

nr 2/2020

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Zukunft

recht & gesellschaft

AMS Algorithmus und Diskriminierung
Souveränität, Staatlichkeit und Klima
Menschenrechte in der Textilindustrie

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

verlagoesterreich.at
juridikum.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Corona und der Rechtsstaat

Die juridikum-Redaktion

Mitte April 2020. Das neuartige Coronavirus (COVID-19)¹ grassiert weltweit und die „Coronakrise“ erschüttert nicht nur Österreich. Die auf Basis des 1. COVID-19-Maßnahmegesetzes² angeordneten massiven Grundrechtseingriffe wurden großteils ohne Verhältnismäßigkeitsprüfung erlassen.³ Als die ersten Einschränkungen des täglichen Lebens per Verordnung erlassen wurden, waren relevante Daten und genaues Wissen noch nicht vorhanden, um in einer detaillierten Rechtfertigung darzulegen, wie genau der angestrebte Zweck erfüllt werden soll.⁴ Dennoch mussten – soweit der aktuelle Wissensstand⁵ – die Maßnahmen schnell gesetzt werden, um überhaupt wirksam werden zu können und eine gefährliche Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern. Der Umfang einer Grundrechtsabwägung ist faktisch auch durch die jeweilige Datenlage begrenzt. Anhaltende Maßnahmen müssen regelmäßig auf ihre Verhältnismäßigkeit überprüft und ihre Wirksamkeit evaluiert werden.⁶ Es gehört unter diesen Umständen auch zu einer sauberen Verhältnismäßigkeitsprüfung, durch Tests die tatsächliche Durchseuchungsrate, die Anzahl von Personen mit Antikörpern und die Wahrscheinlichkeit von Übertragungen in unterschiedlichen Situationen (in geschlossenen Räumen, im Freien, über Oberflächen, etc) festzustellen.

1. Rechtsstaatsdefizit: Unrichtige Interpretationen durch die Regierung

Die Exekutive, Regierung sowie Sicherheitsbehörden, stellt die Rechtslage unrichtig dar. Die Inhalte der Verordnungen werden öffentlich weitaus restriktiver interpretiert, als rechtlich vorgesehen. Dies zB in der Frage, ob Besuche in privaten Haushalten nach der Betretungs-V⁷ erlaubt oder verboten seien. Behauptet wurde ein solches Verbot von Bundesminister *Anschober* in der Pressekonferenz vom 6.4.2020. Auch die Information auf der Webseite des Sozialministeriums auf die Frage „Darf ich meine Oma besuchen oder sie zu mir einladen?“

1 Vgl *Sozialministerium*, Neuartiges Coronavirus (COVID-19), www.sozialministerium.at/Themen/Gesundheit/Ubertragbare-Krankheiten/Infektionskrankheiten-A-Z/Neuartiges-Coronavirus.html (18.4.2020).

2 BGBl I 2020/16 idF BGBl I 2020/23.

3 Vgl zB 396/IA 27. GP, Initiativantrag über das 1. COVID-19 Gesetz.

4 396/IA 27. GP.

5 *Sill*, Wettlauf gegen die Zeit bei Coronavirus, orf.at 12.3.2020, <https://orf.at/corona/stories/3157590/> (17.4.2020).

6 *Lachmayer*, Rule of Law Lacking in Times of Crisis, *verfassungsblog* 28.4.2020, <https://verfassungsblog.de/rule-of-law-lacking-in-times-of-crisis/> (29.4.2020).

7 BGBl II 2020/98.

lautete zunächst: „Nein. Es soll zu Ostern weiterhin auf Feiern verzichtet werden, da nach wie vor ein Risiko besteht, durch soziale Kontakte das Coronavirus zu verbreiten“.⁸ In der ZIB2 am 7.4.2020 dazu befragt, tut Kanzler *Kurz* die Bedenken mit der Bemerkung ab, das seien „juristische Spitzfindigkeiten“. Dies wurde vielfach kritisiert,⁹ da aus dem Wortlaut der Betretungs-V und insb aus deren § 2 Z 5 nicht unmittelbar hervorgeht, dass Besuche in Privatwohnungen nicht erlaubt seien. Kritik an der Rechtsstaatlichkeit der Corona-Maßnahmen gab es von vielen Seiten: So gehe zB die Ausgangsbeschränkungen-V weiter als die Verordnungsermächtigung in § 2 COVID-19 Maßnahmengesetz¹⁰ und die Gesetze seien auf verfassungswidrige Weise rückdatiert worden.¹¹ Am 10.4.2020 waren schon 20 Anträge zur Prüfung von Corona-Maßnahmen beim VfGH eingelangt.¹² Doch wird über diese wohl erst entschieden, wenn sie nicht mehr angewendet werden.

Die Regierung verlässt sich derweil auf die Steuerungsmacht ihrer öffentlichen Aussagen. Anstatt Verordnungen mit dem für notwendig erachteten normativen Gehalt zu erlassen, wird suggeriert, die Rechtslage sei ohnehin schon so, wie gewünscht. Dies erscheint nicht nur – auch aus Perspektive der Regierenden – wenig zielführend, es ist jedenfalls nicht im Sinne der Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit: Es muss nachvollziehbar sein, welches Verhalten normgetreu und welches Verhalten strafbar ist. Regierungshandeln, wie alles staatliche Handeln in einem Rechtsstaat, muss in determinierten Rechtsformen erfolgen, gerade damit es überprüfbar ist.

2. Folgen und Nebenwirkungen

Durch die Coronapandemie treten strukturelle Probleme besonders zu Tage, etwa wenn Gruppen, beispielsweise unrechtmäßig aufhältige Fremde, vom Zugang zur Gesundheitsversorgung ausgeschlossen werden.¹³ Durch diese Ausgrenzung kann eine Gefahr für die

8 *Sozialministerium*, Coronavirus – häufig gestellte Fragen, www.sozialministerium.at/Informationen-zum-Coronavirus/Coronavirus---Haeufig-gestellte-Fragen.html (Stand 6.4.2020). Die Homepage wurde inzwischen angepasst, vgl NN, Website geändert: Private Treffen „natürlich“ nicht verboten, [orf.at 27.4.2020](https://orf.at/stories/3163467/), <https://orf.at/stories/3163467/> (30.4.2020).

9 *Negwer/Meditz*, Was die Betretungsverordnung wirklich verbietet und was nicht, [diepresse.com 10.4.2020](http://diepresse.com/5798542), www.diepresse.com/5798542 (11.4.2020); *Janik*, Corona-Verbot: Es ist mehr erlaubt, als wir glauben, [Addendum 07.04.2020](http://addendum.org/coronavirus/was-ist-erlaubt/), www.addendum.org/coronavirus/was-ist-erlaubt/ (11.4.2020); *Wölfl*, Polizei in der Corona-Krise: Harte Strafen, großer Spielraum, viel Unsicherheit, [moment.at 7.4.2020](http://moment.at/story/polizei-der-corona-krise-harte-strafen-grosser-spielraum-viel-unsicherheit), www.moment.at/story/polizei-der-corona-krise-harte-strafen-grosser-spielraum-viel-unsicherheit (11.4.2020).

10 BGBl I 2020/12 idF BGBl I 2020/23; vgl auch *Noll*, Corona-Krise: Der Verordnungsstaat, [derstandard.at 25.3.2020](http://derstandard.at/25.3.2020), www.derstandard.at/story/2000116124769 (12.4.2020).

11 *Matzka*, Husch-pfusch-Gesetze, zahllose Erlässe: Das Virus im Maßnahmengesetz, [derstandard.at v 7.4.2020](http://derstandard.at/v.7.4.2020), www.derstandard.at/story/2000116589247 (12.4.2020).

12 *APA*, Corona-Maßnahmen: Schon 20 Anträge beim VfGH eingelangt, [diepresse.com 10.4.2020](http://diepresse.com/5798733), www.diepresse.com/5798733 (12.4.2020). Wohl auch aufgrund dieser Kritik, lässt Gesundheitsminister *Anschober* die Gesetze und V auf ihre Verfassungskonformität überprüfen; *APA*, *Anschober* lässt Gesetze und Verordnungen evaluieren, [diepresse.com 15.4.2020](http://diepresse.com/15.4.2020), www.diepresse.com/5800441 (18.4.2020).

13 Vgl *Hinterberger/Klammer*, Der Rechtsstatus von Geduldeten unter besonderer Berücksichtigung des unionsrechtlichen Grundrechts der Menschenwürde in *Salomon* (Hrsg.), *Der Status im europäischen Asylrecht* (2020) 315 (334 f). Die Autoren argumentieren in diesem Beitrag, dass dies mit Art 1 GRC nicht vereinbar ist (349).

Gesundheit der Gesamtbevölkerung entstehen, wenn ansteckende Krankheiten nicht erkannt werden können. Gesundheitsversorgung für alle Menschen unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus ist auch aus diesem Grund unumgänglich. Zudem werden dringende Operationstermine verschoben, woraus „Kollateralschäden“¹⁴ für das Gesundheitssystem entstehen könnten.

Durch die derzeitige Krise wird offensichtlich, wie ungleich Ressourcen gesellschaftlich verteilt sind. Der durch das Coronavirus bedingte Ausnahmezustand schärft den Blick auf bestehende soziale Ungleichheiten: Allen voran geschlechtsspezifische Ungleichheiten, denn die gegenwärtig als „Systemerhalter*innen“ Bezeichneten sind mehrheitlich weiblich, was sich jedoch bisher weder in entsprechender gesellschaftlicher Anerkennung noch in gerechter Entlohnung ausdrückt.¹⁵ Zugleich wurde durch die Wiedereinführung von Grenzkontrollen das Asylrecht teilweise ausgesetzt. Österreich geht sogar so weit, einen de facto Einreisestopp für Asylwerber*innen zu erlassen.¹⁶ Dass dies ganz offensichtlich gegen die GFK verstößt, kann an dieser Stelle nur angeschnitten werden.¹⁷

3. Eine Debatte einläuten

Hier und heute können wir im Grunde erst Fragen aufwerfen: Welche Verbote und Grundrechtseingriffe tragen tatsächlich dazu bei, das Gesundheitssystem nicht zu überlasten? Sind die Eingriffe verhältnismäßig? Welche sind überbordend? Werden andere Gefahren für die Gesundheit, wie etwa die Folgen von verschobenen Operationen, dabei mitbedacht? Welche Interessen werden dabei wie stark berücksichtigt? Müssen wir hinnehmen, dass Maßnahmen, die die Wirtschaft beeinträchtigen, früher gelockert werden, als jene, die in unser Privatleben eingreifen?

Als *juridikum* fragen wir uns schließlich auch, welche Rolle die kritische Rechtswissenschaft in dieser Entwicklung spielt. Jedenfalls heißt es, wachsam zu bleiben, wenn es an die Lockerung und Aufhebung der Maßnahmen und die Bearbeitung der kommenden Wirtschaftskrise geht. Darüber hinaus zwingt Corona zur Selbstreflexion: Sich auf einmal in der Lage zu befinden, Maßnahmen vorübergehend zu befürworten, die aus gewohnt kritischer Grundrechtsperspektive die Alarmglocken schrillen lassen, bereitet wohl so manchen Kopfzerbrechen. Einige äußerten bereits zu Beginn ganz fundamenta-

14 APA, Ärzte warnen vor medizinischen Kollateralschäden, orf.at 15.4.2020, www.orf.at/stories/3161923 (15.4.2020).

15 Vgl NN, Frauen, die das System erhalten, wienerszeitung.at 21.3.2020, www.wienerszeitung.at/nachrichten/politik/oesterreich/2055175.html (17.4.2020).

16 Vgl mwV Hinterberger, Österreich setzt das Asylrecht aus, verfassungsblog 26.4.2020, <https://verfassungsblog.de/oesterreich-setzt-das-asylrecht-aus/> (28.4.2020).

17 UNHCR, Key Legal Considerations on access to territory for persons in need of international protection in the context of the COVID-19 response, <https://reliefweb.int/report/world/key-legal-considerations-access-territory-persons-need-international-protection-context> (18.4.2020); EK, COVID-19: Temporary Restriction on Non-Essential Travel to the EU, COM(2020) 115 final; EK, COVID-19: Guidance on the implementation of relevant EU provisions in the area of asylum and return procedures and on resettlement, C(2020) 2516 final, 1, 3; Hinterberger, Art 9 GFK in Hruschka (Hrsg), GFK-Kommentar (2020) iE Rn 2, 5.

le Kritik.¹⁸ Auch innerhalb der Redaktion gab und gibt es sehr unterschiedliche Meinungen zur Verhältnismäßigkeit der ergriffenen Maßnahmen. Dieser *vor.satz* soll daher eine Debatte einläuten, die verteilt über die kommenden Hefte die rechtlichen Entwicklungen rund um die Coronapandemie und ihre Folgen im Auge behalten und aus verschiedenen juristischen und interdisziplinären Perspektiven beleuchtet wird. Wir freuen uns auf Einreichungen!

Sie erreichen die Juridikum-Redaktion unter organisation@juridikum.at

¹⁸ *Lepsius*, Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie, [verfassungsblog.de](https://verfassungsblog.de/6.4.2020) 6.4.2020, <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/> (20.4.2020).

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 133 Corona und der Rechtsstaat
Die juridikum-Redaktion

call for papers

- 139 Call for Papers
„Rechtsstaat und Demokratie unter Druck – Perspektiven in der sozialen und ökologischen Krise“

merk.würdig

- 141 Aktuelles zum Sozialhilfe-Grundsatzgesetz
VfGH 12.12.2019, G 164/2019 ua: *Höchstsätze für Kinder sowie „Arbeitsqualifizierungsbonus“ verfassungswidrig*
Marina Kaspar
- 145 Fußballfans unter Generalverdacht
Der „Rapidkessel“ und seine Folgen
Mahriah Zimmermann / Matej Zenz
- 150 Empirie des Paragraphenautomaten
Rechtssoziologische Eckpfeiler meiner Kollektivitätsforschung
Petra Sußner
- 154 Gender im Völkerrecht
Rezension
Verena Pirker
- 157 Neuere Entwicklungen im Europäischen Asylrecht
Rezension
Jakob Fux

recht & gesellschaft

- 160 Die Cloud, Territorialität und Souveränität
Grenzüberschreitender Datenzugriff und politische Verfolgung
Elisabeth Niekrenz
- 170 Souveränität und Staatlichkeit in Zeiten der Klimakrise
Dietrun Schalk
- 180 Die Utopie einer digitalen Richterschaft
Amadeus M. Mader
- 191 Der AMS-Algorithmus.
Transparenz, Verantwortung und Diskriminierung im Kontext von digitalem staatlichem Handeln
Ben Wagner / Paola Lopez / Florian Cech / Gabriel Grill / Marie-Therese Sekwenz
- 203 Menschenrechtliche Sorgfaltspflichten für die Textilindustrie – europäische oder österreichische Regelungskompetenz?
Susanne Gstöttner / Konrad Lachmayer

thema

- 213 Vorwort der Gastherausgeber_innen: Zukunft
Angelika Adensamer / Nora Pentz / Valerie Purth
- 216 Gleiche Elternschutzrechte für alle Eltern
Wie das Recht zu einer gerechteren Verteilung unbezahlter Sorgearbeit beitragen kann
Maria Sagmeister
- 227 Liberalisierung des Suchtmittelrechts: Faktische Realität – gesetzliche Utopie?
Lisa Rösler
- 237 Außer Kontrolle?
Misshandlungsvorwürfe gegen die Polizei: Herausforderungen einer menschenrechtskonformen Umsetzung einer unabhängigen Ermittlungsstelle
Teresa Exenberger

249 Staatsangehörigkeit aufräumen
Ausgewählte Aspekte in der Debatte um ein zeitgemäßes Staatsbürgerschaftsgesetz
Antonia Wagner

260 Recht auf Umweltschutz und Recht der Umwelt auf Schutz
Ansätze zur rechtlichen Sicherstellung einer langfristig intakten Umwelt
Priska Lueger

nach.satz

270 Eizellen einfrieren für später?
Die Kontroverse um Social Egg Freezing in Österreich
Johanna Kostenzer

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 Präsenzdienler: 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, Jakob Fux, Judith Fitz, Karol Felsner, Umla Gencer, Paul Hahnenkamp, Philipp Hense-Lintschnig, Kevin Fredy Hinterberger, Emanuel Matti, 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-Zarloukal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver Scheiber (Wien), Marianne Schulze (Wien), Alexander Somek (Wien), Richard Soyer (Wien/Linz), Heinz Steinert † (Frankfurt am Main), Bea Verschaegen (Wien/Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes (Bremen)

Autor_innen dieser Ausgabe:

Angelika Adensamer, Florian Cech, Teresa Exenberger, Jakob Fux, Gabriel Grill, Susanne Gstöttner, Marina Kaspar, Johanna Kostenzer, Konrad Lachmayer, Paola Lopez, Priska Lueger, Amadeus M. Mader, Elisabeth Niekrenz, Verena Pirker, Nora Pentz, Valerie Purth, Lisa Rösler, Maria Sagmeister, Dietrun Schalk, Marie-Therese Sekwenz, Petra Sußner, Antonia Wagner, Ben Wagner, Matej Zenz, Mahriah Zimmermann

Gastherausgabe des themas:

Angelika Adensamer, Nora Pentz, Valerie Purth

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“.

Call for Papers

„Rechtsstaat und Demokratie unter Druck – Perspektiven in der sozialen und ökologischen Krise“

Tagung von 11.–13. März in Wien

Der Druck auf Demokratie und Rechtsstaat ist als globales Phänomen zu begreifen: Ungarn, Polen, die USA, Brasilien oder die Philippinen sind eindruckliche Beispiele. Auch in Österreich gab die rechts-konservative Regierung von 2017–2019 Anlass zu Warnungen, dass der Rechtsstaat in Gefahr sei bzw unter Umständen eine „autoritäre Demokratie“ (Reinhold Mitterlehner) drohe.

Gute Gründe sprechen für die Annahme, dass wir eine globale autoritäre Wende erleben. In ihr werden demokratische Prinzipien und der Rechtsstaat zwar nicht aufgehoben, geraten aber in vielen Bereichen stark unter Druck bzw werden eingeschränkt. Die vielfältigen Ausprägungen dieser Wende legen nahe, dass sie durch grenzüberschreitende Krisenprozesse bestimmt wird, die sich im Anschluss an die Finanzkrise 2008 und die damit zusammenhängenden Austeritätspolitiken verstärkt zu entfalten begonnen haben.

Mediale, zivilgesellschaftliche und wissenschaftliche Debatten schreiben die Gefährdung von Demokratie und Rechtsstaat zumeist rechtspopulistischen bzw neo-nationalen Akteur_innen zu. Diese Kritik greift jedoch in ihrer Engführung zu kurz. Sie übersieht, dass grundrechtswidrige Maßnahmen und ein Mangel demokratischer Legitimation auch im Rahmen der Euro-Krisenpolitik gehäuft auftraten. Zudem kann autoritäre Handlungsmuster nur verstehen, wer sie mit den sozialen und ökonomischen Verhältnissen zusammendenkt, die sie begleiten. Die „Corona-Krise“ 2020 führt deutlich vor Augen, dass staatliches Handeln vor dem Hintergrund gesellschaftlicher Strukturen stattfindet. Das Nachdenken über Demokratie und Rechtsstaatlichkeit erfordert deshalb eine Erweiterung auf Themenbereiche wie Arbeit und Reproduktion, unser Verhältnis zur Natur (Stichwort Klimakrise), neokoloniale und rassistische Strukturen, soziale Sicherheit und Ökonomie. Hier, bei diesem erweiterten Problemverständnis, setzt die Tagung „Rechtsstaat und Demokratie unter Druck“ an. Der Fokus der Tagung liegt auf Entwicklungen im Bereich des Rechts, wobei rechtswissenschaftliche und interdisziplinäre Perspektiven, sozialwissenschaftliche Analysen sowie Praxisberichte einander ergänzen. Die Tagung möchte unterschiedliche Stränge des Denkens zusammenführen und dadurch auch ungewohnte Blickwinkel eröffnen. Sie soll ein Ort des kontroversen Gesprächs sein. Geplant sind Vorträge, Podiumsdiskussionen, Workshops in Kleingruppen und innovative Tagungsformate, in denen Gegenwartsanalysen und Zukunftsperspektiven fokussiert diskutiert werden können.

Wir freuen uns daher über vielfältige Themenvorschläge und Gestaltungsideen. Folgende Leitfragen können als Inspiration dienen:

- Wie artikulieren sich autoritäre Handlungsmuster konkret in unterschiedlichen Rechtsgebieten und Feldern rechtlicher Praxis? Inwiefern lassen sich Widersprüchlichkeiten und allenfalls auch gegenläufige Tendenzen beobachten?
- Was sind die gesellschaftlichen Hintergründe der globalen, europäischen und nationalen autoritären Wende?
- Welche Strategien für Erhalt und Ausbau von Demokratie und Rechtsstaat sind empfehlenswert?

Einreichungen bis 15.8.2020 an einreichung@rechtsstaat-unter-druck.at

Neben einem thematischen Abstract (500 Wörter) bitten wir um Nennung aller beteiligten Personen sowie des geplanten Formats. Es ist ausdrücklich erwünscht auch innovative Formatideen einzubringen.

Dachgeschoß, Juridicum, Schottenbastei 10-16, 1010 Wien

11.–13. März 2021

www.rechtsstaat-unter-druck.at

Die Tagung wird veranstaltet von:

Arbeiterkammer Wien

juridikum – zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

Institut für Rechtsphilosophie, Universität Wien

Aktuelles zum Sozialhilfe-Grundsatzgesetz

VfGH 12.12.2019, G 164/2019 ua: Höchstsätze für Kinder sowie „Arbeitsqualifizierungsbonus“ verfassungswidrig

Marina Kaspar

1. Paradigmenwechsel durch das Sozialhilfe-Grundsatzgesetz

Am 1.6.2019 ist das umstrittene und in vielen Aspekten verfassungsrechtlich bedenkliche Sozialhilfe-Grundsatzgesetz (SH-GG)¹ in Kraft getreten. Die Länder waren bis zum 1.1.2020 verpflichtet, Ausführungsgesetze zu erlassen, wodurch die Bedarfsorientierte Mindestsicherung (BMS) abgelöst werden sollte. Damit wurde der Kompetenztatbestand „Armenwesen“ iSd Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG erstmals umfassend im Wege eines Bundes-Grundsatzgesetzes geregelt. Bereits der Entwurf des SH-GG war heftiger Kritik von vielen sozialen Organisationen und Expert_innen ausgesetzt.² Einer der Kernkritikpunkte war, dass die „neue“ Sozialhilfe im Gegensatz zur BMS³ nicht mehr der Armutsbekämpfung und der Vermeidung von sozialer Ausschließung dienen würde. Sie zielt gem § 1 Z 1 SH-GG lediglich auf eine Unterstützung des allgemeinen Lebensunterhalts und der Befriedigung des Wohnbedarfs ab. Überdies schreibt sie gem § 5 Abs 2 SH-GG Höchstsätze – und gerade nicht mehr Mindeststandards – für die Gewährung von Geldleistungen vor. In weiterer Folge haben 21 SPÖ-Mitglieder des Bundesrats einen Antrag auf Gesetzesprüfung gem Art 140 Abs 1 Z 2 B-VG beim VfGH eingebracht.

2. VfGH 12.12.2019, G 164/2019 ua

Mit seinem Erkenntnis vom 12.12.2019 hat der VfGH nun zwei zentrale Regelungen des SH-GG aufgehoben: die stark degressive Staffelung bei Mehrkindfamilien und die Bestimmungen über den „Arbeitsqualifizierungsbonus“.⁴ Die kompetenzrechtlichen Bedenken sowie die Bedenken im Hinblick auf das Legalitätsprinzip iSd Art 18 B-VG wur-

1 Sozialhilfe-Grundsatzgesetz und Sozialhilfe-Statistikgesetz sowie Änderung des Integrationsgesetzes-IntG, BGBl I 2019/41.

2 SN zu 104/ME 26. GP, www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/ME/ME_00104/index.shtml#tab-Stellungnahmen (1.2.2020).

3 Ua § 1 Abs 1 WMG, LGBl 2010/38 idF LGBl 2018/2; § 1 NÖ MSG, LGBl 9205-0 aufgehoben durch LGBl 70/2019.

4 *Pfeil*, Verfassungswidrigkeiten der Reformen der Sozialhilfe bzw der Organisation der Sozialversicherung (Teil I) – SH-GG, ÖZPR 2020, 26.

den jedoch als unbegründet abgewiesen. Ferner wurde § 1 Abs 1 Sozialhilfe-Statistikgesetz wegen Verstoßes gegen § 1 DSGVO aufgehoben.

Zunächst führte der VfGH aus, dass der Grundsatzgesetzgeber seine durch Art 12 B-VG eingeräumten Befugnisse nicht überschritten habe. Es stehe ihm frei, umfangreiche Grundsätze aufzustellen und dabei auch Detailregelungen zu treffen, sofern diese Fragen von grundsätzlicher Bedeutung für das gesamte Bundesgebiet betreffen. Überdies sei ein Grundsatzgesetz im Zweifel so auszulegen, dass es dem Ausführungsgesetzgeber den weiteren Spielraum belasse. Aufgrund versteinierungstheoretischer Erwägungen sah der VfGH Regelungen, die auf die Förderung der (Wieder-)Eingliederung in das Erwerbsleben abzielen, von dem Begriff des Armenwesens als gedeckt an. Für die Einordnung unter diesen Kompetenztatbestand komme es darauf an, dass eine Leistung allein aus dem Motiv der Hilfsbedürftigkeit gewährt werde.⁵ Die Berücksichtigung arbeitsmarktpolitischer sowie integrations- und fremdenpolizeilicher Ziele ändere daher nichts an der Subsumtion unter Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG.⁶ In den durch § 5 Abs 2 SH-GG normierten Höchstsätzen für Geldleistungen – obwohl diese bereits im Vorfeld heftiger Kritik ausgesetzt waren⁷ – erblickte der VfGH grds weder eine unsachliche Regelung noch eine Kompetenzüberschreitung. Bei anderen verfassungsrechtlich problematischen Bestimmungen, wie nur bspw einer Deckelung gem § 5 Abs 4 SH-GG für volljährige Bezugsberechtigte, die in einer Haushaltsgemeinschaft leben,⁸ oder einer Befristung der Leistungsgewährung auf 12 Monate gem § 3 Abs 6 SH-GG, hat der Gerichtshof über eine verfassungskonforme Interpretation deren Aufhebung vermieden. Dem Ausführungsgesetzgeber stehe im Zweifel der weitere Regelungsspielraum zur Umsetzung der Grundsätze offen, wonach etwa durch die Normierung entsprechender Ausnahmetatbestände Sachlichkeitsbedenken beseitigt werden könnten.

Zu den geltend gemachten gleichheitsrechtlichen Bedenken erkannte der VfGH, dass das durch § 5 Abs 2 Z 3 SH-GG normierte Höchstsatzsystem für Mehrkindfamilien⁹ unsachlich sei und damit gegen Art 7 B-VG verstoße. Auch wenn dem Gesetzgeber bei der Beurteilung sozialer Bedarfslagen und bei der Ausgestaltung konkreter sozialer Maßnahmen ein weiter rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zukomme, so müsse ein solches System dennoch seinem Zweck entsprechen und in sich sachlich sein. Der aus der degressiven Staffelung für Kinder resultierende Betrag sei aber nicht mehr ausreichend, um dem Ziel der Unterstützung des allgemeinen Lebensunterhalts und der Befriedigung

⁵ VfSlg 4609/1963; 17.942/2006.

⁶ Krit Pfeil, ÖZPR 2020, 26.

⁷ Die Kritik kam insb aus den westlichen Bundesländern, in denen Wohnkosten besonders hoch sind. Siehe dazu Pfeil, „Sozialhilfe neu“ – viele Verschärfungen, aber wenig Vereinheitlichung, ÖZPR 2019, 26 (29).

⁸ Der VfGH hat jedoch unter Verweis auf sein Erkenntnis vom 11.12.2018, G 156/2018, ausgeführt, dass der Grundsatzgesetzgeber keine verfassungswidrige Rechtslage geschaffen habe, weil die Regelung auf „gewillkürte“ Haushaltsgemeinschaften abziele und die Betroffenen die Größe der Wohngemeinschaft selbst festlegen könnten.

⁹ Gem § 5 Abs 2 Z 3 SH-GG waren für das erste Kind 25 %, für das zweite 15 % und ab dem dritten 5 % des Netto-Ausgleichszulagenrichtsatzes als Maximalbeträge vorgesehen.

des Wohnbedarfs gerecht zu werden. Zudem verstoße § 5 Abs 2 Z 3 SH-GG gegen Art 1 BVG Kinderrechte, nach dem bei Kindern betreffenden Maßnahmen deren Wohl als vorrangige Erwägung Berücksichtigung finden müsse.

Einen Kernaspekt des VfGH-Erkenntnisses stellte die Feststellung der Verfassungswidrigkeit des „Arbeitsqualifizierungsbonus“ gem § 5 Abs 6 bis 9 SH-GG dar. Nach diesem sollten 35 % der Leistungen von der Vermittelbarkeit am Arbeitsmarkt abhängig gemacht werden, wobei eine solche erst ab einem Deutsch-Niveau B1 oder einem Englisch-Niveau C1 angenommen werden sollte. Daneben hätten die Betroffenen die Erfüllung integrationsrechtlicher Verpflichtungen oder – wenn diese nicht in Betracht kommen – den Abschluss geeigneter beruflicher Qualifizierungsmaßnahmen nachweisen müssen. Zunächst stellte der VfGH eine Unsachlichkeit des gesamten Reglungskomplexes fest, weil nicht ersichtlich sei, warum ausschließlich Sprachkenntnisse auf einem hohen Niveau auf eine Vermittelbarkeit am Arbeitsmarkt schließen lassen. Personen können aus unterschiedlichen Gründen, wie bspw Lernschwächen oder Erkrankungen, nicht in der Lage sein, ein derartig hohes Sprachniveau zu erreichen und trotzdem einer Beschäftigung nachgehen. Auch die in § 5 Abs 6 und 8 SH-GG normierten Ausnahmen seien nicht ausreichend, um die verfassungsrechtlichen Bedenken zu beseitigen. Überdies bewirken die Bestimmungen über den „Arbeitsqualifizierungsbonus“ eine mittelbare Diskriminierung von Unionsbürger_innen (vgl Art 18 AEUV), da diese im Gegensatz zu österreichischen Staatsangehörigen regelmäßig keine Deutschkenntnisse auf B1-Niveau nachweisen können. Diese Ungleichbehandlung könne auch nicht durch die Alternative der Englischkenntnisse ausgeglichen werden. Auch bei Asylberechtigten verletze die Verknüpfung von Sprachkenntnissen mit einem Sozialhilfebezug Art I Abs 1 BVG-Rassendiskriminierung.¹⁰ Eine allfällige Rechtfertigung komme nicht in Betracht. Es sei gerade nicht ersichtlich, inwiefern der „Arbeitsqualifizierungsbonus“ eine geeignete Maßnahme darstellen würde, das Ziel der „Dämpfung der Zuwanderung in das österreichische Sozialsystem“ zu erreichen. Hinsichtlich des Ziels der Vermittelbarkeit am Arbeitsmarkt sei die Regelung überschießend. Im Ergebnis ist dem VfGH jedenfalls zuzustimmen, wobei mE die Annahme, dass migrationspolitische Ziele einen Rechtfertigungsgrund bei international Schutzberechtigten darstellen können, im Lichte unions- und völkerrechtlicher Schutzpflichten (vgl Art 29 StatusRL und Art 23 GFK) kritisch zu sehen ist. Im Hinblick auf subsidiär Schutzberechtigte sieht der VfGH unter Bezugnahme auf seine Rsp eine Reduzierung auf das Grundversorgungsniveau als ausreichend an.¹¹ Dies ist zumindest aus unionsrechtlicher Perspektive zweifelhaft; ist es doch nach wie vor unklar, wie die Beschränkungsmöglichkeit der Sozialhilfe auf „Kernleistungen“ iSd Art 29 Abs 2 StatusRL auszulegen ist.¹²

10 VfGH 1.12.2018, G 308/2018 mwN.

11 VfSlg 20.177/2017.

12 *Kaspar*, Sozialhilferechtliche Differenzierung aufgrund des Aufenthaltsstatus von subsidiär Schutzberechtigten, *juridikum* 2017, 476 (485 f).

3. Konsequenzen und Ausblick

Aufgabe einer staatlichen Sozialhilfe ist es als letztes Sicherungsnetz eine Absicherung im Falle von existenzgefährdenden Ereignissen zu gewährleisten.¹³ Durch das SH-GG ist es dabei nicht nur durch die Rückkehr zur Bezeichnung „Sozialhilfe“ zu einem Bedeutungswandel gegenüber der Mindestsicherung gekommen; sondern wurden vielfache Verschärfungen im Hinblick auf die Leistungsvoraussetzungen sowie auch die konkrete Leistungshöhe, insb im Hinblick auf nicht-österreichische Staatsangehörige sowie Mehrkindfamilien, normiert.¹⁴ Der VfGH hat durch die Aufhebung des „Arbeitsqualifizierungsbonus“ und des Höchstsatzsystems für Kinder sowie durch die vorgenommene verfassungskonforme Interpretation im Hinblick auf den Gestaltungsspielraum des Ausführungsgesetzgebers zumindest die gravierendsten Härten des SH-GG abgeschwächt. Eine bundesweite Vereinheitlichung wurde aber gerade nicht erreicht. Ob und inwiefern der Grundsatzgesetzgeber tätig wird und es zu einer „Reparatur“ bzw vielleicht sogar gänzlichen Aufhebung des SH-GG kommt, ist derzeit schwer abzusehen.¹⁵

Auf Landesebene haben nun OÖ und NÖ auf die Entscheidung des VfGH reagiert und am 30.1.2020 die Abänderung ihrer sehr restriktiv ausgestalteten und starr am Wortlaut des SH-GG orientierten Sozialhilfe-Ausführungsgesetze beschlossen.¹⁶ OÖ und NÖ waren dahingehend auch die einzigen Bundesländer, die zunächst Ausführungsgesetze erlassen und mit 1.1.2020 in Kraft gesetzt haben.¹⁷ Die übrigen Länder haben die Frist ungenützt verstreichen lassen; auch um das hier diskutierte Erkenntnis des VfGH abzuwarten. Es wird sich zeigen, wie diese ihre Ausführungsgesetze konkret ausgestalten¹⁸ und ob dabei die bestehenden verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben ausreichend Berücksichtigung finden werden. Dementsprechend wird auch in Zukunft die „neue“ Sozialhilfe die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beschäftigen.

Dr.ⁱⁿ Marina Kaspar ist Universitätsassistentin prae doc am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien; marina.kaspar@univie.ac.at

13 *Wagner*, Die Bedarfsorientierte Mindestsicherung, DRdA 2010, 524 (525).

14 *Leitner*, Das neue Sozialhilfe-Grundsatzgesetz – Die Sozialhilfe ersetzt die Mindestsicherung, ASoK 2019, 304.

15 *NN*, Anshober für Verlängerung der Mindestsicherung, news.orf.at v 14.1.2020, <https://orf.at/stories/3150882/> (3.2.2020).

16 Siehe <https://noe-landtag.gv.at/fileadmin/gegenstaende/19/09/980/980G2.pdf> und <https://www.land-oberoesterreich.gv.at/229926.htm> (3.2.2020).

17 NÖ SAG, LGBl 2019/70 idF LGBl 2020/22 und OÖ SOHAG, LGBl 2019/107 idF LGBl 2020/6.

18 Siehe bspw das Salzburger Sozialunterstützungsgesetz, LGBl 2020/21 idF LGBl 2020/29, welches nun voraussichtlich am 1.1.2021 in Kraft treten wird.

Fußballfans unter Generalverdacht

Der „Rapidkessel“ und seine Folgen

Mahriah Zimmermann / Matej Zenz

Nachdem Richter Dr. *Wolfgang Helm* nach 18 Verhandlungstagen am Verwaltungsgericht Wien am 12.7.2019 das Urteil im Verfahren um den sog *Rapidkessel* mündlich verkündete, war ihm wichtig zu betonen, „dass die Polizei die Möglichkeit haben muss etwas zu machen gegen solche Vorgänge. Dass es ist nicht sein kann, dass sie einen individuellen Vorwurf machen muss, wenn jetzt so eine große Masse zusammentrifft und dann zu unterscheiden, weil dann könnte sie es gleich lassen und es muss eine Identitätsfeststellung möglich sein“.¹ Im Dezember 2019 folgten nun die schriftlichen Urteilsausfertigungen.

Die Maßnahmenbeschwerden der 28 Beschwerdeführenden hatten sich gegen Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt der *Landespolizeidirektion Wien* gerichtet, nämlich die Anhaltung im Zuge einer Identitätsfeststellung sowie die Wegweisung aus dem Sicherheitsbereich. Die Beschwerdeführenden wurden in Einzelverhandlungen einvernommen, die Verfahren aber gemeinsam geführt. Veröffentlicht wurden stellvertretend für die 28 Erkenntnisse drei anonymisierte Urteile, die die Bandbreite der Entscheidungen widerspiegeln, nämlich jeweils ein stattgebendes², ein abweisendes³ und ein teilweise stattgebendes und teilweise abweisendes⁴. Die mittlerweile rechtskräftigen Entscheidungen sind dabei weiterhin kontrovers.

1. Was war passiert?

Am 16.12.2018 fand ein Fußballspiel zwischen dem FK Austria Wien und dem SK Rapid Wien im Heimstadion der Austria statt. Die Rapidfans, nicht unüblich für Fußballfans, reisten zum Spiel gemeinsam an. Mit einem Fanmarsch, einem sog *Corteo*, marschierten über 1.300 Fans vom Reumannplatz in Richtung *Generali Arena*. Auf einer Brücke über die Süd-Ost-Tangente (A23) kam es zu vereinzelt Schneeballwürfen auf die Autobahn. Der Marsch wurde in Folge gegen 15:00 Uhr auf einem schmalen unbe-

1 *Prozessreport*, Mitschrift der Urteilsverkündung von Richter Helm, 16.7.2019, <https://prozess.report/prozesse/rapidkessel/#Urteilsverkuendung> (16.3.2020).

2 VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1627/2019.

3 VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1600/2019.

4 VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1837/2019.

festigten Weg zwangsweise angehalten und eingekesselt. 1.338 Personen wurden einer Identitätsfeststellung unterzogen, durchsucht und anschließend aus dem Sicherheitsbereich um das Stadion weggewiesen. Die Amtshandlungen zogen sich bei Temperaturen um den Gefrierpunkt sowie ohne Verpflegung und Toiletten letztlich bis 21:50 Uhr. Soweit der unstrittige Teil des Sachverhalts.

2. Das gerichtlich festgestellte „Bandenkriegsszenario“ und die Gendarstellung

Sowohl während der Verhandlungen,⁵ als auch im Urteil finden sich immer wieder Wertungen und unsachliche Beschreibungen des *Corteo* durch das Gericht, welche sich klar mit den Schilderungen der Polizei decken. Es wird dabei ein Bedrohungsszenario gezeichnet, wonach eine „besonders aggressive Stimmung gegenüber den begleiteten Polizeieinheiten“⁶ vorgeherrscht und es für Außenstehende so gewirkt haben soll, als ob „der Mob die Herrschaft über die Straße ausübe und selbst die Polizei dem nichts entgegensetzen habe“⁷. Die deeskalative Einsatzstrategie der Polizei vor der Anhaltung hätte sogar den Eindruck „einer Kapitulation der Staatsmacht“⁸ erweckt, so der Richter. Dieser geht soweit den 28 Beschwerdeführenden vorzuhalten, sie wären „bei ihrer Parteienvernehmung praktisch einhellig bestrebt [gewesen] die Vorfälle im Zuge des ‚Corteo‘ herunterzuspielen“⁹. Wenn es im Verfahren um das Verhalten der Fans an diesem Tag ging, sparte der Vorsitzende nicht mit Vergleichen zu Bandenkriegen oder dem sog *schwarzen Block*, der bei antifaschistischen Demonstrationen genauso martialisch und gewaltbereit auftreten würde wie der „harte Kern“¹⁰ der Rapidfans am besagten Tag.

Beteiligte meinen hingegen, dass dieses vom Gericht gezeichnete Horrorszenario die Ereignisse des 16.12.2018 einseitig¹¹ darstellt und auch wir als Prozessbeobachter_innen kommen zu dem Schluss, dass die Feststellungen die Beweisergebnisse nicht unbedingt widerspiegeln. Zeug_innen der Fansseite wurden als unglaubwürdig erachtet, während Polizeiaussagen durchwegs gefolgt wurde.¹² Etwa bei der Frage, wie lange die Anhaltung

5 Prozessreport begleitete die Verhandlungen am Verwaltungsgericht Wien vor Ort; für eine Zusammenfassung siehe <https://prozess.report/prozesse/rapidkessel> (18.6.2020).

6 VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1600/2019, 10; VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1627/2019, 10; VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1837/2019, 10.

7 VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1600/2019, 11; VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1627/2019, 11; VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1837/2019, 11.

8 VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1600/2019, 12; VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1627/2019, 12; VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1837/2019, 12.

9 Vgl VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1600/2019 und VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1627/2019 und VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1837/2019.

10 *Prozessreport*, Mitschrift der Verhandlung vom 14.6.2019.

11 Rechtshilfe Rapid, Verwaltungsgericht Wien erklärt Derbykessel für rechtswidrig, 12.6.2019, <https://bit.ly/2KfolPT> (26.3.2020).

12 Vgl VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1600/2019, 17; VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1627/2019, 17; VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1837/2019, 17. Zur Problematik, dass Gerichte dazu neigen, Polizeiaussagen zu folgen siehe etwa Gaigg, Anwalt zu Großsätzen der Polizei: „Da dampft dann das Testosteron heraus“, derstandard.at 24.1.2020, www.derstandard.at/story/2000113607274 (20.3.2020).

im Freien als rechtmäßig angesehen werden konnte. Hier bezieht sich die Entscheidung auf die übliche Verweildauer im Stadion, wo die Fans auch ohne Anhaltung bei gleicher Witterung einige Stunden verweilt hätten¹³ und lässt dabei außer Acht, dass man sich dort frei bewegen und jederzeit gehen kann. Dass die Anhaltefläche einen größeren Bewegungsspielraum geboten haben soll, als etwa der enge Auswärtssektor des Stadions,¹⁴ kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass es für die eingekesselten Personen keinen Zugang zu Verpflegung und Toiletten gab. Zu wenig Beachtung findet außerdem der Umstand, dass die Route der Fans zum Stadion von der Polizei angeregt worden war und schon frühere *Corteos* über diesen Weg geführt hatten. Wenn die Fans tatsächlich so gefährlich wären, wie von der Polizei dargestellt, fragt sich, warum sie an der vielbefahrenen A23 entlanggeführt werden. Zudem war der Ort der Anhaltung aufgrund der Enge und schlechten Befestigung laut den Beschwerdeführenden keinesfalls optimal.

3. Rechtliche Überlegungen und Kritik

Trotz der einseitig wirkenden Feststellungen und Beweiswürdigung ergaben die Urteile schließlich einen Punktsieg für die Fans. Der Mehrzahl der Beschwerdepunkte wurde Folge gegeben. Für die Beschwerdeführenden, die die Beschwerden mit Hilfe der *Rechtshilfe Rapid* und Anwalt *Christian Podoschek* eingebracht haben, ergab sich, dass 35 von 47 Beschwerdepunkten stattgegeben wurde.¹⁵

Sämtliche Wegweisungen aus dem Sicherheitsbereich¹⁶ wurden für rechtswidrig erklärt, da Personen nach § 49a Abs 2 SPG nur dann aus dem Sicherheitsbereich weggewiesen werden dürfen, wenn aufgrund „bestimmter Tatsachen“ anzunehmen ist, dass sie darin einen gefährlichen Angriff begehen werden. Das Werfen von Gegenständen auf die Autobahn aus der Gruppe heraus reichte nach Meinung des Gerichts nicht aus, um als „bestimmte Tatsache“ zu gelten, weshalb alle Wegweisungen für rechtswidrig erklärt wurden.

Was die Anhaltung im Zuge der Identitätsfeststellung betrifft, kam das Gericht zu einem anderen Schluss. Hier zog es § 118 Abs 1 StPO als Rechtsgrundlage heran, da die Würfe auf die Autobahn als vorsätzliche Gemeingefährdung nach § 176 StGB qualifiziert wurden.

Zunächst ist fraglich, ob ein Vorgehen nach § 118 StPO angebracht war. § 22 Abs 3 SPG sieht vor, dass nach einem gefährlichen Angriff die Bestimmungen der StPO jedenfalls

13 Vgl VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1600/2019, 18; VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1627/2019, 18; VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1837/2019, 17-18.

14 Vgl VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1600/2019, 15; VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1627/2019, 15; VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1837/2019, 15.

15 Tweet von @ChPodoschek v 12.7.2019, <https://twitter.com/ChPodoschek/status/1149606414014275584?s=20> (26.3.2020)

16 Gemäß § 49a Abs 1 Sicherheitspolizeigesetz (SPG) BGBl 1991/566 idF BGBl I 2016/61 können die Sicherheitsbehörden den Bereich um eine Sportgroßveranstaltung mittels Verordnung zum Sicherheitsbereich erklären.

erst dann ausschließlich gelten, wenn ein bestimmter Mensch einer strafbaren Handlung verdächtigt wird. Das Gericht und die Polizei gingen jedoch davon aus, dass konkrete Taten nicht zugeordnet werden konnten, insofern läge eine Identitätsfeststellung nach § 35 SPG näher, als ein Vorgehen nach der StPO. Wobei dies lediglich ein theoretischer Streitpunkt ist. Sowohl § 118 StPO als auch § 35 SPG setzen voraus, dass auf Grund „bestimmter Tatsachen“ angenommen werden kann, dass eine Person an einer Straftat beteiligt ist, über die Umstände der Begehung Auskunft geben kann oder Spuren hinterlassen hat, die der Aufklärung dienen könnten. Das Vorliegen „bestimmter Tatsachen“ wurde für die Wegweisung noch verneint, hinsichtlich der Anhaltung und Identitätsfeststellung wurde nun jedoch ausgeführt, dass aufgrund der Enge innerhalb des Fanzuges nicht zwischen Beteiligten und bloßen Zeug_innen unterschieden werden konnte und „sich der Tatverdacht zunächst zwangsläufig gegen alle Teilnehmer richten musste.“¹⁷ Von „bestimmten Tatsachen“ ist keine Rede mehr, sondern lediglich von einem sich gegen Alle richtenden „Tatverdacht“. Ob das enge Zusammenstehen des Fanzuges tatsächlich ausreicht, um gegenüber 1.338 Personen „bestimmte Tatsachen“ anzunehmen, ist diskutabel.

Ob eine Anhaltung und Identitätsfeststellung nun nach § 118 StPO oder nach § 35 SPG erfolgt, sie hat – wie jede polizeiliche Maßnahme – jedenfalls verhältnismäßig zu sein. Das Gericht ging davon aus, dass eine Anhaltung bis 20:30 Uhr verhältnismäßig war, da die Polizei unter bestmöglicher Kräfteanspannung die Amtshandlungen dann hätte beenden können. Zudem wären die Fans darauf vorbereitet gewesen bis 19:30 im Stadion und damit im Freien zu verweilen. Da sich diese zudem eine Stunde der Identitätsfeststellung verweigert hätten, wurde dem voraussichtlichen Aufenthalt im Freien eine Stunde aufgeschlagen.¹⁸ Entsprechend wurde den Beschwerden von Personen, die erst nach 20:30 Uhr aus dem Kessel entlassen wurden, auch bezüglich der Anhaltung und Identitätsfeststellung Folge gegeben. Ein geringer Trost für jene hundert Fans, deren Identitätsfeststellung vor 20:30 Uhr erfolgte. Ob einem derart schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht auf persönliche Freiheit mit dieser simplifizierten Verhältnismäßigkeitsrechnung genüge getan wird, ist fraglich.

4. Auswirkungen auf die Praxis

Als nicht angemeldete Versammlung unterlag der Fanmarsch dem Versammlungsgesetz. Grundrechtlich ist die Entscheidung somit nicht nur im Lichte der persönlichen Freiheit, sondern auch in Bezug auf die Versammlungsfreiheit und deren Einschränkungen relevant. Das Gericht folgte bezüglich der Anhaltung und Identitätsfeststellung der Argu-

17 VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1600/2019, 19-20; VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1627/2019, 19-20; VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1837/2019, 20.

18 Vgl VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1600/2019, 23; VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1627/2019, 23; VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1837/2019, 23.

mentation der Polizei, wonach sich der anfängliche Verdacht auf die Begehung einer vorsätzlichen Gemeingefährdung nach § 176 StGB wegen „der Ununterscheidbarkeit der eng zusammenstehenden Fangzug-Teilnehmer – zunächst einmal begründet gegen alle richtete“.¹⁹ Die Konsequenz daraus könnte sein, dass die Polizei bei Verdacht auf Straftaten, die aus größeren Menschenansammlungen heraus geschehen, nicht konkrete Taten konkreten Personen zuordnen muss, sondern alle Anwesenden als Tatverdächtige festhalten kann – und dies unter widrigen Umständen. Wer möchte, kann Parallelen zur Debatte um den ehemaligen Straftatbestand des „Landfriedensbruchs“ (nunmehr Schwere gemeinschaftliche Gewalt nach § 274 StGB) ziehen. Im Hinblick auf die Versammlungsfreiheit besteht jedenfalls die Gefahr, dass Vorfälle, wie das Abbrennen von Pyrotechnik oder das Werfen von Gegenständen auf Polizist_innen durch Einzelpersonen, wie sie auf vielen politischen Kundgebungen vorkommen, von der Polizei dazu genutzt werden könnten, um sämtliche Teilnehmer_innen anzuhalten und Demonstrationen zu unterbinden.

Mahriah Zimmermann ist Menschenrechtsaktivistin, Mitbegründerin von *prozess.report* in Wien; prozessreport@systemli.org

Mag. Matej Zenz ist Rechtsanwaltsanwärter bei der Kanzlei *Grilc Vouk Škof* in Wien und Klagenfurt und für die *Rechtshilfe Rapid* tätig; matej.zenz@gvs3.at

¹⁹ Vgl VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1600/2019; VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1627/2019; VwG Wien 12.7.2019, VGW-102/013/1837/2019.

Empirie des Paragraphenautomaten

Rechtssoziologische Eckpfeiler meiner Kollektivitätsforschung

Petra Sußner

In Heft 4/19 lenkt *Tamara Ehs*¹ unseren Blick auf Bedingungen der gerichtlichen Entscheidungsfindung. Zu Recht erinnert sie uns, dass Rechtsprechung Politik ist und das Bild vom Paragraphenautomaten – der bei Einwurf des Sachverhalts Rechtsfolgen auswirft – dem nicht gerecht wird. Bereits bei dessen Urheber, *Max Weber*, ist der Paragraphenautomat nur ordnungsstiftende Idee.² Entscheidungen sind individuell und institutionell geprägt. Das gilt selbst dort, wo künstliche Intelligenz wie Algorithmen zum Einsatz kommen.³ Ich möchte nun von einer anderen Seite weiterdenken: Ist unsere Rechtsprechung Politik, was heißt das für die Subsumtion; das Entscheidungsideal, um das sich das rechtswissenschaftliche Studium dreht? Ist sie praktisch obsolet? Die Rechtsdogmatik wird in diesen Fragen entschieden widersprechen. Auch die Rechtstheorie beschäftigt sich seit Jahrzehnten mit der Relevanz von Subsumtion, Rechtsdogmatik und Methoden.⁴ Relativ neu in der Debatte ist die Rechtssoziologie, die fragt, was tatsächlich passiert. Wie wirken und funktionieren Subsumtion, Rechtsdogmatik und deren Auslegungsmethoden als Praxis? Wie kanalisieren sie Konflikte und wie ermöglichen sie gesellschaftliche Veränderung? Diesen Fragen gehe ich derzeit am Schauplatz von Höchstgerichtsentscheidungen in Asyl- und später Klimaverfahren nach.⁵ Epistemologie und Methoden der Rechtsdogmatik sind dabei zentrale Themen. Hier geht es um deren rechtssoziologischen Forschungskontext.

1. Rechtsdogmatik und Subsumtion als empirisches Forschungsinteresse

Die Rechtsdogmatik sieht sich in den letzten Jahren mit steigendem – empirischem – Interesse konfrontiert. „Soziologie in ihrer heutigen Form [ist] der Rechtspraxis [...] gegen-

1 *Ehs*, Forschungsbericht: Wer spricht Europarecht? *juridikum* 2019, 500.

2 Vgl *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehenden Soziologie*⁵ (2002) 826.

3 Vgl in diesem Heft *Mader*, Die Utopie einer digitalen Richterschaft, *juridikum* 2020, 180. Weiterführend *Tischbirek*, Wissen als Diskriminierungsfrage. Kognitive Herausforderungen des Antidiskriminierungsrechts zwischen implizitem Wissen und selbstlernenden Algorithmen, in *Münkler*, *Dimensionen des Wissens im Recht, Recht-Wissenschaft-Theorie* (2019).

4 Vgl *Bung*, *Subsumtion und Interpretation* (2004); *Gabriel*, *Subsumtion: Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre* (2012) sowie FN 11–14.

5 DFG Forschungsgruppe Recht – Geschlecht – Kollektivität, TP A ‚Knotenpunkt Kollektiv‘. <https://bit.ly/35IDj9m> (10.1.2020); mit einer Veröffentlichung der asylrechtlichen Fallstudie rechnen wir zu Beginn des Jahres 2021.

über sprachlos. Eine soziologisch gehaltvolle responsive Außenbeobachtung des Rechts steht derzeit nicht zur Verfügung⁶, so *Alfons Bora* weitläufig. „Was fehlt, ist eine eigenständige, genuin soziologische Beschäftigung mit Rechtsdogmatik“,⁷ präzisiert *Doris Schweitzer*. Bereits im Jahr 2004 hat *Ingo Schulz-Schäffer* für eine „Rechtssoziologie mit ‚noch mehr Recht‘“⁸ plädiert. Gemeint ist nicht, die Soziologie in einer Assistenzfunktion für die Dogmatik zu stärken, sondern sich rechtssoziologisch auf Dogmatik einzulassen. *Christian Boulanger* greift diesen Anspruch im zuletzt besprochenen⁹ Sammelband „Interdisziplinäre Rechtsforschung“ auf.¹⁰ Er will wissen, was rechtswissenschaftliche Dogmatik ‚wirklich tut‘ und schlägt dazu eine funktionalistische Perspektive vor. „Anpassung durch Transformation“¹¹ nennt er als eine der prominenten Funktionen. *Wie* sie in der Praxis funktioniert, beschäftigt mich aktuell. Dazu kommt vor Gericht die Frage nach Subsumtion.

Kritisch lassen sich Dogmatik und Subsumtion, mit den – vom anglo-amerikanischen Raum ausgehenden – Arbeiten der Crits (Critical Legal Scholars) betrachten. Sie denken Recht von Herrschaft aus und stufen Subsumtion als Instrument ein, das Objektivität suggeriert und darüber Machtinteressen verschleiert.¹² Weniger machtkritisch, aber konstruktivistisch¹³ und sprachphilosophisch arbeiten nachpositivistische und strukturierende Rechtstheorien.¹⁴ Sie setzen bei der Unmöglichkeit von Gesetzesbindung an; Dogmatik, Auslegung und Subsumtion begegnen uns hier auf der Ebene von Darstellbarkeit. Wer schließlich mit logischer Begründungslehre¹⁵ oder dem Begriff des Richterrechts¹⁶ arbeitet, sieht Rechtsdogmatik und Subsumtion als Ideal zur Abwendung willkürlicher Entscheidungen.¹⁷ Das sind die Theoriezugänge; eine andere Frage ist, was in der Praxis passiert.

2. Verhandeln: Ein diskurstheoretischer Zugriff

Ich stelle mir derzeit die Frage, wie Gerichtsentscheidungen Kollektive wie zB die vulnerable Gruppe entwickeln und ausformulieren. Dazu gehe ich zu den Anfängen asylrecht-

6 *Bora*, Responsive Rechtssoziologie, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2016, 35.

7 *Schweitzer*, Rechtssoziologie versus „Recht in der Soziologie“, juridikum 2018, 210 (217).

8 *Schulz-Schäffer*, Rechtsdogmatik als Gegenstand der Rechtssoziologie, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2004, 141.

9 *Sußner*, Zeitgeist: Interdisziplinäre Rechtsforschung, juridikum 2019, 312.

10 *Boulanger*, Die Soziologie juristischer Wissensproduktion. Rechtsdogmatik als soziale Praxis, in *Boulanger/Rosenstock/Singelstein*, Interdisziplinäre Rechtsforschung (2019) 173 (174).

11 *Boulanger* in *Boulanger/Rosenstock/Singelstein* 185.

12 Vgl *Frankenberg*, Partisanen der Rechtskritik. Critical Legal Studies etc, in *Buckell/Christensen/Fischer-Lescano*, Neue Theorien des Rechts (2009) 93.

13 Vgl *Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht (2010).

14 Vgl *Leich*, Die Sprache des Rechts. Recht verhandeln: Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts (2005); *Christensen/Kudlich*, Theorie des richterlichen Begründens (2014); *Somek/Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken. Form und Gehalt des positiven Rechts (1996).

15 Vgl *Alexy/Koch/Kublen/Rüßmann*, Elemente einer juristischen Begründungslehre (2003).

16 Vgl *Bumke*, Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung (2012).

17 Für den sogenannten Judicial Activism vgl *Coutinho/La Torre/Smith*, Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences (2015).

licher Anerkennung von Geschlecht, die 1980er Jahre, und analysiere Entscheidungsdokumente bis ins Jahr 2019. Um diese Dokumente als empirische Tatsache verstehen zu können, gilt es zuerst zwischen Entscheidungsherstellung und -darstellung zu unterscheiden.¹⁸ Aus der Justizsoziologie wissen wir, dass die Begründung einer Entscheidung deren Herstellung nicht (notwendig) abbildet.¹⁹ *Michael Wrase* fasst den Forschungsstand dahingehend zusammen, dass die „tatsächliche Entscheidung induktiv und problembezogen erfolgt [, aber] mit Blick auf die spätere Darstellbarkeit des Ergebnisses“.²⁰ Sie werde über ein formelles und materielles Sachprogramm (positives Recht) mitbestimmt und im Sinn des dogmatischen Subsumtionsideals deduktiv ausgerichtet. Herstellung und Darstellung befinden sich also in einer wechselseitigen Beziehung. Wirkung, Funktion und Modus von Subsumtion, Dogmatik und Methoden lassen sich aus beiden Perspektiven untersuchen; bei mir ist es die Darstellung. Im Bereich Herstellung stehen Forschende freilich vor dem Problem, das auch *Ehs* im eingangs angesprochenen Artikel thematisiert: dem Beratungsgeheimnis.²¹ Trotz – vielleicht gerade wegen – dieses Hindernisses scheint der Ehrgeiz aufrecht, „[h]inter den Schleier des Beratungsgeheimnisses“²² zu blicken.

Die Entscheidungsdarstellung erscheint da vielleicht weniger spektakulär. Doch für die Frage nach Rechtsdogmatik und Subsumtion ist sie ein Fundus. In (Höchst-)Gerichtsentscheidungen manifestiert sich der Rahmen der Darstellbarkeit – oft – offen zugänglich. Bisher beschäftigen sich die rhetorische Begründungsforschung²³ oder die *Law as Narrative* Forschung²⁴ mit ihnen. Auch die Konversationsanalyse verfolgt gerichtliche Begründungsstränge empirisch.²⁵ Ich verfolge demgegenüber einen diskurstheoretischen Zugriff. Er geht von einer relationalen Autonomie des Rechtsdiskurses aus,²⁶ macht Möglichkeitsbedingungen und Veränderung sichtbar und zeigt, wie Gerichte gesellschaftliche Probleme und Lösungen *verhandeln*. Dabei zeigt sich, dass es weniger spezifische Methoden sind, die den Diskurs des Verhandeln flexibel („entwicklungsoffen“) halten. Wesentliche Strategien funktionieren über den idealtypischen Zweiklang von Recht und

18 Zurückgehend auf *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung: Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung² (1997) passim.

19 Erstmals im Jahr 1972 *Lautmann*, Justiz – die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse² (2011). Vgl aus wissenssoziologischer Sicht etwa *Stegmaier*, Wissen, was Recht ist. Richtliche Rechtspraxis aus wissenssoziologisch-ethnografischer Sicht (2009).

20 *Wrase*, Recht und soziale Praxis – Überlegungen für eine soziologische Rechtstheorie, in *Cottier/Estermann/Wrase*, Wie wirkt Recht? (2010) 116.

21 *Ehs*, Juridikum 2019, 502.

22 *Kranenpohl*, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts (2010).

23 *Schlieffen*, Subsumtion als Darstellung der Herstellung juristischer Urteile, in *Gabriel*, Subsumtion (2013) 379.

24 Vgl *Blufarb*, Geschichten im Recht. Übertragbarkeit von „Law as Narrative“ auf die deutsche Rechtsordnung (2018).

25 Vgl *Wolff*, Text und Schuld: Die Rhetorik psychiatrischer Gutachten (1995); *Scheffer*, Asylgewährung: eine ethnographische Analyse des deutschen Asylverfahrens (2001).

26 Vgl *Buckel*, Welcome to Europe (2013) 74–77.

Tatsachen; die Praxis von Dogmatik und Subsumtion schlechthin.²⁷ Mit *Christian Bumke* formuliert sucht meine Forschung nach Erkenntnissen über „die Erscheinung [des rechtsdogmatischen Projekts] im großen gesellschaftlichen Räderwerk“.²⁸ Damit soll verhindert sein, dass „die Theorie der Rechtsdogmatik zu einer idyllischen Scheinwelt erwächst; [...] das Eigenartige des Vertrauten unerkannt bleibt, Partikulares für universell erachtet und Mögliches mit Notwendigem verwechselt wird“.²⁹ Gerade in schnelllebigen Krisenbereichen wie dem Asyl- und Klimaschutzrecht ist ein solches Innehalten gut investierte Zeit.

Dr. Petra Sußner arbeitet als Post-Doc Wissenschaftlerin an der Humboldt Universität zu Berlin und in der DFG-Forschungsgruppe Recht-Geschlecht-Kollektivität. Sie ist Redaktionsmitglied des *juridikum*; petra.sussner@rewi.hu-berlin.de.

27 Siehe auch *Schweitzer*, Diskursanalyse, Wahrheit und Recht: Methodologische Probleme einer Diskursanalyse des Rechts, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2015, 35.

28 *Bumke*, Rechtsdogmatik: Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise (2017) 229.

29 *Bumke*, Rechtsdogmatik 230.

Gender im Völkerrecht

Rezension

Verena Pirker

Rezension zu: *Katrin Kappler, Vinzent Vogt* (Hrsg), *Gender im Völkerrecht: Konfliktlagen und Errungenschaften*, Baden-Baden 2019, Schriften zur Gleichstellung herausgegeben von *Susanne Baer/Marion Eckertz Höfer/Jutta Limbach/Heidi Pfarr/Ute Sacksofsky*, Bd 48, 258 Seiten, ISBN 978-3-8487-5654-4.

Wie viele Rechtsdisziplinen wird das Völkerrecht schon seit längerem auch aus feministischer und gendertheoretischer Perspektive analysiert. In zahlreichen Zeitschriftenbeiträgen und Sammelbänden fließen Gender-Perspektiven seit einigen Jahren verstärkt in den theoretischen Diskurs über Menschenrechte, Völkerstrafrecht oder Arbeitsvölkerrecht mit ein.¹ Auch außerhalb der Universitäten ist „*Gender im Völkerrecht*“ mittlerweile ein wichtiges Thema, so findet eine kritische Auseinandersetzung mit Geschlechterverhältnissen auch in der völkerrechtlichen Praxis statt. Hervorzuheben ist hier insbesondere *GQUAL!*, eine Kampagne die sich für Gender Parität und Diversität bei internationalen Gerichten und Monitoring Bodies einsetzt.²

Der von *Katrin Kappler* und *Vinzent Vogt* herausgegebene Sammelband ist keine systematische Beleuchtung des Themenkomplexes, sondern möchte einen Überblick über die Themenvielfalt von Gender im Völkerrecht geben. Viele Beiträge haben ihren Ursprung im *Forum Legal Gender Studies Halle*, welches mangels institutionalisiertem Lehrangebot an der Martin-Luther-Universität, von Studierenden und Mitarbeiter*innen ins Leben gerufen wurde.³ Ziel der Herausgeber*innen war ein möglichst vielfältiger Blick auf völkerrechtliche Genderproblematiken.

Im ersten Beitrag des Buches analysiert *Dana-Sophia Valentiner* die Rechtsprechung des EGMR im Hinblick auf die Existenz eines Menschenrechts auf sexuelle Autonomie, kritisch beleuchtet sie ua die Rechtfertigung eines Eingriffs in Art 8 EMRK aus Sittlichkeitserwägungen.

Auch *Alice Margaria* beschäftigt sich im einzigen englischsprachigen Beitrag des Sammelbandes mit EGMR Rechtsprechung. Sie behandelt darin Väter als *gendered beings*

1 Standardwerke im deutschsprachigen Raum sind ua *Rudolf* (Hrsg), *Frauen und Völkerrecht* (2006); *Lembke* (Hrsg), *Menschenrechte und Geschlecht* (2014); *Zimmermann/Giegerich* (Hrsg), *Gender und Internationales Recht* (2007).

2 Vgl *GQUAL!* Campaign for Gender Parity in International Representation, www.gqualcampaign.org/home/ (19.03.2020).

3 Martin Luther Universität Halle-Wittenberg, *Forum Legal Gender Studies*, www.jura.uni-halle.de/einrichtungen/legalgenderstudies/ (19.03.2020).

und somit als potentielle Opfer von *gender stereotyping*, insbesondere im Zusammenhang mit Kontaktrechten zu ihren Kindern und Möglichkeiten der Elternkarenz.

Joachim Renzikowski wiederum bespricht in seinem Beitrag die dringende Notwendigkeit eines umfassenden menschenrechtlichen Ansatzes zur wirksamen Bekämpfung des Menschenhandels. Er betont dabei die Notwendigkeit einer Abkehr von überwiegend strafrechtlicher Verfolgung.

Mit dem Menschenrechtssystem der Afrikanischen Union, insbesondere dem Maputo Protokoll setzt sich *Romy Klimke* auseinander. In ihrem Artikel thematisiert sie nicht nur die progressiven Aspekte des Abkommens, wie zB das Recht auf Abtreibung oder verbindliche Mutterschutzzeiten, sondern auch prozedurale und institutionelle Mängel, die es zu beheben gilt.

Rita Schäfer legt ihren Fokus auf Südafrika. Sie beschreibt die vielen Probleme, die besonders für Frauen durch (intersektionelle) Diskriminierung entstehen, aber auch wie rechtliche Vorgaben aufgrund institutioneller Hindernisse und mangelnder Ressourcen nicht eingehalten werden können.

Auch wenn Antidiskriminierungsrecht und Völkerstrafrecht verschiedene Zielrichtungen haben, beleuchtet *Katrin Kappler* in ihrem Beitrag wie Antidiskriminierungsrecht dazu verwendet werden könnte, das Völkerstrafrecht weiterzuentwickeln. Sie schlägt unter anderem eine Erweiterung bzw Neufassung der Tatbestände des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) vor. So erläutert sie zB wie eine postkategoriale Fassung des Tatbestandes des Völkermordes aussehen könnte. Eindrücklich weist sie auch darauf hin, wie wichtig ein intersektioneller Zugang zu geschlechtsspezifischen Verbrechen wäre. So plädiert sie dafür, dass wenn mehrere verpönte Merkmale des Art 7 (1) h IStGH-Statuts auf Handlungen der Verfolgungstäter*innen anwendbar sind (zB Ethnie und Geschlecht), diese auch wegen allen Merkmalen angeklagt und Interdependenzen aufgezeigt werden sollten.⁴

Unter dem Titel „Geschlechtsbezogene Verfolgungen an Jesid*innen durch Mitglieder des ‚Islamischen Staates‘ – ein Fall für die internationale Strafjustiz“, schreibt *Alexander Schwarz* über die Gräueltaten, die vom *Islamischen Staat* an der jesidischen Bevölkerung im Nordirak verübt wurden. Exemplarisch erfolgt eine genaue Untersuchung von Zwangsheiraten, wobei die Frage im Vordergrund steht, ob dabei alle Elemente eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit im Sinne einer geschlechtsbezogenen Verfolgungshandlung nach Art 7 (1) h IStGH-Statut erfüllt sind. Dabei kritisiert der Autor, dass geschlechtliche Dimensionen von internationalen Verbrechen hinter den „klassischen Kategorien“ (wie Ethnische Zugehörigkeit und Religion) oft zurückbleiben.

Die letzten beiden Beiträge des Bandes haben einen arbeitsrechtlichen Fokus. *Nicole Thoma* und *Katja Nebe* stellen rechtsvergleichend Deutschland und Schweden neben-

4 Vgl. *Oosterveld*, Prosecuting Gender-Based Persecution as an International Crime, in *De Brouwer/Ku/Römkens/van den Herik* (Hrsg), *Sexual Violence as an International Crime: Interdisciplinary Approaches* (2013) 57.

einander und erläutern, warum die Bundesrepublik völker- und europarechtliche Standards bei Rückkehrrechten nach dem Mutterschutz und dem Elternurlaub nur unzureichend erfüllt.

Abschließend analysiert *Vinzent Vogt* in seinem Beitrag zu Pflegearbeit in deutschen Privathaushalten, warum Völker- und Europarecht grundsätzlich helfen können, besonders vulnerable Gruppen wie Care-Migrant*innen zu schützen. Arbeitsvölkerrechtliche Standards haben dabei eine wichtige Funktion, können bedingt durch die vielfältigen Lebensrealitäten des Pflegepersonals aber nur schwer durchgesetzt werden. Auch hier werden skandinavische Ansätze als best-practice Beispiele hervorgehoben.

Facettenreich nimmt sich dieser Sammelband des Themas *Gender und Völkerrecht* an. Das selbstgesteckte Ziel, die Vielfältigkeit von Genderproblematiken im Völkerrecht zu reflektieren, erfüllen die Autor*innen problemlos. Der letzte Beitrag des Bandes ist zwar stark im innerstaatlichen deutschen und Europarecht verhaftet, aber dennoch sehr spannend, nicht zuletzt, weil das Thema Pflegearbeit durch die Corona-Krise noch weiter an Brisanz gewonnen hat. Einige Vorschläge, die im Buch gemacht werden, wie zB von *Kappler* bezüglich einer Erweiterung des Wortlautes des IStGH-Statuts, sind mE kritisch zu hinterfragen. Eine Erweiterung von Gesetzesbestimmungen im Völkerstrafrecht birgt mE Gefahren, wie mögliche Über-Determinierungen und Rechtsunsicherheit bezüglich notwendiger Ausnahmen. Zudem werden so auch Schlupflöcher für Täter*innen besser erkennbar und eine Nivellierung des allgemeinen Schutzes nach unten ist nicht ausgeschlossen.⁵ Viele der Vorschläge der Autor*innen sind, wie sie auch selbst zugestehen und zu Recht kritisieren, Zukunftsmusik (38-39, 55, 154, 178). Gerade in einem Rechtsgebiet wie dem Völkerstrafrecht, in dem erst durch intensives Lobbying von NGOs die Aufnahme von Vergewaltigung als gesonderter Kategorie im IStGH-Statut erfolgte, ist es wichtig gendersensible Zugangsweisen zu fördern.⁶ Mit ihren Beiträgen tragen die Autor*innen zur Sichtbarmachung von Geschlechterspezifika des Völkerrechts im deutschsprachigen Raum bei und bieten wichtige Denkanstöße. Der Sammelband ist nicht nur für das Fachpublikum interessant, vom Einfließen der Texte und neuer Sichtweisen in das Lehrangebot könnten auch viele Studierende profitieren, womit der Sammelband auch der Idee des Forums, aus dem viele der Beiträge stammen, gerecht wird.

Mag.^a Verena Pirker arbeitet als Verwaltungspraktikantin für die Gleichbehandlungsanwaltschaft in Wien; verena.pirker92@gmx.at

⁵ Vgl. *Koskeniemi*, 'A Trap for the Innocent...', in *Kreß/Barriga* (Hrsg.), *The Crime of Aggression: A Commentary* (2016) 49.
⁶ *Binder*, Der Einfluss von NGOs im Vertragsschlussverfahren, ZÖR 2017, 75.

Neuere Entwicklungen im Europäischen Asylrecht

Rezension

Jakob Fux

Rezension zu: *Brandl/Feik/Randl/Watzinger* (Hrsg), Neuere Entwicklungen im Europäischen Asylrecht. Zweite Jahrestagung Räume und Identitäten des Fachbereichs Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht der Universität Salzburg, Jan Sramek Verlag, Wien 2019, 150 Seiten, ISBN 978-3-7097-0200-0.

1. Ausgangslage

Die Geschehnisse rund um den Sommer 2015 zeigten die strukturellen Defizite des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) auf.¹ Dieser Auffassung pflichtete auch die Europäische Kommission bei und veröffentlichte im April 2016 Überlegungen zur Reform des GEAS.² Angesichts der immer noch unvollendeten Reformbestrebungen des GEAS auf der einen und dem zehnjährigen Jubiläum der Fremden- und Asylrechtlichen Blätter (FABL) auf der anderen Seite, organisierte der Fachbereich Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht der Universität Salzburg im Jänner 2019 eine Tagung zum Thema „Neuere Entwicklungen im Europäischen Asylrecht“. Die rezensierte Publikation vereint Beiträge der Tagung mit ergänzenden bzw weiterführenden Aufsätzen, welche sich der Reform des GEAS aber auch anderen asylrechtlichen Themen aus einer teils rein rechtswissenschaftlichen, teils interdisziplinären Perspektive widmen.

2. Die einzelnen Beiträge

Zu Beginn des inhaltlichen Teiles legt *Christoph Pinter* dar, dass sich die Europäische Union derzeit in einer komfortablen Lage befindet, da sich über 80 % der Flüchtlinge unter Mandat von UNHCR in unmittelbaren Herkunftsregionen befinden und die Antragszahlen in Europa seit 2015 stark abgenommen haben. Ausgehend von diesen (und weiteren) Feststellungen werden Vorschläge für Maßnahmen der EU im Rahmen des GEAS präsentiert, die unter anderem verstärkte Bemühungen der Mitgliedstaaten (MS) für das Resettlement von Flüchtlingen und den Zugang von Schutzsuchenden zum Gebiet der MS beinhalten. Die rezente Meldung des österreichischen Innenministers

1 *Thym*, The “Refugee Crisis” as a Challenge of Legal Design and Institutional Legitimacy, *Common Market Law Review* 2016, 1545 (1549).

2 *Martino*, Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems, *ZfRV* 2017, 196 (204).

Nehammer, sich nicht am kommenden Resettlement-Programm zu beteiligen,³ zeigt jedoch, dass die Umsetzung der Vorschläge angesichts aktueller politischer Entscheidungen bzw Positionen nicht absehbar ist.

Der darauffolgende Beitrag von *Philip Czech* zeigt auf, dass es sich bei der Krise des GEAS „weniger um eine von schutzsuchenden Menschen verursachte „Flüchtlingskrise“, als vielmehr um eine auf strukturelle Mängel zurückzuführende Krise“ handelt (10 mwN). Ausgehend hiervon vereint der Aufsatz eine historische Abhandlung zur Entstehung mit einer Darstellung der geplanten Reformen der sekundärrechtlichen Rechtsakte des bestehenden GEAS mitsamt Darlegung des aktuellen Verhandlungsstandes. *Czech* gelingt es damit, inhaltlich einen sehr weiten Bogen zu spannen, ohne dabei in den einzelnen Themengebieten an Präzision und Klarheit zu verlieren.

Anschließend findet sich ein Abdruck der Folien des Vortrags von *Dora Schaffrin*, welchen diese als Vertreterin der Europäischen Kommission auf der Tagung zum aktuellen Stand der Reform des GEAS hielt. Hierin finden sich zu weiten Teilen Informationen, die bereits durch die voranstehenden Ausführungen von *Czech* hinreichend abgedeckt werden. Angesichts dieser Wiederholungen und des starken formalen Bruchs schadet der Abdruck daher dem Gesamtbild der Publikation mehr, als er einen inhaltlichen Mehrwert bringen würde.⁴

Johannes Schön wirft einen Blick auf die aktuelle Rsp des VfGH zu asylrechtlichen Themen. Unter den besprochenen Judikaten finden sich unter anderem solche zur Möglichkeit bzw Zumutbarkeit einer innerstaatlichen Fluchtalternative in Afghanistan, zum Familienverfahren und zur Einvernahme von Opfern sexualisierter Gewalt. Für sich betrachtet liefert der Artikel eine sehr spannende und pointierte Übersicht der wichtigsten Rechtsfragen, welchen sich der VfGH im Jahr 2018 widmete, mitsamt eindringlichen Ausführungen zur Argumentation des Gerichtshofs in den einzelnen Entscheidungen. Im Gesamtbild der Publikation steht der inhaltlich sehr gut ausgearbeitete Aufsatz jedoch isoliert da, wohl auch aufgrund der im Vergleich zu den anderen Beiträgen rein innerstaatlichen Perspektive. Aus diesem Grund wäre eine stärkere Anbindung an die restlichen Beiträge wünschenswert gewesen.

Ulrike Brandl beschäftigt sich folgend mit dem Migrations- und dem Flüchtlingspakt der Vereinten Nationen. Neben Genese, Rechtsnatur und den wichtigsten Inhalten, wird die Erklärung der österreichischen Stimmenthaltung einer eingehenden Analyse unterzogen. Durch diese sowie die bewertenden Ausführungen am Ende der Schrift, gelingt *Brandl* eine kritische Darstellung der beiden Pakte.

Im Anhang findet sich abschließend eine Abhandlung von *Guy J. Abel et al* zu den kausalen Verbindungen zwischen Klima, Konflikten und Flucht in englischer Sprache. Diese

3 NN, Österreich beteiligt sich nicht mehr am EU-Umsiedlungsprogramm, Kleine Zeitung v 22.1.2020, www.kleinezeitung.at/politik/eu/5756411/Fluechtlinge_Oesterreich-beteiligt-sich-nicht-mehr-am (26.2.2020).

4 Ein Verweis auf sämtliche Vortragsunterlagen der Tagung, zB im Vorwort, wäre hierbei wünschenswert gewesen. Diese sind abrufbar unter www.uni-salzburg.at/index.php?id=210875 (1.3.2020).

ist inhaltlich bereichernd, weil sie einen empirischen Blick außerhalb der juristischen Auseinandersetzung auf die Themen Flucht und Migration wirft. Da sich der Beitrag methodisch stark von den anderen unterscheidet, leuchtet die Platzierung im Anhang ein.

3. Resümee

Wie *Rudolf Feik* im Vorwort bzw der Einleitung darstellt, wurde die Tagung unter den Titel „Neuere Entwicklungen im Europäischen Asylrecht“ gestellt, „*in der Hoffnung, bereits die neuen GEAS-Reformakte analysieren zu können oder aber über Stolpersteine und Anwendungs-/Umsetzungsprobleme zu diskutieren.*“ Die Verzögerungen bei der Reform des bestehenden GEAS wirkten sich folglich auf die inhaltliche Gestaltung der Tagung und der besprochenen Publikation aus. Dem Beitrag von *Czech* ist es zu verdanken, dass trotzdem Teile des ursprünglichen Anspruches umgesetzt werden konnten. Abgesehen hiervon versammelt der Tagungsband Blickwinkel unterschiedlichster Akteur*innen, zB jenen von UNHCR auf ein reformiertes GEAS, und weiterführende asylrechtliche Themen. Den angesprochenen Verzögerungen im Reformprozess ist es jedoch geschuldet, dass der rote Faden nicht immer klar ersichtlich ist. Ein zusammenführendes Fazit der Herausgeber*innen wäre daher zielführend gewesen, um die inhaltliche Kohärenz der Publikation zu stärken. Nichtsdestotrotz und aufgrund der inhaltlichen Präzision vieler Beiträge ist der Tagungsband all jenen zu empfehlen, welche sich für aktuelle Fragen des Asylrechts in Zusammenhang mit dem GEAS interessieren und auch gern einen Blick darüber hinaus, zB auf Rsp des VfGH oder den Migrations- und Flüchtlingspakt der Vereinten Nationen, werfen möchten.

Jakob Fux, BA studiert Rechtswissenschaften an der Universität Wien, arbeitet als Rechtsberater beim Verein Deserteurs- und Flüchtlingsberatung sowie der Diakonie Flüchtlingsdienst gem GmbH und ist Redaktionsmitglied der Zeitschrift *juridikum*; jakob.fux@posteo.net

Die Cloud, Territorialität und Souveränität

Grenzüberschreitender Datenzugriff und politische Verfolgung

Elisabeth Niekrenz

1. Einleitung

E-Mails von einem Posteo-Konto, die IP-Adresse, von der ein Facebook-Kommentar gepostet wurde, Metadaten über Whatsapp-Chats, Cloudspeicher – Informationen solcher Art sind für Strafverfolgungsbehörden von großem Interesse. Die jeweiligen Dienste zur Herausgabe dieser Daten an Behörden zu verpflichten, ist aber alles andere als trivial, denn meist weisen solche Sachverhalte eine grenzüberschreitende Dimension auf: Der Anbieter sitzt im Ausland oder die Daten sind auf Servern außerhalb des Staatsgebiets der ermittelnden Behörde gespeichert. In der EU wird derzeit über eine Verordnung verhandelt, die die Hürden für die Herausgabe von digitalen Beweismitteln über Landesgrenzen erheblich reduzieren würde: Die *E-Evidence-Verordnung*¹ soll es Ermittlungsbehörden aus einem Mitgliedstaat (MS) ermöglichen, internetbasierte Dienste mit Sitz in einem anderen MS oder einem Drittstaat unmittelbar zur Herausgabe personenbezogener Daten zu verpflichten, ohne dass Behörden im Land des Sitzes an der Entscheidung beteiligt würden. Der Aufsatz zeigt, dass die geplante Verordnung im internationalen Kontext von Kodifizierungen der letzten Jahre steht, die versuchen nationale Grenzen von Strafverfolgungsmaßnahmen außer Kraft zu setzen und dabei Prinzipien der gegenseitigen Rechtshilfe in Frage stellen. Für oppositionelle politische Akteur_innen, denen die Nutzbarkeit ausländischer Onlinedienste Aktionsräume eröffnete, sind diese Entwicklungen bedrohlich, weil Schutzmöglichkeiten vor politischer Verfolgung eingeschränkt werden.

2. Von der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen zu einseitigen Herausgabepflichten

2.1. Gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen (MLAT)

Staatsanwaltschaft, Polizei und Gerichte sind durch den völkerrechtlichen Grundsatz territorialer Souveränität darauf beschränkt, Strafverfolgungsmaßnahmen auf eigenem Staatsgebiet vorzunehmen.² Zur Bewältigung strafrechtlicher Fälle, die verschiedene

1 EK, Vorschlag für eine Verordnung des Parlaments und des Rates über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen, COM (2018) 225.

2 Vgl Böse, An assessment of the Commission's proposal on electronic evidence 2018, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604989/IPOL_STU\(2018\)604989_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604989/IPOL_STU(2018)604989_EN.pdf) (4.4.2020) 30 f.

Jurisdiktionen betreffen, bildete sich seit dem 18. Jahrhundert das komplexe System der gegenseitigen Rechtshilfe heraus,³ das durch verschiedene multi- und bilaterale Verträge geregelt ist, sogenannte *mutual legal assistance treaties* (MLAT). Solche Abkommen betreffen die Auslieferung von Personen, aber auch Anfragen, in einem anderen Staat eine Beweisaufnahme durchzuführen, etwa Dokumente oder andere Gegenstände zu beschlagnahmen oder Zeug_innen zu befragen. An der Entscheidung über die Leistung der Rechtshilfe sind Behörden aller betroffenen Staaten beteiligt. Dabei senden die Strafverfolgungsbehörden eines Staates (ersuchender Staat) über den diplomatischen Weg eine Anfrage an die Behörden des Staates, der die Maßnahme durchführen soll (ersuchter Staat). Der ersuchte Staat hat verschiedene Möglichkeiten, die Anfrage abzulehnen: Viele Rechtshilfeabkommen sehen vor, dass Ersuchen abgelehnt werden können, wenn es um die Verfolgung politischer Vergehen geht, wenn die Tat, die verfolgt werden soll, nicht in beiden Staaten eine Straftat ist (beidseitige Strafbarkeit), bei Verstößen gegen den *ordre public* oder essentielle staatliche Interessen sowie gegen das *ne bis in idem*-Prinzip.⁴ Diese Ablehnungsgründe wurden zunächst geschaffen, um staatliche Interessen zu wahren: So enthielt etwa das belgische Auslieferungsgesetz von 1833 eine Ausnahme für wegen politischer Delikte Verfolgte – ihre Nichtauslieferung sollte die politische Neutralität Belgiens sicherstellen und diene mithin außenpolitischen Zwecken.⁵ Die Ablehnungsmöglichkeit bei mangelnder beidseitiger Strafbarkeit trägt zur Wahrung staatlicher Souveränität in kriminalpolitischen Fragen bei, die von kulturellen, religiösen, historischen und anderen Umständen geprägt sein können.⁶ Der Ablehnungsgrund des Verstoßes gegen essentielle staatliche Interessen oder den *ordre public* diene vorrangig dem Schutz von Sicherheits- und Wirtschaftsinteressen.⁷ Das *ne bis in idem*-Prinzip schützt den Respekt gegenüber der Rechtskraft einer Gerichtsentscheidung und mithin staatliche Institutionen.⁸ In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts gewann der Schutz des Individuums in der Rechtshilfe an Bedeutung:⁹ Nationale Verfassungsgerichte und der EGMR entschieden, dass Staaten keine Rechtshilfe leisten dürfen, wenn sie damit zu eklatanten Grundrechtseingriffen beitragen.¹⁰ Die Unvereinbarkeit mit menschenrechtlichen Standards kann insbesondere als Verstoß gegen den *ordre public* eingestuft werden.¹¹ Auch das Erfordernis beidseitiger Strafbarkeit kann zum Schutz individueller Rechte und politischer Freiheiten beitragen, wie zB im Fall des katalanischen Politikers *Carles Puigdemont*: Das OLG Schleswig-Holstein lehnte seine Auslieferung nach Spanien auf Grundlage eines

3 Vgl *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (2012) Einleitung Rz 25.

4 Vgl *De Busser*, The Digital Unfitness of Mutual Legal Assistance, Security and Human Rights 2018, 161.

5 Vgl *Lagodny in Sieber/Satzger/v Heintschel-Heinegg*, Europäisches Strafrecht (2011) § 31 Rz 1.

6 Vgl *De Busser*, Security and Human Rights 2018, 167.

7 Vgl *De Busser*, Security and Human Rights 2018, 166.

8 Vgl *De Busser*, Security and Human Rights 2018, 167.

9 Vgl *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, Rechtshilfe Einleitung Rz 25, 41.

10 Vgl EGMR 7.7.1989, 14038/88, *Soering/Vereinigtes Königreich*, BVerfGE 59, 280, BVerfGE 63, 332.

11 Vgl *De Busser*, Security and Human Rights 2018, 166.

europäischen Haftbefehls wegen Rebellion ab, da die als Entsprechung in Frage kommenden deutschen Tatbestände Hochverrat und Landfriedensbruch nicht erfüllt waren.¹² Die zur Wahrung staatlicher Interessen geschaffenen Ablehnungsbefugnisse in der Rechts-hilfe erfüllen mittlerweile also auch grundrechtsschützende Funktionen.

Häufig dauert es mehrere Monate, bis Behörden über MLAT-Verfahren Zugriff auf elektronische Beweismittel erhalten: laut EU-Kommission sind 10 Monate innerhalb der EU nicht ungewöhnlich.¹³ Viele Stimmen halten daher das MLAT-System für zu langsam und ungeeignet für den Umgang mit Beweismitteln, die in digitaler Form vorliegen.¹⁴ Territoriale Grenzen staatlicher Zwangsausübung werden in diesem Bereich weniger als Grundrechte und Souveränität schützend und zunehmend als Ermittlungshindernis betrachtet. So heißt es in einem Impact Assessment der EU-Kommission: „The internet is largely privately owned and borderless for everyone except authorities pursuing criminal investigations“.¹⁵ Neue Regulierungsansätze tendieren deshalb dazu, auf eine Einbeziehung des Staates, in dem die Daten gespeichert sind, zu verzichten.

2.2. US CLOUD Act

2013 wurde durch einen *US Magistrate Judge* eine Anordnung nach dem Stored Communications Act (SCA)¹⁶ erlassen, die die Microsoft Corporation verpflichtete, Daten aus dem E-Mail-Konto eines Nutzers für ein Strafverfahren herauszugeben.¹⁷ Microsoft hatte Teile der angeforderten Daten in Irland gespeichert und verweigerte die Herausgabe. Nachdem das Unternehmen im daraufhin stattfindenden Verfahren vor dem *District Court* noch unterlag, hob der *Court of Appeals for the Second Circuit* als Berufungsinstanz den Beschluss auf, weil der SCA keine geeignete Rechtsgrundlage für die Offenlegung von außerhalb der USA gespeicherten Daten beinhalte.¹⁸ Noch bevor der *Supreme Court* über den Fall entschieden hatte, erließ der US-Gesetzgeber den *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (CLOUD Act)*.¹⁹ Danach müssen elektronische Kommunikationsdienste und Cloud-Dienste mit Sitz in den USA Daten ihrer Kundschaft unabhängig vom Speicherort an US-Behörden herausgeben. Gegen eine entsprechende

12 Vgl OLG Schleswig-Holstein, 12.7.2018, 1 Ausl (A) 18/18 (20/18).

13 EK, Frequently Asked Questions: New EU rules to obtain electronic evidence 17.4.2018, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-3345_en.htm (4.4.2020).

14 Vgl *De Busser*, Security and Human Rights 2018, 162.

15 EK, Commission Staff Working Document Impact Assessment SWD (2018) 118 final 17.4.2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018SC0118&from=EN> (4.4.2020) 13.

16 Teil des Electronic Communications Privacy Acts (1986), 18 United States Code §§ 2701 ff Public Law 99-508 21.10.1986, www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-100/pdf/STATUTE-100-Pg1848.pdf#page=1 (4.4.2020).

17 Vgl *Gausling*, Offenlegung von Daten auf Basis des CLOUD Act, Multimedia und Recht (MMR) 2018, 578 (578); *Lejeune*, Der US CLOUD Act: eine neue Rechtsgrundlage für den internationalen Datenzugriff? IT-Rechtsberater (ITRB) 2018, 118 (118).

18 Vgl *Lejeune*, ITRB 2018, 118.

19 Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act, 18 United States Code 2523 Public Law 115-141, section 105 23.3.2018, www.govinfo.gov/content/pkg/BILLS-115hr1625enr/html/BILLS-115hr1625enr.htm (4.4.2020).

Anordnung können die verpflichteten Dienste eine gerichtliche Beschwerde einlegen (*motion to quash or modify*), wenn es sich bei der Zielperson nicht um eine *United States-person*²⁰ handelt und die Offenlegung die Gefahr begründet, dass der Dienst die Gesetze eines *qualifying foreign government* verletzt.²¹ Gemeint ist ein Staat, mit dem die USA ein *executive agreement* abgeschlossen haben. Besteht ein solches Abkommen, dürfen Dienste auch Anordnungen des anderen Staates auf Herausgabe von Daten, die in den USA gespeichert sind, befolgen, solange diese nicht auf *United States-persons* oder Personen, die sich in den USA aufhalten, abzielen.²² Das erste entsprechende Abkommen schloss die US-Regierung im Oktober 2019 mit dem Vereinigten Königreich.²³ Im Juni 2019 hat der Rat der EU der Kommission ein Mandat erteilt, um mit den USA über ein Abkommen betreffend elektronische Beweismittel zu verhandeln.²⁴ Einem bilateralen Abkommen zwischen USA und EU vorgelagert ist die Frage, welche Regeln zwischen den MS der EU gelten sollen.

2.3. Der europäische Vorschlag: *E-Evidence*

Innerhalb der EU findet seit einigen Jahren ein Wandel hin zur gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen in der Strafrechtspflege statt, etwa mit dem Schengener Durchführungsübereinkommen²⁵ von 1990, dem Europäischen Haftbefehl²⁶ von 2002 oder der Europäischen Ermittlungsanordnung (EEA)²⁷ von 2014.²⁸ Die Verfahren der gegenseitigen Rechtshilfe sollten durch diese Maßnahmen verkürzt und vereinfacht werden, wobei in jedem Fall Behörden im ersuchten Staat den ausländischen Akt anerkennen und Gründe geregelt sind, die zur Nichtanerkennung berechtigen. 2018 hat die EU-Kommission den Entwurf für eine *Verordnung über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen* veröffentlicht.²⁹

20 Neben Staatsangehörigen der USA umfasst dieser Begriff auch Personen mit dauerhafter Aufenthaltsgenehmigung, in den USA eingetragene Gesellschaften sowie nicht eingetragene Vereinigungen, deren Mitglieder in erheblichem Umfang zum genannten Personenkreis gehören, vgl *Gausling*, MMR 2018, 580.

21 Vgl *Gausling*, MMR 2018, 580; *Lejeune*, ITRB 2018, 118.

22 Vgl *Gausling*, MMR 2018, 580.

23 Vgl *Christakis*, 21 Thoughts and Questions about the UK/US CLOUD Act Agreement 17.10.2019, <https://europeanlawblog.eu/2019/10/17/4.4.2020>.

24 Vgl *Rat der EU*, Rat beauftragt Kommission mit der Aushandlung internationaler Übereinkünfte über elektronische Beweismittel in Strafsachen 6.6.2019, www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2019/06/06/council-gives-mandate-to-commission-to-negotiate-international-agreements-on-e-evidence-in-criminal-matters/ (4.4.2020).

25 Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14.1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vom 19.6.1990 ABl L 239 v 22.9.2000, 19.

26 2002/584/JI des Rates v 13.6.2002 über den europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den MS, ABl L 2002/190/1.

27 RL 2014/41/EU v 3.4.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, ABl 2014 L 130/1.

28 Vgl *Wasmeier in Sieber/Satzger/v Heintschel-Heinegg*, EuStR § 32.

29 Vgl Fn 1. Zu den Vorarbeiten in der europäischen Sicherheitsagenda, der Kommission und dem Rat ausführlich: *Burchard*, Der grenzüberschreitende Zugriff auf Clouddaten im Lichte der Fundamentalprinzipien der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen – Teil I, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 2018, 190 (193 ff).

Der Rat hat sich diesem Vorschlag mit einigen Änderungen in seiner allgemeinen Ausrichtung angeschlossen.³⁰ Der Kommissionsentwurf sieht vor, dass die Strafverfolgungsbehörden der EU-Staaten von Diensteanbietern³¹ unmittelbar die Herausgabe oder Sicherung von Metadaten sowie Inhalten fordern dürfen, ungeachtet wo in der Union die Daten gespeichert sind oder wo der Dienst sitzt (Art 3 Abs 1, 4). Die Anerkennung einer solchen Anordnung durch den anderen Staat ist nicht nötig, eine Ablehnung gar unmöglich. Dem Staat, in dem der betroffene Anbieter seinen Sitz hat, kommt die Rolle zu, bei Nichteinhaltung einer Anordnung eine Sanktion zu verhängen und zu vollstrecken (Art 14). Dementsprechend spricht der Entwurf nicht wie im Rechtshilferecht üblich vom ersuchenden und ersuchten Staat, sondern vom Anordnungs- und Vollstreckungsstaat. Die Notwendigkeit des neuen Instruments ist kritisch zu hinterfragen: Einerseits wird bereits jetzt ein großer Teil von Direktanfragen von Behörden an Dienste auf freiwilliger Basis positiv beantwortet.³² Andererseits ist erst 2017 die Umsetzungsfrist zur EEA abgelaufen, die für eine Beschleunigung der Rechtshilfe zwischen den EU-Staaten sorgen sollte. Eine Evaluierung der EEA liegt bisher nicht vor. Im EU-Parlament werden die Vorlagen derzeit sehr kritisch diskutiert.³³ Im Folgenden soll ein Überblick über einige Probleme des Kommissionsvorschlags gegeben werden.

2.3.1. Keine Entscheidung im Vollstreckungsstaat

Eine Beteiligung des Vollstreckungsstaates an der Entscheidung über eine Herausgabe – insbesondere eine Befugnis, die Anordnung abzulehnen – ist nicht angelegt. Er soll aber für die Verhängung einer erheblichen Sanktion (bis zu 2 % des weltweiten Jahresumsatzes) gegen die Dienste zuständig sein, sollten diese einer Anordnung nicht folgen (Art 13, 14). Den Staaten ist es daher nicht möglich, den Individualrechtsschutz betreffend auf ihrem Territorium gespeicherter Daten sicherzustellen.³⁴ Nach dem ersten Berichtsentwurf der Verhandlungsführerin des Parlaments könnte zumindest eine eng befristete Ablehnungsbefugnis des betroffenen Staates in die endgültige Fassung Eingang finden.³⁵

30 Vgl Rat *der EU*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European production and preservation orders for electronic evidence in criminal matters (Annexes)-general approach 17.5.2019, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9365-2019-INIT/en/pdf> (4.4.2020).

31 Der Anwendungsbereich der Verordnung ist weit: Neben elektronischen Kommunikationsdiensten wie Messenger-, E-Mail und Voice-over-IP-Diensten sind Online-Marktplätze, Cloud-Dienste, Gaming-Plattformen, soziale Netzwerke bis hin zu Internet- und IP-Adressendiensten umfasst, Art 2 Abs 3 Kommissionsentwurf.

32 *Europol*, SIRIUS EU Digital Evidence Situation Report 20.12.2019, www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/sirius_eu_digital_evidence_report.pdf (4.4.2020) 13.

33 Vgl *Krempl*, E-Evidence: EU-Verhandlungsführerin will Cloud-Daten besser absichern 20.11.2019, www.heise.de/newsticker/meldung/E-Evidence-EU-Verhandlungsfuehrerin-will-Cloud-Daten-besser-absichern-4591779.html (4.4.2020).

34 Vgl *Böse*, *KriPoz* 2019, 143.

35 *EP*, Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters 24.10.2019, COM(2018)0225 – C8-0155/2018 – 2018/0108(COD).

Damit wäre freilich nicht sichergestellt, dass tatsächlich eine Kontrolle im Vollstreckungsstaat stattfindet.

Dies ist besonders schwerwiegend, weil der Maßstab der rechtlichen Bewertung einer Maßnahme ihre Zulässigkeit im Anordnungsstaat sein soll (Art 5 Abs 2). Höhere Schwellen für Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung der inländischen Rechtsordnung einzelner MS, wie sie sich bspw für Deutschland aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergeben,³⁶ finden dabei keine Beachtung. Daher dürften unter Umständen ausländische Behörden von einem Dienst leichter Daten herausverlangen als inländische Behörden. Der Direktzugriff ausländischer Strafverfolgungsbehörden kann darüber hinaus zur Folge haben, dass Betroffene – sofern sie überhaupt von den Vorgängen Kenntnis erlangen – sich in einer ihnen fremden Rechtsordnung zur Wehr setzen müssen, wobei mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten zu rechnen ist. Angesichts laufender Verfahren zum Schutz der Grundwerte der EU gegen zwei MS wegen Mängeln in den Bereichen Justizsystem und Rechtsstaatlichkeit³⁷ kann von einem durchgängig hohen Niveau gerichtlichen Rechtsschutzes in der Union nicht ausgegangen werden.

2.3.2. Verzicht auf beidseitige Strafbarkeit

Obleich das materielle Strafrecht in den MS in weiten Teilen nicht harmonisiert ist,³⁸ ist das Erfordernis beidseitiger Strafbarkeit für europäische Herausgabe- und Sicherungsanordnungen nicht vorgesehen (Art 5). So könnten etwa maltesische Behörden von einem österreichischen Dienst Daten für ein Strafverfahren abfragen, das einen Schwangerschaftsabbruch betrifft, der in Österreich legal wäre. Wenn Personen in Polen Aufklärungsarbeit über die Beteiligung von polnischen Bürger_innen am Holocaust leisteten und ihre Ergebnisse über Facebook publizierten, wäre das Unternehmen bei Speicherung und Sitz in Irland verpflichtet, zur Strafverfolgung erforderliche Daten an die polnischen Behörden herauszugeben, auch wenn die verfolgten Taten in Irland von der Meinungsfreiheit gedeckt wären.

2.3.3. Wirkung auf Drittstaaten

Schließlich können Anordnungen nach der geplanten *E-Evidence-Verordnung* auch extraterritoriale Wirkung gegenüber Drittstaaten entfalten, wenn betroffene Diensteanbieter dort ansässig sind oder Daten dort speichern, aber innerhalb der Union ihre Dienste anbieten (Art 3 Abs 1). Einwände, die sich aus der Rechtsordnung des jeweiligen Drittstaats ergeben, können nur in einem sehr engen Rahmen berücksichtigt und müssen vom

36 Vgl BVerfGE 109, 279, BVerfGE 120, 274.

37 Vgl EP, Rechtsstaatlichkeit in Ungarn und Polen: Fortschritt der Artikel-7-Verfahren 9.1.2020, www.europarl.europa.eu/news/de/agenda/briefing/2020-01-13/4 (4.4.2020).

38 Vgl Hecker, Europäisches Strafrecht (2015) 5.

Anbieter vorgebracht werden. Ein solches unilaterales Vorgehen stellt sich wertungsmäßig in Widerspruch zur Datenschutzgrundverordnung (DSGVO), in der die Union die Übertragung von hier gespeicherten personenbezogenen Daten in Drittstaaten an hohe Hürden knüpft (Art 44 ff DSGVO). Es lädt Drittstaaten dazu ein, ebenso zu verfahren und in der Union ansässige Dienste zu Datenherausgaben nach ihren Regeln unter Missachtung der DSGVO zu verpflichten.³⁹

2.4. Die *Budapester Cybercrime Konvention*

Die Verhandlungen über die *E-Evidence-Verordnung* werden derzeit von der Weiterentwicklung der *Cybercrime Konvention* (CCC)⁴⁰, die in ihrer ursprünglichen Fassung 2004 in Kraft getreten ist, überholt. Neben der Harmonisierung von Straftatbeständen sieht die Konvention Verpflichtungen zur gegenseitigen Rechtshilfe vor. Art 32 der Konvention erlaubt bereits recht eingegrenzt den Behördenzugriff auf im Ausland gespeicherte Daten, nämlich wenn diese im Internet öffentlich zugänglich sind (lit a) oder wenn der Betroffene ihn freiwillig erlaubt (lit b). Die derzeitigen Verhandlungen über ein zweites Zusatzprotokoll sind trotz ihrer Reichweite im deutschsprachigen Raum bisher kaum Thema der öffentlichen Debatte. Der aktuelle Entwurf sieht in 4.1 unter *Direct disclosure of subscriber information* vor, dass den Behörden der Vertragsstaaten ermöglicht wird, Anordnungen über die Herausgabe von Teilnehmerdaten direkt an Diensteanbieter auf dem Gebiet anderer Vertragsparteien zu richten, wenn diese für Strafverfahren benötigt werden.⁴¹ An dem Abkommen beteiligt sind neben einer Vielzahl europäischer Staaten auch Länder wie Aserbaidshan, USA, Mauritius, Marokko, Philippinen oder die Türkei. Zwar soll nach dem derzeitigen Entwurf den Vertragsparteien freigestellt bleiben, den fraglichen Artikel anzuwenden oder nicht (4.1.9.a), dennoch wird so eine Grundlage für den internationalen Direktzugriff auf personenbezogene Daten ohne jede Ansehung des Rechtsstaatsniveaus im anordnenden Staat gelegt.

3. Territoriale Souveränität und politische Verfolgung

Territoriale Souveränität gehört zu den grundlegenden Prinzipien des Völkerrechts.⁴² Souveränität meint die Hoheitsgewalt eines Staates über sein Staatsgebiet und die sich dort befindlichen Menschen sowie die Verpflichtung, nicht auf die Belange anderer Staaten einzuwirken.⁴³ Ein Großteil der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur geht

³⁹ Vgl Böse, Electronic evidence, europarl.europa.eu, 35.

⁴⁰ Convention on Cybercrime 2296 UNTS 167.

⁴¹ Vgl *Cybercrime Convention Committee*, Preparation of a 2nd Additional Protocol to the Budapest Convention on Cybercrime 8.11.2019, <https://rm.coe.int/provisional-text-of-provisions-2nd-protocol/168098c93c> (4.4.2020).

⁴² Vgl Kokott, Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht, ZaöRV 2004, 517 (518, 519).

⁴³ Vgl Birkner in Ipsen, Völkerrecht (2018) § 53 Rz 2.

beim Zugriff auf Daten, die in einem anderen Staat physisch gespeichert sind, von einem Eingriff in die Souveränität dieses Staates aus, der ein Rechtshilfeersuchen erfordert, weil die Herausgabehandlung sich auf dessen Territorium auswirkt.⁴⁴ Dagegen sprechen sich einige Stimmen für eine Lösung der Jurisdiktionsregelungen betreffend Daten vom geografischen Serverstandort aus. *Jennifer Daskal* verweist dazu auf einige besondere Eigenschaften von Daten: Daten sind mobiler als körperliche Gegenstände, weil sie sich mit Lichtgeschwindigkeit bewegen (*mobility*), sie können an mehreren Orten zugleich sein (*divisibility*), der Ort des Zugriffs auf Daten hängt nicht vom physischen Speicherort ab (*location independence*) und die Nutzenden eines Dienstes wählen den Speicherort nicht aus (*third party control*).⁴⁵ Es gibt Vorschläge, das für Daten geltende Rechtsregime von anderen Kriterien als dem physischen Speicherort abhängig zu machen, etwa der *community affiliation*⁴⁶, der Nutzung der Dienste auf einem lokalen Markt oder dem Sitz der Anbieter⁴⁷. Die Loslösung vom Speicherort als Kriterium dafür, welchem Recht Daten unterfallen, wie sie in den vorgestellten Regulierungsansätzen vorgenommen wird, umgeht aber bisherige Rechtshilfeverfahren mit ihren Mechanismen zum Schutz von staatlichen Interessen und Grundrechten.

3.1. Folgen für staatliche Interessen

Bei unilateraler Orientierung an Kriterien wie dem Markttort oder dem Vorhandensein einer Niederlassung eines Dienstes, wie sie der *CLOUD Act* oder die *E-Evidence-Verordnung* im Verhältnis zu Drittstaaten vornehmen, drohen Jurisdiktionskonflikte.⁴⁸ Resultierende Normkonflikte können die Effektivität der internationalen Zusammenarbeit von Strafverfolgungsbehörden beeinträchtigen und zu Datenlokalisierungspflichten führen, die eine Zersplitterung des Internets bewirken.⁴⁹ *Christoph Burchard* hält die Tendenz zu unilateralen Herausgabeanordnungen sogar für einen Teil der „globalen Erschütterungen der bestehenden internationalen (Sicherheits-)Ordnung“.⁵⁰ Zudem wird die Möglichkeit von Staaten zur souveränen Gestaltung ihrer Ökonomie, etwa durch Setzung eines hohen Datenschutzniveaus als wirtschaftlichen Standortvorteil, beeinträchtigt.⁵¹

44 Vgl. *Burchard*, ZIS 2018, 193; *Schmitt* in *Meyer-Gofner/Schmitt*, Strafprozessordnung (2018) § 110 Rz 7a; *Hegmann* in *Graf*: Beck'scher Onlinekommentar Strafprozessordnung mit RiStBV und MiStra § 110 Rz 15; *Gerke*, Zur Zulässigkeit sogenannter Transborder Searches, Strafverteidiger Forum (StraFo) 2009, 271 (272).

45 Vgl. *Daskal*, Borders and Bits, *Vanderbilt Law Journal* 2018, 179 (221 ff).

46 Vgl. *Berman*, Legal Jurisdiction and the Deterritorialization of Data, *Vanderbilt Law Review* 2018, 11 (24 f).

47 Vgl. *Böse*, Electronic evidence, europaparl.eu, 33.

48 Vgl. *Böse*, Electronic evidence, europarl.europa.eu, 33.

49 Vgl. *Burchard*, Der grenzüberschreitende Zugriff auf Clouddaten im Lichte der Fundamentalprinzipien der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen – Teil II, ZIS 2018, 249 (255), unter Berufung auf eine Stellungnahme ehemaliger US-Sicherheitsbeamter im *Microsoft-Ireland Case*.

50 Vgl. *Burchard*, ZIS 2018, 190.

51 Vgl. *Burchard*, ZIS 2018, 252.

3.2. Folgen für Grundrechte: internationalisierte politische Verfolgung

Territoriale Souveränität steht im modernen Rechtsstaat im Dienste der Verpflichtung des Staates, in seinem Herrschaftsgebiet den Grundrechtsschutz sicherzustellen – auch und gerade in der gegenseitigen Rechtshilfe.⁵² Das Internet ermöglicht es, von dem Gebiet eines Staates aus Dienste zu nutzen, deren Regulierung nicht in seinen Händen liegt. Die Nutzung ausländischer Onlinedienste kann Oppositionellen eine Art digitales Asyl bieten: Wenn Dienste, die in anderen Ländern sitzen, keine Daten an Verfolger_innen herausgeben müssen und sich nicht von ihnen zensieren lassen, können sie Informationsaustausch, Absprachen und Reichweite ermöglichen.⁵³ Neue Medien können für die Formierung von Protesten eine wesentliche Rolle spielen.⁵⁴ Um sich vor Repressalien zu schützen, müssen Aktivist_innen dabei oftmals die eigene Identität verbergen. Was bspw. die Aktivist_innen der Demokratiebewegung in Hong Kong im analogen Raum mit Regenschirmen oder Atemmasken bewerkstelligen, kann online durch die Nutzung von Diensten geschehen, die nicht mit den Behörden in Hong Kong oder Festlandchina kooperieren. So sind Telegram (Dubai)⁵⁵ oder LIHKG (Hosting in den USA) bedeutende Foren für die Protestierenden.⁵⁶ Wenn nun Dienste weltweit verpflichtet würden, an alle Staaten Daten herauszugeben, würden einige Türen zu diesen Aktionsräumen geschlossen und grenzüberschreitender Überwachung und Repression neue Möglichkeiten eröffnet werden. Zwar gibt es technische Lösungen, die Anonymität bieten, wie die Nutzung von VPN und TOR, die Hürde für die einzelnen Aktivist_innen wird aber angehoben. Davon ist auch die Arbeit von Journalist_innen bedroht. *Reporter ohne Grenzen* und weitere Presseverbände warnten in Stellungnahmen an den Supreme Court im *Microsoft Warrant Case*, dass die USA mit dem extraterritorialen Datenzugriff ein gefährliches Exempel statuieren würden, von dessen Nachahmungen schließlich auch Auslandskorrespondent_innen von US-Medien betroffen sein könnten.⁵⁷

52 Vgl. Böse, KriPoz 2019, 143; Burchard, ZIS 2018, 251; BVerfGE 123, 267.

53 Vgl. Howard/Duffy/Freelon/Hussain/Mari/Mazaid, Opening Closed Regimes. What was the Role of Social Media During the Arab Spring? 2011, https://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/117568/2011_Howard-DuffyFreelon-Hussain-Mari-Mazaid_PITPI.pdf?sequence=1 (4.4.2020).

54 Vgl. zB in Ägypten: *Eltantawy/Wiest*, Social Media in the Egyptian Revolution: Reconsidering Resource Mobilization Theory, *International Journal of Communication* 2011, 1207.

55 *Schectman*, Exclusive: Messaging app Telegram moves to protect identity of Hong Kong protesters, *reuters.com* 31.8.2020, www.reuters.com/article/us-hongkong-telegram-exclusive/exclusive-messaging-app-telegram-moves-to-protect-identity-of-hong-kong-protesters-idUSKCN1VK2NI (4.4.2020).

56 *Lok-kei*, 'Hong Kong Reddit': how leaderless extradition protests took a lead from social media, *scmp.com* 29.6.2019, www.scmp.com/news/hong-kong/politics/article/3016573/hong-kong-reddit-how-leaderless-extradition-protests-took (4.4.2020).

57 Vgl. *Reporters Committee for Freedom of the Press and 40 Media Organizations*, Brief Amici Curiae www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/28270/20180118140903639_Microsoft%20Word%20-%20Microsoft%20Amicus%20Draft_1.18.18_v4.0_Clean.docx.pdf (4.4.2020) 4 f.

4. Fazit

Die Frage, ob Unternehmen wie Twitter oder Facebook verpflichtet sein sollten, IP-Adressen, über die etwa Bedrohungen gepostet werden, unmittelbar an Strafverfolgungsbehörden der MS herauszugeben, kann kaum losgelöst werden von der Frage, wie damit umzugehen ist, wenn Anbieter wie TikTok aus China oder VKontakte aus Russland in den Fokus hiesiger Ermittlungsbehörden rücken. Würde, um schnellen Zugriff auf Daten in deren Händen zu erlangen, chinesischen oder russischen Behörden dasselbe für in der EU gespeicherte Daten gestattet? Die vorgestellten Regelungsansätze weisen in Richtung eines weltumspannenden Netzes an grenzüberschreitenden Herausgabeverpflichtungen, das sich gleichgültig gegenüber Rechtsstaatsniveau und Grundrechtsschutz in den beteiligten Staaten zeigt. Ob sie tatsächlich darin münden oder schließlich an divergierenden außenpolitischen Interessen betroffener Staaten und Unternehmen kollabieren werden, ist kaum absehbar.

Während das Konzept staatlicher Souveränität aus unterschiedlichen Gründen kritisierbar ist,⁵⁸ ist die Missachtung territorialer Souveränität in strafrechtlichen Ermittlungsverfahren jedenfalls innerhalb der bestehenden internationalen Ordnung problematisch. Territoriale Souveränität schützt nicht nur die Interessen der Staaten an der Gestaltung ihrer innenpolitischen, auch wirtschaftlichen Belange. Ihre Wahrung ist auch Voraussetzung der Garantie von Grundrechten. Die Infragestellung territorialer Souveränität im Bereich digital gespeicherter Informationen kann deshalb bestehende Schutzzräume gegen politische Verfolgung und internationale Pressearbeit beeinträchtigen.

Ass. Jur. Elisabeth Niekrenz arbeitet als politische Referentin der netzpolitischen Organisation *Digitale Gesellschaft e.V.* in Berlin; elisabeth.niekrenz@digitalegesellschaft.de

58 Vgl. Loick, Kritik der Souveränität (2012) passim.

Souveränität und Staatlichkeit in Zeiten der Klimakrise

Dietrun Schalk

1. Einleitung

Eine Vielzahl der entscheidendsten Fragen und Herausforderungen der Gegenwart weisen globalen Charakter auf und sind auf nationalstaatlicher Ebene alleine nicht mehr lösbar.¹ Ulrich Beck spricht angesichts dessen von einer „Weltrisikogemeinschaft“ und betont, dass „Keine Nation (...) ihre Probleme allein bewältigen“ kann und „transnationale Gemeinsamkeiten“ eine „kosmopolitische Realpolitik“ benötigen.² Kaum ein Thema verdeutlicht die Notwendigkeit transnationaler Kooperationen und Lösungen so sehr wie jenes, das in den letzten Jahren immer stärker in den Fokus der Politik, des Rechts und des Bewusstseins der Menschen gerückt ist und sich zu dem wohl drängendsten Thema der Gegenwart entwickelt hat: die Klimakrise.

Dennoch kam es jüngst vielerorts zu einer Verstärkung von Nationalismus- und Abschottungstendenzen, was ein entschiedenes Vorgehen im Bereich des Klimaschutzes erschwert. PolitikerInnen drängen vermehrt auf eine Nichteinmischung von außen, die nationalstaatliche Souveränität und den Schutz nationaler Interessen. US-Präsident *Donald Trump* verkündete etwa auf der 74. UN-Generalversammlung: *“Wise leaders put the good of their own people and their own country first. (...) The future belongs to patriots. The future belongs to sovereign and independent nations (...)”*.³ Mit ihrer Reaktion auf die internationale Kritik angesichts der Untätigkeit in Folge der schweren Brände im Amazonas-Regenwald legte zuletzt auch die brasilianische Regierung ihr Verständnis von der Reichweite nationalstaatlicher Souveränität offen.⁴

Doch die Auswirkungen der Klimakrise stellen die politische Weltordnung, in deren Zentrum der souveräne Nationalstaat steht, vor große Herausforderungen. Eine Auseinandersetzung mit der Frage, in welcher Form das bestehende nationalstaatliche Modell in der Lage ist, diese Krise zu bewältigen und ob nationale Souveränitätsansprüche heute noch ihre Berechtigung finden, ist notwendiger denn je. Einen Beitrag dazu soll dieser

1 Ein besonderer Dank gilt *Maximilian Eder* für seine wertvollen Anregungen und Ideen.

2 *Beck*, Weltrisikogesellschaft (2007) 368 f.

3 *Gladstone/Yubas*, What Happened at the U.N. General Assembly, nytimes.com 24.9.2019, www.nytimes.com/2019/09/24/world/united-nations-general-assembly-recap.html (7.4.2020).

4 S dazu bspw *NN*, „Hier ist Brasilien, hier haben wir das Sagen“, tagesspiegel.de 30.8.2019, www.tagesspiegel.de/politik/streit-um-waldbraende-am-amazonas-hier-ist-brasilien-hier-haben-wir-das-sagen/24963554.html (7.4.2020).

Aufsatz leisten, der sich mit den Auswirkungen der Klimakrise auf das nationalstaatliche Ordnungsmodell befasst, die Relevanz, Legitimität und Handlungsfähigkeit des souveränen Nationalstaates in Zeiten der Klimakrise beleuchtet sowie rechtliche und systempolitische Lösungsmodelle für deren bestmögliche Bewältigung untersucht.

2. Die Entstehung und Entwicklung des souveränen Nationalstaates

Sowohl die UNO als auch das gesamte Völkerrechtssystem seit dem Zweiten Weltkrieg und unsere heute vorherrschende politische Ordnung basieren auf dem Grundkonzept souveräner Nationalstaaten.⁵ Art 2 Z 1 UN-Charta⁶ besagt: „Die Organisation ist auf dem Grundsatz der souveränen Gleichheit aller ihrer Mitglieder aufgebaut.“ In der *Friendly Relations Declaration*⁷ wird dazu näher ausgeführt: „Alle Staaten genießen souveräne Gleichheit. Sie haben gleiche Rechte und Pflichten und sind ungeachtet wirtschaftlicher, sozialer, politischer oder anderer Unterschiede gleichberechtigte Mitglieder der internationalen Gemeinschaft.“⁸ Demnach hat auch jeder Staat „das unveräußerliche Recht, sein politisches, wirtschaftliches, soziales und kulturelles System ohne Einmischung irgendwelcher Art durch einen anderen Staat zu wählen“.⁹

Der souveräne Nationalstaat als Dreh- und Angelpunkt unseres heutigen politischen Denkens ist eine verhältnismäßig junge Entwicklung, die in Folge des Westfälischen Friedens von 1648 eingesetzt hat und maßgeblich auf den Ideen von Philosophen wie *Jean Bodin*, *Hugo Grotius* und *Emer de Vattel* beruht.¹⁰ Die damals weithin vertretene und gelebte „unbeschränkte Souveränität“ von Nationen verband sich im 19. Jh zunehmend mit der Idee des Nationalstaates und war in dieser Kombination wohl nicht unwesentlich für den Ausbruch des Ersten und Zweiten Weltkrieges (mit-)verantwortlich.¹¹

Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges kam es zu entscheidenden Wendepunkten, die auf dem Verständnis beruhten, dass eine dauerhafte Friedenssicherung nur durch Dialog, ein beständiges Austauschforum, die Zusammenarbeit und gemeinschaftliche Regelung in grundlegenden Fragen und nicht zuletzt eine – zumindest partielle – Aufgabe nationaler Souveränität möglich sei. Die UNO wurde gegründet, die europäische Einigung nahm ihren Fortlauf und der verabsolutierte Souveränitätsgedanke erfuhr eine Beschränkung durch menschenrechtliche Verpflichtungen und Bestimmungen zum Schutz von Flüchtlingen und der Umwelt.

5 *Fassbender*, Die Souveränität des Staates als Autonomie im Rahmen der völkerrechtlichen Verfassung, in FS Jayme (2004) 1089 ff; *Lewicki*, Souveränität im Wandel. Zur Aktualität eines normativen Begriffs (2006) 43 ff.

6 Charta der Vereinten Nationen 1 UNTS XVI.

7 Erklärung über Grundsätze des Völkerrechts betreffend freundschaftliche Beziehungen und Zusammenarbeit zwischen den Staaten im Einklang mit der Charta der Vereinten Nationen, VN Dok. GV/Res. 2625 (XXV) v 24.10.1970.

8 *Friendly Relations Declaration* 7.

9 *Friendly Relations Declaration* 5.

10 *Messner*, Nationalstaaten in der Global Governance-Architektur, INEF Report 2002, 12; *Lewicki*, Souveränität 43.

11 *Fassbender* in FS Jayme 1092.

Mit dem Einleiten des Globalisierungszeitalters gegen Ende des 20. Jh sahen schließlich nicht wenige ein Ende des Nationalstaates gekommen und erklärten diesen für obsolet und unzeitgemäß.¹² Doch das nationalstaatliche Modell hat sich als robuster erwiesen als manche dachten – vielleicht auch aufgrund mangelnder tragfähiger Alternativen und der Schwäche bestehender internationaler oder supranationaler Strukturen.¹³ Dennoch hat die Denationalisierung der ökonomischen, politischen, kulturellen und sicherheitspolitischen Dimensionen zu einem Aufbrechen des klassischen Staatskonzeptes und der Übereinstimmung von Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsmacht geführt.¹⁴ Diese Entwicklung sowie die vielen transnationalen Herausforderungen ermöglichen und erfordern heute ein Neudenken von Staatlichkeit.

3. Die Klimakrise als größte Herausforderung der Gegenwart (und Zukunft)

Die UNO geht im Falle der Fortsetzung der bisherigen Klimapolitik von einer durchschnittlichen globalen Erderwärmung um 3,5°C bis 2100 aus.¹⁵ Bereits eine Erderwärmung um 2°C, das – kaum mehr zu erreichende und zudem nicht verbindliche¹⁶ – Ziel des Pariser Klimaabkommens¹⁷, würde dazu führen, dass die Großstädte um den Äquator unbewohnbar, 400 Mio Menschen an Wassermangel leiden und die Eisschilde zu verschwinden beginnen würden.¹⁸ Die damit einhergehende Erhöhung des Meeresspiegels stellt eine unmittelbare Bedrohung für das (staatliche) Territorium von Inselstaaten, Küstenregionen und tiefergelegenen Gebieten dar.¹⁹ Hinzu kommt, dass viele der betroffenen Gebiete wie zB Bangladesch, Miami und Hongkong besonders bevölkerungsreich sind, was eine adäquate Versorgung und potentielle Umsiedlung der Betroffenen ungleich schwieriger gestaltet.

Die bereits zu beobachtenden Folgen der Klimakrise reichen von einer steigenden Zahl an Klimavertriebenen bis hin zu dürrebedingter Nahrungsmittelunsicherheit und schwindenden Süßwasserreserven.²⁰ Weiters verschärfen die Erderwärmung und die knapper werdenden Ressourcen politische Spannungen und machen den Ausbruch von Konflikten wahrscheinlicher.²¹

12 *Albrow*, Abschied vom Nationalstaat. Staat und Gesellschaft im Globalen Zeitalter (1998); *Rosecrance*, Das globale Dorf. New Economy und das Ende des Nationalstaats (2001); *Von Bredow*, Abschied vom Westfälischen System? Die Zukunft der internationalen Staatenwelt, in FS Röhrich (2000) 159 ff.

13 *Jahn*, Politische Streitfragen. Bd 4: Weltpolitische Herausforderungen (2015) 14 ff; *Von Beyme*, Globalisierung, Europäisierung, nationalstaatliche Integration und Regionalisierung, in FS Fetscher (2002) 105.

14 *Rademacher*, Kants Antwort auf die Globalisierung (2010) 11.

15 *UNEP*, Emissions Gap Report (2019) 27.

16 Näheres s Kap. 4.2.

17 Übereinkommen von Paris BGBl III 2016/197 idF BGBl III 2019/191.

18 *Wallace-Wells*, Die unbewohnbare Erde. Leben nach der Erderwärmung (2019) 23 ff.

19 *Lu/Flavelle*, Rising Seas Will Erase More Cities by 2050, New Research Shows, nytimes.com 29.10.2019, www.nytimes.com/interactive/2019/10/29/climate/coastal-cities-underwater.html (7.4.2020).

20 WMO, WMO Statement on the State of the Global Climate in 2018 (2019) 30 ff.

21 *Wallace-Wells*, Erde 145 ff.

4. Die politische Weltordnung in Zeiten der Klimakrise

4.1. Der souveräne Nationalstaat

Die *raison d'être* und Legitimation des Nationalstaates beruht – auch wenn die Ansichten dazu im Detail divergieren – iW auf der Gewährleistung von Frieden, externer und interner Sicherheit sowie der Sicherstellung gewisser sozialer Standards und Grundbedürfnisse wie Nahrung, Unterkunft und Arbeitsmöglichkeiten.²² Die Auswirkungen der Klimakrise führen dazu, dass der Nationalstaat diese Funktionen teils nur mehr unzureichend oder erschwert erfüllen kann.²³

Jenen, die angesichts dessen für eine gänzliche Abschaffung und Überholtheit des Nationalstaates plädieren, ist entgegenzuhalten, dass sowohl eine effektive Umsetzung demokratischer und rechtsstaatlicher Prinzipien als auch die Schaffung sozialen Ausgleichs bis dato fast ausschließlich in einem nationalstaatlichen Rahmen stattfanden.²⁴

In der Bewältigung der Klimakrise steht man heute vor einem Paradoxon. Durch die immer deutlicheren Folgen der Klimakrise gerät der Nationalstaat zusehends unter Druck und droht, seine Legitimität und Handlungsfähigkeit zu verlieren. Andererseits hängt aber derzeit ein wirksames Vorgehen gegen den Klimawandel primär vom Willen und Tätigwerden der Nationalstaaten ab – und diese agieren bislang äußerst zurückhaltend. Tatsächlich gibt es kaum einen Bereich, der von stärkeren transnationalen Interdependenzen geprägt ist. Trotz der völkerrechtlich nach wie vor (weitestgehend) bestehenden nationalen Souveränität ist die faktische Handlungsfähigkeit von Nationalstaaten im Bereich des Klima- und Umweltschutzes maßgeblich von einer grenzüberschreitenden Vernetzung und geteilten Souveränitäten abhängig.²⁵ Insb kleinere – aber letztlich alle – Nationalstaaten sind im Kampf gegen die Klimakrise darauf angewiesen, dass das Gros der internationalen Staatengemeinschaft es ihnen gleichtut und ihre Emissionen reduziert, Regelungen zum Umweltschutz einführt und auch tatsächlich umsetzt.²⁶ Der Historiker *Yuval Noah Harari* führt zutreffend aus, dass Staaten aufgrund der Tatsache, „auf Gedeih und Verderb“ den Handlungen von Menschen auf der anderen Seite unserer Erde ausgeliefert zu sein, im Bereich des Klimas faktisch schlicht nicht souverän sind.²⁷

22 Vgl *Lewicki*, Souveränität 35; *Biermann/Dingwerth*, Global Environmental Change and the Nation State, GEP 2004, 1 (4); *Marti*, Souveränität und Globalisierung, in *Kobler/Marti* (Hrsg), Konturen der neuen Welt(un)ordnung (2003) 165 (174).

23 Vgl *Werrell/Femia*, Climate Change, the Erosion of State Sovereignty, and World Order, BJWA 2016, 221 (224); *Robejsek*, Globalisierung. Eine kritische Untersuchung der Tragfähigkeit eines populären Konzepts, in FS Röhrich 82; *Biermann/Dingwerth*, GEP 2004, 4 f.

24 Vgl *Messner*, Die Zukunft der Nationalstaaten in der Epoche des Globalismus: Neue Herausforderungen für Europa, Vortrag vom 27.9.1999, www.renner-institut.at/fileadmin/user_upload/downloads/eEuropa_buch/messner.pdf (7.4.2020) 3 f.

25 Vgl *Messner*, INEF Report 2002, 15; *Nuscheler*, Globalisierung und Global Governance, in FS Röhrich 311.

26 Vgl *Karl*, Vollzugsdefizite im Umweltrecht. Ursachen, Lösungsstrategien und deren Relevanz für die aktuelle Klimaschutzdebatte, in *Kirchengast/Schulev-Steindl/Schnedl* (Hrsg), Klimaschutz zwischen Wunsch und Wirklichkeit (2018) 171 (181).

27 *Harari*, Lektionen 169.

Im wissenschaftlichen Diskurs besteht weitgehende Einigkeit darüber, dass der Nationalstaat auch zukünftig eine – wenn auch unterschiedlich stark bewertete – Rolle spielen und nicht einfach vom politischen Spielfeld verschwinden wird.²⁸ Auch wenn einiges²⁹ dafür spricht, dass der Nationalstaat ein nicht unwesentlicher Akteur der politischen Weltordnung bleiben wird, erfordern die Auswirkungen der Klimakrise auf den Nationalstaat sowie die faktisch nicht bestehende Souveränität in diesem Bereich zwangsläufig ein grundlegendes weltpolitisches und rechtliches Umdenken.³⁰

4.2. (Umwelt-)Völkerrecht

Ein Lösungsansatz, um die grenzüberschreitende Zusammenarbeit im Bereich des Umweltschutzes zu verbessern und der Klimakrise zu begegnen, ist das Umweltvölkerrecht. Trotz einer regelrechten „Explosion umweltvölkerrechtlicher Verträge“³¹ seit den 1970er-Jahren und der Erzielung gewisser Erfolge³² hat sich das Umweltvölkerrecht bisher als nur mäßig wirksam erwiesen.³³

Die Schwachstellen des Umweltvölkerrechts zeigen sich etwa beim Pariser Klimaabkommen (PA)³⁴. Die Verbindlichkeit des PA bzw der einzelnen darin enthaltenen Bestimmungen wurde in der Literatur vielfach und zT kontrovers diskutiert.³⁵ Den Kern des PA bilden die von den Vertragsparteien selbst festzulegenden Zielsetzungen zur Emissionsminderung, die sog *Nationally Determined Contributions* (NDC). Hinsichtlich dieser Zielsetzungen besteht jedoch keine Erfolgspflicht („*obligation of result*“) und selbst eine konkrete Verhaltenspflicht („*obligation of conduct*“) wird zT angezweifelt.³⁶ Daher geht die überwL³⁷ zu Recht davon aus, dass die inhaltliche Umsetzung der NDC weitestgehend im Ermessen der Vertragsparteien liegt und insb prozedurale Bestimmungen rechtliche Bindungswirkung entfalten.

28 Vgl *Messner*, INEF-Report 2002, 3; *Jahn*, Streitfragen 14 f; *Biermann/Dingwerth*, GEP 2004, 14; *Thränhardt*, Der Nationalstaat als migrationspolitischer Akteur, in *Thränhardt/Hunger* (Hrsg), Migration im Spannungsfeld von Globalisierung und Nationalstaat (2003) 8 (11 ff).

29 Vgl *Kokott*, Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht, *ZaöRV* 2004, 517 (532); *Messner*, Zukunft 8.

30 So etwa auch *Werrell/Femia*, *BJWA* 2016, 221 ff.

31 *Weiss*, *International Environmental Law: Contemporary Issues and the Emergence of a New World Order*, *Geo. L.J.* 1993, 675 (694).

32 Näher dazu *Simonis*, Wer rettet die globale Ökologie? Plädoyer für eine Weltorganisation für Umwelt und Entwicklung, in *FS Fetscher* (2002) 74.

33 So etwa auch *Treutner*, Globale Umwelt- und Sozialstandards. Nachhaltige Entwicklungen jenseits des Nationalstaats (2018) 15 ff; *Buck/Verheyen*, Umweltvölkerrecht, in *Koch/Hofmann/Reese* (Hrsg), *Handbuch Umweltrecht*⁵ (2018) 1 (41).

34 Siehe FN 17.

35 Vgl *Bodansky*, The Legal Character of the Paris Agreement, *RECIEL* 2016, 142 (145 ff); *Böhringer*, Das neue Pariser Klimaübereinkommen, *ZaöRV* 2016, 753 (760 ff); *Nüchel*, Rechtlicher Charakter des Pariser Übereinkommens – hard law oder soft law? *ZUR* 2017, 525 (526 ff); *Franzius*, Das Paris-Abkommen zum Klimaschutz als umweltvölkerrechtlicher Paradigmenwechsel, *FEU Research Paper* 2017, 1 (6 ff).

36 *Bodansky*, *RECIEL* 2016, 146; *Nüchel*, *ZUR* 2017, 527.

37 *Böhringer*, *ZaöRV* 2016, 754 ff; *Epiney*, Gegenstand, Entwicklung, Quellen und Akteure des internationalen Umweltrechts, in *Proelß* (Hrsg), *Internationales Umweltrecht* (2017) Rz 1 (Rz 38a); *Nüchel*, *ZUR* 2017, 527.

Das Souveränitätsdenken einzelner Staaten, gegenläufige ökonomische Interessen und der daraus resultierende immer noch fehlende Verpflichtungs- und Umsetzungswille vieler Staaten zur Erreichung konkreter Klimaziele stellen erhebliche Barrieren für einen umfassenden globalen Umwelt- und Klimaschutz dar.³⁸ Hinzu kommt, dass dem Umweltvölkerrecht – sowie dem Völkerrecht iA – ein Sanktions- und Vollzugsdefizit attestiert wird.³⁹ Die völkerrechtliche Handhabe gegen jene Staaten, die sich einer Selbstverpflichtung im Klimaschutz entziehen, ist dabei äußerst limitiert. Das zeigt sich auch am Ausstieg der USA⁴⁰ als weltweit zweitgrößter CO₂-Emittent aus dem PA, nachdem US-Präsident *Trump* dieses als „unfair für die USA“⁴¹ bezeichnete.

JuristInnen haben zunehmend begonnen, sich mit den vielen rechtlichen Aspekten der Klimakrise zu befassen, sei es zB mit der Frage möglicher haftungsrechtlicher Ansprüche gegen klimaschädigende Staaten⁴² oder, ob und in welcher Form ein Staat im Falle des klimabedingten Verlustes des Staatsgebietes (völker-)rechtlich weiterbestehen kann.⁴³

Eine prominente Rolle in diesem Diskurs hat auch die rechtliche Beurteilung von „Klimaflüchtlingen“ eingenommen, für welche jedoch bis dato keine befriedigenden rechtlichen Lösungen und Schutzmechanismen existieren.⁴⁴ Alleine eine (teilweise) Überflutung von Bangladesch würde aber dazu führen, dass viel mehr Menschen fliehen müssten als während des gesamten bisherigen syrischen Bürgerkrieges.⁴⁵ Es ist somit evident, dass diese Themen die internationale Staatengemeinschaft in Zukunft zwangsläufig tangieren und entsprechende Lösungsmodelle erfordern werden.

Auch die Frage nach dem Ausmaß staatlicher Souveränität über Umweltgüter bzw Ökosysteme von globaler Wichtigkeit wurde bereits vielfach diskutiert.⁴⁶ Im Zentrum dieser Diskussion stand zuletzt insb die Politik Brasiliens. Nach dem zurückhaltenden Vorgehen des brasilianischen Präsidenten gegen die Waldbrände im Amazonas-Regenwald im Sommer 2019 tauchten abermals Stimmen auf, die für das Amazonasgebiet einen „internationalen Status“ bzw ein „internationales Protektorat“ verlangten.⁴⁷ Andere befassten sich mit der Frage, ob Brasilien aufgrund (umwelt-)völkerrechtlicher Bestimmungen dazu

38 Vgl *Sußmann*, Vollzugs- und Rechtsschutzdefizite im Umweltrecht unter Berücksichtigung supranationaler und internationaler Vorgaben (2006) 23.

39 *Beyerlin*, Umweltvölkerrecht (2000) 232 ff.

40 Die Kündigung der USA erlangt mit 4.11.2020 Wirksamkeit; vgl *Dörr*, Völkerrechtliche Grenzen des Populismus? Der amerikanische Präsident und das geltende Völkerrecht, JZ 2018, 224 (225).

41 *Milman/Smith/Carrington*, Donald Trump confirms US will quit Paris climate agreement, theguardian.com 1.6.2017, www.theguardian.com/environment/2017/jun/01/donald-trump-confirms-us-will-quit-paris-climate-deal (7.4.2020).

42 *Hinteregger*, Klimaschutz mit den Mitteln des Privatrechts? Der Beitrag des Haftungsrechts, in *Kirchengast/Schulev-Steindl/Schnedl* (Hrsg), Klimaschutz zwischen Wunsch und Wirklichkeit (2018) 197 (197 ff).

43 *Bergmann*, Versinkende Inselstaaten. Auswirkungen des Klimawandels auf die Staatlichkeit kleiner Inselstaaten (2006); *McAdam*, Climate Change, Forced Migration and International Law (2012) 119 ff.

44 *McAdam*, Climate Change 39 ff.

45 *Hasan*, Bangladesh's Climate Change Migrants, thenewhumanitarian.org 13.11.2015, www.thenewhumanitarian.org/feature/2015/11/13/bangladesh%E2%80%99s-climate-change-migrants (7.4.2020).

46 Vgl etwa *Toletino*, Sovereignty over Natural Resources, *EnvtlPolyL* 2014, 300 (300 ff).

47 *Bethge/Glüsing/Jung/Pieper/Traufetter*, Walduntergang, *Der Spiegel* 2019/36, 19.

verpflichtet sei, internationale Hilfe zum Schutz des Amazonas anzunehmen und ob eine Berufung auf Souveränitätsrechte zulässig sei.⁴⁸

Einen interessanten Ansatz vertritt in diesem Zusammenhang *Eckersley*, die mit stichhaltigen Argumenten für die Etablierung einer „*ecological responsibility to protect*“ plädiert und dabei die Begriffe „*ecocide*“ und „*crimes against nature*“ verwendet. Als *ultima ratio* könne laut *Eckersley* eine militärische Intervention gerechtfertigt sein, sofern die betroffenen Staaten nicht fähig oder willig seien, gegen große Umweltzerstörungen vorzugehen.⁴⁹ Angesichts der Dringlichkeit der Klimaproblematik und konkreter Anlässe ist die Auseinandersetzung mit diesem Ansatz unausweichlich. Dennoch wirft eine solche Umwelt-Schutzverantwortung zahlreiche Fragen auf und könnte zu ungewünschten Konsequenzen führen.⁵⁰ Insb ist in vielen Fällen von Umweltkatastrophen zu hinterfragen, ob Militärgewalt eine effektive Lösung des Problems darstellen kann.

4.3. Global (Environmental) Governance

Angesichts grenzüberschreitender Herausforderungen ist häufig von der Notwendigkeit von *Global Governance* die Rede, worunter ein Politikmodell zu verstehen ist, das vom Zusammenwirken staatlicher und nicht-staatlicher AkteurInnen von der lokalen bis zur globalen Ebene geprägt ist.⁵¹ *Global Governance* beruht auf diversen Formen und Ebenen der internationalen Kooperation, Koordination und kollektiven Entscheidungsfindung, wobei ein Teil der nationalstaatlichen Souveränität aufgesplittet und teilweise an supranationale Einrichtungen, teilweise „nach unten“ an regionale oder lokale AkteurInnen und teilweise „seitenverschoben“ an nicht-staatliche Institutionen abgegeben wird.⁵² Im Diskurs rund um die Bekämpfung der Klimakrise wurden diese Ansätze ausgeweitet, konkret an die klimabezogene Thematik angepasst und finden nun unter dem Begriff *Global Environmental Governance*⁵³ Einzug in die wissenschaftliche Debatte. Ein solches Modell geteilter Souveränitäten unter Einbeziehung diverser EntscheidungsträgerInnen wie nationaler Regierungen, NGOs, inter- und supranationaler Organisationen, VertreterInnen der Zivilgesellschaft, Wissenschaft und Wirtschaft scheint mE ein vielversprechender Ansatz zur Bekämpfung der Klimakrise zu sein. Nationalstaaten wären in diesem System weder die ausschließlichen noch die vorrangigen AkteurInnen und

48 *Diekjobst/Dute*, *Playing with Fire. Is the aid pledged by the G7 an offer Brazil's President Bolsonaro cannot refuse?* voelkerrechtsblog.org 18.9.2019, <https://voelkerrechtsblog.org/playing-with-fire/> (7.4.2020).

49 *Eckersley*, *Ecological Intervention: Prospects and Limits*, *Ethics Int Aff* 2007, 293 (293 ff); Erweitert wurde dieser Ansatz von *Viikari*, *Responsibility to Protect and the Environment*, in *Hilpold* (Hrsg), *Die Schutzverantwortung (R2P)* (2013) 297 (297 ff).

50 Vgl *Woods*, *Some Worries about Ecological-Humanitarian Intervention and Ecological Defense*, *ethicsandinternationalaffairs.org* 9/2007, www.ethicsandinternationalaffairs.org/2007/ome-worries-about-ecological-humanitarian-intervention-and-ecological-defense-full-text/ (7.4.2020).

51 Vgl *Nuscheler* in FS Röhrich 309.

52 *Von Bredow* in FS Röhrich 177; *Nuscheler* in FS Röhrich 309 ff.

53 *Biermann/Dingwerth*, *GEP* 2004, 7 ff.

nicht-staatlichen AkteurInnen käme eine stärkere formale Anerkennung zu. Zu dessen Implementierung wird es notwendig sein, nationale Partikularinteressen – meist ökonomischer Natur – zu überwinden und sich vom klassischen Konzept nationalstaatlicher Souveränität zu lösen.

Das *Global Governance*-Modell scheint mE gerade für den Umweltbereich geeignet zu sein, da diese Materie wie kaum eine andere das Tätigwerden vieler verschiedener AkteurInnen auf multiplen Ebenen erfordert und diese wiederum nur mit der Ausstattung eines entsprechenden Pouvoirs effektiv handeln können. Allen voran sind zur Etablierung von einheitlichen Standards sowie Maßnahmen- und Finanzierungsmodellen eine stärkere transnationale Zusammenarbeit und eine Priorisierung der Umweltschutzagenden auf Ebene internationaler Netzwerke und Organisationen notwendig. Gleichmaßen sind aber auch lokale AkteurInnen und NGOs unerlässlich im Kampf gegen die Klimakrise, nicht zuletzt, weil es auf regionaler Ebene möglich ist, abstrakte und komplexe Klimastatistiken auf die konkreten Auswirkungen der Erderwärmung auf Ökosysteme in der eigenen Umgebung herunterzubrechen und diese für die Bevölkerung greifbar zu machen. Gerade durch die Betroffenheit des eigenen Lebensraumes kann ein Bewusstsein für den Klimaschutz gestärkt und ein Einfordern desselben von politischen EntscheidungsträgerInnen vorangetrieben werden. Zudem haben insb nicht-staatliche AkteurInnen in der transnationalen Umweltpolitik eine zunehmend starke und aktive Rolle eingenommen und diverse Erfolge erzielt.⁵⁴

Aufgrund der Beschaffenheit des Klima- und Umweltschutzes als Querschnittsmaterie⁵⁵ sollte dieser zudem stärker in andere Bereiche miteinbezogen werden und etwa bei menschenrechtlichen Erwägungen oder beim Abschluss von Handelsabkommen eine wichtigere Rolle spielen.

4.4. Inter- und supranationale Organisationen

Eine Vielzahl an IO befasst sich mit den Bereichen Klima- und Umweltschutz und nimmt eine bedeutende Rolle bei der Fortbildung des Umweltvölkerrechts ein. In der UNO befasst sich zB ein eigenes Gremium, das UN-Umweltprogramm (UNEP), mit diesen Agenten.⁵⁶

Dennoch ist eine Fokussierung auf die gänzliche oder mehrheitliche Souveränitätsaufgabe zugunsten bestehender internationaler Institutionen zur Bewältigung der Klimakrise mE nur teilweise sinnvoll. Es benötigt zweifellos globale Ansätze und Einrichtungen, um Lösungen für die Klimaproblematik zu finden. Doch die bestehenden internationalen Instrumente und Institutionen sind zu schwerfällig, agieren teils zu unkoordiniert.

54 *Biermann/Dingwerth*, GEP 2004, 14; *Binder*, Umweltvölkerrecht, in *Raschauer/Wessely* (Hrsg), Handbuch Umweltrecht² (2010) 46 (60 f).

55 *Buck/Verbeyen* in *Koch/Hofmann/Reese* 41.

56 *Epiney* in *Proelß* Rz 85 ff.

niert und verfügen über zu geringe Sanktions- und Durchsetzungsmechanismen, um in diesem Bereich wirksam handeln zu können.⁵⁷ Für eine effektive Klima- und Umweltpolitik wird daher aus gutem Grund die Schaffung einer zentralen „Internationalen Umweltorganisation“ gefordert.⁵⁸ Auch Konzepte wie jene eines „Umweltsicherheitsrates“⁵⁹, in dem Mehrheitsbeschlüsse möglich sein sollen, sowie eines „Internationalen Umweltgerichtshofes“⁶⁰ könnten zur Bewältigung der Klimakrise beitragen und sollten forciert und weiterentwickelt werden.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass eine mögliche Aufgabe von nationaler Souveränität in engem Zusammenhang mit dem Thema Loyalität steht. Wem gegenüber sich Personen loyal verhalten – auch ohne ihn oder sie zu kennen – bedingt maßgeblich, ob sie gewillt sind, zum Vorteil einer anderen Person, Gruppe oder Entität persönliche Nachteile in Kauf zu nehmen. In diesem Loyalitätsgefüge scheint der Nationalstaat nach wie vor der große Gewinner zu sein.⁶¹ Ob sich eine wirksame grenzüberschreitende Kooperation zur Bekämpfung der Klimakrise etablieren lässt, wird daher nicht zuletzt davon abhängen, ob es gelingt, eine Mehrebenenloyalität⁶² zu bilden bzw. eine Ausweitung der Loyalität – zumindest in Umweltangelegenheiten – zu erreichen. Dieses Vorhaben scheint nicht *per se* unmöglich. Man denke dabei etwa an das einzigartige Projekt der EU, in dem sich vormals bekriegende Nationalstaaten freiwillig einen erheblichen Teil ihrer nationalen Souveränität an eine supranationale Organisation abgeben und sich verbindlich einem europäischen Gericht unterworfen haben. Für das Funktionieren dieses Projekts war und ist es mE essentiell, sich auf einen gemeinsamen Prinzipien- und Wertekodex zu verständigen, sowie eine einheitliche europäische Identität zu schaffen, die nicht zuletzt die Loyalität der EU-BürgerInnen zueinander stärken soll.

Die EU ist selbst ein Vorzeigemodell für *Global Governance*⁶³ und könnte die Weichen für eine effiziente Klimapolitik stellen. Die supranationalen Vorgaben der EU im Bereich des Umwelt- und Klimaschutzes entfalten deutlich stärkere Wirkungen als jene des Umweltvölkerrechts.⁶⁴ Die EU ist zudem handlungsfähiger als IO, kann im Bereich der Umweltgesetzgebung Mehrheitsbeschlüsse⁶⁵ fassen, verfügt über ein verbindliches Rechtsprechungsorgan sowie Durchsetzungsmechanismen im Falle der Nichteinhaltung. Da die EU auf internationaler Ebene auch über erheblich mehr politisches Gewicht verfügt als die meisten Nationalstaaten, könnten durch die Setzung eines entsprechenden Fokus

57 *Simonis* in FS Fetscher 74 f.; *Epiney* in *Proelß* Rz 98.

58 Vgl. *Epiney* in *Proelß* Rz 98 ff.

59 Näher dazu *WBGU*, *Welt im Wandel. Neue Strukturen globaler Umweltpolitik* (2001) 146, 183.

60 Näher dazu *Gmelch*, *Ein Internationaler Umweltgerichtshof? Gründe, Gestaltung, Grenzen* (2016) passim.

61 Näher dazu *Harari*, *Lektionen* 156 ff.

62 *Von Beyme* in FS Fetscher 107.

63 *Messner*, *Zukunft* 11.

64 Vgl. *Sußmann*, *Vollzug* 24.

65 *Appel*, *Europäisches und nationales Umweltverfassungsrecht*, in *Koch/Hofmann/Reese* (Hrsg.), *Handbuch Umweltrecht*⁵ (2018) 43 (68 f.).

(„*Green Deal*“) auch Länder wie die USA, China, Indien, Brasilien etc (wieder) stärker eingebunden, zur Verantwortung gezogen und letztlich der Ausbau internationaler Strukturen vorangetrieben werden.

5. Fazit

Der souveräne Nationalstaat ist angesichts der zahlreichen Herausforderungen durch die Klimakrise nicht mehr in der Lage, viele seiner ursprünglichen Funktionen zu erfüllen und droht, seine Legitimität zu verlieren. Die weitgehende völkerrechtliche Souveränität von Nationalstaaten in Umweltfragen ist nicht (mehr) zeitgemäß und ein Umdenken in struktureller, rechtlicher und politischer Hinsicht dringend notwendig.

Ein vielversprechender Lösungsansatz im Kampf gegen die Klimakrise scheint ein *Global Environmental Governance*-Modell zu sein, in dem es zu einer teilweisen Aufspaltung nationalstaatlicher Souveränität in Umweltfragen und einem stärkeren *Pouvoir* für nicht-staatliche, internationale und supranationale AkteurInnen kommt. Zudem sollte die Schaffung einer „Internationalen Umweltorganisation“ sowie weiterer globaler Strukturen forciert werden. Eine zentrale Rolle könnte auch die EU spielen, indem sie sich einerseits als regionale Vorreiterin profiliert und andererseits die Etablierung bzw Ausweitung entsprechender Mechanismen auf internationaler Ebene vorantreibt.

Ob ein solches Umdenken in Bezug auf die Abgabe nationalstaatlicher Souveränität gelingt, wird wesentlich von den Forderungen der Zivilgesellschaft und anderen nicht-staatlichen AkteurInnen abhängen. Nationalstaatliche EntscheidungsträgerInnen sind in jedem Fall gut darin beraten, Strukturen zu schaffen, in denen diese AkteurInnen stärker in Entscheidungsprozesse eingebunden und zielstrebige Schritte im Kampf gegen die Klimakrise gesetzt werden. Denn langfristig wird auch das (Weiter-)Bestehen des Nationalstaates maßgeblich davon abhängen, ob eine Bewältigung dieser Herausforderungen gelingt.

Mag.^a Dietrun Schalk arbeitet als Referentin in der Volksanwaltschaft; dietrun.schalk@volksanwaltschaft.gv.at

Die Utopie einer digitalen Richterschaft

Amadeus M. Mader

1. Einleitung

„Die Justiz stirbt einen stillen Tod“ – Jene Diagnose des kürzlich aus dem Amt geschiedenen Justizministers *Clemens Jabloner* wurde vielerorts diskutiert. Es mangle der Rechtspflege an Geld, allein im Strafvollzug fehlten 60 Millionen Euro.¹ In Zeiten der fortschreitenden Technokratisierung könnten auch hierzulande Stimmen laut werden, jenes Problem mittels modernster Technik zu lösen. Schließlich wird etwa im US-amerikanischen Bundesstaat Virginia bereits seit 1994 ein Algorithmus zur Unterstützung der Strafgerichte eingesetzt.² Die Software sollte ursprünglich unter den begangenen Verbrechen identifizieren, welche keine Wiederholungsgefahr erwarten ließen. Anstelle einer Untersuchungshaft wurde dann etwa eine Kaution vorgeschlagen. Modernere Algorithmen, wie sie heute in Kalifornien, Florida oder Wisconsin zum Einsatz kommen, berechnen hingegen die Wahrscheinlichkeit einer weiteren Straftat und legen anschließend auch einen Strafraum nahe.³

Die Vorteile liegen auf der Hand: Neben langfristigen Ersparnissen hinsichtlich der Personalkosten, erfolgen digitale Berechnungen bekanntermaßen um ein Vielfaches schneller als menschliche Erwägungen. Auch liefe man bei einem Algorithmus nicht Gefahr, Opfer subjektiver Willkür zu werden, so der Tenor der Befürworter*innen.⁴ Dem widerspricht allerdings eine Studie der NPO *ProPublica* aus dem Jahre 2016, die besagten Algorithmen eine erschreckend geringe Treffsicherheit attestiert. Ebenso ließen sich eindeutig rassistische Tendenzen in den Prognosen erkennen. Da der Programmcode der Bewertungssoftware in vielen US-Bundesstaaten aber von Privatunternehmen stammt, wird oftmals nicht offengelegt, anhand welcher Kriterien diese Vorhersage erstellt wird. Dennoch spricht die Tatsache, dass Afro-Amerikaner*innen bei einer vergleichsweise ähnlichen Vergangenheit ein bis 77% höheres Gefahrenpotential attestiert wird, eine deutliche Sprache.⁵

1 *Schmid/Windisch/Möseneder*, Patientin Justiz und ihr „stillen Tod“: Eine Bestandsaufnahme, *derstandard.at* 10.8.2019, www.derstandard.de/story/2000107256398 (9.4.2020).

2 Vgl. *Ostrom*, Offender Risk Assessment in Virginia (2002) 9.

3 Vgl. *Kehl/Guo/Kessler*, Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing (2017) 11.

4 Vgl. *Redding*, Evidence-Based Sentencing: The Science Of Sentencing Policy and Practice *Chapman Journal of Criminal Justice* 1/1 2009, Chapman University Law Research Paper No 09-41, 1.

5 *Angwin/Larson/Mattu/Kirchner*, Machine Bias – There’s Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And It’s Biased Against Blacks, *propublica.org* 23.3.2016, www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing (9.4.2020).

Wir hätten also einerseits die Möglichkeit, das Justizwesen zu entlasten und Urteile einer vielleicht verstärkten Objektivität zuzuführen. Andererseits zeigt uns die Praxis in den USA, welche gesellschaftlichen Probleme dadurch mitunter verstärkt werden können. In dem folgenden Artikel soll deshalb der Frage nachgegangen werden: Könnte ein Computer aus rechtsphilosophischer Sicht dennoch besser (weil objektiver) Recht sprechen? Das Hauptaugenmerk soll dabei auf dem Strafprozess liegen, auch wenn sich viele der folgenden Erwägungen gleichermaßen auf den Zivilprozess anwenden lassen.

2. Ein historischer Rückblick

Zunächst sollte man sich über die Funktion von Richter*innen klar werden. Am Anfang des 19. Jahrhunderts wurde hierzu ein rechtsphilosophischer Diskurs geführt, welcher sich als durchaus richtungsweisend für unsere Debatte herausstellen sollte. Im Zuge der Entwicklung hin zu modernen Rechtsstaaten war in Europa mehr und mehr die Frage aufgekommen, wo die Person des Richters bzw der Richterin zu verorten sei. In den mittelalterlichen Ständestaaten hatte es noch keine unabhängige, ausdifferenzierte Rechtspflege gegeben, sondern lediglich eine Fülle an teils miteinander konkurrierenden Gerichtsbarkeiten. Sollte es sich bei den Richter*innen nun um qualifizierte Personen handeln, welche aufgrund ihrer besonderen Erfahrungen weise Entscheidungen zu treffen vermögen? Oder bedürfte es nicht vielmehr jemanden, der bzw die einem *Subsumtionsautomaten* gleich, die Gesetze so berechenbar und nüchtern wie möglich zur Anwendung bringt? Für eine solche Rechtsanwendung ohne Auslegung plädierte etwa der italienische Rechtsphilosoph *Cesare Beccaria* in seinem Werk „*Von den Verbrechen und von den Strafen*“ (1764).

2.1. Der juristische Syllogismus

Beccarias Argumentation für seine Vorstellung vom logisch-mechanischen Richter lautete folgendermaßen: Würde der Judikatur ein Ermessensspielraum bei der Anwendung der Gesetze zugestanden, dann vermische sich diese mit der Gesetzgebung selbst. Dadurch öffne man aber der Willkür Tür und Tor. Aus diesem Grund sollte die Rechtsprechung ihre Entscheidungen nur mehr wie ein strenger *Syllogismus* treffen dürfen.⁶

Jene Form der Schlussfolgerung, bestehend aus einem Obersatz (Prämisse 1), einem Untersatz (Prämisse 2) und einer Konklusion (Urteil), hat den großen Vorteil, *wahrheitskonservierend* zu sein. Dies bedeutet, wenn beide Prämissen wahr sind, ist es die daraus abgeleitete Konklusion zwangsläufig auch. Wäre etwa die Prämisse 1 „Es ist verboten etwas zu stehlen“ und Prämisse 2 „Person X hat etwas gestohlen“, wäre die logische Schlussfolgerung „Person X hat etwas Verbotenes getan“. Hierbei hätte die Richterschaft

6 Vgl *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen (1764/1966) 52.

nun lediglich zu prüfen, ob die Tat einer Person X unter den Tatbestand eines Gesetzes Y fällt. Die Konklusion lautete dann „schuldig“ oder „nicht schuldig“. *Beccaria* galt nichts gefährlicher als „[...] jenes verbreitete Axiom, dass man den Geist des Gesetzes zu Rate ziehen müsse [...]“, denn dies stelle „[...] einen Damm dar, der unter der Strömung bloßer Meinung bricht“.⁷

Man könnte die Argumentationslinie *Beccarias* als ein Plädoyer für die digitale Richterschaft lesen. Die rein logische Subsumtion, die kühle Berechnung, all dies sind Dinge, die Algorithmen zu leisten im Stande sind. Knappe 100 Jahre später sollte *Immanuel Kant* in der „Kritik der reinen Vernunft“ (1781/1787) jedoch auf einen bis dato unentdeckten aber relevanten Unterschied hinweisen: Jener zwischen analytischen und synthetischen Urteilen.

2.2. Analytische und synthetische Urteile

Der Begriff „Urteil“ ist hier in seiner basalsten Form zu verstehen: „Etwas ist (nicht) so“. „Urteilen“ bedeutet in der Philosophie *Kants* demnach die Zuschreibung eines Prädikates (Eigenschaft) zu einem Subjekt. Wenn man etwa feststellte, „Das Wetter ist schön“, verbindet man das Subjekt „Wetter“ mit der Eigenschaft des „Schön-seins“. Worin liegt nun der Unterschied zu einer Aussage wie „Der Junggeselle ist unverheiratet“? *Kant* bezeichnet letzteres als Erläuterungsurteil, weil man hierbei nichts Neues erfährt. Nur jemand, der unverheiratet ist, kann als Junggeselle bezeichnet werden und *vice versa*. Bei solch einem *analytischen* Urteil wird das Subjekt („der Junggeselle“) nur „[...] durch Zergliederung in seine Teilbegriffe [...]“ zusätzlich herausgearbeitet.⁸ Ein anderes Beispiel wäre etwa „Der vorbestrafte Täter wurde in der Vergangenheit einmal für ein Verbrechen verurteilt“. Zweifellos richtig, doch tendiert der Informationsgehalt dieser Aussage gegen Null.

Anders verhält es sich bei den sogenannten synthetischen – also *zusammengesetzten* – Urteilen. Diese erweitern den Gehalt einer Aussage, wie eben beim Beispiel über das schöne Wetter oder etwa „Die vorbestrafte Person X hatte drei Äpfel gestohlen“. Die Vorstrafe könnte schließlich von einer ganz anderen Tat herrühren. *Synthetische* Urteile sind demnach jene Aussagen, die zu einem Subjekt „[...] ein Prädikat hinzutun, welches in jenem gar nicht gedacht war [...]“.⁹ Diese Unterscheidung ist deshalb so wichtig, weil analytische Urteile zwingend wahr sind, bei synthetischen jedoch immer das Risiko besteht, dass die Zuschreibung des Prädikates („Drei Äpfel gestohlen zu haben“) zum Subjekt („die vorbestrafte Person X“) faktisch unrichtig ist. Dies gilt für den Großteil der Aussagen, die wir im Alltag treffen, aber natürlich auch für die Erkenntnisse der Richter*innen beim Gerichtsprozess. Wenn diese etwa einen Sachverhalt unter einen Tatbestand subsumieren. Bei diesem Vorgang kann nun aber schon nicht mehr von einer *lo-*

7 *Beccaria*, Verbrechen 56.

8 *Kant*, Kritik der reinen Vernunft (1781/1973) 59.

9 *Kant*, Kritik 59.

gisch zwingenden Schlussfolgerung die Rede sein. Bereits auf dieser grundlegenden Ebene, dem reinen Feststellen, haben wir es *per se* nicht mit einem rein analytischen Vorgang zu tun. Ob der Sachverhalt S dem Tatbestand T entspricht, muss erst mittels Interpretation entschieden werden. Dadurch liegt die Aufgabe der Rechtsprechung eben nicht nur in der Reproduktion von bereits Gegebenem, sie fügt auch immer etwas Neues hinzu – eben *synthetische* Urteile.

3. Das Problem der Subsumtion

An dieser Stelle sei festgehalten, dass *jede* Rechtsordnung auf die deutende Kraft des Richter*innenspruchs angewiesen ist. Um es mit den Worten des österreichischen Rechtstheoretikers *Adolf Julius Merkl* zu sagen: „Kein Seherauge eines Gesetzgebers könnte die formende Hand des Richters jemals entbehrlich machen“.¹⁰

Der Gesetzestext, weil er auf eine Vielzahl von Fällen Anwendung finden muss, ist stets abstrakt-generell formuliert. Die Richterschaft setzt sich hingegen mit einzelnen Sachverhalten auseinander, weswegen ihre Entscheidungen konkret-individuell ausfallen. Beim Subsumieren wird eine *individuelle* Tat dem Tatbestand eines materiellen Gesetzes zugeordnet. Jener Gesetzestext weist – aufgrund seiner allgemeinen Formulierung – aber genau nicht mehr jene spezifischen Eigenschaften auf, welche die eigentlich zu beurteilende Handlung in ihrer Gänze charakterisiert. Um diese Problematik des Subsumierens besser zu veranschaulichen, lohnt ein Blick auf die Sprachkritik des deutschen Philosophen *Friedrich Nietzsche*. Dieser hatte in seinem Essay „Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinne“ (1896) darauf hingewiesen, dass eine solche Gleichsetzung von Ungleichen bereits in den Begriffen tief verwurzelt sei. Man stelle sich beispielsweise den Zeitpunkt vor, als der Begriff „Blatt“ zum ersten Mal gebraucht wurde. Hierbei benannte man ein Ding, von dessen Art augenscheinlich mehrere existierten. Dass ein jedes dieser Dinge genau besehen einzigartig war (Farbe, Form, Größe usw.), musste allerdings aus praktischen Erwägungen außer Acht gelassen werden.¹¹

Im selben Moment, in dem man also ein einzelnes Ding mit einem (allgemeinen) Begriff versieht, entfernt man sich schon vom konkreten Anlassfall. Dieses Prinzip gilt für alle Begriffe, sei es „Blatt“, „Buch“ oder „Mensch“. Sie fungieren nach *Nietzsche* wie Metaphern, weil diese das Gemeinsame an den Dingen hervorheben, zugleich aber das Individuelle ausblenden. Kurzum: Es vollzieht sich ein „Gleichsetzen des Nicht-Gleichen“.¹² Dies ist ebenso der Fall, wenn wir die Person X als „Dieb*in“ qualifizieren wollen. Auf jener Ebene haben wir schon alles Individuelle, alles was den konkreten Sachverhalt als eben genau jene Tat charakterisierte, ausgeblendet.

10 *Merkl*, Gesetzesrecht und Richterrecht, in *Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann* (Hrsg) Bd 1. Grundlagen des Rechts (1993) 324.

11 Vgl *Nietzsche*, Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinne (1896/2015) 13.

12 *Nietzsche*, Wahrheit 14.

3.1. Das Paradox der Entscheidung

Diese Inkommensurabilität der Urteile, der Übergang vom Konkreten zum Allgemeinen, könnte man prägnant als das *Paradox der Entscheidung* bezeichnen. Der französische Denker *Jacques Derrida* befasste sich in seinem rechtsphilosophischen Essay „*Gesetzeskraft – Der ‚mystische‘ Grund der Autorität*“ (1990) ua genau mit jener Problematik. Er exemplifizierte darin mehrere Aporien – also Widersprüche –, die sich in dem Spannungsverhältnis zwischen Recht und Gerechtigkeit ergäben. Dabei wird die Ansicht vertreten, dass eine gerechte Entscheidung immer auch eine freie Entscheidung sein müsse.

Die Richterschaft sieht sich ob dieser Freiheit mit der Herausforderung konfrontiert, einerseits Regeln zu befolgen, zugleich aber ohne eine Regel auskommen zu müssen. Wie darf man sich das vorstellen? Strafrichter*innen dürfen nur im Rahmen der Gesetze entscheiden, seien es die formalen Erfordernisse der Strafprozessordnung (StPO), als auch die materiellen Tatbestände des Strafgesetzbuches (StGB). Da jedoch jeder konkrete Fall *per se* einzigartig ist, kann es für die zu erfolgende Subsumtion in der Form „Der Sachverhalt entspricht dem Tatbestand (nicht)“ selbst keine Regel geben. Freilich könnten die Urteile von vergleichsweise ähnlichen Fällen zu Rate gezogen werden, doch würde dies lediglich das Problem verlagern. Schließlich ist kein Sachverhalt 1 *ident* mit Sachverhalt 2. Deswegen bliebe auch der Verweis auf einen Präzedenzfall letztlich wieder nur eine Form der Subsumtion. Denn ob Sachverhalt 1 nun gleichgesetzt wird mit Sachverhalt 2, oder doch eher mit Sachverhalt 3, wäre wiederum eine zu treffende Einzelfallentscheidung. Eben gerade diese Offenheit, die inhärente Notwendigkeit, einerseits Normen zu befolgen, und andererseits dabei stets eine Regel selbst zu erzeugen (oder zumindest zu re-affirmieren), zeichnet das Wesen der Rechtsprechung aus.¹³

Dieser Gedanke, wenn auch weniger radikal ausformuliert, findet sich bereits 1914 bei *Merkel*, der diesen Umstand als „*doppeltes Rechtsantlitz*“ bezeichnete.¹⁴ Jene „[...] eigentümliche Kombination eines subjektiven und objektiven Faktors [...]“ führe dazu, dass kein(e) Rechtsanwender*in gänzlich gebunden, jedoch auch keine(r) gänzlich frei sei.¹⁵ Wäre letzteres der Fall, könne man schließlich nicht mehr von Rechtsanwendung sprechen.¹⁶ Eine richterliche Entscheidung vollzieht eben nicht nur das Recht, sie erzeugt auch immer selbst rechtliche Tatsachen. Deshalb sei *ipso iure* jenes „[...] richtig, wofür sich der Richter entscheidet – nicht weil dies als Recht zu erkennen ist! – [...] sondern weil der Richter, freilich nur in diesem engen Kreise, im Rahmen des gesetzlichen Blanketts, Recht sprechend Recht geschaffen hat.“¹⁷

13 Vgl *Derrida*, Gesetzeskraft – Der „mystische“ Grund der Autorität (1991/2014) 47.

14 *Merkel*, Das doppelte Rechtsantlitz, in *Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann* (Hrsg) Grundlagen 234.

15 *Merkel*, Rechtsantlitz 232.

16 Vgl *Merkel*, Rechtsantlitz 248.

17 *Merkel*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in *Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann* (Hrsg) Grundlagen 112.

3.2. Entscheidung des Unentscheidbaren

Die Subsumtion bei Gericht besitzt also die Eigenart, innerhalb eines gesetzlichen Rahmens zu erfolgen, dabei aber zugleich eine eigene Regel erzeugen zu müssen. Ansonsten wäre sie nicht frei. *Derrida* bezeichnet dies konsequent als eine „Entscheidung des Unentscheidbaren“.¹⁸ Jenes bereits als „Paradox der Entscheidung“ bezeichnetes Phänomen ist ein inhärenter Bestandteil unserer Rechtsordnung und nichts, was man mittels neuer Gesetze beheben könnte. Doch nehmen wir einmal kurz an, es wäre möglich, Rechtsnormen dahingehend ausreichend zu bestimmen. Dann hätte man es allerdings mit keiner menschlichen Richterschaft mehr zu tun, sondern lediglich mit einer Rechenmaschine, so *Derrida*. Eine solche könnte aber *per definitionem* nicht mehr als frei, gerecht und verantwortungsbewusst erachtet werden. Denn: „Jeder Fall ist anders, jede Entscheidung ist verschieden und bedarf einer vollkommen einzigartigen Deutung, für die keine bestehende, eingetragene, codierte Regel vollkommen eintreten kann und darf.“¹⁹

Ebenso gilt es zu bedenken, dass selbst einer rein berechnenden Entscheidung die *Initiative* zu einer solchen logisch vorausgehen muss. Dieser *Entschluss zur Entscheidung* ist notwendig, da man bei Gericht zwar bemüht sein mag, den Sachverhalt so weit möglich zu klären, jedoch niemals in den Besitz *aller* Informationen gelangen wird. Egal wie viele Zeug*innen geladen wurden, wie oft man die angeklagte Person befragt, welche Beweise angefordert werden, es bliebe immer die Möglichkeit, ein bestimmtes Detail noch nicht berücksichtigt zu haben. Dennoch kann und muss irgendwann der Punkt erreicht werden, an dem das Gericht (nach bestem Wissen und Gewissen) urteilen wird. Dies ist dann die Folge einer Initiative zur Entscheidung des Unentscheidbaren.²⁰

4. Menschen und Rechenmaschinen

Nun mag man gewillt sein, das bisher Gesagte anzuerkennen, könnte zugleich aber ins Feld führen, dass die Grenzziehung zwischen menschlichem Denken und den Berechnungen eines Computers keineswegs so einfach sei. Aus materialistischer Sicht kann man etwa argumentieren, der (rationale) Mensch sei selbst nichts anderes als eine Rechenmaschine. So besehen, wäre die bis jetzt vorgenommene Gegenüberstellung des frei handelnden Subjekts und der kühl berechnenden Maschine letztlich nicht haltbar. Auch mag man beim Menschen als Entscheidungsorgan kritisieren, dass es faktisch niemanden gibt, der oder die frei von Vorurteilen wäre. Um es mit dem deutschen Sozialphilosophen *Max Horkheimer* zu sagen: „Im Dschungel der Zivilisation reichen angeborene Instinkte noch weniger aus als im Urwald. Ohne die Maschinerie der Vorurteile könnte einer nicht über die Straße gehen, geschweige denn einen Kunden bedienen“.²¹

18 *Derrida*, Gesetzeskraft 49.

19 *Derrida*, Gesetzeskraft 48.

20 Vgl. *Derrida*, Gesetzeskraft 54.

21 *Horkheimer*, Über das Vorurteil (1963) 6.

Doch so sehr wir auf Vorannahmen zur Besorgung des Alltags angewiesen sind, so deplatziert erscheinen sie uns bei der Fällung eines Strafurteils. Ein (zu) hoher Anteil an subjektiven Erwägungen verträgt sich nun mal nicht mit der gängigen Vorstellung von Gerechtigkeit. Würden Richter*innen zu sehr von Vorannahmen oder gar Launen geleitet, spräche man eher von Willkür. Mit welcher Konzeption von Gerechtigkeit wäre es schließlich vereinbar, dass es für das Strafmaß eine Rolle spielt, welchem Richter oder welcher Richterin man zugeweiht wurde? In den USA wurde in den letzten Jahrzehnten der Ermessensspielraum der Richterschaft sukzessiv eingeschränkt. Ein gewichtiger Grund hierfür war etwa der strukturelle Rassismus, welcher in vielen Urteilen bewusst oder unbewusst zum Ausdruck kam.²²

4.1. Algorithmen und Rassismus

Ironischerweise wird die Ungleichbehandlung von gewissen ethnischen Gruppen durch den Einsatz von Algorithmen jedoch zusätzlich verstärkt. Wie eingangs bereits erwähnt, wird etwa Afro-Amerikaner*innen bisweilen ein eklatant höheres Gefahrenpotential attestiert. *Tim Brennan*, Professor für Statistik an der University of Colorado und Mitentwickler der populären Prognosesoftware *Compas*, räumt auch durchaus derartige Tendenzen seines Algorithmus ein. Zugleich weist er aber auf die Schwierigkeiten hin, eine Rechenmethode zu entwickeln, bei der es zu keinen rassistischen Korrelationen käme. Diese ergäbe sich bei Kategorien wie Armut, Arbeitslosigkeit oder Marginalisierung, ohne welche die Genauigkeit der Prognose leiden würde.²³

Gemäß einem Bericht des US-Justizministeriums von 2009 sind Afroamerikaner*innen in den Gefängnissen in Relation dreimal so stark vertreten als in der Gesamtbevölkerung.²⁴ Aus vulgär-statistischer Sicht könnte man daher schlussfolgern, dass Menschen mit dunkler Hautfarbe eher zu Verbrechen neigen. Doch dies ist genau das Problem mit willkürlichen Korrelationen. Vielmehr hat man es hier nämlich mit einem komplexen System von nach wie vor bestehenden, sozialen und ökonomischen Ungleichheiten zu tun. Als Afro-Amerikaner*in geboren zu werden, erhöht statistisch die Wahrscheinlichkeit in eine einkommensschwache Schicht geboren zu werden oder vom sozialen Abstieg gefährdet zu sein.²⁵ Man darf hier wiederum nicht „arm sein“ mit „kriminell sein“ gleichsetzen, doch liegt es auf der Hand, dass in einem ärmlichen Viertel mehr Verbrechen begangen werden, als in einer ruhigen Vorstadtsiedlung. Erschwerend kommt hierbei allerdings hinzu, dass bereits die Ermittlungsarbeit der Polizei erhebliche Auswirkungen auf die Statistiken hat. So hat die NGO *New York Civil Liberties Union* erhoben, dass von über vier Millionen Fußgänger*innen, welche in knapp achteinhalb Jahren von der

22 Vgl. *Fischman/Schanzenbach*, Racial Disparities under the Federal Sentencing Guidelines – The Role of Judicial Discretion and Mandatory Minimums, in: *Forthcoming*, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol 9, No 4, 3.

23 Vgl. *Angwin/Larson/Mattu/Kirchner*, Machine Bias.

24 Vgl. *West*, Prison Inmates at Midyear 2009 – Statistical (2010) 21.

25 Vgl. *Badger*, Extensive Data Shows Punishing Reach of Racism for Black Boys, *nytimes.com* 19.3.2018, www.nytimes.com/interactive/2018/03/19/upshot/race-class-white-and-black-men.html (21.4.2020).

New Yorker Polizei überprüft wurden, ganze 83% afro- oder lateinamerikanischer Abstammung waren. Dabei konnte allerdings 90% aller untersuchten Personen keine Gesetzesübertretung nachgewiesen werden.²⁶ So mag dieses *racial profiling* wenig erfolgreich sein, als dunkelhäutige Person wird man jedoch sehr viel wahrscheinlicher einer Kontrolle unterzogen. Das ist nur eines von vielen Beispielen, wie rassistische Vorurteile Einfluss auf vermeintlich neutrale Statistiken nehmen. Durch den Einsatz von Algorithmen würden diese aber wiederum nicht gelöst, sondern lediglich verschleiert. Es handelt sich hier um ein strukturelles Problem. Wenn *Brennan* darauf hinweist, dass sich solche Korrelationen schlecht vermeiden lassen, sollte dies wohl eher über den Zustand einer Gesellschaft zu denken geben, anstatt als unvermeidlich hingenommen werden.

4.2. Emotionsloses Richten

Ein anderer Grund für die Einschränkung des richterlichen Ermessens war aber auch die große Spannweite möglicher Urteile. Dabei wurde oft mit der wahren Begebenheit zweier Brüder argumentiert, welche in den 1980ern gemeinsam ein Verbrechen begangen hatten, aber von zwei verschiedenen Richtern verurteilt wurden: Einer wurde zu einem Jahr Haft verurteilt, der andere zu sechs.²⁷ Mittels eines Algorithmus könnte man zumindest vermeiden, dass manche Richter*innen strenger urteilten als andere. Ein Computer käme schließlich bei jeweils gleichen Prämissen immer zum selben Ergebnis. Die Vorstellung einer dadurch *objektiv* herbeigeführten Entscheidung bleibt dennoch utopisch. Wie versucht wurde zu zeigen, bedürfen richterliche Urteile nämlich immer eines schöpferischen Elements. Sei es die Interpretation des Sachverhaltes oder die Auslegung der Gesetzestexte, es bleibt stets bei dieser „[...] eigentümliche[n] Kombination eines subjektiven und objektiven Faktors“, welcher sich nicht wegrationalisieren oder auf ein wissenschaftliches Fundament heben lässt.²⁸ Jene Kluft zwischen der Konkretheit des Sachverhaltes und der Abstraktion des Tatbestandes kann nur durch das Treffen einer abschließenden Entscheidung überbrückt werden. Diese muss zwar begründet werden, kann aber eben nicht logisch zwingend von anderen Erwägungen ableitet werden. Sprich: Eine solche Entscheidung entzieht sich *per se* einer wie auch immer gearteten Berechenbarkeit.

4.3. Entscheiden als Handeln

Ein Algorithmus kommt mit seinen Berechnungen ebenso zu einem *Ergebnis*. In weiterer Folge muss hierbei aber von der Entscheidung/dem Ergebnis/dem Urteil, der *Akt des*

26 Vgl. *American Civil Liberties Union*, Racial Disparities in Sentencing – Hearing on Reports of Racism in the Justice System of the United States (2014) 8.

27 Vgl. *Luttrell*, Impact of the Sentencing Reform Act on Prison Management, in: Federal Probation Vol 55, Issue 4 (1991) 54.

28 *Merkl*, Rechtsantlitz 232.

Entscheidens unterschieden werden. Nicht der Urteilsspruch, sondern das Urteilen scheint sich hier als geeignete Distinktion zwischen Mensch und Maschine abzuzeichnen. Auch hier mag man einwenden, dass die Erwägungen, die ein Mensch anstellt, bevor er oder sie sich zu einem Urteil durchringen kann, auch nichts anderes als Berechnung sei. Was also legitimiert es an dieser Stelle dennoch zu behaupten: „Der Mensch handelt, die Maschine rechnet“?

Mit Rekurs auf die politische Philosophie *Hannah Arendts* könnte man argumentieren, der einzelne Mensch muss sein Tun *verantworten*. Erst diese individuelle Zurechenbarkeit qualifiziert sein Wirken zu einem Handeln. In ihrem Hauptwerk „*Vita activa oder Vom tätigen Leben*“ (1958) widmete sich *Arendt* den ihrer Meinung nach drei Grundtätigkeiten des Menschen: Neben Arbeiten und Herstellen zählt sie dazu auch das Handeln. Gerade ohne letzteres wäre eine menschliche Existenz kaum denkbar. Es ist Teil der *conditio humana*, dass wir handeln (agieren, sprechen, entscheiden...) und durch dieses individuelle Tun der Welt zeigen *wer* wir sind. Wir treten in Erscheinung und ob wir wollen oder nicht, unser (freies) Handeln wird uns dabei zugerechnet.²⁹ Erst im Agieren miteinander, kann so etwas wie Gemeinschaft entstehen.

Es mag im Alltag keineswegs so erscheinen, doch ist unsere Gesellschaft dadurch etwas durchaus Fragiles. Sie kann nur existieren, solange sich einzelne Menschen als eine solche organisieren. Dies hat zur Konsequenz, dass alle Erzeugnisse dieses Miteinanders nur so lange Bestand haben, wie Menschen interagieren. So weist auch *Arendt* darauf hin, dass man nicht glauben dürfe „[...] dass wir im Bereich der menschlichen Angelegenheiten etwas ‚machen‘ können – zB Einrichtungen und Gesetze ‚schaffen‘, wie wir Tische und Stühle fabrizieren“.³⁰ Auch verbindliche Rechtsnormen, die dazu dienen, die Gemeinschaft zu reglementieren, sind keineswegs etwas, das ohne ein Miteinander Bestand hätte.³¹ So spricht man etwa nicht zufällig bei Rechtsnormen, welche nicht mehr zur Anwendung kommen, von *totem Recht*.

4.4. Die Verantwortung als ein Jemand

Wie versucht wurde aufzuzeigen, werden bei Gericht Entscheidungen getroffen, welche stets ein subjektives Element beinhalten. Das entscheidende Subjekt hält zwangsläufig dadurch Einzug, dass *es* ein Urteil spricht. Es bedarf immer einen *Jemand*, der oder die aufgrund diverser Erwägungen zu einer Entscheidung gelangt. Auch *Merkel* vertrat mit Berufung auf *Hans Kelsen* die Ansicht, dass „[...] keine Staatsfunktion – und sei das Organ auch noch so ‚gebunden‘ – ohne eine Spur von freiem Ermessen denkbar sei [...]“.³²

29 Vgl. *Arendt*, *Vita activa oder Vom tätigen Leben* (1960/2016) 219.

30 *Arendt*, *Vita activa* 234.

31 Vgl. *Arendt*, *Vita activa* 234.

32 *Merkel*, *Rechtsantlitz* 247.

Würde man diese Entscheidung nun auf einen Computer auslagern, dann entschiede keine Person mehr innerhalb ihres Ermessensspielraums, sondern streng genommen ein *Niemand*. In ihren Studien zu den Gräueln des Nationalsozialismus kam *Arendt* zum Schluss, dass die größten Übeltäter jene waren, „[...] die sich nicht erinnern, weil sie auf das Getane niemals Gedanken verschwendet haben [...]“.³³ Wer sich weigere, über das eigene Handeln zu reflektieren, sei zwar Mensch, aber keine Person. Nur wer nachdenkt und sich erinnert, schlägt Wurzeln in der Welt und nur so jemand sei ein Jemand.³⁴ Sicherlich ohne moderne Algorithmen vor Augen, warnte *Arendt* bereits 1965 in aller Eindringlichkeit vor einer vollständigen Technokratie:

„In einer perfekten Bürokratie – welche, im Rahmen der Staatsformenlehre, die Herrschaft des Niemand ist – wäre die Gerichtsverhandlung überflüssig. Man müsste lediglich untaugliche Rädchen gegen besser taugliche austauschen. Als Hitler sagte, er erhoffe sich den Tag, an dem es in Deutschland für eine Schande gehalten würde, ein Jurist zu sein, sprach er mit großer Folgerichtigkeit von seinem Traum einer perfekten Bürokratie“.³⁵

Richter*innen gelangen nun mal auch aufgrund subjektiver Erwägungen zu ihren Urteilen, doch kann jene *Handlung des Urteilens* eben auf diese zurückgeführt werden. Dabei wird Verantwortung übernommen. Bei einer digitalen Richterschaft erschiene es jedoch gerade so, als generierte man das Urteil aus dem Nichts. Bei einem so elementaren Gesellschaftsregulativ wie dem Gerichtsprozess, wäre es aber höchst bedenklich, Verantwortung, aus pragmatischen und/oder ökonomischen Gründen abzugeben.

5. Resümee

In diesem Artikel wurde der Versuch unternommen, mithilfe der Gedanken von Philosophen wie *Kant* oder *Nietzsche* bis hin zu Denker*innen des 20. Jahrhunderts (*Arendt*, *Merkel* und *Derrida*) zu erklären, warum die Richterschaft keiner vollständigen Digitalisierung zugänglich sein sollte. Die hier erörterten Probleme sind dabei grundlegender Natur und deshalb auch unabhängig von (zukünftigen) technischen Entwicklungen. So zeigte sich etwa, dass eine jede richterliche Subsumtion letztlich eine *Entscheidung* und keine logische Ableitung darstellt.

Genau an diesem Punkt sei aber die Frage aufgeworfen, wie viel wir von dieser an sich menschlichen Aufgabe einem Algorithmus abtreten wollen. Schon jetzt werden immer mehr Tätigkeiten auf digitale Hilfsmittel ausgelagert. Sei es der Chatbot eines Online-

33 *Arendt*, Über das Böse (2003/2017) 45.

34 Vgl. *Arendt*, Böse 85.

35 *Arendt*, Böse 22.

händlers bis hin zu selbstfahrenden Autos.³⁶ Die Idee, dies ebenso für die Urteilsfindung vor Gericht in Erwägung zu ziehen, muss hingegen als positivistische Utopie zurückgewiesen werden. Der Weg zu einer mechanisch-normierten Urteilsmaschine wird versperrt durch die Erkenntnis, dass stets ein gewisser Grad des *Dafürhaltens* in einem jedem Rechtsurteil mitschwingt. Dabei soll das bisher Gesagte keineswegs eine Ablehnung gegenüber moderner Technik zum Ausdruck bringen, genauso wenig wie man hieraus eine Idealisierung der *menschlichen Richterschaft* herauslesen sollte. Menschen sind fehlbar und so sind es ihre Urteile. Richter*innen müssen sich stets ihrer Verantwortung bewusst bleiben und nach bestem Wissen und Gewissen entscheiden. Dennoch bleibt die Mischung aus objektiven *und* subjektiven Erwägungen unerlässlich. Die vermeintliche Objektivität einer Maschine könnte in ihrer Urteilsfindung *per se* niemals gänzlich objektiv sein. Dass die bereits jetzt schon in vielen Teilen der USA eingesetzten Algorithmen rassistisch entscheiden, zeigt wie faktische Ungleichheiten zusätzlich verstärkt werden. Ein Entscheiden bleibt immer auch ein Ermessen und für dieses existiert nicht der eine, neutrale Weg.

Auch lohnt es stets zu fragen, was bei der vollständigen Digitalisierung eines gewissen Lebensbereiches abhandenkäme. Im Falle der Rechtsprechung wäre es wohl in erster Linie Verantwortung: Die Verantwortung als Mensch über andere Menschen zu entscheiden und dabei selbst zu sagen: „So und nicht anders.“

Mag. iur. Amadeus M. Mader, MA lebt und arbeitet als Geschäftsführer einer Kulturinstitution in Wien;
amadeus.mader@gmail.com

36 Vgl. dazu in diesem Heft *Wagner/Lopez/Cech/Grill/Sekwenz*, Der AMS-Algorithmus: Transparenz, Verantwortung und Diskriminierung von digitalem staatlichem Handeln, *juridikum* 2020, 191–202.

Der AMS-Algorithmus.

Transparenz, Verantwortung und Diskriminierung im Kontext von digitalem staatlichem Handeln

Ben Wagner / Paola Lopez / Florian Cech / Gabriel Grill / Marie-Therese Sekwenz

Der Arbeitsmarktservice-Algorithmus, in seiner bisher publizierten Form,¹ ist ein Prognosesystem, welches auf Basis des bestehenden Daten-Bestandes des AMS Voraussagen über die „Integrationschancen“ seiner Kund_innen in den Arbeitsmarkt macht. Durch *ex post* Beobachtungen vergangener Geschäftsfälle der letzten Jahre werden Kund_innen als die Summe ihrer Personeneigenschaften in Variablenform erfasst und anhand des Erreichens zweier „Integrationskriterien“ als Zielfunktionen – 90 Tage ungeforderte Erwerbstätigkeit in 7 Monaten bzw 180 Tage innerhalb von 24 Monaten – bewertet. Daraus ergeben sich mittels Stratifikationsverfahren Vorhersagen über die „Integrationschancen“. Kund_innen werden anhand zweier Schranken in drei Kategorien eingeteilt: Personen mit einem Wert von über 66% für das kurzfristige Kriterium wird eine hohe Integrationschance attestiert, während jenen mit einem Wert unter 25% für das langfristige Kriterium niedrige Chancen zugeschrieben werden; die restlichen Kund_innen werden der mittleren Gruppe zugeordnet. Die Zuordnung zu einer dieser drei Gruppen ist für die Verteilung von Ressourcen wie Betreuungsangebot, Gewährung spezifischer Fördermaßnahmen und Weiterbildungsmaßnahmen relevant.

Insgesamt fließen 10 verschiedene Personen- und Erwerbsverlaufsmerkmale in das Modell ein, diese inkludieren Geschlecht, Alter, Staatsbürger_innenschaft, Ausbildung, Betreuungspflichten, gesundheitliche Einschränkungen und bisherige Erwerbsbiographie. Der Typ des regionalen Arbeitsmarktgeschehens wird als einzige nicht personenspezifische Variable berücksichtigt, und bezieht sich ausschließlich auf die dortigen Zu- und Abgänge Arbeitssuchender. Vor dem Einsatz des AMS-Algorithmus war ein sehr simpler Algorithmus zur Ressourcenverteilung beim AMS im Einsatz, basierend auf der Dauer eines Geschäftsfalles. So liegt dem damaligen System auch eine klar regelbasierte Logik zugrunde, je länger eine Person arbeitslos ist, desto mehr Betreuung und Unterstützung

1 Holl/Kernbeiß/Wagner-Pinter, Das AMS-Arbeitsmarktchancen-Modell (2018) www.forschungsnetzwerk.at/downloadpub/arbeitsmarktchancen_methode_%20dokumentation.pdf (4.2.2020) 16.

wird ihr zugeteilt.² Personen mit längerer Erwerbsarbeitslosigkeit, also jene mit größerer Entfernung zum Arbeitsmarkt, werden am intensivsten gefördert. Dies ist konträr zur Logik des neuen algorithmischen Systems, welches Ressourcen für Personen mit hohem Risiko auf Langzeitarbeitslosigkeit reduziert.

Das System ist damit sowohl in technischer Hinsicht als auch der dahinterliegenden Logik simpel: Je öfter etwa Männer über 50 mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen die Zielfunktion in der Vergangenheit nicht erreichten, desto geringer werden die Chancen für zukünftige Kund_innen mit denselben Eigenschaften prognostiziert. Damit ist ein Bias bereits im technischen Konzept vorprogrammiert: Beobachtungen dieser Art spiegeln bestehende Ungleichheiten wider. Trotzdem greift die Annahme, die Schätzungen stellten nur die „harte Realität“ des Arbeitsmarktes dar, zu kurz. Erstens nimmt die Auswahl der Personenmerkmale genauso Einfluss auf das Ergebnis wie die Festsetzung der Schwellenwerte. Und zweitens ist, wie bei allen statistischen Verfahren, auch die Voraussage des AMS-Algorithmus nur ein Schätzwert, welcher zutreffen kann – oder auch nicht: Bei der in *Holl et al* beschriebenen Trefferquote von etwa 85% würden jährlich etwa 40.000 Personen falsch bewertet werden. Zu guter Letzt muss die Frage, ob der hier reproduzierte Bias diskriminierenden Charakter hat, unter den Gesichtspunkten der Operationalisierung des Systems betrachtet werden.

1. Fairness, Accountability und Transparency

Im internationalen wissenschaftlichen Kontext der FAT*-Community (Fairness, Accountability und Transparency) bilden potentielle Gefahren algorithmischer Systeme sowie deren Vermeidung den Fokus der Forschung. Aus diesem Kontext ergeben sich Kritikpunkte an der Entwicklung und Ausformung des AMS-Algorithmus, insbesondere in Bezug auf Transparenz und Accountability. Die Dokumentation der Methode ist unvollständig und enthält nur rudimentäre Informationen zur Operationalisierung des Systems im Beratungskontext des AMS. Weiters konnten Informationen zur Entwicklungsgeschichte, dem geplanten Einsatz sowie technischen Details nur durch das große Medieninteresse und über Anfragen an das AMS ermittelt werden, was zu einem fragmentierten Gesamtbild in der Öffentlichkeit und der wissenschaftlichen Community führte.

Essentiell für die Akzeptanz von Systemen, die als Entscheidungshilfe für die Verteilung staatlicher Ressourcen dienen, ist das Vertrauen aller Betroffenen. Deshalb ist die Forderung nach Rechenschaft³ und Transparenz⁴ für automatisierte Entscheidungs-

2 *Rechnungshof*, Bericht des Rechnungshofes: Arbeitsmarktservice (AMS) (2017) 1-101.

3 *Mohabbat-Kar/Thapa/Parycek*, (Un)berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft (2018) 97 ff.

4 *Orwat*, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen (2019) 116.

gen in gesellschaftlich sensiblen Bereichen laut. Evaluierung kann als weiterer Aspekt des Vertrauens verstanden werden, schafft sie doch als essenzieller Teil der Technikfolgenabschätzung und Accountability erst die Voraussetzungen für ein ausreichendes Verständnis. Was den AMS-Algorithmus betrifft, finden sich allerdings nur Hinweise auf den Evaluierungszeitraum, Details zum Vorgehen oder den Kriterien fehlen. In Anbetracht der wiederholten Selbstverpflichtung zur Transparenz seitens des AMS scheint es befremdlich, dass hier nicht auf die lange Liste an Empfehlungen⁵ sowie aktuelle Forschung der FAT*-Community zurückgegriffen wurde. Der Verweis von *Wilk*⁶ auf die hohen Kosten von etwa 4.500 Euro für die Bereitstellung der kompletten Liste an Variablen und Gewichtungen im Rahmen einer Anfrage scheint besonders unglaublich: Da der Gesamtaufwand des Projektes mit 1,8 Millionen Euro beziffert wurde⁷, würde die Bereitstellung dieser Daten somit einen nur sehr geringen Anteil der Projektkosten ausmachen, jedoch maßgeblich zur Transparenz des Systems beitragen.

Auch die Frage nach Accountability des Systems ist nur wenig zufriedenstellend beantwortet. Weder ist klar, in welcher Form AMS-Kund_innen über ihre durch die DSGVO gewährleisteten Rechte informiert werden, noch wie mit Kund_innen im Fehlerfall umgegangen werden soll. Der Verweis auf die Sachbearbeiter_innen als soziales Korrektiv der algorithmischen Entscheidung ist unter Berücksichtigung ihrer Arbeitslast sowie der Zielsetzungen der Effizienzsteigerung unzureichend: Inwieweit es den Sachbearbeiter_innen nicht nur zumutbar, sondern überhaupt möglich ist, Fehlentscheidungen des Systems zu erkennen und zu korrigieren, ist höchst fragwürdig. Unter diesen Gesichtspunkten besteht die Gefahr, dass menschliche Akteur_innen die Empfehlungen des Systems in Ermangelung anderer Handlungsoptionen nur abnicken.

2. Technischer Bias, gesellschaftlicher Bias und die Frage nach der Diskriminierung

In der medialen Debatte wurde va das Thema der potentiellen Diskriminierung durch das algorithmische System in den Vordergrund gestellt.⁸ Dies liegt nicht zuletzt daran, dass durch die Veröffentlichung der Methodendokumentation seitens des AMS⁹ eine exemplarisch angeführte Modellvariante mit konkreten numerischen Koeffizienten, also mit positiven und negativen Zahlen, Eingang in den öffentlichen Diskurs fand.¹⁰ Disku-

5 *Ausloos et al*, Algorithmic Transparency and Accountability in Practice (2018) 1-6; *Bayamlioglu*, Transparency of Automated Decisions in the GDPR: An Attempt for systemisation (2018) 17-22.

6 *Wilk*, Auskunft zum Arbeitsmarktchancen Assistenz-System des AMS (2019) 4, https://epicenter.works/sites/default/files/ams_anfrageantwortung_vom_16.08.2019_bezgl_ams_algorithmus.pdf (29.4.2020).

7 *Wimmer*, AMS-Algorithmus kostet 1,8 Millionen Euro, *futurezone.at* 24.2.2020, <https://futurezone.at/netzpolitik/ams-algorithmus-kostet-18-millionen-euro/400763295>, (23.4.2020).

8 *Wimmer*, Was der neue AMS-Algorithmus für Frauen wirklich bedeutet, *futurezone.at* 28.9.2019, <https://futurezone.at/netzpolitik/was-der-neue-ams-algorithmus-fuer-frauen-wirklich-bedeutet/400617302> (30.1.2020).

9 *Holl/Kernbeiß/Wagner-Pinter*, Arbeitsmarktchancen-Modell 1-16.

10 *Holl/Kernbeiß/Wagner-Pinter*, Arbeitsmarktchancen-Modell 11.

tiert wurden dabei insbesondere die negativen Koeffizienten bei den Dateneinträgen „Geschlecht: weiblich“, „Alter über 30“, „Gesundheitliche Beeinträchtigung“, „Staatsangehörigkeit: Drittstaaten“ sowie bei „Betreuungspflichten“ weiblicher Erwerbsarbeitsloser. Im Folgenden wird die Frage nach der Diskriminierung durch das System erörtert. Dabei ist es essenziell, rechtliche und mathematische Perspektiven miteinander zu verknüpfen. Zunächst ist die veröffentlichte Modellvariante zu kontextualisieren. Sie dient der Schätzung der Wahrscheinlichkeit von Erwerbsarbeitslosen, das kurzfristige Ziel zu erreichen: die Integration in den Arbeitsmarkt für drei Monate binnen sieben Monaten. Diese Wahrscheinlichkeit bildet nur eine konzeptuelle Hälfte des Systems: Neben das kurzfristige tritt das langfristige Ziel, welches auf eine Arbeitsmarktintegration für sechs Monate innerhalb der nächsten zwei Jahre abzielt.¹¹

Erwerbsarbeitslose sollen nun entlang ihrer prognostizierten Wahrscheinlichkeitswerte in drei Gruppen segmentiert werden. Dies geschieht durch die Definition von Schwellenwerten: Jene, die das kurzfristige Ziel laut Prognosemodell zu einer Wahrscheinlichkeit von über 66% erreichen werden, bilden Gruppe A. Jene, die das langfristige Ziel zu einer Wahrscheinlichkeit von unter 25% erreichen werden, bilden Gruppe C. All jene, die weder in Gruppe A, noch in Gruppe C fallen, bilden schließlich Gruppe B, das mittlere Segment. Diesen Gruppen sind jeweils unterschiedliche Förderungsressourcen zugänglich.¹²

Wie in statistischen Kontexten üblich, wurde laut Methodendokumentation¹³ die gesamte vorhandene Datenmenge in verschiedene Populationen geteilt, die jeweils eine unterschiedliche Datengüte sowie das lückenlose Vorhandensein unterschiedlicher Daten aufweisen. Für jede statistische Population wurde nun eine Modellvariante für das kurzfristige Ziel und eine für das langfristige Ziel entwickelt, indem vergangene Daten analysiert wurden.

Die vieldiskutierten, veröffentlichten Beispielkoeffizienten beziehen sich auf die Population der Erwerbsarbeitslosen, die in den vorhergehenden 48 Monaten lückenlos seitens des AMS erfasst sind.¹⁴ Mathematisch betrachtet kamen diese Koeffizienten zustande, indem die Datenlage des AMS aus den vergangenen vier Jahren¹⁵ statistisch analysiert wurde. Es wurde also rückblickend festgestellt, welche der in den Daten erfassten Einträge einen statistisch signifikanten Einfluss in Bezug auf die Frage hatten, wie schnell und wie nachhaltig Erwerbsarbeitslose in den Arbeitsmarkt aufgenommen wurden. Da quantifizierte Fragestellungen benötigt werden, sobald es um die Berechnung von Wahrscheinlichkeiten geht, wurden hier konkrete Ziele definiert, eben das kurz- und langfristige Ziel.

11 Holl/Kernbeiß/Wagner-Pinter, Arbeitsmarktchancen-Modell 4.

12 Wimmer, Der AMS-Algorithmus ist ein „Paradebeispiel für Diskriminierung“, futurezone.at 17.10.2018 <https://futurezone.at/netzpolitik/der-ams-algorithmus-ist-ein-paradebeispiel-fuer-diskriminierung/400147421> (26.1.2020).

13 Holl/Kernbeiß/Wagner-Pinter, Arbeitsmarktchancen-Modell 4.

14 Holl/Kernbeiß/Wagner-Pinter, Arbeitsmarktchancen-Modell 4, 10.

15 Holl/Kernbeiß/Wagner-Pinter, Arbeitsmarktchancen-Modell 4.

Daraus folgen nun die mathematisch korrekte Interpretation, sowie die tatsächliche Aussagekraft der negativen Koeffizienten. Die negative Zahl vor dem Dateneintrag „Geschlecht: weiblich“ bedeutet demnach, dass Menschen mit diesem Dateneintrag im entsprechenden Betrachtungszeitraum das kurzfristige Ziel ausschließlich wegen dieses Merkmals in einem statistisch signifikanten Ausmaß weniger oft erreichten. Dies ist eine Aussage über die strukturellen Gegebenheiten des österreichischen Arbeitsmarkts und insgesamt wenig überraschend. Dieser negative Wert vor „Geschlecht: weiblich“ ist nicht an sich diskriminierend, sondern schlicht Ergebnis einer statistischen Analyse vergangener Daten. Genauso verhält es sich mit den anderen negativen Koeffizienten. Eine potentiell diskriminierende Wirkung erzielt das algorithmische System dann, wenn arbeitsmarktpolitische Ressourcen unter Rekurs auf diese mathematische Prognose vergeben werden.

2.1. Technischer Bias und gesellschaftlicher Bias

Im Arbeitsmarktchancen-Modell werden zwei Arten von Bias sichtbar: technisch und gesellschaftlich. Im Folgenden werden beide Arten erklärt, wobei die zweite eng an die rechtliche Frage der Diskriminierung durch das algorithmische System gekoppelt ist.

Technischer Bias zielt auf eine verzerrte und unrichtige Abbildung der faktischen Sachlage in Daten ab. Liegt technischer Bias vor, so ergibt sich eine systematische Diskrepanz zwischen der abzubildenden Realität und der abbildenden Datenlage. Dies ist im Fall des Arbeitsmarkt-Chancen-Modells gegeben.¹⁶ Beispiele hierfür sind: Das „Geschlecht“, welches als binäre Variable modelliert wurde, jedoch gibt es die Möglichkeit der dritten Geschlechtsoption. Die Variable „gesundheitliche Beeinträchtigung“ ist ebenfalls binär (Ja/Nein), jedoch ist das Spektrum an „gesundheitlichen Beeinträchtigungen“ groß, etwa könnten für eine Person nur gewisse Berufe oder Teilaspekte davon erschwert zugänglich sein. Aufgrund mangelnder Transparenz bei der Modellierung der Variablen ist es jedoch schwer möglich, hier definitive Aussagen über die Auswirkungen des technischen Bias zu tätigen.

In den negativen Koeffizienten vor bestimmten Merkmalen in der veröffentlichten Modellvariante wird eine weitere Art von Bias sichtbar, nämlich der gesellschaftliche Bias, der entlang von unterschiedlichen in der Gesellschaft vorherrschenden Ungleichheitsverhältnissen strukturiert ist. Diese strukturellen Ungleichheiten finden sich im Arbeitsmarkt wieder, sodass eine langsamere und weniger nachhaltige Aufnahme in den Arbeitsmarkt aufgrund von Geschlecht, Alter, Beeinträchtigung und aufgrund von Betreuungspflichten wenig überraschend ist.

¹⁶ *Allbutter et al*, Algorithmic profiling of job seekers in Austria: how austerity politics are made effective, *frontiersin.org* 21.2.2020, www.frontiersin.org/articles/10.3389/fdata.2020.00005/full (28.4.2020) 3.

Neben Geschlecht, Alter, Staatengruppe (unterteilt in Österreicher_innen, EU- und Drittstaatsangehörige), gesundheitliche Beeinträchtigung und Betreuungspflichten, finden die Kategorien Ausbildung, Berufsgruppe¹⁷, Vorkarriere, sowie das regionale Arbeitsmarktgeschehen¹⁸ Eingang in das Modell und werden entsprechend der statistischen Analyse mit positiven oder negativen Koeffizienten versehen. Diese neun Faktoren lassen sich nun in zwei Kategorien einteilen, nämlich erstens die diskriminierungsrechtlich relevanten und potenziell relevanten Faktoren und zweitens die diskriminierungsrechtlich nicht relevanten Faktoren.

2.2. Diskriminierungsrechtlich relevante Input-Daten

Diskriminierungsrechtlich relevant und gem § 3 Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) rechtlich geschützt ist das Merkmal Geschlecht. In diesem Zusammenhang kann auch die Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat, unzulässig sein. Das Vorhandensein von „Betreuungspflichten“ stellt eine ebensolche Bezugnahme dar. Da sich Betreuungspflichten bei der Berechnung der Arbeitsmarktchancen durch das Modell ausschließlich bei Frauen negativ auswirken, ist das Vorliegen einer Diskriminierung wegen des Geschlechts zu prüfen.

Erschwert wird die Prüfung allerdings durch unbestimmte Begriffe. Laut Methodendokumentation ist nämlich unklar, was mit „Betreuungspflichten“ gemeint ist, es erfolgt lediglich ein Verweis auf das „Konzept“ des Unternehmens, das mit der Erstellung des Modells beauftragt wurde.¹⁹ Ebenso unklar ist, was unter eine „gesundheitliche Beeinträchtigung“ fällt. Es wird auch bei diesem Merkmal von einem „Konzept“ dieses Unternehmens gesprochen, welches das Vorliegen einer Beeinträchtigung definiert.²⁰ Behinderung ist als Merkmal diskriminierungsrechtlich gem § 7b Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG) geschützt. Ebenso diskriminierungsrechtlich geschützt ist das Merkmal des Alters gem § 17 GIBG, das im Modell entlang dreier Altersgruppen implementiert ist: unter 30, zwischen 30 und 49 und ab 50 Jahren.

Diskriminierungsrechtlich potenziell relevant ist auch der Dateneintrag der Staatengruppe, der in seinen Auswirkungen als mittelbare Diskriminierung²¹ aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit gem § 17 GIBG zu prüfen ist. Bei dem Daten-Input des regionalen Arbeitsmarktgeschehens kann mangels genauerer Informationen über die betroffene Population nicht letztgültig beurteilt werden, ob es sich auch hier um ein diskriminierungsrechtlich relevantes Datum handelt.

17 *Holl/Kernbeiß/Wagner-Pinter*, Arbeitsmarktchancen-Modell 8.

18 *Holl/Kernbeiß/Wagner-Pinter*, Arbeitsmarktchancen-Modell 3.

19 *Holl/Kernbeiß/Wagner-Pinter*, Arbeitsmarktchancen-Modell 9.

20 *Holl/Kernbeiß/Wagner-Pinter*, Arbeitsmarktchancen-Modell 9.

21 Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften oder Kriterien bei einer durch ein gemeinsames Merkmal verbundenen Personengruppe zu besonderen Benachteiligungen führen können, sofern sie nicht sachlich gerechtfertigt sind (§§ 5 Abs 2, 19 Abs 2 GIBG).

2.3. Diskriminierungsrechtlich nicht relevante Input-Daten

Diskriminierungsrechtlich nicht relevant ist die Einbettung des Faktors der Ausbildung, der im Modell auf die höchste abgeschlossene Ausbildung abstellt.²² Genauso ist das Merkmal der Berufsgruppe diskriminierungsrechtlich *a priori* nicht relevant. Das Modell unterscheidet lediglich zwischen den Berufsgruppen „Produktion“ und „Dienstleistungen“.²³ Negative Koeffizienten in dieser Merkmalskategorie reflektieren die Tatsache, dass Menschen entsprechend ihrer Ausbildung systematisch unterschiedlich schnell und nachhaltig in den Arbeitsmarkt aufgenommen werden. Dies kann als gesellschaftlich unerwünscht oder als unfair gesehen werden, jedoch knüpft eine Ungleichbehandlung aufgrund unterschiedlicher Ausbildung, Berufsgruppe oder Vorkarriere von Erwerbslosen an kein im Antidiskriminierungsrecht geschütztes Merkmal an und stellt somit keine rechtlich relevante Diskriminierung dar.

2.4. Diskriminierung durch den Algorithmus?

Nun ist zu untersuchen, ob die diskriminierungsrechtlich relevanten persönlichen Dateneinträge, die in das Modell integral eingebettet sind, nämlich Geschlecht, Betreuungspflichten, Alter und gesundheitliche Beeinträchtigung, sowie potenziell Staatsgruppe, in einer diskriminierungsrechtlich relevanten Weise an eine Ungleichbehandlung seitens des AMS gekoppelt sind. Interaktionen des AMS mit Erwerbsarbeitslosen unterliegen dem Gleichbehandlungsgesetz sowie dem Behinderteneinstellungsgesetz,²⁴ welche Diskriminierungen aufgrund von geschützten Merkmalen untersagen. Eine unmittelbare Diskriminierung gem § 5 Abs 1 GIBG liegt vor, wenn „eine Person auf Grund ihres Geschlechtes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.“ Eine mittelbare Diskriminierung gem § 5 Abs 2 GIBG liegt vor, wenn „dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einem Geschlecht angehören, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechtes benachteiligen können.“ Für die Merkmale Alter, ethnische Zugehörigkeit sowie weitere enthält § 19 Abs 1 und 2 GIBG entsprechende Bestimmungen. Diese Formulierungen sind EU-rechtlich einheitlich und so auch wortgleich in den entsprechenden Antidiskriminierungsrichtlinien zu finden.²⁵ Unmittelbare Diskriminierungen sind nicht rechtfertigbar, mittelbare nur unter bestimmten Voraussetzungen (rechtmäßiges Ziel, Angemessenheit und Erforderlichkeit).²⁶

22 Holl/Kernbeiß/Wagner-Pinter, Arbeitsmarktchancen-Modell 8.

23 Holl/Kernbeiß/Wagner-Pinter, Arbeitsmarktchancen-Modell 9.

24 Vgl § 29 Abs 1 Z 2 AMSG; § 1 Abs 1 Z 2, § 16 Abs 1 Z 2; § 30 Abs 1 Z 2 GIBG; § 7a Abs 1 Z 2 BEinstG.

25 Art 2 Abs 2 lit a EL 2000/43/EG; Art 2 Abs 2 lit a RL 2000/78/EG; Art 2 Abs 1 lit a RL 2006/54/EG; Art 2 lit a RL 2004/113/EG.

26 Holzleithner, EU-rechtliche Bestimmungen zum Diskriminierungsverbot, in Scherr/El-Mafaalani/Yüksel, Handbuch Diskriminierung (2017) 211-237, 217.

Zu prüfen ist also, ob Erwerbsarbeitslose seitens des AMS aufgrund eines geschützten Merkmals oder aufgrund von mehreren geschützten Merkmalen im Zusammenhang mit dem Arbeitsmarkt-Chancen-Modell eine weniger günstige Behandlung erfahren.

Wie oben ausgeführt, bedeutet das explizite Einbauen eines bestimmten Dateneintrags in das Modell, zusammen mit dem entsprechenden Koeffizienten, gerade, dass Erwerbsarbeitslosen algorithmisch-systematisch unterschiedliche Wahrscheinlichkeitswerte prognostiziert werden. Sie werden also ungleich behandelt. Die Tatsache, dass zB das Merkmal Geschlecht implementiert ist, bedeutet übersetzt in die mathematische Sprache des Modells, dass zwei Menschen, die unterschiedliche Dateneinträge in der Kategorie Geschlecht aufweisen und einander ansonsten gleichen, unterschiedliche Prognosewerte erhalten. Sie können folglich in unterschiedliche Gruppen eingeteilt werden, denen unterschiedliche Förderungsressourcen zugänglich sind.²⁷ Damit ist die Verfügbarkeit von Ressourcen für das Individuum explizit an die Gruppeneinteilung nach dem Modell und damit an die oben genannten Dateneinträge gekoppelt, von denen mehrere diskriminierungsrechtlich relevant sind.

Vielfach wurde medial diskutiert, was mit den Erwerbsarbeitslosen passieren soll, die in Gruppe C eingeteilt werden.²⁸ Ihre Betreuung soll unter dem Stichwort der Beratungs- und Betreuungseinrichtungen Neu (BBEN)²⁹ aus Effizienzgründen externen Vertragspartner_innen überlassen werden. In einer Analyse einer Evaluation dieses Formats wurde deutlich, dass es selbst innerhalb des AMS teilweise kritisch betrachtet wird.³⁰ Aufgrund der fehlenden institutionell verankerten Transparenz muss auch an dieser Stelle auf fragmentarische Interviewaussagen und Blogbeiträge³¹ zurückgegriffen werden. So wurde berichtet, dass es „[i]m neuen System [...] in puncto Fördermöglichkeiten tatsächlich ein Vorteil sein [wird], in der mittleren Gruppe [B] zu landen.“³²

Hier findet sich der diskriminierungsrechtlich springende Punkt: Ist es ein Vorteil, der Gruppe B zugeteilt zu werden, so ist es umgekehrt also ein Nachteil für Erwerbsarbeitslose, sich in Gruppe A oder Gruppe C wiederzufinden. Da nämlich von Erwerbsarbeitslosen der Gruppe A angenommen wird, sie werden ohne zusätzliche Unterstützung in den Arbeitsmarkt integriert werden, wird die Gruppe A als weniger förderungswürdig seitens des AMS erachtet. Den Erwerbsarbeitslosen, die in die Gruppe B fallen, werden

27 *Wimmer*, Der AMS-Algorithmus ist ein „Paradebeispiel für Diskriminierung“, *futurezone.at* 17.10.2018 <https://futurezone.at/netzpolitik/der-ams-algorithmus-ist-ein-paradebeispiel-fuer-diskriminierung/400147421> (26.1.2020).

28 *Szigetvari*, „Arbeitslose landen auf dem Abstellgleis“: Scharfe Kritik am AMS-Algorithmus, *derstandard.at* 17.9.2019 www.derstandard.at/story/2000108753743/ (30.01.2020).

29 *Lopez*, Reinforcing Intersectional Inequality via the AMS Algorithm in Austria, *Conference Proceedings of the STS Conference Graz 2019*, 289 (299).

30 *Lopez*, *Inequality*, 300f.

31 *Kopf*, Offener Brief an Fr. Prof. Sarah Spiekermann zum Thema Einsatz von KI im AMS, 24.9.2019, www.johanneskopf.at/2019/09/24/offener-brief-fr-prof/ (30.01.2020).

32 *Szigetvari*, Johannes Kopf: „Frauen profitieren vom AMS-Algorithmus“ *derstandard.at* 24.9.2019, www.derstandard.at/story/2000109016415/ (26.01.2020).

spezifische Fördermaßnahmen gewährt.³³ Da nun die algorithmische Klassifizierung in ihrer inhärenten mathematischen Struktur an die jeweilige Merkmalskombination der Erwerbsarbeitslosen anknüpft, folgt also, dass auch entlang der diskriminierungsrechtlich relevanten persönlichen Dateneinträge systematisch in Gruppen eingeteilt wird, die eine in unterschiedlichem Maße vorteilhafte Behandlung seitens des AMS erfahren sollen. Dies entspricht der Definition einer unmittelbaren Diskriminierung: Es erfolgt eine weniger günstige Behandlung einzig – und in diesem Fall sogar systematisch – wegen eines geschützten Merkmals.

Erst in der konkreten Anwendung des Systems wird sich zeigen, worin die ungünstigere Behandlung besteht und welche Ressourcen der Gruppe C verwehrt bleiben. Klar ist hierbei jedoch, dass eine systematische Andersbehandlung entlang geschützter Merkmale durch die algorithmische Einschreibung derselben bereits jetzt sichtbar ist und auch bestehende gesellschaftliche Vorurteile, die bereits zu Diskriminierungen führen, damit festgeschrieben werden, sodass sich die Frage aufdrängt, ob es angebracht ist zu warten, bis tatsächliche Diskriminierungen auftreten, um (erst) dann zu handeln.

3. Die Sinnhaftigkeit des AMS-Algorithmus und der internationale Vergleich

Im internationalen Vergleich zeigt sich,³⁴ dass statistische Systeme überwiegend eingesetzt werden, um Gefahren auf Langzeitarbeitslosigkeit frühzeitig zu erkennen und mit verstärkter Unterstützung gegensteuern zu können. Der AMS-Algorithmus bildet mit der Fokussierung auf Erwerbsarbeitslose mit mittleren Chancen am Arbeitsmarkt die Ausnahme. Aus unserer Sicht wäre eine Fokussierung, ähnlich derer im internationalen Vergleich, auf die Gruppe mit den prognostiziert niedrigsten Chancen ein Mittel gegen einige der aufgebrachten Problempunkte rund um Diskriminierung.

Es ist jedoch festzuhalten, dass es keine eindeutigen wissenschaftlichen Belege dafür gibt, dass statistische Profiling Systeme in der Praxis von Arbeitsmarktservice-Einrichtung tatsächlich zu effizienterer/effektiverer Vermittlung führen.³⁵ Damit stellt sich die Frage, ob es nicht sinnvoller wäre, in Berater_innen zu investieren statt in ein algorithmisches System, welches eine Bandbreite an Neustrukturierungen benötigt. Studien des AMS deuten drauf hin, dass durch mehr Personal Personen schneller vermittelt werden könnten und insgesamt ein Kostenersparnis entsteht.³⁶ Natürlich können Statistiken im Beratungs-

33 Wimmer, Was der neue AMS-Algorithmus für Frauen wirklich bedeutet, futurezone.at 28.9.2019, <https://futurezone.at/netzpolitik/was-der-neue-ams-algorithmus-fuer-frauen-wirklich-bedeutet/400617302> (30.1.2020).

34 Langenbacher/Struyven/Desiere, Statistical Profiling in Public Employment Services: An international comparison (2019) 12.

35 Scoppetta/Johnson/Buckenleib, Tackling long-term unemployment through risk profiling and outreach. A discussion paper from the employment thematic network. Technical Dossier no 6, May 2018, <https://op.europa.eu:443/en/publication-detail/-/publication/ee87b6da-6d21-11e8-9483-01aa75ed71a1/language-en> (30.1.2020) 20-21.

36 Gatterbauer et al, Die Auswirkungen einer verbesserten Betreuungsrelation für Arbeitslose in der Arbeitsvermittlung des AMS, ams-forschungsnetzwerk.at 2017, www.forschungsnetzwerk.at/downloadpub/2017_ams-personalipilot_Wien_esteplatz-2017.pdf (28.4.2020) 80-82.

prozess unterstützen, jedoch muss dies mit Bedacht passieren. Es besteht etwa auch die Gefahr der selbsterfüllenden Prophezeiung, wenn scheinbar objektive Zahlen einem Individuum sehr geringe Chancen zuschreiben. Die Information etwa, dass es als Frau schwieriger ist, eine Position in einer Sparte zu erhalten, ist nicht sonderlich hilfreich im Bewerbungsprozess und könnte auch dazu führen, dass sich Frauen entschließen, in eine andere Berufssparte zu wechseln. Die Marginalisierung in dieser Sparte wird somit potenziell verstärkt.

So können zB therapeutische oder sozialarbeiterische Bedürfnisse nur in persönlicher, intensiver Betreuung und Interaktion gemeinsam mit AMS-Kund_innen ermittelt, und nicht durch mathematische Modelle anhand einer Reihe von persönlichen Merkmalen errechnet werden. In jedem Fall ist für den AMS-Algorithmus Transparenz und eine externe Evaluierung durch Expert_innen verschiedener Fachrichtungen notwendig. Ein öffentlicher, kritischer Diskurs ist mit der momentanen Informationslage kaum möglich. Ein Blick nach Deutschland und in die Schweiz zeigt, dass nach Versuchen mit statistischem Profiling für die Zuteilung von Maßnahmen, eine Institutionalisierung nicht zwingend notwendig ist.³⁷ In Deutschland wurde beispielsweise auch ein etablierter Profilingprozess nach Kritik, das System würde marginalisierte Gruppen benachteiligen sowie dass es „zu statistisch und schematisch“ sei³⁸, mit einem neuen, stark vereinfachten Profiling ersetzt. Dieses orientiert sich nun mehr an Stärken von Erwerbsarbeitslosen statt deren Defiziten und stellt die Kompetenz von Berater_innen mehr in den Vordergrund,³⁹ wobei gleichzeitig eine gewisse Computerunterstützung der Berater_innen, zB beim Job Matching, bestehen bleibt. Es ist auch anzumerken, dass das Betreuungsverhältnis in Deutschland mit 1:100 Erwerbsarbeitslosen im Vergleich zu Österreich mit 1:250, einen möglichen Investitionsbedarf aufzeigt.⁴⁰ Die genannten Vergleiche sind nicht als Vorschlag zu verstehen, das deutsche System für Österreich einfach zu übernehmen, sondern sollen Denkanstöße für alternative Lösungsansätze bieten.

Dass die Herangehensweise der Entwicklung sowie der Einsatz des Algorithmus nicht zwingend ist, zeigt ein Vergleich mit bestehenden internationalen Standards. So haben der Europarat und die EU Standards zu automatisierten Systemen und dem Einsatz von Algorithmen entwickelt, die deutlich über den Schutzstandard hinausgehen, den der AMS-Algorithmus derzeit erfüllt.

So rät eine Studie des Europarats von Anfang 2018 bezüglich menschenrechtlicher Dimensionen und regulatorischer Implikationen von Algorithmen: „Human rights impact

37 Vgl *Loxha/Morgandi*, Profiling the Unemployed: A Review of OECD Experiences and Implications for Emerging Economies (2014) 20; *Langenbacher/Struyven/Desiere*, Statistical Profiling (2019) 24-25.

38 *Obermeier/Oschmiansky*, Die öffentliche Arbeitsvermittlung, bpb.de 31.1.2014, www.bpb.de/politik/innenpolitik/arbeitsmarktpolitik/55132 (23.4.2020).

39 *Arbeit plus*, Algorithmen und das Arbeitsmarkt-Chancen-Modell, arbeitplus.at 2019, https://arbeitplus.at/wordpress/wp-content/uploads/2019/09/2019-09_Position-Algorithmus-und-Segmentierung.pdf (28.4.2020) 4.

40 *Fanta*, Österreichs Jobcenter richten künftig mit Hilfe von Software über Arbeitslose, netzpolitik.org 13.10.2018, <https://netzpolitik.org/2018/oesterreichs-jobcenter-richten-kuenftig-mit-hilfe-von-software-ueber-arbeitslose/> (30.1.2020).

assessments should be conducted before making use of algorithmic decision-making in all areas of public administration.”⁴¹ Auch wird betont: „Human beings have a right to effectively scrutinise the decisions made by public authorities.”⁴² Dies ist im Fall des AMS-Algorithmus aktuell nicht der Fall.⁴³ Im Bericht des Europarats wird ebenfalls auf die Bedeutsamkeit der Mitwirkung von relevanten zivilgesellschaftlichen Gruppen verwiesen,⁴⁴ was im Falle des AMS-Algorithmus unterblieb.

An vielen dieser Standardsetzungsprozesse war die Regierung Österreichs direkt beteiligt. Deshalb ist es überraschend, dass diese Standards bei der Entwicklung des AMS-Algorithmus nicht berücksichtigt wurden. Einige Mitglieder des Europarats haben diese Empfehlungen bereits umgesetzt. So hat die Regierung von Kanada einen verpflichtenden Algorithmic Impact Assessment (AIA) auf nationaler Ebene eingeführt.⁴⁵ Die Stadt New York hat ebenfalls seit 2017 einen Verwaltungsprozess zur Überprüfung und Evaluation von algorithmischen Prozessen eingesetzt.⁴⁶

4. Conclusio

Gerade diese internationalen Standards zeigen deutlich, dass der AMS-Algorithmus nicht alternativlos ist. Sowohl die Nutzung als auch die konkrete Ausgestaltung von Algorithmen sind politische Entscheidungen, die fortlaufend evaluiert werden sollten, um ihre Wirkungen möglichst genau zu erfassen. Fehlende Transparenz des AMS-Algorithmus sowie der begleitenden politischen und organisatorischen Entscheidungen erschweren diesen Prozess deutlich. Leider ist eine ausführliche Analyse der Konsequenzen auf Einzelne oder gar ein Audit des Algorithmus auf Basis von bestehenden öffentlich verfügbaren Daten derzeit nicht möglich.

Es fehlt ein Prozess, der die relevanten Akteur_innen bei neuen technischen Systemen der öffentlichen Hand früh einbindet. Dies gilt nicht nur für den AMS-Algorithmus, sondern auch für andere technische Systeme, die auf Individuen angewendet werden, wie zB Apps zur Unterstützung von Kontakt-Nachverfolgung, die seit Ende März 2020 im Rahmen der Corona-Pandemie diskutiert werden.⁴⁷ Gerade weil öffentliche IT Systeme in Bezug auf Grundrechte besonders sensibel sind, ist es so wichtig, hier genau hinzuschauen.

41 *Committee of experts on internet intermediaries*, Algorithms and human rights – Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications (2017) 44.

42 *Committee of experts on internet intermediaries*, Algorithms 44.

43 *Cech et al*, Dem AMS-Algorithmus fehlt der Beipackzettel, futurezone.at 3.10.2019, <https://futurezone.at/meinung/dem-ams-algorithmus-fehlt-der-beipackzettel/400636022> (1.2.2020).

44 *Committee of experts on internet intermediaries*, Algorithms 45.

45 *Government of Canada*, Algorithmic Impact Assessment (AIA), www.canada.ca/en/government/system/digital-government/modern-emerging-technologies/responsible-use-ai/algorithmic-impact-assessment.html (26.3.2020).

46 *Lecher*, New York City’s algorithm task force is fracturing, theverge.com 15.4.2019, www.theverge.com/2019/4/15/18309437 (1.2.2020).

47 *Mars*, „Tracking“ und „Big Data“. Nutzung von Handydaten als Gratwanderung, orf.at 31.3.2020 <https://orf.at/stories/3159912/> (22.4.2020).

Ein solcher Prozess würde deutlich zur Akzeptanz des AMS-Algorithmus in der Bevölkerung beitragen. Er könnte Partizipation, Transparenz und regelmäßige externe Evaluation frühzeitig auch für neue digitale Systeme der öffentlichen Hand sicherstellen. Zudem würde dies den internationalen Standards gerecht werden, an deren Entwicklung die Bundesregierung der Republik Österreich maßgeblich beteiligt war.

Dr. Ben Wagner arbeitet am Institut für Wirtschaftsinformatik und Gesellschaft und leitet ein Lab für nachhaltige Informatik (<https://sustainablecomputinglab.at>) an der Wirtschaftsuniversität Wien; ben@benwagner.org

Mag.^a Paola Lopez ist Mathematikerin, promoviert interdisziplinär am Juridicum Wien und ist derzeit Gastwissenschaftlerin am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung; paola.lopez@univie.ac.at

Dipl.Ing. Florian Cech arbeitet am Centre for Informatics and Society der TU Wien; florian.cech@tuwien.ac.at

Gabriel Grill BSc. ist Doktorand an der School of Information der University of Michigan und lebt in Ann Arbor (US); ggrill@umich.edu

Marie-Therese Sekwenz BSc arbeitet am Sustainable Computing Lab der WU Wien; marie-therese.sekwenz@wu.ac.at

Menschenrechtliche Sorgfaltspflichten für die Textilindustrie – europäische oder österreichische Regelungskompetenz?

Susanne Gstöttner / Konrad Lachmayer¹

1. Einleitung

Weltweit sind 152 Mio Kinder Opfer von Kinderarbeit und 25 Mio Menschen leisten Zwangsarbeit.² Dies obwohl auf internationaler Ebene bereits Konventionen und politische Erklärungen zum Schutz der Rechte von Kindern und ArbeiterInnen bestehen.³ Einer der Wirtschaftszweige, der wegen seiner katastrophalen Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen in globalen Lieferketten immer wieder Negativrankings anführt⁴ und Schlagzeilen⁵ macht, ist die Textil- und Bekleidungsindustrie. Industrieländer stehen im Kampf gegen Menschenrechtsverletzungen in dieser Branche vor der Herausforderung, dass die Produktion großteils außerhalb des eigenen Staates – und somit des direkten Einflussbereiches des nationalen Gesetzgebers – erfolgt.⁶ Damit rückt die Verantwortung internationaler Unternehmen in den Vordergrund. Auf nationaler Ebene zeigt sich ein zunehmendes Bestreben nach gesetzlicher Verankerung von Transparenz- und Sorgfaltspflichten für diese Unternehmen.⁷ Frankreich, die Niederlande, das Vereinigte Königreich sowie auch Australien und die USA sehen bereits Regelungen zu Sorgfaltspflichten für UnternehmerInnen vor; in der Schweiz regt eine Volksinitiative zu gesetzli-

1 Dieser Beitrag basiert auf einer rechtswissenschaftlichen Studie im Auftrag der Arbeiterkammer Wien.

2 *International Labour Organization/Organisation for Economic Co-operation and Development/International Organization for Migration/United Nations Children's Fund*, Ending child labour, forced labour and human trafficking in global supply chains (2019).

3 S bspw UN-Kinderrechtskonvention 1577 UNTS 3 – insb Art 32 (Schutz vor Ausbeutung und Kinderarbeit), ILO Minimum Age Convention 1015 UNTS 297, Worst Forms of Child Labour Convention 2133 UNTS 161; International Covenant on Civil and Political Rights 999 UNTS 171 – insb Art 8 (Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit), ILO Forced Labour Convention 39 UNTS 55, Abolition of Forced Labour Convention 320 UNTS 291.

4 *ILO/OECD/IOM/UNICEF*, Ending child labour (2019) 11.

5 *Hoang*, Ein Leben am seidenen Faden in Bangladeschs Textilfabriken, der Standard v 23.4.2018, www.derstandard.at/2000078415681 (10.12.2019); *Hein*, Indische Textilindustrie – Im Lager unserer Sklavinnen, Frankfurter Allgemeine v 17.4.2014, www.faz.net/aktuell/wirtschaft/indische-textilindustrie-im-lager-unserer-sklavinnen-12898997 (10.12.2019).

6 *Hein/Schärfers*, Produktion im Ausland – Leiden an der Lieferkette, Frankfurter Allgemeine v 16.6.2019, www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/wenn-deutsche-im-ausland-produzieren-leiden-an-der-lieferkette-16236925 (10.12.2019).

7 *ILO/OECD/IOM/UNICEF*, Ending child labour (2019) 45.

chen Änderungen an⁸ und auch in Deutschland gibt es Überlegungen hinsichtlich eines „Lieferkettengesetzes“⁹. Die inhaltliche Ausrichtung, der AdressatInnenkreis sowie die Durchsetzungsmechanismen variieren dabei jedoch.¹⁰

Im Jahr 2018 wurde erstmals auch in Österreich ein solcher Gesetzesentwurf für die Bekleidungsbranche eingebracht.¹¹ Bei der ersten Lesung im Nationalrat zeigten die Parteien grundsätzlich Einigkeit hinsichtlich des allgemeinen Ziels des Initiativantrages, äußerten jedoch unterschiedliche inhaltliche Kritikpunkte.¹² Auch wenn dieser in der 26. Gesetzgebungsperiode nicht beschlossen wurde,¹³ so bedarf er näherer Aufmerksamkeit. Vorgelagert ist jedoch die Frage, inwieweit überhaupt eine Regelungskompetenz des österreichischen Gesetzgebers im Gefüge der unionalen Kompetenzverteilung zu erkennen ist. Auf Unionsebene bestehen je nach Anknüpfungspunkt im Bereich des Handels mit Waren ausschließliche und geteilte Kompetenzen. Um mögliche nationale Transparenz- und Sorgfaltspflichten für UnternehmerInnen zu beurteilen, muss zuerst eine Abgrenzung der bestehenden nationalen Regelungskompetenz erfolgen.¹⁴ Der vorliegende Beitrag nimmt eine solche am Beispiel des erwähnten Entwurfs eines Sozialverantwortlichkeitsgesetzes (SZVG)¹⁵ vor.

2. Der österreichische Entwurf eines Sozialverantwortlichkeitsgesetzes

Der Entwurf des SZVG hat das Ziel, das Inverkehrbringen und den Vertrieb von Bekleidungsartikeln einschließlich Schuhen und Textilien (§ 3 Z 1 SZVG) zu verhindern, bei denen es entlang der Produktions- und Lieferkette zu Verstößen gegen das Zwangs- und Kinderarbeitsverbot kommt (§ 1 SZVG). Das SZVG adressiert „Importeure“ und „Händler“, mit satzungsmäßigem Sitz, Hauptverwaltung, Hauptniederlassung oder einer Niederlassung in Österreich (§ 2 SZVG). Zusätzlich ist das Überschreiten von mindes-

8 Eine Studie der deutschen Friedrich-Ebert-Stiftung vergleicht verschiedene Regulierungsansätze für nachhaltige Lieferketten weltweit; *Grabosch*, Unternehmen und Menschenrechte: Gesetzliche Verpflichtungen zur Sorgfalt im weltweiten Vergleich (2019).

9 APR/DPA, Heil will deutsche Firmen mit Lieferkettengesetz verpflichten, *Spiegel online* v 9.12.19, www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/hubertus-heil-lieferketten-gesetz-geplant-mit-verpflichtung-fuer-deutsche-firmen-a-1300311.html (10.12.2019).

10 *Grabosch*, Unternehmen und Menschenrechte 8 ff.

11 Initiativantrag 324/A 26. GP.

12 Kritisiert wurde der hohe administrative Aufwand durch die vorgesehenen Berichtspflichten, die Nicht-Erfassung des Onlinehandels sowie die Einschränkung auf die Textilindustrie. Aufgeworfen wurde auch die Thematik der Rechtskonformität mit EU-Recht insbesondere im Hinblick auf die Warenverkehrsfreiheit und die generelle Notwendigkeit einer gesamteuropäischen Lösung; StProtNR 26. GP 39. Sitzung, 224 ff.

13 Zwei Fristsetzungsanträge im Juni und Juli 2019 wurden vom Nationalrat abgelehnt. Im neuen „Regierungsprogramm 2020-2024“ spielt das Thema Transparenz und Rückverfolgbarkeit in den Lieferketten nur am Rande für die EU Handelspolitik (176) oder die Lebensmittelverschwendung (124) eine Rolle; *Die neue Volkspartei/Die Grünen – Die Grüne Alternative*, Regierungsprogramm 2020-2024, www.bmoeds.gv.at/Ministerium/Regierungsprogramm.html (20.3.2020).

14 Auch aus anderen unionsrechtlichen Regelungsbereichen – wie insb der Warenverkehrsfreiheit – kann sich eine Begrenzung des Spielraums des nationalen Gesetzgebers ergeben; sie werden hier nicht behandelt.

15 IA 324/A 26.GP.

tens zwei der Größenmerkmale des § 221 Abs 1 UGB¹⁶ notwendig, um in den Geltungsbereich des SZVG zu fallen. Die Definition des Begriffes „Importeur“ (§ 3 Z 3 SZVG) knüpft an das Einführen von Bekleidungsartikeln mit der Absicht an, diese im Inland in Verkehr zu bringen. Ein „Händler“ (§ 3 Z 4 SZVG) verkauft ein bereits in Verkehr gebrachtes Produkt oder kauft dieses zum Vertrieb an.

In den §§ 4 ff SZVG sind Sorgfalts- und Dokumentationspflichten für ImporteurInnen und HändlerInnen vorgesehen. Die Sorgfaltspflicht soll eine Risikoanalyse sowie gegebenenfalls die Ergreifung geeigneter und angemessener Maßnahmen umfassen, um der Verwirklichung des festgestellten Risikos entgegenzuwirken. Bei Verstößen können bestimmte Organisationen mittels Verbandsklage auf Unterlassung des Inverkehrbringens und Vertriebes derartiger Produkte (§ 7 SZVG) oder Gewinnabschöpfung (§ 10 SZVG) klagen.

3. Ausschließliche Kompetenz der Union zur Regelung nationaler Sorgfaltspflichten für UnternehmerInnen?

3.1. Ausschließliche Kompetenz der Gemeinsamen Handelspolitik

Art 3 Abs 1 lit e AEUV sieht für den Bereich der „Gemeinsamen Handelspolitik“ eine ausschließliche Zuständigkeit der Union vor. In Angelegenheiten der ausschließlichen Zuständigkeit kann gemäß Art 2 Abs 1 AEUV nur die Union gesetzgeberisch tätig werden und verbindliche Rechtsakte erlassen; es besteht – bis auf den Fall einer Ermächtigung durch die Union – keine Gesetzgebungskompetenz der Mitgliedstaaten (MS). Um die verbleibende Kompetenz Österreichs in Bezug auf die durch das SZVG geplanten Regelungen zu identifizieren, bedarf es daher einer klaren Abgrenzung zwischen dem Kompetenztatbestand der Gemeinsamen Handelspolitik und legitimen nationalen, den Handel mit Waren betreffenden Regelungen.

3.2. Die unionale Dimension der Internationalen Handelspolitik

Art 3 AEUV begründet selbst keine Handlungsbefugnisse.¹⁷ Die gemeinsame Handelspolitik (GHP) legt die Bedingungen für den Außenhandel der Union mit Drittstaaten fest.¹⁸ Erst Art 206 und 207 AEUV konkretisieren den Umfang des Begriffes der GHP.¹⁹ Eine Definition findet sich auf primärrechtlicher Ebene jedoch nicht.²⁰ Art 207 Abs 1

16 § 221 UGB legt als Größenmerkmale eine 5 Millionen Euro Bilanzsumme, 10 Millionen Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag und einen Jahresdurchschnitt 50 ArbeitnehmerInnen fest.

17 *Eilmansberger/Jaeger in Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 3 AEUV (Stand 1.12.2012, rdb.at) Rz 1.

18 *Khan in Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV⁵ Art 207 AEUV Rz 2; *Eilmansberger/Jaeger in Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 3 AEUV (Stand 1.12.2012, rdb.at) Rz 3.

19 *Kotzur in Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV⁵ Art 3 AEUV Rz 6.

20 *Khan in Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV⁵ Art 207 AEUV Rz 9.

AEUV enthält ua eine beispielhafte Aufzählung von Maßnahmen der GHP.²¹ Dies sind solche, die „typischerweise als Instrument der Beeinflussung von Handelsvolumen und Handelsströmen“ dienen.²² Maßnahmen gemeinsamer Handelspolitik bestehen nicht nur im Abschluss internationaler Übereinkommen, sondern auch in Form unionsinterner Regelungen,²³ wie etwa sekundärrechtlichen Maßnahmen, die Handelsbeschränkungen zum Schutz von Menschenrechten vorsehen.²⁴

3.3. Innereuropäische Handelspolitik als Teil der Gemeinsamen Handelspolitik

Rechtsakte der Union im Bereich des Ein- und Ausfuhrrechts zählen zu den Maßnahmen, die in die ausschließliche Kompetenz der Union fallen.²⁵ Regelungen über die Einfuhr von Waren bestehen bspw iZm der VO über die gemeinsamen Einfuhrregelungen,²⁶ die auf dem Grundsatz der freien Einfuhr von Waren mit Ursprung in Drittländern beruht,²⁷ oder der Konfliktmineralien-VO.²⁸ Letztere soll ab 2021 die Möglichkeit des Handels mit Zinn, Tantal und Wolfram, deren Erzen und Gold für bewaffnete Gruppen und Sicherheitskräfte durch die Festlegung von Sorgfaltspflichten bezogen auf die Lieferkette einschränken.²⁹ Demgegenüber bleibt es aber unumstritten, dass Regelungen auf nationaler Ebene bestehen (können), die – zum Teil auch gravierende – Auswirkungen auf den Handel des jeweiligen MS mit Drittstaaten haben. Am Bsp des „Gesellschaftsrechts für Gesellschafter aus Drittstaaten“ zeigen *Nettesheim/Duwigneau* auf, dass es auch weiterhin Regelungsbereiche „hinter der Grenze“ gibt, die nicht in die ausschließliche Kompetenz der EU fallen, trotz ihres Bezugs zu Fragen des internationalen Handels.³⁰ Insgesamt besteht aber eine Entwicklung der GHP in Form „zunehmende[r] Einbeziehung innenpolitischer Marktregulierung über Grenzmaßnahmen hinaus“. ³¹ Hinsichtlich nationaler Produktvorschriften und Sorgfaltspflichten für UnternehmerInnen iZm dem Inverkehrbringen von Produkten kann weiterhin nicht davon ausgegangen werden, dass diese unter die GHP und damit in die ausschließliche Kompetenz der Union fallen. Dies zeigt ein Blick auf die Rsp des EuGH, der durch die vorhandenen sekundärrechtlichen Vorschriften der EU weiter bestärkt wird.

21 *Nettesheim/Duwigneau* in *Streinz*, EUV/AEU² Art 207 AEUV Rz 5.

22 *Khan* in *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEU⁵ Art 207 AEUV Rz 10.

23 EuGH 15.11.1994, *Gutachten 1/94*, WTO-Abkommen, ECLI:EU:C:1994:384, Rn 55; *Eilmansberger/Jaeger* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEU³ Art 3 AEUV (Stand 1.12.2012, rdb.at) Rz 19; *Reinisch* in *Jaeger/Stöger*, EUV/AEU³ Art 207 AEUV (Stand 1.10.2018, rdb.at) Rz 35 ff.

24 Vgl etwa VO (EU) 125/2019 über den Handel mit bestimmten Gütern, die zur Vollstreckung der Todesstrafe, zu Folter oder zu anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe verwendet werden könnten, ABl L 2019/30, 1.

25 *Eilmansberger/Jaeger* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEU³ Art 3 AEUV (Stand 1.12.2012, rdb.at) Rz 19.

26 VO (EU) 478/2015 über eine gemeinsame Einfuhrregelung, ABl L 2015/83, 16.

27 *Müller/Wimmer*, Wirtschaftsrecht³ (2018) Rz 461.

28 VO (EU) 821/2017 zur Festlegung von Pflichten zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten in der Lieferkette für Unionseinführer von Zinn, Tantal, Wolfram, deren Erzen und Gold aus Konflikt- und Hochrisikogebieten, ABl L 2017/130, 1.

29 Art 1 Konfliktmineralien-VO.

30 *Nettesheim/Duwigneau* in *Streinz*, EUV/AEU² Art 207 AEUV Rz 14.

31 *Cottier/Trinberg* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht⁷ III, Vor Art 206-207 Rz 40.

3.4. Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH beschäftigte sich in der Rs *Expo Casa Manta*³² damit, ob sich die Vorschriften zweier im Rahmen der GHP erlassener VO zur Einfuhr von Waren auch auf das Inverkehrbringen von Waren im Inland beziehen. IdZ stellte der EuGH fest, dass „[d]as Inverkehrbringen [...] eine nach der Einfuhr liegende Phase“ ist. Ein MS könne sich, sofern keine unionsrechtliche Regelung besteht, dem Inverkehrbringen von Waren widersetzen, welche sich im „einfuhr- und zollrechtlich freien Verkehr“³³ befinden, wenn diese nationalen Regelungen nicht entsprechen.³⁴ Auch wenn der EuGH in dieser Rechtsache nicht explizit auf die Abgrenzung der ausschließlichen Kompetenz der EU im Bereich der GHP eingeht, wird innerstaatlichen Produktvorschriften ihre Existenzberechtigung – bei Abwesenheit von harmonisierenden Gemeinschaftsregelungen – nicht aberkannt. Die GHP erfasst somit entsprechende Regelungen nicht.

In späteren Entscheidungen, bestätigte der EuGH diese Trennung der Phasen „Einfuhr“ und „Inverkehrbringen“ und die Möglichkeit abweichender nationaler Produktvorschriften.³⁵ Innerstaatliche Regelungen dieser Art dürfen daher ungeachtet ihrer Auswirkungen auf den internationalen Handel mit Waren weiterhin bestehen.

3.5. Europäisches Sekundärrecht

Obwohl das europäische Sekundärrecht nicht zur Auslegung der primärrechtlichen Kompetenzgrundlagen herangezogen werden kann, erweist sich ein Blick auf einige VO als interessant, die Einfuhr und Inverkehrbringen von bestimmten Waren regeln. Sie zeigen das Verständnis des europäischen Gesetzgebers von der gewählten Rechtsgrundlage auf. Ein Bsp für entsprechende sekundärrechtliche Regelungsakte stellt etwa die EU-HolzhandelsVO³⁶ dar, welche das Inverkehrbringen von Holz oder Holzzeugnissen aus illegalem Einschlag auf unionsrechtlicher Ebene verbietet und Sorgfaltspflichten für „Marktteilnehmer“ und „Händler“ enthält. Das Ziel der VO liegt im Kampf gegen illegalen Holzeinschlag als auch den damit verbundenen Handel.³⁷ Als Rechtsgrundlage wurde Art 192 AEUV für Maßnahmen im Rahmen der Umweltpolitik gewählt. Eine VO, die eine unionale Regelung für Holzeinfuhren enthält,³⁸ sowie die bereits erwähnte Konfliktmineralien-VO basieren auf Art 207 AEUV. Für Textilwaren bestehen Sonder-

32 EuGH 30.5.2002, C-296/00, *Expo Casa Manta*, ECLI:EU:C:2002:316, Rn 31.

33 Der Unterschied zwischen diesen beiden Phasen zeigt sich in der englischen Terminologie deutlicher – Produkte im zollrechtlich freien Verkehr sind „in free circulation“; das Inverkehrbringen hingegen bedeutet ein „placing on the market“.

34 EuGH 30.5.2002, C-296/00, *Expo Casa Manta*, ECLI:EU:C:2002:316, Rn 32.

35 EuGH 22.9.2016, C-525/14, *Kommission/Tschechische Republik*, ECLI:EU:C:2016:714, Rn 38.

36 VO (EU) 995/2010 über die Verpflichtungen von Marktteilnehmern, die Holz und Holzzeugnisse in Verkehr bringen, ABl L 2010/295, 23.

37 HolzhandelsVO 995/2010 ABl L 2010/295, 23, ErwG 31.

38 VO (EG) 2173/2005 zur Einrichtung eines FLEGT-Genehmigungssystems für Holzeinfuhren in die Europäische Gemeinschaft, ABl L 2005/347, 1.

regelungen³⁹ auf Basis des Art 207 AEUV; sie sehen für den Handel mit bestimmten Drittländern mengenmäßige Beschränkungen vor.

Der Blick auf diese sekundärrechtlichen Regelungen zeigt, dass nur für Maßnahmen, die sich auf die Einfuhr von Waren iSd Überfuhr in den zollrechtlich freien Verkehr beziehen, eine Rechtsgrundlage im Bereich der GHP gewählt wurde. Maßnahmen, die auf das Inverkehrbringen des Produkts Bezug nehmen, finden ihre Rechtsgrundlage trotz des explizit genannten Ziels, auch den Handel mit diesen Produkten zu beeinflussen, nicht in Art 207 AEUV. Dies entspricht der Abgrenzung von Maßnahmen „hinter der Grenze“, die nicht in den Anwendungsbereich der GHP fallen, und solchen zur Einfuhr von Waren, die den Außenhandel gegenüber Drittstaaten betreffen.

3.6. Konsequenzen für die Regelungskompetenz des nationalen Gesetzgebers

In die GHP und damit in die ausschließliche Kompetenz der Union fallen daher Regelungen, die die Außenhandelspolitik der Union gegenüber Drittstaaten betreffen. Trotz der Verwendung des Begriffes „Importeur“ (§ 3 SZVG) und der Bezugnahme auf die Einfuhr legt das SZVG jedoch keine Beschränkungen oder Verbote für die Einfuhr von Bekleidungsartikeln fest. Die Sorgfaltspflichten der UnternehmerInnen knüpfen nicht an den Vorgang der Einfuhr an sich an, wie dies etwa auf unionsrechtlicher Ebene bei der Konfliktmineralien-VO der Fall ist. Vielmehr bedarf es der zusätzlichen Absicht des Inverkehrbringens, um eine Sorgfaltspflicht auszulösen. Die Erläuterungen des Initiativantrages verdeutlichen, dass etwa der reine Transit durch Österreich nicht erfasst sein soll.⁴⁰ Zudem wird angeführt, dass es auf den Importvorgang oder die Beteiligung an einem solchen für die Eigenschaft – und damit auch die Pflichten – als „Importeur“ nicht entscheidend ankommt.⁴¹ Der Begriff der „Einfuhr“ iSd SZVG deckt sich daher nicht mit dem unionsrechtlichen Begriff, welcher jegliche Einfuhr in den zollrechtlich freien Verkehr eines MS beinhaltet.⁴² Der Entwurf des SZVG enthält keine Bestimmungen über die Beschränkung oder ein Verbot der Einfuhr von Waren und normiert auch kein Verbot des Inverkehrbringens von Produkten schlechthin. Das vorgesehene Zusammenspiel von Sorgfaltspflichten (Risikobewertung und Maßnahmen) und der Möglichkeit der Klage auf Unterlassen des Inverkehrbringens bei Verstoß hat jedoch zur Folge, dass das Inverkehrbringen der vom SZVG umfassten Produkte verhindert werden kann. Die vorgesehenen Regelungen stellen materiell ein Verbot des Inverkehrbringens auf den österreichischen Markt für gewisse Textilwaren

39 VO (EU) 936/2015 über die gemeinsame Regelung der Einfuhren von Textilwaren aus bestimmten Drittländern, die nicht unter bilaterale Abkommen, Protokolle, andere Vereinbarungen oder eine spezifische Einfuhrregelung der Union fallen, ABl L 2015/160, 1.

40 IA 324/A 26. GP 8.

41 IA 324/A 26. GP 8.

42 In Anbetracht der oben aufgezeigten ausschließlichen Kompetenz der Union im Bereich GHP in Hinblick auf Einfuhrregelungen als Maßnahmen an den EU-Außengrenzen empfiehlt es sich für derartige mitgliedersstaatliche Regelungen dennoch, vom Begriff des „Importeurs“ und der „Einfuhr“ Abstand zu nehmen.

durch UnternehmerInnen einer bestimmten Größe dar. Waren aus Drittländern werden damit nicht daran gehindert, in den zollrechtlich freien Verkehr zu gelangen. Nationale Maßnahmen – wie die durch das SZVG vorgesehenen Sorgfaltspflichten „hinter der Grenze“ – fallen trotz ihrer potentiellen Auswirkungen auf den Handel mit Drittstaaten mit Bekleidungsartikeln nicht in die ausschließliche Kompetenz der Union, auch wenn der Union unter dem Titel der GHP die ausschließliche Kompetenz für die Festlegung der „Bedingungen des Handels mit Drittstaaten“ zukommt. Dies zeigt insbesondere die Rechtsprechung des EuGH, in der dieser von der Zulässigkeit des Erlassens von nationalen Vorschriften über das Inverkehrbringen von Produkten ausgeht.⁴³ Derartige Regelungen für UnternehmerInnen, die Produkte erstmalig auf den österreichischen Markt bringen, betreffen daher nicht den Bereich der GHP.

4. Geteilte Zuständigkeit der Union und der Mitgliedsstaaten zur Regelung nationaler Sorgfaltspflichten für UnternehmerInnen

4.1. „Sperrwirkung“ durch bestehende Unionsregelungen

Art 4 Abs 2 AEUV normiert gewisse Hauptbereiche, in denen der Union und den MS eine geteilte Zuständigkeit zukommt. In Bereichen der geteilten Zuständigkeit können gem Art 2 Abs 2 AEUV sowohl die EU als auch die MS gesetzgeberisch tätig werden. ISd Subsidiaritätsprinzips wird die Union gem Art 5 Abs 3 EUV nur tätig, wenn die Ziele durch nationale Maßnahmen nicht ausreichend verwirklicht werden können, sondern auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Die MS nehmen ihre Zuständigkeit in diesen Bereichen nur insoweit wahr, als die Union ihre Zuständigkeit noch nicht ausgeübt hat. Diese „Sperrwirkung“ betrifft sodann aber nur „die durch den entsprechenden Rechtsakt der EU geregelten Elemente und nicht [...] den gesamten Bereich.“⁴⁴ Die geteilte Zuständigkeit stellt den Regelfall der unionalen Kompetenzverteilung dar.⁴⁵ Die Union ist bereits in mehreren Bereichen tätig geworden, die auch für die Textil- und Bekleidungsindustrie von Relevanz sind. Der folgende Überblick über bestehende sekundärrechtliche Regelungen zeigt auf, inwieweit diese Vorschriften bereits Aspekte regeln, die im Rahmen des SZVG normiert werden sollen.

4.2. Unionsrechtliche Regelungen auf dem Gebiet der allgemeinen Produktvorschriften

Die VO (EG) 765/2008⁴⁶ harmonisierte Bestimmungen über die Akkreditierung, die Marktüberwachung, die Kontrolle von Produkten aus Drittstaaten und die CE-Kenn-

43 S EuGH 30.5.2002, C-296/00, *Expo Casa Manta*, ECLI:EU:C:2002:316; EuGH 22.9.2016, C-525/14, *Kommission/Tschechische Republik*, ECLI:EU:C:2016:714.

44 Protokoll (Nr 25) über die Ausübung der geteilten Zuständigkeit, ABl 2008, C 115/307.

45 *Kotzur* in *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV⁵ Art 2 AEUV Rz 4.

46 VO (EG) 765/2008 über die Vorschriften für die Akkreditierung und Marktüberwachung iZm der Vermarktung von Produkten, ABl L 2008/218, 30.

zeichnung. Konkrete Kennzeichnungspflichten für Produkte werden durch VO und RL festgelegt.⁴⁷ Gibt es keine speziellen Vorschriften für die Sicherheit von Produkten, gilt die ProduktsicherheitsRL,⁴⁸ die Regelungen über die Sicherheit der in Verkehr gebrachten Produkte enthält. Der Verkauf eines in die EU eingeführten Produktes kann verhindert werden, wenn es eine ernste Gefahr für die Umwelt, Gesundheit, Sicherheit oder andere im öffentlichen Interesse schützenswerte Bereiche darstellt.

Weitere Vorschriften bestehen iZm der Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe.⁴⁹ Auch in Textilerzeugnissen darf die Konzentrationsgrenze gewisser Chemikalien nicht überschritten werden – ein Faktor, der bei der unter Umständen in Drittstaaten stattfindenden Produktion beachtet werden muss. Die Maßnahmen im Bereich der Produktsicherheit dienen dem VerbraucherInnenschutz vor Gefahren, die von den Produkten ausgehen, und erfassen keine Gefahren, denen Personen in der Lieferkette oder bei der Produktion eines Produktes ausgeliefert sind. Sie stehen einer nationalen Regelung iSd SZVG daher nicht entgegen.

4.3. Unionsrechtliche Regelungen für die Kennzeichnung von Textilwaren

Textilerzeugnisse unterliegen CE-Kennzeichnungsvorschriften, wenn es sich um Spielzeug⁵⁰, persönliche Schutzausrüstung⁵¹, Medizin-⁵² oder Bauprodukte⁵³ handelt. Die TextilkennzeichnungsVO⁵⁴ harmonisierte die Rechtslage in Bezug auf die einheitliche Kennzeichnung der Faserzusammensetzung von Textilerzeugnissen⁵⁵. Darüber hinaus normiert die VO die Kennzeichnung von Produkten tierischen Ursprungs. Ausnahmen von der Kennzeichnungspflicht bestehen hinsichtlich einiger Textilerzeugnisse sowie in Hinblick auf die textilen Teile von Schuhen.⁵⁶ Jene Rechtsakte, die die Kennzeichnung von Textilwaren betreffen, legen aber keine arbeits- oder menschenrechtlichen Standards in der Lieferkette fest. Insoweit bleibt die mitgliedstaatliche Kompetenz mangels unionsrechtlicher Kompetenzzusicherung erhalten.

47 S etwa RL 2009/48/EG über die Sicherheit von Spielzeug, ABl L 2009/170, 1; VO (EU) 2016/425 über persönliche Schutzausrüstungen, ABl L 2016/81, 51.

48 RL 2001/95/EG über die allgemeine Produktsicherheit, ABl L 2002/11, 4.

49 VO (EG) 1907/2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH), zur Schaffung einer Europäischen Chemikalienagentur, ABl L 2006/396, 1.

50 RL 2009/48/EG über die Sicherheit von Spielzeug, ABl L 2009/170, 1.

51 VO (EU) 425/2016 über persönliche Schutzausrüstungen, ABl L 2016/81, 51.

52 RL 93/42/EWG über Medizinprodukte, ABl L 1993/169, 1.

53 VO (EU) 305/2011 zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten, ABl L 2008/88, 5.

54 VO (EU) 1007/2011 über die Bezeichnungen von Textilfasern und die damit zusammenhängende Etikettierung und Kennzeichnung der Faserzusammensetzung von Textilerzeugnissen, ABl L 2011/ 272, 1.

55 Sowie Erzeugnisse, die zumindest zu 80 % aus Textilfasern bestehen.

56 S Anhang V der TextilkennzeichnungsVO.

4.4. Unionsrechtliche Regelungen betreffend Kinderarbeit und Zwangsarbeit

Den Ausgangspunkt unionaler Regelungen zur Kinder- und Zwangsarbeit stellt die EU-Grundrechtecharta dar. Diese verbietet gem Art 5 Zwangsarbeit und gem Art 32 Kinderarbeit. Darauf aufbauend normiert Art 1 RL über den Jugendarbeitsschutz⁵⁷, dass MS die erforderlichen Maßnahmen ergreifen müssen, um Kinderarbeit zu verbieten. Für zur Arbeit zugelassene Jugendliche bestehen besondere Regelungen zu deren Schutz, etwa iZm der Art der Arbeit, den Arbeitszeiten oder Pausen. Die RL über unlautere Geschäftspraktiken⁵⁸ schützt VerbraucherInnen vor irreführenden oder falschen Werbebehauptungen von UnternehmerInnen zu deren ethischer oder sozialer Verantwortung – und damit etwa auch zu Kinderarbeit in Lieferketten.⁵⁹ Diese RL stützt sich auf Art 114 AEUV, der die Rechtsangleichung zur Errichtung und zum Funktionieren des Binnenmarktes durch unionsrechtliche Maßnahmen ermöglicht. Ein Verbot des Inverkehrbringens von Produkten, bei denen es entlang der Lieferkette zu diesbezüglichen Verstößen gekommen ist, enthält die RL jedoch nicht.

Die von der Union im Bereich des Kampfes gegen die Kinder- und Zwangsarbeit getätigten Maßnahmen nehmen keinen Bezug auf arbeits- oder menschenrechtliche Bedingungen in Drittstaaten. Das Verbot von Kinder- und Zwangsarbeit in den MS steht dabei im Vordergrund.

4.5. Andere unionsrechtliche Regelungen

Andere unionsrechtliche Regelungen, wie im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, schränken die Regelungskompetenz der MS ebenfalls nicht ein. Unverbindliche Instrumente der Kommission zur umweltorientierten Auftragsvergabe (Green Public Procurement – GPP) regeln zwar auch Textilwaren,⁶⁰ der Fokus liegt aber auf dem Schutz der Umwelt. Der Schutz von Menschen spielt nur iZm Rückständen von Substanzen eine Rolle, die für diese schädlich sein können. Bloß freiwillige Regelungen zum EU-Umweltkennzeichen⁶¹ beziehen die soziale Verantwortung der Unternehmen mit ein und fordern die Einhaltung der Kernarbeitsnormen der International Labour Organization (ILO), inklusive der Verbote von Zwangs- und Kinderarbeit, an allen CMT⁶²-Produktionsstätten.

57 RL 94/33/EG über den Jugendarbeitsschutz, ABl L 1994/216, 12.

58 RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABl L 2005/149, 11.

59 S die Antwort auf eine parlamentarische Anfrage betreffend Kinderarbeit in Lieferketten von Kaffee- oder Kakaoerzeugnissen an die EU-Kommission; Antwort E-007124/2017(ASW) v 13.4.2018, www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2017-007124-ASW_DE.html (16.12.2019).

60 *Europäische Kommission*, EU green public procurement criteria for textiles products and services, SWD (2017) 231 final.

61 VO (EG) 66/2010 über das EU-Umweltzeichen, ABl L 2010/27, 1; *Europäische Kommission*, Beschluss zur Festlegung der Umweltkriterien für die Vergabe des EU-Umweltzeichens für Textilerzeugnisse, ABl L 2014/174,45.

62 *Cut make trim* – zuschneiden nähen fertigstellen.

4.6. Verbleibende Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten

Es zeigt sich, dass einige unionsrechtliche Regelungen betreffend Kinder- und Zwangsarbeit, unterschiedliche Produktvorschriften im Textilbereich und teilweise auch Sorgfaltspflichten bestehen. Die Aspekte, die durch das SZVG geregelt werden sollen, sind allerdings noch nicht auf Unionsebene normiert. Das fehlende Tätigwerden der EU bedeutet, dass die MS in diesen Bereichen weiterhin ihre Zuständigkeit wahrnehmen können. Den Handlungsbedarf der EU zur Bekämpfung von Verstößen gegen das Verbot der Kinder- und Zwangsarbeit in den Produktions- und Lieferketten von Bekleidungsartikeln verdeutlicht auch die Entschließung des Europäischen Parlaments zur EU-Leitinitiative für die Bekleidungsbranche.⁶³

5. Conclusio und Ausblick

Im Regelungsbereich des SZVG besteht keine ausschließliche Kompetenz der Union. Auch auf dem Gebiet der geteilten Zuständigkeit ist die Union in den relevanten Regelungsbereichen noch nicht tätig geworden. Der österreichische Gesetzgeber verfügt daher über die Regelungskompetenz zur Festlegung von unternehmerischen Sorgfaltspflichten für das Inverkehrbringen von Bekleidungsartikeln iZm Verstößen gegen das Zwangs- und Kinderarbeitsverbot in globalen Produktions- und Lieferketten. Die Zahl der Opfer von Kinder- und Zwangsarbeit macht den dringenden Handlungsbedarf deutlich. Mit einem Gesetz zu Sorgfaltspflichten für UnternehmerInnen würde Österreich seine globale Verantwortung wahrnehmen. Auch in anderen – nicht nur europäischen – Industriestaaten werden bereits unterschiedliche Regulierungsansätze für menschenrechtliche Sorgfaltspflichten in Lieferketten verfolgt. Trotz der bestehenden nationalen Regelungskompetenz sollte jedenfalls nicht vergessen werden, dass viele unterschiedliche nationale Regelungen eine Herausforderung für international tätige Unternehmen darstellen. Eine Lösung auf internationaler oder europäischer Ebene könnte einheitliche Standards schaffen und zum effektiven Kampf gegen Kinder- und Zwangsarbeit beitragen.

Mag.^a Susanne Gstöttner ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Sigmund Freud PrivatUniversität Wien; susanne.gstoettner@jus.sfu.ac.at

Dr. Konrad Lachmayer ist Vizedekan und Universitätsprofessor für Öffentliches Recht und Europarecht an der Sigmund Freud PrivatUniversität Wien; konrad.lachmayer@jus.sfu.ac.at

⁶³ *Europäisches Parlament*, Entschließung v 27.4.2017 zur EU-Leitinitiative für die Bekleidungsbranche (2016/2140(INI)); P8_TA(2017)0196.

Thema: Zukunft

Vorwort der Gastherausgeber_innen

Angelika Adensamer / Nora Pentz / Valerie Purth

1. Zukunft denken 2020

Zukunft. Ein großes Wort. Als wir begonnen haben, das *thema* dieser Ausgabe zu konzipieren, war es November 2019. COVID-19, eine globale Pandemie, *social distancing* und „neue Normalität“ waren für uns – und wohl auch für viele Leser_innen – damals noch nicht einmal ansatzweise zu erahnen. Jetzt, im April 2020, haben diese Worte längst Einzug in unseren täglichen Sprachgebrauch gehalten. Denken wir also über „Zukunft“ jetzt anders nach als im November 2019? Bestimmt. Die letzten Wochen haben uns gezeigt, dass vieles, was wir noch vor kurzem für undenkbar gehalten hätten – geschlossene Schulen, geschlossene Grenzen innerhalb Europas, massive Freiheitseinschränkungen¹ – aber auch: Diskussionen über die Legitimität der Rettung von Fluggesellschaften, Demonstrationen mit großem Abstand zwischen den Teilnehmenden, spürbare Solidarität in Großstädten – auf einmal *da* ist. Ja, wir denken anders über Zukunft nach. Aber die Idee des *themas* ist nach wie vor die gleiche: Wir wollen einen Schritt weiter gehen, über die Kritik hinaus. Wir wollen Utopien entwerfen, Unmögliches an die Wand malen, große Töne spucken. Wir wollen Szenarien entwerfen, die uns Hoffnung auf eine gute Zukunft geben – und vielleicht am Ende gar nicht so „utopisch“ sind, sondern eigentlich ziemlich handfeste Vorschläge. Und, weil wir Juristinnen sind und es sich beim *juridikum* um eine juristische Fachzeitschrift handelt, wollen wir diese Szenarien in Normen gegossen wissen. Am liebsten sind uns die Utopien jetzt schon so konkret wie möglich.

Wir haben also über Bereiche gegrübelt, in denen wir ein Nachdenken über die Zukunft besonders spannend fänden und entsprechend Autor_innen angefragt. Nach und nach fiel uns auf, dass ausschließlich Frauen für dieses *thema* schreiben würden. Auch das Gastherausgeberinnen-Team ist all-female. „Die Zukunft ist weiblich“ –

1 Was die Notwendigkeit von steter Wachsamkeit und kritischer Prüfung betrifft, wollen wir auf den vor.satz dieses Heftes verweisen: *Die juridikum-Redaktion*, Corona und der Rechtsstaat, *juridikum* 2020, 133.

was wie ein abgedroschener Slogan klingt, findet sich auf den nächsten Seiten schwarz auf weiß. Und das, obwohl das *thema* nicht „Feminismus“ heißt und auch nicht als „Frauen-Ausgabe“ geplant war. Uns scheint dies ein gelungener Beweis dafür, dass „Wir haben einfach keine Frau zum Thema [xy] gefunden!“ eine schlechte Ausrede ist. Es erfüllt unsere Herzen also mit Freude, die Beiträge dieses *themas* der Reihe nach vorzustellen!

Keine Zukunft ohne Kinder. Keine Kinder ohne Eltern, die gratis arbeiten. Väter und Mütter gleichermaßen? Nein. In Österreich, so wie in vielen anderen Ländern auch, wird unbezahlte Sorgearbeit – also ua die Erziehung und Betreuung von Kindern – zu einem Großteil von Frauen übernommen. *Maria Sagmeister* widmet sich in ihrem Beitrag der Sorgearbeit aus einer emanzipatorischen Perspektive und stellt die Frage, welchen Beitrag das Recht leisten könnte, Sorgearbeit geschlechtergerechter zu gestalten. Sie legt ihr Augenmerk auf Mutterschutz und Elternkarenz.

Wir schwenken ins Strafrecht: Im Bereich des Suchtmittelrechtes haben die letzten Jahrzehnte einen Trend zur Liberalisierung gezeigt. In Österreich führt nur ein Bruchteil der Suchtmitteldelikte zu einer Verurteilung, der Großteil der Verfahren wird diversionell erledigt. *Lisa Rösler* spricht sich daher in ihrem Beitrag für eine weitere Angleichung dessen aus, was heute noch strafbar ist, und dessen, was tatsächlich gestraft wird.

Eng verknüpft mit dem Strafrecht ist die Exekutive – bzw die Kontrolle derselben. Die langjährige Forderung nach einer unabhängigen Stelle zur Aufklärung von Polizeigewalt hat auch in das aktuelle Regierungsprogramm Eingang gefunden. Mit der Frage, wie eine solche Institution gestaltet werden könnte, um einen niederschweligen Zugang für Betroffene und eine unabhängige Untersuchung von Missbrauchsvorwürfen gegenüber Polizist_innen zu gewährleisten, befasst sich *Teresa Exenberger* in ihrem Beitrag.

In Zeiten der pandemie-bedingten Grenzsicherungen rücken auf einmal Konzepte wie Nationalität oder Staatsbürger_innenschaft mehr ins Bewusstsein. Die Staatsangehörigkeit bildet die Grundlage vieler Rechte, wie zB auf Aufenthalt oder des Wahlrechts. Viele Menschen sind heute noch, obwohl sie seit vielen Jahren integraler Bestandteil unserer Gesellschaft sind, von Mitbestimmungsrechten ausgeschlossen. *Antonia Wagner* argumentiert in ihrem Artikel, dass die Verankerung des Wohnsitzprinzips, die Abschaffung diskriminierender Tatbestände und die Abkehr vom Exklusivitätsprinzip große Verbesserungen bringen können.

Zu guter Letzt kann kein *thema*, das sich der Zukunft widmet, ohne einen Beitrag zur Klimakatastrophe bzw zum Umweltschutz auskommen. *Priska Lueger* stellt in ihrem Beitrag einen Vorschlag für ein Grundrecht auf Umweltschutz vor, das neben dem Gesundheits- und Klimaschutz auch den Schutz von Ökosystemen umfassen soll. Das Recht auf eine intakte Umwelt soll als subjektives Recht gedacht werden und so auch Einzel-

personen den Zugang zu umweltrechtlichen Verfahren ermöglichen, denen bisher häufig keine Parteistellung zukam.

Wir wünschen Ihnen und euch, liebe Leser_innenschaft, eine aufschlussreiche und hoffnungsfrohe Lektüre und bleiben gespannt, welche der hier vorgestellten Gesetzesänderungen die nächsten Jahre und Jahrzehnte bringen werden!

Mag.^a Angelika Adensamer, MSc ist Juristin und Kriminologin, forscht am Institut VICESSE in Wien und ist Teil der *juridikum*-Redaktion; a.adensamer@posteo.net

Mag.^a Nora Pentz, BA, ist Juristin, arbeitet als Rechtsanwaltsanwärtlerin in Wien und ist Teil der *juridikum*-Redaktion; npentz@ymail.com

Mag.^a Valerie Purth, MA ist Juristin, Orientalistin und Geschlechterwissenschaftlerin. Sie arbeitet im Gleichbehandlungsrecht und ist Mitherausgeberin des *juridikum*; valerie.purth@gmail.com

Gleiche Elternschutzrechte für alle Eltern

Wie das Recht zu einer gerechteren Verteilung unbezahlter Sorgearbeit beitragen kann

Maria Sagmeister

Was hier Gegenstand eines Beitrags ist, der sich explizit mit Zukunftsvisionen für das österreichische Recht befassen soll, ist andernorts bereits teilweise Realität. So wurde kürzlich in Finnland ein Gesetzesvorschlag über gleiche, weitgehend unübertragbare Karenzansprüche für beide Elternteile beschlossen.¹ In Portugal gibt es nicht nur für Mütter, sondern auch für Väter eine kurze verpflichtende Elternzeit in Anschluss an die Geburt ihres Kindes. Damit ist bereits verraten, worum es hier geht: um gleiche Elternschutzrechte für alle Eltern. Wobei gleich zu Beginn bemerkt werden muss, dass *gleich* hier nicht missverstanden werden darf als angepasst an eine unausgesprochene („männliche“)² Norm eines Lebens im Dienste der Erwerbsarbeit, sondern *gleich* ausgehend von den Bedürfnissen erwerbstätiger Mütter.

Entsprechende Regelungen müssen nicht nur den körperlichen Dimensionen von Schwangerschaft und Wochenbett gerecht werden und die Vereinbarkeit von Familie und Beruf ermöglichen, sondern zugleich der Geschlechtergerechtigkeit zuträglich sein. Das heißt sie dürfen die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung, und damit die hauptsächliche Zuschreibung von Sorgearbeit an Frauen, nicht zementieren. Im Folgenden baue ich auf den Erkenntnissen meiner Dissertation auf, in der ich aus rechtsphilosophischer Perspektive begründe, inwiefern gleiche Rechte für Väter und Mütter die beste Grundlage für autonome Entscheidungen über die Verteilung innerfamiliärer, unbezahlter Arbeit darstellen und wie dies mit materieller Gleichheit zusammenhängt.³ Zudem ziehe ich andere Rechtsordnungen zum Vergleich und als Vorbilder heran.

1. Einleitung

Derzeit unterscheidet das österreichische Recht bei Elternzeiten, die unmittelbar um die Geburt zustehen, zwischen Geburtsmüttern auf der einen und Vätern sowie zweiten El-

1 NN, Finnland will je sieben Monate Elternzeit für Väter und Mütter, [derstandard.at](http://derstandard.at/story/2000114262120/) 6.2.2020, www.derstandard.at/story/2000114262120/ (14.2.2020).

2 Vgl. *Minow*, Justice Engendered, Foreword, *The Supreme Court Term 1986*, *Harvard Law Review* 101/10 1987, 10-95, 32 („unstated male norm“).

3 *Sagmeister*, Elternschutzrechte im Lichte von Gleichheit und Autonomie. Wie das Recht zu einer gerechteren Verteilung unbezahlter Arbeit zwischen Männern und Frauen beitragen kann (unveröff Diss 2019); vgl auch *Sagmeister*, Vereinbarkeit als Verteilungsfrage. Rechtliche Möglichkeiten zur Umverteilung von Sorgearbeit zwischen Männern und Frauen, *juridikum* 2019, 269-276.

ternteilen iSd § 144 ABGB auf der anderen Seite. Während das Mutterschutzgesetz (§§ 3, 5 MSchG) ein 16-wöchiges Beschäftigungsverbot vorsieht, besteht auf den Papa- bzw Baby-Monat nach Väter-Karenzgesetz „nur“ ein Rechtsanspruch (§ 1a VKG).⁴ Für Adoptiv- und Pflegeeltern kommen Frühkarenzen generell nur sehr begrenzt in Frage. Bei der Elternkarenz hingegen werden alle Eltern gleichbehandelt. Auf diese besteht anschließend an die Mutterschutzfrist und bis zum Ende des 2. Lebensjahres des Kindes Rechtsanspruch, wenngleich aus verschiedenen Rechtsgrundlagen (§ 15 MSchG oder § 2 VKG). Während sich also um die Geburt die rechtlichen Vorgaben unterscheiden, und damit teilweise vorstrukturieren, wie die Aufteilung der Kinderbetreuung in den ersten Monaten nach der Geburt gestaltet werden kann, herrscht bei der Elternkarenz Rechtsgleichheit. Hier steht es Eltern frei, sich die Karenz aufzuteilen, wie sie es wünschen – doch zeigt sich in der Praxis, dass Frauen den unproportional größeren Teil beanspruchen.⁵ Auch das gleiche Recht führt hier im Ergebnis nicht zu gleicher, sondern zu wiederum geschlechterdifferenziert ungleicher Inanspruchnahme von Elternzeiten. Es sind also zwei Punkte, an denen es anzusetzen gilt, wenn wir nach einer besseren Lösung suchen: Einerseits die schon rechtlich unterschiedliche Verfügbarkeit von Ansprüchen rund um die Geburt und andererseits die unterschiedliche Inanspruchnahme gleicher Ansprüche bei der Karenz.

2. Differenzierungen im Zeitraum kurz nach der Geburt: Mutterschutz und Papa-Monat

Freilich rechtfertigt sich die Andersbehandlung von Müttern aufgrund der körperlichen Dimensionen von Schwangerschaft und Geburt. Gleichbehandlungsrechtlich können besondere Rechte für Frauen im Kontext von Elternschaft auf zwei Wegen mit dem Gebot der Gleichbehandlung vereinbar sein: So kennt die Gleichbehandlungs-RL einerseits Maßnahmen zum „Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft“ (Art 28) und andererseits „positive Maßnahmen“ (Art 3),⁶ etwa die Bevorzugung von Müttern gegenüber Vätern bei der Vergabe von Kinderbetreuungsplätzen.⁷ Auch § 8 Gleichbehandlungsgesetz (GlBG) bestimmt, dass positive Maßnahmen trotz formaler Ungleichbehandlung keine Diskriminierung darstellen, da sie der Beseitigung faktischer Ungleichheiten dienen. Auf den Mutterschutz wird hingegen im GlBG nicht eigens eingegangen. Auch die historischen Materialien zum MSchG verweisen pauschal auf die

4 Mangels Geltung für freie Dienstnehmer_innen und Adoptiveltern ist zudem auch das Familienzeitbonusgesetz (Fam-ZeitbG) für manche Väter und zweite Elternteile weiterhin Rechtsgrundlage für eine Frühkarenz. Hier besteht kein Rechtsanspruch auf Freistellung (§ 2 Abs 4 FamZeitbG).

5 So lag der Anteil der männlichen Kinderbetreuungsgeldbezieher laut *Statistik Austria* zwischen 2008 und 2018 konstant unter 5 %, vgl *Statistik Austria*, Kinderbetreuungsgeldbezieherinnen und -bezieher nach Geschlecht 2008 bis 2018, <https://bit.ly/2VcBboj> (22.3.2020).

6 Richtlinie 2006/54/EG des europäischen Parlamentes und des Rates v 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) L 204/23.

7 EuGH 19.3.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2001:593, Rn 50.

besondere Situation von Schwangerschaft und Mutterschaft,⁸ es scheint als evident erachtet worden zu sein, dass hier körperliche Ungleichheit eine Ungleichbehandlung rechtfertigt. Die Vorstellung, der Ausschluss von Vätern von Elternrechten könnte eine Diskriminierung darstellen, tritt erst nach und nach auf.⁹

Wiewohl eine Notwendigkeit für den arbeitsrechtlichen Schutz von Müttern besteht, muss diese nicht unbedingt zu ihrer Andersbehandlung führen. Vielmehr können ausgehend von den Erfordernissen des Gesundheitsschutzes – anstelle von gruppenspezifischen – auch allgemeine Schutzrechte formuliert werden. In den Legal Gender Studies wird häufig das Problem kontempliert, dass gruppenspezifische Rechte, die Gefahr mit sich bringen, (unerwünschte) Differenzen zu reproduzieren. *Martha Minow* beschreibt diesen Umstand als *Dilemma der Differenz*.¹⁰ Allerdings, und das bringt dieser Problematik ihren Namen ein, droht Differenz mitunter auch durch rein formelle Gleichbehandlung zementiert zu werden.

Doch, so *Minow* weiter, hängt dieses *Dilemma* mit bestimmten Vorannahmen über Gleichheit und Differenz zusammen, denen durch die Setzung neuer Vergleichsmaßstäbe begegnet werden kann. Sie verweist auf einen US-amerikanischen Supreme Court Fall,¹¹ in dem es um die Vereinbarkeit eines Rückkehrrechts für Arbeitnehmerinnen nach dem Mutterschutz mit einem Diskriminierungsverbot ging. In der Urteilsbegründung wurde diskutiert, dass eine Unvereinbarkeit der beiden Regelungen nicht nur durch die Streichung des Rückkehrrechts für Frauen, sondern auch durch eine Ausweitung dieses Rechts auf vergleichbare Freistellungen von Männern vermieden werden könnte.¹² *Minow* sieht darin den Appell, die Lebensrealität von Frauen zum Maßstab für die Etablierung von Rechten zu machen.¹³ Arbeitgeber_innen könnten sowohl der Anforderung eines Rückkehrrechts für Mütter als auch der Forderung nach Gleichbehandlung nachkommen, indem sie die Rechte für Schwangere zum Mindeststandard machten. Dieser Gedanke ist maßgeblich für die Frage gleicher Elternschutzrechte.

2.1. Mutterschutz für alle?

Der Mutterschutz ist ein zentrales, frauenspezifisches Arbeitsschutzrecht, doch birgt die alleinige Adressierung von Frauen Gefahren. Aus dem besonderen Recht erwachsen spezifische Zuschreibungen und Erwartungen, die Väter nicht auf dieselbe Art verpflichtet.

8 ErläutRV 197 BgNR 8. GP.

9 Vgl etwa die Genese der EuGH Rsp hierzu: *Sagmeister*, Mutterschutz zwischen der Anerkennung faktischer Ungleichheit und der Reproduktion von Geschlechterrollen in der Rsp des EuGH, in *Lanser/Potocnik-Manzouri/Safron/Wieser* (Hrsg) *Social Europe? Tagung junger EuroparechtlerInnen* (2018) 125-160.

10 *Minow*, *Harvard Law Review* 1987, 12.

11 *Minow*, *Harvard Law Review* 1987, 40 f mVa *California Federal Savings and Loan Association v Guerra*, 479 U.S. 272 (1987).

12 *California Federal Savings and Loan Association v Guerra*, 479 U.S. 272 (1987), III, C, 30.

13 *Minow*, *Harvard Law Review* 1987, 41 („women’s experience as the benchmark“).

Zudem dient das Beschäftigungsverbot zumindest implizit auch der Kinderbetreuung und der wirtschaftlichen Sicherheit. Diese Schutzzwecke betreffen alle Eltern.

Die Ausweitung von ursprünglich an Mutterschaft anknüpfenden Rechten auf Väter kann dem Ziel der Gleichstellung in zweierlei Hinsicht dienen; sie ist im Lichte der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in ihrer Elterneigenschaft, aber auch als mögliche Entlastung von Frauen durch die Übernahme von Elternaufgaben durch Männer zu betrachten. Sie kann zu einem Umdenken bezüglich „typischer“ Männer- und Frauenarbeiten sowie im besten Fall zu einer tatsächlichen, auch längerfristigen Umverteilung vergeschlechtlichter Arbeit führen. Die derzeitige rechtliche Vorstrukturierung der ersten Monate hat Auswirkungen auf die spätere Aufgabenteilung und zementiert die starke Assoziation von frühkindlicher als „mütterlicher“, eher als „väterlicher“, Fürsorge. Zudem entfallen Mütter dem Erwerbsarbeitsmarkt für eine bestimmte Zeit fix, während dies bei Vätern aktuell nur eine Möglichkeit ist. Schließlich greift das Gesetz in die innerfamiliäre Aufgabenteilung ein, es legt fest, dass in den ersten beiden Lebensmonaten jedenfalls die Mutter, nicht aber der Vater, beim Kind sein muss. Dieser Punkt wird oft übersehen, wenn gegen obligatorische Väterzeiten ins Treffen geführt wird, diese würden die Autonomie von Vätern oder ganzen Familien beschränken. Während es weitgehend etabliert ist, Müttern Vorgaben über ihre Zeiteinteilung zu machen, herrscht Skepsis, wo Väter adressiert werden.¹⁴

Im internationalen Vergleich lässt sich bereits eine sich vom geschlechtsspezifischen Mutterschutz abwendende Trendbewegung beobachten. An dessen Stelle tritt entweder ein Geburtsurlaub für Mütter, den diese teilweise an andere Betreuungspersonen übertragen können,¹⁵ oder ein allgemeiner Elternschutz mit reservierten Anteilen.¹⁶ Das erste Modell birgt die Gefahr, dass betriebliche oder innerfamiliäre Zwänge Mütter dazu drängen den Anspruch zu übertragen. Das zweite Modell hat indes den Vorteil, dass Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung oder der Geschlechtsidentität vermieden werden können. Der Anspruch ergibt sich aus der Eigenschaft als Elternteil, unabhängig vom Geschlecht bzw der Geschlechtsidentität. Island hat hier eine Vorreiterrolle gespielt: Die einzige Bezugnahme auf den Geburtsvorgang ist die Verpflichtung für die gebärende Person, zwei Wochen ihres dreimonatigen Elternurlaubsanspruchs an die Geburt anschließend zu nehmen. Die gebärende Person, zumeist eine Frau, kann auch ein Mann sein.¹⁷

14 *Busby*, The evolution of gender equality and related employment policies: The case of work-family reconciliation, *International Journal of Discrimination and the Law* 18/2-3 (2018), 104-123, 108.

15 So in Israel, Spanien, UK, Bulgarien, Kroatien und Tschechien, *Blum et al*, 14th International Review on Leave Policies and Related Research 2018, 8-11.

16 So in Norwegen, Schweden, Island, Portugal, Neuseeland und Australien, *Blum et al*, 14th International Review on Leave Policies and Related Research 2018, 8-11.

17 Zur Frage der rechtlichen Einordnung eines gebärenden Transmannes als Mutter entgegen dem Identifikationsgeschlecht durch den Deutschen Bundesgerichtshof, Beschluss des XII. Zivilsenats v 6.9.2017 – XII ZB 660/14, vgl *Wappler*, Personenstandsrecht – Anmerkung zum Beschluss des BGH v 6.9.2017 – XII ZB 660/14, *FamRZ* 2017, 1855-1862, 1861; *Schreiner*, Geschlecht und Abstammungsrecht. Zur BGH Entscheidung v 6.9.2017, XII ZB 660/14, *juridikum* 2018, 456-466, 456.

Hier stellt sich schließlich die Frage der Beurteilung der Verpflichtung. In Österreich sieht das Mutterschutzgesetz eine obligatorische Schutzfrist von acht Wochen vor, sowie nach der Geburt vor. Hier sticht Österreich im internationalen Vergleich hervor, kaum eine Rechtsordnung kennt eine so lange Schutzfrist, geschweige denn Beschäftigungsverbot.¹⁸ Art 8 der Mutterschutz-RL sieht 14 Wochen Mutterschutzurlaub vor, wovon nur zwei obligatorisch vorzuschreiben sind, ob vor oder nach der Geburt, obliegt den Mitgliedsstaaten.¹⁹ Durch diesen Spielraum bei eher geringem Mindestmaß kommt es europaweit zu sehr unterschiedlichen Regelungen. Während in den skandinavischen Ländern verpflichtende Zeiten für Mütter in den Hintergrund treten, gilt in Österreich das 16-wöchige Beschäftigungsverbot. Die CEDAW²⁰ sieht keine bestimmte obligatorische Zeitspanne vor, sondern normiert in Art 11 Abs 3 lediglich, dass deren Länge in regelmäßigen Abständen anhand wissenschaftlicher und technischer Erkenntnisse überprüft werden sollte. Dies wird damit begründet, dass nicht unter dem Vorwand des Gesundheitsschutzes übermäßige Beschäftigungsverbote erlassen und dadurch Frauen auf dem Arbeitsmarkt benachteiligt werden.²¹

Hinkt Österreich hier wieder einmal hinterher? Beschränken diese langen Fristen die Selbstbestimmung erwerbstätiger Mütter? Oder ist aber das Gegenteil der Fall – hat die österreichische Regelung Vorbildcharakter, indem sie Arbeitnehmerinnen eine lange und gut finanzierte Schutzfrist garantiert? Diese Zeit, die jedenfalls genommen und gewährt werden muss, widersetzt sich nicht zuletzt auch einer Verwertungslogik, die Eltern dazu drängt, nur kurze Erwerbsarbeitsunterbrechungen zu nehmen.²²

In diesem Zusammenhang ist es wesentlich, Mutterschutz nicht nur als Gleichbehandlungsmaterie, sondern explizit auch als Arbeitsschutzrecht zu betrachten. Zwar stellt das Beschäftigungsverbot formal eine Beschränkung der Selbstbestimmung dar, diese relativiert sich allerdings, wenn man bedenkt, welchen Zwängen Arbeitnehmerinnen ohne ein solches Gebot ausgesetzt sein könnten. Mutterschutz bestimmt schließlich nicht zuletzt auch, dass Arbeitgeber_innen diesen Urlaub jedenfalls gewähren müssen.

Das ungleiche Machtverhältnis innerhalb eines Arbeitsverhältnisses verlangt in manchen Bereichen nach einem pauschalen Schutz für Arbeitnehmer_innen.²³ Beispielsweise wird das Arbeitszeitrecht als Pauschalschutz mit der für das Arbeitsverhältnis charakteristi-

18 Einzig Aserbaidschan hat mit 70 Tagen vor und 56 Tagen nach der Geburt eine längere obligatorische Schutzfrist, *ILO, Maternity and Paternity at Work* (2014) 46; weltweit haben zudem 80 % der erwerbsarbeitenden Frauen keinen ausreichenden Mutterschutz, *ILO, Maternity* 35.

19 Richtlinie 92/85/EWG des Rates v 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz, BGBl 1995/434.

20 UN-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) v 18.12.1979, Resolution 34/180 der Generalversammlung der Vereinten Nationen, BGBl 1982/443.

21 *Binder/Lempfen in Schläppi/Ulrich/Wytenbach*, CEDAW Kommentar, Art 11, Allgemein, Rn 11, 72.

22 Ich danke *Ines Rössl* für diesen und weitere wichtige Denkanstöße.

23 Vgl zum Arbeitszeitrecht *Schöffmann*, Schein und Zeit. Arbeitszeitrecht im Wandel, *juridikum* 2019, 131–146.

schen wirtschaftlichen Abhängigkeit begründet.²⁴ Der vom Arbeitszeitrecht angestrebte Gesundheitsschutz darf nicht primär als Bevormundung der Arbeitnehmer_innen oder als deren Schutz „vor sich selbst“ missverstanden werden.²⁵ Dies gilt selbst wenn solche Begrenzungen Personen negativ betreffen, die gerne länger arbeiten würden. Arbeitszeitregulierung schützt insofern nicht immer den oder die individuelle_n Arbeitnehmer_in, sondern Arbeitnehmer_innen als Gruppe.²⁶ Arbeitnehmer_innen haben typischerweise „keine ausreichend starke Marktmacht zum Selbstaushandeln angemessener Arbeitsbedingungen“²⁷, sie würden der Arbeitgeber_innenseite unterliegen, „die überlange Arbeitszeiten einfordert und wegen ihrer Überlegenheit auch durchsetzt“.²⁸ Im Grunde kann hier auf *Immanuel Kants* Denkfigur der doppelten Negation des Zwangs verwiesen werden, „wenn ein gewisser Gebrauch der Freiheit selbst ein Hinderniß der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen (d. i. unrecht) ist, so ist der Zwang, der diesem entgegengesetzt wird, als Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit mit der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen zusammen stimmend, d. i. recht“.²⁹ In anderen Worten darf dort Zwang zur Beschränkung der Freiheit eingesetzt werden, wo diese ausgenutzt wird, um jemand anderes Freiheit zu beschränken.

Dasselbe kann für obligatorische Mutterschutzfristen gelten. Ohne diese könnten sich schwangere Arbeitnehmer_innen gezwungen sehen, in einem gesundheitsgefährdenden Ausmaß weiterzuarbeiten, da das Betriebsklima sie daran hindert, eine rechtlich zwar zustehende, aber erst einzufordernde Schutzfrist wahrzunehmen. So sehen wir auch beim Papa-Monat im öffentlichen Dienst, wo bereits seit 2011 ein Rechtsanspruch besteht, nur geringe Inanspruchnahmen³⁰ – wobei freilich hier Betriebskultur und Geschlechternormen zusammenwirken; es ist immer noch sozial weniger etabliert, dass ein Mann seine Elternrechte geltend macht. Dieser Punkt ist nicht zu vernachlässigen, auch Väter würden von der Verpflichtung profitieren, die ihnen fixe Elternzeiten zuspricht.

Was in Österreich als Zukunftsmusik erklingt, wird andernorts schon umgesetzt. In Portugal sind für Mütter 42 Tage obligatorischer Mutterschutz vorgesehen, 30 davon können vor der Geburt liegen. Väter haben 25 Tage Väterurlaub, davon 15 obligatorisch. Fünf der 15 obligatorischen Urlaubstage sind direkt anschließend an die Geburt zu nehmen, die restlichen 10 während des ersten Lebensmonats des Kindes. Derzeit wird eine Ausdehnung auf 20 Tage verhandelt.³¹ Einige wenige Vorstöße in Bezug auf verpflich-

24 *Schöffmann*, *juridikum* 2019, 131.

25 *Kietaibl*, Zur Ausnahme der „leitenden Angestellten“ aus dem Arbeitszeitrecht, in *Kietaibl/Schörghofer/Schrammel* (Hrsg), *Rechtswissenschaft und Rechtskunde: liber amicorum für Robert Rebhahn* (2014), 35-43, 35-36.

26 *Schöffmann*, *juridikum* 2019, 131.

27 *Kietaibl* in *Kietaibl/Schörghofer/Schrammel* 2014, 35.

28 *Kietaibl* in *Kietaibl/Schörghofer/Schrammel* 2014, 36.

29 *Kant*, *Metaphysik der Sitten* (1797) XXXV.

30 2011-2018 waren es 3.119, das ist rund jeder fünfte Vater, vgl *BMöDS*, *Personalbericht* (2018), www.oeffentlicherdienst.gv.at/fakten/publikationen/PJB_2019_Daten_und_Fakten.pdf?79nlig (9.4.2020).

31 *Wall/Leitãoand/Correia*, Portugal country note, in *Koslowski/Dobrotić/Blum/Macht/Moss* (Hrsg) *International Review of Leave Policies and Research* (2019) 386-399, 388-391.

tenden Elternurlaub für alle Geschlechter zeigen sich zudem in der Privatwirtschaft. So sieht laut Medienberichten das US-amerikanische Unternehmen *Humanyze* sowohl für Väter als auch für Mütter zwölf Wochen obligatorischen, bezahlten Elternurlaub vor.³²

3. Gleiche Rechte und dennoch ungleich verteilte Arbeit: Elternkarenzregelungen

Während Eltern unmittelbar um den Zeitpunkt der Geburt eines Kindes über geschlechtsspezifisch unterschiedliche rechtliche Optionen verfügen, werden Väter bzw zweite Eltern teile iSd § 144 ABGB und Mütter bei der Elternkarenz weitestgehend gleichbehandelt. Ihnen ist gemäß § 15 MSchG oder § 2 VKG auf Verlangen im Anschluss an den Mutterschutz bis zum Ablauf des 2. Lebensjahres ihres Kindes Karenz zu gewähren, sofern nicht bereits der andere Elternteil in Karenz ist. Obwohl jeder Elternteil einen individuellen Anspruch auf diese Freistellung hat, wird die Karenz überwiegend von Frauen in Anspruch genommen. Bei den Zugängen zum Kinderbetreuungsgeldbezug lag der Männeranteil in den 2010er Jahren durchschnittlich bei rund 15 %, ³³ ihr Anteil an der Summe der Beziehenden ist allerdings deutlich geringer, da sie durchschnittlich kürzer beziehen als Frauen.³⁴ Wo die Inanspruchnahme von Elternzeiten den Berechtigten freigestellt ist, werden diese vorrangig von Frauen beansprucht. Dies gilt selbst für die Vorreiterstaaten in Sachen Väterbeteiligung bei der Elternkarenz: Norwegen, Schweden und Island.³⁵

Dass eine geschlechtsneutrale Regelung faktisch zur höheren Inanspruchnahme von Frauen führt, zeigt, wie formale Gleichheit außerrechtlichen Normen, etwa heteronormativen Vorstellungen von Geschlecht und Familie, das Feld überlässt.³⁶ Soziale Verhältnisse bedingen, dass sich die gleichen Rechte auf unterschiedliche Personen unterschiedlich auswirken, ihnen unterschiedlich verfügbar sind.³⁷ Es scheint, dass durch die Möglichkeit, sich die Karenzzeit frei aufzuteilen, Handlungsspielräume für Eltern geschaffen werden, angesichts der unterschiedlichen kollektiven Erwartungen an Männer und Frauen erwachsen daraus jedoch ungleich größere Wahlfreiheiten für Männer. Das heißt freilich nicht, dass Geschlechterstereotype gänzlich vorgeben, wie Menschen handeln, aber eben eine Rolle spielen.³⁸ Hinzu kommen die mit der vergeschlechtlichten Arbeitsteilung einhergehenden ökonomischen Ungleichheiten zwischen Männern und Frauen, die be-

32 *Fedor*, Time off for new fathers raises bias awareness, Financial Times v 8.3.2019, www.ft.com/content/b3955388-189b-11e9-b191-175523b59d1d (25.6.2019).

33 *Dremsek*, Väter in Elternkarenz 2014, broschuere.nsozialministerium.at/Home/Download?publicationId=268 (2.5.2019) 9.

34 So lag der Anteil der männlichen Kinderbetreuungsgeldbezieher laut *Statistik Austria* zwischen 2008 und 2018 konstant unter 5 %, vgl *Statistik Austria*, Kinderbetreuungsgeldbezieherinnen und -bezieher nach Geschlecht 2008 bis 2018, <https://bit.ly/2VvSfEY> (22.3.2020); *Dremsek*, Väter in Elternkarenz 2014, 9.

35 Vgl *Schein*, Väter und bezahlte Elternzeit – Ausgestaltungsmerkmale und Inanspruchnahme im europäischen Vergleich, in *Gerlach* (Hrsg), Elternschaft. Zwischen Autonomie und Unterstützung (2017) 263-284, 266.

36 Vgl *Minow*, Harvard Law Review 1987, 12.

37 Vgl *Minow*, Harvard Law Review 1987, 22.

38 *Holzleithner*, Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs, Querelles 2009, 37-62, 40.

stimmte Arrangements „rationaler“ erscheinen lassen als andere.³⁹ Die ökonomischen Verhältnisse einer Familie spielen freilich eine immense Rolle dabei, wie Erwerb und Familie vereinbart werden können, nicht zuletzt bei der Frage ob Reproduktionsarbeit gegen Geld ausgelagert werden kann. Doch zeigt sich etwa, dass diese Kosten häufiger mit dem Einkommen der Frau gegengerechnet werden und ihre Berufstätigkeit vor diesem Hintergrund als „unrentabel“ erscheint, nicht jedoch seine.⁴⁰ Potentiell kann bei der frei aufzuteilenden Karenz eine egalitäre Aufteilung von familiärer Verantwortung und Aufgaben diskutiert und umgesetzt werden. Eltern verharren aber allzu oft in heteronormativen Mustern, welche bestimmte Karenzarrangements näher legen als andere.⁴¹

3.1. Ansätze zur Erhöhung des Väteranteils bei der Elternkarenz

Wie kann nun eine höhere Beteiligung von Männern an der Elternkarenz forciert werden? Zum einen können Maßnahmen gesetzt werden, die Väter ermutigen sollen, ihr bestehendes Recht auf Karenz häufiger in Anspruch zu nehmen. Ein solcher Ansatz versucht, Einfluss auf die Entscheidung von Männern bzw von Paaren zu nehmen, überlässt aber die Aufteilung schlussendlich ihrer Verfügung. Dabei ist an Image-Kampagnen⁴² ebenso zu denken, wie an finanzielle Anreizsysteme, wie den Partnerschaftsbonus. Seit 2017 sieht § 5b Kinderbetreuungsgeldgesetz (KBGG) einen Bonus von 500 € für jeden Elternteil vor, wenn die Aufteilung in etwa 50:50 beträgt.⁴³ Der Fokus auf Anreizsysteme für Männer verdeckelt, dass Männer als soziale Gruppe von den derzeit herrschenden Geschlechterverhältnissen profitieren, und zwar insbesondere auch von der unbezahlten Kinderbetreuungsarbeit durch Frauen.⁴⁴ Die mangelnde Inanspruchnahme von Männern wird somit als Problem in der Einstellung einzelner Männer abgetan, anstatt als Resultat und Teil von Machtverhältnissen.⁴⁵ Ein anderer Ansatz ist es, die Aufteilung im Sinne einer Gleichstellung von vornherein stärker vorzugeben, etwa durch eine Quotierung der zustehenden Zeit, wie sie in den skandinavischen Ländern üblich ist. Zudem ist zu erwarten, dass die Einführung verpflichtender Vätertage, die Inanspruchnahme späterer Zeiten erhöht, da die Hemmschwelle fällt und Fähigkeiten erworben werden. So auch die Erwägungen zur Einführung eines freiwilligen Vaterschaftsurlaub in der neuen Vereinbarkeits-RL.⁴⁶

39 Vgl Peukert, Aushandlungen von Paaren zur Elternzeit (2015) 273.

40 Rüling, Das Stillen: Traditionalisierung der Arbeitsteilung durch naturalisierende Deutungen von Geschlecht? in Rebbert (Hrsg), Die Natur der Gesellschaft: Verhandlungen des 33. Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Soziologie in Kassel 2006 (2008), 4774-4786, 4780.

41 Vgl Rüling in Rebbert 2008, 4779.

42 APA, Heinisch-Hosek: Echte Männer gehen in Karenz, OTS v 11.11.2010 <https://bit.ly/2wHLE5F> (14.4.2020).

43 Familienzeitbonusgesetz – FamZeitBG sowie Änderung des Kinderbetreuungsgeldgesetzes, BGBl 53/2016.

44 Anderson, What is the point of Equality? Ethics 109/2 (1999), 287-337, 323.

45 Johansson/Klinth, Caring Fathers: The Ideology of Gender Equality and Masculine Positions, Men and Masculinities 11/1 (2008), 42–62, 45.

46 Richtlinie 2019/1158 v 20.6.2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, L 188/79, ErwGr 11, 19.

4. Karenz quotieren?

Bei der Quotierung der Karenz wird jedem Elternteil ein individueller, unübertragbarer Anspruch auf einen Teil der Karenz zugesprochen. Dadurch wird insbesondere verhindert, dass die gesamte Zeit durch einen Elternteil beansprucht wird. Nimmt ein Elternteil seine Zeit nicht in Anspruch, so verfällt sie.⁴⁷ Bislang gibt es in einigen skandinavischen Ländern eine solche Väterquote.⁴⁸ Seit 2019 sieht die neue Richtlinie zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie zudem in Art 5 Abs 2 vor, dass zwei Monate unübertragbar gestaltet sein müssen.⁴⁹

Ein Beispiel ist Island, dort sind drei Monate für jeden Elternteil und zusätzlich drei Monate frei verfügbarer Zeit vorgesehen. Dort nehmen 85 % der Väter ihren Teil in Anspruch, doch entfällt nur etwa 15 % der nicht-quotierten Zeit auf sie.⁵⁰ Auch hier zeigt sich, dass der „unmarkierte“ Teil den Frauen zugesprochen wird. Finnland geht nunmehr noch einen Schritt weiter und lässt die Idee eines frei aufzuteilenden Anteils gänzlich fallen. Es sind sieben Monate pro Elternteil geplant,⁵¹ allerdings sind davon jeweils 69 Tage übertragbar.⁵² Damit entspricht die finnische Regelung noch nicht ganz *Helene Dearing's* Modell einer möglichst geschlechtergerechtigkeitsfördernden Elternregelung, die keine frei aufzuteilenden Zeiten enthält, sondern zur Gänze quotiert ist: „[A]n ideal leave model [...] foresees the provision of 14 months of well-paid leave, where half of the leave is reserved for fathers.“⁵³ Freilich ist bei solchen Regelungen auch an Alleinerzieher_innen zu denken. In Norwegen fällt die Väterquote bei getrenntlebenden Eltern bspw automatisch an die Mutter, nur mit ihrer Zustimmung kann der Vater seinen Anteil geltend machen.⁵⁴ Zudem können Alleinerzieherinnen den Anspruch des anderen Elternteils auch auf Dritte, zB Großeltern, übertragen.⁵⁵

5. Zusammenführende Überlegungen: Eckpfeiler einer besseren Regelung

Im Ergebnis möchte ich sowohl für eine Quotierung der Karenz als auch für die Einführung eines kurzen obligatorischen Elternurlaubs für alle Eltern plädieren. Wesentlicher Eckpfeiler für eine zukunftsweisende Regelung bildet, zumindest vorübergehend, die stärkere Regulierung der Ansprüche von Vätern.

47 *Schein* in *Gerlach* 2017, 266.

48 *Duwander et al*, Gender equality: Parental Leave design and evaluating its effects on fathers participation in *Moss/Duwander/Koslowski* (Hrsg), *Parental Leave and Beyond* (2019) 187-204 (193 f).

49 RL 2019/1158 v 20.6.2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates.

50 *Schein* in *Gerlach* 2017, 272.

51 *Wamsley*, Finland's Women-Led Government Has Equalized Family Leave: 7 Months For Each Parent, NPR 5.2.2020, <https://n.pr/2VC5zaV> (10.2.2020).

52 *Wamsley*, NPR v 5.2.2020.

53 *Dearing*, Gender equality in the division of work: How to assess European leave policies regarding their compliance with an ideal leave model, *Journal of European Social Policy* 26/3 (2016), 234-247, 234.

54 *Brandth/Kvande*, Norway, in *Blum et al* 315, 317.

55 *Brandth/Kvande*, Norway, in *Blum et al* 315, 317.

Erwerbstätige Mütter sind die Gruppe, die es vorrangig zu schützen und zu entlasten gilt, sowohl aufgrund der besonderen körperlichen Situation von Schwangerschaft und Wochenbett als auch der stereotypen Zuschreibung der Verantwortung für Sorgearbeit an Frauen und der daraus resultierenden Doppelbelastung. Soweit diese Zwecke obligatorische Mutterschutzfristen erforderlich machen, müssen diese als Maßstab herangezogen werden. Derzeit sind das in Österreich 16 Wochen.

Elternteilen könnte etwa ein individueller, unübertragbarer Anspruch auf 14 Monate Elternzeit zukommen, davon vier verpflichtend, besonderer Kündigungsschutz und Einkommensersatz vorausgesetzt. Damit lägen wir immer noch weit über dem europarechtlichen Mindestmaß für Mütter und hätten Väter verbindlich eingebunden. Zudem würde die Länge der Karenz insgesamt nicht gekürzt, nehmen beide Eltern den vollen Anspruch wahr, beläuft sie sich auf 28 Monate. Der schwangere Elternteil muss seine Ansprüche jedenfalls schon vor der Geburt geltend machen können, während dies für den anderen nur in geringem Ausmaß zur Unterstützung der schwangeren Person sinnvoll sein kann.

Es ist wünschenswert, dass Eltern sowohl Zeiträume haben, in denen sie sich als Betreuungspersonen überschneiden, um voneinander zu lernen und gemeinsam Zeit als Familie zu verbringen, als auch solche, in denen eine Person das Kind übernimmt und die andere ihrem Beruf nachkommen kann. Zu oft übernehmen Väter derzeit auch während ihrer Karenz nicht die volle Verantwortung, da sie meist kürzer ist und die Mutter häufig (noch) nicht (wieder und/oder voll) erwerbstätig ist.⁵⁶

Zugleich ist auch Flexibilität ein Faktor, der die Väterbeteiligung maßgeblich erhöht,⁵⁷ und generell berufstätigen Eltern entgegenkommt. Damit ist die Gestaltung der Zeitblöcke gemeint, derzeit können sich die Eltern bei der Karenz nur zweimal abwechseln und nur einmal überschneiden. Anders etwa in Island, wo die gleichzeitige Karenz beider Eltern für die gesamte Zeit oder Teile möglich ist, und unabhängig von der Teilung kürzere Blöcke und eine parallele Erwerbstätigkeit möglich sind.⁵⁸

Unverzichtbar ist es zudem, dass sämtliche Elternzeitregelungen vom Ausbau kostenloser, oder zumindest leistbarer, öffentlicher Kinderbetreuung flankiert werden. Soll der Wiedereinstieg nach der Erwerbsunterbrechung gewährleistet sein, muss die Betreuung von Kindern auch im Kleinkindalter sichergestellt werden. Die in Österreich geltende Regelung zur Elternteilzeit mit Kündigungsschutz, auf die bis zum 7. Lebensjahr ein Rechtsanspruch für beide Eltern (auch gleichzeitig) besteht, ist hier positiv hervorzuheben.⁵⁹

56 *Mauerer*, Alltagshandeln und Männlichkeitsentwürfe von Vätern in Elternkarenz. Postpatriarchale Betrachtungen? Ergebnisse aus zwei qualitativen soziologischen Analysen in feministischer Reflexion (2016) www.vfw.or.at/wp-content/uploads/2016/03/Mauerer_V%C3%A4terkarenz-und-feministische-Diskussion_2016.pdf (14.4.2020) 2.

57 *Schein* in *Gerlach* 264.

58 *Eydal/Gislason*, Iceland, in *Blum et al* 205–211.

59 Voraussetzungen betreffend Dienstdauer, Betriebsgröße und Bandbreite (§ 15h MSchG, § 8 VKG), allenfalls kann aber bis zum 4. Lebensjahr Elternteilzeit vereinbart werden.

Wünschenswert ist freilich eine allgemeine Arbeitszeitverkürzung auf 30 Stunden bei vollem Lohnausgleich. Alternativ, dass beide Eltern ein bisschen, anstatt eine stark und einer gar nicht, reduzieren. Die dauerhafte Reduktion der Arbeitszeit ist laut manchen Studien sogar ausschlaggebender für langfristige und massive Lohnverluste für Frauen durch ihre Mutterschaft, als die Länge der Unterbrechung der Erwerbsarbeit. Sie trägt maßgeblich zum Gender Pay Gap sowie zur Altersarmut von Frauen bei.⁶⁰ Daher gilt es auch, die langfristige Verteilung von Lohn- und Sorgearbeitszeit im Auge zu behalten. Eine schwedische Studie aus dem Jahr 2010 zeigte, dass sich weniger die kürzere Dauer der Karenz einer Frau als die Frage, ob auch der Vater in Karenz war, positiv auf das Erwerbseinkommen von Frauen auswirkt: „In fact, each month the father stays on parental leave has a larger positive effect on maternal earnings than a similar reduction in the mother’s own leave.“⁶¹ Die Stärkung der Position von Vätern und zweiten Elternteilen ist insofern ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu mehr Geschlechtergerechtigkeit. Nur wenn auch Sorgearbeit gerecht verteilt wird, können Frauen gleichberechtigt an allen Lebensbereichen teilhaben. Den Zwängen eines ungleichen Geschlechterverhältnisses sowie des Arbeitsmarktes muss eben auch mit dem rechtlichen Mittel des Zwangs begegnet werden.

Drⁱⁿ Mag^a Maria Sagmeister ist Juristin und Kunsthistorikerin, sie hat ihre Dissertation zum Thema Elternschutzrechte verfasst und ist Mitherausgeberin des *juridikum*; maria.sagmeister@univie.ac.at

60 Kleven et al, Child Penalties Across Countries: Evidence and Explanations (2019), www.henrikkleven.com/uploads/3/7/3/1/37310663/klevenetal_aea-pp_2019.pdf (20.3.2019).

61 Johansson, The effect of own and spousal parental leave on earnings, Institute for Labour Market Policy Evaluation Working Paper 4 (2010).

Liberalisierung des Suchtmittelrechts: Faktische Realität – gesetzliche Utopie?

Lisa Rösler

1. Einleitung

Das österreichische Drogenstrafrecht ist seit den 1970iger Jahren um eine Ausbalancierung von einerseits kriminalpolitischen sowie andererseits gesundheits- und sozialpolitischen Maßnahmen bemüht. Ergebnis des politischen Tauziehens im Bereich des Drogenstrafrechts ist zwar ein recht ausbalanciertes System von repressiven und therapiebezogenen Maßnahmen, jedoch auch eines, das ein Abweichen des gesetzlich strafbaren vom tatsächlich bestraften Verhalten erzeugt. An diesen Aspekt anknüpfend und unter Verzicht auf eine neuerliche politisch orientierte Diskussion des Status quo¹ erörtert der vorliegende Aufsatz eine mögliche Alternative zum österreichischen Drogenstrafrecht.

2. Das österreichische Drogenstrafrecht – Ein ausbalanciertes System?

Das Suchtmittelgesetz (SMG) erklärt zwar umfassend den Umgang mit Suchtmitteln zu strafrechtlich relevantem Verhalten, enthält jedoch auch Bestimmungen, die ein Suchtmittelverfahren zum einen straf- und sanktionslos und zum anderen zwar straf-, aber nicht sanktionslos enden lassen. So ist seit dem Jahr 2016 vorgesehen, dass im Hinblick auf bestimmte leichte Suchtmitteldelikte bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen eine Anzeige an die Staatsanwaltschaft (StA) durch die generell hierzu verpflichteten Behörden zu unterbleiben hat und bloß eine Mitteilung an die Gesundheitsbehörde erfolgen muss.² Auch die Kriminalpolizei hat hinsichtlich dieser Fälle der Gesundheitsbehörde eine Mitteilung zu erstatten. Im Gegensatz zu den anderen Behörden muss sie jedoch zudem der StA einen Abtretungsbericht übermitteln, welche nach Erhalt eines solchen Berichts grundsätzlich von der Verfolgung vorläufig zurückzutreten hat.³

1 Zur juristischen Auseinandersetzung mit den maßgeblichen Argumenten siehe ua *Schwaighofer*, Wie zeitgemäß ist das Suchtmittelstrafrecht? AnWBl 2019, 216; *Schumann*, Suchtmitteldelinquenz aus strafrechtlicher Sicht, JSt 2013, 194.

2 § 13 Abs 2a SMG: „eine Straftat nach §§ 27 Abs. 1 und 2 ausschließlich für den eigenen persönlichen Gebrauch oder den persönlichen Gebrauch eines anderen [...], ohne dass diese Person daraus einen Vorteil gezogen [hat]“.

3 Diversion nach (§ 13 Abs 2b iVm) § 35 Abs 9 SMG; auch als „besondere Form des bedingten Verfolgungsverzichts“ bezeichnet in *Schroll/Kert* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO Vor §§ 198–209b Rz 16/3.

In beiden Fällen hat nach Erhalt der Mitteilung die Gesundheitsbehörde die betroffene Person einer ärztlichen Begutachtung zuzuführen und bei Notwendigkeit einer gesundheitsbezogenen Maßnahme darauf hinzuwirken, dass sich die Person einer solchen unterzieht (§ 12 SMG). Damit wird bei Kenntniserlangung durch „irgendeine“⁴ Behörde bereits die Einleitung eines Strafverfahrens vermieden und so grundsätzlich von der Verhängung einer Freiheits- oder Geldstrafe als Sanktion abgesehen. Zu einem Strafverfahren kann es dennoch kommen, wenn sich die betroffene Person nicht der notwendigen Untersuchung bzw gesundheitsbezogenen Maßnahme unterzieht, mit anderen Worten sich nicht kooperativ verhält, weil diesfalls die Gesundheitsbehörde der StA doch noch Anzeige zu erstatten hat.⁵

Bei Kenntniserlangung durch die Kriminalpolizei kommt es hingegen sogleich zu einem strafrechtlichen Verfahren, welches zwar ohne Strafe endet, jedoch binnen eines Jahres fortgesetzt werden kann, sofern die Bezirksverwaltungsbehörde mitteilt, dass die betroffene Person nicht kooperativ ist bzw diese einen Antrag auf Fortsetzung stellt (§ 38 Abs 1a SMG). Im ersten der beiden Fortsetzungsfälle wirkt die Einjahresfrist daher wie eine – wenngleich sie im Gesetz nicht ausdrücklich als solche bezeichnet wird – Probezeit, die strafrechtlichen Sanktionscharakter aufweist.⁶

Im Ergebnis besteht trotz unterschiedlicher Aufgriffsbehörden kein Unterschied im (weiteren) Verfahren, sofern sich die betroffene Person nicht kooperativ verhält. Bei kooperativem Verhalten der betroffenen Person kommt es jedoch zur widersprüchlichen Situation, dass ein- und dasselbe Verhalten je nach Aufgriffsbehörde entweder einem Strafverfahren mit „Probezeit“ oder keinem Strafverfahren unterliegt.⁷ Ist eine gesundheitsbezogene Maßnahme nicht erforderlich, wird der Unterschied allerdings insofern geringer, als das strafrechtlich relevante Verhalten sowohl bei Kenntniserlangung durch „irgendeine“ Behörde als auch bei Kenntniserlangung durch die Kriminalpolizei ohne gesundheitsbezogene Maßnahme bleibt. Damit verliert die Einjahresfrist ihren Probezeit- und Sanktionscharakter, weil diesfalls die Frist bloß für den Fall der Fortsetzung auf Antrag der betroffenen Person selbst maßgeblich ist.

Abschließend ist hierzu anzumerken, dass unter bestimmten Voraussetzungen bei Taten in Bezug auf psychotrope Stoffe, Opiummohn, den Kokastrauch, die Cannabispflanze, psilocin-, psilotin- oder psilocybinhaltige Pilze und bei Taten in Bezug auf Stoffe oder Zubereitungen solcher Pilze sowie der Cannabispflanze von der ärztlichen Begutachtung

4 In Abgrenzung zur Kriminalpolizei.

5 Ist der Sachverhalt der Staatsanwaltschaft aufgrund eines Abtretungsberichts bereits bekannt, hat bloß eine Mitteilung an diese zu erfolgen. Liegen die Diversionsvoraussetzungen des § 35 SMG vor, hat die Gesundheitsbehörde anstatt der Strafanzeige oder der Mitteilung sogleich eine Stellungnahme nach § 35 Abs 3 Z 2 SMG zu übermitteln (§ 14 SMG).

6 Zum Eingriffscharakter der Probezeit bei der Diversion siehe *Kert*, Diversion – Zeit für einen Perspektivenwechsel in FS Höpfel (2018) 269 (273).

7 Zu den Konsequenzen *Stempkowski*, Therapie statt Strafe – die Reform durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2015 und ihre Auswirkungen, JSt 2019, 257 (259).

abzusehen ist, weil davon ausgegangen wird, dass in diesen Fällen kein besonderes Gesundheitsproblem vorliegt und damit eine gesundheitsbezogene Maßnahme in der Regel nicht notwendig ist.⁸ Hierdurch besteht für diesen Suchtmittelbereich daher die Situation einer de facto Entkriminalisierung (§ 13 Abs 3 iVm § 35 Abs 4 SMG), wobei es bei Kenntniserlangung durch die Kriminalpolizei noch zu einem – wenn auch verkürzten – Strafverfahren kommt.

Kommt es trotz dieser Möglichkeiten zu einem Ermittlungsverfahren, besteht in diesem wie auch im Hauptverfahren die Möglichkeit einer alternativen Verfahrensbeendigung durch Diversion nach den §§ 35, 36 (iVm 37) SMG. Sind deren Voraussetzungen erfüllt, hat die Staatsanwaltschaft unter Setzung einer Probezeit von der Verfolgung vorläufig zurückzutreten; allerdings erst nachdem sie eine Stellungnahme einer geeigneten ärztlichen Einrichtung der Justiz oder, sofern dies nicht möglich ist, der Gesundheitsbehörde eingeholt hat (§ 35 Abs 1, 2 und 3 Z 2 SMG). Denn bedarf die beschuldigte Person einer gesundheitsbezogenen Maßnahme, ist sie sohin notwendig, ist die diversionelle Erledigung an eine solche zu knüpfen. Ist diese zwar notwendig, jedoch nicht zweckmäßig, der beschuldigten Person nach den Umständen nicht möglich, zumutbar oder offenbar aussichtslos, so hat die StA, soweit dies möglich und zweckmäßig ist, die diversionelle Erledigung davon abhängig zu machen, dass sich die beschuldigte Person bereit erklärt, während der Probezeit bestimmte Pflichten zu erfüllen (§ 35 Abs 6 SMG). Bedarf es hingegen keiner gesundheitsbezogenen Maßnahme, ist die vorläufige Verfahrensbeendigung weder von der Absolvierung einer Therapie noch von der Erfüllung bestimmter Pflichten abhängig zu machen. Allerdings verbleibt als Sanktion die Setzung einer Probezeit.

Von der Einholung einer Stellungnahme ist unter bestimmten Voraussetzungen bei Taten in Bezug auf die oben genannten Pflanzen und Pilze bzw deren Stoffe und Zubereitungen abzusehen. Damit wird hinsichtlich dieser Sachverhalte der vorläufigen Verfahrensbeendigung mit der Probezeit als (ausschließliche)⁹ Sanktion im Wege einer gesetzlichen Vermutung der Vorrang eingeräumt.

3. Das österreichische Drogenstrafrecht – Ein widersprüchliches System?

Diese alternativen Maßnahmen ermöglichen eine gewisse Balance zwischen der Problematik Drogenkonsum als primär selbstschädigendem Verhalten und dem rechtspoliti-

8 *Schwaighofer in Höpfel/Ratz, WK² SMG § 35 Rz 51; ErlRV 981 BlgNR XXIV GP 90 „kaum jemals ein Grund zur Annahme bestehen wird, dass der Beschuldigte gesundheitsbezogener Maßnahmen bedarf“; nur ausnahmsweise ist eine Stellungnahme einzuholen, wenn gegen die betroffene Person innerhalb der letzten fünf Jahre vor dem erneuten Strafverfahren bereits ein Ermittlungsverfahren wegen eines Suchtmitteldelikts (ausgenommen hiervon § 32 SMG) geführt wurde.*

9 Die Diversion nach dem SMG im Ermittlungs- und Hauptverfahren geht stets mit einer Probezeit einher, diesfalls jedoch ohne Verknüpfung mit gesundheitsbezogenen Maßnahmen oder Pflichten gemäß § 35 Abs 6 SMG.

schen Anliegen auf Eindämmung der Suchtmittelkriminalität¹⁰ und sind daher zu begrüßen. So bleibt über diese Bestimmungen der vorschriftswidrige Umgang mit Suchtmitteln zwar eine mit gerichtlicher Strafe bedrohte Handlung, die finale Reaktion auf dieses Verhalten muss allerdings nicht eine Strafe im klassischen Sinn sein. Damit erzeugt die derzeitige Gesetzeslage ein Abweichen des gesetzlich strafbaren vom tatsächlich bestraften Verhalten,¹¹ dessen Ausmaß bei Betrachtung der Anzeigen- und Verurteilungsstatistik ersichtlich wird:

Da keine Meldepflicht hinsichtlich jener Sachverhalte besteht, bei denen ein Strafverfahren noch nicht eingeleitet wurde und eine amtsärztliche Begutachtung nicht erforderlich ist (§ 13 Abs 2a, 3 iVm § 35 Abs 4 SMG), sind jene Fälle der Suchtmittelkriminalität, bei denen die Situation einer de facto Entkriminalisierung besteht, nicht empirisch erfasst und Aussagen zur ihrer Anzahl nicht möglich.¹² Allerdings zeichnet sich auch mittels der erhobenen Daten ein einprägsames Bild ab. So wurden im Jahr 2018 41.044¹³ Suchtmitteldelikte angezeigt und 27.392¹⁴ Diversionsmaßnahmen nach dem SMG angeboten, wobei hieraus nicht ohne Weiteres abgeleitet werden kann, wie viele Suchtmitteldelikte mittels Diversion erledigt wurden. Zu beachten ist nämlich zum einen, dass für Suchtmitteldelikte zusätzlich die Möglichkeit einer Diversion nach den §§ 198 ff StPO besteht; zum anderen, dass auch Straftaten, die „im Zusammenhang mit der Beschaffung von Suchtmitteln“ begangen wurden, mittels Diversion nach dem SMG erledigt werden können, sohin nicht alle der 27.392 Diversionsmaßnahmen nach dem SMG auf Suchtmitteldelikte entfallen. Da allerdings von den 41.044¹⁵ angezeigten Suchtmitteldelikten nur 9.505¹⁶ mit Verurteilung erledigt wurden, ist anzunehmen, dass kein bedeutender Anteil der 27.392 Diversionsmaßnahmen nach dem SMG auf die sogenannten Versorgungs- und Beschaffungsdelikte entfällt. Denn diesfalls müsste die Zahl der mit Verurteilung erledigten Suchtmitteldelikte höher ausfallen.¹⁷ Bei Betrachtung dieser Zahlen gilt es ferner zu berücksichtigen, dass sich die im Jahr 2018 erfolgten Diversionsangebote auch auf die in den Vorjahren angezeigten Sachverhalte beziehen (können) bzw die im Jahr 2018 angezeigten Sachverhalte tw nicht bereits im Jahr 2018 bearbeitet werden konnten, sodass auch aus diesem Grund eine Prozentangabe keine dezidierte Aussage darüber ist, wie viele der im Jahr 2018 angezeigten Suchtmitteldelikte tatsächlich zu einer

10 So auch *Matzka/Zeder/Rüdiger*, SMG³ XXXIX; *Schwaighofer*, AnwBl 2019, 217.

11 Auch *Stempkowski*, JSt 2019, 260 und 264 f.

12 Hierzu zählen nicht jene Sachverhalte, bei denen zwar keine ärztliche Begutachtung erforderlich ist, aber ein Strafverfahren bereits begonnen hat und mittels Diversion beendet wurde (§ 13 Abs 2b, 3 iVm § 35 Abs 4, 9 SMG).

13 *BMI*, Sicherheitsbericht 2018 – Bericht Vorbeugung und Bekämpfung (2019) 47 f (Abb 17).

14 *BMVRDJ*, Sicherheitsbericht 2018 – Bericht über die Tätigkeit der Strafjustiz (2019) 68.

15 *BMI*, Sicherheitsbericht 2018 – Bericht Vorbeugung und Bekämpfung (2019) 47 f (Abb 17).

16 Zudem kam es im Jahr 2018 zu 33 Verurteilungen nach § 4 NPSG. Siehe zur Verurteilungsstatistik *Statistik Austria*, Gerichtliche Kriminalstatistik 2018: www.statistik.at/web_de/services/statcube/index.html.

17 Eine signifikante Schwankung könnte sich bloß im Zusammenhang mit anderen Verfahrensbeendigungen ohne Verurteilung ergeben (wie zB mit der Diversion nach den §§ 198 ff StPO, der Einstellung des Ermittlungsverfahrens nach den §§ 190 ff StPO oder dem Freispruch).

Diversions nach dem SMG führten. Ein Blick in die Anzeigen- und Verurteilungsstatistik der vergangenen Jahre bekräftigt jedoch die Annahme, dass ein Gros der Suchtmitteldelikte, nämlich rund zwei Drittel, im Wege der Diversion nach dem SMG erledigt wird.¹⁸

Aus diesen Zahlen ergibt sich ferner, dass im Jahr 2018 im Suchtmittelbereich Diversionsmaßnahmen dreimal so häufig angeboten als Delikte verurteilt wurden. Im Vergleich dazu wurden außerhalb des Suchtmittelbereichs 39.325 Delikte mit Verurteilung erledigt, und 24.336 Diversionsmaßnahmen nach der StPO angeboten, sodass – anders als im Suchtmittelbereich – mehr Delikte, nämlich mehr als einundeinhalbmal so viel wie, verurteilt als Diversionsmaßnahmen angeboten wurden.¹⁹ Zudem wird ersichtlich, dass mehr als 50 % der angebotenen Diversionen auf Maßnahmen nach dem SMG entfallen. Eine weitere ins Auge springende Zahlenrelation ergibt sich bei Unterscheidung der Anzeigen nach den involvierten Substanzen: Von den 41.044 Anzeigen wegen eines Suchtmitteldelikts erfolgten im Jahr 2018 31.491 wegen Cannabis allein oder wegen Cannabis in Kombination mit anderen Suchtmitteln.²⁰ Daraus kann gefolgert werden, dass im Hinblick auf die involvierte Substanz bei bis zu – nämlich abhängig davon wie viele der Anzeigen wegen Cannabis allein erfolgten – rund 77 % der angezeigten Suchtmitteldelikte eine therapielose Diversion in Betracht gezogen werden könnte.

Im Ergebnis lässt sich daher eine signifikante Abweichung des gesetzlich strafbaren vom tatsächlich bestraften Verhalten feststellen, was im Hinblick auf das Prinzip „Therapie statt Strafe“ grundsätzlich gutzuheißen ist. Denn auf den ersten Blick scheint dieses Abweichen für die vom Strafverfahren betroffene Person durchaus vorteilhaft oder zumindest unerheblich zu sein; immerhin wird sie weder verurteilt noch bestraft. Ein Strafverfahren ist jedoch zweifellos auch ohne Verurteilung nachteilig: Das diversionell erledigte Strafverfahren mag zwar ohne Schuldspruch enden, beginnt jedoch im Grunde²¹ mit dem Verdacht einer Straftat.²² Die Verdächtigung der Begehung einer gerichtlich strafbaren Handlung kann zu durchaus unangenehmen Konsequenzen führen wie zB die Ehre, die Freiheit und das Vermögen des falsch Verdächtigten bedrohen.²³ Ferner ist bereits der Vorwurf der Begehung einer Straftat an sich unerfreulich und eine Last für die von der Verdächtigung betroffene Person.²⁴ Damit stellt nicht erst die Strafe ein Übel dar,

18 Dazu im Vergleich das Jahr 2017 – Anzeigen: 42.610, Diversion nach dem SMG: 27.990, Verhältnis: 66 % (*BMI*, Sicherheitsbericht 2018, 47 f und *BMVRDJ*, Sicherheitsbericht 2018, 2) und das Jahr 2016 – Anzeigen: 36.235, Diversion nach dem SMG: 25.666, Verhältnis: 70 % (*BMI*, Sicherheitsbericht 2018, 47 f und *BMJ*, Sicherheitsbericht 2017 – Bericht über die Tätigkeit der Strafjustiz [2018] 2).

19 *BMVRDJ*, Sicherheitsbericht 2018, 2.

20 *Horvath/Anzenberger/Busch/Schmutterer/Tanios/Weigl*, Bericht zur Drogensituation 2019. Gesundheit Österreich (2019) 222, 238 (Tabelle A7.5).

21 Juristisch korrekt formuliert beginnt das Strafverfahren nach § 1 StPO, sobald die Kriminalpolizei oder Staatsanwaltschaft zur Aufklärung eines Anfangsverdachts nach der StPO ermittelt.

22 *Schroll/Kert* in *Fuchs/Ratz* WK StPO Vor §§ 198–209b Rz 2.

23 *Tipold* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 297 Rz 6.

24 Dies ist durchaus auch vom Gesetzgeber anerkannt. So kann die falsche Verdächtigung einer mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlung eine Strafbarkeit nach § 111 StGB oder § 297 StGB begründen. Siehe zu deren Abgrenzung *Pilnacek/Šwidorski* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 297 Rz 49.

sondern bereits in einem eingeschränkten Umfang das Strafverfahren an sich.²⁵ Dementsprechend unterliegt nicht nur die Verhängung einer Strafe, sondern auch ein Strafverfahren und damit die Beurteilung eines gesellschaftlich unerwünschten Verhaltens als strafbare Handlung dem Prüfkriterium „Ultima-Ratio“.

Eine Annäherung des gesetzlich strafbaren und des tatsächlich bestraften Verhaltens ist sohin mit Blick auf die negativen Folgen der Strafrechtsverfolgung grundsätzlich anzustreben, wobei deren Ausmaß davon abhängt, inwieweit die verhaltenssteuernde Wirkung (der Einleitung) des Strafverfahrens auf anderem Wege gleichermaßen erreicht werden kann. Dabei ist zu beachten, dass qualitative Unterschiede im Bereich der faktischen Strafflosigkeit bestehen. So erlauben die Bestimmungen des SMG nur zu einem Teil ein gänzlich sanktionsloses Vorgehen. Ein maßgeblicher Anteil der faktischen Strafflosigkeit ergibt sich hingegen durch ein diversionelles Vorgehen im Rahmen eines Strafverfahrens, welches zwar ohne förmliche Bestrafung, aber dennoch mit Sanktionierung endet. Da die Diversion strafrechtlichen Sanktionscharakter aufweist, kann nicht ohne Weiteres aufgrund der Erledigung durch Diversion auf die Aberkennung des strafrechtlichen Charakters der Tat geschlossen werden. Vielmehr setzt die Diversion den hinreichend geklärten Verdacht einer mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlung voraus und wahrt zudem die verhaltenssteuernden Wirkungsweisen der Strafe. Die Diversion ist sohin eine gleichwertige Alternative zur klassischen Sanktion „Strafe“, die deren Stigmatisierungseffekte weitgehend vermeidet.²⁶ Die Reduktion der gesetzlichen Strafbarkeit in diesem Bereich ist daher an die Ansicht geknüpft, dass mit den im Rahmen der Diversion erfolgenden Maßnahmen das Auslangen gefunden wird und es nicht darüber hinaus des Strafverfahrens sowie der informellen Feststellung²⁷ einer Straftat sowie der Schuld als weitere verhaltenssteuernde Instrumente bedarf. Eine abschließende Beurteilung der Frage, welche Elemente des mit Diversion beendeten Strafverfahrens die ausschlaggebende verhaltenssteuernde Wirkung aufweisen oder ob diese erst im Zusammenwirken eine solche erreichen, ist ohne empirische Grundlage nicht möglich. Erhebungen zu diesem Aspekt der Diversion im Suchtmittelbereich gibt es derzeit nicht und wären daher zu empfehlen.

4. Angleichung des gesetzlich strafbaren und des tatsächlich bestraften Verhaltens

Sowohl in Europa als auch weltweit zeigen sich vermehrt legislative Entwicklungen, die sich von den zunächst gewählten restriktiven Umsetzungen der internationalen Verträ-

²⁵ Burgstaller, Aktuelle Wandlungen im Grundverständnis des Strafrechts, JBl 1996, 362 (363).

²⁶ Kert in FS Höpfel 273; Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁵ E 10 Rz 7; Schmoller, Einvernehmliche Verurteilung oder Diversion? Alternativ-Entwurf Abgekürzte Strafverfahren im Rechtsstaat (AE-ASR), GA 2019, 270 (274); Schroll/Kert in Fuchs/Ratz WK StPO Vor §§ 198–209b Rz 1/1, 6.

²⁷ Es wird zwar auf einen formellen Schuldspruch verzichtet, doch bedarf es eines „hinreichend geklärten Sachverhalts“, einer hohen Verurteilungswahrscheinlichkeit sowie der persönlichen Überzeugung des Rechtsanwenders von der Tatbegehung des Beschuldigten, sohin der hinreichenden Klärung der Schuld des Täters. Hierzu Schmoller, GA 2019, 277 und 281.

ge²⁸ betreffend den Umgang mit illegalen Substanzen wieder entfernen. Hierbei sind zwei Strömungen zu erkennen, die unterschiedliche Ansätze für einen Zugang außerhalb des Strafrechts aufweisen und auf unterschiedlichen Wegen die gesetzliche Strafbarkeit reduzieren. Im Folgenden werden diese kurz erörtert und deren Mehrwert für das österreichische Drogenstrafrecht untersucht.

4.1. Legalisierung von Cannabis

Der erste Ansatz differenziert nach der Substanz. So ist die Legalisierung des Cannabis-Konsums zu medizinischen Zwecken ein Zugang der Drogenpolitik, den mehrere Staaten seit einiger Zeit beschreiten. Bereits 1996 erließ Kalifornien ein diesbezügliches Gesetz, wobei mehr als die Hälfte der Bundesstaaten der USA in den folgenden Jahren gleichfalls diesen Weg wählten. Andere Staaten, insbesondere auch europäische Staaten, folgten diesem medizinisch orientierten Ansatz.²⁹

Die Legalisierung des Freizeitkonsums von Cannabis ist hingegen eine Entwicklung, die erst im Jahr 2012 ihren gesetzlichen³⁰ Anfang nahm. In diesem Jahr wurde in den US-Bundesstaaten Colorado und Washington im Rahmen einer Volksabstimmung für die Legalisierung von Cannabis gestimmt. Nebst dem Anliegen auf Regulierung des Handels war vorrangig der finanzielle Aspekt bestimmend für die Reforminitiativen. Insbesondere sollten auf diesem Wege Steuereinnahmen lukriert und Ressourcen in der Verbrechensbekämpfung umverteilt werden. Im selben Jahr unternahm auch die Regierung Uruguays den Schritt in Richtung Legalisierung von Cannabis, wobei hier der Gedanke des Scheiterns einer repressiven Drogenpolitik maßgebend war. In der Folge traten im Jahr 2014 in Washington, Colorado und Uruguay Gesetze in Kraft, welche die Produktion, den Vertrieb und den Konsum von Cannabis legalisieren und zugleich umfassend regulieren. In den darauffolgenden Jahren wählten weitere Staaten diesen liberalen Ansatz. So haben ua mehrere US-Bundesstaaten sowie Kanada eine Legalisierung von Cannabis vorgenommen; europäische Staaten hingegen haben diesen Schritt noch nicht gewagt.³¹

28 Einzige Suchtgiftkonvention vom 30. März 1961 zu New York, in der Fassung des Protokolls vom 25. März 1972 zu Genf; Übereinkommen der Vereinten Nationen über psychotrope Stoffe vom 21. Februar 1971 zu Wien; Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen vom 20. Dezember 1988 zu Wien.

29 EMCDDA, Medical use of cannabis and cannabinoids – Questions and answers for policymaking (December 2018), www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/10171/20185584_TD0618186ENN_PDF.pdf (27.05.2020); in Österreich kommen zwar *Cannabisarzneimittel* legal zum Einsatz, aber *Cannabis* zur medizinischen Verwendung ist nicht zugelassen. Hierzu *Schwaighofer*, AnwBl 2019, 220.

30 Einem weit verbreiteten Irrglauben zum Trotz ist auch in den Niederlanden der Umgang mit Cannabis nicht gesetzlich erlaubt. Dieser wird bei geringen Mengen für den Eigengebrauch bloß unter bestimmten Umständen nicht verfolgt, www.emcdda.europa.eu/countries/drug-reports/2019/netherlands/drug-laws-and-drug-law-offences_en (27.05.2020).

31 Cox, The Canadian *Cannabis Act* legalizes and regulates recreational cannabis use in 2018, Health Policy 2018, 205; www.canada.ca/en/services/health/campaigns/cannabis/canadians.html#a3 (27.05.2020); EMCDDA, Europäischer Drogenbericht 2019 – Trends und Entwicklungen: www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/11364/20191724_TDAT19001DEN_PDF.pdf (27.05.2020); EMCDDA, Drogenperspektiven: Modelle für die legale Versorgung mit

Die jeweiligen Gesetze überschneiden sich in ihren Regelungsaspekten, unterscheiden sich aber in der Detailausgestaltung. So ist zwar übereinstimmend ein Mindestalter für den Besitz von Cannabis vorgesehen, dieses variiert jedoch von Gesetz zu Gesetz. Ferner enthalten die Gesetze Mengenbeschränkungen, welche teils stark voneinander abweichen. Unterschiedlich ausgestaltet sind die Gesetze ua zudem in Bezug auf die Erlaubnis des privaten Anbaus von Pflanzen. Tw ist dieser verboten, tw beschränkt auf eine gewisse Pflanzenanzahl bzw auch auf eine Maximalanzahl für gleichzeitig in Blüte stehende Pflanzen und die Maximalernte im Jahr.³²

Mit Detailsentscheidungen betreffend den privaten Konsum und Anbau ist jedoch keineswegs das regulative Auslangen gefunden. Vielmehr bedeutet die Legalisierung des Umgangs mit Cannabis die Implementierung eines Regelungsregimes, welches Antworten auf eine Vielzahl von gesellschaftspolitischen Fragen bieten muss. Eine Stellungnahme zu diesen Bereichen sollte auf wissenschaftlichen, insbesondere empirischen Ergebnissen gründen,³³ erfolgt jedoch teils auch über eine wertungsbezogene Positionierung. Mit Blick auf die österreichische de facto Entkriminalisierung des Umgangs mit Cannabis kann allerdings durchaus behauptet werden, dass sich der österreichische Gesetzgeber bereits positioniert hat, wenn auch der liberale Ansatz erst auf den zweiten Blick zu erkennen ist. Eine regulierte Legalisierung des Umgangs mit Cannabis würde demnach das gesetzlich strafbare und das tatsächlich bestrafte Verhalten in einem Bereich aneinander annähern, in dem ohnehin ein (nahezu) sanktionsloses Vorgehen die Regel ist. Zudem würde die widersprüchliche Situation, dass bei ein- und demselben Verhalten verschiedene Regelungsregime mit unterschiedlichem Eingriffscharakter zur Anwendung gelangen können, beseitigt werden. Auf Grundlage der bereits erfolgten Positionierung des Gesetzgebers ist daher mit dem Anliegen von gesetzlicher Authentizität eine regulierte Legalisierung des Umgangs mit Cannabis zu begrüßen.

4.2. Entkriminalisierung³⁴ des Eigengebrauchs

Einen anderen Weg der Liberalisierung der Drogenpolitik beschreitet seit 2001 Portugal: Nicht an einer bestimmten Substanz wurde anknüpft; vielmehr wurde bezüglich sämt-

Cannabis – aktuelle Entwicklungen (2016), www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/2720/Legal%20supply%20cannabis_2016_DE.pdf (27.05.2020); *Stempkowski*, Regulationsbemühungen der Drogennachfrage im internationalen Vergleich in *Grafl/Klob/Reindl-Krauskopf*, 7. ALES – Tagung 2018: Suchtmittelrecht aktuell 21 (36); *Pardo*, Cannabis policy reforms in the Americas: A comparative analysis of Colorado, Washington and Uruguay, *International Journal of Drug Policy*, 2014 727 (728 f).

32 Cox, *Health Policy* 2018, 205; *EMCDDA*, Drogenperspektiven; *OAS*, www.cicad.oas.org/Main/Template.asp?File=/drogas/cannabis/comparativeLegalAnalysis_ENG.asp (27.05.2020); *Stempkowski* in *Grafl/Klob/Reindl-Krauskopf* 36; *Pardo*, *International Journal of Drug Policy* 2014, 727 ff; www.canada.ca/en/services/health/campaigns/cannabis/canadians.html#a3 (27.05.2020).

33 Zu diesen *Stempkowski* in *Grafl/Klob/Reindl-Krauskopf* 21 ff.

34 In Abgrenzung zur Legalisierung als Aufhebung eines Verbots ist hierunter die Verschiebung von strafbaren Handlungen aus dem gerichtlichen Strafrecht in das Verwaltungsstrafrecht zu verstehen. Zu den Definitionen: *EMCDDA*, Drogenperspektiven.

licher illegaler Substanzen der Erwerb, der Besitz und der Konsum für den Eigengebrauch entkriminalisiert. Bei diesen Tathandlungen handelt es sich sohin nicht mehr um gerichtlich strafbares Verhalten, sondern um Handlungen, die dem Verwaltungsstrafrecht zuzuordnen sind; allerdings nur, sofern die Handlungen in Bezug auf eine Menge gesetzt werden, die eine mit Verordnung bestimmte Maximalmenge von durchschnittlich zehn Tagesrationen nicht überschreitet (zB 1g Heroin).³⁵

Erlangt die portugiesische Polizei Kenntnis vom Erwerb, Besitz oder Konsum einer geringen Menge einer Person, hat sie die gegenständliche Substanz sicherzustellen, eine Personenidentifizierung durchzuführen und sodann den Sachverhalt und die betreffende Person an die örtlich zuständige „Comissão para a Dissuasão da Toxicoddependência“ (engl: Commission for the Dissuasion of Drug Addiction) zu verweisen. Den Kommissionen obliegen sämtliche Verfahren im Bereich des Eigengebrauchs von illegalen Substanzen. So haben diese den Sachverhalt zu klären und die nächsten Schritte zu setzen. Kommt die Kommission zum Schluss, dass die betroffene Person die Substanzen nicht nur zum Eigengebrauch besessen, sondern zudem Suchtgifthandel betrieben hat, verweist sie den Sachverhalt an die gerichtlichen Strafbehörden (zurück). Ist kein Suchtgifthandel anzunehmen, kann bei Vorliegen einer Suchterkrankung das Verfahren vorläufig eingestellt werden, sofern sich die betroffene Person bereit erklärt, sich einer gesundheitsbezogenen Maßnahme zu unterziehen. Die Durchführung hat der bzw die Betroffene der Kommission in regelmäßigen Abständen nachzuweisen. Das Verfahren kann auch ohne Vorliegen einer Abhängigkeitserkrankung eingestellt werden. Diesfalls unter Setzung einer Probezeit. Als weitere Reaktionsmöglichkeiten können zudem Verwaltungsstrafen verhängt werden, wobei Geldstrafen nicht bei Suchtkranken zur Anwendung gelangen dürfen.³⁶

Das portugiesische System ist dem österreichischen sohin nicht unähnlich: Beide präferieren gesundheitsbezogene über strafrechtliche Maßnahmen. Maßgeblicher Unterschied ist jedoch, dass diese in Österreich im Strafrecht angesiedelt sind, Portugal hingegen sein Regelungsmodell im Verwaltungsrecht eingegliedert hat. Die portugiesische Variante hat den Vorzug, dass der bzw die Betroffene erst gar nicht einem Strafverfahren ausgesetzt ist. Zu beachten ist jedoch, dass die portugiesische Auslagerung in das Verwaltungsrecht ausschließlich den Eigengebrauch von geringen Substanzmengen betrifft. Im Gegensatz dazu weist das System in Österreich den Vorteil auf, dass auch betreffend die dem Eigengebrauch nicht zuzuordnenden Suchtmitteldelikte eine individuell angepasste Maßnahmenanwendung möglich ist.

35 EMCDDA, Country Drug Report 2019 – Portugal, www.emcdda.europa.eu/countries/drug-reports/2019/portugal/drug-laws-and-drug-law-offences_en (27.05.2020); *Stempkowski in Grafll/Klob/Reindl-Krauskopf* 24; *Van het Loo/van Beusekom/Kahan*, Decriminalisation of Drug Use in Portugal: The Development of a Policy in *The Annals of the American Academy of Political and Social Sciences* (2002) 49 (57).

36 EMCDDA, Country Drug Report 2019; *Stempkowski in Grafll/Klob/Reindl-Krauskopf* 24 f; *Van het Loo/van Beusekom/Kahan*, Decriminalisation 57 f.

Unter der Prämisse, dass in diesem Bereich der Suchtmittelkriminalität mit den im Rahmen der Diversion erfolgenden Maßnahmen das Auslangen gefunden wird, würde daher eine Verlagerung des Eigengebrauchs in das Verwaltungsstrafrecht nach dem Vorbild Portugals die gesetzliche Strafbarkeit und die damit einhergehenden negativen Folgen unter Bewahrung der Vorteile des bisherigen Systems reduzieren. Unbeschadet dessen ist jedoch das bestehende Modell für die dem Eigengebrauch nicht zuzuordnenden Suchtmitteldelikte aufrechtzuerhalten, um bei diesen den Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit einer individuell angepassten Maßnahmenanwendung nicht zu nehmen.

5. Ausblick

Beim österreichischen Drogenstrafrecht handelt es sich zwar um ein recht ausbalanciertes System, aber auch um eines, das die Wahrnehmung der Realität betreffend die faktische Strafbarkeit des Umgangs mit illegalen Substanzen verzerrt. Eine Annäherung des gesetzlich strafbaren und des tatsächlich bestraften Verhaltens ist mit Blick auf die negativen Folgen der Strafrechtsverfolgung grundsätzlich anzustreben, wobei nicht außer Acht gelassen werden darf, dass qualitative Unterschiede im Bereich der faktischen Straflosigkeit bestehen. Eine solche Annäherung kann dabei einerseits über die regulierte Legalisierung von Cannabis und andererseits über die Entkriminalisierung des Eigengebrauchs von geringen Mengen illegaler Substanzen erreicht werden. Das Ausmaß der Angleichung hängt davon ab, inwieweit die verhaltenssteuernde Wirkung (der Einleitung) des Strafverfahrens auf anderem Wege gleichermaßen erreicht werden kann. In dem Bereich der Suchtmittelkriminalität, der sowohl strafverfahrens- als auch sanktionslos endet, scheint der Gesetzgeber sich bereits liberal positioniert zu haben. Mit dem Anliegen einer authentischen Ausgestaltung des österreichischen Strafrechts wäre sohin zumindest in diesem Teilbereich eine Liberalisierung des Drogenstrafrechts zu befürworten. Hinsichtlich des Bereichs der Suchtmittelkriminalität, der zwar straf-, jedoch nicht sanktionslos endet, ist eine abschließende Beurteilung ohne empirische Untersuchung der Frage, welche Elemente des mit Diversion beendeten Strafverfahrens die ausschlaggebende verhaltenssteuernde Wirkung aufweisen oder ob diese erst im Zusammenwirken eine solche erreichen, nicht möglich. Eine dahingehende Studie ist daher zu empfehlen und für eine weitere Diskussion deren Ergebnisse abzuwarten.

Mag.^a Lisa Rösler ist Universitätsassistentin am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien; lisa.roesler@univie.ac.at

Außer Kontrolle?

Misshandlungsvorwürfe gegen die Polizei: Herausforderungen einer menschenrechtskonformen Umsetzung einer unabhängigen Ermittlungsstelle

Teresa Exenberger

1. Einleitung

In Österreich müssen Polizeibeamt*innen, die mit Misshandlungsvorwürfen konfrontiert werden, in der Regel nicht mit Strafen oder anderen Folgen rechnen. Internationale und nationale Organisationen sowie Expert*innen aus dem Menschenrechtsbereich kritisieren das derzeitige System: Sie sehen die polizeiinternen Untersuchungen von Misshandlungsvorwürfen als wesentliche Ursache dafür, dass Vorwürfe gegen involvierte Polizeibediensteten folgenlos bleiben.¹

Laut dem Regierungsprogramm 2020–2024 plant die Bundesregierung nun eine unabhängige Ermittlungsbehörde für Misshandlungsvorwürfe gegen Polizeibeamt*innen.² Die Idee dazu ist nicht neu. In vielen europäischen Staaten wie Belgien, Dänemark, Irland, Portugal, Ungarn und dem Vereinigten Königreich gibt es bereits unabhängige Polizeibeschwerdemechanismen.³ Zudem findet sich im Regierungsprogramm das Bekenntnis zur „Sicherstellung einer konsequenten Aufklärung bei Misshandlungsvorwürfen gegen Polizeibeamtinnen und Polizeibeamte“, welches wohl auch als Eingeständnis gewertet werden kann, dass solche Vorwürfe bisher nicht konsequent aufgeklärt wurden.⁴

2. Strafflosigkeit der Polizeibeamt*innen bei Misshandlungsvorwürfen

Misshandlungsvorwürfe gegen Polizeibeamt*innen führen derzeit in Österreich fast nie zu einer Anklage. Vielmehr müssen die Anzeigenden entweder mit der Einstellung des Verfahrens rechnen oder im schlimmsten Fall sogar mit einer Gegenanzeige mit dem Vorwurf der Verleumdung. Eine Studie des Austrian Center for Law Enforcement Sciences

1 Gaigg, Misshandlungsvorwürfe gegen Polizisten landen fast nie vor Gericht, *derstandard.at* 16.11.2018, www.derstandard.at/story/2000091549976 (11.3.2020).

2 Regierungsprogramm 2020–2024 „Aus Verantwortung für Österreich“, 213.

3 Siehe ausführlich Töpfer/Peter, Unabhängige Polizeibeschwerdestellen, 2017, www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/ANALYSE/Analyse_Unabhaengige_Polizeibeschwerdestellen.pdf (5.5.2020). Siehe auch eine vergleichende Studie des *Hungarian Helsinki Committee*, „Investigation of ill-treatment by the Police in Europe. Comparative Study of seven EU-countries“, www.helsinki.hu/wp-content/uploads/HHC_investigation_ill-treatment_comp_EN.pdf (26.3.2020).

4 Regierungsprogramm 2020–2024, 213.

(ALES) der Universität Wien untersuchte im Zeitraum von 2012 bis 2015 772 Akten der Staatsanwaltschaften (StA) Wien und Salzburg, die 1.518 Misshandlungsvorwürfe gegen Exekutivbeamt*innen behandelten. In Salzburg wurden alle 233 Verfahren eingestellt. In Wien kam es in nur sieben Fällen zu einem Strafantrag, in keinem zu einer Verurteilung.⁵ Zudem kam es laut der Studie in 10 % der Fälle zu einer Verleumdungsanzeige der Polizei gegen die Anzeiger*in der Misshandlung.⁶

Von Seiten der Justiz und der Exekutive wurde die hohe Diskrepanz zwischen Anzeigen und Verurteilungen oftmals mit dem Fehlen der Begründung für die Misshandlungsvorwürfe erklärt. In seiner damaligen Funktion als Generalsekretär im Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz (BMJ), kommentierte *Christian Pilnacek* die Diskrepanz bei der Präsentation der ALES-Studie damit, dass „ein gutes Ermittlungsergebnis auch die Einstellung eines Verfahrens sein kann“.⁷ Gegenteilig und überzeugender interpretieren Menschenrechtsexperte und ehemaliger Sonderberichterstatter für Folter der Vereinten Nationen *Manfred Nowak* sowie das Anti-Folterkomitee der Vereinten Nationen das Ergebnis der Studie: Die polizeilichen Untersuchungen von Misshandlungsvorfällen geschehen nur intern und genau das ist der Grund für die starke Diskrepanz zwischen Anzeigen und Verurteilungen.⁸

2.1. Polizei ermittelt gegen sich selbst

Ob im Auftrag der StA oder in eigenständigen polizeilichen Ermittlungen: Die Polizei ermittelt bei Misshandlungsvorfällen in der Sache gegen sich selbst. Das führt zu Interessenskonflikten und fehlender Unparteilichkeit der involvierten Beamt*innen bei Ermittlungen gegen Kolleg*innen. So betont auch der Europäische Kodex für Polizeiethik des Europarates: „Polizei, die gegen die Polizei ermittelt, lässt generell Zweifel an der Unabhängigkeit aufkommen.“⁹

Zudem spielt in Ermittlungs- und Strafverfahren der Korpsgeist innerhalb der Polizei eine erhebliche Rolle. Die ehemalige Generalsekretärin von Amnesty International Deutschland *Monika Lüke* analysierte in einem Interview mit dem Spiegel: „Der Korpsgeist, das missverstandene Wir-Gefühl führt dazu, dass sich die Polizisten gegenseitig decken.“¹⁰ Selbst eine unabhängige Ermittlungsstelle würde dieses Problem nicht gänzlich lösen, wäre aber ein erster Schritt.

5 ALES, Studie über den Umgang mit Misshandlungsvorfällen gegen Exekutivbeamte (2018), www.justiz.gv.at/file/2c94848a66ede49101671cc760ff1142.de.0/ales%20studie%20endfassung%20nov18.pdf?forcedownload=true (11.3.2020) 51.

6 ALES, Studie, justiz.gv.at, 52.

7 *Gaigg*, Misshandlungsvorfälle, derstandard.at.

8 *Gaigg*, Misshandlungsvorfälle, derstandard.at.

9 Council of Europe 19.9.2001, Recommendation Rec (2001) 10 on the European Code of Police Ethics.

10 *Hagen*, Polizeigewalt. Das Große Schweigen, derspiegel.de 8.7.2010, www.spiegel.de/panorama/justiz/polizeigewalt-das-grosse-schweigen-a-705422.html (11.3.2020).

2.2. Rechtsschutz und Beweisproblematik

Der bestehende Rechtsschutz bei Misshandlungsvorfällen, in die Polizeibeamt*innen involviert sind, ist als ungenügend zu bewerten, sowohl im strafrechtlichen, disziplinarrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Verfahren als auch im Verfahren bei der Volksanwaltschaft (VA). Die strafrechtliche Verfolgung scheitert häufig an der mangelnden Feststellbarkeit der individuellen Schuld. Auch disziplinarrechtlich folgen selten Konsequenzen für die involvierten Polizeibeamt*innen.¹¹ Maßnahmenbeschwerden bedeuten für Betroffene ein hohes Prozesskostenrisiko. Ungleiche Machtverhältnisse im Beweisverfahren benachteiligen Opfer von Polizeigewalt. Auch die kostenlose Beschwerdemöglichkeit bei der VA ist für Betroffene von Misshandlungsvorwürfen oft unbefriedigend.

2.3. Probleme in der strafrechtlichen Verfolgung von Missbrauchsvorwürfen

Im Strafverfahren ermittelt die Polizei selbst; unabhängige Ermittlungen gegen Polizist*innen werden dadurch erschwert. Ein großer Problembereich in strafrechtlichen Ermittlungen bei Vorwürfen der Polizeigewalt ist auch, dass in Österreich derzeit keine Kennzeichnungspflicht für Polizeibeamt*innen besteht. Für eine strafrechtliche Verurteilung ist – im Gegensatz zu Maßnahmenbeschwerden (siehe unten) – die Feststellung der individuellen Schuld wesentlich. Viele Verfahren wegen Misshandlungsvorwürfen enden, weil diese nicht festgestellt werden kann.¹² Da Polizeibedienstete in Österreich keine individuelle Kennzeichnung – wie bspw ihre Dienstnummer – offen sichtbar tragen, sind Betroffene darauf angewiesen, dass ihnen unter den Vorgaben des § 9 Abs 1 Richtlinien-Verordnung (RLV)¹³ auf Verlangen die Dienstnummer bekannt gegeben wird. Bei Einschreiten von geschlossenen Einheiten kann das einzelne Organ Betroffene gemäß § 9 Abs 3 RLV überdies auf die/den Kommandant*in verweisen. Der EGMR hat in einem Verfahren gegen Deutschland 2017 in Bezug auf die individuelle Kennzeichnung von Polizeibeamt*innen entschieden, dass bei Vorwürfen wegen Polizeigewalt Art 3 EMRK dann verletzt ist, wenn eine strafrechtliche Verfolgung deshalb erschwert wird, weil Polizeibeamt*innen keine individuelle Kennzeichnung tragen.¹⁴ Ein gut sichtbares Tragen der Dienstnummern auf der Uniform würde es ermöglichen, Amtshandlungen den betreffenden Exekutivbeamt*innen individuell einfacher zuzuordnen und somit eine strafrechtliche Verfolgung zu erleichtern.

11 *Volksanwaltschaft*, Bericht der Volksanwaltschaft an den Nationalrat und den Bundesrat 2018, Bd Kontrolle der öffentlichen Verwaltung, www.volksanwaltschaft.gv.at/downloads/8j2d8/PB%20Kontrolle%20%C3%B6ffentliche%20Verwaltung%202018_barrierefrei.pdf (3.5.2020) 116.

12 *Adensamer*, Dauerbrenner polizeiliche Kennzeichnungspflicht, *juridikum* 2019, 46.

13 Verordnung des Bundesministers für Inneres, mit der Richtlinien für das Einschreiten der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes erlassen werden (Richtlinien-Verordnung – RLV), BGBl 1993/266.

14 EGMR 9.11.2017, 47274/15, *Hentschel u Stark/Deutschland*, Rz 103.

2.4. Fehlen disziplinarrechtlicher Verfolgung

Ein Nebeneffekt der häufigen Einstellung des Strafverfahrens bei Missbrauchsvorwürfen gegen die Polizei ist, dass auch Disziplinarverfahren gegen Polizeibeamt*innen oft eingestellt werden. So kritisiert die VA, dass sich Disziplinarbehörden erfahrungsgemäß an der strafrechtlichen Relevanz der Tat orientieren. Folglich gibt es häufig weder strafrechtliche noch disziplinarrechtliche Konsequenzen.¹⁵

2.5. Probleme bei verwaltungsrechtlichen Verfahren

Opfer von Misshandlungen können Maßnahmenbeschwerden bei den Verwaltungsgerichten (VwG) erheben. Diese stellen fest, ob das Polizeihandeln, sogenannte Akte der unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt, rechtswidrig war. Der Rahmen der Rechtswidrigkeit ist im verwaltungsbehördlichen Verfahren weiter gefasst als im strafrechtlichen Verfahren. Der verwaltungsbehördliche Rechtbehelf der Maßnahmenbeschwerde orientiert sich nicht am Strafgesetzbuch (StGB), sondern ermöglicht auch die Feststellung einer Verletzung von Art 3 EMRK und umfasst somit auch Fälle von Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe.¹⁶

Allerdings sind Betroffene, die eine Maßnahmenbeschwerde einbringen, der Gefahr ausgesetzt, das beträchtliche Prozesskostenrisiko selbst zu tragen.¹⁷ Das gilt insbesondere dann, wenn die Beweislage schlecht ist.

2.6. Machtgefälle im Beweisverfahren

Eine gute Beweislage ist im Strafverfahren wie auch im Verfahren vor den VwG ausschlaggebend, um seine Rechte als Opfer von Missbrauchsvorwürfen durchsetzen zu können. Jedoch sind Rechtssuchende in beiden Verfahren strukturell benachteiligt. Die *Logik des Rechtsstaats* misst den Aussagen von Staatsbediensteten besonders viel Vertrauen und Glaubwürdigkeit bei. Das gilt selbst für Aussagen von Polizeibeamt*innen, die sich Misshandlungsvorwürfen stellen müssen.

Tobias Singelstein sagt zur Glaubwürdigkeit der Aussagen von Polizist*innen: „[Gerichte] sind daran gewöhnt, Polizisten zu glauben, sie als neutrale Beobachter anzusehen. Diese Perspektive zu verlassen, ist offenbar nicht ganz einfach. [...] auf der anderen Seite [hat man] einen Polizisten, der in der Glaubwürdigkeitshierarchie allgemein sehr weit

¹⁵ *Volksanwaltschaft*, Bericht 2018, 116.

¹⁶ VfGH 9.6.1992, B820/90 (nicht notwendige Fesselung mit Handschellen). EGMR 18.1.1978, 5310/71, *Irland/Vereinigtes Königreich*, Rz 162.

¹⁷ Verordnung des Bundeskanzlers über die Pauschalierung der Aufwändersätze im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten über Beschwerden wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Behörde in Vollziehung der Gesetze (VwG-Aufwändersatzverordnung – VwG-AufwErsV), BGBl 2013/517.

oben steht, vielleicht auch noch einen Kollegen als Zeugen. Ein Polizist ist eben kein normaler Angeklagter.“¹⁸

Dieses strukturelle Ungleichgewicht im Beweisverfahren kann sich bei Misshandlungsvorwürfen besonders negativ auf Folteropfer auswirken, wenn ihren Aussagen selbst in diesen sensiblen Verfahren weniger Validität als jenen der Polizei beigemessen wird.

3. Die Grenzen der volksanwaltschaftlichen Kontrolle

Opfer von Polizeigewalt können sich grundsätzlich auch an die VA wenden. Der Rechtsschutz der VA ist jedoch unzureichend: Sie verfügt nur über eingeschränkte Ermittlungsmöglichkeiten und ihr Prüfmandat ist auf die Verwaltung beschränkt.

Die VA geht Individualbeschwerden über Misshandlungsvorwürfe nach und prüft vereinzelt auch Fälle von Amts wegen. Sie ist jedoch bei der Ermittlung von Beweisen eingeschränkt, weil sie nicht über durchsetzbare Ermittlungsbefugnisse verfügt.¹⁹ Aufgrund der begrenzten Ermittlungsmöglichkeiten der VA kann in den meisten Fällen kein Fehlverhalten der Polizei festgestellt werden. So hat die VA zwar die Möglichkeit, umfassende Akteneinsicht von der Polizei zu verlangen, ein Erscheinen von Zeug*innen kann jedoch nicht mit Zwang durchgesetzt werden. Zudem ist die VA nur berechtigt, die öffentliche Verwaltung, nicht aber die Gerichtsbarkeit zu überprüfen. Sie prüft ausschließlich die Polizei als Behörde und Teil der öffentlichen Verwaltung, nicht aber die StA, die gemäß Art 90a B-VG als Behörde der Gerichtsbarkeit zugerechnet wird. Das Prüfmandat der VA endet daher bei der polizeilichen Berichterstattung eines Misshandlungsvorwurfs an die StA. Ab diesem Zeitpunkt führt die StA die Ermittlungen und die Polizei wird wiederum für sie tätig. Die Überprüfung der StA durch die VA ist nicht möglich.²⁰

Auch die VA spricht sich klar für eine unabhängige Ermittlungsstelle aus. Laut VA prüfen aufgrund der bestehenden Rechtslage weiterhin Polizeibeamt*innen Vorwürfe gegen ihre Kolleg*innen und auch „[...] wenn diese am Vorfall nicht beteiligt bzw. befangen waren, wäre aus Sicht der VA nach wie vor eine unabhängige Ermittlungsstelle für Misshandlungsvorwürfe außerhalb des BMI, in der unabhängige Expertinnen und Experten (z.B. Ärztinnen und Ärzte, eventuell pensionierte Exekutivbedienstete) gemeinsam mit der StA Ermittlungen durchführen, die beste Lösung.“²¹

Unzureichende Rechtsschutzmöglichkeiten führen auch dazu, dass Opfer von Misshandlungen durch Polizeibeamt*innen diese erst gar nicht anzeigen und keine Beschwerden einbringen. Bei Opfern überwiegt oft die begründete Angst vor schwerwiegenden Nachteilen wie insbesondere Gegenanzeigen und Prozesskosten.

18 *Süddeutsche Zeitung*, Thema des Tages Polizeigewalt, Interview mit *Tobias Singelstein*, 25.2.2013, 2.

19 *Volksanwaltschaft*, Bericht der Volksanwaltschaft an den Nationalrat und an den Bundesrat 2015, Kontrolle der öffentlichen Verwaltung, www.volksanwaltschaft.gv.at/downloads/7kulq/PB39nachpr%C3%BCfend.pdf (5.5.2020) 145.

20 Art 148a bis 148j B-VG.

21 *Volksanwaltschaft*, Bericht 2018, 116.

4. Forderung nach einer unabhängigen Ermittlungsstelle nach Polizeigewalt auf Klimademo

Die Bedeutung einer solchen Einrichtung zeigen auch die jüngsten Ereignisse von Polizeigewalt am 31.5.2019 anlässlich der Klimaproteste von *Fridays for Future*.²² Die dadurch ausgelöste, breite öffentliche Diskussion machte erneut die Notwendigkeit einer unabhängigen Untersuchung von Misshandlungsfällen in Österreich deutlich. Amnesty International Österreich hat in einem umfassenden Bericht die Vorfälle aus menschenrechtlicher Sicht analysiert und Gewalt- und Zwangsmaßnahmen der Polizei als unverhältnismäßig beschrieben.²³ Die Menschenrechtsorganisation fordert eine umfassende Evaluierung der Vorfälle sowie eine unabhängige Untersuchungsbehörde, die zukünftig Misshandlungsvorfälle gegen die Polizei untersucht.²⁴ Während laut Justizministerin *Alma Zadić* gegen insgesamt acht Polizeibedienstete noch Strafverfahren laufen²⁵, brachten fünf Betroffene auch Maßnahmenbeschwerden beim VwG Wien ein.²⁶ Einige Amtshandlungen der Polizisten wurden vom VwG Wien für rechtswidrig erklärt. In einem Fall erkannte das VwG Wien überdies eine Verletzung des Art 3 EMRK. Ein Video, auf welchem zu sehen ist, wie ein Beamter mit der Faust auf den von mehreren Beamten fixierten Betroffenen einschlägt, diene als Beweis. Zudem stellte sich anlässlich des Verfahrens heraus, dass die Beamt*innen fälschlicherweise dokumentierten, dass der Betroffene nicht verletzt sei. Im Widerspruch dazu erwähnte sogar ein polizeiamtärztliches Gutachten die sichtbaren Verletzungen. Weiters habe die Polizei gegen die Verpflichtung zur Achtung der Menschenwürde – und damit gegen Art 3 EMRK – verstoßen.²⁷ Klar ist, dass die (zumindest teilweise) erfolgreichen Maßnahmenbeschwerden von Betroffenen beim VwG Wien durch eine gute Beweislage – nämlich das vorhandene Videomaterial – begünstigt wurden.

Die Polizeigewalt anlässlich der Klimaproteste löste einen breiten öffentlichen Diskurs aus. Der dazu erschienene Bericht von Amnesty International zur Polizeigewalt wurde im Dezember 2019 veröffentlicht. Im Januar 2020 wurde das neue Regierungsprogramm 2020–2024 präsentiert, welches die Einrichtung einer unabhängigen Ermittlungsstelle von Misshandlungsvorfällen gegen Polizeibeamt*innen vorsieht.²⁸

22 *Amnesty International*, Kurzbericht zu Vorfällen von Polizeigewalt im Rahmen der Spontanversammlung „Streik mit Greta – No Future On A Dead Planet“ am 31.5.2019 in Wien, www.amnesty.at/media/6553/amnesty_kurzbericht-polizeigewalt-bei-klimademo_dezember-2019.pdf (11.3.2020).

23 *Amnesty International*, Kurzbericht, amnesty.at.

24 *Amnesty International*, Kurzbericht, amnesty.at.

25 Die StA ermittelt gegen die Beamten wegen des Verdachts der Verletzung folgender Straftatbestände: § 89 StGB, § 83 Abs 1 StGB, § 83 Abs 2 StGB, § 84 Abs 1 StGB und § 302 StGB. Bundesministerin für Justiz, *Alma Zadić*, Beantwortung der parlamentarischen Anfrage, 603/AB v 17.3.2020 zu 567/J (27. GP) 2.

26 Bundesminister für Inneres, *Karl Nehammer*, Beantwortung der parlamentarischen Anfrage, 605/AB v 17.3.2020 zu 566/J (27. GP) 8.

27 *Gaigg*, Amtshandlung bei Klimademo in Wien war rechtswidrig, derstandard.at/12.12.2019, www.derstandard.at/story/2000112182029 (11.3.2020); *NN*, Polizeigewalt bei Klimademo: Weitere Amtshandlungen teils rechtswidrig, derstandard.at/14.1.2020, www.derstandard.at/story/2000113298710 (11.3.2020). Die StA hat kein Ermittlungsverfahren bezüglich der falsch abgefassten Aktenvermerke eingeleitet, die diesbezügliche Prüfung ist jedoch zum Zeitpunkt der Beantwortung der parlamentarischen Anfrage nicht abgeschlossen: *Zadić*, 603/AB v 17.3.2020 zu 567/J (27. GP) 3.

28 Regierungsprogramm 2020-2024, 213.

5. Internationale Vorgaben

Europäische und internationale Menschenrechtsgermien haben Österreich mehrfach nahegelegt, die Ermittlungen gegen Polizeibeamt*innen bei Misshandlungsvorwürfen zu verbessern. So wurde Österreich bei der jüngsten Staatenprüfung des UN-Anti-Folterkomitees ausdrücklich dazu aufgefordert, dafür Sorge zu tragen, dass Vorwürfe von Folter und Misshandlung gegen Polizeikräfte unverzüglich, wirksam und unparteiisch untersucht werden.²⁹ Auch das Europäische Komitee zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT), eine Institution des Europarates, empfiehlt Österreich seit vielen Jahren die Einrichtung einer unabhängigen Stelle zur Untersuchung von Misshandlungsfällen.³⁰

Das Erfordernis einer unabhängigen und wirksamen Ermittlungsstelle ist – implizit nach EMRK und auch explizit in der von Österreich ratifizierten UN-Anti-Folterkonvention (CAT)³¹ – Teil der völkerrechtlichen Verpflichtung Österreichs (Art 3 EMRK, Art 12, 13 CAT).³²

5.1. Verpflichtungen gemäß EMRK

Neben dem zentralen Folterverbot gemäß Art 3 EMRK, gibt Art 13 EMRK vor, dass Verletzte das Recht haben, eine *wirksame Beschwerde* bei einer nationalen Instanz einzulegen. Es muss also eine Beschwerdemöglichkeit geben, wenn die Verletzung von Personen verursacht wird, die in amtlicher Eigenschaft handeln – wie die Polizei bei offiziellen Polizeieinsätzen.

Neben den materiell-rechtlichen Vorgaben des Art 3 EMRK, hat diese Bestimmung auch einen prozessrechtlichen Aspekt. Der EGMR hat in ständiger Rechtsprechung festgestellt, dass auf Grundlage des Art 3 EMRK bei jedem Misshandlungsvorwurf, der gegen die Polizei erhoben wird, ein effektives, offizielles Ermittlungsverfahren einzuleiten ist.³³ Aus Art 3 EMRK lässt sich somit das Erfordernis einer unabhängigen Untersuchung von Misshandlungsvorwürfen ableiten. Laut Judikatur des EGMR bedeutet dies, dass die untersuchende Person von der untersuchten Person unabhängig sein muss.³⁴

29 Concluding Observations des Committee against Torture zum 6. Staatenbericht Österreichs v 9.12.2015, CAT/C/AUT/CO/6, Z 36, 37.

30 CTP, Bericht des Europäischen Komitees zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT) an die österreichische Regierung über seinen Besuch in Österreich v 22.9.-1.10.2014, CPT/Inf (2015), rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680653ec4 (7.5.2020) 34, 5, 17. Das CPT besuchte Österreich in den Jahren 1990, 1994, 1999, 2004, 2009 und 2014.

31 BGBl 1987/492 idgF.

32 Vgl *Schabas*, European Convention on Human Rights: A commentary, 2015. Vgl *Nowak/Birk/Monina*, The United Nations Convention Against Torture and its Optional Protocol: A Commentary (2019), www.atlas-of-torture.org/en/entity/cxma1n25deb?searchTerm=&page=1 (27.3.2020).

33 Vgl EGMR 28.10.1998, 24760/94, *Assenov/Bulgarien*, Rz 102 ff, EGMR 6.4.2000, 26772/95, *Labita/Italien*, Rz 131 ff; EGMR 11.7.2000, 40035/98, *Dikme/Türkei*, Rz 131 ff.

34 EGMR 11.10.2011, 38455/06, *Portmann/Schweiz*, Rz 67; EGMR 24.7.2014, 7511/13, *Husayn (Abu Zubaydah)/Polen*, Rz 480; EGMR 24.7.2014, 28761/11, *Al Nashiri/Polen*, Rz 486.

5.2. Verpflichtungen gemäß der UN-Anti-Folterkonvention

Vorwürfe wegen der Ausübung unverhältnismäßiger Gewalt müssen auch nach Art 12, 13 CAT unabhängig, unmittelbar, unverzüglich und umfassend untersucht werden.³⁵ Art 12 CAT besagt: „Jeder Vertragsstaat trägt dafür Sorge, dass seine zuständigen Behörden umgehend eine unparteiische Untersuchung durchführen, sobald ein hinreichender Grund für die Annahme besteht, dass in einem seiner Hoheitsgewalt unterstehenden Gebiet eine Folterhandlung begangen wurde.“

6. Erfordernisse an eine effektive Untersuchung

Laut den Gremien der Vereinten Nationen und des Europarates können insbesondere folgende Kriterien als die wesentlichen Erfordernisse an eine effektive Untersuchung von Misshandlungsvorwürfen verstanden werden: 1. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, 2. Gründlichkeit, 3. Unverzüglichkeit, 4. Kompetenz und 5. Beteiligung des Opfers und öffentliche Kontrolle.³⁶

Aus menschenrechtlicher Sicht ist die Unabhängigkeit der Ermittlungsstelle eines der zentralen Kriterien für eine effektive Untersuchung von Misshandlungsvorwürfen. Im Sinne einer Unabhängigkeit soll in tatsächlicher Hinsicht („praktische Unabhängigkeit“) keine hierarchische oder institutionelle Verbindung gegeben sein.³⁷ Das CPT stellt an eine unabhängige Untersuchung die Anforderung, dass die Ermittlungseinheit von der Polizei vollkommen unabhängig sein soll.³⁸

Die Untersuchungen sollen gründlich durchgeführt werden. Damit ist insbesondere das Setzen angemessener Schritte zur Beweissicherung gemeint. Laut CPT sollen die Untersuchenden keine Polizeikräfte sein und dennoch über angemessene Qualifikation und Kompetenzen verfügen. Die Ermittlungsbehörden sollen mit der ausreichenden Kompetenz zur Ermittlung ausgestattet sein, weder rechtliche noch praktische Hindernisse sollen Untersuchungen behindern.³⁹ Weitere Anforderungen an eine effektive Untersuchung sind, dass sie unverzüglich stattfinden, die Beteiligung des Opfers und ein ausreichendes Maß an öffentlicher Kontrolle.⁴⁰ Österreich hat die Erfordernisse an eine unabhängige Untersuchung von Misshandlungsvorwürfen trotz internationaler Vorgaben und umfassender Probleme im Umgang mit Misshandlungsvorwürfen bis dato nicht umgesetzt.

35 Siehe Allgemeine Bemerkung Nr 20 des UN-Menschenrechtsausschusses zu Art 7 des Paktes über bürgerliche und politische Rechte, BGBl 1978/591. Vgl *Nowak/Birk/Monina*, Torture 2019

36 Vgl auch *Svanidze*, Effective Investigation of Ill-Treatment. Guidelines on European Standards (2014), www.atlas-of-torture.uwazi.io/api/files/15484334842533narjjgb6qm.pdf (27.3.2020).

37 EGMR 11.10.2011, 38455/06, *Portmann/Schweiz*, Rz 67; EGMR 24.7.2014, 7511/13, *Husayn (Abu Zubaydah)/Polen*, Rz 480; EGMR 24.7.2014, 28761/11, *Al Nashiri/Polen*, Rz 486, EGMR Urteil 5.10.2004, 46430/99, *Barbu Anghelescu/Rumänien*, Rz 66 ff.

38 Siehe CTP, Bericht des Europäischen Ausschusses zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (CTP) an die österreichische Regierung anlässlich seines Besuches in Österreich v 19.–30.9.1999, CPT/Inf (2001), <https://rm.coe.int/1680653e0c> (7.5.2020) 8, 43.

39 CPT, Österreich 1999, 43.

40 EGMR 4.5.2001, 30054/96, *Kelly u.a./Vereinigtes Königreich*, Rz 95 ff.

7. Unabhängige Ermittlungsstelle in Österreich

Im Regierungsprogramm ist das Projekt einer unabhängigen Ermittlungsstelle folgendermaßen beschrieben: „*Konsequente und unabhängige Ermittlung bei Misshandlungsvorfällen gegen Polizeibeamtinnen bzw. Polizeibeamte in einer eigenen Behörde in multi-professioneller Zusammensetzung, die sowohl von Amts wegen ermittelt als auch als Beschwerdestelle für Betroffene fungiert und mit polizeilichen Befugnissen ausgestattet ist*“.⁴¹ Das Bundesministerium für Inneres soll das Projekt umsetzen. Laut Innenminister *Karl Nehammer* soll bis Herbst 2020 ein umsetzungsfähiges Konzept vorliegen.⁴²

7.1. Unabhängigkeit

Problematisch könnte bei der Umsetzung der Ermittlungsstelle insbesondere das Erfordernis der Unabhängigkeit sein. Eine derzeit sehr naheliegende Umsetzung der unabhängigen Ermittlungsstelle in Österreich ist die Ansiedelung beim Bundesamt für Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung (BAK). Bereits jetzt wird das BAK über Misshandlungsvorfälle informiert.⁴³

Nach der Judikatur des EGMR soll im Sinne der Unabhängigkeit für eine wirksame Untersuchung keine hierarchische oder institutionelle Verbindung zwischen den ermittelnden und den verdächtigen Beamt*innen gegeben sein. Allerdings ergibt die Rechtsprechung des EGMR ein uneinheitliches Bild, wann Ermittlungen gegen Polizeibeamt*innen konkret als unabhängig zu sehen sind und wann nicht. Insbesondere bezüglich der Frage, wo die Grenze der institutionellen Nähe und der hierarchischen Abhängigkeit verläuft, beantwortet der EGMR je nach Fallkonstellation unterschiedlich.⁴⁴

Eine Ansiedelung im BAK als Einrichtung des BMI ist im Sinne der Unabhängigkeit problematisch, da das BAK nicht weisungsfrei ist (§ 7 BAK-G).⁴⁵ Das BAK steht unter der Weisungsbefugnis der/des Bundesminister*in für Inneres, welche*r auch weisungsbefugt gegenüber der Polizei ist. Das BAK sowie auch andere Behörden, die nicht weisungsfrei sind, wären für eine menschenrechtskonforme Umsetzung im Sinne der Unabhängigkeit problematisch. Amnesty International fordert im Sinne der Unabhängigkeit die Einrichtung einer Behörde, die jedenfalls außerhalb der Weisungsbefugnis der/des Bundesminister*in für Inneres steht.⁴⁶

41 Regierungsprogramm 2020–2024, 213.

42 Bundesminister für Inneres, *Karl Nehammer*, Beantwortung der parlamentarischen Anfrage, 605/AB v 17.3.2020 zu 566/J (27. GP) 10.

43 Erlass des BMI über den Umgang mit Misshandlungsvorfällen, BMI-OA1305-147-II/1/c/2018.

44 *Töpfer/Normann*, Unabhängige Polizei-Beschwerdestellen. Eckpunkte für Ihre Ausgestaltung (2014), www.institut-fuer-menschenrechte.de/publikationen/show/policy-paper-nr-27-unabhaengige-polizei-beschwerdestellen-eckpunkte-fuer-ihre-ausgestaltung (5.5.2020) 10. EGMR 15.5.2007, 52.391/99, *Ramsahai ua/Niederlande*; EGMR 9.11.2017 47274/15, *Hentschel u Stark/Deutschland*, Rz 103.

45 Gesetz über das Bundesamt zur Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung (BAK-G) BGBl 2009/72.

46 *Amnesty International*, Kurzbericht, amnesty.at.

Zudem ist naheliegend, dass – trotz multiprofessioneller Besetzung – zumindest ein großer Teil des Personals Polizeibeamt*innen sein werden, insbesondere da die Behörde mit polizeilichen Befugnissen ausgestattet sein soll. Damit ist jedoch erneut das Problem verbunden, dass Polizeibeamt*innen gegen ihre Kolleg*innen ermitteln, womit jedenfalls der Anschein besteht, dass die Ermittlungen nicht unabhängig durchgeführt werden.⁴⁷ Auch eine Ansiedelung bei der StA wäre denkbar. Die StA ist als Behörde gemäß Art 90a B-VG der ordentlichen Gerichtsbarkeit zuzurechnen, Weisungen sind nur eingeschränkt möglich. Derzeit ist die StA Leiterin der Ermittlungsverfahren und beauftragt in der Regel die Kriminalpolizei, sofern sie nicht ausnahmsweise von ihrem Recht nach § 103 Abs 2 StPO Gebrauch macht, die Ermittlungen selbst durchzuführen. Aus praktisch-kriminaltaktischen Überlegungen ist die StA auf die Kooperation mit der Polizei angewiesen und eine Verfahrensleitung gegen Bestrebungen der Polizei ist unrealistisch.⁴⁸ Für eine Verankerung der Ermittlungsstelle bei der StA bedürfte es einer gesetzlichen Ermächtigung die Ermittlungen selbst durchzuführen sowie ausreichende Ermittlungskapazitäten.⁴⁹

7.2. Kompetenz – Umfassendes Mandat und Fähigkeiten

Die von der Bundesregierung geplante Ermittlungsstelle soll als Behörde mit polizeilichen Befugnissen ausgestattet sein und von Amts wegen ermitteln dürfen. Sie soll also grundsätzlich mit einem umfassenden Mandat zur Untersuchung ausgestattet sein.⁵⁰ Unklar ist im Hinblick auf die Umsetzung der Ermittlungsstelle jedoch die konkrete Definition des Misshandlungsbegriffes. Das StGB geht von einem anderen (engeren) Misshandlungsbegriff aus als internationale Vorgaben, allen voran – aufgrund der Stellung im Verfassungsrang – Art 3 EMRK, wovon Folter ebenso wie die grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung umfasst sind. Nach dem StGB sind Misshandlungen grundsätzlich nur dann strafbar, wenn sie eine Körperverletzung oder Gesundheitsbeeinträchtigung nach sich ziehen, eine rein „psychische Misshandlung“⁵¹ oder Hautrötungen (bei diesen stellt die Judikatur des OGH⁵² auf deren Dauer ab, um eine Körperverletzung iSd § 83 StGB zu bejahen) liegen unter Umständen unterhalb der Strafbarkeitsschwelle des StGB. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren (Maßnahmenbeschwerde) kann sich die Rechtswidrigkeit hingegen auch an Art 3 EMRK orientieren, der neben der grausamen und unmenschlichen

47 Siehe weiterführend zum Thema Besetzung von unabhängigen Polizeibeschwerdestellen in europäischen Staaten mit Ermittler*innen mit Polizeihintergrund: *Töpfer/Peter*, Unabhängige Polizeibeschwerdestellen 27-28.

48 *Menschenrechtsbeirat des Bundesministeriums für Inneres*, Bericht der Arbeitsgruppe unabhängige polizeiexterne Beschwerdestelle für Misshandlungsvorwürfe gegen Organe der Sicherheitsexekutive (2010), www.bmi.gv.at/408/Berichte/files/Abschlussbericht_AG_Misshandlung_Druckversion.pdf (5.5.2020) 27.

49 *Menschenrechtsbeirat*, Bericht 27.

50 Regierungsprogramm 2020-2024, 213.

51 *Menschenrechtsbeirat*, Bericht 18. Ausnahme zB § 312 StGB *Quälen oder Vernachlässigen eines Gefangenen* umfasst auch seelische Qualen.

52 OGH 14.11.2013, 12 Os 115/13y.

Behandlung auch die erniedrigende Behandlung umfasst.⁵³ Nach einer Entscheidung des VfGH war eine erniedrigende Behandlung bspw bei einem polizeilichen Befehl, sich zu entkleiden und eine Damenbinde vorzuweisen, gegeben.⁵⁴

Ohne eine Änderung des StGB wird sich die unabhängige Ermittlungsstelle in Strafverfahren weiterhin an der Misshandlungsbegrifflichkeit des StGB orientieren. Allerdings sieht auch der derzeit jüngste Erlass des BMI zu Misshandlungsvorwürfen⁵⁵ vor, dass auch jede mutmaßliche menschenunwürdige und erniedrigende Behandlung (also eine Misshandlung im Sinne des Art 3 EMRK) dokumentiert werden muss, auch wenn sie nicht als Körperverletzung im Sinne des StGB, wie bspw Hautrötungen unterhalb der Strafbarkeitsschwelle, zu qualifizieren ist. Nach der früheren Erlasslage des BMI wurden Hautrötungen – entgegen höchstgerichtlicher Judikatur, die für die Beurteilung einer Hautrötung als Körperverletzung im Sinne des § 83 StGB auf deren Dauer abstellt – generell nicht dokumentiert.⁵⁶ Für die Beurteilung der Dauer ist eine anfängliche Dokumentation allerdings Voraussetzung. Daher fanden diese Misshandlungsvorwürfe bei den strafrechtlichen Ermittlungen bis zur jüngsten Erlasslage keine Berücksichtigung.⁵⁷ Zudem orientieren sich auch Disziplinarverfahren in der Regel am Ausgang eines allfälligen Strafverfahrens. Daher bedeutet Strafflosigkeit in Österreich in der Regel Folgenlosigkeit.

Bei der Umsetzung der Ermittlungsstelle sollte das Mandat zur Untersuchung von Misshandlungen jedenfalls Fälle der Folter und unmenschlichen Behandlung gemäß Art 3 EMRK mitumfassen. Um dem Erfordernis der Gründlichkeit zu genügen, ist es nicht nur notwendig, dass die Untersuchenden das rechtliche Mandat haben, jeden Fall von Misshandlung zu untersuchen, sondern auch, dass sie die erforderliche Qualifikation für eine effektive Untersuchung mitbringen. Das könnte insbesondere dann nicht der Fall sein, wenn keine*r der Untersuchenden einen Polizeihintergrund hat. Dieser Herausforderung könnte man insbesondere mit einer tatsächlichen multiprofessionellen Untersuchung Rechnung tragen. Eine Ermittlungseinheit könnte aus Personen mit unterschiedlichen professionellen Hintergründen bestehen, ausreichende Ermittlungsfähigkeit sollte durch umfassende Trainings sichergestellt werden.⁵⁸

Jedenfalls ist zur Gewährleistung von gründlichen Untersuchungen in der neuen Ermittlungsstelle die Ausstattung mit ausreichenden finanziellen Mitteln essentiell. Die unabhängige Stelle muss zudem die Möglichkeit haben, unverzüglich zu ermitteln. Das bedeutet, dass ab Kenntnis einer Behörde oder Beschwerde einer Person über eine Misshandlung, das Mandat zur Untersuchung von Beginn an bei der unabhängigen Ermittlungsstelle liegen muss.

53 EGMR 18.1.1978, 5310/71, *Irland/Vereinigtes Königreich*, Rz 162; EGMR 25.4.78, 5856/72, *Tyrrer/ Vereinigtes Königreich*, Rz 32, 35.

54 VfGH 26.2.1990, B 1186/89.

55 BMI-OA1305-147-II/1/c/2018.

56 ALES, Studie, justiz.gv.at, 44.

57 BMI-OA1305-147-II/1/c/2018.

58 Siehe weiterführend *Töpfer/Peter*, Unabhängige Polizeibeschwerdestellen.

8. Conclusio

In Österreich bleiben Misshandlungsvorwürfe in der Regel folgenlos für die involvierten Polizeibeamt*innen. Die Untersuchung der Misshandlungsvorfälle und Rechtsschutz für Betroffene ist unzureichend. Das geplante Projekt einer unabhängigen Ermittlungsstelle ist grundsätzlich begrüßenswert. Das BMI beabsichtigt zudem auch externe Expertise relevanter Akteur*innen wie der VA und Amnesty International in die Konzeption der Ermittlungsstelle einzubinden.⁵⁹

Die Umsetzung und konkrete Ausgestaltung einer unabhängigen Ermittlungsstelle und Antwort auf die Frage, ob Misshandlungsvorwürfe dann auch in der Praxis tatsächlich effektiv untersucht werden, hängt auch vom politischen Willen ab, internationale Vorgaben zu berücksichtigen und wird sich erst nach der Umsetzung der Ermittlungsstelle beurteilen lassen.

Zentral in der Umsetzung der Ermittlungsstelle wird jedenfalls die Gewährleistung der Unabhängigkeit der Untersuchung sein. Eine zum heutigen Tag realistisch scheinende Möglichkeit einer Umsetzung innerhalb des BAK – und damit innerhalb der Weisungsbefugnis des Bundesministers für Inneres – ist aus menschenrechtlicher Sicht im Sinne einer effektiven Untersuchung von Misshandlungsvorwürfen problematisch. Anhand des Regierungsprogrammes ist derzeit nicht zu beurteilen und bleibt somit offen, ob sich die Untersuchungen in der Ermittlungsstelle an einem rein strafrechtlichen oder auch menschenrechtlichen Misshandlungsbegriff orientieren werden. Bei der Umsetzung der Ermittlungsstelle sollten Fälle der Folter und unmenschlichen Behandlung gemäß Art 3 EMRK jedenfalls mitumfasst sein.

Die Ermittlungsstelle sollte in Zukunft auch dazu beitragen, dass Misshandlungsvorwürfe in Österreich nicht folgenlos bleiben. Ob sich in Zukunft Betroffene auch wirklich an die Ermittlungsstelle wenden oder sich, bspw. aus begründeter Angst vor Gegenanzeigen, weiterhin nicht melden, wird ein Indikator dafür sein, ob die Ermittlungsstelle Misshandlungsvorfälle auch tatsächlich unabhängig und effektiv untersucht.⁶⁰

Mag.^a Teresa Exenberger ist Juristin und arbeitet bei Amnesty International; teresa.exenberger@amnesty.at

⁵⁹ Bundesminister für Inneres, *Karl Nehammer*, Beantwortung der parlamentarischen Anfrage, 605/AB v 17.3.2020 zu 566/J (27. GP) 10.

⁶⁰ Tausend Dank an Moritz Birk, Judith Bauder, Alina Hanel, Alexandra Keller und David Weixlbraun für ihre großartige Unterstützung!

Staatsangehörigkeit aufräumen

Ausgewählte Aspekte in der Debatte um ein zeitgemäßes Staatsbürgerschaftsgesetz

Antonia Wagner

1. Einleitung

Zukunftsmodelle im Staatsangehörigkeitsrecht gibt es viele – ob es die Idee eines „Stakeholder Citizenships“,¹ ein „ius nexi“,² „cityzenship“,³ oder die Einführung eines „Eurozenship“⁴ ist. Manche Autor*innen sprechen gar von einem nahenden „Ende der Staatsbürgerschaft“.⁵ Was diese Vorschläge eint, ist die Ansicht, dass das traditionelle System der Zuordnung von Menschen zu Staaten angesichts steigender internationaler Mobilität nicht mehr zeitgemäß ist. Geradezu dystopisch klingen solche Vorstöße allerdings für Proponent*innen der Staatsangehörigkeit (StA)⁶ als unauflösbare Verknüpfung zwischen Staat und Individuum, als „Schicksalsgemeinschaft“⁷ die demnach folgerichtig nur als „Krönung“ des Integrationsprozesses verliehen werden sollte.⁸

Nicht weit entfernt vom Schicksal ist der Zufall und als solcher erweist sich die Frage, ob neugeborene Menschen Glück oder Pech bei der „birthright lottery“⁹ haben. Der Staatsangehörigkeitserwerb bei Geburt folgt traditionell dem *ius soli* oder dem

1 *Bauböck*, Stakeholder Citizenship: An Idea Whose Time Has Come? (2008) www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/Baubock-FINAL%5B1%5D.pdf (13.1.2020).

2 *Shachar*, The Birthright Lottery. Citizenship and Global Inequality (2009) 7.

3 Vgl etwa *Oomen*, Cities vs States: Should Urban Citizenship be Emancipated from Nationality? (12.12.2019) globalcit.eu/cities-vs-states-should-urban-citizenship-be-emancipated-from-nationality/17/ (15.1.2020).

4 Vgl zu diesem Vorstoß die im Jänner 2019 auf verfassungsblog.de geführte Debatte rund um „Eurozenship“, www.verfassungsblog.de/category/debates/eurozenship-pro-and-contra-debates/ (13.1.2020), darunter *Kostakopoulou*, Who Should Be a Citizen of the Union? Toward an Autonomous European Union Citizenship, zur Kritik anstelle vieler: *Bauböck*, If You Want to Make EU Citizenship More Inclusive You Have to Reform Nationality Laws.

5 *Benhabib*, Die Rechte der Anderen. Ausländer, Migranten, Bürger (2008) 116 mwN; vgl auch *Jacobson*, Rights Across Borders: Immigration and the Decline of Citizenship (1997); *Soysal*, Limits of citizenship (1994).

6 Abweichend von der öst. Terminologie wird idF die Formulierung „Staatsangehörigkeit“ bzw „StA“ verwendet. Historisch lassen sich zwar Unterschiede in der Konzeption von StA und Staatsbürgerschaft ausmachen (vgl etwa *Corral*, Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft vor den Herausforderungen des demokratischen Verfassungsstaates, *Der Staat* 2007, 349), rechtlich sind sie aber Synonyme, weswegen auch aus Gründen der geschlechtsneutralen Formulierung dem Begriff der Staatsangehörigkeit der Vorzug gegeben wird.

7 *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in *Redaktion Kritische Justiz* (Hrsg), Demokratie und Grundprinzip (2000) 8 (17); *Isensee*, Abschied der Demokratie vom Demos, in *Schwab* (Hrsg), Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft (1989) 705 (709).

8 Siehe zur „Krönungstheorie“ *Farahat*, Progressive Inklusion. Zugehörigkeit und Teilhabe im Migrationsrecht (2014) 161.

9 *Shachar*, Birthright 7.

ius sanguinis.¹⁰ Für *Shachar* sind beide Kriterien letzten Endes willkürlich. Während bei einem reinen *ius soli* die Tatsache der Geburt innerhalb eines bestimmten geographischen Gebiets die StA bestimmt, folgt sie bei *ius sanguinis* dem Abstammungsglück. Anders gesagt: „Die Staatsangehörigkeit prägt heute die Lebenschancen eines Individuums in ganz ähnlicher Weise wie früher die Geburt in einen bestimmten Stand.“¹¹

Wer die österreichische StA bereits bei Geburt erlangt, der oder die hat den Hauptgewinn gezogen. Eine hohe Lebenserwartung, Reisefreiheit und relativer Wohlstand sind einige der Vorteile, die damit einhergehen.¹² Die spätere Aufnahme in die Gruppe der StA erweist sich jedoch als durchwegs schwierig.¹³ Dieses Privileg, so der einhellige Tenor, müssten sich Fremde erst verdienen.¹⁴ Es zeigt sich: für die Verleihung der StA sind vor allem wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Bildung, Wohlverhalten sowie ein langfristiger legaler Aufenthalt von Bedeutung.¹⁵ Dies geschieht auf Kosten der Inklusivität der österreichischen Demokratie. Wenn, wie in Österreich, das Wahlrecht mit der StA verknüpft ist,¹⁶ sind die Kriterien der Einbürgerung gleichsam die Kriterien der Wahlberechtigung. Dies deutet bereits den „Aufräumbedarf“ im Staatsangehörigkeitsrecht an. Die für Österreich charakteristische Verknüpfung des Einbürgerungsrechts mit dem Fremden- und Niederlassungsrecht¹⁷ hat in den letzten Jahren parallel zu einer zunehmend restriktiven Migrationspolitik zu einer stetigen Verschärfung auch dieses Rechtsgebietes geführt. Dies erschwert die Formulierung großer Utopien. Das Staatsangehörigkeitsrecht neu zu denken hat gerade angesichts der Rechtsentwicklungen in Österreich, den Beigeschmack des Unrealistischen. Im Sinne des „Aufräumens“ werden daher im Folgenden die Unzulänglichkeiten des geltenden Einbürgerungssystems anhand von drei Problemfeldern illustriert und rechtspolitische Vorschläge für ein zukunftsorientiertes Staatsangehörigkeitsrecht formuliert.

10 *Wiederin*, Staatsbürgerschaftsrecht in Europa: Elemente und Entwicklungen, ZÖR 2009, 421 (421).

11 C. *Walter*, Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration, in *VDSrL* (Hrsg), Repräsentative Demokratie in der Krise? (2013) 7 (9).

12 Solche mit der StA einhergehenden „Vorteile“ werden auch Citizenship Premiums genannt, vgl etwa *Maasoumi/Zhu*, The wage premium of naturalized citizenship, in *González-Rivera/Hill/Lee* (Hrsg), Essays in Honor of Amman Ullah (2016) 315; *Peters*, The Citizenship Premium (2018). Die Attraktivität von StA wird etwa auch mit dem *Henley Index* gemessen, dieser bewertet die Anzahl an visumfrei bereisbaren Ländern. Österreich liegt auf Platz sechs des Rankings, siehe www.henleypassportindex.com (13.12.2020), ein anderes Ranking ist der *Quality of Nationality Index*, www.nationalityindex.com/about (27.2.2020), in diesem Ranking liegt Österreich an zwölfter Stelle.

13 Im Jahr 2016 etwa verzeichnete Österreich die geringste Einbürgerungsrate im gesamteuropäischen Vergleich, siehe *Eurostat*, Pressemitteilung 12.11.2018, www.ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/8791101/3-09042018-AP-DE.pdf/de70d967-4969-4d6f-b431-28a255d90b74 (17.1.2020).

14 Vgl § 2 Abs 2 Integrationsgesetz BGBl I 2017/68 idF BGBl I 2019/41.

15 Die allgemeinen Voraussetzungen finden sich in § 10 Abs 1 Z 2 bis 8 Abs 2, 4 Staatsbürgerschaftsgesetz (StbG) BGBl 1985/311 idF BGBl I 2020/24. Darüber hinaus ist in jedem Fall der Verleihung § 10a StbG anzuwenden.

16 Verfassungsgesetzlich finden sich Staatsangehörigenvorbehalte in Art 26 Abs 1, 95 Abs 1 und 117 Abs 2 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) BGBl 1930/1 idF BGBl I 2020/24. Siehe zu den verfassungsrechtlichen Argumenten für den Staatsangehörigenvorbehalt VfSlg 17.264/2004; ausführlich dazu *Pöschl*, Wahlrecht und Staatsbürgerschaft in FS Schaffer (2006) 633 (651 f).

17 Vgl etwa die Novelle BGBl I 2006/37 mit der das StbG novelliert und wesentlich verschärft wurde, nach den Materialien war es das ausdrückliche Ziel, zu vermeiden, dass es zwischen Niederlassungs- und StA-Recht zu „Wertungswidersprüchen“ kommt, ErläutRV 1189 BlgNR 22. GP 3.

2. Rechtsanspruch oder Ermessenseinbürgerung – ein *ius domicile* für Österreich

Das Staatsbürgerschaftsgesetz (StbG) sieht eine Vielzahl an Einbürgerungsregelungen vor. Neben der Abstammung kann die StA gem § 6 StbG auch durch die Verleihung und Erstreckung sowie Anzeige erworben werden. Die allgemeinen Kriterien der Verleihung der Einbürgerung sind gem § 10 StbG ein langfristiger legaler Aufenthalt,¹⁸ der Nachweis des sozialen Wohlverhaltens,¹⁹ der Nachweis des hinreichend gesicherten Lebensunterhaltes²⁰ und die Vorlage eines Deutschzertifikats der Niveaustufe B2. Daneben gilt es, Grundkenntnisse der demokratischen Ordnung und der Geschichte Österreichs nachzuweisen, und, im Fall der Zusicherung der Verleihung, die bisherige StA aufzugeben.

Als „Schulbeispiel des völlig freien Ermessens einer Behörde“²¹ wurde die Verleihung der StA noch in den 1930er Jahren angesehen. Erst langsam setzte sich die Erkenntnis durch, dass es sich zumindest bei Vorliegen gesetzlicher zwingender Ausschlussgründe nicht um eine „Ermessens- sondern eine Rechtsentscheidung“²² handle. Die österreichische Rechtsordnung unterscheidet formal zwischen der Einbürgerung auf Grund eines Rechtsanspruches sowie der Ermessenseinbürgerung.²³ Einen Rechtsanspruch auf Einbürgerung normieren etwa die §§ 11a, 12 bis 14, 25, 57, 58c sowie 64a StbG. Dies betrifft va Unionsbürger*innen, Personen die in Österreich geboren worden sind, Asylberechtigte sowie Personen, die die besonderen Integrationsanforderungen des § 11a Abs 6 StbG erfüllen. Unter „Ermessenseinbürgerung“ fallen demgegenüber alle Personen, die keine besonderen Voraussetzungen iSd StbG erfüllen. Diese *dürfen* unter den Bedingungen des § 10 StbG eingebürgert werden.²⁴ Diese Einteilung ist allerdings irreführend: Auch im Falle eines Rechtsanspruches sind idR die allgemeinen Voraussetzungen des StbG zu erfüllen, bei deren Beurteilung ein erheblicher (allerdings gebundener) behördlicher Ermessensspielraum besteht.²⁵ Die Ermächtigungsgrundlage für das Ermessen findet sich va in unbestimmten Gesetzesbegriffen, wie etwa gem § 10 Abs 1 Z 6 StbG die Beurteilung, ob das Verhalten

18 Die Grundregel des § 10 Abs 1 Z 1 StbG spricht von „mindestens zehn Jahren“, kürzere bzw längere Aufenthaltsfristen sind etwa in den §§ 11a ff StbG enthalten.

19 Dieses Kriterium ist sehr komplex und umfasst sowohl strafrechtliche und verwaltungsstrafrechtliche Verfehlungen als auch andere Verhaltensweisen, siehe die §§ 10 Abs 1 Z 2 bis 6; Abs 2 Z 1 bis 7 StbG.

20 Siehe dazu § 10 Abs 1 Z 6 iVm Abs 1b iVm Abs 5 iVm §§ 292 f ASVG.

21 VwSlg 16.653/1931. Vgl auch das Hofkanzleidekret v 29.7.1813 (zit nach Ringhofer, Strukturprobleme des Rechts [1966] 30) wonach es sich bei der Einbürgerung um eine bloße „Gnadensache“ handelt.

22 VwSlg 101 A/1947. Näher dazu Ringhofer, Strukturprobleme 30 ff.

23 Siehe auch die *Statistik Austria*, die Einbürgerungen nach dem Rechtsgrund pauschal in Ermessen, Anspruch und Erstreckung einteilt. *Statistik Austria*, Eingebürgerte Personen seit 2008 nach ausgewählten Merkmalen, www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/bevoelkerung/einbuengerungen/022745.html (13.1.2020).

24 Das Wort „darf“ im Bestimmungswortlaut indiziert, dass § 10 StbG im Gegensatz zu anderen Verleihungstatbeständen eben keinen „Rechtsanspruch“ begründet, siehe statt vieler Ecker/Kvasina/Kind in Ecker/Kind/Kvasina/Peyrl, StbG 1985. Staatsbürgerschaftsgesetz 1985: Kommentar (2017) § 10 Rz 6.

25 Etwa bei der Frage, wann eine Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit vorliegt. Vgl demgegenüber die Formulierung des § 11a Abs 1 StbG: „Einem Fremden ist nach einem rechtmäßigen und ununterbrochenen Aufenthalt von mindestens sechs Jahren im Bundesgebiet und unter den Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 Z 2 bis 8, Abs 2 und 3 die Staatsbürgerschaft zu verleihen, wenn (...)“. Siehe zur grundsätzlichen Kritik an der künstlichen Zweiteilung in Ermessen und Rechtsanspruch bereits Ringhofer, Strukturprobleme 21 ff.

der einbürgerungwerbenden Person Gewähr dafür bietet, dass sie zur Republik „bejahend“ eingestellt ist und weder eine Gefahr für die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit darstellt, noch andere in Art 8 Abs 2 EMRK genannte öffentliche Interessen gefährdet.

2.1. Einbürgerung für in Österreich geborene bzw im Inland aufgewachsene Kinder

2019 hatten 2,5% der Bevölkerung eine fremde StA, obschon sie im Bundesgebiet geboren wurden.²⁶ Eine Einbürgerung bleibt nach der Konzeption des StbG auch dieser Personengruppe oftmals verwehrt. Dies schafft – auch auf Grund des Wahlrechtsausschlusses fremder Staatsangehöriger – reine Staatsbetroffene, es entstehen „beherrschte“ Personengruppen.²⁷ Das Problem liegt ua darin, dass das geltende *ius sanguinis* – welches gem § 7 StbG den automatischen Erwerb der österreichischen StA zum Zeitpunkt der Geburt vorsieht, sofern zumindest ein Elternteil diese besitzt – nicht durch eine Bestimmung zur Einbürgerung von im Inland aufgewachsenen, fremden StA ergänzt ist. Kinder, die in Österreich geboren wurden, deren Eltern aber keine österreichische StA haben, können die StA daher nur im Rahmen der Verleihung an zumindest ein Elternteil erstreckt bekommen. Die Frage, ob solchen Kindern eine Einbürgerungsoption offen steht, ist daher eng mit der Höhe des Einkommens der Eltern, deren Bildungssituation oder deren (verwaltungs-) strafrechtlicher Unbescholtenheit verknüpft.²⁸

In Deutschland wurde dieser Problematik durch die Einführung einer bedingten *ius soli* Regelung Rechnung getragen.²⁹ Eine andere Herangehensweise ist die Verankerung eines *ius domicile*. Dieses verknüpft einen (echten) Rechtsanspruch auf Einbürgerung mit einer gewissen Ansässigkeitsfrist bzw einer Geburt im Inland.³⁰ Nicht jede Wohnsitzfrist stellt allerdings eine Verwirklichung des *ius domicile*-Prinzips dar. Ein *echter* Rechtsanspruch würde bedingen, dass auf die allgemeinen Bedingungen der Verleihung der StA weitestgehend verzichtet wird und somit gesetzlich anerkannt wird, dass die Kriterien der Erlangung der StA als Ausdruck der Zugehörigkeit fremder StA dem rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers entzogen sind. Das rechtliche Instrument zur Umsetzung eines *ius domicile* ist

26 *Statistik Austria*, Bevölkerung 2001-2019 nach Staatsangehörigkeit und Geburtsland, www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/bevoelkerung/bevoelkerungsstruktur/bevoelkerung_nach_staatsangehoerigkeit_geburtsland/031396.html (2.1.2020).

27 *Gruber/E. Walter*, Politische Inklusion und boundary problem, in *Atač/Rosenberger* (Hrsg), Politik der Inklusion und Exklusion (2013) 73 (79). Vgl auch *Feik*, demzufolge diese Personen in einem Zustand als Untertanen verweilen, *Feik*, JRP 2003, 97; *Weinmann* spricht idZ von „Unterinklusion“ (für Deutschland), siehe *Weinmann*, Eine Staatsangehörigkeit „auf Dauer“: der Generationenschnitt als Modell für ein modernes Staatsangehörigkeitsrecht, ZAR 2016, 317 (321).

28 Siehe dazu die Ausführungen unter 3.1. sowie grundlegend *Stern*, Ius Pecuniae – Staatsbürgerschaft zwischen ausreichendem Lebensunterhalt, Mindestsicherung und Menschenwürde, in *Dahlvik/Fassmann/Sievers* (Hrsg), Migration und Integration (2011) 54.

29 Siehe näher *Lämmermann*, Ein Jahrzehnt ius soli – Bilanz und Ausblick, ZAR 2011, 1.

30 Vgl *Bauder*, Domicile Citizenship, Migration and the City, in *Bauder/Matheis* (Hrsg), Migration Policy and Practice 26 (2015) 79. *Corral* zufolge kann durch die Anwendung des *ius domicile* bei Geburt „der Staatsangehörigkeit eine wahre demokratische Ausprägung“ gegeben werden, *Corral*, Der Staat 2007, 371. Vgl auch die Argumente *Masings* wonach die Anknüpfung am Wohnsitz *de lege ferenda* für das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht sehr zu begrüßen wäre, *Masing*, Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration (2001) 27 ff.

etwa die Einbürgerung durch Anzeige, wie sie zuletzt etwa mit BGBl 2019/96 für im Nationalsozialismus vertriebene Personen und deren Nachkommen in das StbG aufgenommen wurde.³¹ Eine Norm, die dem Prinzip des *ius domicile* Rechnung trägt, würde vorsehen, dass ein Kind ohne österreichische StA diese erwirbt, wenn es vor Erreichen des 18. Lebensjahres anzeigt, dass es im Inland geboren wurde und sich seitdem im Inland aufhält oder seit mindestens drei Jahren seinen rechtmäßigen Aufenthalt im Inland hat und über eine unbefristete Aufenthaltbewilligung verfügt. Diese Norm könnte etwa wie folgt lauten:

„Einem Kind ohne österreichische Staatsangehörigkeit ist die österreichische Staatsangehörigkeit auf Antrag zu verleihen, wenn es

1. im Inland geboren wurde und sich seitdem rechtmäßig im Inland aufhält, oder
2. seit mindestens drei Jahren seinen rechtmäßigen Aufenthalt im Inland hat und über eine unbefristete Aufenthaltbewilligung verfügt.

Der Antrag ist vor dem Erreichen des 18. Lebensjahres zu stellen.“³²

2.2. Rechtsansprüche für langfristig aufhältige fremde Staatsangehörige

Ein *ius domicile* ist aber auch für andere Gruppen denkbar. Die allgemeine Einbürgerungsfrist des § 10 Abs 1 Z 1 StbG³³ bewegt sich mit der Aufenthaltsdauer von mindestens zehn Jahren bereits am äußersten Rand der völkerrechtlichen Zulässigkeit.³⁴ Unionsrechtlich ist vorgesehen, dass nach fünf Jahren die Rechtsstellung Drittstaatsangehöriger jenen von eigenen Staatsangehörigen weitestgehend anzupassen ist, etwa im Hinblick auf soziale und wirtschaftliche Rechte.³⁵ Zwar zählt die Regulierung der StA nicht zu

31 Siehe § 58c StbG idF BGBl I 2019/96. Damit wurde zwar ein Rechtsanspruch geschaffen, dennoch sind die Voraussetzungen des § 10 Abs 1 Z 2 bis 6, 8; Abs 2 Z 1, 3 bis 7 (Wohlverhalten) einzuhalten. Vom Kriterium der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (§ 10 Abs 1 Z 7 StbG) wurde abgesehen.

32 Anzumerken ist, dass es sich bereits bei den hier formulierten Vorschlägen um abgeschwächte und pragmatische Forderungen handelt, so wie etwa der VfGH erkannt hat, dass das Kindsein nicht mit dem Erreichen des 18. Lebensjahres aufhört (vgl VfSlg 16.964/2003) könnte auch diese Bestimmung weiter gezogen werden und nur auf den Aufenthalt im Inland vor Erreichen des 18. Lebensjahres abstellen.

33 Personen müssen zudem mindestens fünf Jahre „niedergelassen“ sein, gem § 2 Abs 2 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2019/25 bezeichnet Niederlassung den tatsächlichen oder zukünftig beabsichtigten Aufenthalt im Bundesgebiet zum Zweck der Begründung eines Wohnsitzes, der länger als sechs Monate im Jahr tatsächlich besteht; der Begründung eines Mittelpunkts der Lebensinteressen oder der Aufnahme einer nicht bloß vorübergehenden Erwerbstätigkeit. Generell können alle Aufenthaltstitel, die keine „Aufenthaltbewilligung“ gem § 8 Abs 1 Z 12 NAG darstellen, eine Niederlassung begründen.

34 So Art 6 Abs 3 des Übereinkommen des Europarats über die Staatsangehörigkeit v 6.11.1997 (Europarat Übereinkommen über die StA), BGBl III 2000/39 idF BGBl II 2017/163. Sonderregelungen bestehen zudem für geflüchtete Personen, denen gem Art 34 Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge v 28.7.1951 (GFK), UNTS Nr 75; BGBl 1955/55 idF BGBl III 2019/2011 sowie gem Art 6 Abs 2 lit g des Europarat Übereinkommens über die StA die Einbürgerung weitestgehend zu erleichtern wäre. Erleichterungen für Geflüchtete iSd GFK wurden mit der Novelle BGBl I 2019/56 zu großen Teilen abgeschafft, die völkerrechtliche Zulässigkeit dieser Neuregelung ist fraglich, vgl auch Valchars, Staatsbürgerschaft: Recht und Praxis in Österreich in *Schrottbauer/Pfeil/Mosler* (Hrsg), Migration, Arbeitsmarkt und Sozialpolitik (2018) 163 (171).

35 Art 11 Richtlinie 2003/109/EG des Rates v 25.11.2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl L 2004/016, 44.

den unionsrechtlichen Kompetenzen,³⁶ das Prinzip lässt sich jedoch auch auf die Erlangung der StA übertragen. Ein am *ius domicile* orientierter Einbürgerungstatbestand würde die Ungleichbehandlung bzw die differenzierte Wertung zwischen Unions- (bzw EWR) bürger*innen und Drittstaatsangehörigen aufheben und diesen ebenfalls nach sechs Jahren rechtmäßigem und ununterbrochenen Aufenthalt die Einbürgerung ermöglichen.³⁷ Die Neuformulierung des § 10 Abs 1 Z 1 StbG sollte wie folgt lauten:

„Die Staatsbürgerschaft ist einem Fremden zu verleihen, wenn

1. er sich seit mindestens sechs Jahren rechtmäßig und ununterbrochen im Bundesgebiet aufgehalten hat (...)“

3. Anpassung der Einbürgerungskriterien an die soziale Lebensrealität

3.1. Diskriminierungen abschaffen

Die Einbürgerung ist vor allem eines: teuer. Möchte sich eine Person einbürgern lassen, so hat sie nachzuweisen, dass sie in der Vergangenheit über regelmäßige Einkünfte verfügt und keine Leistungen aus der Sozialhilfe bezogen hat.³⁸ Gemäß § 10 Abs 1 Z 7 iVm Abs 5 StbG ist der gesicherte Lebensunterhalt für 36 Monate innerhalb der letzten sechs Jahre nachzuweisen. Die Höhe orientiert sich dabei an den Richtsätzen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG).³⁹ Dieses Kriterium stellt für viele Personen eine „unüberwindbare Hürde“⁴⁰ dar. Kontrastiert man die Höhe des gesetzlich geforderten Einkommens mit den Einkommensverhältnissen in Österreich, wird sichtbar, dass sich die Chancen, die Einbürgerungskriterien zu erfüllen nach Art des Arbeitsverhältnisses und Herkunft verringern und sich dieser Effekt, differenziert nach Geschlecht, noch potenziert.⁴¹ Dass das ökonomische Kriterium einen maßgeblichen Effekt auf die Wahrscheinlichkeit der Einbürge-

36 Vgl die verbindliche Erklärung Nr 2 zur Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats, die die Mitgliedstaaten der Schlussakte des Vertrags über die Europäische Union beigefügt haben ABl C 1992/191, 98: „Die Konferenz erklärt, dass bei Bezugnahmen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten die Frage, welchen Mitgliedstaat eine Person angehört, allein durch Bezug auf das innerstaatliche Recht des betreffenden Mitgliedstaates geregelt wird. (...)“ sowie EuGH 2.3.2010, C-15/08, *Rottmann*, ECLI:EU:C:2010:104 Rn 3.

37 Vgl die Regelung § 11a Abs 4 Z 2 StbG für Angehörige von EWR Staaten.

38 Siehe die genaue Regelung in § 10 Abs 1 Z 7 iVm Abs 5 StbG.

39 § 293 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) BGBl 1955/189 idF BGBl I 2019/84.

40 *Rössl/Valchars*, Einbürgerung, Einkommen und Geschlecht. Hürden beim Zugang zum Wahlrecht in *Herausgeberinnenkollektiv Blaustrumpf aboi!* (Hrsg), „Sie meinen es politisch!“ 100 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich (2019) 275 (280). Siehe auch die Einkommensverteilung bei fremden Staatsangehörigen bzw das niedrigere Lohnniveau, ÖIF, Migration & Integration 2017, www.integrationsfonds.at/fileadmin/user_upload/Statistisches_Jahrbuch_migration_integration_2017_2_.pdf (13.1.2020) (12 f) sowie *Statistik Austria*, Nettojahreseinkommen der unselbstständig Erwerbstätigen 2017, www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/personen-einkommen/jaehrliche_personen_einkommen/019349.html (13.1.2020). Vgl auch *Merli*, Armut und Demokratie, JRP 2016, 107 (111 f).

41 Ausführlich haben *Rössl* und *Valchars* anhand der Einkommensverteilung in Österreich unter Heranziehung typischer regelmäßiger Aufwendungen gezeigt, dass mehr als 30% der angestellten Frauen und mehr als 60% der Arbeiterinnen weniger verdienen als dies für die Verleihung der StA notwendig wäre, siehe *Rössl/Valchars* in *Herausgeberinnenkollektiv Blaustrumpf aboi!* 280f. Vgl auch *Rössl*, Wahlrecht für Migrantinnen, juristikum 2018, 70.

nung hat, konnte bereits nachgewiesen werden.⁴² Schon *Valchars* zog den Vergleich dieser Regelung zum Zensuswahlrecht,⁴³ und tatsächlich ist das Wahlrecht das beinahe „letzte staatsbürgerschaftsrechtliche Reservat“.⁴⁴ Können sich fremde Staatsangehörige daher nicht einbürgern lassen, da ihr Einkommen zu gering ist oder sie in der Vergangenheit von Sozialhilfeleistungen abhängig waren, so bleibt ihnen auch das Wahlrecht verwehrt. Dies produziert gesellschaftliche Ausschlüsse, die in einer Demokratie problematisch sind. Wie es Benachteiligungen ergeben sich allenfalls indirekt über den Ausschluss von Leuten, die mit uns leben aber nicht die österreichische Staatsbürgerschaft haben (und typischerweise ärmer sind).⁴⁵ Die Ausnahmebestimmung gem § 10 Abs 1b StbG⁴⁶ wird in der Praxis sehr restriktiv verstanden.⁴⁷ Um die Einbürgerungsvoraussetzungen der gesellschaftlichen Lebensrealität anzupassen, müsste der Gesetzgeber daher klarstellen, dass auch Umstände, die nicht auf Krankheit oder Behinderung⁴⁸ beruhen, „nicht zu vertretende“ Umstände iSd § 10 Abs 1b StbG darstellen.⁴⁹ Zur Erreichung dieses Ziels wäre ein Rückgriff auf die vor der Novelle 2005 gültige Ausnahmebestimmung, für den Fall der unverschuldeten „finanziellen Notlage“ ein wichtiger Schritt.⁵⁰

3.2. Gebühren verringern

Art 13 des Europarat Übereinkommens über die StA normiert, dass die Gebühren für den Erwerb, die Beibehaltung, den Verlust, den Wiedererwerb oder die Bestätigung der StA *angemessen* sein müssen. Ebenso sieht Art 34 GFK vor, dass für anerkannte Asylberechtigte die Einbürgerung erleichtert werden sollte, etwa im Bereich der Kosten. Neben dem Kriterium der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, welches geeignet ist, Fremde von der Erlangung der StA und damit auch von politischer Teilhabe auszuschließen, sind auch die Gebühren zur Erlangung der österreichischen StA vergleichsweise hoch. Während die sonstigen Bundesgebühren im Jahr 2018 nicht erhöht wurden, wurde die Bundesgebühr für die Verleihung der StA auf 1.115,30 € für eine Einzelperson angehoben.⁵⁰ Begründet wurde dies damit, dass die StA „ein hohes Gut sei“.⁵¹ Da der Vollzug der StA

42 Siehe zu den Folgen ökonomischer Einbürgerungsvoraussetzungen *Stadlmair*, Which policies matter? Explaining naturalisation rates using disaggregated policy data, ozp 2017, 69.

43 *Valchars*, Defizitäre Demokratie (2006) 118; vgl auch *Pöschl* in FS Schäffer 667.

44 *Vašek*, Art 16 EMRK und die politische Integration Europas, JRP 2010, 94 (94).

45 *Merli*, JRP 2016, 111.

46 Dieser Bestimmung zufolge hat eine Person den nicht gesicherten Lebensunterhalt insbesondere dann nicht zu vertreten, wenn dieser Umstand auf einer Behinderung oder auf einer dauerhaften schwerwiegenden Krankheit beruht, wobei dies durch ein ärztliches Gutachten nachzuweisen ist. Insbesondere indiziert grds eine nicht taxative Aufzählung.

47 Vgl etwa VwGH 15.11.2016, Ra 2016/01/0034; LVwG Salzburg, 3.2.2016, LVwG-11/177/4-2016; LVwG Vorarlberg 23.8.2017, LVwG-2016/17/2813-4.

48 Dazu VfSlg 19.732/2013.

49 Vgl auch *Rössl*, juridikum 2018, 76.

50 § 10 Abs 1 Z 7 StbG idF BGBl I 1998/124.

51 NN, Regierung erhöht die Gebühren nicht – außer für Ausländer, derstandard.at 30.6.2018, www.derstandard.at/story/2000082564436/ (4.2.2020).

gem Art 11 Abs 1 Z 1 B-VG Landeskompetenz ist, fallen neben den Bundesgebühren auch Landesgebühren an. Diese schwanken je nach Bundesland und beginnen zwischen 76 und 1000 €. ⁵² Auch die Gebührenlast erweist sich daher als ein Kriterium, welches den Zugang zur Einbürgerung für finanziell schwächere Bevölkerungsgruppen erschwert.

4. Exklusivität überdenken

Der rote Faden, der sich durch das österreichische Einbürgerungsrecht zieht, lässt sich am besten mit dem Stichwort „Krönungstheorie“ von *Farahat* zusammenfassen. ⁵³ Die österreichische StA soll unter keinen Umständen ein *Mitnahmeartikel* werden. Dass Österreich dennoch prominent in der Diskussion über „Golden Passports“ ⁵⁴ vertreten ist lässt bereits eine Art Doppelmoral erkennen, ist jedoch nur eine von vielen Irregularitäten im Einbürgerungssystem. ⁵⁵

Ein Prinzip des StbG ist jenes der Exklusivität. ⁵⁶ Die Grundregel der Verleihung der StA lautet, dass diese Fremden nur vorläufig zugesichert wird. Erst wenn sie ihr Ausscheiden aus dem bisherigen Staatsverband darlegen können oder nachweisen, dass ihnen ein solches Ausscheiden weder zumutbar noch möglich ist, wird die österreichische StA endgültig verliehen. ⁵⁷ Der international vollzogene Perspektivenwechsel hin zu einer Akzeptanz von Mehrstaatigkeit wird somit zumindest in der österreichischen Rechtsordnung

52 Die Landesverwaltungsabgaben für die Verleihung betragen in Tirol je nach Einbürgerungstitel zw 180 und 500 € (Anlage zu § 1 Abs 1 Landes-Verwaltungsabgabenverordnung 2007 idF LGBl 2014/82); in Kärnten zw 351 und 722 € (Anlage 1 Landesverwaltungsabgabenverordnung 2019 idF LGBl 2019/9); im Burgenland 309,60 bzw 618,20 € (XVI Tarifpunkt 126 Landes-Verwaltungsabgabenverordnung 2012 idF LGBl 2019/8); in Niederösterreich sind die Gebühren nach dem Einkommen der Verleihungswerbenden gestaffelt und betragen zw 139 und 1079 € (Art II B I NÖ Landes-Verwaltungsabgabentarif LGBl 2018/83); ein ähnliches System besteht in der Steiermark, bis zu einem Einkommen von 2690 € besteht eine pauschale Gebühr von 137,20 €, für alle Einkommen darüber beträgt die Gebühr 5,1% (Tarifpost 8 Anlage zum Landes-Verwaltungsabgabenverordnung 2016 idF LGBl 2016/37); in Oberösterreich zw 52 und 864 € (Tarifpunkt B I. Z 5 ff Oö Landesverwaltungsabgabenverordnung 2011 idF LGBl 2015/136), in Salzburg betragen die Gebühren für alle Erwachsenen 1000 € und für Kinder und im Falle der Erstreckung 500 € (Tarifpost 3 Anlage zur Salzburger Verwaltungsabgaben- und Kommissionsgebührenverordnung 2018 idF LGBl 2019/37); in Wien betragen die Gebühren zw 76 und 300 € (Tarifpost 101 Wiener Verwaltungsabgaben und Kommissionsgebühre idF LGBl 2014/32; in Vorarlberg zw 122,30€ und 1090 € je nach Einkommen (Tarifpost 89 Anlage zur Verwaltungsabgabenverordnung LGBl 2018/70). Zu beachten ist allerdings, dass diese Aufzählung nur für die Verleihung gilt und auch im Laufe des weiteren Verfahrens andere Abgaben bzw Gebühren entstehen können, etwa für die Zusicherung der Verleihung.

53 *Farahat*, Inklusion 161.

54 Darunter bzw unter Investor Citizenship versteht man die Rechtspraxis einiger Staaten, ausländischen Investoren, die StA (und somit in der Regel auch den erleichterten Zugang zu einem bestimmten Markt) im Ausgleich für eine finanzielle Kontribution zu verleihen. Die österreichische Regelung findet sich in § 10 Abs 6 StbG.

55 Siehe *Kälin*, Ius Doni in International Law and EU Law (2019) 174 ff; *Džankić*, The Global Market for Investor Citizenship (2019) 2.

56 Das Prinzip der Vermeidung von Mehrstaatigkeit wird auch in der Judikatur des VfGH regelmäßig als öffentliches Interesse anerkannt, siehe etwa VfSlg 19.765/2013, 19.766/2013, VfGH 11.12.2018, E3717/2018; 25.2.2019, E3726/2018.

57 §§ 10 Abs 3 Z 1, 20 Abs 3 StbG. Nach *Thienel* eine „Art bedingte Verleihung“, *Thienel*, Österreichische Staatsbürgerschaft II (1990) 272.

nicht mitgetragen.⁵⁸ Die StA ist jedoch nicht nur Ausdruck der völkerrechtlich relevanten Zuordnungsfunktion. Sie ist auch vom Schutzbereich des Art 8 EMRK umfasst.⁵⁹ Mehrfache StA, etwa durch Abstammung, sind Ausdruck dieser multiplen Zugehörigkeiten. Loyalitätskonflikte, wie sie noch in den 1950er Jahren befürchtet wurden,⁶⁰ spielen heutzutage nur mehr eine untergeordnete Rolle.⁶¹

Mehrfache StA sind in Österreich keine Randerscheinung, im Fall der Abstammung etwa werden sie beinahe uneingeschränkt akzeptiert. Ebenfalls nicht vom Vermeidungsgrundsatz umfasst, ist die Verleihung der StA im „Interesse der Republik“.⁶² Zudem sieht § 28 StbG Möglichkeiten für österreichische StA vor, diese auch im Fall des Erwerbs einer anderen StA zu behalten, etwa im Fall von besonderen Leistungen oder auch aus Gründen des Art 8 EMRK. Letztere Regelung ist besonders problematisch, da sie nur für StA zur Anwendung kommt, die diese durch „Abstammung“ erworben haben. Indem das Gesetz hier zwischen StA durch Abstammung und nachträglich eingebürgerten StA differenziert, schafft es eine gleichheitswidrige Diskriminierung und verstößt gegen Art 7 B-VG. Eine sachliche Rechtfertigung ist nicht ersichtlich. Die vielfachen Möglichkeiten des StbG, mehrfache StA zuzulassen, legen den Schluss nahe, dass es in der Praxis sehr viele solcher Fälle gibt.⁶³ In Summe tradiert das Exklusivitätsprinzip überholte Konzepte der StA und steht angesichts *de facto* multipler Zugehörigkeiten vor dem Problem, Ungleichbehandlungen im Recht zu produzieren. Die Bestimmungen § 10 Abs 3 und § 20 StbG könnten vor diesem Hintergrund ersatzlos beseitigt werden.

58 Siehe die Präambel des Europäischen Übereinkommens über die StA. Jedenfalls Kindern und Ehegatten die eine zusätzliche StA „automatisch“ erworben haben, soll gemäß Art 14 Abs 1 lit a, b des Übereinkommens die Beibehaltung mehrerer StA gestattet werden. Siehe auch *Eberhard/Ranacher/Weinhandl*, Rechtsprechungsbericht, ZfV 2018/35, 414. Vgl auch die unter den Spitzenkandidat*innen der Nationalratswahl 2019 durchgeführten Umfrage. Lediglich die NEOS und die GRÜNEN sprachen sich uneingeschränkt für einen lockereren Umgang mit mehrfachen StA aus, *Sterkl*, Welche Rechte soll es für Migranten geben?, derstandard.at/14.9.2019,derstandard.at/story/2000108602509/ (13.1.2020).

59 Für den EGMR kann die willkürliche Verweigerung der StA das Recht auf Privat- und Familienleben verletzen, siehe EGMR 12.1.1999, 31414/96 *Karassev /Finland* Rz 1b.

60 Vgl etwa die Präambel des Übereinkommen des Europarats über die Verminderung der Fälle mehrfacher Staatsangehörigkeit und über die Militärdienstpflicht in Fällen mehrfacher Staatsangehörigkeit v 6.5.1963, BGBl 1975/471 idF BGBl III 2019/9.

61 Siehe allerdings die Verlusttatbestände bzw Entziehungstatbestände gem § 32 ff StbG.

62 Siehe die Verfassungsbestimmung des § 10 Abs 6 StbG wonach die Voraussetzungen des § 10 Abs 1 Z 1 und 7 sowie Abs 3 dann entfallen, wenn die Bundesregierung bestätigt, dass die Verleihung der StbG wegen der erbrachten oder noch zu erwartenden Leistungen der betroffenen Person im besonderen Interesse der Republik liegen. Vom Prinzip der Vermeidung von mehrfachen StA wich auch das im Regierungsprogramm von ÖVP und FPÖ 2017–2022 als „Doppelstaatsbürgerschaft neu denken“ verankerte Projekt ab, den Angehörigen der Volksgruppen deutscher und ladinischer Muttersprache die Möglichkeit einzuräumen, zusätzlich zur italienischen die österreichische StA zu erwerben, siehe Bericht der BM für Europa, Integration und Äußeres, III-123 BlgNR 26. GP 8.

63 Allerdings werden in Österreich dazu keine Zahlen erhoben, vgl für Deutschland, wo sich das Regel-Ausnahme Verhältnis mittlerweile ins Gegenteil verkehrt hat: *Statistisches Bundesamt*, Einbürgerungen – Fachserie 1 Reihe 2.1 – 2018, www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Migration-Integration/Publikationen/Downloads-Migration/einbuengerungen-2010210187004.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (13.1.2020). Kritisch dazu etwa C. *Walter* in *VDSrL* 35 sowie *Weinmann*, Eine Staatsangehörigkeit „auf Dauer“: der Generationenschnitt als Modell für ein modernes Staatsangehörigkeitsrecht, ZAR 2016, 317 (318 mwN). Zu beachten ist allerdings, dass in Deutschland Unionsbürger*innen generell vom Erfordernis der Aufgabe ihrer bisherigen StA ausgenommen sind.

5. Einbürgerung zwischen verfassungsrechtlichen Schranken und rechtspolitischen Gestaltungsspielraum

Den verfassungsrechtlichen Maßstab für die Gesetzgebung im Staatsangehörigkeitsrecht stellen vor allem der Gleichheitssatz und in diesem Zusammenhang das allgemeine Sachlichkeitsgebot sowie Art 8 EMRK dar. Grundrechtstragende des Gleichheitssatzes nach Art 7 Abs 1 B-VG sind zunächst nur österreichische Staatsangehörige,⁶⁴ Fremde sind grundsätzlich nicht umfasst.⁶⁵ Aus Art 1 BVG gegen alle Formen rassistischer Diskriminierung⁶⁶ ergibt sich jedoch ein Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander.⁶⁷ Die Anwendung des Gleichheitssatzes im Bereich der Einbürgerung erweist sich zudem als komplex, da es gerade um die „Schwelle“ zur Aufnahme in den Kreis der Staatsangehörigen geht. Gesetzliche Differenzierungen zwischen fremden und eigenen Staatsangehörigen sind grds zulässig,⁶⁸ und die Bestimmungen des Einbürgerungsrechts richten sich weitgehend unterschiedslos an alle fremden Staatsangehörigen. Der VfGH geht in ständiger Rsp allerdings davon aus, dass der Gleichheitsgrundsatz nach Art 7 Abs 1 B-VG in Fällen, in denen es um die rechtliche Klärung des Status der österreichischen StA für bestimmte Personen geht, unabhängig davon anwendbar ist, ob der betreffenden Person am Ende dieser Status auch tatsächlich zukommt.⁶⁹

Die Schwierigkeit, restriktive Regelungen des StbG vor den Höchstgerichten anzufechten, ist gut dokumentiert.⁷⁰ Dass das Verfassungsrecht dennoch fruchtbar gemacht werden kann, um diskriminierende Regelungen im Einbürgerungsrecht zu bekämpfen, zeigt gleich eine Reihe an verfassungsgerichtlichen Entscheidungen.⁷¹ Gerade im Bereich des Kriteriums der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wird allerdings sichtbar, dass der VfGH den rechtspolitischen Gestaltungsspielraum sehr weit auslegt und nicht gewillt ist, indirekt diskriminierende Regelungen, die geeignet sind, wirtschaftlich schwächeren fremden StA die Einbürgerung zu verwehren, unter den Schutzbereich des Gleichheitssatzes zu subsumieren.⁷²

64 Mit Ausnahme des Diskriminierungsverbotes von Menschen mit Behinderung gem Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG.

65 *Öblinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹² (2019) Rz 755a.

66 Bundesverfassungsgesetz zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung (BVG gegen alle Formen rassistischer Diskriminierung) StF BGBl 1973/390.

67 Siehe die Judikatur beginnend mit VfSlg 13.836/1994.

68 *Öblinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹² Rz 757c.

69 VfSlg 7161/1973; 19.704/2012, 19.765/2013, 19.842/2014 mwN, VfGH 11.12.2018, E3717/2018. Maßgeblich ist hier aber die Klärung des Status einer zumindest zu einem früheren Zeitpunkt bestandenen StA und nicht die Beurteilung eines Einbürgerungsantrags. Siehe allerdings VfGH 11.6.2019, E 576/2019-9 zur Anwendbarkeit im Fall des Feststellungsantrags auf die StA.

70 Siehe etwa VfGH 5.12.2007, B 11103/07; 26.6.2019, E 80/019-12.

71 Siehe etwa VfSlg 13.836/1994; 14.650/1996; 16.080/2001.

72 Besonders sichtbar wird dies in einer rezenten Entscheidung des VfGH. Mit Beschluss vom 26.6.2019 zur Zahl E 89/2019-12 lehnte der VfGH die Behandlung einer Beschwerde mangels Aussicht auf Erfolg ab. Fraglich war, ob das VwG Wien zu Recht die Anwendung der Ausnahmebestimmung des § 10 Abs 1b StbG verneint hatte. Das VwG war der Ansicht, dass eine (teils) altersbedingte Erwerbsunfähigkeit keinen „vom Fremden nicht zu vertretenen Grund“ darstellen würde. Der VfGH bestätigte diese Entscheidung und sprach Folgendes aus: „Die Bestimmungen stellen in Konstellationen, in denen eine Erwerbstätigkeit des Fremden zur Sicherung seiner Selbsterhaltungsfähigkeit alters-

Die gerichtliche und behördliche Praxis illustriert den inneren Widerspruch im Einbürgerungsrecht: Einbürgerungswerbende müssen nach dem StbG über ein gesichertes, dauerhaftes Aufenthaltsrecht verfügen. Aus diesem ergibt sich in der Regel auch ein Anspruch auf Leistungen aus der Sozialhilfe sowie ein erhöhter Schutz vor Ausweisung iVm Art 8 EMRK. Dies sind Rechte, die historisch eng mit der StA verknüpft waren, nunmehr aber weitgehend diesen Exklusivitätscharakter verloren haben. Das „Mehr“ an Rechten, welches durch die Verleihung der StA zukommen würde, wäre – neben dem österreichischen Pass – im Wesentlichen das Wahlrecht. Das Kriterium der finanziellen Leistungsfähigkeit schließt Personen trotz langjährigem, rechtmäßigem Aufenthalt von den Gleichheitsverbürgungen der StA und damit dem Recht auf gleiche politische Teilhabe aus. Die Grundannahme, dass den Voraussetzungen der Einbürgerung kaum verfassungsrechtliche Vorgaben entgegenstehen und es insbesondere dem politischen Willen des Gesetzgebers obliegt, ob fremden StA ein Rechtsanspruch auf Einbürgerung offensteht, verkennt die verfassungsrechtliche Bedeutung der StA. Wenn das Wahlrecht in einer repräsentativen Demokratie mit der StA verknüpft ist, und einer Ausdehnung des Wahlrechts verfassungsrechtliche Schranken entgegenstehen,⁷³ kommt der StA eine Legitimationsfunktion zu. Ein Einbürgerungssystem, das dieser Funktion – der Legitimation der repräsentativen Demokratie – gerecht werden soll, muss danach streben, langfristig anässige fremde StA einzubürgern.

6. Fazit

Die Niederlassung fremder StA in Österreich ist kein vorübergehendes Phänomen und braucht pragmatische rechtliche Lösungen. Die gezeigten Beispiele konnten nur ausschnittsweise einen Einblick bieten, wie ein Einbürgerungssystem aussehen könnte, welches sich von der Erkenntnis leiten lässt, dass gleiche Teilhabe in einer Demokratie nicht gänzlich im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers liegen sollte. Die Verankerung des Wohnsitzprinzips, die Abschaffung diskriminierender Tatbestände und die Abkehr vom Exklusivitätsprinzip wären wichtige Schritte in diese Richtung.

Mag.^a Antonia Wagner ist Universitätsassistentin am Institut für Europäisches und Öffentliches Recht an der WU Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum*; antonia.wagner@wu.ac.at.

bedingt nicht mehr erwartet werden kann, darauf ab, dass der Fremde im erwerbsfähigen Alter – insbesondere durch den Erwerb entsprechender Pensionsansprüche – für seinen Erhalt im Alter vorgesorgt hat“. Auf die Umstände im zugrunde liegenden Sachverhalt (die Beschwerdeführerin kam als Flüchtling nach Österreich und war verwitwete Alleinerzieherin), ging der VfGH nicht ein, obschon er aussprach, das Gericht müsse prüfen, ob „dem Fremden eine solche Vorsorge aus den in § 10 Abs 1 Z 7 iVm Abs 1b StbG genannten Gründen nicht möglich war“.

73 VfSlg 17.264/2004.

Recht auf Umweltschutz und Recht der Umwelt auf Schutz

Ansätze zur rechtlichen Sicherstellung einer langfristig intakten Umwelt

Priska Lueger

1. Die Gegenwart

Trotz vereinzelter Versuche, den menschlichen Einfluss auf klimatische Entwicklungen zu widerlegen, bestimmt Klimaschutz zunehmend die alltägliche Debatte und Schritt für Schritt befinden auch Gerichte staatliches Handeln als durch die Klimakatastrophe determiniert. Ein zukunftsweisendes Beispiel hierfür ist das höchstgerichtliche Urteil im Fall der Stiftung Urgenda, das die niederländische Regierung zu einer signifikanten Reduktion der Treibhausgasemissionen verpflichtete.¹ Ein noch aktuellerer Fall wäre die Entscheidung zur dritten Piste des Flughafens Heathrow, der aus Klimaschutz-Argumenten die Bewilligung versagt wurde.² Wenngleich sich am Beispiel der dritten Piste des Flughafens Wien hingegen zeigt, dass es in Österreich noch nicht ganz dazu reicht, Projekten aus Klimaschutzgründen die Genehmigung zu verwehren, so ist doch auch hierzulande eine verstärkte höchstgerichtliche Sensibilität festzustellen.³

Somit stellt sich die Frage, wie Umweltschutz als Recht der Allgemeinheit besser ausgestaltet und institutionalisiert werden kann. Bisherige Ansätze auf diese Anforderung zu reagieren sind sowohl in Österreich als auch auf internationaler Ebene vielseitig: vermehrte Anwendung der Art 2 und 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)⁴ auf Fälle mit Umweltbezug,⁵ die Einrichtung der Umwelthanwaltschaften, Ein-

1 Hoge Raad 20.12.2019, 19/00135, *Engels*, ECLI:NL:HR:2019:2007.

2 Court of Appeal (England and Wales) 27.2.2018, C1/2019/1154.

3 VwGH 6.3.2019, Ro 2018/03/0031 ua, Rn 72.

4 Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl 1958/210 idF BGBl III 2018/139.

5 Bspw aufgrund der Verletzung staatlicher Schutzpflichten des Rechts auf Leben im Zusammenhang mit einer Methangasexplosion auf einer Mülldeponie, im Rahmen der mehrere Bewohner*innen eines nahegelegenen Slums ums Leben kamen, EGMR 30.11.2004, 48939/99, *Öneryildiz/Türkei*, oder der Verletzung des Rechts auf Privat- und Familienleben und möglicherweise auch auf Leben durch mit einer Chemiefabrik verbundene Umweltgefahren, EGMR 19.2.1998, 116/1996/735/932, *Guerra ua/Italien*, bzw von Art 8 EMRK im Falle schwerer Umweltbeeinträchtigungen im Bereich von Wohnungen aufgrund einer Abfallbehandlungsanlage, EGMR 9.12.1994, 16798/90, *López Ostra/Spanien*. Auch wurde im Fall *Hatton ua* von der Kammer des EGMR eine Verletzung des Privat- und Familienlebens aufgrund der Lärmbelastung in Zusammenhang mit dem Flughafen Heathrow bejaht, EGMR 2.10.2001, 36022/97, *Hatton ua/Vereinigtes Königreich*; siehe weitere Ausführungen in *Zeichen*, Das Recht auf unversehrte Umwelt und die europäischen Menschenrechtskonvention, in *Geistlinger*, Umweltrecht in Mittel- und Osteuropa im internationalen und europäischen Kontext, Festgabe für Henn-Jüri Uibopuu zum 75. Geburtstag (2004) 34 ff.

räumung von Öffentlichkeitsrechten in unterschiedlichen unionsrechtlich geregelten Bereichen⁶ sowie auf völkerrechtlicher Ebene,⁷ uvm.

Die Praxis zeigt jedoch, dass all diese Ansätze ihre Lücken aufweisen und Umweltschutzargumente gegenüber anderen – oftmals wirtschaftlichen – Interessen regelmäßig hintangestellt werden,⁸ während besorgte Personen oder Organisationen über keine rechtlichen Mittel verfügen, dies zu bekämpfen. Das kann etwa daran liegen, dass Einzelpersonen mangels Eingriffes in subjektive Rechte keine Partei- oder Beteiligtenstellung zuerkannt wird oder Betroffenen oder Umweltschutzorganisationen die zeitlichen und finanziellen Ressourcen fehlen, um in Verfahren einzusteigen. Zudem ist die Rechtslage in manchen Konstellationen schlicht zu unklar, sodass engagierte Personen oder Vereine – selbst, wenn ihnen etwa aufgrund von völker- oder unionsrechtlichen Vorgaben Rechte zustehen würden – es nicht wagen, sich auf langwierige Verfahren mit unsicherem Ausgang einzulassen.

Seit der Entstehung der EMRK, zu deren Zeitpunkt Umweltschutz noch weit weniger Bedeutung zugemessen wurde als heute,⁹ stellt sich die Frage, ob diesem Problem mit einem subjektiven Recht auf eine intakte Umwelt begegnet werden kann. In dem in Europa vorherrschenden anthropozentrischen Grundrechtssystem, welches dem Grundgedanken folgt, dass Umweltschutz in erster Linie den Interessen des Menschen dient, ist es denkbar, ein solches Recht in einem Grund- bzw Menschenrechtskatalog zu verankern. Doch wäre in einer idealen Welt nicht auch die Umwelt bzw die Natur ihrer selbst willen – also unabhängig von menschlichen Interessen – vor negativen Einflüssen zu schützen? Für eine solche Entwicklung braucht es sowohl in rechtlicher als auch in institutioneller Hinsicht Veränderungen.

2. Individualrecht auf Umweltschutz

Wenngleich bereits Art 2 und 8 EMRK ein Grundrecht auf Umweltschutz gewissermaßen mitumfassen¹⁰ und es auch vermehrt dem Zeitgeist entspricht, diesen Schutz dem

6 Bspw UVP, Wasser, Abfall, Naturschutz, oder Luft; vgl dazu auch *Schamschula*, Vom Recht auf saubere Luft. Rechtsschutz und Öffentlichkeitsbeteiligung am Beispiel des Salzburger Luftreinhalteprogramms, *juridikum* 2019, 564.

7 Insb das Übereinkommen von Aarhus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Aarhus Konvention), BGBl III 2005/88, und das Übereinkommen über die Umweltverträglichkeitsprüfung im grenzüberschreitenden Rahmen (Espoo Konvention), BGBl III 1997/210.

8 Siehe zB *Schöpfer*, Gedanken zur Verankerung eines Grund- und Menschenrechts auf eine gesunde Umwelt, *NLMR* 2019, 183; kritisch *Kerschner*, Klimaschutz aus umweltrechtlicher, insbesondere auch völkerrechtlicher Perspektive, *RdU* 2019, 49.

9 *Bungenberg*, § 17 Soziale Rechte, in *Grabenwarter (Hrsg)*, Enzyklopädie Europarecht, Bd 2 Europäischer Grundrechtsschutz (2014) Rn 93; *Schöpfer*, *NLMR* 2019, 184; vgl zur Ökologisierung der Menschenrechte *Zeichen in Geistlinger* 31 ff.

10 EGMR 30.11.2004, 48939/99, *Öneryıldız gg Türkei*; EGMR 9.12.1994, 16798/90, *López Ostra/Spanien*, ua; *Prickartz*, Man muss mit den Riemen rudern, die man hat: Umweltschutz als Menschenrecht vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, *NLMR* 2015, 385; zuletzt auch das Niederländische Höchstgericht im Fall *Urgenda*, Hoge Raad 20.12.2019, 19/00135, *Engels*, ECLI:NL:HR:2019:2007.

Menschenrecht auf Leben bzw Privat- und Familienleben mit zu unterstellen,¹¹ ist es nicht zuletzt aufgrund der gesellschaftlichen Entwicklung als klares politisches Statement erforderlich, dieses als gesondertes Individualrecht festzuschreiben.

2.1. Über eine Zielbestimmung hinaus

Das BVG über die Nachhaltigkeit, den Tierschutz, den umfassenden Umweltschutz, die Sicherstellung der Wasser- und Lebensmittelversorgung und die Forschung (sog BVG Nachhaltigkeit)¹² als Nachfolger des BVG Umweltschutz¹³ stellt einen Schritt des Verfassungsgesetzgebers zur Sicherung der Berücksichtigung von Umweltaspekten in der Entscheidungsfindung dar. Allerdings stehen sowohl in dessen § 1 zum Prinzip der Nachhaltigkeit als auch in § 3 zum umfassenden Umweltschutz der Mensch und dessen Lebensgrundlage im Zentrum der Schutzbestimmung. Zudem ist die Zielbestimmung zwar nach hA zur Determinierung legislativer Akte geeignet,¹⁴ bezüglich der Geeignetheit als Interpretationsgrundlage und Grundlage für den Vollzug ist sich hingegen sowohl die Lehre¹⁵ als auch die Judikatur¹⁶ uneins. Eine bloße Überarbeitung des BVG Nachhaltigkeit kann somit kaum ausreichen, um eine umfassende Berücksichtigung des Umweltschutzes zu gewährleisten.

Aus österreichischer Sicht ist hier hingegen ein eindeutig ausgestaltetes, verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht erforderlich, damit Eingriffe dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen müssen. In dieser Ausgestaltung wären Eingriffe ausschließlich im Rahmen legitimer Zwecke durch den Einsatz geeigneter und erforderlicher Mittel und auf Basis einer umfassenden Güter- bzw Interessenabwägung zulässig.¹⁷ Nur in diesem Rahmen müssen sowohl Akte der Verwaltung als auch der Legislative schließlich einer solchen Abwägung standhalten, anstatt wie im Falle einer bloßen Zielbestimmung der rechtspolitischen Gestaltungsfreiheit zu unterliegen.¹⁸ Ein Grund- bzw Menschenrecht ermöglicht die Ausgestaltung mit Gesetzesvorbehalt und dem damit verbundenen strengen Maßstab für eingriffsnahen Gesetze¹⁹ sowie das Erfordernis staatlicher Gewährleistungs-²⁰ bzw Schutzpflichten²¹.

11 Vgl Fn 5; *Zeichen* in *Geistlinger* 38 ff; *Prickartz* NLMR 2015, 386, zum Einfluss der öffentlichen Meinung auf die Auslegung der Grundrechte ua EGMR 25.4.1978, 5856/72, *Tyrer/GB*, Rn 31.

12 BGBl I 2013/11 idF 2019/82.

13 Bundesverfassungsgesetz über den umfassenden Umweltschutz, BGBl 1984/491.

14 Vgl *Schöpfer*, NLMR 2019, 188; *Kerschmer*, RdU 2019, 50 mwN.

15 *Madner/Schulev-Steindl*, Dritte Piste – Klimaschutz als Willkür?, ZÖR 2017, 589 (593 ff); *Kerschmer*, RdU 2019, 50 ff; zurückhaltender *Sander/Schlatter*, Das Bundesverfassungsgesetz über die Nachhaltigkeit, den Tierschutz, den umfassenden Umweltschutz, die Sicherstellung der Wasser- und Lebensmittelversorgung und die Forschung, Fragen des öffentlichen Rechts im Jahr 2013, Jahrbuch Öffentliches Recht (2014) 241 ff.

16 ZBVfGH 29.6.2017, E 875/2017 ua, vs VwGH 20.11.1970, 1820/69, VwGH 3.7.1991, 91/03/0064, VfGH 9.3.1989, G 220/88, G 221/88, G 237/88; vgl *Madner/Schulev-Steindl*, ZÖR 2017, 589.

17 Vgl *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht⁴ (2012) Rn 1300 ff.

18 Vgl VfGH 27.6.1996, G 211/94 ua.

19 *Berka*, Verfassungsrecht⁴ Rn 1290.

20 *Berka*, Verfassungsrecht⁴ Rn 1221 ff; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012) § 19 Rn 1.

21 EGMR 9.6.2005, 55723/00, *Fedayeva/Russland* bez Art 8 MRK; vgl auch *Bungenberg* in *Grabenwarter* Rn 125; zum Verhältnis zwischen Schutzpflicht und Eingriffsverbot siehe *Funk*, Ein Grundrecht auf Schutz der Gesundheit? Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Überlegungen, JRP 1994, 68 (73).

2.2. Geeignetes Regelungswerk

Selbstverständlich lässt sich ein Grundrecht auf Umweltschutz nicht ohne weiteres in das bestehende Regelungswerk der Grundrechte einordnen.²² Fest steht, dass eine Verankerung im Staatsgrundgesetz (StGG)²³ ungeeignet ist, zumal es sich bei Umweltbelangen nicht um Themen handelt, die ausschließlich Staatsangehörige betreffen. Gerade bei solch einer Angelegenheit mit regelmäßig grenzüberschreitenden Auswirkungen sollte es sich vielmehr um eine international gültige Vorschrift handeln.

2.2.1. Grundrechte-Charta (GRC)²⁴

Art 37 GRC (Recht auf Umweltschutz) gibt Anlass zur Überlegung ob die Ansiedlung eines Grundrechts auf Umweltschutz in der GRC geeignet wäre. Dies nicht zuletzt aufgrund der Ausgestaltung des Art 37, bei dem es sich bis dato nicht um ein einklagbares Grundrecht, sondern eine Zielbestimmung handelt,²⁵ ein Umstand der bereits Gegenstand unterschiedlicher Kritik war. Diese bezieht sich etwa darauf, dass die Herangehensweise, im Kapitel „Solidarität“ der GRC weitere Zielbestimmungen aufzunehmen, wie sie bereits im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)²⁶ enthalten sind, dem Wesen eines Grundrechtskatalogs widerspreche.²⁷ Kommt es bisher noch regelmäßig vor, dass Art 37 GRC hinter andere Interessen zurücktreten muss, so könnte dem bereits anerkannten „relativen Vorrang“ des Umweltschutzes aufgrund einer Tendenz des EuGH dem Umweltschutz im Vergleich zu anderen Zielbestimmungen der Verträge mehr Bedeutung zuzumessen,²⁸ durch eine klare Formulierung als individuelles Recht zusätzlich Gewicht verliehen werden.

2.2.2. Zusatzprotokoll zur EMRK

Noch weitreichender als eine Verankerung in der GRC wäre eine Aufnahme des Grundrechts auf Umweltschutz in die EMRK.²⁹ Durch ein Zusatzprotokoll zur EMRK könnte auch dem Hindernis entgegengesteuert werden, dass umweltrechtliche Beschwerden durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) mit der Argumentation als unzulässig zurückgewiesen werden, dass den Staaten ein einem umfassenden

22 Vgl auch *Sander/Schlatter*, Bundesverfassungsgesetz 241.

23 RGBl 142/1867, zuletzt geändert durch BGBl 1988/684.

24 ABl C 2012/326, 391.

25 *Bungenberg in Grabenwarter* Rn 86; *Madner*, Art 37 GRC. Umweltschutz, in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar² (2019) Rn 12; EGMR 23.5.2003, 41666/98, *Kyrtatos/Griechenland*; *Schöpfer*, NLMR 2019, 185; ua.

26 BGBl III 1999/86, idF BGBl III 2013/171.

27 *Calliess*, Art 37 GRC in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁵ (2016) Rn 8.

28 *Rest*, GRC, Artikel 37 GRCh (Art. II – 97 VVE) Umweltschutz, in *Tettinger/Stern*, Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta (2006) Rn 19; *Calliess in Calliess/Ruffert* Rn 18 mwN.

29 Dahingehend auch *Schöpfer*, NLMR 2019, 187.

Schutz entgegenstehender breiter Ermessensspielraum bei der Interessensabwägung von gewährten Grundrechten mit Umweltbeeinträchtigungen zukommt.³⁰

Bei der Entscheidung zwischen GRC und EMRK steht die umfassendere und wohl effektivere Umsetzungsmöglichkeit im Rahmen des Unionsrechts der weiteren Anwendbarkeit der Menschenrechtskonvention gegenüber. Doch wenngleich der EGMR Staaten nicht zu Handlungen verpflichten oder Maßnahmen anordnen kann, sondern sich ausschließlich auf Schadenersatzaussprüche beschränkt,³¹ so wäre aus österreichischer Sicht wohl auch wegen der im Vergleich zur GRC nach wie vor stärkeren Ausprägung der EMRK als Teil des österreichischen Verfassungsrechts³² und somit über Fälle mit unionsrechtlichem Bezug hinaus,³³ ein entsprechendes Zusatzprotokoll zur EMRK – das sodann auch in Verfassungsrang erhoben werden könnte – angebracht. Eine parallel dazu erfolgende Aufnahme in die GRC wäre selbstverständlich wünschenswert.

2.3. Wortlaut des Grundrechts auf Umweltschutz

Der Wortlaut eines Individualrechts auf Umweltschutz könnte sich an bestehenden Verfassungsbestimmungen diverser EU-Mitgliedstaaten orientieren.³⁴ Bisherige Ausgestaltungen umweltrechtlicher Grundsätze wie der Sicherstellung eines hohen Umweltschutzniveaus, der Verbesserung der Umweltqualität und der nachhaltigen Entwicklung³⁵ in unterschiedlichen Mitgliedstaaten, wie sie auch in den Erläuterungen zur GRC angesprochen werden,³⁶ scheinen jedoch keine ausreichenden Grundlagen aufzuweisen, um daraus eine Formulierung abzuleiten.³⁷

Die Formulierung könnte, angelehnt an Art 8 EMRK sowie den damaligen Vorschlag des Europarats in Richtung eines Rechts auf Umweltschutz³⁸ lauten:

„(1) Jede Person hat das Recht auf eine saubere und gesunde Umwelt und auf den Fortbestand intakter Ökosysteme. (2) Eine Beeinträchtigung ist nur zulässig, soweit dies gesetzlich vorgesehen ist und für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Aufrecht-

30 Nähere Ausführungen in *Zeichen in Geistlinger* 40 ff.

31 Kritisch dazu *Zeichen in Geistlinger* 59 f; *Schöpfer*, NLMR 2019, 184.

32 BGBl 1964/59.

33 *Berka*, Verfassungsrecht⁴ Rn 1292.

34 Bspw garantiert die belgische Verfassung ein „Recht auf den Schutz einer gesunden Umwelt“ (Art 23 Abs 4, Belgisches Staatsblatt, www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&cl=F&ccn=1994021730&table_name=loi (5.4.2020)) oder das portugiesische Verfassungsrecht ein Recht auf eine „gesunde und ökologisch ausgewogene“ Umwelt (Art 66, Elektronische Agenda der Portugiesischen Republik, <https://dre.pt/constitution-of-the-portuguese-republic> (5.4.2020) während die griechische Verfassung festlegt, dass „der Schutz der natürlichen und kulturellen Umwelt eine staatliche Pflicht sowie ein Recht jeder Person“ begründet, (Art 24, Website des griechischen Parlaments, www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/ (5.4.2020)) der Schutz der natürlichen und kulturellen Umwelt; für weitere Ausführungen siehe *Rest in Tettinger/Stern* Rn 8 ff.

35 Vgl Art 37 GRC.

36 ABl C 2007/303, 27.

37 Etwa Belgien, Portugal, Griechenland, Italien, Estland, Lettland, Litauen, Schweden oder Spanien; *Bungenberg in Grabenwarter* Rn 92; *Rest in Tettinger/Stern* Rn 8 ff.

38 *Bosselmann*, Ökologische Grundrechte – Zum Verhältnis zwischen individueller Freiheit und Natur (1998) 211 f.

erhaltung der Gemeinschaft, zum Schutz der Gesundheit oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist und wenn es keine alternative Möglichkeit gibt, diese Beeinträchtigung zu vermeiden. (3) Wenn nachteilige Veränderungen der durch Absatz 1 geschützten Lebensbedingungen als Folge des Handelns anderer wahrscheinlich sind, hat jede Person das Recht zu verlangen, dass die zuständigen Stellen die Situation prüfen. (4) Jede Person, die nach Absatz 3 handelt, erhält innerhalb angemessener Frist detaillierte Informationen, aus denen hervorgeht, welche Maßnahmen ergriffen wurden, um diese nachteiligen Veränderungen zu verhindern.“

Durch den Wortlaut des Abs 1 werden ua auch Ökosysteme in den Vordergrund gerückt, um deren Hintanstellung gegenüber anderen allgemeinen Interessen wie Gesundheits- oder Klimaschutz vorzubeugen. In möglichst weiten Anwendbarkeit sollten unter dem Begriff der „Person“ sowohl natürliche als auch juristische Personen zu verstehen sein. Die Art 8 Abs 1 EMRK gleichende Formulierung des subjektiv ausgestalteten Rechts soll nicht nur einen Schutz vor staatlichen Eingriffen, sondern auch vor Übergriffen Privater erfassen – sei es durch privatrechtliche Ansprüche im Fall von unzulässigen Eingriffen oder auch die (straf)rechtliche Verfolgung von Zuwiderhandeln.³⁹

Der materielle Gesetzesvorbehalt in Abs 2 stellt sicher, dass Grundrechtseingriffe bestimmten Schranken unterliegen und einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standzuhalten haben. Das Element der Erforderlichkeit eines Eingriffs bzw einer Beschränkung wird durch die verpflichtende Alternativenprüfung zusätzlich betont.

Durch die letzten beiden Absätze soll ua gewährleistet werden, dass auch grenzüberschreitende Komponenten des Umweltschutzes berücksichtigt werden, indem ein Prüf- und Informationsrecht geschaffen wird, das auch gegenüber anderen Staaten besteht. Mit Personen, die nach Abs 3 handeln sind jene Kläger*innen bzw Antragsteller*innen gemeint, die sich auf ihr Recht auf Umweltschutz berufen.

Die Einklagbarkeit des Rechtes würde auch dazu führen, dass dieses als „zivils Recht“ iSd Art 6 EMRK zu verstehen ist und daher der Entscheidung durch unabhängige und unparteiische Gerichte unterliegen müsste.⁴⁰ Eine derartige Formulierung in Abs 3 steuert auch der bisherigen Rechtsschutzhürde entgegen, dass der EGMR erst bei eingetretenen Rechtsverletzungen Schutz bietet⁴¹ und erfasst auch Fälle mit Klimaschutzbezug, bei denen oft ein langer Zeitraum zwischen klimaschädlichen Handlungen und dem Eintritt einer Beeinträchtigung liegt.

3. Institutionalisierte Umweltschutz

Ohne sich in philosophische Ausführungen zu vertiefen, kann es, wie bereits eingangs erwähnt, nicht ausreichen, eine intakte Umwelt als individuelles Recht der Menschen zu

³⁹ Vgl Berka, Verfassungsrecht⁴ Rn 1224, 1391 ff.

⁴⁰ Vgl Prickartz, NLMR 2015, 387.

⁴¹ EGMR 22.5.2003, 41666/98, *Kyrtatos/Griechenland*, Rn 52 ua; Prickartz, NLMR 2015, 389.

garantieren. Vielmehr ist die Umwelt bzw Natur ein Schutzgut, dem als Selbstzweck – iSd Tiere, Pflanzen sowie deren fortbestehender Vielfalt und zumindest partieller Unberührtheit – ganz abseits menschlicher Interessen eine Daseinsberechtigung zukommt. Während die meisten umweltrechtlichen Vorgaben in erster Linie auf Gesundheit und Wohlbefinden des Menschen abzielen, gibt es insb im Naturschutz auch ökozentrische Ansätze, was in der Judikatur auch anerkannt wird.⁴²

Rein verfahrensrechtlich garantierte Rechte alleine, wie sie in der Literatur oftmals nahegelegt werden,⁴³ sind jedoch auch in diesem Zusammenhang nicht immer ausreichend, wie die Praxis zeigt. Dies liegt nicht allein daran, dass Bürger*inneninitiativen nur sehr eingeschränkt im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) eine Rechtsstellung zukommt und auch Umweltschutzorganisationen abseits der unionsrechtlich geregelten Bereiche⁴⁴ und selbst in diesen oftmals keine ausreichende Rechtsstellung zukommt⁴⁵. Im Übrigen kann der Zivilgesellschaft – trotz ihrer Funktion als „public watchdog“ – nicht die alleinige Verantwortung zukommen, die Einhaltung von Umweltschutzvorgaben auf rechtllichem Weg durchzusetzen.

Ein Recht der Natur, wie es etwa in unterschiedlichen außereuropäischen Ländern, wie Neuseeland, Ecuador oder Bolivien besteht,⁴⁶ wäre auch für Europa eine spannende Variante und wird auch bereits seit den siebziger Jahren thematisiert.⁴⁷ Da auch juristischen Personen Grundrechtssubjektivität zugestanden wird, wenn dies ihrem Wesen entspricht,⁴⁸ ist nicht ersichtlich, weshalb die Natur als Rechtsträgerin nicht in Frage kommt. Während ein Recht auf Geltendmachung eines solchen Rechts auch Einzelpersonen oder Umweltschutzorganisationen zugestanden werden kann, sollte es auch verpflichtend einzurichtende und mit den erforderlichen Ressourcen auszustattende Stellen geben, die sich in direkter Vertretung der Natur für deren Rechte einsetzen.

3.1. Umwelthanwaltschaft

Was ist ein Recht der Umwelt oder Natur auf Schutz vor menschlichen Eingriffen ohne eine offizielle Einrichtung zu dessen Umsetzung? Auch hierzu gab es in der Vergangenheit bereits Überlegungen.⁴⁹ Um öffentlichen Interessen eine Stimme zu verleihen, wur-

42 EuGH 8.3.2011, C-240/09, *Lesoochránárske zoskupenie*, ECLI:EU:C:2011:125; VwGH 25.9.2018, Ra 2018/05/0061; siehe auch *Scharfetter*, Umfang der Einzelfallprüfung iZm schutzwürdigen Gebieten beschränkt sich auf Schutzzweck des Gebiets, RdU 2019, 169 (172).

43 *Prickartz*, NLMR 2015, 387; *Calliess* in *Calliess/Ruffert* Rn 9 ff.

44 Dies scheint, obgleich es den Vorgaben der Aarhus Konvention widerspricht, zurzeit die gezielte Intention des Gesetzgebers zu sein; vgl VwGH 19.2.2018, Ra 2015/07/0074, Rn 59 ff; 61 ME 26. GP.

45 Vgl 2 SN 61 ME 26. GP ua.

46 Für eine ausführliche Darstellung der unterschiedlichen Systeme s Global Alliance for the Rights of Nature (GARN), <https://therightsofnature.org/iron-conference-articles/> (5.4.2020).

47 *Bosselmann*, Grundrechte 304 ff.

48 *Berka*, Verfassungsrecht⁴ Rn 1238 ff.

49 Eine „Umweltbundeskommission“ in Erwägung ziehend *Funk*, Ein Grundrecht auf Schutz der Gesundheit? Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Überlegungen, JRP 1994, 68 (73).

den auf Landesebene Umweltschutzbehörden eingerichtet, denen ua in bestimmten Verfahren wie im Bereich Naturschutz oder im Rahmen der UVP Parteistellung zugesprochen wurde. Allerdings sind weder der Bund noch die Länder zu deren Einrichtung verpflichtet, noch müssen diese weisungsfrei gestellt sein.⁵⁰ ISd Unabhängigkeit spannend wäre zudem eine Regelung ähnlich des in Ungarn eingerichteten „Parliamentary Commissioner for Future Generations“, dessen Funktion explizit nicht von Angehörigen politischer Parteien ausgeübt werden kann.⁵¹

Die Einrichtung der Umweltschutzbehörden war somit zwar ein wichtiger Schritt in Österreich, der allerdings durch Gesetzesvorhaben des letzten Jahres, wie das Standortentwicklungsgesetz⁵² oder die Oö Natur- und Landschaftsschutzrechtsnovelle⁵³ wieder entkräftet wurde. Diese Entwicklung zeigt, dass eine verfassungsrechtliche Verankerung der Umweltschutzbehörden durchaus ihre Berechtigung hätte. In einer derartigen Verankerung könnte dann auch klar festgelegt werden, dass Umweltschutzbehörden sich für die Interessen von Natur und Ökosystemen einsetzen, um dem bisher auch den Umweltschutzbehörden im Allgemeinen zugrundeliegenden anthropozentrischen Ansatz entgegenzuwirken.⁵⁴

Da das System der Umweltschutzbehörden dem Unionsrecht bislang fremd ist, wäre auch eine Verankerung in diesem Bereich, etwa in der GRC, oder aber in einer Bestimmung der UVP-Richtlinie⁵⁵, auf die in anderen Richtlinien dann verwiesen werden könnte, geboten.

3.2. Umweltschutzbeauftragte

Einen möglichen Regelungsrahmen für eine unabhängige Einrichtung, die sich sowohl aus anthropo- als auch aus ökozentrischen Gründen für den Schutz der Umwelt einsetzt, bietet Art 37 GRC. Dies nicht zuletzt, da sich dieser im Gegensatz zu den übrigen Bestimmungen der GRC vom Wortlaut her nicht auf einen Schutz im Interesse des Menschen beschränkt und nicht die normative Struktur eines verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts aufweist.⁵⁶

Anstelle der bisherigen Formulierung müsste allerdings auch hier der Schutz der Ökosysteme mitaufgenommen werden. Demnach hätte der erste Absatz der Bestimmung zu lauten:

50 *Raschhofer*, Die Rechtsstellung des Umweltschutzbeamten am Beispiel des UVP-G 2000, RdU 2004, 90 ua.

51 *Lachmayer*, Der Schutz zukünftiger Generationen in Österreich – Möglichkeiten der Institutionalisierung, RdU 2016, 137 (139 ff).

52 BGBl I 2018/110.

53 Landesgesetz, mit dem das Oö. Natur- und Landschaftsschutzgesetz 2001 geändert wird, LGBl 2019/109.

54 Bspw ist die Tir Landesumweltschutzbehörde gem § 36 Abs 7 Tir NaturschutzG für die Wahrnehmung der Interessen des Naturschutzes nach § 1 Abs 1, nämlich „die Natur als Lebensgrundlage des Menschen so zu erhalten und zu pflegen, ...“ zuständig.

55 Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 13.12.2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl L 2012/26, 1.

56 VfGH 14.3.2012, U 466/11 ua; *Madner* in *Holoubek/Lienbacher* Rn 30; *Pöschl*, Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon, ZÖR 2012, 587 (591 ff).

„(1) Ein hohes Schutzniveau von Umwelt und Ökosystemen sowie die Verbesserung der Umweltqualität müssen in die Politik der Union einbezogen und nach dem Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung sichergestellt werden.“

Darüber hinaus wäre ein zweiter Absatz erforderlich, um die Umsetzung der Bestimmung in die Praxis institutionell sicherzustellen. Hier bietet sich die Bestimmung des Art 8 Abs 3 GRC an, die derzeit eine primärrechtliche Grundlage für Datenschutzbeauftragte bildet:

„(2) Die Einhaltung dieser Vorschriften wird von einer unabhängigen Stelle überwacht.“

Auf diese Weise wäre die Einrichtung einer oder eines Europäischen Umweltschutzbeauftragten sowie von Umweltschutzbeauftragten bzw -behörden auf nationaler Ebene unionsrechtlich determiniert.

Ähnlich in der DSGVO⁵⁷ vorgesehenen Bestimmungen, die sowohl die EU als auch ihre Mitgliedstaaten zur Einrichtung unabhängiger Behörden zur Sicherstellung der darin enthaltenen Rechte verpflichten,⁵⁸ könnten der neue Art 37 Abs 2 GRC im Rahmen der bestehenden Rechtsakte – oder besser noch eines neu zu schaffenden Unionsrechtsakts – näher ausgeführt werden. Einerseits sollten Betroffene, die sich in ihrem Recht auf eine saubere und gesunde Umwelt verletzt fühlen, die Möglichkeit haben, sich mit einer Eingabe an die nationalen Kontrollstellen bzw Umweltschutzbehörden zu richten und gegen eine Entscheidung Rechtsmittel zu ergreifen.⁵⁹ Andererseits sollten die Kontrollstellen die Möglichkeit haben, von sich aus tätig zu werden und sich in Verfahren einzubringen. Auch eine Aufsichts- bzw Kontrollbefugnis gegenüber Privaten hinsichtlich unrechtmäßiger Eingriffe in die Rechte der Natur wäre in Anlehnung an die Datenschutzbehörden sinnvoll. Zudem sind die institutionelle Unabhängigkeit, die Weisungsfreiheit und eine Ausstattung mit ausreichenden Ressourcen erforderlich.

Dass iSe breiteren Anwendbarkeit als im unionsrechtlichen Bereich auch eine an die Datenschutzkonvention des Europarates bzw an deren Zusatzprotokoll⁶⁰ angelehnte Verankerung indiziert wäre, sei hier nur am Rande erwähnt.

4. Die Zukunft

Es zeigt sich, dass eine umweltfreundliche Zukunft, abgesehen von einer allgemeinen verfassungsrechtlichen Bestimmung zum Schutz der Umwelt, zunächst eine klare recht-

57 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl L 2016/119, 1.

58 Riesz, Art 8 GRC. Schutz personenbezogener Daten, in *Holoubek/Lienbacher*, Art 37 GRC. Umweltschutz, GRC-Kommentar² (2019) Rn 78 ff.

59 Vgl zu den Datenschutz-Kontrollstellen Riesz in *Holoubek/Lienbacher* Rn 81.

60 Zusatzprotokoll zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten betreffend Kontrollstellen und grenzüberschreitenden Datenverkehr, BGBl III 2008/91.

liche Bestimmung erfordert, die ein anthropozentrisches Grundrecht auf Umweltschutz festlegt. Wenngleich eine solche etwa in Form eines EMRK-Zusatzprotokolls für Umweltschutz sehr zu befürworten ist, wären dadurch jedoch weder der Umweltschutz abseits menschlicher Interessen noch fortbestehende Ökosysteme in globalem Kontext nachhaltig geschützt.

Vielmehr braucht es unterschiedliche Ansätze für einen umfassenden Schutz: Die fortschreitende Ausweitung des Umweltschutzes weg von rein anthropozentrischen Ansätzen hin zu einem ganzheitlichen Umweltschutz, der auch auf eine Daseinsberechtigung von Ökosystemen ganz abseits menschlicher Interessen abstellt, ist ein Prozess, der besonders in Europa ein Umdenken erfordert und nicht durch einzelne rechtliche Bestimmungen erreicht werden kann. Dennoch bestehen Optionen für erste mögliche Schritte zur rechtlichen Verankerung dieses Ansatzes.

Zentrale, im europäischen Rechtssystem ohne gröbere strukturelle Eingriffe zu verankernde Regelungen in diesem Sinn sind somit ein Grund- bzw Menschenrecht auf Umweltschutz im Rahmen der EMRK sowie die Absicherung des ökozentrischen Umweltschutzes durch unabhängige Stellen, die sich auch für den Schutz von Natur bzw Umwelt ihrer selbst willen einsetzen. Nur eine holistische Herangehensweise aus diesen unterschiedlichen Blickwinkeln kann tatsächlich schrittweise dazu führen, dass ein zufriedenes Fortbestehen sämtlicher Lebewesen auf unserem Planeten langfristig sichergestellt ist.

Mag.^a Priska Lueger arbeitet als Umweltjuristin bei der österreichischen Umweltschutzorganisation ÖKOBÜRO – Allianz der Umweltbewegung und für das europäische Umweltrechtsnetzwerk Justice & Environment; priska.lueger@oekobuero.at

Eizellen einfrieren für später?

Die Kontroverse um *Social Egg Freezing* in Österreich

Johanna Kostenzer¹

Das Einfrieren von Eizellen oder *Egg Freezing* ermöglicht es Frauen, Eizellen nach einer Hormonbehandlung entnehmen, kryokonservieren und für den möglichen späteren Gebrauch im Rahmen assistierter Reproduktion aufbewahren zu lassen. Das Einfrieren von Eizellen hat sich als Möglichkeit etabliert auch nach Beeinträchtigung der Fruchtbarkeit durch medizinische Behandlungen – wie zB einer Chemotherapie – die Chance auf genetisch eigene Kinder zu erhalten. Seit einigen Jahren gibt *Egg Freezing* jedoch auch gesunden Frauen Hoffnung, den Kinderwunsch nach Ablauf der *biologischen Uhr* erfüllen zu können. Während das Einfrieren von Eizellen aus medizinischen Gründen eine gängige und gesellschaftlich akzeptierte Methode ist, ruft das so genannte *Social Egg Freezing* kontroverse Reaktionen hervor. So va auch in Österreich, wo das Einfrieren von Eizellen für nicht-medizinische Gründe bislang nicht erlaubt ist.

1. Die Kontroverse um *Social Egg Freezing*

Dass diverse US-amerikanische Firmen *Social Egg Freezing* als Sozialleistung anbieten, hat bereits vor einigen Jahren zu großer Empörung geführt und dem Thema auch hierzulande zu medienwirksamer Aufmerksamkeit verholfen, gleichzeitig aber auch die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Thematik weiter angestoßen.² Mögliche gesellschaftliche Auswirkungen, Kosten des Eingriffs, potenzielle Spätfolgen sowie die Medikalisierung, bei der ursprünglich soziale Phänomene nun auch als medizinische Probleme behandelt werden, unterstützen eine kritische Haltung. Zudem können unrealistische Erfolgsvorstellungen zu späterer Enttäuschung führen: Pro eingefrorener Eizelle besteht laut derzeitigem Forschungsstand eine fünfprozentige Chance auf ein lebendge-

1 Dieses Projekt wurde finanziert im Rahmen des Horizon 2020 Forschungs- und Innovationsprogramms der Europäischen Union unter der Marie Skłodowska-Curie Finanzhilfvereinbarung Nr. 707404. Meinungen in diesem Dokument reflektieren ausschließlich jene der Autorin. Die Europäische Kommission ist nicht verantwortlich für die mögliche Nutzung der Inhalte.

2 Mertes, Egg banking in anticipation of age-related fertility decline. Using medical technology for better, not for worse, Universität Ghent 2017 (unveröff Diss); ESHRE Task Force on Ethics and Law, Oocyte cryopreservation for age-related fertility loss, Human Reproduction 27/5 2012, 1231–1237; Dondorp/De Wert, Fertility preservation for healthy women: ethical aspects, Human Reproduction 24/8 2009, 1779–1785; Kopetzky, Social Egg Freezing, RdM 204/6 2014, 309.

borenes Kind, wobei pro Behandlung im Schnitt zehn Eizellen entnommen werden.³ Diese Zahl ist jedoch stark variabel und ua abhängig vom Alter der Frau bei der Entnahme, von der vorhandenen Eizellreserve und der Qualität der Eizellen vor und nach dem Einfrieren. Den Bedenken gegenüber stehen die Vorteile des Eingriffs. Die Möglichkeit, mittels einer Eizellreserve die Chancen für eine spätere Mutterschaft zu erhöhen und den psychologischen Druck der *biologischen Uhr* zu reduzieren, steht dabei im Fokus. Der reduzierte Bedarf für eine Eizellspende im Rahmen der assistierten Reproduktion ist ebenso nennenswert. Hinzuzufügen ist das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung der Frau, welches durch unverhältnismäßige Verbote nicht eingeschränkt werden darf.⁴ Empirische Forschungsarbeiten geben darüber hinaus Einblick in die Motivationsgründe und demografischen Profile von Nutzerinnen.⁵ Frauen, die ihre Eizellen aus sozialen Gründen einfrieren lassen, sind überwiegend alleinstehend und haben bereits ein Alter erreicht, in dem die Fruchtbarkeit statistisch gesehen abzunehmen beginnt⁶. Ihre Beweggründe sind vielseitig. Körperliche, wirtschaftliche und strukturelle Ursachen gepaart mit privaten Umständen bilden ein komplexes Set an Motivationsgründen. Die Entscheidung, Eizellen einfrieren zu lassen, ist somit nicht an einen Faktor – wie zB Karrieregründe – gebunden, sondern resultiert meist aus der Abwesenheit von Rahmenbedingungen, die für die Gründung einer Familie als notwendig angesehen werden.⁷

2. Egg Freezing in Österreich

So kontrovers wie die Technologie selbst ist auch die aktuelle Regulierung in Österreich. Das Einfrieren von Eizellen für den möglichen späteren Gebrauch ist derzeit gemäß § 2b FMedG nur bei Vorliegen medizinischer Indikationen erlaubt. Dies betrifft ua eine bevorstehende Krebsbehandlung mit möglichen negativen Auswirkungen auf die Fruchtbarkeit der Frau. Altersbedingter Verlust der Fruchtbarkeit sowie andere *nicht-medizinische* Gründe sind nicht umfasst. Neben Malta und Frankreich ist Österreich eines der wenigen europäischen Länder, das *Social Egg Freezing* – trotz der umfassenden Überarbeitung des Fortpflanzungsmedizingesetzes im Jahr 2015 und einem seither liberaleren Ansatz – nicht gestattet.⁸

Der fortwährend restriktive Ansatz kann zT auf die generelle Regulierung der Fortpflanzungsmedizin in Österreich zurückgeführt werden, die den Zugang Paaren vorbehält,

3 UMC Utrecht, Invriezen eicellen, UMC Utrecht (2016) 5.

4 ESHRE Task Force on Ethics and Law, Human Reproduction 2012, 1232-1233.

5 Baldwin/Culley/Hudson/Mitchell Running out of time: exploring women's motivations for social egg freezing, Journal of Psychosomatic Obstetrics & Gynecology 40/5 2018, 166-173; Gürtin/Morgan/O'Rourke/Wang/Abuja, For whom the egg thaws: insights from an analysis of 10 years of frozen egg thaw data from two UK clinics, 2008-2017, Journal of Assisted Reproduction and Genetics 36 2019, 1069-1080.

6 Gürtin/Morgan/O'Rourke/Wang/Abuja, Journal of Assisted Reproduction and Genetics 2019, 277.

7 Baldwin/Culley/Hudson/Mitchell, Journal of Psychosomatic Obstetrics & Gynecology 2018, 168-170.

8 Flatscher-Thöni/Voithofer, Eizellenspende und PID: Offene Fragen des FMedRÄG 2015, Imago Hominis 24/1 2017, 45-59.

wenn eine Schwangerschaft auf *normalem Wege* nicht herbeigeführt werden kann. Alieinstehende Frauen, wie es auch beim *Social Egg Freezing* meist der Fall ist, sind somit ausgeschlossen. Widersprüchlich an dieser Regulierung ist, dass seit der Gesetzesnovellierung eine Eizellspende für Dritte unter bestimmten Bedingungen erlaubt ist, die vorsorgliche *Eigenspende* im Sinne des *Social Egg Freezing* jedoch nicht.

Frauen in Österreich, die sich dennoch dazu entschließen, Eizellen einfrieren zu lassen, bleibt keine andere Möglichkeit, als Dienste im Ausland zu suchen. Der Zugang zur Technologie bleibt somit bestimmten Personengruppen vorbehalten, wie zB Frauen mit entsprechenden finanziellen Ressourcen. Reproduktionstourismus wird überwiegend in Anspruch genommen, um restriktive Gesetzgebungen zu umgehen.⁹ Er bringt jedoch zusätzliche Herausforderungen mit sich, wie zB erhöhten Aufwand und Kosten, unterschiedliche gesetzliche Regelungen und Aufbewahrungsfristen, sowie bislang noch ungeklärte Fragen zur künftigen Verwendung der im Ausland gelagerten Eizellen.

3. Eizellreserve im Kontext

Die Komplexität der Thematik bzw der Beweggründe von Frauen, *Social Egg Freezing* in Erwägung zu ziehen, wurde in der öffentlichen Debatte bislang nicht umfassend genug und losgelöst von gesellschaftlichen Rahmenbedingungen dargestellt. Das *Aufschieben des Kinderwunsches* ist eng verknüpft mit dem grundsätzlichen Trend sinkender Geburtenraten und dem steigenden Alter der Elternteile bei der Geburt des ersten Kindes. Lange Aus-/ Bildungswege, fehlende finanzielle Ressourcen va in jüngerem Alter, prekäre Wohnverhältnisse, beruflicher Druck, das Fehlen einer (stabilen) Partnerschaft sowie mangelnde Möglichkeiten, sowohl Weiterbildung als auch Beruf mit der Familiengründung zu verbinden sind ua Ursachen hierfür. Das Einfrieren von Eizellen ist natürlich keine Lösung der zugrundeliegenden Problematik und auch kein Garant für die spätere Erfüllung des Kinderwunsches. Es stellt lediglich eine Möglichkeit der Vorsorge dar; unklar bleibt, warum diese an vordefinierte Bedingungen gebunden ist. Wesentlich sind eine offene Thematisierung und umfassende Aufklärung über mögliche Risiken und Erfolgsaussichten, sodass Frauen gut informierte und selbstbestimmte Entscheidungen treffen können. *Social Egg Freezing* in Österreich zugänglich zu machen wäre jedenfalls ein Schritt in Richtung mehr reproduktiver Autonomie von Frauen in einer modernen Gesellschaft, in der ausschließlich traditionelle Familienmuster ohnehin nicht mehr standhalten.

Johanna Kostenzer, PhD hat als Marie Skłodowska-Curie Postdoktorandin an der Erasmus Universität Rotterdam (Health Care Governance Research Group) zum Thema Egg Freezing geforscht; kostenzer@eshpm.eur.nl

⁹ Shenfield/de Mouzon/Pennings/Ferraretti/Nyboe Andersen/de Wert/Goossens, Cross border reproductive care in six European countries, *Human Reproduction* 25/6 2010, 1361–1368.