

nr 4/2021

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Rassismus und Recht

recht & gesellschaft

Wettbewerbsrecht auf Instagram

Gesprochenes Recht im Rechtsstaat

Österreichische Waffenexporte und ihre Kontrolle

debatte corona

Arbeiten ohne Papiere in der Pandemie

Für Context herausgegeben von Maximilian Blaßnig, Isabell Doll, Paul Hahnenkamp,
Antonia Reiss, Nikolaus Wieser

verlagoesterreich.at
juridikum.at

 VERLAG
ÖSTERREICH

SLAPPs und SLAPP-Back

Einschüchterungsklagen im grundrechtlichen Spannungsfeld

Maximilian Blaßnig / Paul Hahnenkamp

1. Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPPs)

In Österreich ist spätestens seit diesem Jahr das Bewusstsein für ein Instrument entstanden, das gezielt zur Einschränkung demokratischer Öffentlichkeit eingesetzt wird: sog SLAPPs, *Strategic Lawsuits Against Public Participation*¹, oder auf Deutsch: Einschüchterungsklagen.² Die Kläger:innen, oft ökonomisch mächtige Private, staatliche Stellen oder der staatlichen Sphäre nahestehende Akteur:innen, verfolgen Strategien („*Strategic*“), die an primären Bedürfnissen nach Rechtsschutz vorbeigehen.³ Die Klagen wollen nicht unbedingt gewonnen werden; in vielen Fällen ist das Vorbringen nur schwach begründet. Im Vordergrund steht das Ziel, die Berichterstattung zu einem konkreten Thema oder einer Person zu unterbinden und öffentliche Stimmen verstummen zu lassen – die der Beklagten und über die abschreckende Wirkung, den sog *chilling effect*, auch die einer breiteren Öffentlichkeit.⁴ Selbst wenn die Beklagten über hohe Chancen zu obsiegen verfügen, können Kostenrisiko und die jedenfalls durch einen Prozess beanspruchten zeitlichen Ressourcen zur Zurückhaltung im öffentlichen Diskurs drängen.⁵ Dieser Effekt wird durch die meist ungleichen finanziellen Möglichkeiten für die Bestellung einer adäquaten Rechtsvertretung zwischen Klagenden und Beklagten verstärkt. Neben der Abschreckung verfolgen SLAPPs eine zweite Strategie: Der Diskurs wird der politischen Sphäre entzogen und einer rechtlichen zugeführt. Die politisch *Anklagenden* werden im Gerichtssaal zu Beklagten, sie gelangen in eine tendenziell nachteiligere Position, während das Vorbringen der Kläger:innen

1 Vgl *Pring*, SLAPPs: Strategic Lawsuits against Public Participation, *Pace Environmental Law Review* 1989, 3; *Canan*, The SLAPP from a Sociological Perspective, *Pace Environmental Law Review* 1989, 23; *Pring/Canan*, SLAPPs. Getting Sued for Speaking Out (1996).

Die Bezeichnung wurde in den USA in den 1980er- und 1990er-Jahren geprägt. Dort ist das Phänomen bereits seit mehreren Jahrzehnten Gegenstand wissenschaftlicher Diskussionen und wurde auf der Ebene der bundesstaatlichen Gesetzgebung auch rechtspolitisch aufgegriffen. Für einen Überblick über die Anti-SLAPP-Gesetzgebung der US-Bundesstaaten vgl auch *Borg-Barthel/Lobina/Zabrocka*, The Use of SLAPPs to Silence Journalists, NGOs and Civil Society, European Parliament's Committee on Legal Affairs Juni 2021, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694782/IPOL_STU\(2021\)694782_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694782/IPOL_STU(2021)694782_EN.pdf) (30.9.2021) 15 f.

2 *Brunner*, Geklagt, um zu schweigen, *Falter* 30.6.2021, 22.

3 Vgl *Post*, Understanding the First Amendment, *Washington Law Review* 2012, 549 (549 f).

4 Vgl *Johnson/Duran*, A View from the First Amendment Trenches: Washington State's New Protections for Public Discourse and Democracy, *Washington Law Review* 2012, 495 (496 f).

5 Vgl *Post*, *Washington Law Review* 2012, 550.

tonangebend in den Mittelpunkt rückt.⁶ Die Klagen („*Lawsuits*“) sind in der Regel zivilrechtlicher Art und begehren meist Unterlassung und/oder Schadenersatz.⁷ In Österreich kommen zB auf § 1330 ABGB⁸ gestützte zivilrechtliche Klagen oder eine Anklage aufgrund der Privatanklagedelikte wie §§ 111 und 115 StGB⁹ oder § 6 Mediengesetz¹⁰ in Betracht. Auf der Beklagtenseite stehen in den häufigsten Fällen Journalist:innen, unabhängige Medien oder NGOs („*Against Public Participation*“).¹¹ In Österreich werden SLAPPs erst seit kurzem, insbesondere seit einer Klage der OMV gegen das Magazin *Dossier* im Jahr 2021 breiter problematisiert.¹² In anderen EU-Mitgliedsstaaten und auf europäischer Ebene wird darüber bereits seit einigen Jahren debattiert; insb seit Herbst 2017, als Folge des Mordes an der maltesischen Journalistin *Daphne Caruana Galizia*, die sich zum Zeitpunkt ihres Todes über 40 Klagen gegenüber sah.¹³

2. Verortung in einem grundrechtlichen Spannungsfeld

Die Debatte findet in einem grundrechtlichen Spannungsfeld statt, das sich beispielhaft anhand der Rsp des EGMR nachzeichnen lässt. Journalist:innen und Medien¹⁴, NGOs¹⁵, aber auch einzelne Social-Media-Nutzer:innen¹⁶ werden in rechtsstaatlichen Demokratien wichtige Aufgaben zugeschrieben: Sie schaffen einen Raum für gesellschaftlichen Diskurs und übernehmen als *public watchdog* eine demokratische Kontrollfunktion.¹⁷ SLAPPs trachten danach, die Wahrnehmung dieser Aufgaben zu erschweren. Dadurch werden Fragen der Meinungsfreiheit (Art 10 EMRK) aufgeworfen. Aus einer klassisch abwehrrechtlichen Perspektive kann ein Grundrechtseingriff jedenfalls in der klagsstattgebenden gerichtlichen Entscheidung¹⁸ ausgemacht werden.¹⁹ Insofern liegt es an den

6 Vgl *Anthony*, Quantum of strategic litigation – quashing public participation, Australian Journal of Human Rights 2009, 14/2, 1 (3).

7 Vgl *Pring*, Pace Environmental Law Review 1989, 8.

8 JGS 1811/946 idF BGBl I 2021/175.

9 BGBl 1974/60 idF BGBl I 2021/159.

10 Bundesgesetz über die Presse und andere publizistische Medien BGBl 1981/314 idF BGBl I 2020/148.

11 Vgl *Borg-Barthet/Lobina/Zabrocka*, SLAPPs, European Parliament's Committee on Legal Affairs, 7.

12 Vgl *Brunner*, Falter v 30.6.2021, 22 f; vgl etwa auch *Melichar/Nikbaksh*, Frage nach möglichem ÖVP-Deal. Novomatic klagt, profil.at 3.10.2020, www.profil.at/wirtschaft/frage-nach-moeglichem-oevp-deal-novomatic-klagt/401052520 (5.10.2021).

13 *Philippis*, How the free press worldwide is under threat, The Guardian 28.5.2020, www.theguardian.com/media/2020/may/28/how-the-free-press-worldwide-is-under-threat (30.9.2021).

14 Vgl etwa EGMR 26.4.1979, 6538/74, *Sunday Times/Vereinigtes Königreich*, Rn 65; EGMR 8.7.1986, 9815/82, *Lingens/Österreich*, Rn 41 f; EGMR 26.11.1991, 13585/88, *Observer und Guardian/Vereinigtes Königreich*, Rn 59; EGMR 23.9.1994, 15890/89, *Jersild/Dänemark*, Rn 31.

15 Vgl EGMR 22.4.2013, 48876/08, *Animal Defenders International/Vereinigtes Königreich*, Rn 103.

16 Vgl EGMR 8.11.2016, 18030/11, *Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn*, Rn 168.

17 Vgl *Berka/Binder/Kneib*s, Die Grundrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich² (2019) 669.

18 Vgl EGMR 23.10.2012, 19127/06, *Jucha und Zak/Polen*, Rn 34. Vgl auch *Cornils* in *Gersdorff/Paal*, BeckOK Informations- und Medienrecht (Stand 2/2021) Art 10 EMRK Rn 35.

19 Vom „klassischen“ Eingriffsbegriff abgehend ist darüber nachzudenken, ob in Fällen von Einschüchterungsklagen, in denen Beklagte bereits ab Streitanhängigkeit mit einer besonders ressourcenintensiven Prozessführung konfrontiert sind, nicht bereits die gerichtliche Zustellung der Klage im Schutzbereich der Meinungsfreiheit wirkt und der

Gerichten, den Schutz der Meinungsfreiheit im Blick zu behalten, wenn sie einen Ausgleich mit den Rechten anderer iSd Art 10 Abs 2 EMRK suchen.²⁰

Um dem eigentlichen strategischen Ziel von SLAPPs – der Einschüchterung – zuvorzukommen, sind gesetzgeberische Ableitungen aus den grundrechtlichen Gewährleistungspflichten anzudenken. SLAPPs drohen nicht nur die Meinungsäußerungsfreiheit der Beklagten, sondern infolge des beschriebenen *chilling effect*²¹ auch die in der Meinungsfreiheit enthaltene Medienvielfalt zu beeinträchtigen. Der EGMR sieht im Staat den „ultimate guarantor“ der Medienvielfalt.²² In gewissen Situationen kann die Meinungsfreiheit auch ein aktives Tätigwerden des Staates erfordern, um die Medienvielfalt zu schützen.²³ Es wäre an Anti-SLAPP-Gesetze nach dem Vorbild der US-Bundesstaaten zu denken. Sie sehen etwa Möglichkeiten zur frühzeitigen Zurückweisung und Entschädigungszahlungen an die Betroffenen vor. So hat sich in Kalifornien aufgrund der wohl weitreichendsten Anti-SLAPP-Gesetzgebung bereits Case Law etabliert, das bei möglichen Einschüchterungsklagen neben potenziellen Auswirkungen auf die Meinungsfreiheit der Beklagten auch die Erfolgsaussichten der Klage bei der Zulassung mitberücksichtigt.²⁴

Gleichzeitig steht der Schutz der Meinungsfreiheit und der darin enthaltenen Medienvielfalt in einem Spannungsverhältnis zu anderen Grundrechten. Dabei wird klassischerweise an den aus Art 8 EMRK fließenden Persönlichkeitsschutz gedacht.²⁵ Nicht nur Gerichte haben einen Ausgleich zwischen den konfligierenden Grundrechten zu finden, sondern auch legislative Maßnahmen in Wahrnehmung der angesprochenen Gewährleistungspflicht.²⁶ Daneben besteht eine weitere Spannung zum Recht auf Zugang zu einem Gericht (Art 6 EMRK): Soll SLAPPs durch strengere Zulässigkeitsanfordernisse vorgebeugt werden, ist darin zwar ein legitimes Ziel einer Beschränkung zu erkennen.²⁷ Die Hürden müssen aber auch verhältnismäßig sein und dürfen das Recht nicht im Kern aushöhlen.²⁸ Art 6 EMRK entfaltet zugleich eine Schutzwirkung in die entgegengesetzte

Grundrechtseingriff damit bereits zu diesem Zeitpunkt vorliegt. Vgl dahingehend EGMR 15.2.2005, 68416/01, *Steel und Morris/Vereinigtes Königreich*, Rn 85. Zur Diskussion über die Erweiterung des „klassischen“ Eingriffsbegriffs vgl *Berka/Binder/Kneihs*, Grundrechte 181-183.

20 Vgl *Berka/Binder/Kneihs*, Grundrechte 686 ff.

21 Vgl auch EGMR 15.6.2017, 28199/15, *Independent Newspapers/Irland*, Rn 85: „As a matter of principle, unpredictably large damages’ awards in libel cases are considered capable of having such an effect and therefore require the most careful scrutiny.“

22 EGMR 24.11.1993, 13914/88 ua, *Informationsverein Lentia ua/Österreich*, Rn 38.

23 Vgl EGMR 15.6.2017, 28199/15, *Independent Newspapers/Irland*, Rn 105, wonach Regelungen erforderlich sind, die unverhältnismäßigen Ersatzpflichten im „Beleidigungsrecht“ vorbeugen.

24 Vgl *Borg-Barthet/Lobina/Zabrocka*, SLAPPs, European Parliament’s Committee on Legal Affairs, 15 f.

25 Vgl *Voorhoof*, Freedom of Expression versus Privacy and the Right to Reputation. How to Preserve Public Interest Journalism, in *Smet/Brems*, When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony? (2017) 148.

26 Zu den Kriterien dieses Ausgleichs vgl *Berka/Binder/Kneihs*, Grundrechte 688 ff.

27 Zum Schutz vor missbräuchlicher Klagsführung als legitimes Ziel vgl EGMR 28.5.1985, 8225/78, *Ashingdanel/Vereinigtes Königreich*, Rn 58.

28 EGMR 15.11.2007, 72118/01, *Khamidov/Russland*, Rn 155.

Richtung: Paradigmatisch ist die Entscheidung *Steel und Morris/Vereinigtes Königreich*²⁹ (auch: „*McLibel case*“), der ein jahrelanges Verfahren vorausgegangen war, das ein global agierender Fast-Food-Konzern wegen angeblicher Ehrbeleidigung gegen zwei Aktivist:innen führte. Dass den Beklagten keine Verfahrenshilfe gewährt wurde, wertete der EGMR als Verletzung des Grundsatzes auf Waffengleichheit. Zwar muss der Staat keine vollständige Gleichheit zwischen den Parteien herstellen, es muss aber sichergestellt sein, dass beide Seiten in der Lage sind, ihren Fall ohne „übermäßige Benachteiligung“ zu vertreten.³⁰ Eine solche erachtete der Gerichtshof angesichts der eklatanten Ungleichheit, der langen Verfahrensdauer und der Komplexität des Falles für gegeben.³¹ An dieser Stelle schließt sich der Kreis: Auch multinationale Konzerne dürfen sich gegen Ehrbeleidigungen wehren, doch ist der Eingriff in Art 10 EMRK nur dann verhältnismäßig, wenn Maßnahmen getroffen werden, um ein faires Verfahren und Waffengleichheit sicherzustellen.³² Aus Art 6 und Art 10 EMRK lassen sich verzahnte grundrechtliche Garantien und Verpflichtungen zum Schutz der öffentlichen Debatte entnehmen.

3. Aussicht

Das österreichische Zivilprozessrecht sieht im erstinstanzlichen Verfahren grundsätzlich keine Prüfung eines allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses bei Klagseinbringung vor, die über Fragen der materiellen Rechtskraft, der bereits erfolgten Streitanhängigkeit oder der Klagsrücknahme unter Anspruchsverzicht hinausgeht.³³ Selbst bei aussichtsloser oder mutwilliger Prozessführung soll die Entscheidung nicht bereits als Vorfrage abgehandelt werden.³⁴ Allerdings sieht § 408 ZPO einen Schadenersatzanspruch wegen mutwilliger Prozessführung vor, der jedoch nichts am Bestand des eigentlichen Verfahrens ändert³⁵ – und einen ökonomisch überlegenen Gegner auch nicht allzu sehr abschreckt.

Vor dem Hintergrund des skizzierten grundrechtlichen Spannungsfeldes wäre nun für Österreich auszuloten, inwiefern die bestehenden verfahrensrechtlichen Gesetze den grundrechtlichen Verpflichtungen gerecht werden und welcher ergänzenden Regelungen es gegenüber Einschüchterungsklagen bedarf. Außerdem sind die schon weiter vorangeschrittenen Entwicklungen im Europäischen Parlament zu verfolgen und einzuordnen: Die derzeitigen Pläne sehen ua eine Verpflichtung für Kläger:innen vor, bereits bei der

29 EGMR 15.2.2005, 68416/01, *Steel und Morris/Vereinigtes Königreich*.

30 EGMR 15.2.2005, 68416/01, *Steel und Morris/Vereinigtes Königreich*, Rn 62, 72.

31 EGMR 15.2.2005, 68416/01, *Steel und Morris/Vereinigtes Königreich*, Rn 63, 65 f.

32 EGMR 15.2.2005, 68416/01, *Steel und Morris/Vereinigtes Königreich*, Rn 94 f.

33 OGH 15.12.1993, 3 Ob 505/94; *Konecny in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ Einleitung Rz 175 ff (Stand 30.11.2013, rdb.at).

34 *Konecny in Fasching/Konecny*³ Einleitung Rz 181 f; vgl aber die Abweisung von Verfahrenshilfe in §§ 63 ff Zivilprozessordnung (ZPO, RGBl 1895/133 idF BGBl I 2020/148) bei offenbar mutwilliger oder aussichtsloser Rechtsverfolgung.

35 Vgl *Klauser/Kodek*, JN – ZPO¹⁸ § 408 ZPO (Stand 1.9.2018, rdb.at); vgl *Geroldinger*, Der mutwillige Rechtsstreit. Schadenersatzansprüche der Parteien wegen materiell rechtswidriger Prozessführung (2021).

Einbringung nachzuweisen, dass ihre Klage nicht missbräuchlich ist.³⁶ Schließlich bedarf es einer Ausweitung und Vertiefung der öffentlichen Auseinandersetzung, auch unter Beteiligung einer juristischen Fachöffentlichkeit.³⁷ Einen legistischen Ausgleich zwischen Meinungsfreiheit und Medienvielfalt, Persönlichkeitsschutz und Zugang zum Recht zu finden, ist kein leichtes Unterfangen. Die zunehmende Übersetzung von politisch-ökonomischer Macht in Rechtsklagen zur Einschränkung von Öffentlichkeit wird eine demokratische und vielfältige Zivilgesellschaft jedoch nicht tatenlos hinnehmen können.

Mag. Maximilian Blaßnig BA und Dr. Paul Hahnenkamp BA sind Mitherausgeber des *juridikum*;
maximilian.blassnig@univie.ac.at, paul.hahnenkamp@univie.ac.at

36 Vgl. Europäisches Parlament (EP), Entschließung v. 3.5.2018 zu der Freiheit und Pluralismus der Medien in der Europäischen Union, P8_TA(2018)0204, Rn 20, mit der die Kommission aufgefordert wird, eine RL zum Schutz unabhängiger Medien vor SLAPPs vorzuschlagen. Vgl. außerdem EP, Entschließung v. 25. November 2020 zu der Stärkung der Medienfreiheit: Schutz von Journalisten in Europa, Hetze, Desinformation und die Rolle von Plattformen, P9_TA(2020)0320, mit dem Hinweis auf die Problematik von SLAPPs. Der Rechtsausschuss (JURI) und der Ausschuss für Bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (LIBE) haben am 14.6.2021 einen Entwurf für einen Antrag für eine weitere Resolution des EP (2021/2036(INI)) veröffentlicht, mit dem die Kommission erneut dazu aufgefordert werden soll, einen RL-Entwurf vorzuschlagen. Außerdem sollen die Brüssel Ia-VO (VO (EU) 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl L 2012/351, 1) und die Rom II-VO (VO (EG) 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl L 2007/199, 40) überarbeitet werden, um *libel tourism* bzw. *forum shopping* zu erschweren. Im Europäischen Aktionsplan für Demokratie (COM(2020)790, 17 ff) hat die Kommission angekündigt, eine entsprechende Initiative noch 2021 vorlegen zu wollen.

37 Vgl. *Brunner*, Falter v. 30.6.2021, 23, wonach die OMV durch die öffentliche Reaktion auf die Klage gegen *Dossier* zur Klagsrücknahme bewegt wurde.

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 417 SLAPPs und SLAPP-Back
Einschüchterungsklagen im grundrechtlichen Spannungsfeld
 Maximilian Blafnig / Paul Hahnenkamp

merk.würdig

- 424 Verbotsstadt 2.0
Skaten auf öffentlichen Plätzen verboten
 Talia Çetin
- 428 Soziale Mindestsicherung und Migration
Rezension
 Walter J. Pfeil

debatte

- 431 Arbeiten ohne Papiere in der Pandemie
Zwischen Systemrelevanz und Existenzangst
 Susanne Kimm / Vina Yun

recht & gesellschaft

- 437 Die lauterkeitsrechtliche Verantwortung von Influencer*innen
 Anna Büchel
- 447 Gesprochenes Recht?
 Magdalena Csármán
- 455 Unpopuläre Reform der StPO
Rechtsstaat im Wandel?
 Manuel Löw
- 462 Exportkontrolle in Österreich?
 Peter Amesberger / Michael Friedl

thema

- 473 Vorwort der Gastherausgeber:innen
 Ines Rössl / Christa Markom
- 476 Critical Race Theory
 Mathias Möschel
- 482 Rassismen im Recht erkennen
Grundlegungen und Prämissen rassismuskritischer Rechtswissenschaft
 Doris Liebscher
- 494 Wie kolonial ist Österreichs Rechtsgeschichte?
Annäherungen an ein wenig erschlossenes Forschungsfeld
 Sebastian M. Spitza
- 503 Rassismus aus der Perspektive materialistischer Staatstheorie
 Lukas Egger
- 512 Bekämpfung des Rassismus und der Diskriminierung in Deutschland
Aktueller rechtlicher Kontext
 Elisabeth Kaneza
- 516 Relevante Bestimmungen gegen rassistische Diskriminierung und Rassismus im Allgemeinen – ein Überblick
 Dilber Dikme
- 519 Rassistische Polizeigewalt in Österreich
Perspektiven aus der juristischen Beratungspraxis
 Dunia Khalil
- 522 „Heißt das, es gibt rechtlich geseh'n keine Rassen?“
*„Rasse“ als unsichtbare Denkkategorie von Lehrer*innen und Schüler*innen*
 Christa Markom

- 532 „Whiteness“ an juristischen Fakultäten
Erfahrungsberichte von Studierenden
Anonym
- 536 Erntearbeit: der Osten zur Hand
Über die Ausbeutung von migrantischen Erntearbeiter_innen in Österreich
Sónia Melo
- 539 “Ally” or “enemy”?
Law and the forced and coerced sterilization of Romani women
Angéla Kóczé

nach.satz

- 548 Gender Data: (Un-)Sichtbarkeit in der Krise
Über intersektionale Datenerhebung und gendersensible Maßnahmen
Laura Widerhofer

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: Maximilian Blasnig, Isabell Doll, Paul Hahnenkamp,
Antonia Reiss, Nikolaus Wieser

Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH
Bäckerstraße 1, 1010 Wien, Tel. 01/610 77
www.verlagoesterreich.at
Abo-Bestellung: +43 1 680 14-0, Fax: -140
E-Mail: order@verlagoesterreich.at
Anzeigenkontakt: Marcus Dalfen
Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419
m.dalfen@verlagoesterreich.at (DW 123).
Verlagsredaktion: Mag. Jörg Steiner
j.steiner@verlagoesterreich.at

Preis:

Jahresabonnement: Euro 68,-
Abo für Studierende, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdienere: Euro 25,-
Einstiegsabo: Euro 11,-
Einzelheft: Euro 22,-
(Alle Preise inkl MWSt, exkl Versandkosten)
Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Angelika Adensamer, Maximilian Blasnig, Isabell Doll,
Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Karol Felsner, Jakob
Fux, Judith Fitz, Umma 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 Sußner,
Antonia Wagner, Nikolaus Wieser, Andreas Wöckinger

Wissenschaftlicher Beirat:

Heinz Barta (Innsbruck), Barbara Beclin (Wien),
Katharina Beclin (Wien), Wolfgang Benedek (Graz),
Nikolaus Benke (Wien), Alois Birklbauer (Linz), Sonja
Buckel (Frankfurt am Main), Ulrike Davy (Bielefeld),
Nikolaus Dimmel (Salzburg), Andreas Fischer-Lescano
(Bremen), Bernd-Christian Funk (Wien/Linz), Elisabeth
Holzleithner (Wien), Susanne Krasmann (Hamburg),
René Kuppe (Wien), Nadja Lorenz (Wien), Karin Lukas
(Wien), Eva Maria Maier (Wien), Andrea Maihofer
(Basel), Ugo Mattei (Turin/Berkeley), Alfred J. Noll

(Wien), Heinz Patzelt (Wien), Arno Pilgram (Wien),
Ilse Reiter-Zatloukal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver
Scheiber (Wien), Marianne Schulze (Wien), Alexander
Somek (Wien), Richard Soyer (Wien/Linz), Heinz
Steinert † (Frankfurt am Main), Bea Verschraegen
(Wien/Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria
Windhager (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien),
Ingeborg Zerbes (Wien)

Autor_innen dieser Ausgabe:

Peter Amesberger, Maximilian Blasnig, Anna Büchel,
Talia Çetin, Magdalena Csármán, Dilber Dikme, Lukas
Egger, Michael Friedl, Paul Hahnenkamp, Elisabeth
Kaneza, Dunia Khalil, Susanne Kimm, Angéla Kóczé,
Doris Liebscher, Manuel Löw, Christa Markom, Sónia
Melo, Mathias Möschel, Walter J. Pfeil, Ines Rössl,
Sebastian M. Spitra, Laura Widerhofer, Vina Yun

Gastherausgabe des themas:

Christa Markom, Ines Rössl

Offenlegung

Die Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1,
1010 Wien (Geschäftsführung: MMag. Johannes
Schultze, Dkfm. André Caro) ist eine Tochtergesellschaft
der Wissenschaftlichen Verlagsgesellschaft mbH
Stuttgart, Birkenwaldstraße 44, D-70191 Stuttgart
(Anteilsverhältnisse: Dr. Christian Rotta [50 %], Sibylle
Wessinger [12,5 %], Dr. Benjamin Wessinger [12,5 %],
Simon Wessinger [12,5 %], Jakob Wessinger [12,5 %])
und ist zu 100% Medieninhaber der Zeitschrift
juridikum. Der Werktitel „juridikum – zeitschrift für
kritik | recht | gesellschaft“ steht im Eigentum des
Vereins „CONTEXT – Verein für freie Studien und
brauchbare Information“, Schottenbastei 10–16,
A-1010 Wien. Die grundlegende Richtung des
juridikum ergibt sich aus den Statuten des Vereins
CONTEXT und aus dem Inhalt der veröffentlichten
Texte. Erscheinungsort: Wien.

Layout und Satz:

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

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber_innen:

Maximilian Blasnig: maximilian.blassnig@univie.ac.at
Isabell Doll: isabell.doll.id@gmail.com
Paul Hahnenkamp: paul.hahnenkamp@univie.ac.at
Antonia Reiss: antonia.reiss@univie.ac.at
Nikolaus Wieser: nikolaus.wieser@univie.ac.at

Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

Verbotsstadt 2.0

Skaten auf öffentlichen Plätzen verboten

Talia Çetin

1. Sportverbot im Sportjahr 2021

Aufgrund der COVID-19-Einschränkungen ua auch im Sport, wurde ein selbstverantwortliches Sportjahr in Graz ausgerufen. Im Zuge dessen können Menschen in Graz unterschiedliche Sportangebote nutzen und verschiedene Stationen absolvieren.¹

Auch das Surfen am Asphalt stellt hierzulande mittlerweile eine jahrzehntelange, sportliche Tradition dar. Aufgrund von COVID-19-Maßnahmen waren im vergangenen Jahr öffentliche Plätze und Märkte, wie der beliebte Kaiser-Josef-Platz und der Lendplatz, vermehrt menschenleer. Diese Plätze boten den Skatern_innen in Graz schon vor der COVID-19-Krise Raum ihren Sport auszuüben. Seit Jahren pflegten Marktbetreibende und Skater_innen ein friedliches Miteinander. Begleitpersonen der Sportbetreibenden trugen sogar dazu bei, dass auch an den Marktständen konsumiert wurde. Doch seit 22.4.2021 ist Schluss damit. Tricks mit dem Skateboard werden mit Organstrafverfügungen geahndet.

Im Folgenden sollen kurz der chronologische Ablauf der politischen Diskussion samt dem anstoßgebenden Moment und in weiterer Folge rechtliche Implikationen an passender Stelle beleuchtet werden.

2. Die Auswirkungen der Pandemie und Grazer Wahlkampf

Die Grazer Freiheitlichen haben durch das sogenannte *Trickverbot* ein Wahlkampfthema für den Herbst 2021, in welchem die Wahl des Stadtparlaments stattfand, vorbereitet. Durch das Verbot wollen die Grazer Freiheitlichen lärmgeplagte Anrainer_innen schützen und dadurch die Lebensqualität der Stadt erhöhen.² Die oben beschriebene Situation trägt mE jedoch zur Lebensqualität bei: Menschen können sich an der frischen Luft treffen, dabei Abstand halten, sich an der sportlichen Betätigung anderer erfreuen oder selbst sportlich betätigen. Denn das Skaten ist üblicherweise ein Sport, bei welchem die Abstandsregelungen sehr leicht einhaltbar sind.

1 Verein Active City Graz, letszograz.at, <https://letszograz.at/> (13.7.2021).

2 Müller, Graz verhängt ein Skateverbot auf Plätzen, [www.derstandard.at](https://www.derstandard.at/story/2000126420746/) 6.5.2021, www.derstandard.at/story/2000126420746/ (21.9.2021).

Die Diskussion rund um dieses Verbot und die (Un-)Zulässigkeit dieser bestimmten Art der sportlichen Betätigung wurde wohl durch die Anzeige eines Rechtsanwalts ausgelöst, welcher argumentierte, dass das Skaten auf Gehsteigen und Plätzen verboten sei, wenn es andere gefährde.³

Die steirische FPÖ mit dem damaligen Vize-Bürgermeister der Stadt Graz, Mario Eustachio, nahm eine Anfrage zu einem möglichen Skateverbot bei der Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie Leonore Gewessler vor, welche darauf verwies, dass die Vollziehung der Straßenverkehrsordnung (StVO)⁴ Ländersache sei. Das Fahren mit dem Skateboard sei laut Anfragebeantwortung gemäß StVO erlaubt, das Springen „eher“ nicht. Zu unterscheiden seien jedenfalls Gehsteig und Fahrbahn. Das schwammige Gesetz wird nunmehr von türkis/schwarz-blau als Trickverbot beim Skateboardfahren ausgelegt und prompt vollzogen.⁵ Die Landespolizeidirektion Steiermark hat den Polizeidienststellen diese Rechtsauffassung sodann zugestellt und um Amtshilfe gebeten.⁶ Dies deshalb, da für Verwaltungsstrafen wegen der „Benützung der Straße zu verkehrsfremden Zwecken“ gem § 95 Abs 1 lit b StVO der Magistrat Graz als Bezirksverwaltungsbehörde zuständig ist.⁷

Tatsächlich handelt es sich beim Kaiser-Josef- und Lend-Platz um Fußgänger_innen-Zonen. § 88 Abs 3 StVO zählt verschiedene verbotene Tätigkeiten auf, welche die Ordnung des Straßenverkehrs stören oder Straßenbenutzer_innen belästigen, doch wird das Skaten nicht wortwörtlich genannt. Gestützt wird das Organmandat aber ohnedies auf § 88 Abs 2 StVO, der Spiele auf Gehsteigen oder Gehwegen und deren Befahren mit fahrzeugähnlichem Kinderspielzeug und ähnlichen Bewegungsmitteln verbietet, wenn hiedurch der Verkehr auf der Fahrbahn oder Fußgänger_innen gefährdet oder behindert werden.

Auf Grundlage des § 88 Abs 2 StVO werden nunmehr Organstrafverfügungen iSd § 50 Verwaltungsstrafgesetz (VStG)⁸ an Skater_innen ausgestellt, welche mit ihren Skateboards nicht nur am Asphalt rollen, sondern diesen etwa durch Sprünge oder komplexere Tricks verlassen und naturgemäß auch wieder landen. Die Stadtregierung sieht darin den Schutz der Anrainer_innen vor Lärm gewährleistet. Der GRAZER ROLLBRETT ÄSTHETEN BUND (GRÄB) übernimmt die Strafzahlungen in der gesamten Steiermark, egal ob es Mitglieder des Vereins trifft, oder nicht.⁹

3 Hecke, Wilder als die Polizei erlaubt? Kassieren Grazer Skater am „Kaiser“ jetzt Strafen für Stunts?, kleinezeitung.at 23.4.2021, www.kleinezeitung.at/steiermark/graz/5969892/ (17.7.2021).

4 Bundesgesetz vom 6. Juli 1960, mit dem Vorschriften über die Straßenpolizei erlassen werden BGBl 1960/159 idF BGBl I 2020/161.

5 Müller, Graz verhängt ein Skateverbot auf Plätzen, derstandard.at.

6 GRÄB Team, Unglaublich: Rollen erlaubt, aber Ollies verboten?, gräb.at 23.4.2021, <http://gräb.at/2021/04/unglaublich-rollen-erlaubt-aber-ollies-verboten/> (21.9.2021).

7 Vgl etwa VwG Wien 25.02.2020, VGW-031/082/1123/2020.

8 Verwaltungsstrafgesetz 1991 BGBl 1991/52 idF BGBl I 2018/58.

9 GRÄB Team, Für's Skaten bestraft? So bekommst du dein Geld zurück!, gräb.at 5.5.2021, <http://gräb.at/2021/05/fuers-skaten-bestaft-so-bekommst-du-dein-geld-zurueck/> (17.7.2021).

3. Analyse des Trickverbots

Es ist nunmehr zuerst auf den Anwendungsbereich des zugrunde gelegten Gesetzes näher einzugehen. Gem § 1 Abs 1 ist die StVO auf sämtliche Straßen mit öffentlichem Verkehr anzuwenden. Bei den beliebten Grazer Plätzen ist jedoch mE nicht per se von Straßen iSd § 2 Abs 1 Z 1 StVO auszugehen, sondern handelt es sich ausgewiesener Maßen um Fußgänger_innen-Zonen. Zwar dient die Fläche dem Fußgänger_innenverkehr, doch liegt grundsätzlich eine Marktplatzfläche vor, welche dem Fahrzeugverkehr, mangels Fahrbahn, beschränkt an Markttagen stundenweise zugänglich ist. Auch handelt es sich beim Kaiser-Josef-Platz und Lendplatz nicht um reine Gehsteige iSd Z 10 oder Gehwege gem Z 11 leg cit. ME ist der Anwendungsbereich der StVO daher auf den beiden Plätzen aufgrund des Gesetzeswortlautes nicht eindeutig. Seit einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofes aus 2014 ist jedoch klar, dass § 88 Abs 2 StVO auch auf Fußgänger_innen-Zonen anzuwenden ist.

Ein Bezug auf Marktplätzen und Lärmerregung ergibt sich übrigens nicht, weshalb für das politische Argument des Lärmschutzes am Lend- und Kaiser-Josef-Platz nicht der Anknüpfungspunkt des § 88 StVO zu wählen wäre.

3.1. Die rechtliche Qualifikation von Skateboarden

ME irriger Weise, ist der anzeigende Jurist der Meinung, dass die von Skater_innen vorgenommenen *Tricks* auch dann Personen gefährden würden, wenn diese gar nicht in der Nähe sind.

Bei Skateboards handelt es sich um ein fahrzeugähnliches Spielzeug. Tatsächlich seien laut Kommentarliteratur Spiele zumindest auf Gehsteigen mit geringer Fluktuation von Fußgänger_innen nicht verboten, da eine Gefährdung bzw Einschränkung des mäßigen Verkehrs nicht zu erwarten sei. Aufgrund der möglichen hohen Geschwindigkeit und dem Mangel an einer Bremsvorrichtung sei das Skateboardfahren, sowohl wegen Fußgänger_innen, aber auch wegen des Verkehrs auf den angrenzenden Fahrbahnen, verboten.¹⁰

Ob durch das Skateboardfahren eine konkrete Gefährdung oder Behinderung gem § 88 Abs 2 StVO gegeben ist, ist aber im Rahmen einer Einzelfallprüfung zu beurteilen. Dabei ist auch auf das Verkehrsaufkommen und die Beschaffenheit der Örtlichkeit Rücksicht zu nehmen.¹¹ Gerade am Lendplatz und am Kaiser-Josef-Platz ergibt sich eine fast gänzlich freie Fläche, sobald die Märkte schließen. Die Flächen, auf denen geskatet wurde, sind jene, wo die Stände am Ende der Öffnungszeiten jeweils weggeräumt werden. Diese sind weiter entfernt von den gastronomischen Gastgärten und stellen daher Sporttreibende keine Gefahr für Fußgänger_innen dar. Rechtlich ist mE die Abwägung bei den besagten Plätzen anders als bei Gehsteigen vorzunehmen.

¹⁰ Pürstl, StVO-ON^{15.00} § 88 (Stand 1.10.2019, rdb.at).

¹¹ OGH 24.9.2008, 2 Ob 18/08y.

Aus den Materialien der letzten Änderung des § 88 StVO 2019 ging nochmal klar hervor, dass der Schutzzweck der Norm die Sicherheit von allen Verkehrsteilnehmer_innen vorsieht und sohin weder Abs 2 noch Abs 3 leg cit die adäquate Strafnorm zum Trickverbot darstellen.¹²

4. Fazit

Gerade im Jahr 2021, wo auch das Skaten erstmals als olympische Disziplin¹³ gilt, versetzt sich Graz mit der politischen Einstellung und Vollziehung in eine Zeit vor der olympischen Errungenschaft zurück.

Nicht nur vertreibt das Bürgermeisterteam somit ua Jugendliche samt einer jahrelang gewachsenen urbanen Kultur aus dem Grazer Innenstadt-Raum, sondern erteilt den unter der Pandemie leidenden jungen Mitmenschen auch einen Rückschlag.

Während sich Vereine wie GRÄB, gemeinsam mit Anrainer_innen, Stadtpolitiker_innen, dem Friedensbüro und Jugendorganisationen schon länger bemühen eine gütliche Einigung für alle Betroffenen zu erzielen, arbeitete zunächst die konservativere Politik mit Hilfe der aufgezeigten Auslegung und Exekutive dagegen.¹⁴ Doch hat sich zuletzt auch Sportstadtrat Kurt Hohensinner der steirischen Volkspartei in die Diskussion eingeschaltet und mit Vertretern_innen der Szene zwei zentrale Flächen gefunden, die zum Skaten umgebaut werden sollen.¹⁵

Das *Spielen* mit Skateboards, oder das Schützen von Anrainer_innen vor Lärm ist jedoch weder wortwörtlich, noch interpretativ der zugrunde gelegten Norm zu entnehmen. Nachbarn_innen von jeweiligen Plätzen mögen zwar auch zeitweise Straßenbenutzer_innen sein, doch stellt der Schutz vor Lärmimmissionen wohl nicht den Regelungszweck des § 88 StVO dar. Im Rahmen der Einzelfallabwägung, insb unter Berücksichtigung aller örtlichen Umstände auf den zwei Grazer Plätzen stellt das konkrete Skaten auch keine Gefährdung iSd § 88 Abs 2 StVO dar.

Es bleibt zu hoffen, dass die Zusammenarbeit und die Lösungsbestrebungen gemeinsam fortgesetzt werden und die Judikative den Anwendungsbereich und die Auslegung der Norm klarstellt.

Mag.^a iur. Talia Çetin ist Juristin; arbeitet als Rechtsanwaltsanwärtlerin in Seiersberg und Wien und lebt in Graz; talia.cansiz@gmx.at

¹² 559 BlgNR 26. GP 1.

¹³ ÖSTERREICHISCHES OLYMPISCHES COMITÉ, Pionierin Brückler will mehr, olympia.at 20.7.2021, www.olympia.at/main.asp?kat1=87&kat2=538&DDate=20072021&NID=30365 (21.7.2021).

¹⁴ GRÄB Team, Für's Skaten bestraft?, gräb.at.

¹⁵ Winter-Pölsler, Nach Wirbel am „Kaiser“. Die Stadt Graz schürt ein neues Paket für Skater, kleinezeitung.at 7.7.2021, www.kleinezeitung.at/steiermark/graz/6004438/ (20.7.2021).

Soziale Mindestsicherung und Migration

Rezension

Walter J. Pfeil

Rezension zu: *Marina Kaspar*, Mindestsicherung und Migration. Der diskriminierungsfreie Zugang zur bedarfsorientierten Mindestsicherung für nicht-österreichische Staatsangehörige aus verfassungs-, unions- und völkerrechtlicher Perspektive, Verlag Österreich, Wien 2021, Schriften zum österreichischen und europäischen öffentlichem Recht, Bd 26, 305 Seiten, ISBN: 978-3-7046-8629-9.

Der Zugang zu Sozialleistungen für Menschen, die aus welchen Gründen immer nach Österreich zugewandert sind, ist seit Jahren ein Dauerbrenner in der politischen und öffentlichen Diskussion. Dies gilt in besonderem Maße bei Leistungen, die nicht von vorherigen Beiträgen abhängig sind, also vor allem solche der Mindestsicherung bzw der Sozialhilfe. Die Beschränkung des Zugangs zu solchen Leistungen war ein wichtiger, vielleicht sogar mitentscheidender Faktor für Wahlauseinandersetzungen und hat, wie der Autor dieser Rezension, der den damaligen Prozess als Experte begleiten durfte, unmittelbar erlebt hat, wesentlich dazu beigetragen, dass die Verlängerung der bis 2016 befristet gewesenen bedarfsorientierten Mindestsicherung letztlich gescheitert ist.¹

Die politischen Diskussionen erfolgen meist wenig sachlich, sind selten evidenzbasiert (Stichwort „Pullfaktor“) und ignorieren regelmäßig den rechtlichen Rahmen. Der Rechtsstaat als zentrale zivilisatorische und demokratische Errungenschaft ist aber durch Migrationskrisen (und im Übrigen auch durch Pandemien!) nicht außer Kraft gesetzt. Die jüngsten Entwicklungen in Afghanistan und die Reaktionen in Österreich lassen freilich befürchten, dass die Ignoranz gegenüber selbst elementaren Rechtsregeln weiter zunehmen wird. Umso wichtiger sind fundierte juristische Analysen, die, wenn sie schon in der Politik als „juristische Spitzfindigkeiten“ kaum beachtet werden, in der Zivilgesellschaft umso mehr wahrgenommen werden und die wissenschaftliche Diskussion und in weiterer Folge vielleicht auch die Judikatur beeinflussen. Eine solche Analyse hat *Marina Kaspar*, den LeserInnen des Juridikum durch zahlreiche auch einschlägige Beiträge bekannt, mit ihrer 2020 approbierten rechtswissenschaftlichen Dissertation angestellt. Deren adaptierte Veröffentlichung als Monografie soll hier gewürdigt werden.

In dieser Untersuchung steht der diskriminierungsfreie Zugang zur Mindestsicherung für nicht-österreichische Staatsangehörige im Zentrum; sie zielt daher darauf ab, Migration, Aufenthalt und sozialhilferechtliche Gleichbehandlung miteinander in Beziehung

1 Zum dahinter stehenden politischen Kalkül, das zuletzt ja auch in anderen Bereichen sichtbar geworden ist, sind die Erinnerungen des damaligen Vizekanzlers recht aufschlussreich, vgl *Mitterlehner*, Haltung (2019) 158 f.

zu setzen und sowohl den internationalen als auch den innerstaatlichen Vorgaben Rechnung zu tragen (Einleitung, 2). Diesem Programm entsprechend gliedert sich die Schrift in drei Teile, die im Einzelnen den unions- und völkerrechtlichen Rahmenbedingungen (I.), jenen auf verfassungsrechtlicher Ebene (II.) und schließlich den einfachgesetzlichen Regelungen (III.) gewidmet sind.

Zuvor findet sich noch eine kurze, aber instruktive Beschreibung der Mindestsicherung bzw Sozialhilfe als Untersuchungsgegenstand sowie eine Skizze ihrer historischen Entwicklung, welche mit dem Sozialhilfe-Grundsatzgesetz (SH-GG)² einen vorläufigen Endpunkt erreicht hat. Die Arbeit befindet sich auf dem Stand der Rechtslage zum 31.5.2020 (Vorwort, VII), fast eineinhalb Jahre später fehlen aber in drei Bundesländern immer noch die das SH-GG umsetzenden Ausführungsgesetze.

Ausgangspunkt des ersten Teils (19 ff) sind die unions- und völkerrechtlichen Rahmenbedingungen für das Aufenthaltsrecht und die sozialhilferechtliche Teilhabe von Nicht-ÖsterreicherInnen, bei denen zwischen UnionsbürgerInnen, „einfachen“ Drittstaatsangehörigen und international Schutzberechtigten (also Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten) differenziert wird. Im völkerrechtlichen Kapitel steht natürlich die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)³ im Vordergrund, die unmittelbar anwendbares einfaches Bundesrecht darstellt (20) und deren Art 23 wohl in der Tat auch mittelbare Diskriminierungen von Flüchtlingen verbietet (22).

Im Unionsrecht werden vor allem vier Bereiche behandelt, wobei der Grundrechtecharta (GRC), insb ihren Art 34 Abs 3 iVm Art 1, schon mangels Kompetenz der Union höchstens allgemeine Vorgaben abzugewinnen sind. Auch die zunächst sehr weitreichenden Schlussfolgerungen aus der Unionsbürgerschaft wurden in der Folge vom EuGH (beginnend mit der den Anspruch auf „Hartz IV“ verneinenden Rs *Dano*⁴) wieder relativiert. *Kaspar* leitet daraus (insb 79 f) einen abgestuften Gleichbehandlungsanspruch ab, der auf eine differenzierte Prüfung der hinreichenden Verbundenheit der betreffenden Person mit dem Aufenthaltsstaat abstellt. Während der Zugang für Drittstaatsangehörige unionsrechtlich als nicht klar und höchst uneinheitlich beurteilt wird (vgl nur 102), ist die Rechtslage für international Schutzberechtigte insb nach der sogen Status-Richtlinie⁵ gesichert, zumindest soweit es sich um die Gleichstellung von Asylberechtigten handelt. Bei den subsidiär Schutzberechtigten findet sich in der Arbeit eine dichte Argumentation, dass die in Art 29 Abs 2 vorgenommene Beschränkung auf „Kernleistungen“ anders zu verstehen ist als in § 4 Abs 1 SH-GG und der Judikatur des österreichischen VfGH (114 ff), und dass die hier allein maßgebende Klärung durch den EuGH weiterhin abzuwarten ist (s dann auch 206 ff).

2 Bundesgesetz betreffend Grundsätze für die Sozialhilfe, BGBl I 2019/41 idF BGBl I 2019/108.

3 Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl 1955/55.

4 EuGH 11.11.2014, C-333/13, *Dano*, ECLI:EU:C:2014: 2358.

5 Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rats v 13.12.2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl L 2011/337, 9.

Zu Beginn der Diskussion der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen in Teil II werden kompetenzrechtliche Fragen, insb das Verhältnis zwischen Grundsatz- und Ausführungsgesetz (140 ff) beleuchtet. Bei den grundrechtlichen Vorgaben und deren möglichen Einschränkungen wird der doch recht plumpen Rechtfertigung, Österreich als Zielland für Flüchtlinge unattraktiv zu machen, eine dogmatisch überzeugende Absage erteilt (150 f). Die Bedeutung des BVG Kinderrechte hätte noch breiteren Raum verdient (159 f), gerade wenn mit dem VfGH vor allem der Gleichheitssatz und das daraus abgeleitete Sachlichkeitsgebot als vorrangiger Prüfmaßstab gesehen wird (151 ff).

Im dritten Teil wird sodann die einfachgesetzliche Rechtslage analysiert, wobei zunächst der – auch unionsrechtlich determinierte – Bezug zum Aufenthaltsrecht im Vordergrund steht (163 ff). Bei der Diskussion der landesrechtlichen Regelungen (197 ff) kann auf einige VfGH-Judikate zurückgegriffen werden, die überwiegend eine positive Bewertung erfahren. Dagegen problematisiert die Autorin insb im Lichte des Art 3 MRK den völligen Ausschluss von Leistungen bei fehlenden Integrationsbemühungen (239 ff), der sonst in der Literatur als zulässig erachtet wird.⁶ Das kurz vor Fertigstellung der Arbeit wirksam gewordene SH-GG und seine alsbald erfolgte teilweise Aufhebung durch den VfGH⁷ werden in einem „Ausblick“ behandelt (244 ff). Ob der mit diesem Gesetz fraglos beabsichtigte „Paradigmenwechsel“ auch tatsächlich eintreten wird, bleibt natürlich abzuwarten. Insofern ist das Fragezeichen hinter dieser Kapitelüberschrift ebenso berechtigt wie der das Resümee abschließende Befund, dass die nationale Mindestsicherungs- bzw Sozialhilfe-Gesetzgebung den Vorgaben des Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht weiterhin nur unzureichend Rechnung getragen hat (259).

Dieses Manko in umfassender und engagierter Weise aufzuzeigen, ist fraglos das Hauptverdienst der vorliegenden Untersuchung. Aussicht auf zumal breitere und nachhaltige Resonanz finden solche Überlegungen aber nur, wenn sie zum einen in fundierter, methodenbewusster und differenziert abwägender Weise und zum anderen in klarer, auch für Nichtfachleute (und das ist bei diesen Materien auch unter den JuristInnen die große Mehrheit) verständlicher Sprache vorgetragen werden. Beiden Anforderungen entspricht die Arbeit in hervorragender Form. Sie ist daher nicht nur mit dem Fremden- bzw Flüchtlings- oder dem Sozialhilferecht Befassten oder an diesen Rechtsgebieten Interessierten zu empfehlen. Bei dem behandelten Thema und der ihm zu Grunde liegenden politischen Diskussion geht es nämlich nicht „bloß um die (sozial)rechtliche Stellung von MigrantInnen“, sondern um den sorgsam Umgang mit rechtsstaatlichen Grundsätzen und Werten. Für das dafür von ihr vorgelegte eindrucksvolle Plädoyer sind daher nicht nur *Marina Kaspar* viele LeserInnen, sondern auch unserer Gesellschaft möglichst viele „Follower“ zu wünschen.

Univ.-Prof. Dr. Walter J. Pfeil lehrt Arbeitsrecht und Sozialrecht an der Universität Salzburg und leitet dort das interdisziplinäre „WissensNetzwerk Recht, Wirtschaft und Arbeitswelt“; walter.pfeil@plus.ac.at

⁶ Vgl nur *Pfeil*, Neuregelung der Mindestsicherung: Sozialhilfe und Ausgleichszulage, DRdA 2021, 1 (6 bzw 11 f).

⁷ VfSlg 20.359/2019.

Arbeiten ohne Papiere in der Pandemie

Zwischen Systemrelevanz und Existenzangst

Susanne Kimm / Vina Yun

1. Was ist undokumentierte Arbeit?

Von undokumentierter Arbeit sprechen wir bei UNDOK – Anlaufstelle zur gewerkschaftlichen Unterstützung undokumentierter Arbeitender, wenn Menschen ohne Aufenthalts- oder ohne die erforderlichen Arbeitspapiere unselbstständig erwerbstätig sind.¹ Begrifflich muss unterschieden werden: Nicht jede undokumentiert arbeitende Person ist ein:e undokumentierte:r Migrant:in – denn viele besitzen sehr wohl gültige Aufenthaltspapiere. Umgekehrt ist nicht jede:r undokumentierte Migrant:in auch *ohne Papiere* beschäftigt.

Um ihre Existenz zu sichern, müssen die allermeisten Menschen arbeiten. Doch nicht allen steht der Zugang zu (unselbstständiger) Arbeit offen: In Österreich gibt es an die 30 verschiedene Aufenthaltstitel, geregelt im NAG² und im AsylG³. Einige sind mit einem freien Zugang zum Arbeitsmarkt verbunden, bei anderen ist dieser Zugang durch unterschiedliche Instrumente (Beschäftigungsbewilligung, Arbeitsmarktpfprüfung⁴, Erlässe⁵ ...) eingeschränkt. Je nach Aufenthaltstitel dürfen manche Personen nur selbstständig arbeiten, manche gar nicht. Durch diese Beschränkungen – man könnte auch von legaler, rassistisch motivierter Diskriminierung⁶ sprechen – werden Menschen ohne freien Zugang

1 Für Hinweise und Anmerkungen danken wir *Radostina Stoyanova*.

2 Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG) BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2021/110.

3 Asylgesetz 2005 BGBl I 2005/100 idF BGBl 2021/110.

4 Die Arbeitsmarktpfprüfung ist in § 4 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG, BGBl 1975/218 idF BGBl 2021/54) geregelt und wird im Rahmen des sog Ersatzkraftverfahrens durch das AMS durchgeführt. So werden ua Beschäftigungsbewilligungen oder Rot-Weiß-Rot-Karten für „sonstige Schlüsselkräfte“ nur für konkrete Stellen bei konkreten Arbeitgeber:innen ausgestellt. Vor der Ausstellung prüft das AMS, ob ein:e Österreicher:in, EWR-Bürger:in oder ein:e zur Niederlassung berechtigter:r Drittstaatsangehöriger:r für den jeweiligen Arbeitsplatz infrage kommt.

5 Im Juni 2021 hob der VfGH zwei Erlässe auf, die den Zugang zu unselbstständiger Arbeit und Lehrstellen für Asylwerber:innen massiv eingeschränkt hatten. Der VfGH qualifizierte diese „Erlässe“ als Verordnungen, da sie nicht nur generelle Weisungen an die zuständige Behörde (die jeweilige regionale Geschäftsstelle des AMS) darstellen, sondern die Rechtssphäre der Betroffenen verbindlich gestalten. Da sie aber nie als Verordnungen – also im Bundesgesetzblatt – kundgemacht worden waren, waren sie rechtswidrig und daher als gesetzeswidrig aufzuheben (VfGH 23.6.2021, V 95-96/2021-12). Der Bundesminister für Arbeit reagierte prompt mit einem neuen Erlass: Mit diesem ist es für Arbeitgeber:innen, die Asylwerber:innen anstellen wollen, zwar theoretisch möglich, eine Beschäftigungsbewilligung zu erhalten, jedoch unterliegt die Ausstellung einer strengen Prüfung durch die Regionalbeiräte des AMS (Erlass des BMA v 14.7.2021; 2021-0.502.591). Allerdings hat der VfGH von Amts wegen auch ein Gesetzesprüfungsverfahren für § 4 Abs 3 AuslBG eingeleitet, das die Rechtsgrundlage für diesen Erlass darstellt (VfGH 25.6.2021, E 2420/2020-17).

6 Zum Begriff *legale Diskriminierung* siehe *Zinsmeister*, Legale Diskriminierung im Rechtssystem, in *Scherrl/El-Mafaalani/Yüksel*, Handbuch Diskriminierung (2017), 265.

in informelle, also undokumentierte, Arbeitsverhältnisse gedrängt. Bei solchen Beschäftigungsformen entsteht rechtlich gesehen kein Arbeitsvertrag, denn ohne entsprechende Bewilligung ist dieser nichtig. Doch auch undokumentiert Arbeitende haben Rechte.⁷ UNDOK unterstützt sie bei der Geltendmachung ihrer Ansprüche.⁸ Zumeist wenden sich Menschen an die Anlaufstelle, wenn sie für ihre Arbeit gar nicht bezahlt wurden oder noch Entgelt fehlt.

2. Zwischen Systemrelevanz und Existenzangst

Undokumentierte Arbeitsverhältnisse finden sich grundsätzlich in allen Branchen. Seit Ausbruch der COVID-19-Pandemie sind jene Branchen ins Blickfeld der öffentlichen Wahrnehmung gerückt, in denen Menschen besonders häufig informell arbeiten: Tourismus und Gastronomie, die als erste vom Lockdown betroffen waren, sowie die Baubranche, wo auf manchen Baustellen trotz gesundheitsgefährdender Arbeitsbedingungen weiterhin gearbeitet wurde. Pflegearbeit in Privathaushalten und Erntearbeit in der Landwirtschaft sind als „systemrelevante“ Tätigkeiten sichtbar geworden und waren wegen ihres akuten Arbeitskräftemangels für eine Weile Dauerthema in den Medien.

Diese öffentliche Aufmerksamkeit steht jedoch in Widerspruch zu den realen Arbeits- und Entgeltbedingungen der Beschäftigten. Denn die Corona-Krise hat nicht nur deutlich gemacht, von wem zentrale Bereiche der Gesellschaft am Laufen gehalten werden, sondern auch wie: Unter schlechten Arbeitsbedingungen sind Menschen dazu gezwungen, gesundheitliche Risiken auf sich zu nehmen. Ganz besonders gilt dies für undokumentiert Arbeitende, die ältere Menschen rund um die Uhr betreuen, auf Kinder aufpassen, Pakete austragen, in Restaurants putzen und abwaschen, auf Baustellen arbeiten, Büroräume reinigen oder Spargel ernten.

Mit der Ausbreitung der Pandemie im Frühjahr 2020 erreichten UNDOK vermehrt Anfragen rund um das Thema Existenzsicherung. Undokumentiert Beschäftigte können von ihren Arbeitgeber:innen nicht zur Kurzarbeit angemeldet werden: Zum einen kann das Arbeitsmarktservice (AMS) die Kurzarbeit für diese Gruppe gar nicht fördern, zum anderen würde sonst das undokumentierte Arbeitsverhältnis dem AMS als Behörde bekannt werden. Das wollen Arbeitgeber:innen nicht riskieren. Da undokumentiert Beschäftigte in den allermeisten Fällen auch nicht sozial- und damit nicht arbeitslosenversichert sind, können sie darüber hinaus auch keine Arbeitslosenunterstützung in Anspruch nehmen. Selbst im Fall einer vorhandenen Anmeldung zur Sozialversicherung würde die Behörde

7 Für einen rechtlichen Überblick siehe *Peyrl*, Die Rechtsstellung von undokumentiert beschäftigten Personen. Verpackung schön, Inhalt mangelhaft, *juridikum* 2012, 134.

8 Darüber hinaus bietet UNDOK Unterstützung bei der Selbstorganisation von undokumentiert Arbeitenden. Über aufsuchende Arbeit – also das Aufsuchen der Zielgruppe an Orten, wo sie sich aufhält, etwa über den Besuch auf Baustellen – sowie mittels Workshops für potenziell betroffene Menschen und Multiplikator:innen werden Informationen und Wissen weitergegeben und das Angebot der Anlaufstelle bekannt gemacht. UNDOK setzt sich auch politisch für die Rechte undokumentiert Arbeitender ein.

bei einem entsprechenden Antrag Kenntnis über die undokumentierte Beschäftigung erlangen. Somit haben undokumentiert Arbeitende keinen Zugang zu Leistungen, die sie – insbesondere in der Pandemiezeit – auffangen würden. Staatliche Hilfen wie der Härtefallfonds für selbstständig Erwerbstätige kommen für undokumentiert Arbeitende ebenfalls nicht infrage.⁹

In persönlichen Gesprächen konnten die UNDOK-Beraterinnen auch feststellen, dass gerade im Zuge der Maßnahmen während der ersten Pandemie-Welle viele Arbeitnehmer:innen nicht über Schutzvorkehrungen wie Abstand und Masken informiert waren. Aber auch noch im Frühling 2021 erreichten die Anlaufstelle Berichte über Arbeitsbedingungen, in denen sämtliche Schutzbestimmungen ignoriert wurden – so trugen in einem Betrieb die Beschäftigten keine Masken, die Verantwortlichen setzten sich über Bedenken der Belegschaft hinweg. Hier zeigte sich, dass Arbeitgeber:innen ihre Fürsorgepflicht gegenüber ihren Beschäftigten nicht wahrnahmen und es verabsäumten, die Arbeitnehmer:innen entsprechend zu informieren bzw. auszustatten. Für undokumentiert Beschäftigte ist es besonders schwierig, sich gegen solche Praktiken zu wehren. Auch wenn sie befürchten, mangels Schutzvorkehrungen an COVID-19 zu erkranken, überwiegt zumeist die Sorge, den Arbeitsplatz und damit das existenzsichernde Einkommen zu verlieren. Dazu kommt auch die Angst, von den Arbeitgeber:innen an die Fremdenbehörden gemeldet zu werden.

3. Die Folgen des Arbeitsplatzverlusts

Während der COVID-19-Pandemie verloren trotz Instrumenten wie Kurzarbeit und anderen staatlichen Hilfsprogrammen viele Menschen ihre Arbeit. Die Arbeitslosigkeit erreichte ein Rekordniveau. Besonders stark betroffen waren ua Personen mit nicht-österreichischer Staatsbürgerschaft¹⁰, aber auch Frauen¹¹. Für undokumentiert Arbeitende liegen naheliegenderweise keine Statistiken vor.

Allerdings zeigt sich, dass bei Menschen, die keinen freien Zugang zum Arbeitsmarkt haben, die Problematik über den Verlust des Arbeitsplatzes hinausgehen kann. Ein Beispiel dafür sind Personen mit einer Rot-Weiß-Rot-Karte (§ 41 NAG). Dieser Aufenthaltstitel berechtigt einerseits zum Aufenthalt in Österreich und beinhaltet andererseits eine Arbeiterlaubnis – allerdings nur für ein:e konkrete:n Arbeitgeber:in bzw. eine Stelle. Aufenthaltsrecht und Arbeit sind also unmittelbar aneinandergeschnürt. Verliert nun

⁹ Im Übrigen berichteten auch Organisationen wie die IG24, die sich für die Rechte von – formal zumeist selbstständig tätigen – 24-Stunden-Betreuer:innen einsetzt, von Problemen beim Zugang zum Härtefallfonds: IG24, Härtefallfonds: Österreich akzeptiert nationale Bankkonten der Betreuer*innen nach Intervention der IG24, <https://ig24.at/haerte-fallfonds-oesterreich-akzeptiert-nationale-bankkonten-der-betreuerinnen> (2.9.2021).

¹⁰ Statistik Austria, Arbeitsmarkt während der Corona-Krise: 3% weniger Erwerbstätige im 2. Quartal 2020, Arbeitszeit nähert sich im Juni allmählich dem Vorkrisenniveau, www.statistik.at/web_de/presse/124279.html (2.9.2021).

¹¹ Kasper, Frauen von Pandemie stärker betroffen, oegb.at 2.6.2021, <https://www.oegb.at/themen/arbeitsmarkt/arbeitslosigkeit/frauen-von-pandemie-staerker-betroffen-> (2.9.2021).

ein:e Inhaber:in einer Rot-Weiß-Rot-Karte ihren:seinen Arbeitsplatz, ist auch der Aufenthalt gefährdet. Gerade in einer Wirtschaftskrise mit steigenden Erwerbslosenzahlen ist es jedoch extrem schwierig, einen adäquaten Ersatzarbeitsplatz zu finden. Zumindest berücksichtigte ein Erlass der Bundesministerin für Arbeit vom 25.3.2020 diese Situation und verfügte, dass, wenn diese Personen in Kurzarbeit gehen können, das Entgelt unter der für die Rot-Weiß-Rot-Karte geltenden Mindestgrenze keine negativen Auswirkungen auf die Rot-Weiß-Rot-Karte haben soll.¹² Das Gleiche gilt für andere Maßnahmen wie Karenzierung oder unbezahlten Urlaub – diese müssen sich die Betroffenen aber natürlich leisten können. Darüber hinaus wurde auch festgelegt, dass die Zeit der Kurzarbeit für einen Umstieg auf eine Rot-Weiß-Rot-Karte plus (§ 41a NAG) angerechnet wird. Inhaber:innen der Rot-Weiß-Rot-Karte können nämlich bei einer Beschäftigungsdauer von 21 Monaten innerhalb der letzten 24 Monate auf eine Rot-Weiß-Rot-Karte plus umsteigen, mit der sie nicht mehr an eine:n Arbeitgeber:in gebunden sind und freien Zugang zu unselbstständiger Beschäftigung haben (§ 41a Abs 1 NAG iVm § 20e Abs 1 Z 2 AuslBG¹³).¹⁴ Einschränkend muss allerdings angemerkt werden, dass eine Rot-Weiß-Rot-Karte ein äußerst voraussetzungsreicher Aufenthaltstitel ist, sodass von diesem Erlass im Grunde nur hochqualifizierte bzw gut verdienende Beschäftigte profitieren können.

Eine weitere Praxis, die während der COVID-19-Krise virulent wurde, war, dass Arbeitgeber:innen ihre Beschäftigten einvernehmliche Auflösungen des Arbeitsverhältnisses unterschreiben ließen und ihnen – oft nur mündlich – eine Wiedereinstellungszusage gaben. Das betraf auch viele dokumentiert Arbeitende, und Arbeiterkammer und Gewerkschaften warnen davor, eine solche *Einvernehmliche* zu unterschreiben, ohne sich vorher beraten zu lassen. Für Menschen mit einem Aufenthaltstitel, bei dem sie für eine unselbstständige Tätigkeit eine Beschäftigungsbewilligung benötigen – etwa drittstaatsangehörige Studierende – bedeutet das, dass mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch ihre Beschäftigungsbewilligung wegfällt. Diese Bewilligung muss beim AMS beantragt werden, und zwar von der:dem Arbeitgeber:in. Das bedeutet: Werden diese Personen entgegen der Zusage nicht wiedereingestellt, müssen sie eine:n neue:n Arbeitgeber:in finden, die:der bereit ist, die bürokratische Hürde der Beantragung einer Beschäftigungsbewilligung zu nehmen. In Zeiten einer Pandemie mit Rekordarbeitslosigkeit ist das kein leichtes Unterfangen, zumal die Bearbeitung eines Antrags auf eine Beschäftigungsbewilligung ja auch einige Zeit in Anspruch nimmt. Die Beratungspraxis hat gezeigt, dass manche

12 Rot-Weiß-Rot-Karten können für unterschiedliche Gruppen ausgestellt werden: besonders Hochqualifizierte (§ 12 AuslBG), Fachkräfte in Mangelberufen (§ 12a AuslBG) oder sonstige Schlüsselkräfte (§ 12b AuslBG). Für sonstige Schlüsselkräfte legt § 12c AuslBG Einkommensgrenzen als eine Alternativvoraussetzung fest; für Fachkräfte in Mangelberufen wird explizit in § 12a leg cit festgehalten, dass das kollektivvertragliche Mindestentgelt bezahlt werden muss.

13 Bundesgesetz vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG), BGBl 1975/218 idF BGBl 2021/54.

14 Auskunft des AMS per E-Mail, 22.4.2020.

Arbeitgeber:innen insb aufgrund der Unsicherheit, wann der nächste Lockdown kommt, nicht bereit waren, diesen behördlichen Weg auf sich zu nehmen. Ohne Beschäftigungsbewilligung zu arbeiten bedeutet aber, undokumentiert zu arbeiten. Insofern stellt sich der Jobverlust für Menschen, die eine Beschäftigungsbewilligung brauchen, komplexer dar als für solche mit freiem Zugang zum Arbeitsmarkt.

4. Zugang zu Gesundheitsversorgung ohne Angst

Obwohl UNDOK auf arbeits- und fremdenrechtliche Beratung spezialisiert ist, wenden sich wiederholt Menschen mit Fragen rund um Gesundheitsthemen an die Anlaufstelle. Hier sind es vor allem Personen ohne Sozialversicherung – oder deren Unterstützer:innen –, die sich insb über den Zugang zu Tests und Impfungen informieren wollen. In diesem Zusammenhang formierte sich gleich zu Beginn der Pandemie eine Initiative im Gesundheitsbereich, die den angstfreien Zugang zu Gesundheitsversorgung für alle forderte: Unter dem Slogan „Coronafrei geht nur gemeinsam“ thematisierte die Kampagne „undokumentiert gesund“ die Angst von Menschen ohne geregelten Aufenthalt, ins Spital oder zu Ärzt:innen zu gehen, da sie eine Weitergabe ihrer Daten an die Fremdenbehörden fürchten. Zugleich, so die Initiator:innen der Kampagne, gefährde es alle, wenn einige trotz Symptomen nicht zu Hause bleiben oder ärztliche Hilfe in Anspruch nehmen können.¹⁵

Auch international ist die Gesundheitsgefährdung von undokumentierten Migrant:innen¹⁶ ein großes Thema. PICUM¹⁷, ein weltweites Netzwerk von 164 Organisationen, die mit undokumentierten Migrant:innen arbeiten, sammelt seit Beginn der Pandemie Informationen zum Zugang zu Gesundheitsleistungen, zuletzt insb zu Impfungen, in unterschiedlichen Ländern. Für einen breiten Zugang zu Impfungen braucht es zum einen möglichst niedrige administrative Hürden und zum anderen die Sicherheit, dass keinerlei fremdenpolizeilichen Konsequenzen folgen, wenn sich *Papierlose* die Impfung holen.¹⁸

5. Was ist zu tun?

Der Zugang zu Impfungen und Tests muss also für alle offen sein – und dies muss auch klar kommuniziert werden. Fehlende oder widersprüchliche Informationen dagegen steigern die Verunsicherung: Braucht man eine E-Card oder nicht? Benötigt man zwingend

15 Die Website der Kampagne ist mittlerweile offline; auf Facebook kann sie aber noch nachverfolgt werden: www.facebook.com/undokumentiertgesund.at (2.9.2021).

16 Zur Erinnerung: Undokumentierte Migrant:innen haben keine gültigen Aufenthaltspapiere; der Status hat mit undokumentierter Arbeit zunächst nichts zu tun. Siehe dazu Kapitel 1.

17 Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants.

18 PICUM, COVID-19 and undocumented migrants: what is happening in Europe?, <https://picum.org/covid-19-undocumented-migrants-europe> (2.9.2021).

einen Meldezettel? Muss ich mich ausweisen? Impfkationen wie die des Neunerhauses in Wien¹⁹ für Menschen ohne Krankenversicherung sind ein wichtiges niederschwelliges Angebot, ersetzen jedoch nicht eine flächendeckende Versorgung.²⁰

Auf einer systemisch-politischen Ebene ist es zentral, gesicherte Aufenthaltsmöglichkeiten mit Zugang zu existenzsichernder Arbeit zu schaffen. Positive Ansätze dazu gab es ua in Portugal und Italien, die im Zuge der Pandemie zumindest befristete Aufenthaltstitel vergaben (Portugal) bzw für Beschäftigte in Branchen wie Landwirtschaft, Haushalt und Pflege Regularisierungsmöglichkeiten einrichteten (Italien). Andere Länder wiederum verlängerten bestehende Aufenthaltstitel, um eine Illegalisierung der Inhaber:innen zu verhindern.²¹

Susanne Kimm ist Politikwissenschaftlerin und Juristin und arbeitet als Rechtsberaterin bei UNDOK; s.kimm@undok.at

Vina Yun ist freie Journalistin und betreut die Öffentlichkeitsarbeit bei UNDOK; presse@undok.at

19 *Neunerhaus*, neunerhaus impft wohnungslose Menschen, www.neunerhaus.at/nc/neuner-blog/aktuelles/detail/neunerhaus-impft-wohnungslose-menschen/ (2.9.2021).

20 Für einen Überblick über die Auswirkungen der Corona-Krise auf wohnungslose Menschen siehe *Unterlerchner/Moussa-Lipp/Christanell/Hammer*, Wohnungslos während Corona, *juridikum* 2020, 396.

21 *PICUM*, Regularising undocumented people in response to the COVID-19 pandemic, <https://picum.org/regularising-undocumented-people-in-response-to-the-covid-19-pandemic> (2.9.2021).

Die lauterkeitsrechtliche Verantwortung von Influencer*innen

Anna Büchel

1. Einleitung

Kaum ein Unternehmen verzichtet heutzutage auf die Vorteile, die die Nutzung von Social Media Kanälen bietet. Vor allem die Social Media Plattform Instagram erfreut sich wachsender Beliebtheit. Instagram bietet Unternehmen verschiedenste Möglichkeiten, innovative Marketing- und PR-Strategien zu entwickeln.¹ Ein Beispiel ist das Influencer*innen-Marketing, das sich in den letzten Jahren als neue und höchst effektive Marketing-Strategie etabliert hat. Influencer*innen verfügen über eine enorme Reichweite und können Unternehmen und Marken in kurzer Zeit zu großer Bekanntheit verhelfen. Aufgrund der Neuheit dieser Thematik sind noch einige (lauterkeits-)rechtliche Fragestellungen ungeklärt. Zum Thema Influencer*innen-Marketing wurde in Österreich zum aktuellen Zeitpunkt noch kein Urteil veröffentlicht. Dennoch ist das Thema von erheblicher Bedeutung, zum einen aufgrund der Harmonisierung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)² durch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL-UGP)³, zum anderen aufgrund der Vielzahl an erfolgreichen österreichischen Influencer*innen, wie zB *Johannes Bartl*, *Marcel Dähne* oder *Lisa-Marie Schiffner*, um nur einige zu nennen. Im Gegensatz zu Österreich gibt es in Deutschland aktuelle (höchst) gerichtliche Entscheidungen, die sich mit dem Thema Influencer*innen-Marketing beschäftigen. Charakteristisch für Social-Influencer*innen ist, dass sie ihre Follower*innen persönlich ansprechen und neben werblichen Beiträgen auch nicht-werbliche Posts veröffentlichen, weshalb die in der klassischen Werbung sonst klaren Grenzen zwischen Werbung und privater Überzeugung bzw Konsument*innenmeinung verschwimmen.⁴ Es ist somit für den*die Nutzer*in nicht immer eindeutig klar, welche Beiträge tatsächlich Werbezwecken dienen.⁵ Infolgedessen kommt es zu lauterkeitsrechtlichen Grenzfällen, bei denen die Kategorisierung als Social-Influencer*innen-Werbung von vornherein

1 *Solmecke/Kocatepe*, Recht im Online-Marketing. So schützen Sie sich vor Fallstricken und Abmahnungen² (2018) 283.

2 BGBl 1984/448 idF 2019/104.

3 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates, Abl L 2005/149, 22.

4 *Anderl/Seling*, Social Media – Rechtssicherheit im Unternehmen, *ecolex* 2018, 535.

5 *Solmecke/Kocatepe*, Recht im Online-Marketing² 396 f.

nicht eindeutig vorgenommen werden kann.⁶ Etwa, wenn zwischen einem* einer Social-Influencer*in und einem Unternehmen kein entgeltlicher Vertrag zu Werbezwecken besteht, der*die Social-Influencer*in aber dennoch objektiv werbewirksame Aussagen für das Unternehmen tätigt,⁷ beispielsweise, wenn sich der*die Social-Influencer*in selbst ein Produkt kauft und in einem Post eine Produktempfehlung ausspricht.⁸ Ob Social-Influencer*innen derartige Instagram-Beiträge als werblich kennzeichnen müssen, hat die deutschen Gerichte beschäftigt, nachdem der Verband Sozialer Wettbewerb mehrere Influencerinnen, wie etwa *Cathy Hummels*, *Pamela Reif*, *Leonie Hanne* und *Luisa-Maxime Huss* wegen irreführender geschäftlicher Handlungen geklagt hatte. Die Urteile in diesen Prozessen sind trotz gleichartigem Sachverhalt konträr ausgefallen. Das Thema ist heikel, da sich die Frage stellt, ob durch die fehlende Kennzeichnung die Follower*innen als Verbraucher*innen zu Kaufentscheidungen verleitet werden könnten, die sie bei (richtiger) Kennzeichnung nicht getroffen hätten. Kürzlich hat der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) drei Urteile dazu gefällt.

2. Die Begriffe „Influencer*in“ und „Influencer*innen-Marketing“

2.1. Influencer*innen

Der Begriff „Influencer*in“ entstammt dem englischen Wort „*influence*“, zu Deutsch „Einfluss“ oder „beeinflussen“⁹ und kam um das Jahr 2007 auf. Um von einem* einer Influencer*in sprechen zu können, müssen mehrere Merkmale erfüllt werden. Er*Sie hat eine starke Präsenz auf einem oder mehreren sozialen Netzwerken. Die Stärke der Präsenz wird meist an der Zahl der Follower*innen gemessen.¹⁰ Diese sind dem*der Influencer*in größtenteils nicht persönlich bekannt.¹¹ In den sozialen Netzwerken veröffentlicht er*sie in hoher Frequenz Beiträge und tritt in soziale Interaktion mit seinen*ihrer Follower*innen. Influencer*innen genießen in den sozialen Medien ein hohes Ansehen und haben eine große Reichweite.¹² Sie werden auch als „Meinungsmacher*innen“ bezeichnet, da ihnen die Fähigkeit beigemessen wird, ihre Follower*innen in deren (Kauf-) Verhalten beeinflussen zu können.¹³ Denn die Follower*innen gehen oftmals davon aus, dass der*die Influencer*in ein beworbenes Produkt, eine Dienstleistung oder eine Marke aufgrund von eigener guter Erfahrung bevorzugt und deshalb glaubwürdig empfehlen

⁶ Fries, Influencer-Marketing 11 f.

⁷ Fries, Influencer-Marketing 10.

⁸ Fries, Influencer-Marketing 12.

⁹ Seeger/Kost, Influencer Marketing. Grundlagen, Strategie und Management (2018) 27.

¹⁰ Lammenett, Praxiswissen Online-Marketing. Affiliate-, Influencer-, Content- und E-Mail-Marketing, Google Ads, SEO, Social Media, Online- inklusive Facebook-Werbung⁷ (2019) 145.

¹¹ Deges, Quick Guide Influencer Marketing. Wie Sie durch Multiplikatoren mehr Reichweite und Umsatz erzielen (2018) 16.

¹² Deges, Quick Guide Influencer Marketing 14.

¹³ Schach in Schach/Lommatzsch (Hrsg.), Influencer Relations. Marketing und PR mit digitalen Meinungsführern (2018) 31; Fries, Influencer-Marketing. Informationspflichten bei Werbung durch Meinungsführer in Social Media (2019) 5 f.

kann.¹⁴ Wenn ein*e Influencer*in sympathisch und authentisch wirkt und die gleichen Werte vertritt, wie der*die Follower*in selbst, nimmt der*die Follower*in den*die Influencer*in als glaubwürdige*n Expert*in wahr.¹⁵ Folglich ist unter einem*einer Influencer*in eine Person zu verstehen, die in einem gewissen Themenbereich ein*e Expert*in ist und/oder soziale Autorität besitzt und in diesem Zusammenhang Inhalte in unterschiedlichen sozialen Medien teilt. Dadurch übt er*sie solch einen Einfluss auf seine*ihre Follower*innen aus, dass er*sie deren Konsumententscheidungen beeinflussen kann.¹⁶

2.2. Influencer*innen-Marketing

Beim Influencer*innen-Marketing werden entgeltliche Verträge zwischen Unternehmen und Influencer*innen geschlossen, wobei die Influencer*innen eingesetzt werden, um über ihre reichweitenstarken Social Media Profile Marken oder bestimmte Produkte des Partnerunternehmens bei den Follower*innen zu bewerben.¹⁷ Unter Influencer*innen-Marketing ist der gezielte Einsatz von Empfehlungen durch Influencer*innen, mit den Zielen, das Kaufverhalten der Zielgruppe eines Unternehmens positiv zu beeinflussen und die Wertigkeit der Markenbotschaft zu steigern, zu verstehen.¹⁸ Beiträge, für die ein*e Influencer*in einen geldwerten Vorteil erhält, sei es in Form eines Honorars oder in Form von Produktproben, die dem*der Social-Influencer*in zur Verfügung gestellt werden, müssen jedenfalls gekennzeichnet werden (vgl. § 26 Mediengesetz¹⁹, § 6 E-Commerce-Gesetz²⁰).²¹

3. Aktuelle Rechtsprechung aus Deutschland

Der Verband Sozialer Wettbewerb hat, gestützt auf das deutsche Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb²² (hier dUWG), seit dem Jahr 2017 einige Entscheidungen zum Thema Schleichwerbung durch Social-Influencer*innen-Marketing auf der Plattform Instagram erstritten.²³ Die Sachverhalte gleichen einander im Wesentlichen, trotzdem sind sie sehr unterschiedlich entschieden worden. Immer ging es um die Frage, ob die Social-

14 Gutjahr, Markenpsychologie. Wie Marken wirken – Was Marken stark macht⁴ (2019) 121.

15 Nirschl/Steinberg, Einstieg in das Influencer Marketing. Grundlagen, Strategien und Erfolgsfaktoren (2018) 6.

16 Seeger/Kost, Influencer Marketing 29.

17 Fries, Influencer-Marketing 7.

18 Deges, Quick Guide Influencer Marketing 35.

19 Bundesgesetz vom 12. Juni 1981 über die Presse und andere publizistische Medien, BGBl 1981/314 idF BGBl I 2020/148.

20 Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (ECG), BGBl I 2001/152 idF BGBl I 2020/148.

21 Koukal in Berka/Heindl/Höhne/Koukal, Mediengesetz Praxiskommentar⁴ (2019) zu § 26 Rz 1; OGH 14.11.2000, 4 Ob 219/00k; Feiler/Schmitt, Influencer Marketing und das medienrechtliche Trennungsgebot, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019, 255 (262).

22 Dr BGBl I 2010/254 idF dr BGBl I 2021/3504.

23 Ahrens, Influencer Marketing – Regulierungsrahmen und Konsequenzen seiner Anwendung (Teil 1), GRUR 2018, 1211 (1212).

Influencerinnen bei ihren Posts kommerzielle Zwecke nach § 5a Abs 6 dUWG verschleiert haben oder sich die von den Social-Influencer*innen verfolgten kommerziellen Zwecke unmittelbar aus den Umständen ergeben.²⁴ Die Fälle rund um die Influencerinnen *Cathy Hummels*, *Leonie Hanne* und *Luisa-Maxime Huss* wurden kürzlich vom BGH entschieden.²⁵

Besondere Probleme bereitet die Frage, wie mit sogenannten *Tap Tags* auf dem sozialen Netzwerk Instagram umgegangen werden muss. Es handelt sich dabei um anklickbare Bereiche auf einem Instagram Post. Diese werden erst ersichtlich, wenn das Bild einmal angeklickt wird. Klickt der*die Nutzer*in in weiterer Folge auf den sichtbar gewordenen Tap Tag, gelangt er*sie auf den getagten Instagram-Account.²⁶ In mehreren Prozessen haben sich Gerichte in Deutschland mit der Frage beschäftigt, ob das Setzen dieser Tap Tags ohne Werbekennzeichnung unlauter iSd § 5a Abs 6 dUWG ist, auch wenn der*die Influencer*in keinen geldwerten Vorteil vom Getagten erhalten hat.

3.1. Geschäftspraktik und geschäftliche Handlung

§ 5a Abs 6 dUWG gleicht § 2 Abs 4 Z 2 UWG im Wesentlichen, weshalb diese Rechtsprechung auch für Österreich interessant ist. Unlauter nach § 5a Abs 6 dUWG handelt, *„wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.“*

Im Gegensatz zu § 2 Abs 4 Z 2 UWG, der auf eine *Geschäftspraktik* abstellt, muss bei § 5a Abs 6 dUWG eine *geschäftliche Handlung* getätigt werden. Die österreichische Geschäftspraktik und die deutsche geschäftliche Handlung werden nicht gleich definiert. Unter einer Geschäftspraktik ist gemäß § 1 Abs 4 Z 2 UWG *„jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Unternehmens, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts zusammenhängt“* zu verstehen.

Hingegen definiert § 2 Abs 1 Z 1 dUWG die geschäftliche Handlung als *„jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens [...], bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen“*.

24 *Ahrens*, GRUR 2018, 1211 (1213).

25 *Badische neueste Nachrichten*, BGH-Urteil zu Influencern: Es ist Werbung, wenn Geld geflossen ist, bnn.de (<https://bnn.de/karlsruhe/karlsruhe-stadt/bgh-urteil-zu-influencern-es-ist-werbung-wenn-geld-geflossen-ist>) (3.10.2021).

26 OLG Karlsruhe 9.9.2020, 6 U 38/19, GRUR 2021, 88 = GRUR-RS 2020, 22210 = WRP 2020, 1467 Rz 7.

Vor allem fällt ins Auge, dass bei der geschäftlichen Handlung, anders als bei der Geschäftspraxis, explizit zwischen der Förderung des eigenen und der Förderung fremder Unternehmen unterschieden wird.

Förderungen fremder Unternehmen sind in Österreich nicht für die Definition der Geschäftspraxis relevant, sondern für die Definition der Handlungen „im geschäftlichen Verkehr“. Der OGH spricht sich dahingehend aus, dass für Handlungen im geschäftlichen Verkehr nicht vorausgesetzt wird, dass der*die Handelnde sein eigenes Unternehmen fördern will. Auch ein Eingriff in den Marktablauf zugunsten Dritter stellt eine Handlung im geschäftlichen Verkehr dar.²⁷

Das Tatbestandsmerkmal des geschäftlichen Verkehrs findet sich unter anderem in § 1 UWG und ist damit auch für § 2 UWG von Relevanz.²⁸ Darüber hinaus ist der geschäftliche Verkehr für § 2 UWG von Bedeutung, da dem Verbot irreführender Geschäftspraktiken all jene natürlichen und juristischen Personen unterworfen sind, die am geschäftlichen Verkehr teilnehmen.²⁹

Nach ständiger deutscher Rsp ist eine *Handlung* eine *geschäftliche*, wenn sich die getätigte Handlung bei objektiver Betrachtung darauf richtet, die geschäftlichen Entscheidungen von Verbraucher*innen zu beeinflussen und dadurch der Absatz oder Bezug gefördert werden soll. Es darf kein anderes vorrangiges Ziel als das der Förderung des Absatzes oder Bezuges vorliegen.³⁰ Äußerungen von Unternehmen oder anderen Personen, die von weltanschaulicher, wissenschaftlicher, redaktioneller oder verbraucherpolitischer Natur sind, unterfallen nicht dem UWG, wenn sie in keinem funktionalen Zusammenhang mit der Absatz- oder Bezugsförderung stehen und lediglich der Information und Meinungsbildung der Leser*innenschaft dienen.³¹

3.2. Der Fall „Cathy Hummels“

3.2.1. Sachverhalt

Cathy Hummels³² ist als Influencerin auf Instagram tätig. Sie unterhält einen mit einem blauen Haken verifizierten Business-Account, dem 605.000 Menschen (Stand 12.7.2021) folgen. Auf ihrem Instagram-Account veröffentlicht sie regelmäßig Bilder, die oft durch kurze Begleittexte ergänzt werden. Teilweise versieht sie ihre Posts mit *Tap Tags*, die auf die Instagram-Accounts der Hersteller*innen führen, von denen die von ihr getragene

27 OGH 26.09.1990, 9 Ob A 231/90 (9 Ob A 232/90); *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 Rz 99.

28 *Kraft/Steinmair*, UWG Praxiskommentar² Vor_1_UWG Rz 30, FN 24.

29 *Anderl/Apl* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 2 Rz 24.

30 LG München I 29.4.2019, 4 HK O 14312/18, GRUR-RR 2019, 332 = MDR 2019, 820 Rz 37.

31 OLG München 25.06.2020, 29 U 2333/19, GRUR-RS 2020, 15662 Rz 26.

32 *Legal Tribune Online*, OLG München zu Influencern: Cathy Hummels' schöne „neue Welt“, lto.de (lto.de/recht/nachrichten/n/olg-muenchen-cathy-hummels-sieg-influencer-streit-schleichwerbung-instagram/) (Stand 25.6.2020).

Kleidung oder sonstige im Bild zu sehenden Gegenstände stammen.³³ Auf mehreren Posts sind von ihr Unternehmen getagt worden, von denen sie weder Geld noch einen sonstigen Vorteil erhalten hatte.³⁴ Auf einem dieser Beiträge sieht man *Cathy Hummels* mit einem blauen Plüschelöfanten in der Hand, getagt worden ist der Account des Herstellers Steiff.³⁵ Als Kläger tritt der eingetragene Verein „Verband Sozialer Wettbewerb“ auf.³⁶ Die Klage beruht auf der Erwägung des Klägers, dass es sich bei *Cathy Hummels*‘ Beiträgen um getarnte Werbung handle. Da sie mittels *Tap Tags* auf andere Unternehmen verlinkt habe, enthielten die Beiträge sohin kommerzielle Veröffentlichungen, auch wenn die Posts nicht direkt mit Geld oder kostenlos zur Verfügung gestellten Produkten vergütet worden waren. Weiters würde sich die kommerzielle Natur der streitgegenständlichen Posts weder unmittelbar aus den Umständen ergeben noch sei eine sachgerechte Kennzeichnung vorgenommen worden, weshalb § 5a Abs 6 dUWG verletzt worden sei.³⁷ *Cathy Hummels* hat diese Vorwürfe bestritten. Sie habe weder Geld oder sonstige geldwerte Vorteile für die streitgegenständlichen Posts erhalten noch liege überhaupt eine geschäftliche Handlung ihrerseits vor. Die *Tap Tags* habe sie aus reiner Begeisterung für die auf ihren Posts abgebildeten Produkte gesetzt. Weiters tausche sie sich mit ihren Follower*innen regelmäßig über die von ihr getragenen Outfits aus.³⁸

3.2.2. Entscheidungsgründe des Oberlandesgericht München

Die Klage gegen *Cathy Hummels* ist in erster und zweiter Instanz abgewiesen worden.³⁹ Das Oberlandesgericht (OLG) München stellt fest, dass ein Post, für den ein*e Influencer*in keine Gegenleistung erhält, *nicht* einmal eine *geschäftliche Handlung* iSd § 2 Abs 1 Nr 1 dUWG darstellt.⁴⁰ Das OLG München nimmt an, dass keine geschäftliche Handlung vorliegt, da die streitgegenständlichen Posts vorrangig anderen Zielen dienen als die geschäftlichen Entscheidungen von Verbraucher*innen zu beeinflussen und sich nur reflexartig auf die Absatz- und Bezugsförderung der getagten Unternehmen auswirken.⁴¹ Nach Ansicht des OLG München kommt die Beklagte mit ihren Posts nur dem Informationsinteresse ihrer Follower*innen nach, da sich diese nicht nur für *Cathy Hummels* als Person, sondern auch für die von ihr getragenen bzw verwendeten Produkte interessieren. Die Beiträge im gegenständlichen Fall gehören damit zum „redaktionel-

33 LG München I 29.4.2019, 4 HK O 14312/18, GRUR-RR 2019, 332 = MDR 2019, 820 Rz 2.

34 LG München I 29.4.2019, 4 HK O 14312/18 Rz 20.

35 LG München I 29.4.2019, 4 HK O 14312/18 Rz 8, 38.

36 *Lenhardt*, Instagram, Youtube und Co: Neuregelung für Werbung von Influencern, swr3.de (<https://www.swr3.de/aktuell/nachrichten/influencer-werbung-gesetz-100.html>) (Stand 20.1.2021).

37 LG München I 29.4.2019, 4 HK O 14312/18 Rz 12.

38 LG München I 29.4.2019, 4 HK O 14312/18 Rz 23.

39 LG München I 29.4.2019, 4 HK O 14312/18 Tenor I; OLG München 25.06.2020, 29 U 2333/19 Rz 18.

40 OLG München 25.6.2020, 29 U 2333/19, GRUR-RS 2020, 15662 Rz 24.

41 OLG München 25.6.2020, 29 U 2333/19 Rz 26.

len Teil“ ihrer Instagram-Posts.⁴² Derartige Beiträge stellen einerseits keine geschäftlichen Handlungen zugunsten des eigenen Unternehmens dar, da ihr Interesse, durch *Tap Tags* auf sich aufmerksam zu machen, um künftig bezahlte Werbeverträge zu akquirieren, nicht ausreicht, um daraus auf einen objektiven Zusammenhang zwischen den Beiträgen und einer Absatzförderung schließen zu können.⁴³ Andererseits liegt auch keine geschäftliche Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens vor, wenn *Tap Tags* gesetzt werden. Die Absatzförderung der von *Cathy Hummels* getragenen oder verwendeten Produkte ist, wenn sie dafür keinen geldwerten Vorteil erhält, als bloßer Reflex ihrer Selbstdarstellung und nicht als geschäftliche Handlung zu werten.⁴⁴

Weiters weist das OLG München darauf hin, dass sich, selbst wenn eine geschäftliche Handlung zu bejahen wäre, der kommerzielle Zweck *unmittelbar aus den Umständen ergibt*.⁴⁵ Dies ergibt sich aus folgenden Gründen: Der Instagram-Account der Beklagten ist mit einem blauen Haken versehen, somit kann es sich nicht um ein privates Profil und um private Inhalte handeln. Instagram verifiziert nur Profile von Personen mit einem bestimmten Bekanntheitsgrad mittels eines blauen Hakens.⁴⁶ Prominente schützen im Normalfall ihre Privatsphäre. Ist dies nicht der Fall, stehen folglich kommerzielle Interessen dahinter. Die Imagepflege ist ein Hauptgrund, warum bekannte Persönlichkeiten soziale Netzwerke nutzen. Daraus folgt, dass verifizierte Accounts hauptsächlich zur Imagepflege und zur Verfolgung kommerzieller Interessen betrieben werden.⁴⁷ In Bezug auf den Schutz von Kindern und Jugendlichen stellt das Gericht fest, dass Kinder und Jugendliche sehr gut darüber informiert sind, dass Social-Influencer*innen „*nicht aus reiner Menschenliebe oder aus Spaß*“ an der Sache handeln und es sich beim Berufsbild Social-Influencer*in um einen durchaus gewinnbringenden Beruf handelt, bei dem es möglich ist, mit „relativ geringem Aufwand viel Geld zu verdienen“. Dieser Umstand ist Kindern und Jugendlichen oftmals sogar klarer als Erwachsenen.⁴⁸ Daraus schließt das Gericht, dass Kinder und Jugendliche jedenfalls wissen, dass Social-Influencer*innen mit öffentlichen Instagram-Profilen und mehreren hunderttausend Follower*innen mit ihren Inhalten kommerzielle Ziele verfolgen.⁴⁹

3.2.3. Entscheidungsgründe des Bundesgerichtshofs (BGH)

Der Fall *Cathy Hummels* ist kürzlich gemeinsam mit den Fällen rund um *Leonie Hanne* und *Luisa-Maxime Huss* vom BGH entschieden worden. Der BGH hat die Revision des Klägers zurückgewiesen.

42 OLG München 25.6.2020, 29 U 2333/19 Rz 29.

43 OLG München 25.6.2020, 29 U 2333/19 Rz 28.

44 OLG München 25.6.2020, 29 U 2333/19 Rz 29.

45 OLG München 25.6.2020, 29 U 2333/19 Rz 31.

46 LG München I 29.4.2019, 4 HK O 14312/18 Rz 44.

47 LG München I 29.4.2019, 4 HK O 14312/18 Rz 45.

48 LG München I 29.4.2019, 4 HK O 14312/18, GRUR-RR 2019, 332 = MDR 2019, 820 Rz 49 f.

49 LG München I 29.4.2019, 4 HK O 14312/18, GRUR-RR 2019, 332 = MDR 2019, 820 Rz 50.

Anders als das OLG München geht der BGH davon aus, dass die beanstandeten Beiträge jedenfalls geschäftliche Handlungen von *Cathy Hummels* zugunsten ihres eigenen Unternehmens darstellen.⁵⁰ Der BGH stellt fest, dass der Betrieb eines Instagram-Profiles wie das von *Cathy Hummels* objektiv dazu geeignet ist, ihr Unternehmen zu fördern, da *Cathy Hummels* durch die streitgegenständlichen Beiträge die Zahl ihrer Follower*innen sowie die Anzahl an Kommentaren steigern möchte, wodurch sich wiederum der Wert der von ihr angebotenen Dienstleistungen erhöht. Durch die Steigerung des eigenen Wertes fördern Influencer*innen ihr eigenes Unternehmen.⁵¹ Dadurch, dass unternehmerisch tätige Influencer*innen privat anmutende Beiträge nutzen, um den Wettbewerb ihres eigenen Unternehmens zu fördern, sind auch „private“ Beiträge geschäftlichen Charakters.⁵²

Zudem wird vom BGH ein geschäftliches Handeln zugunsten der mit Tap Tags verlinkten fremden Unternehmen nicht ausgeschlossen.⁵³ Vor allem wenn der gesetzte Tap Tag in keinem erkennbaren Bezug zum Bild oder Begleittext steht, spricht dies für eine geschäftliche Handlung zugunsten des fremden, getagten Unternehmens.⁵⁴

In Bezug auf die geschäftlichen Handlungen zugunsten ihres eigenen Unternehmens liegt kein Verstoß gegen § 5a Abs 6 UWG vor, weil sich dieser kommerzielle Zweck *unmittelbar aus den Umständen*, das heißt klar und eindeutig auf den ersten Blick, ergibt. Die Verkehrsauffassung des*der Durchschnittsverbraucher*in wurde vom BGH nur eingeschränkt überprüft, da die Revision die Würdigung des Berufungsgerichtes in Bezug auf die Erkennbarkeit des kommerziellen Zwecks der Förderung des eigenen Unternehmens der Influencerin nicht angegriffen hat.⁵⁵

In Bezug auf die geschäftlichen Handlungen zugunsten der verlinkten Unternehmen, liegt kein Verstoß gegen § 5a Abs 6 dUWG vor, weil *Cathy Hummels* für die beanstandeten Beiträge keine Gegenleistung erhalten hat und die Posts daher den vorrangigen Spezialvorschriften des § 6 Abs 1 Nr 1 Telemediengesetz (TMG)⁵⁶, § 58 Abs 1 Satz 1 Rundfunkstaatsvertrag⁵⁷ und § 22 Abs 1 Satz 1 Medienstaatsvertrag⁵⁸ genügen.⁵⁹ Diese Spezialvorschriften schränken den Anwendungsbereich der allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Bestimmung des § 5a Abs 6 UWG ein und gehen der allgemeinen Bestimmung vor.⁶⁰ § 6 Abs 1 Nr 1 TMG entspricht weitestgehend § 6 ECG.

50 BGH 9.9.2021, I ZR 126/20 Rz 17.

51 BGH 9.9.2021, I ZR 126/20 Rz 31-33.

52 BGH 9.9.2021, I ZR 126/20 Rz 34.

53 BGH 9.9.2021, I ZR 126/20 Rz 41.

54 BGH 9.9.2021, I ZR 126/20 Rz 55.

55 BGH 9.9.2021, I ZR 126/20 Rz 70, 74.

56 Dt BGBl I 2010/179,251 idF dt BGBl I 2021/3544.

57 Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt (GVBl) 2001/502 idF GVBl 2018/210 bzw 2020/203.

58 GVBl 2020/450.

59 BGH 9.9.2021, I ZR 126/20 Rz 75 ff.

60 BGH 9.9.2021, I ZR 126/20 Rz 87 f.

3.3. Der Fall „Pamela Reif“

3.3.1. Sachverhalt

Dem Fall „Pamela Reif“⁶¹ liegt im Wesentlichen der gleiche Sachverhalt zugrunde. Pamela Reif ist eine Influencerin auf Instagram. Auch sie betreibt einen Business-Account, dem über 7,9 Millionen Menschen (Stand 12.7.2021) folgen. Teilweise macht sie im Beileittext Angaben zu den Unternehmen, deren Kleidung sie trägt oder deren Produkte sie inszeniert. In einigen Fällen sind die Verweise als *Tap Tags* im Bild eingebettet.⁶² Geklagt worden ist sie ebenfalls vom Verband Sozialer Wettbewerb.⁶³

3.3.2. Entscheidungsgründe des OLG Karlsruhe

Der Klage ist, anders als im Fall *Cathy Hummels*, in erster und zweiter Instanz stattgegeben worden.⁶⁴ Im Gegensatz zum OLG München nimmt das OLG Karlsruhe an, dass Pamela Reif durch ihre Posts *geschäftliche Handlungen* zugunsten ihres eigenen, aber auch zugunsten fremder Unternehmen getätigt hat, da jeder Post darauf gerichtet ist, ihr Image und ihre Bekanntheit und somit auch ihren Verkehrswert zu steigern. Dies gilt auch für die eingesetzten *Tap Tags*.⁶⁵ Somit ist es irrelevant, ob Pamela Reif eine geldwerte Gegenleistung für den konkreten Post erhalten hat oder nicht. Denn sie steigert durch die streitgegenständlichen Posts jedenfalls die Attraktivität ihres Unternehmens für Werbepartner*innen.⁶⁶ Weiters handelt sie unmittelbar zugunsten anderer Unternehmen, da sie deren Produkte durch die *Tap Tags* hervorhebt, was deren Absatz steigern kann.⁶⁷ Das OLG Karlsruhe geht davon aus, dass sich der von Influencer*innen verfolgte kommerzielle Zweck zugunsten des eigenen Unternehmens, nämlich durch (alle) ihre Beiträge den Absatz ihrer eigenen Dienstleistungen an Werbepartner zu steigern, für die Adressat*innen unmittelbar aus den Umständen ergibt. Der kommerzielle Zweck zugunsten von Drittunternehmen ergibt sich jedoch *nicht unmittelbar aus den Umständen*.⁶⁸ Influencer*innen präsentieren sich als „Privatpersonen“ und werden von ihren Follower*innen als authentisch und als „eine*r von ihnen“ wahrgenommen. Das Publikum geht davon aus, dass Influencer*innen private Einblicke aus ihrem Leben teilen und nur zum Teil kommerzielle Werbebeiträge zugunsten Dritter posten. Der adressierte Verkehrskreis geht nicht davon aus, dass der*die Influencer*in kommerzielle Zwecke hinsichtlich jeglichen in den Posts dargestellten Produkten verfolgt.⁶⁹ Aus dem Ge-

61 *Legal Tribune Online*, Pamela Reif verliert im Streit um Werbung auf Instagram, lto.de (<https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/olg-karlsruhe-6u3819-pamela-reif-instagram-werbung-tap-tags-postings-links-unlauterer-wettbewerb-kennzeichnung/>) (Stand 09.09.2020).

62 LG Karlsruhe 21.3.2019, 13 O 38/18 KfH, MMR 2019, 329 = GRUR-RR 2019, 328 Rz 2.

63 *Lenhardt*, Instagram, Youtube und Co: Neuregelung für Werbung von Influencern, swr3.de; LG Karlsruhe 21.03.2019, 13 O 38/18 KfH Rz 1.

64 LG Karlsruhe 21.3.2019, 13 O 38/18 KfH Tenor 1; OLG Karlsruhe 09.09.2020, 6 U 38/19, GRUR 2021, 88 = GRUR-RS 2020, 22210 = WRP 2020, 1467 Tenor 1.

65 OLG Karlsruhe 9.9.2020, 6 U 38/19 Rz 54-56.

66 OLG Karlsruhe 9.9.2020, 6 U 38/19 Rz 60.

67 OLG Karlsruhe 9.9.2020, 6 U 38/19 Rz 57.

68 OLG Karlsruhe 9.9.2020, 6 U 38/19 Rz 102.

69 OLG Karlsruhe 9.9.2020, 6 U 38/19 Rz 105.

schäftsmodell der Influencer*innen, das genau darauf abzielt, privat anmutende mit geschäftlichen Posts zu vermengen, resultiert eine wettbewerbsrechtliche Gefährdungslage.⁷⁰ Die in den Beiträgen enthaltenen Werbeaussagen müssen nicht erst die Abneigung der Adressat*innen überwinden, sondern genießen einen Wohlwollensvorteil.⁷¹ Um diese Gefährdungslage zu begrenzen, müssen die Influencer*innen dazu verpflichtet werden, ihre wirtschaftlichen Beziehungen zu Drittunternehmen umfassend offenzulegen.⁷² Der Senat bejaht auch den Umstand, dass der*die Verbraucher*in durch die unzureichende Kennzeichnung zu *geschäftlichen Entscheidungen* veranlasst werden kann, die er*sie *andernfalls nicht getroffen hätte*, weil die Adressat*innen den Beiträgen größere Beachtung schenken und sie der Werbung des Drittunternehmens ausgesetzt sind, sobald sie den verlinkten Instagram-Account besuchen.⁷³ Der Senat stellt zum Schluss noch klar, dass der Werbeüberschuss nicht aus der inhaltlichen Gestaltung von *Pamela Reifs* Posts resultiert, sondern allein aus dem Einsatz der *Tap Tags*.⁷⁴ Der Fall *Pamela Reif* liegt dem BGH ebenfalls vor, ist aber noch nicht zur Verhandlung terminiert.⁷⁵

4. Resümee

Als Faustregel gilt in Deutschland nun, dass all jene Beiträge, für die Influencer*innen kein Entgelt – in welcher Form auch immer – erhalten, nicht gekennzeichnet werden müssen. Dies schafft jedenfalls Rechtssicherheit für die Influencer*innen. Meines Erachtens wäre in der Revision eine genaue Prüfung der Verkehrsauffassung des*der Durchschnittsverbraucher*innen durch den BGH aber anzuregen gewesen, da die einzelnen Gerichte doch recht unterschiedliche Ansichten zum Verständnis des*der Durchschnittsverbraucher*in hatten. Das Wesen des Influencer*innen-Marketings ist es, eine Vertrauensbasis zu den Follower*innen aufzubauen, so authentisch wie möglich zu erscheinen und gerade nicht so zu wirken, als ob mit jedem Beitrag kommerzielle Zwecke verfolgt werden sollen. Dass sich die Verfolgung kommerzieller Interessen bei allen, auch privat anmutenden Beiträgen, für den*die durchschnittliche Instagram-Nutzer*in unmittelbar aus den Umständen ergibt, könnte bezweifelt werden, zumal es sich bei dem*der durchschnittliche*n Instagram-Nutzer*in gewöhnlich nicht um Senatsmitglieder handelt. Es bleibt spannend, wann die ersten Entscheidungen in Österreich zum Thema veröffentlicht werden, zumal immer noch Fragen ungeklärt geblieben sind und sich die deutsche Rechtslage mit der österreichischen – trotz gewisser Ähnlichkeiten – nicht deckt.

Mag. Anna Büchel arbeitet als Rechtspraktikantin im Sprengel des OLG Wien sowie als Juristische Mitarbeiterin bei Lansky, Ganzger, Goeth, Frankl & Partner Rechtsanwälte GmbH und lebt in Wien; anna.buechel@gmail.com

⁷⁰ OLG Karlsruhe 9.9.2020, 6 U 38/19 Rz 106.

⁷¹ OLG Karlsruhe 9.9.2020, 6 U 38/19 Rz 103.

⁷² OLG Karlsruhe 9.9.2020, 6 U 38/19 Rz 106.

⁷³ OLG Karlsruhe 9.9.2020, 6 U 38/19 Rz 116 f.

⁷⁴ OLG Karlsruhe 9.9.2020, 6 U 38/19 Rz 130.

⁷⁵ *Badische neuste Nachrichten*, BGH-Urteil zu Influencern, bnn.de.

Gesprochenes Recht?

Magdalena Csármán

1. Von Recht, Sprache und Papier

Dass Papier geduldig ist, hat schon *Cicero* mit den schönen Worten *epistula non erubescit* – der Brief errötet nicht – erkannt.¹ Das ist bis heute scharfsinnig wie aktuell. Gleichwohl wird man sich – „auf Österreichisch“ – auch einer anderen Einsicht bewusst: *Was liegt, das pickt*. So sehr das Papier zum stummen Hinnehmen seines Inhaltes verdammt ist, so sehr schafft es auch Bestandsfähigkeit von Gedanken. Das Recht begegnet uns nun idR in schriftlichen Rechtstexten, kann – rechtstheoretisch besehen² – aber auch mündlich ausgedrückt werden. Die Problematik des gesprochenen Rechts erschließt sich freilich nicht auf den ersten Blick. Anschaulich und ziemlich unvermittelt ist sie jedoch mit den ersten juristischen Auswirkungen der COVID-19-Pandemie zutage getreten, die gezeigt haben, wie unsicher die (Rechts-)Lage werden kann, wenn man dem gesprochenen Wort nicht Herr und Frau wird. Denn bei der Bestandsfähigkeit von Rechtsnormen – und das ist so viel wie die Klarheit darüber, was Recht ist – geht es um nichts Geringeres als um eine zentrale Grundforderung des Rechtsstaatsgedankens. Ausgehend vom Problemfall der COVID-19-Pandemie (2.) wird im Folgenden ausgelotet, wo unser Rechtssystem die Mündlichkeit als rechtliche Handlungsform zulässt (3.), um sodann zu fragen, inwiefern das gesprochene Wort in einem Rechtsstaat tatsächlich schrankenlos eingesetzt werden kann (4.).

2. Problemfall: Lockdown-VO

Mit der ersten COVID-19-Lockdown-Verordnung³ (Lockdown-VO) im Frühjahr 2020 wurde das Betreten öffentlicher Orte generell verboten. Neben wenigen anderen Ausnahmen erlaubte die Z 5 der Lockdown-VO – mit Blick nur auf ihren Wortlaut⁴ – dann aber wieder das Betreten öffentlicher Orte *ohne Zweckbindung*, sofern nur der damalige Mindestabstand eingehalten würde. In den Pressekonferenzen (PK) der Bundesregierung wurde diese Rechtslage insb von Bundeskanzler (BK), Gesundheitsminister (BMG) und Innen-

1 Epistulae ad familiares, Liber V, 12.

2 S Potacs, Rechtstheorie² (2019) 48, 51: Entscheidend ist die sinnliche Wahrnehmbarkeit.

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

4 § 2 Z 5: „Ausgenommen vom Verbot gemäß § 1 sind Betretungen, wenn öffentliche Orte im Freien alleine, mit Personen, die im gemeinsamen Haushalt leben, oder mit Haustieren betreten werden sollen, gegenüber anderen Personen ist dabei ein Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten.“

minister wiederholt so dargestellt, als ob der persönliche Wohnungsbereich – neben den anderen Ausnahmen – nur zum Spazieren gehen verlassen werden dürfte;⁵ so, als ob die Z 5 also doch zweckgebunden gewesen sei. Lehre und Schrifttum waren sich hier ebenfalls uneinig: *Fister* und Kolleg*innen⁶ ebenso wie *Heissenberger*⁷ und *Stöger*⁸ sprachen sich vor allem mit teleologischen Argumenten für eine enge Auslegung der Z 5 aus. *Kopetzki*⁹ und andere¹⁰ widersprachen dem (ua) mit Verweis auf den klaren Wortlaut. Wenig später, im Juli 2020, hat der VfGH die Lockdown-VO zur Gänze als gesetzwidrig qualifiziert.¹¹ Die Diskrepanz zwischen dem Wortlaut der Lockdown-VO und dem, was von den Regierungsmitgliedern in den PK über dieselbe gesagt worden ist, hat gesellschaftlich jedenfalls weite Kreise gezogen: Als „Fake Laws“ wurde die Regierungskommunikation bezeichnet.¹² Die Pandemie wurde alsbald auch als *Infodemie* dargestellt, in der man mit der Regierungskommunikation als staatliche Desinformation der Bürger*innen zu kämpfen habe.¹³ Nicht nur Bürger*innen bezogen ihre Informationen über die Ausgangsbeschränkungen nämlich über die mediale Berichterstattung, sondern zum Teil auch Polizist*innen.¹⁴ Das ist angesichts des „europaweit wohl einzigartigen [...] normsetzenden Aktionismus“ des BMG, der im ersten COVID-19-Jahr durchschnittlich eine Verordnung (VO) pro Woche kundgemacht hat, nicht weiter verwunderlich.¹⁵ Geführt hat dies letztlich zu einer Reihe an Verwaltungsstrafen, die zum Teil wenig später von den zuständigen Landesverwaltungsgerichten mit einer weiten Auslegung der Z 5 wieder aufgehoben wurden.¹⁶ Alles in allem wurde die österreichische Rechtsgemeinschaft – initial ausgelöst durch diese PK – in ein mittelmäßiges Chaos gestürzt: Es ging um uneinheitliche Auslegungen in verschiedenen Bundesländern, polizeiliche Anhaltungen von Läufer- und Spaziergänger*innen sowie Taschenkontrollen nach einem Drogeriemarkteinkauf, Denunziationen innerhalb der Bevölkerung – ja, angeblich wurde Zweitwohnsitzenden in ihrem Zweitdomizil sogar das Wasser abgedreht, um sie an der Fahrt dorthin zu hindern.¹⁷

5 S dazu insb die detaillierten Angaben bei *Blaßnig*, In Zeiten der Infodemie, *juridikum* 2020, 433 (FN 9 bis 17).

6 *Fister et al*, COVID-19: Aktuelle Rechtsfragen #3, *Öffentliches Recht und Europarecht aktuell* (2020) Sonderausgabe #3, 4 f.

7 *Heissenberger*, Rechtliche Maßnahmen zur Bewältigung von COVID-19, *ÖJZ* 2020, 440 (443).

8 *Stöger*, Ausgangsbeschränkungen; Bestimmtheitsgebot; Betretungsverbote; Freizügigkeit; Legalitätsprinzip; Lockdown; öffentliche Orte, *RdM-LS* 2020, 197 (203).

9 *Kopetzki*, Corona-Ausgangsbeschränkungen – „Freunde besuchen“? *RdM* 2020, 161 (163). Seine Verwerfung der engen Auslegung begründete er überdies mit Verweis auf das strafrechtliche Analogieverbot.

10 *Blaßnig*, *juridikum* 2020, 435; *Müller*, COVID-19-Maßnahmen: Operation gelungen, der Patient ist tot? *ZfG* 2020, 125 (127); *Prankl*, COVID-19: Sind die Ausgangsbeschränkungen gesetzwidrig? *ZfG* 2020, 58 (60).

11 VfGH 14.7.2020, V 363/2020. Kritisch dazu *Klaushofer et al*, Ausgewählte unions- und verfassungsrechtliche Fragen der österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Covid-19-Virus, *ZÖR* 75, 649 (760 ff).

12 *Meditz/Negwer*, Fake Laws: Regierungswünsche als geltendes Recht hingestellt, *Die Presse* 2020/17/10.

13 *Blaßnig*, *juridikum* 2020, 433 ff.

14 S zB *Fister*, Kommunikation und Fehlkommunikation von Recht, *AnwBl* 2020, 552 (552, 554).

15 *Feik*, „Redaktionelle“ Hoppalas im COVID-19-Lockdown-Verordnungsrecht, *JRP* 29, 47 (48).

16 Beginnend mit LVwG NÖ 12.5.2020, LVwG-S-891/001-2020; VwG Wien 5.6.2020, VGW-031/047/5718/2020. Vgl dazu *Neuper*, COVID-19: Die Wohnung als „öffentlicher Ort“, *JMG* 2020, 113; *Kopetzki*, *RdM* 2020, 161 ff.

17 S *Schwaiger*, Polizeistaat: Die neue Lust am Strafen, Bespitzeln und Denunzieren, *profil.at* 9.4.2020, www.profil.at/oesterreich/polizeistaat-corona-strafen-bespitzeln-denunzieren-11439938 (26.6.2021).

Wie in den PK über die Lockdown-VO gesprochen worden ist, hat also weitgehend für Unruhe und Unmut gesorgt. Nun ist mit *Kopetzki* deutlich gesagt, dass die Diskussion darüber, ob in den PK-Aussagen des BMG etwa eine neue VO erblickt werden könnte, juristisch anspruchsvoll – und damit auch: mühselig – ist.¹⁸ Obendrein ist sie aber vor allem müßig: Das spätere Lockdown-VO-Recht wurde hinsichtlich der Reichweite der Z 5 saniert;¹⁹ und auch generell wird die damals verständliche emotionale Empörung über die Aussagen in den PK mittlerweile abgeklungen sein. Dennoch ist ein Problem in den Vordergrund gerückt worden, über das sich ein genaueres Nachdenken durchaus lohnt: das Sprechen über das Recht und das Sprechen im Recht – kurzum: mündliche Äußerungen von Staatsorganen.

3. Wo und wie wird gesprochen?

Will man dem Sprechen über das Recht auf den Zahn fühlen, muss man sich zuerst ansehen, wo die Verfassung überhaupt Mündlichkeit im Sinne von gesprochener Sprache als rechtliche Handlungsform zulässt. Arbeitet man sich dazu „durch“ die Staatsgewalten, so fällt auf, dass die Gesetzgebung sogleich ausscheiden muss. Von Initiativanträgen bis zum Gesetzesbeschluss: Der Weg zum Gesetz ist in den Art 41 B-VG ff formalisiert; als Handlungsform und -modus dominiert die Schriftlichkeit.²⁰ Das gilt überwiegend auch für die „Nebenfunktionen“ der gesetzgebenden Körperschaften,²¹ ebenso wie für den Rechnungshof und die Volksanwaltschaft.²² Freilich finden sich da und dort mündliche Elemente, die aber gerade keine unmittelbaren Rechtswirkungen für Bürger*innen auslösen und hier insofern irrelevant sind.²³

Näher kommt man einer Mündlichkeit als Handlungsform mit Blick auf die Gerichtsbarkeit: „Urteile und Erkenntnisse werden im Namen der Republik verkündet und ausgefertigt“ – das sagt schon Art 82 Abs 2 B-VG, der sich damit zwar nur auf die ordentliche Gerichtsbarkeit beschränkt und auch sonst keinen normativen Inhalt zu haben scheint.²⁴ Mündlich

18 *Kopetzki*, RdM 2020, 163.

19 S § 5 COVID-19-MaßnahmenG idF BGBl I 2020/104; nunmehr § 6 leg cit idF BGBl I 2021/90.

20 Gesetzesvorschläge bzw -anträge: §§ 21, 26 Abs 2 GeschäftsordnungG 1975 BGBl 1975/410 idF BGBl I 2021/63 (GOG-NR), § 21 Abs 2 Geschäftsordnung des Bundesrates 1988 BGBl 1988/361 idF BGBl I 2021/79 (GO-BR); Ausschussberichte: § 27 GOG-NR; Abänderungsanträge: § 53 Abs 3 und 4 GOG-NR; Einspruch des Bundesrates gegen den Gesetzesbeschluss: Art 42 Abs 3 B-VG, § 43 Abs 2 GO-BR.

21 ZB die Ausübung des Resolutionsrechts durch schriftliche Entschlüsse: Art 52 Abs 1 B-VG, § 55 Abs 1 und 3 GOG-NR, § 24 Abs 2 GO-BR; die Ausübung des Interpellationsrechts durch schriftliche Anfragen: § 90 Abs 1 GOG-NR; Stellungnahmen und Wunschaussagen nach den Art 23e, 23f Abs 4 und 23g B-VG; § 31d Abs 3 GOG-NR; Ermächtigungen iZm dem ESM: Art 50b B-VG, § 74d GOG-NR.

22 Vom Rechnungshof ergehen Tätigkeitsberichte: Art 126d Abs 1, 127 Abs 6, 127a Abs 6 B-VG. S aber auch: Art 127 Abs 5, Art 127a Abs 5 und Art 127b Abs 4 B-VG sowie §§ 15 Abs 8, 18 Abs 7 und 20a Abs 4 RechnungshofG 1948 BGBl 1948/144 idF BGBl I 2015/143 (RHG) („bekanntgeben“). Die Volksanwaltschaft kann „Empfehlungen“ erteilen (Art 148c B-VG), die als Rechtsakte sui generis angesehen (*Thienel/Leitl-Staudinger in Kneibls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Komm [18. EL] Art 148c B-VG Rz 6) und wohl schriftlich ergehen werden.

23 ZB die Pflicht des Präsidenten des BR, den BK über alle Beschlüsse des BR „in Kenntnis zu setzen“, wofür § 7 Abs 4 GO-BR keine bestimmte Form vorsieht, weshalb *Bußjäger* (in *Kneibls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Komm [11. EL] Art 42 Abs 1-4 Rz 28) daraus schließt, dass somit „auch die mündliche Übermittlung zulässig sein“ müsste. Auch der Termin der nächsten Sitzung des NR wird vom NR-Präsidenten uU mündlich verkündet: § 50 GOG-NR.

24 S *Khakzadeh-Leiler in Kneibls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Komm [12. EL] Art 82 B-VG Rz 21 ff.

verkündete Urteile sollen in der gesamten Gerichtsbarkeit, sofern im Einzelfall möglich, aber tatsächlich der Regelfall sein, wiewohl es – mit Ausnahme des Strafprozesses – auch möglich ist, das Urteil der schriftlichen Ausfertigung vorzubehalten.²⁵ Die mündliche Verkündung ist allerdings idR nicht ausreichend; so gut wie immer ist das Urteil bzw das Erkenntnis zumindest gekürzt schriftlich auszufertigen.²⁶ Insoweit anerkannt ist, dass jedenfalls der Spruch der Entscheidung – also die festgestellte Rechtsfolge – in Rechtskraft erwächst,²⁷ ist der Sprechakt, mit dem der Spruch verkündet wird, eine Art rechtliche Handlungsform.

Den eigentlichen Volltreffer landet man aber mit Blick auf die Verwaltung, deren Handlungsformen man „in ihrer Vielfalt [erst] sammeln, sichten und ordnen“ muss.²⁸ Wiewohl sich diese Vielfalt an Handlungsformen gerade nicht auf die formalisierten Rechtsformen der Verwaltung reduzieren lässt,²⁹ zeigen schon diese, dass man hier einen wunden Punkt trifft: Für VO besteht einerseits keine allgemeine Bezeichnungs-, Kundmachungs- und Verfahrensregel.³⁰ Gleichzeitig ermächtigt Art 18 Abs 2 B-VG jede Verwaltungsbehörde, „innerhalb ihres Wirkungsbereiches“ VO zu erlassen. Mündlich erlassene VO sind somit zweifelsohne denkbar und zulässig.³¹ Für Bescheide gibt es wiederum keine allgemeine Ermächtigungsnorm, dafür aber ein einheitliches Verfahrensregime, das in aller Regel anwendbar ist, wenn keine speziellen Regelungen bestehen.³² Schon dieses Verfahrensregime lässt es mit § 62 AVG³³ zu, dass Bescheide mündlich erlassen werden, wiewohl sie auch stets schriftlich zu beurkunden sind. Als im Innenbereich der Verwaltung an nachgereichte Organe ergehender Befehl kann auch die Weisung mündlich erfolgen.³⁴ Ein Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (AuvBZ) zeichnet sich schon begrifflich dadurch aus, dass er mündlich und als Realakt gesetzt wird.³⁵

25 § 29 Abs 2, 3 und 4, 47 Abs 4 VerwaltungsgerichtsverfahrensG BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2021/109 (VwGVG); § 43 Abs 4 und 5 VerwaltungsgerichtshofG 1985 BGBl 1985/10 idF BGBl I 2021/109 (VwGG); §§ 19 Abs 2, 26 VerfassungsgerichtshofG 1953 BGBl 1953/85 idF 2020/24 (VfGG); § 414 Zivilprozessordnung RGrBl 1895/113 idF BGBl I 2020/148 (ZPO); § 268 Strafprozeßordnung 1975 BGBl 1975/631 idF BGBl I 2021/159 (StPO).

26 § 29 Abs 2a, 4 und 5 VwGVG; § 43 Abs 6 VwGG; §§ 415 ff ZPO; § 270 StPO. Das Regime des VfGG schert hier insoweit aus, als sich aus § 26 leg cit mE klar ergibt, dass entweder mündlich zu verkünden *oder* schriftlich auszufertigen ist. Bei den einzelnen VfGH-Zuständigkeiten wird zT von „Verkündung bzw. Zustellung“ gesprochen (§§ 36e, 56 Abs 4, 56e Abs 5, 56f Abs 2, 56g Abs 5, 56h Abs 2 VfGG), zT implizit von der Zustellung an alle Verfahrensparteien ausgegangen (§§ 59, 64, 66 Z 3 und 92 VfGG).

27 S zB für den Zivilprozess: *Oberhammer*, Objektive Grenzen der materiellen Rechtskraft: Bindung und Präklusion, JBl 2000, 205 ff.

28 *B. Raschauer*, Obrigkeitliche Verwaltungsakte, ZÖR 69, 855 (856).

29 *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 673, 681.

30 *B. Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 725, 789; *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2015) Rz 405. Spezielle Regelungen bestehen freilich viele, zB § 4 Abs 1 Z 2 BundesgesetzblattG BGBl I 2003/100 idF BGBl I 2020/24 (BGBlG), nach dem VO der Bundesminister im BGBl II kundzumachen sind.

31 S VfGH 3.10.2006, V 23/06: „Noch drastischer stellt sich dies bei – zulässigerweise – mündlich verkündeten Verordnungen dar, die nur den gerade dort anwesenden Personen zugänglich sind [...]“. S weiters VfGH 9.3.2021, V 433/2020; LVwG OÖ 19.12.2016, LVwG-700181/7/MZ. Vgl auch *Hofstätter*, Was darf im Bundesgesetzblatt kundgemacht werden? ÖJZ 2015, 157 (157 f).

32 Vgl *B. Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 907; *Kahl/Weber*, Verwaltungsrecht Rz 416.

33 Allgemeines VerwaltungsverfahrenG 1991 BGBl 1991/51 idF BGBl I 2018/58.

34 *B. Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 935, 937, 940. S zB VwGH 26.2.2020, Ro 2018/09/0003.

35 Vgl etwa *B. Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 978. S zB VwGH 20.12.2016, Ra 2015/03/0048.

Nun darf sich freilich niemand der Illusion hingeben, dass es stets eindeutig wäre, welcher Handlungsform sich Verwaltungsorgane bedienen; schon diese Einordnungsprobleme bereiten Jurist*innen regelmäßig Unbehagen.³⁶ Das setzt sich wenig überraschend bei den nicht typisierten, schlicht-hoheitlichen Handlungsformen der Verwaltung fort, denen insgesamt ein Platz im sog *Soft Law* gehört.³⁷ Allgemeine Bezeichnungs-, Kundmachungs- und Verfahrensregeln bestehen hier naturgemäß nicht, denn sie werden zwar im Zusammenhang mit der Hoheitsverwaltung gesetzt, sind selbst aber gerade nicht normativer Art.³⁸ Neben Realakten gehört die medial transportierte – schriftliche oder mündliche – öffentliche Verwaltungskommunikation hierher:³⁹ etwa ministerielle Warnungen vor Produkten,⁴⁰ Positionspapiere von Regulierungsbehörden⁴¹ oder Aufklärungskampagnen zu gefährlichen Krankheiten.⁴² Auch die Regierungskommunikation in den PK war eine schlicht-hoheitliche Verwaltungskommunikation, hatte jedoch primär informierenden Charakter: Die Regierungsmitglieder haben *über* die Lockdown-VO gesprochen, ihren Inhalt wiedergegeben, ohne sie normwiederholend zu zitieren. Damit haben sie die Lockdown-VO mE, insb mit Blick auf deren Z 5, interpretiert, also ihre Rechtsauffassung kundgetan. Und dies mit dem mE klaren Ziel, Verhalten zu beeinflussen – B. *Raschauer* nennt so etwas „subnormative Verhaltenssteuerung“.⁴³ Ist somit insb eine der drei Staatsgewalten mehr oder weniger insgesamt als Schauplatz des gesprochenen Rechts freigelegt,⁴⁴ fragt sich, ob es in einem Rechtsstaat tatsächlich angeht, dass Behörden durch ohne jemals zu Papier gebrachte gesprochene Worte Rechtswirkungen für Bürger*innen auslösen können. Jurist*innen können hier – immerhin, aber auch nur: – zum Teil beruhigen.

4. Wo streikt der Rechtsstaat?

Ein Rechtsstaat zeichnet sich (ua) dadurch aus, dass der Staat in all seinen Handlungsfeldern an das Recht gebunden ist.⁴⁵ Gedanklich folgt daraus – bekanntlich –,⁴⁶ dass der Gesetzgeber hinreichend determinierte und klare Normen zu erlassen hat, widrigenfalls die Rechtsgebundenheit des Staates ad absurdum läuft. Wendet man sich mit diesen Gedanken den Bürger*innen zu, wird weiters klar, dass Normen auch für die Rechtsunterworfenen

36 Vgl *Pöschl*, Private Verwalter als Problem des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in FS Mayer (2011) 515 (526).

37 *Jablonek*, Was ist rechtlich am Soft Law? in FS Kopetzki (2019) 241 (243 FN 12).

38 B. *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 699. Wann ein „Zusammenhang mit der Hoheitsverwaltung“ besteht, ist freilich keine leichte Frage, deren Diskussion an anderer Stelle geführt werden muss; s zB *Karkulik*, Rechtsschutz gegen die Öffentlichkeitsarbeit der Verwaltung nach der Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012, JRP 22, 169 (171 ff).

39 *Karkulik*, JRP 22, 170.

40 S *Yaylagül*, Staatliche Warnungen, juridikum 2020, 498 (498).

41 B. *Raschauer*, Subnormative Verhaltenssteuerung, in FS Schäffer (2006) 685 (688 ff); s auch *Müller*, Pressearbeit als (regulierungs-)verwaltungsrechtliche Handlungsform, ZfV 2010, 17 ff.

42 *Feik*, Öffentliche Verwaltungskommunikation (2007) 23 ff, 358 f.

43 B. *Raschauer* in FS Schäffer 685 ff.

44 Vgl zB auch *Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 221.

45 Vgl zB schon *Kelsen*, Rechtsstaat und Staatsrecht, Österreichische Rundschau (1913) 36, 88 (90 f).

46 Statt vieler *Berka*, Verfassungsrecht? (2018) Rz 495.

verständlich, auffindbar und zugänglich sein müssen.⁴⁷ Im Rechtsstaat ist sowohl jede Art von Geheimrecht ausgeschlossen⁴⁸ als auch Normen, die sich nur mit „archivarischem Fleiß“ oder mit „Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben“ inhaltlich erschließen lassen.⁴⁹ Nun ist das alles mannigfach im Recht verarbeitet.⁵⁰ Es gibt aber auch Rechtsgebiete, die nicht auf einen positivierten Normenkatalog zurückgreifen können, wie dies insb auf das allgemeine Verwaltungsrecht – und damit auf die Erzeugungsbedingungen für VO, Bescheide, Weisungen, AuvBZ und sonstige Verwaltungsakte – zutrifft. Hier muss die Rechtsprechung (Rsp), insb der VfGH, unter die Arme greifen, der für seine Rechtsstaatsjudikatur zwar mitunter stark kritisiert wird;⁵¹ ob und inwiefern das berechtigt ist, steht aber auf einem anderen Blatt. Hier ist allein relevant, dass die rechtsstaatlichen Grenzen, die Behörden beim Handeln durch mündliche Äußerungen gesetzt sind, in der Judikatur zu finden sind. Das beginnt damit, dass sich entgegen dem Wortlaut nicht jede Verwaltungsbehörde auf Art 18 Abs 2 B-VG als generelle Ermächtigungsnorm berufen kann.⁵² Bei der Erzeugung von VO müssen Behörden vorhandene Verfahrensbestimmungen *strikt* beachten,⁵³ relevante Umstände ermitteln, Interessen abwägen⁵⁴ und neuerdings auch dokumentieren, auf Basis welcher Informationen die VO erzeugt werden.⁵⁵ Und die Behörde muss sicherstellen, dass die VO ein „Mindestmaß an Publizität“⁵⁶ erreicht und sie dementsprechend „gehörig“⁵⁷ oder „ortsüblich“⁵⁸ kundmachen. Bescheide sind – sofern nicht einmal das AVG anwendbar ist – nach „rechtsstaatlichen Grundsätzen“ zu erlassen;⁵⁹ hier betont die Judikatur auch die schriftliche Dokumentation eines mündlichen Bescheides als Voraussetzung für dessen rechtliche Existenz.⁶⁰ Auch mündlich erteilten generellen Weisungen bzw sog VerwaltungsVO,⁶¹ die – eine dem Charakter der Weisung eigentlich wider-

47 S zB *Schranz*, Die Bedeutung der Sprache im Recht: Wo und wie kann der Hebel zu mehr Verständlichkeit angesetzt werden? RZ 2020, 178 ff; *Tomandl*, Die Zugänglichkeit zu Normen als verfassungsrechtliches Problem, ZAS 1990, 181 ff.

48 *Feik*, Verwaltungskommunikation 126; *Lienbacher*, Der Öffentlichkeitsgrundsatz des Zivil- und Strafverfahrens im österreichischen Verfassungsrecht, ÖJZ 1990, 425 ff; *Klaushofer*, Gehörig kundgemacht? ÖJZ 2000, 161 ff.

49 VfSlg 3130/1956; 12.420/1990. S dazu auch *Kölbl*, Ein Recht auf verständliche Rechtstexte/-normen? juridikum 2015, 373 ff.

50 Hier gehören zB die Bestimmungen über die Kundmachung von Normen ebenso her wie die schon angesprochenen Bestimmungen über die zumindest gekürzte Urteilsausfertigung.

51 *Fuchs*, Rechtsschutz, Rechtsstaat, Rechtsschutzstaat – Reflexionen zur Verfassungsinterpretation, in FS Korinek (2010) 83 (90 f); s auch *Jabloner*, Das „Denksporterkenntnis“ des Verfassungsgerichtshofes im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik, abgedruckt in *Olechowski/Zeleny* (Hrsg), Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt (2013) 47 ff.

52 Beliehene benötigen etwa stets eine spezielle Ermächtigung (VfSlg 16.995/2003); auch weisungsfrei gestellten Behörden sind hier enge Grenzen gesetzt (VfSlg 17.961/2006).

53 VfSlg 16.096/2001.

54 ZB VfSlg 15.765/2000; 17.161/2006.

55 Insb VfSlg 20.399/2020; 20.398/2020.

56 ZB VfSlg 8647/1979; 9247/1981; 18.323/2007.

57 ZB VfSlg 10.602/1985; 15.549/1999; 16.281/2001.

58 VfSlg 3714/1960; 10.952/1986.

59 VwGH 20.11.2007, 2007/11/0157.

60 ZB VfSlg 3469/1958; 15.873/2000; VwGH 21.2.1991, ZI 90/09/0064.

61 VerwaltungsVO richten sich nur intern an nachstehende Verwaltungsorgane, was sie in große Nähe zu generellen Weisungen (auch „Erlässe“ genannt) rückt; ob hier aber wirklich von derselben Sache die Rede ist, ist unklar – s B. *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 938; *Kahl/Weber*, Verwaltungsrecht Rz 395.

sprechende – materielle Außenwirkung haben, wird zumindest der VfGH⁶² dadurch Herr, dass er sie als die Rechtslage nach außen gestaltende (Rechts-)VO behandelt, die eben „gehörig“ – also nicht nur nachgereichten Verwaltungsorganen – kundzumachen ist. Es ist also – wie schon diese wenigen Beispiele zeigen – gar nicht so einfach, einen Verwaltungsakt nur mündlich zu erlassen, möchte die Behörde nicht der Gefahr der (aufhebenden) gerichtlichen Kontrolle ausgesetzt sein.

In diesen Befund können sich die vielen Formen schlicht-hoheitlichen Verwaltungshandelns, wie zB die Regierungskommunikation zur Lockdown-VO, allerdings gerade nicht einreihen. Zwar judiziert der VfGH auch hier, dass aus dem Rechtsstaatsprinzip folge, dass für die Festlegung von erheblichen Rechtsfolgen eine Rechtsform zu wählen ist, die Rechtsschutz gewährt.⁶³ Aus dieser Rsp kann aber gerade kein Verbot der schlichten Hoheitsverwaltung gelesen werden, sondern vielmehr nur das an den Gesetzgeber gerichtete Verbot, Formen der schlichten Hoheitsverwaltung dann vorzusehen, wenn an diese wesentliche Rechtsfolgen geknüpft sind.⁶⁴ Das Legalitätsprinzip greift in der schlichten Hoheitsverwaltung aber nicht uneingeschränkt: Für das bloße Informieren über die Behördenarbeit – wozu zB die besagten PK gehören – wird die Notwendigkeit einer gesetzlichen Handlungsgrundlage (eher) verneint,⁶⁵ sodass diese Rsp hier von vornherein nicht schlagend wird. Direkter Rechtsschutz gegen Formen der schlichten Hoheitsverwaltung besteht mit Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG überhaupt nur auf zwei Umwegen.⁶⁶ Das ist auch der simple Grund dafür, warum es für die schlichte Hoheitsverwaltung keine mit den judikativen Erzeugungsbedingungen bspw für VO vergleichbare Judikatur gibt: Sie hat in den allermeisten Fällen schlicht keinen Zugriff.

Alles in allem waren und sind die Rechtsstaatsbemühungen, dem gesprochenen Wort in Gestalt des schlicht-hoheitlichen Verwaltungshandelns Grenzen zu setzen, somit nicht von Erfolg gekrönt.⁶⁷ Als verhaltenssteuernd intendierte, außenwirksam kommunizierte Rechtsauffassungen von Behörden bekommen sie dadurch berechtigt den Marker: „rechtsstaatlich problematisch“.⁶⁸ Verwaltungsorgane agieren hier im verfahrens- und rechtsschutzfreien Raum und legen es womöglich gar bewusst darauf an, um sich von

62 Allerjüngst etwa VfGH 23.6.2021, V 95-96/2021. Der VwGH behandelt solche Verwaltungsakte demgegenüber als in der externen rechtlichen Sphäre nicht existent und sieht folglich keinen Kundmachungsmangel – VwGH 28.4.2011, 2010/07/0020.

63 VfSlg 11.590/1987, 13.223/1992, 13.699/1994.

64 Stolzlechner, Glosse zu VfGH 3.3.1994, G 116/93, DRdA 1995, 233 ff.

65 Karkulik, JRP 22, 181.

66 Der erste Umweg liegt darin, dass die konkrete Freilegung des Rechtsschutzweges ins legislative Ermessen des Bundes- bzw Landesgesetzgebers gestellt ist; freilich wird auch hier das Rechtsstaatsprinzip ins Spiel gebracht, das den Gesetzgeber verpflichtet, die Ermächtigung in Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG entsprechend zu nutzen – B. Raschauer, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner (2013) 547 (558). Der zweite Umweg besteht darin, dass es zudem strittig ist, ob der Rechtsschutz nach Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG auch für *generelle* Akte eröffnet werden könnte: Dagegen zB B. Raschauer in FS Stolzlechner 553; dafür zB Lenzbauer, Umwege im typenfreien Rechtsschutz, ZfV 2014, 504 (511 f). Vgl auch Karkulik, JRP 22, 180.

67 Setwa schon Wiederin, Ihr Recht geht vom Volk aus: Rechtsstaatliche Demokratie nach 90 Jahren Bundesverfassung, in ÖJT (Hrsg), 90 Jahre Österreichische Bundesverfassung (2010) 15 (18 f).

68 B. Raschauer, Verwaltungsrecht Rz 767.

den normativen Fesseln der Publizitätsvorschriften und Grundrechte zu befreien. Gerade die Regierungskommunikation zur Lockdown-VO und die daraus folgenden gesellschaftlichen Querelen haben gezeigt, wie stark die öffentlich kommunizierten Rechtsauffassungen der Regierungsmitglieder faktisch gewirkt haben, ohne dass ihre Aussagen jemals gerichtlich überprüfbar gewesen wären. Wenn wir den Rechtsstaat großzügig als Klarheit darüber fassen, was Recht ist und was nicht Recht ist, steht die Rechtswissenschaft hier tatsächlich vor einem Rechtsstaatsproblem. Mein Lösungsvorschlag wäre hier – als Notleine –, das allgemeine Verwaltungsrecht in die Pflicht zu nehmen.⁶⁹ Das kann zwar keine rechtliche Ordnung schaffen, die (noch) nicht da ist.⁷⁰ Es kann und muss aber ordnen, systematisieren und dogmatisch durchdringen, was sich im realen Rechtsleben abspielt; man muss es nur deutlich sehen und wahrnehmen.⁷¹ Das ist freilich schwierig, je manipulativer und subtiler der Staat steuert.⁷² Daher gerät zwar die Öffentlichkeitsarbeit der Verwaltung im Allgemeinen ins Blickfeld der Literatur;⁷³ für das mündliche Sprechen in PK über einen schon erlassenen Rechtsakt als subnormativ verhaltenssteuernde Kategorie der schlichten Hoheitsverwaltung muss das gleichwohl – freilich – erst passieren.⁷⁴

5. Was folgt daraus?

Nicht alles, was rechtsverbindlich ist, liegt und pickt. Die Rechtsstaatsjudikatur sorgt zwar überwiegend dafür, dass das gesprochene Wort nicht in seiner Volatilität verloren geht, wenn es Rechte und Pflichten für Rechtsunterworfenen festlegt. Das gilt aber – zum Leidwesen des Rechtsstaats – nicht für eine womöglich zum Trend wachsende Herangehensweise von Behörden, subnormativ verhaltenssteuernd zu wirken; und zwar insb durch öffentliche Äußerung ihrer Rechtsauffassung. Hier hat die Judikatur noch keinen Zugriff, weshalb die Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts in die Pflicht genommen werden muss, genauer hinzusehen.

Mag. Magdalena Csármán, BA, ist Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht (Universität Wien) und Mitarbeiterin im Hans Kelsen-Institut; magdalena.csarman@univie.ac.at

69 Vgl auch *Blaßnig/Dopplinger*, Vorwort der Gastherausgeber_innen, *juridikum* 2020, 484 (486).

70 *Pöschl* in FS Mayer 537.

71 *Pöschl* in FS Mayer 534.

72 Vgl *Stöger*, Verhaltensökonomische Steuerungsinstrumente und Verfassungsrecht – Einige Gedanken, *ALJ* 2014, 89 (92).

73 *Feik*, Verwaltungskommunikation; *Karkulik*, *JRP* 22, 169; *Stöger*, *ALJ* 2014, 89.

74 S dazu *Blaßnig*, *juridikum* 2020, 433 und *Fister*, *AnwBl* 2020, 552; aber auch schon *B. Raschauer* in FS Schäffer 685 und *Müller*, *ZfV* 2010, 17.

Unpopuläre Reform der StPO

Rechtsstaat im Wandel?

Manuel Löw

1. Einleitung

Machtmissbrauch und Korruption sind ein omnipräsentes und diffiziles Problem in der gegenwärtigen Politik und Rechtspflege. Es brach eine breite öffentliche Debatte aus, als bekannt wurde, dass die österreichische Strafprozessordnung¹ (StPO) geändert werden solle. Am 26.3.2021 begann die Begutachtungsfrist für den entsprechenden Ministerialentwurf und endete am 7.5.2021.² Die (infolge der Begutachtung abgeänderte) Regierungsvorlage wurde am 8.7.2021 vom Nationalrat und am 15.7.2021 vom Bundesrat beschlossen. Das Gesetz ist bereits kundgemacht worden. § 112a StPO, der im Zentrum der Kritik stand, trat am 1.12.2021 in einer vom Entwurf deutlich abweichenden Form in Kraft.³ Die ursprüngliche Fassung wurde dabei entschärft. Von den großen österreichischen Zeitungen wurden in diesem Zusammenhang sehr viele Schlagworte benutzt, die einerseits schockieren und andererseits einprägsam waren: Unter anderem war vom „Razzia-Paragrafen“⁴, von einer „Razzien-Einschränkung durch die Regierung“⁵, vom „Rechtsstaat neu“⁶ und von einem „Hauch von failed state“⁷ die Rede. Angesichts dieser Umstände sind der Ministerialentwurf und das nun beschlossene Gesetz auf deren inhaltlichen Wert zu prüfen, gegenüberzustellen und zu erörtern, ob die Änderung dem Rechtsstaat dienlich war.

2. Rechtslage *de lege lata*

Die wichtigste Rechtsquelle des österreichischen Strafprozessrechts bildet die StPO. Sie regelt das Verfahren über die Aufklärung von Straftaten, über die Verfolgung verdächti-

1 StPO 1975 BGBl 1975/631 idF BGBl I 2020/148.

2 104/ME 27. GP.

3 Bundesgesetz, mit dem das Polizeiliche Staatsschutzgesetz, das Sicherheitspolizeigesetz, das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975 und das Tilgungsgesetz 1972 geändert werden idF BGBl I 148/2021.

4 *Simoner*, Razzia-Paragraf wird entschärft, *derstandard.at* 6.5.2021, <https://www.derstandard.at/story/2000126449208/razzia-paragraf-wird-entschaerft> (6.5.2021).

5 *Fabry*, Regierung will Razzien bei Behörden einschränken, *diepresse.com* 28.3.2021, <https://www.diepresse.com/S958335/regierung-will-razzien-bei-behoerden-einschranken> (28.3.2021).

6 *Mayer*, Geplante StPO-Reform: Es droht ein „Rechtsstaat neu“, *derstandard.at* 2.4.2021, <https://www.derstandard.at/story/2000125543013/geplante-stpo-reform-es-droht-ein-rechtsstaat-neu> (2.4.2021).

7 *Schmid*, Angst vor Aus für Behördenrazzien: Ein Hauch von „Failed State“, *derstandard.at* 10.4.2021, www.derstandard.at/story/2000125714622/angst-vor-aus-fuer-behoerdenrazzien-ein-hauch-von-failed-state (10.4.2021).

ger Personen und über damit zusammenhängende Entscheidungen.⁸ Das gesamte erstgerichtliche und das Rechtsmittelverfahren wird von der StPO erfasst. Die Aufgabe der Verfolgung und Aufklärung von Straftaten wird im Ermittlungsverfahren von der Kriminalpolizei und der Staatsanwaltschaft (StA) wahrgenommen.⁹ Im Hauptverfahren obliegt es dann dem Gericht, von Amts wegen die der Anklage zugrundeliegende Tat aufzuklären.¹⁰

Das Ermittlungsverfahren dient dazu, Sachverhalt und Tatverdacht durch Ermittlungen soweit zu klären, dass die Staatsanwaltschaft über Anklage, Rücktritt von der Verfolgung oder Einstellung des Verfahrens entscheiden kann (§ 91 Abs 1 StPO). Ermittlung ist jede Tätigkeit der Kriminalpolizei, der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts, die der Gewinnung, Sicherstellung, Auswertung oder Verarbeitung einer Information zur Aufklärung des Verdachts einer Straftat dient (§ 91 Abs 2 StPO). In Anbetracht der StPO-Novelle befinden wir uns im Bereich des Ermittlungsverfahrens, weil der neue § 112a StPO die Sicherstellung betrifft.

Der Begriff der „Sicherstellung“ ist legaldefiniert: „Sicherstellung“ ist entweder die vorläufige Begründung der Verfügungsmacht über Gegenstände oder das vorläufige Verbot der Herausgabe von Gegenständen oder anderen Vermögenswerten an Dritte (Drittverbot) und das vorläufige Verbot der Veräußerung oder Verpfändung solcher Gegenstände und Werte (§ 109 Abs 1 lit a und b StPO). Die Eigentumsverhältnisse sind dabei nicht ausschlaggebend.¹¹ Sicherstellung ist von der StA anzuordnen und von der Kriminalpolizei durchzuführen (§ 110 Abs 2 StPO). Bei der Sicherstellung handelt es sich stets um eine bloß vorläufige Maßnahme, deren Fortbestand über einen bestimmten Zeitraum hinaus einer gerichtlichen Entscheidung bedarf.¹² Die Sicherstellung unterscheidet sich von der Beschlagnahme: Beschlagnahme ist eine gerichtliche Entscheidung, die entweder auf ursprüngliche Begründung oder auf bestätigende Fortsetzung einer Sicherstellung (§ 109 Abs 2 Z 2 lit a) lautet. Auf Beschlagnahme kann das Gericht also unabhängig von einer vorangegangenen Sicherstellung entscheiden.¹³ Sicherstellung ist nur zulässig, wenn einer von drei Gründen vorliegt. Einerseits dann, wenn Beweisgründe die Sicherstellung erfordern oder wenn privatrechtliche Ansprüche gesichert werden sollen oder wenn sie zur Sicherung der Konfiskation (§ 19a StGB), des Verfalls (§ 20 StGB), des erweiterten Verfalls (§ 20b StGB), der Einziehung (§ 26 StGB) oder einer anderen gesetzlich vorgesehenen vermögensrechtlichen Anordnung erforderlich scheint (§ 110 Abs 1 Z 1 bis 3 StPO). Jede Person, die Gegenstände oder Vermögenswerte, die sichergestellt werden sollen, in ihrer Verfügungsmacht hat, ist verpflichtet, diese auf Verlangen der Kriminalpolizei herauszugeben oder die Sicherstellung auf andere Weise zu ermöglichen.

⁸ Seiler, Strafprozessrecht¹⁸ (2020) Rz 1.

⁹ Seiler, Strafprozess¹⁸ Rz 25.

¹⁰ Seiler, Strafprozess¹⁸ Rz 26.

¹¹ Keplinger/Prunner/Pühringer in Birklbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess, StPO¹ § 110 Rz 2.

¹² Keplinger/Prunner/Pühringer/Rebisant in Birklbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess, StPO¹ § 109 Rz 2.

¹³ Tipold/Zerbes/Flora in Fuchs/Ratz, WK StPO § 109 Rz 5.

Diese Pflicht kann erforderlichenfalls auch mittels Durchsuchung von Personen oder Wohnungen erzwungen werden (§ 111 Abs 1 StPO). Widerspricht die von der Sicherstellung betroffene oder anwesende Person, auch wenn sie selbst der Tat beschuldigt ist, der Sicherstellung von schriftlichen Aufzeichnungen oder Datenträgern unter Berufung auf ein gesetzlich anerkanntes Recht auf Verschwiegenheit, das bei sonstiger Nichtigkeit nicht durch Sicherstellung umgangen werden darf, so sind diese Unterlagen auf geeignete Art und Weise gegen unbefugte Einsichtnahme oder Veränderung zu sichern und bei Gericht zu hinterlegen (§ 112 Abs 1 StPO). Die Sicherstellung endet entweder mit ihrer Aufhebung durch die Kriminalpolizei – aus eigenem oder auf Anordnung (§ 113 Abs 1 StPO) – oder mit ihrer Beschlagnahme auf Anordnung des Gerichts (§ 113 Abs 1 Z 3 sowie § 115 StPO).¹⁴

3. Rechtslage *de lege ferenda*

In den Erläuterungen zum Ministerialentwurf sind zwei Punkte aufgebracht worden, warum die Einfügung des § 112a StPO notwendig sei. Einerseits wird auf eine Entschließung des Nationalrats vom 5.9.2019 hingewiesen, in der die Bundesregierung aufgefordert wird, eine Gesetzesinitiative vorzulegen, die durch ein an § 112 StPO angelehntes System sicherstellt, dass „sensible nachrichtendienstliche Aufzeichnungen oder Datenträger im Falle des Widerspruchs eines Betroffenen auf geeignete Art und Weise gegen unbefugte Einsichtnahme oder Veränderung zu sichern und zu hinterlegen sind“.¹⁵ Anlass für den Beschluss gab die sogenannte „BVT-Affäre“ rund um eine Hausdurchsuchung bei einer der zentralen Sicherheitsbehörden, dem Bundesamt für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung. Dort wurden sensibelste Daten beschlagnahmt, etwa Ermittlungsakten über Rechtsextremisten und Burschenschaften.¹⁶ Andererseits wird ein Ministerratsvortrag vom 11.11.2020 erwähnt, der aufgrund des Terroranschlags von Wien vom 3.11.2020 den Schutz klassifizierter Informationen in Strafverfahren vorsieht.¹⁷ Nachfolgend gilt es die ersten beiden Absätze des geplanten § 112a StPO, die im Begutachtungsverfahren am meisten Kritik hervorgerufen haben, zu diskutieren und der abgeänderten Fassung gegenüberzustellen.

Abs 1 des Ministerialentwurfes sah vor, dass Sicherstellungen in Bezug auf Datenträger in Behörden und öffentlichen Dienststellen des Bundes, der Länder und der Gemeinden sowie anderen durch Gesetz eingerichteten Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts grundsätzlich unzulässig sind und stattdessen ein Amtshilfverfahren notwendig ist, soweit dies nicht im Einzelfall den Zweck der Ermittlungen gefährdet, weil

14 Keplinger/Prunmer/Pühringer/Rebisant, in Birklbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess: StPO¹ § 119 Rz 11.

15 Entschließung Nationalrat vom 25. September 2019 betreffend Schutz nachrichtendienstlicher Informationen, 131/E 26.GP.

16 Klenk, Warum die BVT-Affäre wichtig ist, falter.at 29.5.2018, www.falter.at/zeitung/20180529/warum-die-bvt-affaere-wichtig-ist (29.5.2018).

17 104/ME 27.GP; MRV 37/27 27. GP.

sich dieses gegen den Organwalter, der selbst zur Amtshilfe verpflichtet ist, richtet. Mit anderen Worten: In allen Fällen, in denen der Organwalter (der behördliche Leiter) nicht selbst von den Ermittlungen betroffen ist, wäre also ein Amtshilfeverfahren vonnöten. Amtshilfe bedeutet wechselseitige Hilfeleistung zwischen Organen des Bundes, der Länder, der Gemeinden und der Gemeindeverbände sowie der sonstigen Selbstverwaltungskörper im Rahmen ihres gesetzmäßigen Wirkungsbereiches (§ 76 StPO). Sie soll eine ökonomische Vollziehung sicherstellen. Sie soll aber nur im Rahmen der (zumindest abstrakten) Zuständigkeiten von ersuchendem und ersuchtem Organ liegen.¹⁸ Zwar besteht nach Teilen der Lehre¹⁹ und Judikatur²⁰ bereits jetzt eine Verpflichtung zur Amtshilfe, jedoch waren die Grenzen dieser Verpflichtung aufgrund unterschiedlicher Rechtsansichten bisher nicht so deutlich zu erkennen, wie sie hier vorgegeben werden. § 76 Abs 1 StPO sieht vor, dass Kriminalpolizei, StA und Gerichte zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach diesem Gesetz berechtigt sind, die Unterstützung aller Behörden und öffentlichen Dienststellen des Bundes, der Länder und der Gemeinden sowie anderer durch Gesetz eingerichteter Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts unmittelbar in Anspruch zu nehmen. Solchen Ersuchen ist ehest möglich zu entsprechen oder es sind entgegenstehende Hindernisse unverzüglich bekannt zu geben. Erforderlichenfalls ist Akteneinsicht zu gewähren.

Zum Anwendungsbereich des Abs 1 wurde im Begutachtungsverfahren angemerkt, dass der definierte Kreis von Behörden und öffentlichen Dienststellen „ohne erkennbare Notwendigkeit – über den Auftrag der Entschließung, sensible nachrichtendienstliche Informationen zu schützen“ weit hinausgehe, ohne dass der Sinn eines so weit gefassten Anwendungsbereichs ersichtlich wäre.²¹

Im Begutachtungsverfahren wurde des Weiteren das Verhältnis der geplanten Neuregelung zur bestehenden Rechtslage hinterfragt. Von *Tipold* wurde hinsichtlich Abs 1 die Auffassung vertreten, dass es *de lege lata* bereits eine Verpflichtung zur Einleitung eines Amtshilfeverfahrens gibt. Sein Ausgangspunkt bildet das Amtsgeheimnis, weil nur Gegenstände, die vom Amtsgeheimnis umfasst sind, von der (behördenübergreifenden) Sicherstellung betroffen sind. Dies begründet er damit, dass das Amtsgeheimnis, dh die Pflicht, als (ehemaligeR) Beamtin oder Beamter ein ausschließlich kraft ihres Amtes anvertrautes oder zugänglich gewordenes Geheimnis nicht zu offenbaren oder zu verwerten²², in doppelter Weise gegenüber Strafverfolgungsbehörden abgesichert ist. Zum einen besteht ein Vernehmungsverbot von BeamtInnen gemäß § 155 Abs 1 Z 2 StPO. Zum anderen sind die Strafverfolgungsbehörden an die Regeln der Amts- und Rechtshilfe nach § 76 StPO gebunden.²³ StA und Gerichte müssen die betreffende Behörde nach § 76 StPO um

18 Brandstetter/Zeinhofer in Birklbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess: StPO¹ § 76 Rz 2 und 3.

19 Tipold/Zerbes in WK-StPO §§ 110-115 Rz 14 ff.

20 OGH 22.06.2010, 16Ok3/10.

21 Lovrek, 5781/SN-104/ME 27 GP. 1.

22 StGB 1974 BGBl 60/1974 idF BGBl I 101/2014.

23 Tipold, 5781/SN-104/ME 27 GP. 3.

Herausgabe von derartigen Gegenständen ersuchen.²⁴ Die Behörde ist an sich verpflichtet, diesem Ersuchen zu entsprechen; ablehnen darf sie es nur aufgrund einer expliziten Geheimhaltungspflicht oder wegen anderer Gründe, aus denen das Interesse an Geheimhaltung dem Interesse an der Strafverfolgung vorgeht.²⁵ Ob ein derartiger Fall vorliegt, entscheidet die Behörde selbst. *Tipold* kommt zum Ergebnis, dass bereits nach alter Rechtslage aus den Amtsräumen einer Behörde nicht sichergestellt und beschlagnahmt werden darf.²⁶ Die StAV (Vereinigung Österreichischer Staatsanwältinnen und Staatsanwälte) vertrat in der Begutachtung eine divergierende Rechtsauffassung, wonach die Berechtigung der StA, Amtshilfe zu ersuchen, eine Kann-Bestimmung darstellt und ihr daher auch bei Ermittlungen im öffentlichen Bereich alle Ermittlungsmaßnahmen zur Verfügung stehen, wobei der Amtshilfe als gelinderes Mittel iSd § 5 Abs 2 StPO ein Vorrang zukommt. Demnach stellt der Ministerialentwurf eine Einschränkung der Ermittlungsbefugnisse dar. Die Definition des Entwurfes hält die StAV für die Rechtspraxis zu eng und möchte nicht, dass der Anschein einer „Zweiklassenjustiz“ entstehen könnte.²⁷ Der Abs 2 des § 112a zählt Widerspruchsgründe auf, die berechtigen, einem Amtshilfe-Ersuchen nicht Folge zu leisten. Zunächst ist bei Sicherstellungen von Amts wegen der jeweilige Rechtsschutzbeauftragte, ist ein solcher nicht bestellt, der Datenschutzbeauftragte bzw der Stellvertreter beizuziehen. Diese bzw die betroffene staatliche Stelle können der Sicherstellung unter Berufung darauf widersprechen, dass eine ausdrückliche gesetzliche Verschwiegenheitsverpflichtung gegenüber den Staatsanwaltschaften oder Strafgerichten besteht, überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen oder diese Informationen oder Daten enthalten, die von ausländischen Behörden oder internationalen Organisationen übermittelt wurden. Im Falle eines Widerspruchs sind die Unterlagen auf geeignete Art und Weise gegen unbefugte Einsichtnahme oder Veränderung zu sichern und bei Gericht zu hinterlegen.

Ob es die richtige Lösung ist, Rechts- oder hilfsweise Datenschutzbeauftragten bzw deren StellvertreterInnen ein Widerspruchsrecht einzuräumen, um (möglicherweise) staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren zu behindern, verzögern oder zu unterdrücken, ist zu verneinen. So sieht etwa die zentrale StA zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption die Einräumung eines Widerspruchsrecht des Datenschutzbeauftragten als nicht sinnvoll an, weil ohnehin der betroffenen Behörde bzw öffentlichen Dienststelle schon für sich ein Widerspruchsrecht zukommt. Es sei zu befürchten, dass sie es als ihre Dienstpflicht ansehen könnten, grundsätzlich bzw bloß vorsichtshalber – dh ohne Kenntnis oder Vorliegen eines bestimmten Grundes, und dies mit verfahrensverzögernden Konsequenzen – Widerspruch zu erheben.²⁸

24 *Tipold/Zerbes*, WK-StPO (2021) Vor §§ 110-115 Rz 14 ff.

25 *Bertell/Venier/Tipold*, Strafprozessrecht¹⁴ (2021) Rn 109 f.

26 *Tipold*, 5781/SN-104/ME 27 GP. 3.

27 *Koller*, 8272/SN-104/ME 27 GP. 4.

28 *Vrabl-Sanda*, 5748/SN-104/ME 27 GP. 8.

Der Ministerialentwurf und das beschlossene Gesetz weichen massiv voneinander ab. Der Verweis auf die Amtshilfe wurde zur Gänze gestrichen. Der Anwendungsbereich umfasst nach dem beschlossenen Gesetz nunmehr nur noch Behörden und öffentliche Dienststellen. Das heißt, der äußerst weite Anwendungsbereich wurde um alle anderen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts gekürzt. Zudem besteht nur ein Widerspruchsrecht hinsichtlich Informationen, die aufgrund gesetzlicher Vorschriften klassifizierte, nachrichtendienstliche Informationen sind, deren Geheimhaltung das Interesse an der Strafverfolgung im Einzelfall überwiegt. Diese sind zu sichern und bei Gericht zu hinterlegen. Die Unterlagen dürfen von StA oder Kriminalpolizei nicht eingesehen werden, solange nicht über die Einsicht entschieden worden ist. Positiv zu erwähnen ist, dass die Stellungnahmen aus der Begutachtung ernst genommen und berücksichtigt wurden. Darüber hinaus ist der beschlossene § 112a StPO deutlich praxiskonformer als der Entwurf, weil einerseits der Anwendungsbereich verengt wurde und andererseits nur noch klassifizierte Informationen vom Tatbestand umfasst sind.

4. Politische und gesellschaftliche Resonanz

Wie bereits eingangs erwähnt brachte die geplante Novelle viel Aufsehen mit sich: Viele BürgerInnen, PolitikerInnen, JuristInnen etc meldeten sich zu Wort. Die SPÖ etwa sagte zum Entwurf, dass er ein „Todesstoß für Korruptions-Bekämpfung“ wäre und forderte die Rücknahme desselben.²⁹ Die FPÖ und Neos äußerten ähnliche Ansichten: Damit würde „der Vertuschung Tür und Tor geöffnet“ und „der so entscheidende Überraschungseffekt“ wegfallen.³⁰ Zahlreiche Stellungnahmen zeigten, dass auch die allgemeine Bevölkerung den geplanten Entwurf kritisch begutachtete. Jedoch stellte sich für das Bundesministerium für Inneres bei sehr vielen Stellungnahmen das Problem, dass sie bloß kopierte Texte enthielten. So lieferte etwa der Verein „Aufstehn.at“ Vorlagen für Texte. Dadurch wurden tausende Menschen mobilisiert. Online wurden mehrere rechtlich fundierte Textbausteine angeboten, eine direkte Verlinkung zum Parlament machte die Abgabe der Proteststimme sehr einfach.³¹ Diese Entwicklung ist kritisch zu sehen, weil dadurch die individuellen und oftmals aufwändig erarbeiteten und mühsam recherchierten Stellungnahmen von denen, die bloß kopierte und eingefügte Textbausteine enthalten, kaum noch unterschieden werden können.

29 APA-OTS, SPÖ zu StPO-Novelle: „Wäre Todesstoß für Korruptions-Bekämpfung – Entwurf zurückziehen!“, ots.at 6.4.2021, https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20210406_OTS0116/spoe-zu-stpo-novelle-waere-todesstoss-fuer-korruptions-bekaempfung-entwurf-zurueckziehen (6.4.2021).

30 ORF, Razzien bei Behörden: Zadic deutet „Anpassungen“ bei Novelle an, orf.at 6.4.2021, <https://orf.at/stories/3208115> (6.4.2021).

31 *Simoner*, Parlamentarischer Bürgerprotest gegen Razzia-Paragraf, derstandard.at 14.4.2021, <https://www.derstandard.at/story/2000125846667/parlamentarischer-buergerprotest-gegen-razzia-paragraf> (14.4.2021).

5. Conclusio und Ausblick

Der Entwurf und die damit einhergehende Regelung des § 112a StPO waren abzulehnen. ME war die Neuregelung notwendig, besonders um einen Interessenausgleich zwischen ermittelnder und der von der Sicherstellung betroffenen Behörde zu schaffen. Die Auseinandersetzung um den Entwurf fiel in eine aufgeheizte Stimmung rund um Vorfälle wie das Spazieren-Gehen mit Laptop im Kinderwagen während einer Hausdurchsuchung³² oder die Nichtlieferung von Akten an den Ibiza U-Ausschuss.³³ Angesichts dessen war die Wortwahl vieler KritikerInnen sehr scharf. So schrieb etwa *Heinz Mayer* von einem „gezielten Kopfschuss gegen den Rechtsstaat“.³⁴ Meines Erachtens gilt das nicht mehr, weil die Überarbeitung das Vorhaben deutlich entschärfte und auch weiterhin Sicherstellungen unter den bereits erläuterten Voraussetzungen bei Behörden möglich sind. Die Neuregelung ist annehmbar und dank der qualitativen Stellungnahmen wurde eine tiefgreifende Veränderung des Rechtsstaats verhindert. Das zuvor beschriebene Gesetzgebungsverfahren liefert ein anschauliches Beispiel dafür, dass mit differenzierter und konstruktiver Kritik politisch-motivierte Handlungen, die die Unterminierung des Rechtsstaats zum Ziel haben, verhindert werden können. Aus diesem Grund ist es von hoher Relevanz, dass die rechtspolitische Praxis aufmerksam verfolgt wird, damit *pro futuro* die Fundamente und Mechanismen des Rechtsstaates unberührt bleiben.

Manuel Löw ist Jus-Student im dritten Abschnitt und lebt in Wien; loew.manuel@gmail.com

32 *Lindorfer*, Hausdurchsuchung bei Blümel: Ein Spaziergang mit dem Laptop im Kinderwagen, *kurier.at* 04.03.2021, <https://kurier.at/politik/inland/hausdurchsuchung-bei-blumel-ein-spaziergang-mit-dem-laptop-im-kinderwagen/401208151> (04.03.2021).

33 *Schlager*, VfGH wendet sich an Van der Bellen: Blümel kommt Exekution zuvor, *diepresse.com* 06.05.2021, <https://www.diepresse.com/5976249/vfgh-wendet-sich-an-van-der-bellen-blumel-kommt-exekution-zuvor> (06.05.2021).

34 *Mayer*, Rechtsstaat neu, *derstandard.at*.

Exportkontrolle in Österreich?

Peter Amesberger / Michael Friedl

1. Einleitung

Nicht zum ersten Mal stand 2021 ein österreichisches Unternehmen wegen der Lieferung von Gütern in Krisenherde, die sowohl für zivile als auch für militärische Zwecke verwendet werden können (Dual-Use-Güter), in der Kritik.¹ Eigentlich besteht ein umfangreicher Katalog an europa- und völkerrechtlichen Verpflichtungen, welche beim Vollzug des Kriegsmaterialgesetzes² (KMG) sowie des Außenwirtschaftsgesetzes 2011³ (AußWG) als Genehmigungskriterien heranzuziehen sind. Trotz dieses dichten Regulierungsnetzes finden ö Rüstungs- und Dual-Use-Güter ihren Weg in Krisengebiete.⁴ Während vormals der *klassische Export* von Rüstungsgütern den meisten Umsatz erzielte, stellen nunmehr Lizenzen für die Produktion durch einen Hersteller im Ausland die Haupteinnahmequelle dar.⁵

Prägend für die Entwicklung des ö Außenhandelsrechts war neben einer EU-Harmonisierung vieler Teilbereiche der Noricum-Skandal. So bezeichnet wird die Kontroverse samt Strafprozessen und U-Ausschüssen um die rechtswidrige Lieferung von Geschützen der Firma Noricum, eines Tochterunternehmens der damals verstaatlichten VOEST, in die sich miteinander im Krieg befindlichen Länder Iran und Irak.⁶

Nach Einführung in die völker- und europarechtlichen Grundlagen wird die innerstaatliche Rechtslage erläutert und werden die wichtigsten Unterschiede zwischen KMG und AußWG herausgearbeitet. Sodann werden der Weg vom Exportantrag hin zur Genehmigung sowie die einschlägigen Strafnormen beleuchtet. Ziel des Beitrags ist, neben dem Genehmigungsprozess die enge Verzahnung internationaler und supranationaler Normen mit der nationalen Rechtslage aufzuzeigen.

1 Mey, Drohnentfotos aus Myanmar rücken Schiebel erneut ins Rampenlicht, *derstandard.at* 31.3.2021, www.derstandard.at/story/2000125476334 (19.9.2021).

2 Bundesgesetz vom 18. Oktober 1977 über die Ein-, Aus- und Durchfuhr von Kriegsmaterial, BGBl 1977/540 idF BGBl I 2019/104.

3 BGBl I 2011/26 idF BGBl I 2020/87.

4 *Kurier*, Österreichische Waffen bei IS offenbar beliebt, *kurier.at* 20.11.2015, <https://kurier.at/politik/inland/oesterreichische-waffen-bei-is-offenbar-beliebt/165.242.271> (19.9.2021).

5 Wetz *et al*, Addendum: Waffen, Panzer, Munition: Exporte für 638 Millionen Euro im Jahr. <https://www.addendum.org/waffen/ruestung-aus-oesterreich/> (5.9.2021).

6 Riegler, „Macht's es unter der Tuchent“, Vierteljahresshefte für Zeitgeschichte 2016, 99 *passim*.

2. Internationale Vorgaben

Die Regulierung der Exportkontrolle reicht von allg völkerrechtlichen Prinzipien über Verträge zur Exportkontrolle, EU-Grundsatzbeschlüsse, EU-RL, EU-VO und Beschlüsse bis hin zu nationalen Gesetzen und VO.

2.1. Völkerrecht

Die positive Verpflichtung zur Gewährleistung der Menschenrechte und das Humanitäre Völkerrecht (HVR) beinhalten materielle Verpflichtungen betreffend den Export von Verteidigungs- und Dual-Use-Gütern. Der gemeinsame Art 1 der Genfer Konventionen 1949 verpflichtet die Vertragsstaaten zur Sicherstellung der Einhaltung der Konventionen unter allen Umständen.⁷ Hieraus ergibt sich eine über das allg Verbot der Unterstützung völkerrechtswidriger Handlungen hinausgehende Pflicht, keine Waffenexporte durch Private an/in Staaten zuzulassen, welche diese für Verletzungen des HVR verwenden würden.⁸ Insb auch aus dem Recht auf Leben ergibt sich eine Sorgfaltspflicht von Staaten dieses durch die Prüfung und gegebenenfalls Untersagung von Waffenexporten durch Private zu gewährleisten bzw zu schützen.⁹ Es mag jedoch mitunter schwierig sein, die Einhaltung der menschenrechtlichen Verpflichtungen vom politischen Ziel der Förderung der Menschenrechte im Ausland zu unterscheiden.

Seit 2014 stellt der Waffenhandelsvertrag¹⁰ der Vereinten Nationen (VN) das Hauptinstrument zur Kontrolle konventioneller Waffen auf globaler Ebene dar. Dessen verbindliche Bestimmungen stellen keine über das EU- bzw ö Recht hinausgehende Einschränkung dar.¹¹ So bestätigt er va bestehende völkerrechtliche Verpflichtungen,¹² eröffnet aber neue Kooperationsmöglichkeiten zwischen den Vertragsstaaten.¹³ Obwohl der Waffenhandelsvertrag nicht-militärische Klein- und Leicht(schuss)waffen umfasst, reguliert er sonstige Dual-Use-Güter nicht.¹⁴ Österreich ist zusätzlich an mehreren rechtlich nicht verbindlichen Waffenkontrollregimen beteiligt, welche zumeist die Nichtwei-

7 ZB Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte im Felde vom 12. August 1949 75 UNTS 31, Art 1.

8 COARM, User's Guide to Council Common Position 2008/944/CFSP defining common rules governing the control of exports of military technology and equipment, COARM(2019)153, www.consilium.europa.eu/media/40659/st12189-en19.pdf (5.9.2021) (56).

9 UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Final Report Submitted by Barbara Frey, Special Rapporteur: Prevention of Human Rights Violations Committed with Small Arms and Light Weapons, www.refworld.org/docid/45c30b560.html (26.9.2021) (5 ff).

10 Waffenhandelsvertrag 3013 UNTS 269.

11 Vgl Art 7, 11 Waffenhandelsvertrag und §§ 3-13 AußWG.

12 Art 6 Waffenhandelsvertrag; Louca, Der Arms Trade Treaty und die Kontrolle von Dual-use-Gütern (2018) 266.

13 Art 13-17 Waffenhandelsvertrag.

14 Louca, Arms Trade Treaty 214; Art 2 Waffenhandelsvertrag.

terverbreitung von Nuklearwaffen¹⁵ und Raketentechnologie¹⁶, aber auch konventionelle Waffen¹⁷ betreffen.

2.2. Europarecht

Die EU hat im Rahmen der gemeinsamen Außenhandelspolitik umfassende Regulierungsbefugnis im Bereich der Rüstungskontrolle,¹⁸ mit Ausnahme von Kriegsmaterial.¹⁹ Im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) hat der Rat der EU die Kompetenz, sowohl eigenständig Sanktionen zu erlassen als auch solche des VN-Sicherheitsrates (SRVN) einheitlich umzusetzen.²⁰

Die Basis des EU-Rüstungskontrollrechts bildet der *Gemeinsame Standpunkt des Rates vom 8. Dezember 2008 betreffend gemeinsame Regeln für die Kontrolle der Ausfuhr von Militärtechnologie und Militärgütern*.²¹ Dieser Beschluss ist von allen Mitgliedstaaten (MS) in ihrer Außenpolitik umzusetzen und enthält die grundlegenden Kriterien für den Export von Rüstungsgütern.²² Im Einklang mit diesem Grundsatzdokument wurden insb die RL betreffend die innergemeinschaftliche Verbringung von Verteidigungsgütern samt Militärgüterliste²³ sowie die EU Dual-Use-VO²⁴ erlassen, welche im AußWG umgesetzt bzw im Rahmen dessen vollzogen werden.²⁵

3. Österreichisches Exportkontrollregime

Das ö Exportkontrollrecht ist sowohl im KMG als auch im AußWG geregelt. Während ersteres die eher offensichtlichen Fälle der Rüstungskontrolle betrifft, werden in letzterem neben dual-verwendbaren Gütern auch viele Verteidigungsgüter einer Genehmigungs-

15 Australia Group, www.australiagroup.net (2.10.2021); Zangger Committee, <http://zanggercommittee.org/> (2.10.2021); Nuclear Suppliers Group, www.nuclearsuppliersgroup.org (2.10.2021).

16 Missile Technology Control Regime, mtrc.info (2.10.2021) and The Hague Code of Conduct against Ballistic Missile Proliferation, www.hcoc.at/ (2.10.2021).

17 Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies, www.wassenaar.org/ (2.10.2021).

18 Art 207 AEUV.

19 Art 346 Abs 1 lit b AEUV.

20 Fellner/Gappmayer/Trebuch, Das österreichische Außenwirtschaftsrecht (Stand 1.3.2019) I-51 ff; Titel V Kapitel 2 EUV; Art 215 AEUV.

21 Gemeinsamer Standpunkt 2008/944/GASP, zuletzt geändert durch Beschluss des Rates vom 16.9.2019, ABl L 239/16.

22 Louca, Arms Trade Treaty 210 f; Art 29 EUV.

23 RL 2009/43/EG des EP und des Rates vom 6. Mai 2009 zur Vereinfachung der Bedingungen für die innergemeinschaftliche Verbringung von Verteidigungsgütern, zuletzt geändert durch Delegierte RL (EU) 2021/1047 der Kommission vom 5. März 2021 zur Änderung der RL 2009/43/EG des EP und des Rates in Bezug auf die Aktualisierung der Liste der Verteidigungsgüter in Übereinstimmung mit der Gemeinsamen Militärgüterliste der Europäischen Union vom 17. Februar 2020, ABl L 225/69.

24 VO (EG) 428/2009/ des Rates vom 5.5.2009 über eine Gemeinschaftsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr, der Verbringung, der Vermittlung und der Durchfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck, zuletzt geändert durch VO (EU) 2021/821 des EP und des Rates v 20.5.2021, ABl L 206/1.

25 Fellner/Gappmayer/Trebuch, Außenwirtschaftsrecht (2019) I-3 f.

pflicht unterworfen, welche der Laie wohl eher dem Kriegsmaterial zuordnen würde. So fallen bspw Glock 18 als vollautomatische Pistolen unter das KMG, Glock 17 hingegen unterliegen dem AußWG. Auch Jagd- und Sportgewehre sind laut § 1 Abs 1 lit a Kriegsmaterialverordnung (KMV) kein Kriegsmaterial.

3.1. Kriegsmaterialgesetz

Die KMV bestimmt, welche Güter als Kriegsmaterial iSd KMG anzusehen sind.²⁶ Diese umfasst neben Waffen, Munition und Geräten auch Kriegsland-, -luft- und -wasserfahrzeuge sowie Maschinen und Anlagen, die ausschließlich zur Erzeugung von Kriegsmaterial geeignet sind.²⁷

Bewilligungspflichtig sind hierbei die Realakte²⁸ der Ein-, Aus- und Durchfuhr von Kriegsmaterial sowie die Vermittlung²⁹. Anknüpfungspunkt für die Realakte ist das Verbringen über die ö Staatsgrenze.³⁰ Für die Verbringung von Kriegsmaterial innerhalb der EU bestehen Erleichterungen, wie etwa die bewilligungsfreie Ein- und Durchfuhr von Kriegsmaterial, wenn eine entsprechende Ausfuhrbewilligung eines anderen MS vorliegt oder dort eine solche innerstaatlich nicht vonnöten ist.³¹ Bei der Ausfuhr in einen anderen MS können Re-Exportklauseln in den Bewilligungsbescheid aufgenommen werden.³² Somit benötigen KonsensinhaberInnen auch nach Verbringung des Rüstungsgutes für die Ausfuhr in einen Drittstaat die Zustimmung Ös. Jedoch dürften im nationalen Recht anderer MS vergleichbare Regelungen wie jene des § 3 Abs 2a KMG bestehen, wonach Ausfuhrbeschränkungen anderer MS nur *angemessen zu berücksichtigen* sind.

Bei der Bewilligungserteilung ist auf die sechs in § 3 Abs 1 KMG angeführten Kriterien Bedacht zu nehmen. Während § 3 Abs 1 Z 1 KMG auf völkerrechtliche Verpflichtungen oder außenpolitische Interessen Ös abstellt, bezieht sich Z 2 leg cit auf die Aus- oder Durchfuhr in ein Gebiet, in dem ein bewaffneter Konflikt herrscht, ein solcher ausbrechen droht oder sonstige gefährliche Spannungen bestehen.

In der Praxis von großer Bedeutung ist § 3 Abs 1 Z 3 KMG, wonach die Aus- oder Durchfuhr nicht in ein Bestimmungsland erfolgen soll, in dem auf Grund schwerer und wiederholter Menschenrechtsverletzungen die Gefahr besteht, dass das gelieferte Kriegsmaterial zur Unterdrückung von Menschenrechten verwendet wird. Hiermit erlaubt der Gesetzgeber bei genauerer Betrachtung, die Lieferung von Kriegsmaterial sogar in Bestimmungsländer, in denen die Gefahr schwerer und wiederholter Menschenrechtsver-

26 § 2 KMG.

27 Kriegsmaterialverordnung, BGBl 1977/624.

28 Haslinger, Das Kriegsmaterialrecht der neutralen Staaten Schweiz, Schweden und Österreich (1990) 248.

29 Vermittlung gem § 3 Abs 4 KMG umfasst bereits das Führen von Verhandlungen oder das Veranlassen des Zustandekommens eines Geschäfts.

30 Haslinger, Kriegsmaterialrecht 248.

31 § 5 Abs 2a und 3 KMG.

32 § 3 Abs 4 iVm § 3 Abs 8 KMG.

letzungen besteht. Denn er setzt dem Export erst dort Schranken, wo genau *diese Güter* zur Unterdrückung von Menschenrechten verwendet werden könnten.³³ Somit könnte etwa ein Artilleriegeschütz an das Militär einer brutalen Diktatur verkauft werden, jedoch keine Maschinenpistole an die internen Sicherheitskräfte.

Eine gewisse Korrektur erfährt die Z 3 jedoch durch die entsprechende Berücksichtigung von Embargobeschlüssen des SRVN.³⁴ Die EU Sanctions Map dient der besseren Einsehbarkeit aller derzeit gültigen EU-Sanktionen sowie durch die EU implementierten SRVN-Sanktionen.³⁵

Die Z 5 und 6 des § 3 Abs 1 KMG verpflichten das Bundesministerium für Inneres (BMI) vage zur Berücksichtigung militärischer und sonstiger vergleichbarer gewichtiger Bedenken.

Der VwGH hat erkannt, dass der Behörde bei Vollziehung des KMG ein Ermessensspielraum zukommt.³⁶ Daher handelt es sich bei den Versagungsgründen des § 3 Abs 1 KMG nicht um absolute.³⁷ Stehen jedoch *gesetzliche oder völkerrechtliche Verpflichtungen*³⁸ einer Bewilligungserteilung per se entgegen, so spricht man von „absoluten Versagungsgründen“.³⁹ Nur bei entgegenstehenden rechtlichen Verpflichtungen ist die Erteilung einer Bewilligung somit absolut verboten.

Im Verfahren wird im Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten (BMEIA) die Lagebeurteilung für das Exportland vorgenommen.⁴⁰ Für die Bescheiderlassung selbst ist das BMI zuständig, welches erst nach Anhörung des Bundesministeriums für Landesverteidigung (BMLV) und im Einvernehmen mit dem BMEIA eine positive Sachentscheidung treffen darf.⁴¹

3.2. Außenwirtschaftsgesetz

Das AußWG, welches als *lex generalis* zum KMG gilt, unterstellt generell *Vorgänge* einer Genehmigungspflicht. Als *Vorgang* gilt jedes Geschäft und jede Transaktion, die als Einfuhr, Ausfuhr, Vermittlung, Verbringung innerhalb der EU, als technische Unterstützung oder als sonstiger Vorgang iSd Gesetzes angesehen werden kann.⁴² Darunter fallen neben nicht in der KMV gelisteten Verteidigungsgütern *va* Dual-Use-Güter.

33 Wetz *et al*, Addendum: Wie Österreich Militärgüter in Kriegsregionen liefert, www.addendum.org/waffen/kriegsregionen/ (27.08.2021).

34 § 3 Abs 1 Z 4 KMG.

35 Siehe EU Sanctions Map: www.sanctionsmap.eu/#/main/page/legend (05.06.2021).

36 VwGH 24.06.1998, 97/01/1156.

37 Haslinger, Kriegsmaterialrecht 260.

38 § 3 Abs 1 erster Satz KMG.

39 Haslinger, Kriegsmaterialrecht 257 f.

40 Wetz *et al*, Addendum: Kriegsregionen.

41 § 3 Abs 1 KMG.

42 § 1 Abs 1 Z 10 AußWG. Im Zuge der Einführung des Investitionskontrollgesetzes BGBl I 2020/87, wurde § 25a AußWG aufgehoben und die darin bezeichneten Vorgänge werden nicht mehr durch das AußWG geregelt.

Die Genehmigungspflichten ergeben sich nicht nur aus dem AußWG selbst, sondern auch aus unmittelbar anwendbaren Rechtsakten der EU.⁴³ Dies sind va die Dual-Use-VO, die Feuerwaffen-VO⁴⁴ sowie die Antifolter-VO⁴⁵. Zusätzlich zu EU-Normen sieht das AußWG an diversen Stellen auch die Berücksichtigung völkerrechtlicher Verpflichtungen vor.⁴⁶

Eine allg Genehmigungspflicht besteht beim Güterverkehr mit Drittstaaten für die Ein-, Aus- und Durchfuhr sowie der Vermittlung von Chemikalien und Verteidigungsgütern (iSd EU-MilitärgüterRL), sowie aufgrund durch die EU selbst ergriffener restriktiver Maßnahmen, oder entsprechende Beschlüsse im Rahmen der OSZE oder des SRVN.⁴⁷ Völkerrechtlich verbindliche restriktive Maßnahmen, die nicht durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht umgesetzt werden, sind vom Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort (BMDW) per VO umzusetzen.⁴⁸

Für *Dual-Use-Güter* kennt das AußWG besondere Genehmigungspflichten.⁴⁹ Dabei gilt, dass Güter, die im Anhang I zur Dual-Use-VO angeführt sind, bei Ausfuhr in Drittstaaten stets einer Genehmigungspflicht unterworfen sind.⁵⁰ Darüber hinaus können auch nicht gelistete Güter unter bestimmten Voraussetzungen einer Genehmigungspflicht unterworfen sein.⁵¹ Sofern nämlich dem BMDW bekannt wird, dass Dual-Use-Güter (1) im Zusammenhang mit ABC-Waffen stehen können, (2) sie teilweise für eine militärische Endverwendung⁵² bestimmt sein könnten und in ein Land verbracht werden sollen, gegen das ein Embargo verhängt wurde, oder (3) ganz oder teilweise für die Verwendung als Bestandteile von Beschränkungen unterliegenden Verteidigungsgütern bestimmt sein könnten, so hat es AusführeInnen innerhalb von drei Arbeitstagen mit Bescheid mitzuteilen, dass für diesen Vorgang eine Genehmigungspflicht besteht.⁵³

Im 4. Hauptstück des AußWG wird die innereuropäische Verbringung von Verteidigungsgütern deutlich erleichtert. Bspw besteht neben der Erteilung von Einzelgenehmigungen⁵⁴

43 § 3 iVm § 1 Abs 1 Z 24 lit a bis c AußWG.

44 VO (EU) 258/2012 des EP und des Rates vom 14.3.2012 zur Umsetzung des Artikels 10 des Protokolls der VN gegen die unerlaubte Herstellung von Schusswaffen, dazugehörigen Teilen und Komponenten und Munition und gegen den unerlaubten Handel damit, in Ergänzung des Übereinkommens der VN gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität (VN-Feuerwaffenprotokoll) und zur Einführung von Ausfuhrgenehmigungen für Feuerwaffen, deren Teile, Komponenten und Munition sowie von Maßnahmen betreffend deren Einfuhr und Durchfuhr, ABl L 94/1.

45 VO (EU) 2019/125 des EP und des Rates vom 16.1.2019 über den Handel mit bestimmten Gütern, die zur Vollstreckung der Todesstrafe, zu Folter oder zu anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe verwendet werden könnten, geändert durch die delegierte VO (EU) 2021/139 der Kommission vom 4.12.2020, ABl L 43/5.

46 *Fellner/Gappmayer/Trebuch*, Außenwirtschaftsrecht (2019) I-5.

47 § 14 AußWG.

48 § 25 AußWG.

49 § 15 AußWG.

50 WKO, Gelistete Dual Use-Güter, www.wko.at/service/aussenwirtschaft/Gelistete_Dual_Use-Gueter.html (5.9.2021).

51 Art 4 Dual-Use-VO, § 15 Abs 1 AußWG.

52 Als militärische Verwendung im Sinne des § 15 Abs 1 Z 2 AußWG gelten der Einbau von Verteidigungsgütern, die Verwendung von Ausrüstung zum Zwecke der Entwicklung, Herstellung oder Wartung solcher Güter oder die bloße Verwendung von unfertigen Erzeugnissen in einer Anlage für die Herstellung solcher Verteidigungsgüter.

53 § 15 AußWG.

54 § 31 AußWG.

die Möglichkeit, Allgemeingenehmigungen⁵⁵ oder (bis zu drei Jahre gültige) Globalgenehmigungen⁵⁶ zu erwirken, auch werden Genehmigungen aus dem EU-Ausland grundsätzlich anerkannt.⁵⁷

3.3. Vom Antrag bis zur Genehmigung nach dem AußWG

Anträge sind nach Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten⁵⁸ elektronisch einzubringen.⁵⁹ Das AußWG ermöglicht das Stellen einer *Voranfrage*.⁶⁰ Hierbei wird rechtsverbindlich⁶¹ abgesprochen, ob für einen konkreten Vorgang zum aktuellen Zeitpunkt eine Genehmigung erteilt werden könnte. Ein identer Antrag ist bei gleicher Sach- und Rechtslage zu genehmigen.⁶²

Um das Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen, die Identität des Endverwenders und die Endverwendung feststellen zu können, fordert das Gesetz die Vorlage einer *Endverbleibserklärung* oder eines Importzertifikats des Bestimmungslands.⁶³ Der notwendige Inhalt der Dokumentation wird per VO festgelegt.⁶⁴

Die Genehmigungskriterien finden sich in den §§ 4-12 AußWG. §§ 4-5 AußWG verbieten Vorgänge, die im Widerspruch zu internationalen Verpflichtungen stehen, oder bei denen ein begründeter Verdacht besteht, dass die Güter ua im Zusammenhang mit der Herstellung von ABC-Waffen stehen.

§ 6 AußWG rückt die Menschenrechte und das HVR in das Zentrum der Prüfung. Eine Genehmigung ist nur dann zu verweigern, wenn ein eindeutiges Risiko besteht, dass gerade die beantragten Güter zu interner Repression, zu schwerwiegenden Verletzungen der Menschenrechte oder des HVR verwendet werden. Die Bedeutung dieser Bestimmung zeigt sich durch das Vorliegen von ansonsten kaum vorhandener höchstgerichtlicher Rechtsprechung⁶⁵. Dabei werden neben Berichten der VN, des Europarates oder der EU auch Berichte von NGOs herangezogen, welche die Menschenrechtslage umfassend beurteilen.⁶⁶ Die §§ 7-10 und 12 AußWG versuchen zu verhindern, dass Güter nicht-internationale bzw internationale Konflikte auslösen oder verlängern, Sicherheitsinteressen oder die auswärtigen Beziehungen Ös oder anderer MS gefährdet werden, Terrorismus oder internationale Kriminalität gefördert oder die dauerhafte Entwicklung des Bestimmungslands beeinträchtigt wird.

55 § 28 AußWG.

56 § 30 AußWG.

57 § 33 AußWG.

58 § 53 Abs 2 AußWG.

59 §§ 52 f AußWG.

60 § 62 AußWG.

61 *Fellner/Gappmayer/Trebuch*, Das österreichische Außenwirtschaftsrecht (Stand 1.6.2014) II-114/10.

62 BMDW, Voranfrage, bmdw.gv.at.

63 § 13 AußWG.

64 § 2 1. Außenwirtschaftsverordnung 2011 BGBl II 2011/343 idF BGBl II 2015/430.

65 VwGH 1.7.2009, 2009/04/0097, VwGH 11.12.2013, 2012/04/0126.

66 *Fellner/Gappmayer/Trebuch*, Außenwirtschaftsrecht (2014) II-36 ff.

Die Genehmigung ist nicht zu erteilen, wenn ein begründeter Verdacht besteht, dass die Güter zu einer Endverwendung umgelenkt werden, die den in den §§ 4 bis 10 genannten Kriterien widersprechen.⁶⁷ Bei der Beurteilung der Umlenkungsgefahr ist insb die bisherige Befolgung von Wiederausfuhrbestimmungen oder Genehmigungspflichten durch das Bestimmungsland und den Endempfänger zu berücksichtigen.⁶⁸

Um eine einheitlichere Vollzugspraxis in der EU zu gewährleisten, wurde die COARM-Datenbank erstellt. Die MS sind im Falle eines abgewiesenen Antrags auf Ausfuhr, Durchfuhr oder Vermittlung von Gütern zwischen Drittstaaten zur detaillierten Information und Begründung verpflichtet.⁶⁹ Bei Kenntnis von einer Verweigerung eines im Wesentlichen gleichartigen Vorganges innerhalb der letzten drei Jahre sind die anderen MS zu konsultieren.⁷⁰ Eine trotzdem erteilte Genehmigung ist den anderen MS samt Begründung mitzuteilen.⁷¹

Sollte das BMDW nach Anhörung des BMLV und des BMEIA von der Genehmigungsfähigkeit ausgehen, so kann es im Bescheid *Auflagen* aufnehmen. Hierbei kann es etwa vorschreiben, vor einer beabsichtigten Weitergabe des Gutes an einen anderen Empfänger informiert zu werden oder, dass Nachweise hinsichtlich des angegebenen Empfängers im Bestimmungsland zu erbringen sind.⁷²

Unterliegt ein genehmigter Vorgang nach neuer Rechtslage einem Verbot, gilt die Genehmigung ex lege als widerrufen.⁷³ Sind hingegen bei unveränderter Rechtslage die Genehmigungsvoraussetzungen nachträglich nicht mehr gegeben, sind nachträglich Auflagen vorzuschreiben oder der Bescheid zu widerrufen.⁷⁴

4. Strafbestimmungen

Das Exportkontrollstrafrecht reicht von absoluten Verboten der Herstellung, des Besitzes und des Verkaufs,⁷⁵ über die Einhaltung von Genehmigungspflichten⁷⁶ bis hin zur Verletzung von Exportkontrollregimen als Tatbestandsmerkmal im StGB⁷⁷. Sondergesetze enthalten gerichtliche und Verwaltungsstrafbestimmungen, wobei letztere zu den gerichtlichen Sonderstrafnormen und diese wiederum zum StGB subsidiär sind.⁷⁸

67 § 11 Abs 1 AußWG.

68 § 11 Abs 3 AußWG.

69 § 67 Abs 1 AußWG. Aufgrund der oben zum EU-Recht dargestellten besonderen Stellung des Kriegsmaterials in der EU, ist dieser Mechanismus beim Vollzug des KMG lediglich freiwillig; § 3a Abs 5 KMG.

70 § 67 Abs 3 AußWG.

71 § 67 Abs 4 AußWG.

72 § 54 Abs 2 AußWG.

73 § 57 Abs 1 AußWG.

74 § 57 Abs 2 AußWG.

75 zB §§ 2, 5 Antipersonenminengesetz BGBl I 1997/13.

76 §§ 7-8 KMG; §§ 79-88 AußWG.

77 § 320 Abs 1 Z3 StGB BGBl 1974/60 idF BGBl I 2021/159; § 278c Abs 1 Z10 und Abs 2, 3 StGB.

78 §§ 83 Abs 1, 85 Abs 3 AußWG sowie §§ 7, 8 KMG.

Unter die gerichtlichen Strafbestimmungen des KMG fällt, „[w]er Kriegsmaterial ohne die hierfür nach diesem Bundesgesetz erforderliche Bewilligung ein-, aus- oder durchführt oder vermittelt oder [...] durchführen lässt“.⁷⁹ § 7 KMG umfasst auch mehrere Erschleichungstatbestände und die Verletzung von Informationspflichten.⁸⁰ Die Verletzung unmittelbar anwendbaren Unionsrechts⁸¹ ist ebenso strafbar wie die fahrlässige Begehung.⁸²

Das AußWG stellt vorsätzliche⁸³ sowie fahrlässige⁸⁴ ungenehmigte oder Auflagen verletzende Vorgänge unter Strafe, ebenso wie in verschiedenen Varianten das Erschleichen einer Genehmigung.⁸⁵ Bei schwerwiegenden Verstößen besteht eine spezielle internationale Zuständigkeit für Auslandstaten, sofern zum Tatzeitpunkt ein ausreichender Anknüpfungspunkt zu Ö vorliegt.⁸⁶

Der im Rahmen des *Noricum*-Skandals viel diskutierte Tatbestand der verbotenen Unterstützung von Parteien bewaffneter Konflikte (damals *Neutralitätsgefährdung*) bezieht sich ua auf die „verbotene Unterstützung für eine Partei eines Krieges oder eines bewaffneten Konfliktes, an dem Österreich nicht beteiligt ist, oder wenn ein solcher auszubrechen droht“ durch die „Aus- oder Durchfuhr von *Kampfmitteln* aus oder durch das Inland *entgegen den bestehenden Vorschriften*“⁸⁷. Aufgrund mangelnder nationalrechtlicher Begriffsbestimmung ist das Vorliegen eines Krieges oder bewaffneten Konflikts nach dem Völkerrecht zu bestimmen.⁸⁸ Die neuere Literatur (Lit) erkennt manche Bürgerkriege als bewaffnete Konflikte iSd § 320 StGB an, verwendet unter Rückgriff auf veraltete Judikatur des OGH⁸⁹ zu de-facto-Völkerrechtssubjekten jedoch die erhöhten Anwendungserfordernisse – inkl territorialer Kontrolle – des 2. Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen.⁹⁰ Hierbei verkennt die Lit jedoch, dass für die Anwendbarkeit des HVR auf nicht-internationale bewaffnete Konflikte völkergewohnheitsrechtlich fortgesetzte Gewaltausübung und ein (geringes) Mindestmaß an Organisation von bewaffneten Gruppen genügen.⁹¹

79 § 7 Abs 1 Z1 KMG.

80 § 7 Abs 1 KMG.

81 § 7 Abs 2 KMG; *Schwab in Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum StGB² § 7 KMG Rz 56 ff (Stand 8/2015, rdb.at): Bisher besteht keine allg EU VO gem Art 288 Abs 2 AEUV; jedoch kommen hier Embargobeschlüsse gem Art 288 Abs 4 AEUV der EU in Betracht.

82 § 7 Abs 2a KMG; mit Ausnahme des § 7 Abs 1 Z 2 KMG.

83 *Bieber/Neusiedler*, Zur Gerichtlichen Strafbarkeit der Ausfuhr Genehmigungspflichtiger Dual-Use-Güter, RdW 2020, 245 *passim*.

84 § 79 Abs 3 AußWG.

85 *Wessely*, JB Strafrecht BT 2012, 27 (39, 41).

86 § 83 Abs 3 AußWG.

87 § 320 Abs 1 Z 3 StGB.

88 *Brandstetter/Loibl*, Neutralität und Waffenexporte (1990) 20.

89 OGH 4.8.1992, 14 Os 86/92.

90 *Brandstetter/Kaplan in Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum StGB² § 320 Rz 13 (Stand 1/2021, rdb.at); Art 1 Abs 1 Zweites Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht-internationaler Konflikte 1125 UNTS 609.

91 *Dwyer/McCormack*, Conflict Characterisation, in *Liivoja/McCormack*, Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict (2016) 50 (53).

Dem Begriff der Kampfmittel kommt im StGB eine eigenständige Bedeutung zu, welche nicht nur Kriegsmaterial, sondern „Waffen, Munition *und andere* Kampfmittel“ umfasst.⁹² Kampfmittel sind demnach alle Waffen iSd Waffengesetzes, somit zB alle halb- und vollautomatischen Schusswaffen und die zugehörige Munition.⁹³ Darüber hinaus sind jegliche Güter umfasst, die der „Erhöhung der eigenen oder der Herabsetzung der gegnerischen Kampfkraft während der Auseinandersetzung bewaffneter Gruppen dienen“⁹⁴. Eine bewaffnete Kampfdrohne unterfällt somit dem Begriff, eine nicht für den direkten Kampfeinsatz konstruierte Aufklärungsdrohne hingegen nicht, selbst wenn sie nach dem Export mit Kampfmitteln ausgerüstet werden könnte. Insgesamt umfasst *Kampfmittel* sohin auch manche Dual-Use-Güter bzw nicht von der KMG erfasste Verteidigungsgüter. Die Lit reduziert Kampfmittel im Anwendungsbereich des § 320 StGB jedoch unter vagem Verweis auf den Telos des Neutralitätsschutzes auf die Liste der KMG, abzüglich der Maschinen und Anlagen.⁹⁵ Dies obwohl der Schutz der Neutralität nie das einzige Regelungsziel war, sondern allg der Schutz der Beziehungen zum Ausland.⁹⁶

Daher rührt die fragwürdige Meinung, dass als *entsprechende Vorschriften*, entgegen derer der Export erfolgen muss, nur das KMG in Frage käme.⁹⁷ Diese Auffassung kann jedenfalls im Lichte des AußWG und des EU-Rechts nicht mehr aufrechterhalten werden. Warum sollte eine, dem teilw restriktiveren AußWG unterliegende, halbautomatische Glock 17 nicht zur Verwendung durch Parteien in einem bewaffneten Konflikt geeignet sein, die vollautomatische Glock 18 Maschinenpistole jedoch schon? Es wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob sich die verletzte Norm auf Kampfmittel bezieht.

Allg gilt für § 320 Abs 1 Z 3 StGB eine strenge Verwaltungsakzessorität.⁹⁸ Der Tatbestand ist daher nur bei Verletzung verwaltungsrechtlicher Vorschriften erfüllt. Aufgrund des lange beklagten Fehlens eines Erschleichungstatbestandes im KMG wurde lediglich auf das Vorliegen eines gültigen Bescheids und den zumindest zeitweisen Aufenthalt der Güter im bewilligten Bestimmungsland abgestellt.⁹⁹ Seit 2012 enthalten nun jedoch KMG und AußWG in der Kommentarlit zu § 320 StGB bislang unberücksichtigt gebliebene¹⁰⁰ Erschleichungstatbestände.¹⁰¹ Somit kommt eine Strafbarkeit trotz Vorliegen einer Be-

92 § 280 Abs 1 StGB (Hervorhebung durch Autoren); *Hufnagl* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, Salzburger Kommentar zum StGB § 320 Rz 41 ff (Stand 4/2004, 360.lexisnexus.at).

93 *Hufnagl* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK § 320 Rz 42.

94 *Plöchl* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum StGB² § 280 Rz 11 (Stand 3/2020, rdb.at): zB Kampfpanzer, Stahlhelme und Sprengstoff.

95 *Hufnagl* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK § 320 Rz 43; *Brandstetter/Kaplans* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 320 Rz 1, 36 f.

96 *Hummer*, Der Internationale Status und die völkerrechtliche Stellung Österreichs seit 1918, in *Reinisch*, Österreichisches Handbuch des Völkerrechts³: Band I (2013) 684 (716).

97 *Hufnagl* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK § 320 Rz 51 f; *Brandstetter/Kaplans* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 320 Rz 32, 37.

98 *Brandstetter/Kaplans* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 320 Rz 32.

99 *Brandstetter/Loibl*, Neutralität 29 ff.

100 Veraltet *Brandstetter/Kaplans* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 320 Rz 39 und *Hufnagl* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK § 320 Rz 63.

101 *Schwab* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 7 KMG Rz 53 f.

willigung in Betracht. Hinsichtlich der nicht dem Ermessen der Bewilligungsbehörde unterliegenden absoluten Versagungsgründe des § 3 Abs 1 KMG könnte das Strafgericht in seiner Entscheidung wohl gar die inhaltliche Richtigkeit eines Bescheids überprüfen und im Urteil von der Rechtsmeinung der Behörde abweichen.

5. Conclusio

Aufgrund seiner historischen Entwicklung in Ö und der zersplitterten Kompetenzen der EU, ergibt sich kein einheitliches Bild des ö Rüstungskontrollrechts. Wiewohl Ö die EU-Standards einhält, besteht durchaus Verbesserungspotential.

Zur Verfahrensbeschleunigung wurde bereits eine Kompetenzbündelung bei einem einzigen Ministerium vorgesehen.¹⁰² Fraglich ist jedoch, ob durch die Befassung mehrerer Ministerien nicht doch die ausgewogene Berücksichtigung aller relevanten Kriterien und Interessen besser sichergestellt wird.

Auffällig ist, dass nur bei Bewilligungen nach dem KMG das Einvernehmen mit dem BMEIA herzustellen ist, obwohl auch das BMDW die inhaltliche Prüfung in der Praxis weitgehend an das BMEIA auslagert,¹⁰³ jedoch nicht an dessen Zustimmung gebunden ist. Während der im KMG gesetzlich verankerte Ermessensspielraum zu einer strengen Vollzugspraxis durch das BMI im Einvernehmen mit dem BMEIA zu führen scheint, führt die ermessenslose Prüfung nach dem AußWG durch das BMDW ohne Vetomöglichkeit des BMEIA zu einer größeren Zahl genehmigter Exporte in Krisenregionen.¹⁰⁴ Wie genehmigte Exporte der letzten Jahre gezeigt haben, können Umlenkungen nach derzeitiger Rechtslage häufig nicht verhindert werden.¹⁰⁵ Wann und wie Umlenkungen vonstattengehen, ist eng verwoben mit der Frage der Steigerung der Effektivität der Endverbrauchsbescheinigungen. Mögliche Reformen zur Steigerung der Effektivität der Rüstungskontrolle wären etwa eine Bindung an negative Entscheidungen anderer MS, ein obligatorischer Sanktionsmechanismus für Länder und Endempfänger, die in Umlenkungen involviert waren, oder sogar eine verpflichtende Vorabewilligung eines Bestimmungslandes in extraterritoriale Kontrollen durch zuständige Behörden der MS oder der EU.

Mag. Peter Amesberger ist Jurist beim Amt der NÖ Landesregierung und vormalis Mitarbeiter in der Abteilung für Abrüstung, Rüstungskontrolle, Non-Proliferation des BMEIA; amesberger.peter@gmail.com

Mag. Michael Friedl studiert National Security and U.S. Foreign Relations Law als Fulbright-Stipendiat an der George Washington University in Washington D.C.; michael.friedl@univie.ac.at

102 Für Österreich. Regierungsprogramm 2017 – 2022, 23.

103 Wetz *et al*, Addendum: Kriegsregionen.

104 Wetz *et al*, Addendum: Kriegsregionen.

105 ORF, Österreichischer Drohnenhersteller lieferte nach Myanmar, orf.at 3.8.2019, <https://orf.at/stories/3132514/> (5.9.2021).

Thema: Rassismus und Recht

Vorwort der Gastherausgeber:innen

Ines Rössl / Christa Markom

1. Einleitung

In den letzten Jahren sind in Deutschland grundlegende Werke zur rassismuskritischen Rechtswissenschaft erschienen.¹ Auch die akademisch wie politisch geführte Debatte über den Begriff der „Rasse“ im dt Grundgesetz verstärkte die Aufmerksamkeit für das Verhältnis von Rassismus und Recht.² Demgegenüber ist es in den österreichischen Rechtswissenschaften diesbezüglich eher still. Zwar formierte sich 2020 nach der Ermordung von George Floyd auch in Österreich zivilgesellschaftlicher Widerstand und Aktivismus, *Black Lives Matter*-Proteste wurden organisiert und das *Black Voices*-Volksbegehren initiiert. Doch während zB die Legal Gender Studies in Österreich mittlerweile auf eine etablierte Forschungstradition blicken können und zT Bestandteil der juristischen Ausbildung sind, lässt sich dies über eine rassismuskritische Rechtswissenschaft nicht sagen.³

Der vorliegende Schwerpunkt antwortet auf diese Leerstelle. Er soll erste Orientierungspunkte und Anregungen bieten, um über Rassismus und Recht nachzudenken und um rassismuskritisch im und mit dem Recht zu handeln. Im Zentrum steht dabei die Frage, wie das Recht selbst an der Herstellung und Aufrechterhaltung von Rassismus teilhat(te) und wie dieses Verhältnis theoretisch gefasst und untersucht werden kann. Die im Schwerpunkt vereinigten Beiträge beleuchten verschiedene Aspekte dessen. Sie stellen theoretische Rahmen für rassismuskritische Analysen vor und zeigen konkrete Manifes-

1 Barskanmaz, Recht und Rassismus. Das menschenrechtliche Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse (2019); Liebscher, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus. Genealogie einer ambivalenten rechtlichen Kategorie (2021). Vgl darüber hinaus auch Möschel, Law, Lawyers and Race. Critical Race Theory from the US to Europe (2016); Bruce-Jones, Race in the Shadow of Law. State violence in contemporary Europe (2017).

2 Liebscher, Das Problem heißt Rassismus: Zur Debatte um den Rasse-Begriff im Grundgesetz und den Vorteilen einer postkategorialen Alternative, verfassungsblog.de 11.6.2020, <https://verfassungsblog.de/das-problem-heisst-rassismus>; Barskanmaz/Samour, Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse, verfassungsblog.de 16.6.2020, <https://verfassungsblog.de/das-diskriminierungsverbot-aufgrund-der-rasse> (9.9.2021).

3 In den Legal Gender Studies lässt sich jedoch beobachten, dass durch eine zunehmend intersektionale Perspektive vermehrt auch rassismuskritisches Wissen und entsprechende Kompetenzen gefragt und angeeignet werden.

tationen rassistischer Verhältnisse in der Geschichte und Gegenwart auf, etwa mit Blick auf Polizei, Arbeitswelt, Bildung und reproduktive Rechte.

2. Rassismus und Recht – ein Feld mit vielen Facetten

Ein wichtiger und lohnender Referenzpunkt für rassismuskritische Rechtswissenschaft ist die Critical Race Theory (CRT), die Ende der 1980er Jahre in den USA entstand (*Mathias Möschel*)⁴. Wie Einsichten der CRT auf die Situation in Österreich oder Deutschland übertragen werden können, wird zT kontrovers diskutiert. In jedem Fall sind rassismuskritische Analysen des Rechts auf kontextbezogenes juristisches sowie rassismustheoretisches Wissen angewiesen. Dementsprechend bedarf es grundlegender Begriffsklärungen und Systematisierungen der vielfältigen Rassismen, die sich im Recht zeigen können. Verschiebungen, zB von einem biologischen hin zu einem kulturellen oder neuen Rassismus, müssen ebenso in den Blick genommen werden wie verschiedene Erscheinungsformen von strukturellem und institutionellem Rassismus (*Doris Liebscher*). Um neokoloniale Kontinuitäten im Recht analysieren zu können, bedarf es Wissen über die (post)koloniale Geschichte. Es zeigt sich, dass die österreichische Rechtsgeschichte hier einiges an Nachholbedarf hat (*Sebastian Spitra*). Auch ist die Frage, welche Zusammenhänge generell zwischen Staatsbürgerschaft, Nation und rassistischer Exklusion in modernen Wohlfahrtsstaaten bestehen. Diese lassen sich zB aus Perspektive der materialistischen Staatstheorie analysieren (*Lukas Egger*).

Vor dem Hintergrund dieser grundlegenden theoretischen und teilweise auch methodologischen Überlegungen widmet sich der Schwerpunkt sodann beispielhaft spezifischen Feldern, die nach rassismuskritischen Analysen verlangen. Zunächst wird der Blick auf Deutschland gerichtet, wo eine Debatte über das im Grundgesetz verankerte Verbot der Diskriminierung wegen der „Rasse“ entstanden ist, welches zB Bedeutung iZm *Racial Profiling*-Fällen erlangt hat (*Elisabeth Kaneza*). Zwar bestehen auch in Österreich zahlreiche rechtliche Bestimmungen gegen rassistische Diskriminierung, jedoch gibt es im Gegensatz zu Deutschland immer noch keinen Nationalen Aktionsplan gegen Rassismus (*Dilber Dikme*). Zudem zeigt sich in der Praxis, dass die Existenz einschlägiger Normen nicht ausreicht, um sich effektiv gegen Rassismus wehren zu können. Dies wird etwa an den Schwierigkeiten deutlich, gegen rassistische Polizeigewalt vorzugehen (*Dunia Khalil*). Generell erweist sich der Blick auf die konkrete Praxis als notwendig und lohnend, um ein deutlicheres Bild rassistischer Verhältnisse zu erhalten: So zeigen etwa Untersuchungen von Schulbüchern und Interviews mit Schüler:innen und Lehrer:innen, dass „Rasse“ bei vielen Akteur:innen des Bildungssystems weiterhin als Denkkategorie wirkt und gleichzeitig kaum Wissen über Kolonialismus und Rassismus vorhanden ist (*Christa Markom*). „Whiteness“ als ein unhinterfragtes, unsichtbar gemachtes, hegemonial nor-

4 Die Klammerausdrücke verweisen jeweils auf die entsprechenden Beiträge im Schwerpunkt.

mierendes Konstrukt prägt auch das juristische Studium, wie Erfahrungsberichte von Studierenden an der juristischen Fakultät Wien zeigen (*Anonym*). Es ist ein erster Schritt, solche un/sichtbaren Normen überhaupt zu benennen. Auch gerichtlichen Entscheidungen kommt eine wichtige Rolle dabei zu, diskriminierende Strukturen als solche zu identifizieren und ihre Facetten herauszuarbeiten. Nicht selten ist es das Verdienst von NGOs und sozialen Bewegungen, Fälle durch *strategic litigation* vor Gericht zu bringen. Das Recht ist jedoch aufgrund seiner Verstrickung mit herrschenden Machtverhältnissen ein höchst ambivalenter Verbündeter. Am Beispiel der EGMR-Rsp zu Zwangssterilisierungen an Romnja wird deutlich, dass die Rechtswissenschaft gefordert ist, einen systemischen und intersektionalen Blick auf Menschenrechtsverletzungen zu entwickeln, der das Zusammenspiel von Klassenverhältnissen mit vergeschlechtlichten und rassialisierten Verhältnissen berücksichtigt (*Angéla Kóczé*). Solche intersektionalen Verhältnisse sind es auch, welche etwa die migrationsrechtlich sanktionierte Ausbeutung von Erntearbeiter:innen aus dem sog „Osten“ begünstigen (*Sónia Melo*).

Im Verlauf der Beiträge zeigen sich also unterschiedliche Dimensionen und „historisch-konkrete“ Ausprägungen von Rassismus, der als „globales Beziehungsgefüge im postkolonialen Kapitalismus“ wirkt (*Liebscher*). Es besteht die Hoffnung, dass das Verhältnis von Rassismus und Recht künftig auch in Österreich verstärkt in den Blick genommen wird. Gleichwohl dieser Heftschwerpunkt nur einen ersten Einblick in Zugänge und Anwendungsbereiche rassismuskritischer Rechtswissenschaft darstellt, so macht er doch deutlich, dass es hierfür auch die Auseinandersetzung mit Theorien und Wissensbeständen aus anderen Disziplinen braucht.

Mag.^a Ines Rössl ist Universitätsassistentin am Institut für Rechtsphilosophie der Universität Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum*; ines.roessler@univie.ac.at

Dr.ⁱⁿ Christa Markom ist Sozial- und Kulturanthropologin und arbeitet im Rahmen einer PostDoc Stelle am Institut für Bildungswissenschaft der Universität Wien; christa.markom@univie.ac.at

Critical Race Theory

Mathias Möschel

Critical Race Theory (CRT) entstand Ende der 1980er Jahre in den USA und ist Teil postmoderner US-amerikanischer Rechtsbewegungen wie *Critical Legal Studies* (CLS), *Feminist Legal Theory* (FLT), *Law and Economics* und *Law and Literature*.¹ Dieser Beitrag widmet sich den Ursprüngen, den wesentlichen Bestandteilen, den Methoden sowie den jüngsten Entwicklungen der CRT.²

1. Ursprünge und Entstehungskontext

Es gibt verschiedene Erklärungsversuche zur Entstehung der CRT. Einige betonen die Rolle der Studierendenbewegungen an der *University of California, Berkeley*³ oder der *Harvard Law School*⁴, welche der CRT in US-amerikanischen Rechtsfakultäten den Weg ebneten. Andere sind der Ansicht, dass der Aufstieg von CLS und CRT auch möglich wurde, weil während des allgemeinen akademischen Kontexts der 1970er Jahre, Weißen⁵ progressiven Professor_innen⁶ eine feste Anstellung verweigert wurde, was diesen erlaubte, ihre „radikalen“ Ideen während ihrer (Unter-)Beschäftigung durch Veröffentlichungen freier zu verbreiten.⁷ Auf einer weiteren Ebene gibt es zwei getrennte, wenn auch konvergierende Entwicklungen als Erklärung für die Entstehung der CRT: erstens der Beitrag des Rechts zur Unterordnung von *racial minorities* in den USA durch die Verfassung, Gesetze, Rechtsprechung und Lehre; und zweitens die Entwicklungen in den US-amerikanischen Rechtswissenschaften und der Wandel von einer formalistischen Interpretation und Ausbildung hin zu Ansätzen des Rechtsrealismus und der Postmoderne.⁸

1 S zu dieser Einordnung *Minda*, Postmodern Legal Movements (1995).

2 Der Autor dankt Mag.^a Lisa Weinberger, LL.M. (CEU) für ihre Unterstützung bei der Recherche und Übersetzung dieses Beitrags, welcher teils auf früheren Veröffentlichungen des Autors basiert. Für etwaige Fehler übernimmt der Autor die Verantwortung.

3 *Cho/Westley*, Critical Race Coalitions: Key Movements that Performed the Theory, U.C. Davis Law Review 2000, 1377.

4 *Crenshaw*, The First Decade: Critical Reflections, or “A Foot in the Closing Door”, UCLA Law Review 2002, 1343 (1344–1354).

5 Die Begriffe Schwarz und Weiß werden großgeschrieben, um auf deren soziale Konstruktion hinzuweisen und zu betonen, dass es sich um keine „biologischen“ Eigenschaften, sondern gesellschaftspolitische Zugehörigkeiten handelt.

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

7 *Delgado*, Liberal McCarthyism and the Origins of Critical Race Theory, Iowa Law Review 2009, 1505.

8 *Möschel*, Law, Lawyers and Race: Critical Race Theory from the United States to Europe (2014) 8.

Das halboffizielle Geburtsjahr der CRT wurde 1987 im Rahmen der zehnten *National Critical Legal Studies* Konferenz mit dem Titel „Sounds of Silence: Racism and the Law“ begangen. Während dieser Konferenz sowie in verschiedenen separaten Workshops in den Folgejahren⁹ entwickelte eine Gruppe Schwarzer Rechtswissenschaftler_innen eine Reihe von Kritiken und Methoden, die den Kern der CRT bilden.¹⁰

2. Wesenszüge und konzeptuelle Grundannahmen

Auf einer konzeptuellen Ebene hat CRT zwei Dinge hervorgebracht. Einerseits bot sie eine linksgerichtete Kritik am liberalen Antidiskriminierungsrecht. Andererseits ermöglichte sie eine rassismuskritische Intervention in CLS und linksgerichteten Wissenschaften, welche bis zu diesem Zeitpunkt Rasse als Dominanzfaktor in der US-amerikanischen (Rechts-)Geschichte ignoriert hatten.¹¹ Eine kurze Beschreibung der damals entwickelten CRT-Grundsätze gibt auch noch etwa 30 Jahre später einen guten Überblick darüber, was CRT ist. CRT:

- holds that racism is endemic to, rather than a deviation from, American norms; bears skepticism towards the dominant claims of meritocracy, neutrality, objectivity and color-blindness;
- challenges ahistoricism, and insists on a contextual and historical analysis of the law;
- challenges the presumptive legitimacy of social institutions;
- insists on recognition of both the experiential knowledge and critical consciousness of people of color in understanding law and society;
- is interdisciplinary and eclectic (drawing upon, inter alia, liberalism, post-structuralism, feminism, Marxism, critical legal theory, post-modernism, pragmatism), with the claim that the intersection of race and the law overruns disciplinary boundaries; and
- works toward the liberation of people of color as it embraces the larger project of liberating oppressed people.”¹²

Anders ausgedrückt versucht CRT, die gängigen Überzeugungen über rassistische Ungerechtigkeiten in Frage zu stellen, nämlich dass (a) „blindness to race will eliminate racism“, dass (b) “racism is a matter of individuals, not systems“, und dass (c) “one can

9 S zu den frühen Workshops *Phillips*, *The Convergence of the Critical Race Theory Workshop with LatCrit Theory: A History*, University of Miami Law Review 1999, 1247.

10 S im Detail dazu *Crenshaw/Gotanda/Peller/Thomas*, *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement* (1995).

11 *Hutchinson*, *Critical Race Histories: In and Out*, *American University Law Review* 2004, 1187 (1191-1196).

12 *Phillips*, *University of Miami Law Review* 1999, 1250.

fight racism without paying attention to sexism, homophobia, economic exploitation, and other forms of oppression and injustice.“¹³

In den Analysen einiger dieser Aspekte entwickelten CRT spezifische Konzepte wie „Interessenkonvergenz“,¹⁴ „unbewusster Rassismus“,¹⁵ „Intersektionalität“¹⁶ und „Post-Racialism“¹⁷. Diese spielten eine zentrale Rolle in der CRT-Kritik an der US-amerikanischen Gesellschaft und deren Rechtssystem.¹⁸

3. Methodologie und Themen von CRT sowie aktuelle Entwicklungen

Methodologisch ist der Einsatz von juristischen Narrativen, welche die Beschreibung von persönlichen Erfahrungen in der wissenschaftlichen Arbeit und juristischen Analyse ermöglichen, wichtig. Die Grundidee dabei ist, dass die (akademische) juristische Arbeit und deren Jargon die Visionen und Erfahrungen von Minderheiten zum Schweigen bringt und diese Stimmen durch juristisches *Storytelling*, also Geschichtenerzählen, zu Gehör gebracht werden und somit eine Art gegenhegemoniale Darstellung des Rechts und seiner Effekte erreicht werden kann. Aus diesem Grund beginnen viele CRT Texte mit einer (persönlichen) Geschichte oder sind gänzlich als Geschichte konzipiert.¹⁹ Darüber hinaus haben CRT-Theoretiker_innen immer darauf bestanden, dass ihre Arbeit in diesem Bereich trotz ihres wissenschaftlichen Ursprungs immer praxisbezogen ist und letztlich *racial minorities* zugutekommen soll.²⁰ Auch 30 Jahre nach der Gründung von CRT stehen diese Ziele, Grundsätze und Methoden im Mittelpunkt des CRT-Projekts und die meisten CRT-Wissenschaftler_innen, wie zum Beispiel *Devon Carbado*, *Angela Onwuachi Willig* oder auch die gegenwärtige UN Sonderberichterstatterin zu Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, *Tendayi Achiume*, würden sich diesen immer noch anschließen.

Gleichzeitig hat CRT seit den Anfangsjahren auch einige Erweiterungen erlebt. Erstens hat es eine Ausweitung in Bezug auf die zu analysierenden Gruppen und Dominanzver-

13 *Valdes/McCristal Culp/Harris*, *Battles Waged, Won, and Lost: Critical Race Theory at the Turn of the Millennium*, in *Valdes/McCristal Culp/Harris* (Hrsg.), *Crossroads, Directions, and a New Critical Race Theory* (2002) 1.

14 *Bell Jr.*, *Brown v. Board of Education* and the Interest Convergence Dilemma, *Harvard Law Review* 1980, 518.

15 *Lawrence III*, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, *Stanford Law Review* 1987, 317.

16 *Crenshaw*, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, *University of Chicago Legal Forum* 1989, 139; *Crenshaw*, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, *Stanford Law Review* 1991, 1241.

17 *Cho*, *Post-Racialism*, *Iowa Law Review* 2009, 1589.

18 Vgl. *Gotanda*, *A Critique of "Our Constitution is Colorblind"*, *Stanford Law Review* 1991, 1.

19 Vgl. *Williams*, *The Alchemy of Race and Rights* (1991) sowie *Bell Jr.*, *Faces at the Bottom of the Well: The Permanence of Racism* (1992).

20 Vgl. *Yamamoto*, *Critical Race Praxis: Race Theory and Political Lawyering Practice in Post-Civil Rights America*, *Michigan Law Review* 1997, 821 sowie *Wing*, *Civil Rights in the Post 911 World: Critical Race Praxis, Coalition Building, and the War on Terrorism*, *Louisiana Law Review* 2003, 717.

hältnisse gegeben. So gab es sehr früh die Kritik, dass sich CRT-Wissenschaftler_innen zu stark auf eine binäre Schwarz-Weiß Unterteilung („*Black/White Binary*“)²¹ und damit auf die Perspektive von Schwarzen Amerikaner_innen und deren Erfahrungen von *White Supremacy* konzentrierten. Dadurch, so die Kritik, wurden die spezifischen Rassismuserfahrungen von *Native Americans*, *Asian Americans* oder *Chicanos/Latinos* marginalisiert bzw. ignoriert. Das Ergebnis dieser Debatte waren verschiedene Publikationen, deren Autor_innen sich unter anderem als *LatCrit*,²² *NativeCrit* oder *TribalCrit*,²³ *AsianCrit*,²⁴ und/oder *QueerCrit*,²⁵ identifiziert haben, welche aber dennoch den übergreifenden Themen der CRT treu blieben.

Zweitens hat sich der materielle Anwendungsbereich dadurch erweitert, dass sich CRT vom juristischen Bereich aus in andere wissenschaftliche Gebiete wie die Sozial- und Geisteswissenschaften ausgebreitet hat. Diese Entwicklung ist nur teilweise überraschend, denn einerseits analysiert CRT, wie sich *White Supremacy* im und durch das Recht in den USA auswirkt. Dies war ein Blickwinkel, auf den sich Wissenschaftler_innen, die an verwandten Themen in anderen wissenschaftlichen Disziplinen wie *Ethnic and Racial Studies*, kritische Weißseinsforschung, Kulturwissenschaften und/oder allgemein Soziologie, Geschichte, Philosophie und/oder Politikwissenschaften arbeiteten, beziehen konnten. Andererseits war es hilfreich, dass sich CRT (auch) von nicht-juristischen Quellen, Forschungsergebnissen und Bewegungen inspirieren ließ. Das erleichterte deren gegenseitige Befruchtung und führte folglich zu einer Ausbreitung von CRT in andere Bereiche wie Pädagogik,²⁶ Psychologie,²⁷ (psychische) Gesundheit,²⁸ Wirtschaft,²⁹ Musik,³⁰ und Sport³¹.

Drittens führten bestimmte politische und rechtliche Ereignisse in den letzten Jahren zu einer Erweiterung und Verfeinerung der analytischen und konzeptuellen Instrumente der CRT. So löste zum Beispiel 2008 die Wahl des ersten Schwarzen Präsidenten der Vereinigten Staaten, *Barack Obama*, Diskussionen darüber aus, ob die USA nun im

21 *Perea*, The Black/White Binary Paradigm of Race: The “Normal Science” of American Racial Thought, *California Law Review* 1997, 1213.

22 Einen guten Überblick über diese umfangreiche Literatur bietet *Valdés*, Coming Up: New Foundations in LatCrit Theory, Community, and Praxis, *California Western Law Review* 2012, 505.

23 Vgl. *Williams Jr.*, Like a Loaded Weapon: The Rehnquist Court, Indian Rights, and the Legal History of Racism in America (2005).

24 Vgl. *Chang*, Disoriented: Asian Americans, Law, and the Nation-State (1999).

25 Vgl. *Spade*, Normal Life: Administrative Violence, Critical Trans Politics, and the Limits of Law (2015).

26 Vgl. *Dixon/Rousseau*, Critical Race Theory in Education (2006) sowie *Taylor/Gillborn/Ladson-Billings*, Foundations of Critical Race Theory in Education (2009).

27 *Blasi*, Advocacy Against the Stereotype: Lessons from Cognitive Social Psychology, *UCLA Law Review* 2002, 1241; *Parks/Jones/Cardi*, Critical Race Realism: Intersections of Psychology, Race, and Law (2008).

28 *Brown*, Race, Racism, and Mental Health: Elaboration of Critical Race Theory’s Contribution to the Sociology of Mental Health, *Contemporary Justice Review* 2008, 53.

29 *Carbado/Gulati*, The Law and Economics of Critical Race Theory, *Yale Law Journal* 2003, 1757.

30 *Calmore*, Critical Race Theory, Archie Shepp, and Fire Music: Securing an Authentic Intellectual Life in a Multicultural World, *Southern California Law Review* 1992, 2129.

31 *Hylton*, ‘Race’ and Sport. Critical Race Theory (2009).

post-racial Zeitalter angekommen sei, in dem Rasse nicht mehr zählen würde, da nun selbst Individuen von *racial minorities* bis ins Weiße Haus kommen könnten. Während CRT-Wissenschaftler_innen die Wahl begrüßten, stimmte sie bedenklich, welche Auswirkungen diese *post-racial* Rhetorik für *racial justice* auf wissenschaftlicher, politischer und juristischer Ebene haben könnte.³² Darüber hinaus bildete die *Black Lives Matter*-Bewegung einen Anstoß für Publikationen von CRT-Wissenschaftler_innen im Bereich der Polizeiarbeit sowie von *Racial Profiling*. Auch wenn diese Themen bereits Teil der älteren CRT-Arbeit gewesen waren,³³ erlangten sie nun eine besondere Dringlichkeit, neue Kraft und Fokussierung, denn CRT war nie „nur“ eine Theorie, sondern sah sich immer verbunden mit der Praxis, eingebettet in soziale und anti-rassistische Bewegungen. In diesem Sinn haben CRT-Wissenschaftler_innen die jüngsten Themen rassistischer Polizeigewalt mit besonderer Aufmerksamkeit analysiert und sie mit jenen theoretischen Ansätzen verknüpft, die bereits etwa 30 Jahre zuvor entwickelt worden waren.³⁴ Nicht zuletzt bestätigte die Präsidentschaftswahl von *Donald Trump* nur (erneut) die Hartnäckigkeit von Rassismus in der US-amerikanischen Gesellschaft sowie im Recht – eine Realität, welche die Wahl von Präsident *Obama* weder änderte noch ändern konnte. Gleichzeitig brachte Präsident *Trump* qualitativ eine noch offensivere politische Gegenreaktion gegen CRT hervor. Nicht, dass es seit den Anfangsjahren an teilweise sehr scharfer Kritik an CRT gemangelt hätte.³⁵ Diese ging jedoch nie so weit, dass sie das Lehren von CRT verbieten wollte, wie es die berühmt-berüchtigte Verordnung von Präsident *Trump* im September 2020 zum Ziel hatte.³⁶ Obwohl diese Verordnung letztlich unter Präsident *Biden* wieder zurückgenommen wurde,³⁷ setzte sie eine Dynamik von ähnlichen öffentlichen Maßnahmen in verschiedenen Bundesstaaten der USA frei.³⁸

Viertens gab es eine geografische Streuung von CRT-Analysen. Während anfangs eine Fokussierung auf den US-amerikanischen Kontext wahrzunehmen war, hat CRT heute Ländergrenzen überschritten. So gibt es verschiedenste Veröffentlichungen, welche CRT

32 *Cho*, Iowa Law Review 2009, 1589; *Onwuachi-Willig/Barnes*, The Obama Effect: Understanding Emerging Meanings of “Obama” in Anti-Discrimination Law, Indiana Law Journal 2012, 325; *Carbado/Gulati*, Rethinking Race in “Post-Racial” America (2013); *Lopez*, Post-Racial Racism: Racial Stratification and Mass Incarceration in the Age of Obama, California Law Review 2010, 1023.

33 Vgl. *Delgado*, Rodrigo’s Eighth Chronicle: Black Crime, White Fears – On the Social Construction of Threat, Virginia Law Review 1994, 503 sowie *Carbado/Harris*, Undocumented Criminal Procedure, UCLA Law Review 2011, 1543.

34 Vgl. *Onwuachi-Willig*, Policing the Boundaries of Whiteness: The Tragedy of Being “Out of Place” from Emmett Till to Trayvon Martin, Iowa Law Review 2017, 1113.

35 Vgl. *Farber/Sherry*, Beyond All Reason. The Radical Assault on Truth in American Law (1997) sowie *Posner*, The Skin Trade, The New Republic 13.10.1997, 40.

36 Executive Order 13950, 22.9.2020, Combating Race and Sex Stereotyping, Federal Register, Vol 85, Nr 188, 28.9.2020, 60683.

37 Executive Order 13985, 20.1.2021, Advancing Racial Equity and Support for Underserved Communities Through the Federal Government, Federal Register, Vol 86, Nr 14, 25.1.2021, 7009.

38 S zur Übersicht *Education Week*, Map: Where Critical Race Theory Is Under Attack, edweek-org 11.6.2021, <https://www.edweek.org/policy-politics/map-where-critical-race-theory-is-under-attack/2021/06> (12.7.2021).

Analysen und Methoden in anderen regionalen, nationalen oder lokalen Kontexten anwenden, wie zB in Lateinamerika,³⁹ Kanada,⁴⁰ Japan,⁴¹ Südafrika,⁴² Deutschland,⁴³ Frankreich,⁴⁴ Ungarn,⁴⁵ Italien,⁴⁶ Schweden,⁴⁷ und allgemein in Kontinentaleuropa.⁴⁸ Der österreichische Rechtsraum hingegen blieb bisher relativ unberührt. Wer weiß wie lange noch?

Ao. Univ.-Prof. Dr. Mathias Möschel, LL.M. (Berkeley) ist außerordentlicher Professor an der Central European University (Wien); moschelm@ceu.edu

39 Vgl. *Hernández*, Racial Subordination in Latin America: The Role of the State, Customary Law and the New Civil Rights Response (2013).

40 *Aylward*, Canadian Critical Race Theory: Racism and the Law (1999).

41 *Arudou*, Japan's Under-Researched Visible Minorities: Applying Critical Race Theory to Racialization Dynamics in a Non-White Society, *Washington University Global Studies Law Review* 2015, 695.

42 *Modiri*, Towards a '(Post)Apartheid' Critical Race Jurisprudence: 'Divining Our Racial Themes', *South African Public Law* 2012, 231.

43 *Barskanmaz*, Rassismus, Postkolonialismus und Recht – Zu einer deutschen *Critical Race Theory*?, *Kritische Justiz* 2008, 296; *Barskanmaz*, Recht und Rassismus. Das menschenrechtliche Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse (2019).

44 *Bentouhami/Möschel*, Critical Race Theory: Une introduction aux grands textes fondateurs (2017).

45 *Lázár*, Critical Race Theory – A magyar kritikai rasszelméleti mozgalom elméleti megalapozása, *Themis* 2016, 92.

46 *Thomas/Zanetti*, Legge, razza e diritti. La "Critical Race Theory" negli Stati Uniti (2005).

47 *Carlson*, Critical Race Legal Theory in a Swedish Context, *Juridisk Tidskrift* 2011, 21.

48 *Möschel*, Law, Lawyers and Race 8.

Rassismen im Recht erkennen

Grundlegungen und Prämissen rassismuskritischer Rechtswissenschaft

Doris Liebscher

Rassismus in rechtlichen Regulierungen, Verfahren und Entscheidungen zu erkennen, zu benennen und einzuordnen, fordert heraus – rechtsdogmatisch, rassismustheoretisch und nicht zuletzt ganz persönlich, denn Rassismus betrifft uns alle, aber sehr unterschiedlich. Der vorliegende Beitrag möchte Jurist:innen bei einem rassismuskritischen Blick auf das Recht unterstützen. Er skizziert dazu (1.) Referenzen, Prämissen und Kontroversen rassismuskritischer Rechtswissenschaft im deutschsprachigen Rechtskontext, nimmt (2.) rassismustheoretische Begriffsklärungen vor und systematisiert (3.) die Vielfalt der Rassismen, die sich im Recht zeigen können.

1. Referenzpunkte rassismuskritischer Rechtswissenschaft

Der Umgang mit Rassismus verlangt von Jurist:innen sowohl rechtswissenschaftliche Kompetenz als auch die sozial- und kulturwissenschaftliche Durchdringung komplexer Diskriminierungsrealitäten. Sie können dazu auf die Erkenntnisse der geschlechtertheoretisch orientierten feministischen Rechtswissenschaft, der bisher vor allem im anglophonen Rechtsraum etablierten Critical Race Theory (CRT) und auf die Arbeiten der deutschsprachigen kritischen Migrations- und Rassismusforschung zurückgreifen.

1.1. Gemeinsame Prämissen und Kontroversen rassismuskritischer und feministischer Rechtswissenschaft

Vertreter:innen feministischer Rechtswissenschaft haben herausgearbeitet, welches Wissen über Geschlecht(er) im Recht zirkuliert, welche Rolle der Rechtsdiskurs bei der Herstellung von Geschlecht und der Zuweisung sowie Rechtfertigung vergeschlechtlichter Positionen historisch und gegenwärtig hat und was das für den Abbau damit einhergehender Diskriminierungen heißt.¹ Viele Erkenntnisse dieser im deutschsprachigen Rechtsraum etablierten machtkritischen Forschungstradition können auch für die Beschäftigung mit Rassismus und Recht nutzbar gemacht werden. Wie Geschlechterverhältnisse

¹ Vgl zB Arioli/Cottier/Farahmand/Küng (Hrsg), Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht (2008); Sacksofsky, Rechtswissenschaft: Geschlechterforschung im Recht, in Kortendiek/Riegraf/Sabisch (Hrsg), Handbuch Interdisziplinäre Geschlechterforschung, Bd 1 (2019) 631.

und Klassenverhältnisse war auch die rassistische Hierarchisierung der Menschheit konstitutiv für die bürgerliche Gesellschaftsformation und ihr Recht und prägt bis heute grundlegend deren Verfasstheit. Kritische Rechtswissenschaft interessiert sich deshalb für Rassismus als Machtverhältnis, das einerseits rechtlich geformt ist und das andererseits rechtliche Entscheidungen prägt. Wo feministische Rechtswissenschaft die sozial männliche Norm des Rechts offenlegt, analysieren rassismuskritische Jurist:innen die hegemoniale Perspektive des Rechts vor dem Hintergrund von dessen Eingebundenheit in eine strukturell rassistisch geordnete Welt. Denn Recht ist auch mit Blick auf Rassismus weder per se objektiv noch neutral. Schließlich zielt auch rassismuskritische Rechtswissenschaft auf die emanzipatorische Anwendung von Recht zur Überwindung von Diskriminierung, denn rassialisierte Differenzierungen entstehen in rechtlichen Auseinandersetzungen, sie verändern sich aber auch durch und in diesen.

Feministische und rassismuskritische Rechtswissenschaft teilen auch Kontroversen. Die Frage, wer das Subjekt feministischer Rechtswissenschaft ist, stellt sich auch mit Blick auf den Rassismus, der sich bei näherer Betrachtung als eine Vielzahl von Rassismen herausstellt. Das „Dilemma der Differenz“² ist gleichsam kein bloß feministisches. Die damit benannte Spannung zwischen Affirmation und Transformation von Differenzen und Kategorien betrifft in besonderem Maße gleichheitsorientiertes Recht: In rechtlichen Verfahren, in denen an Kategorien, wie Frau oder Mann, Schwarz oder Weiß, angeknüpft wird, besteht immer die Gefahr, rassistische ebenso wie geschlechtsspezifische Kategorisierungen durch deren Abfrage, Benennung und Zuordnung zu reifizieren. Deshalb wird Antidiskriminierungsrecht, das auf Kategorien wie „Geschlecht“ oder „Rasse“ setzt, kontrovers diskutiert.³ Dabei können Rassismus, Sexismus, Heteronormativität, Ableismus und Klassenverhältnisse nie nur für sich betrachtet werden, Diskriminierung ist immer mehrdimensional und gerade Schwarze feministische Juristinnen haben sich um eine intersektionale Analyse des Rechts verdient gemacht.⁴

1.2. Critical Race Theory und kritische Migrations- und Rassismusforschung

Critical Race Theory (CRT) ist eine Forschungsrichtung, die Rechtswissenschaft und Rassismusforschung verbindet und die für eine intersektionale Beschäftigung mit rassialisierter Differenz und Recht bislang die elaboriertesten Analysen vorgelegt hat.⁵ Sie ist

2 Baer, Dilemmata im Recht und Gleichheit als Hierarchisierungsverbot – Der Abschied von Thelma und Louise, KrimJ 1996, 242.

3 Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus, Wege aus der Essentialismusfalle: Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht, KJ 2012, 204; Barskanmaz/Samour, Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse, verfassungsblog.de 16.6.2020, <https://verfassungsblog.de/das-diskriminierungsverbot-aufgrund-der-rasse> (19.9.2021).

4 Crenshaw, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, Chicago L. Forum 1989, 139.

5 Grundlegend Crenshaw/Gotanda/Peller (Hrsg), Critical Race Theory. The Key Writings that Formed the Movement (1995); Valdes/McCristal Culp/Harris (Hrsg), Crossroads, Directions, and a New Critical Race Theory (2002); s auch in diesem schwer.punkt den Beitrag von Moeschel zu Critical Race Theory.

ein wesentlicher Impuls für eine rassismuskritische Diskussion im deutschsprachigen Rechtsraum.⁶ Zugleich müssen die im angloamerikanischen Rechtskontext entstandenen Reflektionen von CRT daraufhin überprüft werden, wo sie auf den europäischen und deutschsprachigen Rechtsraum übertragbar sind und wo es Weiter- und Neuentwicklungen bedarf. Denn Rassismus ist einerseits ein transnationales Phänomen, zugleich aber historisch und räumlich spezifisch.⁷

Anschaulich soll das am Beispiel eines für CRT prägenden Beitrags werden, er wurde von *Cheryl Harris* verfasst und trägt den Titel „Whiteness as Property“.⁸ *Harris* analysiert darin die Entstehung des Eigentums als Zusammenwirken von Recht und der in Nordamerika von 1619–1865 praktizierten Sklaverei, der *chattel slavery*, die den Grundstein für die Baumwoll- und Tabakindustrie in den USA legte. Das Ergebnis war eine historische Synthese von Rassismus, Ökonomie und bürgerlichem Recht. Der Status „Sklave“ offenbart sich so als eine soziale Position, die durch den transatlantischen Sklavenhandel mit afrikanischer Abstammung assoziiert wurde. Vererbare Eigenschaften wie Haut- und Haarfarbe erhielten in diesem Prozess eine neue Bedeutung, sie wurden zu einem Marker für die Möglichkeit, eine Person zu einer hybriden rechtlichen Kategorie zwischen Mensch und Ware zu machen. Hinzuzufügen ist, dass die Kategorisierungen dazu dienten, mit der Einteilung in „zivilisierte“ Weiße und „wilde“ Schwarze die entmenslichende Ausbeutung und Gewalt und die dadurch gerade erst geschaffene Ungleichheit als naturgegeben zu legitimieren. Aus der Hautfarbe wurde so ein soziales Zeichen, das natürliche Minderwertigkeit signalisieren sollte.⁹

Rechtlich abgesichert wurde diese Praxis zuerst durch *Slave Codes*. Nach Abschaffung der Sklaverei erließen zahlreiche Bundesstaaten dann sogenannte *Black Codes* oder *Jim Crow Laws*, die die Bürgerrechte ehemals versklavter und nun freier Schwarzer weiterhin beschränkten und die rassistische Trennung zwischen als *colored* oder *negros* bezeichneten ehemaligen Sklaven und der in Abgrenzung dazu als *white* definierten Bevölkerung rechtlich fortschrieben. Zur rechtlichen Kategorisierung diente die sogenannte *one-drop rule*.¹⁰ Sie machte die Zuordnung zu rassistischen Gruppen an vermeintlichen Blutsanteilen fest, alle Personen mit als gemischt definierter Abstammung wurden dabei der untergeordneten Gruppe, der *colored race*, zugeschlagen. Die *one-drop rule* war zunächst Gewohnheitsrecht, im Laufe der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde sie dann in Eheverboten, sogenannten *Anti-Miscegenation Laws*, kodiert, die, ebenso wie die *Jim Crow Gesetze*, teilweise bis in die 1960er Jahre geltendes Recht blieben. Die phä-

6 Barskanmaz, Rassismus, Postkolonialismus und Recht – Zu einer deutschen Critical Race Theory?, KJ 2008, 296; Liebscher, Rasse im Recht. Recht gegen Rassismus. Genealogie einer ambivalenten Kategorie (2021) 31 ff, 126 ff, 252 ff.

7 Hall, Rassismus als ideologischer Diskurs, in Rätzkel (Hrsg), Theorien über Rassismus (2000) 7 (11).

8 Harris, Whiteness as Property, in Crenshaw/Gotanda/Peller (Hrsg), Critical Race Theory. The Key Writings that Formed the Movement (1995) 276.

9 Hund, Rassismus (2007) 31.

10 Davis, Who is Black. One Nation's Definition (2008).

notypische Codierung von Menschengruppen wirkte sich so nachhaltig ökonomisch, sozial und kulturell klassenbildend aus, dass die *color line*¹¹ die US-amerikanische Gesellschaft bis heute grundlegend stratifiziert. Das zeigt sich gegenwärtig am überproportional hohen Anteil Schwarzer Männer in US-amerikanischen Gefängnissen¹², an deren Bedrohung durch Polizeigewalt und Diskriminierung¹³, wie auch an der Anzahl der Schwarzen COVID-19 Toten in den USA.¹⁴ Harris argumentiert in ihrem Beitrag, Weißsein fungiere auch nach dem Ende der rassistischen Segregation und trotz formaler Rechtsgleichheit weiter im Sinne eines „unsichtbaren Privilegs“. ¹⁵ Zur rassistisch definierten Norm (weiß) zu gehören und sich nicht im System des Rassismus verorten zu müssen, ist danach ein „struktureller Vorteil“, der sich auch heute noch nachteilig für Schwarze Menschen auswirke. Darauf gelte es vermittels rechtlich abgesicherter *affirmative action*-Maßnahmen und spezieller Gruppenrechte für Schwarze Menschen strukturell nachteilsausgleichend zu reagieren.¹⁶

Was kann daraus für eine rassismuskritische Beschäftigung mit Recht im deutschsprachigen Kontext abgeleitet werden? Harris diskutiert Rassismus zunächst nicht als Ausnahme von der Regel und auch nicht als individuelles Vorurteil – sie zeigt vielmehr, dass eine rassistische Prägung des Rechts und daraus resultierende Nachteile für als minderwertig und abweichend rassialisierte Individuen und Gruppen ein Regelfall sind, weil Rassismus die bürgerliche Gesellschaft und ihre politische Ökonomie wesentlich strukturiert und diese Struktur durch das Recht institutionalisiert und abgesichert wird. Diese Prämisse der CRT gehört heute zum Kanon auch der deutschsprachigen Rassismuskritik und sollte eine rassismuskritische Rechtswissenschaft auch im deutschsprachigen Kontext anleiten.

Die vor uns liegende Aufgabe besteht nun darin, den spezifischen Artikulationen des Rassismus im deutschen, im österreichischen und im schweizerischen Recht nachzuspüren.¹⁷ Denn Rassismus wirkt einerseits als globales Beziehungsgefüge im postkolonialen Kapitalismus, andererseits historisch-konkret im Zusammenhang mit ökonomischen Politiken und bevölkerungspolitischen Regulierungen, mit sich verändernden Migrationsregimen, Staatsbürgerschaftskonzepten, lebenswissenschaftlichen Forschungsparadigmen. Rassismus verändert sich auch in Reaktion auf antirassistischen Widerstand,

11 Eine Referenz auf W.E.B. Du Bois' berühmte Worte: „Das Problem des 20. Jahrhunderts ist das Problem der color line“, Du Bois, *The Souls of Black Folk* (1903) 19.

12 Alexander, *The New Jim Crow. Mass Incarceration in the Age of Colourblindness* (2010).

13 Gamal, *The Racial Politics of Protection: A Critical Race Examination of Police Militarization*, California Law Review 2016, 97.

14 Morse/Finnegan/Wispelwey/Ford, Will COVID-19 Pave The Way For Progressive Social Policies? Insights From Critical Race Theory, [healthaffairs.org](https://www.healthaffairs.org/doi/10.1377/hlthaff.20200630.709797/full) 2.7.2020, www.healthaffairs.org/doi/10.1377/hlthaff.20200630.709797/full (23.8.2021).

15 Harris in Crenshaw/Gotanda/Peller 276.

16 Harris in Crenshaw/Gotanda/Peller 278.

17 Obwohl die Schweiz weder Kolonialmacht noch Teil des nationalsozialistischen Deutschen Reichs war, blickt das Land auf eine Geschichte des Rassismus zurück, die sich auch im Recht spiegelt, vgl. Wa Bail/Dankwa/Naguib/Purtschert/Schillinger, *Racial Profiling* (2019).

wozu auch der Erlass und die Durchsetzung von Recht gegen Rassismus zählt. Mit unterschiedlichen historischen und rechtlichen Rahmenbedingungen divergieren auch Bedeutungs- und Verwendungsweisen zentraler analytischer Begriffe.¹⁸ Termini wie *racial discrimination* oder *ethnic origin* haben eine andere Geschichte und transportieren anderes Wissen, als es die Begriffe „Rassendiskriminierung“ und „Volkstum“ tun, die zB in Deutschland in der deutschsprachigen Fassung der UN-Rassismus-Konvention (ICERD) verwendet werden.¹⁹ Diese Spezifika bedürfen der rechtswissenschaftlichen Reflexion – und sie führen zu Kontroversen. So wird etwa gegenwärtig in Deutschland über Rasse als Rechtsbegriff debattiert.²⁰

Bei alldem zeigt sich: Rassismuskritische Rechtswissenschaft geht nur interdisziplinär. Neben rechtshistorischem und rechtssoziologischem Handwerkszeug bedarf es rassismustheoretischer Grundlegungen. Hierbei kann die seit den 1990er Jahren entstandene deutschsprachige kritische Migrations- und Rassismusforschung unterstützen.²¹ Sie untersucht die Funktionsweisen und Auswirkungen von Rassismen in der postkolonialen, postnationalsozialistischen und postmigrantischen Gesellschaft und ist maßgeblich Schwarzen Wissenschaftler:innen und Aktivist:innen sowie solchen aus Einwanderungsfamilien zu verdanken.

2. Rassismustheoretische Begriffsklärungen

Die Einteilung der Menschheit in rassische oder ethnische Gruppen bildet keine natürliche Ordnung der Gesellschaft ab, sie ist Ergebnis sozialer, ökonomischer, kultureller und psychologischer Praktiken. Die Rassismusforschung bezeichnet diese Kategorisierung als Rassialisierung (oder Rassifizierung)²², die diskriminierenden Praktiken als rassistische Diskriminierung, das Machtverhältnis als Rassismus.

2.1. Rassialisierung und Rassismus

Mit der Einteilung in Geschlechtergruppen hat Rassialisierung gemeinsam, dass soziale Unterschiede zwischen Menschen als natürlich erklärt und damit verklärt werden – Rassismus und Sexismus sind beides Ideologien der Ungleichheit. Doch es gibt auch Unter-

18 Tanner, Race und Rasse. Politische Bedeutungen und historische Kontexte, in *Foroutan ua* (Hrsg.), *Das Phantom „Rasse“* (2018) 35.

19 In der österr Übersetzung wird von „rassistischer Diskriminierung“ bzw „ethnischer Herkunft“ gesprochen, BGBl 1972/377.

20 Ausführlich zur Debatte Liebscher, Rassialisierte Differenz im antirassistischen Rechtsstaat, AöR 2/2021, 87.

21 Erste Forschungsarbeiten leisteten ua *Oguntoye/Opitz (Ayim)/Schultz* (Hrsg.), *Farbe bekennen: afro-deutsche Frauen auf den Spuren ihrer Geschichte* (1986). Für einen Überblick zur Theoriebildung seither *Bojadžijev*, Konjunkturen der Rassismustheorie in Deutschland, in *Foroutan ua* (Hrsg.), *Das Phantom „Rasse“* (2018) 47.

22 *Murji/Solomos*, *Racialization in Theory and Practice* (2005) 8. Der Begriff Rassialisierung orientiert sich an der englischsprachigen Literatur, Rassifizierung greift eine Konnotation des lateinischen *facere* auf, in der Forschung werden beide Begriff synonym verwendet.

schiede. Die Vergeschlechtlichung von Menschen vollzieht sich ab der Geburt jeweils neu, Geschlecht ist nicht vererbbar. Rassialisierungen erfolgen dagegen zentral über genealogische Abstammungs- und Zugehörigkeitsmythen. Sie sind von der Grundannahme bestimmt, rassialisierte Differenz sei über biologische oder kulturelle Eigenschaften erkennbar, die generationell weitergegeben würden. Entsprechend gelten rassialisierte Eigenschaften und Gruppenzugehörigkeiten als gar nicht oder nur schwer veränderbar.²³ Der in diesem Beitrag verwendete Begriff „rassialisierte Differenz“ legt diesen Konstruktionsprozess sprachlich präziser offen als „Rasse“ und hinterfragt die Vorstellungen von Genealogie, Immanenz und Permanenz. Das spielt im deutschsprachigen Rechtsraum eine nicht zu unterschätzende Rolle, weil der Begriff Rasse eine lange koloniale und nationalsozialistische Begriffsgeschichte mit sich führt, ohne dass eine dem US-amerikanischen *critical race*-Diskurs vergleichbare antirassistische Begriffsaneignung stattgefunden hat.²⁴

2.2. Vielfältige Rassismen

„Rassialisierte Differenz“ bringt auch zum Ausdruck, dass rassische Verortungen um einen instabilen Komplex sozialer Bedeutungen kreisen, die fortwährend durch politische Auseinandersetzungen transformiert werden.²⁵ Die Bedeutung von Signifikanten wie „rassialisierte Differenz“ kann, weil sie relational und nicht wesenhaft sind, nie endgültig festgelegt werden, sie unterliegt dem ständigen Prozess der Neudefinition und Aneignung.²⁶ Das zeigt die Geschichte des Rassismus, die eine Geschichte der Rassismen ist. Rassistische Hierarchien in Europa sind weniger als in den USA von der Sklaverei und der *color line* als von vielfältigen Migrationsbewegungen im Zusammenhang mit den zwei Weltkriegen, dem europaweiten Faschismus, der Verfolgung und Vernichtung der europäischen Juden:Jüdinnen, Sint:izze und Rom:nja sowie der postkolonialen Verbindungen zwischen Kolonialstaaten und ehemaligen Kolonien geprägt. Hinzu kommen die weltweite Anwerbung von Arbeitsmigrant:innen seit den 1950er Jahren und die europäische Integration, die neue, auch innereuropäische Nationalismen und Rassismen hervorgebracht hat. Zugleich spielen, stärker als in Nordamerika, an Staatsangehörigkeit und Aufenthaltsstatus geknüpfte Rechte und Fragen der Zugehörigkeit zur Nation eine Rolle bei der Identifizierung und rechtlichen Behandlung von Bevölkerungsgruppen als rassialisierte Andere.

Zudem unterliegen die diskursiven Manifestationen des Rassismus – die Begriffe und Bilder, vermittels derer sich Rassismus artikuliert – Konjunkturen.²⁷ Das betrifft zum

23 Zu Debatten über *transracialism* vgl. Brubaker, *Trans- Gender and Race in an Age of Unsettled Identities* (2016).

24 Ausführlich Liebscher, *Rasse im Recht. Recht gegen Rassismus* (2021).

25 Omi/Winant, *Racial Formation in the United States*, in: Bernasconi/Lott (Hrsg.), *The Idea of Race* (2000) 181 (185 f).

26 Hall, *Das verhängnisvolle Dreieck. Rasse Ethnie Nation* (2020) 90.

27 Demirović/Bojadžijev (Hrsg.), *Konjunkturen des Rassismus* (2002).

einen die Verschiebung von einem rassenbiologischen Abwertungs-rassismus zu einem kulturalistischen, differentiellen Rassismus. Kulturalistisch bedeutet, dass Konzepten von Ethnizität und Nation eine stärkere Rolle bei der Einteilung in Gruppen zukommt, treffend kommt das in der Bezeichnung „Rassismus ohne Rassen“ zum Ausdruck.²⁸ Auch Religion kann eine Rolle spielen, das zeigt die Rassialisierung der migrantischen Bevölkerung aus muslimisch geprägten Ländern, die seit der Jahrtausendwende nicht mehr als „Ausländer“, sondern als „Muslime“ kulturalisiert werden. Differentiell heißt, dass nicht mehr die Überlegenheit rassistisch definierter Gruppen über andere postuliert wird, sondern die Schädlichkeit von Grenzverwischungen und die Unvereinbarkeit von Lebensweisen und Traditionen behauptet wird: Eine ethnopluralistische Argumentationsfigur, der sich die Neue Rechte bedient, die ein „Recht auf Differenz“ starkmacht.²⁹

Ein aktuelles Beispiel für kulturalistischen Rassismus ist die Kriminalisierung der Familien der migrantischen Opfer des sogenannten NSU durch die deutschen Sicherheitsbehörden. Die Angehörigen wurden aufgrund rassistischer Zuschreibungen von Polizei und Verfassungsschutz über viele Jahre selbst zu Unrecht der Taten verdächtigt; ein Fakt, der in der strafgerichtlichen Aufarbeitung des NSU-Komplexes sträflich vernachlässigt wurde.³⁰ Ihre Kriminalisierung erfolgte nicht über biologische Rassekonstruktionen, sondern über eine in Westeuropa tradierte Stereotypisierung als kriminelle „Südländer“.³¹ Aktuell finden sich diese Stereotype – modernisiert und überformt durch den seit 2001 anwachsenden antimuslimischen Rassismus – im polizeilich und medial befeuerten Diskurs um eine sogenannte Clankriminalität wieder. Dabei wird familiäre Abstammung in kriminalisierender Weise essentialisiert, eine einfachere Umschreibung wäre „Sippenhaft“.³²

Damit ist bereits die zweite diskursive Verschiebung angesprochen, sie zeichnet sich durch eine Stärkung sozialdarwinistischer bzw biopolitischer Argumente aus.³³ Paradigmatisch dafür sind die rassistischen Äußerungen Thilo Sarrazins, der der türkeistämmigen Bevölkerung Berlins ua attestiert hatte, sie würden Deutschland „durch eine höhere Geburtenrate“ erobern und „vom Staat leben“. Der UN-Antirassismus-Ausschuss verurteilte diese Aussagen als rassistische Hetze.³⁴

Neue Konzepte wie Kultur, Ethnie oder Nation sind zwar durchlässiger als biologische Rassekonzepte, doch es verschwindet nicht der Bezug auf Genealogie, Homogenität,

28 Balibar, „Gibt es einen Neorassismus?“, in Balibar/ Wallerstein, Rasse, Klasse, Nation: ambivalente Identitäten (2017) 25.

29 Taguieff, Die Metamorphosen des Rassismus und die Krise des Antirassismus, in Bielefeld (Hrsg), Das Eigene und das Fremde: neuer Rassismus in der alten Welt? (1992) 221.

30 Karakayali/Kahveci/Liebscher/Melchers (Hrsg), Den NSU-Komplex analysieren (2017).

31 Ervedosa, „The Perpetrator is a Southerner“: „Südländer“ as Racial Profiling in German Police Reports, in Lubkoll ua (Hrsg), Germanistik (2010).

32 Liebscher, Clans statt Rassen. Modernisierungen des Rassismus als Herausforderungen für das Recht, KJ 2020, 529.

33 Bojadžijev, Rassismus ohne Rassen, fiktive Ethnizitäten und das genealogische Schema, in Reuter/Mecheril (Hrsg), Schlüsselwerke der Migrationsforschung (2015) 275.

34 TBB v Germany CERD/C/82/D/48/2010, CERD/C/82/3, IHRL 3835 (CERD 2013).

Identität, Immanenz und Permanenz, der allen rassialisierenden und ethnisierenden Kategorisierungen zu Grunde liegt. Die Gemeinsamkeit aller Rassismen besteht in der Konstruktion von Abstammungsgruppen mit als mehr oder weniger unveränderlich imaginierten generationell weitergegebenen Eigenschaften oder kulturellen Identitäten.

2.3. Rassistische Verhältnisse – Wissen und Macht

Der Begriff Rassismus verweist auf der Makroebene auf Machtverhältnisse. Rassialisierte Differenzierungen werden erst durch die Diskriminierung bei der Verteilung von Ressourcen und Anerkennung wirksam, sichtbar und erfahrbar. Schwarze und Weiße, Ausländer:innen, Migrant:innen, Deutsche gibt es mit *Manuela Bojadžijev* „nur unter Verhältnissen, die sie zu solchen machen“.³⁵ Rassismus setzt sich damit aus drei Elementen zusammen: 1.) dem Prozess der Rassialisierung – der Bedeutungsproduktion, in der bereits Wertigkeiten vergeben werden, die sich an einer hegemonialen Norm ausrichten, 2.) den materiellen Erscheinungsformen, also den konkret diskriminierenden Ausschlusspraktiken, und damit zusammenhängend, 3.) einer differenzierenden Macht.³⁶ Rassialisierten Gruppen werden nicht nur bestimmte Eigenschaften, sondern auch soziale Positionen hierarchisch fest zugewiesen. *Terkessidis* bezeichnet diese Verknüpfung mit einem auf das Machtverständnis *Foucaults* bezogenen Vokabular als „Macht-Wissen-Komplex“.³⁷ Das verdeutlicht die Bedeutung, die gesellschaftlich geteiltem Wissen bei der Herstellung und Aufrechterhaltung rassistischer Teilung zukommt. Das Recht ist, wie die Naturwissenschaften, ein besonders machtvoller Diskurs, weil beide Wissenschaften einen spezifischen Objektivitätsanspruch stellen. Darüberhinaus kann es mittels des staatlichen Gewaltmonopols auch durchgesetzt werden, was seine Wirkmächtigkeit noch unterstreicht.

In der Rassismusforschung ist es vor diesem Hintergrund fast schon ein Gemeinplatz, dass Rassismus mehr ist als ein individuelles Vorurteil. Doch die Systematisierung rassistischer Diskriminierung erweist sich als überaus anspruchsvoll. Die Grenzen zwischen institutionellem und strukturellem Rassismus werden in der Forschung sehr unterschiedlich gezogen. Als strukturelle Diskriminierung wird zumeist die historische und sozialstrukturelle Verdichtung von Diskriminierungen bezeichnet, die nicht mehr klar auf bestimmte Institutionen zurückgeführt werden kann. Struktur verweist auf eine Geschichte der sozialen Normalisierung, der Begriff Institution auf Normen, Kulturen und Praktiken gesellschaftlicher Organisationen, durch die diese Normalisierung wirkmächtig wird. Zu analysieren, welche Rolle dabei das Recht spielt, ist anspruchsvolle Aufgabe rassismuskritischer Rechtswissenschaft.

35 *Bojadžijev*, Die windige Internationale: Rassismus und Kämpfe der Migration (2008) 15.

36 *Terkessidis*, Psychologie des Rassismus (1998) 74; *Auma (Eggers)*, Rassialisierte Machtdifferenz, in *Eggers ua* (Hrsg), Mythen, Masken und Subjekte (2017) 56 (57).

37 *Terkessidis*, Banalität des Rassismus (2004) 10.

3. Individuelle, institutionelle und strukturelle Rassismen im Recht – eine systematisierende Annäherung

3.1. Offen rassistisches Recht

Da Rassismus unsere Welt seit der Herausbildung der europäischen Moderne wesentlich strukturiert, ist auch das Recht rassistisch. Offen rassistisches Recht bezweckt die Konstruktion und Reproduktion von rassialisierter Differenz und rassistischer Ungleichheit, Beispiele sind die sogenannten „Eingeborenenverordnungen“ und „Mischeheverbote“ im deutschen Kolonialrecht³⁸ oder das, auch in Österreich von 1938 bis 1945 geltende, nationalsozialistische Rassenrecht³⁹. Solcherart rechtlich angeordnete Segregation nach rassistischen Kriterien findet man im deutschsprachigen Recht nicht mehr.

3.2. Strukturell

Heute wirkt Rassismus strukturell über einen differentiellen Einschluss in ein nationalstaatlich und ökonomisch hierarchisiertes Weltsystem. Institutionalisiert wird der „Ausschluss durch Einschluss“⁴⁰ indirekt über nationale und globale segregierte Arbeits- und Warenmärkte sowie über nationale und transnationale Staatsangehörigkeitsregime und migrationsrechtliche Regelungen, die mit über den Zugang zu Territorien, Märkten und Rechten entscheiden. Rassialisierte Subjekte und Gruppen verfügen dabei, vermittelt über eine postkoloniale Globalgeschichte, nicht über die gleichen Ressourcen, Rechte und Chancen.

Insofern bietet sich das Konzept des strukturellen Rassismus an, diesen sozial normalisierten Ungleichheiten auf der Makroebene nachzuspüren. Dann werden die kolonialen Wurzeln und neokolonialen Kontinuitäten internationalen Rechts⁴¹ oder des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts⁴² ebenso sichtbar, wie auch bspw. das komplexe Zusammenspiel einer erbrechtlich auf familiäre Abstammung angelegten Eigentumsordnung und der ökonomischen Stratifikation unserer Gesellschaft zu untersuchen wäre. Auf der strukturellen Ebene sind auch die neokolonialen Verhältnisse zwischen den Herkunftsländern von Geflüchteten und den europäischen Staaten angesiedelt, die die Menschen nicht nur in die Flucht, sondern auch hier noch in wirtschaftliche Prekarität zwingen, die sie ins Visier der Polizei rücken und mit dazu führen, dass der Anteil ausländischer Gefangener in deutschen Justizvollzugsanstalten stark zunimmt.⁴³

38 Liebscher, Rasse im Recht 159 ff mwN.

39 Essner, Die „Nürnberger Gesetze“ oder Die Verwaltung des Rassenwahns 1933–1945 (2002).

40 Wallerstein, Die Sozialwissenschaft ‚kaputtdenken‘: Die Grenzen der Paradigmen des 19. Jahrhunderts (1995) 102.

41 Kaleck/Theurer, Dekoloniale Rechtskritik und Rechtspraxis (2020).

42 Gosewinkel, Einbürgern und Ausschließen (2003).

43 Sarbo, Racial Profiling in Deutschland: Keine Frage individuellen Fehlverhaltens, Cilip 18.6.2019, <https://www.cilip.de/2019/06/18/racial-profiling-in-deutschland-keine-frage-individuellen-fehlverhaltens> (23.8.2021).

3.3. Institutionell

Zusammengefasst zielt das Konzept der institutionellen Diskriminierung auf „dauerhafte Benachteiligungen sozialer Gruppen, die auf überindividuelle Sachverhalte wie Normen, Regeln und Routinen sowie auf kollektiv verfügbare Begründungen zurückgeführt werden“.⁴⁴ Es geht also nicht um die Intention einer Regelung oder Entscheidung, sondern um deren Effekt. Rechtlich wird dies in der Figur der mittelbaren Diskriminierung abgebildet, vgl Art 2 Abs 2 lit b RL 2000/43 EG.⁴⁵ Als konkrete Akteure können, je nach Institutionenverständnis, entweder eine Organisation, zB die Gerichtsbarkeit oder die Polizei als Ganzes, oder eine organisatorische Einheit, zB ein konkretes Gericht, eine Polizeibehörde oder -dienststelle oder die in Organisationen tätigen Professionen untersucht werden.

Damit kann einerseits zwischen solchen Bezugnahmen auf rassialisierte Differenz unterschieden werden, die ausdrücklich auf benachteiligende Trennung abzielen, und solchen mit nichtintendierten rassistischen Effekten. Andererseits kann eine analytische Unterscheidung zwischen Individuum und Institution erfolgen. Die sich daraus ergebenden Kombinationsmöglichkeiten lassen sich als Typ A (individuell und intendiert), Typ B (institutionell und intendiert), Typ C (individuell und nichtintendiert) und Typ D (institutionell und nichtintendiert) schematisieren.⁴⁶

Individuelle Handlungen können ausdrücklich rassistisch intendiert sein (Typ A), sie können aber auch von unbewussten Vorurteilen, von erlerntem und gesellschaftlich geteiltem rassistischen Wissen getragen sein (Typ C). Im Recht kommt dies immer dann zum Tragen, wenn Jurist:innen Entscheidungen treffen, seien es Ermessensentscheidungen, Auslegungsentscheidungen, Prognoseentscheidungen, Entscheidungen über die Glaubhaftigkeit von Aussagen oder die Wahrscheinlichkeit von Geschehnissen.⁴⁷ Auch institutionelle Handlungsmuster können direkt auf einen Ausschluss, eine Benachteiligung, eine Verletzung der Würde oder des Anspruchs auf gleiche Teilhabe gerichtet sein (Typ B). Hier ist der Blick insb auf migrationsrechtliche Regulierungen zu richten.

Institutionalisierte rechtliche Praktiken, die mittelbar diskriminierende Effekte zeitigen (Typ D), erfordern die besondere Aufmerksamkeit rassismuskritischer Analysen und quantitative und qualitative sozialwissenschaftliche Methoden. Dazu soll erneut auf die Pionierarbeit der Critical Race Theory hingewiesen werden. *Ian Haney-López* hat

44 Hasse/Schmidt, Institutionelle Diskriminierung (2012) 883; wissensoziologisch schon Berger/Luckmann, Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit (1966) 58. Vgl auch *The Stephen Lawrence Inquiry* (1999) 6.34, ähnlich Miles, Racism (2000) 27.

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

46 Lea, Police Racism (1986) 145 ff; Herrnkind, Racial Profiling in Deutschland, Polizei und Wissenschaft 3/2014, 35.4.

47 Liebscher/Remus/Bartel, Rassismus vor Gericht. Weiße Norm und Schwarzes Wissen im rechtlichen Raum, KJ 2014, 135.

in einer umfassenden Studie herausgearbeitet, wie US-amerikanische Richter:innen absichtslos rassistische Ausschlüsse produzieren, indem sie bei ihren Entscheidungen auf unhinterfragte Vorverständnisse zurückgreifen und er kommt zu dem Schluss: „In organisierten Kontexten erfolgt der Rückgriff auf Hintergrundverständnisse oft fast automatisch in dem Sinne, dass Personen nicht über ihre Handlungen nachdenken, sondern stattdessen einem Skript zu folgen scheinen“. ⁴⁸ Dieses Skript ist auch von unbewusstem, hegemonialen, stereotypen rassistischen Wissen geleitet. Auch wenn jede einzelne Entscheidung für sich genommen als Typ C kategorisierbar ist, ist es die Gesamtheit der immergleichen Entscheidungen, die das individuelle rassistische Wissen institutionalisieren.

Nicht immer ist eine genaue Abgrenzung zwischen den vier Typen möglich. Bei Praktiken des Racial Profiling durch die Grenzpolizei zB spielt das tradierte rassistische Wissen der einzelnen Polizist:innen darüber, wer deutsch/österreichisch oder „ausländisch“ aussieht, zusammen mit den neutral formulierten rechtlichen Ermächtigungsgrundlagen zur Migrationsabwehr. Auch neutral formulierte Gesetze, die versteckt auf den Ausschluss von Frauen vom deutschen Justizdienst abzielen, weil diese eine muslimische Kopfbedeckung tragen, können sowohl als Typ B oder Typ D eingeordnet werden. ⁴⁹ Nicht zuletzt ist der kritische intersektionale Blick auch auf Arbeitsverhältnisse im Dienstleistungs- und Pflegesektor und deren rechtliche (De)regulierung zu richten. Hier arbeiten vor allem Migrant:innen aus Süd-, Ost- und Mitteleuropa und hier kommen institutionalisierte Ausschlüsse an der Schnittstelle von Geschlecht, Rassialisierung und Klasse zusammen. ⁵⁰

4. Zum Schluss: Kollektiv und solidarisch

Für rassismuskritische Jurist:innen ergeben sich aus all dem vielfältige Fragen und Betätigungsfelder: Wie sieht die rassistische Matrix in spezifischen rechtlichen Kontexten aus? Gibt es eine aus der rassistischen Strukturiertheit des Rechts resultierende hegemoniale Norm? Wo produziert das Recht, als machtvoller Diskurs, rassistische Ausschlüsse unmittelbar und offen, wo mittelbar und versteckt? Welche tradierten rassistischen Wissensbestände zirkulieren im Recht, wie werden sie modernisiert, überformt, in Frage gestellt, herausgefordert? Wie kann wirksames Recht gegen Rassismus konzeptualisiert und durchgesetzt werden?

Bei alledem und weil Rassismus, Sexismus und Klassenverhältnisse auch uns selbst durchdringen, sollte Raum und Zeit für die Beschäftigung mit unseren eigenen Betroffenheiten, Diskriminierungserfahrungen, Privilegierungen und Solidaritäten sein. Rassialisier-

⁴⁸ Haney-López, Institutional Racism, The Yale Law Journal 1999, 1717 (1827).

⁴⁹ Gärditz/Abdulsalam, Verfassungblog v 2.4.2021; Mangold, Justizias Dresscode, Verfassungblog v 27.2.2020.

⁵⁰ Habel/Tschenker, Stay At Work. Zur Situation der Live-In-Pflege in der Corona-Krise, Soziale Sicherheit 2020/6, 215.

te Differenz entsteht in sozialen und politischen Auseinandersetzungen, und sie verändert sich durch und in diesen. Dazu gehören auch Auseinandersetzungen in den Formen, Institutionen und in der Sprache des Rechts. Der Glaube an diese Möglichkeit sozialer Transformation und das Ausüben von kollektiven, solidarischen, forschenden und lehrenden Praktiken in diesem Glauben können über die rassistische Spaltung der Gesellschaft hinausweisen.

Dr. Doris Liebscher ist Juristin. Sie arbeitet als Leiterin der Ombudsstelle für das Berliner Landesantidiskriminierungsgesetz bei der Senatsverwaltung für Justiz, Verbraucherschutz und Antidiskriminierung des Landes Berlin und lebt in Berlin. Zuvor hat sie viele Jahre an der Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte gelehrt; Dorisliebscher@posteo.de

Wie kolonial ist Österreichs Rechtsgeschichte?

Annäherungen an ein wenig erschlossenes Forschungsfeld

Sebastian M. Spittra

1. Kolonialismus: Europäische Phänomene – Nationale Konstellationen

Ebenso wie Kolonialismus zu weiten Teilen Ausdruck einer europäischen imperialen Machtpolitik war, hat sich nun auch seine historische Aufarbeitung in den letzten Jahren zu einer eigenen europäischen Konstellation entwickelt.¹ Mit verschiedenen Ansätzen und auf unterschiedlichen Wegen nehmen Staaten, Institutionen und Personen auf diese historische Epoche Bezug. Dies reicht von der Instrumentalisierung des imperialen Stolzes für französische Regionalwahlen² bis hin zum Ausdruck des Bedauerns für Kolonialverbrechen im Kongo durch das belgische Königshaus.³ Das koloniale Narrativ wird auch herangezogen, um den britischen Austritt aus der EU (Brexit) mit kolonialer Nostalgie zu erklären.⁴

Die Europäische Union spielt in diesem Bild bisher nur eine untergeordnete Rolle.⁵ Eine Reihe von Mitgliedsstaaten fühlt sich mit der kolonialen Geschichte Europas ohnehin nicht verbunden. Weit verbreitet ist auch in Österreich die Meinung, dass man nicht zu den Staaten mit einer kolonialen Vergangenheit zählt. Zumindest auf dem Gebiet der seit einiger Zeit sehr präsenten Debatte um die Restitution von Kulturgütern und anthropologischen Sammlungstücken lässt sich diese Überzeugung unschwer entkräften. Die Erwerbungskontexte von vielen Objekten in öffentlichen Sammlungen sind zumindest fragwürdig und hinterlassen eine sichtbare Spur des Kolonialismus im heutigen Österreich.⁶

Studien zu Österreich(-Ungarn) in der Epoche des Kolonialismus sind zwar vorhanden, in der allgemeinen Wahrnehmung herrscht jedoch kaum eine tiefere Kenntnis von Österreichs Rolle im Kolonialismus, und ihre Einordnung in eine breitere europäische

1 Für eine Kritik der eurozentrischen Zugangsweise zum Phänomen Imperialismus s. *Stoler/McGranahan/Perdue* (Hrsg.), *Imperial Formations* (2007).

2 *Joeres/Krupa*, Letzter Test. Bei den Regionalwahlen in Frankreich steht das Schicksal der Konservativen auf dem Spiel, *Die Zeit* 19.6.2021. S. auch www.zeit.de/2021/25/frankreich-regionalwahlen-konservative-lr-praesidentschaftswahl-marie-le-pen (13.7.2021).

3 *Göbel*, Kolonialverbrechen im Kongo. Belgien ringt mit seiner Vergangenheit, *tagesschau.de* 30.6.2020, www.tagesschau.de/ausland/kongo-belgien-kolonie-verbrechen-101.html (13.7.2021).

4 S. *Saunders*, Brexit and Empire: “Global Britain” and the Myth of Imperial Nostalgia, *Journal of Imperial and Commonwealth History* 2020, 1140.

5 *Sierp*, EU Memory Politics and Europe’s Forgotten Colonial Past, *Interventions* 2020, 686.

6 *Schönlberger* (Hrsg.), *Das Museum im kolonialen Kontext* (2021).

Geschichte fehlt weitgehend.⁷ Noch fragmentierter wird der Kenntnisstand, wenn man nach den Auswirkungen des Kolonialismus auf das Rechtssystem sucht; eine Frage, der sich die österreichische Rechtsgeschichte bisher kaum gewidmet hat.

Dieser Beitrag versucht eine Annäherung an diese Fragen, jedoch möchte er dabei keine abschließenden Antworten formulieren, sondern Themen und Forschungsfelder aufzeigen, um die Frage „Wie kolonial ist Österreichs Rechtsgeschichte?“ zu diskutieren. Der Text gliedert sich zunächst in einen kurzen Überblick zur Kolonialgeschichte Österreich(-Ungarn)s. Dabei werden Phänomene des Binnenkolonialismus und der territorialen Expansion angrenzender Gebiete explizit ausgeklammert.⁸ Das nächste Kapitel versucht unterschiedliche Annäherungen an eine Rechtsgeschichte des Kolonialismus in Österreich. Unternommen wird eine wissenschaftsgeschichtliche, wirtschaftsrechtsgeschichtliche und eine personenrechtsgeschichtliche Annäherung. Schließlich endet der Text mit einem Appell, die Geschichte des Kolonialismus in einer globalen Rechtsgeschichte Österreichs in Forschung und Lehre vermehrt zu berücksichtigen.

2. Was hat die Pragmatische Sanktion mit Kolonialismus zu tun?

Verfassungsgeschichtliche Ereignisse werden in der österreichischen Rechtsgeschichte nur selten globalgeschichtlich kontextualisiert. Eine Frage wie etwa, was die Pragmatische Sanktion von 1713, welche die Unteilbarkeit der habsburgischen Länder und die subsidiäre weibliche Erbfolge festlegte, mit Österreichs Kolonialgeschichte zu tun haben könnte, kommt bei solchen Betrachtungen erst überhaupt nicht auf. Zugleich zeigt sich aber, dass dieser bedeutende verfassungsrechtliche Meilenstein, der insbesondere die Thronfolge von Kaiserin *Maria Theresia* ermöglichte, weitreichende Auswirkungen auf die kolonialen Ambitionen der Habsburgermonarchie hatte.

In den habsburgischen Niederlanden wurde 1722 in Oostende die *Kaiserliche Ostendische Kompanie* zur Aufnahme von Handelsbeziehungen mit Indien und China gegründet. Jedoch gestand Kaiser *Karl VI.* während der Bemühungen um die Anerkennung der Pragmatischen Sanktion im Ausland insb Großbritannien gegenüber zu, diese kolonialen Aktivitäten, die sich in kurzer Zeit zu einem äußerst profitreichen Unternehmen entwickelt haben und anderen Kolonialmächten Konkurrenz machten, einzustellen. Somit war die Kolonialgesellschaft nur bis 1731 aktiv und stellte daraufhin ihre Tätigkeiten ein. Dies bedeutete aber nicht, dass damit alle kolonialen Ambitionen der Habsburger Mo-

7 In den letzten Jahren ist dazu einige Literatur erschienen etwa *Sauer* (Hrsg), k. u. k. kolonial. Habsburgermonarchie und europäische Herrschaft in Afrika (2002); *Meisterle*, Von Coblenz bis Delagoa. Die kolonialen Aktivitäten der Habsburgermonarchie in Ostindien (2014); *Loidl*, „Europa ist zu eng geworden“. Kolonialpropaganda in Österreich-Ungarn 1885 bis 1918 (2017); *Bachinger/Dornik/Lehnstaedt* (Hrsg), Österreich-Ungarns imperiale Herausforderungen. Nationalismen und Rivalitäten im Habsburgerreich um 1900 (2020). Eine umfassende Bibliographie, die Literatur zum Verhältnis zwischen Österreich und Afrika sammelt, findet sich hier: https://homepage.univie.ac.at/walter.sauer/Afrikanisches_Oesterreich-Dateien/Biblio_erg%C3%A4nzt.pdf (13.7.2021).

8 S etwa *Okey*, Taming Balkan Nationalism. The Habsburg ‚Civilizing Mission‘ in Bosnia 1878–1914 (2007); *Feichtinger/Prutsch/Csáky* (Hrsg), Habsburg postcolonial (2003).

narchie geendet hätten. Im Jahr 1775 wurde unter *Maria Theresia* in Triest eine weitere Kolonialgesellschaft gegründet. Diese errichtete sogar Handelsstützpunkte unter Heranziehung von Sklavenarbeit an der Maputo Bucht in Mozambique, in Mangalore und auf den Nikobaren, welche heute zu Indien gehören.⁹ Jedoch fand auch diese Gesellschaft ihr jähes Ende, diesmal durch die portugiesische Einnahme der Maputo-Bucht und dem folgenden Bankrott des Unternehmens.

Es gab aber vor allem im Zeitalter des Hochimperialismus während des 19. Jahrhunderts noch zahlreiche Bemühungen ein Kolonialreich unter österreichischer Flagge aufzubauen. Diese Unternehmungen standen in einem komplexen Spannungsverhältnis zwischen öffentlichen und privaten Anstrengungen, um eine Präsenz Österreichs in Übersee aufzubauen.¹⁰ In Afrika bemühte sich bspw *Franz Binder*, Handelsbeziehungen im Sudan aufzubauen, und er wurde einer der einflussreichsten Handelspartner vor Ort.¹¹ Seinem Wirken gingen die Erkundungen von *Konstantin Reitz* voraus, der schließlich auch als Konsul in Khartum tätig war. Mit *Emil Holub*, der sich gerne als der österreichische *Livingston* inszenierte, gab es noch einen weiteren bekannten Forscher, der bisher nicht kartographierte Gebiete auf dem afrikanischen Kontinent erkundete und dabei ethnologische Sammlungen anlegte. Ebenso lassen sich Anstrengungen zur Errichtung von Siedlungskolonien nachweisen.¹²

Wirtschaftlich war das Suezkanalprojekt unter tatkräftiger Unterstützung Österreichs realisiert worden. Der Triestiner Bankier *Pasquale Revoltella* trug nicht nur maßgeblich zur Finanzierung dieses kolonialen Projekts bei, sondern gründete auch die *Assicurazioni Generali* und mit dem *Österreichischen Lloyd* die größte Schifffahrtsgesellschaft der Monarchie. Im Osmanischen Reich gab es mit der Konsulargerichtsbarkeit und später mit den gemischten Handelsgerichten – also Gerichten, die gemischt mit osmanischen und in der Regel anderen europäischen Richtern besetzt waren – Institutionen, welche die wirtschaftlichen Interessen auch österreichischer Händler wahren sollten.¹³

Österreich-Ungarn beteiligte sich außerdem an der Niederschlagung des Boxeraufstands 1900, wodurch das Habsburgerreich zu einem kleinen Konzessionsgebiet in Tianjin kam, das es bis zum Ende der Monarchie in seinem Besitz hielt.¹⁴

Schließlich versuchten die Habsburger auch mit Heiratspolitik ihre kolonialen Ambitionen zu verfolgen. So wurde *Marie Henriette* an den belgischen König *Leopold II.* verheiratet und *Maria Leopoldine* an *Pedro I. von Brasilien*. Die berühmte Expedition der

9 Sauer, Habsburg Colonial: Austria-Hungary's Role in European Overseas Expansion Reconsidered, Austrian Studies 2012, 5, (12).

10 Instruktive Überblicke über Österreichs Kolonialgeschichte hat Walter Sauer in mehreren Arbeiten vorgelegt, s etwa Sauer, Austrian Studies 2012.

11 Stiansen, Franz Binder. Ein europäischer Araber im Sudan, in Sauer (Hrsg), k. u. k. kolonial. Habsburgermonarchie und europäische Herrschaft in Afrika (2002) 111.

12 Sauer, Austrian Studies 2012, 17.

13 Muslu, Mutations à la Maison des Roses: Souveraineté ottomane et tribunaux mixtes de commerce dans le long XIXème siècle (2018).

14 Hörstler, Die österreich-ungarische Konzession in Tianjin, 2 Bd (1984).

Novara von 1857 bis 1859 sollte ua Erkundungen über den möglichen Erwerb von Kolonien in Übersee anstellen.¹⁵ Ein Unternehmen, das wohl auch aufgrund der Niederlage bei Solferino und der Finanznot vereitelt wurde, welche verfassungsgeschichtlich im Oktoberdiplom 1860 und Februarpatent 1861 mündete.

Die Historiographie der österreichischen Kolonialgeschichte besteht zu weiten Teilen noch aus Erzählungen über große Entdecker und weniger aus global- oder verfassungsgeschichtlich kontextualisierten Einordnungen. Eine Aufgabe für zukünftige (Rechts-)Geschichten wird es daher auch sein, diese Erzählungen in einen neuen Bezugsrahmen einzubetten.

3. Annäherung an eine Rechtsgeschichte des Kolonialismus in Österreich

Die Beispiele im vorangegangenen Kapitel sind zwar keine erschöpfende Aufzählung der kolonialen Verflechtungen Österreich(-Ungarn)s, jedoch deuten sie bereits einige Gesichtspunkte an, die für eine theoretische Aufarbeitung und Betrachtung der Geschichte des Kolonialismus in Österreich von Bedeutung sind. Zur theoretischen Annäherung an das Thema ist auch eine Betrachtung des Kolonialismusbegriffs von Bedeutung.

Kolonialismus ist ein Begriff, der vielfach und auf unterschiedliche Weise definiert wird. Eine begriffliche Klärung ist für die Rechtsgeschichte des Kolonialismus in Österreich von Bedeutung, da sie die Perspektive auf die Geschichte beeinflusst. Für den vorliegenden Beitrag werden dabei die zahlreichen Phänomene des sogenannten Binnenkolonialismus des Habsburgerreichs ausgespart. *Jürgen Osterhammel* hat eine der wirkmächtigsten Abgrenzungen des Begriffs für den deutschen Sprachraum vorgelegt:

„Kolonialismus ist eine Herrschaftsbeziehung zwischen Kollektiven, bei welcher die fundamentalen Entscheidungen über die Lebensführung der Kolonisierten durch eine kulturell andersartige und kaum anpassungswillige Minderheit von Kolonialherren unter vorrangiger Berücksichtigung externer Interessen getroffen und tatsächlich durchgesetzt werden. Damit verbinden sich in der Neuzeit in der Regel sendungs-ideologische Rechtfertigungsdoktrinen, die auf der Überzeugung der Kolonialherren von ihrer eigenen kulturellen Höherwertigkeit beruhen.“¹⁶

Ausgehend von diesem Verständnis von Kolonialismus, das den Fokus auf die Herrschaftsbeziehung legt, jedoch auch die kulturellen Aspekte berücksichtigt, widmen sich rechtliche Studien den Praktiken der Beherrschung und der Verwaltung in den Kolonien.¹⁷ Historische Arbeiten beschäftigen sich außerdem mit dem Völkerrecht als Recht-

15 Zur *Novara* und weiteren Forschungsreisen, s. *Riedl-Dorn*, Forschungsreisen im Geist des Eurozentrismus. Erwerbungen für das Naturhistorische Museum Wien im 19. Jahrhundert, in *Schölnberger* (Hrsg.), Das Museum im kolonialen Kontext (2021) 199.

16 *Osterhammel*, Kolonialismus (1994) 19 (21).

17 *Zollmann*, Koloniale Herrschaft und ihre Grenzen. Die Kolonialpolizei in Deutsch Südwestafrika 1894–1915 (2010); *Schaper*, Koloniale Verhandlungen. Gerichtsbarkeit, Verwaltung und Herrschaft in Kamerun 1884–1916 (2012); *Van Hulle*, Britain and International Law in West Africa. The Practice of Empire (2020).

fertigungsdiskurs für die europäische Expansion.¹⁸ Denn die in *Osterhammels* Definition angesprochene kulturelle Höherwertigkeit wurde auch rechtlich konstruiert und etwa in der völkerrechtlichen Doktrin verfestigt. Dazu haben auch österreichische Juristen vor allem im 19. und 20. Jahrhundert beigetragen.¹⁹

Der *cultural turn* und die postkolonialen Studien betonen nochmals die kulturellen Auswirkungen des Kolonialismus auf die kolonisierten und die kolonisierenden Gesellschaften.²⁰ Dieses komplexere Verständnis von Kolonialismus führt auch zur Entwicklung neuer rechtshistorischer Fragen, um die Folgen der kolonialen Konstellation auf die Rechtsordnung ermessen zu können.

Im Folgenden sollen beispielhafte Themenbereiche benannt werden, die den Einfluss des Kolonialismus auf das Recht an spezifischen Punkten sichtbar machen. Dabei ist zunächst der wissenschafts- und ideengeschichtliche Aspekt von Bedeutung. Ebenso wichtig für eine rechtshistorische Betrachtung ist die Unterscheidung der Akteure hinter den kolonialen Projekten. Nicht allein der Staat war Betreiber von Kolonialpolitik, sondern auch viele private Akteure, Mittelsmänner oder Zwischenhändler beteiligten sich aktiv und oft mit viel Profit und anderen Hoffnungen an kolonialen Unternehmungen. Diese Vielfalt an Akteuren spielt eine ebenso wichtige Rolle für wirtschaftsrechtsgeschichtliche und personenrechtliche Annäherungen an Österreichs Kolonialgeschichte des Rechts.

3.1. Wissenschaftsgeschichtliche Annäherungen

Peter Oestmann diskutierte mit seiner methodischen Unterscheidung von Normsetzungsgeschichte, Wissenschaftsgeschichte und Praxisgeschichte drei Felder der Rechtsgeschichte, die auch für die Untersuchung des Kolonialismus in Österreich herangezogen werden kann.²¹ Von Bedeutung ist dabei, dass sich die Rechtsgeschichte als Disziplin im 19. Jahrhundert entwickelt hat und damit auch eine Vielzahl von Maximen des Zeitgeists übernahm, der auf die Nation ausgerichtet war.²² Somit war auch die Nation bzw der Nationalstaat der wesentliche Bezugspunkt historiographischer Arbeiten. Dies wurde auch zu einem Kennzeichen der Moderne und Kultur stilisiert. Eine nationale Rechtsgeschichte gehörte zur Legitimation der Nation ebenso wie die Einrichtung von Museen oder eine eigene Nationalliteratur. Verbunden wird diese Bewegung oft mit der Historischen Rechtsschule.²³ Diese Konzeptionen geraten jedoch zunehmend unter Kritik, vor allem

18 S etwa *Fisch*, Die europäische Expansion und das Völkerrecht (1984); *Anghie*, Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law (2005); *Tzouvala*, Capitalism As Civilisation. A History of International Law (2020).

19 S etwa *Spitra*, Erwerbungskontexte von Kulturgütern im kolonialen Völkerrecht des 19. und 20. Jahrhunderts, in *Schölnberger* (Hrsg), Das Museum im kolonialen Kontext (2021) 99.

20 S etwa *Cooper*, Colonialism in Quesion: Theory, Knowledge, History (2005).

21 *Oestmann*, Normengeschichte, Wissenschaftsgeschichte und Praxisgeschichte. Drei Blickwinkel auf das Recht der Vergangenheit, Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series 2014, 1.

22 *Rückert*, The Invention of National Legal History, in *Pihlajamäki/Dubber/Godfrey* (Hrsg), The Oxford Handbook of European Legal History (2018) 22.

23 Zum Überblick s *Haferkamp*, Die Historische Rechtsschule (2018).

für ihren historiographischen Konstruktivismus auf die Nation hin und dem Verdecken anderer Traditionen.²⁴ Es bleiben daher eine Reihe von Themen, Perspektiven und geschichtlicher Prozesse zu erforschen, die den Blick über die gewohnten disziplinären Traditionen der Rechtsgeschichte hinausrichten. So ergeben sich auch neue Ansätze, um die Auswirkungen des Kolonialismus auf Österreichs Rechtsgeschichte zu erforschen. Eine der rechtswissenschaftlichen Disziplinen, die der Kolonialismus am unmittelbarsten prägte, war die Völkerrechtswissenschaft. Zur Mitte des 19. Jahrhunderts legte *Leopold Neumann* das erste moderne völkerrechtliche Lehrbuch der Habsburgermonarchie vor.²⁵ Er konstruierte dabei Europa im Unterschied zu den anderen Kolonien und Ländern.²⁶ Daher war das Völkerrecht für *Neumann* eine europäische Angelegenheit, die nicht über die Grenzen des Kontinents hinausreichte. Außerhalb Europas diente das Völkerrecht lange Zeit nicht als Rechtssystem im engen Sinne des Wortes, sondern als Rechtfertigung machtpolitischer Bestrebungen.²⁷ Auf *Neumann* folgten weitere Völkerrechtler mit Lehrstühlen in Wien und anderen Teilen der Monarchie.²⁸ Der Zivilisationsstandard wurde im Laufe des 19. Jahrhunderts in der Völkerrechtslehre zu einem wichtigen Unterscheidungsmerkmal stilisiert, um die unterschiedliche rechtliche Behandlung außereuropäischer Staaten zu legitimieren.²⁹ Die Völkerrechtswissenschaft war dabei durchaus von anderen Disziplinen der Anthropologie und der Ethnologie beeinflusst, die ihrerseits noch weitgehend kolonial geprägt waren. Im 20. Jahrhundert lässt sich etwa eine Beeinflussung des berühmten Völkerrechtlers *Alfred Verdross* durch die sogenannte *Wiener Schule der Kulturkreislehre* nachweisen.³⁰ *Verdross* übernahm das Konzept der „Kulturkreise“ in sein 1937 erschienenes Handbuch des Völkerrechts.³¹ Weiterführende Forschungen zur möglichen Verbindung von Völkerrechtswissenschaft und Anthropologie bleiben jedoch weiterhin ein Forschungsdesiderat. Dabei würde eine solche Aufarbeitung auch zu einem besseren Verständnis des Nationalsozialismus und seiner Ideologie der Rasse und des Lebensraumes beitragen, wie etwa der Historiker *Timothy Snyder* betont.³²

24 S etwa *Duwe*, What is global legal history?, *Comparative Legal History* 2020, 73.

25 *Neumann*, Grundriss des heutigen europäischen Völkerrechtes (1855).

26 S dazu auch *Spitra* in *Schölnberger*.

27 *Fisch*, Die europäische Expansion, VII.

28 Als Überblick zur österreichischen Völkerrechtswissenschaft s *Plöchl*, Zur Entwicklung der modernen Völkerrechtswissenschaft an der Wiener Juristenfakultät, in *Freiherr v. d. Heydte/Seidl-Hohenveldern/Verosta/Zemanek* (Hrsg), Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross (1960) 31; *Hummer*, Die österreichische Völkerrechtslehre und ihre Vertreter, in *Hummer* (Hrsg), Paradigmenwechsel im Völkerrecht zur Jahrtausendwende. Ansichten österreichischer Völkerrechtler zu aktuellen Problemlagen (2002) 354.

29 *Gong*, The Standard of 'Civilization' in International Society (1984); *Fisch*, Zivilisation, Kultur, in *Brunner/Conzel/Koselleck* (Hrsg), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd 7 (1992) 679; *Pauka*, Kultur, Fortschritt und Reziprozität. Die Begriffsgeschichte des zivilisierten Staates im Völkerrecht (2012).

30 *Spitra*, Die Verwaltung von Kultur im Völkerrecht. Eine postkoloniale Geschichte (2021) 203f.

31 *Verdross*, Völkerrecht (1937) 1, 4f, 71ff; in dieser Ausgabe äußerte sich *Verdross* ebenso wohlwollend dem Nationalsozialismus gegenüber. S dazu das (noch nicht abgeschlossene) Dissertationsprojekt von *Stefan Auer* am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte der Universität Wien.

32 *Snyder*, Black Earth. The Holocaust as History and Warning (2015) 11.

3.2. Wirtschaftsrechtsgeschichtliche Annäherungen

Ein weiterer Ansatz zur Sichtbarmachung kolonialer Spuren in Österreich besteht in der Nachverfolgung der wirtschaftlichen Auswirkungen des Kolonialismus. Dies lässt sich methodologisch etwa durch die Unternehmens(rechts)geschichte verwirklichen, die in den letzten Jahren Aufwind erfahren hat.³³ Diese Forschungsrichtung nimmt nicht nur das regulatorische Umfeld in den Blick, in welchem Unternehmen tätig sind, sondern geht auch der Frage nach, wie sich die Beziehung zwischen Recht und Wirtschaft darstellt.³⁴ Oft wird von einem wechselseitigen Verhältnis ausgegangen: der Beeinflussung wirtschaftlicher Interessen durch den rechtlichen Organisationsrahmen und die Materialisierung ökonomischer Rationalität in rechtlichen Normen.

Dass es nicht notwendigerweise formaler Kolonien bedarf, um an einer imperialistischen Wirtschaftsweise teilzunehmen, zeigt etwa *Lea Hallers* Studie über den Transithandel der Schweiz seit dem 19. Jahrhundert.³⁵ Der Welthandel hat sich in dieser Zeit durch die Industrialisierung und technische Innovationen zunehmend verflochten. Rohstoff- und Warenflüsse waren und sind ein integraler Bestandteil dieser Wirtschaftsordnung. So lässt sich etwa anhand des Beispiels von Zucker zeigen, wie verschlungen der globale Handel war und welche rechtlichen Effekte Produktionsänderungen haben konnten. Durch neue technische Vorgänge konnte Zucker seit dem 19. Jahrhundert aus der Zuckerrübe extrahiert werden. Dies führte zu einem vermehrten Anbau im Deutschen Kaiserreich und in Österreich-Ungarn. Naturgemäß war dieser Zucker ein Konkurrenzprodukt zum aus Zuckerrohr gewonnenen Zucker, der vor allem aus britischen Kolonien stammte. Österreich-Ungarn stützte in den 1880er Jahren mit protektionistischer Handelspolitik und staatlichen Subventionen die eigene lokale Industrie und den Export zu Dumpingpreisen.³⁶ Dies hatte auch Folgen für die britische Kolonialpolitik. Insb nach den Erlebnissen um die Morant Bay Rebellion 1865 in Jamaika war sich das *British Empire* der Risiken von Unruhen bewusst und versuchte wirtschaftliche Krisen zu vermeiden.³⁷ Daher war Großbritannien bemüht, für dieses Problem auf internationaler Ebene eine Lösung zu finden, die in der *Brüsseler Zuckerkonvention* von 1902 mündete.³⁸ Das Beispiel zeigt, wie sehr Handlungsspielräume durch die Situation des Kolonialismus und Imperialismus bestimmt waren. Ohne selbst eine Kolonialmacht (in Übersee) zu sein, hatte staatliches Handeln Österreich-Ungarns Auswirkungen auf die koloniale Konstel-

33 *Pahlow/Teupe*, Introduction: Business and the Law, Management & Organizational History 2019, 311.

34 *Fleming*, Legal History As Economic History, in *Dubber/Tomlins* (Hrsg), The Oxford Handbook of Legal History (2018) 207.

35 *Haller*, Transithandel. Geld- und Warenströme im globalen Kapitalismus (2019).

36 *Fakhri*, Sugar and the Making of International Trade Law (2014) 42.

37 *Gopal*, Insurgent Empire. Anticolonial Resistance and British Dissent (2019) 83–127; *Pitts*, A Turn to Empire. The Rise of Imperial Liberalism in Britain and France (2005) 150–160.

38 *Fakhri*, The institutionalisation of free trade and empire: a study of the 1902 Brussels Convention, London Review of International Law 2014, 49; *Kaufmann*, Welt-Zuckerindustrie (fiskalische Vorzugsbehandlung, Kartelle) und Internationales und Koloniales Recht (1904).

lation anderer Imperien. Diese Phänomene können auch unter dem wissenschaftlichen Schlagwort „Kolonialismus ohne Kolonien“ gefasst werden; eine Forschungsrichtung, die sich um eine nuancierte Zugangsweise zu postkolonialer Geschichtsschreibung bemüht.³⁹

3.3. Personenrechtliche Annäherungen

In seiner Schiedsentscheidung zur „Moskitoküste“ aus 1881 entschied Kaiser *Franz Josef I.* zwischen kollidierenden Ansprüchen Großbritanniens und Nicaraguas und beurteilte dabei auch nebenbei den rechtlichen Status der indigenen Bevölkerung.⁴⁰ Daran zeigt sich, dass, trotz günstigem Ausgang des Schiedsspruchs für die indigene Bevölkerung, Österreich-Ungarn in eine koloniale und imperialistische Struktur der internationalen Beziehungen in Übersee eingebettet war.

Die wirtschaftsrechtsgeschichtliche Annäherung an den Kolonialismus wies bereits auf die diffuse Trennlinie zwischen privatem und staatlichem Kolonialismus hin. Es waren nicht zwingend staatliche Akteure, die kolonial handelten. Ganz im Gegenteil waren es oft private Initiativen, die zu solchen Unternehmungen führten. In einigen Fällen wurden diese auch im Nachhinein durch staatliche Institutionen anerkannt und finanziert. Auch iZm personenrechtlichen Regelungen waren es in erster Linie die Handlungen von individuellen Personen, die zur Konstruktion eines kolonialen Verhältnisses ausschlaggebend waren, obwohl die Rechtsnormen staatlich vorgegeben waren. Das privatrechtliche Personenrecht gab die Begriffe und Kategorien zur Einordnung solcher Verhältnisse zwar vor, doch hing deren konkrete Ausgestaltung von individuellen Umständen ab. Wie zugänglich historische Rechtsschutzinstitutionen waren, ist kaum erforscht und nur schwer rekonstruierbar.

So hatten während des 17. und 18. Jahrhunderts allein in Wien 100 bis 200 Menschen afrikanischer Herkunft ihren Aufenthalt und waren idR für die Aristokratie tätig. Hierzu unterhält die Stadt Wien gegenwärtig ein Projekt, in dem alle namentlich bekannten AfrikanerInnen in Wien im 17. und 18. Jahrhundert aufgezählt sind.⁴¹ Ihr rechtlicher Status war prekär, auch wenn spätestens seit dem Erlass des ABGB Sklaverei im Geltungsbereich der Zivilrechtskodifikation verboten war.⁴²

Aufschlüsse über die Behandlung von AfrikanerInnen, AsiatInnen und Menschen anderer Herkunft in Österreich können insb durch Untersuchungen der Rechtspraxis gezogen werden. Darüber hinaus lässt sich die Frage stellen, wie Rechtsverhältnisse mit kolonialem Bezugspunkt in Österreich praktisch behandelt wurden. Da die Gesetzgebungs-

39 Lüthi/Falk/Purtschert, Colonialism without colonies: examining blank spaces in colonial studies, National Identities 2016, 1.

40 Fisch, Die europäische Expansion 394.

41 www.geschichtewiki.wien.gv.at/Mohren#cite_note-3 (13.7.2021).

42 S zum Staatsbürgerschaftsrecht Reiter, Ausgewiesen, abgeschoben. Eine Geschichte des Ausweisungsrechts in Österreich vom ausgehenden 18. bis ins 20. Jahrhundert (2000) 53.

geschichte hier aufgrund eines teilweisen Rechtsvakuumms nur eine vage Antwort auf die Frage geben kann, wären eingehende gerichts- und verwaltungspraktische Studien von Interesse, va in Verbindung mit Alltags- und Kulturgeschichte. Dabei wäre insb ein Augenmerk auf den Umgang mit fremdem Recht (bzw Internationalem Privatrecht) vor österreichischen Gerichten von Interesse.

4. Fazit: Österreichs Rolle im Kolonialismus eine deutliche Kontur verleihen

Dieser Beitrag versuchte, einige rechtshistorische Dimensionen der Bedeutung des Kolonialismus für Österreich aufzuzeigen. Für die Forschung, aber auch für die Lehre, bestehen eine Reihe von Desideraten zur Kolonialgeschichte Österreichs, die noch kaum aufgearbeitet sind. Dazu kommt auch das grundsätzlich geringe Wissen um Österreich(-Ungarn)s Rolle zur Zeit des Kolonialismus und Hochimperialismus in der allgemeinen Wahrnehmung. Dies veranlasste auch jüngst den Historiker *Walter Sauer* dazu, im Kontext eines Interviews zu Black-Lives-Matter Protesten bis heute eine „koloniale Denkweise“ in Österreich auszumachen.⁴³

Das Selbstbild Österreichs als unbeteiligter Beobachter der kolonialen Ambitionen anderer Großmächte lässt sich unter Heranziehung der Forschungsergebnisse bereits jetzt nicht aufrechterhalten. So nahm Österreich-Ungarn etwa an wichtigen Konferenzen, wie der Berliner Kongokonferenz 1885, teil und trug die juristisch verbindlichen Entschlüsse zur Aufteilung Afrikas unter den europäischen Großmächten mit.⁴⁴

Eine intensivere wissenschaftliche Aufarbeitung würde einen wichtigen Beitrag dazu leisten, der bisher scheinbar verschwommenen Rolle Österreichs im Kolonialismus eine deutlichere Kontur zu verleihen. Diese Aufarbeitung müsste auch Eingang in die universitären und außeruniversitären Bildungsinstitutionen finden, um das allgemeine Bewusstsein für diese Geschichte und ihre Kontinuitätslinien bis heute zu schärfen.

Mag. Dr. Sebastian M. Spitra, B.A., LL.M. ist Universitätsassistent (post-doc) am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte der Universität Wien, Fellow des Käte Hamburger Kollegs „Einheit und Vielfalt im Recht“ in Münster und Mitglied der Jungen Akademie der Akademie der Wissenschaften und Literatur | Mainz; sebastian.spitra@univie.ac.at

43 Gasser, „In Österreich gibt es bis heute eine koloniale Denkweise“, *Die Zeit* (17.6.2020), <https://www.zeit.de/2020/26/colonialismus-habsburgmonarchie-kolonialmacht> (13.7.2021).

44 *Kotrba*, k.u.k. in Ostafrika: die Habsburgermonarchie im „Scramble for East Africa“ (2015).

Rassismus aus der Perspektive materialistischer Staatstheorie

Lukas Egger

Lange Zeit war der Rassismusbegriff in öffentlichen Debatten im deutschsprachigen Raum kaum zu vernehmen. Er wurde als unwissenschaftlich, übertrieben und moralisierend wahrgenommen und wenn sich doch PolitikerInnen zu rassistisch motivierter Gewalt äußern mussten, wurde der Begriff der Fremdenfeindlichkeit verwendet. Dies änderte sich jedoch langsam mit der Mordserie durch den Nationalsozialistischen Untergrund (NSU), infolgedessen selbst hochrangige PolitikerInnen anfangen von ‚Rassismus‘ zu sprechen.¹

Trotz der zunehmenden Verwendung von Begriffen wie ‚institutionellem Rassismus‘ in der öffentlichen Debatte wird allerdings in dieser selten klar, in welcher Form der Rassismus institutionell im Staat verankert ist und systemisch reproduziert wird. Rassistische Strukturen werden häufig einfach als Ansammlung rassistischer Individuen verstanden. Fragen nach der Art und Weise, wie Rassismus unabhängig vom jeweiligen Staatspersonal in die *Form* des Staates eingeschrieben ist, werden selten gestellt. Daher sollen im Folgenden einige Überlegungen zu dieser Frage aus der Perspektive einer marxistischen Theorie des bürgerlichen Staates angestellt werden. Diese meist als *materialistische Staatstheorie* bezeichnete Tradition der politischen Theorie kann durch ihren Fokus auf allgemeine Charakteristika des bürgerlichen Staates eine Basis dafür bilden, das grundsätzliche Verhältnis zwischen modernem Nationalstaat und Rassismus zu bestimmen. Dabei konzentriere ich mich auf die Entwicklung des Zusammenhangs von Staatsbürgerschaft, Nation und rassistischer Exklusion in modernen Wohlfahrtsstaaten.²

1. Rassismus als Ideologie mit materiellen Effekten

Der vorliegende Text beruft sich auf ein Rassismusverständnis, das maßgeblich von dem Soziologen *Robert Miles* entwickelt worden ist. Sein analytischer Begriffsapparat unterscheidet zwischen mehreren Elementen von Rassismus. Im Prozess der *Bedeutungskon-*

1 Bojadžijev, Zur Entwicklung kritischer Rassismustheorie in Deutschland seit den 1980er Jahren, in *Martin ua* (Hrsg), Perspektiven und Konstellationen kritischer Theorie (2015) 49 (49 ff).

2 Dem kolonialen Rassismus kann in seiner Eigendynamik in diesem kurzen Artikel nicht Rechnung getragen werden. Ich verweise allerdings auf mein laufendes Dissertationsprojekt, in dem ich versuche, den hier vorgestellten staats-theoretischen Zugang für die Analyse des Rassismus in der Kolonie Virginia fruchtbar zu machen.

stitution werden bspw phänotypische Merkmale oder kulturelle Verhaltensweisen von Menschen herausgegriffen, mit Bedeutung versehen und zur Konstruktion von Gruppen herangezogen. Die diskursive Erzeugung von Menschengruppen anhand askriptiver Zuschreibungen, die sich dabei auf reale oder eingebildete biologische oder andere essentialistische Eigenschaften der so konstruierten Gruppe bezieht, nennt er *Rassenkonstruktion (racialization)*. Werden die signifizierten Merkmale mit einer negativen Bedeutung aufgeladen und/oder dazu benutzt, die so konstruierten Gruppen auf mindere Positionen in der sozialen Hierarchie festzuschreiben, spricht Miles von *Rassismus*. Die Rassismusanalyse habe zu untersuchen, wie Rassenkonstruktionen und Rassismen mit Produktionsverhältnissen in Verbindung stehen sowie, ob und wie sie zur Begründung, Legitimation und Rationalisierung von *Ausschlusspraktiken* verwendet werden und damit politische und ökonomische Effekte erzeugen, die über die ideologische Ebene hinausgehen.³ Rassismus sei Miles zufolge „primarily an ideology, but it is articulated and manifest in a plurality of forms“.⁴

2. Theoretische Versuche über Staat und Rassismus

Theorien, die sich auf einer allgemeinen Ebene der Bestimmung des Zusammenhangs zwischen moderner Staatlichkeit und Rassismus nähern, sind eher spärlich. Im Großen und Ganzen lassen sich drei analytische Traditionen unterscheiden, die sich mit der Frage nach diesem Verhältnis auseinandergesetzt haben: die post-strukturalistische Tradition, jene im Anschluss an *Max Weber* und drittens jene im Anschluss an *Karl Marx*. Bevor ich meinen eigenen Zugang vorstelle, der maßgeblich auf der zuletzt genannten, marxistischen Traditionslinie der materialistischen Staatstheorie aufbaut, will ich kurz in die anderen beiden Theoriestränge einführen und sie einer Kritik unterziehen, damit die Vorteile des materialistischen Ansatzes im Kontrast deutlicher werden.

2.1. David Theo Goldberg und der *Racial State*

Der post-strukturalistische Zugang wurde am sorgfältigsten von *David Theo Goldberg* ausgearbeitet.⁵ Er versucht die „co-articulation of race and the modern state“⁶ darüber zu begründen, dass er sie als Konsequenz der epistemischen Grundlagen der Neuzeit ausweist, die darin bestünden, kategoriale Ordnung in die Wirklichkeit bringen zu wollen. Bislang Unbekanntes und Unkontrolliertes soll im Aufklärungsdenken klassifiziert und

³ Miles, Bedeutungskonstitution und der Begriff des Rassismus, in *Rätzkel* (Hrsg), Theorien über Rassismus (2000) 17.

⁴ Miles/Brown, *Racism* (2003) 84. Auf die ausführlichen Kritiken an Miles' Rassismusverständnis kann aus Platzmangel hier nicht eingegangen werden. Eine kurze Diskussion derselben findet sich in *Egger*, Ideologietheorie und Ideologiekritik als Grundlagen einer kritischen Rassismustheorie, *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft* 2019, 18 (21).

⁵ Goldberg, *The Racial State* (2002) passim.

⁶ Goldberg, *Racial State* 4.

dadurch kontrollierbar gemacht werden. In der Praxis habe die Moderne allerdings innerhalb von Europa seit dem 17. Jahrhundert wachsende Heterogenität mit sich gebracht, auf die der Staat, entsprechend der Aufklärungsrationalität, mit einer gewaltsamen Homogenisierung der eigenen Bevölkerung und der Rassifizierung von allem reagiert habe, das als anders, unbekannt und nicht zugehörig betrachtet worden sei. „[I]n modernity what is invested with racial meaning, what becomes increasingly racially conceived, is the threat, the external, the unknown, the outside.”⁷ Der Staat sei sowohl Ausdruck als auch Mittel dieses Prozesses. Kurz gesagt: Der Staat ist *Goldberg* zufolge daher inhärent rassistisch, weil er dem modernen Willen zur Klassifikation, Homogenisierung und Kontrolle des Unbekannten entspreche.

Die Probleme an diesem Ansatz sind offenkundig. *Goldberg* subsumiert die gesamte komplexe Geschichte des modernen Rassismus einem einzigen Prinzip: der Aufklärung und ihrem Versuch, Ordnung in die Wirklichkeit zu bringen. Damit identifiziert er diese und die moderne Wissenschaft mit der kapitalistischen Produktionsweise und ihren sozialen Verwüstungen. Der Kolonialismus, die Plantagensklaverei in den Amerikas und der Holocaust werden damit einer äußerst unklar definierten ‚Moderne‘ überantwortet und somit mystifiziert.⁸

2.2. Neo-weberianische Theorien

Ein brauchbarer Zugang wurde von SozialwissenschaftlerInnen in der Traditionslinie von *Max Weber* entworfen. Sie beziehen sich stark auf das Konzept sozialer Schließung, wie es von *Weber* in *Wirtschaft und Gesellschaft* entworfen worden ist.⁹ Geschlossene soziale Beziehungen bestehen ihm zufolge darin, dass eine Gruppe den Zugang zu sozialen Ressourcen monopolisiert und andere von diesen ausschließt oder den Zugang zu ihnen beschränkt. Rassismus wird als bestimmte Form solcher Schließung verstanden, die maßgeblich von staatlichen Institutionen wie der Staatsbürgerschaft¹⁰ und der Wohlfahrtsstaatlichkeit¹¹ getragen wird.

Andreas Wimmer datiert die institutionelle Verschränkung von Rassismus und Staat auf das Ende des 19. Jahrhunderts und die damalige Entstehung des Nationalismus. Zu diesem Zeitpunkt wurden Gewerbefreiheit, Rechtsgleichheit, demokratische Rechte und soziale Fürsorge im Staat institutionalisiert und an die Staatsbürgerschaft gebunden. Zugehörigkeit zur imaginären Gemeinschaft der Nation wurde damit notwendig, um Zugang zu staatlichen Leistungen zu erhalten. Auf Grundlage des Nationalstaates werde es eine plausible Strategie für Akteure, die eigenen Rechte und Privilegien durch die Exklu-

7 *Goldberg*, Racial State 23.

8 *Malik*, The Meaning of Race (1996) 246.

9 *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie (1921-22/1972) 201 ff.

10 *Brubaker*, Citizenship and Nationhood in France and Germany (1992) 21-34.

11 *Wimmer*, Ethnic Boundary Making. Institutions, Power, Networks (2013) 32 ff.

sion von Außenstehenden abzusichern. *Wimmer* sieht Rassismus als Radikalisierung des in jedem Nationalstaat präsenten Ethnozentrismus, der in sozialen Krisensituationen vor allem für abstiegsbedrohte Schichten attraktiv werde.¹² Den auf nationaler Basis organisierten Sozialstaat fasst *Wimmer* als Klassenkompromiss auf, der nur mittels einer Solidarität zu garantieren sei, die entlang ethnisch basierter sozialer Schließung nach Außen begrenzt werden müsse.¹³ Ähnlich habe nach *Michael Mann* die Verbindung von *ethnos* und *demos* im modernen Staat dazu geführt, dass der Klassengegensatz als zentrale Form sozialer Schichtung vom Ethnonationalismus abgelöst worden sei, was er auch als Erklärung für die Häufigkeit ethnischer Säuberungen und Genozide in der Moderne heranzieht.¹⁴

Auch wenn der neo-weberianische Zugang durch seinen Fokus auf Staatsbürgerschaft als Mittel der sozialen Schließung einen wichtigen Mechanismus thematisiert, der die Verbindung von Rassismus und moderner Nationalstaatlichkeit erklären kann, verstrickt auch er sich in Widersprüche. Gerade in konservativen Wohlfahrtsstaaten wie Deutschland oder Österreich lässt sich der Sozialstaat weniger als Klassenkompromiss denn als Versuch der politischen Desorganisation auffassen. Sowohl unter *Bismarck* als auch unter dem österreichischen Ministerpräsidenten *Taaffe* war die sich im 19. Jahrhundert herausbildende, gesamtstaatliche Sozialpolitik nicht Konsequenz eines Eingehens auf Forderungen der Arbeiterbewegung, sondern sie sollte die in den sozialdemokratischen Hilfskassen materialisierte ArbeiterInnensolidarität zerschlagen und musste gegen den Widerstand ihrer Organisationen durchgesetzt werden.¹⁵ Der von *Wimmer*, *Mann* und anderen diagnostizierte Kompromiss war eher eine Disziplinierungsstrategie. Dabei spielte der Rassismus die Rolle, den Klassengegensatz ideologisch abzuschwächen, indem die InteressensgegnerInnen „durch die Degradierung Anderer“ illusorisch vergemeinschaftet wurden.¹⁶

3. Materialistische Staatstheorie als Alternative

Die materialistische Staatstheorie kann genau an jenen Punkten, an denen post-strukturalistische und weberianische Zugänge in Schwierigkeiten geraten, weiterhelfen. Das Verhältnis von Staat, Rassismus und Moderne – von *Goldberg* fälschlicherweise als eines von voller Identität verstanden – kann mittels dieses Zugangs adäquater bestimmt werden. Weiters ermöglicht es die materialistische Staatstheorie, den Zusammenhang von staatlichen Institutionen, sozialen Schließungsprozessen und Klassenformierung näher zu bestimmen, ohne wie *Wimmer* oder *Mann* die Versöhnung von Klassengegen-

12 *Wimmer*, Explaining xenophobia and racism: a critical review of current research approaches, *Ethnic and Racial Studies* 1997, 17 (28 ff).

13 *Wimmer*, Boundary Making 32.

14 *Mann*, Die dunkle Seite der Demokratie. Eine Theorie ethnischer Säuberungen (2007) 15.

15 *Gerstenberger*, Von der Armenpflege zur Sozialpolitik, *Leviathan* 1981, 39 (40).

16 *Hund*, Rassismus 123.

sätzen im *ethnos* annehmen zu müssen. Im Folgenden werden in knapper Form diese beiden Aspekte des Rassismus aus Perspektive einer materialistischen Staatstheorie diskutiert.

3.1. Staatlichkeit, Rassismus und Moderne

Das moderne Rassendenken bildete sich erstmals im Zuge der Krise des Absolutismus um die Frage adeliger Privilegien heraus. Herrschende Eliten versuchten ihre Vorrechte gegen konkurrierende Fraktionen wie auch gegen demokratische Aspirationen von unten zu verteidigen und begründeten sie mit Unterschieden, die in der menschlichen Natur angelegt seien.¹⁷ Ein Beispiel hierfür bildet der französische Adelige *Henri de Boulainvilliers*, der im 18. Jh die Auffassung entwickelte, sein Stand sei aufgrund seiner Abstammung von den Franken dem Rest der französischen Bevölkerung rassistisch überlegen. Später hielt auch *Arthur de Gobineau* den Bevölkerungsteil Frankreichs, der in „unterdrückter Stellung lebt“, für „einer niedrigeren Rasse angehörend“.¹⁸

Die Durchsetzung kapitalistischer Produktionsverhältnisse ausgehend von England brachte einen Prozess mit sich, den *Norbert Kostede* im Rahmen der materialistischen Staatstheorie, als „ursprüngliche Direktion“ bezeichnet hat.¹⁹ Mit diesem Begriff ist der Prozess gemeint, durch den sich die Einheit von politischer und ökonomischer Macht, durch die vorkapitalistische Sozialformationen geprägt waren, auflöste und sich eine ökonomische Sphäre gegenüber dem nunmehr rein politischen Staat verselbständigen konnte. Ausbeutung wurde nicht mehr politisch erzwungen, sondern es dominiert, was Marx den „stumme[n] Zwang der ökonomischen Verhältnisse“ genannt hat.²⁰ Da die direkten ProduzentInnen vom Eigentum an Produktionsmitteln getrennt sind, werden sie strukturell und nicht mehr durch direkte Gewalt dazu bewogen, Mehrarbeit in Form von Lohnarbeit für die herrschende Klasse abzuleisten.

Die Trennung von Politik und Ökonomie bringt auch mit sich, dass KapitalistInnen nicht mehr auf rechtliche Privilegien gegenüber den ArbeiterInnen angewiesen sind. Der materialistischen Staatstheorie zufolge setzt die verallgemeinerte Zirkulation von Waren die gegenseitige Anerkennung der Tauschenden als PrivateigentümerInnen voraus. Sie dürfen sich nicht übervorteilen und müssen das Gebot des Äquivalententausches respektieren, was zugleich ihre gegenseitige Respektierung als freie und gleiche VertragspartnerInnen voraussetzt und nur vom Staat mittels des Rechts garantiert werden könne.²¹ In

17 *Balibar*, Der ‚Klassen-Rassismus‘, in *Balibar/Wallerstein*, Rasse, Klasse, Nation. Ambivalente Identitäten (1998) 247 (251).

18 *Gobineau* zit nach *Lukács*, Die Zerstörung der Vernunft (1962) 588. Zu *Boulainvilliers* vgl. *Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (1955) 428-436.

19 *Kostede*, Staat und Demokratie. Studien zur politischen Theorie des Marxismus (1980) 26.

20 *Marx*, Das Kapital. Erster Band (1962) 765.

21 *Blanke/Jürgens/Kastendiek*, Über die neuere Analyse von Form und Funktion des bürgerlichen Staates, PROKLA 1974, 51 (70ff).

kapitalistischen Gesellschaften werden damit erstmals juridische Verhältnisse möglich, in denen sich sämtliche Gesellschaftsmitglieder als gleiche Rechtssubjekte gegenüberstehen. Auf dieser Basis konnte, Marx zufolge, die Vorstellung naturrechtlicher Gleichheit „die Festigkeit eines Volksvorurteils“ annehmen.²² Freiheit und Gleichheit wurden zu normativen Leitvorstellungen.

Gleichzeitig setzt der Kapitalismus der Verwirklichung dieser Normen jedoch klare Grenzen. Die Gleichheit der Subjekte ist lediglich formeller Natur, „während die mit der Produktion von Mehrwert gesetzte *materielle Ungleichheit* ununterbrochen das scheinbare Gleichheitsverhältnis in Frage stellt.“²³ Neben dieser klassenmäßigen Ungleichheit im Inneren kapitalistischer Gesellschaften, findet die formelle Gleichheit der Rechts- und Zirkulationssphäre auch eine äußere Negation: Die universalen Rechte des Menschen können ihm nur mittels einer Staatsgewalt zugesprochen werden. „Menschenrechte sind – soweit überhaupt – faktisch immer nur als Staatsbürgerrechte wirksam“²⁴ und daher stets mit Ausschlüssen verbunden. Der Rassismus operiert an den äußeren und inneren Grenzen der kapitalistischen Gleichheit und führt den Widerspruch zwischen normativem Ideal und Realität der kapitalistischen Gesellschaft einer ideologischen Scheinlösung zu.²⁵ Zunächst erlaubte die rassistische Ideologie dem bedrängten Adel, seine Ansprüche auf politische Vorrechte gegen den drohenden Privilegienverlust zu verteidigen. Im konstituierten Kapitalismus schließlich diente der Rassismus zur Legitimation der durch Ausbeutung und Kolonisierung verursachten Verwerfung und war Teil von Disziplinierungsstrategien, durch die autochthone ArbeiterInnen und Kolonisierte auf unterschiedliche Weise für das kapitalistische System nutzbar gemacht werden sollten.

Während sich im Zuge der Kolonisierung eine farbkodierte Rassentaxonomie herausbildete, durch welche die gesamte Weltbevölkerung sortiert und hierarchisiert wurde, existierten stets auch innerhalb der nach Hautfarben bestimmten ‚Rassen‘ rassistische Ideologien und Ausschlusspraktiken. Bis in das 19. Jh hinein wurden europäische ArbeiterInnen von den ökonomischen und politischen Eliten kaum anders betrachtet als die als unzivilisiert geltenden Bevölkerungen in den Kolonien. Im bürgerlichen Journalismus der viktorianischen Periode in England wurden die Unterklassen bspw. als „race apart“ und „race lower than any yet known“ bezeichnet.²⁶ Dies entsprach, dem marxistischen Historiker V.G. Kiernan zufolge, dem Weltbild der damaligen Herrschenden, für die es sich bei den Armen in Europa und den kolonisierten Massen an der Peripherie um „the same serpent in alternate disguises“ handelte.²⁷ Erst durch die Ausweitung von sozialen und demokratischen Rechten am Ende des 19. Jh wurden die ArbeiterInnen in Europa

22 Marx, Kapital 74.

23 Blanke/Jürgens/Kastendiek, PROKLA 96.

24 Hirsch, Materialistische Staatstheorie. Transformationsprozesse des kapitalistischen Staatensystems (2005) 72.

25 Kyriakides/Torres, Race Defaced. Paradigms of Pessimism, Politics of Possibility (2012) 198.

26 Malik, Meaning 95.

27 Kiernan, The Lords of Human Kind. European Attitudes to Other Cultures in the Imperial Age (2015) 330.

langsam 'ent-rassifiziert'. In Bezug auf die Kolonisierten hingegen fand niemals eine solche Einbindung statt, da koloniale Herrschaftsverhältnisse jegliche staatsbürgerliche Integration und rechtliche Gleichheit unmöglich machten.²⁸

Anders als von *Goldberg* behauptet, sind Staat und Rassismus nicht einfach Ausdruck der Aufklärungsrationalität. Vielmehr wird das Versprechen der Moderne nach universaler Freiheit und Gleichheit von eben jenem ökonomischen System, in dem diese Ideen entstanden, limitiert. Der Staat übernimmt hierbei die Funktion, einerseits durch das Recht und die Staatsbürgerschaft die partielle und formelle Verwirklichung dieses Universalismus zu ermöglichen, zugleich ist es allerdings ebenso er, der durch die Garantie des Privateigentums, die Begrenzung der Bürgerrechte und seine imperiale Ausdehnung permanent die von ihm gesetzten Normen untergräbt. Der Rassismus ist die ideologische Form, in der dieser Widerspruch zwischen formeller Gleichheit und reeller Ungleichheit verarbeitet wird. Er ist damit nicht einfach ein Ausdruck der Moderne, sondern ein Ausdruck davon, dass das Projekt der Aufklärung ambivalent und unvollendet bleibt, so lange Ausbeutung und Herrschaft fortexistieren.

3.2. Rassismus im national-sozialen Staat

Neben dieser abstrakten Bestimmung des Zusammenhangs von Staatlichkeit, Rassismus und Moderne kann die materialistische Staatstheorie auch einen Beitrag zur Erklärung der Attraktivität von Rassismus für die lohnabhängigen Klassen leisten. Rassistische Ideologien und von diesen motivierte Ausschlusspraktiken wurden historisch betrachtet immer dann am erbittertsten von Akteuren verfolgt, wenn es diese schafften, materielle Interessen – so chauvinistisch und kurzsichtig diese auch interpretiert sein mögen – zu mobilisieren.²⁹ Wie die oben diskutierte weberianische Tradition zurecht festhält, handelt es sich bei der Staatsbürgerschaft um ein Mittel sozialer Schließung. Allerdings war das Ausmaß und die Zugänglichkeit dieser Institution stets umstritten.

Die Ausweitung staatsbürgerchaftlicher Rechte auf die ArbeiterInnen sowie die Etablierung gesamtstaatlicher Sozialpolitik war Ergebnis langwieriger Kämpfe und dem Versuch, die radikalen Aspirationen der ArbeiterInnenbewegung einzuhegen. Sie sedimentierten sich in dem, was *Étienne Balibar* im Anschluss an *Nicos Poulantzas* als ‚national-sozialen Staat‘ bezeichnet hat.³⁰ Erst im Laufe des 19. Jh bildete sich in Kontinentaleuropa eine enge Verzahnung von sozialen Rechten und Nationalität heraus.³¹ Nach *Heide Gerstenberger* hat „[k]eine andere Staatstätigkeit [...] zur Institutionalisierung von ‚Nation‘ mehr beigetragen als die Entwicklung des Sozialstaats“, da er „das Konzept der

28 *Gerstenberger*, Markt und Gewalt. Die Funktionsweise des historischen Kapitalismus (2017) 322.

29 *Davis*, In Praise of Barbarians. Essays Against Empire (2007) 44.

30 *Balibar*, Kommunismus und (Staats-)Bürgerschaft, in *Demirović ua* (Hrsg), Das Staatsverständnis von Nicos Poulantzas. Der Staat als gesellschaftliches Verhältnis (2010) 19.

31 *Esping-Andersen*, Three Worlds of Welfare Capitalism (1990) passim.

Nation in materiellen Interessen“ fundiert habe.³² Ethnische Zugehörigkeit entschied von nun an über den Zugang zu sozialen Rechten und die Staatsbürgerschaft institutionalisierte den Ausschluss nicht zugehöriger Anderer. Die autochthonen Lohnabhängigen wurden somit partiell, mittels ihrer Anrufung als Teil des nationalen Volkskörpers in den Staat integriert. Ihre individuellen Interessen als EigentümerInnen wurden staatlich anerkannt und gewisse Schutzformen für ihre Sonderinteressen als VerkäuferInnen der Ware Arbeitskraft – wie zB Arbeitslosen- und Krankenversicherungen – etabliert. *Balibar* zufolge geht der Nationalismus, der für die Etablierung des national-sozialen Staates unerlässlich gewesen sei, zugleich notwendig mit „eine[r] rassistische[n] Tendenz einher“.³³ Die Identifikation der StaatsbürgerInnen mit der Nation hänge immer mit der Ausgrenzung von kulturell oder ‚rassisch‘ konstruierten Anderen zusammen, die sich im Inneren sowie im Außen des jeweiligen Territoriums befinden können. Für ihn stellt daher der Rassismus eine funktionale Ergänzung und zugleich eine Übertreibung des Nationalismus dar.³⁴

Im Anschluss an *Poulantzas* lässt sich zudem der so entstandene national-soziale Staat als spezifische „Verdichtung eines Kräfteverhältnisses zwischen Klassen und Klassenfraktionen“³⁵ beschreiben, die auf der Exklusion nicht zugehöriger Anderer gründet. Die symbolisch und materiell bewerkstelligte Reorganisation der ArbeiterInnen als Nationsvolk bedeutet *Poulantzas* zufolge zugleich stets eine Individualisierung der Lohnabhängigen und ihre Desorganisation als Klasse. Auf Basis solcher Desorganisation werden soziale Schließungsstrategien attraktive Mittel der Interessensverfolgung. Wird die Abhängigkeit vom nationalökonomischen Wachstum und damit von der Investitionstätigkeit und internationalen Durchsetzungsfähigkeit des heimischen Kapitals von den Organisationen der lohnabhängigen Klasse akzeptiert, macht es Sinn, die Früchte des Wachstums für die eigene Gruppe monopolisieren und die Kosten desselben auf andere abwälzen zu wollen.

Für das Kapital bietet die Institution der Staatsbürgerschaft in Verbindung mit Migration und damit der „Trennung von Lohnarbeit und Staatsbürgerschaft für einen Teil der Arbeiterklasse“³⁶ eine Möglichkeit, Grenzen der Ausbeutung, die historisch erkämpft und in Bürgerrechten institutionalisiert wurden, zu unterlaufen. Ohne schlagkräftige Klassenorganisationen, die solcher rassistischer Spaltung aktiv und effektiv begegnen können, wird soziale Schließung entlang ethnisierter oder rassifizierter Linien eine leider plausible Alternative der kurzfristigen Interessensverfolgung für das autochthone Proletariat.

32 *Gerstenberger*, Subjektlose Gewalt 526.

33 *Balibar*, Die Grenzen der Demokratie (1993) 64.

34 *Balibar*, Rassismus und Nationalismus, in *Balibar/Wallerstein*, Rasse, Klasse, Nation. Ambivalente Identitäten (1998) 49 (69).

35 *Poulantzas*, Staatstheorie. Politischer Überbau, Ideologie, Autoritärer Etatismus (2002) 159.

36 *Karakayalı/Tsianos*, Migrationsregimes in der Bundesrepublik Deutschland. Zum Verhältnis von Staatlichkeit und Rassismus, in *Demirović/Bojadžijev* (Hrsg), Konjunkturen des Rassismus, (2002) 226 (234).

4. Schluss

Die von *Goldberg* behauptete Tendenz des modernen Staates, die chaotische Wirklichkeit zu homogenisieren, kann auf Basis der materialistischen Staatstheorie als Effekt der Regulierung des Klassenkonflikts durch die Nation verstanden werden. Der Rassismus tritt hierbei als kohäsionsstiftender Faktor auf, da er – wie es *Balibar* formuliert hat – den Nationalismus funktional ergänzt. Welche Bevölkerungsgruppen die Rolle erfüllen, als minderwertige Andere und Ursache sozialer Krisen stigmatisiert zu werden, ist historisch kontingent. Allerdings sind es häufig Gruppen, für die bereits ein diskursives Repertoire an inferiorisierenden Zuschreibungen existiert und die in der ein oder anderen Form institutionellen Diskriminierungen ausgesetzt sind. Die Grenzen der Gleichheit, die der kapitalistische Staat nach Innen und Außen instituiert, können durch den Rassismus als Ergebnis „unterschiedliche[r] Grade des Menschseins“ ausgegeben und auf diesem Weg legitimiert und naturalisiert werden.³⁷ Ohne staatliche Organisation und ihre Unterteilung in Zugehörige und Fremde wäre er allerdings kaum so wirkmächtig. Der Rassismus durchdringt deshalb, wie es *Balibar* formuliert hat, nicht nur „die staatlichen Institutionen, sondern *ist* institutionell“.³⁸

Lukas Egger, MA, ist Doktorand am Institut für Politikwissenschaft der Universität Wien; lukas.egger@univie.ac.at

³⁷ *Hund*, Rassismus 12.

³⁸ *Balibar*, Grenzen 67.

Bekämpfung des Rassismus und der Diskriminierung in Deutschland

Aktueller rechtlicher Kontext

Elisabeth Kaneza

1. Einleitung

In Deutschland wurde dem Rassismus und der rassistischen Diskriminierung lange Zeit keine große Relevanz beigemessen. Nach dem rassistischen Anschlag in Hanau und dem Mord an dem Afroamerikaner *George Floyd* im Jahr 2020 wurde eine gesellschaftliche Rassismusdebatte angestoßen. Besonders die Black Lives Matter-Bewegung trug dazu bei, dass eine größere öffentliche Aufmerksamkeit für den Anti-Schwarzen Rassismus in Deutschland entstanden ist.

Rassismus wird in diesem Beitrag als Überbegriff für verschiedene Rassismen verwendet. Er wird als das Vorhandensein einer rassistischen Ideologie sowie rassistischer Praktiken verstanden, die eine gesellschaftliche und institutionelle Manifestation haben können. Der Rechtsbegriff Rasse bezeichnet einen verbotenen Diskriminierungsgrund, der vor der rassistischen Diskriminierung schützt. Personen und Gruppen wird eine Rassenzugehörigkeit aufgrund von bestimmten Merkmalen zugeschrieben.¹ Dabei kann es sich um Merkmale wie die Hautfarbe oder Gesichtszüge handeln.²

2. Rechtlicher Rahmen

Gem Art 3 Abs 3 S 1 Grundgesetz (GG)³ darf niemand wegen der Rasse benachteiligt oder bevorzugt werden. Das Diskriminierungsverbot ist im öffentlichen Recht unterbeleuchtet. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat es bisher kaum behandelt. Des Weiteren sieht Art 3 GG keine Gleichberechtigung von Personen und Gruppen vor, die von struktureller Diskriminierung aufgrund der Rasse betroffen sind. Das Grundgesetz enthält jedoch ein Gleichberechtigungsgebot in Art 3 Abs 2 GG, das nur für Männer und Frauen gilt. Art 3 Abs 3 S 2 GG erlaubt außerdem eine Bevorzugung von Menschen mit Behinderungen. Anders als Art 3 Abs 2 S 2 GG enthält Art 3 Abs 3 S 1 GG keine staat-

1 Vgl *Wolff in Wolff*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland¹² (2018) Art 3 GG Rn 21.

2 EGMR 13.12.2005, 557662/00 und 55974/00, *Timishev/Russland*, Rn 55.

3 BGBl 1949/1 idF BGBl I 2020/2048.

liche Verpflichtung zur Kompensation faktischer Nachteile.⁴ Art 3 Abs 3 S 1 GG ermöglicht im Gegensatz zu Art 3 Abs 3 S 2 GG zudem keine Bevorzugung von benachteiligten Gruppen. Die mittelbare Diskriminierung wird nur für die Merkmale des Geschlechts und der Behinderung berücksichtigt.⁵ Es fehlt somit eine verfassungsrechtliche Grundlage für die Herstellung der faktischen Gleichheit für das Merkmal Rasse. Als Folge werden positive Maßnahmen beispielsweise für Schwarze Menschen bisher nicht in Betracht gezogen, während sie für Frauen und Menschen mit Behinderungen als notwendig erachtet werden. Im Privatrecht wurde das Merkmal der Rasse als verbotener Diskriminierungsgrund erst mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG)⁶ eingeführt, das 2006 die entsprechende EU-Richtlinie⁷ umsetzte. Im Strafrecht wurde § 46 dt StGB⁸ im Jahr 2015 dahingehend erweitert, dass rassistische Beweggründe für die Strafzumessung nun berücksichtigt werden.

3. Diskurs um den Rassebegriff

In den letzten Jahren ist ein Diskurs entstanden, der die Streichung des Rassebegriffs aus Gesetzen bezweckt, mit der Argumentation, dass es keine Menschenrassen gebe.⁹ In Folge der aktuellen Rassismusdebatte wurde die Forderung, den Rassebegriff aus dem Grundgesetz zu streichen, aufgegriffen. In der Diskussion werden sowohl Positionen für die Ersetzung des Rassebegriffs als auch für die Beibehaltung vertreten.¹⁰ IdZ ist das Dilemma der Differenz¹¹ zu nennen: Sozial konstruierte Kategorien wie Rasse oder Geschlecht werden benannt, um Diskriminierungen und Ungleichheiten zu adressieren. Die Kategorisierungen können jedoch als tatsächliche Unterschiede missverstanden werden. Deshalb ist darauf hinzuweisen, dass Rasse und andere Merkmale als verbotene Diskriminierungskategorien im Recht aufgeführt sind und keine Affirmation von Stereotypen bedeuten.

4. Racial Profiling und Rechtsprechung

Art 3 Abs 3 S 1 GG wurde vor allem in der Rsp von Verwaltungsgerichten in Racial-Profiling-Fällen ausgelegt. Nach der weiten Definition handelt es sich um Racial Profi-

4 *Langenfeld in Maunz/Dürig*, Grundgesetz Kommentar (94. EL 2021) Bd 1, Art 3 Abs 3 GG Rn 18.

5 *Langenfeld in Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Art 3 Abs 3 GG Rn 38.

6 BGBl I 2006/1897 idF BGBl I 2013/610.

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

8 BGBl I 1998/3322 idF BGBl I 2021/4650.

9 *Angst in Angst/Lantschner*, ICERD, Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (2020) Einführung Rn 6 ff.

10 Siehe etwa *Cremer*, Das Verbot rassistischer Diskriminierung, Vorschlag für eine Änderung von Artikel 3 Absatz 3 Grundgesetz (2020); *Barskanmaz/Samour*, Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse, verfassungsblog.de 16.6.2020, <https://verfassungsblog.de/das-diskriminierungsverbot-aufgrund-der-rasse/> (9.8.2021).

11 *Baer/Markard in von Mangoldt/Klein/Starck*, Kommentar zum Grundgesetz⁷ (2018) Bd 1, Art 3 GG Rn 374.

ling, wenn eine anlasslose polizeiliche Maßnahme an äußerliche Merkmale wie die Hautfarbe oder die ethnische Herkunft anknüpft, unabhängig davon, ob andere Faktoren eine Rolle gespielt haben.¹² Bei der engen Definition liegt Racial Profiling nur dann vor, wenn ein äußerliches Merkmal den ausschlaggebenden Grund für eine Maßnahme darstellt. Während der VN-Fachausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung (CERD) eine weite Definition für das Vorliegen von Racial Profiling etabliert hat,¹³ ist die Rsp von Verwaltungsgerichten bisher uneinheitlich gewesen. Die Interpretation des grundgesetzlichen Diskriminierungsverbots ist von den jeweiligen Gerichten abhängig, da es an einer bundesverfassungsgerichtlichen Rsp fehlt.¹⁴ Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen hat 2018 zwar in einem Racial-Profiling-Fall festgestellt, dass auch Polizeikontrollen, bei denen die Hautfarbe Teil eines Motivbündels ist, gegen Art 3 Abs 3 S 1 GG verstoßen.¹⁵ Dennoch hat das Gericht auch entschieden, dass bei der polizeilichen Arbeit auf eines der Diskriminierungsmerkmale abgestellt werden kann, wenn es belastbare Anhaltspunkte für eine bestimmte äußerlich erkennbare Tätergruppe gibt.¹⁶ Diese Ansicht ermöglicht letztlich eine rassistische Diskriminierung durch Polizeibeamt:innen, die nach Art 3 Abs 3 S 1 GG jedoch verboten ist.

5. Politische Maßnahmen

Eine politische Strategie für die Bekämpfung des Rassismus gab es lange nicht. Die Bundesregierung verabschiedete im Jahr 2008 den ersten von zwei Nationalen Aktionsplänen gegen Rassismus. Dabei handelt es sich um eine Verpflichtung aus der Erklärung und dem Aktionsprogramm von Durban.¹⁷ 2017 gab es eine Neuauflage des Aktionsplans.¹⁸ Als Folge des rassistischen Anschlags in Hanau wurde ein Kabinettsausschuss gegründet, der sich der Bekämpfung des Rechtsextremismus und des Rassismus widmet. Der Kabinettsausschuss hat im November 2020 seinen Maßnahmenkatalog veröffentlicht. Zu den 89 beschlossenen Maßnahmen zählt die Ersetzung der Kategorie Rasse in Art 3 Abs 3 S 1 GG.¹⁹ Der Bundestag hat bisher jedoch keine Änderung des Art 3 Abs 3 S 1 GG beschlossen.

12 Vgl. Krane, Profiling, in: Lange, Wörterbuch zur Inneren Sicherheit (2006) 251 (252 f).

13 CERD, UN Doc CERD/C/GC/36, 24.11.2020, General Recommendation No 36, para 18.

14 Leidinger, Drei Perspektiven auf Racial Profiling: Konservativ, liberal, kritisch, KJ 2018, 450 (452).

15 OVG NRW 7.8.2018, Az 5 A 294/16 (Juris-Rn 50 ff).

16 OVG NRW 7.8.2018, Az 5 A 294/16 (Juris-Rn 66).

17 Durban Programme of Action (2001) para 191 (a).

18 Bundesregierung, Nationaler Aktionsplan gegen Rassismus, Positionen und Maßnahmen zum Umgang mit Ideologien der Ungleichwertigkeit und den darauf bezogenen Diskriminierungen (2017), https://bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/heimat-integration/nap.pdf?__blob=publicationFile&v=7 (9.8.2021).

19 Bundesregierung, Maßnahmenkatalog des Kabinettsausschusses zur Bekämpfung von Rechtsextremismus und Rassismus (2020), <https://bundesregierung.de/resource/blob/997532/1819984/4f1f9683cf3faddf90e27f09c692abed/2020-11-25-massnahmen-rechtsextremi-data.pdf> (9.8.2021).

6. Fazit

Die Bekämpfung des Rassismus hat in Deutschland jüngst eine größere Aufmerksamkeit erhalten. Es ist eine willkommene, wenn auch verspätete Entwicklung. Die 2020 angestoßene Rassismusdebatte sollte zu einer kontinuierlichen Auseinandersetzung mit dem Rassismus und der rassistischen Diskriminierung führen. Insb strukturelle Diskriminierungen sollten anerkannt werden, um den Diskriminierungsschutz für Betroffene zu stärken und bestehende Ungleichheiten mit rechtlichen Maßnahmen zu überwinden. Eine hierfür wichtige Voraussetzung ist die Schaffung eines Gleichberechtigungsgebots für alle Kategorien, die in Art 3 Abs 3 GG aufgeführt sind. Es wird zudem eine einschlägige Rsp des BVerfG benötigt, die Art 3 Abs 3 S 1 GG konkretisiert.

Elisabeth Kaneza ist Doktorandin an der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam; kaneza@uni-potsdam.de

Relevante Bestimmungen gegen rassistische Diskriminierung und Rassismus im Allgemeinen – ein Überblick

Dilber Dikme

1. Einleitung

„*Black Lives Matter!*“ skandierten weltweit hunderttausende Menschen nach der Ermordung von *George Floyd* durch Polizeibeamte in den USA und rückten das Thema Rassismus in den Fokus. Auch in Österreich gibt es strukturellen, institutionellen und Alltagsrassismus.¹ Der vorliegende Beitrag bietet einen kurzen Überblick über die relevantesten Normen, die Rassismus bzw rassistische Diskriminierung adressieren.

2. Völker- und europarechtliche Normen

„Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren“, lautet Art 1 Satz 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte² (AEMR). Gem Art 2 Satz 1 AEMR hat zudem jeder „Anspruch auf alle in dieser Erklärung verkündeten Rechte und Freiheiten, ohne irgendeinen Unterschied, etwa nach Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Anschauung, nationaler und sozialer Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstigem Stand.“ Aber auch in den Art 7, 8 und 23 AEMR finden sich relevante Bestimmungen zum Schutz vor (rassistischer) Diskriminierung. Zwar fehlt der AEMR die Rechtsverbindlichkeit, dennoch ist sie Basis zahlreicher verbindlicher Konventionen³ mit entsprechendem Bezug, wie insb des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von rassistischer Diskriminierung⁴.

Auch in Art 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)⁵ oder in Art 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC)⁶ finden sich sinngemäße Bestimmungen mit einem allgemeinen Diskriminierungsverbot, welches auch rassistische Diskriminierung mitumfasst. Solche Diskriminierungsverbote finden sich auch in diver-

1 S hierzu auch den seit über 20 Jahren alljährlich erscheinenden ZARA Rassismusreport unter <https://zara.or.at/de/wissen/publikationen/rassismusreport> (4.10.2021).

2 AEMR A/RES/3/217.

3 Etwa Art 2 und 8 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (ICCPR) BGBl 1978/591 idF BGBl III 2019/217.

4 BGBl 1972/377 idF BGBl III 2019/172.

5 EMRK BGBl 1958/210 idF BGBl III 2021/68.

6 ABl C 2007/303, 1.

sen EU-Richtlinien und -Rahmenbeschlüssen. Eine schwerpunktmäßig spezifische Auseinandersetzung mit rassistischer Diskriminierung findet sich hingegen im Rahmenbeschluss 2008/913/JI des Rates vom 28.11.2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit⁷ sowie insb in der RL 2000/43/EG⁸ vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft.⁹

3. Innerstaatliche Normen

Im innerstaatlichen Recht finden sich ebenso Normen und Gesetze, die entweder einen generellen Diskriminierungsschutz oder ganz spezifisch Schutz vor rassistischer Diskriminierung bieten sollen.

Auf Basis der oben erwähnten RL 2000/43/EG erfolgte 2004 eine Novellierung des Gleichbehandlungsgesetzes (GlBG):¹⁰ Neben der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in der Arbeitswelt enthält es nun auch ein Diskriminierungsverbot aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit, Religion, Weltanschauung, Alter und sexueller Orientierung. Dabei ist zu beachten, dass sich der Schutz vor Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit und des Geschlechts auch auf Diskriminierungen beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen erstreckt, während die anderen Diskriminierungsgründe nur im Bereich der Arbeitswelt gelten.

Einfachgesetzliche Bestimmungen, die rassistische Diskriminierung adressieren, finden sich zudem etwa im Verwaltungsstrafrecht¹¹ oder im StGB¹². Insb ist auf § 33 Abs 1 Z 5 StGB hinzuweisen, wonach es einen Erschwerungsgrund darstellt, wenn der oder die Täter*in „aus rassistischen, fremdenfeindlichen oder anderen besonders verwerflichen Beweggründen, insbesondere solchen, die sich gegen eine der in § 283 Abs 1 Z 1 genannten Gruppen von Personen oder ein Mitglied einer solchen Gruppe ausdrücklich wegen der Zugehörigkeit zu dieser Gruppe richten, gehandelt hat.“ Der genannte § 283 Abs 1 Z 1 StGB formuliert den Tatbestand der Verhetzung, die sich ua gegen Gruppen richtet, die „nach den vorhandenen oder fehlenden Kriterien der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion oder Weltanschauung, der Staatsangehörigkeit, der Abstammung oder nationalen oder ethnischen Herkunft“ definiert werden.

Das rassistische Diskriminierungsverbot findet sich noch in weiteren Rechtsgebieten und Normhierarchien, so etwa in Art 7 Abs 1 Satz 1 B-VG,¹³ in Art 1 des BVG zur Durch-

7 ABl L 2008/328, 55.

8 ABl L 2000/180, 22.

9 Mit einer Verspätung von einem halben Jahr wurde die RL am 1.7.2004 auch in Österreich umgesetzt.

10 BGBl I 2004/66.

11 Art IX Abs 1 Z 4 sowie Art IX Abs 1 Z 3 Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen (EGVG) BGBl I 2008/87 idF BGBl I 2018/61; § 87 Gewerbeordnung (GewO) BGBl 1994/314 idF BGBl I 2020/65.

12 §§ 283, 321, 33, 115 iVm 117 Abs 3 StGB BGBl 1974/60 idF BGBl I 2021/159.

13 Gem Art 7 Abs 1 Satz 1 B-VG sind alle Staatsbürger*innen vor dem Gesetz gleich. Auch wenn idZ nicht explizit ein Schutz vor rassistischer Diskriminierung angeführt ist, bietet diese Bestimmung dennoch eine verfassungsrechtlich gesicherte Basis, um sich gegen entsprechende Benachteiligungen zu schützen.

führung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung¹⁴, im Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GLBG)¹⁵, im Verbotsgesetz 1947¹⁶, sowie in zahlreichen Gleichbehandlungs- und Antidiskriminierungsgesetzen der Länder, wie etwa dem Wiener Antidiskriminierungsgesetz¹⁷.

4. Reichen diese Normen?

Das Recht ist ein wichtiger Faktor am Weg zu Gleichstellung und die Anzahl der entsprechenden Normen ist beachtlich und kaum in dieser Kürze wiederzugeben. Doch manche Bestimmungen benötigen dringend Adaptierungen: So fordern etwa die Gleichbehandlungsanwaltschaft und NGOs bereits seit Jahren das sogenannte „Levelling up“ des GLBG, da nicht alle Diskriminierungsgründe (etwa Religion) denselben Diskriminierungsschutz genießen, was in Anbetracht der steigenden Zahlen von Antimuslimischem Rassismus und Antisemitismus besonders problematisch ist.

Zudem bedarf es dringend Bewusstseinsbildung der Allgemeinheit und insb der Staatsorgane zu Rassismus und White Privilege – dadurch wird präventive Wirkung erzielt und sichergestellt, dass die relevanten Normen auch konform¹⁸ angewendet werden.

„Systemischer Rassismus bedarf systemischer Antwort“ betonte zuletzt auch UNO-Hochkommissarin für Menschenrechte, *Michelle Bachelet*, die weltweit ein konsequenteres Vorgehen aller Länder verlangte.¹⁹ Auch in Österreich liegt vieles im Argen. Zwar hat die Bundesregierung erfreulicher Weise einen Nationalen Aktionsplan gegen Antisemitismus präsentiert, doch einen Nationalen Aktionsplan gegen Rassismus bleibt sie weiterhin schuldig. Die systematische Auseinandersetzung mit dem vorhandenen Rassismus in den Bereichen Bildung, Arbeitsmarkt, Polizei, Gesundheit, Öffentlichkeit, Repräsentation etc ist jedenfalls mehr als geboten und findet sich ua auch im entsprechenden Forderungskatalog des *Black Voices* Volksbegehrens²⁰.

Es bleibt zu hoffen und einzufordern, dass all diese Stimmen Gehör finden und der versprochene und längst überfällige Nationale Aktionsplan gegen Rassismus tatsächlich das Licht der Welt erblickt!

Dilber Dikme ist Juristin und arbeitet beim Verein ZARA – Zivilcourage und Anti-Rassismus-Arbeit, wo sie die Leitung der Beratungsstelle für Betroffene und Zeug*innen von Rassismus sowie der Beratungsstelle #GegenHassimNetz innehat; dilber.dikme@zara.or.at

14 BGBl 1973/390.

15 BGBl 1993/100 idF BGBl I 2020/153.

16 StGB 1945/13 idF BGBl 1992/148.

17 LGBl 2004/35 idF LGBl 2018/39.

18 Vgl etwa die problematische Entscheidung der Vorinstanzen in OGH 14.1.2004, 13Os154/03 (130Os155/03).

19 ORF, UNO-Bericht – Struktureller Rassismus gang und gäbe, orf.at 28.6.2021, <https://orf.at/stories/3219031> (29.7.2021).

20 <https://blackvoices.at/#forderungen> (21.8.2021).

Rassistische Polizeigewalt in Österreich

Perspektiven aus der juristischen Beratungspraxis

Dunia Khalil

1. Einleitung – Erkenntnisse aus Studien

In Österreich ist es für Betroffene von rassistischer Polizeigewalt nahezu unmöglich, sich bei Rechtsverletzungen gegen die einschreitenden Polizeibeamt*innen erfolgreich zu beschweren. Dieser Befund basiert nicht nur auf meiner langjährigen Beratungserfahrung, sondern geht auch aus Studien, wie der Studie des *Austrian Center for Law Enforcement Sciences (ALES)* der Universität Wien, hervor, welche im Allgemeinen die Beschwerdeproblematik gegen die Polizei aufzeigt. In deren Rahmen wurden 1.518 Misshandlungsvorwürfe gegen Exekutivbeamt*innen untersucht, wobei mehr als die Hälfte der Beschwerdeführer*innen durch ärztliche Gutachten belegte Verletzungen aufweisen konnten. In keinem einzigen Fall kam es zu einer Verurteilung der Polizist*innen. Nicht nur wurde kein*e einzige*r Polizeibeamt*in rechtlich belangt, Betroffene waren in 10% der Fälle zusätzlich mit einer Verleumdungsanzeige konfrontiert.¹

Auch im Vergleich zu anderen europäischen Ländern kommt Österreich in Bezug auf die Belangbarkeit rassistischer Polizeigewalt keineswegs eine Vorreiterrolle zu. Die Grundrechteagentur (FRA) veröffentlichte Studien unter dem Titel *Being Black in the EU*, in welchen Österreich auffallend negativ abschnitt. Unter anderem zeigte sich, dass in Österreich im EU-Vergleich am häufigsten als *racial profiling* wahrgenommene Anhaltungen durchgeführt wurden, dass österreichische Rassismusbetroffene das geringste Vertrauen in die Polizei aufwiesen und dass sich in Österreich im Zeitraum der Studierendurchführungen die meisten rassistischen Körperverletzungen durch die Polizei ereigneten.² Erwähnenswert ist hier, dass im Gegensatz dazu Studien wie bspw vom *Statista Research Department*³, von *Makam-Research*⁴ und der OGM/APA⁵ das hohe Vertrauen

1 ALES, Studie über den Umgang mit Misshandlungsvorwürfen gegen Exekutivbeamte (2018), www.justiz.gv.at/home/service/publikationen/ales-studie-ueber-den-umgang-mit-misshandlungsvorwurfen-gegen-exekutivbeamte-11c.de.html (29.6.2021).

2 FRA, *Being Black in the EU* (2019), https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-being-black-in-the-eu-summary_en.pdf (29.6.2021).

3 Statista Research Department, Wie sehr vertrauen Sie der Polizei?, 30.4.2021, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/377459/umfrage/umfrage-in-oesterreich-zum-vertrauen-in-die-polizei/> (9.8.2021).

4 Makam Research, Hohes Vertrauen in Ärzte und Polizei, 11.11.2015, <https://makam.at/vertrauen2015/> (09.08.2021).

5 Wolfgang Bachmayer, Vertrauen in Institutionen, 30.07.2021, www.ogm.at/2021/07/30/ogm-vertrauensindex-institutionen-juli-2021/ (9.8.2021).

von Österreicher*innen in die Polizei stets betonen. Erkennbar wird, wie entscheidend es für solche Auswertungen ist, wer befragt wird. Merkmale wie vermeintlich ethnische Zugehörigkeit⁶ und Religion spielen hierbei zudem eine entscheidende Rolle. So kann es einen großen Unterschied machen, ob für eine Umfrage bzw Studie (ausschließlich) autochthone *weiße*⁷ oder Schwarze⁸ Menschen bzw PoC⁹ befragt werden.

2. Kostenrisiko und Beweisproblematik

Als Rechtsberaterin ist es oft schwierig, Betroffenen von rassistischer Polizeigewalt rechtliche Schritte gegen Polizeibeamt*innen zu raten, wenn sowohl aus der Erfahrung als Beraterin als auch durch Studien belegt ist, dass solche Beschwerden keine Aussichten auf Erfolg aufweisen. Dabei ist es wichtig, zwischen unterschiedlichen Ebenen und Dimensionen der Schwierigkeiten zu unterscheiden: Möchte sich eine betroffene Person beim Verwaltungsgericht durch eine Maßnahmen- oder Richtlinienbeschwerde gegen die Polizei beschweren, geht sie erstens ein häufig nicht bewältigbares Kostenrisiko ein, zumal bei Verlust des Verfahrens die Verfahrenskosten vom* von der Beschwerdeführer*in übernommen werden müssen (siehe § 35 VwGVG)¹⁰. Diese können im vierstelligen Bereich liegen, weshalb bereits dadurch der Zugang zum Recht für Betroffene sehr eingeschränkt ist. Wissenswert ist zudem, dass auch die sogenannte Verfahrenshilfe lediglich von den eigenen Verfahrenskosten und nicht von den Kosten der Beschwerdegegner*innen befreit. Nur wenn finanzielle Aspekte für die betroffene Person kein Hindernis darstellen, wird in der Praxis ein gerichtliches Verfahren möglich.

Für einen Erfolg vor Gericht ist eine gute Beweislage wesentlich, wobei hier insb Videos und Zeug*innen eine ausschlaggebende Rolle spielen. Diese sind für Betroffene jedoch schwierig zu erlangen, denn in der Praxis werden Zeug*innen von Polizist*innen häufig mit der Behauptung weggeschickt, sie würden die Amtshandlung stören, oder Videoaufnahmen werden von den Polizist*innen selbst unterbrochen.¹¹ In der Praxis mangelt es daher oft an solchen Beweismitteln, weshalb im Verfahren dann eine Aussage-gegen-Aussage-Konstellation vorliegt. Doch selbst wenn es Zeug*innen oder Videos gibt, garantiert dies keinesfalls einen Erfolg vor Gericht.¹²

6 Der Begriff „Rasse“ wird hier bewusst nicht verwendet, da er im deutschsprachigen Raum unter anderem durch die NS-Zeit historisch negativ behaftet ist und die Existenz menschlicher „Rassen“ nahelegt. Außerdem soll einer Retraumatisierung von Betroffenen durch die Verwendung des Begriffs vorgebeugt werden.

7 *Weiße* wird hier kursiv geschrieben, weil sich dieser Begriff nicht auf ein phänotypisches Merkmal bezieht, sondern kontextabhängig zu betrachten ist. Der Begriff bezieht sich auf Personen, die keine Erfahrungen mit Rassismus machen.

8 Schwarz wird großgeschrieben, da es sich hier um einen politischen Begriff handelt. Es ist eine Selbstbezeichnung, mit der Menschen, die sich als Schwarz identifizieren oder als Schwarz gelesen werden, selbst bezeichnen oder bezeichnet werden.

9 PoC steht für People of Color. Es ist ein Sammelbegriff für Personen, die Rassismuserfahrungen machen.

10 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2021/109.

11 Vgl Rieß, „Darf ich Polizist_innen fotografieren?“ Zulässigkeit von Bildaufnahme und Veröffentlichung polizeilichen Handelns, *juridikum* 2018, 408 (408).

12 Siehe zB das VwG-Verfahren aufgrund eines 2018 medial sehr präsenten Falles von *racial profiling*. Zur Beschreibung des Falles vgl ZARA, Rassismus-Report 2018. Einzelfallbericht über rassistische Übergriffe und Strukturen in Österreich (2019) 51 f.

3. Das Problem der Verleumdungsanzeigen

Entscheiden sich Betroffene trotz allem, rechtliche Schritte zu setzen, sind diese zusätzlich dem Risiko ausgesetzt, eine Verleumdungsanzeige vonseiten der Polizei zu erhalten.¹³ Dies ist insb für Menschen, deren Aufenthaltsstatus in Österreich nicht gesichert ist, gefährlich. Als Rechtsberaterin gelange ich deshalb immer wieder an den Punkt, Betroffenen teilweise sogar davon abraten zu müssen, Beschwerde gegen Polizist*innen einzureichen. Gibt es keine Beweise, führt ein Beschwerdeverfahren aufgrund der Aussichtslosigkeit lediglich zu noch mehr Enttäuschung und Vertrauensverlust gegenüber dem Rechtsstaat sowie dem Risiko, weitere negative Erfahrungen mit der Polizei zu machen. Es ist daher von enormer Wichtigkeit, Betroffene sowie mögliche Zeug*innen von rassistischer Polizeigewalt im Voraus über ihre Rechte und Pflichten zu informieren, um zumindest über bessere Erfolgschancen vor Gericht verfügen und Verleumdungsanzeigen vorbeugen zu können. Mit dem Ziel, all diesen Problemen entgegenzuwirken, wurde das Kollektiv *BigSibling* gegründet, welches auf rassistische Polizeigewalt in Österreich aufmerksam macht sowie Bildungsarbeit leistet.¹⁴

4. Conclusio

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass vor allem für die am prekärsten Lebenden in unserer Gesellschaft der Zugang zu ihrem Recht stark eingeschränkt, gar unmöglich gemacht wird. Die bestehenden rechtlichen Instrumente schützen bis dato in der Praxis nicht vor Rechtsverletzungen durch Polizist*innen und bieten wenig Möglichkeit, sich zur Wehr zu setzen, vielmehr werden durch diese die Machtungleichheiten zwischen Zivilpersonen und Polizist*innen aufrechterhalten, konstant reproduziert sowie verstärkt. Dies erfolgt insb durch die fehlende Konsequenz für polizeiliches Fehlverhalten, welche dazu führt, dass Rechtsbrüche normalisiert werden. Von der gängigen Praxis der fehlenden Konsequenzen für Polizist*innen, die rassistische Gewalt ausüben, geht eine starke Signalwirkung aus, die zur kontinuierlichen Reproduktion eines rassistisch geprägten Systems führt. Die Aufgabe der rassismuskritischen und dekolonialen Rechtswissenschaften ist es, dieser exekutiven Praxis entschieden entgegenzuwirken.

Dunia Khalil ist Rechtsberaterin im Bereich Anti-Rassismus sowie Hass im Netz, Mitbegründerin des *BigSibling* Kollektivs und Studentin der Rechtswissenschaften in Wien; dunia.khalil@hotmail.com

¹³ ALES, Studie 52.

¹⁴ *BigSibling Kollektiv*, Selbstverständnis, <https://bigsibling.noblogs.org/de/home/uber-uns/selbstverstandnis/> (9.8.2021).

„Heißt das, es gibt rechtlich geseh’n keine Rassen?“

„Rasse“ als un/sichtbare Denkkategorie von Lehrer*innen und Schüler*innen

Christa Markom

1. Einleitung

Dieser Beitrag befasst sich aus diskriminierungskritischer Perspektive mit der Analyse der Wissenskategorie und des Ordnungsprinzips „Rasse“ im Bildungssystem. Anhand von sozialanthropologischen Forschungen in österreichischen Schulen mit Lehrer*innen, Schüler*innen und der Analyse von Schulbüchern sollen Schulen – seine Akteur*innen und Medien – als Orte der rassistischen Wissens(re)produktion thematisiert werden. Rassismus als eine Ideologie, durch die spezifisch markierten Gruppen aufgrund ihrer vermeintlich kulturellen Elemente, ihrer Religion, Herkunft, phänotypischen Merkmale oder Sprache negative Eigenschaften zugeschrieben werden, hat ihren Ursprung in biologistischen und kolonialistischen Zuschreibungen und trägt diese Komponenten bis heute mit sich.

Während von *Andre Gingrich* das sukzessive Verschwinden des „Rasse-Begriffes“ bereits nach 1945 identifiziert wird,¹ konnte die Autorin vor allem im österreichischen Alltagsgebrauch² und in Bildungskontexten³ die Benutzung des Begriffes und Konzeptes „Rasse“ sowohl in der Alltagskommunikation als auch im konzeptuellen Denken über Menschen generell identifizieren. Es handelt sich dabei nicht um die soziale Kategorie „race“⁴ wie im englischen Sprachraum häufig verortet – sondern um eine biologistisch-rassistische Ordnungsmacht.

In diesem Sinne reiht sich der vorliegende Artikel in postkoloniale Zugänge ein, die den Kolonialismus und Rassismus als konstitutiven Bestandteil des Wissens und Seins begreifen.

Der folgende Beitrag befasst sich mit den Erkenntnissen aus Interviews, Fokusgruppen und teilnehmenden Beobachtungen der Autorin⁵ zwischen 2010 und 2020 in österreichischen Schulen, bei Fortbildungen an pädagogischen Hochschulen und aus Analysen

1 *Gingrich*, Concepts of Race Vanishing, Movements of Racism Rising? Global Issues and Austrian Ethnography. *Ethnos* 2004, 156.

2 *Markom*, Rassismus aus der Mitte. Die soziale Konstruktion der „Anderen“ in Österreich (2014).

3 *Markom/Weinhäupl*, Die Anderen im Schulbuch: Rassismen, Exotismen, Sexismen und Antisemitismus in österreichischen Schulbüchern (2007); *Markom et al*, Migration(s) in textbooks. A critical analysis by students, teachers and researchers. Research Report submitted to the Federal Ministry for Education, the Arts and Culture in Austria (2013).

4 „Race“ ist im englischsprachigen Raum als Begriff gegenwärtig und impliziert den Aspekt der sozialen Konstruktion und die dem Begriff inhärenten Machtverhältnisse. „Races“ werden nicht als biologisch real betrachtet, sondern als soziale und kulturelle Erfindungen mit jeweiligen Zuschreibungen und deren Auswirkungen.

5 In den Projekten „Die Anderen im Schulbuch“, „Migrationen im Schulbuch“ (www.migrationen-im-schulbuch.at), „TRANSCA“ (www.transca.net).

österreichischer Schulbücher (Primar- und Sekundarstufe I+II). Außerdem wurden im Rahmen des *Child Centered Research Approach*⁶ und auf Basis des *Funds of Knowledge Approach*⁷ informelle Gespräche und Interviews mit Eltern und Kindern zu diesem Thema geführt.

In Folge wird zuerst die historische Informiertheit des „Rasse“-begriffes und dessen Verwendung und Positionierung im Rahmen des Artikels geklärt, um danach das empirische Material zu präsentieren, welches die These stützt, dass „Rasse“ nach wie vor eine relevante Denkkategorie im österreichischen Bildungssystem ist, auf Basis dessen sich vor allem bei den als *weiß* gelesenen Schüler*innen und Lehrer*innen eine Haltung zum Thema „Rasse“ aber auch Rassismus formiert.⁸

2. Geschichte des „Rasse“-begriffes

Die Ideologie und „Erfindung der Rassen“ hat eine lange Geschichte, deren Ideologien in der so genannten österreichischen Mehrheitsgesellschaft noch immer ihren Platz finden; und mehr noch, durch die Positionierung dieses Denksystems im Bildungssystem wird nach wie vor eine Grundlage für einen biologistisch informierten und begründeten Rassismus gesetzt.

Der deutsche Historiker, Geograf und Theologe *Georgius Hornius* (1620–1670) war einer der ersten, der eine stark auf die Bibel bezogene frühe Einteilung der Menschen in Großgruppen machte. Häufiger in der Literatur genannt wird der französische Arzt und Philosoph *François Bernier* (1620–1688), der den Begriff „Rasse“ in Bezug auf den Menschen verwendete, aber keine Charaktereigenschaften zuordnete und in „Europäer, Afrikaner, Indianer, Chinesen und Lappen“ einteilte. Die Zuschreibung von Eigenschaften wurde dann ua von dem schwedischen Naturforscher *Carl von Linné* (1707–1778) in seiner *Systema naturae* (1735) vollzogen, der „den Europäer“ als kreativ und erfinderisch, „den Amerikaner“ als freiheitsliebend, „den Asiaten“ als habsüchtig und „den Afrikaner“ als verschlafen, faul und phlegmatisch konstruierte.⁹ Diese und weitere intellektuelle Diskurse der Aufklärung (bspw über „Vermischung und Entartung“) trugen dazu bei, den transatlantischen Sklavenhandel und Kolonialismus zu legitimieren.¹⁰

6 Clark, In a younger voice: Doing child-centered qualitative research (2011).

7 González, The funds of knowledge for teaching project, *Practicing Anthropology* 1995/17, 3.

8 Im vorliegenden Beitrag wird der Begriff „Rasse“ unter Anführungsstriche gesetzt, um auf die rassistischen und sozialen Konstruktionen dieser Kategorie im Kontext der historischen und heutigen Herrschaftssysteme hinzuweisen. Ebenso wird die Zuschreibung „Schwarz“ groß geschrieben, um zu verdeutlichen, dass es nicht um vermeintliche Hautfarben geht, sondern um die sozialen rassistischen Konstruktionen mit ihren Implikationen in Hinblick auf Privilegierung und Diskriminierung. Aber auch „weiß“ ist keine natürliche, sondern eine zu hinterfragende und zu markierende Kategorie und wird daher klein und kursiv gekennzeichnet.

9 Linné, *Systema naturae* (1956), London: Printed by Order of the Trustees, British Museum (Natural History). Es reihten sich noch viele andere in die „Erfindung der Rassen“ ein, wie etwa *Johann Friedrich Blumenbach* (1752–1840), *Georges-Louis Leclerc de Buffon* (*Histoire naturelle*, 1749), *Christian Meiners* (*Grundrisse der Geschichte der Menschheit*, 1775) und *Immanuel Kant* (*Von den verschiedenen Rassen der Menschen*, 1775).

10 Vgl *Arndt/Hornscheidt* (Hrsg), *Afrika und die deutsche Sprache. Ein kritisches Nachschlagewerk* (2004).

Der Schriftsteller *Joseph Arthur de Gobineau* postulierte in dem umfangreichen Essay „Versuch über die Ungleichheit der Menschenrassen“ (1853/55) das Verschwinden großer Reiche aufgrund der „Rassenvermischung“, legte dar, dass „die Arier“ (denen er die „Juden“ zurechnete) die „schönste Rasse“ seien, und schrieb „den Schwarzen“ am wenigsten Fähigkeiten zu.¹¹ Seine Ausführungen und auch die Ideologie des Sozialdarwinismus bahnten den Weg zur Glorifizierung des „Herrenmenschentums“. Vor allem in Deutschland wurden seine Annahmen ua von *Houston Steward Chamberlain* (dem Schwiegersohn von Richard Wagner) „weiterentwickelt“. Antisemit*innen wie er entwickelten ein Denkmodell, wonach „die Juden die Germanen (Arier) unterwandern und vernichten“ würden. Diese Unterteilung, Hierarchisierung und in weiterer Folge Naturalisierung von Eigenschaften wurde als unveränderbar anhand von äußerlichen Merkmalen konstruiert und führte zur kontinuierlichen Entmenschlichung, Diskriminierung und Ermordung bestimmter Gruppen.¹² Obwohl diese als wissenschaftlich dargestellte „Rassentheorie“ als Denkweise bereits Mitte bis Ende des 19. Jahrhunderts voll ausgeprägt war, wurde die zugehörige Ideologie des Rassismus – als wissenschaftliches Konzept – erst im 20. Jahrhundert definiert und so in den akademischen Kontext geholt.¹³ Bspw hat die amerikanische Anthropologin *Ruth Benedict* Rassismus als ein Dogma definiert, „wonach eine ethnische Gruppe von Natur aus zu erblicher Minderwertigkeit verdammt ist, während einer anderen erbliche Überlegenheit bestimmt ward“¹⁴, und fokussiert dabei eher die biologistischen Aspekte von Rassismus. Rassismus bedient sich jedoch sowohl biologistischer als auch kulturalistischer oder sozialer Elemente, die herangezogen werden, um wertende Unterscheidungen zwischen Gruppen zu machen, und definiert dabei beispielsweise auch „Leitkulturen“ oder „fremde Kulturen“.¹⁵ Außerdem steht Rassismus auch immer in Interaktion und Überlappung mit weiteren Ungleichheitskategorien (wie zB Sexismus, Altersdiskriminierung, Ableism, Klassismus oder Heterosexismus), welche neue Muster der Diskriminierung schaffen. Mit dem damit angesprochenen Konzept der Intersektionalität können sozial konstruierte Dimensionen von Macht und Herrschaft und verschiedene Positionen sozialer Ungleichheit in ihren Verflechtungen veranschaulicht werden. Feministische, queere und postkoloniale Auseinandersetzungen trugen wesentlich zur Reflexion über die Konzeptionen von Differenz bei sowie über die essentialisierenden und naturalisierenden Zuschreibungen an bestimmte minorisierte Menschengruppen.¹⁶

11 Blumenthal, Joseph Arthur Gobineau : „Versuch über die Ungleichheit der Menschenrassen“ (2010).

12 Zur ausführlichen Geschichte der „Erfindung der Rassen“ siehe *Mosse*, Die Geschichte des Rassismus in Europa (1990).

13 Siehe dazu ausführlicher *Markom*, Rassismus aus der Mitte 37-41.

14 *Benedict*, Race: Science and Politics (1947) 98.

15 Ähnliche oder gleiche Konzepte wie Kultureller Rassismus werden in der wissenschaftlichen Literatur auch Neorassismus, Postrassismus, Neuer Rassismus, Kulturrassismus oder Differenzialistischer Rassismus genannt.

16 Vgl *Crenshaw*, Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color, Stanford Law Review 1991, 1241; *Collins*, Black feminist thought. Knowledge, consciousness, and the politics of empowerment (1990/2008).

Die Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Definitionen von Rassismus führte ua auch zur Diskussion über rassistische Begrifflichkeiten und erzeugte die bis heute andauernden Diskussionen zum Thema politische Korrektheit bzw über den Anspruch an diskriminierungsfreie Sprache. *Susan Arndt* reiht sich unter jene Kulturwissenschaftler*innen ein, die sich seit vielen Jahren gegen die Verwendung sowohl des Begriffes „Rasse“ als auch „Race“ aussprechen, indem sie darauf hinweist, dass „Worte wie Arsendosen“ sein können.¹⁷ Koloniale Konzepte und ihre Wirkungsmacht in der Geschichte und Gegenwart würden sich eben auch durch Sprache manifestieren. Sie warnt gleichzeitig davor, „Rasse“ mit Euphemismen wie „Ethnizität“ oder „Kultur“ zu ersetzen, da diese zur Entpolitisierung des Rassismus und Verschleierung von Strukturen benützt werden können.¹⁸

Andere Stimmen aus der Richtung der Critical Race Theory im deutschsprachigen Raum wiederum plädieren dafür, den „Rasse“-begriff beizubehalten, um die Funktion von „Rasse“ als Ordnungsprinzip in der Gesellschaft aber auch im Rechtssystem nicht zu verschleiern.¹⁹

Der vorherrschende Diskurs in Österreich und generell im deutschsprachigen Raum ist wesentlich von dem angloamerikanischen Diskurs über „Race“ zu unterscheiden; während in Europa der Begriff der „Rasse“ auch von Rassist*innen, aber vor allem in akademischen Diskursen häufig vermieden wird, ist „race“ als Begriff in akademischen Diskursen der USA als soziale Konstruktion allgegenwärtig. Nur wenige Sozialwissenschaftler*innen der angloamerikanischen Academia sprechen sich gegen die Verwendung von „race“ aus. Im deutschsprachigen Raum hingegen positionieren sich die Akteur*innen in NGOs, im Bildungsbereich, im Aktivismus²⁰ und in den Sozialwissenschaften²¹ mehrheitlich gegen die Verwendung des Begriffes „Rasse“.

3. Das Bildungsmedium „Schulbuch“

In österreichischen Schulbüchern wird der biologistische im Vergleich zum kulturalistischen Rassismus auf der Diskursebene wesentlich seltener sichtbar. In den letzten 20 Jahren hat sich die Darstellung in Hinblick auf vermeintliche „Menschenrassen“ stark verbessert und das Konzept wird zunehmend offen und direkt hinterfragt. In manchen Biologie- und Umweltkunde-Büchern finden sich allerdings noch Reste der „Rassenideolo-

17 *Arndt*, Afrika und die deutsche Sprache (2018).

18 Vgl *Amesberger/Halbmayer*, Rassismen: ausgewählte Analysen Afrikanisch-amerikanischer Wissenschaftlerinnen (1998).

19 *Barskanmaz/Samour*, Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse, verfassungsblog.de 16.6.2020, verfassungsblog.de/das-diskriminierungsverbot-aufgrund-der-rasse (21.5.2021).

20 S zB den Klagsverband zur Durchsetzung der Rechte von Diskriminierungsopfern, www.klagsverband.at/archives/3579 (13.7.2021) oder eine Stellungnahme von ZARA – *Zivilcourage und Anti-Rassismus-Arbeit*, 12 SN 70/ME 22. GP.

21 Vgl *Arndt/Hornscheidt* (Hrsg), Afrika und die deutsche Sprache.

gie“ auf Bild und Textebene.²² Zumeist wird zwar versucht, die Einteilung in „Menschenrassen“ wissenschaftlich zu widerlegen und das System der Einteilung in „Rassen“ als falsch bzw zu ungenau zu kritisieren. Gleichzeitig wird die Empfehlung ausgesprochen, dieses für Menschen „nicht mehr“ zu verwenden, als wäre dessen Verwendung jemals gerechtfertigt gewesen.

Dies verdeutlicht das folgenden Beispiel: In dem Schulbuch „Biologisch 3“ wird unter der Überschrift „Die heutigen Menschen“ am Ende der Rubrik „Abstammung des Menschen“ zunächst historisch-biologisch auf die Entwicklung der Kategorie „Rasse“ sowie auf deren Ungenauigkeit hingewiesen, die dahinterstehende Ideologie und deren Folgen werden jedoch völlig ausgespart:

„In den unterschiedlichen Lebensräumen entwickelten sich in den getrennten Gruppen unterschiedliche Merkmale, die weiter vererbt wurden. Solche Unterschiede zwischen verschiedenen Menschengruppen hat man früher dazu verwendet, um mehrere ‚Rassen‘ voneinander abzugrenzen. [...] Manche Forscher unterschieden nur drei ‚Großrassen‘, nämlich Schwarze (Negride), Gelbe (Mongolide) und Weiße (Europide). Andere Wissenschaftler glaubten demgegenüber mehr als 60 ‚Rassen‘ unterscheiden zu können.“²³

Mit keinem Wort werden Rassismus und Diskriminierung erwähnt – es bleibt auch unklar, wer die Forscher*innen waren, die diese „Rasseneinteilungen“ vornahmen. Damit werden die Verantwortung der westlichen Wissenschaftler*innen und die Folgen der Abwertung übergangen. Es wird versucht, „Rasse“ wissenschaftlich zu widerlegen, doch die Legitimität der Kategorienbildung an sich und vor allem deren Effekte werden nicht thematisiert. Dadurch entstehen auch keine Anknüpfungspunkte für Schüler*innen zu bestehenden realen rassistischen Strukturen in der Gesellschaft, in der sie leben. Die fehlende Thematisierung von Rassismus in österreichischen Schulbüchern verweist generell auf die gravierende Vernachlässigung des Umgangs mit diversen Formen von strukturellen und interpersonellen Rassismen in Bildungsinstitutionen.²⁴

Im Vergleich zu Biologie- und Umweltkunde-Büchern wie dem zuvor genannten finden sich vor allem in der Geografie und Wirtschaftskunde sowie Geschichte und Sozialkunde immer häufiger Schulbücher, die auch die politische Dimension und Verantwortung von Rassismus deutlich machen, indem beispielsweise die Kolonialgeschichte aufgearbeitet wird und Bezüge zur Gegenwart auf globaler Ebene hergestellt werden.²⁵

22 Markom/Weinhäupl, Die Anderen; Markom/Weinhäupl, Migration und Sprachkritik im Schulbuch und im Klassenzimmer, in Müller-Mathis/Wohnig (Hrsg), Wie Schulbücher Rollen formen. Konstruktionen der ungleichen Partizipation in Schulbüchern (2017) 144.

23 Jaenicke et al, Bio Logisch: Biologie und Umweltkunde für die Klasse 3 (2017) 17.

24 Zu Diskriminierung in Österreichischen Schulen s diskriminierungsfrei.at/wp-content/uploads/2020/06/4_6037292136209057794.pdf (13.7.2021).

25 Markom/Weinhäupl, Die Anderen im Schulbuch 119ff.

Allerdings findet sich in Schulbüchern noch kaum eine Auseinandersetzung mit epistemologischem Rassismus, welcher hier die implizite oder explizite Abwertung von Wissen außerhalb des eurozentrischen Komplexes meint. So wird zum Beispiel Kolonialgeschichte häufig ausschließlich aus der Perspektive der Kolonisierenden erzählt, Flucht und Migration aus der Sicht der sogenannten „Aufnahmeländer“ und Rassismus aus der Perspektive derer, „die es nicht so meinen“. Es fehlt der Zugang, den Kolonialismus als konstitutiven Bestandteil der Kolonialität des Wissens und des Seins zu begreifen.²⁶

Immer wieder findet sich in Schulbüchern das Verbot, von „Menschenrassen“ zu sprechen,²⁷ aber selten inkludiert dies auch die Gründe – abseits der Erklärung, dass es wissenschaftlich nicht haltbar ist. Um nachhaltig die Ideologie der „Rassen“ und ihre Folgen aufzuarbeiten, wäre es nötig, auf die Legitimierungsfunktion für ungleichheitsgenerierendes Verhalten hinzuweisen, welches in der Geschichte und bis heute zur Rechtfertigung von Benachteiligung, Ausbeutung, Verfolgung und Mord bis hin zum Völkermord verwendet wird. Die mangelnde Kontextualisierung und Diskussion der Gründe für dieses Verbot könnte eine Mitursache sein, warum – wie im Folgenden deutlich wird – auch jene Schüler*innen, die den „Rassebegriff“ für falsch halten, kaum Wissen über die Geschichte von Rassismus und Kolonialismus haben.

4. „Für manche Menschen ist das einfach was Normales.“ – die Haltung von Schüler*innen zum Rassebegriff

In Workshops (mit ca 350 Kindern und Jugendlichen²⁸) gaben über 95 % der Schüler*innen an, sie dächten, dass in Schulbüchern „die Wahrheit“ stehe, und eine in etwa ebenso hohe Anzahl (93 %) ging davon aus, dass Lehrer*innen „gesichertes“ Wissen vermitteln. Dies verhält sich nicht nur in Volksschulen so, denn obwohl die Kritikfähigkeit an Medien wie dem Schulbuch mit dem Alter steigt, so waren bspw auch Schüler*innen aus Oberstufen (AHS, HTL, HBLA) eher selten in der Lage, kritisch mit den Texten umzugehen und sich reflektiert darüber zu unterhalten.

Zumeist waren den Schüler*innen der Oberstufe die Begriffe „Rasse“ oder „Volk“ unangenehm – im Gegensatz zu VS-Kindern und teilweise auch der Unterstufe, die damit

26 Markom/Weinhäupl, Die Anderen im Schulbuch 146ff.

27 Markom/Weinhäupl, Die Anderen im Schulbuch 123.

28 Die Workshops wurden in oben genannten Projekten (FN5) dokumentiert und ausgewertet, andererseits handelte es sich um Workshops, die als Folge dieser Projekte in Auftrag gegeben wurden. Im Zentrum stand die Erfassung und kritische Analyse der in österreichischen Schulbüchern vermittelten Narrative und Repräsentationen von Menschen mit Migrationsbiographie. Die Forschung war durch ein partizipatives Design geprägt, in dem die Kollaboration von Wissenschaftler*innen, Lehrer*innen und Schüler*innen maßgeblich war. Im Rahmen der Workshops wurden zur Erhebung der Positionen zu Migration und Rassismus verschiedene Methoden angewandt, darunter Fragebögen, räumliche Aufstellungen, Gruppendiskussionen und Abstimmungen sowie teilnehmende Beobachtungen. Wird in Folge zitiert, dann stammen diese Aussagen aus den Transkripten der oben genannten Interviews, Diskussionen oder Beobachtungen. Die Namen der Schüler*innen und Lehrer*innen wurden anonymisiert – jedoch zur besseren Einordnung der Schulstufe mit Altersangaben versehen.

kaum etwas assoziierten und denen die Begriffe weder geläufig noch mit Bewertung beladen waren. VS-Kinder verbanden den „Rasse“-begriff so gut wie immer mit Hunderassen und/oder Pferderassen, aber nicht mit Menschen. Im Gespräch über die Geschichte der Einteilung von Menschen „rassen“ assoziierten sie jedoch mit vermeintlichen „Menschenrassen“ rassialisierte Farben wie „Rot, Braun, Schwarz, Weiß, Gelb“, die sie auch häufig in Verbindung mit Kinderbüchern, Fasching oder Filmen nannten.

In einer Diskussion darüber, ob die Bezeichnung „*Mensch schwarzer Rasse*“ (C. 13J) oder „*Schwarzafrikaner*“ (T. 12J) besser sei, wurde häufig von den Jugendlichen betont, dass es relevanter sei, WIE und WER etwas formuliert und nicht WAS. Denn jemand, der „*du Türke*“ (H. 15J) sage, wisse zumeist genau, dass es eine Beschimpfung sei und nicht einfach nur eine Beschreibung der Nationalität. Ein Schüler meinte zB „*Wenn ich als Türke wen mit ‚du Türke‘ beschimpfe, darf ich das.*“ (H. 15J).

40% der Oberstufenschüler*innen hatten die Überzeugung, dass der Begriff „Rasse“ seit dem 2. Weltkrieg obsolet sei, aber sie waren sich nicht sicher, ob es einen Ersatz brauchen würde, um Menschen äußerlich einteilen zu können. „*Aber ich würde die Menschen schon in Arten einteilen, nur um sie eben unterscheiden zu können. Weil es gibt ja Afrikaner.*“ (D. 15J) Die Schüler*innen hatten das Bedürfnis Einteilungsmöglichkeiten zu haben, würden aber viel eher die Kategorien Herkunft, Sprache, Staatsbürgerschaft oder Religion als relevant erachten.

Aber auch mit dem Tierreich wurde häufig verglichen, sowohl positiv als auch negativ: „*Wenn ein Hund ein anderes Fell hat, ist er ja auch eine andere Rasse, warum soll es dann beim Menschen nicht genauso sein?*“ (U. 16J).

„Rasse“ setzten auf Nachfrage viele mit „Volk“ gleich. M. (13J) plädierte dafür, statt dem für ihn negativ besetzten Begriff „Rasse“ doch lieber „Kultur“ zu verwenden, obwohl es „doof“ klinge. E. (13 J) meinte zur Verwendung des Begriffes „Rasse“: „*Für manche Menschen ist das einfach was Normales.*“

In einer Workshop-Gruppe waren sich die Schüler*innen wiederholt nicht ganz sicher ob es „Rassen“ gibt. Sie fanden den Begriff zwar „*nicht hundertprozentig*“ oder „*nicht gerade das richtige*“, aber sicher waren sie nicht. Vorherrschende Meinung in den befragten Schulkassen war, dass Migrant*innen sich in Österreich anpassen sollten, dann gäbe es keinen Rassismus. Whiteness spielt in dieser Auseinandersetzung auf der expliziten Diskursebene (k)eine große Rolle, denn die Frage nach der Relevanz ihrer eigenen Hautfarbe wurde von mehrheitsösterreichischen Schüler*innen zumeist mit „keine“ beantwortet.

Die beiden häufigsten Argumente gegen die Verwendung des „Rasse“-begriffs waren: „*Es klingt mehr nach einem Hund, und es erinnert an den 2. Weltkrieg.*“ (R 16J) Demgegenüber gab es ca 50 % (10% wollten sich dazu nicht äußern), die überzeugt waren, dass es „Rassen“ gebe und der Begriff unproblematisch sei: „*Wenn das Wort ‚Rasse‘ ein Problem wäre, dann gäb's ja wohl den Begriff Rassismus nicht*“ oder „*Natürlich gibt's Menschenrassen, was soll daran verkehrt sein?*“ (W. 12J)

Ein Schüler versuchte nachhaltig, zu entschuldigen bzw zu rechtfertigen, warum es den Begriff gibt. *„Vielleicht ist das, damit wir uns auskennen, einfach damit wir uns besser beschreiben können, einen besseren Überblick haben.“* (O. 14J) Ein weiterer wiederum meinte, dass es ohnehin kein gesichertes Wissen idZ gäbe: *„Das ist ein Thema, wo man sicher drüber streiten kann.“* S. (13 J) entgegnete außerdem: *„Es ist auch zach, da immer die korrekte Formulierung zu finden.“*

Grundsätzlich gingen die Schüler*innen ohne Migrationsbiographie eher davon aus, dass Begriffe nur dann unrecht und diskriminierend sind, wenn man sie auch „böse“ meint, und sprachen damit viel eher individualistische Einstellungen als gesellschaftliche Hierarchien und Machtverhältnisse an. Vielen war es dabei explizit wichtig, selbst nicht als rassistisch betrachtet zu werden.

Nach der Diskussion meinten einige Schüler*innen, dass Menschen ja *„wirklich anders aussehen“*, und begründeten die Verwendung des „Rassebegriffs“ in den Schulbüchern (bspw im Kontext von „Rassen“konflikten) mit dem Mangel an Alternativen. Häufig äußerten sich die Schüler*innen generell gegen Abwertung und Oberflächlichkeit bei der Wortwahl. *„Naja, nein, es ist schon dumm, wenn man zu speziellen Leuten dann was Falsches sagt. Sonst kommt’s zu peinlichen Situationen.“* (L. 16 J)

Bei der Frage nach der „Erfindung der Rassen“ und wer daran beteiligt war, gab es die unterschiedlichsten Antworten, von *„die Ägypter“* bis *„Hitler“* – aber nie wurde die Verbindung zu Kolonialismus und transatlantischem Sklavenhandel hergestellt.

Mehrheitlich waren Kinder und Jugendliche (6–19J) an der Einbettung des Begriffes in die Geschichte und deren Auswirkungen bis heute interessiert. In Folge der in den Workshops erlangten Informationen wünschten sich viele Schüler*innen eine Kontrollinstanz oder klare Richtlinien sowohl für Lehrende als auch für Schulbücher in Hinblick auf Rassismus und diskriminierende Begriffswahl. Aber ebenso wichtig wäre ihnen zu wissen, was das Recht sagt: *„Heißt das, es gibt rechtlich geseh’n keine Rassen?“* (F. 16J) Oder wo sie den Diskurs einordnen sollen: *„Wahrscheinlich ist es offiziell nicht falsch, oder doch?“* (A. 17J) E. (14J) meinte sogar: *„Solange es nicht rechtlich verboten ist, werdens die Menschen nicht einhalten“* Es lässt sich also beobachten, dass ein Bedürfnis nach universell gültigen Normen sowie nach einem allgemein anerkannten bzw „objektiven“ Wissen oder einer Wahrheit bzw einer Ordnungskategorie besteht:

Jene Schüler*innen, welche die Verwendung des „Rasse“begriffes aus der NS-Zeit ableiten, fordern häufig Gesetze, die der Verwendung des Begriffes Einhaltung gebieten sollen. Taucht bei ihnen ein Unrechtsgefühl in Hinblick auf Rassismus und die Verwendung des „Rasse“begriffes auf, so bleibt es ihnen unerklärlich, warum es keine Konsequenzen gibt. Durch diese Inkonsistenzen bleibt bei den Schüler*innen auch ein Restzweifel, ob es sich bei der Kritik am „Rasse“begriff nicht doch „nur“ um eine ideologische und persönliche Positionierung handelt.

5. „Was soll da falsch dran sein? Ich sag ja nicht, dass einer schlechter ist als der andere.“
 – „Rasse“ als Begriff und Konzept bei Lehrer*innen

Im Gegensatz zu Schüler*innen stehen Lehrer*innen der Auseinandersetzung mit Begriffskritik im ersten Moment häufig äußerst skeptisch gegenüber. Die Autorin hat in 25 Gruppendiskussionen mit Lehrer*innen der Sekundaria 1 und 2 in Österreich im Rahmen von Fortbildungen Fokusgruppen über Rassismen als Ideologien, Begriffskritiken und „politische Korrektheit“ geführt und als provokante Einstiegsfrage „Gibt es Rassen?“ gewählt. 61 % wollten sich nicht äußern oder sagten „Ich weiß es nicht“, weitere 23 % sagten „Ja, es gibt unterschiedliche Menschenrassen“ und 16 % waren der Ansicht, dass das „Rasse“-konzept längst widerlegt oder seit dem 2. Weltkrieg in Österreich obsolet sei. Wie bei den Schüler*innen gab es auch hier eher wenig Hintergrundwissen zur Geschichte des Begriffes, zu Kontexten der kolonialen Ausbeutung mit ihren Folgen bis heute und der Reflexion eigener Privilegien.

Auf der gemeinsamen Suche nach den Quellen ihres Wissens wurden mehrheitlich Ausbildung, Schulbücher, Literatur, eigene Lehrer*innen und das Elternhaus genannt.

Unter den interviewten VS-Lehrer*innen fanden sich nur wenige, die das Konzept „Rasse“ kritisch hinterfragten. Eine der gängigsten Aussagen dazu war: *„Meine Kinder [Anm. Schüler*innen] würden an Hunderasse denken, die kennen den Begriff nicht. Die Chinesen und die Europäer und die Indianer oder so, das wären für mich die Rassen. Meine Kollegen [sic] würden das sicher auch alle so sehen. Was soll da falsch dran sein? Ich sag ja nicht, dass einer schlechter ist als der andere.“* (S. 28J)

Zwar wurde auch in diesem Kontext zumeist betont, dass ihrer Ansicht nach dem Begriff keine Wertung oder gar Abwertung zugrunde liege, aber die Zuordnung sei für Kinder aus ihrer Sicht wichtig: *„Ich würde sagen, das sind die Gelben, die Roten, die Schwarzen und die weißen. Das darf man sagen, oder? Also es sind halt die Unterschiede, die mit den Rassen beschrieben werden, also das mit den Juden war ein Blödsinn, weil die sind ja auch weiß.“* (B. 41J)

Jene, die generell den Begriff der „Rasse“ ungern verwenden – weil sie ein „*ungutes Gefühl dabei*“ haben oder befürchten, als Rassist*in gesehen zu werden – antworten auf die Frage, wie sie denn Unterschiede benennen würden: *„Na von Kultur, das ist ja noch ein Begriff, den man dafür verwenden kann, oder?“* (K. 52J)

Wie auch schon die Schüler*innen fragten die Lehrer*innen im Interview oder auch in den Gruppendiskussionen, warum ein „*anscheinend problematischer Begriff*“ dann in den Menschenrechten oder in den Bestimmungen gegen Verhetzung (§ 283 StGB) oder Völkermord (§ 321 StGB) verankert ist. *„Es kann sich doch kein Unrechtsbewusstsein einstellen, wenn es nicht mal gesetzlich einheitlich und eindeutig ist!“* (Z. 54J) Diese Aussagen weisen darauf hin, dass es für diese Zielgruppe durchaus relevant ist, ob ein Begriff in rechtlichen Kontexten eindeutig definiert und verwendet wird.

6. Fazit

Dieser Beitrag hat nicht zum Ziel, sich für oder gegen die Verwendung des „Rasse“-begriffes zu positionieren, vielmehr zeigt er auf, dass das in „Rassen“ einteilende Denksystem nach wie vor bei einer Vielzahl der handelnden Akteur*innen im Bildungssystem vertreten ist.

Einer offenen Diskussion über Begrifflichkeiten wird kein Raum gegeben, auch wenn die Schüler*innen dies einfordern. Da Begriffskritik und -diskussion kaum stattfindet, transformieren sich die Begriffsverständnisse und zugehörigen Ideologien nicht. Lehrer*innen leben eine Gleichzeitigkeit von Diversität („*wir sind alle verschieden*“ [S. 33]), „*wir haben alle die gleichen Rechte*“ [J. 27]), „*alle sollen gute Voraussetzungen vorfinden*“ [I. 59]) und eine diesem Diversitätsanspruch innewohnenden rassistischen Ideologie: „*aber ich erlebe doch dass die anders sind*“ (S. 33), „*In einer Brennpunktschule mit vielen Ausländern möchte ich nicht unterrichten*“ (I. 59]), „*Ausländer sind zumeist in der sozialen Unterschicht zu finden*“ (B. 41J), „*wenn sie hier leben, müssen sie sich anpassen*“ (J. 27J).

Begriffskritik ist für Schüler*innen jeden Alters ein interessantes, umstrittenes und bei Lehrer*innen häufig ein unbeliebtes, gern vermiedenes Thema. Schüler*innen und Lehrer*innen erwarten, dass es eine Instanz gibt, die ihnen sagt, was „richtig oder falsch“, „rechtlich ok“ oder „wissenschaftlich erwiesen“ ist und knüpfen ihr jeweiliges Un-/Rechtsbewusstsein in Bezug auf die Verwendung des Begriffes inklusive der zugehörigen Haltung an diese Position.

Es scheint, als hätte der Versuch, den Begriff „Rasse“ abzuschaffen, die Ideologien und gesellschaftlichen Strukturen dahinter kaum berührt, sondern würde sie weiter im Verborgenen halten und die Unbesprechbarkeit der rassistischen Ideologien fördern. Sowohl Schüler*innen als auch Lehrer*innen benennen kaum die eigene Verantwortung, vielmehr die Notwendigkeit eines bisher fehlenden Regelwerks und einer Instanz, die „*korrekte Begriffe*“ vorgeben solle – nicht selten wird diese Instanz im Rechtssystem vermutet oder gesucht.

Dr.ⁱⁿ Christa Markom ist Sozial- und Kulturanthropologin und arbeitet als Universitätsassistentin am Institut für Bildungswissenschaft an der Universität Wien; christa.markom@univie.ac.at

„Whiteness“ an juristischen Fakultäten

Erfahrungsberichte von Studierenden

Anonym

1. Einleitung der Gastherausgeber:innen des Heft-Schwerpunkts

„Whiteness“ an juristischen Fakultäten und innerhalb der juristischen Ausbildung ist ein wenig beachtetes Thema innerhalb der österreichischen Rechtswissenschaften. Für den vorliegenden Beitrag wurden Studierende der juristischen Fakultät Wien eingeladen, entlang von Leitfragen über ihre diesbezüglichen Erfahrungen zu reflektieren. Die Leitfragen bezogen sich auf die Atmosphäre an der Fakultät, auf allfällige konkrete Erfahrungen, in denen Zugehörigkeit (zB Herkunft, Religion, Sprache) wichtig wurde, auf die Lehrinhalte während des Studiums und die Relevanz von (strukturellem) Rassismus an der Fakultät.

2. Eine Uni für uns! (Anonymer Erfahrungsbericht)

In meiner engeren Familie war ich als ältestes Kind die Erste, die zum Studieren vom Land nach Wien gezogen ist. Mit im Gepäck hatte ich große Erwartungen: meine eigenen, aber auch die meiner Eltern. Ich stellte mir die Universität und damit auch die rechtswissenschaftliche Fakultät als einen Ort der unbegrenzten Möglichkeiten vor, als Plattform der Wissensvermittlung, als Basis für kritisches Denken, für hitziges Diskutieren und für gemeinsames Kennenlernen von politischen und rechtlichen Zukunftsmodellen. Meine Eltern verbanden die Universität vor allem mit der Aussicht auf ein gesichertes Einkommen und mit der Gelegenheit auf ein einfacheres und freieres Leben als jenes, das sie selbst geführt hatten. Unterm Strich waren wir wohl ziemlich naiv. Niemand von uns hatte über die klassistischen und strukturell diskriminierenden Elemente der universitären Ausbildung nachgedacht, die ich als Kind einer Arbeiter*innenfamilie und Person of Color erleben würde.

Auch dass ich während meines Studiums immer wieder das Gefühl bekommen würde, ohnehin nie gut genug sein zu können, war mir damals überhaupt nicht bewusst. Meine erste Zeit am Juridicum verlief also anders, als ich sie mir vorgestellt hatte.

In Erinnerung geblieben sind mir neben überfüllten Hörsälen vor allem miteinander in Konkurrenz stehende Studierende, deren Wettbewerbsdenken durch die meisten Professor*innen noch zusätzlich befeuert wurde. Mein Ziel, mein juristisches Wissen dem Kampf um eine gerechtere Welt zu widmen, machte mich phasenweise ziemlich einsam,

auch wenn ich mit der Zeit immer mehr Personen kennenlernte, die sich aus ähnlichen Gründen wie ich für das rechtswissenschaftliche Studium entschieden hatten. Das Gefühl der mangelnden Zugehörigkeit wurde und wird durch die kaum vorhandene ethnische Diversität an der Universität verstärkt. In vielen Vorlesungen und Kursen war ich die einzige Person of Color, die Vortragenden der Pflichtlehrveranstaltungen, die ich bisher besucht habe, waren alle ohne Ausnahme weiß. Das Problem der mangelnden Repräsentation wird im feministischen Kontext bereits vielfach diskutiert. Kaum jemand wird mehr die Vorbildwirkung von Geschäftsführerinnen, Vorständinnen oder Ingenieurinnen¹ leugnen. In Bezug auf migrantisch gelesene Personen findet dieselbe Debatte aber – wenn überhaupt – nur als Randphänomen statt.

Auch abseits von Repräsentationsfragen ist die rechtswissenschaftliche Fakultät kein Ort, an dem sich People of Color wohlfühlen können. Nicht nur lehrt und prüft nach wie vor Personal, das offen mit der rechten Gesinnung von deutsch-nationalen Burschenschaften sympathisiert, auch erscheinen teilweise Vertreter eben jener rechten Verbindungen in Vollmontur auf den Sponsionsfeiern. Nicht zuletzt haben die im Frühjahr 2017 geleakten antisemitischen Postings von Mitgliedern der am Juridicum vertretenen Aktionsgemeinschaft deutlich auf das Rassismusproblem an unserer Fakultät hingewiesen.² Meine erste mündliche Prüfung im Studium hatte ich bei einem Professor, von dem ich wusste, dass er Mitglied in einer politisch rechten Verbindung ist. Auch wenn das Prüfungsgespräch davon nicht beeinflusst wurde – die Fragen waren genauso fair wie die Benotung – habe ich während meiner Prüfungsvorbereitung Zeit und Energie dafür aufgewendet, mir Gedanken über meine Hautfarbe zu machen und meinen Platz im rechtswissenschaftlichen Kontext in Frage zu stellen. Ich musste mich mit (emotionalen) Hürden auseinandersetzen, von denen die meisten meiner autochthonen Kolleg*innen nicht einmal wissen, dass sie existieren. Diese Tatsache macht mich nicht nur wütend, sondern lässt mich auch an die Schriftstellerin und Nobelpreisträgerin *Toni Morrison* denken, die „die ernste Funktion“ des Rassismus mit jener der Ablenkung beschreibt, denn „er hält dich davon ab deine Arbeit zu tun und lässt dich immer wieder erklären, warum du so bist.“³

Trotzdem ist in den letzten Jahren am Wiener Juridicum viel passiert. Es ist ein *Legal Literacy Projekt*⁴ entstanden, in dessen Rahmen Studierende Schüler*innen über ihre

1 Hier wird in erster Linie auf Cis- und Transfrauen Bezug genommen. Die Notwendigkeit der Repräsentation anderer Geschlechtsidentitäten hinsichtlich ihrer Vorbildwirkung ist im gesellschaftlichen Diskurs leider ähnlich unterrepräsentiert wie in Bezug auf migrantisch gelesene Personen.

2 Vgl. *Fellner/Kroisleitner*, Antisemitische Postings in Gruppe der Aktionsgemeinschaft, derstandard.at 10.5.2017, <http://derstandard.at/2000057250697/Antisemitische-Postings-in-Gruppe-der-Aktionsgemeinschaft?ref=article> (30.6.2021).

3 Audioaufnahme in *Portland State University et al*, Black Studies Center public dialogue. Pt. 2 (1975), in Special Collections: Oregon Public Speakers, 90, <http://archives.pdx.edu/ds/psu/11309> (27.7.2021), Übersetzung durch die Autorin.

4 www.legalliteracy.at (23.9.2021).

Rechte aufklären, es gibt ein *Forum kritischer Jurist*innen*⁵ und in der Vortragsreihe „She talks“ werden regelmäßig inspirierende Jurist*innen vorgestellt. Es gibt aber auch vieles, das ich nach wie vor vermissem. So fehlen Räume, in denen sich People of Color über ihre Erfahrungen austauschen können, und Maßnahmen, die die Repräsentation von Menschen unterschiedlicher ethnischer Herkunft fördern. Außerdem mangelt es an Lehrveranstaltungen, die sich mit dem Thema Rassismus im rechtlichen Kontext auseinandersetzen, genauso wie an einer Debatte darüber, von wem das Recht gemacht wird und wem es daher zugutekommt. Was ich vermissem, ist ein privilegienbewussteres, solidarischeres Miteinander. Ich wünsche mir einen Ort der unbegrenzten Möglichkeiten oder anders formuliert: Ich wünsche mir eine Uni für uns!

3. Same Difference (Anonymer Erfahrungsbericht)

Die Atmosphäre in Hinblick auf Zugehörigkeit – sei es Sprache, Herkunft oder Religion – an meiner juristischen Fakultät ist meiner Erfahrung nach zwar angenehmer als im Laufe meines bisherigen Bildungsweges, aber das auch nur, weil ich bisher stets die einzige Person mit Migrationshintergrund gewesen bin, da ich sehr ländlich aufgewachsen bin. Es ist ernüchternd, wie immer die einzige schwarze Person in einem Raum von hunderten Menschen zu sein. Andererseits habe ich mich zu einem gewissen Grad damit abgefunden. Man kann schließlich nur schwer etwas vermissen, das man nie erlebt hat. In jeder Lehrveranstaltung und bei (fast) jeder mündlichen Prüfung am Juridicum hat bisher meine nicht vorhandene Zugehörigkeit meines Erachtens nach eine Rolle gespielt. Während die meisten Studierenden in der Masse verschwinden können, bin ich stets sichtbar. Jede Wortmeldung wird, wenn diese positiv ist, mit Verblüffung zur Kenntnis genommen und ist sie negativ, wird sie mit einem gewissen Blick belächelt, der zu sagen scheint „alles andere hätte mich auch überrascht“. Besonders in Erinnerung geblieben ist mir eine mündliche Prüfung im zweiten Abschnitt: Aufgrund veralteter Daten habe ich zehn Minuten vor meiner Prüfung erfahren, dass ich meine Prüfung bei einem anderen Prüfer haben würde. Im ersten Moment war ich zwar frustriert, dachte mir aber gleichzeitig, dass es letztendlich irrelevant sein sollte, bei welchem Prüfer ich antrete, solange ich gut vorbereitet bin. Von Beginn der Prüfung an aber schien es so, als hätte ich bereits etwas falsch gemacht. Die Antworten, die ich gab, schienen nicht passen zu können/wollen. Der Prüfer betonte, er erkenne zwar, dass kaum jemand in so kurzer Zeit so weit im Studium sei wie ich, aber ich mich dennoch vorbereiten müsste für seine Prüfung.

Wie er darauf kam, dass ich nicht vorbereitet wäre? Wie selbstverständlich meinte er, er habe mich noch nie vorher gesehen, weder in seiner Übung, noch hätte ich bei seinen bisherigen Prüfungen zugehört. In diesem Moment wusste ich, dass ich nichts mehr tun

5 www.forumkritjus.at (23.9.2021).

konnte und dass er das nur so „stolz“ behaupten konnte, weil er sich an eine schwarze Frau in seiner Übung oder als ZuhörerIn erinnert hätte. Ich war nun mal jemand, dessen Anblick man am Juridicum nicht so schnell vergaß. Um das zu untermauern, zeigte er lächelnd auf einen anderen Studenten mit brauner Haut: „Sehen Sie, der Kollege ist in meiner Übung. Kommen Sie in meine Übung, dann schaffen Sie es beim nächsten Mal bestimmt.“ Die Frage, ob sich der Prüfer mit Sicherheit *nicht* an mich erinnert hätte, wenn ich weiß gewesen wäre, lasse ich offen.

Ich denke, dass die Strukturen am Juridicum für all jene, die sie von außen betrachten, nicht transparent sind, ähnlich wie das Gebäude selbst. Es mag zwar von außen glänzen, aber wenn man mit den jeweiligen Studierenden sprechen würde, würde man wissen, dass Rassismus auch nicht vor angehenden Juristen und Juristinnen halt macht. Er ist zwar manchmal mehr, manchmal weniger sichtbar, aber er ist immer da. Intransparenz ist der ideale Nährboden für rassistische Verhaltensweisen und das Juridicum bestätigt diese Regel. Die Ergebnisse mündlicher Prüfungen hängen oftmals davon ab, was für einen Tag der/die Prüfende hat und auch, mit welchen Studierenden sich die Prüfenden identifizieren können. Sieht mein Gegenüber aus wie ich, spricht es wie ich und kann ich annehmen, dass es dasselbe glaubt wie ich, so ist es mir weniger fremd und dadurch automatisch näher.

Soweit ich informiert bin, gibt es am Juridicum keine Lehrinhalte, die sich explizit mit Rassismus beschäftigen würden. Tatsache ist, selbst wenn es sie geben würde, würde ich persönlich eine solche Lehrveranstaltung wohl nicht besuchen wollen. Zum einen sind die Personen, die eine solche Lehrveranstaltung besuchen, meist ohnedies solche, die sich ihrer privilegierten Stellung durchaus bewusst sind. Andererseits – und das ist viel wichtiger – möchte ich nicht als eine Art Spokesperson für Personen mit Migrationshintergrund agieren müssen, was nach meiner persönlichen Erfahrung dann meist der Fall ist. Ich habe es satt, Aufklärungsarbeit über Rassismus zu betreiben. Ich bin mehr als nur eine schwarze Frau. Ich bin eine Freundin, Tochter und eine sehr erschöpfte angehende Juristin.

Beide Autor:innen studieren an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien.

Erntearbeit: der Osten zur Hand

Über die Ausbeutung von migrantischen Erntearbeiter_innen in Österreich

Sónia Melo

1. Einleitung

In einem Gemüse-Anbaubetrieb in Tirol arbeiten *Alina* und *Vasyl*¹ – und viele andere Menschen wie sie. Es sind Menschen, die in Österreich weder geboren sind noch einen festen Wohnsitz haben. Ihr Lebensmittelpunkt ist dort, wo sie herkommen: in Rumänien, in Bosnien, in der Ukraine. Sie kommen jedes Jahr für die Sommermonate nach Österreich, um hier das regionale Gemüse zu ernten.

Wir treffen den 35-jährigen *Vasyl* seit vielen Jahren immer wieder am Feld. Wir, das sind Aktivist_innen und Gewerkschafter_innen von *sezonieri*, einer Aufklärungs- und Unterstützungskampagne für Erntearbeiter_innen in Österreich, gegründet im Jahr 2014 von der Produktionsgewerkschaft PRO-GE, der für die Landwirtschaft zuständigen Teilgewerkschaft im Österreichischen Gewerkschaftsbund, gemeinsam mit unabhängigen Aktivist_innen und im Migrations- und Ernährungsbereich tätigen NGOs.²

Vasyl nimmt unsere Folder gerne entgegen. Kurz angebunden ist der Ukrainer, denn er ist bei der Arbeit und sein Vorarbeiter hört uns aufmerksam zu. Ob er tatsächlich die kollektivvertraglichen 7,19 EUR Nettostundenlohn erhält,³ ob er nicht mehr als 40 EUR monatlich für das Zimmer im Personalhaus bezahlen müsse?⁴ Und ob er für das Messer, das er in der linken Hand hält, selber aufkommen musste? *Vasyl* antwortet – alle Jahre wieder – knapp: Es sei alles gut. Unbeantwortet bleiben die Fragen, ob er von seiner Chefin beschimpft wird und ob er seinen Reisepass anfangs der Saison abgeben musste. Zwischen den Zeilen sind der Druck, unter dem er steht, und seine Angst, den Job zu verlieren, zu hören. Denn obwohl er seit zehn Jahren in den gleichen Betrieb zum Arbeiten nach Österreich kommt, wird jedes Jahr ein neuer Arbeitsvertrag geschlossen. Als Nicht-EU-Bürger braucht *Vasyl*, um in Österreich arbeiten zu dürfen, eine Beschäftigungsbewilligung.⁵ Diese wird von seinem Arbeitgeber alljährlich beim AMS angesucht.

1 Namen geändert.

2 www.sezonieri.at (4.10.2021).

3 Vgl zum Mindestbruttolohn § 11 Abs 1 Kollektivvertrag für Dienstnehmer in den Obst- und Gemüsebaubetrieben Tirols, 17.02.2021.

4 Vgl § 11 Abs 2 Kollektivvertrag für Dienstnehmer in den Obst- und Gemüsebaubetrieben Tirols, 17.02.2021 iVm Sachbezugswerteverordnung BGBl II 2003/582 idF BGBl II 2020/221.

5 Verordnung der Bundesministerin für Arbeit, Familie und Jugend für die befristete Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern im Tourismus und in der Land- und Forstwirtschaft im Jahr 2021 BGBl II 2020/601 idF BGBl II 2021/180.

Er darf sich nicht länger in Österreich aufhalten als für die Dauer der Beschäftigungsbewilligung (sechs Monate) und er darf den Arbeitsplatz nicht wechseln. Kurzum: Die Beschäftigungsbewilligung gilt faktisch für den Betrieb, nicht für ihn. Er hat keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld, Notstandshilfe, Niederlassung oder Familiennachzug. *Vasyl* ist einer von über zehntausend Saisoniers aus Nicht-EU-Ländern wie der Ukraine, Serbien, Bosnien und Herzegowina, Kosovo und Mazedonien, die alljährlich im Rahmen des Saisonkontingents für Drittstaaten für die Landwirtschaft in Österreich arbeiten.⁶ Die Anwerbung erfolgt in den Herkunftsländern vorwiegend über jene, die bereits in Österreich arbeiten und Familienangehörige und/oder Nachbar_innen zu den Landwirt_innen vermitteln. Daraufhin stellen die Arbeitgeber_innen den Antrag auf Beschäftigungsbewilligung beim AMS.

Von *Vasyls* Arbeitskollegin *Alina* hören wir ebenso, dass alles gut sei, von ihrer persönlichen Geschichte erfahren wir jedoch mehr. Sie war in Rumänien Kleinbäuerin. Ihre Familie musste den Hof aufgeben, als europäische Produkte – darunter auch österreichische – zu billigen Preisen in den rumänischen Markt eingeführt wurden. Sie hat die Felder an einen Großinvestor aus Österreich verkauft. Als EU-Bürgerin hat sie in Österreich freien Zugang zum Arbeitsmarkt. Trotzdem kann sie von ihrem niedrigen Lohn nicht in Österreich leben, sodass ihr Lebensmittelpunkt, so wie ihr junger Sohn, in Rumänien bleibt. *Alina* erntet in Österreich genau die Produkte, die ihre Existenzgrundlage in ihrem Heimatland zerstört haben.

2. Ausbeutungsbedingungen und mangelnder Zugang zum Recht

Die Ausbeutung von osteuropäischen Erntearbeiter_innen lebt von der ökonomischen Abhängigkeit und Schutzlosigkeit armer Bevölkerungsteile. Ausgebeutet wird nicht nur ihre Arbeitskraft. Ausgebeutet wird auch, dass sie keinen freien Zugang zum Arbeitsmarkt haben, dass sie aus wirtschaftlich schwächeren Ländern kommen und dass sie keinen Zugang zu bestimmten Ressourcen haben, wie zB Sprache. Die Rede ist von „Überausbeutung“.⁷ Rassismus hat hier eine ökonomische Funktion: Durch ihre Entrechtung wird es möglich, dass Migrant_innen für niedrige Löhne die schlechteren Jobs machen müssen.

Die Arbeitsverhältnisse in der Landwirtschaft sind zwar durch Kollektivverträge geregelt, aber diese werden selten eingehalten.⁸ Sich dagegen zu wehren und ausstehende Ansprüche einzufordern, versuchen die wenigsten. Denn osteuropäische Erntearbeiter_innen stehen unter enormem Druck und haben im Übrigen kaum Zeit, sich mit den syste-

6 Vgl *Humer/Spiegelfeld*, Saisoniers aus Drittstaaten in Österreich (2020, hrsg von IOM).

7 So *Kendra Briken in Stange*, Sklaverei heute – Arbeitsmigration und Menschenhandel, Radiosendung vom 7.6.2021, SWR2 Wissen, Transkript der Sendung verfügbar unter <https://www.swr.de/swr2/wissen/wi210607-sklaverei-heute-100.pdf> (19.6.2021).

8 Vgl auch *Jandl et al*, Migration and Irregular Work in Austria. A Case Study of the Structure and Dynamics of Irregular Foreign Employment in Europe at the Beginning of the 21st Century (2009).

matischen Rechtsbrüchen zu beschäftigen. 300 Arbeitsstunden in einem Monat, ganze Saisons ohne einen freien Tag in abgelegenen ländlichen Regionen oder in geschlossenen Glashäusern sind keine Seltenheit. Sie haben kaum Kontakt zur lokalen Bevölkerung, unterschreiben Verträge, die sie sprachlich nicht verstehen, mitunter wissen sie nicht, wer ihre Interessenvertretung ist.⁹

Der Kapitalismus stützt sich auf Hierarchien, die auf rassistischen Unterscheidungen beruhen. Eine strenge Migrationspolitik, die an die 30 verschiedenen Aufenthaltstitel¹⁰ aufweist, führt in der Tat zur Entrechtung: Da sein Aufenthaltstatus an eine Beschäftigung gebunden ist, ist Vasyl gezwungen, schlechte Arbeitsbedingungen zu akzeptieren. An Mägde und Knechte erinnert die Situation vieler Erntearbeiter_innen: Im Haus der Arbeitgeber_innen wohnhaft, müssen sie oft auch im Haushalt „helfen“, auf kleine Kinder aufpassen und werden als „Familie“ bezeichnet. Doch als Familienangehörige werden die wenigsten behandelt. Unbequeme Fragen stellen, wie nach dem Lohnzettel, oder krank sein „dürfen“ sie oftmals nicht. Tun sie es, kommen sie in der nächsten Saison nicht mehr. Seit Jahren versucht das Arbeitsmarktservice (AMS) als arbeitslos vermerkte Asylberechtigte an landwirtschaftliche Betriebe verbindlich zu vermitteln.¹¹ Vergebens. Die große Mehrheit der Landwirt_innen will selber bestimmen, wer zu ihren „Leibeigenen“ werden darf. Ein Tiroler Bauer äußerte sich vor wenigen Jahren hierzu sehr klar: Er wolle keine Schwarzen Menschen auf seinen Feldern.¹²

Die Arbeit von Vasyl und Alina auf landwirtschaftlich genutzten Feldern in Österreich wird noch immer als „Erntehilfe“ bezeichnet. „Erntehilfe“ verweist auf eine Tätigkeit, die innerhalb eines Familienverbundes, unter Freund_innen oder in einer Gemeinschaft ehrenamtlich oder im Sinne einer reziproken Solidarität verrichtet wird. Doch die sogenannten „Erntehelfer_innen“ helfen nicht, sie arbeiten. Weder werden sie wie Familie behandelt, noch genießen sie die Solidaritätsleistungen der Gemeinschaft. Sie sind Saisoniers, migrantische familienfremde Arbeitskräfte, rechtlich und sozial marginalisierte Landarbeiter_innen. Sie sind „billige“ Erntearbeiter_innen aus Osteuropa. Systemrelevant und vom System ausgeschlossen.

Sónia Melo BA ist Mitgründerin und Aktivistin der *sezonieri*-Kampagne für die Rechte von Erntearbeiter_innen in Österreich. Sie ist ausgebildete Journalistin und lebt in Wien; sonia2006melo@gmail.com

9 Vgl. „Wir protestieren“, Interview mit *Sorin Oprisiu*, www.sezonieri.at; *Sezonieri-Kampagne für die Rechte von Erntehelfer*innen in Österreich & Europäisches Bürgerforum* (Hrsg.), Willkommen bei der Erdbeerernte! Ihr Mindestlohn beträgt... Gewerkschaftliche Organisation in der migrantischen Landarbeit – ein internationaler Vergleich (2016).

10 Vgl. für eine Übersicht von Aufenthaltstiteln *UNDOK (Anlaufstelle zur gewerkschaftlichen Unterstützung undokumentiert Arbeitender)*, Arbeit ohne Papiere,...aber nicht ohne Rechte! Arbeits- und sozialrechtliche Ansprüche von MigrantInnen bei undokumentierter Arbeit und die (aufenthaltsrechtlichen) Gefahren im Falle ihrer Durchsetzung (2019) 40 f.; s in diesem Heft *Kimm/Yun*, Arbeiten ohne Papiere in der Pandemie. Zwischen Systemrelevanz und Existenzangst, *juridikum* 2021, 431.

11 *Leohnbartsberger*, Landwirtschaft ringt um Arbeitsplätze, orf.at 20.3.2019, orf.at/stories/3115124 (16.8.2021)

12 Mündliche Aussage gegenüber der Autorin.

“Ally” or “enemy”?

Law and the forced and coerced sterilization of Romani women

Angéla Kóczé

1. Introduction

Examining the reproductive rights of Romani women via historical cases of forced and coerced sterilizations reveals that law and legal doctrine can be both an “enemy” and an “ally”. This article addresses the dissonance in the latest landmark case of the European Court of Human Rights (ECtHR) regarding the sterilization of Romani women, *V.C. versus Slovakia*¹ (2011). Although the Court recognizes the violation of the European Convention of Human Rights (particularly the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment in Article 3; Article 8 and the right to private and family life), it remains reluctant to apply Article 14 in recognition of the intersectional discriminatory aspects of gendered racial violence.² By relying on important analyses, interpretations, and theses developed by critical legal scholars, this article underscores the paradoxical nature of a law that can be seen as an “ally” due to the visibility it generates regarding the issue of sterilization yet still preserves its historical role as a benevolent “enemy” by not applying the anti-discrimination clause. Consequently, the law legitimizes gendered racial violence and subordination as an unchallenged social norm.

As some critical scholarship explains, law is an institution that serves and legitimizes the existing social structure, particularly class, racial, and gender relations that are entangled within the legal system.³ In this paper, I build my argument upon these interpretations and juxtapose the sterilization-related case law *V.C. v. Slovakia* with *A.S. v. Hungary*⁴ (weighed by the CEDAW Committee) to spark discussion on how the dismissal and trivialization of gender, class, and racial violence strengthens structural racism while solidifying a social norm that underpins legal decisions. Furthermore, I argue that the lack of judicial engagement with gendered racial violence can be interpreted as tacit approval of the be-

1 ECtHR 8.11.2011, 18968/07, *V.C. v Slovakia*.

2 See Lindsay Hoyle, ‘V.C. v. Slovakia: A Reproductive Rights Victory Misses the Mark’ (2014) 36 B.C. Int’l & Comp. L. Rev. E. Supp. 17; Siobhan Curran, ‘Intersectionality and Human Rights Law: An Examination of the Coercive Sterilizations of Romani Women’ *Equality Rights Trust*, 16, 2016: 132-159; Ruth Rubio Marín and Mathias Möschel, ‘Anti-Discrimination Exceptionalism: Racist Violence before ECtHR and the Holocaust Prism’ (2015) EJIL Vol. 26 No.4. 881-899.

3 See Alan David Freeman, ‘Legitimizing Racial Discrimination through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine’ (1978) *Minnesota Law Review* 804.

4 CEDAW Committee, *A.S. v Hungary*, Comm no 4/2004 (29.8.2006).

nevolent eugenic approach that, when practiced as a social norm, prevents the reproduction of those deemed “unworthy” or “unfit” for the betterment of society.

2. The eugenics-driven practice of forced and coerced sterilization

Health care institutions have had a long history of targeting racialized and marginalized populations, including Roma.⁵ Throughout this history, forced and coerced sterilization regulated the reproduction of those who were not desired or permitted to procreate. While voluntary sterilization functions as a contraception, forced or coerced sterilization has been used as a system of social and population control performed mainly upon people living with mental illnesses, disabilities, are members of racialized, stigmatized, and marginalized groups, poor, underprivileged, criminals, deviant, or part of the trans- and intersex population. World-wide, the target group of these practices and (in some cases) policies have usually been women.⁶ Forced sterilization removes a person’s capacity to reproduce through irreversible surgical procedures that are conducted without consent or full comprehension of the process. Based on research, women are coerced when they are threatened or offered financial incentives to undergo sterilization. Usually, consent is obtained under dubious conditions, such as during labor or while on the operating table. From early 2000s some of these practices have been documented, and some even litigated by human rights organizations, particularly in the Czech Republic, Slovakia, and Hungary.

The practice of forced and coerced sterilization of Romani women is deeply embedded in the theory of eugenics that advocated for the improvement of the human species. Originating in the United States, in the early twentieth century eugenics became integrated into European medicine and social policy, with Nazi Germany providing the most obvious example. Author of a volume on the transnational eugenics’ movement, *Marius Turda*, stated that, in the late 19th and early 20th centuries “eugenics was seen as a biological theory of human improvement grounded almost exclusively in ideas of race and class”.⁷

By the early 20th century, West European countries such as Denmark, Finland, France, Germany, Iceland, Norway, Sweden, and Switzerland began to practice eugenic sterilization not only to regulate the social selection of worthy individuals, but also to legalize those procedures meant to purify society of its unwanted, “unfit” members. *Turda* extensively discusses how advocates for eugenics established the biological definition of the nation whereby the logics of eugenics and biopolitical nationalism became the social norm rather than the exception in pre-World War II Europe, particularly after a series

5 Piri Patel, ‘Forced sterilization of women as discrimination’ (2017) 38 Public Health Review 15.

6 See Asha Nadkarni, *Eugenic Feminism: Reproductive Nationalism in the United States and India* (University of Minnesota Press 2014).

7 Marius Turda, *Modernism and Eugenics* (Palgrave MacMillan 2010) 1.

of anti-Semitic racial laws were introduced for example in Hungary and Romania between 1938 and 1942.⁸ After World War II, eugenics remained influential in Central and Eastern Europe in the medical field and became integrated into social policies and internalized as ideology (benevolent eugenic practice) to eliminate those who were classified as “inferior” to improve the quality of the population. The links between eugenics ideologies, practices, and controlling the Romani population via the bodies of Romani women have been a continuous threat throughout modern European history and science.

3. Strategic litigation and forced and coerced sterilization of Romani women

Post-1989 Central and Eastern European activists and representatives of national and international human rights organizations significantly redefined the discourse on Roma as articulated from “the Gypsy problem” to “Roma Rights”.⁹ While domestic organizations (usually Roma-led NGOs) challenged the rampant violence, discrimination, and severe hostility against Roma by organizing protests, publishing statements, or sometimes starting litigation, international organizations tended to focus on strategic litigation to initiate legal reform, including constitutional and legislative changes.¹⁰ *Trehan* incisively analyzes the development of the “human rights entrepreneurship” in the region as represented by several “moral entrepreneurs” and organizations, including the European Roma Rights Center (ERRC). ERRC has been the most significant human rights organization in the region that specifically focuses on strategic litigation. At the time, there existed genuine faith in the legal system and the hope that individual-based litigation against racists will create structural change for the benefit of the Roma population. The former Executive Director of the ERRC, *Adam Weiss*, concisely states that, “Strategic litigation at the ERRC means supporting legal cases designed to expose and contribute to the elimination of discriminatory structures that prevent Roma from enjoying full equality.”¹¹

In a similar vein, ERRC started to shape a rights-based discourse of Romani women’s issues as early as the beginning of 2000. The former Executive Director, *Dimitrina Petrova*, explains that Romani women were perceived as a vulnerable group in the Roma community and became an “emerging interest” apparently for strategic litigation. In the *Roma Rights Journal* that focused on women’s rights in early 2000, *Petrova* explains that “Human rights are universal, but human rights violations are particular”¹² when

8 Ibid 115-116.

9 See Nidhi Trehan, *Human rights entrepreneurship in post-socialist Hungary: From the „Gypsy problem“ to „Romani rights“* (PhD thesis, LSE, 2009).

10 Ibid 107-144.

11 Adam Weiss, ‘What is Strategic Litigation?’ ERRC Blog, 1 June 2015, www.errc.org/news/what-is-strategic-litigation (August 31 2021).

12 Dimitrina Petrova, ‘Romani Women’ (2000) *Roma Rights Quarterly Journal of the European Roma Rights Center*, <http://www.errc.org/cikk.php?cikk=602> (August 31 2021).

referring to the specific vulnerability of Romani women. Despite “periodic indications” in the 1990s¹³ and the collective knowledge and experience of sterilization of Romani women during state socialism in Central and Eastern Europe,¹⁴ the *Body and Soul Report* generated a political breakthrough in 2003.¹⁵ This report was based upon a rigorous fact-finding mission conducted by the Slovak NGO, the Center for Civil and Human Rights (hereinafter *Poradna*) in cooperation with the New York-based organization, the Center for Reproductive Rights. Inspired by the authors of this report examining the issue of sterilization, this important stage of public debate was, however, preceded by numerous calculated attacks against human rights activists and systematic denial on the part of the Government of Slovakia.¹⁶ The report significantly leveraged the discussion by providing detailed, factual description of the cases supported by documents that demonstrate the past and present sterilization of Romani women as a widespread problem. The authors interviewed 230 Romani women, more than half of whom were sterilized during the communist era. Despite international medical standards, the interviews from the early 2000s reveal that it was a common trend¹⁷ for Slovak doctors to conduct an irreversible tubal ligation during Caesarian deliveries under the pretext of emergency intervention. The report also includes roughly forty women who indicated that they had been coerced during difficult circumstances to sign the consent form for the procedure. Twenty-five women recounted of learning about their sterilization after being discharged from the hospital. Over fifty women claimed that they had been sterilized without their knowledge or consent.¹⁸ The report further shows that sterilization was particularly overrepresented in hospitals located in proximity to major Romani settlements in Slovakia. This factor indicates the intersectional nature of sterilization as an act rooted in race, gender, and class, yet remains unaddressed as such by legal jurisdiction. Decided by the ECtHR in 2011, the first coerced sterilization case figured among the cases discovered by the Slovak organization *Poradna*. V.C., the applicant Romani woman, resided in Jarovnice, Slovakia and was sterilized in August 2000 at Presov Hospital during the Caesarian delivery of her second child. While in the advanced stages of labor, V.C. was told by medical staff that if she had one more child, either she or the baby would die. She was then asked to sign a form indicating that she had requested sterilization. Apparently, V.C. did not understand the word “sterilization”, and signed the form fearing that if she did not, the consequences would be fatal. As a result of the sterilization, V.C. has had serious medical health problems and continued to suffer psycho-

13 Claude Cahn, *Human Rights, State Sovereignty and Medical Ethics: Examining Struggles Around Coercive Sterilization of Romani Women* (Brill 2015).

14 Human Rights Watch, *Struggling for Ethnic Identity – Czechoslovakia’s Endangered Gypsies* (1992).

15 The Center for Reproductive Rights and *Poradna pre občianske e ľudské práva*, *Body and Soul – Forced Sterilization and Other Assaults on Roma Reproductive Freedom in Slovakia* (2003).

16 Cahn (n 13) 56–70.

17 See Patel (n 5).

18 The Center for Reproductive Rights and *Poradna pre občianske e ľudské práva* (n 18) 57.

logically from the knowledge that she can no longer have children. She has also been ostracized in the community while her infertility has negatively impacted her family relationships.¹⁹ In a long-awaited decision, the ECtHR ruled in 2011 that forced sterilization is a violation of the European Convention on Human Rights (ECHR) and specifically Article 3, which prohibits torture or inhuman and degrading treatment, and Article 8, which protects the right to private and family life.

In the judgement the court wrote, “the way in which the hospital staff acted was paternalistic, since, in practice, the applicant was not offered any option but to agree to the procedure which the doctors considered appropriate in view of her situation.”²⁰ It also recognized that “the sterilization procedure grossly interfered with the applicant’s physical integrity.”²¹ Even this progressive judgement by ECtHR does not address the state’s discriminatory conduct as an act of intersectional violence. *Christina Zampas* explains that, “While the court alluded to the complicity of the state in grave human rights violations against Roma, it disappointingly did not address whether such conduct was a violation of the right to non-discrimination (Article 14). By not doing so, the judgment falls short of addressing the crux of the problem: that VC experienced these abuses because she is a Romani woman.”²² This interpretation echoes the dissenting opinion of Judge *Ljiljana Mijovic*, who challenged the ECtHR for not following its case-law, wherein the criteria of discrimination was established as “treating [someone] differently, without objective and reasonable justification, [...] in relevantly similar situations.”²³ In connection with the ECtHR’s lack of engagement with Article 14, Judge *Mijovic* importantly asserts that, “Finding violations of Articles 3 and 8 alone in my opinion reduces this case to the individual level, whereas it is obvious that there was a general State policy of sterilization of Roma women under the communist regime (governed by the 1972 Sterilization Regulation), the effects of which continued to be felt up to the time of the facts giving rise to the present case.”²⁴ *Mijovic* calls the Court’s attention to the fact that by not recognizing the violation of Article 14 (and its prohibition of discrimination on any grounds, including race) the Court repudiates the structural nature of racism against Roma and, in this case, particularly against Romani women.

In 2004, prior to the case of *V.C. v Slovakia*, the UN CEDAW Committee discussed the first sterilization case of Romani women, *A.S. versus Hungary*.²⁵ Similar to the ECtHR in 2011, the CEDAW Committee did not ponder structural racism as manifested in a

19 See ECtHR 8.11.2011, 18968/07, *V.C. v Slovakia*.

20 Ibid para 114.

21 Ibid para 116.

22 Christina Zampas, ‘V.C. v. Slovakia: A Step Towards Justice for Roma Women’ (Nov. 18, 2011) Open Society Foundation, 1, <http://archive.blog.soros.org/2011/11/vc-v-slovakia-a-step-toward-justice-for-roma-women> (31 August 2021).

23 ECtHR 8.11.2011, 18968/07, *V.C. v Slovakia*.

24 Ibid.

25 CEDAW Committee, *A.S. v Hungary*, Comm no 4/2004 (29.8.2006).

form of intersectional discrimination based on race, gender, and class, such as the sterilization of Romani women. A.S.'s legal representative strategically chose the jurisdiction of the Optional Protocol to CEDAW, which allows for individual complaint mechanisms and entered into force in 2000. At the time, the ECtHR had little practice and little case law regarding reproductive rights while, as a UN body for women's rights, CEDAW possessed global expertise in women's reproductive rights. This case shows a similar discriminatory pattern to the case of *V.C. versus Slovakia*. The Hungarian Romani woman, A.S., was subjected to coerced sterilization in a Hungarian hospital. On 2 January 2001, A.S. experienced labor pain while the amniotic sac broke, accompanied by heavy bleeding. She was taken to the hospital where the physician found that the fetus had died. An immediate caesarean section was needed to remove the stillborn fetus. While in a state of distress on the operating table, A.S. was asked to sign a form with a hand-written note that was "barely legible".²⁶ She signed the statement in a coerced condition, stating that, "I firmly request my sterilization,"²⁷ yet had no comprehensive understanding of the meaning of "sterilization". She discovered the meaning and consequences of sterilization after being discharged from the hospital a few days later. A.S. also stated that sterilization has had a profound impact on her family life and issued her complaint on three grounds: Article 10 (h), the right to access information to ensure the health and well-being of families; Article 12, regarding the elimination of discrimination against women in the field of health care; Article 16 1(e), the right to decide freely on the number and spacing of children. The CEDAW Committee ruled the case that it was a violation against CEDAW and hence discrimination against women, but it ignored the racial and class dimensions.

4. Formal and substantial equality

When discussing the limitations and opportunities offered by the ECHR and the Strasbourg Court, it is important to revisit the relevance of *formal and substantive equality*. Critical feminist²⁸ and critical race scholarship²⁹ share some substantive critiques of the fetishized abstraction of rule of law that regards the legal system as a detached authority from the social, economic, and political reality that is universally applicable, objective, and neutral. These critical legal theories argue that laws and legal systems make racial, gender, and social inequalities appear natural while creating and reproducing the unequal positions of racialized women. A dominant model in European jurisdiction, formal equality seeks a rational, intelligible, and reasonable justification for any differential

²⁶ Ibid para 2.2.

²⁷ Ibid.

²⁸ See Hilary Charlesworth, Christine Chinkin and Shelley Wright, 'Feminist Approaches to International Law' (1991) 85 *The American Journal of International Law* 613.

²⁹ See Richard Delgado and Jean Stefancic, *Critical Race Theory: An Introduction* (2nd ed., New York University Press 2012).

treatment between “analogously placed person or situations.”³⁰ Formal equality is individualized, localized, and temporal legal redress that does not recognize structural, systemic, or historical injustices. Critical legal scholars contrast this formal model of equality with the substantive conception of equality which can manifest in several forms. Substantive equality is based on the “idea that some persons, often because of their membership in a particular group are systematically subject to disadvantage, discrimination, exclusion or even oppression.”³¹ In this sense, the substantive conception of equality focuses more on the direct and indirect effect, conscious or unconscious racism and sexism, or accumulation of disadvantages than the objective description of differences in legal and policy documents. A call for substantive equality represents the “victim’s perspective” in contrast to the “perpetrator’s perspective.”³² The substantive equality model assumes the existence of an inherent, group-based discrimination and thereby implies, “that a substantive model of equality will not adopt a ‘color blind’ or ‘gender neutral’ approach to distinctions: rather it will look more favorably on measures which promote substantive equality for previously disadvantaged groups.”³³ Despite the prevalent structural inequality of Roma found in all segments of European societies, dominant legal redress and social remedies are still conceptualized and framed in the terms of formal equality. This is one paradox in European anti-discrimination jurisdiction and equality-related policy context that hinders both the recognition of systemic injustice and – by extension – the social emancipation of Roma. The ECtHR’s pretense of color blindness as a means of not addressing racial discrimination through the application of Article 14 was challenged by Judge *Bonello* with his dissenting opinion in the case of *Anguelova v. Bulgaria*.³⁴ He ardently explains that,

„[...] the Court acknowledges that members of vulnerable minorities are deprived of life or subjected to appalling treatment in violation of Article 3; but not once has the Court found that this happens to be linked to their ethnicity. Kurds, coloureds, Muslims, Roma and others are again and again killed, tortured, or maimed, but the Court is not persuaded that their race, colour, nationality or place of origin has anything to do with it.”³⁵

Judge *Bonello*’s invocation of substantive equality resonates with Judge *Mijovic*’s call for the ECtHR to recognize the systemic gender and racial violence in the case of *V.C. v Slovakia*. Throughout the past years, the ECtHR has developed its Article 14 non-dis-

30 Rory O’Connell, ‘Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in ECHR’ (2009) 29 Legal Studies 212.

31 Ibid 213.

32 Referenced by O’Connell (n 30).

33 O’Connell (n 30) 213.

34 ECtHR 13.6.2002, 38361/97, *Anguelova v Bulgaria*.

35 Ibid para 1 and 3.

crimination jurisprudence particularly in educational racial discrimination³⁶ and gender violence³⁷ yet still failed to apply this interpretation to the intersectional discrimination that occurred based on race and gender in the cases of the forced sterilization of Romani women,³⁸ even though discrimination based on class, social-economic status could also be easily established.

5. Conclusion

A central part of my argument is that the eugenic past exerts a significant influence on medical practice and the logic of legal judgement regarding the forced sterilization of Romani women. The failure to recognize intersected structural racism, sexism, and classism in healthcare as evinced in the practice of forced sterilizations is entrenched in internalized eugenics ideologies that became tacitly accepted by medical experts based on a self-enforcing norm. In contemporary social and political discourse there is the assumption that the Roma are far more fertile compared to the non-Roma population.³⁹ This misconception has become racialized via “public opinion” whereby Roma are deemed “misfits,” “inferior,” or “undeserved,” and thereby unqualified for reproduction as opposed to the white, preferably middle class individual whose reproduction is supported by the state in the region.⁴⁰ This “public opinion” is also translated into healthcare practices as a form of misconduct: forced and coerced sterilization. The perpetuated trivialization and lack of acknowledgement of forced and coerced sterilization as a gendered, classed and racial violence reaffirms internalized social norms. Yet, this paternalistic, eugenic-driven social practice has been justified and deemed as a benevolent act by doctors⁴¹ who know far more about what is good for poor Romani women. Meanwhile, the Romani women who sought justice were portrayed in the litigation process as “liars who want only money”.⁴²

Although the ECtHR and the CEDAW Committee contributed to developments in jurisprudence in the field of forced and coerced sterilization of Romani women as a result of the two important cases, *V.C. v. Slovakia* and *A.S. v. Hungary*, in both cases justice was delayed and too disproportionate to compensate for the humiliation and dehumaniza-

36 ECtHR 13.11.2007 (GC), 57325/00, *D.H. and Others v the Czech Republic*; ECtHR 16.3.2010, 15766/03, *Oršuš and Others v. Croatia*.

37 ECtHR 9.6.2009, 33401/02, *Opuz v Turkey*.

38 Rubio-Marín and Möschel (n 2).

39 Lídia Balogh and Judit Gellér, ‘Roma nők hátrányos megkülönböztetése a szülészeti ellátás során: két magyarországi jogeset, háttérrel’ (2019) 23 FUNDAMENTUM 204-223.

40 Angéla Kóczé, ‘Gendered and Racialized Social Insecurity of Roma in East Central Europe’ in Angéla Kóczé and Huub van Baar (eds) *The Roma and their Struggle for Identity in Contemporary Europe* (Berghahn 2020).

41 Balogh and Gellér (n 39).

42 See e.g. the interview with an attorney of *Poradna* in 2016 by Emma Várnagy in her MA thesis *Legal Avenues to Tackle Involuntary Sterilization of Roma Women in Central-Eastern Europe* (submitted to Central European University, Department of Legal Studies) 41.

tion of Romani women. Furthermore, these decisions neglect to recognize the systemic gender, racial, and class discrimination that sustains and reproduces the violent structural constraints, conditions, and social norms. In the case of racialized women, forced and coerced sterilization must be identified not as a medical procedural error, but as a paradigmatic case of how the legal and health care systems converge to obscure structural gender, class, and racial violence at the expense of Romani women's reproductive health.

Angéla Kóczé, PhD, is sociologist, Assistant Professor and Chair of Romani Studies Program at the Central European University, Budapest/Vienna; koczea@ceu.edu

Gender Data: (Un-)Sichtbarkeit in der Krise

Über intersektionale Datenerhebung und gendersensible Maßnahmen

Laura Widerhofer

1. Einleitung

Dass die „global human community“ auch in Zeiten einer globalen Gesundheitskrise nicht „equally precarious“¹ ist oder diese für sie gar als *equalizer* fungiert, ist mittlerweile unbestreitbar. Die gesundheitlichen wie sozialen und wirtschaftlichen Auswirkungen der Pandemie sind nicht geschlechtsneutral,² gendersensible bzw. genderresponsive Maßnahmen werden dennoch zumeist nicht ergriffen.³

Da vernunftorientiertes Entscheiden die Kenntnis des Tatsächlichen voraussetzt, bilden belastbare Daten die Grundlage jedes informierten politischen Handelns. Der Verfassungsgerichtshof (VfGH) hat mittlerweile mehrfach im Zuge von Verordnungsprüfungsverfahren ausgesprochen, dass selbst in einer krisenhaften Situation wie der gegenwärtigen Gesundheitskrise die Einhaltung bestimmter Anforderungen der aktenmäßigen Dokumentation der Entscheidungsgrundlagen im Verfahren der Verordnungserlassung kein Selbstzweck ist, sondern „solchen Anforderungen eine wichtige, die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns sichernde Funktion“⁴ zukommt. Aus Art 18 Abs 2 B-VG folgt demnach eine Transparenzverpflichtung des*der Verordnungsgebers*in und schließlich ein Evidenzgebot politischer Maßnahmen. Dieser somit auch verfassungsmäßig angezeigten Transparenz behördlichen Handelns geht das Erfordernis einer vollständigen und möglichst umfassenden Datenerhebung voraus.

Bereits in den ersten Monaten der Pandemie wies die *World Health Organization* (WHO) mehrfach auf die Wichtigkeit geschlechts- bzw. genderspezifischer Datenerhebung, das Sammeln von *Gender Data*, im Zusammenhang mit der Eindämmung von Covid-19 hin⁵ und forderte die Staaten dazu auf, Frauen in alle Stadien des Pandemiemanagements

1 Butler, Capitalism Has its Limits, versobooks.com 30.3.2020, <https://www.versobooks.com/blogs/4603-capitalism-has-its-limits> (21.9.2021).

2 Vgl etwa Thaler, Corona-Krise zeigt, wie Frauen die Gesellschaft stützen, derstandard.at 19.3.2020, <https://www.derstandard.de/story/2000115893223/corona-krise-zeigt-frauen-sind-stuetze-der-gesellschaft> (21.9.2021); Brekhout/Richardson, Identity, politics, and the pandemic: Why is COVID-19 a disaster for feminism(s)?, HPLS 2020, 49.

3 Vgl UNDP, Covid-19 Global Gender Response Tracker, <https://data.undp.org/gendertacker/> (21.9.2021).

4 VfGH 14.7.2020, V411/2020, 80; vgl auch VfGH 14.7.2020, V363/2020, 50 ff; 1.10.2020, V428/2020, 51; 10.12.2020, V436/2020, 27; 10.3.2021, V573/2020, 53.

5 WHO, Gender and COVID-19: advocacy brief, 14.5.2020, <https://apps.who.int/iris/handle/10665/332080> (21.9.2021).

miteinzubeziehen sowie eine Gender-Perspektive in die politischen Antworten auf die gegebenen Herausforderungen einzuführen, um zweckmäßige, gendersensible Maßnahmen entwickeln zu können.⁶ Die Datenlage in der gegenwärtigen Pandemie steigt zwar stetig, doch bestehen weiterhin signifikante regionale wie qualitative Unterschiede und breite Leerstellen: in den Datensets, den Statistiken und klinischen Studien, der Berichterstattung und den Maßnahmen.

2. Leerstelle

Auch eineinhalb Jahre nach Ausbruch der Pandemie ist die *Gender*-Datenlage besonders dünn: Lediglich 45 % der 201 Staaten weltweit, die gemeinsam 99,9 % aller bestätigten Covid-19-Erkrankungen und -Todesfälle ausmachen, erfassten diese Daten im August 2021 *sex-disaggregated*, also getrennt nach biologischem Geschlecht. Nur 47 Staaten meldeten in dieser Form zusätzlich die Anzahl an geimpften Personen.⁷ Auch in Österreich sind über das *AGES Dashboard COVID19*, den Datenstand des Epidemiologischen Meldesystems (EMS), lediglich Erkrankungs- und Todesfallzahlen nach Altersgruppe und Geschlecht aufgeschlüsselt einsehbar. Nur in der Statistik des Gesundheitsministeriums zur Durchimpfungsrate und dem Bericht über Meldungen vermuteter Nebenwirkungen nach Impfungen zum Schutz vor COVID-19 des *Bundesamts für Sicherheit im Gesundheitswesen* (BASG) scheint eine Verortung als nicht-binär bei der Erhebung des Geschlechts der geimpften Personen auf. Differenzierte Angaben zu Testungen, Krankheitsverlauf, Hospitalisierung und Langzeitfolgen fehlen jedoch ebenso wie jene zu Immunisierungsstatus oder Impfdurchbrüchen.⁸ *Gender* – verstanden als eine durch soziale Normen determinierte Variable – wird in diesen Statistiken nicht abgebildet.

Zu den geschlechtsspezifischen Nebenwirkungen der aktuellen Impfstoffe liegen, laut *Margarethe Hochleitner*, Professorin für Gender Medizin und Leiterin der Koordinationsstelle für Gleichstellung, Frauenförderung und Geschlechterforschung der Medizinischen Universität Innsbruck, so gut wie keine Daten vor.⁹ Auch die WHO kritisiert im Zusammenhang mit der internationalen Covid-19-Impfstoffentwicklung und -verteilung das Fehlen wissenschaftlich belastbarer Daten.¹⁰ In Umsetzung der Agenda 2030 der Vereinten Nationen anerkennt der *Aktionsplan Frauengesundheit* des Gesundheitsministeriums, dass trotz der zunehmenden Beachtung von Genderaspekten in der Gesundheitsforschung und -versorgung die Anwendung dieses Wissens im Gesundheitssystem noch defizitär ist.¹¹

6 Vgl. WHO Executive Board, Resolution EB146.R10, 8.2.2020, Strengthening preparedness for health emergencies: implementation of International Health Regulations (2005) 4 f.

7 Vgl. GH5050/APHRC/ICRW, Covid-19 Sex-Disaggregated Data Tracker, August 2021 Update, <https://globalhealth5050.org/wp-content/uploads/August-2021-data-tracker-update.pdf> (21.9.2021).

8 Vgl. Heidari/Goodman (WHO), Critical Sex And Gender Considerations For Equitable Research, Development And Delivery of COVID-19 Vaccines. Background Paper, April 2021, 4 f.

9 Vgl. Krichmayr, Covid-Impfungen: Mehr Nebenwirkungen bei Frauen?, *derstandard.at* 25.3.2021, <https://www.derstandard.at/story/2000125299745/covid-impfungen-mehr-nebenwirkungen-bei-frauen> (21.9.2021).

10 Vgl. Heidari/Goodman (WHO), Background Paper.

11 Vgl. BMASGK, Aktionsplan Frauengesundheit (Stand Juni 2018), 26.

Derartige Lücken verhindern es, die Pandemie in ihrer Komplexität vollumfänglich zu verstehen und zu bekämpfen. Dennoch dürfte Covid-19 zu einer der im Hinblick auf ihre geschlechtsspezifischen Auswirkungen (*sex-disaggregated outcome*) immer noch am besten analysierten epidemischen Krankheiten zählen.¹²

3. Intersektionale medizinische Forschung

In der Diskussion um *Gender Data* stellt das Erfassen von *sex-disaggregated data* eine Mindestanforderung dar.¹³ Durch die Beschränkung auf diese biologistische Perspektive läuft der Geschlechtervergleich jedoch Gefahr, ein binäres und in sich homogenes Bild von Frauen und Männern zu zeichnen,¹⁴ was schlussendlich zu einer Verzerrung der Realität und der Verschleierung spezifischer Risiken führt, die sich gerade aus der Wechselwirkung unterschiedlicher Kategorien sozialer Ungleichheit ergeben können. Studien deuten zwar darauf hin, dass die Hospitalisierungs- und Sterblichkeitsrate im Zusammenhang mit einer Covid-19-Erkrankung bei Männern tendenziell höher liegt als bei Frauen,¹⁵ dies heißt jedoch nicht, dass jeden Mann* oder jede Frau* dasselbe Risiko trifft. So bilden etwa die Zugehörigkeit zu einer ethnischen Minderheit oder das Leben unter Fluchtbedingungen Umstände, die sich statistisch als zusätzliche Risikofaktoren abzeichnen, bisher aber noch kaum umfangreich untersucht sind.¹⁶

Ein Bewusstsein für diese intersektional erfassbaren Ungleichheitskategorien bildet sich zunehmend auch in der medizinischen Forschung.¹⁷ Durch das Etablieren intersektionaler quantitativer Analysemethoden¹⁸ könnten komplexe sozioökonomische, regionale, ethnischen oder kulturelle (Risiko-)Faktoren, wie etwa Migrationsbiographie, Bildung

12 Vgl Womersley/Ripullone/Peters/Woodward, Covid-19: Male disadvantage highlights the importance of sex-disaggregated data, *BMJ* 2020, 370: m2870, 1.

13 Vgl WHO, advocacy brief, apps.who.int; UN Department for Economic and Social Affairs, ST/ESA/STAT/SER.F/111, Integrating a Gender Perspective into Statistics, 1 ff; siehe auch UN General Assembly, Resolution A/RES/69/313, 27.7.2015, Addis Ababa Action Agenda of the Third International Conference on Financing for Development, 125 ff; Resolution A/RES/71/313, 10.7.2017, Work of the Statistical Commission pertaining to the 2030 Agenda for Sustainable Development, 2, Annex.

14 Vgl Pöge/Rommell/Menalet al, *AdvanceGender* – Verbundprojekt für eine geschlechtersensible und intersektionale Forschung und Gesundheitsberichterstattung, Bundesgesundheitsbl 2019, 102.

15 Vgl Wenham/Smith/Morgan, COVID-19: the gendered impacts of the outbreak. *Lancet* 2020/395 (10227): 847; Tadiri/Gisinger/Kautzky-Willer/et al, The influence of sex and gender domains on COVID-19 cases and mortality, *CMAJ* 2020, 192: E1041; Jun/Nirenberg/Weinberg/et al, Analysis of sex-specific risk factors and clinical outcomes in COVID-19, *Commun Med* 2021; Womersley/Ripullone/Peters/Woodward, *BMJ* 2020, 370: m2870.

16 Vgl Heidari/Goodman (WHO), Background Paper, 5 f.

17 Vgl Brady/Nielsen/Andersen/Oertelt-Prigione, Lack of consideration of sex and gender in COVID-19 clinical studies, *nature communication* 2021, 4015; Hankivsky/Kapilashrami, Intersectionality Offers A Radical Rethinking Of Covid-19, *BMJ GH Blogs*, 15.5.2020: <https://blogs.bmj.com/bmj/2020/05/15/intersectionality-offers-a-radical-rethinking-of-covid-19/> (21.9.2021); Kapilashrami/Hankivsky, Intersectionality and why it matters to global health, *Lancet* 2018/391 (10140), 2589.

18 Vgl Mena/Bolte, CART-analysis embedded in social theory: A case study comparing quantitative data analysis strategies for intersectionality-based public health monitoring within and beyond the binaries, *SSM – Population Health* 2021, 100722, 1 f mwN.

oder Zugang zum Gesundheitssystem, miterfasst und so das Zusammenwirken dieser Einflussfaktoren mit der Kategorie Geschlecht in Datensets und Statistiken abgebildet werden.

4. Politischer Auftrag

Medizinische Daten können in der Pandemie ihren Zweck erst dann erfüllen, wenn sie die unterschiedlichen gesundheitlichen Bedürfnisse und Erfahrungen jener abzubilden vermögen, die betroffen sind. Eine Kontextualisierung der Zahlen und Daten ist daher unerlässlich, um angewandte Forschung betreiben und die gesundheitliche Dimension sozialer Ungleichheit abbilden zu können. Bereits 2018 wurde mit der Novellierung des *Forschungsorganisationsgesetzes* (FOG) durch das *Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018*,¹⁹ ein Versuch unternommen, den Zugang zu forschungsrelevanten personenbezogenen Daten zu demokratisieren. Per Verordnung sollten Registerdaten für Forschungszwecke zur Verfügung gestellt werden können; keine einzige derartige Verordnung scheint bisher erlassen worden zu sein.²⁰ Es bleibt abzuwarten, welchen Weg das Parlament nun mit dem Ministerialentwurf zur Änderung des *Bundesstatistikgesetzes 2000* und des FOG²¹ einschlagen wird. Bis zum Ende der Begutachtungsfrist am 10.8.2021 gingen 103 Stellungnahmen ein. Unter anderem soll eine zentrale Datenbank, das *Austrian Micro Data Center* (AMDC), bei der *Statistik Austria* eingerichtet werden und so der Zugang der Wissenschaft zu Statistik- und Registerdaten unter Beachtung des Statistikgeheimnisses (den Vertraulichkeitsbestimmungen von Statistikdaten) und datenschutzrechtlicher Vorgaben verbessert werden – intersektionale Forschung könnte so zukünftig ermöglicht werden.

Es liegt an den Staaten, in intersektionale qualitative und quantitative Forschung zu investieren, vorhandene Daten für die Wissenschaft zu öffnen, Pharmafirmen und andere Akteur*innen in der Gesundheitswirtschaft zur Offenlegung ihrer Datengrundlagen zu verpflichten, und das Beachten einer intersektionalen *Gender*-Dimension in Zulassungsverfahren oder der Impfstoffverteilung verbindlich vorzuschreiben. Vor dem Hintergrund einer derartig aufbereiteten Datenlage werden intersektional-genderspezifische Risiken sichtbar und das Ergreifen genderresponsiver Maßnahmen möglich. Gendersensibles Pandemiemanagement ist als demokratiepolitischer Auftrag zu verstehen und kann nur evidenzbasiert funktionieren.

Mag.^a Laura Widerhofer studiert Gender Studies und ist Universitätsassistentin am Institut für Zivilverfahrensrecht an der Universität Wien; laura.widerhofer@univie.ac.at

19 BGBl I 2018/31.

20 *Forgo*, 90 SN 135/ME 27. GP 2 (Stellungnahme zu Entwurf des Bundesgesetzes, mit dem das Bundesstatistikgesetz 2000 und das Forschungsorganisationsgesetz geändert werden).

21 135/ME 27. GP.

Das Kombipaket „Die Europäische Union – das unbekannte Wesen“

Der informative Wert dieser über den Zeitraum der letzten 16 Jahre (2005–2021) in über 500 Beiträgen auf über 3.000 Druckseiten ausgearbeiteten Darstellungen, Erklärungen und Kommentierungen ermöglichen dem Leser, seine Einstellung zur EU entsprechend zu justieren, was in Zeiten, wie diesen, in denen Österreich einer der euroskeptischsten EU-Mitgliedstaaten geworden ist, mehr als notwendig ist.

Band 1 – Die EU in 240 Bildern (2011)

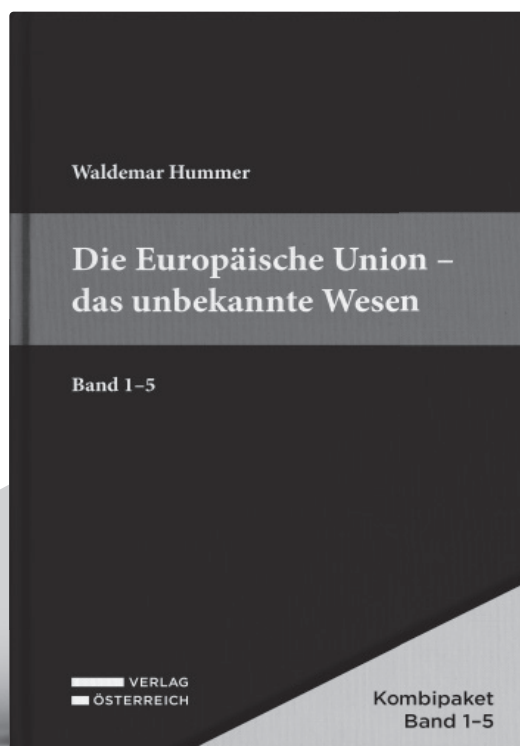
Band 2 – Die EU in 150 Glossen (2014)

Band 3 – Die EU in 40 Artikeln (2017)

Band 4 – Die EU in 35 Artikeln (2018)

Band 5 – Die EU in 40 Artikeln – unter besonderer Berücksichtigung des „Brexit“ (2021) stellt den letzten Band der Sammelschrift „Die Europäische Union – das unbekannte Wesen“ dar.

Zusammenfassend kann man das „Paket“ der fünf Teilbände ohne Übertreibung als eine absolute „Pflichtlektüre“ für EU-Interessierte bezeichnen.



Hummer
Kombipaket
Die Europäische Union
Band 1-5

Monografie
3233 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-7046-8005-1
Erscheinungsdatum: 15.11.2021
198,00 €

