichtungen zu organisieren, widersprechen menschenrechtlichen Gewährleistungen. Eine Inhaftierung von Schutzsuchenden ist völker- und unionsrechtlich nur unter engen Voraussetzungen möglich und muss immer die Ausnahme darstellen.³⁸ Eine Anordnung von Haft kann nur im Rahmen einer Einzelfallprüfung unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfolgen. Es ist nicht davon auszugehen, dass auf den griechischen Inseln in der jetzigen Situation eine – schnell notwendige – Einzelfallprüfung für jede neuankommende Person stattfinden kann und dass die Überprüfbarkeit der Entscheidung für jede einzelne Person eröffnet sein wird. Durch den bereits beschriebenen Mangel an RechtsanwältInnen auf den griechischen Inseln und durch extrem kurze Rechtsmittelfristen im Haftrecht lässt sich hier kein faires Verfahren erhoffen. Ua wegen der hohen Anzahl der Kinder, unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen und weiteren vulnerablen Personengruppen ist zu befürchten, dass massenhaft rechtswidrige Inhaftierungen drohen, sollten diese Pläne wieder verwirklicht werden.

3. Das Rechtsinformationsprojekt der Refugee Law Clinic Berlin

Die *Refugee Law Clinic Berlin* (RLC Berlin)³⁹ arbeitet seit Frühjahr 2018 auf Samos, um den Schutzsuchenden Zugang zum Recht zu ermöglichen. Ein europäisches Team von freiwilligen RechtsberaterInnen und SprachmittlerInnen berät Asylsuchende vor Ort kostenlos zu ihrem Asylverfahren und zu Möglichkeiten der Familienzusammenführung nach der Dublin-III-VO. Hierzu wurde das *Samos Legal Centre* aufgebaut, das nun eine Anlaufstelle für Ratsuchende geworden ist und bereits in über 1.000 Fällen Einzelfallberatung anbot. Gemeinsam mit griechischen Rechtshilfeorganisationen *Metadrasi* und *Greek Council for Refugees* sowie weiteren internationalen Nichtregierungsorganisationen vor Ort leistet das Rechtsinformationsprojekt einen Beitrag, um unabhängige Verfahrensinformationen zur Verfügung zu stellen und den Zugang zum Recht zu gewährleisten. Die wenigen griechischen AnwältInnen sind überwiegend überlastet durch die große Zahl an zu bewältigenden Widerspruchsverfahren. Das Projekt der RLC Berlin bietet Rechtsinformationen vor dem Zeitpunkt eines abgelehnten Asylantrags an. Um

37 Vgl. UNHCR, Explanatory Memorandum pertaining to UNHCR's submission to the Committee of Ministers of the Council of Europe on developments in the management of asylum and reception in Greece, 10: „Following criticism by national and international organizations and actors, as well as due to the limited capacity to maintain and run closed facilities on the islands with high numbers of populations, alternatives to detention with geographical restriction of freedom of movement on the islands started to be applied.“

38 Sowohl in der EMRK, der AufnahmeRL sowie der Dublin-III-VO werden rechtsstaatliche Voraussetzungen für Inhaftierungen von Drittstaatsangehörigen geregelt. Haft ist dort jeweils als *ultima ratio* geregelt, vgl. Art. 5 EMRK, Art. 8 Abs. 2 AufnahmeRL 2013/33/EU, Art. 28 Dublin-III-VO (EU) 604/2013.

39 Die Refugee Law Clinic Berlin eV wurde 2014 an der Humboldt-Universität zu Berlin gegründet und bietet kostenlose Rechtsberatung für Geflüchtete und MigrantInnen an, <https://rlc-berlin.org> (2.1.2020).

Asylsuchende über das Vorgehen der Asylbehörden im Rahmen des EU-Türkei-Deal aufzuklären, finden mehrmals wöchentlich Informationsworkshops über das Asylverfahren in der EU statt. Zudem werden Einzelpersonen unterstützt, um die Asylanfrage vorzubereiten. Ein weiterer Fokus des Projekts liegt auf der Unterstützung bei der Familienzusammenführung innerhalb der EU nach der Dublin-III-VO. Viele Schutzsuchende haben enge Familienangehörige, die sich bereits im Asylverfahren in einem Mitgliedsstaat der EU befinden, oder in einem Mitgliedstaat als Schutzberechtigte anerkannt sind, sodass ein Anspruch auf Familienzusammenführung besteht. Durch die Präsenz des Teams vor Ort können Ratsuchende individuell unterstützt werden und der Zugang zum Recht, insb für Asylverfahrensinformationen, für einen Teil der Schutzsuchenden ansatzweise gewährleistet werden.

Die RLC Berlin arbeitet zudem seit Beginn daran, das Rechtsinformationsprojekt in griechischer Kooperation durchzuführen und hat das Konzept der universitären Refugee Law Clinics an griechischen Universitäten vorgestellt, da die Idee der *Clinical Legal Education*⁴⁰ und der kostenlosen studentischen Rechtsberatung in Griechenland noch nicht weitreichend bekannt ist. Eine Kooperation mit der Juristischen Fakultät der Aristoteles-Universität Thessaloniki für den Aufbau einer Refugee Law Clinic ist in Planung. Die theoretische Ausbildung im Migrationsrecht hat im Wintersemester 2019/2020 bereits stattgefunden und die praktische Ausbildung soll im Rechtsinformationsprojekt auf Samos stattfinden. Durch die Aufnahme des Migrationsrechts in das Curriculum der universitären Ausbildung in Griechenland und dem Aufbau von Law Clinics könnte dem Mangel an griechischen MigrationsrechtsanwältInnen entgegengesteuert werden.

4. Empfehlung

Die „vorübergehende und außerordentliche Maßnahme“⁴¹ des EU-Türkei-Deal ist zum Dauerzustand geworden. Ein solidarischer Umverteilungskonzept, das die Staaten an den EU-Außengrenzen entlastet und die familiären Verbindungen oder sonstigen Bezugspunkte der Schutzsuchenden zu einem Mitgliedstaat berücksichtigt, findet keine Mehrheit bei den EU-Mitgliedstaaten. Die „Hotspots“ auf den griechischen Inseln verfügen jedoch nicht über angemessene Aufnahmekapazitäten und die humanitäre Situation bleibt für Asylsuchende unzumutbar. Sofern der Deal von politischer Seite nicht aufgegeben wird, ist zwingend eine Veränderung der Situation auf den griechischen Inseln nötig. Neben der Verbesserung der humanitären Lage wird dringend unabhängige Asylver-

40 Eine Einführung zur Clinical Legal Education in Deutschland geben *Hannemann/Dietlein*, Tutorium Jura, Studentische Rechtsberatung und Clinical Legal Education in Deutschland (2016). Ein Überblick über die mehr als 30 aktiven Refugee Law Clinics in Deutschland ist auf der Webseite des Dachverbands zu finden: <https://rlc-deutschland.de> (2.1.2020). Vgl zum Thema der Clinical Legal Education: *Grimes*, The Theory And Practice Of Clinical Legal Education, in *Webb/Maughan* (Hrsg), Teaching Lawyers' Skills (1996) 138.

41 Europäischer Rat, Erklärung EU-Türkei, 18. März 2016, Pressemitteilung 144/16 v 16.3.2016, www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/ (13.1.2020).

fahrensberatung benötigt. Die neu gewählte griechische Regierung hat seit Herbst 2019 jedoch noch restriktivere Handhabungen verkündet. Die Zivilgesellschaft leistet momentan einen unverzichtbaren Beitrag in einer Situation, in der die EU-Mitgliedstaaten elementare Grund- und Menschenrechte der Geflüchteten ignorieren und die Missstände billigen. Die bisherigen juristischen Interventionen gegen den EU-Türkei-Deal sowie gegen die Lebensbedingungen für Schutzsuchende auf den griechischen Inseln konnte nur durch enormen Ressourcenaufwand von privaten UnterstützerInnen, Nichtregierungsorganisationen und Anwaltschaft geleistet werden. Durch die Tätigkeit von zivilgesellschaftlichen Organisationen wie der RLC Berlin wird die Situation vor Ort dokumentiert. Von Menschenrechtsverletzungen Betroffene können dort unmittelbar unterstützt werden. Rechtspolitisch notwendig ist es, Rechtsmittelfristen zu verlängern und mehr Rechtsbeistand bereitzustellen – sowohl für eine unabhängige Asylverfahrensberatung als auch für die Beiordnung der Widerspruchsverfahren. Nur so kann ein faires rechtsstaatliches Asylverfahren in der EU gewährleistet werden, das Asylsuchende nicht lediglich zum Objekt des Verfahrens macht.

Jenny Fleischer arbeitet als Rechtsanwältin in Berlin mit dem Schwerpunkt Migrationsrecht und übt die juristische Supervision für das Rechtsinformationsprojekt der Refugee Law Clinic Berlin auf Samos aus; jenny.fleischer@gmail.com

„Aus Gründen der Integration“¹

Die unions- und grundrechtliche Problematik eines angedrohten Entzugs von Leistungen der niederösterreichischen Grundversorgung für subsidiär Schutzberechtigte

Susanna Paulweber

1. Zur Vorgeschichte

Asylwerber*innen haben in Österreich – entgegen anderslautender unionsrechtlicher Verpflichtungen² – einen nur sehr theoretischen Zugang zum Arbeitsmarkt. Auch nach Zuerkennung ihres Schutzstatus³ sind sie daher geradezu zwingend auf staatliche Leistungen zur Existenzsicherung angewiesen. Der Zugang zu Deutschkursen ist insb im ländlichen Raum immer noch mit Hürden verbunden.³ Asylberechtigte mussten ihr Heimatland aufgrund wohlbegründeter Furcht vor Verfolgung aus den in der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) genannten Gründen⁴ verlassen und können daher nicht dorthin zurückkehren. Der Status des*der subsidiär Schutzberechtigten ist zuzuerkennen, wenn eine Außerlanderschaffung der betreffenden Person in ihren Herkunftsstaat die „reale Gefahr einer Verletzung von Art 2 EMRK, Art 3 EMRK oder der Protokolle Nr 6 oder Nr 13 zur Konvention bedeuten würde.“ (vgl § 8 Abs 1 AsylG). Auch subsidiär Schutzberechtigte waren also gezwungen, ihre Heimat aus Furcht um Leib und Leben zu verlassen; ihnen steht eine Rückkehr ebensowenig frei. Im Gegensatz zu Asylberechtigten, denen ein Rechtsanspruch auf bedarfsorientierte Mindestsicherung zukommt, sind subsidiär Schutzberechtigte in Niederösterreich bereits seit 2016 von Leistungen der Mindestsicherung ausgeschlossen und im Falle ihrer Hilfsbedürftigkeit auf Leistungen der Grundversorgung angewiesen. In einigen anderen Bundesländern erhalten sie – wie österreichische Staatsangehörige – nach wie vor Leistungen der Mindestsicherung.⁵

1 APA, „Gründe der Integration“: *Waldhäusl* verteidigt Brief an Flüchtlinge, *Die Presse* v 17.4.2019, www.diepresse.com/5614092 (15.12.2019).

2 Vgl etwa BVwG 1.10.2019, L517 2219978-1; NN, Asylwerber dürfen in Österreich früher arbeiten, *Der Standard* v 12.8.2019, www.derstandard.at/story/2000107356454 (15.12.2019).

3 Vgl dazu Punkt 2 des Forderungspapiers „Zehn Punkte für ein wirkungsvolles Inklusions- und Integrationsgesetz“ des Vereins SOS Mitmensch v 21.2.2017, www.sosmitmensch.at/dl/mklkJKJkLNlJqx4kJK/ExpertInnen_10_Punkte_Programm_Integrationsgesetz.pdf (15.12.2019).

4 Vgl Art 1 Abschnitt A GFK.

5 Vgl etwa § 5 Abs 2 Z 1 Wiener Mindestsicherungsgesetz oder § 3 Abs 2 lit f Tiroler Mindestsicherungsgesetz.

Die Höhe der Grundversorgung richtet sich nach den in Art 9 Grundversorgungsvereinbarung⁶ normierten Kostenhöchstätzen. Einzelpersonen in Grundversorgung, die in privaten Wohnungen leben, erhalten einen monatlichen Mietzuschuss in Höhe von 150 Euro und Verpflegungsgeld in Höhe von 215 Euro. Familien erhalten einen Mietzuschuss von maximal 300 Euro, sowie 215 Euro Verpflegungsgeld pro erwachsener Person und 100 Euro pro Kind.⁷

Im April 2019 wurde bekannt, dass die „Koordinationsstelle für Ausländerfragen“ des Amtes der niederösterreichischen Landesregierung Personen mit Status als subsidiär Schutzberechtigte unter Setzung einer rund zweimonatigen Frist zum Auszug aus organisierten Grundversorgungsquartieren auffordert. Begründet wird dies vom zuständigen Landesrat mit der „Pflicht zur Integration“. Dazu zählt aus seiner Sicht nicht nur die gesetzliche Verpflichtung zum Erlernen der deutschen Sprache und das Absolvieren von Wertekursen. Er möchte nun auch den Auszug aus einer organisierten Unterkunft in eine private Wohnung als Ausdruck von Selbstständigkeit – und damit als Teil der Integrationspflicht – verstanden wissen. Wohl auch aufgrund medialen Interesses und öffentlicher Kritik⁸ blieb es bisher lediglich bei der Drohung, Leistungen der Grundversorgung einzustellen, falls die Betroffenen der Anordnung keine Folge leisten. Vorliegender Beitrag legt die (grund)rechtlichen Bedenken dar, sollte der angedrohte Entzug von Leistungen tatsächlich realisiert werden. Konzentriert er sich zwar vorrangig auf die rechtlichen Konsequenzen eines gänzlichen Leistungsentzugs, macht er auch deutlich, dass generell zu hinterfragen ist, ob die in der Grundversorgungsvereinbarung vorgesehenen Kostenhöchstätze die Voraussetzungen der AufnahmeRL erfüllen.⁹

1.1. Zur niederösterreichischen Gesetzeslage

Ziel des Niederösterreichischen Grundversorgungsgesetzes (NÖ GVG) ist gem § 1 Abs 1 leg cit, hilfs- und schutzbedürftigen Fremden ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen, solange diese Hilfe dazu benötigen. Gem Art 6 Abs 1 Z 1 der Grundversorgungsvereinbarung¹⁰ umfasst die Grundversorgung die Unterbringung in geeigneten Unter-

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

7 Angemerkt sei an dieser Stelle, dass die in der Grundversorgungsvereinbarung festgelegten Kostenhöchstätze in Niederösterreich aufgrund eines nichtöffentlichen Erlasses der Koordinationsstelle für Ausländerfragen von den tatsächlich in Niederösterreich gewährten Sätzen abweichen.

8 Siehe FN 1; vgl auch *Brickner*, Hacker kritisiert Waldhäusl wegen Flüchtlingsumzugsaktion, *Der Standard* v 12.4.2019, www.derstandard.at/story/2000101325504 (15.12.2019).

9 Vgl dazu ausführlich: *Groschedl*, Menschenwürdige Aufnahmebedingungen als grundrechtliches Gebot im Asylverfahren, *migraLex* 2015, 66 (70 f).

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

künften unter Achtung der Menschenwürde und unter Beachtung der Familieneinheit. Darunter fallen die organisierten Unterkünfte, die von subsidiär Schutzberechtigten nun verlassen werden sollen.

Gem § 7 Abs 1 NÖ GVG werden Grundversorgungsleistungen bis zur Höhe der in Art 9 der Grundversorgungsvereinbarung festgelegten Kostenhöchstsätze gewährt. Sie können in Form von Geld- oder Sachleistungen bzw in Mischform, unter Auflagen, Bedingungen oder Anordnungen und „unter der Maßgabe, dass damit die Bedürfnisse des bzw. der Fremden ausreichend befriedigt werden“, auch eingeschränkt oder als Teilleistungen gewährt werden.

Grundversorgungsleistungen können verweigert, eingestellt oder eingeschränkt werden, wenn die hilfeschende Person eine erteilte Auflage, Bedingung oder Anordnung nicht befolgt (§ 8 Abs 1 Z 7 NÖ GVG) – jedoch hat eine solche Verweigerung, Einstellung oder Einschränkung gem § 9 NÖ GVG *verhältnismäßig* zu erfolgen. Schon hier treten Bedenken auf, ob eine gänzliche Versagung von Leistungen, für den Fall, dass keine private Unterkunft gefunden werden kann, gemessen an der zitierten Zielsetzung des Gesetzes, verhältnismäßig sein kann.

Die landesgesetzlichen Bestimmungen zur Grundversorgung sind grundsätzlich im Lichte der Rsp des Verfassungsgerichtshofs sowie der AufnahmeRL¹¹ zu interpretieren. Im Falle von subsidiär Schutzberechtigten ist darüber hinaus die StatusRL¹² zu berücksichtigen.¹³ Wie der VfGH bereits 2016 aussprach, wird die Gewährleistung der Grundversorgung von Fremden, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, über den noch nicht rechtskräftig abgesprochen wurde, in Umsetzung unionsrechtlicher Vorschriften sowie der Grundversorgungsvereinbarung im Wege der Hoheitsverwaltung vollzogen. Diesbezügliche Rechte von Asylwerber*innen ergeben sich damit aus dem öffentlichen Recht.¹⁴

1.2. Zu den unionsrechtlichen Vorgaben

Gemäß Erwägungsgrund (ErwG) 11 der AufnahmeRL soll die RL Normen für die Aufnahme von Antragsteller*innen festlegen, die diesen ein „menschenwürdiges Leben“ ermöglichen. Die Missbrauchsmöglichkeiten sollen dadurch beschränkt werden, dass Umstände festgelegt werden, unter denen die gewährten materiellen Leistungen eingeschränkt oder entzogen werden dürfen, „wobei gleichzeitig ein menschenwürdiger Le-

11 RL 2013/33/EU vom 26.6.2013 zur Festlegung von Normen über die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen.

12 RL 2011/95/EU vom 13.12.2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes.

13 Subsidiär schutzberechtigte Personen haben das Recht, gegen die Abweisung ihres Antrages auf Asyl Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zu erheben. In diesem Fall kommt ihnen zwar bereits ein Schutzstatus zu, dennoch befinden sie sich bis zu dessen rechtskräftigen Abschluss weiterhin auch im Asylverfahren.

14 Vgl VfGH 15.10.2016, A15/2015.

bensstandard für alle Antragsteller*innen zu gewährleisten ist.“¹⁵ Die RL steht dabei in Einklang mit den Grundrechten und Grundsätzen, die insbesondere mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) anerkannt wurden und zielt va darauf ab, „die uneingeschränkte Wahrung der Menschenwürde zu gewährleisten.“¹⁶

Es stellt sich die Frage, ob die Vollzugspraxis der Auszugsaufforderung bei sonstigem Leistungsentzug dem Unionsrecht entspricht. Der EuGH hat in seiner Rsp zur AufnahmeRL bereits mehrfach die Notwendigkeit der Garantie der Wahrung der Menschenwürde für Asylwerber*innen betont:

In der Rs *Saciri* hielt der Gerichtshof fest, dass die Höhe der finanziellen Unterstützung zwar vom jeweiligen Mitgliedstaat (MS) festgelegt wird, aber für ein menschenwürdiges Leben ausreichen muss, bei dem die Gesundheit und der Lebensunterhalt der Asylwerber*innen gewährleistet sind¹⁷. Im Rahmen der Festlegung der materiellen Aufnahmebedingungen in Form von Geldleistungen sind die MS nach Art 13 Abs 2 UAbs 2 der RL 2003/9/EG verpflichtet, diese Aufnahmebedingungen der Situation besonders bedürftiger Personen iSv Art 17 der RL anzupassen. Die Geldleistungen müssen somit ausreichen, um die familiäre Gemeinschaft und das – nach Art 18 Abs 1 der RL vorrangige – Wohl des Kindes zu bewahren. Die Garantie eines menschenwürdigen Lebens könne nur gewährleistet werden, wenn Asylwerber*innen durch Geldleistungen „in die Lage versetzt werden, eine Unterkunft zu finden, gegebenenfalls am privaten Wohnungsmarkt“¹⁸. IdS wäre die Aufforderung zum Auszug in jenen Fällen gerechtfertigt, in denen eine ortsübliche Miete inklusive anfallender Anmietungskosten übernommen werden würde.

Auch in der Rs *Cimade* hielt der EuGH unmissverständlich fest, dass selbst bei Einschränkungen oder beim Entzug von Leistungen aus der AufnahmeRL jedenfalls ein menschenwürdiger Lebensstandard zu gewährleisten ist.¹⁹

In der Rs *Haqbin* befasste sich der Gerichtshof jüngst mit dem temporären Ausschluss vom Anspruch auf materielle Hilfe in einer Aufnahmestruktur und hielt fest, dass ErwG 35 der AufnahmeRL darauf abzielt, die uneingeschränkte Wahrung der Menschenwürde zu gewährleisten und die Anwendung von ua Art 1 GRC²⁰ zu fördern und daher entsprechend umzusetzen ist. Die Achtung der Menschenwürde iSd Artikels verlange, „dass der Betroffene nicht in eine Situation extremer materieller Not gerät, die es ihm nicht erlaubt, seine elementarsten Bedürfnisse zu befriedigen, wie etwa eine Unterkunft zu finden, sich zu ernähren, zu kleiden und zu waschen, und die seine physische oder psychische Gesundheit beeinträchtigt oder ihn in einen Zustand der Verelendung versetzt, der mit der Menschenwürde unvereinbar wäre.“²¹

15 Vgl ErwG 25 der AufnahmeRL.

16 Vgl ErwG 35 der AufnahmeRL.

17 Noch in Bezug auf die AufnahmeRL idF 2003/9/EG vom 27.1.2003.

18 EuGH 27.2.2014, C-79/13, *Saciri ua*, ECLI:EU:C:2014:103, Rn 40-42.

19 EuGH 27.12.2012, C-179/11, *Cimade und GISTI*, ECLI:EU:C:2012:594.

20 Charta der Grundrechte der Europäischen Union ABl C 2012326, 2.

21 EuGH 12.11.2019, C-233/18, *Haqbin*, ECLI:EU:C:2019:956, Rn 46, mit Verweis auf EUGH 19.3.2019, C-163/17, *Jawo*, ECLI:EU:C:2019:218, Rn 92.

Dass sich die Wohnungssuche mit den gewährten finanziellen Mitteln von 150 bzw 300 Euro an Mietzuschuss entsprechend schwierig gestaltet, liegt auf der Hand. Die Möglichkeiten beschränken sich vorrangig auf den privaten Wohnungsmarkt, da der Finanzierungsbeitrag für eine Genossenschaftswohnung regelmäßig nicht aufgebracht werden kann. Da die Grundversorgung (anders als die Mindestsicherung) keine „Hilfe in besonderen Lebenslagen“, also im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung gewährte Leistungen für außerordentliche Anschaffungen, kennt, haben Personen bei einem Umzug auch eine etwaige Kautions- und/oder Provision selbst zu bezahlen. Der private Wohnungsmarkt ist zudem vielfach hart umkämpft, insb in zentraler Lage bzw Stadtnähe.

Laut Daten der *Statistik Austria* lag der Median der Wohnkosten für eine Mietwohnung österreichweit im Jahr 2018 bei 10,70 Euro pro Quadratmeter.²² Laut *Immobilienpreisspiegel* für 2018 der Wirtschaftskammer Österreich kosten Wohnungen „mittleren Wohnwerts“ im Ausmaß von bis zu 60 m² pro Quadratmeter im Bezirk Amstetten 5,50 Euro, in St. Pölten Stadt 6,40 Euro und in Tulln im Schnitt 8,10 Euro. Bei Wohnungen über 60 m² belaufen sich die Kosten pro Quadratmeter in Amstetten auf 5,10 Euro, in St. Pölten Stadt auf 5,60 Euro und in Tulln im Schnitt auf 7,30 Euro.²³ Angemerkt sei, dass der „mittlere Wohnwert“ den schlechtesten Wert der in der Auswertung verwendeten Kategorien darstellt, eine Wohnung „guten Wohnwerts“ kostet im Schnitt bereits ungleich mehr. Der Immobilienpreisspiegel ist aufgrund einer fehlenden Ausdifferenzierung nach Wohnungsgrößen sowie der fehlenden Berücksichtigung preislicher Unterschiede innerhalb eines Bezirks als Grundlage nicht ideal, dennoch wird selbst aus den oben wiedergegebenen Daten deutlich, dass die tatsächlichen und ortsüblichen Wohnkosten die Höhe des Mietzuschusses der Grundversorgung zum Teil weit übersteigen. Die Nettomiete ohne Betriebskosten für eine 35 m² große Wohnung in St. Pölten belief sich demnach 2018 auf 224 Euro.

Im Lichte des oben Gesagten wird bereits in Bezug auf unionsrechtliche Vorgaben klar, dass ein Ausschluss aus der Grundversorgung, für den Fall, dass keine private Wohnung angemietet werden kann, mit dem Unionsrecht unvereinbar ist.

2. Zu den grundrechtlichen Bedenken

Auch nach dem innerstaatlichen verfassungsrechtlichen Maßstab erscheint ein Ausschluss aus der Grundversorgung nicht rechtfertigbar, wobei die EMRK auf Basis der Harmonisierungsklausel des Art 52 Abs 3 Satz 1 GRC auch unionsrechtliche Maßstäbe vorgibt.²⁴

22 Vgl *Statistik Austria*, Wohnkosten von Hauptwohnsitzwohnungen nach Rechtsverhältnis (Zeitreihe), www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/wohnen/wohnkosten/079263.html (14.12.2019).

23 *Wirtschaftskammer Österreich*, Durchschnittliche Immobilienpreise für ganz Österreich www.wko.at/branchen/information consulting/immobilien-vermoegenstreuhaender/Preisspiegel.html (14.12.2019).

24 Vgl *Rumler-Korinek/Vranes* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC-Kommentar: Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2019), GRC Art 52 Rz 25.

2.1. Existenzsicherung und Menschenwürde

Wie eingangs bereits erwähnt, wird sowohl Asyl-, als auch subsidiär Schutzberechtigten internationaler Schutz zuteil, da sie – wenn auch aus unterschiedlichen Gründen – in ihrem Heimatland um Leib und Leben fürchten müssen. Mit den jeweils über den Status vermittelten Aufenthaltsberechtigungen gehen jedoch sehr unterschiedliche Leistungsansprüche in Bezug auf materielle Grundsicherung einher.

Der VfGH befasste sich im Jahr 2017 mit dem Ausschluss subsidiär Schutzberechtigter von Leistungen nach dem Niederösterreichischen Mindestsicherungsgesetz (NÖ MSG) und erachtete diesen für verfassungskonform.²⁵ Auch der EGMR erklärte jüngst eine Beschwerde, in welcher aufgrund des Ausschlusses aus dem NÖ MSG eine Verletzung von Art 6 EMRK sowie Art 14 iVm Art 8 EMRK geltend gemacht wurde, für unzulässig.²⁶ Nach Ansicht des VfGH in der zitierten Rs decken die Leistungen nach § 5 NÖ GVG „jedenfalls die zu einem menschenwürdigen Leben erforderlichen Grundbedürfnisse“ ab.²⁷ Zwar bestehe nach § 7 Abs 1 dritter Satz NÖ GVG kein Anspruch auf eine bestimmte Leistungsform, es bestehe aber daran kein Zweifel, dass im Falle eines entsprechenden Bedarfs die benötigten Leistungen nach dem Gesetz „nicht schlechthin verweigert werden dürfen“, sondern entweder in natura oder in Geld zu gewähren sind, „je nachdem welche Maßnahme erforderlich ist, um für die Betroffenen eine nach Art 3 EMRK verpönte Situation nicht eintreten zu lassen.“²⁸

Dem Gesetzgeber kommt bei der Festlegung der Anforderungen an das Niveau der Versorgung zur Ermöglichung eines menschenwürdigen Lebens ein rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zu, weshalb er die „für ein menschenwürdiges Dasein erforderlichen Leistungen nur im zwingend erforderlichen Umfang“ gewähren kann.²⁹ Mit diesen Ausführungen stellt der VfGH klar, dass kein Zweifel daran bestehe, „dass im Falle eines entsprechenden Bedarfs die benötigten Leistungen nach dem Gesetz nicht schlechthin verweigert werden dürfen“³⁰. Damit wird die „staatliche Minimalverpflichtung zur Gewährung von für ein menschenwürdiges Dasein erforderlichen Leistungen“³¹ betont.

Der EGMR hat in *V.M. ua/Belgien* judiziert, dass auch Personen, deren Asylantrag bereits rechtskräftig negativ beschieden wurde, in einer Weise versorgt werden müssen, die ihr menschenwürdiges Dasein sichert, solange sie sich noch im Land befinden.³² Die Ver-

25 VfGH 28.6.2017, E 3297/2016.

26 EGMR 5.9.2019, 33351/19, *M./Österreich* (noch nicht veröffentlicht).

27 VfGH 28.6.2017, E 3297/2016, Rz 15. Kritisch zur Ungleichbehandlung international Schutzberechtigter hingegen *Kaspar*, Sozialhilferechtliche Differenzierung aufgrund des Aufenthaltsstatus von subsidiär Schutzberechtigten? *juridikum* 4/2017.

28 VfGH 28.6.2017, E 3297/2016.

29 VfGH 28.6.2017, E 3297/2016, Rz 23

30 VfGH 28.6.2017, E 3297/2016, Rz 15.

31 Vgl *Cargnelli-Weichselbaum*, Bedeutung der Menschenwürde in der Rsp des VfGH zur Mindestsicherung, in FS Nowak und Tretter (2019) 525 (531).

32 EGMR 7.7.2015, 60125/11, *V.M. ua/Belgien*. Angemerkt sei, dass die Beschwerde gem Art 37 Abs 1 lit a EMRK mit Entscheidung der Großen Kammer vom 17.11.2016 aus dem Register gestrichen wurde, nachdem kein Kontakt zwischen der Rechtsvertreterin und den Beschwerdeführer*innen mehr bestand.

letzung von Art 3 EMRK erblickte der EGMR darin, dass einer Familie mit fünf minderjährigen Kindern mehr als drei Wochen lang keine Unterkunft und keine Existenzmittel gewährt wurden und sie deshalb am Brüssler Bahnhof schlafen mussten. Dies stellte laut Gerichtshof „Bedingungen extremen Elends“ und damit eine Verletzung von Art 3 EMRK dar. Der EGMR befand weiter, dass die beschwerdeführenden Parteien Opfer einer Behandlung waren, die von fehlendem Respekt für ihre Würde zeugte und dass diese Situation ohne Zweifel bei ihnen Gefühle der Angst oder Minderwertigkeit auslöste, die geeignet waren, zu Verzweiflung zu führen. Solche Existenzbedingungen verbunden mit dem Fehlen einer Perspektive zur Verbesserung ihrer Situation stellten eine erniedrigende Behandlung iSd Art 3 EMRK dar.³³

Ist mit der Grundversorgung (gerade einmal) die Deckung der Grundbedürfnisse für ein Leben in Würde gesichert, führt eine Kürzung und umso mehr die gänzliche Versagung von Leistungen allerdings zu einer Verletzung von Art 3 EMRK, sofern die betreffende Person nicht in der Lage ist, ihren Lebensunterhalt anderweitig zu bestreiten. Dies ist bspw bei Alleinerziehenden mit kleinen Kindern oder Personen mit psychischen Erkrankungen der Fall.

Dass auch in den aktuellen Fällen der angedrohten Einstellung von Grundversorgungsleistungen Obdachlosigkeit sehr wahrscheinlich wäre, ist im Lichte der Situation am privaten Wohnungsmarkt durchaus zu befürchten.

Die seitens der Koordinationsstelle angedrohte gänzliche Einstellung von Grundversorgungsleistungen für den Fall, dass innerhalb der gesetzten Frist keine private Wohnung gefunden werden kann, die dadurch hervorgerufene Mittellosigkeit und die damit einhergehende, akut drohende Obdachlosigkeit – die dazu geeignet ist Verzweiflung hervorzurufen – bedeutet daher die reale Gefahr einer Verletzung der in Art 1 GRC, sowie der in Art 3 EMRK und Art 4 GRC gewährleisteten Rechte.³⁴

Durch die Einstellung der Leistungen wäre nicht mehr sichergestellt, dass nicht ein menschenunwürdiges Dasein iSd Art 3 EMRK bzw Art 1 GRC eintritt.

2.2. Gleichheitsrechtliche Aspekte

Nach der mit VfSlg 13.836/1994 beginnenden, nunmehr ständigen Rsp des VfGH enthält Art I Abs 1 BVG gegen rassistische Diskriminierung³⁵ sowohl das allgemeine Verbot, sachlich nicht begründbare Unterscheidungen zwischen Fremden vorzunehmen, als auch das Gebot der Gleichbehandlung von Fremden untereinander. Deren Ungleichbehand-

33 EGMR 7.7.2015, 60125/11, *V.M. ua/Belgien*, Rn 162.

34 Siehe ausführlich zum Grundrecht auf Menschenwürde gem Art 1 GRC *Hinterberger/Klammer*, Rechtsstatus von Geduldeten unter besonderer Berücksichtigung des unionsrechtlichen Grundrechts auf Menschenwürde, in *Salomon* (Hrsg).

35 Bundesverfassungsgesetz zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung, BGBl 1973/390.

lung ist also nur dann und insoweit zulässig, als hierfür ein vernünftiger Grund erkennbar und die Ungleichbehandlung nicht unverhältnismäßig ist.

Subsidiär Schutzberechtigte, denen der Schutzstatus in erster Instanz durch das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (BFA) zuerkannt wurde, deren Beschwerden gegen die Nichtzuerkennung von Asyl allerdings noch beim Bundesverwaltungsgericht (BVwG) anhängig sind, werden die Leistungen der Grundversorgung in Umsetzung der AufnahmeRL gewährt.

Gleiches gilt für Asylwerber*innen, deren Asylverfahren noch in erster Instanz anhängig ist bzw jene, deren Antrag auf internationalen Schutz erstinstanzlich vollinhaltlich negativ beschieden wurde und die dagegen Beschwerde erhoben haben, die sich also nach wie vor ohne Status im Asylverfahren befinden.

Unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten erweist sich der angedrohte Ausschluss der erstgenannten Personengruppe insofern als verfassungsrechtlich bedenklich, als sich keine sachliche Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung beider Personengruppen erkennen lässt.

Wie oben ausgeführt, haben Asylwerber*innen – auch jene, denen bereits subsidiärer Schutz zuerkannt wurde – aufgrund der strengen Kriterien sowohl in Bezug auf die Menschenwürde als auch hinsichtlich verfahrensrechtlicher Vorgaben der AufnahmeRL Anspruch auf einen Platz in einer organisierten Unterkunft, sofern eine private Unterkunft nicht leistbar ist. Zudem hat die Einstellung der Leistungen gem § 17 Abs 2 NÖ GVG mit Bescheid zu erfolgen, während die Gewährung, Verweigerung, Einstellung oder Einschränkung von Grundversorgungsleistungen für subsidiär Schutzberechtigte mit rechtskräftigem Status, denen die Leistungen in Umsetzung der StatusRL gewährt werden, im Wege der Privatwirtschaftsverwaltung erfolgt (vgl § 17 Abs 1 leg cit).

Eine Schlechterstellung im Vergleich zu Asylwerber*innen, denen bisher noch kein Schutzstatus zuerkannt wurde, entbehrt jedoch insofern bereits einer sachlichen Grundlage, als in Bezug auf subsidiär Schutzberechtigte bereits festgestellt wurde, dass eine Außerlanderschaffung der betreffenden Person in ihren Herkunftsstaat die „reale Gefahr einer Verletzung von Art 2 EMRK, Art 3 EMRK oder der Protokolle Nr 6 oder Nr 13 zur Konvention bedeuten würde“ (vgl § 8 Abs 1 AsylG). Das BFA hat in Bezug auf sie also bereits – im Gegensatz zu Asylwerber*innen – geprüft und bestätigt, dass internationaler Schutz notwendig ist. Das bedeutet, dass subsidiär Schutzberechtigte – ebenso wie Asylberechtigte, welchen ein hoheitlicher Anspruch auf Leistungen der Mindestsicherung zukommt – ihr Herkunftsland nicht aus freiem Entschluss verlassen und ihren Wohnsitz in Österreich nicht frei gewählt haben.

Aus diesem Grund erscheint die (verfahrensrechtliche) Schlechterstellung subsidiär Schutzberechtigter, die sich aufgrund der Nichtzuerkennung von Asyl im Beschwerdeverfahren befinden, hinsichtlich des in Art I Abs 1 BVG gegen rassistische Diskriminierung normierten Rechts auf Gleichbehandlung Fremder untereinander, keiner sachlichen Rechtfertigung zugänglich. Eine Besserstellung von Personen, über deren Asylantrag noch

nicht abgesprochen wurde im Vergleich zu jenen, deren Schutzbedarf bereits anerkannt wurde, entbehrt einer sachlichen Grundlage und erscheint daher gleichheitswidrig.³⁶

2.3. Zum BVG über die Rechte von Kindern

Gem Art 1 des BVG über die Rechte von Kindern³⁷ hat jedes Kind „Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für sein Wohlergehen notwendig sind, auf bestmögliche Entwicklung und Entfaltung, sowie auf die Wahrung seiner Interessen auch unter dem Gesichtspunkt der Generationengerechtigkeit. Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.“

Die verfassungsrechtliche Vorgabe, dass das Kindeswohl bei Kinder betreffenden Maßnahmen vorrangig zu berücksichtigen ist, bindet auch den Landesgesetzgeber. Die bestmögliche Entfaltung und Entwicklung von Kindern ist hier maßgeblich.³⁸ Durch die Versagung von Grundversorgungsleistungen für den Fall, dass die Familie keine private Unterkunft findet und die dadurch drohende Obdachlosigkeit, wird das Kindeswohl nicht mehr ausreichend berücksichtigt bzw vielmehr akut gefährdet.

3. Abschließende Bemerkungen

Bisher stehen lediglich die Androhungen eines Entzugs durch die niederösterreichische Landesregierung im Raum und wird die gesetzte Frist verlängert, sofern Gründe für die bisherige Unmöglichkeit einer Anmietung geltend gemacht werden können. Es steht jedoch zu befürchten, dass es zu tatsächlichen Einstellungen kommen wird, sollten Personen trotz wochenlanger, intensiver Bemühungen keine geeignete Wohnung finden. Abgesehen vom Druck und der Verunsicherung, die die Aufforderungen bei Betroffenen auslösen, erscheint eine Realisierung der Androhung nicht nur im Lichte des Art 1 GRC unmöglich, sondern insb auch aus gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu rechtfertigen.

Mag.^a Susanna Paulweber ist für die sozialrechtliche Grundlagenarbeit des Diakonie Flüchtlingsdienstes zuständig; susanna.paulweber@diakonie.at

36 Vgl zu den Ausführungen hinsichtlich asylberechtigter Personen VfGH 7.3.2018, G 136/2017 ua, Rz 114 mit Verweis auf EGMR 27.9.2011, 56328/07, *Bah/Vereinigtes Königreich*.

37 Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, BGBl 4/2011.

38 VfSlg 19941/2014 bzw jüngst VfGH, 1.12.2018, G 308/2018.

Von Splittern und Schrauben

Oder: Was bringt ein automatisches Pensionssplitting (nicht)?

Valerie Purth

1. Pensionssplitting – worum geht es eigentlich?

Die Person, die in einer (Hetero-)Familie hauptverdiert (Überraschung: va Männer¹) zwackt etwas von ihrem Pensionsanspruch ab, der dann der überwiegend kinderbetreuenden Person (Überraschung: va Frauen²) übertragen wird. Insb in Fällen von Trennung kann das Pensionssplitting für Frauen, die ohne Pensionssplitting einen niedrigen eigenen Pensionsanspruch hätten (zur Erinnerung: Der „gender pension gap“ beträgt in Österreich zwischen 40 und 50 %³) durchaus hilfreich sein. Aber ist es ein effektives Mittel, um einerseits Sorgearbeit und andererseits finanzielle Ressourcen zwischen Männern und Frauen gerecht(er) zu verteilen? Türkis-Grün hat das automatische Pensionssplitting ins Regierungsprogramm geschrieben. Ein Anlass, Pensionssplitting-Modelle unter die feministische Lupe zu nehmen und auf ihr emanzipatorisches Potential hin zu überprüfen.

2. Türkis-Grün: Automatisches Pensionssplitting?

Im türkis-grünen Regierungsprogramm findet das Pensionssplitting an gleich vier Stellen Erwähnung: Im Unterkapitel „Familien- & Eherecht“⁴, im Kapitel „Armutsbekämpfung“⁵, im Kapitel „Pensionen“⁶, sowie im Kapitel „Arbeit“⁷. Grundsätzlich trifft dies des Pudels Kern – denn genau in diesen Bereichen soll und kann ein Pensionssplitting Verbesserungen bringen. Während das Kapitel „Familien- & Eherecht“ vage ankündigt,

1 *Statistik Austria*, Gender-Statistik: Vereinbarkeit von Beruf und Familie, www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/gender-statistik/vereinbarkeit_von_beruf_und_familie/index.html 17.12.2019 (29.1.2020).

2 *Statistik Austria*, Vereinbarkeit, statistik.at.

3 Bezogen auf die Daten des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger liegen die Alterspensionen der Frauen je nach Art der Berechnung um rund 40 % bis 50 % unter den Pensionen der Männer; *Statistik Austria*, Gender-Statistik: Pensionen, www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/gender-statistik/pensionen/index.html 13.3.2019 (29.1.2020).

4 *Die neue Volkspartei und Die Grünen – Die Grüne Alternative*, Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020-2025 (2019) 30.

5 *ÖVP und Grüne*, Regierungsprogramm 235

6 *ÖVP und Grüne*, Regierungsprogramm 251.

7 *ÖVP und Grüne*, Regierungsprogramm 257.

dass „Regelungen wie Zweck der Ehe, Mitwirkungspflichten, gemeinsames Wohnen, Unterhaltszahlungen, Pensionssplitting und das Verschuldensprinzip überprüft und gegebenenfalls neu gefasst werden“⁸ sollen, steht unter der Überschrift „Kampf gegen Altersarmut“ klar, dass im Fall von gemeinsamen Kindern ein „automatisches Pensionssplitting“ vorgesehen ist und es wird ausgeführt: Bis zur Vollendung des 10. Lebensjahrs (ausgenommen Kindererziehungszeiten) sollen die zusammengerechneten Beitragsgrundlagen beider Elternteile aufgeteilt und auf dem jeweiligen Pensionskonto zu jeweils 50 % gutgeschrieben werden. Das Pensionssplitting soll eine „praxistaugliche und faire Lösung“ (auch) für Patchwork-Familien darstellen. Für all jene, die dies nicht wollen, soll es eine „einmalige, zeitlich befristete Opt-out-Möglichkeit“ geben.⁹

3. Hintergründe und Rechtsgrundlagen

1993 hat die Einsicht, dass Kinderbetreuungszeiten Lücken in die Pensionsversicherung von Eltern (lies: Müttern) reißen, ihren Weg in die Gesetzgebung gefunden. So können seitdem Zeiten der Kindererziehung im Ausmaß von bis zu 48 Kalendermonaten ab der Geburt beitragsfrei als Versicherungsmonate angerechnet werden. Bei Mehrlingsgeburten sind es bis zu 60 Kalendermonate. Kindererziehungszeiten können pro Kind grundsätzlich nur einer Person angerechnet werden, und zwar jener Person, die das Kind „tatsächlich und überwiegend“ erzogen hat. 2005 wurde mit der großen Pensionsreform das sogenannte „Pensionskonto“ geschaffen – und damit die Möglichkeit eines freiwilligen „Pensionssplittings“ („Übertragung von Gutschriften bei Kindererziehung“; § 14 Allgemeines Pensionsgesetz – APG¹⁰). Voraussetzung ist, dass die Elternteile – einer überwiegend erwerbstätig, einer „tatsächlich und überwiegend“¹¹ für die Kindererziehung verantwortlich – eine Vereinbarung darüber treffen. Der überwiegend erwerbstätige Elternteil kann für die ersten sieben Jahre¹² bis zu 50 %¹³ seiner Teilgutschrift¹⁴ auf das Pensionskonto des kindererziehenden Elternteils übertragen lassen. Eine solche Übertragung kann bis zum 10. Geburtstag des Kindes beim zuständigen Pensionsversicherungsträger beantragt werden, insgesamt sind (bei mehreren Kindern) bis zu 14 Übertragungen möglich. Der finanzielle Verlust im Pensionskonto von Frauen soll so zumindest teilweise ausgeglichen werden. Befürworter_innen der ersten Stunde waren im Übrigen der damalige Frauenminister *Herbert Haupt* (FPÖ) und seine spätere Nachfolgerin *Maria Rauch-Kallat* (ÖVP).

8 ÖVP und Grüne, Regierungsprogramm 30.

9 ÖVP und Grüne, Regierungsprogramm 251.

10 Allgemeines Pensionsgesetz (APG) BGBl I 2004/142 idGF.

11 § 14 Abs 2a APG.

12 Vor 2017: für die ersten vier Jahre.

13 Die Höhe der Übertragung kann selbst bestimmt werden.

14 Die „Teilgutschrift“ bezeichnet die Summe der pro Jahr erworbenen Beitragsgrundlagen (§ 12 APG). Diese werden mit 1,78 % dem Pensionskonto gutgeschrieben.

Soweit die Theorie. In der Praxis erfreut sich das freiwillige Pensionssplittling lediglich mäßiger Beliebtheit: In den ersten fünf Jahren stellten insgesamt gerade einmal 32 Elternpaare einen Antrag darauf; 2010 waren es 20, 2011 zehn.¹⁵ 2018 stieg die Zahl der splitter-willigen Eltern: Es wurden 412 Anträge eingebracht, also in einem Jahr beinahe die Hälfte der Anträge aus den acht Jahren zuvor.¹⁶ Von 2005 bis 2018 haben insgesamt 1.293 Paare Pensionssplittling in Anspruch genommen, die meisten davon in Nieder- und Oberösterreich. Das Geschlechterverhältnis war eindeutig: 2018 waren von den 412 Fällen 31 Väter, also 7,5 %, die Pensionsanteile von Müttern erhielten, und umgekehrt 381 Mütter, die Pensionsanteile von Vätern erhielten.¹⁷ Die Gründe für die niedrigen Zahlen sind wohl ua mangelndes Wissen über die Möglichkeit sowie mangelnde „Attraktivität“ für den Vater, der ja bspw bei einem 50:50-Splittling beachtliche Einbußen im eigenen Pensionskonto hat, „ohne selbst davon zu profitieren“¹⁸ – eine Erklärung, die mE eines gewissen Zynismus‘ nicht entbehrt. Immerhin profitieren Männer durchaus von der kostenlosen Sorgearbeit ihrer Partnerinnen – sie hält ihnen, wie man so schön sagt, „den Rücken frei“. Ohne diese kostenlose Sorgearbeit – Kindererziehung, Haushalt, emotionale Arbeit, usw – müssten Männer sie selbst machen oder jemanden dafür bezahlen.

4. Es muss noch geschraubt werden

Ob und wann ein automatisches Pensionssplittling unter Türkis-Grün wirklich kommt, steht noch nicht fest.¹⁹ Zu Recht können aus feministischer Perspektive Zweifel am emanzipatorischen Potential eines (automatischen) Pensionssplittlings geäußert werden: Zwar bringt es einigen Müttern Schutz vor Altersarmut und setzt Anreize für Mütter, früher in die Erwerbsarbeit zurückzukehren – der Pensionsanspruch der Mutter wird höher, wenn auch sie arbeitet und lediglich der (besserverdienende) Vater seinen Anspruch splittet. Jedoch: Es verlagert die Verantwortung für die Aufteilung von Sorgearbeit sowie den Ausgleich von daraus resultierenden Verlusten für sorgende Mütter ins Private. In seiner freiwilligen Formulierung macht es Frauen vom guten Willen ihrer Männer abhängig – zumindest von dieser individuellen Ausverhandlungslast würde die automatische Formulierung Frauen erleichtern. Dennoch lädt auch das automatische Pensionssplittling dazu ein, in einer traditionellen geschlechterspezifischen Aufteilung der Sorge- und Erwerbsarbeit zu verharren. Es lindert zwar die Symptome derselben – weibliche Alters-

15 *Madner*, Väter wollen Pension kaum teilen, *wienerzeitung.at* 25.12.2019, www.wienerzeitung.at/nachrichten/politik/oesterreich/2043859-Vaeter-wollen-Pension-kaum-teilen.html?em_cnt_page=2 (29.1.2020).

16 *PVA*, 2018 brachte starken Anstieg bei Pensionssplittling, www.pensionsversicherung.at/cdscontent/?contentid=10007.812734, 8.3.2019 (29.1.2020).

17 *Madner*, Väter, *wienerzeitung.at*.

18 *Fritzl*, Pensionssplittling wird kaum angenommen, *diepresse.com* 6.6.2019, www.diepresse.com/5442139/ (29.1.2020).

19 Sozialminister *Anschober* (Grüne) offenbarte, dass „noch nicht ausgemacht sei“, ob das Splittling automatisch passieren soll; *John*, Warum Väter ihre Pension mit den Müttern teilen sollen, *derstandard.at* 17.1.2020, www.derstandard.at/story/2000113389241 (29.1.2020).

armut, um das virulenteste zu nennen – tastet die Ursache selbst, nämlich die geschlechterspezifisch ungleiche Aufteilung von Sorgearbeit, aber nicht an.

Das Ziel feministischer Familien(rechts)politik kann nur sein, Vätern und Müttern echte Wahlfreiheit zu ermöglichen – auch zum Wohle der Kinder, die ein Interesse daran haben, gleichberechtigte und zufriedene²⁰ Eltern zu haben. Vorschläge gibt es, man müsste nur anfangen: etwa mit einem fixen Karenz-Kontingent pro Elternteil, das verfällt, wenn es nicht in Anspruch genommen wird (wie in Island oder Schweden), oder mit einer generellen Arbeitszeitverkürzung bei vollem Lohnausgleich, wie sie aktuell die weiblich geprägte Pflegebranche fordert.²¹ Auch am Thema Pensionsansprüche ließe sich schrauben: So könnten Kindererziehungszeiten und die Pensionsanrechnungszeiten eines Elternpaares zusammengefasst und je zur Hälfte auf die beiden Eltern aufgeteilt werden. Ein pragmatischer Schluss: Das automatische Pensionssplitting wäre aus feministischer Sicht zumindest besser als das freiwillige – zwar keine Voll-Reparatur, aber zumindest ein wenig Öl im Getriebe der Gleichstellung.

Mag.^a Valerie Purth, MA ist Mitherausgeberin des juridikum und arbeitet im Gleichbehandlungsbereich in Wien; valerie.purth@gmail.com

20 Eine Studie von Schweizer Forscher_innen zeigt: Geschlechtergleichstellung macht zufrieden – vor allem Mütter; *Preisner et al, Closing The Happiness Gap: The Decline of Gendered Parenthood Norms and the Increase in Parental Life Satisfaction, Gender & Society* 2019, 31.

21 *Hierländer, Die 35 Stunden Woche rückt näher, diepresse.com* 28.1.2020, www.diepresse.com/5759340/ (29.1.2020).

ALLE NORMEN ZUM GEWALTSSCHUTZ

Das vorliegende Werk enthält eine detaillierte Kommentierung des gesamten materiellen und formellen Rechts zu Gewaltschutz und familiären Konflikten, insbesondere des SPG, der EO, des StGB, der StPO, des VOG sowie der einschlägigen Bestimmungen von ABGB, ÄrzteG, AußStrG, B-KJHG, EheG, GuKG, HKÜ, ZPO.

Alle maßgeblichen Bestimmungen werden unter Berücksichtigung und ausführlicher Darstellung der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur systematisch dargestellt und mit hilfreichen Praxisteilen inklusive Schriftsatzmustern und Fallbeispielen versehen.

Zahlreiche Hinweise und Querverweise erleichtern das gesetzesübergreifende Verständnis und zeigen die materiell- und verfahrensrechtlichen Zusammenhänge auf. Dadurch bietet das Werk klare Antworten auf die wichtigsten sich in der täglichen Praxis stellenden Rechtsfragen.

Univ.-Prof. Dr. Astrid Deixler-Hübner, Vorständin des Instituts für Europäisches und Österreichisches Zivilverfahrensrecht, JKU Linz
LStA Dr. Robert Fucik, Leiter der Abteilung 10 des BMJ und Lehrbeauftragter der Universität Wien
Mag. Mariella Mayrhofer, MA, Juristin im Gewaltschutzzentrum OÖ

AutorInnen:

Manuela Burghard, Andrea Ertl, Stefanie Flaig, Melanie Halbig, Barbara Jauk, Stefanie Kühnberg, Brigitte Loderbauer, Alexander Meisinger, Darshaka Pathirana, Ulrich Pesendorfer, Christina Riezler, Brigitte Rom, Hanna Salicites, Lyane Sautner, Ursula Scheuer, Thomas Schirhagl, Maria Schwarz-Schlöglmann, Petra Smuty und Angelika Wehinger

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



Deixler-Hübner/Fucik/Mayrhofer (Hrsg.)

Gewaltschutz und familiäre Krisen

ABGB, ÄrzteG, AußStrG, B-KJHG, EheG, EO, EuSchMaVO, GuKG, HKÜ, SPG, StGB, StPO, VOG, ZPO

Kommentar

1608 Seiten, gebunden
ISBN 978-3-7046-7850-8

Erscheinungsdatum: 27.9.2018
€ 299,-



**VERLAG
ÖSTERREICH**