

nr 3/2021

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Krise

recht & gesellschaft

UG-Novelle 2021
Wohnbeihilfe vor dem EuGH
Leihmutterschaft

debatte corona

Grenzenloses Europa in Zeiten von Corona

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

verlagoesterreich.at
juridikum.at

 VERLAG
ÖSTERREICH

Über das Verhältnis von Politik und Recht

Maria Sagmeister / Nikolaus Wieser

„Der Verfassungsgerichtshof hat [...] beschlossen:“¹

Diesen Worten folgte am 5.5.2021 ein bedeutender Spruch des Hüters der Verfassung. Die Beantragung einer Exekution einer Entscheidung des VfGH durch den Bundespräsidenten erfolgte damit das erste Mal,² und sagt einiges über den derzeitigen Zustand des Verhältnisses zwischen Politik und Recht aus.³ Dass die Politik sich an gesetzliche Vorgaben zu halten hat (und nicht umgekehrt, das Recht uneingeschränkt der Politik folgt, wie ein Innenminister jüngerer Zeit behauptete), sollte eine dem Rechtsstaat so innewohnende Selbstverständlichkeit sein, dass sich darüber zu schreiben nicht lohnt. Die Beauftragung des Landesgerichts für Strafsachen Wien durch den Bundespräsidenten zur Exekution eines Erkenntnisses des VfGH betreffend die Aktenlieferung an den Untersuchungsausschuss des Nationalrats ist aber nicht nur eine ungewöhnliche Geschichte, in der gleich alle drei Staatsgewalten erwähnt werden, sie ist *va* eines: Wirklichkeit. Bereits im März hatte der VfGH entschieden, dass der Finanzminister verpflichtet ist, dem Ibiza-Untersuchungsausschuss die E-Mail-Postfächer sowie gespeicherte Dateien bestimmter Personen vorzulegen. Dieser war seiner Verpflichtung allerdings nicht nachgekommen, weshalb Abgeordnete der SPÖ, der FPÖ und von NEOS die Exekution der Entscheidung beantragt hatten. Erst dadurch konnte der Minister zur Übermittlung der Daten, und *i*wS zur Einhaltung seiner Rolle innerhalb des Rechtsstaats und der Anerkennung der darin verankerten Kontrollmechanismen bewegt werden.

„Der Verfassungsgerichtshof hat [...] zu Recht erkannt:“⁴

Kurz darauf folgte diesen Worten eine, besonders für Asylwerber:innen, weitreichende Entscheidung: Der VfGH erklärte zwei Erlässe,⁵ die den Arbeitsmarktzugang von Asylwerbenden regeln, für *tw* gesetzwidrig. Die aufgehobenen Erlässe sahen vor, dass Beschäftigungsbewilligungen für Asylwerbende nur bei befristeten Beschäftigungen in der Saisonarbeit oder der Erntehilfe erteilt werden durften. Nach § 4 AuslBG⁶ dürfen Be-

1 VfGH 5.5.2021, UA 1/2021-39.

2 NN, VfGH beantragt beim Bundespräsidenten Exekution einer Entscheidung betreffend Dateien des BMF, Pressemitteilung v 6.5.2021, www.vfgh.gv.at/medien/Exekution_BMF.php (5.8.2021).

3 Mehr dazu in diesem Heft im Beitrag von *Ebs*, Autokratisierungstendenzen – Institutionenkonflikte und fehlende demokratische Gesinnung, *juridikum* 2021, 291.

4 VfGH 23.6.2021, V 95-96/2021-12.

5 Erlass der (ehem) BM für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz vom 12.9.2018, BMASGK-435.006/0013-VI/B/7/2018 und Erlass des (ehem) BM für Wirtschaft und Arbeit vom 11.5.2004, 435.006/6-II/7/04.

6 Ausländerbeschäftigungsgesetz BGBl 1975/218 idF BGBl I 2021/54.

schäftigungsbewilligungen auch in anderen Tätigkeitsbereichen grundsätzlich erteilt werden, dies schränkten die Erlässe ausdrücklich ein. Dadurch nahmen sie eine neue Gestaltung der Rechtslage vor und wurden vom VfGH als Verordnungen identifiziert. Da sie allerdings nicht den entsprechenden Publizitätserfordernissen entsprachen, wurden sie als gesetzwidrig aufgehoben.⁷ Die Beschränkung auf Ernte- bzw Saisonarbeit war für asylsuchende Personen durch die Befristung, die schlechten Arbeitsbedingungen und die fehlende Möglichkeit eine längerfristige Arbeitsbewilligung zu erzielen mit schwerwiegenden Nachteilen verbunden gewesen.⁸ Künftig dürfen Asylwerber:innen bei Vorliegen aller sonstigen Voraussetzungen in allen Bereichen beschäftigt werden.

Arbeitsminister: „Übermittle noch am Donnerstag den neuen Erlass“⁹

Allerdings, die Reaktion des Arbeitsministeriums lautete zunächst trotzig, man werde den Arbeitsmarktzugang mit einer erneuten Regelung wieder einschränken. Tatsächlich bezieht sich der VfGH auf die Rechtsform, nicht auf den Inhalt der Erlässe. Ähnlich lautende Bestimmungen könnten daher per Verordnung festgelegt werden, im Arbeitsministerium scheint man jedenfalls an der bestehenden Praxis festhalten zu wollen. Erneut zeigt sich ein Minister wenig beeindruckt vom VfGH. Lässt sich hier eine Tendenz innerhalb des Gefüges der Gewaltenteilung feststellen, in der die Exekutive die Bedeutung höchstgerichtlicher Kontrolle relativiert? Hat sie durch die Corona-Krise womöglich etwas zu viel an Selbstbewusstsein gewonnen? Man denke an die vielbeachtete Aussage des Bundeskanzlers, welche die durch den VfGH befundene Gesetzwidrigkeit mancher Covid-Maßnahmen als juristische Spitzfindigkeit abtat.¹⁰ Zugleich wurde zuletzt aber auch das Vertrauen in den VfGH auf die Probe gestellt, als Chat-Protokolle Verfassungsrichter *Brandstetter* zum Rückzug zwangen.¹¹

Der Einordnung dieser und ähnlicher Ereignisse gehen wir auch in diesem Heft nach, so widmet sich etwa *Ehs* aktuellen Autokratisierungstendenzen. Zudem soll das *thema „Krise“* einen Ausblick auf die Tagung *Rechtsstaat und Demokratie unter Druck* geben, die wir als Zeitschrift in Kooperation mit der Arbeiterkammer Wien und dem Institut für Rechtsphilosophie der Universität Wien im Frühjahr 2022 ausrichten und auf der insb die sozialen, ökonomischen und ökologischen Verhältnisse beleuchtet werden sollen, die auf vielfältige Weise mit diesen Entwicklungen im Rechtsstaat zusammenhängen.¹²

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

7 VfGH 23.6.2021, V 95-96/2021-12, 37.

8 *Ammer*, Zugang zum Arbeitsmarkt für Asylsuchende aus menschenrechtlicher Perspektive, *juridikum* 2013, 28 (33-34).

9 NN, Kocher will „strenge Praxis“ bei Asylwerbern am Arbeitsmarkt möglichst beibehalten, *derstandard.at* 15.7.2021, www.derstandard.at/story/2000128198607 (8.8.2021).

10 *Kurz*, Pressekonferenz vom 14.4.2020.

11 NN, Brandstetter-Rücktritt: VfGH-Präsident über Chats von Pilnacek „erschrocken und bestürzt“, *derstandard.at* 4.6.2021, www.derstandard.at/story/2000127143953 (8.8.2021).

12 www.rechtsstaat-unter-druck.at.

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 281 Über das Verhältnis von Politik und Recht
Maria Sagmeister / Nikolaus Wieser

merk.würdig

- 285 Der Kampf um das Strafrecht
Rezension
Monika Stempkowski
- 288 Das Strafvollzugspaket – NEU
Cornelia Auer
- 291 Autokratisierungstendenzen
Institutionenkonflikte und fehlende demokratische Gesinnung
Tamara Ehs
- 296 Vereinbarkeit von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit während des 1. Lockdowns der COVID-19-Pandemie
Ergebnisse einer empirischen Erhebung
Heidi Siller / Caroline Voithofer / Margarethe Hochleitner

debatte

- 300 Grenzenloses Europa in Zeiten von Corona
Fällt Schengen dem Virus zum Opfer?
Daniela Gschwindt

recht & gesellschaft

- 309 Die UG-Novelle 2021
Das Organisations- und Studienrecht öffentlicher Universitäten im Spiegel der Zeit
Felix Rürker
- 320 Diskriminierung beim Zugang zur oberösterreichischen Wohnbeihilfe
17 Klagen anhängig – Entscheidung des EuGH liegt vor
Christopher Frank / Theresa Hammer / Nina Reschauer
- 331 Autonomie, Reproduktion und die Leihmutterchaft
Ein Essay
Andrea Büchler
- 344 Das Mindesthaltbarkeitsdatum
Das Spannungsverhältnis zwischen Nachhaltigkeit und Verbraucherschutz am Beispiel des MHD
Herbert Weißensteiner

thema

- 354 Vorwort der Gastherausgeber_innen
Judith Fitz / Kevin Fredy Hinterberger
- 357 „Krise“
Rechtsbegriff oder politisches Instrumentarium?
Julia Kienast
- 367 Verfassungsrechtliche Dimensionen der Vielfachkrise
Von Gesellschafts- und Verfassungskrisen
Konrad Lachmayer
- 377 Geld in der Krise
Reform der Geldpolitik oder Re-Design des Geldes?
Isabel Feichtner
- 386 The COVID-19 Pandemic as “Public Emergency”
Health Emergencies as Triggers for Derogation Clauses in International Human Rights Treaties
Andreas Th. Müller / Janine Prantl

395 Die „Pflegerkrise“ als Krise der Arbeit sichtbar machen

Maria Sagmeister / Flavia Matei

404 Politische Ökonomie der Vielfachkrise

Wie das Kapitalverhältnis Recht und Ungleichheit (re-)produziert

Christian Berger / Victoria Fattinger

nach.satz

413 Austritt der Türkei aus der Istanbul Konvention

Hintergründe, Rechtsfragen, Folgen

Ümra Gencer / Hanna Palmanshofer

Impressum**juridikum**zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft
www.juridikum.at, ISSN Print edition 1019-5394, ISSN
Electronic edition 2309-7477**Herausgeber_innen:**Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare
Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben
von: Isabell Doll, Paul Hahnenkamp, Maria Sagmeister,
Nikolaus Wieser**Medieninhaber und Verleger:**Verlag Österreich GmbH
Bäckerstraße 1, 1010 Wien, Tel. 01/610 77
www.verlagoesterreich.at
Abo-Bestellung: +43 1 680 14-0, Fax: -140
E-Mail: order@verlagoesterreich.at
Anzeigenkontakt: Marcus Dalfen
Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419
m.dalfen@verlagoesterreich.at (DW 123).
Verlagsredaktion: Mag. Jörg Steiner
j.steiner@verlagoesterreich.at**Preis:**Jahresabonnement: Euro 68,–
Abo für Studierende, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdiener: Euro 25,–
Einstiegsabo: Euro 11,–
Einzelheft: Euro 22,–
(Alle Preise inkl MWSt, exkl Versandkosten)
Erscheinungsweise: vierteljährlich**Redaktion:**Angelika Adensamer, Maximilian Blaßnig, Miriam Broucek,
Isabell Doll, Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Karol Felsner,
Jakob Fux, Judith Fitz, Ümra Gencer, Paul Hahnenkamp,
Philipp Hense-Lintschnig, Kevin Fredy Hinterberger,
Emanuel Matti, Hanna Palmanshofer, Eva Pentz, Nora Pentz,
Marija Petričević, Valerie Purth, Antonia Reiss, Ines Rössl,
Maria Sagmeister, Christoph Stoll, Petra Süßner, 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
Holzleitner (Wien), Susanne Krasmann (Hamburg),
René Kuppe (Wien), Nadja Lorenz (Wien), Karin Lukas
(Wien), Eva Maria Maier (Wien), Andrea Maihofer
(Basel), Ugo Mattei (Turin/Berkeley), Alfred J. Noll
(Wien), Heinz Patzelt (Wien), Arno Pilgram (Wien),Ilse Reiter-Zatloukal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver
Scheiber (Wien), Marianne Schulze (Wien), Alexander
Somek (Wien), Richard Soyer (Wien/Linz), Heinz
Steinert † (Frankfurt am Main), Bea Verschraegen
(Wien/Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria
Windhager (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien),
Ingeborg Zerbes (Wien)**Autor_innen dieser Ausgabe:**Cornelia Auer, Christian Berger, Andrea Büchler, Tamara
Ehs, Victoria Fattinger, Isabel Feichtner, Judith Fitz,
Christopher Frank, Ümra Gencer, Daniela Gschwindt,
Theresa Hammer, Kevin Fredy Hinterberger, Margarethe
Hochleitner, Julia Kienast, Konrad Lachmayer, Flavia
Matei, Andreas Th. Müller, Hanna Palmanshofer, Janine
Prantl, Nina Reschauer, Felix Rüker, Maria Sagmeister,
Heidi Siller, Monika Stempkowski, Caroline Voithofer,
Herbert Weißensteiner, Nikolaus Wieser**Gastherausgabe des themas:**

Judith Fitz, Kevin Fredy Hinterberger

OffenlegungDie 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. TimisoaraContext ist Mitglied der VAZ (Vereinigung alternativer
Zeitungen und Zeitschriften).**Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die****Herausgeber_innen:**Isabell Doll: isabell.doll.id@gmail.com
Paul Hahnenkamp: paul.hahnenkamp@univie.ac.at
Maria Sagmeister: maria.sagmeister@univie.ac.at
Nikolaus Wieser: nikolaus.wieser@univie.ac.at

Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

Der Kampf um das Strafrecht

Rezension

Monika Stempkowski

Rezension zu: *Richard Soyer/Alexia Stuefer*, Der Kampf um das Strafrecht, 2020, Verlag Österreich, 135 Seiten, ISBN 978-3-7046-8620-6

„Im Kampf sollst du dein Recht finden“ – diesem Zitat von *Rudolf von Jhering* nachempfunden haben *Richard Soyer* und *Alexia Stuefer* einen Band „kriminalpolitischer Glossen“ herausgegeben, dessen 27 Texte aus den Jahren 2016 bis 2020 Tageszeitungen und Fachzeitschriften entnommen sind bzw verschriftlichte Fassungen von Tagungsbeiträgen darstellen. Beide Autor*innen sind ausgewiesene Expert*innen des Strafrechts, sowohl im Bereich der Strafverteidigung als auch im Rahmen ihrer wissenschaftlichen Tätigkeiten, *Richard Soyer* als Professor für Strafrecht an der JKU Linz, *Alexia Stuefer* als Lehrbeauftragte an der Universität Wien. Die beiden knüpfen an den von ihnen 2015 herausgegebenen Band „Dem Strafrecht verschrieben“ an, wobei sie in der nunmehrigen Einleitung die seit damals stattgefundenen „Aufrüstungs-“ an Stelle von wünschenswerten „Abrüstungstendenzen“ beklagen. Genau diesen sagen *Soyer* und *Stuefer*, teilweise gemeinsam mit anderen Autor*innen, hiermit den Kampf an.

Die in den Beiträgen aufgegriffenen Themen reichen von grundsätzlichen Fragestellungen wie etwa zum Verhältnis von Rationalität und Strafverteidigung,¹ zu Strafzwecken,² Strafzumessungsfragen³ oder der Rolle der Geschworenengerichtbarkeit⁴ bis hin zu aktuellen (kriminal-)politischen Themen, etwa zur Reform des Verfassungsschutzes,⁵ der Diskussion, ob die Anfertigung des Ibiza-Videos eine Form zivilen Ungehorsams war,⁶ oder strafrechtlichen Aspekten der Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie⁷. Als roter Faden zieht sich durch die in drei Abschnitte gegliederten Texte ein deut-

1 *Stuefer*, Rationalität und Strafverteidigung, JSt 2018, 297.

2 *Stuefer*, Versöhnen und Vergelten im 21. Jahrhundert, in *Schallaburg Kulturbetriebsges.m.b.H.* (Hrsg), Alles, was Recht ist (2017) 44.

3 *Stuefer*, Die Orestie von Aischylos und die Gegenwart des Strafens, AnwBl 2020, 43.

4 *Stuefer*, Zum Ruf nach Abschaffung der Geschworenengerichtbarkeit, juridikum 2018, 115.

5 *Soyer/Marsch*, Geheimdienst von Kriminalpolizei strikt trennen, Die Presse 9.9.2019.

6 *Soyer/Marsch*, Ibiza, das war ziviler Ungehorsam, Der Standard 15.10.2019.

7 *Baier/Soyer*, Schon Husten kann mit Gefängnis bedroht sein, Die Presse 6.4.2020; *Stuefer*, Kurzer Prozess für Video-Verhandlungen in Strafsachen, Wiener Zeitung online 30.4.2020, www.wienerzeitung.at/themen/recht/recht/2059083-Kurzer-Prozess-fuer-Video-Verhandlungen-in-Strafsachen.html (29.7.2021); *Soyer/Marsch*, Wo Politik an strafrechtliche Grenzen stößt, Die Presse 18.5.2020.

licher Appell der Autor*innen an die Politik ebenso wie an die Rechtsanwender*innen, der besonderen Position des Strafrechts als eingriffsintensivstes und daher mit größtmöglicher Vorsicht zu gebrauchendes Mittel des Staates umfassend Rechnung zu tragen. Dementsprechend beobachten die Autor*innen einige aktuelle Entwicklungen in diesem Rechtsbereich, der „ein Gradmesser für den Zustand des Staates und der Gesellschaft“⁸ sei, mit großer Sorge, etwa die Schaffung neuer Straftatbestände, die regelmäßige, nicht evidenzbasierte Erhöhung von Strafdrohungen oder die Ausweitung von Ermittlungsbefugnissen, die zu einer „Verpolizeilichung des Strafverfahrens“ führe.⁹ Auf dieser Basis aufbauend zielen viele Beiträge darauf ab, Populismus aus strafrechtlichen Fragen möglichst zurückzudrängen und stattdessen eine liberale, rationale und auf wissenschaftlichen Erkenntnissen aufbauende Haltung einzunehmen.

Eine bedeutsame Rolle wird dabei erwartungsgemäß den Strafverteidiger*innen zugeschrieben. So handle es sich bei der Strafverteidigung um angewandtes Verfassungsrecht, sie stelle ein eigenes Rechtsinstitut und eine Kulturleistung an der Gesellschaft dar.¹⁰ Entsprechend selbstbewusst schreibt *Stuefer*: „Wir Verteidigerinnen und Verteidiger sind unter den Rechtsanwälten und Rechtsanwältinnen somit die Avantgarde, die vorderste Front im Kampf um die Grundfreiheiten und Menschenrechte innerhalb und außerhalb des Gerichtssaals.“¹¹ Mehrere Beiträge befassen sich mit praktischen Aspekten der Strafverteidigung, etwa zur Frage des Zugriffs auf anwaltliche Akten im Rahmen von unternehmensinternen Ermittlungen¹² oder der Notwendigkeit für Strafverteidiger*innen vor Gericht Talar zu tragen, um hier eine „Waffengleichheit“ mit der Staatsanwaltschaft herzustellen¹³. Deren Position und die Notwendigkeit ihrer Unabhängigkeit wird ebenso thematisiert, wobei *Soyer* hier gemeinsam mit *Philip Marsch* gleich einen Vorschlag für eine Neuorganisation des Weisungsrechts liefert.¹⁴

An mehreren Stellen setzt sich *Stuefer* mit dem Strafvollzug auseinander, einer Herzensangelegenheit der Autorin.¹⁵ Sie kritisiert die dortigen Umstände in deutlichen Worten: So hätten Gefangene etwa keinen ausreichenden Zugang zu Informationen, Hafträume seien regelmäßig stark überbelegt und aufgrund des massiven Personalmangels fehle es vor allem an Personen, die soziale, psychologische und medizinische Betreuungsarbeit leisten könnten. Besonders starken Benachteiligungen seien nicht deutschsprachige Gefangene ausgesetzt. Grundrechtsverletzungen seien die Folge. In dieser Form würde der Vollzug daher nicht zu einer Resozialisierung der Gefangenen beitragen, sondern diese

8 *Stuefer*, JSt 2018, 297.

9 *Stuefer*, Meilensteine auf dem Weg zu einer rationalen Strafrechtspolitik, AnwBl 2018, 732.

10 *Stuefer*, JSt 2018, 297.

11 *Stuefer*, AnwBl 2018, 732.

12 *Soyer/Schumann*, Gefahr durch Zugriff auf Anwaltsakten, Die Presse 7.8.2017.

13 *Stuefer*, In die Talare! Live-Ticker und Postings als Prozessbegleiter, JSt 2018, 314.

14 *Soyer/Marsch*, Staatsanwälte und das Gängelband der Politik, Der Standard 15.2.2020.

15 *Stuefer/Soyer*, Häftlinge werden unterworfen statt resozialisiert, Die Presse 25.4.2016; *Stuefer* in *Schallaburg Kulturbetriebsges.m.b.H* 44.

„unterwerfen“. Mit Nachdruck fordert die Autorin daher den Ausbau alternativer Maßnahmen, wie sie in der Diversion ihren Ausgang genommen haben.

Obgleich es keinem der Beiträge an Aktualität mangelt, greifen manche der Texte Themenstellungen auf, die sich unmittelbar aus dem politischen Tagesgeschehen ergeben. Dies birgt die Gefahr, dass der Beitrag bei Veränderung der politischen Landschaft diese Aktualität sehr rasch verliert. So widmen sich etwas zwei Artikel einer Untersuchung der justiziellen Vorhaben in den Regierungserklärungen der türkis-blauen Koalition¹⁶ einerseits sowie der türkis-grünen¹⁷ Zusammenarbeit andererseits, wobei das Urteil über das Programm aus 2017 beinahe noch milder ausfällt als über die 2020 im Regierungsprogramm geschilderten Neuerungen. Gleichzeitig wecken die Ausführungen bei der Leser*innenschaft Interesse dafür, welche der geplanten Reformvorhaben tatsächlich in die Praxis umgesetzt wurden. Diese Information liefert der Band, der Form geschuldet, aber leider nicht.

Während viele der Texte für sich alleine stehen, beinhalten manche Verweise auf andere Beiträge, die allerdings in dem Sammelband nicht enthalten sind. Dies ist etwa der Fall bei dem Beitrag „Neue Grenzverläufe im Strafrecht. Eine Orientierung und Themeneinführung“ von *Soyer, Sergio Pollak* und *Nihad Amara*, der einem Band aus der Schriftenreihe der Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen entnommen ist. Obgleich der Text dadurch Interesse weckt weiterzulesen, ist dies im Rahmen des vorliegenden Buches nicht möglich. Es stellt sich die Frage, ob Beiträge, die auf nicht in dem Band enthaltene Inhalte verweisen, für die Aufnahme in einen solchen Sammelband so gut geeignet sind. Von Verlagsseite etwas misslungen ist der Satz, zumal die Texte leider eine Vielzahl an Druckfehlern enthalten. Unverständlich ist auch, warum in jenen Beiträgen, die Fachzeitschriften entnommen wurden, die dort enthaltenen Quellenangaben nicht abgedruckt wurden.

Die Leidenschaft für das eigene Fach ist in den Texten der Autor*innen zu spüren. Das Format ermöglicht gleichzeitig eine leichte und flüssige Lesbarkeit und das Aufgreifen bedeutsamer und grundsätzlicher Fragestellungen – eine gelungene Mischung!

Dr.ⁱⁿ Monika Stempkowski ist Juristin, klinische und Gesundheitspsychologin und eingetragene Mediatorin. Sie arbeitet am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien; monika.stempkowski@univie.ac.at

16 *Soyer*, Strafrechtspolitik mit Zuckerbrot und Peitsche, Die Presse 28.12.2017.

17 *Soyer*, Kriminalpolitik im Schatten der Parteipolitik, Die Presse 10.2.2020.

Das Strafvollzugspaket – NEU

Cornelia Auer

1. Einleitung

Der Wiener Richter *Oliver Scheiber* setzt sich in seinem Buch *Mut zum Recht* umfassend mit aktuellen und historischen Themen der Justiz auseinander. Das Werk zeigt nicht nur bestehende Probleme auf, sondern gibt auch notwendige und wichtige Anstöße für eine zeitgemäße Reformierung der Justiz und des Strafvollzugs. Der Autor schlägt in diesem Zusammenhang auch eine Brücke zwischen einem qualitätvollen Vollzug und einer späteren Legalbewährung von Straftäter:innen.¹ Die besten Voraussetzungen für eine möglichst gelungene Legalbewährung zu schaffen ist auch das zentrale Anliegen von Justizministerin *Alma Zadić*, die Anfang April 2021 Schritte zur Reformierung des Strafvollzugs vorstellte. Die präsentierten Schwerpunkte gehen auf die Empfehlungen der Arbeitsgruppe „Strafvollzugspaket – NEU / Sichere Wege aus der Kriminalität“ zurück und berücksichtigen auch den Ministerialentwurf zur Änderung des Strafvollzugsgesetzes² (StVG) und des Bewährungshilfegesetzes³ (BewHG) aus dem Jahr 2019.⁴ Im Folgenden werden die von der Arbeitsgruppe erarbeiteten Maßnahmen bezüglich der bedingten Entlassung und des elektronisch überwachten Hausarrests (eÜH) näher erläutert.

2. Ausgangslage

Die in § 20 StVG normierten Zwecke des Strafvollzugs verfolgen das Ziel, straffällig gewordene Personen in die Gesellschaft zu (re)integrieren. Durch die Inhaftierung und die erzieherische Beeinflussung von Straftäter:innen soll eine anhaltende (Re)Sozialisierung und damit einhergehende Legalbewährung erwirkt werden.⁵ Um diese wichtige Aufgabe bestmöglich umsetzen zu können, bedarf es ausreichender finanzieller und vor allem personeller Ressourcen. Mit Stand 1.8.2021 befanden sich insgesamt 8.430 Insass:innen im Strafvollzug. Die Mehrheit, nämlich 7.554, war in einer Justizanstalt (JA) inhaftiert –

1 *Scheiber*, *Mut zum Recht* (2019) 124.

2 Bundesgesetz v 26.3.1969 über den Vollzug der Freiheitsstrafen und der mit Freiheitsentziehung verbundenen vorbeugenden Maßnahmen (Strafvollzugsgesetz – StVG) BGBl 1969/144 idF BGBl I 2018/100.

3 Bundesgesetz v 27.3.1969 über die Bewährungshilfe (Bewährungshilfegesetz) BGBl 1969/146 idF BGBl I 2018/32.

4 *BMJ*, Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Strafvollzugspaket – NEU / Sichere Wege aus der Kriminalität“, www.bmj.gv.at/ministerium/aktuelle-meldungen/Justizministerin-Zadic-praesentiert-naechste-konkrete-schritte-zur-strafvollzugsreform.html (28.5.2021); ME Bundesgesetz, mit dem das Strafvollzugsgesetz und das Bewährungshilfegesetz geändert werden (StVG-Novelle 2019), 166/ME 26. GP.

5 *Drexler/Weger*, StVG⁴ § 20 Rz 2 ff (Stand 1.5.2018, rdb.at).

nur 360 befanden sich im eüH. Die Auslastung der JA betrug Anfang August 87,15 %.⁶ International zählt bereits eine Belegung von rund 80 % als Vollauslastung.⁷ Eine Auslastung iHv 87,15 % bedeutet einen hohen Betreuungsaufwand hinsichtlich der Insass:innen und bringt die JA nicht nur an ihre Kapazitätsgrenzen, sondern auch an die Grenzen der Belastbarkeit. Vertreter:innen aus der Praxis und der Wissenschaft, wie ua *Scheiber* und *Grafl et al*, sprechen sich – insb aufgrund der schädlichen Folgen von kurzen Haftstrafen – für eine Reduzierung der Anzahl der Insass:innen aus.⁸

3. Wiederverurteilungsstatistik und bedingte Entlassung

Ein wichtiger Indikator dafür, wie sich die iRd Strafvollzugs erfolgte (Re)Sozialisierung auf die künftige Legalbewährung auswirkt, ist die Wiederverurteilungsstatistik. Die allgemeine Wiederverurteilungsrate betrug in den Jahren 2010-2019 (Kohorte 2006-2015) durchschnittlich 35,1 %, dh insgesamt wurde mehr als ein Drittel der verurteilten Straftäter:innen innerhalb von vier Jahren nach einer Verurteilung oder Entlassung aus einer Haftstrafe erneut rechtskräftig verurteilt. Die Wiederverurteilungsraten der aus einer Freiheitsstrafe von unter sechs Monaten entlassenen Personen war im Vergleich dazu wesentlich höher, nämlich 58,3 %. Ein ähnliches Bild zeigt sich bei Entlassenen aus Freiheitsstrafen von über sechs Monaten, die eine Wiederverurteilungsrate von durchschnittlich 56,5 % aufweisen. Dabei ist vor allem auch auf den beträchtlichen Unterschied an Wiederverurteilungen im Zusammenhang mit dem Modus der Entlassung hinzuweisen. Während bei einer Entlassung zum Strafeende durchschnittlich 56,2 % der betroffenen Personen wiederverurteilt wurden, beträgt die Wiederverurteilungsrate der Gruppe der bedingt Entlassenen gem § 46 StGB lediglich 40,9 %.⁹ Die Statistik zeigt, dass eine bedingte Entlassung mit Probezeit und gegebenenfalls damit einhergehenden Maßnahmen gem §§ 50 bis 52 StGB, wie die Anordnung von Bewährungshilfe und/oder Weisungen, an der Schnittstelle des Strafvollzugs und dem Übergang in ein Leben in Freiheit zu einer deutlich niedrigeren Wiederverurteilungsrate führt. Die Arbeitsgruppe spricht sich daher ganz klar für eine Forcierung der bedingten Entlassung aus.¹⁰ Außerdem soll die Generalprävention ersatzlos gestrichen werden und nur spezialpräventive Erwägungen, wie zB das Verhalten der:des Strafgefangenen während der Haft, im Rahmen der bedingten Entlassung Berücksichtigung finden.¹¹ Zudem soll künftig die Entscheidung, ob jemand bedingt entlassen wird, ab einer Freiheitsstrafe von zumindest drei Jahren durch

6 *BMJ*, Strafvollzug – Statistik – Verteilung des Insass*innenstandes, www.justiz.gv.at/home/strafvollzug/statistik/verteilung-des-insassinnenstandes~2c94848542ec49810144457e2e6f3de9.de.html (5.8.2021).

7 *BMJ*, Strafvollzugspaket – NEU 7 ff.

8 *Scheiber*, Mut zum Recht 140; *Grafl et al*, Kriminalpolitische Initiative: Mehr Sicherheit durch weniger Haft! Vorschläge Nr 6 – Juni 2011 Wirkungsorientierung als Chance für die Strafrechtspflege, JRP 2011, 133 (139 ff).

9 *Statistik Austria*, Gerichtliche Kriminalstatistik, www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/kriminalitaet/index.html (25.5.2021); Die genannten Angaben beziehen sich auf eigene Berechnungen der Autorin unter Bezugnahme der Wiederverurteilungsstatistiken der Jahre 2010-2019 (Kohorte 2006-2015).

10 *BMJ*, Strafvollzugspaket – NEU 14 ff.

11 *BMJ*, Strafvollzugspaket – NEU 17 f.

einen Dreiersenat – bestehend aus je einem:r Richter:in, einem:r Vertreter:in der JA und einem:r Vertreter:in der Bewährungshilfe – getroffen werden.¹²

4. Elektronisch überwachter Hausarrest (eüH), §§ 156b ff StVG

In den Jahren 2010-2019 befanden sich insgesamt 6.889 Personen in der Vollzugsform eüH.¹³ Laut einer Untersuchung des *Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie* (IRKS) zeigte sich, dass lediglich 11,6 % der eüH-Klient:innen innerhalb von drei Jahren nach Entlassung erneut eine Haftstrafe verbüßten.¹⁴ Im Rahmen der Arbeitsgruppe wurde die Empfehlung ausgesprochen, eine amtswegige Überprüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für den eüH im Entlassungsvollzug gem §§ 144 ff StVG zu etablieren.¹⁵ Durch den Entlassungsvollzug im Rahmen des eüH würde die:der Strafgefangene über eine Unterkunft, eine Beschäftigung und einen strukturierten Tagesablauf verfügen, der den Übergang zur Entlassung wesentlich erleichtert und wichtige Rahmenbedingungen für ebendiese bereits im Vorhinein schafft. Eine weitere Empfehlung des Abschlussberichts betrifft die bereits iRd Ministerialentwurfs zur Änderung des StVG und BewHG enthaltene Ausweitung des eüH auf 24 Monate Freiheitsstrafe.¹⁶ Es wird diesbezüglich von Seiten der Arbeitsgruppe dringend empfohlen, flankierende Maßnahmen für den eüH – wie eigene Ausgangsregelungen und die Möglichkeit einer überwachungsfreien Zeit – zu schaffen.¹⁷ Diese sind vor allem im Hinblick auf die Konkurrenz des eüH mit dem gelockerten Vollzug sowie im Besonderen dem Freigang gem § 126 StVG und bezüglich einer Attraktivierung des eüH wichtig.¹⁸

5. Resümee

Die angesprochenen Empfehlungen der Arbeitsgruppe sind sehr zu begrüßen. Wie sich in den Wiederverurteilungsraten deutlich zeigt, ist die bedingte Entlassung ein wichtiger Pfeiler an der Schnittstelle des Strafvollzugs und eines künftigen Lebens ohne Kriminalität. Auch der eüH trägt maßgeblich durch die Schaffung einer Tagesstruktur und die Minimierung bzw Eliminierung von Delinquenz fördernden Faktoren zum Ziel der (Re)Sozialisierung und späteren Legalbewährung von Strafgefangenen bei. Es bleibt zu hoffen, dass die Empfehlungen umgesetzt und dadurch die JA entlastet sowie die (Re)Sozialisierung und Legalbewährung von Strafgefangenen nachhaltig gestärkt werden.

Mag.^a Cornelia Auer ist Universitätsassistentin (prae doc) am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien; cornelia.auer@univie.ac.at

12 *BMJ*, Strafvollzugspaket – NEU 19 ff.

13 *BMJ*, Sicherheitsbericht – Bericht über die Tätigkeit der Strafjustiz (2019) 147.

14 *Hammerschick*, Die elektronische Fußfessel als Ressource modernen Haftmanagements, *JSt* 2020, 244 (248).

15 *BMJ*, Strafvollzugspaket – NEU 30 f.

16 166/ME 26. GP; *BMJ*, Strafvollzugspaket – NEU 40 ff.

17 *BMJ*, Strafvollzugspaket – NEU 45 ff.

18 *Mock*, Der elektronisch überwachte Hausarrest und die Vollzugslockerung Freigang – die Konkurrenz zwischen Vollzugsform und Vollzugslockerung, *JSt* 2015, 233 (236); *BMJ*, Strafvollzugspaket – NEU 45.

Autokratisierungstendenzen

Institutionenkonflikte und fehlende demokratische Gesinnung

Tamara Ehs

Schon 2019 hatten *Lührmann* und *Lindberg* nachgewiesen, dass sich die Welt in einer dritten Welle der Autokratisierung befindet.¹ Im Unterschied zu den ersten beiden Wellen in den 1930er- und 1960/70er-Jahren ereignet sich das Ende der Demokratie heute, in der seit der Jahrtausendwende laufenden dritten Welle nicht mehr durch (Militär-)Putsch, sondern in einem Erosionsprozess. Es fahren keine Panzer in den Straßen auf, sondern allmählich untergraben die gewählten Amtsinhaber_innen und etablierten Parteien hinter einer Fassade der Legalität demokratische Normen. Dabei schaffen sie die grundlegenden demokratischen Institutionen nicht ab, höhlen diese aber aus, sodass sie ihrer Funktion zuerst nur noch eingeschränkt nachgehen können und schließlich ihrer Aufgabe in der rechtsstaatlichen Demokratie gänzlich beraubt sind. In Europa ist diese graduelle Autokratisierung bspw. in Ungarn und Polen zu beobachten, wo sehr wohl weiterhin Wahlen stattfinden und Verfassungsgerichte ihrer Arbeit nachgehen, allerdings ist das Wahlrecht längst auf die dominante Partei zugeschnitten und die Gerichte sind mit regierungstreuen Richter_innen besetzt.²

1. Wie Demokratien sterben

Im Zuge der Coronakrise erfuhr die weltweite Autokratisierung einen weiteren Schub. Die jüngsten Demokratieindices zeigen, dass wir uns global besehen auf dem Demokratisierungsniveau von 1990 befinden.³ Insbesondere Staaten, die bereits vor der Pandemie Erosionserscheinungen aufwiesen, verschlechterten 2020 ihre Demokratiewerte, unter ihnen abermals Ungarn, Polen, aber auch Serbien und Slowenien, außerhalb Europas va Brasilien, Indien und die USA.⁴ Allorts folgt die Autokratisierung der dritten Welle einem Muster: Regierungsvertreter_innen attackieren kritische Medien und die unabhängige Justiz, ziehen das Parlament und seine Kontrollfunktion ins Lächerliche, diskreditieren also die Gewaltenteilung, um sie letztlich umbauen und mit Gefolgsleuten

1 *Lührmann/Lindberg*, A third wave of autocratization is here: what is new about it? *Democratization* 2019, 1095.

2 Vgl. *von Notz*, How to Abolish Democracy: Electoral System, Party Regulation and Opposition Rights in Hungary and Poland, *VerfBlog* 10.12.2018, <https://verfassungsblog.de/how-to-abolish-democracy-electoral-system-party-regulation-and-opposition-rights-in-hungary-and-poland/> (2.8.2021); *Krekó/Enyedi*, Explaining Eastern Europe: Orbán's Laboratory of Illiberalism, *Journal of Democracy* 2018, 39.

3 Vgl. *Lindberg* et al., Autocratization Turns Viral, *Democracy Report* 2021 (2021).

4 Vgl. *Repucil/Slipowitz*, Freedom in the World 2021: Democracy under Siege, *Freedom House* (2021).

besetzen zu können. Darüber hinaus greifen sie auf populistische Weise gesellschaftsinhärente Konflikte auf, aber nicht um sie moderierend einer Lösung zuzuführen, sondern um sie parteipolitisch auszunützen.

Laut *Svolik* erkennt man tendenziell antidemokratische Politiker_innen schon vor der Machtübernahme daran, dass sie, um Wahlen zu gewinnen, die latenten sozialen Spannungen des Landes nicht einem Ausgleich zuführen, sondern in Achsen akuter politischer Konflikte verwandeln.⁵ Themen wie Migration oder nationaler Souveränitätsverlust gegenüber der EU werden in einer Weise aufgegriffen, die den Bürger_innen an der Urne nur mehr die Wahl zwischen zwei potenziell konfligierenden Werten lässt: demokratische Prinzipien oder parteipolitische Interessen. Im Amt gibt es einen weiteren Lackmустest für das autoritäre Potenzial von Politiker_innen, der auf den Umgang mit politischen Mitbewerber_innen, Medien und mit der Justiz abstellt. Diesen Test hatte *Linz* schon für die zweite Autokratisierungswelle erarbeitet; *Levitsky* und *Ziblatt* erneuerten ihn in *How Democracies Die* für die dritte.⁶

2. Österreich – eine beschädigte Demokratie?

Österreich belegte in sämtlichen Demokratierankings auch während der Coronakrise gute Plätze und stellt im weltweiten Vergleich eine stabile Demokratie dar. Auffällig und besorgniserregend ist allerdings der Trend: In keinem der gemessenen Bereiche – die von „clean elections“ bis „health equality“ reichen – kam es in den vergangenen Jahren zu wesentlichen Verbesserungen, in vielen jedoch zu erheblichen Verschlechterungen. Deshalb wertet zB der *Democracy Index* des *Economist* Österreich in den beiden Kategorien „functioning of government“ und „political culture“ nicht mehr als „full democracy“ sondern als „flawed democracy“.⁷ Die „Beschädigung“ der Demokratie bezieht sich unter anderem auf mangelnde Transparenz des Regierungshandelns, auf den Einfluss finanzstarker Gruppen auf die Gesetzgebung (etwa durch Parteispenden), auf Korruption, auf die schwach ausgebaute Regierungskontrolle,⁸ und im Bereich der politischen Kultur auf hohe Zustimmungswerte für Autokratie und Technokratie, gemessen an der Frage nach der Akzeptanz eines „starken Führers, der sich nicht um Wahlen und Parlament kümmern muss“⁹, oder nach einer Expert_innenregierung.

In Bezug auf politische Kultur und demokratische Verankerung sieht auch der *V-Dem*-Report der Universität Göteborg Handlungsbedarf:¹⁰ Seit Jahren erhält Österreich insb

5 Vgl *Svolik*, Polarization versus Democracy, *Journal of Democracy* 2019, 20.

6 *Linz*, The Breakdown of Democratic Regimes: Crisis, Breakdown, Re-equilibration (1978); *Levitsky/Ziblatt*, *How Democracies Die* (2018).

7 *Economist Intelligence Unit*, Democracy Index 2020: In sickness and in health? (2021).

8 ZB durch die verabsäumte Einsetzung eines begleitenden Corona-Ausschusses im Nationalrat. Erst ab Jänner 2021 kontrollierte der Ständige Unterausschuss des Rechnungshofausschusses die Beschaffungsvorgänge und Auftragsvergaben im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie. Er legte Anfang Juli 2021 seinen Bericht vor, s NR, AUB, 1024 dB.

9 S hierzu auch die Daten des Demokratiemonitors von SORA.

10 Vgl *Lindberg* et al, *Autocratization Turns Viral*.

beim „Deliberative Component Index“ Punkteabzug. Er bewertet den Prozess, durch den Entscheidungen getroffen werden, und fällt umso höher aus, je öffentlicher sie erarbeitet werden. Deliberation umschreibt den breiten Einbezug aller Betroffenen, sodass politische Machtausübung nicht auf emotionalen Appellen, Partikularinteressen oder bloßem Zwang basiert, sondern auf pluralistischer Beratschlagung. Neben dem *V-Dem-Report* macht auch das *International Institute for Democracy and Electoral Assistance* (IDEA) im Bericht *Global State of Democracy* regelmäßig auf das Fehlen von Partizipationsmöglichkeiten aufmerksam und kritisiert zudem den Hang der österreichischen Politik ins Informelle.¹¹

Im Verlauf der Coronakrise zeigten sich in diesem Bereich abermals Schwächen der demokratischen Praxis in Österreich. Denn Demokratie ist mehr, als bloß Wahlen abzuhalten; sie stellt eine Beziehungsweise dar – zwischen Regierung und Bevölkerung, aber auch zwischen den Institutionen des demokratischen Rechtsstaates. Diese Beziehung wies autokratische Tendenzen auf: In unzähligen Pressekonferenzen kommunizierten Regierungsmitglieder über Wochen hinaus Ausgangsbeschränkungen, die der gesetzlichen Grundlage entbehrten, verbreiteten „Fake Laws“, wie *Meditz* und *Negwer* diese Strategie, erwünschtes Sozialverhalten als geltendes Recht hinzustellen, nannten.¹² *Adensamer* und *Kreissl* sprachen gar von „Desinformation als Herrschaftsmittel“.¹³ Gleichzeitig bezeichnete Innenminister *Nehammer* jene, die sich nicht an die Maßnahmen hielten, als „Lebensgefährder“ und Vizekanzler *Kogler* drohte als Sportminister Vereinsfußballer_innen mit der Streichung von Subventionen, wenn sie das Training nicht umgehend einstellten. Mit der fehlenden Legalität so mancher Maßnahme konfrontiert redete der Bundeskanzler den Rechtsstaat schließlich in die Bedeutungslosigkeit, indem er meinte, dass nun nicht die Zeit für „juristische Spitzfindigkeiten“ sei. Hinzu kam in jenem Frühjahr 2020, dass der Nationalrat auf den Schulterchluss des „Team Österreich“ eingeschworen war, deshalb eilig vorgeschlagenen Sammelgesetzen zustimmte und wochenlang auf Begutachtungsverfahren verzichtete. Als der Bundesrat aufgrund der fehlenden Deliberation doch einmal einen Beharrungsbeschluss fasste, bezeichnete die Grüne Klubchefin *Maurer* dies als „zynischen Sabotageakt“.¹⁴

Während der Coronakrise verzeichneten *Reporter ohne Grenzen* (RoG) und das *International Press Institute* (IPI) auch eine abermalige Verschlechterung der Medienfreiheit.¹⁵ Wie schon in den Vorjahren stieg Österreich im RoG-Ranking um weitere Plätze ab, und zwar aufgrund öffentlicher Diffamierung von Journalist_innen, des Ausschlusses mancher Medien von Pressekonferenzen, der selektiven Einladung zu „Hintergrundgesprächen“ und

11 Vgl. *International IDEA, The Global State of Democracy* (2020).

12 *Meditz/Negwer*, Fake Laws: Regierungswünsche als geltendes Recht hingestellt, Die Presse 19.4.2020.

13 *Adensamer/Kreissl*, Desinformation als Herrschaftsmittel, Vicesse-Blog, 15.4.2020, www.vicesse.eu/blog/2020/4/15/desinformation-als-herrschaftsmittel (2.8.2021)

14 S mit weiteren Nachweisen: *Ebs*, Krisendemokratie. Sieben Lektionen aus der Coronakrise (2020).

15 Vgl. die laufenden Erhebungen des *Tracker 19* von Reporter ohne Grenzen sowie des IPI COVID-19 Press Freedom Tracker.

der Bevorzugung von unkritischen Privat- und Boulevardmedien nicht nur bei der Inseratenvergabe, sondern auch bei der Corona-Sondermedienförderung, die auf Reichweite statt auf Qualität setzte. Hinzu kam 2020 eine Aufstockung des Repräsentationsbudgets des Bundeskanzlers auf mehr als das Vierfache sowie Regierungswerbung auf Rekordhoch.

3. Sieg des Rechtsstaats, Verwahrlosung der demokratischen Gesinnung

Autokratisierungstendenzen offenbarten sich demnach auch in Österreich anhand der klassischen nach *Linz* entwickelten Charakteristika und wogen in jenen Bereichen schwerer, die bereits vor der Krise Probleme aufgewiesen hatten. 2021 erreichten sie ein neues Niveau: Kamen die Verunglimpfung des Parlaments oder Angriffe auf die Unabhängigkeit der Justiz früher aus der Opposition, werden sie nunmehr auch von Angehörigen der Regierungspartei gesetzt. Da die vom Ibiza-Untersuchungsausschuss veröffentlichten Chatprotokolle autoritäre Phantasien, die offene Verachtung von demokratischen Institutionen sowie die Anfälligkeit für Korruption innerhalb der politischen Elite nahelegten, wurde die Kontrollfunktion des Untersuchungsausschusses sowie der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft (WKStA) be- und letztlich verhindert.

Der fehlende wechselseitige Respekt der Amtsträger_innen, der iSv horizontaler Verantwortung eine wesentliche Voraussetzung des demokratischen Rechtsstaats ausmacht, rief den Bundespräsidenten auf den Plan. Er war erstmals in der Geschichte der Republik vom VfGH mit einem Exekutionsauftrag (Art 146 Abs 2 B-VG) betraut worden und setzte ihn medienöffentlich um, indem er mehr Respekt für Rechtsstaat und Demokratie einforderte. Obgleich die eingemahnten Akten schließlich geliefert wurden, also der Rechtsstaat obsiegt hatte, kann eine grundsätzliche demokratische Gesinnung doch nicht verordnet werden: Die Regierungsparteien hatten mit der Verzögerung der Aktenlieferung auf Zeit gespielt und die Verlängerung des Ibiza-Untersuchungsausschusses abgelehnt, sodass dieser per 15.7.2021 seine Arbeit einstellen musste.¹⁶

4. Rechtsstaat und Bürokratie im Dienste der Demokratie

Fragt man nun nicht nur danach, wie Demokratien sterben, sondern wie sie überleben, wird die Stärke der österreichischen Justiz und auch des öffentlichen Dienstes deutlich. *Ginsburg* und *Huq* legten in ihrer Studie *Democracy's Near Misses* dar, dass das Überleben der Demokratie überwiegend von Akteur_innen außerhalb des Geltungsbereichs demokratischen Wettbewerbs abhängt: „Rather than elected institutions, it was unrepresentative elites or unelected bureaucrats and judges who proved pivotal to democracy's defense in its moment of peril.“¹⁷ Es sind somit allen voran unabhängige Richter_in-

16 Vgl. *Lachmayer*, Austrian Abyss of Cronyism and Corruption: Fighting for the Rule of Law in Austria, *VerfBlog*, 1.6.2021, <https://verfassungsblog.de/an-austrian-abyss-of-cronyism-and-corruption> (2.8.2021).

17 *Ginsburg/Huq*, *Democracy's Near Misses*, *Journal of Democracy* 2018, 16 (20).

nen und Mitarbeiter_innen des öffentlichen Dienstes, die dem Rechtsstaat und somit der Demokratie verpflichtet sind. Gerichte und Bürokratie agieren als verlangsamende Instanzen, die der Zivilgesellschaft und dem Parteienspektrum Zeit verschaffen, um auf die Autokratisierung durch gewählte Politiker_innen zu reagieren.

Will man den demokratischen Rechtsstaat absichern, muss man seine Kontrollfunktionen stärken: Dahingehend sollte nicht nur das Parlament längst mit mehr Ressourcen ausgestattet werden, sondern Justiz (va die Staatsanwaltschaft) und Verwaltung müssten einen Personalaufbau einleiten. Zudem müsste die Öffentlichkeitsarbeit von Bundeskanzleramt und Ministerien eingeschränkt werden, die in der gegenwärtigen Form wohl ohnehin der Vorgabe der sparsamen Verwaltung widerspricht, worauf *Scheiber* hinweist.¹⁸ Sie erzeugt in Kombination mit der aktuellen Medienförderung samt Inseratpolitik nämlich ein demokratieschädigendes Ungleichgewicht in der Berichterstattung. Die Coronakrise aber auch die Kontroversen um den Ibiza-Untersuchungsausschuss verdeutlichen den Wert einer „eingebetteten Demokratie“¹⁹, deren rechtsstaatliche Komponente in Österreich sehr ausgeprägt ist, im Kampf gegen die Autokratisierung. *Lienbacher* erkennt in der Bundesverfassung eine „Autokratieresistenz“, die er insb an der Gewaltenteilung und an der Unabhängigkeit der Gerichte festmacht.²⁰ Das Legalitätsprinzip (Art 18 B-VG) – dessen Strenge die Bundesregierung im Rahmen der COVID-19-Maßnahmenverordnungen vorgeführt bekam – und die Unabhängigkeit der Richter_innen (Art 87 B-VG) sowie die Trennung von Justiz und Verwaltung (Art 94 B-VG) stellen Bollwerke gegen die Entdemokratisierung dar. Neben den Verwaltungsgerichten war es in der Coronakrise hauptsächlich der VfGH, dem die Aufgabe zukam, als Hüter der Verfassung und folglich der Demokratie, autokratische Tendenzen hintanzuhalten: „Er ist ein Staatsorgan, das seiner Funktion nach die Autokratieresistenz stärkt, indem er Machtanmaßung, die sich in Form von Rechtsakten zeigt, durch Aufhebung dieser Rechtsakte verhindert und beseitigt.“²¹

Aus diesem Grund sind Kontrollorgane wie Höchstgerichte und parlamentarische Oppositionsrechte gemeinsam mit freien Medien die ersten Zielscheiben bei der Entfaltung autoritärer Tendenzen, wie sich seit einigen Jahren in Ungarn und Polen beobachten lässt. Das Vertrauen in die zentralen Institutionen des österreichischen Rechtsstaates zu untergraben, die Gewaltenteilung zu behindern und die Berichterstattung mittels Inseratpolitik und Einschüchterungsklagen zu beeinflussen, ist deshalb auch seitens der Wissenschaft als Politikstil der Autokratisierung klar zu benennen.

Dr. Tamara Ehs ist Politikwissenschaftlerin, politische Bildnerin und Demokratieberaterin. Aktuell nimmt sie einen Forschungsauftrag an der Sigmund Freud-Universität wahr. Ihr Beitrag beruht auf dem vom Zukunftsfonds der Republik Österreich geförderten Projekt „Demokratie und Menschenrechte während der Coronakrise“ (P20-4036); tamara.ehs@jus.sfu.ac.at

18 *Scheiber*, Blogbeitrag auf www.oliverscheiber.eu (3.6.2021).

19 Vgl *Merkel*, Eingebettete und defekte Demokratien, in *Lembcke et al*, *Zeitgenössische Demokratietheorie* (2016) 455.

20 *Lienbacher*, Autokratieresistenz der österreichischen Bundesverfassung, *ZÖR* 2020, 67.

21 *Lienbacher*, Autokratieresistenz 83.

Vereinbarkeit von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit während des 1. Lockdowns der COVID-19-Pandemie

Ergebnisse einer empirischen Erhebung

Heidi Siller / Caroline Voithofer / Margarethe Hochleitner

1. Kontextualisierung von Kinderbetreuung und Arbeiten in der Medizin

Arbeit in der Medizin ist mit hierarchischen Strukturen verbunden.¹ Das Karriereideal blendet Vereinbarkeit von Familie, Betreuungsaufgaben und Erwerbsarbeit oftmals aus,² wovon die Geschlechter unterschiedlich betroffen sind: Beispielsweise berichten Frauen* häufiger von Vereinbarkeitsproblemen³ und ist die Anzahl von Frauen* in Spitzenpositionen in medizinischen Berufen trotz mehr Frauen* im Studium und Beruf⁴ nach wie vor gering, weswegen ua Diskriminierung und Sexismus in der Medizin vermehrt diskutiert werden.⁵ Um die Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und familiären Betreuungsleistungen zu unterstützen, bieten Arbeitgeber:innen – wie zB Universitäten⁶ – Betriebskinderbetreuungseinrichtung an.

1.1. Kinderbetreuung und COVID-19-Pandemie

Forschung zur Kinderbetreuung von Eltern in systemrelevanten Berufen⁷ während COVID-19 zeigte erhöhten Stress, Belastungen und Angst zB in Bezug auf Gesundheit

1 Vgl *Crowe/Clarke/Brugha*, „You Do Not Cross Them’: Hierarchy and Emotion in Doctors’ Narratives of Power Relations in Specialist Training, *Social Science & Medicine* 2017, 70-77.

2 Vgl *Siller/Hochleitner*, Drafting intersections in the career of female medical doctors, in: *Tsouroufli* (Hrsg), *Gender, Careers and Inequalities in Medicine and Medical Education: International perspectives* (2005) 99-125.

3 Vgl *Siller/Juen/Hochleitner*, Stress and Resources in Female and Male Physicians, in: *Rakovec-Felser* (Hrsg), *Book of Contributions. The International Conference, October 6, 2017. Health Professionals – Stress, Burnout and Prevention* (2017) 73-84.

4 Vgl *Pingleton et al*, Silent Bias: Challenges, Obstacles, and Strategies for Leadership Development in Academic Medicine-Lessons from Oral Histories of Women Professors at the University of Kansas, *Academic Medicine* 2016, 1151-57; *De Simone/ Claudia*, Discourses of Sameness, Unbalance and Influence: Dominant Gender Order in Medicine, *Journal of Gender Studies* 2018, 914-27.

5 Vgl *Stroud*, Reflections on Sexism in Medicine, *Canadian Medical Association Journal* 192, 2020, E324-E24; *De Simone / Claudia*, *Journal of Gender Studies* 2018, 914-27; *Siller et al*, „Not a Woman-Question, but a Power-Question”: A Qualitative Study of Third Parties on Psychological Violence in Academic Medicine, *Workplace Health & Safety* 69, 2021, 41-49.

6 Vgl www.unikid-unicare.at/unikid/kinderbetreuung-oesterreich/ (13.6.2021).

7 Systemrelevante Berufe werden definiert als Berufe, die eine wesentliche Funktion für Wirtschaft und Gesellschaft besitzen und zur Aufrechterhaltung der kritischen Infrastruktur notwendig sind. Vgl *Blau/Koebel/Meyerhofer*, *Essential and Frontline Workers in the COVID-19 Crisis*, 2020, <https://econofact.org/essential-and-frontline-workers-in-the-covid-19-crisis> (13.6.2021).

und Sicherheit va bei Ärztinnen, die vor Ort tätig waren.⁸ Stress und Betreuungstätigkeiten, speziell von Kleinkindern, gingen etwa mit Überlegungen eines Arbeitswechsels oder Stundenreduktion einher – besonders bei Frauen.⁹

Vor diesem Hintergrund stellte sich die Frage nach ihren Wahrnehmungen zur Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Kinderbetreuung bei an einer medizinischen Universität tätigen Eltern. Dem lag die Annahme zugrunde, dass Betreuungseinrichtungen und andere Betreuungspersonen im Lockdown schwerer zugänglich waren/sind. Während des 1. Lockdowns in Österreich¹⁰ waren die Einwohner:innen Tirols von umfassenden Einschränkungen der persönlichen Freizügigkeit und Freiheit durch die am 18.3.2020 verkündete „Tiroler Selbstisolation“¹¹ betroffen. Von 19.3. bis 6.4.2020 war es in Tirol grundsätzlich verboten, die Gemeindegrenze zu überschreiten. Das Überschreiten war jedoch ua „zur Aufrechterhaltung der Gesundheitsfürsorge und Alten- und Krankenpflege“¹² stets erlaubt. Diese Ausgangslage legte nahe, dass Eltern in systemrelevanten Berufen erhöht gefordert waren, Berufstätigkeit mit Kinderbetreuung in Einklang zu bringen.

2. Die Studie

Während COVID-19 zeigt/e sich eine Verstärkung von Ungleichheiten zwischen den Geschlechtern,¹³ ua stiegen Mehrfachbelastungen von Frauen* während COVID-19 sprunghaft und unabhängig vom Ausmaß der Erwerbstätigkeit an.¹⁴ Generell nehmen Frauen* häufiger Teilzeitarbeit sowie Karenzzeiten in Anspruch.¹⁵ Kinderbetreuung scheint damit nach wie vor eher eine „weibliche“ Aufgabe.¹⁶ Frauen* sind zudem häufiger in sozialen und medizinischen und damit in „systemrelevanten Berufen“ tätig.¹⁷

Ein Fragebogen mit offenen Fragen zu den Wahrnehmungen in Bezug auf die Kinderbetreuung während und nach dem 1. Lockdown wurde an Eltern, die beim Wiedereinstiegsprogramm nach Karenz und beim Kindergarten einer medizinischen Universität gemeldet waren (n = 73), im Juli 2020 via E-Mail ausgesandt.

8 Vgl *Halley et al*, The Intersection of Work and Home Challenges Faced by Physician Mothers During the Coronavirus Disease 2019 Pandemic: A Mixed-Methods Analysis, *Journal of Womens Health* 2021.

9 Vgl *Delaney et al*, Experiences of a Health System's Faculty, Staff, and Trainees' Career Development, Work Culture, and Childcare Needs During the Covid-19 Pandemic, *Jama Network Open* 4, 2021.

10 §§ 1, 2 VO gemäß § 2 Z 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes jeweils idF BGBl II 98/2020, BGBl II 107/2020, BGBl II 108/2020, BGBl II 148/2020, BGBl II 162/2020.

11 VO des Landeshauptmannes nach § 2 Z 2 des COVID-19-Maßnahmengesetzes, LGBl 33/2020 idF LGBl 34/220; abgelöst durch LGBl 35/2020 idF LGBl 41/2020, aufgehoben durch LGBl 44/2020. Die tw Verfassungswidrigkeit der VO wurde mittlerweile festgestellt: VfGH 10.12.2020, V 535-2020-17, BGBl III 100/2021.

12 Vgl § 3 Abs 2 lit c VO des Landeshauptmannes nach § 2 Z 2 des COVID-19-Maßnahmengesetzes idStF LGBl 33/2020.

13 Vgl *Burki*, The indirect impact of COVID-19 on women, *The Lancet Infectious Diseases* 20/2020, 904-905; *Soudka et al*, COVID-19 and Healthcare worker's families: behind the scenes of frontline response, *EClinicalMedicine* 2020, 23; *Yavorsky/Qian/Sargent*, The Gendered Pandemic: The Implications of Covid-19 for Work and Family, *Sociology Compass* 2021.

14 *Delaney et al*, *Jama Network Open* 2021; *Halley et al*, *Journal of Womens Health* 2021.

15 Vgl *Kiechl-Kohlendorfer/Hackl*, Ärztliche Teilzeitarbeit, *Wiener Medizinische Wochenschrift* 2020, 170-174; *Craig/Churchill*, *Gender Work Organization* 2020, 1-14.

16 Vgl dazu *Kiechl-Kohlendorfer/Hackl*, *Wiener Medizinische Wochenschrift* 2004, 170-174.

17 *Yavorsky/Qian/Sargent*, *Sociology Compass* 2021.

24 Personen nahmen teil. Davon identifizierten sich 22 als Frauen* (\bar{X} -Alter 36,67 +/- 5,24 Jahre) und zwei als Männer* (\bar{X} -Alter 38 +/- 1,41 Jahre). Die Frauen* hatten \bar{X} 1,6 Kinder (Standardabweichung, SD 0,67), die Männer* jeweils 2 Kinder (SD 0). Das \bar{X} -Alter der Eltern betrug 35,78 Jahre (SD 5,02, Range 29-46 Jahre), die \bar{X} -Kinderanzahl 1,58 (SD 0,65, Range 1-3). Alle hatten Kinder im Alter von 0-5 Jahren; 4 Personen hatten jeweils ein weiteres Kind im Alter zwischen 6-10. Alle Befragten lebten gemeinsam mit dem:der Partner:in. Die Auswertung erfolgte mittels thematischem Clustering der Aussagen. Dabei wurden wesentliche Aspekte kodiert und fortlaufend Themen erarbeitet.

3. Die Ergebnisse

3.1. Rahmenbedingungen: Betreuungssituation

Während des Lockdowns haben 18 Befragte (alle weiblich) selbst die Kinder betreut. Bei 14 Personen hat auch die:der Partner:in (12 Frauen*, 2 Männer*) die Kinder betreut. Zwei Frauen* gaben an, dass sich auch Personen aus dem nahen sozialen Umfeld um die Kinder kümmerten. Ein Kind wurde in Schule/Kindergarten betreut. Die meisten Kinder wurden neben Home-Office, Sonderurlaub, Karenz- oder Kurzarbeitszeit von einem oder beiden Eltern betreut. Nach den Lockerungen im Mai 2020 brachten 22 Personen (20 Frauen*, 2 Männer*) ihre Kinder zur Betreuung in Schule/Kindergarten.

3.2. Einschränkungen und Zeitgewinne: Wahrnehmungen während des Lockdowns

Am häufigsten wurde die Betreuung von Kindern und gleichzeitiges Home-Office als schwierig und herausfordernd erlebt. Ebenso waren Beschränkungen des öffentlichen Raums in Kombination mit räumlicher Enge zu Hause sowie fehlende soziale Kontakte der Kinder zu anderen, Nichtverstehen der Lage der Kinder als belastend genannt. Gleichzeitig wurde gewonnene Zeit mit den Kindern – zB durch Ruhe, weniger Stress und weggefallene Wege der Eltern – als positiv beschrieben. Aktive Angebote von Kindergärten, Kinder während des Lockdowns in die Betreuung zu bringen und ein verbesserter Betreuungsschlüssel in Kinderbetreuungseinrichtungen waren positive Aspekte während des Lockdowns.

3.3. Die große Erleichterung? Kinderbetreuung nach den Lockerungen

Nach den Lockerungen wurden der verbesserte Betreuungsschlüssel in Kinderbetreuungseinrichtungen und die Pädagog:innen als offen und entspannt beschrieben. Der wieder stattfindende Kontakt der Kinder zu anderen wurde als positiv wahrgenommen. Dennoch waren neue Betreuungsstrukturen, durch zB Wiedereingewöhnung in Betreuungseinrichtungen, schwierig für die Kinder und äußerten sich tw in Ablehnung von Kindern in die Einrichtungen zu gehen. Für die Eltern spiegelten sich die Lockerungen in strengeren Kriterien (zB Erkältungen) bei denen Kinder nicht in Betreuungseinrichtungen gebracht werden konnten, eingeschränkten Nachmittagsbetreuungen und Planungsunsicherheit bzgl Schließungen, wider. 7 Teilnehmer:innen berichteten von keinen Schwierigkeiten.

3.4. Notwendigkeit der Kinderbetreuung

Im Sommer 2020 hofften die Teilnehmer:innen noch auf das Ausbleiben einer 2. Welle bzw weiterer Lockdowns. Dennoch erwarteten sie Schwierigkeiten bei der Kinderbetreuung durch zB „Generalverdacht COVID-19“ bei Erkältungssymptomen, begrenzten/tw aufgebrauchten Sonderurlaub, bei einer gleichzeitigen unbedingten Notwendigkeit von Kinderbetreuung für die Berufsausübung.

4. Fazit

Eine homogene Gruppe von Eltern wurde über ihre Wahrnehmungen zur Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Kinderbetreuung während des 1. Lockdowns, der Tiroler Selbstisolation und kurz danach befragt. Die Ergebnisse zeigten ein Bild von fehlenden und vorhandenen Ressourcen. So wurde Sonderurlaub und Karenz für Kinderbetreuung herangezogen, jedoch brachte gleichzeitiges Home-Office Schwierigkeiten mit sich. Die Ruhe und der reduzierte Stress, zB Wegfall von Pendelwegen, brachten zunächst einen Zeitgewinn, der mit Kindern verbracht wurde. Die Planungsunsicherheit für die Zukunft und restriktivere Regeln zu Kinderbetreuung bei Erkältungen etc waren herausfordernd. Die Geschlechterverteilung unserer Teilnehmer:innen spiegelt die geschlechtsspezifischen Auswirkungen von gesellschaftlichen und COVID-19 bedingten Ungleichheiten¹⁸ wider. Frauen* scheinen noch stärker mit dem Thema Kinderbetreuung und damit mit der „Vereinbarkeitsfrage“ verwachsen zu sein als Männer*. Gerade bei systemrelevanten Arbeitnehmer:innen müssten Mehrfachbelastungen in einer Pandemiesituation berücksichtigt werden und Systeme, zB arbeitsbedingte Strukturen wie Arbeitseinsatz vor Ort, Sonderurlaube und gesellschaftspolitische Strukturen wie planungssichere und reibungslose Kinderbetreuungsmöglichkeiten, flexibler, den jeweiligen Erfordernissen entsprechend, gestaltet werden. Hier wäre die (Rechts-)Politik gefordert.

Generell weisen die Ergebnisse darauf hin, dass in einer durch Unsicherheit geprägten Zeit, Politik, Recht und Arbeitgeber:innen einen flexiblen Rahmen für die Vereinbarkeit von systemrelevanter Berufstätigkeit mit Kinderbetreuung ermöglichen sollten. Zudem bestätigen unsere Ergebnisse andere Studien, wonach die Wahrnehmungen von Individuen in einer Pandemie berücksichtigt werden müssen,¹⁹ um Ungleichheiten zu erkennen und ihnen entgegenzuwirken.

Dr.¹⁸ Heidi Siller ist klinische und Gesundheitspsychologin und Senior Scientist an der gemeinsamen Einrichtung für Gender Medizin & Diversität der Medizinischen Universität Innsbruck; heidi.siller@i-med.ac.at

Dr.¹⁹ Caroline Voithofer ist Universitätsassistentin am Institut für Zivilrecht der Universität Innsbruck und ehemaliges Redaktionsmitglied des *juridikum*; caroline.voithofer@uibk.ac.at

Univ.-Prof.¹⁹ Dr. Margarethe Hochleitner ist Leiterin der gemeinsamen Einrichtung für Gender Medizin & Diversität und der Koordinationsstelle für Gleichstellung, Frauenförderung und Diversität, Vorsitzende des AKG der Medizinischen Universität Innsbruck; margarethe.hochleitner@i-med.ac.at

18 <https://eige.europa.eu/covid-19-and-gender-equality/essential-workers> (13.6.2021).

19 *Burki*, *The Lancet Infectious Diseases* 20/2020, 904-905; *Souadka et al*, *EClinicalMedicine* 2020, 23.

Grenzenloses Europa in Zeiten von Corona

Fällt Schengen dem Virus zum Opfer?

Daniela Gschwindt

1. Einleitung

Schengen, ein Ort, der wie kein anderer für ein grenzenloses Europa steht, wurde letztes Jahr selbst abgeriegelt. Der Schengen-Raum, bestehend aus 22 EU-Mitgliedstaaten (MS) und vier assoziierten Ländern, erfuhr verstärkte Grenzkontrollen und Beschränkungen für interne Bewegungen. Die zentrale unionsrechtliche Verordnung, der Schengener Grenzkodex (SGK), legt gemeinsame Regeln für den Grenzschutz an den Binnen- und Außengrenzen der EU fest, einschließlich Regeln und Verfahren für die außergewöhnliche Einführung von Kontrollen.¹ Laut SGK können die MS bei einer vorhersehbaren sowie unmittelbaren Bedrohung für die öffentliche Ordnung oder innere Sicherheit oder bei schwerwiegenden Mängeln der Außengrenzkontrollen vorübergehende Binnengrenzkontrollen einführen.² Seit der ersten Welle im März 2020 drängt Covid-19 viele MS dazu, aufgrund einer „unvorhersehbaren“ Bedrohung der öffentlichen Gesundheit, Kontrollen oder faktische Schließungen vorzunehmen. Die Einführung solcher Maßnahmen stellt einen starken Eingriff in die verfassungsrechtliche Garantie der Mobilität aller EU-Bürger*innen dar. Dies bedeutet nicht, dass die MS in Krisenzeiten nicht auf außerordentliche Maßnahmen zurückgreifen können, sie sind jedoch aus rechtlicher Sicht nicht komplett frei in ihrem Handeln. In jedem Fall muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden. Es lässt sich jedoch nur schwer argumentieren, dass Grenzschießungen ein effektives, verhältnismäßiges letztes Mittel darstellen. Physische Grenzkontrollen sind in den letzten Jahren wieder zu einem häufigeren Phänomen geworden. Im Jahr 2015 musste die EU mit einem massiven und unvorhergesehenen Zustrom von Geflüchteten umgehen. Laut einem Frontex-Bericht wurden damals mehr als 1,8 Millionen „illegale“ Grenzübertritte verzeichnet.³ Nach der Migrationskrise stellt nun die Covid-19-Pandemie Schengen erneut auf eine harte Probe.

1 VO (EU) 2016/399 des EP und des Rates v 9.3.2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABL L 77, 1.

2 Kapitel II SGK.

3 *Frontex*, Risk Analysis for 2016, 5.

2. Unionskompetenz in Krisenzeiten

Nach Art 168 AEUV ergänzt die EU die Politik der MS in Fragen der Gesundheit lediglich. Ihre Kompetenz beschränkt sich auf Maßnahmen der Prävention und nach Art 168 Abs 5 AEUV sind harmonisierende Unionsrechtsakte ausdrücklich ausgeschlossen. Dies verhindert jedoch nicht, dass die EU basierend auf anderen Zuständigkeiten gesundheitsbezogene Regelungen erlassen kann.⁴ Ähnliches geht aus Art 196 AEUV betreffend den Katastrophenschutz hervor. Die Solidaritätsklausel in Art 222 AEUV wurde bislang noch nicht durch den Rat aktiviert.⁵ Insgesamt bedeutet dies, dass die Zuständigkeit für den Kampf gegen Pandemien primär bei den MS liegt. Was die Bewegungsfreiheit innerhalb der Union betrifft, liegen die Zuständigkeiten jedoch anders.

3. Rechtsgrundlage für Kontrollen an den EU-Binnengrenzen

Der Schengenraum ist Bestandteil des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts⁶ und ist Teil der – zwischen Union und MS – geteilten Zuständigkeit.⁷ Nach dem AEUV gibt es drei Hauptkategorien von Zuständigkeiten: die ausschließliche Zuständigkeit der EU, die geteilte Zuständigkeit mit den MS und die Beschränkung der EU auf unterstützende/koordinierende Maßnahmen.⁸ In Angelegenheiten mit ausschließlicher Zuständigkeit kann nur die EU gesetzgeberisch tätig werden und rechtsverbindliche Akte erlassen (zB Zollunion oder gemeinsame Fischereipolitik).⁹ Bei geteilter Zuständigkeit können sowohl die EU als auch die MS in diesem Bereich gesetzgeberisch tätig werden und rechtsverbindliche Rechtsakte erlassen, soweit die Zuständigkeit nicht bereits vorher ausgeübt wurde (zB Verbraucher*innenschutz oder Verkehr).¹⁰ Unterstützende, koordinierende oder ergänzende Zuständigkeiten ermöglichen es der EU, Maßnahmen zu ergreifen, ohne die Zuständigkeit der MS zu verdrängen (zB Bildung oder Tourismus).¹¹ Der Rat einigte sich im März 2020 auf ein europaweites Reiseverbot ohne verbindlichen Rechtsakt oder Ausführungsverordnung.¹² Daraufhin kündigten 12 Schengen-Länder die

4 Vgl. *Schneider* in *Mayer/Stöger* (Hrsg.), EUV/AEUV Art 168 AEUV Rz 5 und 7 (Stand 1.12.2012, rdb.at); siehe bspw. Beschl. Nr. 1082/2013/EU des EP und des Rates v. 22.10.2013 zu schwerwiegenden grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren und zur Aufhebung der Entscheidung Nr. 2119/98/EG, ABl. L 293, 1.

5 Siehe auch *Repasi*, Europäische Solidarität in der Wirtschaftskrise nach der Pandemie, *EuZW* 2020, 345 (345 ff.); *Mögele*, Die EU und COVID-19: Befugnisse und Initiativen, *EuZW* 2020, 297 (298 ff.).

6 Art 67 und 77 AEUV; der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ergänzt die Personenfreizügigkeit durch Maßnahmen in Bereichen wie Migration, Asyl, internationaler Betrug, Zollzusammenarbeit und polizeiliche Zusammenarbeit (insb. gegen Terrorismus und internationale Kriminalität); siehe auch *Craig/de Búrca*, *EU Law: Text, Cases and Materials* (2020) 995 ff.

7 Art 77 Abs 2 iVm Art 4 Abs 2 lit j AEUV (Rechtsgrundlage des SGK).

8 Art 2 AEUV; siehe auch *Jaeger*, Einführung in das Europarecht (2020) 120 ff.

9 Art 2 Abs 1 iVm Art 3 AEUV.

10 Art 2 Abs 2 iVm Art 4 AEUV.

11 Art 2 Abs 5 AEUV iVm Art 6 AEUV.

12 EK, Mitteilung COVID-19: Vorübergehende Beschränkung von nicht unbedingt notwendigen Reisen in die EU, COM(2020) 115 final.

sofortige unvorhersehbare und sieben Länder die vorhersehbare vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen aufgrund der schwerwiegenden Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder inneren Sicherheit an.¹³ Die Wiedereinführung wurde mit der Dringlichkeit und Notwendigkeit begründet, die Ausbreitung des Virus einzudämmen.¹⁴ In Wirklichkeit handelte es sich jedoch an den meisten Grenzen um Identitäts- und Ausweiskontrollen, und nicht um Gesundheitskontrollen zur Feststellung von Virusträger*innen.¹⁵ In dem (vergeblichen) Versuch, die Maßnahmen der einzelnen MS zu koordinieren, veröffentlichte die Europäische Kommission (EK) im März 2020 rechtsunverbindliche Leitlinien für Grenzmanagementmaßnahmen zum Schutz der Gesundheit und zur Sicherstellung der Verfügbarkeit von Waren und wesentlichen Dienstleistungen.¹⁶ Das Endergebnis war ein Geflecht dynamischer, vielschichtiger Maßnahmen von Grenzkontrollwiedereinführungen an Land-, See- und Luftgrenzen bis hin zu EU- und auslandweiten Reiseverboten.

Die meisten MS beriefen sich dabei auf den SGK als Rechtsgrundlage. Da die Pandemie als „ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung“ eingestuft werden kann, die sofortiges Handeln erfordert, fallen diese Grenzkontrollen unter Art 25 und 28 SGK. Art 25 legt den allgemeinen Rahmen für die vorübergehende Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen fest, sofern diese erforderlich sind, um vorhersehbaren Ereignissen zu begegnen, die die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit ernsthaft bedrohen. Dazu geht aus der Rsp des EuGH hervor, dass eine Wiedereinführung möglich, aber an genaue Bedingungen geknüpft sein muss und nicht dem Ermessen der MS überlassen wird.¹⁷ Da es sich bei einer solchen Wiedereinführung um eine Ausnahme der Reisefreiheit und Personenfreizügigkeit handelt, ist eine enge Auslegung der Voraussetzungen iSd Art 25 SGK geboten.¹⁸ Art 28 wird in Fällen, die sofortiges Handeln erfordern anwendbar und sieht demnach ein spezielles Verfahren für ernsthaft bedrohliche unvorhergesehene oder unvorhersehbare Situationen vor. Er schreibt vor, dass die Dauer einer solchen Ausnahmemaßnahme auf zehn Tage begrenzt werden muss, wobei die Möglichkeit einer Verlängerung von 20 Tagen bis zu max zwei Monaten besteht. In beiden Fällen muss die EK davon in Kenntnis gesetzt werden und gibt anschließend eine Stellungnahme ab. Nach Art 25 Abs 2 ist eine vorherige Ankündigung erforderlich, während nach Art 28 die Wiedereinführung und Ankündigung simultan erfolgen. In jedem Fall müssen die Grundsätze der Notwendigkeit und

13 *Schengen Visa Info News*, 25. Jahrestag der Abschaffung der Binnengrenzen findet Schengen mit wieder eingeführten Grenzen, www.schengenvisainfo.com/news/de/25-jahrestag-der-abschaffung-der-binnengrenzen-findet-schengen-mit-wieder-eingefuhrten-grenzen/ (23.4.2021).

14 Siehe zB *Deutsche Bundesregierung*, Weitere Einschränkungen an Binnengrenzen: Vorübergehende Grenzkontrollen, www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/kontrollen-an-den-grenzen-1730742 (23.4.2021).

15 Screening-Verfahren durch nationale Polizeibehörden; siehe auch *EP*, Im Namen von COVID-19: Eine Bewertung der Schengen-Kontrollen an den Binnengrenzen und Reisebeschränkungen in der EU, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659506/IPOL_STU\(2020\)659506_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659506/IPOL_STU(2020)659506_EN.pdf) (23.4.2021).

16 *EK*, Leitlinien für Grenzmanagementmaßnahmen zum Schutz der Gesundheit und zur Sicherstellung der Verfügbarkeit von Waren und wesentlichen Dienstleistungen, C(2020) 1753 final.

17 EuGH 19.3.2019, C-444/17, *Arib ua*, ECLI:EU:C:2019:220, Rn 49.

18 Vgl Erwägungsgründe 21, 23 und 27 SGK; siehe zB EuGH 27.4.2006, C-441/02, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2006:253, Rn 34 f.

Verhältnismäßigkeit, insb hinsichtlich der Dauer und des territorialen Geltungsbereichs, beachtet werden. Weiters wird präzisiert, dass die MS prüfen müssen, „inwieweit mit einer derartigen Maßnahme der Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit voraussichtlich angemessen begegnet werden kann“.¹⁹

Die meisten Regierungen der MS haben lediglich auf ihrer Webseite darauf hingewiesen, dass auf Grundlage des SGK Binnengrenzkontrollen an den Grenzen zu ihren Nachbarländern eingeführt werden, so zB auch die dt Bundesregierung.²⁰ Es gab keine öffentliche Mitteilung über die Erfüllung der Kriterien und rechtlichen Verpflichtungen des SGK. Was die MS nicht unbeachtet lassen sollten: eine Verordnung wie der SGK ist unmittelbar anwendbar, von allgemeiner Geltung und in all ihren Teilen verbindlich.²¹ Hinzu kommt, dass die Ausübung einer solchen Entscheidung ein Ausnahmerecht darstellt und keine eigenständige Kompetenz der MS.²²

4. Personenfreizügigkeitsbeschränkungen und öffentliche Gesundheit/Ordnung

Während Reiseverbote normalerweise durch exekutives Ermessen gesteuert werden, hat das EU-Recht die Mobilität innerhalb seiner Grenzen und des Schengen-Raums von staatlicher Souveränität abgegrenzt. Die verfassungsrechtliche Garantie dieser Mobilität ist allen EU-Bürger*innen gewährt und unterliegt rechtlicher Kontrolle.²³ Der EuGH wendet eine Zulässigkeitsprüfung für die Behinderung der grundlegenden Freiheiten, wie die Personenfreizügigkeit, an. Demnach müssen solche Hindernisse nichtdiskriminierend, im Allgemeininteresse gerechtfertigt, und geeignet sein, das verfolgte Ziel zu erreichen, und letztlich nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.²⁴ Durch vorübergehende Grenzkontrollen und -schließungen sind hauptsächlich die Arbeitnehmer*innenfreizügigkeit (Art 45 AEUV), das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht (Art 21 AEUV) und das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art 18 AEUV) betroffen.

Laut SGK und EuGH ist jede Abweichung der Freizügigkeit eng auszulegen und der Rückgriff auf „öffentliche Ordnung“ setzt eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung voraus, die ein grundlegendes Interesse der Gesellschaft beeinträchtigt.²⁵ Dabei wird zwischen den Begriffen der öffentlichen Ordnung und der öffentlichen Gesundheit unterschieden. Eine klare Trennung ist jedoch unmöglich, wenn eine Situation wie die Corona-Pandemie mehrere grundlegende Interessen der Gesellschaft betrifft. Daher kann der Begriff der öffentlichen Ordnung den der öffentlichen

19 Art 26 SGK.

20 *Deutsche Bundesregierung*, Vorübergehende Grenzkontrollen, bundesregierung.de.

21 Art 288 AEUV; vgl *Gerkrath*, The reintroduction of internal EU border controls: a disproportionate, ineffective and illegal instrument of combating the pandemic, EU Law Live Weekend Edition Nr 47 2020, 2 (5 ff).

22 Art 25 bis 28 SGK; Art 3 Abs 2 und 4 EUV (geteilte Kompetenz); Art 77 Abs 1 AEUV (Grenzpolitik der EU).

23 Art 45 ff AEUV und die Möglichkeit der Beschränkung in Art 45 Abs 3 AEUV.

24 EuGH 30.11.1995, C-55/94, *Gebhard*, ECLI:EU:C:1995:411, Rn 37.

25 Erwägungsgrund 27 SGK; EuGH 12.12.2019, C-380/18, *E P*, ECLI:EU:C:2019:1071; EuGH C-380/18 Rn 32; EuGH C-441/02 Rn 34 f.

Gesundheit einschließen. Durch das Stilllegen der Mobilität innerhalb der EU, aber auch eines MS, gewann der Begriff der öffentlichen Gesundheit und Ordnung immer mehr an Bedeutung. Im SGK finden diese Begriffe nur in Bestimmungen zur Außengrenzkontrolle Anwendung (Art 6 Abs 1). Es ist anzunehmen, dass sich die Judikatur auch auf andere Bestimmungen wie Art 25 Abs 1 übertragen lässt, da Binnengrenzkontrollmaßnahmen ebenfalls eine Beschränkung der Freizügigkeit sind.²⁶ Der EuGH hat zuvor betont, dass „die besonderen Umstände, die möglicherweise die Berufung auf den Begriff der öffentlichen Ordnung rechtfertigen, von Land zu Land und im zeitlichen Wechsel verschieden sein“ können und dass „den zuständigen innerstaatlichen Behörden ein Beurteilungsspielraum innerhalb der durch den Vertrag gesetzten Grenzen zuzubilligen ist“.²⁷ Es wird daher keine einheitliche Reaktion aller MS verlangt. In Zeiten schwerwiegender Störungen der öffentlichen Ordnung kann dieser Spielraum durch die Schutzklauseln in Art 72 und 347 AEUV verstärkt werden.²⁸ Es gibt daher gute Gründe dafür, dass Reiseverbote in der Ausnahme der öffentlichen Ordnung und Gesundheit abgedeckt sind. Das Coronavirus, als pandemische Krankheit („mit epidemischem Potenzial“), rechtfertigt zudem Reisebeschränkungen nach Art 29 FreizügigkeitsRL. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss dennoch beachtet werden. Zudem müssen Verfahrensgarantien gegeben sein, um Beschränkungen auf ihre Rechtmäßigkeit prüfen zu können.²⁹ Die geforderte Bekanntmachung der MS zur Errichtung von Grenzkontrollen erreichte alle MS und die EK, aber nicht diejenigen, deren Freiheit eigentlich eingeschränkt wird.³⁰ Auch wenn FreizügigkeitsRL und SGK den Ausnahmetatbestand der öffentlichen Ordnung und Gesundheit kennen, lässt sich eine Grenzschließung gegenüber Unionsbürger*innen nur schwer argumentieren, vor allem da medizinische Tests und mittlerweile auch Impfnachweise verfügbar sind, die den Gesundheitszustand bescheinigen können.³¹ Da in den meisten bekannten Fällen nur Identitätsnachweise und Arbeitsbescheinigungen kontrolliert wurden und werden, kann die Wiedereinführung von Kontrollen nicht auf Basis der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt werden. Die Wiedereinführung hat die Verbreitung des Virus nicht verhindert, sondern diente eher der politischen Profilierung. Insb die zweite und nun auch dritte Welle der Pandemie zeigen, dass weniger auf Grenzkontrollen zurückgegriffen wird, die sich offensichtlich zuvor als ineffektiv und unnötig erwiesen haben.

26 Vgl *Klaushofer/Kneib/Palmstorfer/Winner*, Ausgewählte unions- und verfassungsrechtliche Fragen der österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Covid-19-Virus, ZöR 2020, 649 (665 f); *Lukacic*, Vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen an Binnengrenzen, *migraLex* 2020, 34 (37 f).

27 EuGH 4.12.1974, C-41/74, *Van Duyn/Home Office*, ECLI:EU:C:1974:133, Rn 18; EuGH 22.5.2012, C-348/09, I, ECLI:EU:C:2012:300, Rn 22.

28 EuGH 13.7.2000, C-423/98, *Albore*, ECLI:EU:C:2000:401, Rn 23; siehe auch *Thym*, Travel Bans in Europe: A Legal Appraisal (Part I), *eumigrationlawblog*.eu 18.3.2020, <https://eumigrationlawblog.eu/travel-bans-in-europe-a-legal-appraisal-part-i/> (23.4.2021).

29 Art 31 RL 2004/38/EG des EP und des Rates v 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl L 229, 35.

30 Was nicht unbedingt einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle iSd Art 19 EUV und 47 GRC entspricht.

31 Wie auch in der Exit-Strategie der EK bestätigt in *EK*, Mitteilung COVID-19: Hin zu einem abgestimmten und koordinierten Vorgehen zur Wiederherstellung der Freizügigkeit und zur Aufhebung der Kontrollen an den Binnengrenzen, C(2020) 3250 final.

4.1. Verhältnismäßigkeit und legitime Einreisegründe

Die Einschränkung der Freizügigkeit ist im aktuellen Kontext eine Frage der Abwägung zwischen persönlichen, wirtschaftlichen und gesundheitspolitischen Schutzerwägungen. Einschränkungen müssen verhältnismäßig sein, also zeitlich begrenzt und gerechtfertigt durch das Vorliegen einer Bedrohung der öffentlichen Ordnung.³² Der EuGH besteht hier auf eine individuelle Einzelfallbeurteilung.³³ In keinem Fall sollte den MS eine *carte blanche* gewährt werden. Um an Grenzen eine bestmögliche und rasche Entscheidung über die legitime Einreise einer Person zu fällen, müssen sich die MS um klare Kriterien und Formalitäten bemühen, an denen sich die Entscheidungsfindung orientieren kann. Die Einhaltung EU-rechtlicher Beschränkungen ist „durch Konkretisierungen [...] sicherzustellen“³⁴. Die Rechtssicherheit der Unionsbürger*innen erfordert Standards und verständliche Anforderungen über zB die Art von Unterlagen für den Nachweis legitimer Einreisegründe. Eine gewisse Flexibilität erlaubt es, Beweise mit jedem geeigneten Mittel vorlegen zu können.³⁵ Eine Beweislastumkehr zulasten der Grundrechtsträger*innen ist keineswegs gerechtfertigt. Dennoch forderte die dt Bundespolizei bspw anfangs dazu auf, schriftliche Beweismittel wie einen Arbeitsvertrag oder eine Heiratsurkunde vorzulegen.³⁶ Österreich hingegen beharrte auf das Vorweisen eines ärztlichen Attests und einer elektronischen Einreiseregistrierung.³⁷

Das Europäische Parlament (EP) betonte klar, dass die MS die rechtzeitige und wirksame Einhaltung der bestehenden Rechtsnormen versäumt haben. Es konnten keine stichhaltigen Beweise zur Verhältnismäßigkeit der Kontrollen vorgebracht werden. Zudem haben sie vorübergehende Grenzkontrollen durch eine immer wiederkehrende Verlängerung zu dauerhaften Kontrollen gemacht, indem sie von einer Rechtsgrundlage zur anderen gesprungen sind. Laut EP betreffen polizeiliche Identitäts- und Stichprobenkontrollen bestimmte Personen unverhältnismäßig stark, ebenso wie Überwachungsmaßnahmen. Die MS sollten davon absehen, ex ante Genehmigungen (die eine de facto Visumpflicht entgegen Art 5 Abs 1 FreizügigkeitsRL darstellt) zu verlangen. Letztlich sei zu betonen, dass Geflüchtete und internationale Schutzsuchende besonders stark durch die bestehenden Reisebeschränkungen und Einreiseverweigerungen betroffen sind.³⁸

Es ist umso bedauerlicher, dass die EK, als Hüterin der Verträge, mit einer sehr zurückhaltenden – und unverbindlichen – Mitteilung auf die Wiedereinführung von Kontrollen und

32 Erwägungsgründe 7 und 22, Art 26 und 28 Abs 2 SGK.

33 EuGH 28.4.2004, C-482/01 und C-493/01, *Orfanopoulos und Oliveri*, ECLI:EU:C:2004:262, Rn 94-99.

34 EuGH 21.6.2017, C-9/16, A, ECLI:EU:C:2017:483, Rn 38.

35 EuGH 17.2.2005, C-215/03, *Oulane*, ECLI:EU:C:2005:95, Rn 53; EuGH 5.2.1991, C-363/89, *Roux/Belgischer Staat*, ECLI:EU:C:1991:41, Rn 16.

36 Siehe zB *Luxemburgische Regierung*, Pendlerbescheinigung für Berufspendler (Deutsch-luxemburgische Grenze), https://gouvernement.lu/de/actualites/toutes_actualites/communiqués/2020/03-mars/16-bescheinigung-berufspendler.html (24.3.2021).

37 COVID-19-EinreiseV, BGBl II 2020/445.

38 EP, Bewertung der Schengen-Kontrollen, europarl.europa.eu; vgl *Carrera/Luk*, Love thy neighbour? Coronavirus politics and their impact on EU freedoms and rule of law in the Schengen Area, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe 2020, 1 (22 ff).

Schließungen der MS reagiert hat und diese ohne Überprüfung ihrer Notwendigkeit und Rechtfertigung bewilligte.³⁹ Dadurch versäumte die EK die Angemessenheit, die Einhaltung der formalen Bedingungen, die Beschränkung der Personenfreizügigkeit und die Dauer der Maßnahmen zu prüfen, und ggf Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten.⁴⁰ Vor allem während der ersten Welle gab es starke Diskrepanzen in den Handlungen der MS. So führte zB Deutschland Grenzkontrollen an der dt-luxemburgischen Grenze ein, jedoch nicht an der dt-belgischen oder dt-niederländischen Grenze. Dies deutet darauf hin, dass die Notwendigkeit von Grenzkontrollen von Anfang an relativ war, in Anbetracht der Tatsache, dass diese zur Eindämmung des Virus dienen sollten.⁴¹ Ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH würde Aufschluss über die Rechtfertigung der Freizügigkeitsbeschränkung anhand der öffentlichen Ordnung und Gesundheit und die Angemessenheit dieser Maßnahmen bringen. Seit Jahren ist das Grundprinzip der Freizügigkeit von Arbeitnehmer*innen in der Rsp des EuGH fest verankert. Alle Ausnahmeregelungen sind eng auszulegen.⁴² Die MS sollten daher den Leitlinien der EK folgen und Grenzgänger*innen sowie anderen wirtschaftlich aktiven Personen die legitime Einreise gestatten. Transit sollte ebenfalls möglich sein. Es scheint absurd, von Personen auf der Durchreise genügend Treibstoff für die Durchquerung eines Landes zu verlangen, wie anfangs zB von den österreichischen Behörden.⁴³ Das Verbot eines Zwischenstopps für essentielle Grundbedürfnisse kann als unmenschliche Behandlung angesehen werden. Darüber hinaus sollten alle Unionsbürger*innen unabhängig davon, ob sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, von Art 21 AEUV profitieren können. Familien dürfen nicht auf unbestimmte Zeit getrennt werden und sollten nicht daran gehindert werden, in ihre Ferienhäuser oder Nebenwohnsitze umzusiedeln (was klar von Tourismus unterschieden werden kann). Auch das Einkaufs- oder Besuchsverbot kann auf einen wirtschaftlichen Protektionismus hinauslaufen.⁴⁴ Bei der Aufrechterhaltung eines reibungslosen Warenverkehrs sind sich MS und EK einig: Der freie Warenverkehr ist entscheidend, um die negativen Auswirkungen einer Pandemie auf Unternehmen und Versorgungsketten zu minimieren. Die „green lane“-Initiative bietet eine Lösung zur Überwachung und Erleichterung des freien Güterverkehrs, um die Wartezeiten an den EU-Binnengrenzen zu verringern und den Warentransport zu erleichtern: MS sollen demnach Sonderfahrspuren an ihren Grenzübergängen einrichten.⁴⁵ Dies

39 EK, Leitlinien für Grenzmanagementmaßnahmen, Rz 18.

40 Gerkrath, EU Law Live Weekend Edition N 47 2021, 2 (7 ff).

41 Gerkrath, EU Law Live Weekend Edition N 47 2021, 2 (7 ff).

42 EuGH 27.10.1977, C-30/77, *Reginal/Bouchereau*, ECLI:EU:C:1977:172, Rn 33.

43 Siehe zB *Demmelhuber/Marks/Bohrer-Glas*, Italien öffnet seine Grenzen: Ohne Tankstopp durch Österreich, br.de 3.6.2020, www.br.de/nachrichten/bayern/italien-oeffnet-seine-grenzen-ohne-tankstopp-durch-oesterreich,S0lgMyE (23.4.2021).

44 EuGH 11.6.1985, C-288/83, *Kommission/Irland*, ECLI:EU:C:1985:251, Rn 28; *Thym*, Travel Bans in Europe: A Legal Appraisal (Part II), eumigrationlawblog.eu 19.3.2020, <https://eumigrationlawblog.eu/travel-bans-in-europe-a-legal-appraisal-part-ii/> (23.4.2021).

45 EK, Mitteilung zur Umsetzung von „Green Lanes“ im Rahmen der Leitlinien für Grenzmanagementmaßnahmen zum Schutz der Gesundheit und zur Sicherstellung der Verfügbarkeit von Waren und wesentlichen Dienstleistungen, C(2020) 1897 final.

erinnert an frühere Zeiten, als grüne Aufkleber an Windschutzscheiben die Abschaffung der Grenzkontrollen zwischen Deutschland und Frankreich einleiteten.⁴⁶ Dass in Zeiten von Corona auf längst vergessene Praktiken zurückgegriffen wird, zeigt umso mehr wie gefährdet das Schengen-System eigentlich ist.

5. Mangelnde Kohärenz und Solidarität

Trotz des gemeinsamen europäischen Fahrplans,⁴⁷ geht der Deeskalationsprozess nur schleppend voran. Es scheint, dass Corona nicht nur die EU-Bürger*innen, sondern auch die europäische Solidarität in Mitleidenschaft gezogen hat.⁴⁸ Im Zuge der Migrationskrise hat der EuGH immer wieder darauf hingewiesen, dass Solidarität in Krisensituationen zu einer rechtlichen Verpflichtung nach Art 80 AEUV werden kann.⁴⁹ Laut EuGH müssen interne und grenzüberschreitende Situationen auf vergleichbare Weise behandelt werden.⁵⁰ Die Einschränkung der Freizügigkeit von Unionsbürger*innen in einem MS kann nicht gerechtfertigt werden, wenn dieser Staat „gegenüber dem gleichen Verhalten, das von eigenen Staatsangehörigen ausgeht, keine Zwangsmaßnahmen oder andere tatsächliche und effektive Maßnahmen zur Bekämpfung dieses Verhaltens ergreift“⁵¹. Der EuGH entwickelte daraus ein allgemeines Konzept der Kohärenz, das MS daran hindert, Vorschriften zugunsten ihrer Staatsangehörigen zu erlassen.⁵² Somit kann ein MS die Einreise aus Risikogebieten nur dann legitimerweise einschränken, wenn die inländische Situation vergleichsweise sicher ist. Eine Inkohärenz liegt jedoch vor, wenn Österreich Staatsbürger*innen und Unionsbürger*innen mit dortigem Wohnsitz ohne ärztliches Attest einreisen lässt, aber sonstigen Unionsbürger*innen die Einreise verweigert.⁵³ Es ist außerdem schwierig, Verbote oder Beschränkungen für landesübergreifende Reisen zu rechtfertigen, während die inländische Mobilität wie gewohnt bestehen bleibt. Warum sollten luxemburgische Staatsbürger*innen daran gehindert werden, Bekannte in Saarbrücken zu besuchen, während diese weiterhin zu Freund*innen nach Köln reisen können?⁵⁴

46 Art 3 Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Französischen Republik über den schrittweisen Abbau der Kontrollen an der deutsch-französischen Grenze, 13.7.1984; siehe auch *Thym*, Travel Bans (Part II), eumigrationblog.eu.

47 EK, Joint European Roadmap towards lifting COVID-19 containment measures, C 126,1.

48 *Hruschka*, The pandemic kills also the European solidarity, eumigrationlawblog.eu 20.3.2020, <https://eumigrationlawblog.eu/the-pandemic-kills-also-the-european-solidarity/> (23.4.2021).

49 EuGH 6.9.2017, C-643/15 und C-647/15, *Slowakei und Ungarn/Rat*, ECLI:EU:C:2017:631, Rn 291.

50 EuGH 11.7.2002, C-224/98, *D'Hoop*, ECLI:EU:C:2002:432, Rn 28, 25 und 30 ff; *Lippert*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt im Unionsrecht: eine Analyse anhand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den Kontrollkompetenzen (2013) 169 ff.

51 EuGH 18.5.1982, C-115/81 und C-116/81, *Adoui und Cornuaille/Belgischer Staat*, ECLI:EU:C:1982:183, Rn 8; EuGH C-215/03 Rn 34.

52 EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli ua*, ECLI:EU:C:2003:597, Rn 67; EuGH 6.3.2007, C-338/04, C-359/04 und C-360/04, *Placanica*, ECLI:EU:C:2007:133, Rn 53; *Thym*, Travel Bans (Part I), eumigrationlawblog.eu.

53 *Klaushofer/Kneibs/Palmstorfer/Winner*, ZöR 2020, 649 (676).

54 Siehe *Thym*, Travel Bans (Part I), eumigrationlawblog.eu.

6. Fazit

Eine der größten und symbolträchtigsten Errungenschaften der europäischen Integration stellt die Reisefreiheit und die Abschaffung von Grenzkontrollen dar und dies schon seit 36 Jahren. Covid-19 hat die Debatte über das Reformbedürfnis des Dauerbrenners Schengen neu entfacht. Krisenzeiten sind für die EU und Schengen regelmäßig Prüfsteine. Die Migrationskrise 2015 und die Covid-19-Pandemie veranlassten die Schengen-Staaten zu einer Wiedereinführung von Grenzkontrollen, welche schwerwiegende Eingriffe in Grundrechte wie Freizügigkeit, Nichtdiskriminierung und Privatsphäre darstellen. In Krisenzeiten ist schnelles Handeln wichtig, es darf dabei jedoch nicht die Rechtsstaatlichkeit untergraben werden. Die aktuelle Krise hat den europäischen Politik- und Rechtsraum auf radikale und erstaunlich schnelle Weise verändert und den Raum der Freizügigkeit und offenen Grenzen stark segmentiert. Die unilateralen und unkoordinierten Maßnahmen der MS haben zu Rechtsunsicherheit für die*den Einzelne*n und zu negativen Auswirkungen auf Rechte und Freiheiten geführt. Die Pandemie weist ähnliche Merkmale zur Migrationskrise auf: eine rasante Beschleunigung, gefolgt von einer späten EU-politischen Reaktion. Ein weiterer konvergenter Punkt ist die unzureichende Nutzung der bestehenden europäischen Instrumente. Im Jahr 2015 nutzten die MS europäische Katastrophenschutzinstrumente nur zögerlich. Im letzten Jahr wurde das Europäische Zentrum für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten, welches verantwortlich für die Früherkennung von aufkommenden epidemischen Bedrohungen ist, von den MS nicht ausreichend mit Gesundheitsdaten versorgt.⁵⁵ Dies spiegelt die Prävalenz individueller und unkoordinierter Reaktionen auf Krisen wider. Während ein Teil der Regierungen die Pandemie nutzte, um Schengen weiter anzufechten (zB Ungarn oder Österreich) und sich dabei dem Rechtspopulismus anschließt, sind andere darauf bedacht, zur Solidarität aufzurufen (zB Belgien oder Frankreich, unterstützt durch die EK).⁵⁶ Die mangelnde Kohärenz in Pandemiezeiten zeigt auf, dass Beschränkungen für grenzüberschreitende Reisen beim Bestehen inländischer Mobilität nicht gerechtfertigt sind. Vor allem mit einer steigenden Zahl an Testungen, Genesungen und Impfungen, kann ein derart einschränkender Eingriff nicht mehr gerechtfertigt werden. Während Krisen in der Vergangenheit als Katalysator für Europäisierung dienten, sind sie trotz aller Solidaritätsbestrebungen auch ein Vorwand für Renationalisierung. Ein fehlender politischer Wille zur EU-weiten Kooperation, auf Kosten der Grundfreiheiten von Unionsbürger*innen, gefährdet das Schengen-System und damit eines der wichtigsten Merkmale der europäischen Integration. Noch sind das Virus und Schengen nicht besiegt.

Daniela Gschwindt, LL.M. ist Universitätsassistentin (prae doc) am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien; daniela.gschwindt@univie.ac.at

55 *Berthelet*, The Schengen zone in the face of coronavirus, *theconversation.com* 29.4.2020, <https://theconversation.com/the-schengen-zone-in-the-face-of-coronavirus-134422> (26.4.2021).

56 Mehr dazu *Wolff/Servent/Piquet*, Framing immobility: Schengen governance in times of pandemics, *Journal of European Integration* 2020; *Guérot*, Perspektiven für Europa und seine Demokratie(n) nach Corona, in *Volkmer/Werner* (Hrsg), *Die Corona Gesellschaft: Analysen zur Lage und Perspektiven für die Zukunft* (2020) 289 (289 ff).

Die UG-Novelle 2021

Das Organisations- und Studienrecht öffentlicher Universitäten im Spiegel der Zeit

Felix Rükler

1. Einleitung

Der mit dem Universitätsgesetz 2002 (UG)¹ vollzogene „Paradigmenwechsel im Universitätsrecht“² verlief nicht reibungslos.³ Schon wenige Jahre nach Inkrafttreten des UG 2002 begannen Diskussionen über dessen Novellierung iSd „Weiterentwicklung“ der eingeleiteten Universitätsreform.⁴ In den letzten Jahren wurden die Rufe nach einer „neuen ‚Kultur der Verbindlichkeit‘“⁵ im Studienrecht immer lauter, wovon auch die rechtsvergleichende Studie „Effizienz und Verbindlichkeit im Studium“ im Auftrag des BMBWF zeugt.⁶ Am 1.12.2020 langte schließlich der entsprechende Ministerialentwurf (ME) des BMBWF im Nationalrat ein.⁷ Zu dem ME ergingen im Zuge des Begutachtungsverfahrens 597, teils sehr kritische Stellungnahmen.⁸ Nach einer Überarbeitung des Entwurfs wurde die betreffende Regierungsvorlage (RV) am 17.2.2021 dem Nationalrat übermittelt und am 24.3.2021 mit den Stimmen der Abgeordneten der Regierungsparteien angenommen.⁹

Unter den zahlreichen Novellierungen des UG 2002 der letzten knapp zwei Jahrzehnte bringt die aktuelle fraglos die umfassendsten inhaltlichen Änderungen mit sich. Hier können weder alle genannt, geschweige denn beleuchtet werden.¹⁰ Isd Rubrik *recht* &

1 Paragraphenangaben beziehen sich, soweit nicht anders angegeben, auf das Universitätsgesetz 2002 BGBl I 2002/120 idF BGBl I 2021/93.

2 So *Pernthaler/Rath-Kathrein*, Der Paradigmenwechsel im Universitätsrecht, in FS Funk, Res Universitatis (2003) 129.

3 Vgl *Höllinger*, Die österreichische Reform der Universitäten in europäischer Perspektive, in *Mantl*, Phänomenologie des europäischen Wissenschaftssystems (2010) 203 (212 ff).

4 *Berka*, Autonomie und Freiheit der Universität: Ein neuer Verfassungartikel (Art 81c B-VG) für die öffentlichen Universitäten, ZÖR 2008, 293 (319).

5 *Pichl/Wulz*, Tempora mutantur – und auch das Studienrecht muss sich ändern, zfhr 2020, 113 (115).

6 *Gruber*, Begründungspflicht von Parallelstudien, strengere Fristen, Experimentierfreiräume für die Universitäten – Impulse aus dem deutschen Studienrecht, zfhr 2020, 125; *Poier*, Effizienz und Verbindlichkeit im Studium – Reformimpulse aus der Rechtsvergleichung, zfhr 2020, 117.

7 79/ME 27. GP.

8 ZB ÖH Uni Wien (525 SN); Plattform Bildung Brennt (407 SN); Rektor_innen und Vizerektor_innen für Lehre sowie der Senatsvorsitzenden und ihrer Stellvertreter_innen der österreichischen Kunstuniversitäten (in Folge: Kunstuniversitäten, 309 SN); Senatsvorsitzendenkonferenz (256 SN) – alle zu 79/ME 27. GP.

9 RV 662 BlgNR 27. GP.

10 Insb muss auf eine Erörterung der Neuregelung des § 109 verzichtet werden, der die zulässige Dauer von befristeten Arbeitsverhältnissen künftig auf max acht Jahre beschränkt; dazu schon *Doll/Sagmeister*, Konsequente Prekarisierung, juridikum 2021, 1.

gesellschaft soll vielmehr versucht werden, anhand ausgewählter Bsp darzulegen, wie die Gesetzesänderung in das große Bild des Verhältnisses zwischen Staat und Universitäten passt. Der Beitrag behandelt das Organisations- und Studienrecht der Universitäten. Um die genannten Zusammenhänge besser verstehen zu können, werden je eine umgesetzte und eine gescheiterte Bestimmung des ME beleuchtet. Davon ausgehend soll ein Ausblick vermittelt werden, der zum besseren Verständnis des Verhältnisses von Staat und Universität zueinander beitragen kann. Zunächst bereiten grundlegende Ausführungen zur Autonomie der Universitäten und der Geschichte der Universitätsorganisation den Boden.

2. Die Autonomie der Universitäten

Universitäten existieren nicht im machtfreien Raum. In der Sprache von *Luhmann*¹¹ kommunizieren sie – als den Teilsystemen „Wissenschaft“ und „Erziehung“ zugehörige Organisationen – mit anderen Funktionssystemen wie Recht, Politik oder auch (insb in der Vergangenheit) Religion.¹² Zugleich ist die Autonomie öffentlicher Universitäten keine Erfindung republikanischer Verfassungsstaaten. Schon die Angehörigen mittelalterlicher Studiengemeinschaften waren (mal mehr, mal weniger) von der Hoheit des Fürsten oder Bischofs ausgenommen.¹³ IdS ist die Universitätsautonomie seit jeher eine relative und durch äußere Steuerungsansprüche begrenzte. Die Verantwortung des Staates ist va vom Gesetzgeber wahrzunehmen, der, in Erfüllung einer Aufgabe des Gemeinwohls (Bildungspolitik),¹⁴ zur gesetzlichen Umhegung der universitären Autonomie verpflichtet ist.¹⁵ Autonom handeln die öffentlichen Universitäten schließlich immer nur „im Rahmen der Gesetze“ (Art 81c Abs 1 B-VG). Oder anders formuliert: Autonomie ist nicht zu verwechseln mit Autarkie.

Doch die Reichweite und Grenzen der Universitätsautonomie liegen alles andere als auf der Hand. Denn auch wenn deren inhaltliche Kernaspekte unstrittig sind – bei der Suche nach einer Antwort auf die Frage, „wie ‚autonom‘ [...] eine öffentliche Universität iSd Art 81c Abs 1 B-VG im Einzelfall sein darf oder muss“¹⁶, dh der Frage nach dem rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des einfachen Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des „Rahmen[s] der Gesetze“, stößt die Rechtsdogmatik an ihre Grenzen.¹⁷ Die Möglichkei-

11 Vgl *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft (1997) und *Luhmann*, Die Wissenschaft der Gesellschaft (1990).

12 Dazu im Kontext der Universitätsentwicklung und mwN *Roellecke*, Gesellschaft – Staat – Universität, in *Mantl* 11 (13).

13 Vgl *Brunner*, Die Hochschulautonomie in Österreich (1968) 18; vgl auch *Perthold-Stoitzner*, Hochschulrecht im Strukturwandel (2012) 26 ff; *Roellecke* in *Mantl* 12 f.

14 Vgl zum Gemeinwohl als obersten Staatszweck westlicher Verfassungsstaaten *Gamper*, Staat und Verfassung (2018) 159 ff; sowie die Beiträge von *Pöschl*, *Wiederin* und *Merli*, in *Fuchs et al*, Staatliche Aufgaben, private Akteure Bd 3 (2019) 21, 45 und 223.

15 *Berka*, Über die Universitätsautonomie und ihre Grenzen: die Judikatur des VfGH zu den Studienbeiträgen, in *Baumgartner*, Jahrbuch Öffentliches Recht (2014) 149 (155); *Funk*, Steuerungsmängel im UOG 1993, in *Funk*, Fragen der Organisation und Steuerung von Universitäten (2000) 23 (35).

16 *Zußner*, Verfassungsrechtliche Grenzen universitärer Autonomie, *JBl* 2014, 750 (759).

17 Vgl *Berka*, ZÖR 2008, 308.

ten, eine verfassungsrechtliche (und nicht rechtspolitische) Antwort auf die Frage nach der richtigen Balance zwischen universitärer Autonomie und staatlicher Steuerung zu geben, sind begrenzt.¹⁸

3. Eine (kurze) Geschichte der Universitätsorganisation

Das Organisationsrecht der öffentlichen Universitäten vollzog in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts einen beträchtlichen Wandel. Gewisse Tradition bei der Erzählung der Geschichte von der Universitätsorganisation haben die Schlagworte der „Ordinarienuniversität“ von 1955, über die „Gruppenuniversität“ von 1975 (auch „Sitzungsuniversität“), zur „Managementuniversität“ von 1993 und schließlich der „Vollrechtsuniversität“ von 2002 (auch „Weltklasseuniversität“).¹⁹ Wurden die Hochschulen der Nachkriegszeit noch von der Dominanz der Professoren²⁰ bestimmt,²¹ so stand das UOG 1975²² ganz im Zeichen der Demokratisierung der Hochschulen.²³ Die nach Grundsätzen der Basisdemokratie ausgerichtete Organisationsstruktur des UOG 1975 führte zu Beschwerden über die mangelnde Entscheidungseffizienz der universitären Organe. Abhilfe sollte das UOG 1993²⁴ schaffen, welches sich ausdrücklich der „Schaffung einer betriebsähnlichen Organisation für die Universitäten“²⁵ verschrieb (Stichwort „Managerisierung“).²⁶ Wieder wurden rasch Rufe nach Reformen laut, die schließlich im UG 2002 mündeten.²⁷ Ziel der Novelle war nun die „konsequente Umwandlung der Universitäten von staatlich gelenkten in autonome, eigenverantwortliche und leistungsstarke Institutionen“²⁸. Etwas anders die Außenperspektive: Beim „Rückzug des Staates unter den Vorzeichen umfassender institutioneller Autonomie“²⁹ „geht [es] um die Effizienz und Effektivität des universitären Wissenschaftsmanagements, [...] um eine stärkere Orientierung der Universitäten am Markt und die Gewährleistung von Wettbewerb mit dem Ziel international konkurrenzfähiger ‚Exzellenz‘ [...]“.³⁰ Soweit eine kurze Vorgeschichte zur UG-Novelle 2021.

18 *Berka*, Universitätsautonomie, akademische Selbstverwaltung und Universitätsgesetz 2002, zfhr 2002, 78 (95); und allgemeiner *Berka*, Verfassungsrecht: Dogmatik im Spannungsfeld von Politik und Macht, in *Fischer/Strasser*, Rechtsethik (2007) 179.

19 *Novak*, Der Vorschlag zur Rektorswahl und seine (Un-)Anfechtbarkeit, zfhr 2008, 49; *Perthold-Stoitzner*, Hochschulrecht 46; auch VfSlg 17.101/2004 (Punkt 4.1.2.3.).

20 Die erste ordentliche Professur einer Frau an der Universität Wien wurde im Jahr 1956 an die Physikerin *Berta Karlik* verliehen.

21 Hochschul-Organisationsgesetz BGBl 1955/154.

22 Universitäts-Organisationsgesetz BGBl 1975/258.

23 ErläutRV 888 BlgNR 13. GP 53 und 91.

24 Bundesgesetz über die Organisation der Universitäten BGBl 1993/805.

25 ErläutRV 1125 BlgNR 18. GP 40.

26 *Perthold-Stoitzner*, Hochschulrecht 40; *Novak*, zfhr 2008, 49 f.

27 Im Überblick *Winckler*, Universitätsentwicklung: Erkenntnisse und Herausforderungen, zfhr 2015, 116.

28 ErläutRV 1134 BlgNR 21. GP 67; *Berka*, zfhr 2002, 78.

29 *Berka*, Autonomie und Freiheit: Ein neuer Verfassungsartikel für die öffentlichen Universitäten, LEX 2008, 12 (14).

30 *Berka*, Die Quadratur des Kreises: Universitätsautonomie und Wissenschaftsfreiheit, zfhr 2008, 37 (38); *Berka*, ZÖR 2008, 311.

4. Organisationsrecht

4.1. Beschlossen: Stärkung der Rolle des Rektorats hinsichtlich Curricula (§ 22 Abs 1 Z 12 und 12a UG)

Zuständig zur Erlassung und Änderung von Curricula ist der Senat (§ 25 Abs 1 Z 10), der für diesen Zweck eine Curricularkommission als entscheidungsbefugtes Kollegialorgan einsetzt (§ 25 Abs 8 Z 3). Dem Rektorat kommt bislang bloß ein Untersagungsrecht in gewissen Fällen zu (§ 22 Abs 1 Z 12 alt). Durch die Novelle werden die Einflussmöglichkeiten des Rektorats auf die Studienpläne durch zwei Bestimmungen gestärkt: Zu den Aufgaben der Rektorate zählt künftig die „Initiierung der Erlassung und Änderung von Curricula“ (§ 22 Abs 1 Z 12) sowie die „Erlassung von Richtlinien zur strukturellen Gestaltung von Curricula nach Stellungnahme des Senats“ (§ 22 Abs 1 Z 12a). Während es sich bei ersterer um ein bloßes Vorschlagsrecht – auch hinsichtlich inhaltlicher Änderungen der Curricula – handelt, können Richtlinien gem Z 12a, die zwar ausschließlich „strukturelle und formale Vorgaben zur Gestaltung der Curricula enthalten“³¹ dürfen, insofern vom Rektorat durchgesetzt werden, als es ihnen widersprechende Curricula(-änderungen) gem § 22 Abs 1 Z 12b zu untersagen hat.

Beide Aufgaben sind den Materialien zufolge „so auszuüben, dass das Recht der Senate auf eine autonome inhaltliche Gestaltung der Curricula nicht berührt wird.“ Klargestellt wurde auch, „dass es keinen ‚Durchgriff‘ der zuständigen Ressortministerin [...] auf die Gestaltung der Curricula geben kann und darf.“³² Diese Formulierungen haben ihren Ursprung in zahlreichen SN, die sich kritisch zum ME äußerten und letztlich auch Änderungen des Gesetzeswortlauts zur Folge hatten.³³ Für Unmut sorgte insb die Feststellung in den Erl zum ME, wonach es „aus der Sicht des zuständigen Ressorts unbefriedigend [ist], dass Anliegen des Ressorts im Hinblick auf eine Steuerung zwar mit dem Rektorat vereinbart werden, der Senat jedoch nicht daran gebunden ist.“³⁴ Schlussendlich wird sich erst weisen müssen, ob die notwendige Abgrenzung zwischen inhaltlichen Änderungen und solchen struktureller/formeller Art von allen Beteiligten immer gleich vorgenommen werden.³⁵ Auffallend ist jedenfalls, dass in den Erl nicht auf die konsequente Trennung der beiden Befugnisse geachtet wurde.³⁶ Ob die neuen Befugnisse eine verfassungskonforme – dh der Organisationsautonomie der Universitäten, Art 17 Abs 1 und

31 ErläutRV 662 BlgNR 27. GP 10.

32 ErläutRV 662 BlgNR 27. GP 10.

33 Sogar vonseiten der Rektorate, zB *Rektorat der Universität Wien*, 20 SN 79/ME 27. GP 2 f.

34 Erläut 79/ME 27. GP 7.

35 Skeptisch zB *Senat der Universität Innsbruck*, 15 SN 79/ME 27. GP 2 f; und *Senat der Universität Salzburg*, 408 SN 79/ME 27. GP 4.

36 So zB wenn festgehalten wird, dass es aus „Governance-Aspekten [...] erforderlich sein [kann], dass das Rektorat im Hinblick auf äußere Rahmenbedingungen bei der Erlassung von Curricula ein stärkeres Mitspracherecht erhält und nicht mehr davon abhängig ist, ob der Senat tätig wird oder nicht“, somit eine vom Senat losgelöste Kompetenz des Rektorats insinuiert wird, im nächsten Absatz jedoch sowohl die Z 12 als auch Z 12a als dagegen Abhilfe schaffende Neuerungen genannt werden, vgl ErläutRV 662 BlgNR 27. GP 9.

Art 17a StGG sowie dem Sachlichkeitsgebot entsprechende – Zuständigkeitsverschiebung zwischen den verschiedenen weisungsfreien Universitätsorganen darstellen,³⁷ hängt davon ab, ob den Senaten damit im Ergebnis „Kernbereiche der universitären Aufgaben“³⁸ entzogen werden. Am Papier ist das in der beschlossenen Form wohl nicht der Fall.

4.2. Gescheitert: Erstmalige Wiederbestellung des_der Rektors_in ohne Zustimmung des Senats (§ 23b Abs 1)

Auf den wohl größten Widerstand in organisationsrechtlicher Hinsicht stieß das Vorhaben, die Mitwirkungsbefugnisse des Senats bei der erstmaligen Wiederbestellung des_r Rektors_in zu beschränken.³⁹ So sollte der_die amtierende Rektor_in ohne Ausschreibung für eine zweite Funktionsperiode wiederbestellt werden können, sofern der Universitätsrat dies mit Zweidrittelmehrheit beschließt.⁴⁰ Dem Senat sollte in diesem Fall ein bloßes Anhörungsrecht zukommen, die Verhinderung einer Wiederbestellung wäre ihm nicht möglich gewesen. Erst für die allfällige weitere Wiederbestellung für eine dritte Periode war ein Aufleben der Mitwirkungsrechte des Senats vorgesehen (Zustimmung mit Zweidrittelmehrheit).

Gegen diese Machtverschiebung vom „universitätseigensten“ Organ des Senats hin zu der_dem – über das System der Leistungsvereinbarung stärker in Beziehungsgeflechte zum Ministerium eingebundenen und damit staatlichen Steuerungsbedürfnissen ausgesetzten – Rektor_in, gab es nicht nur (rechts-)politische Einwände. Vor dem Hintergrund der Rsp des VfGH erschien sie darüber hinaus als verfassungswidrig, weil der Organisationsautonomie der Universitäten widersprechend. Denn dieser sah es hinsichtlich der durch das UG 2002 eingeführten Wahl des_r Rektors_in durch den Universitätsrat als „entscheidend“ an, „dass nur eine Person in diese Funktion berufen werden kann, die der Senat dafür vorschlägt“.⁴¹ Die Neuregelung wäre somit insb vor dem Hintergrund der unterschiedlich langen Funktionsperioden von Senat (drei Jahre) und Rektorat (vier Jahre) im Widerspruch zur Rsp des VfGH gestanden.⁴²

4.3. Rückblick und Würdigung

Dabei handelte es sich nicht um den ersten Versuch des Ministeriums, die Wahl des_r Rektors_in „unter Kontrolle“ zu bekommen. Schon die RV zum UOG 1975 brachte

37 VfSlg 17.101/2004; VwSlg 18507 A/2012.

38 Berka, ZÖR 2008, 313 ff.

39 Vgl zB die SN der *uniko* (135 SN), der *Senatsvorsitzendenkonferenz* (256 SN), zahlreicher Universitätsräte und Hochschüler_innenschaften, der *Plattform Bildung Brennt* (407 SN), uvm – alle zu 79/ME 27.GP.

40 79/ME 27. GP 6.

41 VfSlg 17.101/2004; s dazu auch VwSlg 18507 A/2012.

42 *Senat der Universität Innsbruck*, 15 SN 79/ME 27. GP 5 f; sowie *Gamper*, 68 SN 79/ME 27. GP 6 f.

letztlich eine gegenüber dem ME autonomiefreundlichere Regelung: Lautete der Vorschlag des Ministeriums noch auf Wahl des_r Rektors_in durch die Fakultätskollegien, wurde schließlich die Wahl durch die Universitätsversammlung, somit *alle* Angehörigen der Universität beschlossen.⁴³ Und auch im ME zum UOG 1993 war ursprünglich ein Vorschlagsrecht des Ministeriums vorgesehen,⁴⁴ welches letztlich nicht in die endgültige Fassung des UOG 1993 aufgenommen wurde. Das UG 2002 führte die Wahl des_r Rektors_in durch den Universitätsrat aus einem Dreivorschlag des Senats ein. Der VfGH bestätigte die Verfassungskonformität dieser Regelung auch im Hinblick darauf, dass „weitgehende Unvereinbarkeitsregelungen“ des § 21 Abs 4 „politischen Einfluss von den Universitäten frei halten [sic]“ sollen.⁴⁵

Was sagt uns dieser Rückblick? Zunächst wird deutlich, dass das Ringen um Einfluss bei der Bestellung von Leitungsorganen der Universitäten nichts Neues ist. Doch es genügt nicht, den Blick bloß darauf zu werfen, *wie* der_die Rektor_in gewählt wird. Entscheidend ist vielmehr zugleich, mit welchen Befugnissen diese Funktion verbunden ist. Aus (staatlicher) Steuerungsperspektive ist die Möglichkeit der Einflussnahme auf die (Aus-)Wahl des_r Organwalters_in nämlich umso bedeutsamer, je mehr Macht von dieser Position ausgeht. Hier lässt sich eine gegenläufige Entwicklung der letzten knapp 30 Jahre festmachen: Denn der stetigen Ausdehnung der Kompetenzen des_r Rektors_in seit dem UOG 1993⁴⁶ steht die schrittweise Beschränkung der Rolle universitätseigener Organe bei seiner_ihrer Wahl gegenüber.⁴⁷ Der Machtzuwachs des_r Rektors_in geht somit einher mit einem verstärkten Einfluss des Staates auf die Auswahl seiner_ihrer Person. Die Novelle 2021 wurde in dieser Hinsicht zwar letztlich entschärft, die Fassung des ME hätte die Entwicklung aber nahtlos fortgezeichnet. Deutlich wird das insb auch im Hinblick auf die im ME noch vorgesehene Lockerung der Unvereinbarkeitsbestimmungen für Mitglieder des Universitätsrats in § 21 Abs 4, zumal diese auch für die – künftig fünf statt bisher zwei Mitglieder umfassende – Findungskommission gegolten hätte (§ 23a Abs 1).⁴⁸

Die Folge wäre eine erhebliche Einschränkung der Autonomie, dh Selbststeuerungsfähigkeit der Universitäten gewesen. IdS stellte der ME einen klaren Versuch des Staates

43 ErläutRV 888 BlgNR 13. GP 103.

44 278/ME 18. GP 104 (§ 50 Abs 2).

45 VfSlg 17.101/2004; dazu auch VwSlg 18507 A/2012.

46 1993: Rektor_in als „Manager_in“ iSe „Full-time-Jobs“ (§ 52 Abs 1; s *Novak*, zfhr 2008, 49 f); 2002: Rektor_in als Vorsitzende_r des Rektorats (= zentrales Leitungsorgan) mit neuen Befugnissen, zB Abschluss von Leistungsvereinbarungen mit dem BM gem § 23 Abs 4; 2009: weitere Befugnisse, zB Einrichtung und Auflassung von Studien, Untersagungsrecht hinsichtlich Curricula in best Fällen (§ 22 Abs 1 Z 12).

47 1993: Wahl durch die Universitätsversammlung aus Dreivorschlag des Senats; 2002: Wahl durch den Universitätsrat aus Dreivorschlag des Senats; 2009: Ausschreibung der Wahl durch den Universitätsrat (statt dem Senat).

48 79/ME 27. GP 5. Die Neuregelung hätte die Unvereinbarkeit der Mitgliedschaft in einem Universitätsrat für Funktionär_innen einer politischen Partei auf Gemeinde- oder Bezirksebene ausgeschlossen. Der Widerstand vonseiten der Universitäten war massiv, s zB die SN der *uniko* (135 SN), zahlreicher Universitätsräte (zB 13 SN, 522 SN, 306 SN), Senate (zB 408 SN, 15 SN, 309 SN) und Rektorate (zB 20 SN, 140 SN, 309 SN).

dar, die Kontrolle über die Universitäten „durch die Hintertür“⁴⁹ wiederzuerlangen. Mit der aus demokratiepolitischen Erwägungen resultierenden Verantwortung des Staates für die Universitäten als deren Finanzier ließen sich derartige Beschneidungen der Universitätsautonomie und letztlich strukturelle Gefährdungen der Freiheit des_r einzelnen Forschers_in und akademischen Lehrers_in nicht mehr rechtfertigen.⁵⁰

5. Studienrecht

5.1. Beschlossen: Mindeststudienleistung (§ 59a)

Studierende von Bachelor- und Diplomstudien sind gem § 59a Abs 1 ab dem Studienjahr 2022/23⁵¹ verpflichtet, in den ersten vier Semestern eine Studienleistung im Umfang von mind 16 ECTS-Punkten zu erbringen. Gelingt ihnen das nicht, erlischt die Zulassung zum jeweiligen Studium (§ 59a Abs 4 iVm § 68 Abs 1 Z 2a). Die neuerliche Zulassung ist erst nach Ablauf von zwei Studienjahren zulässig (§ 63 Abs 7 letzter Satz). Ausgenommen sind ausschließlich Studierende mit einer Behinderung gem § 3 Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz⁵² (§ 59a Abs 5). Auch hier führte die heftige Kritik iRd Begutachtungsverfahrens zu Anpassungen. So war im ME noch eine Mindeststudienleistung von 24 ECTS-Punkten und eine Sperrfrist von zehn Jahren vorgesehen. Zudem verlangte der vormalige Abs 5 das Vorliegen einer „erheblichen Behinderung“ iSd § 8 Abs 5 Familienlastenausgleichsgesetz 1967⁵³ zur Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung.⁵⁴ Die Verfassung garantiert ein Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zu den staatlichen Bildungseinrichtungen, wovon auch die Universitäten mitumfasst sind (Art 18 StGG, Art 2 1. ZPEMRK Satz 1).⁵⁵ Regelungen bzw Beschränkungen des Zugangs zu Bildungseinrichtungen (hier: Sperrfrist von zwei Jahren) sind mit dem Recht auf Bildung vereinbar, sofern sie sachlich ausgestaltet und zur Erreichung des Ausbildungsziels erforderlich sind.⁵⁶ Die dem ME anhaftende Unsachlichkeit der Bestimmung – insb die lange Sperrfrist erschien überschießend⁵⁷ – wurde wie erwähnt entschärft. Der Entscheidung des Gesetzgebers, neben Abs 5 keine weiteren Ausnahmen von der Mindestleistungspflicht zu statuieren, kann mE nicht mit Gleichheitserwägungen entgegengetreten werden. Der rechtspolitische Gestaltungsspielraum erscheint hier va deshalb nicht über-

49 Vgl *Zußner*, JBl 2014, 759.

50 Vgl *Berka* in *Kneibls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 81c B-VG (2019) Rz 64 ff.

51 Der Großteil der studienrechtlichen Bestimmungen der Novelle ist erst ab dem Studienjahr 2022/23 anzuwenden, vgl § 143 Abs 76 UG 2002 idF BGBl I 2021/93.

52 Bundesgesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen BGBl I 2005/82 idF BGBl I 2018/32.

53 Bundesgesetz vom 24. Oktober 1967 betreffend den Familienlastenausgleich durch Beihilfen BGBl 1967/367 idF BGBl I 2021/71.

54 S zu allen genannten Punkten 79/ME 27. GP 11 und 13.

55 Statt aller *Berka/Binder/Kneibls*, Die Grundrechte (2019) 882, 887.

56 *Kröll*, Kulturelle Grundrechte, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadmayer*, HGR VIII/1 (2014) § 13 RN 35; EGMR 2.4.2013, 25851/09 ea, *Tarantino ua/Italy*, Rn 43 ff.

57 Vgl *Senat der Universität Salzburg*, 408 SN 79/ME 27. GP 8 f.

schritten, weil Semester, für die eine Beurlaubung vorliegt, nicht in die vier betroffenen Semester einzurechnen sind (Abs 3; zB wegen Krankheit oder Kinderbetreuungspflichten). Unsachliche Härtefälle können so vermieden werden.

5.2. Gescheitert: Beschränkung auf gesetzliche Urlaubsgründe (§ 67 Abs 1 letzter Satz)

Im Studienrecht geplant war die Streichung eines Halbsatzes, der die Universitäten ausdrücklich dazu ermächtigt, in der Satzung autonome Beurlaubungsgründe festzulegen. So hätte dem Gesetzgeber die alleinige Befugnis zukommen sollen darüber zu entscheiden, welche Lebensumstände zur Beurlaubung vom Studium berechtigen. Denn einer unmittelbar auf § 19 Abs 2 Z 4 gestützten autonomen Regelung der Universitäten wäre in Zukunft wohl der Wille des historischen Gesetzgebers entgegengestanden.⁵⁸ Die praktische Konsequenz dieser Einschränkung der Satzungsautonomie hätte insb im Wegfall des Beurlaubungsgrundes der Erwerbstätigkeit an einigen Universitäten bestanden.⁵⁹

5.3. Rückblick und Würdigung

Mit BGBl I 2009/81 wandelte der Gesetzgeber die Studieneingangsphase nach § 66 in die Studieneingangs- und Orientierungsphase (STEOP) um. Der positive Erfolg bei allen der STEOP zugeordneten Prüfungen wurde zur Voraussetzung für die Absolvierung weiterer LV aus dem Studium; weitere wesentliche Konsequenzen waren damit noch keine verbunden. Mit BGBl I 2011/13 folgte die erste Verschärfung: Prüfungen der STEOP durften nur noch einmal wiederholt werden (Abs 1a). Zwar wurde mit BGBl I 2013/52 wieder eine zweite Wiederholungsmöglichkeit eingeführt, jedoch das Erlöschen der Zulassung zum Studium für den Fall einer negativen Beurteilung der letzten Prüfungswiederholung normiert (Abs 1b). Eine neuerliche Zulassung sollte erst nach einem Jahr Pause möglich sein. BGBl I 2015/131 brachte schließlich ein Mindestausmaß der STEOP von acht ECTS im ersten Semester.

Ab dem Studienjahr 2022/23 ist die STEOP eine Sackgasse: Die Möglichkeit einer neuerlichen Zulassung nach nicht bestandener STEOP wurde durch die Novelle 2021 ersatzlos gestrichen (§ 66 Abs 4).⁶⁰ In dieselbe Kerbe schlägt die Kürzung der Frist zur Zulassung bzw Meldung der Fortsetzung des Studiums durch die Abschaffung der Nachfrist (§§ 61 f). Weitere Beschneidungen der „Freiheit des Lernens“ konnten durch die Entschärfung der Mindeststudienleistung, die Beibehaltung der Möglichkeit satzungs-

58 Zur Reichweite universitärer Satzungsautonomie *Gamper*, Was ist die Satzung der Universität?, zfhr 2012, 107 (111 f); *Perthold-Stoitzner* in *Perthold-Stoitzner*, UG^{3.01} § 19 Rz 5 ff (Stand 1.12.2018, rdb.at); *Zußner*, JBl 2014, 763.

59 So der Fall etwa an der JKU (§ 41 Abs 1 Studienrechtlicher Teil der Satzung), der Universität Klagenfurt (§ 16 Satzung Teil B), der BOKU Wien (§ 91 Abs 2 Satzung der Universität für Bodenkultur Wien), sowie allen Kunstuniversitäten. Nicht aber zB der Universität Wien, Innsbruck und Salzburg.

60 Kritik zB bei *Senat der Universität Innsbruck*, 15 SN 79/ME 27. GP 9.

autonomer Beurlaubungsgründe und von drei Prüfungsterminen pro Semester⁶¹ abgewendet werden. Doch geben diese Erfolge wenig Grund für Optimismus. Wie am Bsp der STEOP gezeigt wurde, erfolgen Verschärfungen des Studienrechts selten abrupt und überraschend, sondern vielmehr kontinuierlich und schleichend. Insofern darf nicht davon ausgegangen werden, dass die Entwicklung des Studienrechts in Form des neuen § 59a als abgeschlossen zu betrachten ist. Denn die propagierte „neue Kultur der Verbindlichkeit“ ist manchen freilich schon heute nicht verbindlich genug.⁶²

In ganz allgemeiner Weise enthält § 59 Abs 2 nunmehr die Pflicht der Studierenden, „ihren Studienfortschritt eigenverantwortlich im Sinne eines raschen Studienabschlusses zu gestalten.“ Damit sollen Studierende dazu verpflichtet werden, eine gewisse Haltung zum Studium einzunehmen. Die Bestimmung versucht sich also in der normativen Beantwortung der Frage, *wie* studiert werden soll.⁶³ Die Antwort des Gesetzgebers lautet: *möglichst rasch*. Den Studierenden wird so per Gesetz eine bestimmte Motivation für das Studieren verordnet, nämlich sich so schnell wie möglich dem Arbeitsmarkt zu stellen. Diese Regelungstechnik ist zwar ungewöhnlich, aber nicht per se unzulässig.⁶⁴ Doch erinnert sie mehr an eine standesrechtliche Bestimmung aus dem Bereich der beruflichen Selbstverwaltung,⁶⁵ als an eine zentrale bildungspolitische Norm. Die Bestimmung ist somit Ausdruck des der Novelle zugrundeliegenden, utilitaristischen Verständnisses universitärer Bildung, das den Grundsätzen der Geschwindigkeit und Effizienz verschrieben ist.⁶⁶

6. Fazit

Welchen Beinamen die nach der UG-Novelle 2021 verfasste Universität in Zukunft erhalten wird, muss sich freilich erst weisen. Vorschläge könnten etwa Leistungs-, Effizienz- oder auch Pflichtenuniversität lauten. Denn wenn der Gesetzgeber eine „höhere Verbindlichkeit des Studierens“ als Ziel der Novelle ausgibt,⁶⁷ will er damit zwar vermutlich die Verlässlichkeit und Ernsthaftigkeit der Studierenden iS sozialer Normen adressieren, doch tut er das nicht (nur) in Form eines Appells, sondern (auch) durch die Auferlegung von gesetzlichen Pflichten. Das ist insofern konsequent, als im Kontext des Bürgerlichen

61 Dazu noch der Gesetzgeber des UG 2002, ErläutRV 1134 BlgNR 21. GP 92: „Im [...] Sinne einer Verkürzung der tatsächlichen Studienzzeit ist § 59 Abs. 3 zu sehen, der [...] regelt, dass mindestens drei Prüfungstermine pro Semester anzubieten sind.“

62 So zB der *Universitätsrat der WU Wien*, 466 SN 79/SN 27. GP 4: „Vor diesem Hintergrund erscheint [...] die Festlegung der Mindeststudienleistung mit lediglich 24 ECTS als wenig ambitioniert. Sofern darin aber nur ein erster Schritt in Richtung ‚mehr Verbindlichkeit‘ liegt, sollten zeitnah um einiges strengere Vorgaben zum Zweck des zügigen Betriebs und der raschen Beendigung des Studiums folgen.“

63 *Senat der Universität für Bodenkultur Wien*, 421 SN 79/ME 27. GP 6.

64 Und auch nicht allein auf weiter Flur; ein „overkill normativ nicht steuerbarer Wünsche“, wie ihn *Pöschl*, Die Zukunft der Verfassung (2010) 7 (52) in Art 14 Abs 5a B-VG sieht, liegt darin aber wohl noch keiner begründet.

65 ZB § 10 Abs 2 Rechtsanwaltsordnung RGBI 1868/96 idF BGBl I 2021/106.

66 *Kunstuniversitäten*, 309 SN 79/ME 27. GP 1.

67 Vorblatt und WFA RV 662 BlgNR 27. GP 1.

Rechts von „Verbindlichkeiten“ dann die Rede ist, wenn Pflichten gemeint sind. Die Studierenden werden so zu Schuldner_innen im übertragenen,⁶⁸ wie wörtlichen Sinn; etwa indem sie künftig mit ihrer Universität eine „Vereinbarung über die Studienleistung“ gem § 59b Abs 3 abschließen (dieses „Learning Agreement“ ist ein privatrechtlicher Vertrag). Denkbar ist also genauso der Beiname „Schuldner_innenuniversität“.

Vor der Meritokratie gibt es dieser Tage kein Entrinnen. Insofern kann dem Gesetzgeber durchaus Glauben geschenkt werden, wenn er festhält: „Wichtigstes Ziel dieser Novellierung ist die Weiterentwicklung eines lebensnahen und leistungsbezogenen Studienrechts, das Verbindlichkeit fordert und Studierbarkeit fördert. Drop-outs sollen gesenkt und die Studiendauer verkürzt werden.“⁶⁹ Für Persönlichkeitsentfaltung und „kritische Reflexion in Hinblick auf eine verantwortungsbewusste und aufgeklärte Gesellschaft“⁷⁰ bleibt dabei wenig Raum. Rechtswidrig ist das nicht, schließlich steht den Studierenden Lernfreiheit bloß „nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen“ zu (§ 59 Abs 1). Dass die Studierenden künftig die gesetzliche Pflicht haben, „ihren Studienfortschritt eigenverantwortlich im Sinne eines raschen Studienabschlusses zu gestalten“ (§ 59 Abs 2), spricht dafür Bände.

Die beschlossenen Novellierungen sind aus verfassungsrechtlicher Perspektive wohl nicht zu beanstanden. Bildungspolitisch betrachtet spricht die Novelle fraglos eine deutliche Sprache und reiht sich nahtlos in den Transformationsprozess öffentlicher Universitäten der letzten Jahrzehnte ein. Tatsächlich handelt es sich bei der Mindeststudienleistung im vorgesehenen Ausmaß in meinen Augen zunächst um nicht viel mehr als um Symbolpolitik. Weder wird dadurch verunmöglicht, sich mehrere Studien zu Beginn des Studiums „einmal anzusehen“, noch führt ein durchschnittliches Pensum von vier ECTS-Punkten pro Semester zwingend zur Unvereinbarkeit von Studium mit Beruf oder Familie. Vielmehr entsteht bei genauer Beobachtung des Gesetzgebungsprozesses der Eindruck, dass die (vorprogrammierte) Aufregung um die Mindestleistung – welche freilich mit zynisch anmutenden Hinweisen auf deren geringes Ausmaß beiseite gewischt werden konnte – bloß der Ablenkung dienen sollte. Denn im Vordergrund der Kommunikation des Gesetzgebers rund um die Novelle standen zweifelsohne die Änderungen der studienrechtlichen Bestimmungen des UG.⁷¹ Die geplanten Anpassungen des Organisations- und Personalrechts fanden dagegen nur nachgereiht und beiläufig Erwähnung.⁷² So etwa, wenn in den Materialien zum ME hinsichtlich der ursprünglich geplanten (und wohl

68 Die Zulassung zum Studium erfolgt durch Bescheid, das Rechtsverhältnis zwischen Studierenden und Universitäten ist somit öffentlich-rechtlicher Natur.

69 ErläutRV 662 BlgNR 27. GP 1.

70 *Kunstuniversitäten*, 309 SN 79/ME 27. GP 1 f.

71 ErläutRV 662 BlgNR 27. GP 1; ähnlich die im Vorblatt der RV angeführten Ziele der Novellierung, von denen sieben dem Studienrecht und bloß je eines dem Organisations- und Personalrecht gewidmet sind, Vorblatt und WFA RV 662 BlgNR 27. GP 1.

72 ErläutRV 662 BlgNR 27. GP 2, 31.

verfassungswidrigen) Beschneidung der Mitwirkungsrechte des Senats in § 23b Abs 1 davon die Rede ist, dass die betreffenden Bestimmungen „leicht modifiziert“ würden.⁷³ Die Mindestleistung in der realisierten Form ist daher nicht viel mehr als ein bildungspolitisches Feuerwerk, in dessen Glanz einige wesentliche Umgestaltungen der Universitätsorganisation hätten erfolgen sollen. Von dieser Untergrabung universitärer Autonomie wären letztlich viel strukturellere und damit nachhaltigere Gefahren für die Grundrechte der Wissenschaftler_innen und die Lernfreiheit der Studierenden ausgegangen. Denn was bringt der erfolgreiche Kampf gegen Mindest-ECTS, wenn die gewonnene Freiheit nur hinsichtlich solcher Studienrichtungen ausgeübt werden kann, die eine Prüfung durch die Marktlogik bestehen? Fraglos nicht alle Bedrohungen universitärer Autonomie konnten abgewehrt werden, wie zB die Möglichkeit der satzungsmäßigen Einschränkung der Mitwirkung von Studierenden im Senat (etwa in Berufungsverfahren, § 59 Abs 5).⁷⁴ Doch ist es schön zu sehen, dass die Zivilgesellschaft ihre Sonnenbrillen griffbereit hatte, als der Gesetzgeber sein Feuerwerk zündete um in dessen blendendem Schein die Ökonomisierung der universitären Bildung voranzutreiben.

Mag. Felix Rüker ist Universitätsassistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien; felix.rueker@univie.ac.at

73 Erläut 79/ME 27. GP 2.

74 Kritik zB bei *Senat der Universität für Bodenkultur Wien*, 421 SN 79/ME 27. GP 3 f.

Diskriminierung beim Zugang zur oberösterreichischen Wohnbeihilfe

17 Klagen anhängig – Entscheidung des EuGH liegt vor

Christopher Frank / Theresa Hammer / Nina Reschauer

1. Einleitung

„Wer Leistungen beziehen will, muss auch zeigen, dass er Teil unserer Gesellschaft sein will“¹, so der oberösterreichische (oö) Wohnbaulandesrat. Nach dieser Logik ist für den Bezug einer Sozialleistung nicht mehr alleine die subjektive Bedürftigkeit, sondern zusätzlich der Nachweis vermeintlicher Integrationsleistungen entscheidend. In Oberösterreich (OÖ) ist eine entsprechende Reform der Wohnbeihilfe ein „Vorzeigeprojekt“ schwarz-blauer Zusammenarbeit.² Bereits im Landtagswahlkampf 2015 forderte die FPÖ: „Ohne DEUTSCH keine Sozialleistungen“³.

Die Wohnbeihilfe (WBH) nach dem Oö Wohnbauförderungsgesetz 1993 (Oö WFG 1993)⁴ ist eine der bedeutendsten Beihilfen des Landes OÖ und stellt für einkommensschwache Haushalte eine wesentliche finanzielle Unterstützung dar, da sie aufgrund der niedrigen Wohnkostenabdeckung bei der Sozialhilfe (zuvor bedarfsorientierte Mindestsicherung – oöBMS) für armutsgefährdete Haushalte besonders wichtig ist.⁵ Betrug vor der Novelle die Höhe der ausbezahlten WBH in OÖ im Jahr 2017 EUR 62,7 Mio verteilt auf 31.118 Haushalte,⁶ so sank nach Inkrafttreten der Verschärfungen diese Summe im Jahr 2018 auf nur noch EUR 56,4 Mio verteilt auf 27.647 Haushalte.⁷ Die Reduktion betraf fast ausschließlich Drittstaatsangehörige. Gegen diese Verschärfungen richtet sich eine Musterklage des Klagsverbandes zur Durchsetzung der Rechte von Diskriminierungsopfern in Zusammenarbeit mit dem Verein *migrare* – Zentrum für MigrantInnen OÖ. Das Verfahren

1 Land OÖ, Presseausendung v 2.3.2021, www.land-oberoesterreich.gv.at/250845.htm (14.4.2021).

2 Vgl „Mit Mut und Entschlossenheit – Oö weiter entwickeln. Arbeitsübereinkommen 2015 bis 2021“, 22, https://mehr-demokratie.at/sites/default/files/PDF/regierungsprogramm_2015-2021_oevp_fpoe.pdf (12.4.2021).

3 FPÖ OÖ (Hrsg), OÖ Informiert 2015/1, 1, www.fpoe-ooe.at/wp-content/uploads/OOE_informiert_Februar2015.pdf (14.4.2021).

4 Oö Wohnbauförderungsgesetz 1993 (Oö WFG 1993) StF LGBI 1993/6.

5 Vgl *Mundt/Amann*, Leistbares Wohnen – Bestandsaufnahme von monetären Leistungen für untere Einkommensgruppen zur Deckung des Wohnbedarfs, Endbericht (2015) 8 und 94.

6 Vgl *Land OÖ* (Hrsg), Wohnbau Bericht 2017, Leistungen – Finanzierung – Ziele (2017) 15.

7 Vgl *Land OÖ* (Hrsg), Bilanz 2018: Leistbarer Wohnraum und Stärkung der Konjunktur durch die Wohnbauförderung des Landes OÖ, www.land-oberoesterreich.gv.at/Mediendateien/LK/PKHaimbuchner1812019Internet.pdf (14.4.2021).

beschäftigt seit Februar 2020 auch den EuGH. Nach den im März 2021 veröffentlichten Schlussanträgen des Generalanwaltes (GA) sind die zusätzlichen Hürden bei der WBH für Drittstaatsangehörige unzulässig.⁸ Die Landespolitik zeigte sich davon unbeeindruckt: „Wir werden uns von unserem Vorhaben nicht abbringen lassen“, so der zuständige FPÖ-Wohnbaulandesrat. Es gäbe bereits einen „Plan B und Plan C“, um an der bisherigen Praxis festhalten zu können.⁹ Nunmehr liegt seit 10.6.2021 die Entscheidung des EuGH vor.¹⁰

2. Rechtliche Ausgangslage und zivilgesellschaftliche Gegenwehr

Eingeführt wurden die Verschärfungen für Drittstaatsangehörige mit der Oö Wohnbauförderungsgesetz-Novelle 2017.¹¹ Zuvor waren erstmals 2002 für Drittstaatsangehörige eine spezifische Aufenthaltsdauer und Einkommensnachweise zur Voraussetzung für den Beihilfenbezug gemacht worden.¹² Mit der Novelle 2017 wurden einerseits die erforderlichen Einkommensnachweise ausgeweitet: Nun müssen 54 Monate Einkommen innerhalb der letzten fünf Jahre nachgewiesen werden. Die Notstandhilfe kann – im Gegensatz zu früher – nicht mehr für die geforderten Einkommensnachweise angerechnet werden.¹³ Zusätzlich sind Deutschkenntnisse auf dem Niveau A2 nachzuweisen. Der Nachweis muss durch eine der im Gesetz taxativ aufgezählten Möglichkeiten erbracht werden.¹⁴ Es wurde zwar eine Härtefallregelung für jene geschaffen, die „auf Grund eines physisch oder psychisch dauerhaft schlechten Gesundheitszustands“ nicht in der Lage sind, entsprechende Einkommensnachweise oder Deutschkenntnisse zu erbringen. Jedoch nur, wenn ein amtsärztliches Gutachten dies feststellt.¹⁵

Diese Neuregelungen traten mit 1.1.2018 in Kraft. Die Materialien zur Novelle halten fest: „Die Regelungen dieser Gesetzesnovelle haben einen restriktiveren Zugang von Nicht-EWR-Bürgern zu Wohnbauförderungen und mit Wohnbaufördermitteln errichteten Wohnungen zum Ziel.“¹⁶

2.1. Auswirkungen der Novelle 2017

Die Novelle zeigt rasch Wirkung. Alleine beim Verein *migrare* wurden Anfang 2018 bereits 150 Fälle von Personen dokumentiert, die bisher WBH erhalten hatten, nunmehr

8 Vgl GA Hogan, SA v 2.3.2021 zu C-94/20, Land Oberösterreich, ECLI:EU:C:2021:155, Rn 59.

9 Vgl NN, EuGH-Generalanwalt hält Deutscherfordernis für Wohnbeihilfe für rechtswidrig, www.derstandard.at/story/2000124589305e (12.4.2021).

10 EuGH 10.6.2021, C-94/10, Land Oberösterreich, ECLI:EU:C:2021:477.

11 Oö Wohnbauförderungsgesetz-Novelle 2017 LGBI 2017/98.

12 Oö Wohnbauförderungsgesetz-Novelle 2002, vgl § 6 Abs 9 Oö WFG 1993 idF LGBI 2002/86. Mit der Oö Wohnbauförderungsgesetz-Novelle 2013 wurde die Erfordernisse nochmal ausgeweitet.

13 Vgl § 6 Abs 10 Oö WFG 1993 idF LGBI 2017/98.

14 Vgl § 6 Abs 11 Oö WFG 1993 idF LGBI 2017/98.

15 Vgl § 6 Abs 12 Oö WFG 1993 idF LGBI 2017/98.

16 AB 587/2017 BlgOöLT 28. GP 1.

aber die Voraussetzungen nicht mehr erfüllen. So auch diese Betroffenen: Herr Z, 77 Jahre alt, Krebspatient. Ab 1972 ununterbrochen in Österreich und jahrzehntelang als Arbeiter beschäftigt. Seit 2009 ist er in Alterspension, leidet an Krebs, Parkinson, beidseitigem Tinnitus, Diabetes und Depressionen. Gesundheitlich ist ihm der Besuch eines Deutschkurses und der Nachweis von Deutschkenntnissen nicht möglich. Seit 2018 erhält er deshalb keine WBH mehr. Frau E ist 45 Jahre alt und Mutter von vier Kindern. Seit 2004 ununterbrochen in Österreich, war sie bis 2015 als Arbeiterin beschäftigt. Ab 2016 übernahm sie die häusliche Pflege ihres kranken Ehemanns und konnte deshalb keiner Erwerbsarbeit mehr nachgehen. Nach dem Tod des Ehemannes (des Beihilfenbeziehers) wurde die WBH durch das Land OÖ eingestellt. Da sie die erforderlichen Einkommensnachweise nicht erbringen kann, bekommt Frau E seit 2018 keine WBH mehr.¹⁷ Insgesamt muss von rund 3.100 betroffenen Haushalten ausgegangen werden.¹⁸ Zur verschärften Gesetzeslage kam eine mangelhafte und restriktive Vollziehung hinzu: Die vorgesehenen amtsärztlichen Gutachten wurden in der Regel erst nach mehreren Monaten erstellt und die Ausnahmestimmungen äußerst restriktiv ausgelegt. Es sind eklatante Fälle schwerbeeinträchtigter Personen dokumentiert, deren Anträge nicht einmal vollständig geprüft wurden.¹⁹ Insgesamt wurden im Jahr 2018 134 Ansuchen zur amtsärztlichen Begutachtung zugewiesen. Davon wurden nur 29 Ansuchen bewilligt.²⁰

2.2. Rechtliche Gegenmaßnahmen

Der Verein *migrare* bietet an zwölf Standorten in OÖ Arbeits- und Sozialrechtsberatung für Migrant_innen an. Wegen Bedenken hinsichtlich einer Unionsrechtswidrigkeit der Novelle des Oö WFG 1993 gab *migrare* 2018 ein Rechtsgutachten in Auftrag.²¹ Auch die Oö Antidiskriminierungsstelle wurde kontaktiert, sah aber beim damaligen Verfahrensstand keine Möglichkeit, selbst tätig zu werden. Auf Basis des Gutachtens und wegen der problematischen Vollziehung der Härtefallklausel wandte sich *migrare* mit einer Beschwerde an die Volksanwaltschaft (VA). Diese stellte fest, dass die langen Wartezeiten bei den amtsärztlichen Begutachtungen einen Missstand in der Verwaltung darstellten. Weiters kam die VA zu dem Schluss, dass „die infolge restriktiver Auslegung der Härtefallklausel angenommene Verpflichtung zur Ablegung einer Deutschprüfung [...] eine Diskriminierung aufgrund Alter, Krankheit und Behinderung darstellt“²². Weiters sei „der

17 Vgl *migrare*, Information zur Pressekonferenz v 1.3.2019, 4, https://migrare.at/wp-content/uploads/2019/03/Presseinformation_Wohnbeihilfe.pdf (12.4.2021).

18 Vgl *Frank*, Rechtsgutachten zur Zulässigkeit von Beschränkungen für Drittstaatsangehörige, Konventionsflüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte beim Zugang zu Wohnbeihilfe und gefördertem Wohnraum nach Oö WFG 1993, 21.1.2019, 3, https://migrare.at/wp-content/uploads/2019/03/Rechtsgutachten_Oo%CC%88_Wohnbeihilfe_210119.pdf (20.4.2021).

19 Vgl *Volksanwaltschaft*, Missstandsfeststellung und Empfehlung v 24.6.2019, VA-OÖ-BT/0062-B/1/2018, 7.

20 Vgl *Volksanwaltschaft*, Missstandsfeststellung 6.

21 *Frank*, Rechtsgutachten 2019.

22 *Volksanwaltschaft*, Missstandsfeststellung 1.

Verlust der Wohnbeihilfe aufgrund fehlender Erwerbszeiten auch bei Personen, die seit langem rechtmäßig in Österreich leben und nachweislich erheblich krank oder behindert sind, eine Diskriminierung aufgrund Krankheit und Behinderung²³. Im Ergebnis empfahl die VA „die festgestellten Diskriminierungen für den Bezug der Oö Wohnbeihilfe durch eine unionsrechtlich unbedenkliche gesetzliche Neuregelung bzw. eine grundsätzliche Änderung der Vollzugspraxis [...] zu beseitigen“²⁴.

Parallel zur Beschwerde bei der VA wurde in Zusammenarbeit von *migrare* mit dem Klagsverband in einem ersten Fall wegen der Verweigerung der WBH eine Musterklage auf Basis des Oö Antidiskriminierungsgesetzes (Oö ADG) eingebracht. Diese Klage blieb nicht die Einzige. Da im Oö ADG die Möglichkeit einer Verbandsklage fehlt, entschloss sich *migrare* zu einem ungewöhnlichen Vorgehen: Im Rahmen einer Crowdfunding-Kampagne wurden Organisationen und Einzelpersonen gesucht, die bereit waren, für jeweils eine Klage eine Klagspatenschaft zu übernehmen. So konnten neben der Musterklage des Klagsverbandes im Fall von Herrn KV noch 16 weitere Klagen gegen das Land Oö finanziert werden.

3. Musterklage und rechtliche Einordnung

3.1. Musterklage: Herr KV gegen Land Oberösterreich

Herr KV ist türkischer Staatsangehöriger, seit über 20 Jahren rechtmäßig in Österreich aufhältig und verfügt über den Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt-EU“. Seit 2013 bezog er WBH für die von der fünfköpfigen Familie bewohnten Wohnung. Für das Jahr 2018 wurde KVs Antrag auf Wohnbeihilfe aufgrund der neuen Rechtslage abgelehnt, da er als Drittstaatsangehöriger den neu eingeführten formalen Nachweis von Deutschkenntnissen (der für die Erteilung seines Aufenthaltstitels noch keine Voraussetzung war) nicht erbringen konnte.

Die vom Klagsverband für KV eingebrachte Klage richtete sich neben dem Ersatz der entgangenen Wohnbeihilfe auf immateriellen Schadenersatz iHv EUR 1.000 für die erlittene Beeinträchtigung. Es liege ein Verstoß gegen die Gleichbehandlungspflichten für langfristig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige gem Art 11 Abs 1 lit d der Daueraufenthalts-RL 2003/109/EG²⁵ und eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit iSd Oö ADG²⁶ vor. Das Land Oö wandte dagegen ein, dass Ungleichbehandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit nicht vom Diskriminierungsverbot des Oö ADG umfasst seien.²⁷ Die türkische Staatsangehörigkeit des Klägers sowie die Tatsache, dass sämtliche Drittstaatsangehörige von der Maßnahme betroffen seien, stelle auf keine bestimmte Ethnie ab. Den Kriterien des Oö WFG 1993 stünden auch keine sonstigen euro-

23 *Volksanwaltschaft*, Missstandsfeststellung 1.

24 *Volksanwaltschaft*, Missstandsfeststellung 2.

25 Richtlinie 2003/109/EG des Rates v 25.11.2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen ABl L 2004/16, 44.

26 §§ 1 und 8 Oö ADG.

27 Vgl die Ausnahmebestimmung in § 3 Abs 1 Oö ADG.

parechtlichen Bestimmungen entgegen, da es sich bei der WBH um keine Kernleistung handle, die gem Art 11 Abs 1 lit d iVm Abs 4 Daueraufenthalts-RL auch langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen gewährt werden müsse.²⁸ Die Kernleistung, auf die Drittstaatsangehörige allenfalls Anspruch hätten, sei die oöBMS.

Das BG Linz folgte der Rechtsansicht des Klagsverbands, sah im Anknüpfen an die türkische Staatsangehörigkeit sowie die türkische Muttersprache des Klägers und die damit einhergehende Zuschreibung als „fremd“ eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit²⁹ und sprach dem Kläger alle geltend gemachten Ansprüche zu.³⁰ Die Staatsangehörigkeitsausnahme nach § 3 Abs 1 Oö ADG komme hier nicht zur Anwendung, da die Nicht-Gewährung der Wohnbeihilfe an den Kläger gegen die Daueraufenthalts-RL und damit gegen europarechtliche Bestimmungen verstoße.³¹

3.1.1. Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH

Das mit der Berufung befasste LG Linz beschloss – nach Sichtung der zu diesem Thema ergangenen Rechtsgutachten³² – ein Ersuchen um Vorabentscheidung an den EuGH zu (zusammengefasst) folgenden Fragen zu richten: Widerspricht der geforderte Nachweis von Deutschkenntnissen für langfristig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige der Gleichbehandlungspflicht gem Art 11 der Daueraufenthalts-RL? Diese Frage zielt im Ergebnis darauf ab, ob es sich bei der WBH um eine Kernleistung handelt oder nicht. Weiters: Stellt diese Ungleichbehandlung von Drittstaatsangehörigen eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aus Gründen der „Rasse oder ethnischen Herkunft“ iSd Antirassismus-RL 2000/43/EG³³ dar und falls nicht, aufgrund Art 21 der Europäischen Grundrechtecharta (GRC)?

3.1.2. Entscheidung des EuGH

Der EuGH schließt sich in seiner Entscheidung vom 10.6.2021³⁴ im Wesentlichen der Einschätzung seines GA an, dass die WBH eine Kernleistung darstellen kann,³⁵ weist die

28 Die oö Gesetzgebung hat bei Erlassung des Oö WFG 2013 die Wohnbeihilfe als Nicht-Kernleistung bezeichnet, AB 887/2013 BlgOöLT 27. GP 5.

29 Das Gericht setzt sich dabei mit Vorbringen zu unmittelbarer als auch mittelbarer Diskriminierung auseinander und hält letztlich für beide Bestimmungen fest, dass der beklagten Partei der Nachweis nicht gelungen sei, dass keine Diskriminierung vorliegt.

30 Vgl BG Linz 2.7.2019, 9 C 1997/18z.

31 Dabei setzte sich das BG Linz auch mit der Rsp des EuGH in der Rs *Kamberaj* auseinander, EuGH 24.4.2012, C-571/10, *Kamberaj*, ECLI:EU:C:2012:233.

32 *Pfeill/Klaushofer*, Zur rechtlichen Zulässigkeit einiger in Oberösterreich geplanter Verschärfungen im Hinblick auf AusländerInnen, FABL 1/2017, 1; *Mazal*, Rechtsgutachten zur unionsrechtlichen Qualifizierung der Regelung des oö WFG 1993 über die Wohnbeihilfe – über Ersuchen der oö Landesregierung, 19.11.2019; *Frank*, Rechtsgutachten.

33 Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft ABL L 2000/180, 22.

34 EuGH 10.6.2021, C-94/10, *Land Oberösterreich*, ECLI:EU:C:2021:477.

35 Vgl GA zu *Land OÖ* Rn 59.

abschließende Beurteilung aber dem nationalen Gericht zu.³⁶ Dieses habe zu prüfen, ob es sich um eine Leistung handelt „die es Personen, die selbst nicht über ausreichende Mittel verfügen, zur Sicherstellung menschenwürdiger Lebensbedingungen ermöglichen soll, ihren Wohnbedarf zu decken“³⁷. Dabei seien „der Zweck der Wohnbeihilfe sowie die Voraussetzungen für ihre Gewährung und ihre Stellung im nationalen Sozialhilfesystem zu berücksichtigen“³⁸. Laut EuGH muss angemessenes Wohnen möglich sein, ohne dafür – zulasten anderer Grundbedürfnisse – einen allzu großen Teil des Einkommens auszugeben.³⁹ Die Tatsache, dass langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen auch andere Sozialleistungen wie etwa die oöBMS offen stehen – ein wesentliches Argument des Landes OÖ – schließt laut EuGH jedenfalls nicht aus, dass die WBH ebenfalls eine Kernleistung darstellt.⁴⁰

Zur Anwendbarkeit der Antirassismus-RL und Art 21 GRC äußert sich der EuGH hingegen sehr knapp und restriktiv: Die unterschiedliche Behandlung von Drittstaatsangehörigen im Oö WFG 1993 beruhe auf der Rechtsstellung von Staatsangehörigen dritter Staaten und fällt damit gem Art 3 Abs 2 nicht unter den Anwendungsbereich der Antirassismus-RL. Da die Deutschkenntnisnachweispflichten unterschiedslos für alle Drittstaatsangehörigen gelten, könne diese Regelung keine mittelbare Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit sein.⁴¹ Auch einen Verstoß gegen Art 21 GRC sieht der EuGH nicht.⁴²

3.2. Rechtliche Einordnung

Aus heutiger Sicht scheint nach den Ausführungen des GA und des EuGH ein Ende der Benachteiligung von langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen bei der WBH greifbar. Im Folgenden soll zu den wesentlichen Aspekten eine rechtliche Einordnung vorgenommen werden.

3.2.1. Handelt es sich bei der oö WBH um eine Kernleistung?

Es ist unstrittig, dass die WBH unter die Begriffe „Sozialhilfe“, „Sozialschutz“ bzw „soziale Sicherheit“ des Art 11 Abs 1 lit f der Daueraufenthalts-RL fällt.⁴³ Art 11 Abs 4 der RL gibt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, Sozialhilfeleistung für langfristig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige auf Kernleistungen einzuschränken, definiert den

36 Vgl EuGH *Land OÖ* Rn 43.

37 EuGH *Land OÖ* Rn 40.

38 EuGH *Land OÖ* Rn 43.

39 EuGH *Land OÖ* Rn 42 und GA zu *Land OÖ* Rn 55 und Fn 24.

40 Vgl EuGH *Land OÖ* Rn 44 und GA zu *Land OÖ* Rn 56.

41 Vgl EuGH *Land OÖ* Rn 56.

42 Vgl EuGH *Land OÖ* Rn 64.

43 Vgl EuGH *Kamberaj* Rn 78, siehe auch GA zu *Land OÖ* Rn 47; idS auch *Pfeil*, Rechtsgutachten 2016, 9 f.

Begriff aber nicht näher.⁴⁴ Die Kriterien seiner bisherigen Rsp⁴⁵ hat der EuGH nun um eine etwas genauere und näher an der sozialen Realität liegende Ausführung, wann von einer Absicherung des Grundbedürfnisses Wohnen iSd Art 34 Abs 3 GRC ausgegangen werden kann, ergänzt.

Der Auffassung des Landes OÖ, dass ausschließlich die oöBMS als Kernleistung das Existenzminimum inkl existentiellern Wohnbedarf absichere,⁴⁶ während die WBH eine darüberhinausgehende Förderleistung für eine „Bedarfslage“ (und kein Grundbedürfnis) von Menschen mit anderen Einkünften darstelle,⁴⁷ folgt der EuGH damit nicht.

Bei der letztlichen Beurteilung, ob es sich bei der WBH auch um eine Kernleistung handelt, wird insb zu berücksichtigen sein, dass oöBMS und WBH unterschiedliche Zielgruppen und Bezugsvoraussetzungen vorsehen, jedoch beide der Sicherung des Grundbedürfnisses Wohnen dienen. Viele Personen, darunter der Kläger, kommen für den Bezug der oöBMS nicht in Frage, da diese eine soziale Notlage voraussetzt (die Betroffenen können auch den sonstigen Lebensunterhalt nicht selbst bestreiten).⁴⁸ Ist der sonstige Lebensunterhalt durch eigenes Einkommen abgedeckt, kann aber trotzdem eine unzumutbare Belastung durch Wohnkosten gegeben sein. Nur bei „Unzumutbarkeit der Wohnkosten“ – und daher entsprechend niedrigem, de facto unter der Armutsgrenze liegenden, Einkommen – kann WBH überhaupt bezogen werden.⁴⁹ Wie auch vom EuGH nun ausdrücklich festgehalten, kann der Wegfall der WBH dazu führen, dass für die Befriedigung anderer Grundbedürfnisse wie Kleidung oder Lebensmittel keine Ressourcen mehr zur Verfügung stehen.⁵⁰ Selbst für oöBMS-Bezieher_innen deckt die oöBMS zudem die Wohnkosten nur teilweise ab⁵¹, weshalb (unter teilweiser Anrechnung) auch zusätzlich WBH bezogen werden kann.⁵² Eine systematische Betrachtung zeigt, dass es je nach Situation daher die eine oder die andere Sozialleistung (oder eine Kombination aus beiden) braucht, um das Grundbedürfnis Wohnen sicherzustellen. Insofern stellt auch die WBH eine Kernleistung dar.⁵³ Maßstab kann dabei nicht lediglich die grundrechtliche Minimalvorgabe des Art 34 Abs 3 der GRC sein.⁵⁴ Vielmehr ist das Ziel der Dauerauf-

44 Vgl EuGH *Kamberaj* Rn 77 f und EuGH 25.11.2020, C-303/19, *INPS*, ECLI:EU:C:2020:958, Rn 20.

45 Vgl EuGH *Kamberaj* Rn 92 und EuGH *Land OÖ* Rn 43.

46 Mindestsicherungsbezieher_innen wurde gem § 12 Abs 1 Z 1 oöBMSG idF LGBl 74/2011 „Hilfe zur Sicherung des Lebensunterhalts und des Wohnbedarfs“ gewährt.

47 Vgl *Mazal*, Rechtsgutachten 2019, 13 ff.

48 §§ 5 und 6 oöBMSG.

49 § 24 Oö WFG 1993 und §§ 1-4 oö WBH-VO. Die Armutsgrenze lag in Österreich 2017 für eine alleinstehende Person bei EUR netto 1.236/zwölfmal pro Jahr (EU statistics on income and living conditions 2017), WBH in voller Höhe könnte von einer alleinstehenden Person nur bei einem Einkommen unter EUR netto 986/Monat bezogen werden.

50 Vgl EuGH *Land OÖ* und GA zu *Land OÖ* Rn 58.

51 S Fn 4.

52 § 13 Abs 4 oöBMSG. Für Drittstaatsangehörige besteht diese Möglichkeit wegen § 6 Abs 9 Oö WFG 1993 allerdings nur, wenn sie zusätzlich zur BMS auch einkommensteuerpflichtiges Einkommen beziehen.

53 Vgl GA zu *Land OÖ* Rn 85, *Frank*, Rechtsgutachten 2019, 16, *Pfeil/Klaushofer*, Rechtsgutachten 2016, 16 ff.

54 Vgl EuGH *Kamberaj* Rn 92, wonach eine Kernleistung *jedenfalls* dann vorliegt, wenn die wohnungsbezogene Sozialleistung unter Art 34 Abs 3 GRC fällt. *Mazal* sieht Kernleistungen hingegen auf Art 34 Abs 3 GRC beschränkt, vgl *Mazal*, Rechtsgutachten 2019, 14.

enthaltens-RL zu berücksichtigen, langfristig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige gerade durch umfassende Gleichbehandlungsansprüche besser zu integrieren,⁵⁵ und ist jede Ausnahmebestimmung im Unionsrecht eng auszulegen.⁵⁶ Führt die Streichung von finanzieller Unterstützung für Niedrigverdienende dazu, dass angemessener Wohnraum nicht mehr leistbar ist, bewirkt dies gerade das Gegenteil von Integration.⁵⁷ Auch der GA sieht im Zugang zu angemessenem Wohnraum den „Schlüssel zur Sicherstellung der weiteren wirtschaftlichen und sozialen Integration“ von langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen.⁵⁸ Damit wären letztlich alle in den letzten Jahren für diese Gruppe von Menschen verschärften Kriterien für den Bezug dieser Kernleistung hinfällig, nicht nur der 2018 eingeführte Nachweis von Deutschkenntnissen.

Sollte das LG Linz jedoch zu dem Schluss kommen, dass die WBH keine Kernleistung darstellt, sind die Vorgaben des Oö WFG 1993 – wie der GA in seinen Schlussanträgen ausgeführt hat – hinsichtlich der Erbringung eines bestimmten formalen Deutschnachweises am unionsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu prüfen.⁵⁹ Eine vielfältigere Möglichkeit des Nachweises⁶⁰ sowie angemessene Ausnahmebestimmungen, insb für ältere Bezieher_innen oder Personen, denen aus sonstigen Gründen ein Sprachkurs oder ein Prüfung nicht zumutbar ist, zB weil sie Betreuungspflichten haben, wären dabei zumindest zu beachten.

3.2.2. Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit

Nicht nachvollziehbar und zumindest im teilweisen Widerspruch zur bisherigen Judikatur ist die Entscheidung des EuGH, pauschal eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit iSd der Antirassismus-RL auszuschließen.⁶¹ Das Diskriminierungsverbot der Antirassismus-RL und des Oö ADG umfasst ua den Bereich Sozialschutz⁶² und gilt auch für Drittstaatsangehörige.⁶³ Wird bei einer Sozialleistung wie der WBH⁶⁴ an die Staatsangehörigkeit und damit Herkunft sowie die Sprachkenntnisse der Beihilfewerbenden angeknüpft, ist es naheliegend, von einer Diskriminierung iSd RL auszugehen.

Der EuGH verneint nun aber aufgrund der Staatsangehörigkeits-Ausnahmebestimmung des Art 3 Abs 2 der Antirassismus-RL, dass diese Ungleichbehandlung in den Anwen-

55 Vgl EuGH *Land OÖ* Rn 38 und GA zu *Land OÖ* Rn 85.

56 Vgl EuGH *Land OÖ* Rn 37 und *Kamberaj* Rn 86. Siehe dazu auch *Sußner*, Warten auf...? Verfassungs- und unionsrechtliche Perspektiven auf den Mindestsicherungszugang nach einem positiv abgeschlossenen Asylverfahren, *juridikum* 2017, 207 (209).

57 Vgl *Frank*, Rechtsgutachten 2019, 9.

58 Vgl GA zu *Land OÖ* Rn 59 und 85.

59 Vgl GA zu *Land OÖ* Rn 74 ff.

60 Vgl GA zu *Land OÖ* Rn 83.

61 Vgl EuGH *Land OÖ* Rn 56.

62 Art 3 Abs 1 lit e und f RL 2000/43/EG und § 2 Abs 1 Z 2 Oö ADG.

63 Erwägungsgrund 13 RL 2000/43/EG; RV 307 BlgNR 22. GP 15.

64 Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG Kommentar (2021) § 30 Rz 7; *Frank*, Das Oö Antidiskriminierungsgesetz (2018) 129.

dungsbereich der RL fällt.⁶⁵ Damit vermeidet er, sich mit dem Zweck der AntirassismusrL⁶⁶ und dem Wesen einer Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit⁶⁷ näher auseinanderzusetzen: Derartige Diskriminierungen sollen gerade Ungleichbehandlungen erfassen, die sich gegen Menschen aufgrund von ua Sprache, Herkunft, nationalem Ursprung, Kultur oder Hautfarbe richten.⁶⁸ Der Begriff ist weit auszulegen.⁶⁹ Wesentlich ist dabei die Zuschreibung als „fremd“ und im Vergleich zur regionalen Mehrheit „nicht zugehörig“.⁷⁰ Mit Staatsangehörigkeit⁷¹ und Sprachkenntnissen⁷² wird im Fall der WBH an zwei wesentliche Merkmale der ethnischen Herkunft einer Person angeknüpft. Alle betroffenen Drittstaatsangehörigen werden daher uE aufgrund der jeweiligen ethnischen Zugehörigkeit – bzw auch Nicht-Zugehörigkeit zur bessergestellten Gruppe – diskriminiert.⁷³

Die Verschärfungen für den Bezug der WBH sind auch in ihrem zeitlichen und politischen Kontext zu verorten. Ziel der Novelle war – nicht zuletzt in Reaktion auf die größere Anzahl von Geflüchteten, die seit 2015 in Österreich leben – der „restriktivere Zugang von Nicht-EWR-Bürgern zu Wohnbauförderungen und mit Wohnbaufördermitteln errichteten Wohnungen“,⁷⁴ und damit ein ausdrücklich diskriminierendes Ziel. In der Rs *CHEZ* hielt der EuGH fest, dass eine unmittelbare Diskriminierung vorliegt, wenn eine Maßnahme aus Gründen eingeführt wurde, die mit der ethnischen Herkunft zusammenhängen.⁷⁵ Die diskriminierende Intention darf daher nicht unbeachtet bleiben.⁷⁶ Der aktuelle politische Diskurs zu Sozialleistungen und Zuwanderung verläuft zunehmend entlang der Linie „Unionsbürger_innen“ versus „Drittstaatsangehörige und geflüchtete Personen“ und bedient damit auch die Zuschreibung als „fremd“.⁷⁷

Das Oö ADG setzt die Staatsangehörigkeitsausnahme zudem einschränkend um: Das Diskriminierungsverbot gilt nicht für eine unterschiedliche Behandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, „sofern diese gesetzlich vorgegeben oder sachlich gerechtfertigt ist

65 Vgl EuGH *Land OÖ* Rn 52f, vgl auch *Mazal*, Rechtsgutachten 2019, 4 und EuGH *Kamberaj* Rn 91.

66 Vgl Erwägungsgrund 11 und 12 der RL 2000/43/EG.

67 Vgl dazu EuGH *CHEZ* Rn 76.

68 Vgl RV 307 BlgNR 22. GP 14.

69 *Ernst/Braunroth/Wacher*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (2013) § 1 AGG Rz 4, *Ellis/Watson*, EU Anti-Discrimination Law (2012) 31.

70 RV 307, XXII. GP, 14 und OGH 9 ObA 40/13t – RS0129048.

71 Vgl EuGH 16.7.2015, C-83/14, *CHEZ*, ECLI:EU:C:2015:480, Rn 46; idS auch *Windisch-Graetz*, Diskriminierungsverbot von Wanderarbeitnehmern aufgrund der Staatsangehörigkeit, *ecolex* 2017, 236 (238).

72 Vgl zu Deutschkenntnis-Niveau in Stelleninseraten als Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit zB UVS Stmk 26.8.2013, GZ 30.11-11/2012-4, LvwG Sbg 2.2.2016 LVwG-10/257/14-2016. S auch Literaturnachweise bei *Frank*, Rechtsgutachten 2019, Fn 40, 100 u 122.

73 IdS hat der VwGH entschieden, dass der im Internet veröffentlichte „Werbetext“ eines Lokals „wir sind jetzt Asylantenfrei“ die Nicht-Zugehörigkeit zu einer Nation aufgreift und damit eine Diskriminierung aufgrund der nationalen Herkunft idS Art 3 EGVG darstellt, VwGH 24.4.2018, Ro 2017/03/0016.

74 AB 587/2017 BlgOöLT 28. GP 1.

75 Vgl EuGH *CHEZ* Rn 91 und 95.

76 Vgl *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2011) § 17 GIBG Rz 9, *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG (2021) § 17 Rz 132, RV 307 BlgNR 22. GP 15.

77 Vgl *Frank*, Rechtsgutachten 2019, 27.

und dem nicht Vorschriften der Europäischen Union oder Staatsverträge [...] über die Gleichstellung von Personen entgegenstehen“⁷⁸. Handelt es sich bei der WBH um eine Kernleistung liegt ein Verstoß gegen die Daueraufenthalts-RL und damit – mangels Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung – eine ethnische Diskriminierung vor.⁷⁹

Das Abstellen auf Sprachkenntnisse ist uE zudem jedenfalls geeignet, Personen aus Gründen ihrer ethnischen Zugehörigkeit in besonderer Weise zu benachteiligen, da sie Deutsch idR nicht als Erstsprache haben. Der EuGH verneint jedoch eine mittelbare Diskriminierung⁸⁰, da die Regelung alle Drittstaatsangehörigen, und nicht nur eine bestimmte Ethnie, treffe.⁸¹ In seiner bisherigen, nun zugrunde gelegten, Rsp hatte der EuGH noch geprüft, ob das jeweils fragliche Kriterium eng genug mit der Ethnie von Menschen verknüpft sei, um eine mittelbare Diskriminierung zu begründen, und das im konkreten Fall jeweils verneint.⁸² Den Umstand dass Sprachkenntnisse ungleich enger mit der jeweiligen Ethnie eines Menschen zusammenhängen lässt der EuGH nun unverständlicherweise genauso unbeachtet, wie die Frage, warum von einer Benachteiligung nicht auch mehrere Ethnien negativ betroffen sein können. Zu wenig berücksichtigt wurde uE zudem das vom Land OÖ angestrebte Ziel des restriktiveren Sozialleistungszugangs, obwohl reine Haushaltserwägungen wie zB „Einsparungsnotwendigkeiten“ nach stRsp des EuGH keine ausreichende Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung darstellen.⁸³

4. Ausblick

Die Herstellung einer unionsrechtskonformen Rechtslage bei der WBH in OÖ ist nach wie vor ausständig. Zwar gab es nach Einbringung der 17 Klagen und der Missstandsfeststellung der VA geringfügige Anpassungen⁸⁴, um besonders eklatante Härtefälle zu vermeiden.⁸⁵ Knapp zwei Drittel der ursprünglich betroffenen 3.100 Haushalte erhalten aber weiterhin keine Wohnbeihilfe mehr.⁸⁶ Diese Politik setzt sich fort: Bei der 2020 kurzfristig gewährten oö „COVID-19 Wohnkostenhilfe“ mussten langfristigaufenthaltsbe-

78 § 3 Abs 1 Oö ADG.

79 Vgl idS *Hopff/Mayr/Eichinger/Erlner*, GlBG Kommentar (2021) § 17 Rz 132.

80 § 4 Z 2 Oö ADG und Art 2 Abs 2 lit b RL 2000/43/EG.

81 EuGH *Land OÖ* Rn 55f unter Verweis auf weitere Rspr.

82 EuGH *Jyske Finans*, wo es für eine Kreditaufnahme um das Geburtsland der Kreditwerbenden ging (Rn 20) und EuGH *Maniero*, wo es für den Bezug eines Stipendiums darum ging, einen Studienabschnitt in Deutschland absolviert haben zu müssen (Rn 50).

83 EuGH 9.2.2017, C-443/16, *Rodrigo Sanz*, ECLI:EU:C:2017:109, Rn 52 f, EuGH 11.11.2014, C-530/13, *Schmitzer*, ECLI:EU:C:2014:2359, zitiert nach *Frank*, Rechtsgutachten 2019, 10.

84 Landesgesetz mit dem das Oö Wohnbauförderungsgesetz 1993 geändert wird LGBl 2019/110.

85 *Redaktion*, Korrektur nach Evaluierung der Wohnbeihilfe, <https://volksgruppen.orf.at/diversitaet/stories/3009777/> (20.4.2021).

86 2020 bezogen 1.104 Haushalte von Drittstaatsangehörigen Wohnbeihilfe, vgl *Land Oö* (Hg), *Wohnbaubilanz 2020* (2020) 36. Vor den Verschärfungen waren es im Jahr 2017 noch 3.188 Haushalte von Drittstaatsangehörigen gewesen, vgl *Land OÖ/Direktion Soziales und Gesundheit* (Hrsg), *Wohnbau Bericht 2017. Leistungen – Finanzierung – Ziele* (2017) 30.

rechtigte Drittstaatsangehörige erneut ein Deutschzertifikat nachweisen.⁸⁷ Die diskriminierende Praxis in OÖ hat politisch Widerhall gefunden: Auch die FPÖ-NÖ forderte im Wahlkampf Deutschkenntnisse für den Zugang zu Wohnbeihilfe und -zuschuss für Asylberechtigte.⁸⁸ Der Umgang der österreichischen Gerichte mit der jetzigen Entscheidung des EuGH kann daher sozialpolitisch richtungsweisend sein.

Mag. Dr. Christopher Frank ist Jurist. Er war im Verfahren als Rechtsgutachter für *migrare* tätig; christopher.frank@jku.at

Mag.^a Theresa Hammer ist Juristin beim Klagsverband. Sie hat den Fall bis zum EuGH begleitet; theresa.hammer@klagsverband.at

Mag.^a Nina Reschauer ist Juristin an der Universität Linz (AKG-Büro); nina.reschauer@jku.at

⁸⁷ Vgl. *Klagsverband*, Pressemeldung v. 28.4.2020, www.klagsverband.at/archives/16161 (27.7.2021).

⁸⁸ Vgl. *APA*, Deutsch für Wohngeld? *diepresse.com* 26.11.2018, www.diepresse.com/5536700 (20.4.2021).

Autonomie, Reproduktion und die Leihmutterschaft

Ein Essay

Andrea Büchler¹

„Theoretisch wäre es einer der grössten Triumphe der Menschheit [...] wenn es gelänge, den verantwortlichen Akt der Kinderzeugung zu einer willkürlichen und beabsichtigten Handlung zu erheben“, so *Sigmund Freud* vor über hundert Jahren.²

1. Vom Widerfahrnis zur Entscheidung

Ein Kind zu bekommen wird heute nicht mehr als Widerfahrnis empfunden, sondern meist entweder aktiv verhindert oder aber wohlüberlegt in die eigene Biografie eingepasst. Die Einführung der Anti-Baby-Pille in den 1960ern trug entscheidend dazu bei. Die Zeugung im Labor ermöglicht es umgekehrt, eine Schwangerschaft auch dann herbeizuführen, wenn sie sich spontan nicht einstellt. Die Fertilisation in vitro war erstmals in Großbritannien erfolgreich, und die Geburt von *Louise Brown* 1978 wurde als Meilenstein der Medizin gefeiert. Seither ist sie zu einer häufig praktizierten Variante der Zeugung avanciert. Sie hat auch den Grundstein gelegt für die Aufbewahrung, Spende, Untersuchung und Selektion von Keimzellen und Embryonen – Verfahren, die bis heute kritisch diskutiert werden. Diskutiert wird etwa, ob Frauen die Möglichkeit einzuräumen ist, Eizellen aufzubewahren, um reproduktive Zeit zu gewinnen, oder inwiefern Embryonen gespendet oder zum Zweck einer Auswahl untersucht werden dürfen. Ich werde zunächst den Rahmen zeichnen, innerhalb dessen sich Antworten auf solche Fragen bewegen, anschliessend über ein Verfahren sprechen, das für gewöhnlich Unbehagen auslöst und von ruheloser Diskussion umgeben ist: die Leihmutterschaft.

1 Die vorliegende Arbeit wurde durch den universitären Forschungsschwerpunkt *Human Reproduction Reloaded* der Universität Zürich unterstützt. Der Beitrag gibt zudem Überlegungen wieder oder schliesst an solche an, die im Buch *Bleisch/Büchler, Kinder wollen. Über Autonomie und Verantwortung* (2020) geäussert wurden. Auch einzelne Textpassagen finden sich bereits im genannten Buch. Bestimmtes Material wurde auch bereits in *Büchler, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung. Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens* (2017) verwendet.

2 *Freud, Die Sexualität in der Ätiologie der Neurosen*, in *Freud: Studienausgabe* in zehn Bänden, Bd 5 (1898) 28.

2. Reproduktive Autonomie als Leitidee

Fragen wir danach, was wir mit Blick auf eigene Kinderwünsche wollen dürfen, so fragen wir nach der reproduktiven Autonomie und deren Grenzen. Autonomie ist ein von der Philosophie stark umworfenes, vielschichtiges und voraussetzungsreiches Anliegen, dies erst recht in Verbindung mit Begehren der Reproduktion.

2.1. Schutzbereich

Freiheit von Fremdbestimmung

Reproduktive Autonomie meint die Fähigkeit und Möglichkeit, die auf die Fortpflanzung bezogenen Belange selbst zu gestalten, im Licht eigener Wünsche und Werte. Die Anfänge trugen den Banner der Freiheit von Fremdbestimmung, die Frauenbewegung kämpfte etwa für den Zugang zur Empfängnisverhütung und zu sicheren Methoden des Schwangerschaftsabbruchs. Es ging um den schieren Umstand, dass sich Frauen überhaupt gegen Kinder entscheiden können – zuweilen ist von der negativen reproduktiven Autonomie die Rede. In die reproduktive Freiheit in ihrer ursprünglichen Dimension wurde aber auch in gravierender Weise eingegriffen, indem Personen an der Reproduktion gehindert wurden, so etwa durch in eugenischer und bevölkerungspolitischer Absicht praktizierte Zwangssterilisationen.

Die reproduktive Freiheit ist in verschiedenen völkerrechtlichen Quellen als Menschenrecht verbrieft, etwa in Art 8 EMRK, dem Recht auf Achtung des Familien- und Privatlebens. In dieser Verortung reproduktiver Rechte kommt ein enger begrifflicher und normativer Zusammenhang zwischen Privatheit und Freiheit zum Ausdruck, der auch die Selbstbestimmung über den Körper umschließt.³ Im Schweizer Recht wird reproduktive Selbstbestimmung zum Grundrecht der persönlichen Freiheit gezählt, das die Entscheidungsfreiheit in elementaren Fragen der Persönlichkeitsentfaltung schützt, wozu der Wunsch nach Elternschaft zweifellos gehört.⁴ Die deutsche Diskussion über die grundgesetzliche Verankerung reproduktiver Autonomie legt indes eine konzeptionelle Weichenstellung offen. Teilweise wird reproduktive Autonomie als Familiengründungsfreiheit prioritär dem Schutz von Ehe und Familie zugeordnet, andere sehen sie als der allgemeinen Handlungsfreiheit oder dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zugehörig.⁵ Ich

³ Zum Zusammenhang zwischen Freiheit und Privatheit grundlegend *Rössler*, *Der Wert des Privaten* (2018/2001) insb 83 ff.

⁴ Art 10 Abs 2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft v 18. 4. 1999 (BV). Die Literatur verweist zudem auf das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art 13 BV), das sich auf sexuelle Beziehungen, Schwangerschaft und Geburt erstreckt, und auf das Recht auf Familie (Art 14), das die Familiengründung einschließt. Vgl die umfassenden Hinweise in *Büchler*, *Reproduktive Autonomie* 13 ff.

⁵ Ausführlich und mit Hinweisen *Wapler*, *Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive*, in *Schramm/Wermke* (Hrsg), *Leihmutterschaft und Familie. Impulse aus Recht, Theologie und Medizin* (2018) 111 ff; Vgl auch *Hilpert*, *Recht auf reproduktive Autonomie. Sinn und Problematik eines aktuellen menschenrechtlichen Topos*, in *Klissenbauer et al* (Hrsg), *Menschenrechte und Gerechtigkeit als bleibende Aufgaben* (2020) 414 ff.

meine, reproduktive Autonomie ordnet sich nicht nur semantisch dem Selbstbestimmungsdiskurs zu. Gewiss findet menschliche Fortpflanzung in sozialen Bezügen statt. Jedoch „verschmelzen die an diesen Beziehungen beteiligten“ Personen „nicht zu einem Kollektiv“, wie *Friederike Wapler* zu Recht betont, vielmehr machen sie je einzeln die Freiheit geltend, über ihr Leben, auch in seinen körperlichen Dimensionen, selbst zu bestimmen. Jedenfalls darf reproduktives Verhalten nicht bereits „auf der Schutzbereichsebene anhand eines traditionellen Bildes von Familie“ bewertet werden.⁶ Zudem ist es körperbezogen, weshalb auch das weitgehend abwägungsresistente Recht auf körperliche Integrität auf vielfältige Weise mit Anliegen der reproduktiven Selbstbestimmung verwoben ist.

Das Recht, nicht zur Reproduktion gezwungen oder an ihr gehindert zu werden, muss als Kerngehalt reproduktiver Autonomie gelten. Dies bedeutet auch, dass der Kinderwunsch „weder auf seine Notwendigkeit hin überprüft, noch gegenüber staatlichen Organen gerechtfertigt werden muss“⁷. Denken wir an die gegenwärtige Klimadebatte, ist dies von einiger Bedeutung, wird doch vermehrt die Forderung laut, aus ökologischen Gründen sollten wir uns in der Erfüllung unserer Kinderwünsche mässigen.⁸

Zugang zu einem ausgedehnten Möglichkeitsraum

Weit umstrittener als die Freiheit von Fremdbestimmung ist das Recht, reproduktionsmedizinische Assistenz nachzufragen. Fortpflanzungsmedizin und Genetik haben vielfältige Selbstbestimmungsanliegen hervorgerufen, die sich auf ein Geflecht an technologischen Massnahmen erstrecken. Und so wird die Frage nach dem Zugang zum ausgedehnten Möglichkeitsraum zu einer nach dem Schutzbereich reproduktiver Autonomie. Zuweilen ist die Rede von der positiven reproduktiven Autonomie,⁹ was insofern irreführend ist, als nach dem vorherrschenden Verständnis in den deutschsprachigen Ländern aus ihr keine staatliche Pflicht resultiert, finanzierten Zugang zu sämtlichen Verfahren der Reproduktionsmedizin zu gewährleisten. Positiv ist diese Autonomiekonzeption aber insofern, als sie in ihr ein bestimmtes Ziel verwirklicht sieht.

Der Bestand an juristischen Beiträgen zur reproduktiven Autonomie in ihrer positiven Spielart wächst an, und legt die beträchtliche Unsicherheit bei der Bestimmung ihrer Reichweite offen. Es besteht immerhin zunehmend Einigkeit darin, dass der Zugang zu Verfahren, welche es überhaupt ermöglichen, den Kinderwunsch zu realisieren, von ihr erfasst ist, zumindest dann, wenn sie die „natürliche“ Zeugung nachbilden. Das Anliegen wird meist in tradierte Konzepte eingebunden – so hat etwa der EGMR, in der Auseinanderset-

6 So *Wapler* in *Schramm/Wermke* 2018, 112.

7 *Hilpert* in *Klissenbauer et al* 413.

8 Vgl der Club of Rome, *Randers/Maxton*, Ein Prozent ist genug. Mit wenig Wachstum soziale Ungleichheit, Arbeitslosigkeit und Klimawandel bekämpfen (2016).

9 Vgl *Nelson*, Law, Policy and Reproductive Autonomy (2013) 34 ff.

zung mit dem österreichischen Recht festgehalten, der Zugang zu Methoden der assistierten Fortpflanzung falle in den Schutzbereich des Rechts auf Privatleben.¹⁰ Anders der anglo-amerikanische Rechtsdiskurs: Reproduktive Autonomie wird explizit und umfassend in Anschlag gebracht, etwa für die genetische Diagnostik, die Geschlechtsselektion und jüngst selbst für das den Geist der Zukunft atmende Verfahren der Genomeditierung.¹¹

Relationalität

Eine Rede von der reproduktiven Autonomie kann auf Bemerkungen zu zwei konzeptionellen Verarmungen eines traditionellen Autonomieverständnisses nicht verzichten. Reproduktive Autonomie ist erstens auf Umstände angewiesen, die ihre Wahrnehmung ermöglichen, ansonsten bleibt sie defizitär. Nur danach zu fragen, wo die äusseren Grenzen individueller Freiheit zu ziehen sind, greift zu kurz. Ein zweites Defizit haftet einer Autonomie an, die ohne ihre Beziehungseinbettung gedacht wird. Diesem Defizit will ein relationales Autonomieverständnis begegnen, wie es die feministische Literatur anmahnt.¹² Es ist der Einsicht geschuldet, dass zahlreiche, auch ausserhalb eines möglichen Zugriffs durch das Recht liegende Umstände die Willensbildung prägen – so etwa ein technologischer Imperativ – und dass sich Entscheidungen stets in einem Netz und in Abhängigkeit von Beziehungen vollziehen. Das ist sicher richtig. Doch auch wenn sich unsere Präferenzen in sozialen Kontexten ausbilden und adaptiv sind, oder, in einem anderen theoretischen Vokabular, Relationalität gar der Autonomie eingeschrieben ist: Eine Entscheidung hat normativ als selbstbestimmt zu gelten, solange die subjektiven Fähigkeiten, die inneren Bedingungen¹³ der Autonomie gegeben sind. Das scheint mir alternativlos. Freilich hebt sich die Entscheidung, Mutter oder Vater zu werden, von rein interessensbezogenen Entscheidungen dahingehend ab, dass sie auf eine Fürsorgebeziehung ausgerichtet, und beachtliche Selbstbindung in ihr angelegt ist. Ist der reproduktive Wunsch darauf angelegt, Verantwortung für ein Kind zu übernehmen, so meine ich, muss er in den Schutzbereich reproduktiver Autonomie einbezogen werden, ganz gleich, wer diesen hegt und auf welchem Wege er realisiert werden soll.

2.2. Schranken

Einschränkungen einer wie auch immer gerahmten reproduktiven Autonomie bedürfen einer Begründung. Sie müssen zum Schutz von Grundrechten Dritter oder gewichtiger öffentlicher

10 So EGMR 3.11.2011, 57813/00, *SH/Österreich*.

11 Vgl *Harris*, Rights and Reproductive Choice in *Harris/Holm* (Hrsg), *The Future of Human Reproduction. Ethics, Choice and Regulation* (1998); *Buchanan*, *Beyond Humanity?* (2011); *Glover*, *Choosing Children. Genes, Disability and Design* (2006).

12 ZB *Mackenzie/Stoljar* (Hrsg), *Relational Autonomy. Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self* (2000).

13 Zur Unterscheidung zwischen inneren und äusseren Bedingungen *Wapler*, *Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen*, in *Baer/Sacksosky* (Hrsg), *Autonomie im Recht. Geschlechtertheoretisch vermessen* (2018) 193 ff.

Interessen notwendig, und verhältnismässig sein. In der ethischen Diskussion werden einige Interessen für die Begrenzung reproduktiver Autonomie vorgetragen, die im rechtlichen Kontext nicht zu überzeugen vermögen, und andere, deren Konturierung anspruchsvoll ist. Zu denen, die nicht zu überzeugen vermögen, gehört die Befürchtung, fortpflanzungsmedizinische Verfahren würden die Institution der Familie aushöhlen. Die Eizellspende oder der Zugang gleichgeschlechtlicher Paare zur Samenspende führten zu Familienverhältnissen, die von dem, was sonst natürlicherweise möglich ist, abweichen – so der Schweizer Gesetzgeber.¹⁴ Dabei wird Bezug genommen auf eine normative Idee von Familie, deren Überlegenheit gegenüber alternativen Formen erst nachgewiesen werden müsste.

Wider die Natur und die Demut vor dem Unverfügbaren

Beklagt wird auch die Unnatürlichkeit reproduktionsmedizinischer Massnahmen *an sich*. Die Würde des Menschen sei betroffen durch die künstliche Intervention bei seiner Entstehung. Die Demut vor dem Unverfügbaren, dem Wunder der Natur gehe verloren, die Beziehung zum Leben verändere sich, wenn es in der Gewalt der Medizin liege, ob und welche Kinder wir bekommen. Und nicht zuletzt sei der technische Zugriff eine weitere Form von Herrschaft über den weiblichen Körper. Die Idealisierung des Natürlichen, der „Natürlichkeitsbonus“, lässt sich damit erklären, dass die „Natur“ nicht manipulativ ist, sicherer ist sie aber bestimmt nicht. Die Geschichte jeder Kultur erzählt über weite Strecken die Bändigung der Natur, deren oft grausame Auswirkungen wir in den Griff zu bekommen versuchen.

Das Wohl des Kindes und die Interessen von Kindern

Wichtig, in seiner Konturierung als Schranke reproduktiver Autonomie aber anspruchsvoll, erweist sich das Paradigma des Kindeswohls. Im Familienrecht gut etabliert, krankt es im fortpflanzungsmedizinischen Kontext am in der Philosophie aufwändig konferierten non-identity Problem. Ein Kind, auf das Bezug genommen, dessen Wohl geprüft, geschützt oder verletzt werden könnte, gibt es meist nicht, weil es ohne das in Frage stehende Verfahren gar nicht existieren würde. Die Alternative besteht nämlich nicht zwischen der Existenz unter schwierigen Vorzeichen, und einer Existenz ohne Belastungen, sondern nur zwischen der Existenz, so wie sie sich präsentiert, und der Nichtexistenz. Mithin ist es nicht nur widersprüchlich, das Wohl einer zukünftigen Person anzunehmen, um ihre Entstehung zu verhindern, es gehen damit auch problematische Urteile über lebenswertes Leben einher.

14 Botschaft über die Volksinitiative zum Schutz des Menschen vor Manipulation in der Fortpflanzungstechnologie und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung vom 26.6.1996, BBl 1996 III 250. Danach sei von der Natur vorgegeben, dass jedes Kind eine Mutter und einen Vater habe. Diese Grundbedingungen menschlicher Existenz seien auch bei der Anwendung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung zu beachten.

Dennoch meine ich gibt es auch ohne konkretes Kind mit eigenen Interessen Belange von Kindern, die der reproduktiven Autonomie Grenzen setzen, etwa das allgemeine Interesse daran, dass Kinder Eltern haben, die in der Lage sind, angemessen für sie zu sorgen. Es verbietet sich, mit Hilfe bestimmter Verfahren Kinder zu zeugen, die in Umstände hineingeboren würden, die Kindern auf keinen Fall zugemutet werden sollten.

Diskriminierung

Zu den weiteren öffentlichen Interessen, die in die Waagschale gelegt werden, um Einschränkungen der reproduktiven Autonomie zu begründen, gehören Gerechtigkeitsanliegen. Die Präimplantationsdiagnostik bringe etwa die Gefahr der Diskriminierung mit sich, denn ihrem selektiven Blick wohne ein Urteil über den Lebenswert von kranken Menschen inne, das sich auch auf den Umgang mit lebenden Menschen mit entsprechenden Eigenschaften auswirke – und letztlich den gesellschaftlichen Zusammenhalt bedrohe.

Weil vieles umstritten ist, besteht Einigkeit darin, dass die technologisch vermittelte Reproduktion Normierungen zu unterwerfen ist, zumal der Zeugungsvorgang die Sphäre des Intimen verlässt. Sie ist auf Dritte angewiesen, deren Handeln eigenen Regelungen gehorchen muss. In diesem Sinne reicht das „Kinder machen“, als das der Soziologe *Andreas Bernard* die Reproduktionsmedizin bezeichnet,¹⁵ in die Gesellschaft hinein. Die Interessen, die es zu definieren und deren Grenzen es abzustecken gilt, sind für die Moral weit geöffnet. Dies erklärt ihre verschiedenen nationalen Färbungen, und hat zu einem reproduktionsmedizinischen Tourismus geführt, der je nach Perspektive entweder als einträgliches Geschäft mit dem Rechtsbruch verurteilt, oder als konstruktiver Umgang mit gesellschaftlicher Vielfalt gefeiert wird.

2.3. Im Vergleich

Auf dem internationalen Parkett gelten die deutschsprachigen Länder Österreich, Deutschland und die Schweiz als restriktiv. Das zeigt sich vor allem am vergleichsweise engen Anwendungsbereich der Präimplantationsdiagnostik; oder an der Keimzellenspende, die an anderen Orten nicht nur gegen Vergütung, sondern auch auf Internetseiten erfolgt, die Spender:innen mit ihren als ideal gepriesenen charakterlichen, genetischen oder kognitiven Eigenschaften ausstellen. Im Binnenvergleich tut sich das österreichische Gesetz durch seine Liberalität hervor, indem es die Eizellspende zulässt und gleichgeschlechtlichen Paaren den Zugang zur Reproduktionsmedizin einräumt. Überraschend streng ist dagegen das Verbot, eine Eizellreserve zur Erhaltung der Fertilität aus nicht medizinischen Gründen anzulegen. Dem Schweizer Recht liegt demgegenüber ein sehr traditionelles Familienbild zugrunde, die Sa-

¹⁵ *Bernard*, Kinder machen. Neue Reproduktionstechnologien und die Ordnung der Familie. Samenspende, Leihmütter, Künstliche Befruchtung (2014).

menspende ist etwa nur verheirateten Paaren zugänglich. Und im deutschen Recht liegt der Fokus auf dem Embryonenschutz, über den streng gewacht wird. Ein Verfahren wird in allen drei Ländern gleich behandelt, nämlich verboten: die Leihmutterschaft.

3. Leihmutterschaft

3.1. Moderne Leihmutterschaft

Leihmutterschaft ist zwar nicht medizinisch, aber sozial eine hoch komplexe Erscheinung. Die Wunscheltern, die sich um das Kind kümmern werden, sind auch genetisch mit diesem verwandt – ausgetragen und geboren wird es aber von einer anderen Frau: Das ist zwar nicht die einzige, aber eine häufige Variante der Leihmutterschaft. Zuweilen stammen Samenzellen oder die Eizelle von einer Drittperson, letzteres jedenfalls wenn ein Männerpaar Leihmutterschaft nachsucht. Das sind moderne Formen der Leihmutterschaft. Andere gab es schon immer, etwa indem ein kinderreiches Paar ein Kind der kinderlosen Schwester und Schwägerin überlässt.

Leihmutterschaft bricht mit dem abstammungsrechtlichen Axiom, Mutter sei die Frau, die das Kind gebiert. Sie tut dies in anderer Weise als die Eizellspende, nämlich quasi zweifach. Nicht nur bringt eine Leihmutter ein Kind zur Welt, das genetisch nicht das ihre ist, sondern es ist auch gar nicht ihre Absicht, nach der Geburt die Mutterrolle zu übernehmen. Sie wird das Kind nach der Geburt an jene Menschen übergeben, die zu seiner Zeugung Anlass gaben.

3.2. Regelungsmodelle

Leihmutterschaft wird verschieden erzählt – als skrupellose Ausbeutung, als karitatives Werk oder würdige Erwerbchance, oder als anspruchsvolle Möglichkeit, ein Kind zu bekommen. Erscheinungsformen gibt es zahlreiche, Regelungsmodelle gibt es grob unterschieden drei: das gänzliche Verbot, die Beschränkung auf altruistische Leihmutterschaft und die Zulässigkeit auch kommerzieller Leihmutterschaft. Bei letzterer erhält die Frau für ihre „Dienstleistung“ ein Entgelt, dessen Höhe individuell ausgehandelt wird. Werden über den Auslagenersatz hinausgehende Entschädigungen untersagt, stellt sich die Leihmutterschaft als eine Art „Spende“ dar, häufig zugunsten einer Freundin oder von Verwandten. Die Leihmutter erbringt die reproduktive Arbeit dann als „altruistische Helferin“ umsonst. Noch striktere Verbotsnormen wiederum wollen die Frau davor bewahren, ihre reproduktiven Fähigkeiten überhaupt für andere einzusetzen. Sie sehen die Frau mit Blick auf Schwangerschaft und Geburt in erster Linie als gefährdet und schutzbedürftig an.¹⁶

16 Zu dieser Dreiteilung *Cottier* (2016), Die instrumentalisierte Frau: Rechtliche Konstruktionen der Leihmutterschaft, *juridikum* 2016, 188 ff.

3.3. Begründungen für das Verbot

In der Schweiz ist das Verbot der Leihmutterschaft explizit, und hat verfassungsrechtlichen Rang, in Deutschland ergibt es sich aus dem Embryonenschutz- und dem Adoptionsvermittlungsgesetz, in Österreich aus verwaltungsrechtlichen Bestimmungen, die sich an Kliniken richten. In allen drei Rechtsordnungen besteht zudem eine unanfechtbare abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes zur gebärenden Frau. Der Zwangsläufigkeit der Biologie kann man auch vertraglich nicht entgehen: Entsprechende Abreden sind nichtig. Für das Verbot wird verschiedenes vorgetragen, vier Argumente will ich in kritischer Absicht hervorheben:

„Echte“ Mutterschaft

Das erste Argument nimmt Bezug auf den Grundsatz „mater semper certa est“, der unterstellt, Schwangerschaft und Geburt seien unhintergehbare Voraussetzungen für „echte“ Mutterschaft. Diese wiederum begründeten eine Beziehung, die nicht ohne Schaden für das Kind und die Frau negiert oder aufgelöst werden könne. Solche Annahmen sind kulturell verwachsen. Sie liegen geltenden normativen Setzungen zugrunde, können sie aber keineswegs ersetzen. Elternschaft ist nicht natürlicher Fakt, sondern soziale und rechtliche Praxis. In ihren kulturellen Deutungsmustern hat die Beziehung zwischen der schwangeren Frau und dem Fötus eine bewegte Geschichte. Bis Ende des 18. Jahrhunderts glaubte man noch an die organische Einheit mit geteiltem Blutkreislauf, und nach der Lehre der „mütterlichen Einbildungskraft“ wurden Missbildungen oder Muttermale auf intensive, im wörtlichen Sinn prägende Eindrücke der schwangeren Frau zurückgeführt. Später machte man den psychischen Zustand der Frau für fötale Entwicklungsstörungen verantwortlich.¹⁷ Heute versuchen Studien zur Wirkung von Umwelt und Lebensweise der Frau auf den Fötus diese Beziehung zu fassen – und bringen wenig gesichertes Wissen hervor. Kritische Stimmen weisen darauf hin, dass die Überzeugung, die biologische Verbindung sei eine natürliche und deshalb tragende Beziehung, Ausdruck einer essentialistischen Sichtweise von Mutterschaft sei.¹⁸ Sie sei Teil eines etwa zweieinhalb Jahrhunderte jungen, dem Geschlechtervertrag einverleibten Mythos der Mutterliebe. Empirisch ließ sich die Vermutung, Leihmutterschaft erschwere die Identitätsfindung der Kinder, weil sie Mutterschaft spalte, bislang nicht bestätigen.

Inhärente Instrumentalisierung

Ein zweites Argument für das Verbot der Leihmutterschaft bringt vor, eine Leihmutter werde notwendig instrumentalisiert, durch die Tätigkeit in ihrer Würde verletzt. Woran

17 Grundlegend *Armi, Pränatale Zeiten Das Ungeborene und die Humanwissenschaften (1800-1950)* (2018), insb 121 ff.

18 Vgl zur „Essentialisierungsthese“ zB *Satz, Why Some Things Should Not Be For Sale, The Moral Limits of Markets* (2010) 117-121.

sich ein solcher Vorwurf der „Würdeverletzung“ festmacht, ist allerdings unklar. Kritisch angemerkt wird bisweilen, durch das Prädikat der Würde würden Rechtspositionen semantisch aufgewertet, es gehöre aber zum Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, darüber zu entscheiden, welche Verhaltensweisen die eigene Würde konstituieren. Allerdings sind nicht nur die äußeren, sondern dadurch auch die inneren Bedingungen der Autonomie nicht immer gegeben, die eine selbstbestimmte Entscheidung überhaupt ermöglichen. Vielerorts nimmt namentlich kommerzielle, transnationale Leihmutterschaft höchst problematische Formen an. Handeln aus finanzieller Not, Unwissen, existentielle Abhängigkeit von der Klinik, Disziplinierung – all das sind Realitäten, aber der Leihmutterschaft nicht inhärent. Eine strukturelle Ungleichheit, die derart gewichtig ist, dass eine Entscheidung nicht mehr als selbstbestimmt gelten kann, ist beispielsweise im Schweizer Kontext eher unwahrscheinlich.

Persönlichkeitsrechtswidrige Bindung und Statusbeziehung

Die Diskussion um die Würde der Frau kennt vertragsrechtliche Verzweigungen. Eine rechtliche Verpflichtung, ein Kind für eine andere Person auszutragen und nach der Geburt abzugeben, könne es auch jenseits der bestehenden Gesetzwidrigkeit nicht geben. Mitunter ist wie bei der Debatte rund um die Sexarbeit von Sittenwidrigkeit der vereinbarten Leistung oder des angestrebten Zwecks die Rede, woraus Nichtigkeit zu folgern sei.

Der Fokus liegt ein wenig anders, wenn dargetan wird, bei der Leihmutterschaft würde eine Frau einen Vertrag abschliessen, der ihren Körper und ihre Person in intimer Weise verpflichte – und ihr Selbstbestimmungsrecht unzulässig beschneiden. Das Schweizer Recht regelt den „Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung“ explizit: „Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern, oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken“, heisst es im Zivilgesetzbuch der Schweiz. Freilich wohnt jedem Vertrag ein Antagonismus inne, indem Selbstbestimmung durch Selbstbindung realisiert wird. Persönlichkeitsrechtswidrig sei die Verpflichtung, ein Kind für ein anderes Paar auszutragen deshalb, weil die Frau sich radikal von sich selbst entfremde. Sie begebe sich in eine Verletzlichkeit, bei welcher die Bedingungen von Autonomie nicht mehr gegeben seien. Die weitreichenden Implikationen könnten zudem schlicht nicht antizipiert oder bedacht werden, und entzögen sich folglich einer selbstbestimmten Einwilligung. Das ist indessen keine empirisch angeleitete Aussage, sondern Ausdruck einer kulturellen Perspektive auf den weiblichen Körper und einer sozialen Deutung seiner Bestimmung. Und nicht zuletzt ist es ein Diskurs, der die im Kontext der Vertragsautonomie historisch noch nicht sehr alte Rede von der Wankelmütigkeit der Frau zumindest anklingen lässt.

Wesentlich ist aber vor allem, dass das Verbot übermässiger, persönlichkeitsverletzender Bindungen nicht um der guten Sitten willen besteht, sondern einzig den Schutz der Parteien bezweckt. Es verbürgt ihre Selbstbestimmung. Der Schutz ihrer Selbstbestimmung aber, so die Schweizer Lehre und Rechtsprechung, erfordert nicht die von Amtes wegen zu beachtende

Nichtigkeit des Vertrags, sondern lediglich seine Unverbindlichkeit, wenn die geschützte Person ihre Freiheit zurückerhalten will und dies mittels Antrag oder Einrede kund tut. Für die Leihmutterschaft würde dies bedeuten, dass vertragliche Abreden, das Kind nach der Geburt den Wunscheltern zu überlassen, oder solche, die die Leihmutter auf Eingriffe in ihren Körper und auf bestimmte Verhaltensweisen verpflichten, nicht einklagbar wären.

Auch wenn es also zweifelhaft scheint, ob Nichtigkeit die angemessene Rechtsfolge einer Vereinbarung über Leihmutterschaft ist: Über die statusrechtliche Zuordnung des Kindes kann vertraglich nicht verfügt werden. Seit Jahrzehnten befinden sich die hiesigen Familienrechte in einem Wandel der Vertraglichung; im Abstammungsrecht stößt er aber an seine Grenzen. Es braucht meist selbst dort, wo Leihmutterschaft eine marktförmige Dienstleistung ist, ein gerichtliches oder behördliches Verfahren, in dem die im Vertrag zum Ausdruck gebrachte Intention zur Elternschaft überprüft, und in eine Eltern-Kind-Beziehung mit entsprechenden Rechten und Pflichten überführt wird. Unter dem Aspekt der Selbstbestimmung ist es freilich zentral, dass sich die reproduktiven Entscheidungen auch auf die rechtliche Zuordnung von Elternschaft und elterlicher Sorge erstrecken. Die Regelungsdichte variiert stark. In einzelnen Rechtsordnungen, so in der Ukraine, erfolgt der Eintrag der Wunscheltern in die Geburtsurkunde ohne weiteres gestützt auf das Gesetz und die Vereinbarung. An anderen Orten, etwa in Kalifornien, überprüft ein Gericht vor oder nach der Geburt des Kindes den notariell beurkundeten Vertrag dahingehend, ob die Leihmutter auf ihre elterlichen Rechte gültig verzichtet hat; auf dieser Grundlage wird die Geburtsurkunde ausgestellt. In zahlreichen anderen Rechtsordnungen, namentlich solchen, die Leihmutterschaft nur in altruistischer Form zulassen, müssen die Elternrechte der Leihmutter nach der Geburt des Kindes in einem bestimmten Verfahren erst auf die Wunscheltern übertragen werden, was einer offenen Adoption sehr nahe kommt. Mitunter müssen sich Wunscheltern und Leihmutter dem prüfenden Blick einer Kommission unterziehen, rechtlich beraten und psychologisch begleitet lassen und die Vereinbarung einem staatlichen Gremium unterbreiten, das sie einer strengen inhaltlichen Kontrolle unterzieht – dies bevor eine Leihmutterschaft überhaupt initiiert werden kann, so etwa nach israelischem Recht.

Die Würde des Kindes

Leihmutterschaft verletze aber auch die Würde des Kindes: so eine weitere Begründung für ihr Verbot. Hervorgehoben wird ihre Nähe zum Kinderhandel: Das Kind werde zum Rechtsobjekt gemacht. Das wäre freilich dann zutreffend, wenn der Vertrag die Herstellung und den Verkauf eines bestimmten Kindes zum Inhalt hätte. Eine vor der Zeugung eines Embryos geschlossene Vereinbarung, die Leihmutter möge einen Embryo für die Wunscheltern austragen und die Wunscheltern mögen dieses Kind „ohne Wenn und Aber als eigenes“ annehmen, verdient eine andere Bewertung.¹⁹ Es gibt aber eine Grauzone

¹⁹ So Wapler in *Schramm/Wermke* 121.

zwischen Leihmutterschaft und Kinderhandel. Nach gängiger Auslegung der UN-Kinderrechtskonvention und des Zusatzprotokolls über den Kinderhandel erfüllen Praktiken entgeltlicher Leihmutterschaft den Tatbestand des Kinderhandels immer dann, wenn es zu einem Austausch von Geld gegen die Übergabe des Kindes kommt. Von einem solchen Austausch könne nur dann nicht gesprochen werden, wenn die Leihmutter mit der Geburt Elternrechte erlange und unabhängig von der Entschädigung nicht verpflichtet werden könne, diese aufzugeben.²⁰

3.4. Zulassungsperspektiven: triadische Beziehungen

Eine greifbare Gefahr, dass wirtschaftliche Not oder die Selbstlosigkeit von Frauen ausgebeutet wird, oder dass sich eine neue Form des Kinderhandels breitmacht, sind Gründe, Leihmutterschaft zu untersagen.²¹ Sie können aber genauso Erwägungen sein, entsprechende Vereinbarungen in ein enges Korsett von Regelungen einzubinden, das möglicherweise die schützenswerten Interessen besser zu gewährleisten vermöchte, als ein blankes und stumpfes Verbot. Die Herausforderungen wären freilich zahlreich. Als legitim hervorgehoben werden „triadische Ansätze“, welche die persönliche Beziehung zwischen Leihmutter, Wunscheltern und Kind ins Zentrum rücken.²² Die Leihmutter soll nicht nur wegen ihres instrumentellen Einsatzes, sondern in ihrer innigen Beziehung zum Kind Wertschätzung erfahren – in der kantischen Diktion: „zugleich als Zweck, und niemals bloss als Mittel“. Und sie soll sich nicht nur in Erwartung finanzieller Vorteile anbieten, sondern den Wunscheltern zugetan sein und an ihrem Befinden teilnehmen. Hinzu kommt die Transparenz gegenüber dem Kind hinsichtlich der Identität der Frau, die es austragen hat, und wenn möglich eine die Schwangerschaft und Geburt überdauernde Beziehung. Eine ex-ante Überprüfung der Eignung aller Beteiligten könnte diesen Anliegen förderlich sein. Welche Bedeutung genetischen Verbindungen der Wunscheltern zum Kind für die Bewertung der Leihmutterschaft gebührt, ist hingegen unsicher. Fehlen solche gänzlich, sind für manche die Grenzlinien zur Adoption oder zum Kinderhandel nicht mehr erkennbar. Viele Rechtsordnungen schließen nicht nur aus, dass die Leihmutter zugleich genetische Mutter ist, sondern verlangen zudem, dass im Minimum ein Wunschelternteil genetisch beteiligt ist. Dies kommt auch in der Rechtsprechung des EGMR zum Ausdruck, wonach das Recht auf Privatleben des Kindes nur dann verletzt sei, wenn ihm die rechtliche Zuordnung zum genetischen Elternteil versagt wird.²³ Ob genetischen Abstammungsbeziehungen im Kontext der Leihmutterschaft einen hervorgehobenen Schutz

20 *S United Nations General Assembly*, Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material (2018), Human Rights Council Thirty-seventh session 26 February – 23 March, www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60 (13.6.2021).

21 So auch Wapler in *Schramm/Wermke* 132 f.

22 Grundlegend *Bleisch*, Leihmutterschaft als persönliche Beziehung, *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik* 2011, 5 ff.

23 Vgl EGMR 26.6.2014, 65192/11, *Mennesson/Frankreich* und EGMR 26.6.2014, 65941/11, *Labasse/Frankreich*.

gebührt, ist allerdings fraglich. In der Diskussion fungieren sie als apologetischer Fluchtpunkt in einem Drehbuch, das sich im Grunde ganz auf die Intentionen der Beteiligten verlässt.

Kommerzielle Leihmutterschaft wirft eigene Fragen auf. Das Ideal der Leihmutterschaft als „triadische Beziehung“ ist in einem profitorientierten Markt mit Sicherheit schwer zu realisieren. Eine Entschädigung der Leihmutter für ihre Mühen schließt es allerdings nicht aus. Ob nämlich die altruistische Leihmutterschaft derjenigen gegen Entgelt in jedem Fall überlegen ist, mag man bezweifeln. Sie wird meist mit Rücksicht auf nahe Beziehungen übernommen. Das birgt erstens eigenes Konfliktpotenzial, und zweitens sind dadurch die Umstände für eine selbstbestimmte Entscheidung mitunter ähnlich prekär wie bei kommerzieller Leihmutterschaft.²⁴ Die postulierte Unentgeltlichkeit bedient auch das Narrativ der reproduktiven Tätigkeit als selbstlose Aufgabe der Frau.

4. Zum Schluss

Der Kinderwunsch ist nicht ein beliebiger, sondern ein inniger Wunsch. Ihn wieder aufzugeben, hat er sich erst einmal in unser Leben gedrängt, kann eine unerträgliche Vorstellung sein. Auch wenn die Menschheit *Sigmund Freuds* Gipfel des Triumphs erklommen hat, eignet dem Entstehen neuen Lebens nach wie vor spürbare Unverfügbarkeit und Schicksalhaftigkeit. Und mit dem „Kinder machen“ ist eine Vielzahl ethisch und rechtlich noch unbewältigter Nöte verbunden. In solche Nöte wird uns in Zukunft die genetische Diagnostik stürzen, die immer umfassender, präziser und günstiger wird, immer tiefer in das Verfahren der Reproduktion vordringt – und körperliche und charakterliche Eigenschaften verfügbar macht.

Die derzeitigen Debatten betreffen aber vor allem Verfahren unter Beiziehung einer Drittperson. Dass Leihmutterschaft als Schauplatz besonderer Zumutungen gilt, schreibe ich weniger unüberwindbaren rechtlichen Hindernissen zu, als vielmehr der Tatsache, dass sie kulturell tief verankerte biologistische Konzepte von Mutterschaft herausfordert, und wie kein anderes Verfahren ihre soziale Konstruktion enthüllt. Das Bild, das sie abgibt, ist aber ambivalent. Zwar dekonstruiert Leihmutterschaft die dominante Mutterideologie radikal. Zugleich bezeugt sie, dass die Sogkraft genetischer Zusammengehörigkeit als Sinnbild für geteilte Körperlichkeit zwischen Eltern und Kind so mächtig ist, dass sie selbst dort angestrebt wird, wo sie nur mit Hilfe der Technik und einer fremden Schwangerschaft erreicht werden kann.

Diese innere Gegensätzlichkeit zeichnet alle Verfahren der auf Dritte angewiesenen Reproduktionstechniken aus: Sie verstoßen offen gegen das Leitbild der biologisch-sozialen Einheit der Familie bei gleichzeitiger Inszenierung desselben. Ob sie eher ein technisch

²⁴ Vgl. *Röthel*, Autonomie als Bezugspunkt für eine Kritik der rechtlichen Regulierung des Zugangs zu reproduktiven Verfahren, *Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen*, in *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.), *Autonomie im Recht. Geschlechtertheoretisch vermessen* (2018) 226.

gestützter Konstruktionsakt von Elternschaft sind, der den endgültigen Bruch mit der natürlichen Ordnung anzeigt, oder ein Schritt hin zu genetischem Essenzialismus: Beides scheint möglich.²⁵ Rechtliche Fragen haben ihre Zeit, diejenigen rund um Dimensionen und Schranken der reproduktiven Autonomie und um erweiterte Familienanordnungen gehören in unsere Zeit. Bei ihrer moralischen und rechtlichen Bewertung gilt es zu bedenken, dass Daseinsentwürfe vielfältig, reproduktive Entscheidungen höchstpersönlich, und die Motive, die sie anleiten, häufig unergründlich sind – und dass Vielfalt ein Gradmesser für unsere Freiheit ist.

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Andrea Büchler, Professorin an der Universität Zürich; andrea.buechler@rwi.uzh.ch

25 So schon *Büchler*, Sag mir, wer die Eltern sind. Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, Aktuelle Juristische Praxis 2004, 1183.

Das Mindesthaltbarkeitsdatum

Das Spannungsverhältnis zwischen Nachhaltigkeit und Verbraucherschutz am Beispiel des MHD¹

Herbert Weissensteiner

1. Ausgangslage

Der Lebensmittelsektor ist durch den Umstand, dass ein Drittel der weltweit produzierten Lebensmittel weggeworfen und somit nicht konsumiert wird,² vermehrt in der Kritik der medialen Öffentlichkeit.³ Nachvollziehbarerweise ist diese Menge an nicht konsumierten Lebensmitteln sowohl aus wirtschaftlicher als auch ökologischer Sicht nicht wünschenswert.⁴ So erfordert die Produktion dieser nicht verwendeten Lebensmittel geschätzte 3,3 Gigatonnen CO₂-Emissionen und ist für einen Wasserverbrauch im dreifachen Volumen des Genfer-Sees verantwortlich.⁵ Diese Ressourcen werden letztlich nicht sinnvoll eingesetzt. Es bestehen daher zahlreiche Bestrebungen der Regierungen und der Zivilgesellschaft, dieser Lebensmittelverschwendung entgegenzuwirken. Das Spektrum reicht von Supermärkten, die abgelaufene Lebensmittel preisreduziert anbieten,⁶ über Plattformen, auf denen abgelaufene Lebensmittel getauscht bzw unentgeltlich weitergegeben werden,⁷ bis hin zu Restaurant-Projekten, die sich auf die Verarbeitung „geretteter Lebensmittel“ spezialisieren.⁸ Zudem erfreuen sich Systeme und Geschäftsideen immer größerer Beliebtheit, die Lebensmittel unmittelbar vor der Entsorgung sehr preisgünstig an VerbraucherInnen abgeben.⁹

In diesem Zusammenhang kommt einem Element eine besondere Bedeutung zu: Dem Mindesthaltbarkeitsdatum (MHD). Es wird immer wieder dafür verantwortlich gemacht, dass qualitativ noch genießbare Produkte alleine aufgrund des überschrittenen MHD

1 Der Beitrag beruht in wesentlichen Teilen auf meiner Dissertation, Das MHD im Gewährleistungsrecht (2020).

2 FAO, Food wastage footprint – Impact on natural resources (2013) 6, www.fao.org/docrep/018/i3347e/i3347e.pdf (18.7.2021).

3 Vgl etwa Brauns, Haltbar, abgelaufen, ungenießbar, Zeit Online 29.3.2016, www.zeit.de/wirtschaft/2016-03/MHD-lebensmittelverschwendung-christian-schmidt-abschaffung (18.7.2021).

4 Vgl etwa Ahrens/Häberle/Leverenz/Muranyi, Zu große Energiemengen landen im Müll, Fleischwirtschaft 96 (2016) 70.

5 NN, Fakten zu Lebensmittelverschwendung, www.muttererde.at/fakten (18.7.2021).

6 Vgl dazu etwa Gaigg, Sozialmärkte: Übriggebliebene Waren für die, die sich keine anderen leisten können, derStandard.at 19.9.2019, www.derstandard.at/story/2000108740150 (18.7.2021).

7 Vgl etwa Foodsharing, www.foodsharing.at (18.7.2021).

8 Souron, Reste vom Fest? Hier sind die Geschäftsmodelle dafür, manager magazin online 26.12.2016 (18.7.2021).

9 So etwa die App „TooGoodToGo“, <https://toogoodto.go.at/de-at> (3.2.2020).

entsorgt werden.¹⁰ Andererseits zeigt sich in der Realität des Lebensmittelhandels eine deutliche Verschlechterung der Marktgängigkeit von Lebensmitteln, die sich unmittelbar vor oder kurz nach der angegebenen Mindesthaltbarkeit befinden.¹¹ So bestehen insb nach Ablauf des MHD auf Seiten der VerbraucherInnen vermehrt Bedenken hinsichtlich der Qualität der Produkte, seitens der HändlerInnen eine Angst vor Haftungen. Auf Seiten der VerbraucherInnen wiederum besteht zudem wenig Bereitschaft, Lebensmittel, die sich kurz vor bzw nach dem Ablauf der Mindesthaltbarkeitsdauer befinden, zum vollen Preis zu kaufen, könnte man dafür doch ebenso gut ein „frischeres“ Produkt erwerben, bei dem die Mindesthaltbarkeit noch weiter in der Zukunft liegt.¹² Da somit das MHD tw nicht unerheblichen Einfluss auf das Kaufverhalten von VerbraucherInnen ausübt, ist in diesem Zusammenhang bspw auf die in Deutschland geführte Diskussion über die Abschaffung des MHD zu verweisen, die zum Ziel hat, die Marktgängigkeit von Lebensmitteln entsprechend zu verlängern.¹³

Daran anknüpfend stellt sich die Frage, ob das Konzept eines MHD auf Lebensmitteln überhaupt noch zeitgemäß ist, oder ob nicht vielmehr, auch unter dem Blickwinkel der Nachhaltigkeit, eine Abschaffung des MHD im Interesse aller Beteiligten wäre. Es wird daher die Frage aufgeworfen, welchen Zweck das MHD verfolgt und warum es ein solches MHD überhaupt gibt.

2. Das Mindesthaltbarkeitsdatum – ein Überblick

Das MHD in der bestehenden Form ist in der EU-Lebensmittelinformationsverordnung (LMIV)¹⁴ geregelt. Hinsichtlich der Frage der Mindesthaltbarkeit unterscheidet sie zwischen zwei Instrumenten: Dem MHD und dem Verbrauchsdatum.

Art 2 Abs 2 lit r LMIV bezeichnet das MHD als jenes Datum, bis zu dem das jeweilige Lebensmittel bei richtiger Aufbewahrung seine spezifischen Eigenschaften behält. Gem Art 9 Abs 1 lit f LMIV sind Lebensmittel verpflichtend mit einem MHD zu versehen, das in bestimmten Fällen durch das Verbrauchsdatum zu ersetzen ist. So kommt ein Verbrauchsdatum gemäß Art 24 LMIV dann zum Einsatz, wenn es sich um ein in mikrobiologischer Hinsicht sehr leicht verderbliches Lebensmittel handelt, das bereits nach kurzer Zeit¹⁵ eine unmittelbare Gefahr für die menschliche Gesundheit darstellen könn-

10 Vgl dazu etwa *Brauns*, Haltbar, abgelaufen, ungenießbar, *Zeit Online* 29.3.2016, www.zeit.de/wirtschaft/2016-03/mindesthaltbarkeitsdatum-lebensmittelverschwendung-christian-schmidt-abschaffung.

11 *Lindacher*, Zur Gewährleistungshaftung des Händlers, *NJW* 1985, 2933 (2934); *Michalski/Riemenschneider*, Die zivilrechtliche Bedeutung des Mindesthaltbarkeitsdatums für den Verbraucher, *BB* 1993, 2097 (2100).

12 Zur schlechteren Marktgängigkeit von Lebensmitteln aufgrund des MHD vgl etwa: *Lindacher*, *NJW* 1985, 2933 (2934); *Michalski/Riemenschneider*, *BB* 1993, 2097 (2100).

13 Vgl etwa *Gassmann*, Der große Streit ums Mindesthaltbarkeitsdatum, *Welt.de* 8.5.2016, www.welt.de/wirtschaft/article155143867 (18.7.2021).

14 VO (EU) 1169/2011 des EP und des Rates v 25.10.2011, *ABl L* 2011/304, 18.

15 Als kurze Zeit gelten idR höchstens zwei bis drei Tage, vgl dazu etwa *Rathke* in *Zipfel/Rathke*, *Lebensmittelrecht*¹⁶⁴ Art 24 LMIV Rz 63.

te. Daher knüpft Art 14 EG-Basisverordnung¹⁶ an das Überschreiten des Verbrauchsdatums ein Verbot des Verkaufs oder sonstigen In-Verkehr-Bringens.

Ob ein Lebensmittel mit einem MHD oder einem Verbrauchsdatum zu versehen ist, entscheiden idR die HerstellerInnen, wobei sie dabei auf die konkrete Beschaffenheit und die Produktionsbedingungen abzustellen haben.¹⁷ Zu beachten sind deshalb etwa die eigenen Produktionsfaktoren, die Lagerungs- und Vermarktungsbedingungen aber bspw auch die konkrete Betriebshygiene.¹⁸

Bereits aus den Definitionen von Mindesthaltbarkeits- und Verbrauchsdatum lässt sich erkennen, dass diese Bestimmung als VerbraucherInnenschutzbestimmung eingeführt wurde.¹⁹ Es solle nämlich einerseits VerbraucherInnen davor bewahren, bereits qualitativ beeinträchtigte Lebensmittel mangels Untersuchungsmöglichkeit im Supermarkt zum Vollpreis erwerben zu müssen, andererseits sollte durch deren Einführung die Lebensmittelsicherheit gewährleistet werden. Eine gänzliche Abschaffung des MHD birgt daher schon auf den ersten Blick die Gefahr, dass VerbraucherInnen nicht mehr abschätzen können, wie lange sich ein bestimmtes Produkt bereits im Regal des Supermarkts befindet und dementsprechend ständig Gefahr laufen würden, ein Produkt zu erwerben, dessen Qualität nicht der Erwartung entspricht. Zudem sei auf den Regelungsort in einer VO der EU hingewiesen, weshalb nationale Alleingänge in dieser Frage auch kompetenzrechtlich problematisch erscheinen und sich den Vorwurf der Unionsrechtswidrigkeit gefallen lassen müssten.

Aus diesen Gründen wird die Abschaffung des Systems aus Mindesthaltbarkeits- und Verbrauchsdatum hier nicht vertreten.

3. Ist der Verkauf abgelaufener Lebensmittel erlaubt?

Der Ablauf des MHD lässt nicht zwingend einen Rückschluss auf die genießbarkeit zu diesem Zeitpunkt zu. Daher stellt sich die Frage, ob abgelaufene Produkte stets entsorgt werden müssen, oder aber – wenn sie als solche gekennzeichnet werden – nicht dennoch weiterverkauft werden dürfen. In der Vorgängerregelung zur LMIV, der LMKV²⁰ war die Frage des Inverkehrbringens nach Ablauf des MHD ausdrücklich geregelt. Die Nachfolgebestimmung des Art 24 übernimmt diese Regelung nicht. Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass ein Lebensmittel auch dann verkauft und in Verkehr gebracht werden darf, wenn dessen MHD bereits überschritten ist. Dies ist heute unstrittig²¹ und

16 VO (EG) 178/2002 des EP und des Rates v 28.1.2002, ABl L 2002/31, 1.

17 Verpflichtungen bestehen aber etwa für Geflügel und in Österreich sind zudem die Bestimmungen des österreichischen Lebensmittelbuchs (ÖLMB) B.14 hinsichtlich Fleisch und Fleischerzeugnisse zu beachten.

18 Vgl etwa Rathke in Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht¹⁶⁴ Art 24 LMIV Rz 67.

19 Vgl etwa ErläutRV 4 BlgNR 13. GP 27.

20 § 9 Lebensmittelkennzeichnungsverordnung 1993 BGBl 72/1993.

21 Blass ua, LMR³, Art 2 LMIV Rz 59; Voit/Grube, LMIV² Art 24 Rz 55; Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht¹⁶⁴ Art 24 LMIV Rz 6.

ergibt sich schon aus der Unterscheidung zwischen Mindesthaltbarkeits- und Verbrauchsdatum nach der LMIV: So ist nur das Inverkehrbringen eines Lebensmittels mit abgelaufenem *Verbrauchsdatum* gemäß Art 24 Abs 1 LMIV iVm Art 14 EG-BasisVO verboten. Im Umkehrschluss ergibt sich daraus, dass Lebensmittel, bei denen lediglich das MHD überschritten ist, weiterhin verkauft werden dürfen. Bereits begrifflich wird nämlich schon klargestellt, dass es sich bei einem angegebenen MHD eben um eine Mindesthaltbarkeit handelt.

Nicht abschließend geklärt ist lediglich die Frage, ob ein gesonderter Hinweis auf das überschrittene MHD erforderlich ist. Im Ergebnis ist dies aber zu bejahen, da das Unterbleiben des Hinweises einen Verstoß gegen das in § 5 Abs 1 Z 3 iVm § 90 Abs 1 Z 2 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz²² (LMSVG) verankerte lebensmittelrechtliche Irreführungsverbot darstellen würde.²³ Nach diesem ist es nicht erlaubt, ein Lebensmittel in Verkehr zu bringen, das wertgemindert ist, ohne dass auf diesen Umstand gesondert hingewiesen wird. Neben den Regeln der LMIV sind also weitere Regelungen zu beachten, wie die Verbote des Inverkehrbringens von gesundheitsschädlichen,²⁴ für den menschlichen Verzehr ungeeigneten und wertgeminderten Lebensmitteln.²⁵

Aus diesen ergibt sich im Wesentlichen, dass ein Lebensmittel sich max in einem wertgeminderten, nicht aber bereits in einem für den menschlichen Verzehr ungeeigneten Zustand befinden darf.²⁶ Durch diese Verbote sollte der Verkehr vor unsicheren Lebensmitteln geschützt werden. Im System der Gewährleistung führen sie dazu, dass selbst beim Kauf von abgelaufenen Lebensmitteln deren Verzehrbarkeit immer gewöhnlich vorausgesetzt werden kann.

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob aber ein Lebensmittel, dessen MHD bereits überschritten ist, automatisch mangelhaft iSd des Gewährleistungsrechts des ABGB ist.

4. Ist ein abgelaufenes Lebensmittel immer mangelhaft?

Bei einem Kaufvertrag über Lebensmittel könnten gewährleistungsrechtliche Folgen drohen, wenn das übergebene Produkt das MHD überschritten hat. Problematisch ist dabei, was gilt, wenn der Aspekt des MHD bei Abschluss des Kaufvertrags nicht explizit angesprochen wurde. § 922 ABGB, aber auch die vor allem für VerbraucherInnengeschäfte relevante Warenkauf-RL²⁷ stellen zur Beurteilung, ob eine Ware mangelhaft ist oder

22 Bundesgesetz über Sicherheitsanforderungen und weitere Anforderungen an Lebensmittel, Gebrauchsgegenstände und kosmetische Mittel zum Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher BGBl I 2006/13 idF BGBl II 2019/401.

23 aA *Blass* ua, LMR³ § 5 LMSVG Rz 22.

24 Vgl § 81 LMSVG.

25 Vgl § 90 LMSVG.

26 Vgl dazu auch *Blass* ua LMR³ § 5 Rz 22.

27 RL 2019/771/EU des EP und des Rates v 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl L 2019/136, 28.

nicht, auf den konkreten Vertrag ab, der die geschuldete Soll-Beschaffenheit der Kaufsache bestimmt.²⁸ Sofern die übergebene Sache nicht dieser, vom Vertrag festgelegten Soll-Beschaffenheit entspricht, liegt ein Mangel vor. Wenn im Vertrag nichts Besonderes vereinbart wurde, weil das MHD gar nicht ausdrücklich zur Sprache kam, muss die Sache jene Eigenschaften aufweisen, die gewöhnlich von einer solchen Sache erwartet werden können. Dazu ist maßgeblich, ob die ÜbernehmerInnen legitimer Weise annehmen können, dass beim gekauften Produkt bestimmte Eigenschaften vorhanden sind²⁹ und sich die geleistete Sache dementsprechend für die Zwecke eignet, für die Güter der gleichen Art gewöhnlich gebraucht werden.³⁰ Beim Kauf von Lebensmitteln wird dieser Zweck idR darin liegen, diese zu verzehren. Gewöhnlich vorausgesetzt ist daher jedenfalls die gesundheitliche Unbedenklichkeit von für den Verzehr bestimmter Waren.³¹ Dieser Zweck wird regelmäßig auch dann erfüllt werden können, wenn das Lebensmittel keine qualitative Verschlechterung im Zeitpunkt des Verzehrs aufweist, unabhängig vom aufgedruckten MHD. Da aber der Großteil der Lebensmittel keine Frischprodukte sind, die zum sofortigen Verzehr gekauft werden,³² stellt sich auch die Frage, ob eine gewisse (Rest)Haltbarkeit bzw eine Lagerfähigkeit bestimmter Produkte nicht ebenso vorausgesetzt werden darf. Zudem muss beachtet werden, dass das Lebensmittel nur dann mangelfrei ist, wenn es sich für Zwecke eignet, für die Güter der gleichen Art gewöhnlich gebraucht werden. In diesem Zusammenhang sollte nicht vergessen werden, dass das überschrittene MHD idR den Verdacht einer Qualitätsbeeinträchtigung des Produkts auslösen wird. Ein solcher Verdacht der Verdorbenheit kann aus Vorsicht auch schlechthin zu einem Konsumverzicht führen, etwa bei Babynahrung.³³ Ein solcher Mangelverdacht kann daher für sich gesehen schon zu der einen gewährleistungsrechtlichen Mangel begründenden Gebrauchsbeeinträchtigung im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs führen. Bei Lebensmitteln wird also der Verdacht der Mangelhaftigkeit bereits für sich gesehen einen Sachmangel darstellen.³⁴ Unter diesem Blickwinkel und in Zusammenschau mit dem Umstand, dass von der Verkehrsauffassung beim Kauf an sich lagerfähiger Produkte eine gewisse Restlagerdauer gewöhnlich vorausgesetzt wird, ist festzustellen, dass bei einem abgelaufenen Lebensmittel unabhängig von einer qualitativen Beeinträchtigung desselben ein Mangel vorliegt.

Dieses Ergebnis erscheint angesichts des in der Einleitung angesprochenen Umstands, dass ein Drittel aller weltweit produzierten Lebensmittel weggeworfen wird, und der

28 *Faber*, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht 56.

29 *Ofner* in *Schwimann/Kodek* IV⁴ § 923 Rz 1; *Faber*, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht 66; RIS-Justiz RS0114333.

30 *Faber*, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht 60; RIS-Justiz RS0126729; RIS-Justiz RS0018468.

31 *Ofner* in *Schwimann/Kodek* IV⁴ § 923 Rz 2; OGH 24.10.2000, 1 Ob 140/00w, ÖJZ-LSK 2001/40.

32 Und damit idR ohnedies von einem verpflichteten MHD ausgenommen sind: siehe die ausführliche Liste der ausgenommenen Produkte in Anhang X Z 1 lit d der LMIV.

33 So etwa in OGH 9.9.1986, 10 Os 118/86.

34 Vgl zu alledem *Weißensteiner*, Unter Generalverdacht, *juridikum* 2019, 336.

diesbezüglichen Bestrebungen dies zu ändern, äußerst unbefriedigend. Da der Verkauf von Lebensmitteln mit bereits überschrittenem MHD jedoch ebenso zulässig ist, sofern auf diesen Umstand hingewiesen wird, ist die Überlegung anzustellen, ob es beim (preisreduzierten) Verkauf abgelaufener Lebensmittel auch automatisch zu einer Modifikation der Gewährleistung kommt. Eine solche Beschränkung der Gewährleistung könnte sich vor allem aus der Offenkundigkeit des Mangels, einem Gewährleistungsverzicht, einer negativen Leistungsbeschreibung oder aber aufgrund eines niedrigen Preises ergeben.

5. Beschränkung der Gewährleistung beim bewussten Verkauf abgelaufener Produkte?

Zur Beantwortung dieser Frage gilt es den konkreten Vertragsinhalt zu bestimmen, um in weiterer Folge zu klären, ob ein Abweichen des Geleisteten vom Geschuldeten und damit ein Mangel iSd Gewährleistung vorliegt. Vorweg kann festgehalten werden, dass durch den bloßen Hinweis auf das überschrittene MHD eben gerade kein bestimmter Qualitätsmangel iSe bestimmten Beeinträchtigung der Sachbeschaffenheit offengelegt wird. Zu klären ist daher ob, und in welcher Weise die geschuldete Sachbeschaffenheit beim bewussten Kauf eines abgelaufenen Lebensmittels konkludent vereinbart wird.

Hiezu regelt § 863 ABGB die Voraussetzungen von konkludenten Willenserklärungen und legt dementsprechend einen strengen Maßstab an. Danach darf für die EmpfängerInnen der Willenserklärung kein vernünftiger Grund für Zweifel am Rechtsfolgewillen der Erklärenden in irgendeine Richtung bestehen,³⁵ andernfalls würde das Ergebnis der Vertrauenslehre widersprechen. Es gilt daher die Frage zu beantworten, ob das Verhalten („Kauf eines abgelaufenen Lebensmittels unter Preisreduktion“) objektiv als konkludente Vereinbarung über einen geringeren Qualitätsstandard verstanden werden kann.

Eine zentrale Frage ist dabei, ob aufgrund eines geringeren Preises auch in einem reduzierten Maße Gewähr für die Mangelfreiheit zu leisten ist.³⁶ So wäre es denkbar, dass wegen eines geringeren Preises auf eine bestimmte geringere Qualität zu schließen wäre. Folge davon wäre, dass nur eine geringe Qualität Vertragsinhalt wird und somit bei Qualitätsminderungen gar keine Abweichung vom vertraglich Geschuldeten und somit kein Mangel iSd Gewährleistungsvorschriften vorliegt. In diese Richtung geht etwa die Überlegung, dass eine Sache dann nicht mangelhaft ist, wenn sie als minderwertig iSe Abfallprodukts gekauft wird und es sich dann bei der gelieferten Sache tatsächlich um ein Abfallprodukt handelt.³⁷

Der OGH hat sich bereits mit der Frage der Auswirkung des Preises auf die geschuldete Qualität einer Kaufsache beschäftigt.³⁸ So sprach er in einem *obiter dictum* etwa aus, dass in

35 Bollenberger in KBB⁵ § 863 Rz 6; Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 863 ABGB Rz 25 (Stand 1.11.2014, rdb.at); Wiebe in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 863 Rz 17 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

36 In diese Richtung gehend Buchleitner, Gewährleistung und Irrtum (2018) 15; und bereits Gschmitzer in Klang² IV/1 508.

37 Vgl Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 929 Rz 15.

38 Vgl dazu etwa Ofner in Schwimann/Kodek IV⁴ § 929 Rz 8 mwN.

manchen Fällen der auffallend niedrige Kaufpreis ein Indiz dafür sein kann, dass bestimmte negative Eigenschaften des Kaufgegenstands nach der Vorstellung der Parteien keinen Mangel darstellen sollte und somit auch keine Gewährleistungsansprüche auslösen.³⁹ Eine genauere Abgrenzung zwischen einer in die Augen fallenden Eigenschaft, eines sich aufgrund des niedrigen Preises ergebenden konkludenten Gewährleistungsausschlusses oder aber eines – in casu vorhandenen – ausdrücklichen Gewährleistungsausschlusses blieb er jedoch schuldig. Differenzierter widmet sich da schon *P. Bydlinski*⁴⁰ dem Preisargument, wenn er davon ausgeht, dass ein niedriger Preis nicht generell zur Rechtfertigung eines (vollständigen) Ausschlusses der Gewährleistung taugt. Dies bedeute aber nicht, dass dem Preis niemals Relevanz in Bezug auf Gewährleistungsrechte zukäme. So könne der Preis vor allem auch bei der Feststellung des Geschuldeten eine Rolle spielen. Schlussendlich kommt er aber zum Ergebnis, dass idR der bloße Hinweis auf die Günstigkeit des Preises einen vollständigen Gewährleistungsausschluss nicht rechtfertige.⁴¹ Aus diesen Gründen kann zwar der Preis ein Indiz für die bedungene Qualität sein, häufig liegt aber bloß ein günstiger Kauf vor.⁴² Ein völliger Gewährleistungsausschluss nur aufgrund einer (wenn auch erheblichen) Preisreduktion erscheint deshalb nicht überzeugend und läuft zudem Gefahr sittenwidrig zu sein.⁴³

Der Hinweis der LebensmittelhändlerInnen auf den Umstand des überschrittenen MHD kann jedoch als negative Leistungsbeschreibung qualifiziert werden, da eine negative Eigenschaft, die unter gewöhnlichen Umständen als Mangel zu qualifizieren wäre, hier der Umstand des überschrittenen MHD, offengelegt wird. Aufgrund des breiten Spektrums der Auswirkungen eines überschrittenen MHD von qualitativ einwandfrei bis hin zu erheblichen Qualitätsminderungen ist die Bedeutung der Überschreitung des MHD in Bezug auf die Qualität des Lebensmittels aber eben nicht eindeutig. Mit dem gesonderten Hinweis als Leistungsbeschreibung kann daher nur der Umstand offengelegt werden, dass es sich um ein bereits abgelaufenes Lebensmittel handelt. Eine darüberhinausgehende Auswirkung auf die Gewährleistungsrechte der ÜbernehmerInnen ist mangels Konkretheit der Offenlegung nicht vertretbar. Zudem ist zu beachten, dass auch hinsichtlich negativer Leistungsbeschreibungen bei Verbraucherverträgen noch strengere Anforderungen gestellt werden, da sie anfällig dafür sind, zur Umgehung eines Gewährleistungsverzichts missbraucht zu werden.⁴⁴

Ein weiterer Aspekt, der Klarheit bringen könnte, ist § 928 ABGB: Demzufolge kommt es bei offenkundigen, also leicht erkennbaren, Mängeln zu einem Ausschluss der Ge-

39 OGH 7 Ob 562/94 ÖZW 1996, 85 (Hüttler).

40 *P. Bydlinski*, Beschränkung und Ausschluss der Gewährleistung, JBl 1993, 559 (570 f).

41 So bereits *Gschnitzer* in *Klang*² IV/1 508.

42 So auch *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 923 Rz 57.

43 Vgl dazu *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 929 Rz 71; *P. Bydlinski* in *KBB*⁵ § 929 Rz 7; *Ofner* in *Schwimmann/Kodek* IV⁴ § 929 Rz 17 f; einschränkend *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 929 Rz 15 (Stand 1.1.2016, rdb.at).

44 OGH 7 Ob 84/12x jusIT 2013, 26 (*Thiele*); Vgl dazu außerdem *Eccher* in *Fenyves/Kerschmer/Vonkilch*, Klang³ § 9 KSchG Rz 9; *Grumböck* in *Keiler/Klauser*, Österreichisches und Europäisches Verbraucherrecht (2018) § 9 KSchG Rz 6, 17; *Kosesnik-Wehrle* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 9 Rz 7; *Apathy* in *Schwimmann/Kodek* ABGB Va⁴ § 9 KSchG Rz 3; RIS-Justiz RS0122042; aA wohl *Klever*, Zur einschränkenden Leistungsbeschreibung im Verbrauchergeschäft, ÖJZ 2017, 441.

währleistung. Dies indem den KäuferInnen die „Mängel“ bereits vor Kaufvertragsabschluss bekannt werden und der Kaufgegenstand in der Folge daher nicht anders geschuldet wird. Dies führt dazu, dass keine für die Gewährleistung erforderliche Abweichung zwischen der geschuldeten und der tatsächlichen Leistung besteht,⁴⁵ weshalb es sich technisch gesehen eigentlich nicht um einen Gewährleistungsausschluss im eigentlichen Sinne, sondern um die Bestimmung des vertraglich Geschuldeten und damit um eine Auslegungszweifelsregel handelt.⁴⁶ Im konkreten Fall ist das Problem dabei jedoch wiederum, dass die Folgen eines überschrittenen MHD in Bezug auf die Qualität des Produktes völlig unterschiedlich sein können. Da für die ErwerberInnen gerade nicht augenscheinlich wird, worin die konkrete qualitative Veränderung liegen sollte, oder welche Eigenschaft dem Produkt aufgrund der Überlagerung fehlt, mangelt es an der vom Gesetz geforderten Offenkundigkeit des Mangels. Die Erklärung weist lediglich auf den Umstand des überschrittenen MHD hin. Nicht mehr und nicht weniger. § 928 ABGB führt daher lediglich zum Verlust der Geltendmachung des Umstands des überschrittenen MHD. Qualitätsbeeinträchtigungen bei einem verpackten Lebensmittel sind hingegen keine offenkundigen Mängel iSd § 928 ABGB.

Zur Frage ob womöglich ein konkludenter Gewährleistungsverzicht vorliege, ist zudem zu beachten, dass speziell ein Rechtsverzicht nur dann anzunehmen ist, wenn besondere Umstände auf einen ernststen Rechtsfolgewillen hinweisen.⁴⁷ Gegründete Zweifel kommen aber bereits deshalb auf, da den KäuferInnen eine Untersuchung aufgrund der Verpackung des Lebensmittels regelmäßig nicht möglich ist und sie deshalb im Unklaren bleiben, ob und welche Qualitätsmängel das Produkt womöglich aufweist. Selbst das Verhalten der erklärenden HändlerInnen ist nicht eindeutig auf den Ausschluss der Gewährleistung gerichtet. Naheliegender ist vielmehr, dass der Abverkauf iS von Preisreduktionen bei abgelaufenen Produkten eine Vertriebstaktik – vergleichbar mit einem Schlussverkauf im Textilhandel – darstellt. Was zudem gegen das Vorliegen eines rechtsgeschäftlichen Willens auf Seiten der VerkäuferInnen spricht, ist der Umstand, dass sie zur gesonderten Ausweisung des überschrittenen MHD rechtlich verpflichtet sind. Der Hinweis auf diesen Umstand wird also nicht freiwillig angebracht, um eine bestimmte Rechtsfolge – wie etwa einen Gewährleistungsausschluss – herbeizuführen, sondern um der herrschenden Rechtsauffassung zu Art 24 LMIV Genüge zu tun. Ein konkludentes Absenken der geschuldeten Qualität oder etwa ein konkludenter Gewährleistungsverzicht findet in solchen Konstellationen daher nicht statt. Vielmehr ist von einem günstigen Kauf auszugehen.⁴⁸ Auch, dass sich bei einem Lebensmittelkauf vielfach UnternehmerInnen und

45 P. Bydliński in KBB⁵ § 928 Rz 1; Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02} § 928 Rz 3 (Stand 1.1.2016, rdb.at); Hödl in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar⁴ § 928 Rz 1; RIS-Justiz RS0107681.

46 Vgl insb P. Bydliński in KBB⁵ § 928 Rz 1.

47 Bollenberger in KBB⁵ § 863 Rz 7; Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 863 ABGB Rz 27 (Stand 1.11.2014, rdb.at); Wiebe in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04} § 863 Rz 20 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

48 Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 923 Rz 57.

VerbraucherInnen gegenüberstehen und deshalb das Gewährleistungsrecht in einer Vielzahl an Fällen nicht abbedungen werden könnte,⁴⁹ stützt diese These. Aufgrund dieser Ergebnisse wäre eine Lösung dahingehend denkbar, dass aufgrund der Preisreduktion im Lichte des „Preisarguments“ eine geringfügige Modifikation der Gewährleistung erfolgen kann. Durch den Verkauf als abgelaufenes Produkt zu einem niedrigeren Preis besteht keine Erwartungshaltung mehr an die höchste Qualität, va in Bezug auf „Frische“. Zu denken ist dabei aber lediglich an geringste qualitative Unterschiede im Vergleich zu den Angaben am Etikett, wie etwa vernachlässigbare Abweichungen von sich kontinuierlich in einem Lebensmittel abbauenden qualitätsbildenden Stoffen wie zB Vitamin C. Es besteht dabei nämlich auch ein unmittelbarer Konnex zur offengelegten Überlagerung. Über diese Grenzfälle hinaus ist eine Auswirkung auf die Gewährleistung jedoch abzulehnen. Gerade im Zusammenhang mit einem vermehrten Vorhandensein von (ungewollten) Bakterien ist die strikte lebensmittelrechtliche Grenze durch das Verbot des Inverkehrbringens von für den menschlichen Verzehr ungeeigneten Lebensmitteln zu beachten.⁵⁰ Dieses führt speziell im Zusammenhang mit der Weitergabe abgelaufener Lebensmittel sogar zu einer erhöhten Sorgfaltspflicht des Unternehmers.⁵¹

6. Conclusio: Es gibt kein Allheilmittel

Im Ergebnis ist also zunächst aus zivilrechtlicher Sicht ein abgelaufenes Lebensmittel im Normalfall gewährleistungsrechtlich als mangelhaft einzustufen. Daneben führt auch der bewusste Verkauf abgelaufener Lebensmittel zu keiner wesentlichen Einschränkung der Gewährleistungsrechte. Diese beiden Umstände sind nicht gerade dazu geeignet, den Verkauf abgelaufener Lebensmittel zu befördern. Zusätzlich wird evident, dass auch aus aufsichtsrechtlicher Sicht der Handel gefordert ist, nur solche Lebensmittel nach überschränkter Mindesthaltbarkeit zu verkaufen, die jedenfalls noch für den menschlichen Verzehr taugen, was durch die dadurch ausgelöste erhöhte Sorgfaltspflicht ein zusätzliches Hemmnis beim Vertrieb abgelaufener Lebensmittel einführt. Im Zusammenhang mit der Mindesthaltbarkeit von Lebensmitteln stehen daher VerbraucherInnenschutz und Produktsicherheit geradezu in einem Gegensatz zum Nachhaltigkeitsgedanken iSd Vermeidung von Lebensmittelverschwendung.

49 *Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 9 KSchG Rz 1; *Grumböck in Keiler/Klauser*, Österreichisches und Europäisches Verbraucherrecht (2018) § 9 KSchG Rz 1, 17; *Kosesnik-Wehrle in Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 9 Rz 1; *Apathy in Schwimann/Kodek*, ABGB Va⁴ § 9 KSchG Rz 1.

50 Die Verbote des Inverkehrbringens von gesundheitsschädlichen oder für den menschlichen Verzehr ungeeigneten Lebensmitteln sind zivilrechtlich als Inhaltsverbot zu qualifizieren und führen dementsprechend zur Nichtigkeit des Vertrags, wohingegen es sich beim Verbot des Inverkehrbringens von wertgeminderten Lebensmitteln ohne entsprechenden Hinweis um ein bloßes Abschlussverbot handelt, da diesfalls lediglich die Art des Vertragsabschlusses, nämlich ohne expliziten Hinweis, nicht aber der Inhalt des Vertrags an sich unerwünscht ist: vgl dazu beispielhaft *Bollenberger in KBB³* § 879 Rz 4; *Krejci in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 ABGB Rz 29 (Stand 1.11.2014, rdb.at); *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 118; *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰⁵ § 879 Rz 6 (Stand 1.8.2019, rdb.at).

51 *Neumayer*, Handbuch zur Praxis des Lebensmittelrechts (1985) 13; Für Deutschland: *Köhler*, Zivilrechtliche Aspekte des MHDs bei Lebensmitteln, DB 1985, 215 (220).

Dies führt zur Frage, ob eine Aufweichung des MHD die Nachhaltigkeit des Lebensmittelhandels nicht verbessern könnte. Es zeigt sich jedoch, wie so oft, dass es für schwierige Probleme keine einfachen Lösungen gibt. Im Detail würde dabei nämlich gleichzeitig der Schutz der VerbraucherInnen aufgeweicht, der aber das in einer vermehrt globalisierten und monopolisierten Welt absolut notwendige Ziel verfolgt, strukturell unterlegene VerbraucherInnen vor ihren übermächtigen GeschäftspartnerInnen zu schützen. Zudem spielt dabei eben auch der, im Grunde sehr detailliert geregelte Bereich der Versorgung mit sicheren und gesunden Nahrungsmitteln eine Rolle, der im Wesentlichen die Gesundheit der Rechtsunterworfenen bewahren sollte. In diesem Bereich Abstriche zu machen, kann selbst im Lichte der Bekämpfung von Lebensmittelverschwendung nicht einfach hingenommen werden.

Auch international ist zu beobachten, dass es kein Allheilmittel zur Auflösung dieses Spannungsverhältnisses zwischen VerbraucherInnenschutz und Nachhaltigkeitsbestrebungen gibt. Auch ein von manchen Ländern beschrittener Weg, insb bei der unentgeltlichen Weitergabe von Lebensmitteln die Haftung der inverkehrbringenden Akteure auszuschließen,⁵² zeigt den Konflikt ganz besonders: Dadurch wird Betroffenen die Möglichkeit genommen, Schäden durch verdorbene Lebensmittel geltend zu machen. Ein solches Konzept ist im Hinblick auf den Gedanken der Achtung wirtschaftlich Schwächerer wohl kritisch zu hinterfragen, wird doch damit die Frage aufgeworfen, ob die Gesundheit eines Menschen, der vielleicht nicht in der Lage ist, sich ausreichend mit Lebensmitteln versorgen zu können, weniger schützenswert ist als die Gesundheit eines Menschen, der für die Lebensmittel bezahlt hat.

Eine befriedigende Lösung iRd Diskussion um das MHD scheint daher vorläufig nicht realistisch. Stattdessen kann jedoch die Perspektive gewechselt werden: Ein Löwenanteil aller nichtverbrauchten Lebensmittel fällt nicht im Handel, sondern bei den EndverbraucherInnen an.⁵³ Initiativen wie etwa Rezeptideen zum „Restverkochen“ und andere alternative Maßnahmen zur Vermeidung von Lebensmittelabfällen in den privaten Haushalten können und sollten daher zur Lebensmittelvermeidung angedacht werden. Abschließend sei zudem zu erwähnen, dass es jenseits des MHD auch viele Bereiche gibt, in denen sich Bestrebungen für mehr Nachhaltigkeit und einen starken KonsumentInnenschutz praktisch decken, wie etwa bei Maßnahmen, die das Ziel verfolgen, die Lebensdauer von Produkten (zB Elektrogeräten) durch Vorgaben zur Reparierfähigkeit und der Vorhaltung von Ersatzteilen zu verlängern.⁵⁴

Dr. Herbert Weissensteiner war Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht der Universität Wien und ist Fachreferent für Aufsichtspolitik und KonsumentInnenschutz im Grünen Klub im Parlament; herbert.weissensteiner@gruene.at

52 Bspw USA: Bill Emerson Good Samaritan Food Donation Act; für Europa vgl in Italien: Legge 25 giugno 2003, n 155 Disciplina della distribuzione dei prodotti alimentari a fini di solidarietà sociale.

53 Die EU-Kommission schätzt, dass 53 % aller weggeworfenen Lebensmittel auf Ebene der privaten Haushalte anfällt: NN, Fakten zu Lebensmittelverschwendung, www.muttererde.at/fakten (18.7.2021).

54 Exemplarisch sei etwa auf die erst am 1.3.2021 in Kraft getretenen VO auf Basis der Ökodesign-RL hinzuweisen: EK, Energielabel und Ökodesign, https://ec.europa.eu/info/energy-climate-change-environment/standards-tools-and-labels/products-labelling-rules-and-requirements/energy-label-and-ecodesign/about_de#Ecodesign (18.7.2021).

Thema: Krise

Vorwort der Gastherausgeber:innen

Judith Fitz / Kevin Fredy Hinterberger

Nationale und internationale Entwicklungen deuten verstärkt auf eine globale autoritäre Wende hin, die demokratische Prinzipien und den Rechtsstaat unter Druck setzt bzw. einschränkt. Aus diesem Grund entstand Ende 2019 die Idee einer Tagung, die diese Tendenzen vor dem Hintergrund der damit zusammenhängenden sozialen, ökonomischen und ökologischen Verhältnisse beleuchten und sichtbar machen soll. Während der Tagungsplanung brach mit der COVID-19-Pandemie die wohl größte Gesundheitskrise der letzten Jahrzehnte aus. Folglich musste die Veranstaltung des *juridikum*, der Arbeiterkammer Wien sowie des Instituts für Rechtsphilosophie der Universität Wien verschoben werden. Diese wird nun unter dem Titel „Rechtsstaat und Demokratie unter Druck – Perspektiven in der sozialen und ökologischen Krise“ von 24. bis 26. März 2022 an der Universität Wien stattfinden (www.rechtsstaat-unter-druck.at). Während der Vorarbeiten zu dieser Tagung ist auch die Idee aufgekommen, eine Ausgabe des *juridikum* dem Thema „Krise“ zu widmen. Denn nicht nur die Coronakrise hält die Welt in Atem. Schon länger bestehende soziale Krisen, ob kleineren oder größeren Ausmaßes, werden durch die Gesundheitskrise sichtbar(er) und verschärft. Beispiele dafür sind die ungleiche Verteilung von Care-Arbeit, die Herausforderungen für Alleinerziehende, aber auch die massive ökonomische Ungleichheit zwischen dem Globalen Norden und Süden, die sich nicht zuletzt im sehr unterschiedlichen Zugang zu Impfstoffen widerspiegelt. Zwischenzeitlich manifestiert sich auch die Klimakrise immer mehr, was uns durch die laufend spürbar werdenden Auswirkungen – Dürren, Hungersnöte, Hitzewellen und Überflutungen – vor Augen geführt wird.

Kurzum: Wir leben in der Krise, in einer Vielfachkrise. Schon die vorausgegangenen Ausführungen haben gezeigt, wie vielfältig der Krisenbegriff ist und welche unterschiedlichen Entwicklungen und Zustände damit beschrieben werden können. Dies hängt nicht zuletzt mit dessen etymologischer Bedeutung zusammen, wird unter *Krise* doch schlicht eine schwierige Lage, Situation oder Zeit verstanden.¹ Umso diffiziler scheint der recht-

1 Duden, www.duden.de/rechtschreibung/Krise#bedeutungen (26.7.2021).

liche Blick auf diesen Begriff. Wenngleich es sich um keinen Rechtsbegriff handelt – eine Suche danach in Rechtstexten führt ins Leere –, ist er rechtlich dennoch von Bedeutung, wird er doch gerade in der politischen Debatte sehr oft zur Rechtfertigung dafür herangezogen, wie und welche Normen erlassen werden.

Einerseits ist das Recht schon bei der Prävention von Krisen zentral, andererseits bieten rechtliche Normen – zumindest teilweise – Handlungsanleitungen zur Bewältigung von bestehenden Krisen. Zunächst soll Recht also Krisen vermeiden, indem es diese antizipiert und entsprechende Regelungen vorsieht. In der Rechtsordnung finden sich Unmengen solcher Präventionsvorschriften. So sollen Normen für Betriebsanlagen ua Unfällen vorbeugen, die Meldepflicht für bestimmte Krankheiten deren Verbreitung unterbinden und Bauverbote in Gefahrenzonen die Überflutung von Gebäuden verhindern. Rechtliche Normen versuchen folglich in nahezu jedem Lebensbereich kleinere Krisen erst gar nicht entstehen zu lassen. Im Hinblick auf komplexere Krisen scheint das Recht jedoch an seine Grenzen zu stoßen. Denken wir etwa an die Klimakrise, sehen wir, dass die Vielzahl an bisherigen Normen völlig hinter dem zurückbleibt, was zur Eindämmung der Erdüberhitzung notwendig wäre. Hier stellt sich daher die Frage, ob das Recht vor dem Hintergrund dieser enormen Herausforderung seiner Steuerungsfunktion (rechtzeitig) gerecht werden kann, oder ob es völlig versagt; dies vor allem angesichts des Umstandes, dass die am meisten Betroffenen – künftige Generationen und Menschen im Globalen Süden – im öffentlichen Diskurs praktisch keine Stimme haben.

Lassen sich manche krisenhaften Entwicklungen nicht verhindern, oder werden andere Phänomene schlicht zu Krisen erklärt, hat dies ebenso spezifische Auswirkungen auf das Recht. So zeichnen sich Krisenzeiten zunächst durch einen verstärkten Handlungsdruck auf staatliche Akteur:innen aus. Ein (manchmal nur vermeintlicher) Mehrbedarf an Regelungen verbunden mit teilweise hohem Zeitdruck kann einerseits zur mangelhaften Qualität von Normen führen, andererseits werden in solchen Situationen die vorgesehenen Normerlassungsprozesse vielfach nicht beachtet. Zu denken ist hier zunächst an die teilweise durch den VfGH aufgehobenen Verordnungen während der COVID-19-Pandemie. Weiters wurden im Zuge der Finanzkrise sowie des „EU-Türkei-Deals“ grundlegende Entscheidungen der EU durch Aushebelung vorgesehener Verfahrensstrukturen und damit ua vorbei am direkt demokratisch gewählten Europäischen Parlament beschlossen. Solche rechtsstaatlich und demokratiepolitisch bedenklichen Vorgänge werden dann mit der durch die Krisensituation ausgelösten Dringlichkeit gerechtfertigt. Gleichzeitig lassen sich angesichts der krisenbedingten Bedrohungskulissen mehr Grundrechtseingriffe rechtfertigen bzw werden diese eher akzeptiert. Von Bedeutung sind dabei auch Regelungen in verschiedenen Menschenrechtsverträgen wie etwa Art 15 EMRK, die für bestimmte Krisensituationen bereits Vorgaben festlegen. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass Recht eine Vielzahl an Krisen überhaupt erst hervorbringt oder zu deren Entstehung und Verschärfung maßgeblich beiträgt, indem es die Grundlagen für krisenhafte Entwicklungen schafft.

Zahlreiche dieser Überlegungen werden im vorliegenden Schwerpunkt aufgegriffen. Die einzelnen Beiträge beschäftigen sich grundlegend mit dem Begriff und den diversen Erscheinungsformen der Krise und nähern sich dieser aus verschiedenen rechtswissenschaftlichen Perspektiven an. Durch einen kritisch-kontextuellen Zugang sollen dabei insbesondere Interdependenzen und Zusammenhänge aufgezeigt werden.

Dem Konzept des Schwerpunktes folgend beginnt dieser mit einem Beitrag von *Julia Kienast* zum Begriff der Krise, um damit die Grundlage für die weitere Auseinandersetzung aufzubereiten. Es folgen vier Beiträge zu einzelnen Erscheinungsformen. *Konrad Lachmayer* beschäftigt sich mit den verfassungsrechtlichen Dimensionen der Vielfachkrise und zeigt auf, wann im österreichischen Kontext von einer Verfassungskrise gesprochen werden kann. Auch die Geldpolitik der EU hat sich durch verschiedene Krisen nachhaltig verändert. Hier setzt *Isabel Feichtner* an und skizziert in ihrem Beitrag zwei Ansätze, Geld in Europa in den Dienst der sozialökologischen Transformation zu stellen. Der Beitrag von *Andreas Th. Müller* und *Janine Prantl* thematisiert Derogationsklauseln in Menschenrechtsverträgen und fragt, ob eine Pandemie einen öffentlichen Notstand im Sinne solcher Klauseln darstellt. *Maria Sagmeister* und *Flavia Matei* arbeiten in ihrem Beitrag Problemlagen und Strukturen in der Pflege und Personenbetreuung heraus, die im Zuge der Coronakrise zutage getreten sind, ansonsten aber weitgehend unsichtbar bleiben und nicht als Krise der Arbeit erkannt werden. Der letzte Beitrag von *Christian Berger* und *Victoria Fattinger* bildet eine gemeinsame Klammer um die vorangegangenen Beiträge und zeigt aus politökonomischer Sicht auf, dass die Krisenphänomene einen gemeinsamen ökonomischen Ursprung haben.

Abschließend weisen wir darauf hin, dass die ökologische Krise in keinem eigenen Beitrag behandelt wird. Diesem Themenkomplex wird angesichts seines Umfangs ein eigener Schwerpunkt in der *juridikum* Ausgabe 1/2022 gewidmet. Dieser Schwerpunkt zu „Klimagerechtigkeit“ führt Aspekte von Social Justice und Climate Justice zusammen, um sich ein ganzheitliches Bild von der akuten Klimakrise zu machen.

Mag.^a Judith Fitz ist Redaktionsmitglied des *juridikum* und arbeitet am Institut für Rechtswissenschaften der Universität für Bodenkultur Wien; judith.fitz@boku.ac.at

Dr. Kevin Fredy Hinterberger ist Redaktionsmitglied des *juridikum* und Teil des Organisationsteams der Tagung „Rechtsstaat und Demokratie unter Druck – Perspektiven in der sozialen und ökologischen Krise“. Er ist juristischer Referent in der Arbeiterkammer Wien und re:constitution Fellow 2021/22; kevin.hinterberger@akwien.at.

„Krise“

Rechtsbegriff oder politisches Instrumentarium?

Julia Kienast¹

1. Einleitung

„Krise“ – hat man einmal eine Empfindsamkeit für diesen Begriff entwickelt, so begegnet er überall. Es gibt die Lebenskrise, die Unternehmenskrise, die Umweltkrise, die Finanzkrise uvm.² Konkreter hält aktuell die Corona-Krise Österreich – so wie den Rest der Welt – fest in ihrem Bann.³ Davor waren es ua die „Flüchtlingskrise“, die Krimkrise, die Euro-Krise und so manche erinnern sich auch noch an die Ölkrise. Diese Bezeichnungen haben sich im öffentlichen Diskurs für länger andauernde Phänomene festgesetzt. Aber auch kurzfristigen Ereignissen und Unglücken könnte man den Begriff zuschreiben. Gleichzeitig kann man von einer Bezeichnung als Krise noch nichts über den Kreis der Betroffenen, die Ursachen, die Konsequenzen, die Dauer oder das Ausmaß ableiten. Eine Einschätzung als Krise mag sogar rein subjektiv sein.

Fest steht, so vielfältig der Einsatz des Begriffs, so unklar ist seine Bedeutung. Das macht seinen Gebrauch für Rechtszwecke schwierig. Im Folgenden soll daher der Bedeutungsgehalt des Begriffs „Krise“ näher beleuchtet werden, um seine Einordnung und Einsatzzwecke besser zu verdeutlichen. Um bereits eine Einschränkung vorwegzunehmen, wird sich der folgende Beitrag auf öffentlichkeitsrelevante Krisen beziehen im Gegensatz zu Krisen im Privaten. Darüber hinaus wird der politische und rechtliche Gebrauch des Begriffs thematisiert.

2. Begriffseinordnung

2.1. Allgemeine Definition

Wie bereits verdeutlicht, ist die Krise zu einem enorm populären Begriff geworden.⁴ In der Literatur verschiedener Disziplinen, die den Begriff aufgreift, findet sich eine entspre-

1 Dieser Beitrag basiert auf der Dissertation der Autorin mit dem Titel „The Governance of Mass Migration Influx: Lessons from Austria on Legal Tools and Restraints in Times of Crisis“.

2 S hierzu die Beiträge von *Berger/Fattinger*, Politische Ökonomie der Vielfachkrise. Wie das Kapitalverhältnis Recht und Ungleichheit (re-)produziert und *Feichtner*, Geld in der Krise. Reform der Geldpolitik oder Re-design des Geldes? *juridikum* 2021, 404 und 377 in diesem Heft.

3 S hierzu den Beitrag von *Müller/Prantl*, The COVID-19 Pandemic as “Public Emergency”. Health Emergencies as Triggers for Derogation Clauses in International Human Rights Treaties, *juridikum* 2021, 386 in diesem Heft.

4 *Beck*, Risk Society: Towards a New Modernity (1992) 50; vgl *Merten*, Krise, Krisenmanagement und Krisenkommunikation, in *Thießen* (Hrsg), Handbuch Krisenmanagement (2014) 155 (156).

chende Vielzahl an Definitionen. In der Regel beziehen diese sich auf eine Bedrohung oder Störung der gegenwärtigen Prozesse und Strukturen, auf welche mit einer gewissen Dringlichkeit reagiert werden muss, da ansonsten eine Verschlechterung des Status Quo wahrscheinlich wäre.⁵

Greift man die wichtigsten Elemente aus verschiedensten Definitionen heraus, so zeigt sich, dass eine Krise eine *Veränderung* ist, die eine Periode *erhöhter Belastung* für *wichtige Elemente eines Systems* verursacht und dadurch *Unsicherheit für die Zukunft* der Betroffenen schafft, die folglich *gezwungen sind, zeitnahe zu handeln*.

Eine Krise hängt also zu einem großen Teil auch von der Wahrnehmung der Betroffenen ab, die durch den Verlust ihrer gewohnten Handlungs- und Entscheidungsmöglichkeiten einen Kontinuitätsbruch erleben.⁶

Im Gegensatz dazu wird in der öffentlichen Diskussion oft darauf hingewiesen, dass eine Krise – trotz der allgemein negativen Konnotation – auch etwas Positives bedeuten könne. In diesem Zusammenhang wird regelmäßig auf ihren etymologischen Ursprung im griechischen Wort *krísis* hingewiesen. Dieses bedeutet so viel wie Entscheidung oder entscheidende Wendung.⁷ Insofern möge man sich daran erinnern, dass sich ein Moment der Krise in eine wegweisende Veränderung hin zu einer besseren Zukunft wandeln könnte.

2.2. Kategorien von Krisen

Neben den Definitionen findet sich auch eine Vielzahl von Krisen-Kategorisierungen. Die Einordnung einer Krise ist ein wichtiger erster Schritt zu ihrer erfolgreichen Bewältigung.⁸ Hierbei stellt sich allerdings schnell die Frage, nach welchen Aspekten einer Krise eine solche Einteilung vorzunehmen wäre. Normalerweise sind viele und unterschiedlichste Aspekte bei einer Krise zu berücksichtigen. Es handelt sich nicht um ein einzelnes Problem, sondern um einen Komplex von Geschehnissen – gerade dieser Umstand macht ein Ereignis oft erst zur Krise. Denn ein einfaches Problem wäre behoben, bevor es zu einer krisenhaften Stressreaktion kommt.

2.2.1. Phasen der Krise

Zunächst ist zu unterscheiden in welcher Phase, bzw welchem Entwicklungsstadium, sich die Krise befindet. Typischerweise werden drei Stadien unterschieden, die einerseits

5 Vgl zB *Goethals/Sorenson/Burns*, Encyclopedia of Leadership (2004) 289; *Merten* in *Thießsen* 156; *Boin/Ekengren/Rhinard*, The European Union as Crisis Manager: Patterns and Prospects (2013) 6; *Rosenthal/Charles't Hart*, Coping with Crises: The Management of Disasters, Riots, and Terrorism (1989) 10; *Farazmand*, Handbook of Crisis and Emergency Management (2001) 2 f.

6 *Gratz*, Das Management der Flüchtlingskrise: Never Let a Good Crisis Go to Waste (2016) 14.

7 Vgl *Kuss*, Strategie als Krise – Explikation und Enthemmung der Organisationsentwicklung, in *Thießsen* (Hrsg.), Handbuch Krisenmanagement (2014) 21 (22 ff).

8 *Boin et al*, The Politics of Crisis Management: Public Leadership under Pressure (2005) 18 ff; vgl *Gundel*, Towards a New Typology of Crises, Journal of Contingencies and Crisis Management 2005, 106.

eine zeitliche Einteilung darstellen, sich andererseits nach dem Ausmaß und der Brisanz der Situation orientieren: die Vorkrisenphase, die unmittelbare Krise und die Nachkrisenphase.⁹

(1) In der Phase vor der Krise steht die Prävention an erster Stelle. Je früher eine Krise erkannt wird, desto effektiver kann sie bewältigt und Schäden vermieden werden. Daher sind Frühwarnsysteme und eine darauf aufbauende Notfallplanung von großer Bedeutung. Es ist jedoch nicht möglich, sich auf alle konkreten Umstände vorzubereiten, die eintreten könnten. Stattdessen muss mit einem gewissen Grad an Abstraktion gearbeitet werden, bspw auch in der Gesetzgebung.¹⁰

(2) Ab dem Moment der Konkretisierung des Risikos beginnt die nächste Phase.¹¹ In der Phase unmittelbar bevorstehender Krisen¹² ist es wichtig, schnell auf die laufenden Entwicklungen zu reagieren, um mögliche Schäden zu reduzieren. Ein grundlegender Schritt, um die Situation in den Griff zu bekommen und zu Handlungsentscheidungen zu finden, ist die Situationsstrukturierung und das sogenannte „Sense-Making“.¹³

(3) Nach der Bewältigung der Krisensymptome ist es notwendig, die tieferen strukturellen Ursachen der Krise zu untersuchen und daraus Lehren für die Zeit danach abzuleiten. Dabei geht es in erster Linie nicht um die Feststellung von Verantwortung und Rechenschaftspflicht, sondern um institutionelles Lernen durch die Analyse von Ursachen und Reaktionen, das Erkennen von Verhaltensmustern und das Ableiten von Verbesserungen.¹⁴

2.2.2. Krisen-Typologie

Auf den ersten Blick kann diese Einteilung nach Phasen relativ einleuchtend wirken. Eine grundsätzliche Abgrenzungsfrage ergibt sich jedoch aus dem Umstand, dass verschiedene Krisen aufeinander einwirken. So kann eine Krise eine andere auch verursachen. Hier ist einerseits eine Einteilung nach Phasen nur situativ möglich und andererseits kann eine Kategorisierung nach Ursachen oder Auswirkungen zu Verwirrung führen. Es stellt sich die Frage: Wo beginnt eine Krise und wo fängt die nächste an? Bei Massenmigration etwa handelt es sich zunächst um das Ergebnis einer groß angelegten Vertreibung von

9 Schreyögg/Ostermann, Krisenwahrnehmung und Krisenbewältigung, in *Thiefen* (Hrsg), Handbuch Krisenmanagement (2014) 119 (130); *Crandall/Parnell/Spillan*, Crisis Management: Leading in the New Strategy Landscape (2014) 9 ff; vgl *Töpfer*, Die Managementperspektive im Krisenmanagement: Welche Rolle spielt das Management bei der Bewältigung von Krisensituationen? in *Thiefen* (Hrsg), Handbuch Krisenmanagement (2014) 239; *Christensen/Lægveid/Rykkja*, Organizing for Crisis Management: Building Governance Capacity and Legitimacy, Public Administration Review 2016, 887 (888).

10 Siehe *Taleb*, The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable (2010).

11 Schreyögg/Ostermann in *Thiefen* 131 mwN.

12 Vgl dazu die Begriffe der „konkreten“ und der „gegenwärtigen“ Gefahr in *Müllner*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Katastrophenbekämpfung (2016) 18 mVa *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 232 ff.

13 *Weick*, Reflections on Enacted Sensemaking in the Bhopal Disaster, Journal of Management Studies 2010, 537 (542); *Boin et al*, Politics of Crisis Management 18 ff; *Schreyögg/Ostermann* in *Thiefen* 132.

14 *Boin et al*, Politics of Crisis Management 111 ff.

Menschen nach Krieg, Bürgerkrieg, Naturkatastrophen oder Versorgungskrisen.¹⁵ Betrachtet man jedoch die Ereignisse in Europa im Herbst 2015, so wäre diese weitere Krise als humanitäre Krise oder Versorgungskrise zu qualifizieren bzw überhaupt als eine politische Krise.¹⁶ Dieses Beispiel zeigt bereits die Schwierigkeit der Abgrenzung und Einteilung verschiedener Krisen.

Eine andere Kategorisierung ermöglicht die Einteilung nach verschiedenen Typen der Krise. *Wiederin* zählt bspw vier Arten von Staatskrisen oder öffentlichen Notlagen auf: Bedrohungen von außen, Bedrohungen von innen, Naturkatastrophen und andere Krisen wirtschaftlicher, sozialer oder humanitärer Natur („Versorgungskrisen“).¹⁷ Dieses Konzept unterscheidet Krisen teils nach ihren Auswirkungen, teils nach ihren Ursachen. Es findet sich in ähnlicher Form auch im Recht wieder, etwa in den österreichischen Verfassungsbestimmungen zum Einsatz des Bundesheers oder im deutschen Grundgesetz.¹⁸ Für eine grundlegende Kategorisierung über die rechtliche Beurteilung hinaus scheint eine solche Einteilung aber nicht zweckmäßig. Vielmehr geht ihr das Recht voraus, indem es bereits für ganz bestimmte Arten von Krisen vorgesorgt hat.

Trotz der damit verbundenen Schwierigkeiten können Kategorisierungen als Leitfaden durch das Chaos helfen.¹⁹ Typologien dienen als Indikator, welche Instrumente der Krisenbewältigung bei neuartigen oder unbestimmten Arten von Krisen adäquat sein können. Darüber hinaus können die Folgen von Krisen trotz ihres unterschiedlichen Ursprungs ähnlich sein. Obwohl die Kategorisierung von Krisen also selten eindeutig ist, kann sie dennoch in der Phase der Vorbereitung, bei der Bewusstseinsbildung und bei der Analyse nach der Krise hilfreich sein.

Aus diesem Grund unternimmt neben der Rechtswissenschaft auch fast jede Theorie zum Krisenmanagement eine Art der Kategorisierung.²⁰ *Gundel* bspw verwarf den Ansatz einer nach Ursachen orientierten Typologie. Stattdessen bestimmt er Krisen entlang ihrer Vorhersehbarkeit und Beeinflussbarkeit und leitet daraus vier Kategorien ab: konventionelle Krisen, unerwartete Krisen, unlösbare Krisen und fundamentale Krisen.²¹ In diesem

15 Vgl Art 2 lit c RL 2001/55/EG des Rates v 20.7.2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten, ABl 2001 L 212/12, der sich auch auf eine große Anzahl von Menschen bezieht, die durch bewaffnete Konflikte, endemische Gewalt oder Menschenrechtsverletzungen vertrieben wurden; s verschiedene Bsp von Massenmigration und anderen komplexen Krisen in *Calboun*, A World of Emergencies: Fear, Intervention, and the Limits of Cosmopolitan Order, *Canadian Review of Sociology* 2004, 373 (384).

16 Vgl *Gratz*, Flüchtlingskrise.

17 *Wiederin*, Das Recht des Staatsnotstands in Österreich, in *Reindl-Krauskopf et al* (Hrsg), Resilienz des Rechts in Krisenzeiten (2016) 119 f; vgl *Gross/Ni Aolain*, Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice (2006) 4.

18 Vgl Art 79 B-VG BGBI I 1930 idF BGBI I 2021/2; Art 80a, 87a Abs 2, 115a ff Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland 1949 (GG) dBGBI 1949/1 idF dBGBI I 2020/2048.

19 Vgl *Christensen/Læg Reid/Rykkja*, Public Administration Review 2016, 888; *Gundel*, Journal of Contingencies and Crisis Management 2005.

20 S *Rosenthal/Kouzmin*, Crises and Crisis Management: Toward Comprehensive Government Decision Making, Journal of Public Administration Research and Theory 1997, 277; *Turner*, Man-Made Disasters (1978).

21 *Gundel*, Journal of Contingencies and Crisis Management 2005, 108 ff.

Sinne weist auch *Gratz* darauf hin, dass einige Krisen „ultra-komplex“ sind, wie zB die sogenannte „Flüchtlingskrise“ 2015. Er zeigt ihre Komplexität in mehreren Aspekten auf, wie die Folgen der Krise, ihre Dynamik, verschiedene technische Faktoren, Akteur*innen, Neuheit, Stakeholder*innen, internationale und europäische Verbindungen, Dauer, Politik, Medien, Emotionen, Konflikte, Informationen, Entscheidungen, Ressourcen, Führung, psychologische Auswirkungen, Identitäten, Erfolg und Lernmöglichkeiten.²² Die anspruchsvollsten Krisen sind diejenigen, die über Verwaltungsebenen, Sektoren und Ministerien hinausgehen, gleichzeitig einzigartig, mehrdeutig und komplex sind sowie ein hohes Maß an Unsicherheit beinhalten.²³

Boin/Ekengren/Rhinard weisen insbesondere auf die Kategorie der „grenzüberschreitenden Krise“ hin.²⁴ Sie entsteht, wenn die lebenserhaltenden Systeme oder kritischen Infrastrukturen mehrerer Staaten akut bedroht sind. Neben Beispielen für kritische Infrastrukturen (Internet, Elektrizität, Gas, Flugsicherung) nennen sie auch Wetterkapriolen und Pandemien:

„A transboundary crisis has no – or at least not one – Ground Zero. This crisis type is extremely complex: it expands in severity and transforms as it moves and crosses infrastructures that themselves are complex and difficult to understand. It can easily create an authority vacuum since it is not clear who ‘owns’ the crisis and who must deal with it. This authority vacuum allows familiar tensions to play up and feed off each other: nation states versus international organizations; central authorities versus local first responders; public organizations versus private interests; state concerns versus citizen fears.“²⁵

Eine Krise kann und muss also aus unterschiedlichen Perspektiven betrachtet werden. Oft ist eine Vielzahl von Menschen in verschiedensten Rollen betroffen, dh auch die Art der betroffenen Interessen ist vielfältig. Um diese Komplexität dennoch aufzulösen, kann eine öffentliche Krise ganz allgemein auf mehrere Charakteristika reduziert werden, welche ihren verschiedenen Ausprägungen gemeinsam sind: Entscheidungsnot, Dringlichkeit, Ressourcenknappheit und Einschränkungen in den Bewältigungsinstrumenten (bspw rechtlicher Natur).²⁶

2.3. Die „Krise“ in Politik und Medien

Bereits dieser Überblick zeigt, dass die Krise durch die weiten Möglichkeiten ihrer Einordnung mitunter ein subjektiv geprägter Begriff ist. Dies kommt auch daher, dass eine

22 *Gratz*, Flüchtlingskrise 180 ff.

23 *Christensen/Lægveid/Rykkja*, Public Administration Review 2016, 888.

24 *Boin/Ekengren/Rhinard*, The European Union as Crisis Manager 5 ff.

25 *Boin/Ekengren/Rhinard*, The European Union as Crisis Manager 9.

26 *S Wiederin in Reindl-Krauskopf et al* 123 mit Bezug auf diese Kategorien.

Krise möglicherweise nicht alle trifft, oder – so wie die Corona-Krise – manche stärker und andere schwächer. Doch wer hat die Deutungshoheit darüber, was eine Krise ist und ab wann sie so dringlich geworden ist, dass man handeln muss?

Auch hierfür ist die sogenannte „Flüchtlingskrise“ von 2015 ein anschauliches Beispiel. *Krzyżanowski/Triandafyllidou/Wodak* stellen fest, dass es stigmatisierend und alarmistisch ist, die Migrationsbewegungen als Krise zu bezeichnen.²⁷ In den Jahren danach stand Migration regelmäßig im Mittelpunkt einer stark polarisierten öffentlichen Debatte.²⁸ Die „Krise“ wurde eines der Schlüsselworte in diesem Kontext.²⁹

Tatsächlich ist das Krisenphänomen zum Teil rhetorischer und politischer Natur, da der Begriff der Krise mit bestimmten psychologischen Implikationen einhergeht. Er ist oft Teil eines absichtlichen oder intuitiven Spektakels, das sich in den Medien und auf anderen öffentlichen Bühnen abspielt.³⁰ In dieser Hinsicht kann eine Krise eine soziale oder kommunikative Konstruktion sein, um ansonsten unpopuläre Maßnahmen gemäß den kulturellen Anforderungen zu legitimieren.³¹ Welche Krisen zu solchen stilisiert werden, scheint mitunter auch selektiv, wie der Umgang mit der Klimakrise nahelegt. Auch aus diesem Grund bilden die Krisenkommunikation und die Krisenrhetorik wichtige Forschungsfelder.³² Politik und Krisenrhetorik sind in mehreren Punkten miteinander verknüpft. Zunächst gibt es ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Politiktreibenden und ihrer Glaubwürdigkeit oder Legitimität bei den Wahlberechtigten. Der Erfolg einer Regierung wird bspw an der öffentlichen Wahrnehmung ihres Umgangs mit Krisen gemessen. Daher sind einerseits die Glaubwürdigkeit und Legitimität politischer Akteur*innen und Regierungen stark von der subjektiven Wahrnehmung von Krisen und ihres Managements abhängig.³³ Andererseits wird die Politisierung einer Krise auch benutzt, um Druck auf Opponent*innen auszuüben. Daher gibt es in der Politik ein starkes Interesse daran, den öffentlichen Diskurs über Krisen und die eigene Rolle in der Findung von Lösungen zu gestalten.³⁴ Zu den psychologischen Effekten der Krisenrhetorik gehören Gefühle von Angst, Unsicherheit und Ungewissheit. Diese können genutzt werden, um die Öffentlichkeit von

27 *Krzyżanowski/Triandafyllidou/Wodak*, The Mediatization and the Politicization of the “Refugee Crisis” in Europe, *Journal of Immigrant & Refugee Studies* 2018, 3; vgl zur Verwendung des Begriffs auch *Berlit*, Flüchtlingsrecht in Zeiten der Krise: Grenzen und Möglichkeiten der Steuerung von Fluchtmigration und ihrer Folgen durch Recht (2017) 42; *Chetail*, Looking Beyond the Rhetoric of the Refugee Crisis: The Failed Reform of the Common European Asylum System, *European Journal of Human Rights* 2016, 584 (584 f).

28 ZB *Krzyżanowski/Triandafyllidou/Wodak*, The Mediatization and the Politicization; *Haller*, Die „Flüchtlingskrise“ in den Medien: Tagesaktueller Journalismus zwischen Meinung und Information (2017) 1; *Plasser/Sommer*, Wahlen im Schatten der Flüchtlingskrise: Parteien, Wähler und Koalitionen im Umbruch (2018); *Anderson*, Migration, in *Allen/Macdonald/Radice* (Hrsg), *A Dictionary of Humanitarianism* (2017) 239.

29 Vgl Tabelle 1 in *Haller*, Die „Flüchtlingskrise“ in den Medien 21.

30 Vgl *Chouliaraki*, Post-Humanitarianism, in *Allen/Macdonald/Radice* (Hrsg), *A Dictionary of Humanitarianism* (2017) 253 (259).

31 *Sandhu*, Krisen als soziale Konstruktion: Zur institutionellen Logik des Krisenmanagements und der Krisenkommunikation, in *Thießén* (Hrsg), *Handbuch Krisenmanagement* (2014) 95; *Boin et al*, *Politics of Crisis Management* 83.

32 ZB *Boin et al*, *Politics of Crisis Management* 69 ff; *Thießén* (Hrsg), *Handbuch Krisenmanagement* (2014).

33 *Christensen/Lægveid/Rykkja*, *Public Administration Review* 2016; *Boin et al*, *Politics of Crisis Management* 69.

34 *Boin et al*, *Politics of Crisis Management* 81 ff.

einem bestimmten politischen Anliegen zu überzeugen.³⁵ Darüber hinaus kann eine Krise eine Gelegenheit sein, angstbasierte Politik und das Konzept des „Othering“ zu nutzen.³⁶ Oft wird dazu auf tief verwurzelte Vorurteile zurückgegriffen.³⁷ Sowohl die Regierung als auch die Opposition können angstbasierte Politik nutzen, um mit Framing-Techniken Macht zu gewinnen. Zum Teil wird diese Rhetorik ganz bewusst eingesetzt, um kollektive Ängste zu verstärken oder zu dämpfen. Bestimmte Ereignisse als Krise zu bezeichnen, ist daher bereits ein kommunikativer Akt mit potenziell weitreichenden politischen Folgen.³⁸

Migration ist zB ein Thema, das stark mit Angst verwoben ist.³⁹ Dieser Umstand kann also relativ einfach von politischen Akteur*innen in Verbindung mit Krisenrhetorik genutzt werden und zeigt deutliche Auswirkungen auf das Wähler*innenverhalten der Aufnahmegesellschaft. Studien in verschiedenen europäischen Ländern belegen die Zusammenhänge von Zuwanderung und dem Aufstieg rechter politischer Parteien.⁴⁰ In Österreich gehörten 2017 die steigenden Asylanträge und die irreguläre Migration zu den am höchsten eingestuften Sorgen der Wahlbevölkerung. Dementsprechend wählten sie diejenigen, die sich in diesem Bereich als besonders kompetent darstellten.⁴¹ Umgekehrt zwingt dieses Wechselspiel auch andere, sich dieser Themen anzunehmen und sich darin zu profilieren. So entwickelt sich eine wechselseitige Dynamik der Krisenrhetorik zwischen politischen Akteur*innen und ihren Wähler*innen.⁴² Auch Medien spielen eine wichtige Rolle in diesem Kreislauf.⁴³ Wer in diesem Dreieck die stärkere Kraft ist, bleibt umstritten und variiert wohl.

Lawrence geht so weit zu argumentieren, dass sich Krisen eigentlich nicht von anderen Ereignissen unterscheiden.⁴⁴ Sie findet, dass die Beschreibung eines Ereignisses als „Krise“ eine normative Bewertung davon darstellt, was die Norm ist oder sein sollte. Dieser Prozess geht Hand in Hand mit der „Produktion von Wahrheit“. Das jeweilige Medium definiert die Auswirkungen und Ursachen der Krise und damit, was zu tun sei.⁴⁵ Letzte-

35 S *Altheide*, *Creating Fear: News and the Construction of Crisis* (2002); *Wodak*, *The Politics of Fear: What Right-Wing Populist Discourses Mean* (2015).

36 ZB *Krastev*, *After Europe* (2017).

37 *Boin et al*, *Politics of Crisis Management* 84.

38 *Boin et al*, *Politics of Crisis Management* 70, 83.

39 ZB *Wodak*, *The Politics of Fear* 2.

40 S *Harmon*, *Immigration, Ethnic Diversity, and Political Outcomes: Evidence from Denmark*, *The Scandinavian Journal of Economics* 2018/4, 1043; *Vasilakis*, *Massive Migration and Elections: Evidence from the Refugee Crisis in Greece*, *International Migration* 2018/3, 28; *Plasser/Sommer*, *Wahlen*; *Halla/Wagner/Zweimüller*, *Immigration and Voting for the Extreme Right* (2013); *Steinmayr*, *Exposure to Refugees and Voting for the Far-Right: (Unexpected) Results from Austria* (2016) 23 f.

41 *Plasser/Sommer*, *Wahlen* 87 ff.

42 *Wodak*, *The Politics of Fear* 19; vgl *Roth et al*, *Understanding Local Crisis Management in Complex Organisational Settings: The Case of the Migration Crisis in Germany 2015/16* (2018) 2.

43 *Boin et al*, *Politics of Crisis Management* 72.

44 *Lawrence*, *The EU in Crisis: Crisis Discourse as a Technique of Government*, in *Bulterman/van Genugten* (Hrsg), *Netherlands Yearbook of International Law* 2013 (2014) 192.

45 *Lawrence* in *Bulterman/van Genugten* 194.

res stimmt überein mit der Theorie der Krisenkommunikation, die *Boin et al* als „Sense-Making“ bezeichnen.⁴⁶ Dieses Argument bedeutet nicht, dass Krisen nur erfunden wären. Stattdessen geht es darum, dass Fakten sehr unterschiedlich interpretiert und präsentiert werden können. Dies zeigt sich auch sehr deutlich in den Kontroversen rundum die Corona-Krise, den „War on Drugs“, die Klimakrise uvm.

Auch die Studie von *Haller* über die Darstellung der „Flüchtlingskrise“ 2015 in Deutschland unterstützt dieses Argument. Die deutschen Nachrichten wurden von einseitigen Aussagen von Politiktreibenden oder Kommentaren von Einzelpersonen dominiert.⁴⁷ Dabei wird dem jeweiligen Medium und den dargestellten Meinungen eine immense politische Macht verliehen. Denn für das Publikum ist es schwierig, zwischen berichteten Fakten und geäußerten Meinungen zu unterscheiden. Folglich hat die einseitige Berichterstattung nachteilige Auswirkungen auf den demokratischen Diskurs.⁴⁸

2.4. Die „Krise“ im Recht

Die dargestellten rhetorischen und politischen Elemente einer Krise haben auch gravierende Auswirkungen auf die Rechtsordnung. Die Rechtsordnung, als soziale Institution gesehen, dient als Projektionsfläche für Krisendynamiken.⁴⁹ Denn das Recht stellt ein wichtiges Instrument für staatliche Akteur*innen dar, um durch Gesetzgebung, Verwaltungsmaßnahmen und Rechtsprechung Einfluss auf die Situation zu nehmen.⁵⁰

Aufgrund der weiten Definition des Begriffs „Krise“ und seiner vielfältigen Verwendung, sorgt der Begriff auch für Verwirrung bei der rechtlichen Zuordnung. Fast jede größere Unregelmäßigkeit kann sprachlich unter diesem Begriff subsumiert werden. Für die rechtsdogmatische Auslegung hat der Begriff auch deswegen wenig Wert, weil er in gesetzlichen Bestimmungen kaum verwendet wird.

Dies gilt insbesondere für die österreichische Rechtsordnung, die keinen allgemeinen „Notstand“ oder ein „Krisengesetz“ kennt. Dem ist auch ganz bewusst so, da weitreichende Ermächtigungen für ganz allgemein gehaltene Notsituationen Missbrauchsgefahr bergen. Eine breite Legaldefinition könnte dazu führen, dass ein dauerhafter Rechtszustand der Krise besteht, etwa aufgrund der Klimakrise. Eine zu enge Definition dagegen liefe Gefahr lückenhaft zu sein oder eine zu hohe Schwelle einzuführen, sodass die Be-

46 *Boin et al*, *Politics of Crisis Management* 82 ff.

47 *Haller*, Die „Flüchtlingskrise“ in den Medien 142 ff.

48 *Haller*, Die „Flüchtlingskrise“ in den Medien; siehe weiter *Lawrence*, *The EU in Crisis* 195; *Charlesworth*, *International Law: A Discipline of Crisis*, *The Modern Law Review* 2002, 377 (382).

49 S *Agamben*, *Ausnahmezustand* (2004) 37.

50 Während die Verbindung von Krisenmaßnahmen zu den ersten beiden Zweigen offensichtlich scheint, ist dies bei der Rsp uU weniger der Fall; siehe dazu zB *Dyzenhaus*, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency* (2006) 17 ff; *Boin et al*, *Politics of Crisis Management* 83; *De Somer*, *Precedents and Judicial Politics – Why Studying the CJEU Requires a Long-Term Perspective*, *EU Immigration and Asylum Law and Policy Blog* v 21.11.2018, <http://eumigrationlawblog.eu/precedents-and-judicial-politics-why-studying-the-cjeu-requires-a-long-term-perspective/> (20.4.2021).

stimmung letztendlich kaum greifen würde. Dies wäre wiederum unerwünscht, denn Krisenprävention und erfolgreiches Krisenmanagement bedeuten auch ein möglichst frühzeitiges Eingreifen.⁵¹

Nichtsdestotrotz gibt es auch in der österreichischen Rechtsordnung einige allgemein gehaltenere Rechtsvorschriften. Sie sprechen statt von Krisen von einer Gefahr für die „öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit“ öä. Auch die „Katastrophe“ ist ein der Krise verwandter Rechtsbegriff. Sie ist grundsätzlich wohl der Krise am ähnlichsten. Aufgrund der österreichischen föderalen Struktur und dem allgemeinen Konsens, dass es sich hierbei um Naturereignisse oder technische Unfälle handelt, ist der Anwendungsbereich des Katastrophenrechts jedoch eingeschränkt. Ohne Legaldefinition oder entsprechende Judikatur stellen sich aber auch hier Auslegungsschwierigkeiten, wie der Begriff der Gefahr zeigt.⁵²

Stattdessen beschreiben Rechtsnormen üblicherweise das konkrete Problem bzw den Tatbestand näher und dienen der Abwehr von ganz bestimmten Bedrohungslagen (zB das Epidemiegesetz oder das Sicherheitspolizeigesetz). Andere Normen dienen der Vereinfachung und Beschleunigung von Verwaltungsabläufen (zB im Vergaberecht oder beim BVG-Unterbringung). Wiederum andere entschärfen die Entscheidungsnot durch Substitution (zB beim eigenmächtigen Einschreiten des Bundesheers nach Art 79 Abs 2 B-VG).⁵³ Schlussendlich stehen verschiedenste Ausnahmetatbestände, wie das Notwehrrecht oder Rechtfertigungsgründe zur Einschränkung von Grundrechten und -freiheiten, ebenfalls in einem engen Zusammenhang mit dem Begriff der Krise.⁵⁴ Zentral ist hierbei die Erkenntnis, dass es sich immer um eine Ausnahme, also um eine Abweichung vom Normalzustand handelt.

3. Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Definition einer Krise ein sehr niedriger Schwellenwert ist. Eine Krise stellt eine Veränderung dar, die eine Periode erhöhter Belastung für wichtige Elemente des Systems verursacht. Sie schafft damit eine Unsicherheit für die Zukunft seiner Stakeholder*innen, die dadurch zum dringenden Handeln gezwungen sind. Zudem hängt die Krise zu einem großen Teil von der Wahrnehmung der Betroffenen ab. Daher kann eine solche Störung viele Ursachen und Formen haben. Rechtsnormen nehmen (auch aus diesem Grund) nur selten auf den Begriff der Krise Bezug und für die dogmatische Auslegung ist er deswegen wenig aussagekräftig. Stattdes-

51 Für die verschiedenen Regelungsmöglichkeiten von Krisenrecht siehe *Gross/Ní Aoláin*, Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice (2006) 17 ff.

52 Vgl *Müllner*, Katastrophenbekämpfung 16 ff mwN.

53 S auch *Khakzadeh-Leiler*, Recht und Krise, in *Aigner et al* (Hrsg), Recht und Krise – Tagung der Österreichischen Assistentinnen und Assistenten Öffentliches Recht (2016) 1 (10 ff).

54 S bspw *Müller/Prantl*, The COVID-19 Pandemic as “Public Emergency”. Health Emergencies as Triggers for Derogation Clauses in International Human Rights Treaties, *juridikum* 2021, 386 in diesem Heft.

sen behandeln Rechtstexte meist ganz konkrete Probleme. Zur Krise verwandte Begriffe in gesetzlichen Bestimmungen sind bspw. der Notstand, die Gefahr oder die Katastrophe. Nichtsdestotrotz wird der Begriff der Krise umgangssprachlich sehr häufig verwendet und daher für politische Zwecke rhetorisch herangezogen. Denn Politiktreibende sind in zweierlei Hinsicht von Krisenkommunikation abhängig. Erstens hängt ihre Legitimität als Führungspersonlichkeit von der Wahrnehmung der Wählenden ab, wie gut eine Krise bewältigt wurde. Zweitens kann die Krisenrhetorik genutzt werden, um bestimmte politische Agenden voranzutreiben. Zu den psychologischen Effekten der Verwendung des Begriffs gehören Angst, Unsicherheit und Ungewissheit. Um diesen Ängsten entgegenzutreten, können bestimmte Maßnahmen notwendig erscheinen. Insbesondere wenn diese Strategie mit der Stigmatisierung von Gruppen einhergeht, ist sie sehr skeptisch zu sehen. Letztendlich wird sich diese Art von Politik auch in der Rechtsordnung manifestieren.

Solange aber die Rechtsordnung den Begriff der Krise weder verwendet noch definiert, ist er für die dogmatische Rechtsinterpretation ungeeignet. Eine solche allgemeine Definition würde die Gesetzgebung mit Sicherheit vor große Herausforderungen stellen, ob der Vielfalt der mit Krisen einhergehenden Regelungsproblematiken. Politisch wird er und die damit in Verbindung stehenden Emotionen jedenfalls instrumentalisiert. Daran könnte auch der Eingang im Rechtstext nichts verändern.

Dr.ⁱⁿ Julia Kienast, LL.M. war Doktorandin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien und ist derzeit als Postdoc an der Universität Aarhus tätig; julia.kienast@univie.ac.at

Verfassungsrechtliche Dimensionen der Vielfachkrise

Von Gesellschafts- und Verfassungskrisen

Konrad Lachmayer

1. Gesellschaftliche Krisen und Verfassungsrecht

Wenn Krisen in der gesellschaftlichen Realität auftreten, bedeutet dies noch nicht, dass damit die Verfassung und ihre Institutionen gefährdet sind. Die bekannten Krisen des 21. Jh.¹ können als derartige Bsp dienen. In den meisten gesellschaftlichen Krisen erweist sich die Verfassung zwar als gefordert; es kommen sodann die verfassungsrechtlichen Vorgaben, wie etwa Rechtsstaatlichkeit oder Grundrechte, zum Tragen bzw werden damit verfassungsrechtliche Änderungsprozesse angestoßen. Eine Krise der Verfassung selbst geht damit nicht zwingend einher.

Zahlreiche Bsp ließen sich dafür ins Treffen führen. Die Covid-19-Pandemie hat nicht nur das Gesundheitssystem, insb im Hinblick auf die Auslastung der Intensivstationen, an die Grenzen der Belastbarkeit gebracht. Vielfältige epidemiologische Maßnahmen der Regierung griffen massiv, in einer seit Jahrzehnten nicht dagewesenen Weise in Grund- und Menschenrechte der Bevölkerung ein.² Entscheidend war aber, dass die Funktionsfähigkeit der Verfassung und ihrer Organe weiter aufrechterhalten werden konnte. Ein Ausnahmezustand wurde zu Recht – im Gegensatz zu anderen Staaten³ – nicht erklärt, Grundrechte nicht formell außer Kraft gesetzt.⁴ Auch wenn es zu einer Anspannung der Verfassungsinstitutionen kam (insb demokratische Belastungen des parlamentarischen Prozesses durch kurzfristige Gesetzesänderungen, rechtsstaatliche Problemstellungen durch fehlende Begründungen sowie gesetzwidrige Grundrechtsverletzungen durch Verordnungen des Gesundheitsministers)⁵, so blieb die Handlungsfähigkeit sowohl des Parlaments als auch der Regierung sowie der Höchstgerichte bestehen.⁶

1 Zum Begriff der Vielfachkrise siehe *Berger/Fattinger*, Politische Ökonomie der Vielfachkrise. Wie das Kapitalverhältnis Recht und Ungleichheit (re-)produziert, *juridikum* 2021, 404 in diesem Heft.

2 S dazu *Klaushofer et al*, Ausgewählte unions- und verfassungsrechtliche Fragen der österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des COVID-19-Virus, *ZÖR* 2020, 649 (682 ff).

3 *Golia et al*, Constitutions and Contagion – European Constitutional Systems and the COVID-19 Pandemic, *ZaöRV/HJIL* 2021, 147 (159 ff).

4 Siehe *Müller/Prantl*, The COVID-19 Pandemic as “Public Emergency”. Health Emergencies as Triggers for Derogation Clauses in International Human Rights Treaties, *juridikum* 2021, 386 in diesem Heft.

5 *Fister*, Grundrechte in der Krise, *AnwBl* 2020, 406; *Holzinger*, Die Covid-19-Judikatur des VfGH – eine verfassungsrechtliche Analyse, *ZVG* 2020, 344; *Prantl*, COVID-19: Sind die Ausgangsbeschränkungen gesetzwidrig? *ZfG* 2020, 58.

6 Herausforderungen bestanden für die verfassungsrechtlichen Institutionen darin, sich in Präsenz zu treffen bzw online zu tagen.

Damit verbunden stellte die Verfassung unter den gegebenen Umständen weiterhin den Maßstab des rechtlichen Handelns der obersten Organe dar. Die Novellierung von Art 69 Abs 3 B-VG⁷ im Hinblick auf die Beschlussfassung der BReg im Umlaufweg oder mittels Videokonferenz verdeutlicht verfassungsrechtliche Auswirkungen der Gesundheitskrise, bestätigt aber, dass es durch die Pandemie zu keinem verfassungsrechtlichen Umbruch oder Umsturz (in Hinblick auf Prinzipien der Verfassung) kam. Verstöße gegen verfassungsrechtliche Vorgaben, insb Grundrechtsverletzungen, konnten zwar in einem signifikanten Ausmaß festgestellt werden; der VfGH belegte durch seine Erkenntnisse aber, dass er entsprechende Verfassungswidrigkeiten der relevanten Maßnahmen feststellen konnte ebenso wie er bestimmte Maßnahmen als gesetzeskonform bezeichnete.⁸

Im Vergleich zur Gesundheitskrise 2020 führte bereits die Finanzkrise 2008, insb iZm der Hypo Alpe Adria Bank, zu zahlreichen rechtsstaatlichen Fragestellungen im Hinblick auf die Kürzung von Gläubigeransprüchen (sogenannter Hair-Cut),⁹ wobei auch in der Finanzkrise der VfGH durch seine Rechtsprechung durchaus die Verfassungskonformität getroffener Maßnahmen bestätigte.¹⁰

Solange also gesellschaftliche Krisen die Verfassung nur berühren bzw einzelne gesetzliche Bestimmungen die Verfassung verletzen oder etwa durch Rechtsakte der Verwaltung Grundrechtsverletzungen geschehen, kann noch nicht von einer Verfassungskrise gesprochen werden. Die Funktionsfähigkeit der Verfassung, die Handlungsfähigkeit der verfassungsrechtlichen Institutionen sowie die Einhaltung der Verfassungsprinzipien durch dieselben bleiben weiterhin bestehen. In weiterer Folge soll vielmehr der Frage nachgegangen werden, wann aus verfassungsrechtlicher Perspektive von einer Verfassungskrise, insb einer Krise des Rechtsstaats bzw der Demokratie, gesprochen werden kann.

2. Verfassungskrisen

2.1. Einleitung

Von einem verfassungsrechtlich regulären Umgang mit gesellschaftlichen Krisen können Verfassungskrisen unterschieden werden, die in den Kern des Verfassungsrechts selbst vordringen, also die Verfassung oder ihre Institutionen selbst betreffen bzw sogar bedrohen. Verfassungskrisen basieren oftmals auf Verfassungsbruch und involvieren verfassungsmäßig eingerichtete Institutionen.

7 BGBl I 2020/16.

8 S etwa VfGH 14.7.2020, G 202/2020, V 408/2020; VfGH 1.10.2020, V 392/2020, V 428/2020, V 429/2020; G 271/2020; V 405/2020; G 272/2020; VfGH 9.3.2021, V 530/2020; VfGH 10.3.2021, V 574/2020, V 573/2020.

9 S dazu *Kabl*, Grundrechtliche Fragen von Haftungs- und Schuldenschnitten, ÖZW 2016, 2; *Rebhahn*, Zur Haftung des Staates für Aufsicht und Intervention bei Banken – Ein Überblick aus Anlass von HBI und HETA, ÖZW 2017, 2; *T. Müller*, Verfassungsrechtliche Überlegungen zum „Hypo-Sondergesetz“, Jahrbuch Öffentliches Recht 2015, 31; siehe auch *Lachmayer*, Between International Standards and Transnational Greed: Providing Transnational Rules of Law in Times of Economic Crisis, The Hague Journal on the Rule of Law 2016, 291.

10 VfSlg 20.000/2015; 20.250/2018.

Verfassungskrisen sind aber nicht mit einem Zusammenbruch des Verfassungsrechts und -staates gleichzusetzen.¹¹ Auch wenn es zu einer Gefährdung von Verfassungsinstitutionen kommt, ist damit noch nicht die Ausschaltung des Staates¹² verbunden. Es stellt sich vielmehr die Frage, inwieweit sich derartige Verfassungsbrüche manifestieren und sich der bestehende Zustand der Verfassungsstaatlichkeit verschlechtert.¹³ Wie die Bsp in Ungarn und Polen zeigen,¹⁴ geht es nicht um ein reines Schwarz-Weiß-Denken, sondern um einen Prozess (in den genannten Bsp) des Verfalls von staatlichen Strukturen.¹⁵ Verfassungskrisen basieren daher oftmals auf Konflikten unterschiedlicher verfassungsrechtlicher Institutionen und erfordern folglich ein Zusammenspiel unterschiedlicher Verfassungsinstitutionen, um diesen Konflikt sowohl rechtlich als auch politisch zu überwinden.¹⁶

Bei „Verfassungskrise“ handelt es sich nicht um einen rechtlichen, sondern rechtswissenschaftlichen Begriff. IdS Sinne werden hier unterschiedliche Kriterien genannt, die für diesen Begriff herangezogen werden können. Als Kriterien einer Verfassungskrise¹⁷ iSe beweglichen Systems¹⁸ lassen sich daher folgende nennen: Qualifizierte¹⁹ Ineffektivität zentraler verfassungsrechtlicher Institutionen²⁰ (1.),²¹ qualifizierte Verfassungsverstöße von verfassungsrechtlichen Institutionen (2.), Konflikte zwischen verfassungsrechtlichen Institutionen, die zu einer Blockade führen (3.), Unterlaufen von Verfassungsprinzipien durch verfassungsrechtliche Institutionen (4.), Verhinderung oder qualifizierte Verzögerung von verfassungsrechtlichen Prozessen (5.). Liegen einzelne dieser Kriterien in substantiellem Ausmaß oder eine Reihe der Kriterien vor – so der rechtswissenschaftliche Vorschlag –, kann von einer Verfassungskrise gesprochen werden.

11 Diesbezüglich wäre etwa von Revolution oder verfassungsrechtlicher Diskontinuität die Rede.

12 S nur *Parlamentsdirektion* (Hrsg), Staats- und Verfassungskrise 1933 (2014).

13 Verbesserungen sind indes auch immer möglich.

14 Siehe dazu etwa *Jakab*, Das ungarische Konzept der Umgestaltung, in *ÖJK/Müller* (Hrsg), Die Krise der liberalen Demokratie? (2019) 99; *Grabenwarter*, Das polnische Verfassungsgericht als Objekt der Umgestaltung, in *ÖJK/Müller* (Hrsg), Die Krise der liberalen Demokratie? (2019) 115.

15 S etwa *Frankenberg*, Autoritarismus. Verfassungstheoretische Perspektiven (2020).

16 Die Überwindung von Verfassungskrisen ist indes nicht gesichert. Sie können sich auch in Form chronischer Verfassungskrisen manifestieren.

17 S zur österreichischen Diskussion etwa *Hesse*, Anmerkungen zur Krisenfestigkeit der österreichischen Bundesverfassung, in *ÖJK/Müller* (Hrsg), Die Krise der liberalen Demokratie? (2019) 141 ff, der den Begriff ursachenbezogen versteht oder *Reindl-Krauskopf/Schulev-Steindl*, Reaktionsfähigkeit des österreichischen Rechts im Krisenfall, in *ÖJK/Müller* (Hrsg), Die Krise der liberalen Demokratie? (2019) 229 (233), die den „Krisenfall“ als „eine Gefahr für den Staat“ verstehen, die „bestimmte Maßnahmen dringend notwendig macht (Gefahr im Verzug) und für deren Bewältigung reguläre staatliche (Rechts-)Abläufe unzulänglich sind (drohende Überforderung staatlicher Strukturen)“ (Hervorhebungen wurden nicht übernommen).

18 *Korinek*, Das Bewegliche System im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, in *Bydlinski/Bar* (Hrsg), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986) 243.

19 Nicht jede Inaktivität kann iSe Verfassungskrise Relevanz beanspruchen.

20 Damit angesprochen sind das Parlament (NR/BR), die obersten Organe der Verwaltung (BPräs/BRReg/BM) ebenso wie die Höchstgerichte (VfGH/VwGH/OGH). Darüber hinaus können Verfassungskrisen auch auf Landesebene eintreten.

21 Damit angesprochen ist auch die Einschränkung und Ausschaltung von verfassungsrechtlichen Institutionen (etwa durch einen Terroranschlag, einen militärischen Coup, etc) aber auch durch Naturereignisse.

2.2. Der Kärntner Ortstafelkonflikt

Als eines von wenigen Bsp einer derartigen Verfassungskrise²² kann der Kärntner Ortstafelkonflikt, insb zwischen dem damaligen Kärntner LH und dem VfGH, verstanden werden. Mit dem Erkenntnis VfSlg 16.404/2001 hob der VfGH die „Ortstafelregelung“ im Volksgruppengesetz auf. Die alte Regelung sah vor, dass das Aufstellen zweisprachiger Ortstafeln in Kärntner Gemeinden erst ab einem Bevölkerungsanteil von mind 25 % von Kärntner Slowen_innen (iSd jeweiligen Volkszählung) verpflichtend war. Die Bezugnahme auf einen derart hohen Anteil der ethnischen Minderheit erwies sich in Hinblick auf das Anbringen zweisprachiger topographischer Bezeichnungen als unverhältnismäßig und damit in Hinblick auf Art 7 Z 3 Satz 2 Staatsvertrag von Wien 1955 als verfassungswidrig.

Die Reaktionen sowie Nicht-Reaktionen des damaligen Kärntner LH, *Jörg Haider*, dessen FPÖ sich zu jener Zeit auch als Koalitionspartner der ÖVP in der BReg befand, erwiesen sich über Jahre als rechtsstaatliche Herausforderung. Zum einen gilt es die medialen (ua ausländerfeindlichen) Attacken gegenüber dem damaligen Präsidenten des VfGH, Ludwig Adamovich, zu erwähnen,²³ zum anderen die Nichtumsetzung der verfassungsgerichtlichen Erkenntnisse.²⁴ Die Weigerung der Umsetzung dieser konnte nur deshalb über Jahre aufrechterhalten werden und zu einer Manifestation des Konflikts zwischen der Kärntner LReg und dem VfGH beitragen, als weder der Verkehrs- noch der Justizminister rechtlich mögliche Maßnahmen gegenüber dem Kärntner LH erhoben.²⁵ In Mitleidenschaft wurde dabei nicht nur der VfGH gezogen, sondern auch die slowenische Minderheit, deren verfassungsgesetzlich gewährleisteten und verfassungsgerichtlich determinierten Rechte nicht umgesetzt wurden.

Die genannten Umstände erfüllen damit die Voraussetzungen einer Verfassungskrise, da der VfGH sein Erkenntnis zum Minderheitenschutz nicht umsetzen konnte. Es kam zu einer qualifizierten Ineffektivität zentraler verfassungsrechtlicher Institutionen, da der Kärntner LH durch die Nichtumsetzung über Jahre gegen die Verfassung verstieß und dies von der BReg in Kauf genommen wurde (qualifizierte Verfassungsverstöße von verfassungsrechtlichen Institutionen). Darüber hinaus bestand ein Konflikt zwischen verfassungsrechtlichen Institutionen, konkret dem VfGH und dem Kärntner LH und der Grundrechtsschutz als Grundprinzip der Verfassung wurde durch die Kärntner LReg ausgehebelt. Auch wenn es sich dabei um einen kleineren Teilbereich des Verfassungsrechts handelt, reicht die Kumulation der Kriterien in diesem Zusammenhang jedenfalls aus, um von einer Verfassungskrise zu sprechen. Qualitativ stand die Aushebelung der Autorität des VfGH im Vordergrund.

22 *Jabloner* verweist auch auf den Habsburger-Fall der 1960er Jahre. *Jabloner*, Am Rande des Rechtsstaates, ZfV 2006, 426.

23 *S Red*, Haider vs Adamovich www.derstandard.at/story/825741/ (1.6.2021).

24 *Bender-Säbelkampf/Lachmayer*, Kampf ums Recht: Minderheitenschutz, Rechtsstaat und Verfassungsgerichtshof. Das österreichische Fallbeispiel im europäischen Spannungsfeld, in *Massat et al* (Hrsg), Der Donau-Raum in Europa (2012) 336 (339 ff).

25 *Bender-Säbelkampf/Lachmayer* in *Massat et al* 341 f.

Jabloner sah die entstandene Situation „[a]m Rande des Rechtsstaats“²⁶, verwies aber gleichzeitig darauf, dass damit nicht das Ende der Verfassungsstaatlichkeit erreicht war.²⁷ Es galt diese Verfassungskrise zu überwinden, was schließlich im Jahr 2011 (10 Jahre später) mit einem politischen Kompromiss inklusive verfassungsgesetzlicher Verankerung gelang.²⁸ Die Auslegung des VfGH zum StV konnte sich damit aber nicht durchsetzen²⁹ und der Minderheitenschutz blieb dauerhaft hinter der VfGH-Rsp zurück. Bemerkenswerterweise wurde die im Jahr 2000 gegenüber der österreichischen BReg getroffenen Bedenken der EU-XIV³⁰ als politischer Prozess im Jahr 2001 als abgeschlossen betrachtet,³¹ womit die nachfolgende Verfassungskrise des oben geschilderten Ortstafelkonflikts nicht im Kontext der aufgebrachten Bedenken eines möglichen Verfalls der Rechtsstaatlichkeit gesehen wurden. Die EU-XIV hätten darin eine Bestätigung ihrer Bedenken zur Regierungsbeteiligung der FPÖ gefunden, die durch mangelndes Monitoring übersehen wurde.³² Die Konsequenzen des fehlenden Monitorings auf europäischer Ebene bestehen – wie die Bsp von Ungarn und Polen zeigen³³ – bis heute fort.

2.3. Zwischenresümee

Aus dem Fallbeispiel des Ortstafelkonflikts können einige Schlussfolgerungen gezogen werden. So konstituiert nicht jede Verletzung des Verfassungsrechts eine Verfassungskrise. Regelmäßige Verletzungen der Verfassung durch verfassungsrechtliche Institutionen tragen demgegenüber signifikant zu einer Verfassungskrise bei. Die Unwirksamkeit von Verfassungsrecht muss sich per se noch nicht als problematisch erweisen, aber das Zusammenspiel mit dem entsprechenden Handeln von verfassungsrechtlichen Institutionen kann eine Situation, die als Verfassungskrise bezeichnet werden kann, schaffen. Eine besondere Rolle spielt das Selbstverständnis der verfassungsrechtlichen Institutionen, sich an formelle und informelle Praktiken und Prozesse des Verfassungsrechts zu halten.³⁴ IdZ kann man von Verfassungskultur³⁵ bzw Verfassungstreue sprechen.³⁶ Schließlich, steht die Geltung der Verfassung als Ganzes bei einer Verfassungskrise nicht auf dem

26 *Jabloner*, Am Rande des Rechtsstaates, ZfV 2006, 426.

27 *Jabloner*, ZfV 2006, 432 f.

28 *Kolonovits*, Die „Ortstafellösung“ und Amtssprachenregelung in der Volksgruppengesetz-Novelle, BGBl I 2011/46, *migraLex* 2011, 62; *Pirker*, Reform des Volksgruppenrechts, ÖJZ 2012, 396.

29 *Bender-Säbelkampf/Lachmayer*, in *Massat et al* 342 ff.

30 Im Rahmen der Regierungsbildung der ÖVP mit der FPÖ im Jahr 2000 erklärten die anderen 14 EU Mitgliedsstaaten, sodann EU XIV, auf informeller Ebene den Kontakt zur österreichischen BReg auf ein Minimum zu reduzieren.

31 *Schorkopf*, Die Maßnahmen der XIV EU-Mitgliedstaaten gegen Österreich. Möglichkeiten und Grenzen einer „streitbaren Demokratie“ auf europäischer Ebene (2002).

32 Siehe dazu *Lachmayer*, Questioning the Basic Values I – Austria and Jörg Haider, in *Jakab/Kochenov* (Hrsg), The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance (2017) 436 (448, 454f).

33 S dazu bereits oben (Fn 14).

34 Die Duldung der Vorgänge in Kärnten durch die BReg kann als Bsp dienen.

35 Das politische Selbstverständnis die verfassungsrechtlichen Vorgaben einzuhalten, zeigt auf, welche Verfassungskultur sich in einem Land etabliert hat.

36 Siehe *Jabloner*, ZfV 2006, 431.

Spiel, aber die Relevanz der Verfassung wird – wenn auch nur von einzelnen relevanten Akteur_innen – zumindest in gewisser Weise in Frage gestellt.

3. Demokratie und Rechtsstaat in der Krise?

3.1. Einleitung

Die verfassungspolitischen Entwicklungen der letzten Jahre lassen die Frage zu, inwieweit auch in Österreich Demokratie und Rechtsstaat zunehmend unter Druck geraten, ja sogar von einer Verfassungskrise die Rede sein kann. Damit angesprochen sind etwa die BVT-Affäre oder der Ibiza-Skandal und seine Folgen. Während im Rahmen der BVT-Affäre durch eine rechtswidrige Hausdurchsuchung der Rechtsstaat auf die Probe gestellt wurde,³⁷ führte die Ibiza-Affäre nicht nur zu einem Misstrauensvotum gegen die BReg und Neuwahlen,³⁸ sondern wurden demokratiegefährdende Problemstellungen der Korruption und des Amtsmissbrauchs aufgeworfen.³⁹ Die BVT-Affäre wurde rechtsstaatlich durch die zuständigen verfassungsrechtlichen Institutionen aufgearbeitet.⁴⁰ Der Ibiza-Skandal hatte zahlreiche demokratische Folgen und befindet sich noch immer in Aufarbeitung, wobei der Ibiza-Untersuchungsausschusses (UA) im Juli 2021 seinen Abschluss fand.⁴¹

IdZ zeigte sich im Rahmen des Ibiza-UA eine neue Intensität der Infragestellung von verfassungsrechtlichen Grundlagen durch oberste Organe der Verwaltung, die in Hinblick auf die Einordnung als Verfassungskrise einer genaueren Untersuchung bedürfen. Das rhetorische Infragestellen der Verfassung konnte bereits in den letzten Jahren beobachtet werden.⁴²

3.2. Der Verfassungskonflikt mit dem Parlament und seine Folgen

Der Antrag des VfGH auf Exekution eines verfassungsgerichtlichen Urteils beim BPräs,⁴³ mit dem Unterlagen des BMF an den UA des Parlaments (Ibiza-UA) übermittelt werden

37 *Heißl/Lachmayer*, Zur Leistungsfähigkeit der Gewaltenteilung in der BVT-Affäre. Chronologie und rechtsstaatliche Analyse der BVT-Affäre und ihrer Folgen, ZÖR 2020, 531 (532 ff).

38 *Lachmayer/Wieser*, Entering into New Constitutional Territory in Austria, <https://verfassungsblog.de/entering-into-new-constitutional-territory-in-austria/> 3.6.2019.

39 *Lachmayer*, An Austrian Abyss of Cronyism and Corruption. Fighting for the Rule of Law in Austria, <https://verfassungsblog.de/an-austrian-abyss-of-cronyism-and-corruption/> 1.6.2021.

40 *Heißl/Lachmayer*, ZÖR 2020, 558.

41 Siehe den Untersuchungsausschuss betreffend mutmaßliche Käuflichkeit der türkisch-blauen Bundesregierung (Ibiza-Untersuchungsausschuss) eingesetzt am 22.1.2020 und Beendigung der Beweisaufnahme am 19.7.2021; https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/A-USA/A-USA_00002_00906/index.shtml (30.7.2021).

42 Etwa der Ausspruch des vormaligen BMI *Kickl* (NN, Asyl: „Recht muss Politik folgen, nicht Politik dem Recht“ www.diepresse.com/5566984/ (1.6.2021) oder die Aussage von BK Kurz zu *juristischen Spitzfindigkeiten* (s dazu *Somek*, Is the Constitution Law for the Court Only? A Reply to Sebastian Kurz, <https://verfassungsblog.de/is-the-constitution-law-for-the-court-only/> 16.4.2020).

43 VfGH 5.5.2021, UA 1/2021-39.

sollten,⁴⁴ stellte jedenfalls ein Novum in der österreichischen Verfassungskultur dar. Dahinter zeigt sich ein Verfassungskonflikt zwischen Teilen der Regierung (konkret BMF und BK⁴⁵) und dem Parlament (konkret dem Ibiza-UA), bei dem dem VfGH die streitschlichtende, aber auch letztentscheidende Aufgabe zukommt.⁴⁶ Ausgangspunkt des Konflikts war bereits die Einrichtung des UA, insb auch die Breite und Reichweite des zu untersuchenden Themas.

Der VfGH verteidigte bereits den Einsetzungsbeschluss des Ibiza-UA gegenüber Einschränkungen durch den Geschäftsordnungsausschuss.⁴⁷ An die Bestimmtheit des Gegenstandes der Untersuchung gem Art 53 Abs 2 B-VG seien jedenfalls „keine zu strengen Anforderungen“⁴⁸ zu stellen. Diesbezüglich bestätigte der Gerichtshof, dass der „so definierte Untersuchungsgegenstand [...] den Rahmen des Tätigkeitsbereiches des Untersuchungsausschusses“ begründet sowie diesen bindet und „gleichzeitig die Begrenzung der diesem übertragenen Zwangsbefugnisse“ bildet.⁴⁹

Der breite Untersuchungsgegenstand führte konsequenterweise zu einer breiten Anforderung von Dokumenten durch den Ibiza-UA, dem sich die betroffenen Verwaltungsbehörden, insb Bundesminister, – unter anderem wegen datenschutzrechtlicher Bedenken – entgegenstellten. Die zu treffende Abwägung, insb bei der Übermittlung vollständiger Email-Postfächer, hätte der VfGH vornehmen können.⁵⁰ Der VfGH stellte aber bereits vor der Auseinandersetzung mit dieser inhaltlichen Frage fest, dass der BMF dem UA gegenüber nur seiner Behauptungspflicht (hinsichtlich einer „fehlende[n] (potentielle[n]) abstrakte[n] Relevanz der nicht vorgelegten Akten und Unterlagen für den Untersuchungsgegenstand“), nicht aber seiner Begründungspflicht nachgekommen ist.⁵¹ Der VfGH hielt deshalb fest, dass der BMF verpflichtet sei, „dem Ibiza-Untersuchungsausschuss die E-Mail-Postfächer sowie lokal oder serverseitig gespeicherten Dateien der [genannten] Bediensteten“⁵² vorzulegen.

Mit 5.5.2021 stellte der VfGH gem Art 146 Abs 2 B-VG beim BPräs einen Antrag auf Exekution seines Erkenntnisses vom 3. 3.2021, dem der BMF nicht nachkam.⁵³ Der Gerichtshof agierte auf Antrag der einschreitenden Minderheit des Ibiza-UA. Der BMF kam nicht nur dem Erk des VfGH nicht nach, sondern stellte auch keinen Termin zur Vorlage in Aussicht. Der VfGH stellte idS fest, dass „das Kriterium der zwangsweisen voll-

44 VfGH 3.3.2021, UA 1/2021.

45 Damit angesprochen ist die Weigerung von BMF und BK Akten und Informationen an den parlamentarischen UA zu übermitteln. S etwa APA, Keine Aktenlieferung aus BKA und BMF an Ibiza-U-Ausschuss www.sn.at/politik/innenpolitik/keine-aktenlieferung-aus-bka-und-bmf-an-ibiza-u-ausschuss-94364182 (15.7.2021).

46 Siehe Art 138b B-VG.

47 VfGH 3.3.2020, UA 1/2020. Letztlich hob der VfGH allerdings wegen einer unzulässigen Änderung des Untersuchungsgegenstandes auf (Rz 200).

48 VfGH 3.3.2020, UA 1/2020 Rz 171.

49 VfGH 3.3.2020, UA 1/2020 Rz 172.

50 VfGH 3.3.2021, UA 1/2021.

51 VfGH 3.3.2021, UA 1/2021 Rz 103.

52 VfGH 3.3.2021, UA 1/2021 Rz 107.

53 VfGH 5.5.2021, UA 1/2021-39.

streckbaren Leistungsverpflichtung⁵⁴ durch sein Erkenntnis vom 3.3.2021 erfüllt sei. Bemerkenswerterweise zeigt sich durch diese Rechtsprechung des VfGH deutlich, dass in allen drei Entscheidungen letztlich nicht die vorgebrachten Problemstellungen im Vordergrund standen, sondern dass die parlamentarische Mehrheit bzw das BMF die formalen und prozeduralen Vorgaben nicht einhielten. Der VfGH ging daher in allen drei Fällen nicht auf die inhaltlichen Themenstellungen ein, sondern konnte auf formaler Ebene die „regierungsseitigen“⁵⁵ Vorbringen abweisen bzw der parlamentarischen Minderheit in ihrem Anliegen stattgeben. Zum Ausdruck kommt in diesem Konflikt zwischen Regierung und parlamentarischer Opposition somit eine Ignoranz gegenüber den einzuhaltenden Formalvorgaben: seien es die nicht bestehenden Kompetenzen des Geschäftsausschusses, den Untersuchungsgegenstand zu ändern, die Einhaltung der Begründungspflicht gegenüber dem UA bei Nicht-Vorlage von Dokumenten sowie die Umsetzung von Leistungsverpflichtungen, die durch das Erk des VfGH zum Ausdruck kommen. Insgesamt kam es durch die Weigerung, die Ende September 2020 geforderten Unterlagen an das Parlament zu übermitteln, zu einer Verzögerung von acht Monaten. Durch die Übermittlung der ausgedruckten 65.000 Seiten⁵⁶ am Tag des Exekutionsansuchens beim BPräs führte sich auch die Argumentation seitens des BMF ad absurdum, dass eine Übermittlung der Unterlagen unmöglich wäre. Auch wenn die rechtsstaatlichen Strukturen (VfGH, BPräs) eine Durchsetzung der parlamentarischen Informationsrechte ermöglichten, entstand ein signifikanter Schaden für die parlamentarischen Kontrollrechte. Die achtmonatige Verzögerung bedeutete, dass mehr als die Hälfte der Tätigkeitsdauer des UA⁵⁷ relevante Unterlagen nicht zur Verfügung gestellt wurden. Die schließlich erfolgte Übermittlung in Papierform und unter hoher Geheimhaltungsstufe⁵⁸ zeigte auf, dass selbst bei verfassungsrechtlicher Durchsetzung der parlamentarischen Rechte der UA konterkariert werden sollte. Nur unter Aufwendung aller verfassungsrechtlichen Möglichkeiten konnte es dem UA gelingen, die insb auch den einzuhaltenden Formalkriterien entgegengebrachte Ignoranz zu überwinden.

3.3. Zusammenfassung

Es kann in weiterer Folge weder auf die Problematik von Falschaussagen im UA noch auf die verfassungsrechtlich relevanten Konflikte mit der Gerichtsbarkeit, insb der WKStA, eingegangen werden. Während Falschaussagen im UA ebenso demokratische Problemstel-

54 VfGH 5.5.2021, UA 1/2021-39 Rz 52.

55 Dies betrifft auch die parlamentarische Mehrheit der Regierungsparteien im Parlament.

56 Die rund 8.000 E-Mails wurden auf 65.000 Seiten ausgedruckt und in 204 Ordnern übergeben; <https://orf.at/stories/3212568/> (1.6.2021).

57 Die Dauer ist mit 14 Monaten gem § 53 VO-UA begrenzt.

58 S dazu *Red*, Akten „geheim“ geliefert, Opposition fordert Blümel-Rücktritt www.wienerzeitung.at/nachrichten/politik/oesterreich/2103351-Bluemels-Akten-als-geheim-geliefert.html (1.6.2021); www.diepresse.com/5981113/ (1.6.2021).

lungen adressieren, bestehen beim medialen Angriff auf die Staatsanwaltschaft rechtsstaatliche Bedenken, politischen Druck auf die ermittelnden Behörden auszuüben.

Die Kriterien für eine Verfassungskrise liegen in dem untersuchten Konflikt zwischen Regierung und parlamentarischer Opposition indes vor. Durch die Nichtlieferung von Akten kam es zu Verfassungsverstößen durch den BMF. Die Konflikte zwischen den involvierten verfassungsrechtlichen Institutionen führten letztlich zu einer temporären Blockade des UA. Zudem wurde das Prinzip demokratischer Kontrolle durch den BMF unterlaufen und sowohl eine Verhinderung als auch eine qualifizierte Verzögerung von verfassungsrechtlichen Prozessen erreicht. Die Ignoranz gegenüber dem Parlament setzte sich sodann auch gegenüber dem VfGH fort und wurde erst durch den Exekutionsantrag überwunden. Auch wenn bis jetzt weder die Intensität noch die Dauer des Ortstafelkonflikts erreicht wurden, entstand doch ein tiefgreifender Konflikt von Verfassungsinstitutionen, der einer Verfassungskrise entspricht. Bei einer punktuellen Betrachtung erscheint durch das Zusammenwirken der verfassungsrechtlichen Institutionen ein gewisser Erfolg von Demokratie und Rechtsstaat bis Juni 2021 erfolgt zu sein; von einer Überwindung der Verfassungskrise kann allerdings noch nicht gesprochen werden. Die weiteren Entwicklungen werden vielmehr zeigen, ob dieser Zustand aufrechterhalten werden kann oder ob es zu einer Vertiefung der Verfassungskrise kommt.

Die dahinterstehenden tieferen Strukturprobleme des Umbruchs der Verfassung bzw auch Verwaltung, die zur Verfassungskrise beigetragen haben, sind damit aber nicht beseitigt und können an dieser Stelle nur angedeutet werden. Angesprochen sind damit einerseits die Politisierung und die fehlende Transparenz der Verwaltung⁵⁹ ebenso wie die Wechselwirkung von Messenger-Kultur (WhatsApp) und Message Control, Raum für Korruption, Manipulation von Medien und Kontrolle der Justiz, wie sie sich bei autoritären Entwicklungen, etwa in Ungarn,⁶⁰ gezeigt haben.⁶¹

4. Verfassungsrecht als Kriseninstrument?

Während in gesellschaftlichen Krisen rasch der Ruf nach der Exekutive und dem Ausnahmezustand laut wird, zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass typischerweise weder eine rechtliche Verschiebung zur Exekutive noch die Erklärung eines Ausnahmezustandes erforderlich ist. Die Ausgestaltung der österreichischen Verfassung nimmt daher zu Recht davon Abstand, große Ausnahmekonzepte zu etablieren.⁶² Bei Verfassungskrisen

59 Zum Entwurf eines Informationsfreiheitsgesetzes 95/ME, 27.GP, www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/ME/ME_00095/index.shtml (1.6.2021).

60 *Jakab* in *ÖJK/Müller* 99.

61 S zur Problematik auch im rechtsvergleichenden Kontext *Jakab*, Was kann Verfassungsrecht gegen die Erosion von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit tun? Zur Verbundenheit des Schutzes von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, *ZÖR* 2019, 369 (370 ff).

62 S *Vasek*, Braucht Österreich eine Ermächtigung zur Suspendierung der Grundrechte, in *ÖJK/Müller* (Hrsg), Die Krise der liberalen Demokratie? (2019) 267; *Reindl-Krauskopf/Schulev-Steindl* in *ÖJK/Müller* 229.

zeigt sich vielmehr, inwieweit eine Verfassung als Kriseninstrument ausgestaltet ist, um Verfassungskonflikte zu beheben bzw die Handlungsfähigkeit verfassungsrechtlicher Institutionen herzustellen.⁶³

Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass das B-VG ein ausgewogenes System an checks & balances zur Verfügung stellt, womit die Macht nicht bei einer Institution zusammenläuft, sondern durch die Ausdifferenzierung auf Bundesebene aber auch im bundesstaatlichen Zusammenspiel von Bund und Ländern eine robuste Machtverteilung besteht, die unterschiedliche verfassungsrechtliche Eskalationsstufen etabliert.

Letztlich hängt die Funktionsfähigkeit von Verfassungsinstitutionen und damit die Effektivität der Verfassung aber auch von der Verfassungskultur ab. Die analysierten Verfassungskrisen bezogen sich immer auch auf einen Einbruch in der Verfassungskultur, deren oberste Maxime die Ernsthaftigkeit im Umgang mit der Verfassung selbst ist und die damit zuallererst die Einhaltung der Verfassung selbst einfordert.

Konrad Lachmayer ist Universitätsprofessor für Öffentliches Recht, Europarecht und Grundlagen des Rechts an der Sigmund Freud Privatuniversität, Fakultät für Rechtswissenschaften in Wien; konrad.lachmayer@jus.sfu.ac.at

63 Verfassungen können allerdings nur bis zu einem gewissen Ausmaß den Bruch der Verfassung durch die vorgesehenen Prozesse bearbeiten. Bei einer Revolution bricht das (verfassungs-)rechtliche Steuerungssystem endgültig in sich zusammen und harrt einer Neuerrichtung.

Geld in der Krise

Reform der Geldpolitik oder Re-Design des Geldes?

Isabel Feichtner

1. Geld in der öffentlichen Debatte

Finanz-, Euro- und Coronakrise haben die Geldpolitik und ihre Zielsetzungen nachhaltig verändert.¹ Instrumente wie die quantitative Lockerung, dh der Ankauf großer Mengen an Wertpapieren und Staatsanleihen, die als „unkonventionelle Geldpolitik“ eingeführt wurden, sind heute wichtige Mittel, um nicht nur Preisstabilität, sondern auch die Stabilität der Währungsunion und, das wird während der Corona-Pandemie sehr deutlich, der europäischen Wirtschaft zu sichern.

In Verbindung mit einer neuen Dringlichkeit angesichts zunehmender Ungleichheit und Klimakrise, Zukunft politisch zu gestalten, hat diese Entwicklung eine breite Debatte über Geld(politik) ausgelöst. Dabei treffen unterschiedlichste Agenden, Ideologien und Akteur:innen aufeinander, von monetaristischen Verfechter:innen unabhängiger Zentralbanken über libertäre Advokat:innen eines Hayekschen Währungswettbewerbs zu Geldreformer:innen, deren Kritik am Geld- und Finanzsystem sich manchmal auch antisemitischer Stereotype bedient. Mein eigenes Interesse am Geld gründet in dem Bedürfnis die Strukturen politischer Ökonomie besser zu verstehen² und der Hoffnung, dass durch Veränderungen am Gelddesign potentiell weitreichende Transformationen ermöglicht werden könnten.

Im Folgenden skizziere ich zwei unterschiedliche Ansätze, Geld in Europa in den Dienst sozialökologischer Ziele zu stellen. Der eine fordert, Geldpolitik stärker an Werten und Zielen der EU, insbesondere dem Klimaschutz, auszurichten und demokratisch zu legitimieren. Der andere geht weiter und setzt am institutionellen Design des Geldes an. Durch institutionelles Re-Design soll Geld als öffentliche Infrastruktur konstituiert, Zugang zu Kredit demokratisiert und Wertschöpfung solidarischer und ökologischer werden.

2. Geldpolitik im Dienst der Werte der EU

Mit ihren Programmen zum Ankauf privater und öffentlicher Anleihen demonstriert die Europäische Zentralbank (EZB) ihre politische und wirtschaftliche Macht. Mit ihrer ex-

1 *Bateman*, Quantitative Easing, Quasi-Fiscal Power and Constitutionalism, justmoney.org 28.12.2020, <https://justmoney.org/will-bateman-quantitative-easing-quasi-fiscal-power-and-constitutionalism/> (14.6.2021); *Murau*, A Macro-Financial Model of the Eurozone Architecture Embedded in the Global Offshore US-Dollar System, GEGI Study, https://publications.iass-potsdam.de/pubman/faces/ViewItemOverviewPage.jsp?itemId=item_6000292, 12 ff.

2 *Arrighi*, The Long Twentieth Century (1994) (*Arrighi* bezeichnet den Geld- und Finanzsektor, *Braudel* folgend, als „the real home of capitalism“ (26)).

pansiven Geldpolitik konnte sie ein Auseinanderbrechen der Eurozone verhindern und mildert heute die durch die Pandemie verursachte Rezession. Neben der Machtfülle der EZB sind in den letzten Jahren auch die Verteilungseffekte ihrer Geldpolitik immer stärker zutage getreten, die zunehmend, auch von den Geld- und Finanzinstitutionen selbst, thematisiert werden.³ Die Macht der EZB und die mit ihrer Ausübung einhergehenden Verteilungseffekte sind Ausgangspunkt für Forderungen, die EZB solle ihre Geldpolitik stärker an den Werten und Zielen der Union orientieren.⁴ Einen wichtigen Stellenwert nimmt in dieser Debatte, die ua im Rahmen der Überprüfung ihrer geldpolitischen Strategie durch die EZB geführt wird, der Klimaschutz ein.

Konkret wird argumentiert, das „vorrangige Ziel“ der Preisstabilität (Art 127 Abs 1 S 1 AEUV) verpflichte die EZB, die Folgen der klimaschädlichen Aktivitäten bestimmter Industriezweige für die Stabilität des Finanzsystems in ihren geldpolitischen Entscheidungen stärker zu berücksichtigen.⁵ Außerdem solle die EZB von ihrem sogenannten sekundären Mandat iSd Klimaschutzes Gebrauch machen. Nach diesem Mandat muss die EZB „die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union“ unterstützen, „um zur Verwirklichung der in [Art 3 EUV] festgelegten Ziele der Union beizutragen“ (Art 127 Abs 1 S 2 AEUV). Um dieses Mandat zu erfüllen, solle die EZB nicht nur auf den Ankauf „dreckiger Anleihen“ verzichten, sondern auch verstärkt „grüne Wertpapiere“ ankaufen.⁶ Die Forderungen, Geldpolitik besser mit sozialökologischen Werten in Einklang zu bringen, beschränken sich nicht auf den Bereich des Klimaschutzes. In Neuseeland zB soll die Zentralbank künftig auch die Auswirkungen ihrer Geldpolitik auf Immobilienpreise berücksichtigen.⁷

Häufig werden diese Desiderate einer an sozialökologischen Zielen ausgerichteten Geldpolitik mit Vorschlägen zu Demokratisierung und Kontrolle der EZB verbunden. Mit diesen soll auch dem Einwand begegnet werden, die genannten Forderungen führten zu einer bedenklichen Politisierung der EZB.⁸ Weiche die EZB bei ihren Anleiheankäufen vom Prinzip der Marktneutralität ab und orientierte sie sich an politischen Zielen wie

3 *Aklin et al*, Does Central Bank Independence Increase Inequality?, World Bank Group Policy Working Paper, Januar 2021; auch das Bundesverfassungsgericht (BverfG) weist im PSPP-Urteil auf die Verteilungswirkungen der Geldpolitik hin: BVerfG 5.5.2020, 2 BvR 859/15 ua.

4 *Van't Kloosters*, The ECB's conundrum and 21st-Century monetary policy, Transformative Responses to the Crisis Report, https://transformative-responses.org/wp-content/uploads/2021/01/TR_Report_vant-Klooster_FINAL.pdf (21.6.2021).

5 *Van't Kloosters*, The ECB, the climate and the interpretation of “price stability”, justmoney.org 18.1.2021, <https://justmoney.org/the-ecb-the-climate-and-the-interpretation-of-price-stability/> (14.6.2021).

6 *Dafermos et al*, Decarbonising is easy, New Economics Foundation Report, Oktober 2020, <https://neweconomics.org/uploads/files/Decarbonising-is-easy.pdf> (21.6.2021).

7 *Smith*, New Zealand tells central bank to consider housing in policy decisions, Financial Times 25.2.2021, www.ft.com/content/0898db07-8ba5-43d7-a47a-de7bebad995e (21.6.2021).

8 *Weidmann*, How central banks should address climate change, Financial Times 19.11.2020 www.ft.com/content/ed270eb2-e5f9-4a2a-8987-41df4eb67418 (16.6.2021), mit dem Argument, es sei nicht die Aufgabe der Zentralbank politische Versäumnisse zu korrigieren.

dem Klimaschutz, so berge dies laut Kritiker:innen die Gefahr einer noch größeren, unkontrollierten Machtfülle der Zentralbank.⁹

Das Demokratiedefizit der EZB wird zumeist in unzureichender demokratischer Legitimation und Kontrolle der EZB verortet; *de Boer* und *van't Kloosters* sprechen von „Autorisierungslücken“¹⁰. Legitimation und Kontrolle sollen durch eine Spezifizierung des Mandats der EZB auf Grundlage von Art 129 Abs 3 AEUV durch Sekundärrecht im Wege des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens erfolgen. Außerdem wird darauf hingewiesen, dass Instrumente wie die Taxonomie nachhaltiger Wirtschaftsaktivitäten,¹¹ die zu berücksichtigenden Ziele operationalisieren könnten¹² und Parlamente ihre Fragerechte intensiver nutzen sollten, um von den Zentralbanken Rechenschaft einzufordern.¹³ Angesichts der Klimakrise ist die Forderung, die EZB dürfe nicht durch ihre Geldpolitik klimaschädigende Unternehmen unterstützen,¹⁴ berechtigt. Ein entsprechendes Verbot lässt sich auch plausibel mit dem geldpolitischen Mandat der EZB iVm den in Art 2 und 3 EUV niedergelegten Werten und Zielen der EU und der Querschnittsklausel des Art 11 AEUV, wonach die Erfordernisse des Umweltschutzes bei Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken berücksichtigt werden müssen, begründen.

Kritisch sehe ich jedoch die weitergehende Forderung, dass die EZB ihre Geldpolitik aktiv in den Dienst des Klimaschutzes stellen und eine „grüne quantitative Lockerung“ betreiben solle. Es mag zwar möglich sein, dass die Geldpolitik durch die demokratisch legitimierten Organe stärkere Orientierung am Ziel der Nachhaltigkeit erfährt und auch intensiver kontrolliert wird. Das ändert jedoch nichts daran, dass mit der Ausrichtung der Geldpolitik auf bestimmte, als nachhaltig qualifizierte Investitionen, Instrumente und Strukturen in den Dienst des Klimaschutzes gestellt werden sollen, die für die aktuelle sozialökologische Krise wachsender Ungleichheit und fortschreitender Vernichtung der Lebensgrundlagen mitverantwortlich sind.

Die Finanzindustrie ist nicht nur Quelle systemgefährdender Instabilität, sondern auch von Prozessen, die als *extraktiv* bezeichnet werden, da sie Profit generieren, ohne jedoch gesellschaftliche Gebrauchswerte zu produzieren.¹⁵ Geschäfte mit Derivaten zB können zu Preisschwankungen von Lebensmitteln führen, welche für eine Vielzahl von Menschen

9 Kritisch zum Prinzip der Marktneutralität: *Van't Klooster/Fontan*, The myth of market neutrality, *New Political Economy* 2019/25, 865.

10 *Nik de Boer/van't Klooster*, The ECB, the courts and the issue of democratic legitimacy after *Weiss*, *Common Market Law Review* 2020/57, 1689 (1691); für eine andere Perspektive auf das Demokratiedefizit der Geldpolitik: *Feichtner*, The German Constitutional Court's *PSPP* Judgment. Impediment and impetus for the democratization of Europe, *German Law Journal* 2020/21, 1090.

11 *EU Technical Expert Group on Sustainable Finance*, Taxonomy: Final report of the Technical Expert Group on Sustainable Finance, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/200309-sustainable-finance-teg-final-report-taxonomy_en.pdf (16.6.2021).

12 *Dafermos et al*, *New Economics Foundation Report*.

13 *Egidy*, Proportionality and procedure of monetary policy-making, *International Journal of Constitutional Law* 2021/19, 285 (305-307).

14 *Dafermos et al*, *New Economics Foundation Report*.

15 Vgl *Mazzucato*, *The Value of Everything* (2018) 146 ff.

existenzbedrohend sind. Ein stetig wachsender Forschungsbestand legt die Zusammenhänge zwischen Ungleichheit, Hunger und Umweltzerstörung einerseits und der (rechtlich konstituierten) Finanzwirtschaft andererseits dar.¹⁶

Die Zentralbanken und ihre Geldpolitik sind für die Stabilität und Funktionsweise dieser Finanzwirtschaft zentral. So fördert die EZB durch ihre Geldpolitik nicht nur das europäische Projekt einer Kapitalunion,¹⁷ sondern stellt auch sicher, dass den Finanzmärkten in ausreichendem Maße die für ihre Operationen notwendigen „safe assets“ in Form von Staatsanleihen zur Verfügung stehen. *Gabor* kommt zu dem Schluss, dass die EZB mit der Eurokrise zu einer Zentralbank der Finanzmärkte geworden sei.¹⁸ Aufgrund der hinter dem Ankauf von Staatsanleihen stehenden Rationalität der Absicherung der Finanzmärkte sei es auch falsch, wenn die aktuellen Ankäufe von Staatsanleihen im Rahmen von *Public Sector Purchase Programme* und *Public Emergency Purchase Programme* als Zeichen einer Wende von monetärer zu fiskalischer Dominanz interpretiert würden.¹⁹ Die Anleiheankäufe mögen zwar den fiskalischen Spielraum von Regierungen erweitern, sie sind vor allem aber Ausdruck der Bedürfnisse des Finanzsektors.

Vorschläge zu einer „Begrünung“ der Geldpolitik wollen die Gewinnorientierung der Finanzindustrie dadurch in nachhaltige Bahnen lenken, dass Klimaschutz zu einem attraktiven Anlageobjekt gemacht wird. Sie setzen an den Strukturen der Geld- und Finanzwirtschaft an, um sie für „gute“ Zwecke zu nutzen, wollen diese jedoch nicht transformieren. Vielmehr laufen sie Gefahr, diese Strukturen zu legitimieren und noch zu vertiefen.²⁰ Vor diesem Hintergrund erscheint es für die notwendige sozialökologische Transformation zielführender, nicht die Geldpolitik zu „begrünen“, sondern am Geld selbst anzusetzen.²¹ Durch ein Re-Design von Geld und seiner Institutionen könnten sowohl der Expansion extraktiver Wertschöpfung Grenzen gesetzt, als auch Produktionsverhältnisse grundlegender verändert werden.

3. Re-Design von Geld zur Demokratisierung von Wertschöpfung

Ich möchte hier nur zwei Optionen für ein Re-Design von Geld in den Blick nehmen: erstens die Schaffung digitalen Zentralbankgelds und zweitens Experimente mit sogenannten Komplementärwährungen.

16 *Chadwick*, Law and the Political Economy of Hunger (2018); *Sassen*, Expulsions: Brutality and Complexity in the Global Economy (2014) 117 ff.

17 *Murau*, GEGI Study, 21 ff.

18 *Gabor*, Revolution without revolutionaries. Interrogating the Return of Monetary Financing, Transformative Responses to the Crisis Report, 22, https://transformative-responses.org/wp-content/uploads/2021/01/TR_Report_Gabor_FINAL.pdf (16.6.2021); zur Bedeutung der Geldpolitik für die Finanzmärkte s auch *Gabor*, The (impossible) repo trinity, Review of International Political Economy 2016/23, 967; *Braun*, Central banking and the infrastructural power of finance, Socio-Economic Review 2020/18, 395.

19 *Gabor*, Revolution without revolutionaries.

20 Vgl *Dafermos/Gabor/Michell*, The Wall Street Consensus in pandemic times: what does it mean for climate-aligned development, Canadian Journal of Development Studies 2021/42, 238.

21 So hat zB *Teubner* im Zuge der Eurokrise am Vollgeldvorschlag *Hubers* illustriert, wie die Selbstkonstitutionalisierung des Wirtschaftssystems an dessen Medium, dem Geld, ansetzen könnte: *Teubner*, A Constitutional Moment? The Logics of ‘Hitting the Bottom’, in *Kjaer/Teubner/Febbrajo* (Hrsg), The financial crisis in constitutional perspective (2011) 3.

3.1. Digitales Zentralbankgeld: Konstitution des Geldes als öffentliche Infrastruktur und Demokratisierung von Kredit

Aktuell viel diskutiert und von einigen Zentralbanken erprobt, wird die Einführung digitalen Zentralbankgelds (Central Bank Digital Currency/CBDC). Die Diskussion dreht sich vor allem um die Einführung von CBDC als einer Parallelwährung. Würde Verbraucher:innen die Möglichkeit gegeben, Konten mit digitalem Zentralbankgeld zu halten, dann stünde ihnen neben Bargeld und Giralgeld (den Guthaben auf ihren Girokonten) eine weitere Geldart für Zahlungen zur Verfügung. Ein Vorteil von Zentralbankgeld liegt in seiner Sicherheit. Während Guthaben bei Geschäftsbanken durch staatliche Garantien gegen Verluste durch Bankenpleiten abgesichert werden müssen, ist das Zentralbankgeld so sicher wie der Bestand der Zentralbank selbst. Bei weiter Verbreitung von CBDC könnte außerdem die Wirksamkeit des konventionellen geldpolitischen Instrumentariums, etwa durch den Einsatz von Negativzinsen auf CBDC-Guthaben, erhöht werden. Zudem könnte unkonventionelle Geldpolitik über die Kreditierung von CBDC-Konten mit „Helikoptergeld“ betrieben werden; dh die Injektion von Liquidität in den Markt müsste nicht über Wertpapierkäufe, sondern könnte auch durch Überweisungen auf CBDC-Konten der Bürger:innen erfolgen. Schließlich würden die öffentlichen Einnahmen erhöht, denn der Ertrag der Schöpfung von CBDC kommt, wie auch der Ertrag aus der Emission von Bargeld, dem Staat zugute (sogenannte Seignorage).

Darüber hinaus gibt es aber sehr viel weitergehende Überlegungen, wie durch die Einführung digitalen Zentralbankgelds der Charakter des Geldes als öffentliche Infrastruktur gestärkt werden und der Zugang zu Geld und Kredit demokratisiert werden könnte. Sie greifen zum Teil die während der Finanz- und Eurokrise diskutierten Vollgeldvorschläge wieder auf.²² Die Optionen für das institutionelle Design sind vielfältig. Hier möchte ich nur auf einige Designvorschläge hinweisen, um anzudeuten, welche weitreichende Transformationen von Wertschöpfungsprozessen und den ihnen zugrundeliegenden sozialen Beziehungen durch ein institutionelles Re-Design des Geldes angestoßen werden könnten.²³

Mit der Einführung einer CBDC könnte zugleich Banken das Recht zur Geldschöpfung genommen werden. Seit der Finanzkrise ist zurecht häufig darauf hingewiesen worden, dass Banken durch die Vergabe von Darlehen Giralgeld schaffen²⁴ und wie diese private Geldschöpfung und ihre Profitorientierung zu Instabilität und extraktiver Wertschöpfung beiträgt.²⁵ Mit dem hier vorgestellten CBDC-Design würde die Geldschöpfung ganz

22 Das Anliegen verschiedener Vollgeldinitiativen ist es, öffentliche Währungssouveränität durch die (rechtliche) Beschränkung privater Geldschöpfung durch Banken zu stärken; s zB *Huber*, Monetäre Modernisierung. Zur Zukunft der Geldordnung. Vollgeld und Monetative⁹ (2016); andere Autor:innen sehen in einem Re-Design des Geldsystems zur Eindämmung privater Kompetenzen zur Schöpfung von Geld und Geldäquivalenten einen Beitrag zur Stabilität des Finanzsystems, s *Ricks*, The Money Problem (2016).

23 Ich orientiere mich hier an *Sigurjonsson*, Monetary Reform. A better monetary system for Iceland, Report commissioned by the Prime Minister of Iceland 2015 (beruhend auf Arbeiten von *Huber* und *Jackson & Dyson*) und *Omarova*, The People's Ledger, Cornell Law School research paper No 20-45 (2020/2021).

24 *McLeay et al*, Money Creation in the Modern Economy, Bank of Eng Q Bull 2014 Q1.

25 *Binswanger*, Die Wachstumsspirale (2006).

den Zentralbanken überlassen. Neben den schon genannten Vorteilen werden hierdurch weitere Optionen eröffnet, zum einen die Geldmenge und zum anderen die Verteilung des geschaffenen Geldes betreffend. Ein für Island ausgearbeitetes Vollgeldkonzept²⁶ legt die Entscheidung über die monatlich zu schaffende Geldmenge in die Hand der Zentralbank, die sich dabei an wirtschaftlicher Kapazität und Wachstumsprognosen orientieren sollte. Denkbar wäre, hier weitere Kriterien einzuführen, zB die Kopplung der Geldproduktion an verfügbare CO₂-Kontingente.²⁷ Über das Inverkehrbringen und die Verteilung des neugeschaffenen Geldes – etwa durch die Ausgabe bedingungsloser Grundeinkommen, Sozialleistungen in Abhängigkeit von Bedürftigkeit, Kredite an Unternehmen, Finanzierung von Infrastrukturprojekten – soll nach dem isländischen Vorschlag das Parlament entscheiden.

Neben technischen und wirtschaftlichen werfen diese Vorschläge auch eine Reihe von rechtlichen Fragen auf. Insbesondere in der EU ist zu klären, wie sie mit dem restriktiven Rahmen, den das Recht der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion mit seiner konzeptionellen Trennung von Geldpolitik einerseits- und Wirtschafts- und Fiskalpolitik andererseits vorgibt, zu vereinbaren sind. Diese Trennung hat sich wegen der vielfältigen Verknüpfungen von Fiskal- und Geldpolitik in der Praxis als nicht haltbar erwiesen.²⁸ Der EuGH hat zudem durch die Art und Weise, wie er durch seine Interpretation des EU-Rechts Widersprüche zur aktuellen Geldpolitik vermeidet,²⁹ die große Flexibilität vieler Rechtsnormen, einschließlich des Verbots der sogenannten monetären Staatsfinanzierung (Art 123 Abs 1 AEUV), demonstriert. Es ist daher nicht unvorstellbar, dass eine CBDC mit den hier vorgestellten Charakteristika einer rechtlichen Überprüfung standhalten könnte.

Festzuhalten ist, dass das hier angedeutete Re-Design das Potential hat, Geldschöpfung sowie die Verteilung von Geld und Kredit von Profitabilitätserwartungen abzukoppeln, die gegenwärtig die private Geldschöpfung leiten, sie stattdessen an sozialökologischen Kriterien auszurichten und zu demokratisieren. In Kombination mit regionalen Komplementärwährungen könnte dieses Potential noch erweitert werden.

3.2. Komplementärwährungen als *Civil/Commons Public Partnership*

Komplementärwährungen sind schon heute Gegenstand vielfältiger gesellschaftlicher Experimente. Der Begriff der Komplementärwährung ist weit und umfasst sowohl re-

26 Sigurjonsson, Monetary Reform.

27 Zu Währungsdesign im Dienste des Klima- und Umweltschutzes, s Douthwaite/Lietaer, The Ecology of Money (1999); Collins et al, Money. An introduction to energy currencies and accounting, NEF Report, https://b.3cdn.net/nefoundation/d5efb739f3fb9a137c_q2m6y7916.pdf (21.6.2021).

28 Dazu schon: Goodhart, The two concepts of money, European Journal of Political Economy 1998, 407; s auch Feichtner, Public Law's Rationalization of the Legal Architecture of Money, German Law Journal 2016/17, 875.

29 Zuletzt in Weiss: EuGH 11.12.2018, C-493/17, Weiss ua, ECLI:EU:C:2018:1000.

gionale Zeitbanken, Gutschein- und Barterssysteme³⁰ wie auch global gehandelte, Blockchain-basierte Kryptowährungen wie Bitcoin.³¹

Auch hier möchte ich nur einen einzelnen Typus – eurobasierte Regionalwährungen – darstellen und ausgewählte Designoptionen mit Blick auf ihr Transformationspotential vorstellen. Ein Bsp für eine Regionalwährung ist der *Chiemgauer*.³² Um den *Chiemgauer* nutzen zu können, ist eine Mitgliedschaft im gemeinnützigen *Chiemgauer* eV erforderlich. Diese ermöglicht zudem die Beteiligung an der Weiterentwicklung der Regionalwährung. *Chiemgauer* können gegen Zahlung von *Euro* erworben werden. Jeder Erwerb hat eine Spende in *Chiemgauer* an andere gemeinnützige Vereine iHv 3 % der Umtauschsumme zur Folge. *Chiemgauer* können in der Region in solchen Unternehmen zur Zahlung eingesetzt werden, welche sich zur Akzeptanz der Regionalwährung verpflichtet haben. Die Unternehmen können ihrerseits Zahlungen in *Chiemgauer* tätigen. Sie haben aber auch die Möglichkeit gegen eine Gebühr von 5 % des Umtauschbetrags die erhaltenen *Chiemgauer* zurück in *Euro* zu tauschen. Weiterhin ist der *Chiemgauer* als so genanntes Schwundgeld konzipiert, dh er verliert an Wert, wenn er nicht verausgabt wird. Das soll die Umlaufgeschwindigkeit erhöhen und verhindern, dass *Chiemgauer* als Wertespeicher verwendet werden. Die Regionalwährung fördert durch diese Charakteristika das Verständnis der Funktionsweise von Geld in der Bevölkerung; sie ermöglicht die demokratische Beteiligung an der Fortentwicklung der Regeln, nach denen die Regionalwährung funktioniert³³ und stellt ein alternatives Zahlungsmittel dar, das dem Erhalt regionaler Wirtschaftsräume dient.³⁴

Verknüpft mit weiteren Designoptionen und insbesondere durch die Ausgestaltung von Regionalwährungen als *Civil Public Partnerships* sind weitergehende Wirkungen zu erzielen. So ist denkbar, dass kommunale und regionale Förderungen zB für CO₂-Reduktions- und Kompensationsprojekte,³⁵ Corona-Hilfen oder ein Grundeinkommen in einer Regionalwährung ausbezahlt werden.³⁶ Wenn in diesen Fällen von einer 1:1 Deckung durch *Euro* abgewichen wird, so dient die Komplementärwährung der Schaffung zusätzlichen Kredits

30 Als Barterssysteme werden Komplementärwährungen wie *WIR* in der Schweiz oder *Sardex* auf Sardinien bezeichnet. Diese Bezeichnung ist allerdings etwas irreführend, denn diese Institutionen ermöglichen nicht Tauschhandel zwischen den beteiligten Unternehmen, sondern die Gewährung gegenseitigen Kredits. Deshalb werden sie im Englischen auch *mutual credit systems* genannt.

31 Gelleri, Policy spotlight. The Phenomenon of Complementary Currencies, justmoney.org, <https://justmoney.org/the-phenomenon-of-complementary-currencies/> (16.6.2021).

32 Gelleri, Der Chiemgauer in der Praxis, chiemgauer.info 8.5.2013, www.chiemgauer.info/fileadmin/user_upload/Basisinfo/Chiemgauer_praktisch.pdf (16.6.2021).

33 Aktuell soll der *Chiemgauer* mittels des sogenannten Klimabonus (Fn 35) zu einem effektiveren Klimaschutzinstrument weiterentwickelt werden.

34 Für weitere Designoptionen von Regionalwährungen: *Community Currencies in Action*, People Powered Money (2015).

35 S zB den *Chiemgauer Klimabonus*, www.klimabonus.info/hauptnavigation/regionen/region-chiemgau (18.6.2021).

36 Für ein institutionelles Experiment, welches eine Komplementärwährung mit einem Bürgereinkommen verbindet, s Belmonte, REC, citizen currency, Final report B-MINCOME project, https://rec.barcelona/wp-content/uploads/2020/02/informe-final_EN_compressed.pdf (21.6.2021).

und damit finanzieller Spielräume.³⁷ Akzeptiert die Kommune die Komplementärwährung als Zahlungsmittel in öffentlichen Einrichtungen oder zur Begleichung von Steuern, wie das bei einigen französischen und wallonischen Komplementärwährungen der Fall ist, wird außerdem die Attraktivität und Reichweite der Komplementärwährung erhöht; denn mehr Unternehmen werden bereit sein, sie ebenfalls als Zahlungsmittel zu akzeptieren. Aus der hier angedeuteten *Civil Public Partnership* könnte eine *Commons Public Partnership* werden, wenn die Komplementärwährungsinitiative selbst sowie die Zusammenarbeit mit Kommunen nach Prinzipien und Mustern des *Commoning* erfolgte.³⁸

Auch für das Design von Komplementärwährungen ist das Recht relevant; es dient einerseits als Baustein und begrenzt andererseits die Designoptionen. Grenzen können sich aus dem Finanzverfassungsrecht ergeben (Darf eine Kommune Zahlungen in Komplementärwährung entgegennehmen und tätigen?) und auch aus dem EU-Recht (Fallen digitale Komplementärwährungen unter die Bereichsausnahme der Zweiten Europäischen Zahlungsdiensterichtlinie³⁹?).⁴⁰ Diese Fragen werden in verschiedenen Europäischen Jurisdiktionen nicht einheitlich beantwortet. Es bestehen viele Rechtsunsicherheiten, aber auch Interpretationsspielräume, die kreativ genutzt werden.⁴¹

4. Mit Geld aus der Krise?

Durch die verstärkte Aufmerksamkeit für Geld und Vorschläge, die noch während der Eurokrise als „Spinnereien“ abgetan wurden, eröffnen sich neue Möglichkeiten für in-

37 S auch die Regionalwährungen im Kenyanischen Sarafu Netzwerk; *Ruddick*, Community Inclusion Currencies, White Paper 2011, <https://gitlab.com/grassrootseconomics/cic-docs/-/blob/master/CIC-White-Paper.pdf> (16.6.2021); kritisch hierzu: *Barinaga*, A route to commons-based democratic monies?, *Frontiers in Blockchain* 27.11.2020, www.frontiersin.org/articles/10.3389/fbloc.2020.575851/full (21.6.2021).

38 *Helfrich* und *Bollier* verstehen *Commons* als „lebendige soziale Strukturen, in denen Menschen ihre gemeinsamen Probleme in selbstorganisierter Art und Weise angehen“ und die durch Praktiken des *Commoning* entstehen und erhalten werden, s *Bollier/Helfrich*, *Frei, fair und lebendig. Die Macht der Commons* (2019) 20. In ihrem Buch *Frei, fair und lebendig* erläutern sie auch das Konzept einer Mustersprache des *Commoning*. Die Mustersprache des *Commoning* ist durch die Arbeiten des Architekten *Christopher Alexander* inspiriert und schöpft aus der sozialen Praxis Muster, dh bewährte Verfahren zur Lösung typischer Probleme in Prozessen des *Commoning*.

39 RL 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates v 25.11.2015, Art 3 lit k.

40 In Deutschland resultiert eine weitere rechtliche Grenze für Regionalpapierwährungen aus § 35 Bundesbankgesetz, der die unbefugte Ausgabe von Geldzeichen unter Strafe stellt. Da Komplementärwährungen den *Euro* lediglich ergänzen, nicht jedoch ersetzen, beschränkt Art 128 Abs 1 AEUV, der allein *Euro*-Banknoten den Status „gesetzliches Zahlungsmittel“ verleiht, ihre Etablierung und Nutzung nicht. Insbesondere überzeugt es nicht, wenn aus Art 128 Abs 1 AEUV ein Verbot von Zahlungen in Komplementärwährung an Kommunen oder öffentliche Einrichtungen abgeleitet wird. In *Häring v Hessischer Rundfunk* hat der EuGH entschieden, dass selbst das Verbot der Zahlung von Rundfunkgebühren mit Bargeld (also dem gesetzlichen Zahlungsmittel) gerechtfertigt sein kann, EuGH 26.1.2021, C-423/19, *Häring*, ECLI:EU:C:2021:63.

41 *Blanc*, Politiques territoriales de résilience et de transition écologique: La piste des monnaies locales, Terra Nova 17.6.2020, <https://tnova.fr/notes/politiques-territoriales-de-resilience-et-de-transition-ecologique-la-piste-des-monnaies-locales>, 18 f (zur privatrechtlichen Konstruktion, die es der Stadt Bayonne erlaubt, nicht nur Zahlungen in der Regionalwährung *Eusko* entgegenzunehmen, sondern auch zu tätigen); Komplementärwährungsexperimenten dienlich ist es, wenn das Recht – wie in Frankreich das Gesetz zur Sozialen und Solidarischen Ökonomie (loi Economie sociale et solidaire) von 2014 – eine grundsätzliche Aufgeschlossenheit gegenüber Regionalwährungen zum Ausdruck bringt.

stitutionelle Experimente zur Demokratisierung und Transformation von Wertschöpfungsprozessen. Geldexperimente werden nicht ausreichen, die radikalen gesellschaftlichen Veränderungen herbeizuführen, die notwendig sind, um die sozialökologische Krise zu überwinden.⁴² Auch wenn sie keine „Umwertung des Werts“ bewirken können,⁴³ so mögen die hier vorgestellte öffentliche Zentralbankwährung und Komplementärwährungen dennoch geeignet sein, kapitalistische Mehrwertexzesse einzudämmen, Zugang zu Geld und Kredit zu demokratisieren und „in den Poren des Kapitalismus“⁴⁴ Spielräume für lokale postkapitalistische Experimente zu schaffen.

Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Isabel Feichtner, LL.M. ist Professorin für Öffentliches Recht und Wirtschaftsvölkerrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und lebt in Frankfurt; feichtner@jura.uni-wuerzburg.de

42 Und sicherlich ist es auch notwendig darüber nachzudenken, wie solche gesellschaftlichen Bereiche ausgedehnt werden können, die nicht nach einer Geld- und Marktlogik operieren, hierzu *Preissig/Schubert/Lehner* (Hrsg.), *In Zukunft ohne Geld? Theoretische Zugänge & gelebte Alternativen* (2021); hierzu außerdem *Berger/Fattinger*, *Politische Ökonomie der Vielfachkrise. Wie das Kapitalverhältnis Recht und Ungleichheit (re-)produziert*, *juridikum* 2021, 404 in diesem Heft.

43 *Massumi*, 99 *Theses on the Revaluation of Value. A Postcapitalist Manifesto* (2018).

44 *Massumi*, 99 *Theses* 87.

The COVID-19 Pandemic as “Public Emergency”

Health Emergencies as Triggers for Derogation Clauses in International Human Rights Treaties

Andreas Th. Müller / Janine Prantl

1. Introduction

The SARS-CoV-2 virus (COVID-19) has confronted states and societies around the world with enormous challenges. As a response, states have taken numerous legal measures to combat the pandemic spread of the virus.¹ Indeed, they have positive obligations under human rights law to do so.² At the same time, measures adopted by states have resulted in the limitation of various human rights, thus raising a panoply of questions regarding the necessity and proportionality of such measures.³

In addition, in the course of the COVID-19 pandemic, numerous states have had recourse to derogation clauses,⁴ which are enshrined in most universal and regional human rights treaties (Section 2). Such clauses arguably allow for more drastic deviations from states’ human rights obligations than the limitation clauses contained in the respective human rights provisions. For the sake of the international human rights regime, it is all the more

1 See Sarah Joseph, ‘International Human Rights Law and the Response to the COVID-19 Pandemic’ (2020) 11 J Int’l Human Legal Stud 249, 249 ff.

2 See Joseph (n 1) 250 f.

3 Lockdowns, for instance, interfere with the freedoms of movement (Art 12 ICCPR; Art 2 ECHR; Art 22 ACHR), assembly (Art 21 ICCPR; Art 11 ECHR; Art 15 ACHR) and association (Art 22 ICCPR; Art 11 ECHR; Art 16 ACHR); the separation of families affects family and children’s rights (Arts 23, 24 ICCPR; Arts 8, 12 ECHR; Art 17 ACHR); bans on religious gatherings raise issues regarding the right to freedom of conscience and religion (Art 18 ICCPR; Art 9 ECHR; Art 12 ACHR); and court closures and trial delays encroach upon the right to a fair trial (Art 14 ICCPR, Art 6 ECHR; Art 8 ACHR); see eg Joseph (n 1) 255.

4 For derogations from the ECHR, see <www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354> 13 May 2021. For derogations from the ICCPR, see <www.ijrcenter.org/wp-content/uploads/2020/04/ICCPR-Derogations-28.apr_.20.pdf> 13 May 2021. For the suspension of guarantees under the ACHR, see <www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_suspension_guarantees.asp> 13 May 2021. See also Audrey Lebrét, ‘COVID-19 pandemic and derogation to human rights’ (2020) 7 Journal of Law and the Biosciences 1, 3; Patricia Zghibarta, ‘The Whos, the Whats, and the Whys of the Derogations from the ECHR amid COVID-19’ (*EJIL: Talk!*, 11 April 2020) <www.ejiltalk.org/the-whos-the-whats-and-the-whys-of-the-derogations-from-the-echr-amid-covid-19/> 13 May 2021; ‘OHCHR & Human Rights Committee address derogations during COVID-19’ (*IJRC*, 29 April 2020) <www.ijrcenter.org/2020/04/29/ohchr-human-rights-committee-address-derogations-during-covid-19/> 13 May 2021. As regards Liberia’s derogation from the ICCPR during the Ebola crisis in 2014, see Office of the President of Liberia, ‘President Sirleaf Declares 90-Day State of Emergency’ (2014) <www.bit.ly/2MZKNRa> 13 May 2021; see also Pedro A Villarreal, ‘Public Health Emergencies and Constitutionalism Before COVID-19: Between the National and the International’ in Richard Albert and Yaniv Roznai (eds), *Constitutionalism Under Extreme Conditions: Law, Emergency, Exception* (Springer 2020).

important to clarify whether, and to what extent, reliance on these derogation clauses is justified in a pandemic situation.

We can find common patterns in derogation clauses across the various international human rights instruments. Derogation from human rights guarantees generally requires: (i) The existence of a situation of emergency, (ii) the maintenance of proportionality, (iii) the protection of certain fundamental guarantees as non-derogable, (iv) non-discrimination, (v) the guarantee of other fundamental rights, and (vi) the publicity of the derogation measures.⁵

This paper does not so much deal with the rights states have derogated from⁶ or with the question whether the formal requirements provided in the respective international instruments have been met.⁷ It rather focuses on the first requirement, *ie* the existence of a situation of emergency. Against this background, the paper addresses the questions of whether, taken in abstract terms, a pandemic qualifies as a (health) emergency for the purposes of triggering the derogation clauses in international human rights treaties and whether this holds true for the COVID-19 pandemic more specifically.

The subsequent analysis scrutinizes the threshold for the existence of an “emergency” under pertinent derogation provisions in universal and regional human rights treaties, namely the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), the European Convention on Human Rights (ECHR), and the American Convention on Human Rights (ACHR) (Section 2). On this basis, the paper assesses whether pandemics qualify as emergencies for the purposes of the pertinent derogation clauses (Section 3). This not only includes the primary question of whether pandemics represent health emergencies in the meaning of the derogation clauses (Section 3.1), but also an analysis whether the socio-economic repercussions created by a pandemic can amount to a public emergency under the derogation clauses (Section 3.2).

2. The pertinent derogation provisions in international human rights treaties

Pursuant to Art 4 para 1 ICCPR, derogation is only possible “[i]n time of public emergency which threatens the life of the nation”. During the drafting process of that provision, it was not clear whether to include a derogation clause at all.⁸ Derogation was considered by some as unnecessary as states had earlier agreed on the possibility to limit rights under certain circumstances. Various provisions already contained the concepts of “national security”, “public order” or “public health”, allowing for limitations in

5 See *eg* Michael Lysander Fremuth and Andreas Sauer Moser, ‘Menschenrechte im Ausnahmezustand?’ (2020) 1 ZFMR 150, 154.

6 See *supra* n 3; see also Zghibarta (n 4).

7 See *eg* Fremuth and Sauer Moser (n 5) 154, 158, 162 f. As regards the notification requirement see Natasha Holcroft-Emmess, ‘Derogating to Deal with Covid 19: State Practice and Thoughts on the Need for Notification’ (*EJIL: Talk!*, 10 April 2020) <www.ejiltalk.org/derogating-to-deal-with-covid-19-state-practice-and-thoughts-on-the-need-for-notification/> 13 May 2021.

8 Paul Taylor, *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights* (Cambridge 2020) 109 f.

times of war or emergency situations. In this light, concerns arose that a general derogation clause could be misused in order to justify even farther-reaching limitations. It was therefore essential to define the conditions of public emergency in a manner not open to abuse. Accordingly, the emergency should be of such a magnitude as to threaten the life of the nation as a whole.⁹

In a similar vein, Art 15 ECHR allows Contracting States to derogate from their obligations under the Convention “[i]n time of war or other public emergency threatening the life of the nation”. This widely mirrors the language of Art 4 ICCPR.¹⁰ Art 15 ECHR differs from its role model, however, inasmuch as it expressly refers to war in addition to “other” public emergencies, thus opening up the horizon of Art 15 ECHR covering “a potentially infinite array of crises”.¹¹

Moreover, Art 27 ACHR permits derogation from treaty obligations in cases of “war, public danger, or other emergency that threatens the independence or security of a State Party”. The material provisions of this Article have been referred to as “more permissive”.¹² However, as with Art 4 ICCPR, disquietude about non-democratic regimes suspending human rights protection under the premises of an alleged emergency situation was also articulated with respect to Art 27 ACHR. In particular, the Inter-American Commission on Human Rights expressed concerns about “fictitious states of siege”.¹³ Other regional human rights instruments (such as the so-called Banjul Charter and the Human Rights Declaration of the Association of Southeast Asian Nations) do not contain analogous derogation clauses and are therefore not further examined in the present context.

3. Pandemics as “public emergencies” in the meaning of the derogation clauses

3.1. Health emergencies as “public emergencies” in the meaning of the derogation clauses

As regards the interpretation of Art 4 para 1 ICCPR, the Human Rights Committee (HRC), whose views deserve particular consideration in this regard,¹⁴ recognized that public emer-

9 In this light, Taylor points to the need for international scrutiny to counteract “the assertion of emergency situations by undemocratic regimes to suspend crucial constitutional protections when they are most urgently needed”, Taylor (n 8) 107, 109 f; see Sarah Joseph and Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary* (3rd edn, OUP 2015) para 26.51.

10 See Christoph Ashauer, ‘Die Menschenrechte im Notstand. Eine Untersuchung zu den Voraussetzungen der Derogation nach Artikel 15 EMRK unter besonderer Berücksichtigung der Figur des überpositiven Notstandes’ (2007) 45 AVR 400, 409; David Kretzmer, ‘Emergency, State of’ (*MPIL*, February 2008) para 7 <www.opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e786> 13 May 2021.

11 Alan Greene, ‘Separating Normalcy from Emergency: The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights’ (2021) 12 German LJ 1764, 1776.

12 Christina Binder, ‘Human Rights in Times of Emergency: An Inter-American Perspective with Special Focus on Defence of the Rule Of Law’ (2019) *Journal for Human Rights* 22, 29.

13 Secretariat of the Inter-American Commission on Human Rights, ‘Preliminary Study of the State of Siege and the Protection of Human Rights in the Americas’ (1963) OEA/Ser.LJ/V/II.8, doc.6; Binder (n 12) 29.

14 *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo)* [2010] ICJ Rep 639, 669, para 66); see Walter Kälin and Jörg Künzli, *The Law of International Human Rights Protection* (2nd edn, OUP 2019) 218 f.

gencies are not restricted to situations of war *stricto sensu*. In General Comment No 29, while emphasizing that “[n]ot every disturbance or catastrophe qualifies as a public emergency which threatens the life of the nation”,¹⁵ the HRC acknowledged that “a natural catastrophe, a mass demonstration including instances of violence, or a major industrial accident”¹⁶ may qualify as such. Against this background, also an epidemic or pandemic can amount to a “public emergency which threatens the life of the nation”.¹⁷

The examples provided indicate that not much depends on whether the emergency is man-made (eg a mass demonstration) or non-man-made (eg a natural catastrophe). Hence, there is no need to look into the question of how a pandemic came into existence. The only exception would be if the state seeking to rely on Art 4 para 1 ICCPR itself orchestrated a pandemic situation (ie in state laboratories) in order to induce a public emergency. Such state would indeed be prevented from relying on the derogation clause under the *estoppel* doctrine, which protects legitimate expectations induced by the conduct of an international act, and represents the principle of good faith in international relations.¹⁸

More important than the type of emergency are its extent and dimension. Art 4 para 1 ICCPR can only be drawn upon if a health emergency “threatens the life of the nation”. The same applies to Art 15 ECHR, which has been interpreted by the European Court of Human Rights (ECtHR) as referring to an “exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed”.¹⁹ As has been rightly stated, the emergency in question must affect “the physical integrity of the population, the political independence or the territorial integrity of the state, or the existence or basic functioning of institutions indispensable to ensure and protect the rights recognised in the

15 HRC, ‘General Comment No. 29: States of Emergency (Article 4)’ (2001) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, para 3 <www.digitallibrary.un.org/record/451555?ln=en> 13 May 2021. See already HRC, ‘CCPR General Comment No. 5: Article 4 (Derogations)’ (1981) HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), para 3. See in general Sarah Joseph, ‘Human Rights Committee: General Comment 29’ (2002) HRLR 81, 81 ff.

16 HRC, ‘General Comment No 29’ (n 15) para 5.

17 See in a similar vein Taylor (n 9) 108: “epidemic, natural or industrial catastrophe”; see also Adlina Ponta, ‘Human Rights Law in the Time of the Coronavirus’ (20 April 2020) ASIL Insights <www.asil.org/insights/volume/24/issue/5/human-rights-law-time-coronavirus> 13 May 2021; Ronald St J MacDonald, ‘Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights’ (1998) 36 Colum J Transnat’l L 225, 235; Kanstantsin Dzehtsiarou, ‘Covid-19 and the European Convention on Human Rights’ (*Strasbourg Observers*, 27 March 2020) <www.strasbourgobservers.com/2020/03/27/covid-19-and-the-european-convention-on-human-rights/> 13 May 2021; Jeremy McBride, ‘An Analysis of Covid-19 Responses and ECHR Requirements’ (*ECHR blog*, 27 March 2020) <www.echrblog.com/2020/03/an-analysis-of-covid-19-responses-and.html> 13 May 2021; Fremuth and Sauermoser (n 5) 163; Joseph (n 1) 267; Holcroft-Emmess (n 7); Council of Europe, ‘Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID 19 sanitary crisis. A toolkit for member states’ (7 April 2020) SG/Inf(2020)11, 2 <www.rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40> 13 May 2021.

18 See eg James Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law* (9th edn, OUP 2019) 406 f; Thomas Cottier and Jörg Paul Müller, ‘Estoppel’ (MPIL, April 2007) <www.opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1401?rskey=SyGWM5&result=1&prd=MPIL> 13 May 2021.

19 *Lawless v Ireland* (No 3) App no 332/57 (ECtHR, 1 July 1961) para 28. See Inter-American Court on Human Rights (IACtHR), *Habeas Corpus in Emergency Situations*, Advisory Opinion OC-8/87, IACtHR Series A No 8 (30 January 1987) paras 19, 21.

Covenant”.²⁰ It is well plausible to argue that a pandemic situation such as the COVID-19 pandemic indeed affects the physical integrity of the population by constituting an immediate threat to life and limb of thousands and millions of persons. In a similar vein, in the very context of the present pandemic, the HRC recognized that “States parties confronting the threat of widespread contagion may, on a temporary basis, resort to exceptional emergency powers and invoke their right of derogation from the Covenant under article 4 provided that it is required to protect the life of the nation”.²¹

The question still remains whether the reference to “nation” requires that the whole population and the whole territory of a state must be affected. Being faithful to the manner in which the derogation clause in question is drafted, one should not exclude its application if and as long as a health emergency, even if (still) confined to a certain corner of the country, is so grave that it actually threatens the life of the whole nation. Hence, under this provision “emergencies with severe, yet geographically limited impact should still give States rights to make appropriate derogations”.²² This is also recognized by the *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights* inasmuch as they refer to a situation of emergency affecting “the whole of the population and either the whole or part of the territory of the state”.²³

This need not be seen as a deviation from the approach taken by another pertinent *soft law* instrument, *ie* the *Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*.²⁴ It defines public emergency as an exceptional situation of crisis or public danger “which affects the whole population or the whole population of the area to which the declaration applies and constitutes a threat to the organized life of the community of which the state is composed”.²⁵ While accepting that the emergency can be “restricted” to the population of a certain area, it must still be of a dimension so as to threaten the organized life of the community of which the state is composed.²⁶

This reasoning is corroborated by both instruments’ acknowledgment that the exceptional situation of crisis or public danger may be “actual or imminent”²⁷ in character,²⁸

20 American Association for the International Commission of Jurists, ‘Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights’ <www.icj.org/wp-content/uploads/1984/07/Siracusa-principles-ICCPR-legal-submission-1985-eng.pdf> 13 May 2021, no 39 lit b; see also Report ‘The Protection of Human Rights in Connection with the Suspension of Constitutional Guarantees’ (13 April 1964) OEA/Ser.L/V/II.9, doc.14 as cited in Claudio Grossman, ‘A Framework for the examination of states of emergency under the American Convention on Human Rights’ (1986) 1 Am U J Int’l L & Pol’y, 35, 45.

21 HRC, ‘Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic’, CCPR/C/128/2 (30 April 2020) para 2 <www.digitallibrary.un.org/record/3863948?ln=en> 13 May 2021.

22 Joseph and Castan (n 9) para 26.54; see also Taylor (n 9) 110; Joseph 2002 (n 15) 83.

23 No 39 lit a Siracusa Principles (n 20).

24 Richard B Lillich, ‘The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency’ (1985) 79 Am J Int’l L 1072.

25 No 1 lit b Paris Minimum Standards (n 24).

26 See MacDonald (n 17) 239 f; Alan Greene, ‘Derogating from the European Convention on Human Rights in Response to the Coronavirus Pandemic: If not Now, When?’ (2020) EHRLR 262, 274; Kretzmer (n 10) para 11.

27 No 39 Siracusa Principles (n 20); No 1 lit b Paris Minimum Standards (n 24).

28 The European Commission of Human Rights and the ECtHR have recognized that the purpose of derogation was, amongst others, to protect against future risks; see *Denmark v Greece* App no 3321/67 (European Commission of

while insisting, however, that the concept of imminence must not be conflated with “[m]ere potential dangers, latent or speculative in nature”.²⁹ Given the fact that we are dealing with (highly) contagious diseases, it may well be the case that a health emergency in a certain region which, at that moment in time, represents an immediate danger to the population living there will easily and quickly turn into a health threat for the country and its population as a whole. Today’s actual health emergency for a territorially restricted area may simultaneously constitute an imminent health risk for the overall population of the country and in that very sense “threaten the life of the whole nation”.³⁰ Whether this is actually the case will depend on the circumstances of a given situation, notably factors such as the rapidity of the pathogen’s spread and its mortality, population density, geo-environmental factors affecting the diffusion of a pandemic (eg air pollution),³¹ the general health care situation in the respective country, as well as potential risks for particularly vulnerable persons (eg elderly people, pregnant women, persons with disabilities, persons with pre-existing health conditions such as cancer, diabetes or chronic heart, kidney, liver and lung diseases).³² Irrespective of whether states are expressly conceded to enjoy a (considerable) “margin of appreciation” in this regard,³³ identifying, evaluating and weighing these factors is a complex endeavor involving various scientific assessments, but also value judgments.

For purposes of “rationalizing” states’ recourse to declaring health emergencies, the institutional framework of the World Health Organization (WHO) may offer useful guidance. Under Art 12 of the International Health Regulations 2005 (IHR),³⁴ the WHO

Human Rights, 5 November 1969) para 182; *A and Others v UK* [GC] App no 3455/05 (ECtHR, 19 February 2009) para 177; *Ireland v UK* App no 5310/71 (ECtHR, 18 January 1978) para 212; *Brannigan and McBride v UK* App nos 14553/89 and 14554/89 (ECtHR, 26 May 1993) para 54; *Marshall v UK* [dec] App no 41571/98 (ECtHR, 10 July 2001) 11.

29 Grossman (n 20) 42.

30 See Lebreton (n 4) 5: “The criterion of the imminent nature of the emergency is of crucial importance in context of pandemics, since it allows the states to anticipate and take early restrictive measures and derogations in order to avoid more severe derogations later”.

31 See Marion Coccia, ‘Factors determining the diffusion of COVID-19 and suggested strategy to prevent future accelerated viral infectivity similar to COVID’ (2020) *Sci Total Environ* <www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7169901/> 13 May 2021.

32 See Centers for Disease Control and Prevention, ‘People with Certain Medical Conditions’ <www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/need-extra-precautions/people-with-medical-conditions.html> 13 May 2021.

33 This becomes manifest in the *jurisprudence constante* of the ECtHR on Art 15 ECHR. The margin of appreciation doctrine relates both to the question of whether the threshold for threatening the life of the nation has been exceeded as well as to the assessment of the necessity of the measures taken; see *Ireland v UK* App no 5310/71 (ECtHR, 18 January 1978) paras 207, 212, 214, 220; *McCann v UK* App no 19009/04 (ECtHR, 13 May 2008) para 81: “a margin of appreciation must, inevitably, be left to the national authorities, who by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions”. Other international human rights institutions such as the HRC or the IACtHR have reservations with respect to applying the “margin of appreciation” doctrine; see eg Fremuth and Sauermoser (n 5) 159; Monika Polzin, ‘Der verrechtlichte Ausnahmezustand. Art. 15 EMRK und die Rolle des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte’ (2018) *ZaöRV* 635, 641 ff. But see also L C Green, ‘Derogation of Human Rights in Emergency Situations’ (1978) *Can Yearb Int Law* 92, 104.

34 International Health Regulations 2005, 2509 UNTS 79.

Director-General may determine whether an event constitutes a so-called “public health emergency of international concern” (PHEIC).³⁵ In the case of COVID-19, this was done on 30 January 2020,³⁶ thus only constituting the sixth time that this authority has been exercised so far.³⁷ In addition, the WHO Director-General declared COVID-19 to be a pandemic on 11 March 2020.³⁸

Although such declarations follow the specific institutional logic of the WHO and are not made in a domestic, but an international or global perspective, it may well be argued that – if such exceptional steps are taken by an independent institutional actor such as the WHO,³⁹ additionally taking into account the considerable scientific expertise it commands – this may serve as a valuable indicator for the existence of a national health emergency also for the purposes of the human rights derogations clauses. It must, however, be borne in mind that the existence of a global health threat which calls for a “coordinated international response”,⁴⁰ does not automatically imply that there also exists a health emergency in every single country and for the whole period that the pandemic lasts in the global perspective.

3.2. Socio-economic repercussions of a pandemic situation as “public emergencies” in the meaning of the derogation clauses

The much more challenging question is whether, and to what extent, the momentous socio-economic repercussions of the COVID-19 pandemic in particular, and pandemic situations in general, can amount to a relevant “public emergency” for the purposes of activating the human rights derogation clauses. The problem of whether economic causes may justify derogations from human rights has been controversially discussed in the pertinent scholarship.⁴¹

35 See the definition of PHEIC in Art 1 IHR: “[...] means an extraordinary event which is determined, as provided in these Regulations: (i) to constitute a public health risk to other States through the international spread of disease and (ii) to potentially require a coordinated international response”.

36 WHO, ‘WHO Director-General’s statement on IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCoV)’ (20 January 2020) <[www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ih-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](http://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ih-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov))> 13 May 2021.

37 See Armin von Bogdandy and Pedro A Villarreal, ‘Die Weltgesundheitsorganisation in der COVID-19 Pandemie’ (2020) *ZaöRV* 293, 296 f, 301, 307; Federica Paddeu and Michael Waibel, ‘The Final Act: Exploring the End of Pandemics’ (2020) 114 *AJIL* 698, 700 ff.

38 WHO, ‘WHO Director-General’s opening remarks at the media briefing on COVID-19 – 11 March 2020’ (11 March 2020) <www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020> 13 May 2021.

39 See, however, as regards the criticism with respect to the independence of the WHO, notably in view of the influence of China, Kristine Lee, ‘It’s Not Just the WHO: How China Is Moving on the Whole U.N.’ (*Politico*, 15 April 2021) <www.politico.com/news/magazine/2020/04/15/its-not-just-the-who-how-china-is-moving-on-the-whole-un-189029> 13 May 2021; Michael Collins, ‘The WHO and China: Dereliction of Duty’ (*CFR*, 27 February 2020) <www.cfr.org/blog/who-and-china-dereliction-duty> 13 May 2021.

40 See the definition of PHEIC in *supra* n 35.

41 See MacDonald (n 17) 235 f; Stephen P Marks, ‘Principles and Norms of Human Rights Applicable in Emergency Situations: Underdevelopment, Catastrophes and Armed Conflicts’ in Karel Vasak and Philip Alston (eds), *The international dimension of Human Rights* (1982) 175, 180-82; Joan F Hartman, ‘Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies’ (1981) 23 *Harv Int’l LJ* 1, 16.

This is a delicate field indeed, and it should first be noted that the afore-mentioned *Siracusa Principles* clearly state: “Economic difficulties *per se* cannot justify derogation measures”.⁴² This advises for caution in lightly accepting the availability of derogation clauses in case of any kind of disturbance or disorder. At the same time, inasmuch as the possible types of emergency situations are not limited by the respective clauses, in principle, also economic emergency situations may qualify for derogation under Art 4 ICCPR, Art 15 ECHR or Art 27 ACHR inasmuch as they meet the threshold of “threatening the life of the nation”. In the afore-mentioned sense, this requires that the physical integrity of the population, the political independence or the territorial integrity of the state, or the existence or basic functioning of its institutions be threatened.⁴³

Against this background, it becomes manifest (and this is also expressed by the *Siracusa Principles*) that, while socio-economic repercussions as such do not qualify as relevant public emergencies, they can well do so to the extent that they result in threatening the physical integrity of the population or the basic functioning of the state institutions. In the context of the COVID-19 pandemic and in view of its dire consequences at the social and economic levels, we have, however, not witnessed socio-economic repercussions of a dimension and degree reaching the relevant threshold for them (taken as such, *ie* isolated from the health concerns arising from the pandemic situation) to trigger the derogation clauses of the pertinent human rights instruments.

Social-economic disruptions in the context of the COVID-19 pandemic are especially prone to increase the likelihood of the emergency becoming permanent. The crucial point lies in the assessment of the end of the emergency which, for the purpose of preventing the abuse of human rights derogations, should rather be determined by the “biological” end of the pandemic. Even if the pandemic as an immediate threat to human health ends, the fear of the disease may remain.⁴⁴ Social unrest can, moreover, arise from the “fertile breeding grounds”⁴⁵ of the economic crisis that the pandemic spread of COVID-19 has triggered. Consequently, governments may want to justify actions to restore social stability – not without the threat of abuse, for instance, with regard to police and state security powers. It is here in particular where giving too much leeway to the “margin of appreciation” doctrine and not counter-balancing it by an effective international judicial supervision⁴⁶ can become dangerous.

4. Conclusion

A pandemic can qualify as a public emergency threatening the life of the nation for the purposes of activating the derogation clauses in international human rights treaties (no-

42 No 41 *Siracusa Principles* (n 20). See, however, Kretzmer (n 10) para 8, who acknowledges that “severe economic crises” can be a valid reason to justify proclaiming a state of emergency under Art 4 ICCPR.

43 See *supra* n 20.

44 Paddeu and Waibel (n 37) 702.

45 See Greene (n 26) 272.

46 See *eg Brannigan and McBride v UK* App nos 14553/89 and 14554/89 (ECtHR, 26 May 1993) para 43; see also *supra* n 33.

tably Art 4 ICCPR, Art 15 ECHR and Art 27 ACHR). This result is, generally speaking, independent from the fact whether the pandemic in question is (or is suspected to be) “man-made” or not.

A health emergency representing an immediate danger to the population living in a certain region of a given state may easily and quickly turn into a health threat for the country and its population as a whole. It may therefore constitute an imminent health risk for the overall population of the country and in that very sense “threaten the life of the whole nation”. To that extent, it may qualify as a health emergency capable of triggering the derogation clauses under the pertinent human rights instruments.

Answering the question of whether this is the case with respect to a given epidemic or pandemic situation requires a comprehensive assessment of all relevant circumstances. While states will enjoy a certain margin of appreciation, which must, however, be subject to international (judicial) supervision, a declaration by the WHO of the existence of a PHEIC may serve as a valuable objectifying indicator in this regard.

Socio-economic repercussions as such do not qualify as relevant public emergencies, but they might do so if they pose a threat to the physical integrity of the population or the basic functioning of the state institutions. Though, in the context of the COVID-19 pandemic, we have not witnessed socio-economic repercussions of a dimension and degree reaching the relevant threshold to trigger the derogation clauses under the pertinent human rights instruments.

Andreas Th. Müller is a Full Professor at the Department of European Law and Public International Law of the University of Innsbruck; andreas.mueller@uibk.ac.at

Janine Prantl is an LL.M. Candidate at Columbia Law School and PhD Candidate at the University of Innsbruck; janine.prantl@uibk.ac.at

Die „Pflegekrise“ als Krise der Arbeit sichtbar machen

Maria Sagmeister / Flavia Matei¹

Im Kontext der Pflege und Personenbetreuung² sind durch die Coronakrise Problemlagen und Strukturen zu Tage getreten, die ansonsten weitgehend unsichtbar bleiben. So standen sowohl 24-Stunden-Betreuer:innen also auch Angehörige pflegebedürftiger Personen vor großen Schwierigkeiten, als im Frühjahr 2020 aufgrund von Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie die Einreise nach Österreich erschwert wurde, denn man ist hier zum Großteil auf Arbeitskräfte aus Osteuropa angewiesen. Die Herausforderungen, die sich den Betreuer:innen stellen, sind zwar im Zuge der Krise besonders deutlich geworden, sie sind aber keinesfalls nur durch diese bedingt. 24-Stunden-Betreuer:innen kämpfen seit Jahren für eine Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen und höhere Werk-löhne, wobei angesichts der massiven Abhängigkeit von Vermittlungsagenturen oder von ihren Klient:innen und deren Angehörigen insb die Anerkennung ihrer Tätigkeit als Arbeitsverhältnis im Zentrum steht.³ Dieser Beitrag will einerseits Zusparungen in der Praxis angesichts der Coronakrise in den Blick nehmen und andererseits die gesetzlichen Rahmenbedingungen beleuchten, die – auch unabhängig von der Pandemie – im Argen liegen.

1. 24-Stunden-Betreuung in Zeiten von Corona

„Es ist eigentlich absurd“, so eine 24-Stunden-Betreuerin: „Gerade wenn die breitere Gesellschaft in Österreich zum ersten Mal bemerkt, wie sehr sie auf migrantische Arbeiter*innen angewiesen ist, verschlechtert sich die Situation für uns.“⁴ Sie verwies darauf, dass die Krise zwar die Notwendigkeit der Arbeit sichtbar machte, jedoch bislang keine

1 Wir danken *Simona Durisova* herzlich für ihre wertvollen Anmerkungen.

2 Die beiden Begriffe werden im medialen Diskurs oft synonym verwendet, sind aber rechtlich grundsätzlich zu unterscheiden. Personenbetreuung umfasst Tätigkeiten zur Unterstützung bei der Lebens- und Haushaltsführung, pflegerische Tätigkeiten dürfen Betreuer:innen nur nach Anleitung von Gesundheitspersonal vornehmen. Zugleich muss allerdings angemerkt werden, dass Betreuer:innen in der Praxis häufig pflegerische Tätigkeiten übernehmen müssen, und dies strukturell darin angelegt ist, dass das Hausbetreuungsgesetz (HBGeG) BGBl I 2007/33 idF BGBl I 2008/57 auf die Pflegebedürftigkeit der zu betreuenden Person abstellt. Viele Personenbetreuer:innen berichten etwa davon, für demenzkranke Personen verantwortlich zu sein.

3 *Durisova*, Die Organisation der Ausbeutung. Soziale und arbeitsrechtliche Benachteiligung der Pflege- und Betreuungskräfte im Rahmen der 24-Stunden-Pflege, unter besonderer Berücksichtigung der Rolle von Vermittlungsagenturen, unveröffentlichte Masterarbeit, Karl-Franzens-Universität Graz 2017, <https://unipub.uni-graz.at/obvugr/hs/content/titleinfo/2287178> (4.4.2021).

4 *Matei*, Wie sich 24-Stunden-Betreuerinnen in der Corona Krise organisieren, mosaikblog 8.4.2020, <https://mosaikblog.at/wie-sich-24-stunden-betreuerinnen-in-der-corona-krise-organisieren/> (4.4.2021).

arbeitsrechtliche Verbesserung brachte. Vielmehr verschlechterte sich die Lage zu Beginn der Krise zunächst. So wurden im Frühjahr 2020 Betreuer:innen eingeflogen,⁵ die zweiwöchige Quarantäne vor Beginn des vierwöchigen Turnus wurde allerdings ebensowenig entlohnt wie die erneute Quarantäne bei der Rückreise nach Rumänien.⁶ Die Betreuer:innen mussten im Ergebnis sechs Wochen in Österreich verbringen, und bei der Rückkehr für weitere zwei Wochen in Quarantäne, bekamen aber nur vier Wochen bezahlt. Krisenspezifische Forderungen lauteten daher nach Bewertung der Quarantäne als Arbeitszeit sowie nach zusätzlicher finanzieller Unterstützung für 24-Stunden-Betreuer:innen während der Coronakrise. Zudem wird von der *Interessengemeinschaft der 24-Stunden-Betreuer_innen* (IG24)⁷ auf fehlende gesundheitliche Schutzmaßnahmen hingewiesen: So wurde der Transport vom Wohnort zum Arbeitsplatz der so dringend benötigten Arbeitskräfte in überfüllten Minibussen organisiert, in denen der Sicherheitsabstand nicht eingehalten werden konnte.

In Folge wurde der sogenannte Bleib-Da-Bonus von 500 € brutto von Sozialminister und Soziallandesrät:innen beschlossen, der von April bis Dezember 2020 von selbstständigen Betreuer:innen, die in der Pandemie ihren Turnus verlängerten, einmalig beantragt werden konnte.⁸ Die Abwicklung des Bonus gestaltete sich länderspezifisch unterschiedlich und teilweise schwierig, so variierte etwa die Antragsberechtigung.⁹ Beispielsweise in Niederösterreich waren die Betreuer:innen nicht selbst zur Antragstellung berechtigt, die betreute Person bzw deren Vertreter:in musste den Bonus beantragen und in Folge an die Betreuer:in weitergeben.¹⁰ Ähnlich unübersichtlich gestaltete sich die Rückerstattung für die Kosten von PCR-Tests im Herbst 2020.¹¹ Die Abwicklung sowohl des Bonus als auch der Testkostenrückerstattung erfolgte weitgehend in Abhängigkeit von den betreuten Personen bzw in manchen Fällen von den Agenturen. Der mangelnde Zugang der eigentlichen Adressat:innen zu den Maßnahmen verweist bereits auf den arbeitsrechtlich widersprüchlichen Status der Betreuer:innen (2.).

5 Müller/Scherndl, Weitere Charterflüge sollen den Kollaps der 24-Stunden-Pflege verzögern, *derstandard.at* 1.4.2020, www.derstandard.at/story/2000116365801/ (24.6.2021).

6 Turnus bezeichnet die mehrwöchige Arbeitsperiode, für welche die Betreuer:in im Haushalt der zu betreuenden Person tätig ist.

7 Website der IG24 unter www.ig24.at (23.6.2021).

8 Länderrichtlinien auf Grundlage des § 2 Abs 2b Pflegefondsgesetz, geändert durch Art 44 des 2. COVID-19-Gesetz BGBl I 2020/16; vgl zB RL des Landes Tirol zur Förderung einer Sonderprämie für 24-Stunden-Betreuungskräfte zur Bewältigung der COVID-19 Krise, Beschluss der Tiroler Landesregierung v 21.4.2020, www.tirol.gv.at/fileadmin/themen/gesellschaft-soziales/soziales/Gesetze_Richtlinien/Richtlinie_500Eurobonus_24-Stunden-Betreuung.pdf (23.6.2021).

9 Bachmann, 24-Stunden-Betreuung: Das lange Warten auf den Bonus, *moment.at* 8.6.2020, www.moment.at/story/24-stunden-betreuung-das-lange-warten-auf-den-bonus (20.4.2021).

10 Bachmann, „Bleib da!-Bonus“ für 24-Stunden-BetreuerInnen: Erst lange nichts und dann kein Rechtsanspruch, *moment.at* 20.7.2020, www.moment.at/story/bonus-24-stunden-betreuerinnen-kein-rechtsanspruch (7.5.2021).

11 S zB NÖ: www.daheimbetreut.at/sites/default/files/downloads/PCR-Testung%20N%C3%96.pdf; Tirol: www.daheimbetreut.at/sites/default/files/downloads/Antragsformular%20Kostensersatz%20f%C3%BCr%20COVID-19%20Testungen%20von%2024-Stunden-Betreuungskr%C3%A4ften-3.pdf; Wien: www.wko.at/service/w/Antrag-Testkosten-Personenbetreuung.html (alle 13.6.2021).

Während der Pandemie wurden Turnusse bis zu dreimal verlängert, was freilich bedeutet, dass die betroffenen Arbeitskräfte in diesen Krisenzeiten nicht bei ihren eigenen Familien sein konnten, sondern bis zu drei Monate bei ihren Betreuungsfällen blieben. Hier zeigt sich im Konkreten, was ein zentraler Kritikpunkt in der allgemeineren Debatte um die Organisation kommodifizierter Sorgearbeit ist. Weltweit wird der Großteil der bezahlten Pflegearbeit von Frauen verrichtet, deren Arbeitsorte und -zeiten oft nur schwer mit eigenen familiären Pflichten vereinbar sind.¹² Zugleich stellt die Arbeit im Ausland oft den wesentlichen Teil des Familieneinkommens dar. Betreuer:innen, die aufgrund der Reisebeschränkungen nicht nach Österreich arbeiten konnten, sahen sich folglich mit enormen Einkommenseinbußen konfrontiert.

Grundsätzlich hatten die Betreuer:innen als Ein-Personen-Unternehmen in der Folge Anspruch auf Unterstützung aus dem Corona-Härtefallfonds,¹³ beim Zugang zu diesem traten allerdings erneut Schwierigkeiten auf. Ein offener Brief im April 2020 benannte neben sprachlichen Barrieren das Erfordernis einer österreichischen Steuernummer und eines österreichischen Bankkontos als Hürden.¹⁴ Über beides verfügen die wenigsten Betreuer:innen, denn sie bleiben aufgrund der schlechten Bezahlung und der Unterbrechungen zwischen den Turnussen oft unter dem Steuerfreibetrag von 11.000 €, zudem läuft die Abwicklung des „Honorars“ meist über die Vermittlungsagentur. Im Ergebnis hatten viele Betreuer:innen, die zwar in Österreich arbeiten und hier auch Sozialabgaben zahlen, zunächst keinen Zugang zum Härtefallfonds. Nach und nach verbesserte sich die Situation etwas, als die Einreise wieder möglich war, war es Betreuer:innen auch möglich, Bankkonten in Österreich zu eröffnen und ihren Anspruch aus dem Härtefallfonds geltend zu machen. Die Sprachbarrieren blieben allerdings ein Problem, da wesentliche Informationen nur auf Deutsch verfügbar waren.

Am Bsp des Härtefallfonds zeigt sich, dass grundlegende Probleme der Betreuer:innen mit ihrer formalen Selbstständigkeit zusammenhängen. Rechtliche Maßnahmen, die für traditionelle selbstständig Erwerbstätige gedacht sind, lassen sich kaum auf die Situation der 24-Stunden-Betreuer:innen übertragen. Entsprechend ist die Anerkennung der Arbeitnehmer:inneneigenschaft eine der zentralen Forderungen der IG24.¹⁵ Als Selbstständige, die zugleich aber in großer persönlicher wie auch wirtschaftlicher Abhängigkeit zu den Vermittlungsagenturen stehen, fühlen sich die Betreuer:innen durch die Wirtschaftskammer Österreich (WKO) – die zugleich die Interessen der Vermittlungsagenturen innerhalb derselben Fachgruppe „Personenberatung und Personenbetreuung“ vertritt – nicht repräsentiert, sind aber als Ein-Personen-Unternehmen auch nicht Teil der Arbei-

12 Lutz, „Die 24-Stunden-Polin“ – eine intersektionelle Analyse transnationaler Dienstleistungen, in *Klinger/Knapp/Sauer*, Achsen der Ungleichheit. Zum Verhältnis von Klasse, Geschlecht und Ethnizität (2007) 210 (216).

13 § 1 Abs 1 Bundesgesetz über die Errichtung eines Härtefallfonds (Härtefallfondsgesetz) BGBl 2020/16.

14 NN, Offener Brief an Bundesminister Mag. Gernot Blümel und Bundesministerin Dr. Margarete Schramböck, Breites Bündnis fordert Zugang zu Härtefallfonds für 24-Stunden-PersonenbetreuerInnen, OTS0007 29.4.2020, www.ots.at/presseaussendung/OTS_20200429_OTS0007.

15 S Forderungskatalog der IG24, <https://ig24.at/situation-loesungen/> (20.4.2021).

terkammer oder von Gewerkschaften. Zudem sind die ausländischen Betreuer:innen in Österreich nicht wahlberechtigt und sprechen teils nicht gut Deutsch, wodurch es für sie besonders schwer ist, sich politisches Gehör zu verschaffen.

2. Selbstständigkeit oder Arbeitnehmer:inneneigenschaft

Erstmals wurde die 24-Stunden-Betreuung mit dem Hausbetreuungsgesetz (HBeG) 2007 auf eine rechtliche Grundlage gestellt. § 1 legt fest, dass diese im Rahmen einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit erfolgen kann. Abschnitt 2 normiert als *lex specialis* zum Hausgehilfen- und Hausangestelltenrecht Bedingungen für Arbeitsverhältnisse; Abschnitt 3 regelt, iVm einem neu geschaffenen Gewerbe,¹⁶ qualitätssichernde Grundlagen für selbständige und unselbständige Tätigkeit. Bis dahin wurde die 24-Stunden-Betreuung meist in undokumentierten Arbeitsverhältnissen geleistet.¹⁷ Dies muss damit in Zusammenhang gesehen werden, dass die Erfordernisse des Jobs, insb die langen Arbeitszeiten, kaum mit üblichen arbeitsrechtlichen Standards vereinbar sind und insofern einer gesonderten Regelung bedurften. Kritisiert wurden die Maßnahmen zur Legalisierung der 24-Stunden-Pflege allerdings von Beginn an, etwa als Anreiz, Sorgearbeit in den Privathaushalt einzubinden, um den staatlichen Sektor zu entlasten und zugleich neue Märkte zu schaffen, wie die Vermittlung von Pflegekräften durch Agenturen.¹⁸ Inzwischen gibt es in Österreich über 964¹⁹ solcher Agenturen.

Kritik gab es insb auch hinsichtlich der Frage der Selbstständigkeit, da die Tätigkeit durch ihre Abstimmung auf die Bedürfnisse der zu betreuenden Person stark fremdbestimmt ist. Bereits anlässlich der Einführung des HBeG stellte ua *Tomandl* fest, dass auf Basis der rechtlichen „Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit keine Möglichkeit zu bestehen scheint, die persönliche Betreuung pflegebedürftiger Personen in ihrer Wohnung als selbständige Tätigkeit aufzufassen.“²⁰ Zugleich aber verweist er auf den ausdrücklichen gesetzgeberischen Willen dieses Verhältnis zu schaffen. Im Ergebnis geht er davon aus, dass ein selbständiges Betreuungsverhältnis dann vorliegt, wenn die Tätigkeit durch Sachzwänge und nicht durch Weisungen bestimmt werde.²¹ Diese Unterscheidung ist der Rsp zwar nicht fremd aber durchaus umstritten.²² *Mazal* warnt entsprechend davor,

16 §§ 159-161 Gewerbeordnung BGBl 1994/194 idF BGBl I 2020/65.

17 *Kretschmann*, Mit Recht regieren? Zur Verrechtlichung transmigrantischer 24-Stunden-Carearbeit in österreichischen Privathaushalten, in *Scheiwe/Krawietz*, Transnationale Sorgearbeit. Rechtliche Rahmenbedingungen und gesellschaftliche Praxis (2010) 199 (209).

18 *Aulenbacher/Dammayr*, Krisen des Sorgens. Zur herrschaftsförmigen und widerständigen Rationalisierung und Neuverteilung von Sorgearbeit, in *Aulenbacher/Dammayr*, Für sich und andere sorgen. Krise und Zukunft von Care (2014) 65 (69).

19 Vgl Suche über daheimbetreut.at, www.daheimbetreut.at/de/firmen-a-z?title=&location=&certs=&page=96 (5.6.2021).

20 *Tomandl*, Was ist selbständige Personenbetreuung? ZAS 2007/32, 196 (199).

21 Dies griff auch der OGH auf; OGH 24.10.2011, 8 Ob A17/11z, 14.

22 Vgl *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 101 ff.

bei der Beurteilung der Hausbetreuungstätigkeit andere Maßstäbe für die Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und anderen Vertragstypen anzulegen als in anderen Branchen.²³ Auch der OGH hat sich bereits mit der Abgrenzung selbst- und unselbstständiger Betreuung befasst.²⁴ Grundsätzlich sei bei der judizierten Abgrenzung der Vertragstypen zu bleiben, bei der ohnedies auf die Besonderheiten der jeweiligen Berufe abzustellen sei und bei manchen Berufen sowohl eine selbständige als auch unselbständige Tätigkeit in Betracht komme. Insbesondere scheint er hier aber an Vereinbarungen über einzelne Betreuungsleistungen, gerade nicht in Form der 24-Stunden-Betreuung, zu denken. Denn darüber hinaus gibt auch er an, „dass es durch die starke persönliche Komponente der Pflege häufig der gepflegten Person – falls diese überhaupt der Vertragspartner ist – ein Anliegen sein wird, die Pflege genau nach ihren Wünschen zu gestalten und sich die für das Dienstverhältnis typischen Weisungsbefugnisse vorzubehalten“²⁵. Er schließt aber auch nicht aus, dass zunehmend allgemein definierte Leistungen von eigenen Gewerbebetrieben angeboten werden.

Nunmehr ist die 24-Stunden-Betreuung zwar rechtlich gedeckt, die Betreuer:innen stehen aber insb durch die Abhängigkeit von Vermittlungsagenturen vor neuen Problemen.²⁶ Im Jahr 2019 waren 61.989 selbstständige Personenbetreuer:innen bei der WKO registriert, wobei der Frauenanteil bei 94 % lag und etwa die Hälfte aus Rumänien und ein Drittel aus der Slowakei kamen. Die Charakteristika der Selbstständigkeit, die den Ausschluss von bestimmten arbeits- und sozialrechtlichen Ansprüchen rechtfertigen, treffen auf sie nicht zu. Sie verfügen nicht selbst über ihre eigene Zeit und den Einsatz ihrer Arbeitskraft und haben keine (eigenen) Betriebsmittel. Was 2007 bereits kritisch prognostiziert wurde, erweist sich 14 Jahre später auch anhand der konkreten Ausformung typischer Verträge im Bereich der 24-Stunden-Betreuung als zutreffend. Typischerweise liegen dem Betreuungsverhältnis mehrere Verträge zugrunde, ein (meist unbefristeter) Organisationsvertrag zwischen Betreuer:in und Agentur, ein Vermittlungsvertrag zwischen Agentur und zu betreuender Person bzw deren Angehörigen und ein Werkvertrag zwischen Betreuer:in und betreuter Person bzw deren Angehörigen. Den Autorinnen liegen dutzende Verträge vor, einige wiederkehrende Aspekte werden hier aufgegriffen. Ganz wesentlich ist zu bemerken, dass der Gewerbesitz regelmäßig bei der Agentur (oder der zu betreuenden Person) angemeldet wird. Die Betreuerin kann zudem während eines Turnus nur für eine Person tätig sein, deren Bedürfnisse die Arbeit fremdbestimmen. In der Regel übernimmt die Betreuerin auch „kein wirtschaftliches Wagnis“²⁷, denn in den

23 Mazal, Hausbetreuung – kritische Aspekte, *ecolex* 2007, 580, kritisch auch *Ivansits/Weissensteiner*, Hausbetreuung aus sozialrechtlicher Sicht, DRdA 2008, 394; *Panhözl*, Verlängerung des Pflege-Übergangsgesetzes und 24-Stunden-Betreuung auf selbständiger Basis, DRdA 2007, 422.

24 OGH 24.10.2011, 8 Ob A17/11z; in diesem Fall stand allerdings nicht das Vorliegen des Arbeitsvertrags, sondern die richtige Subsumtion unter das Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz in Frage.

25 OGH 24.10.2011, 8 Ob A17/11z, 14.

26 *Pramer/Scherndl/Tomaselli*, Pflegerin Elena und ihre stille Armee, Reportage, *derstandard.at* 21.7.2018, *derstandard.at*/2000083855872 (6.6.2019).

27 *Tomandl*, ZAS 2007, 199 f.

Organisationsverträgen sind fixe Tagessätze vereinbart. Hinzukommt, dass die Honorare nicht zwischen der betreuenden Partei und dem Betreuer:in verhandelt, sondern von den Vermittlungsagenturen vorgegeben werden. Häufig liegen die Verträge nur auf Deutsch vor, der Forderung von Betreuer:innen nach Übersetzungsleistungen wird oft nicht nachgekommen, der Druck trotzdem zu unterschreiben, überwiegt allerdings in den meisten Fällen. Insbesondere auch da es Praxis ist, den Vertrag erst vor Ort in Österreich, oftmals erst am – von der Agentur, nicht der Betreuer:in bestimmten – Arbeitsort, also dem Haushalt der zu betreuenden Person, vorzulegen. Die Agenturen sind in der Regel auch für die Einhebung des Honorars von der zu betreuenden Person zuständig und führen davon direkt ihre Provisionen sowie die Sozialversicherungsbeiträge der Betreuer:in ab. Die Verträge enthalten zu diesem Zweck typischerweise eine Klausel, mit der eine Inkasso-Vollmacht ausgestellt wird. Diese Praxis hat sich etabliert, nachdem Betreuer:innen separate Vollmachten verweigert oder diese im Laufe der Zusammenarbeit zurückgezogen haben. Nunmehr ist der Vertragsabschluss häufig schlicht daran gekoppelt. Ebenso erwähnenswert ist das regelmäßige Bestehen von Vollmachten, die den Agenturen ermöglichen, in die Gewerbe der Betreuer:innen einzugreifen und An-, Um- und Abmeldungen vorzunehmen. Es kommt vor, dass die Agentur das Gewerbe abmeldet, ohne die Betreuer:in darüber zu informieren. Die Betreuer:in verliert dadurch ihren Versicherungsanspruch. Diese Manipulationen mit den Gewerben müssen zudem im Kontext der Migration gesehen werden, denn die Betreuer:innen verfügen meist über keinen Wohnsitz in Österreich, weswegen die meisten Gewerbe bei der Agentur oder dem Klient:in gemeldet werden. Dadurch kommt es zu massiven Abhängigkeiten. Die Betreuer:innen selbst weisen explizit darauf hin, dass sie in den allermeisten Fällen „beim Arbeitsort, der Arbeitszeit und hinsichtlich des Verhaltens bei der Arbeit an Weisungen ihrer KlientInnen und der AgenturbetreiberInnen“²⁸ gebunden sind. Der unternehmerische „Entscheidungsspielraum“²⁹ der 24-Stunden-Betreuer:innen ist durch diese Umstände deutlich beschränkt. All dies deutet auf Scheinselbstständigkeiten und das Vorliegen abhängiger Dienstverhältnisse zu den Agenturen hin.³⁰

3. Verortung der Pflegekrise als Krise der Arbeit

Während in der Debatte vielfach auf die „Pflegerkrise“ und den demografischen Wandel verwiesen wird – die Zahl der betreuungs- und pflegebedürftigen Menschen stieg in Österreich in den vergangenen 20 Jahren von ca. 280.000 auf 470.000³¹ –, wollen wir

28 IG24, <https://ig24.at/situation-loesungen/> (20.4.2021).

29 Tomandl, ZAS 2007, 199 f.

30 Markovic, 24-Stunden-Betreuung – die Ausbeutung muss beendet werden, a&w blog 21.6.2021, <https://awblog.at/24-stunden-betreuung-ausbeutung-muss-beendet-werden/?jetztlesen> (24.6.2021).

31 Bundespflegegeldbezieherinnen und -bezieher sowie Ausgaben für das Bundespflegegeld 1999-2019, www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/sozialeleistungen_auf_bundesebene/bundespflegegeld/020069.html (4.4.2021).

sie auch in krisenhaften wirtschaftlichen und arbeitsrechtlichen Entwicklungen verorten. Betreuer:innen sind nicht die einzigen Beschäftigten, die mit Herausforderungen durch Scheinselbstständigkeit oder prekäre neue Beschäftigungsformen ringen. Vielmehr lässt sich eine allgemeinere Tendenz beobachten, Beschäftigte aus dem Anwendungsbereich des Arbeitsrechts zu drängen und sie damit dessen Schutz zu entziehen.³² Viel diskutiert wird etwa der Bereich der sogenannten Plattformarbeit.³³ Dabei werden auf Abruf einzelne Dienstleistungen an wechselnde Vertragspartner:innen erbracht, verwaltet durch Online-Plattformen, die Kund:in und Dienstleister:in zusammenbringen. Bekannte Beispiele sind Essenszuliefer:innen, Fahrradbot:innen und der Personentransport im privaten PKW. In diesem Bereich herrschen hyperflexibilisierte und extrem nachfrageorientierte Vermittlungs- und Beschäftigungsverhältnisse, die das Risiko unproduktiver Zeit auf die Beschäftigten übertragen. Wie bei der 24-Stunden-Betreuung profitieren auch dort Vermittlungsinstanzen, ohne entsprechende Verantwortung gegenüber den Beschäftigten zu übernehmen, die faktisch stark von ihnen abhängig sind. Auch hier ist die angenommene Selbstständigkeit der Beschäftigten ein Problem, dem etwa mit einem Plattformarbeitsgesetz begegnet werden könnte, das von der (widerlegbaren) Arbeitnehmer:inneneigenschaft von Plattformarbeiter:innen ausgeht und somit eine Beweislastumkehr brächte.³⁴ Neben dem Problem der Scheinselbstständigkeit wächst auch die Gruppe der wirtschaftlich abhängigen Selbstständigen,³⁵ was die Frage aufbringt, ob nicht anstelle der persönlichen, die wirtschaftliche Abhängigkeit zum wesentlichen Faktor bei der Zuerkennung von Arbeitsrechten gemacht werden soll.³⁶ Während in Bereichen wie *Clickwork*, oder auch bei *Uber*, mehrheitlich Männer beschäftigt sind,³⁷ werden auch prekäre frauendominierte Tätigkeiten über Plattformen organisiert. So bietet die Vermittlungsplattform *Book a Tiger* schon in der Ergebnisseite von Google wörtlich die Option „Putzfrau buchen“³⁸ an.

Im Fall der migrantischen 24-Stunden-Betreuer:innen kommen intersektionale Verschärfungen hinzu, denn kommodifizierte häusliche Care-Arbeit muss vor dem Hintergrund ihrer Vergeschlechtlichung und Ethnisierung betrachtet werden.³⁹ Care-Arbeiter:innen befinden sich oft monatelang im Ausland, um für den Unterhalt ihrer Familien zu sor-

32 *Fusco*, Rethinking the allocation criteria of the labour law rights and protections: A risk-based approach, *European Labour Law Journal* 2020, 131 (131 ff.); zu wirtschaftlich abhängigen Selbstständigen *Williams/Lapeyre*, *Dependent self-employment: Trends, challenges and policy responses in the EU*, Working Paper No. 228, International Labour Organization 2017, www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_614176.pdf (21.6.2021); zum freien Dienstvertrag in Ö zB *Bramshuber*, The ‘personal work relationship’ in Austria, *European Labour Law Journal* 2019, 187 (189); zB im Bereich Elternschutz vgl *Sagmeister*, *Geschlechtergerechte Arbeitsteilung. Der arbeitsrechtliche Schutz von Eltern zwischen Zwang und Autonomie* (2021) 88 f.

33 *Gruber-Risak/Warter/Berger*, Plattformarbeit – was tun? AK Grundlagenpapier, Wien 2020.

34 *Gruber-Risak/Warter/Berger*, Plattformarbeit 2020, 10 f.

35 Vertiefend *Williams/Horodnic*, *Dependent Self-Employment. Theory, Practice and Policy* (2019).

36 *Fusco* verwendet den Begriff „economic weakness“ vgl *European Labour Law Journal* 2020 (131).

37 *Gruber-Risak/Warter/Berger*, Plattformarbeit 2020, 7.

38 S Google-Suche zu „Book a tiger“, www.google.com/search?b-d&q=bookatiger (23.6.2021).

39 Vgl *Sagmeister*, *Geschlechtergerechte Arbeitsteilung* 179 ff.

gen, und können sich währenddessen freilich nicht persönlich um ihre eigenen Familien kümmern.⁴⁰ Dies lenkt den Blick auf den Zusammenhang von bezahlter und unbezahlter Arbeit. „Global care chains“ entstehen, an deren unteren Ende Migrantinnen und ihre Kinder stehen.⁴¹ *Hochschild* prägte diesen Begriff in Bezug auf Kindermädchen in den USA und beschreibt dabei einen „Third World supply of mothering“, dem eine entsprechende Nachfrage im globalen Norden gegenübersteht.⁴² Globale sowie ökonomische Ungleichheiten im Allgemeinen spielen somit eine wesentliche Rolle bei der ungleichen Umverteilung von Reproduktionsarbeit.⁴³ So bedarf es auch eines niedrigeren Lohnniveaus in Osteuropa, damit die 24-Stunden-Betreuer:innen von den in Österreich gezahlten Löhnen ihre Familien erhalten können. Nationale Lohnunterschiede ermöglichen die Auslagerung von Arbeiten entlang diverser Ungleichheitsachsen sowie die Unterbezahlung von migrantischen Arbeitskräften. Für einzelne Frauen im Westen, die über die nötigen Ressourcen verfügen, mag dies durchaus Erleichterungen bringen – sie selbst entgehen der Doppelbelastung durch unbezahlte Arbeit, indem sie diese an andere delegieren. Freilich wird diese Arbeit im Zuge dessen kommodifiziert, die unbezahlte Arbeit der einen wird zur bezahlten Arbeit der anderen. So ist es erwähnenswert, dass auch die Angehörigenpflege großteils von Frauen getragen wurde und wird, aber aufgrund verschiedener gesellschaftlicher Entwicklungen, zu denen auch die höhere Erwerbsbeteiligung von Frauen zählt,⁴⁴ abnimmt.⁴⁵ Die „billigen“ Arbeitskräfte aus dem Osten füllen eine spürbare Lücke. Die Ausbeutung der Betreuer:innen ist somit aufs engste mit der Pflegekrise, oder besser mit der gesamten Krise der sozialen Reproduktion, verwoben. Österreich hat dringenden Bedarf an Arbeitskräften und „das krisenhafte Care-Regime wird so kurzfristig unter untragbaren Arbeitsbedingungen stabilisiert“⁴⁶. Die Organisation von Arbeit in einer Gesellschaft ist immer mit deren Reproduktion zusammenzudenken – dies wird noch augenscheinlicher, wenn soziale Reproduktion nicht mehr durch unbezahlte Arbeit im Privaten, sondern in Form bezahlter Dienstleistungen verrichtet wird. Tendenzen wachsender Ungleichheit werden derzeit auch unter dem Stichwort „Neofeudalismus“⁴⁷ diskutiert. Der heutige Kapitalismus weise politische und ökonomische Merkmale auf, die eher an feudale Strukturen erinnern. Während der Fo-

40 Lutz in *Klinger/Knapp/Sauer* 216; Zugleich stellen diese Arbeitsmigrantinnen in ihren Herkunftsländern (in Lutz' Bsp in den Philippinen) einen wesentlichen wirtschaftlichen Faktor dar und sind oft die Familienernährerinnen.

41 *Hochschild*, Global Care Chains and Emotional Surplus Value, in *Hutton*, On the edge: living with global capitalism (2001) 130 (140).

42 *Hochschild* in *Hutton* 140.

43 Lutz in *Klinger/Knapp/Sauer* 216.

44 Vgl. *Sagmeister*, Geschlechtergerechte Arbeitsteilung 178 f mwV.

45 73 % Frauenanteil laut *Nagl-Cupal et al*, Angehörigenpflege in Österreich. Einsicht in die Situation pflegender Angehöriger und in die Entwicklung informeller Pflegenetzwerke 2018, 7.

46 *Lichtenberger/Wöbl*, Strukturelle Sorglosigkeit: die 24-Stunden-Betreuung in der Covid-19-Krise, *Femina Politica* 2020/2, 133 (133).

47 *Dean*, Neofeudalism: The End of Capitalism? LA Review of Books 12.5.2020, <https://lareviewofbooks.org/article/neofeudalism-the-end-of-capitalism/> (13.6.2021); *Neckel*, Neofeudalismus, in *Heinrich-Böll-Stiftung*, Stichworte zur Zeit, Bielefeld 2020; *Kotkin*, The Coming of Neo Feudalism. A Warning to the Global Middle Class, New York 2020.

kus der Debatte auf der zunehmenden Rolle von Finanzkapital gegenüber der Produktion liegt, lässt sich hier auch die Zunahme von prekären Dienstleister:innen verorten.⁴⁸ So finden sich auch in der Debatte um Care Work in Privathaushalten immer wieder zutreffend Formulierungen wie „neue Dienstmädchen“.⁴⁹

4. Arbeitskrise und Arbeitskampf

Doch die Betreuer:innen organisieren sich selbst. Die IG24 ist ein selbstorganisierter, von Aktivist:innen unterstützter, überparteilicher Verband, der die Interessensvertretung dieser Berufsgruppe zum Ziel hat. Die Interessensgemeinschaft formuliert klare Ziele, betreffend die Anerkennung der 24-Stunden-Betreuer:innen als Arbeitnehmer:innen. Diese umfassen die Anstellung der Betreuungskräfte durch bereits etablierte gemeinnützige Sozialorganisationen, die über die zur Qualitätssicherung benötigte Infrastruktur verfügen. Für diese Arbeitsverhältnisse sollte sodann das Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz angewendet und bundesweit ein kollektivvertraglich festgelegter Mindestlohn eingeführt werden.⁵⁰ Alternativ wäre eine weitere Form der Anstellung nach dem „burgenländischen Modell“ vorstellbar.⁵¹ Als derzeit einziges Bundesland bietet das Burgenland seit 2019 an, dass sich pflegende Angehörige bei der Pflegeservice Burgenland GmbH, einer Tochter der Burgenländischen Krankenanstalten-GesmbH (KRAGES) anstellen lassen können.⁵² Anstellungsmodelle für pflegende Angehörige werden derzeit auch in Oberösterreich⁵³ und Wien⁵⁴ diskutiert. Mit der Einforderung fairer Arbeitsbedingungen ist, um mit den Worten einer 24-Stunden-Betreuerin zu schließen, nicht nur die Forderung nach sozialem Schutz, sondern auch nach Respekt und Menschenwürde verbunden.⁵⁵

Flavia Matei ist Architektin, Universitätsassistentin an der Kunstuniversität Linz und Mitgründerin des Vereins IG24 – Interessengemeinschaft der 24-Stunden-Betreuer:innen. Sie unterstützt ehrenamtlich seit vielen Jahren die Selbstorganisation der rumänischen 24h-Betreuer:innen; kontakt@ig24.at / drept@ig24.at / www.ig24.at

Maria Sagmeister ist Rechtswissenschaftlerin in der Forschungsplattform GAIN - Gender: Ambivalent In_Visibilities an der Universität Wien und ÖAW Post DocTrack Stipendiatin. Sie ist Mitherausgeberin des *juridikum*; maria.sagmeister@univie.ac.at

48 Vgl zB Dean, Neofeudalismus: „A property-less underclass will survive by servicing the needs of high earners as personal assistants, trainers, child-minders, cooks, cleaners, et cetera.“

49 Vgl grundlegend Lutz, Vom Weltmarkt in den Privathaushalt: Die neuen Dienstmädchen im Zeitalter der Globalisierung, Opladen 2007.

50 Bundesgesetz v 23.7.1962 über die Regelung des Dienstverhältnisses der Hausgehilfen und Hausangestellten (Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz) BGBl 1962/235.

51 IG 24, <https://ig24.at/situation-loesungen/> (15.6.2021).

52 § 14 Burgenländisches Sozialhilfegesetz 2000 (Bgl SHG 2000) i d F L G B l 2019/64.

53 NN, Pilotprojekt zur Anstellung pflegender Angehöriger, ooe.orf.at 12.7.2021, <https://ooe.orf.at/stories/3112307/> (15.7.2021).

54 NN, Stadt Wien will pflegende Angehörige anstellen, derstandard.at 5.7.2021, www.derstandard.at/story/2000127951909/ (15.7.2021).

55 Amnesty International, 24h-Betreuung in Österreich, Youtube, www.youtube.com/watch?v=kme9fWqELTI, Sek 45 (24.6.2021).

Politische Ökonomie der Vielfachkrise

Wie das Kapitalverhältnis Recht und Ungleichheit (re-)produziert

Christian Berger / Victoria Fattinger

Wirtschaftskrise, Finanzkrise, soziale und ökologische Krise. Flüchtlingsschutzkrise. Krise der Geschlechterverhältnisse. Pflege- und Versorgungskrise. Europa in der Krise. Krise der Demokratie, des Rechts und des Staates. Gesundheitskrise, Corona-Krise. Kapitalismuskrise. Die gegenwärtigen Krisen scheinen multipel und allgegenwärtig. In ihnen verschärfen sich ökonomische Konkurrenzverhältnisse und politische Feindschaftsorientierungen. Dieser aktuelle Zustand allgegenwärtiger Krisen ist allerdings nicht bzw nicht nur auf externe Faktoren zurückzuführen, sondern in der kapitalistischen Wirtschaftsweise vorprogrammiert. In diesem Artikel wollen wir uns daher damit auseinandersetzen, wie die aktuelle, multiple Krise politökonomisch eingeordnet werden kann und insb, welche Rolle dabei den gegenwärtigen Kapitalverhältnissen zukommt. Wir wollen aufzeigen, wie einige der bereits in diesem *thema* erwähnten und erörterten Krisenzustände, die auf den ersten Blick unabhängig voneinander wirken mögen, über das globale Wirtschaftssystem und das Credo der Profitmaximierung eng miteinander verbunden sind. Dementsprechend vernetzt müssen auch Lösungen für diese Krisen gedacht werden, worauf wir im letzten Teil dieses Beitrags eingehen.

1. Kapital(-ismus) und Krisentendenz

Das Wirtschaftssystem Kapitalismus muss zu seiner eigenen Aufrechterhaltung immer mehr und mehr Profit generieren; in seiner gegenwärtigen, finanzdominierten Form mittels Kapitalrenditen – bisweilen entkoppelt von realwirtschaftlicher Produktivität. Innerhalb der Wachstumsgrenzen unserer Erde bedeutet das ein andauernd tiefergehendes Kommodifizieren und Kommerzialisieren unterschiedlicher ökonomischer, ökologischer und sozialer Verhältnisse – so lange, bis diese Profitmaximierung an eine Grenze stößt, die sie nicht überwinden kann. Weil aber das System, in dem die resultierende Krise stattfindet, durch Globalisierung, Finanzialisierung und digitale Technologien hochgradig vernetzt ist, ergeben sich Wechselwirkungen auf andere Krisen bzw ist es wahrscheinlich, dass es nicht bei einer Krise bleibt, sondern dass weitere Krisenprozesse angestoßen werden – in diesem Zusammenhang wird nach *Demirović/Dück/Becker/Bader* in der Tradition neuerer Kritischer Theorie von einer Vielfachkrise gesprochen¹; ein Begriff der hier – im Anschluss an frühere Arbeiten² – synonym mit multipler Krise benutzt wird.

1 *Demirović/Dück/Becker/Bader*, VielfachKrise. Im finanzmarktdominierten Kapitalismus (2011).

2 *Berger/Ziolkowski/Schreiner*, Multiple Krisen des Selbst: Europa, Arbeit und Geschlecht (2016) 60.

Auf welchen Ebenen sich diese Krisen abspielen und wer von ihnen am meisten betroffen ist, ist dabei ein Resultat von bestehenden Macht- und/oder Kapitalverhältnissen. Und Kapitalverhältnisse sind aufgrund der Monopolisierung von Märkten und Konzentration von Kapital Herrschaftsverhältnisse.³ Das Rechtssystem selbst „rahmt die Verhältnisse“⁴ und trägt in dem Maße, in dem es durch Herrschaftsverhältnisse geformt werden kann, zur Absicherung und Verfestigung, ja rechtlichen Legitimität derselben bei. Plakativ ausgedrückt: Umso mehr ein (Rechts-)System durch das Kapital gestaltet werden kann, umso mehr haben diejenigen an der Spitze dieser Verhältnisse reale und auch legale Möglichkeiten, Systeme so zu nutzen und auszugestalten, dass Vermögenswerte geschützt, vermehrt und soziale Herrschaft weiter ausgebaut werden kann. Man denke nur an das internationale Steuerrecht oder das Investitionsschutzrecht. Nehmen wir Kapitalverhältnisse als quantitativ messbaren Ausdruck von verfestigten Machtverhältnissen – wie *Piketty* bekanntlich argumentierte, wird in einer Volkswirtschaft, in der Kapitalrenditen höher sind als die allgemeine Wachstumsrate, vererbter Wohlstand schneller anwachsen als erarbeiteter Wohlstand. Wird diesem Prozess nicht effektiv entgegengewirkt, erreicht die Konzentration von Wohlstand früher oder später ein Niveau, ab dem sie nicht mehr mit einer funktionierenden Demokratie kompatibel ist.⁵

Weniger quantitativ messbar, aber nicht weniger bedrohlich für eine funktionierende Demokratie, ist der Neoliberalismus bzw die neoliberale Neuordnung des Kapitalismus. In der neoliberal gewordenen Gouvernamentalität⁶ wird Gesellschaft primär über Märkte und Profitinteressen koordiniert, Kapitalgüter (wie Grund und Boden, Unternehmen, Schulden und Wissen) werden durch private Akteur*innen rechtlich codiert.⁷ Diese privaten Regulierungs-, Modulierungs- und Steuerungstechniken begleiten und befördern mithin autoritäre Tendenzen, wie *Michalitsch* pointiert analysiert:

„Die liberale Grenzziehung zwischen staatlicher Öffentlichkeit und marktlicher Privatheit wird aufgehoben, indem der Markt zum inneren Regelungsprinzip des Staates avanciert. Staatlichkeit wird privatisiert, staatliche Öffentlichkeit mit privater ökonomischer Rationalität aufgeladen. [...] [Der] Markt wird entgrenzt und integriert Staat und Gesellschaft. Die öffentliche Regierung des Staates transformiert sich zu einer privaten Regierung des Marktes, in der Staat und Gesellschaft aufgehen.“⁸

3 Vgl bspw *Vitali/Glatfelder/Battiston*, The Network of Global Corporate Control, PLoS ONE 6 (10): e25995.

4 *Baer*, Rechtssoziologie (2015) 134.

5 *Piketty*, Das Kapital im 21. Jahrhundert (2014).

6 *Foucault*, Geschichte der Gouvernamentalität I: Sicherheit, Territorium, Bevölkerung (2004); *Foucault*, Geschichte der Gouvernamentalität II. Die Geburt der Biopolitik (2004).

7 *Pistor*, Die Codierung von Kapital: Eine rechtliche Analyse der Ursachen wirtschaftlicher Ungleichheit, juridikum 2021, 75.

8 *Michalitsch*, Das Öffentliche ist privat! Markt-Regierung und Geschlechter-Herrschaft in *Kablert et al* (Hrsg), Privat/öffentlich: Gesellschaftstheoretische Relevanz einer feministischen Debatte (2021) im Erscheinen.

Innerhalb dieses Spannungsfeldes ist die aktuelle Vielfachkrise – eine ökologische Krise, die zu Verknappung von Lebensraum und damit Pandemien und Gesundheitskrisen führt, nichts anderes als die Kulmination jahrzehntelanger Krisenprozesse, die direkt oder indirekt Resultat kapitalistischen Wirtschaftens sind. Das bedeutet auch, dass diese Krisen, entgegen einiger vorherrschender Narrative zu ihrer Entstehung, nicht „von außen“ auf eine Gesellschaft im Gleichgewicht hereinbrechen, sondern als Ergebnis von Spannungen und Widersprüchen des herrschenden Systems zu begreifen sind, diesem also immanent sind.⁹

2. Die Vielfachkrise und das Vordringen der Marktlogik

Bei einer Vielfachkrise bestehen gleichzeitig unterschiedliche Krisenprozesse auf verschiedenen gesellschaftlich vermittelten Ebenen. Diese beeinflussen einander wechselseitig und sind miteinander verbunden. Aufgrund seiner engen Vernetztheit neigt der moderne, globalisierte Finanzkapitalismus sowohl iSd Wertschöpfung als auch im geographischen und technologischen Sinne besonders zu Vielfachkrisen. Dabei begann der Prozess dieser immer engeren Vernetzung des Wirtschaftssystems lange bevor von Globalisierung, Finanzialisierung und Digitalisierung die Rede sein konnte. Während wir heute ganz selbstverständlich, frei nach *Smith*, vom „selbstregulierenden Markt“ und der „unsichtbaren Hand“ sprechen,¹⁰ war „der Markt“ historisch betrachtet eine hochregulierte Institution, die nur in sehr eingeschränktem Ausmaß auf die existierenden Produktionsmittel zugreifen konnte. Wie *Polanyi* im Anschluss an *Marx*‘ These der ursprünglichen Akkumulation¹¹ feststellte, mussten die zentralen Produktionsmittel, Arbeit und Boden – und später auch Geld, zuerst kommodifiziert, also zu Waren und auf einem Markt handelbar gemacht werden, bevor diese angedachte Selbstregulierung möglich wurde.¹² Bis zur industriellen Revolution, argumentiert *Polanyi*, war der Markt und somit das Wirtschaftssystem stets in das bestehende Gesellschaftssystem eingebettet. Durch sich wandelnde Gesellschaftssysteme veränderten sich damit auch die institutionellen Rahmenbedingungen des Wirtschaftens.¹³ Erst die Kommodifizierung der Produktionsmittel machte eine „Selbstregulierung des Marktes“ möglich.

Dabei kann hier, wie *Federici* eindrucksvoll herausgearbeitet hat, nicht die Rede von einem organischen Übergang zwischen Feudalismus und Kapitalismus sein. Vielmehr

9 *Demirović/Dück/Becker/Bader*, Die multiple Krise – Krisendynamiken im neoliberalen Kapitalismus in *Demirović/Dück/Becker/Bader* (Hrsg), *VielfachKrise*. Im finanzmarktdominierten Kapitalismus (2011) 11.

10 *Smith*, *Der Wohlstand der Nationen* (1776) Buch 4, Kapitel 2.

11 *Marx*, *Das Kapital*. Erster Band (1867).

12 *Polanyi* schreibt in diesem Zusammenhang auch von der „Warenfiktion“, schließlich sind sowohl Arbeit als auch Boden qualitativ anders als eine Ware im ursprünglichen Sinn. So ist Arbeit ebensowenig ein physisches Gut, das sich verpacken und verkaufen lässt, wie sich Grund und Boden ohne weiteres von einem Ort zum anderen verpflanzen lassen; *Polanyi*, *The Great Transformation*. Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen (1944) 107 ff.

13 *Polanyi*, *The Great Transformation* 102 ff.

war die ursprüngliche „Akkumulation“ von Arbeitskraft, die für die Kommodifizierung notwendig war, ein bewusster, blutiger Prozess der herrschenden Klasse, dessen Ziel die Akkumulation von Unterschieden, Hierarchien und Spaltungen innerhalb der Arbeiter*innenklasse war, die die Herrschaft über die Arbeiter*innenklasse in der damaligen Form erst möglich machte.¹⁴

Auf desto mehr „Waren“ der Wirtschaftskreislauf dabei zurückgreifen kann, umso mehr Profit lässt sich aus diesen extrahieren.¹⁵ Das trifft im Kapitalismus, so wie wir ihn heute kennen, auf ehemals nicht oder kaum handelbare Formen von Arbeit, wie etwa Pflege- und Care-Arbeit (durch Agenturen oder global agierende Plattformen wie www.care.com), ebenso zu wie auf die Erschließung von Rohstoffen, auf Kunst und Kultur wie auf Bildung. Durch die Kommodifizierung dieser Bereiche wird ihnen gleichzeitig die Logik des Wirtschaftssystems übergestülpt, die die Maximierung von Profit durch relative Mehrwertproduktion – durch die Optimierung von Arbeitsprozessen und die Reduktion von notwendiger Arbeitszeit – an oberster Stelle platziert.

Welche Rolle fällt dem Recht im Rahmen dieser Krisen- und Akkumulationsdynamiken zu? Wie Recht und seine Inhalte sind auch die materielle Produktion sowie Akkumulationsdynamiken letztlich als ideologisch (über-)determiniert einzuordnen, da sie nicht „natürlich“ oder „bewegungsgesetzlich“, sondern in sozialen Kämpfen um Hegemonialität konstituiert werden.¹⁶ Daher sind Recht, Ökonomie und Ideologie weder in der theoretischen Analyse noch in der sozialen Wirklichkeit zu trennen. Im Recht verdichten sich rassifizierte¹⁷ und vergeschlechtlichte¹⁸ Klassenverhältnisse und bekommen eine spezifische Form, es funktioniert als „Mittel der Hegemonie“¹⁹ und ist somit zugleich Ausdruck, Katalysator und Instrument der bestehenden sozialen Kräfteverhältnisse. Als solches spielt es eine zentrale Rolle in der aktuellen Verdichtung der Krisentendenzen des Kapitalismus zur Vielfachkrise.

3. Care-Arbeit, Klimakrise und die Grenzen der Kommodifizierung

Sagmeister/Matei sind in ihrem Beitrag in diesem Heft bereits auf die sehr prekäre Situation von 24-Stunden-Pfleger*innen sowie deren gesetzliche Rahmenbedingungen eingegangen. Dass gerade derart harte, physisch wie psychisch belastende Arbeit nicht angemessen abgegolten wird, ist dabei nicht nur ein Ausdruck bestehender Machtverhältnisse, die sich in diesem Fall wie in anderen Fällen in den gesetzlichen Rahmenbedingun-

14 *Federici*, Caliban und die Hexe (2017) 82 ff.

15 Vgl. *Marx*, Das Kapital. Erster Band (1867); *Harvey*, Marx, Capital and the Madness of Economic Reason (2017) 26 ff.

16 *Buckel*, Neo-Materialistische Rechtstheorie in *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano* (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts (2009) 113 (131).

17 *Crenshaw/Gotland/Peller/Thomas*, Critical Race Theory: the key writings that formed the movement (1995).

18 *MacKinnon*, Toward a Feminist Theory of the State (1989).

19 *Baer*, Rechtssoziologie (2015) 136.

gen äußern, sondern auch eine Folge des Profitstrebens eines Systems, das sich auf relative Mehrwertproduktion durch Verbilligung bzw Entwertung von Arbeit stützt. In den 1970er-Jahren begannen Unternehmen und Staaten – oft verschuldungsbedingt, sich aus sozialen Sicherungssystemen und -versprechen zurückzuziehen, die Frauenerwerbstätigkeit stieg und Sorgearbeit wurde externalisiert – auf Familienmitglieder und Personen aus dem sozialen Nahbereich verlagert.²⁰ Dabei stehen die Entwicklungslinien der Rationalisierung und Vermarktlichung „privater Arbeit“ in der zweiten Hälfte des 20. Jhdts in direktem Zusammenhang mit der dominant werdenden Neoklassik im Wirtschaftsdenken. Die Neoklassik ist eine ökonomische Schule, die wirtschaftliches Handeln mittels methodologischem Individualismus als strikt rationales, Kosten und Nutzen maximierendes Handeln einzelner, autonomer Subjekte (Personen, Haushalte, Unternehmen) redefiniert und ökonomische Fragen und Probleme auf mathematische Modellmärkte reduziert. Die politische Dimension von Ökonomie wird in der Neoklassik de-thematisiert, wenngleich die neoklassische Wertlehre, die Nutzen als rein subjektiv determiniert definiert, sowie die Universalisierung von Warenform und Marktkonkurrenz in der Neoklassik politischen Interessen folgen. Der Ökonom *Becker* etwa hat den privaten Haushalt als Handlungsfeld für Nutzenmaximierung theoretisch erschlossen. Ressourcenknappheit und rationale Wahlentscheidungen wären auch in familiären und persönlichen Lebensbereichen relevant: „The economic approach is clearly not restricted to material goods and wants, *nor even to the market sector*“.²¹

Die neoliberale Wirtschaftspolitik hat entsprechende Weichen gestellt, ua rechtlich in Form der Personenfreizügigkeit, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheiten der europäischen Verträge.²² Diese sind mit beschäftigungspolitischen Bemühungen verbunden, den Dienstleistungssektor um „haushaltsnahe Dienstleistungen“ zu erweitern, um neue Unternehmensformen und Arbeitsplätze zu schaffen.²³ Gemeint sind sogenannte Home-Service- und Vermittlungsagenturen, die migrantische Arbeitskräfte als Au-pairs oder in prekären, primär geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen oder Formen neuer Selbstständigkeit aus EU-Drittstaaten vermitteln.²⁴ Privathaushalte im Globalen Norden positionieren sich auf dem „Weltmarkt“ als Arbeitgeber für Migrant*innen.²⁵ Das Arbeitsverhältnis von Haushalts-Arbeitsmigrant*innen ist als hochgradig personalisiert, abhängig, rechtlich und sozial unsicher und von international vermittelten Klassenhierarchien bestimmt zu charakterisieren.²⁶

20 *Fraser*, Who cares? Die Ausbeutung der Sorgearbeit im neoliberalen Kapitalismus, *Blätter für deutsche und internationale Politik* (Teil II) 5/2017, 91 (95).

21 *Becker*, *The Economic Approach to Human Behavior* (1976) 6 (Hervorhebungen hinzugefügt).

22 Primärrechtlich festgelegt in den Art 21 (Personenfreizügigkeit), Art 49 bis 55 (Niederlassungsfreiheit) sowie den Art 56 bis 62 (Dienstleistungsfreiheit) des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

23 *Schlager*, Unternehmen Haushalt: Aschenbrödels neue Kleider, *Kurswechsel* 2000/2, 100 (102).

24 *Aulenbacher/Leiblfinger/Prieler*, Ein neuer Sorgemarkt im Wohlfahrtsstaat: 24-Stunden-Betreuung in Österreich und Dienstleistungsangebote von Wiener Vermittlungsagenturen, *SPiD* Bd 19 (2018) 47.

25 *Haidinger/Knüttler*, *Feministische Ökonomie* (2016) 138.

26 *Sagmeister/Matei*, Die „Pflegekrise“ als Krise der Arbeit sichtbar machen, *juridikum* 2021, 395 in diesem Heft.

Die Folge ist eine Individualisierung von sozialer Verwaltung und Verantwortung, woran sich eine weitere Problematik des Vordringens der Marktlogik in private Verhältnisse offenbart: Wenn die Erbringung von Care-Arbeit marktlich organisiert wird, gibt das Staat und Politik die Möglichkeit, sich aus ihrer Verantwortung, sinnvolle Rahmenbedingungen für deren öffentliche Erbringung sowie adäquate Transferleistungen zu organisieren, zurückzuziehen.²⁷

Ein weiteres, man könnte sagen besonders klassisches, Bsp für die voranschreitende Kommodifizierung ist die Emission von CO₂-Zertifikaten. In diesem Fall wurde das ursprüngliche Problem, der industrielle Ausstoß von Treibhausgasen, durch die Emission der Zertifikate kurzerhand zu einer Ware – und damit auf einem neu geschaffenen Markt handelbar – gemacht. Marktlogik und Profitstreben haben die Klimakrise erzeugt, nun sollen sie also einen Beitrag zu ihrer Lösung leisten. Das zeigt auf, dass das gesellschaftliche Naturverhältnis im Kapitalismus nur durch und über die Warenform und im Rahmen marktlicher Privatheit denkbar ist.

An der Klimakrise offenbart sich eine weitere Problematik des Vordringens der Marktlogik aus politökonomischer Sicht: Auf einem „perfekten Markt“, wie ihn manche in der Tradition der Neoklassik denkenden Ökonom*innen gerne erschaffen würden, wären alle Bestandteile der Produktion, inklusive der Folgewirkungen des Produktionsprozesses, Teil des Marktes. Weil aber Umweltverschmutzung und die Klimakrise als Ganzes keinen konkreten Verursacher*innen zugeordnet werden können, können sie nicht in den Markt eingebracht und durch ihn reguliert werden. Das zeigt sich auch in den eingeschränkten Möglichkeiten, die unsere Rechtssysteme haben, um mit dieser Problematik umzugehen, insb in Abwesenheit eines Änderungswillens durch den Gesetzgeber.

4. Die Rolle des Rechts in der Krisenbewältigung

Auf die Gefahr hin, dass wir uns wiederholen: Wie die aktuelle Vielfachkrise nun abgearbeitet wird, ist eine Funktion bestehender Macht- und Kapitalverhältnisse. Dem Recht als (Ordnungs-)Instrument dieser Interessen kommt dabei eine besondere Rolle zu. Die Bewältigungsstrategien der Wirtschafts- und Finanzkrise ab 2007 durch die Europäischen Institutionen und Mitgliedstaaten haben – empirisch betrachtet – zu humanitären Verwerfungen in den Bereichen soziale Sicherheit, Bildung, Gesundheit, auf den Arbeitsmärkten, in Bezug auf Arbeitsschutzstandards sowie zu steigenden Armuts-, Suizid- und Kindersterblichkeitsraten geführt.²⁸ Die Reglementierung und Durchsetzung von euro-

27 Die Einordnungen in diesem Absatz orientieren sich unmittelbar an *Berger*, Soziale Reproduktion in der Krise: Feministisch-politökonomische Perspektiven auf Versorgungsökonomie und Strukturwandel, SPiD Nr 43 (2021) 69 (72).

28 *Stuckler/Basu*, The Body Economic. Why Austerity Kills. Recessions, Budget Battles, and the Politics of Life and Death (2013).

päischer Austeritätspolitik beruht auf verschiedensten Rechtsgrundlagen, deren demokratische Legitimität von wechselhafter Qualität ist.²⁹ Während ordentliche europäische Gesetzgebungsakte der EU-Kommission weitreichende Monitoring-Rechte zur Überwachung der Staatshaushalte der Mitgliedstaaten einräumen, wurde der Europäische Stabilitätsmechanismus (ESM-Vertrag oder auch „Euro-Rettungsschirm“) außerhalb der Unionsgrundlagen durch völkerrechtlichen Vertrag zwischen den Staaten der Eurozone begründet. Sogenannte *Memoranda of Understanding*, deren rechtliche Einordnung umstritten ist, normieren die in Austeritätsmaßnahmen übersetzten, ökonomischen Fiskal- und Strukturvorstellungen der „Institutionen“ (EK, Europäische Zentralbank und Internationaler Währungsfonds).³⁰ Die Auszahlung von Krediten ist an die Erfüllung dieser Maßnahmen geknüpft – und war eine Krisenbewältigungsstrategie mit weitreichenden, viel kritisierten ent-demokratisierenden Implikationen.

Der Europäische Fiskalpakt sieht wiederum eine verstärkte Zusammenarbeit im Bereich der Fiskalpolitik zugunsten von Haushaltsdisziplin vor: Nur Staaten, die den Pakt ratifizieren, können finanzielle Hilfen aus dem ESM erhalten. Teilnehmende Länder, deren strukturelle Defizite bestimmte Grenzen überschreiten, müssen ihre Budgets und Wirtschaftspartnerschaftsprogramme der EU-Kommission und dem Europäischen Rat vorlegen und genehmigen lassen und treten damit souveräne Rechte an EU-Institutionen ab. Die viel diskutierten Schuldenbremsen basieren hingegen auf nationalen Gesetzen. Im Zuge dieser Entwicklung wurde treffend eine Wende hin zum autoritären Krisenkonstitutionalismus festgestellt.³¹

5. Wirtschaftsverfassung weiter denken

Die Corona-Krise erweist sich als Katalysator für die schon bestehenden, vielfältigen Krisen der neoliberal fundierten Europäischen Union, die weder rechtlich noch privat/märktlich zu bewältigen sind. *Foucault* zeichnet in seinen Studien zum frühen Neoliberalismus nach, dass dieser selbst als eine Reaktion auf kapitalistische Krisen verstanden werden kann.³²

Die Vielfachkrise zeigt, dass es vielfach gesellschaftliche Bereiche und Ökonomien gibt, die aufgrund kapitalistischer Zwänge unter Druck geraten, dass das Funktionieren des Systems vom System, in dem der private Markt die vorrangige ordnungspolitische Größe ist, selbst gefährdet wird. Alte und neue Wettbewerbs- und Wirtschaftspolitiken und Regulierungsansätze, die das Funktionieren von Märkten als Primärziel setzen und die entsprechenden Koordinationsmechanismen optimieren wollen, verstetigen die Vielfach-

29 *Berger/Habnenkamp*, Austerität – Macht – Ungleichheit: Im Spiegel der jüngsten Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs, *politix* 2017/41, 38 (41 f).

30 *Fischer-Lescano*, Austeritätspolitik und Menschenrechte. Rechtspflichten der Unionsorgane beim Abschluss von *Memoranda of Understanding* (2013) 34 ff.

31 *Oberndorfer*, Vom neuen zum autoritären Konstitutionalismus, *Kurswechsel* 2013/1, 76.

32 *Foucault* zit nach *Michalitsch* in *Kablert et al* im Erscheinen.

krise. Sie ignorieren, dass soziale Reproduktion nach anderen Logiken (Sorge, Begrenztheit, Nachhaltigkeit, Abhängigkeit und asymmetrische Reziprozität³³) funktioniert und auch Grund- und Daseinsvorsorge sowie eine nachhaltige Wirtschaft nicht allein marktlich organisiert werden kann. Gerade in einem wirtschaftlichen (Krisen-)Kontext muss zudem darauf hingewiesen werden, dass die Frage nach der Abwägung von den im europäischen Wirtschaftsverfassungsrecht gewährleisteten Marktfreiheiten mit den als gleichrangig anzusehenden anderen wirtschaftlichen, kollektiven, sozialen und politischen Grundrechten der EU-Charta bisher praktisch noch weitgehend ungelöst ist.³⁴

Für eine generelle, progressive Lösung nicht nur dieses Defizits, sondern der skizzierten Krisentendenzen bräuchte es eine weiter gefasste, integrierte Wirtschaftsverfassung, in der sich alle die Gesamtwirtschaft ausmachenden Sektoren³⁵ für gutes, zukunftsfähiges Wirtschaften zusammenfinden. Die entscheidende Frage wird also sein, ob es gelingt, eine solche gemischtwirtschaftliche Ordnung³⁶ im Zuge von Krisenbewältigung und „Just Transition“ zu schaffen.³⁷

Dafür wiederum wird der globale und auch der „gemeinsame“ Markt sein Primat im Nachdenken über und Regulieren von Wirtschaft abtreten müssen. Er ist nicht in der Lage, Grund- und Daseinsvorsorge resilient zu organisieren. Das sind die Lehren aus zahlreichen gescheiterten Privatisierungs- und Restrukturierungsprojekten, der Coronapandemie und die Erkenntnis, die sich mit jeder Krise aktualisiert ins Bewusstsein drängt: Systemrelevantes und für das Leben Essenzielles muss unabhängig von Konjunkturen und Krisen zur Verfügung stehen. Neben die Marktfreiheiten wird ein Prinzip der sozial-ökologisch ausgerichteten Grundversorgung (inkl. Vorsorge und Fürsorge) treten müssen, wonach nicht der freie Verkehr von Waren und Kapital, sondern die für ein gutes Leben fundamentale Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen Telos und Regulierungsinhalt darstellen würde. Wichtig in diesem Zusammenhang wäre auch eine doppelte Dekommodifizierung: Entkoppelung der individuellen Marktposition von materieller und sozialer Sicherheit, sowie des Ausbaus und der Gestaltung von ökologischen Infrastrukturen von individuellem Konsum. Leitende Prinzipien wären mittel- und langfristige Planung, Kollaboration und Kooperation, Konsistenz, Suffizienz und Resilienz und „Sorge um andere und das Lebendige“³⁸. Die wirtschaftlichen, kollektiven, sozialen und politischen Grundrechte und Garantien auf europäischer und völkerrechtlicher Ebene bieten

33 Jochimsen, Die Gestaltungskraft des Asymmetrischen – Kennzeichen klassischer Sorgesituationen und ihre theoretische Erfassung in der Ökonomik, Zeitschrift für Wirtschaft- und Unternehmensethik 2003/4/1, 38.

34 Kilian/Wendt, Europäisches Wirtschaftsrecht (2016) 116.

35 Gubitzer, Wirtschaft ist und kann mehr: Das 5-Sektorenmodell der Gesamtwirtschaft, Kurswechsel 2017/2, 6.

36 In dieser dominiert nicht eine Wirtschaftsweise und -logik, sondern es konvergieren diverse: Care- und Alltagsökonomie; eine Marktwirtschaft, in der global, lokal und sozial verankerte Unternehmen unterschiedlicher Größen und Gesellschaftsformen agieren; kreislaufwirtschaftliche Aktivitäten; Landwirtschaft; Grund- und Daseinsvorsorge durch genossenschaftliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen; die öffentliche Wirtschaft und der Staat selbst.

37 Novy/Plank/Bärnthaler/Strickner, Der Kommunismus in der Marktwirtschaft, Falter 40a/2020, 32.

38 Michalitsch, Quote oder Revolution in Baran-Sczoltys/Berger, *Über Forderungen: Wie feministischer Aktivismus gelingt* (2020) 176 (182).

hierfür nicht nur eine Basis für eine gehaltvolle Debatte, sondern auch eine abstrakte, normative Orientierung. Es ist höchste Zeit, ihren Realisierungsgrad durch konkrete, wirtschaftspolitische Weichenstellungen zu erhöhen – auch und gerade im sozialen und sozioökonomischen Integrationsprozess der EU. Die Vielfachkrise wird ohne genuin gemeineuropäische und transnationale solidarische Ansätze nicht zu lösen sein.³⁹

Christian Berger hat Sozial- und Wirtschaftswissenschaft sowie Wirtschaftsrecht studiert, arbeitet als wirtschaftspolitischer Referent in der Arbeiterkammer Wien, lehrt an der Wirtschaftsuniversität Wien sowie der Fachhochschule des BFI Wien und ist Mitglied des Leitungsteams des Wirtschaftspolitischen Clubs; christian.berger@akwien.at

Victoria Fattinger ist ausgebildete Ökonomin und arbeitet bei den ÖBB zu den Schwerpunkten konjunkturelle Entwicklung des Gütermarkts, Strategie und Vertrieb. Sie ist ebenso Mitglied des Leitungsteams des Wirtschaftspolitischen Clubs; victoria.fattinger@oebb.at

39 *Mangold*, Wie Corona die Krisen der Europäischen Union existenzbedrohend verschärft. Aufruf zu europäischer Solidarität unter demokratischen Bedingungen, verfassungsblog.de v 3.4.2020, www.verfassungsblog.de/wie-corona-die-krisen-der-europaeischen-union-existenzbedrohend-verschaerft/ (24.4.2021).

Austritt der Türkei aus der Istanbul Konvention

Hintergründe, Rechtsfragen, Folgen

Ümra Gencer / Hanna Palmanshofer

Vor knapp zehn Jahren, am 11.5.2011, unterzeichneten die ersten Mitgliedsstaaten das Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul Konvention).¹ Am 20.3.2021 trat der türkische Staatspräsident *Erdogan* über Nacht mittels Präsidialdekret ohne Angabe von Gründen aus der Istanbul Konvention aus. Ein bitterer Rückschlag angesichts der Tatsache, dass Gewalt gegen Frauen in Europa eine der häufigsten und schwersten geschlechtsspezifischen Menschenrechtsverletzungen darstellt,² und während der Covid-19 Pandemiebekämpfung sogar zunahm.³ In einer Aussendung des Regierungssprechers *Fahrettin Altun* vom 21.3.2020 wird der Austritt sehr knapp damit begründet, dass die Konvention von einer nicht näher spezifizierten „Gruppe von Menschen“ vereinnahmt wurde, um „Homosexualität zu normalisieren“, was einen „Verstoß gegen die sozialen und familiären Werte der Türkei“ bedeute.⁴ Die Aussendung untermauert dies mit dem Hinweis auf weitere Staaten,⁵ welche aus vergleichbaren Beweggründen die Konvention erst gar nicht ratifiziert haben oder wie Polen den Ausstieg planen.⁶

1. Hintergründe des Austritts

Dem Austritt waren monatelange Diskussionen vorausgegangen, die von islamisch-konservativen Mitgliedern der *Adalet ve Kalkınma Partisi* (AKP) und fundamentalistisch

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

2 *Europarat*, Gewalt gegen Frauen: Gemeinsame Erklärung von OECD, Europarat, Europäischer Kommission und UN Women, coe.int 11.12.2017, www.coe.int/de/web/portal/-/violence-against-women-joint-communicue-from-oecd-council-of-europe-european-commission-and-un (25.5.2021).

3 *Shreeves/Prpic*, Gewalt gegen Frauen in der EU: Aktueller Stand, europarl.europa.eu 18.11.2020, [www.europarl.europa.eu/thinktank/de/document.html?reference=EPRS_BRI\(2020\)659333](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/de/document.html?reference=EPRS_BRI(2020)659333) (25.5.2021).

4 Statement by the Directorate of Communications on Türkiye's Withdrawal from the Istanbul Convention, 21.3.2021, www.iletisim.gov.tr/english/duyurular/detay/statement-by-the-directorate-of-communications-on-turkiyes-withdrawal-from-the-istanbul-convention (24.5.2021).

5 In Bulgarien hatte 2018 gar das Verfassungsgericht die Konvention als verfassungswidrig erkannt, s *Margolis*, Speak Out to Protect Bulgaria's Women, hrw.org 10.10.2018, www.hrw.org/news/2018/10/10/speak-out-protect-bulgarias-women (24.5.2021).

6 S *Baume*, How the Istanbul Convention became a symbol of Europe's cultural wars, politico.eu 12.4.2021, www.politico.eu/article/istanbul-convention-europe-violence-against-women/ (20.5.2021).

religiösen Kritikern befeuert wurden.⁷ Anfang Juli 2020 kündigte der Parteiohmann-Stellvertreter der AKP, *Numan Kurtulmuş*, an, dass die Regierung den Austritt aus der Istanbul Konvention vorbereite. Die Ankündigung löste eine große Protestwelle⁸ aus und Widerstand wurde auch von Seiten konservativer Frauenorganisationen geäußert.⁹ Die Wurzeln für die Abkehr von der Konvention liegen jedoch tiefer. Schon im letzten sogenannten Schattenbericht¹⁰ 2017 wurde das mangelnde Interesse der türkischen Regierung an der Umsetzung der Istanbul Konvention beklagt – und neben der politischen Untätigkeit das zunehmend systematisierte Vorgehen¹¹ gegen Gleichstellungsmaßnahmen und andere bereits umgesetzte Forderungen der Konvention beobachtet.¹² Statt Geschlechtergleichheit propagiere die AKP-Führung die Verwirklichung von „Geschlechtergerechtigkeit“ – und zwar im Rahmen einer Politik, die auf die „Einheit der Familie“ gerichtet ist. Gewalt gegen Frauen, so der Bericht, werde der Bewahrung der (traditionell verstandenen) Familie untergeordnet.¹³ Die Lösung für den Schutz von Frauenrechten liegt für die AKP „in unseren eigenen Bräuchen und Traditionen“.¹⁴ Die Umsetzung der Istanbul Konvention erachtet sie mit der Erlassung des innerstaatlichen Gesetzes Nr 6284,¹⁵ das den Fokus auf den Schutz der Familie legt, als erfüllt. Der AKP Diskurs stand daher von Anfang an diametral der Forderung der Konvention nach Präventionsmaßnahmen entgegen, „die darauf abzielen, soziale und kulturelle Verhaltensmuster“¹⁶, die „häufig auf Vorurteilen, Geschlechterstereotypen und von in den althergebrachten Geschlechterrollen verhafteten Bräuchen und Traditionen beruhen“¹⁷, zu verändern.¹⁸

7 Statt vieler: *Kula*, An Unconstitutional Setback: Turkey's Withdrawal from the Istanbul Convention, Verfassungsblog 22.3.2021, verfassungsblog.de/erdogan-istanbul-convention (26.5.2021).

8 *Yalcinalp*, Turkey Erdogan: Women rise up over withdrawal from Istanbul Convention, bbc.com 26.3.2021, www.bbc.com/news/world-europe-56516462 (20.5.2021).

9 *BIA News Desk*, Women take to streets across Turkey to protest male violence, bianet.org 22.7.2020, bianet.org/english/women/227833-women-take-to-streets-across-turkey-to-protest-male-violence (12.5.2021).

10 Eine im Rahmen der Istanbul Konvention eingeführte Maßnahme der Berichterstattung durch unabhängige NGOs neben dem offiziellen Bericht der Expertenkommission (GREVIO).

11 Als prominentes Beispiel nennt der Shadow Report die parlamentarische „Divorce Commission“ aus dem Jahr 2016, welche zum Schluss kommt, dass Einrichtungen zum Schutz der Frauen vor Gewalt negative Auswirkungen auf „die Einheit der Familie“ haben: Shadow NGO Report on Turkey's First Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (2017), 10.

12 Shadow Report 9.

13 Shadow Report 10 f. Der Report zitiert idZ den türkischen Justizminister, der 2016 meinte ernsthaft überlegen zu müssen, „how appropriate it is for the state to come between husband and wife.“

14 *NN*, Türkei sorgt mit Entscheidung für Empörung, orf.at 20.3.2021, orf.at/stories/3206079/ (20.5.2021).

15 Nr 6284 Art 1 Abs 2 lit a Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun 2013/28532.

16 *Logar*, Die Istanbul Konvention, *juridikum* 2014, 349 (358).

17 Erläut zum Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, 57 f.

18 Schon 2008 bemerkte *Holzleithner*, dass Anlassgesetzgebung ohne flankierende Maßnahmen nicht ausreicht, s *dies*, Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht? Ein Streifzug durch feministische Rechtswissenschaften und Legal Gender Studies, in *Arioli et al*, Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht? (2008) 3–19.

2. Rechtliche Dimensionen des Austritts

Der Austritt im März 2021 erfolgte durch ein Präsidialdekret, das als Verordnung erlassen wurde und seit der Einführung des Präsidialsystems im Jahr 2017 keiner parlamentarischen Genehmigung mehr bedarf.¹⁹

Zahlreiche türkische Jurist*innen verneinten die Rechtmäßigkeit eines Austritts mittels Dekret.²⁰ Nach *Eskitaşcioğlu* verstößt die einseitige Kündigung des Staatspräsidenten einerseits gegen den *Grundsatz der Parallelität von Zuständigkeit und Verfahren*, andererseits gegen den *Grundsatz der Gewaltenteilung*. Ersterer bestimmt, dass die Kündigung völkerrechtlicher Verträge auf gleiche Weise zu erfolgen hat wie deren Genehmigung. Da die Istanbul Konvention gem Art 90 der türkischen Verfassung²¹ durch das Parlament über ein Gesetz, das die Ratifizierung genehmigt, verabschiedet worden war, hätte dementsprechend das Parlament wiederum ein Gesetz erlassen müssen, um den Austritt einzuleiten. Nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung stehen legislative Aufgaben ausnahmslos der Legislative zu, was durch die Austrittsentscheidung des Staatspräsidenten verletzt wurde:²² Art 87 der türkischen Verfassung normiert die Gesetzgebungskompetenz des Parlaments und Art 104 Abs 1 iVm Abs 11 leg cit die Befugnis des Staatspräsidenten als *Exekutivorgan* völkerrechtliche Verträge zu genehmigen und zu verkünden. Demnach kann der türkische Präsident nur Dekrete in Exekutivangelegenheiten erlassen. IdS ist auch Art 3 des Präsidialdekrets Nr 9²³, der die Möglichkeit der Kündigung völkerrechtlicher Verträge durch den Staatspräsidenten normiert, auszulegen. Weiters spricht auch Art 104 Abs 17 der türkischen Verfassung gegen die Rechtmäßigkeit des Austritts: Der Präsident darf kein Dekret in bestimmten Grundrechtsangelegenheiten erlassen. Da sich die Istanbul Konvention auf solche Grundrechte bezieht, überschreitet der Staatspräsident seine Befugnisse.²⁴

Jüngste internationale höchstgerichtliche Entscheidungen haben gezeigt, dass die einseitige Kündigung von völkerrechtlich verbindlichen Verträgen durch Exekutivorgane innerstaatlich nicht rechtmäßig waren.²⁵ Das türkische Höchstgericht (Danıştay) jedoch hat Klagen gegen den Austritt mit Hinweis auf seine Rechtmäßigkeit am 28.6.2021 abgewiesen.²⁶

19 *Serter*, Presidential decrees and the principle of legality under Turkish law, *Juridical Tribune* 2018, 779 (780).

20 *Bellut*, Bizarre reasoning aside, Erdogan's exit from Istanbul Convention is unconstitutional, *dw.com* 23.3.2021, www.dw.com/en/bizarre-reasoning-aside-erdogans-exit-from-istanbul-convention-is-unconstitutional/a-56964581 (25.5.2021).

21 Nr 2709 Art 90 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 1982/1786.

22 *Eskitaşcioğlu*, Turkey's withdrawal from the Istanbul Convention, *voelkerrechtsblog.org* 27.3.2021, voelkerrechtsblog.org/turkeys-withdrawal-from-the-istanbul-convention (26.5.2021).

23 Nr 9 Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi 2018/30479.

24 *Kula*, An Unconstitutional Setback.

25 *Woolaver*, From Joining to leaving: Domestic Law's role in the international legal validity of treaty withdrawal. *European Journal of International Law* 2019, 73 (82–83).

26 Danıştay 28.6.2021, 2021/1747.

Wenn nun ein innerstaatlicher Austritt rechtswidrig vollzogen wurde, bleibt die völkerrechtliche Vertragsbindung trotzdem bestehen? *Eskitaşçioğlu* verweist idZ auf Art 46 Abs 1 Wiener Vertragsrechtskonvention²⁷: „Ein Staat kann sich nicht darauf berufen, dass seine Zustimmung, durch einen Vertrag gebunden zu sein, unter Verletzung einer Bestimmung seines innerstaatlichen Rechts über die Zuständigkeit zum Abschluss von Verträgen ausgedrückt wurde und daher ungültig sei, sofern nicht die Verletzung offenkundig war und eine innerstaatliche Rechtsvorschrift von grundlegender Bedeutung betraf.“ Die Vertragsbindung kann also bei offenkundiger Verletzung einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift von grundlegender Bedeutung betroffen sein. Obwohl Art 46 sich nicht auf Vertragskündigungen bezieht, könnte er nach *Eskitaşçioğlu* so ausgelegt werden, dass eine offenkundige Verletzung einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift von grundlegender Bedeutung auch die Vertragskündigung eines Staates ungültig machen könnte.²⁸ Bei der Gratwanderung des Völkerrechts zwischen Vertragsbindung und staatlicher Souveränität schlägt eine Verunmöglichung der Vertragskündigung im Gegensatz zu der durch Art 46 ermöglichten Lösung von der Vertragsbindung stark zuungunsten der Souveränität aus – und es wird sich wohl schwer aus einem bloßen Analogieschluss eine solche Verbindlichkeit ableiten lassen.

3. Schluss

Wenngleich einiges gegen die Rechtmäßigkeit des Austritts spricht, scheint das letzte – höchstgerichtliche – Wort bis auf Weiteres gesprochen zu sein. Welche Auswirkungen dieser Erfolg auf die politische Praxis des türkischen Staatspräsidenten haben wird, bleibt abzuwarten. Erste legislative Folgen zeitigt der Austritt jedenfalls schon: Am 8.7.2021 verabschiedete das türkische Parlament ein Gesetz²⁹, das die rechtlichen Möglichkeiten von Frauen bei Vergewaltigungen und sexueller Gewalt erheblich einschränkt. Den Entwurf hatte das Familienministerium vorgelegt.³⁰

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

Mag^a Hanna Palmanshofer, BA ist Redaktionsmitglied des *juridikum*, Studienassistentin am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte und studiert Rechtswissenschaften in Wien; hanna.palmanshofer@univie.ac.at

²⁷ Art 46 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, BGBl 1980/40.

²⁸ *Eskitaşçioğlu*, Turkey's withdrawal; ausführlich *Woolaver*, From Joining to Leaving, 89 f, 96 f.

²⁹ Nr 7331 Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 2021/31541: bzgl der Änderung s Art 13 leg cit.

³⁰ *Hermann*, Wenn Täter geschützt werden, faz.net 11.7.2021, www.faz.net/aktuell/politik/ausland/frauen-in-der-tuerkei-nach-dem-austritt-aus-der-istanbul-konvention-17432446.html?premium (20.7.2021).