

nr 1/2022

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Klimagerechtigkeit

Bewegung im Recht

recht & gesellschaft

Datenträgerauswertung im Asylverfahren
„A.C.A.B.“ als Anstandsverletzung?
Das Gnaden(un)wesen

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

verlagoesterreich.at
juridikum.at

 VERLAG
 ÖSTERREICH

Alles wahr, außer das was erfunden ist

Rechtliche und andere Mittel gegen Desinformation

Antonia Reiss / Nikolaus Wieser

Mit der Covid-19-Pandemie ist auch eine Infodemie ausgebrochen:¹ Falsche Informationen über das Coronavirus, seine Gefährlichkeit und die Impfung dagegen grassieren on- und offline, beunruhigen Menschen und führen zu irrationalem Verhalten. Ein Bsp zeigt die Schlagzeile: „Entwurmungsmittel Ivermectin in Oberösterreich ausverkauft“². Nach der Propagierung durch FPÖ-Chef *Herbert Kickl* kauften Menschen Ivermectin und nahmen es in Mengen ein, die für eine Entwurmung bei Pferden vorgesehen sind.³ Einige landeten mit Vergiftungen auf den ohnehin schon überlasteten Intensivstationen.⁴ Wie dies trotz Warnungen des Bundesamts für Sicherheit im Gesundheitswesen,⁵ der Europäischen Arzneimittel-Agentur⁶ und des Herstellers selbst⁷ möglich ist, fragt man sich verwundert.

Wie ist mit der Verbreitung von offenkundig falschen Informationen umzugehen? Auch wenn es die schwerste Keule ist, denken wir zunächst an das Strafrecht. Der Strafrechtler *Frank Höpfel* sieht „keine rechtliche Handhabe gegen derartige Gesundheitstipps des FPÖ-Chefs“ und auch die Staatsanwaltschaft Wien stellte mehrere Anzeigen „mangels Anfangsverdachts der Begehung einer strafbaren Handlung“ ein.⁸

Österreich hatte bis zur Strafrechtsreform 2015⁹ einen strafrechtlichen Tatbestand gegen Fake-News. Nach § 276 StGB war zu bestrafen, wer absichtlich ein Gerücht verbreitet, „von dem er weiß [...], da[ss] es falsch ist, und das geeignet ist, einen großen Personen-

1 Davon war im *juridikum* schon zu lesen: *Blassnig*, In Zeiten der Infodemie, *juridikum* 2020, 433.

2 APA, Entwurmungsmittel Ivermectin in Oberösterreich ausverkauft, *diepresse.com* 16.11.2021, www.diepresse.com/6061808 (15.2.2022).

3 Vgl NN, Wurmmittel gegen Corona? Ivermectin wird zur Gefahr!, *futurezone.at* 18.11.2021, www.youtube.com/watch?v=kKoNf3X3ir4 (15.2.2022).

4 APA, Weiterer schwerer Fall nach Ivermectin-Gabe in Salzburg, *tt.com* 22.12.2021, www.tt.com/artikel/30808956/weiterer-schwerer-fall-nach-ivermectin-gabe-in-salzburg (15.2.2022).

5 BASG, Warnung vor Anwendung von Ivermectin zur Behandlung von COVID-19, Sicherheitsinformation v 22.3.2021, www.basg.gv.at/marktbeobachtung/amtliche-nachrichten/detail/warnung-vor-anwendung-von-ivermectin-zur-behandlung-von-covid-19 (15.2.2022).

6 EMA, EMA advises against use of ivermectin for the prevention or treatment of COVID-19 outside randomised clinical trials, www.ema.europa.eu/en/news/ema-advises-against-use-ivermectin-prevention-treatment-covid-19-outside-randomised-clinical-trials (15.2.2022).

7 *Merck Sharp & Dohme GmbH*, Pressemitteilung von MSD Österreich zu Ivermectin, APA OTS0244 v 17.11.2021.

8 *Hagen/Scherndl*, Vergiftungen durch Ivermectin: Experte sieht rechtlich „keine Handhabe“ gegen Kickl, *derstandard.at* 18.11.2022, www.derstandard.at/2000131238651 (15.2.2022).

9 689 BlgNR 25. GP 40.

kreis zu beunruhigen und dadurch die öffentliche Ordnung zu gefährden [...]“. Ob dieser Tatbestand in *Kickls* Fall erfüllt war, lässt sich aufgrund fehlender Sachverhaltselemente hier nicht klären. Eine Diskussion, ob die Streichung von § 276 StGB angesichts der Infodemie zu einer Lücke führte, scheint jedoch aus heutiger Sicht geboten.¹⁰

Zivilrechtlich sieht *Andreas Kletečka* im Fall „Entwurmungstipp“ eine mögliche Haftung aus allgemeinen Grundsätzen über die Rechtsfigur der psychischen Kausalität. Er vergleicht *Kickl* mit einem Bergführer, der anderen Wanderer:innen einen sicheren Abstieg empfiehlt, obwohl dieser in Wahrheit gefährlich sei. Wenn jemand eine Öffentlichkeit wie *Kickl* habe, könnte er also „aufgrund psychischer Kausalität gegenüber Leuten haften, die ihm gern folgen.“¹¹ Auch dazu würde sich eine Diskussion lohnen und *Kickl* wäre zudem ein Präzedenzfall.

In Zeiten, in denen sich Menschen in Gruppen des Messengerdienstes *Telegram* mit Ratschlägen versorgen, wie sie die Impfpflicht umgehen können¹² und bei Demonstrationen vor Impfungen mittels Polizei-Hubschraubern oder unter Kanaldeckeln versteckten Personen warnen,¹³ scheint die Informationskrise perfekt. Eine mögliche Gegenmaßnahme wäre ein gestärktes Vertrauen in die Wissenschaft, denn dieses ist hierzulande niedrig: In der letzten Eurobarometer-Umfrage waren etwa 29 % der Befragten der Meinung, dass Forscher:innen nicht ehrlich sind, 24 % machten keine Angabe. Damit belegt Österreich den vorletzten Platz (vor Deutschland).¹⁴ Diesem mangelnden Vertrauen könnte eine konkrete Strategie zur Bewerbung von Forschung durch die Regierung beikommen.¹⁵ Eine andere Möglichkeit steht jedem:r Einzelnen:r offen: Sich für die Auseinandersetzung mit Gläubigen von Falschinformationen zu rüsten und sich – soweit möglich – mit diesen auseinanderzusetzen. Wir glauben an die Kraft des Dialogs und geben dazu eine Leseempfehlung mit.¹⁶

Antonia Reiss, BA und Mag. Nikolaus Wieser sind Mitherausgeber:innen des *juridikum*; antonia.reiss@univie.ac.at; nikolaus.wieser@univie.ac.at

10 Vgl dazu im *juridikum*: *Oberlauer*, Fake News und der Ruf nach dem Strafrecht, *juridikum* 2017, 157.

11 *Komenda*, Haftet FPÖ-Chef Kickl für seinen Entwurmungstipp?, *diepresse.com* 25.11.2021, www.diepresse.com/6065686 (15.2.2022).

12 *Vogt*, *Telegram*, die Informationszentrale der Impfgegner, *derstandard.at* 12.2.2022, www.derstandard.at/2000133302592 (15.2.2022).

13 *NN*, Impfgegner warnen vor „Impfhubschraubern“ und „Kanalimpfung“ bei Wiener Demo, *derstandard.at* 20.11.2021, www.derstandard.at/2000131304808 (15.2.2022).

14 *NN*, Österreich – Land der Wissenschaftsskeptiker, *science.orf.at* 12.11.2021, <https://science.orf.at/stories/3209782> (15.2.2022).

15 Vgl dazu *NN*, RH bemängelt Strategie zu Bewerbung von Forschung, *orf.at* 11.10.2019, <https://orf.at/stories/3140479> (15.2.2022).

16 *Hümmler/Schiesser*, Fakt und Vorurteil. Kommunikation mit Esoterikern, Fanatikern und Verschwörungsgläubigen (2021).

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 1 Alles wahr, außer das was erfunden ist
Rechtliche und andere Mittel gegen Desinformation
 Antonia Reiss / Nikolaus Wieser

merk.würdig

- 5 Gelöbnis an das standesgemäße Verhalten
Wie man als Jurist:in die Lust am Sudern im Internet und anderswo nutzen kann
 Toxische Pommes
- 9 Gott lässt sich nicht spotten
Eine kritische Betrachtung zu § 188 StGB
 Levin Wotke
- 13 Sozialhilfe neu in Oberösterreich
Über „besondere Umstände“, die eine gemeinsame Wirtschaftsführung ausschließen (könnten) und gute Gründe dafür
 Sebastian Hauser
- 18 Dürfen Medien Chatprotokolle von Politiker_innen veröffentlichen?
 Alexander Warzilek

recht & gesellschaft

- 23 Wenn das Smartphone der Kontrolle dient
Zur Datenträgerauswertung im österreichischen Asylverfahren
 Ivan Josipovic
- 33 Vom Anstand, die Polizei nicht zu kritisieren
„A.C.A.B.“ zwischen Verwaltungsstrafrecht und Grundrechtsschutz
 Katharina Schöbi
- 43 Das Gnaden(un)wesen
Eine Betrachtung aus rechtsstaatlicher Perspektive
 Julian Lehmann
- 53 Über die Zulässigkeit der Ausübung von Sexarbeit zeitgleich mit einem gesetzlich geregelten Gesundheitsberuf im psychosozialen Kontext
 Sara Plimon-Rohm

thema

- 65 Vorwort der Gastherausgeber*innen
 Petra Sußner / Ida Westphal / Eva Pentz
- 68 „Klimaklagen liefern strukturell perfekte Fragen für Verfassungsgerichte“
Interview mit Verena Madner (Vizepräsidentin des österreichischen Verfassungsgerichtshofs) und Susanne Baer (Richterin des deutschen Bundesverfassungsgerichts) zur Rolle der Gerichte in der Klimakrise
 Petra Sußner / Ida Westphal / Eva Pentz
- 83 Klimagerechtigkeit durch Klimaklagen?
Eine kritische Analyse aus menschenrechtlicher Perspektive
 Helen Keller / Corina Heri
- 94 The Road Not Taken
Wie Bundesverfassungsgericht und Verfassungsgerichtshof das Klima in der Verfassung verorten
 Anna-Julia Saiger
- 106 Klimagerechtigkeit in Österreich
 Veronika Marhold / Lisa Schranz / Lisa Weinberger
- 116 Im Gerichtssaal und auf der Straße – unterschiedliche Wege, ein Ziel?
Zum Verhältnis von politischem Aktivismus für Klimagerechtigkeit und Klimaklagen
 Christiane Gerstetter
- 124 Getting SLAPped – Strategische Prozessführung gegen die Klimabewegung
Ein Schlaglicht aus der anwaltlichen Praxis
 Thorsten Deppner

128 Bewusstseinswandel statt Klimawandel – auch im Recht

Die Lawyers for Future

Peter Kremer

131 Gericht halten über uns selbst

Klimaklagen als Court Room Drama und juristische Intervention

Alexandra Kemmerer

nach.satz

136 „Personen, die keinem Erwerb nachgehen“

Ein Denkanstoß zu den rechtlichen Implikationen unbezahlter Familienarbeit von Frauen

Theresia Angerer

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 Blafnig, 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 Präsenzdienr: Euro 25,-
 Einstiegsabo: Euro 11,-
 Einzelheft: Euro 22,-
 (Alle Preise inkl MWSt, exkl Versandkosten)
 Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Angelika Adensamer, Maximilian Blafnig, Isabell Doll,
 Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Karol Felsner, Jakob
 Fux, Judith Fitz, Ümra Gencer, Susanne Gstöttner, 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, Laura Widerhofer,
 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:

Theresia Angerer, Susanne Baer, Thorsten Deppner,
 Christiane Gerstetter, Sebastian Hauser, Corina Heri,
 Ivan Josipovic, Helen Keller, Alexandra Kemmerer, Peter
 Kremer, Julian Lehmann, Verena Madner, Veronika
 Marhold, Eva Pentz, Sara Plimon-Rohm, Antonia Reiss,
 Anna-Julia Saiger, Katharina Schöbi, Lisa Schranz, Petra
 Sußner, Toxische Pommies, Alexander Warzilek, Lisa
 Weinberger, Ida Westphal, Nikolaus Wieser, Levin Wotke

Gastherausgabe des themas:

Eva Pentz, Petra Sußner, Ida Westphal

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 Blafnig: 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“.

Gelöbnis an das standesgemäße Verhalten

Wie man als Jurist:in die Lust am Sudern im Internet und anderswo nutzen kann

Toxische Pommes

1. Dem akademischen Grad angemessen

„Wie verträgt sich deine Social Media Tätigkeit mit deinem Beruf als Juristin?“, gehört zu den häufigsten Fragen, die mir bei Interviews über meine Satire-Kurzvideos gestellt werden, mit denen ich seit Beginn der Corona-Pandemie gesellschaftspolitische Themen wie Rassismus, Sexismus oder Klassismus in den sozialen Medien aufgreife.

Mit dieser Frage schwingt immer die unterschwellige Annahme mit, dass da etwas nicht so ganz zusammenpasst, wenn eine Juristin in ihrer Freizeit in den Sozialen Medien satirische Videos produziert und gelegentlich auch auf echten Bühnen auftritt.¹ Menschen, die nur meine Videos kennen, sind meistens überrascht, wenn ich erwähne, dass ich im echten Leben außerhalb von Instagram und Co Juristin bin. Umgekehrt reagieren Jurist:innen in meinem Umfeld oft verwundert und tw irritiert, wenn sie von meiner Nebentätigkeit hören.

Es wirkt bisweilen so, als würde es sich für Jurist:innen nicht gehören, Videos im Internet zu veröffentlichen, in denen man Alltagsszenen nachspielt, dafür in verschiedene Rollen schlüpft und sich vielleicht auch mal zum Affen macht – auch dann, wenn man mit diesen Videos eigentlich auf gesellschaftliche Probleme und Missstände aufmerksam machen möchte. Selbst Accounts von Jurist:innen, die ausschließlich der Wissensvermittlung von juristischen Themen dienen und damit sehr wichtige Aufklärungsarbeit leisten (wie zB der Account *@lawandbeyond_at*, der von dem Rechtsanwalt *Patrick Onyemaechi Kainz* und der Rechtsanwaltsanwältin *Theresa Kamp* betrieben wird), werden regelmäßig heftig von ihrem Berufsumfeld kritisiert, weil ihr öffentlicher Auftritt „nicht standesgemäß“ wäre. Doch warum ist das so?

Absolvent:innen der Rechtswissenschaften an der Universität Wien geloben bei ihrer Sponsion, dass sie sich durch ihr „künftiges Verhalten des akademischen Grades [...] würdig erweisen“ und dieses Verhalten „im öffentlichen und privaten Bereich [dem] akademischen Grad angemessen“ ist.²

1 ZB am 14.3.2022 in der Wiener „Kulisse“ bei der Kabarettgala „Lachen gegen Korruption“ zugunsten des Volksbegrühens für Rechtsstaatlichkeit und Antikorruption neben *Florian Scheuba*, *Stefanie Sargnagel* und den *Gebrüder Moped*.

2 Beide Zitate stammen aus der Sponsionsformel der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, https://event.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/d_event/Dokumente/Feiern_Ehrungen/Rechtswissenschaftliche_Fakultaet_Sponsion.pdf (20.12.2021).

Nun kann man diese Begriffe verschieden auslegen und darüber streiten, welches Verhalten angemessen ist und welches nicht. Allerdings scheint – zumindest unter uns Jurist:innen – eine Sache klar zu sein: Als „Angehörige des Standes, dem in erster Linie die Wahrung des Rechts obliegt“³, kommt uns ein vermeintlich besonderer Stellenwert in der Gesellschaft zu, den wir würdigen und uns dementsprechend verhalten sollen.

2. Jurist:innen als elitäre Bubble und die Probleme, die das mit sich bringt

Wir scheinen also etwas Besonderes zu sein. Wie sollte man sonst erklären, dass regelmäßig bereits Erstsemestrige in Anzügen und mit lederen Aktentaschen in ihren ersten Vorlesungen am Juridicum sitzen, während ein paar hundert Meter weiter Philosophie- und Geschichtestudierende in Jeans und Hoodies ihre Lehrveranstaltungen genauso erfolgreich absolvieren? Sind Jus-Studierende etwas Besseres? Ja, sind sie! Zumindest scheinen viele davon überzeugt zu sein, etwas Besonderes zu leisten, wenn sie ein rot-weißes Buch mit der Aufschrift „Römisches Sachenrecht“ lesen. Diese Überzeugung kann man ihnen auch nicht verübeln, immerhin suggerieren ja selbst manche Professor:innen den frisch Inskribierten mit subtilen und weniger subtilen Bemerkungen, sie gehören nun dank ihrer Studienwahl einem elitären Kreis an. Im Gegensatz zum Jusstudium wären andere Studienrichtungen, für die es nicht 2.000 Seiten Stoff pro Prüfung zu pauken gibt, ja ein Klacks. (Angehende) Jurist:innen bilden also eine Art Elite. Das wichtigste Wesensmerkmal von Eliten ist, dass sie exklusiv sind; nicht jeder:r kann ihnen angehören. Für die Aufnahme in eine Elite müssen besondere Kriterien erfüllt werden, unter denen sich allerdings regelmäßig klassistische, sexistische und rassistische Komponenten verstecken:

Als ich mit Anfang 20 angefangen habe, als Universitätsassistentin am Juridicum zu arbeiten, war ich naiverweise sehr verwundert darüber, wie sich meine Kolleg:innen einen viel luxuriöseren Lebensstil leisten konnten, obwohl wir dasselbe Gehalt verdienten: Ich fand mich plötzlich in einer Welt wieder, in der *Ja! Natürlich* nicht bio genug war, und sich meine gleichaltrigen Kolleg:innen regelmäßig sogenannte Bio-Kistl mit saisonalem Obst und Gemüse von regionalen Bäuer:innen an die Institute liefern ließen, die so viel kosteten wie mein ganzer Wocheneinkauf. Sie gingen regelmäßig ins Burgtheater und in die Staatsoper und diskutierten über die besten und teuersten Kaffeemaschinenmodelle (die bis zu 16.000 Euro kosten können, wie ich gelernt habe).

Anfangs wollte ich dieser Welt voll und ganz angehören – immerhin bietet sie ja auch überwiegend Schönes: Es hat mir stets große Freude bereitet, an verschiedensten Forschungsprojekten mitzuarbeiten und mich in juristische Fragen zu vertiefen, auf die es nicht mal in mehrere hundert Jahre alten Büchern aus der Nationalbibliothek Antworten gab. Allerdings habe ich schnell gemerkt, dass weite Teile dieser Welt nur einem bestimmten Kreis an Menschen vorbehalten sind. Trotz der scheinbar weltoffenen Atmo-

3 S FN 2.

sphäre in den Forschungsräumlichkeiten war ich zu Beginn meiner Tätigkeit als Universitätsassistentin die einzige Person mit einem nicht-österreichischen Namen an meinem Institut. Die Professoren waren alle weiß, großteils autochthone Österreicher und vor allem eins: cis Männer. Auf der Ebene der prae docs war zwar noch eine Geschlechterdurchmischung zu spüren, auf post doc-Ebene waren Frauen aber plötzlich wie weggewischt. Spätestens ab dem Zeitpunkt, als meine Kolleg:innen begonnen haben, über ihre Schwierigkeiten beim Wohnungskauf zu sprechen, habe ich gemerkt, dass wir trotz gleicher Berufsbezeichnung nicht alle gleich sind.

3. Wir lieben es zu hassen

Dass ich nicht die Einzige bin, die ihrer Community gegenüber sehr gemischte Gefühle hat, habe ich später gemerkt: Rechtsanwält:innen und -anwärter:innen in meinem Umfeld, die 70 Stunden ihrer Zeit pro Woche für eine Großkanzlei opfern, äußern regelmäßig ihren sehr nachvollziehbaren Unmut, dass sie an Wochenenden (unbezahlt) arbeiten müssen, glorifizieren diese Ausbeutung aber im selben Atemzug. Wir sind alle „nicht so wie die anderen Jurist:innen“ – gefühlt jede:r Jurist:in in meinem Umfeld hat schon einmal gesagt, er:sie hasse Jurist:innen – und trotzdem rotten wir uns in unserer Freizeit regelmäßig zusammen, um dann stundenlang über unsere Arbeit zu reden. Es scheint manchmal fast so, als würden wir uns sogar gerne über unsere eigenen Umstände aufregen, ohne aber etwas an ihnen zu ändern. Diese Hassliebe und fast schon Freude am „Sudern“ ergänzt sich – zumindest in Wien – zusammen mit dem romantisierten Wiener Grant zu einer perfekten Symbiose.

Dass sich Jurist:innen gerne beschweren, scheint angesichts der Tatsache, dass das Verfassen von Beschwerden regelmäßig zu unserer Berufsbeschreibung gehört, wenig verwunderlich. Aber lassen wir nicht vieles von unserem Potenzial ungenützt? Anstatt uns bei unseren Freund:innen und Bekannten über unsere Arbeitgeber:innen auszulassen, könnten wir uns ja stattdessen kollektiv organisieren und gemeinsam für bessere Arbeitsbedingungen kämpfen? Oder wir könnten ganz allgemein die Frage stellen, ob die Machtstrukturen, die wir für selbstverständlich halten, überhaupt gerechtfertigt sind? Anstatt auf die Erfüllung des – meist illusorischen – kapitalistischen Versprechens zu hoffen, dass harte Arbeit alle Türen öffnet und man vielleicht irgendwann mal selbst den Aufstieg in eine Elite schafft, könnten wir ja auch bestehende Hierarchien und Machtverhältnisse insgesamt bemängeln.

Die notwendigen Fertigkeiten dafür haben wir jedenfalls: Das juristische Handwerk bietet eine Vielzahl an wertvollen argumentativen und analytischen Skills sowie das nötige Wissen, um über rechtliche und gesellschaftliche Veränderungen zum Besseren zu diskutieren und dafür zu kämpfen; denn nicht umsonst versprechen wir mit Ablegung der erwähnten Sponsionsformel auch, „das durch [unser] Studium erworbene Wissen im Dienste der Gerechtigkeit und des Rechts einzusetzen“.

Das Hinterfragen und Kritisieren von bestehenden Machtstrukturen ist auch etwas, das ich mit meinen Videos tun möchte. Dass ich damit nicht die Welt verändern werde, ist mir genauso bewusst, wie die Tatsache, dass es für Veränderung viel mehr braucht als bloße Kritik, nämlich einen gemeinsamen Willen und spürbare Taten. Nichtsdestotrotz hoffe ich, dass ich mit meinen Satire-Videos ein Stück weit zum öffentlichen Diskurs beitragen und vielleicht den:die eine:n oder andere Zuseher:in zum Nachdenken bringen kann.

Vor diesem Hintergrund kann ich auf eingangs erwähnte Frage antworten, dass sich aus meiner Sicht die Tätigkeit als Satirikerin sehr gut mit dem Beruf als Juristin vertragen kann; (leider) vorausgesetzt, dass man – so wie ich – das Privileg hat, dass der:die Arbeitgeber:in kein Problem darin sieht. Viele von den Skills, die ich meinem Studium, meiner wissenschaftlichen Tätigkeit und allen voran meinen juristischen Lehrer:innen verdanke, kann ich für meine Satire-Videos sehr gut nutzen. Die Art und Weise, an ein juristisches Problem kritisch heranzugehen hilft mir regelmäßig dabei, gesellschaftliche Phänomene auf ihre zentralen Bestandteile herunterzubrechen und in einem Kurzvideo zu hinterfragen, denn: Im Grunde gibt es gar keinen so großen Unterschied zwischen dem Aufbau eines juristischen Arguments und dem eines Witzes.

Toxische Pommes arbeitet als Juristin in Wien und macht außerdem gesellschaftspolitische Satire im Kurzvideoformat; toxischepommes@gmail.com

Gott lässt sich nicht spotten

Eine kritische Betrachtung zu § 188 StGB

Levin Wotke

1. Ausgangsfall und Fragestellung

Am 17.4.2019 las *U* einen Zeitungsartikel, der ihn offensichtlich in Rage versetzte. Laut dem Artikel in einer bengalischen Zeitung, so *U*, sei in seinem Heimatland Bangladesch eine 18-jährige Frau ermordet worden, nachdem sie angekündigt hatte, sexuelle Übergriffe eines Lehrers öffentlich zu machen. *U* führte die Tat auf die strenge Auslegung des Islams zurück. Er drückte seine Wut aus, indem er einen Koran zur Hand nahm, mit einem Flipflop darauf herumschlug, Seiten herausriss, in einem Monolog „Hurenkinder“, „ficke die Religion“ und „in Euren Koran kacke ich“ sagte und das Büchlein schließlich in die Toilette warf. Er stellte ein etwa 30-minütiges Video dieser Aktion auf Facebook online.¹ Am 1.7.2019 musste er sich am Landesgericht (LG) für Strafsachen Wien wegen Herabwürdigung religiöser Lehren nach § 188 StGB² verantworten. Aufgrund notwendiger Übersetzungsarbeiten wurde die Verhandlung zunächst vertagt und dann erneut verschoben. Die Entscheidung sollte erst Ende 2019 fallen.

§ 188 StGB ist ein Tatbestand, der nur selten zu Verurteilungen führt. Zwischen 2016 und 2019 schwankte die Zahl zwischen zwei und sechs, 2020 gab es eine einzige.³ Zum Vergleich: 2020 kam es zu 56 Verurteilungen wegen Beleidigung und 18 Verurteilungen wegen Verhetzung, 2017 gab es sogar 98 Verurteilungen wegen Verhetzung.⁴ Anhand der Anklage gegen *U* in einer Zeit, in der öffentlich häufig über Kritik an Religion und deren Grenzen diskutiert wird, liegt es aber nahe, sich § 188 näher anzusehen. In welchen Fällen wird er angewandt? Und kann mit seiner Hilfe in einer Zeit des grassierenden antimuslimischen Rassismus⁵ der religiöse Friede in der Gesellschaft gefördert werden – so immerhin das Ziel der Norm?⁶

1 *Bischof*, Aktivist spülte Koran im Klo runter, *wienerzeitung.at* 1.7.2019, www.wienerzeitung.at/nachrichten/chronik/wien/2016490-Aktivist-spuelte-Koran-im-Klo-runter.html (12.7.2021).

2 Strafgesetzbuch BGBl 1974/60 idF BGBl 2021/242.

3 *Statistik Austria*, Gerichtliche Kriminalitätsstatistik, Kapitel 2: Verurteilungsstatistik – Sämtliche Delikte, 2016–2020.

4 *Statistik Austria*, Gerichtliche Kriminalitätsstatistik, 2016–2020.

5 *SOS Mitmensch*, Antimuslimischer Rassismus in der österreichischen Politik, Bericht 2018 (2019).

6 *Mayer/Tipold in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, Salzburger Kommentar zum StGB (2011) § 188 Rz 6 ff.

2. Dogmatische Einordnung

Der Tatbestand der Herabwürdigung religiöser Lehren wurde 1975 im Zuge der Strafrechtsreform eingeführt⁷ und löste den 1852 eingeführten § 303 StG, die „Beleidigung einer gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgemeinschaft“⁸ ab, dem wiederum sehr viel strengere Straftatbestände vorausgegangen waren.⁹

Schutzobjekt des § 188 ist nicht etwa Gott oder die Religion an sich, sondern der religiöse Frieden, was laut Wiener Kommentar zum StGB auf weitestgehender Zustimmung der Allgemeinheit beruhe.¹⁰ Da es sich bei der Herabwürdigung religiöser Lehren um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt, wird nicht darauf abgestellt, ob tatsächlich berechtigtes Ärgernis erregt wurde, sondern ob das Verhalten dazu geeignet ist. Die Eignung, Ärgernis zu erregen, bestimmt sich am Gefühl des „normal empfindenden Durchschnittsmenschen“¹¹.

3. Vom Gespenst im Rechtsstaat zum Freiheitlichen Bildungsinstitut

Eine der ersten Anklagen nach § 188 StGB betraf Anfang der 1980er Jahre den Spielfilm „Das Gespenst“ von *Herbert Achternbusch*. Der Film wurde 1983 zunächst vom LG für Strafsachen Graz beschlagnahmt, schließlich wurde im Urteil der Tatbestand als erfüllt angesehen, das OLG bestätigte beide Entscheidungen.¹² Die „geradezu närrische Darstellung des herabgestiegenen Gekreuzigten, der die Aufforderung besoffener Polizisten, ihnen Exkrement zu besorgen, ernst nimmt und [...] wiederholt um ‚Scheiße‘ bettelt“¹³ erfüllte laut OLG den Tatbestand der Herabwürdigung religiöser Lehren. Der Wiener Richter *Bruno Weis* besprach in diesem Kontext § 188 und stellte die Frage, wann Ärgernis „berechtigt“ ist. Er stellt dabei die Definitionen verschiedener Kommentare in Frage, die von „religiös normal empfindenden Durchschnittsmenschen“ sprechen: „Wie empfinde ich ‚religiös normal‘?“ *Weis* hält den Tatbestand für die Rsp für ungeeignet, weil er fast ausschließlich aus unbestimmten Gesetzesbegriffen und normativen Tatbestandsmerkmalen bestehe und so Rechtsunsicherheit Tür und Tor öffne.¹⁴

1985 wurde in einem ähnlichen Fall durch Entscheidung des LG Innsbruck, bestätigt durch das OLG Innsbruck, der Film „Das Liebeskonzil“ beschlagnahmt, weil dieser den „Gottvater [als] senilen, impotenten Trottel, Christus geradezu als Kretin“ darstelle.¹⁵

7 § 188 StGB idF BGBl 1974/60.

8 § 303 Strafgesetz RGBl 1852/117.

9 Vgl *Schima*, Der Antisemitismus vor dem Hintergrund der österreichischen Rechtsentwicklung 1918, in *Enderle-Burcel/Reiter-Zatloukal*, Antisemitismus in Österreich 1933–1938 (2018) 61.

10 *Sadogbi* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (2020) Vorbemerkungen zu den §§ 188–191 Rz 2.

11 *Sadogbi* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB (2020) § 188 Rz 13.

12 OLG Graz 24.4.1981, 8 Bs 350/84.

13 OLG Graz 12.12.1983, 8 Bs 377/83.

14 *Weis*, Viel Lärm um nichts oder: Ein Gespenst im Rechtsstaat. Medien und Recht 1984/1, 2 ff.

15 *Mayerhofer*, Die Freiheit der Kunst und die Schranken des Strafrechts. Eine Besprechung der zum Art 17a StGG ergangenen strafgerichtlichen Entscheidungen, ÖJZ 1986, 577 ff.

Diese Entscheidung wurde vom EGMR bestätigt. Der Gerichtshof sah den Eingriff in Art 10 EMRK als berechtigt an, da die die Achtung religiöser Gefühle von Gläubigen gem Art 9 EMRK durch provokante Darstellungen als verletzt angesehen werden können.¹⁶

Eine der jüngeren Verurteilungen zu § 188 betraf einen Mann, der 2012 in Niederösterreich an 1.620 Haushalte Flugblätter verteilen ließ, in denen der Buddhismus als „mensenverachtende Ideologie“ bezeichnet worden und in die Nähe von Pädophilie, Kannibalismus und Nationalsozialismus gerückt worden sei. Einen Erneuerungsantrag wies der OGH als unbegründet zurück.¹⁷ Ebenso bejahte der OGH eine Verurteilung nach § 188 StGB als jemand auf Facebook das Foto eines Schweins postete und dazu schrieb: „Das heilige Tier der Mohammedaner. Manche behaupten, es sei die Reinkarnation des Propheten“¹⁸.

Politisch brisant war der Prozess um *Elisabeth Sabaditsch-Wolff*. Sie hielt 2009 für das Freiheitliche Bildungsinstitut Vorträge, in denen sie dem Propheten *Mohammed* nachsagte, er hätte „gerne etwas mit Kindern gehabt“¹⁹. Nachdem sie von Verhetzung nach § 283 StGB freigesprochen wurde, erkannte das LG für Strafsachen Wien sie für schuldig, § 188 StGB erfüllt zu haben, da sie den Propheten bewusst einer verpönten sexuellen Präferenz bezichtigt habe. Dabei handelte es sich laut OGH um „jenseits der Grenzen kritischer Werturteile liegende Wertungsexzesse“²⁰. Der EGMR sah auch in diesem Fall Art 10 EMRK nicht als verletzt an und wies auf den weiten Ermessensspielraum der Vertragsstaaten hin.²¹

4. Entscheidung im Fall U und Blick in die Zukunft

Die Strafsache gegen *U* ging im November 2019 zu Ende, nachdem der Rest des Videos übersetzt wurde und dieses *U* iSd § 188 StGB nicht entlasten konnte.²² Es kam aber zu keiner Verurteilung, das Verfahren wurde durch eine Diversion beendet. 120 Stunden gemeinnützige Leistung musste *U* erbringen. Gerade im Kontext der regelmäßig auftretenden Diskussionen über und Hetze gegen den Islam, zuletzt etwa durch die sogenann-

16 EGMR 20.9.1994, 13470/87, *Otto-Preminger-Institut/Österreich*.

17 OGH 15.2.2017, 15 Os 82/16x; *Röggla/Zöchbauer*, Herabwürdigung religiöser Lehren. Medien und Recht 2017/2, 54.

18 OGH 10.6.2015, 15 Os 40/15v.

19 APA, Islam-Seminar: Urteil gegen Vortragende bestätigt, diepresse.com 20.12.2011, www.diepresse.com/718194/ (12.7.2021).

20 OGH 11.12.2013, 15 Os 52/12d; *Röggla/Zöchbauer*, Medien und Recht 2014/1, 5.

21 EGMR 25.10.2018, 38450/12, *ES/Österreich; Röggla/Zöchbauer*, EGMR: Herabwürdigung religiöser Lehren (Islam), Medien und Recht 2018/6, 268.

22 NN, Koran zerrissen: Muslimischer Aktivist entging Strafe, religion.orf.at 4.11.2019, <https://religion.orf.at/v3/stories/2993893/> (8.11.2020).

te Islam-Landkarte²³ und die rechtsextremen Aktionen in deren Folge,²⁴ wird § 188 StGB Thema bleiben. Offen ist dabei allerdings, ob der „Orchideentatbestand“²⁵ eine Renaissance erfährt oder im Gegenteil bei zukünftigen strafrechtlichen Novellen die Frage auftaucht, ob die Norm angesichts der seltenen Anwendung tatsächlich noch von „weitestgehender Zustimmung der Allgemeinheit“²⁶ getragen ist.

Mag. Levin Wotke, BA ist Jurist und Journalist; levinwotke@gmail.com

23 NN, Islam-Landkarte, www.islam-landkarte.at (11.7.2021).

24 APA, Islamlandkarte wieder online, „Warnschild“ auch bei Grazer Moschee, [derstandard.at v 15.06.2021](http://derstandard.at/story/2000127424134), www.derstandard.at/story/2000127424134 (11.7.2021).

25 Lendl, Von Weblogs, Userforen und sonstigen Kommentaren im Netz – Strafrechtliche Grenzen und Haftung nach dem MedienG in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger*, Schriftenreihe der elektronischen Massenmedien, Bd 14, 2016: BürgerInnen im Web, 48.

26 Sadogbi in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB (2020) Vorbemerkungen zu den §§ 188-191 Rz 2.

Sozialhilfe neu in Oberösterreich

Über „besondere Umstände“, die eine gemeinsame Wirtschaftsführung ausschließen (könnten) und gute Gründe dafür

Sebastian Hauser

1. Einleitung

Mit der „Sozialhilfe neu“ wurde durch die Einführung von Obergrenzen das Prinzip der Mindestsicherung auf den Kopf gestellt. Die vom Bund mit dem Sozialhilfe-Grundsatzgesetz¹ vorgegebenen Leistungsgrenzen dürfen nun zwar von den Ländern² unter, nicht jedoch überschritten werden. Für breite Bevölkerungsschichten bedeutet das neue Gesetz den gänzlichen Ausschluss von Leistungen der Sozialhilfe (fünfjährige Wartezeit für EU/EWR-Angehörige) oder massive Leistungskürzungen durch ua den Abzug der Wohnbeihilfe von der Sozialhilfe oder die Reduzierung der Richtsätze für Kinder und Jugendliche. Für Menschen, die auf die Unterstützung durch Wohneinrichtungen nach dem Oö Chancengleichheitsgesetz³ oder durch Wohneinrichtungen der Wohnungslosenhilfe nach dem Oö Sozialhilfegesetz⁴ angewiesen sind, hat die neue Rechtslage ebenso massive Kürzungen zur Folge. Der vorliegende Beitrag stellt die höchstgerichtlichen Anforderungen zum Vorliegen einer Haushalts- bzw Wirtschaftsgemeinschaft ins Zentrum und zeigt landesrechtliche Möglichkeiten zur Problemlösung auf. Es wird dargelegt, wie die Zusammenrechnung zu Haushaltsgemeinschaften zu drastischer Leistungsreduktion für Menschen in Wohneinrichtungen der Wohnungslosenhilfe und nach dem Oö Chancengleichheitsgesetz führt und welche Schritte notwendig wären, um die Lebenssituation der Betroffenen wieder zu stabilisieren.

2. Das Problem der Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaften in Gesetz und Judikatur

2.1. Grundsatzgesetz und landesrechtliche Ausführung in OÖ

Die Sozialhilfe soll laut Grundsatzgesetz zur Unterstützung des allgemeinen Lebensunterhalts und zur Befriedung des Wohnbedarfs der Bezugsberechtigten beitragen, integra-

1 Sozialhilfe-Grundsatzgesetz BGBl I 2019/41 idF BGBl I 2019/108, seit 1.9.2019 in Kraft.

2 Für OÖ: Das Oö Sozialhilfe-Ausführungsgesetz (OÖ-SOHAG LGBl 2019/107 idF LGBl 2020/6) trat mit 1.1.2020 in Kraft und löste das Oö Mindestsicherungsgesetz (LGBl 2011/74 idF LGBl 2018/136) ab.

3 Oö Chancengleichheitsgesetz LGBl 2008/41 idF LGBl 2020/82.

4 Oö Sozialhilfegesetz 1998 LGBl 1998/82 idF LGBl 2020/82.

tionspolitische und fremdenpolizeiliche Ziele berücksichtigen sowie die (Wieder-)Eingliederung in das Erwerbsleben und die Funktionsfähigkeit des Arbeitsmarktes fördern.⁵ In Oberösterreich wurden diese Ziele erweitert: Die Sozialhilfe soll zudem zur Vermeidung sozialer Notlagen beitragen und die Person befähigen, ihre Notlage aus eigener Kraft abzuwenden und dauerhaft zu überwinden sowie eine nachhaltige soziale Stabilisierung anzustreben.⁶

Zur Unterstützung des allgemeinen Lebensunterhalts und zur Befriedung des Wohnbedarfs werden pauschale, monatliche Geld- oder Sachleistungen gewährt. Für Alleinstehende betragen diese 100 %, für in Haushaltsgemeinschaft lebende volljährige Person 70 % bzw ab der dritten leistungsberechtigten Person im Haushalt 45 % des Netto-Ausgleichszulagen-Richtsatzes.⁷ Für Menschen, welche in Einrichtungen der Wohnungslosenhilfe, nach dem Oö Chancengleichheitsgesetz leben, bedeutet die Herabstufung auf den Richtsatz für in Haushaltsgemeinschaft lebende Personen im Jahr 2022 einen Einkommensverlust von EUR 293,38 im Monat. Ihnen verbleiben somit monatlich EUR 684,56⁸ für die Deckung ihres Lebensunterhalts und Wohnbedarfs.⁹

Im Sozialhilfe-Grundsatzgesetz ist vorgegeben, dass Leistungen im Rahmen von Haushaltsgemeinschaften abgestuft zu erfolgen haben. Jedoch lässt der Bundesgesetzgeber Spielraum für Ausnahmen: „Eine Haushaltsgemeinschaft bilden mehrere in einer Wohneinheit oder Wohngemeinschaft lebende Personen, soweit eine gänzliche oder teilweise gemeinsame Wirtschaftsführung nicht auf Grund besonderer Umstände ausgeschlossen werden kann.“¹⁰

Eine generelle landesrechtliche Regelung, die eine Konkretisierung vornimmt, wann solche „besonderen Umstände“ vorliegen, wäre notwendig und rechtlich möglich – wenn ein entsprechender politischer Wille vorhanden wäre.

2.2. Die Definition der Haushaltsgemeinschaft in der Judikatur

Nach dem VwGH¹¹ ist die Annahme einer Haushaltsgemeinschaft dann gerechtfertigt, wenn eine allein bewohnte Wohnung nicht sämtliche für die Haushaltsführung notwendigen Einrichtungen aufweist. Durch die gemeinsame Nutzung der vorhandenen Infrastruktur wie Küche, Bad und WC wird mit einer Kostenersparnis gegenüber getrennten Haushalten argumentiert, eine gemeinsame Wirtschaftsführung angenommen und somit der Richtsatz für in Haushaltsgemeinschaft lebende Personen herangezogen.

⁵ Vgl § 1 Sozialhilfe-Grundsatzgesetz.

⁶ Vgl § 1 Abs 2 Oö SOHAG.

⁷ Vgl § 5 Abs 2 Z 1-2 Sozialhilfe-Grundsatzgesetz, § 7 Abs 2 Z 1-2 lit a-b.

⁸ Höhe der Sozialhilfe iSd Oö SOHAG pro Monat (12 mal im Jahr) für volljährige Personen im selben Haushalt, vgl Website des Landes Oö unter www.land-oberoesterreich.gv.at/23004.htm (2.2.2022).

⁹ 70 % des Netto-Ausgleichszulagen-Richtsatzes für Alleinstehende und Alleinerziehende.

¹⁰ § 5 Abs 2 Sozialhilfe-Ausführungsgesetz.

¹¹ VwGH 31.1.2018, Ra 2017/10/0213.

2.3. Liegen in betreuten Wohnformen besondere Umstände vor?

In Einrichtungen der Wohnungslosenhilfe, nach dem Oö Chancengleichheitsgesetz wäre eine pauschale Festlegung der besonderen Umstände gut argumentierbar, ua weil auch der VfGH zum Sozialhilfe-Grundsatzgesetz¹² betont, dass sich dessen Regelungen nur auf „ge-willkürte Wohngemeinschaften“ beziehen. Die Betroffenen leben jedoch nicht aus freien Stücken in diesen Einrichtungen, sondern sind aufgrund ihrer spezifischen Notlagen auf die Unterstützung angewiesen. Sie besitzen keine Entscheidungsbefugnis, mit welchen Personen sie zusammenleben, sondern die Zusammenstellung wird von der Einrichtung fremd-bestimmt. Es handelt sich um „Schicksalswohngemeinschaften“, welche aus einer Notsi-tuation resultieren, und nicht um freiwillige Haushalts- oder Wirtschaftsgemeinschaften. Die Tatsache, auf die Unterstützung durch derartige Einrichtungen angewiesen zu sein, stellt für sich genommen schon eine besondere persönliche Situation dar, welche nicht all-täglich ist und von den Betroffenen idR nicht beabsichtigt bzw durch bewusstes persön-liches Verschulden herbeigeführt wurde. Vielmehr ist diese Situation oft Folge von situati-ven Gegebenheiten und äußeren Umständen wie zB Schicksalsschlägen, häuslicher Gewalt oder von sonstigen traumatischen Ereignissen. Mitunter ist auch eine (psychische) Erkrank-ung für die Situation, in welcher sich die Person befindet, verantwortlich.

Personen in Einrichtungen der Wohnungslosenhilfe haben zudem keine Beistandsver-pflichtungen untereinander und bewältigen ihren Alltag unabhängig voneinander. Jede Person hat unabhängig von der anderen für die Bestreitung ihres Lebensunterhalts und des Wohnaufwandes Sorge zu tragen. Es bestehen somit keine gegenseitigen Abhängig-keiten, welche gemeinhin in einem gewillkürten Wohnverhältnis mit gemeinsamer Wirt-schaftsführung gegeben wären. Die Betroffenen besitzen zudem idR kein förderndes pri-vates oder familiäres Umfeld, auf welches sie zurückgreifen könnten. Um sich aus der Notlage wieder befreien zu können, bedarf es somit der Möglichkeit, einen Teil der fi-nanziellen Ressourcen für zB Schuldenregulierung oder Ansparung für eine spätere selb-ständige Wohnform (ua Kautions-, Möbel-) zu verwenden.

Die Einrichtungen verfolgen allesamt im Wesentlichen konzeptionell die Stabilisierung und Reintegration der Betroffenen in die Gesellschaft mit dem Fokus auf eine eigenständige Bewältigung des Alltags. Dadurch ergibt sich das Erfordernis des eigenständigen Wirtschaf-tens respektive das Erlernen oder Wiedererlangen desselben. Durch eine ausreichende fi-nanzielle Unterstützung kann die Zeit, in welcher die Betroffenen auf Hilfe angewiesen sind, reduziert werden, und sie kommen dem Ziel der Selbsterhaltungsfähigkeit näher.

2.4. Definition im Verordnungsweg als Ausweg?

Die Konkretisierung, wann besondere Umstände iSd Oö SOHAG vorliegen, könnte so-wohl für Einzelfälle als auch in genereller Weise festgelegt werden. Pauschale Festlegun-

12 Vgl VfSlg 20359/2019 Rz 95, 96.

gen erfolgen regelmäßig in Form von Erlässen bzw. Vollzugsanordnungen. Solange es jedoch keine generelle Vorgabe gibt, sind die besonderen Umstände im Einzelfall zu prüfen. Wenn der Nachweis besonderer Umstände, welche die Annahme einer Haushaltsgemeinschaft ausschließen, nicht gelingt, greift daher die Grundregel, dass es sich um eine gemeinsame Wirtschaftsführung und damit um eine Haushaltsgemeinschaft handelt. Das wiederum führt bei den Betroffenen zu Leistungskürzungen in bereits beschriebener Höhe.

In Vorarlberg trägt der Landesgesetzgeber den besonderen Umständen Rechnung und gewährt für Personen in therapeutischen Wohngemeinschaften, deren Wohnplatz im Rahmen der Integrationshilfe finanziert wird, und Personen in ambulant betreuten Einrichtungen, insbesondere Krisenbetreuungseinrichtungen, 100 % des Netto-Ausgleichszulagenrichtsatzes.¹³ Mit Verweis auf den vom VfGH¹⁴ aufgezeigten Gestaltungsspielraum, bestimmte Personengruppen gänzlich von der Deckelung der tatsächlich gewährten Geldleistungen auszunehmen, wird im Bericht zur Regierungsvorlage folgendermaßen argumentiert: „Dies ist sachlich gerechtfertigt, da diese Personengruppen keinen Einfluss auf die Zusammensetzung der genannten Wohnungsgemeinschaften haben, sie können sich ihre Mitbewohner bzw. Mitbewohnerinnen nicht selbst „aussuchen“ und sie haben regelmäßig einen erhöhten Bedarf an Lebensunterhalt gegenüber herkömmlichen selbstgewählten Wohnungsgemeinschaften (z.B. wegen Vorbereitungstrainings auf ein selbständiges Leben, etc.)“¹⁵.

3. Schlussfolgerung

Die Lebenssituation von Bewohner*innen in Einrichtungen der Wohnungslosenhilfe und nach dem Oö Chancengleichheitsgesetz unterscheidet sich stark von gewillkürten Lebensgemeinschaften und erfordert daher eine differenzierte Betrachtung sowie rechtliche Berücksichtigung.

Das Grundsatzgesetz verweist auf „besondere Umstände“, auf Grund deren eine gemeinsame Wirtschaftsführung ausgeschlossen werden kann. Eine landesrechtliche Konkretisierung der „besonderen Umstände“ ist notwendig und rechtlich auch möglich (siehe Vorarlberg).

Die Ziele der Sozialhilfe gehen über die bloße Unterstützung des allgemeinen Lebensunterhalts und der Befriedung des Wohnbedarfs hinaus. Soziale Integration und die dauerhafte Überwindung der Notlage werden jedoch durch die restriktive Umsetzung in Oberösterreich konterkariert.

13 Vgl § 10 Abs 2 lit f Sozialleistungsgesetz LGBI 2020/81 idF 2021/43.

14 VfGH 2019/164 Rz 49.

15 88. Beilage im Jahre 2020 zu den Sitzungsberichten des XXXI Vorarlberger Landtages, Bericht zur Regierungsvorlage, 19.

Die Bemühungen der Sozialunternehmen, die Betroffenen zu stabilisieren, mit ihnen neue Perspektiven und Bewältigungsstrategien zu erarbeiten und sie bei der Wiedererlangung einer eigenständigen Lebensführung zu unterstützen, werden durch die finanziellen Einschränkungen massiv erschwert. Die kolportierten Ersparnisse durch eine gemeinsame Wirtschaftsführung stehen im Widerspruch zur Lebensrealität in den Einrichtungen. Dort sind Eigenverantwortung und eigenständiges Wirtschaften idR in den Betreuungskonzepten verankert und bestimmen die alltäglichen Herausforderungen. Damit sich die Betroffenen wieder aus ihrer Notlage befreien können, bedarf es jedoch finanzieller Rahmenbedingungen, welche sie auf ihrem Weg unterstützen und nicht behindern.

Mag. Sebastian Hauser, MA arbeitet als Sozialkoordinator und stellvertretender Geschäftsführer im Sozialverein B37 und lebt in Oberösterreich; sebastian.hauser@b37.at

Dürfen Medien Chatprotokolle von Politiker_innen veröffentlichen?

Alexander Warzilek

1. Entscheidungen des Presserats

Zu der im Titel gestellten aktuellen Frage gibt es zwei interessante medienethische Entscheidungen des Presserats, der Selbstkontrollenrichtung für die österreichischen Printmedien.¹ Die erste Entscheidung betrifft einen Artikel, in dem aus verschiedenen Chats und SMS von Mitgliedern der türkis-blauen Bundesregierung zitiert wurde.² In den Chats kamen ua Absprachen zur Mindestpension und einem geplanten ORF-Gesetz vor. Im Artikel wurden auch mehrere SMS zwischen dem damaligen Bundeskanzler *Sebastian Kurz* und dem damaligen Vizekanzler *HC Strache* zusammengefasst. Die zwei Parteichefs hatten in rauem Ton über rechtsextreme Vorfälle in der FPÖ diskutiert.

Die zweite Entscheidung bezieht sich auf einen Artikel über Chats zwischen einem nunmehr suspendierten Sektionschef des Justizministeriums und einem ehemaligen ÖVP-Justizminister, der zum damaligen Zeitpunkt Verfassungsrichter war.³ Der Ex-Politiker hatte sich gegenüber dem Spitzenbeamten ua folgendermaßen geäußert: „[Die WKStA] outet sich mehr und mehr als SPÖ-lastig. Eigentlich ein Wahnsinn. [...] Ich würde als BM ernsthaft Ermittlungen [...] einleiten.“ Schließlich sichert er dem Beamten auch noch Unterstützung zu: „Du kannst immer auf Türkis und Schwarz zählen.“⁴

In beiden Fällen haben die zuständigen Senate des Presserats beschlossen, *kein* Verfahren einzuleiten. In den Begründungen dazu finden sich einige interessante Aspekte. Die Senate weisen zunächst darauf hin, dass die Kontrolle der staatlichen Gewalten zu den Kernaufgaben der Medien zähle; sie nehmen die Rolle eines „Public Watchdogs“ ein. Bei der Erfüllung dieser Kontrollfunktion reiche die Pressefreiheit besonders weit.

1 Vgl zum Presserat *Bauer/Koller/Warzilek*, Der Presserat als medienethische Kontrollinstanz, MR 2013, 6 ff; *Gottwald/Kaltenbrunner/Karmasin*, Medienselbstregulierung zwischen Ökonomie und Ethik (2006); *Paulitsch/Warzilek*, Tiermetaphern in der Medienethik, *juridikum* 2020, 277.

2 Presserat, 11.3.2021, 2021/127.

3 Presserat, 6.7.2021, 2021/308.

4 Der Betroffene ist schließlich aufgrund weiterer Chatveröffentlichungen von seinem Amt als Verfassungsrichter zurückgetreten.

Nach Auffassung der Senate genießen Politiker_innen und Spitzenbeamt_innen zudem weniger Persönlichkeitsschutz als Privatpersonen. Dies sei damit zu rechtfertigen, dass diese Personengruppe in Ausübung ihres Amtes in besonderem Ausmaß am öffentlichen Leben teilnehme; jeder Auftritt stehe unter genauer und kritischer Beobachtung.⁵

Vollkommen auf den Schutz ihrer Persönlichkeitssphäre verzichten müssen sie jedoch nicht, auch ihnen gestehen die Senate des Presserats einen gewissen Privatbereich zu. Beim Privatsphärenschutz von Politiker_innen müsse den Senaten zufolge allerdings das schutzwürdige Interesse an der Vertraulichkeit der Kommunikation gegen ein allfälliges Interesse der Öffentlichkeit an der Bekanntgabe des Kommunikationsinhalts sorgfältig abgewogen werden (s Punkt 10 des Ehrenkodex für die österreichische Presse).

Die in den Artikeln zitierten Chats waren nach Auffassung der Senate für die Öffentlichkeit bedeutsam, da sie wichtige politische Belange betrafen. Es ging darin ua um geheime Gesetzesabsprachen, den Umgang von Regierungsmitgliedern untereinander und abfällige Äußerungen über die Justiz. Den Senaten zufolge überwog das Interesse der Allgemeinheit an der Information über diese Vorgänge deutlich gegenüber den Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Gesprächspartner_innen. Ferner spielte es für die Senate auch eine Rolle, dass die Chats an einen parlamentarischen Untersuchungsausschuss geliefert worden waren.⁶ Es hatte also eine intensive politische Debatte über die Chats gegeben. Die beiden Senate betonten zudem, dass die Chats auf ihren Inhalt bezogen die Privatsphäre der Betroffenen – wenn überhaupt – lediglich berühren.

2. Rechtliche Betrachtung

Die medienethischen Argumente der Presseratssenate, die ausschließlich anhand der Bestimmungen des „Ehrenkodex für die österreichische Presse“ ihre Entscheidung treffen,⁷ sind meiner Ansicht nach durchaus auch für die rechtliche Bewertung der Sachverhalte relevant. Das ist nicht weiter ungewöhnlich, da es gerade beim Persönlichkeitsschutz große Überschneidungen zwischen Medienethik und Medienrecht gibt.⁸

Im Zusammenhang mit der Veröffentlichung von SMS und Chatnachrichten⁹ von Politiker_innen bietet sich vor allem § 77 UrhG¹⁰ als Anspruchsgrundlage gegenüber Me-

5 S dazu auch Presserat 7.2.2012, 2011/44 B; 29.9.2015, 2015/148, 31.1.2017, 2017/6; 2.5.2018, 2017/298; 19.10.2018, 2018/195 und 9.10.2018, 2018/206.

6 Parlamentarischer Untersuchungsausschuss „betreffend mutmaßlicher Käuflichkeit der türkis-blauen Regierung“ www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVIII/A-USA/A-USA_00002_00906/index.shtml (19.1.2022).

7 Abrufbar unter https://presserat.at/show_content.php?hid=2 (19.1.2022).

8 Warzilek, Anm zu Presserat 7.2.2012, 2011/44, MR 2012, 69 (71) mwH.

9 Gerhartl hält fest, dass derartige Kommunikationsformen „als Substitut für das persönliche Gespräch“ angesehen werden können; Vertrauliche Mitteilungen im Arbeitsrecht, ASoK 2021, 286.

10 Urheberrechtsgesetz BGBl 1936/111 idF BGBl I 2009/75.

dien an. Diese persönlichkeitsrechtliche Spezialbestimmung zum Schutz der Privatsphäre erfasst nämlich nicht nur Briefe und Tagebücher, sondern auch *ähnliche vertrauliche Aufzeichnungen*. SMS und Chatnachrichten sind als derartige Aufzeichnungen einzustufen – in Bezug auf Chatprotokolle hat dies der OGH bereits ausdrücklich festgehalten.¹¹

Ob eine Information als vertraulich iSd Bestimmung gilt, ist allein anhand der Intention der/des Verfasser_in zu beurteilen, die Kommunikation bloß an einen bestimmten Empfänger_innenkreis zu richten.¹² Bei den vorliegenden Chats ist es offensichtlich, dass die Mitteilenden von Vertraulichkeit ausgegangen sind. Das alleine genügt jedoch nicht, damit der Schutz nach § 77 UrhG greift; es muss vielmehr auch zu einer Verletzung *der berechtigten Interessen* der Betroffenen kommen (so wie bei Eingriffen in das Recht am eigenen Bild nach § 78 UrhG). Daraus ergibt sich, dass eine umfassende Interessenabwägung zwischen den Vertraulichkeitsinteressen der Mitteilenden und den Informationsinteressen des Mediums durchzuführen ist.¹³ Liegt ein höhergradiges Veröffentlichungsinteresse des Mediums vor, kann sich ein_e Politiker_in nicht erfolgreich auf § 77 UrhG berufen.¹⁴ Anders formuliert: Die Vertraulichkeitsatmosphäre indiziert zwar den Privatsphäreneingriff, sie ist jedoch nicht unbegrenzt geschützt.

In concreto beziehen sich die vertraulichen Inhalte durchwegs – wie auch die Senate des Presserats festgestellt haben – auf öffentlich relevante Themen. Die Mitteilenden tauschen sich in den Chats nicht über private Inhalte aus, sondern über politische.¹⁵ Aus den Chatinhalten ergeben sich geheime Absprachen und Pflichtwidrigkeiten, die nicht nur zu einer intensiven politischen Debatte, sondern – nach der Veröffentlichung von weiteren Chats – zu einer Suspendierung bzw Rücktritten von mehreren Betroffenen und tw auch zu strafrechtlichen Ermittlungen führten. Die öffentliche Erörterung der Chats mag zwar von den Betroffenen als peinlich empfunden werden und sie hat – sogar recht massive – nachteilige Folgen für sie.¹⁶ Aufgrund der politischen Relevanz müssen die Betroffenen dies jedoch in Kauf nehmen. Die Veröffentlichung der vorliegenden Chats ist somit im Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt, Ansprüche nach § 77 UrhG gegenüber Medien bestehen nicht.

11 OGH 20.12.2018, 6 Ob 131/18k, MR 2019, 190 (zust *Walter*) – neben Chatprotokollen ging es hier auch um E-Mails. Auf die Schriftunterlage oder die Stofflichkeit der Aufzeichnungen kommt es nicht an; *Thiele*, Der Briefschutz nach § 77 UrhG – neu interpretiert, MR 2011, 262 (264 f).

12 OGH 20.12.2018, 6 Ob 131/18k, MR 2019, 190 mit Hinweis auf RIS-Justiz RS0126874; 21.12.2015, 6 Ob 163/15m, MR 2016, 34 (*Walter*).

13 *Thiele*, MR 2011, 266; vgl auch *Stollwerck/Wegner* in *Götting/Schertz/Seitz*, Handbuch des Persönlichkeitsschutzes (2008)² 571 und umfassend aus verfassungsrechtlicher Sicht *Berka*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz (1982) 199 ff.

14 Vgl RIS-Justiz RS0126873.

15 Wobei sich der Vertraulichkeitsschutz nach § 77 UrhG dem OGH zufolge interessanterweise auch auf geschäftliche Unterlagen beziehen kann; OGH 10.7.1990, 4 Ob 62/90, MR 1991, 156 (*Walter*); ferner OLG Wien 20.11.1981, 4 R 211/81, ÖBl 1982, 55. Im Allgemeinen wird der berufliche Bereich vom Privatsphärenschutz nicht erfasst – Privatsphäre und berufliche Sphäre sind Gegensätze.

16 *Wanckel* in *Götting/Schertz/Seitz*, Handbuch 360.

Diese Sichtweise steht auch im Einklang mit der ständigen Jud des EGMR, wonach Nachrichten und Ideen über Angelegenheiten von öffentlichem Interesse besonders weitreichenden Schutz nach Art 10 EMRK genießen¹⁷ und der Presse eine vitale Rolle als „Public Watchdog“ zukomme.¹⁸ Hintergrund für die Sichtweise des EGMR ist, dass es in einer demokratischen Gesellschaft das grundlegende Bedürfnis der Bürger_innen nach umfangreichen Informationen zum politischen Geschehen gibt. Bei den folgenden Themen sind dem EGMR zufolge zentrale öffentliche Informationsinteressen betroffen: Berichte im Kontext der staatlichen Gewaltenteilung, von Polizeibrutalität, über das Funktionieren des Justizsystems, zu Fragen über die Entschädigung von Holocaustopfern, über Beziehungen zwischen dem Militär und der Politik.¹⁹ Die Veröffentlichungen von Chatverläufen, die aus politisch-moralischen bzw rechtsstaatlichen Überlegungen fragwürdig sind bzw in denen die WKStA von einem Ex-Justizminister in Frage gestellt wird, sind meiner Auffassung nach klassische Bsp für Angelegenheiten von öffentlichem Interesse.²⁰ Auch der raue Umgangston zwischen Regierungsmitgliedern ist für die Öffentlichkeit bedeutsam, insb wenn die Regierungsmitglieder nach außen die harmonische Zusammenarbeit hervorheben.

3. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Medien Chatnachrichten von Politiker_innen immer dann veröffentlichen dürfen, wenn es einen entsprechenden Konnex zu Themen von öffentlichem Interesse gibt. In den zuvor erwähnten Bsp lag dieser Konnex vor. Er ist meiner Ansicht nach auch bei den Chats zur sogenannten Inseratenaffäre rund um Bundeskanzler aD Sebastian Kurz gegeben, in der es um gefälschte Meinungsumfragen, gekaufte Medienberichterstattung und aus strafrechtlicher Perspektive um Veruntreuung, Bestechung und Bestechlichkeit geht. Zahlreiche in die Affäre verwickelte Personen sind mittlerweile zurückgetreten.

Eine andere Frage ist es freilich, inwieweit die Staatsanwaltschaften im Zuge ihrer Ermittlungen Chatnachrichten verwenden sollen dürfen. Die Inseratenaffäre kam deshalb ins Rollen, weil die WKStA über 330.000 Chatnachrichten des ehemaligen Generalsekretärs des BMF ausgewertet hatte, gegen den wegen anderer Verfehlungen strafrechtlich ermittelt wird (es handelt sich also um einen Zufallsfund)²¹. Die Auslesung eines Mobiltelefons bzw dessen Backups auf einer Festplatte oder in einer Cloud kann zu sehr

17 ZB EGMR 4.11.2014, 30162/10, MR-Int 2014, 151 f; vgl ferner *Stollwerk* in *Götting/Schertz/Seitz*, Handbuch 540.

18 EGMR, Articles 2, 3 and 10 – The safety of journalists (2013) 6; EGMR 26.11.1991, 13585/88, *Observer und Guardian gegen Vereinigtes Königreich*.

19 Zit nach EGMR, Guide on Article 10 of the Convention of Human Rights – Freedom of Expression (2021) 63 f.

20 Die Themen der Chats haben also eine besondere demokratiepolitische Tragweite; *Burkhardt* in *Wenzel*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung (2018)⁶ 377.

21 Vgl OGH als KOG 26.11.2013, 16 Ok 5/13, ÖBl 2014, 77 (*Krutzler*); *Feldner/Thalhammer*, Hausdurchsuchungen durch die BWB und die Bedeutung des Untersuchungsgegenstandes, *ecolex* 2016, 892.

umfassendem Datenmaterial führen. Vor diesem Hintergrund gibt es durchaus Forderungen in der Lehre, die Position von Beschuldigten im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren zu stärken und daher die Auswertung von Chats in der StPO strenger zu reglementieren.²²

Im Zusammenhang mit den jüngsten politischen Skandalen betonten verschiedene ÖVP-Politiker_innen, dass Chats von Politiker_innen privat seien und daher öffentlich nicht diskutiert werden sollten.²³ Aus medienethischer und -rechtlicher Sicht greift diese Verteidigungslinie in dieser Absolutheit zu kurz. Die Nachrichten wurden zwar in einer vertraulichen Atmosphäre ausgetauscht. Sofern darin Themen von öffentlichem Interesse vorkommen, sind sie jedoch nicht der geschützten Privatsphäre zuzurechnen und dürfen daher von den Medien veröffentlicht werden. De lege ferenda stünde ein Verwertungsverbot von Chatnachrichten für Medien der in Art 10 EMRK verankerten Pressefreiheit diametral entgegen.

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

22 Burgstaller im Interview mit *Kommenda*, „VfGH mitverantwortlich für das Schlamassel“, Die Presse 5.7.2021; Reindl-Krauskopf im Interview mit *Kommenda*, „Politik übers Strafrecht; ‚Dafür ist es nicht da‘“, Die Presse 7.6.2021; s auch Schmid, Die Krux mit den Chats: Experten fordern Reform der Ermittlungen, derstandard.at 22.4.2021, www.derstandard.at/2000126061568 (19.1.2022), wo es heißt, dass die StPO bislang nicht für die Ära der Smartphone-Kommunikation adaptiert worden sei und Zerbe damit zitiert wird, dass ein Smartphone als eine Art „Logbuch“ fast das gesamte Leben seines Inhabers abbilde und sie daher vorschläge, sich beim Umgang mit Chats stärker an der Telekomüberwachung zu orientieren.

23 APA, Scharfe Auseinandersetzung über Chat-Veröffentlichung, sn.at 5.6.2021, www.sn.at/104747044 (19.1.2022); NN, Hörnl zu Kurz-Ermittlungen: „Wos Chats?“, puls24.at 12.10.2021, www.puls24.at/news/politik/hoerl-zu-kurz-ermittlungen-wos-chats/246237 (19.1.2022); NN, „Briefgeheimnis“ – Edtstadler will weiter verbieten, aus Strafakten zu zitieren, kleinezeitung.at v 20.10.2021, <https://www.kleinezeitung.at/politik/innenpolitik/6049589/Brief-geheimnis-Edtstadler-will-weiter-verbieten-aus-Strafakten-zu> (19.1.2022).

Wenn das Smartphone der Kontrolle dient

Zur Datenträgerauswertung im österreichischen Asylverfahren

Ivan Josipovic

1. Einleitung

Die Digitalisierung der Verwaltung unter dem Stichwort „E-Government“ wird in der Regel mit dem Anspruch auf Effizienz und Bürger*innennähe verbunden. Anders verhält es sich in fremdenrechtlichen Kontexten, insb wenn es um das hochpolitisierte Thema Asyl geht. Seit fast zwei Jahrzehnten ist hier eine zunehmende Ausweitung und Verknüpfung europäischer Datenbanken sowie die Einführung biometrischer Technologien unter sicherheitspolitischen Gesichtspunkten zu beobachten.¹ Seit August 2018 ist der Bestand digitaler Instrumente im Asylverfahren um eine weitere Komponente reicher. Mit dem Fremdenrechtsänderungsgesetz (FrÄG) 2018² wurde die Rechtsgrundlage für die Auswertung von Datenträgern (insb von Mobiltelefonen/Smartphones) von Asylwerber*innen geschaffen. Doch worum geht es genau in den entsprechenden Bestimmungen? Welche politischen Erwägungen wurden dafür ins Treffen geführt? Welche grundrechtlichen und praktischen Hürden kamen im Zuge der Implementierung zum Vorschein und welche Lehren können vom Vorreiter Deutschland gezogen werden? Eben diesen Fragen soll der vorliegende Beitrag im Folgenden nachgehen.

2. Zur Schaffung der Rechtsgrundlagen der Datenträgerauswertung bei Asylsuchenden

Im April 2018 kündigte die Bundesregierung mit dem Ministerialentwurf zum Fremdenrechtsänderungsgesetz 2018 eine Reihe von Verschärfungen für Asylsuchende und irregulär Einreisende an. Darunter fiel auch die „Schaffung der Möglichkeit der Sicherstellung und Auswertung von von der Asylwerberin/vom Asylwerber mitgeführten Datenträgern (insb Mobiltelefone)“³. Der Ministerialentwurf integrierte die dahingehenden Bestimmungen lediglich in das BFA-Verfahrensgesetz (BFA-VG), womit die Auswertung zunächst nur den Bereich des Asylverfahrens betraf. Im Zuge der Überarbeitung des Entwurfs zur Regierungsvorlage hielten sehr ähnliche Bestimmungen auch Eingang in das

1 Vgl Jeandesboz, EU Home Affairs and technology: how to make sense of information and data processing, in *Ripoll-Servent & Trauner*, The Routledge Handbook of Justice and Home Affairs Research (2017) 180–191.

2 Fremdenrechtsänderungsgesetz 2018 BGBl I 2018/56.

3 38/ME 26. GP; Kurzinformation zum Fremdenrechtsänderungsgesetz 2018.

Fremdenpolizeigesetz (FPG). Hier zielte die Bundesregierung vorwiegend auf irregulär Einreisende ab, die nicht Asyl beantragen und schuf entsprechend mit § 35 Abs 1 bis 2 FPG sowie § 38a Abs 1 bis 3 FPG die Möglichkeit, Datenträger Fremder zum Zweck der Identitätsfeststellung für Zurückschiebungen auszuwerten. Ebenso ist noch hervorzuheben, dass in Folge des Begutachtungsverfahrens eine strafrechtsbezogene Bestimmung des Ministerialentwurfs keinen Eingang in die Regierungsvorlage fand.⁴ Konkret handelt es sich um § 39a Abs 4 des Ministerialentwurfs, worin ausgeführt wird: „Eine Übermittlung von ausgewerteten Daten zum Zweck der Strafverfolgung an die für die Strafverfolgung zuständigen Behörden ist zulässig.“ Inwiefern eine solche Bestimmung ohnehin redundant gewesen wäre angesichts bestehender Möglichkeiten von Ermittlungsbehörden im Bereich der Sicherstellung von Datenträgern und der Nachrichtenüberwachung, wäre an anderer Stelle sicherlich diskussionswürdig.

Für die Asylpraxis bleibt nun insb die genauere Betrachtung von § 39a Abs 1 bis 2 BFA-VG von Bedeutung. Darin wird erstens festgelegt, dass Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes, die im Rahmen der Antragsstellung idR Erstanlaufstelle für Asylsuchende sind, neben dem BFA zur Durchführung der Auswertung ermächtigt sind. Zweitens wird der Zweck der Auswertung in Abs 1 mit der Identitätsfeststellung Fremder bestimmt, wobei als Voraussetzung das unzureichende Vorliegen anderer Beweismittel angeführt wird. Abs 2 führt als weiteren Zweck die Prüfung der Reiseroute des Fremden und damit auch die Prüfung der etwaigen Zuständigkeit anderer Staaten für das Asylverfahren an. Wiederrum gilt hier als Kriterium der Mangel an Beweismitteln. Drittens wird deutlich, dass die Auswertung nicht unmittelbar geschieht (zB durch eine*n Polizeibeamten*in, die sich selbst in das Handy einloggt und dieses durchsucht), sondern, dass zuerst eine Sicherstellung des Gerätes stattfindet, um eine Sicherungskopie der Daten herzustellen. Diese wird zur Auswertung herangetragen. Auf welche Weise das technisch umgesetzt wird, welches Format eine solche Sicherungskopie annimmt und zu welchen Zeitpunkten des Asylverfahrens sie analysiert wird, erschließt sich daraus nicht.

Wie ein solcher Prozess der Auslesung und Auswertung konkret aussehen kann, zeigt das Bsp Deutschlands. Dort werden seit 2017 Datenträger im Zuge des Asylverfahrens systematisch ausgewertet, sofern keine mildereren Mittel zur Identitätsfeststellung vorhanden sind. Konkret läuft der Prozess in drei Schritten ab.⁵ Zunächst entscheiden die für die Registrierung von Asylsuchenden zuständigen Beamten*innen bei der Ankunft, ob ein Datenträger ausgewertet werden soll. Dies ist der Fall, sofern die Person keinen Reisepass oder etwaige Ersatzdokumente zur Verifizierung der Identität vorlegen kann. Das mitgetragene Gerät wird folglich sichergestellt und mit einer Hardwarekomponente verbunden, die mittels einer Forensik-Software automatisch bestimmte Daten aus dem Smartphone extrahiert

4 186 BlgNR 26. GP.

5 Eine genaue Darstellung der Datenträgerauslesung in Deutschland ist nachzulesen bei *Biselli/Beckmann*, Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle, <https://freiheitsrechte.org/studie-handydatenauswertung> (23.11.2021).

und speichert. Bisweilen ist hier die Rede von Metadaten. Dazu zählen Login-Namen und Profilinformationen von sozialen Medien und E-Mail-Adressen, die in Textnachrichten verwendete Sprache, in Kontakten und Anrufen gespeicherte Ländercodes, Domain-Endungen von Websites sowie Geolokalisierungsdaten. Schließlich kann der Ergebnisbericht dieser automatisierten Datenextraktion von Beamt*innen, die Interviews mit Asylwerber*innen durchführen, zur Freigabe angefordert werden, um nach Widersprüchen zu persönlichen Angaben der Antragsteller*innen suchen zu können.

3. Datenträgerauswertung als digitale Infrastruktur theoretisieren

Wie das Bsp Deutschlands deutlich macht, beruhen Praktiken der Datenträgerauswertung auf der Schaffung und Nutzung digitaler Infrastrukturen, mittels derer neue Informationen über asylrelevante Sachverhalte generiert werden sollen. Grundsätzlich können Infrastrukturen als größere sozio-technische Systeme begriffen werden, die materielle und virtuelle Komponenten umfassen und auf deren Grundlage Menschen und andere Objekte interagieren.⁶ Eine solche Definition von Infrastruktur umfasst bspw bestimmte systemische Merkmale digitaler Geräte, die von Asylwerber*innen mitgeführt werden (zB die GPS-Funktion ihrer Smartphones), anschließbare Hard- und Softwarekomponenten zur Extraktion und Speicherung von Daten aus dem Telefon (zB digitale forensische Lösungen) sowie Regeln und Wissen für die Auswertung der Ergebnisberichte (zB Verwaltungsvorschriften darüber, wer die Informationen wann und wie auswertet). Dahingehend betonen sozialkonstruktivistische und gesellschaftskritische Perspektiven auf Daten und digitale Infrastrukturen, dass es sich bei solchen technischen Lösungen zur Einwanderungskontrolle um keine neutralen Instrumente handelt, die objektive Wahrheiten über Asylsuchende transportieren. Stattdessen, so *Leese et al*, verkörpern digitale Infrastrukturen neuartige Formen der Wissensproduktion, die darauf abzielen, bestimmte Bevölkerungsgruppen zu regierbaren Subjekten zu machen.⁷ In diesem Sinne sind sie von bestimmten Grundannahmen über ihre Zielgruppe getragen und verändern darüber hinaus die Machtverhältnisse zwischen Staat und Individuum in der Herstellung von asylrelevanter Evidenz. Dies wird insb im Rahmen der politischen Kreation ihrer rechtlichen und technischen Grundlagen deutlich, wenn ihnen als Policy Instrument eine Bedeutung in Hinblick auf gesellschaftliche Werte wie Gerechtigkeit oder Freiheit beigemessen wird.

In der EU ist seit mehreren Jahrzehnten eine massive Ausweitung unterschiedlicher Formen von digitalen Infrastrukturen zum Zweck der Überwachung von grenzüberschreitender Mobilität und Migration zu beobachten.⁸ Im Bereich Asyl ist insb die Fingerab-

6 Vgl *Larkin*, The Politics and Poetics of Infrastructure, Annual Review of Anthropology 2013, Vol 42, 327–343.

7 Vgl *Leese/Noori/Scheel*, Data Matters: The Politics and Practices of Digital Border and Migration Management, Geopolitics 2021, 0(0), 1–21. DOI:10.1080/14650045.2021.1940538.

8 Vgl *Latonerio/Kift*, On Digital Passages and Borders: Refugees and the New Infrastructures for Movement and Control, Social Media + Society 2018, 4(1), DOI: 10.1080/09662839.2015.1028190.

druckdatenbank EURODAC zu nennen, worüber Rückstellungen von Asylsuchenden in Mitgliedstaaten der Erstregistrierung abgewickelt werden. Hinsichtlich der Art von Daten die zum Einsatz kommen sowie der Methode ihrer Erzeugung und Auswertung weist die Datenträgerauswertung im Unterschied zu bekannten EU Infrastrukturen im Bereich der Einwanderungskontrolle vor allem ein neuartiges Strukturmerkmal auf. So basiert die Datensammlung hier auf einem sogenannten „public-private interface“⁹. Das heißt, dass Daten nicht als Sektor-spezifische Informationen¹⁰ manuell durch Beamt*innen gesammelt werden, sondern maschinell über eine Schnittfläche (bestehend aus Hard- und Softwarekomponenten der Datenforensik) erzeugt werden, die technologisierte Verfahren des Zählens, Kategorisierens und Abgleichens in kommerziellen Applikationen mit jenen der öffentlichen Verwaltung verbindet. So werden auf dem Mobiltelefon gespeicherte Aktivitäten-Protokolle von Asylsuchenden in einen verwaltungstechnischen Wissensbestand übersetzt. Das bedeutet, dass Beamt*innen hierfür nicht auf die Eigenangaben der Betroffenen angewiesen sind, sondern auf Daten zurückgreifen, die unbewusst emittiert wurden während der Flucht. Außerdem sind sie auch nicht auf die Auskunft Dritter angewiesen, wie es etwa im Zusammenhang mit Telekommunikationsdiensteanbietern und Netzbetreibern bei strafrechtlichen Ermittlungen bekannt ist. Stattdessen werden die Smartphone Daten eigenständig maschinell in Sektor-spezifische Informationen übersetzt.

Ausgehend von diesen Darlegungen wird in den folgenden Abschnitten diskutiert, in welchem politischen Bedeutungszusammenhang die Datenträgerauswertung in Österreich eingeführt wurde und welche grundrechtlichen Probleme deutlich wurden.

4. Politische Überlegungen im Zuge des österreichischen Gesetzgebungsprozesses

Die Idee des Auswertens der Datenträger von Asylwerber*innen tauchte in Österreich bereits vor 2018 in unterschiedlichen politischen Kontexten auf. Im Dezember 2015 griff etwa die FPÖ im Nationalrat auf mediale Debatten zum Thema Asylwerber*innen und (vermeintlich teure) Smartphones zurück. Sie machte vom Interpellationsrecht Gebrauch, um die damalige Innenministerin zu fragen, ob das Bundesministerium für Inneres (BMI) bereits Handys von Asylwerber*innen durchsucht hätte, angesichts der Tatsache, dass diese medial als „Anker zum Heimatland“ thematisiert würden.¹¹ Im März 2017 erneuerte *Wolfgang Sobotka* als Innenminister die Idee vor dem Hintergrund der neuen Rechts-

9 Vgl *Taylor*, What is data justice? The case for connecting digital rights and freedoms globally, Big Data & Society 2017, 4(2), DOI: 10.1177/2053951717736335.

10 Sektorspezifische Daten sind in diesem Zusammenhang Daten, die unmittelbar zum Zweck der Einwanderungskontrolle gesammelt wurden und entsprechende Kategorien der Selektion widerspiegeln. Sektor-unspezifische Daten wären hingegen Daten, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit Einwanderungskontrolle stehen (zB Daten zur Kommunikation mit Verwandten oder zu online Suchanfragen), aus denen aber sehr wohl dahingende Informationen abstrahiert werden können.

11 7366/J 25. GP.

lage für Datenträgerauswertung in Deutschland und kündigte die Evaluierung einer ähnlichen Lösung für Österreich an.¹² Diese wurde schließlich erst zu Beginn der neuen Legislaturperiode unter der Regierung *Kurz I* und durch den Innenminister *Herbert Kickl* vorangetrieben.

Die praktische Grundüberlegung hinter der Datenträgerauswertung ist, dass insb jene Ermittlungsschritte, die im Zuge der Erstbefragung relevant sind, technisch unterstützt werden können. Entsprechend heißt es im Vorblatt der Regierungsvorlage, dass die neue Maßnahme dabei hilft, „Beweismittel zur gesicherten Feststellung von Identität, Herkunftsstaat und Fluchtroute zu erlangen“¹³. Weiters soll sie „auch dazu führen, dass mehr bzw. zu einem früheren Zeitpunkt Dublin-Fälle festgestellt werden können“¹⁴. Wie aus dem Dokument hervorgeht, versprach man sich dadurch erhöhte Effizienz und die Prävention von Missbrauch asylrechtlicher Verfahren. Durch eine schnellere Überstellung von Asylwerber*innen in andere Mitgliedsstaaten sollte zudem in der Grundversorgung gespart werden, wodurch man eine vollständige Deckung der Aufrüstungskosten bei der Integrierten Fremdenadministration (IFA) kalkulierte. Anzumerken ist, dass die Feststellung des Herkunftsstaats zwar als Ziel im Vorblatt angekündigt ist, gesetzlich aber keinerlei Erwähnung findet, sodass unklar ist, ob diese Feststellung im Rahmen der Identitätskontrolle mitgemeint ist oder Ergebnisse der Auswertung auch im Zuge der inhaltlichen Befragung zu den Fluchtursachen relevant sein könnten. Interessanterweise finden sich in den Regierungsdokumenten außerdem keinerlei Anmerkungen oder Statistiken zum Fehlen von Einreise- oder Ersatzdokumenten Asylsuchender, die die üblichen Mittel der Identitäts- und Herkunftsstaatfeststellung darstellen.

Das Thema der fehlenden Reisepässe fand in der öffentlichen politischen Debatte in Österreich zwar Erwähnung, jedoch weniger in Form einer sachlichen und Zahlen basierten Auseinandersetzung als vielmehr im Rahmen einer politisch geladenen Debatte rund um die Glaubwürdigkeit von Asylwerber*innen, welche durch Politiker*innen der damaligen Regierungsparteien vorangetrieben wurde. Beispielhaft dafür sind Unterscheidungen zwischen genuinen und falschen „Flüchtlingen“ entlang von Nationalität im Fall *Wolfgang Sobotkas* von der ÖVP¹⁵ oder das Absprechen eines Herkunftsstaates bei diesbezüglich fehlendem Faktenwissen von Asylwerber*innen im Fall von *Walter Rosenkranz* von der FPÖ¹⁶.

Ebenso wie bei der neuen Bestimmung zum finanziellen Verfahrensbeitrag von Asylsuchenden (Stichwort: „Bargeldabnahme“) im FrÄG 2018, schienen auch bei der Datenträgerauswertung praktische Problemlagen in der Verwaltung und entsprechende Um-

12 Vgl Zitate von *Wolfgang Sobotka* in *kurier.at*, Sobotka will Handys knacken dürfen, *kurier.at* 2.8.2018, <https://kurier.at/politik/inland/sobotka-will-handys-knacken-duerfen/249.499.510> (23.11.2021).

13 186 BlgNR 26. GP – Vorblatt und WFA 8.

14 38/ME 26. GP zum FrÄG 2018 – Vorblatt und WFA 4.

15 Vgl Zitate von *Wolfgang Sobotka* in *diepresse.com*, Sobotka will Handydaten von Asylwerbern auslesen, *diepresse.com* 2.8.2018, www.diepresse.com/5177991 (1.8.2021).

16 StProtNR, 7. Sitzung der 26. GP, v 31.1.2018, Rede von *Walter Rosenkranz*.

setzungsdetails gegenüber dem Anspruch, öffentlich Härte zu demonstrieren in den Hintergrund zu treten. Während die Datenträgerauswertung bis heute nicht in die Praxis umgesetzt wurde, reihte sie sich im Jahr 2018 in eine Kette weiterer politischer Maßnahmen, die implizit Misstrauen gegenüber Zugewanderten kommunizierten; so etwa die Möglichkeit zum Erlass einer Verordnung, die elektronisch lesbare Verfahrenskarten für Asylwerber*innen vorsieht¹⁷, Verschärfungen bei Mobilitätsbestimmungen für Studierende¹⁸, sowie die Einführung von Lichtbildern auf E-Cards¹⁹.

5. Grundrechtsbezogene Kritik im Zuge des Begutachtungsverfahrens und praktische Probleme

Im Rahmen des Begutachtungsverfahrens des FrÄG 2018 verwiesen institutionelle Akteure sowie zivilgesellschaftliche Gruppen auf mindestens zwei wesentliche grundrechtsbezogene Probleme im Zusammenhang mit der Auswertung von Datenträgern von Asylsuchenden – eines in Hinblick auf das Recht auf Achtung des Privatlebens und eines in Hinblick auf das Recht auf Datenschutz.

Der Umstand, dass in § 39a Abs 1 BFA-VG lediglich von „Daten, die sich auf sichergestellten Datenträgern befinden“ die Rede ist, lässt keinen klar abgegrenzten Informationsbereich erkennen, der aus dem Gerät extrahiert werden soll und folglich als adäquates Mittel zum Zweck der Identitäts- oder Routenfeststellung argumentiert werden könnte. Wie etwa die Stellungnahme der Diakonie deutlich macht,²⁰ handelt es sich bei Daten auf Smartphones um sehr persönliche und zum Teil höchst sensible Informationen, vor allem wenn es um Fotos oder Schriftverkehr geht. Diese berühren in der Tat zentrale Aspekte privater Lebensgestaltung und sind als solche auch für keinen der beiden Zwecke notwendig oder verhältnismäßig. Im Sinne dieser Überlegungen kann § 39a Abs 1 BFA-VG als Eingriff in grundrechtlich sensible Sphären gewertet werden, der Art 8 EMRK sowie Art 7 GRC berührt. Vor diesem Hintergrund ist es wohl auch zu verstehen, dass der deutsche Gesetzgeber bestimmte Beschränkungen in Hinblick auf den ausgelesenen Informationsbereich rechtlich kodiert hat. Dort heißt es: „Liegen tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vor, dass durch die Auswertung von Datenträgern allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden, ist die Maßnahme unzulässig.“²¹ Dies kann als Versuch gewertet werden, ein völlig willkürliches Vorgehen bei der Auslesung und Auswertung auszuschließen. Doch auch da wurde keine rechtliche Konkretisierung in Bezug auf die Informationsbereiche und Methoden der Auswertung geschaffen. Stattdessen versucht man eine Strukturierung des Prozesses im

¹⁷ § 50 AsylG.

¹⁸ § 63 Abs 10 UG.

¹⁹ § 31a Abs 9 ASVG.

²⁰ SN der Diakonie Österreich zu 38/ME 26. GP.

²¹ Vgl § 48 Abs 3a dt Aufenthaltsgesetz.

Rahmen der oben beschriebenen technischen Umsetzung der Maßnahme zu erreichen, wobei Beamt*innen die Handydaten eben nicht unmittelbar auswerten, sondern vermittelt über die im forensischen Ergebnisbericht abgebildeten Metadaten (dh es werden zB keine Fotos per se analysiert, sondern lediglich in den Fotodateien enthalte Geo-Tags). Dabei mag es sich zwar um Daten über Daten handeln, doch auch die abstrahierten Informationen ergeben ein umfassendes Mobilitäts-, Kommunikations- und Sprachprofil und können entsprechend Aufschluss über die private Lebensgestaltung geben.

In Zusammenhang mit dem § 39a Abs 1 BFA-VG bemängelte das UN-Flüchtlingshochkommissariat weiters, dass es keine gesetzliche Verankerung des „Anwendungsvorrangs von Maßnahmen mit geringerer Eingriffsintensität in die Persönlichkeitsrechte“²² gibt. Der Gesetzgeber formuliert als Voraussetzung zur Auswertung, dass andere vorliegende Beweismittel zur Identitätsfeststellung nicht ausreichen. Damit dürften vermutlich primär Reisepässe oder EURODAC-Treffer angesprochen sein. Für die Praxis entscheidend ist dann wohl die Frage, ob das Fehlen solcher Dokumente automatisch zur Datenträgerauswertung führt oder ob vorher mit dem*der Betroffenen gesprochen wird. In Deutschland betraf das erste Gerichtsurteil in Bezug auf die dortige Auswertungspraxis genau diese Frage. Im Juni 2021 entschied das Verwaltungsgericht Berlin, dass die Praxis, die bei einer Klägerin aus Afghanistan zum Einsatz kam, wonach Datenträger ausgewertet werden noch bevor Asylsuchende sich selbst zu den ermittelten Gegenständen äußern oder Ersatzdokumente geprüft werden, rechtswidrig war.²³

Der zweite Kritikstrang an der österreichischen Gesetzgebung bezieht sich auf datenschutzrechtliche Probleme in Hinblick auf § 1 DSG und Art 8 GRC. Im Zuge des Begutachtungsverfahrens wurde zunächst Kritik laut, wonach die vorgeschlagenen Bestimmungen keine Auskunft darüber geben, unter welchen Voraussetzungen die Sicherungskopien der Daten gelöscht werden und wann der*die Fremde eine Löschung der durchgeführten Sicherungskopie verlangen darf.²⁴ Dem begegnete der Gesetzgeber lediglich damit, dass er § 39a Abs 3 BFA-VG beifügte, dass § 23 leg cit gilt. Aus den dortigen Bestimmungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten ergibt sich, dass die Sicherungskopie der Daten erst zehn Jahre nach einer rechtskräftigen Entscheidung gelöscht wird (oder in Folge des Erwerbs der Staatsbürgerschaft oder dem Ableben der betroffenen Person).

Letztlich stellte sich neben diesen grundrechtlichen Erwägungen von Beginn der Fremdenrechtsänderung an die Frage, inwieweit die Datenträgerauswertung überhaupt ein geeignetes Beweismittel für die Ausforschung der Identität oder der Reiseroute darstellt. Gleich welche Daten letztlich aus Smartphones extrahiert werden, setzt jegliche Validität der Auswertungsergebnisse voraus, dass die Daten sich auf die jeweilige asylsuchende Person beziehen. Flüchtlings- und Menschenrechtsorganisationen sowie ethnographi-

22 SN v UNHCR zu 38/ME 26.GP.

23 VG Berlin 1.6.2021, 9 K 135/20 A

24 SN v epicenter.works zu 38/ME 26. GP.

sche Forschungen verweisen aber basierend auf Erfahrungswerten aus der Praxis darauf, dass im Fall von Mobiltelefonen dies oft nicht der Fall ist. Menschen auf der Flucht würden ihre Mobiltelefone oder SIM-Karten bisweilen mit anderen Personen teilen oder diese unterwegs von anderen erwerben.²⁵

Welche Erfahrungswerte die deutschen Beamt*innen mit der Qualität der maschinell produzierten Ergebnisberichte der Auslesung haben, wurde bisher nicht erhoben. Allerdings machen Angaben zur Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage aus 2018 deutlich, dass Datenträgerauslesungen nur selten gesicherte Widersprüche zu Eigenangaben von Asylsuchenden zu Tage bringen dürften. Demnach hat das deutsche Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) innerhalb der ersten neun Monaten nach Inbetriebnahme der Auswertung, Daten der Geräte von rund 15.000 Personen extrahiert – dies in einem Zeitraum, in dem über etwa 230.000 Asylanträge entschieden wurde. Unter diesen ca 15.000 Datensätzen wurde auf rund 5.000 zur Evaluierung zugegriffen, da hier keine milderen Mittel Aufschlüsse über die Identität und Staatsangehörigkeit brachten. Unter diesen ca 5.000 Personen ergab sich, dass lediglich in ca 100 Fällen die Ergebnisse den Eigenangaben der Asylsuchenden widersprachen. In einem Drittel der 5.000 Fälle korrespondierten die Daten mit Eigenangaben, während bei fast zwei Drittel der Ergebnisberichte angegeben wurde, dass kein relevanter Informationsgehalt in Hinblick auf Identität und Herkunft gezogen werden konnte.²⁶

6. Diskussion und Fazit

Rund drei Jahre nachdem die gesetzlichen Grundlagen für die Datenträgerauswertung von Asylsuchenden in Österreich geschaffen wurden, fehlt weiterhin ihre Umsetzung. Mehrere parlamentarische Anfragen der NEOS an den Bundesminister für Inneres brachten zu Tage, dass zumindest mit Stand der letzten Anfragebeantwortung aus März 2021 keine Datenträgerauswertungen gemäß § 39a BFA-VG bzw § 38a FPG stattfanden. Begründet wurde dies mit „ausstehende[n] erforderliche[n] Beschaffungen“²⁷. Außerdem wurde bereits im Juli 2019 auf noch zu treffende datenschutzrechtliche Maßnahmen verwiesen.²⁸ Im Oktober 2020 hieß es dazu, dass Maßnahmen zur Berücksichtigung des Datenschutzgesetzes sowie der Datenschutz-Grundverordnung getroffen werden müssten, ehe der Beschaffungsprozess (vermutlich von adäquater Hard- und Software zur Erstellung von Sicherungskopien) initiiert werden könne.²⁹

25 Vgl Gillespie/Osseiran/Cheesman, Syrian Refugees and the Digital Passage to Europe: Smartphone Infrastructures and Affordances, *Social Media + Society* 2018, 1–12.

26 Vgl Zusammenfassung von Thüer/Fanta/Köver, Asylum Procedure: Cell Phone Search Has No Benefits – UNHCR Blogs (2018), www.unhcr.org/blogs/asylum-procedure-cell-phone-search-no-benefits/ (23.11.2021).

27 4887/AB v 12.3.2021 zu 4865/J.

28 3614/AB v 26.7.2019 zu 3621/J.

29 675/AB v 23.3.2020 zu 639/J.

Somit steckt die Einführung der Datenträgerauswertung von Asylsuchenden in Österreich weiterhin in Kinderschuhen. Diese Diagnose betrifft nicht nur deren ausbleibende Umsetzung als solche. Vielmehr ist diese als das Resultat einer politischen Eilaktion zu verstehen, die eher politisch-symbolischen Überlegungen folgte als sich um die technischen und rechtlichen Implikationen zu sorgen, die die Schaffung dieser neuartigen digitalen Infrastruktur mit sich bringt.

Der vereinfachte (aber öffentlichkeitswirksame) Gedanke des Handyauslesens fügte sich 2018 in einen wohletablierten Diskurs über „echte“ und „Schein-Flüchtlinge“³⁰. Asylsuchende, die grundsätzlich einer Mitwirkungspflicht im Asylverfahren unterliegen, werden so zur Zielscheibe einer Maßnahme, die abseits der Strafverfolgung weiterhin ein gesellschaftliches Tabu darstellt. Die Datenträgerauswertung ist gewissermaßen die sozio-technische Verkörperung von Debatten über zweifelhafte Identitäten und Absichten von Zugewanderten, welche bisweilen am Fehlen von Identitätsdokumenten festgemacht werden. Dabei gibt es, abgesehen davon, dass diese Annahme nur begrenzt tragfähig ist, vielfältige äußere Umstände, warum Asylsuchende tw keine Pässe oder andere Ausweisdokumente haben. In einigen Fällen haben Asylsuchende wohl noch nie einen Pass besessen. Länder, die nicht daran interessiert sind, dass ihre Bürger*innen das Land verlassen, stellen Pässe oft sehr restriktiv aus. Wer das eigene Land verlassen möchte aufgrund von politischer Verfolgung wird zudem kaum einen Pass beantragen. Außerdem können Pässe unterwegs verloren gehen oder gestohlen werden, insb im Kontext von Menschenschmuggel.

Freilich hat die Einführung der Datenträgerauswertung aber nicht nur eine politisch-symbolische Wirkung, sondern auch materielle Konsequenzen. Die digitale Infrastruktur auf der eine Datenträgerauswertung basiert, zeichnet sich insb dadurch aus, dass Daten über ein „public-private interface“³¹ abgeschöpft werden. Smartphones werden hier als Quelle von großen sektorunspezifischen Datensätzen mobilisiert, die erst in weiterer Folge zu Informationen über die Identität und Reiseroute von Asylsuchenden verarbeitet werden. Das infrastrukturelle Design ist jedenfalls so ausgerichtet, dass die Auswertung umfassende Personenprofile hervorbringen kann, die auch weit über das hinausgehen was im Kontext des Asylantrags relevant ist. Gleichzeitig ist unklar, wie valide die Ergebnisse sein können angesichts dessen, dass die Daten nicht zwingend bloß das Verhalten der Letztnutzer*innen von Geräten widerspiegeln.

Mit Blick auf die genannten grundrechtlichen Fragen, die dadurch aufgeworfen werden, wäre zu erwarten, dass § 39a BFA-VG näher darauf eingeht, welcher Informationsbereich, durch wen, wann ausgewertet wird und welche Voraussetzungen gegeben sein müssten, damit valide Ergebnisse für den*die betroffene*n Einzelne*n zustande kom-

30 Vgl *Rheindorf/Wodak*, Borders, Fences, and Limits – Protecting Austria From Refugees: Metadiscursive Negotiation of Meaning in the Current Refugee Crisis, *Journal of Immigrant & Refugee Studies* 2018, 16 (1–2), 15–38.

31 Vgl *Taylor*, What is data justice? The case for connecting digital rights and freedoms globally, *Big Data & Society* 2017, 4(2), DOI: 10.1177/2053951717736335.

men. Der Gesetzgeber blieb Antworten auf diese Fragen tw schuldig. Die Einengung und Zweckkoppelung des ausgewerteten Informationsbereichs dürfte ähnlich dem deutschen Bsp über eine kommerzielle, technische Lösung aus dem Bereich der Mobilforensik stattfinden. Hier wird künftig zu prüfen sein, inwieweit die daraus abstrahierten Mobilitäts- und Kommunikationsprofile im Einklang mit Art 8 EMRK und Art 7 GRC sind. Darüber hinaus bleibt zurzeit offen, welche Voraussetzungen in Hinblick auf das Fehlen anderer Beweismittel gegeben sein müssen, damit Beamte*innen eine Auswertung einleiten und wer das im Einzelfall bewertet. Ebenso wird zu klären sein, an welcher Stelle des Asylverfahrens die Auswertung der angefertigten Sicherheitskopie der Daten passiert und ob die Betroffenen selbst in die Interpretation der Ergebnisse involviert werden.

In jedem Fall bedeutet die Einführung der Datenträgersauswertung im Asylverfahren eine Machtverschiebung hinsichtlich der Herstellung von Evidenz über die Identität, die Fluchtroute oder den Herkunftsstaat von Asylsuchenden zugunsten von Behörden. Der entsprechende Prozess ist damit nicht nur stärker strukturiert. Dadurch dass Smartphones die Grenzen des Gegenständlichen verwischen,³² weil sie eben Teil einer digitalen Kommunikationsinfrastruktur sind, übersteigt deren Informationsgehalt auch jenen klassischer „Gegenstände und Dokumente“, die laut § 39 Abs 1 BFA-VG als Beweismittel sicherzustellen sind. Sie können potentiell als Schlüssel zu Informationen dienen, die jenseits des lokalen Objekts gespeichert sind. Gerade vor diesem Hintergrund erscheint rechtliche Klarheit in Hinblick auf den ausgewerteten Datenbereich aber auch die Methoden der Datenübersetzung dringend notwendig.

Schlussendlich verwischen Smartphones aber auch Grenzen von Zeit und Raum in Hinblick auf Kontrolle und Überwachung. Diese setzt nämlich bereits ab dem Moment ein, wo sich die Betroffenen auf den Weg nach Österreich machen und im Zuge der Gerätenutzung vielfältige Daten emittieren. Während die Smartphone Aktivitäten tw essentiell sind für eine erfolgreiche Flucht, entziehen sich sowohl die Entstehung entsprechender Datenspuren also auch deren vollständiger Informationsgehalt und deren Kontrollpotential vermutlich noch weitgehend dem Bewusstsein der Betroffenen.

Ivan Josipovic, BA MA MSc (WU), ist Universitätsassistent (prae doc) am Institut für Politikwissenschaft, Universität Wien; ivan.josipovic@univie.ac.at

32 Vgl Zerbes, Beweisquelle Handy: Zwischen Sicherstellung und Nachrichten, Gastkommentar Manz RECHTaktuell; www.manz.at/rechtaktuell/gastkommentare/2021/02/beweisquelle-handy (26.1.2022).

Vom Anstand, die Polizei nicht zu kritisieren

„A.C.A.B.“ zwischen Verwaltungsstrafrecht und Grundrechtsschutz

Katharina Schöbi

1. Einleitung

Wofür das Akronym „A.C.A.B.“ steht, ist vielleicht nicht im engeren Sinne „umstritten“, aber immer wieder Gegenstand kreativer Interpretationen. Entsprechende Bsp lassen sich auch in der österreichischen Rsp finden, zB zum Verwaltungsstraftatbestand der Anstandsverletzung, wie er etwa in § 1 Abs 1 Z 1 des Wiener Landes-Sicherheitsgesetzes (WLSG)¹ normiert ist. In Verfahren, in denen erörtert werden sollte, ob das Zurschaustellen eines „A.C.A.B.“-Schriftzugs den öffentlichen Anstand verletzt haben könnte, setzte sich ein Verwaltungsgericht mit Verweis auf das deutsche Bundesverfassungsgericht auch schon mit dem Vorschlag „All Cats Are Beautiful“ auseinander.² Und auch „Acht Cola, acht Bier“ war bereits unter den Vorbringen vor der Polizei und den ordentlichen Gerichten, in einem Fall, in dem auslösendes Moment für eine polizeiliche Maßnahme das offenbar unaufschiebbare Urinieren in der Öffentlichkeit war.³

Noch gebräuchlicher ist das Kürzel natürlich für den englischen Ausspruch „All Cops Are Bastards“, welcher in Form von Schriftzügen, Liedtexten, Tätowierungen und Parolen verwendet wird.⁴ Unter seinen Anwender*innen sind Pop- und Jugendsubkulturen, autonome Kreise, Anhänger*innen von Fußballmannschaften, politische Gruppierungen sowohl linker als auch vereinzelt sehr rechter Ausrichtung oder, nach der fragwürdigen Formulierung des LVwG Niederösterreich, Szenen, „die einen gewissen geistigen Horizont nicht verlassen können“.⁵ Die Bedeutung „All Cops Are Bastards“ wird von den Gerichten jedenfalls schon seit Längerem als allgemein bekannt vorausgesetzt.⁶

Der VfGH stellte zwar 2019 klar, dass „A.C.A.B.“ grundsätzlich vom Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit umfasst und das Präsentieren der Kombination damit im

1 Gesetz, mit dem Bestimmungen zum Schutz vor Beeinträchtigungen des örtlichen Gemeinschaftslebens erlassen werden und das Gesetz, mit dem der Landespolizeidirektion Wien die Mitwirkung an der Vollziehung bestimmter ortspolizeilicher Verordnungen übertragen wird, geändert wird (Wiener Landes-Sicherheitsgesetz – WLSG) LGBl 2001/29.

2 VwG Wien 2.11.2018, VGW-031/056/11692/2017; BVerfG 13.6.2017, BvR 2832/15.

3 *Möseneder*, Prozesse mit Alkohol und Floridsdorfern, *derstandard.at* v 15.2.2016, www.derstandard.at/story/2000031124599/ (18.6.2021).

4 Abwandlungen gibt es aber reichlich (zB „All Colours Are Beautiful“). In der rechtsextremen Szene sind auch antisemitische Abwandlungen (A.J.A.B.) verbreitet, vgl *Mahé*, Was bedeutet ACAB? <https://acab.at/> (21.6.2021).

5 LVwG Niederösterreich 1.2.2017, LVwG-S-3133/001-2015.

6 LVwG Steiermark 26.2.2014, LVwG 30.9-425/2014; LVwG Kärnten 14.9.2016, KLVwG-1813-1815/7/2015; VwG Wien 2.11.2018, VGW-031/056/11692/2017; VwG Wien 11.7.2019, VGW-031/023/8670/2019.

Regelfall nicht als Anstandsverletzung strafbar sein kann.⁷ Dieses Erkenntnis löste bei den Verwaltungsgerichten aber teils interessante Reaktionen aus. So setzte kurz darauf ein Mitglied des VwG Wien in einer zum Anlassfall ähnlichen Entscheidung zu einem wütenden Schlussabsatz an. Der VfGH hätte sich mit den rechts- und sozialpolitischen Signalen und Folgen seiner Entscheidung „nicht ansatzweise“ auseinandergesetzt, seine Rechtsmeinung zur Deutung der Buchstabenfolge im Fußballstadion sei zwar hinzunehmen, aber abzulehnen.⁸ Sinn und Zweck der Zurschaustellung des Kürzels sei es, Polizeibeamte*innen „zu provozieren und pauschal zu diffamieren“ und dies sollte, so wird im Erkenntnis argumentiert, keine „faktische Straflosigkeit“ nach sich ziehen. Eine weitere Entscheidung des VwG Wien kam zum Schluss, wenn „A.C.A.B.“ laut VfGH-Erkenntnis zur Wahrung der Meinungsäußerungsfreiheit hinzunehmen sei, müsse das „umso mehr“ für die unter den gleichen Umständen geäußerte Folge „SCHEISS BUNDESLIGA“ gelten.⁹ Beide Zugänge gehen auf ihre Weise am Kern der Thematik vorbei und es lohnt daher, sich den Tatbestand der Anstandsverletzung, sowie die Begründung des VfGH in der Entscheidung zu „A.C.A.B.“ näher anzusehen.

2. Die Anstandsverletzung

Der Verwaltungsstraftatbestand der Anstandsverletzung, wie er in § 1 Abs 1 Z 1 WLSG und in verwandter Form in den Landesgesetzen aller anderen Bundesländer normiert ist, versammelt eine Vielzahl an Fallkonstellationen in sich. Denn wo die Bestimmungen keinen Schwerpunkt setzen, wie etwa auf die Behinderung von Rettungseinsätzen oder die missbräuchliche Benutzung öffentlicher Infrastruktur,¹⁰ unterliegt die Beurteilung, was dem gesellschaftlichen „Anstand“ zuwiderläuft, naturgemäß großen zeitlichen, örtlichen und wertungsmäßigen Schwankungen. Eine klare Definition des „öffentlichen Anstands“ sucht man in den verwaltungsstrafrechtlichen Normen vergebens, eine Annäherung soll im Folgenden aber mittels einschlägiger Judikatur dargestellt werden.¹¹

2.1. Grundsätze der Schicklichkeit

Grundsätzlich soll der öffentliche Anstand nach der ständigen Rsp des VfGH durch ein Verhalten verletzt werden, das mit den „allgemeinen Grundsätzen der Schicklichkeit“

⁷ VfSlg 20.333/2019.

⁸ VwG Wien 11.7.2019, VGW-031/023/8670/2019.

⁹ VwG Wien 23.3.2020, VGW-031/066/4561/2019.

¹⁰ Vgl bspw die detaillierte, aber demonstrative Aufzählung von anstandsverletzendem Verhalten in § 2 Abs 3 des Burgenländischen Landessicherheitsgesetzes LGBl 30/2019: „Eine Anstandsverletzung begeht [insb], wer [...] als Unbeteiligter den Einsatz von Einsatzorganisationen oder Organen der Bundespolizei behindert oder erschwert oder [...] öffentliche Einrichtungen, [insb] Denkmäler, Sitzbänke, Unterstände, Gehwege, Parkanlagen, Grünflächen oder Kinderspielplätze, in missbräuchlicher oder anstößiger Weise nützt oder dort Handlungen unternimmt, die nicht dem bestimmungsgemäßen Gebrauch entsprechen oder gröblich verschmutzt oder beschädigt.“

¹¹ Vgl auch *Frühwirt*, Öffentlicher Anstand, *juridikum* 2011, 63 (63).

nicht im Einklang steht und das einen groben Verstoß gegen diejenigen Pflichten darstellt, die jede und jeder in der Öffentlichkeit zu beachten habe.¹² Ob etwas subjektiv als Beleidigung oder Störung empfunden wird, ist nicht ausschlaggebend, das Verhalten muss nach einem objektiven Maßstab geeignet erscheinen, von nichtbeteiligten Personen als ungebührlich und störend empfunden zu werden.¹³

Die Liste der möglichen Fehlritte in Fragen der Schicklichkeit ist bunt: Das Zeigen des Mittelfingers im Straßenverkehr,¹⁴ Bspucken einer anderen Person,¹⁵ öffentliches Verurichten der kleinen Notdurft (Urinieren),¹⁶ Anspritzen mit einem Gartenschlauch,¹⁷ Entblößen des Geschlechtsteiles in einer Wohnung bei Einsichtsmöglichkeit aus anderen Wohnungen¹⁸ sowie das Schlafen in einer Fußgängerpassage bei Nacht¹⁹ wurden als Anstandsverletzungen kategorisiert, nicht aber das Schlafen in der Netzschaukel eines Kinderspielplatzes,²⁰ sehr wohl dagegen freies Herumlaufenlassen von Schweinen.²¹

Daneben sind es besonders Äußerungen, die den Tatbestand der Anstandsverletzung erfüllen können, deren Strafbarkeit aber gleichzeitig in einem Spannungsfeld zu Art 10 EMRK und Art 13 StGG, also der verfassungsrechtlich gewährleisteten Freiheit der Meinungsäußerung, steht. Klassischerweise handelt es sich um Beschimpfungen und den Gebrauch bestimmter Schimpfwörter.²² Als „klare Beschimpfung“ ordnete das VwG Wien im vom VfGH aufgegriffenen Fall auch „A.C.A.B.“ ein.²³

2.2. Öffentlichkeit, Begleitumstände, Personalisierung

Zur Strafbarkeit nach § 1 Abs 1 Z 1 WLSG ist außerdem eine gewisse Öffentlichkeit erforderlich, in der sich das zu rügende Verhalten abspielt. Für dieses Tatbestandselement ist es notwendig, dass das Verhalten etwa für mehrere Personen zum tatsächlichen Ärgernis wird oder dass wenigstens die Möglichkeit besteht, dass der Vorfall über den Kreis der unmittelbar Beteiligten hinaus wahrgenommen wird. Nicht notwendig ist aber, dass der Vorfall an einem öffentlichen Ort stattfindet.²⁴

12 VwSlg 11.886 A/1985; VwGH 15.10.2009, 2008/09/0272; Die Entscheidung des VwGH vom 30.9.1985 (VwSlg 11.886 A/1985), die einige wichtige Grundsatzfragen klärte, bezog sich noch auf den Art 8 des Einführungsgesetzes zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen (EGVG), in dem zu diesem Zeitpunkt die Anstandsverletzung normiert war. Die Jud zu dieser Norm ist aber sinngemäß auch auf die in Kraft stehenden Normen der Anstandsverletzung, wie § 1 Abs 1 WLSG, anzuwenden.

13 VwSlg 11.077 A/1983; VwSlg 11.886 A/1985; VwSlg 16.735 A/2005.

14 VwG Wien 24.4.2014, VGW-031/069/21806/2014.

15 VwGH 28.9.1987, 87/10/0079.

16 VwGH 30.4.1992, 90/10/0039.

17 VwSlg 10.829 A/1982.

18 VwSlg 6.578 A/1965 (Verweis darauf in VwGH 10.11.1953, 1590/69 RS 2).

19 UVS Wien 15.7.1991, 03/20/376/91.

20 VwG Wien 28.12.2015, VGW-031/016/14783/2015.

21 UVS Kärnten 3.7.2012, KUVS-948/4/2012.

22 Vgl *Frühwirt*, juridikum 2011, 65.

23 VwG Wien 2.11.2018, VGW-031/056/11692/2017.

24 VwSlg 11.077 A/1983; VwSlg 11.886 A/1985.

Zur Frage, wie viele Personen bereits eine ausreichende Öffentlichkeit bilden, stellt der VwGH klar, dass die Erfordernisse des § 69 StGB („größerer Personenkreis“) nicht auf die Anstandsverletzung übertragbar sind.²⁵ Er verwendet in diesem Zusammenhang den Begriff der „Sukzessivöffentlichkeit“. Eine Anstandsverletzung kann demnach bereits dann „öffentlich begangen“ sein, wenn sie nur von *einer* Person unmittelbar wahrnehmbar war und die Möglichkeit bestand, dass die Handlung durch diese eine Zeugin / diesen einen Zeugen im Hinblick auf den mit der Tat verbundenen Belästigungseffekt auch einer anderen Person bekannt wird.²⁶

Zudem muss auf situative Bedeutungsveränderungen Rücksicht genommen werden. Sowohl was den Inhalt als auch die Art und Weise von getätigten Äußerungen angeht, sind die Begleitumstände in die Beurteilung miteinzubeziehen.²⁷ In diesem Zusammenhang ist zB ein hoher Geräuschpegel relevant, der lautes Sprechen oder Schreien notwendig macht, oder sind es auch weitere (mündliche oder schriftliche) Äußerungen, die gegebenenfalls in einem gemeinsamen inhaltlichen Kontext zu betrachten sind. Weiters wurde auf Ebene der LVwG auch bereits das Erfordernis einer gewissen „personalisierten Einsetzung“ angenommen, die jeweilige Parole müsse sich also an individuell angesprochene Personen richten.²⁸

2.3. Anstandsverletzung und Meinungsäußerungsfreiheit

Wie bereits erwähnt müssen im Falle von „A.C.A.B.“ die grundrechtlichen Schranken der Meinungsäußerungsfreiheit beachtet werden. Als „gedankliche Stellungnahmen“, wie Meinungen in der Literatur auch charakterisiert werden,²⁹ kommen va sprachliche Ausdrucksformen in Betracht. Durch Art 10 EMRK werden diese sowohl in Form von Tatsachenaussagen als auch Werturteilen geschützt. Eine Meinungsäußerung kann insb auch auf Transparenten³⁰ oder Plakaten³¹ ausgedrückt werden, da sich die Meinungsäußerungsfreiheit auf alle Ausdrucksmittel bezieht.³² Das bedeutet unter anderem, dass der Gesetzgeber den Ausdruck dieser Meinungen nicht unter Strafe stellen darf. Der Tatbestand der Anstandsverletzung bewegt sich also in engen verfassungsrechtlichen Grenzen. Laut der Rsp des VfGH kann eine Meinungsäußerung als solche nur dann eine Anstandsverletzung bilden, wenn sie aus anderen zulässigen Gründen verpönt ist, die sich zB auf die Art und Weise der Meinungsäußerung in der Öffentlichkeit beziehen.³³ Hier fallen vor allem besonders derbe Ausdrücke oder Begriffe „unziemlichen Inhalts“ ins Gewicht.

25 VwSlg 9.684 A/1978.

26 VwSlg 11.472 A/1984; VwSlg 11.886 A/1985.

27 VfSlg 10.700/1985; VwSlg 16.735 A/2005.

28 LVwG Niederösterreich 1.2.2017, LVwG-S-3133/001-2015.

29 Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht (2015), Rz 1457.

30 VfSlg 12.501/1990.

31 VfSlg 13.127/1992; VfSlg 18.652/2008.

32 Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht (2019), Rz 911.

33 VfSlg 10.700/1985.

Anstößige Formen der Meinungsäußerung können also durchaus unter die Fälle des Art 10 Abs 2 EMRK fallen und im Interesse der Aufrechterhaltung der Ordnung, zum Schutz der Moral und unter gewissen Umständen von Rechten anderer eine Pönalisierung ermöglichen.

Dass der Tatbestand der Anstandsverletzung also nicht schon als Norm die Freiheit der Meinungsäußerung verletzt, sieht der VfGH gerade im vagen Begriff der Anstandsverletzung begründet: Daher könne man nämlich nur dann die Annahme treffen, dass eine Anstandsverletzung vorliege, „wenn die Notwendigkeit der damit verbundenen Einschränkung der Freiheit der Meinungsäußerung – gemessen an der Entscheidung des Gesetzgebers – unter Bedachtnahme auf das in Rede stehende Grundrecht im Einzelfall außer Zweifel steht“.³⁴

3. „A.C.A.B.“ als Anstandsverletzung

Das Zurschaustellen eines „A.C.A.B.“-Schriftzugs an Orten, an denen Polizeiorgane zugegen waren, konnte diese Tatbestandsmerkmale in den Augen der Verwaltungsgerichte grundsätzlich erfüllen. Die Buchstabenfolge bringe eine nicht unerhebliche Geringschätzung des Gegenübers zum Ausdruck und verstoße damit gegen die Grundsätze der Schicklichkeit, sei in den meisten Kontexten leicht verständlich und nicht etwa bloß Geheimsprache unter Eingeweihten. Eine Verurteilung wegen Anstandsverletzung schien daher bei Vorliegen der erforderlichen Öffentlichkeit oftmals unproblematisch möglich.³⁵ Im jüngsten Anlassfall, in dem die Aufschrift „ACAB ULTRAS RAPID“ auf einer großen Fahne in einem Fußballstadion geschwenkt wurde, entschied der VfGH 2019, dass dieses Verhalten nicht geeignet sei, den Tatbestand der Anstandsverletzung zu erfüllen und begründete dies in erster Linie damit, dass keine konkrete Beschimpfung bestimmter anderer Personen vorliegen würde.³⁶ Es wurde ins Treffen geführt, dass Art und Umstand der Äußerung große Beachtung einzuräumen seien und das Schwenken des Transparentes primär auf das angespannte Verhältnis zwischen manchen Fußballfans und der Polizei hinweisen und ihre ablehnende Haltung zum Ausdruck bringen sollte.

Dies war auch im Einklang mit der über Jahrzehnte entwickelten und vom VfGH vielfach rezipierten Judikatur des EGMR zur Bedeutung und Funktion der Meinungsäußerungsfreiheit gem Art 10 EMRK: Erstens sind Meinungen und Ideen iSd Grundrechts in den verschiedensten Erscheinungsformen geschützt, sei es sprachlicher Natur, als Bedeutungsgehalt von Symbolen, künstlerische Ausdrucksformen oder andere Verhaltensweisen mit kommunikativem Gehalt.³⁷ Zweitens erstreckt sich der Schutz des Art 10 EMRK auch und gerade auf Äußerungen, welche den Staat oder einen Teil der Bevölkerung

³⁴ VfSlg 10.700/1985.

³⁵ VwG Wien 30.5.2014, VGW-031/040/6219/2014; VwG Wien 2.11.2018, VGW-031/056/11692/2017-6.

³⁶ VfSlg 20.333/2019.

³⁷ EGMR 23.9.1998, 24838/94, *Steel/United Kingdom*; EGMR 8.7.2008, 33629/06, *Vajnai/Ungarn*; VfSlg. 18.893/2009.

beleidigen, schockieren oder stören.³⁸ Im Ergebnis entschied der VfGH trotz unterschiedlicher Tatbestandsmerkmale auf selber Linie wie das deutsche Bundesverfassungsgericht, das in ähnlich gelagerten Fällen eine Strafbarkeit wegen Beleidigung iSd § 185 dStGB ua wegen „nicht hinreichender Individualisierung des negativen Werturteils“ verneinte.³⁹

3.1. Angespanntes Verhältnis

Der VfGH übernimmt in seinem Erkenntnis die Beschreibung der Beschwerdeführer und bezeichnet das Verhältnis zwischen Fußballfans und Polizei als „angespannt“. Dass dies sicherlich als zutreffend gelten muss, zeigt sich in Österreich beispielhaft an einem Vorfall vom 16.12.2018, der infolge massenhafter Identitätsfeststellungen und Wegweisungen ohne konkrete Gefahrenlage die Verwaltungsgerichte beschäftigte.⁴⁰ Der Vorfall ist als „Rapidkessel“ bekannt, da an diesem Tag ein Fanmarsch des SK Rapid Wien bestehend aus über 1.300 Fans beinahe sieben Stunden lang bei Temperaturen unter dem Gefrierpunkt, ohne Verpflegung oder Zugang zu Toiletten von der Polizei eingekesselt wurde. Neben diesen unstrittigen Tatsachen wurde die dort herrschende Stimmungs- und Bedrohungslage sehr unterschiedlich beurteilt: Während die Polizei von einer unkontrollierten Situation sprach, meinten Beteiligte, dass hier einseitig Horrorszenarien bis hin zur „Kapitulation der Staatsmacht“ gezeichnet würden, die ein völlig verzerrtes Bild der Umstände ergäben.⁴¹

Wie erwähnt sind bei der Beurteilung der Anstandsverletzung die unmittelbaren Begleitumstände zu beachten. Im konkreten Anlassfall zu „A.C.A.B.“ ist daher nachvollziehbar, dass das schwierige Verhältnis zwischen Fußballfans und Polizei, das auch in einschlägiger Literatur erforscht und bestätigt wird, erwähnt und behandelt wird.⁴² Sich gegenseitig aufschaukelnde Provokationen in Versammlungsszenarien, in der die Polizei auch als politische Akteurin tätig wird, sind aber nicht auf den Fußballkontext beschränkbar.⁴³ Auch abseits davon kommt es vor, dass die Polizei in der gewaltsamen Entwicklung von Protestdynamiken eine aktive Rolle spielt.⁴⁴ Während Gerichte in der Folge solcher Geschehnisse oftmals dazu neigen, Polizeiaussagen weniger Eigeninteressen zu unterstellen und ihnen daher zu folgen, beeinflusst die Polizei sowohl Protestgesche-

38 EGMR 7.12.1976, 5493/72, *Handyside/Vereinigtes Königreich*; VfSlg 10.700/1985.

39 BVerfG 17.5.2016, 1 BvR 2150/14; BVerfG 17.5.2016, 1 BvR 257/14; BVerfG 16.1.2017, 1 BvR 1593/16.

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

41 *Zimmermann/Zenz*, Fußballfans unter Generalverdacht. Der „Rapidkessel“ und seine Folgen, *juridikum* 2020, 145 (146).

42 Ua kann unter Fußballfans ein überdurchschnittlich großes Misstrauen gegenüber der Polizei festgestellt werden, wofür auch negative Erfahrungen mit der Polizei als Gründe angeführt werden; vgl *Schiefer/Stichling*, Misstrauen gegenüber der Polizei im Fußball. Eine empirische Untersuchung zu Verbreitung und Ursachen, in *Köhler/Schneider/Schumann*, Fanverhalten im Sport. Phänomene, Herausforderungen und Perspektiven (2017) 77 ff.

43 *Adensamer/Sagmeister*, Die Ausweitung von Polizeibefugnissen und die politischen Dimensionen polizeilichen Handelns im Kontext von Protest Policing, *juridikum* 2016, 521.

44 *Kretschmann*, Die Polizei in gewaltsamen Protestdynamiken: Eine sozialtheoretische Annäherung, *juridikum* 2016, 504–515.

hen selbst als auch darum kreisende Sicherheitsdiskurse.⁴⁵ Ausgestattet mit Deutungshoheit über die Gefährlichkeit der jeweiligen Situation sowie das eigene Handeln, die zB durch professionelle Medienarbeit zustande kommt, gestaltet die Polizei die öffentliche Wahrnehmung darüber, welche Gefahren mit politischem Protest verknüpft werden.⁴⁶ Welche Vorstellungen von „Ordnung“ dabei vertreten werden und aus welcher Perspektive Kriminalität betrachtet wird, hat nicht zuletzt Auswirkungen darauf, welche Verhaltensweisen zu einer Anzeige wegen Anstandsverletzung führen. Es zeigt sich, dass das „angespannte Verhältnis“, auf das „A.C.A.B.“ laut VfGH hinweisen sollte, keines ist, das sich nur mit Fußballfans als Gegenüber realisiert, sondern polizeiliches Handeln in den allermeisten Fällen begleitet.

3.2. Besondere Stellung der Polizei

Die recht knappe Begründung des VfGH scheint sich letztlich an zentralen Aspekten vorbeizubewegen, was auch zu ungünstigen Ableitungen aus der Entscheidung führt. Denn zwischen Beamt*innen der Sicherheitspolizei und Bürger*innen besteht ein hierarchisches Kräfteverhältnis. Dieses äußert sich nicht nur in der Möglichkeit und Befugnis zu hoheitlichem Handeln, dem Gebrauch von Schusswaffen bzw generell zur Ausübung physischer Gewalt gegen die Bevölkerung als einziger Institution des modernen Staates. Das Kräfteverhältnis äußert sich auch in einer spezifischen Wahrnehmung von Polizist*innen durch Zivilist*innen.

Es geht um eines der wenigen manifesten In-Erscheinung-Treten der Staatsmacht gegenüber Bürger*innen und allen, die von dieser Staatsmacht betroffen sind. Unterstrichen wird dies durch Uniformierung, Waffentragen und Kraftinszenierungen, die schon für sich genommen Situationen beeinflussen können. Sei es, indem sie patriarchale Maskulinitätsmuster verstärken und Provokationen auslösen oder indem sie bei jeder und jedem Selbstbefragung nach der eigenen Rechtschaffenheit hervorgerufen.

Eine weitere Ausprägung der spezifischen Stellung sind die formellen und informellen Privilegierungen, die Beamt*innen der Polizei genießen. Zum einen müssen sie sich, ohne selbst den Klagsweg beschreiten zu müssen, bestimmte Beleidigungen nicht gefallen lassen. § 117 Abs 2 StGB, der eine Beleidigung iSd § 115 StGB von (Polizei-)Beamt*innen nicht als Privatanklagedelikt, sondern als Ermächtigungsdelikt normiert, sorgt dafür,

45 Zum Vertrauensvorschuss dt Gerichte gegenüber Polizeizeug*innen in der Praxis s *Prechtel*, Die Bedeutung der Glaubwürdigkeit und des persönlichen Eindrucks für die Beweiswürdigung, ZJS 2017, 387; auch die Jud des österreichischen VwGH zur Anstandsverletzung beinhaltet die Legitimation, innerhalb der freien Beweiswürdigung Polizeiaussagen mehr Beweiswert zuzuerkennen. So sei es schlüssig, „den Angaben des Meldungslegers mehr Glauben als den Angaben des Beschwerdeführers [zu schenken], weil jener auf Grund seines Dienstes und seiner [v]erfahrensrechtlichen Stellung der Wahrheitspflicht unterliegt und bei deren Verletzung mit straf- und dienstrechtlichen Sanktionen rechnen müsse“, s VwGH 18.2.1991, 89/10/0175; dieses Prinzip wird laut Erfahrungsberichten erfahrener Anwältinnen auch in der Praxis angewandt, s zB *Gaigg*, Anwalt zu Großeinsätzen der Polizei: „Da dampft dann das Testosteron heraus“, *derstandard.at* v 24.1.2020, www.derstandard.at/story/2000113607274 (22.5.2021).

46 *Adensamer/Sagmeister*, *juridikum* 2016, 522 f.

dass die Staatsanwaltschaft die Verfolgung der vermeintlichen Straftat übernimmt. Sie werden auch vor Tötlichkeiten besonders geschützt, indem der Straftatbestand des Widerstands gegen die Staatsgewalt (§ 269 StGB) oder die Qualifikation der Körperverletzung als schwere Körperverletzung (§ 84 Abs 2 StGB) bereits bei niedrigerem Fehlverhalten gegenüber Polizeibeamt*innen zu einem vergleichsweise hohen Strafmaß führen. Daraus lässt sich ableiten, dass der Gesetzgeber diese Organe vor bestimmten Erfahrungen absichtlich besonders schützt. In informeller Hinsicht sind Polizeibeamt*innen dadurch in einer privilegierten Situation, dass sie rechtswidriges Verhalten gleich selbst zur Anzeige bringen können, und dass ihnen Verfahrensabläufe bestens bekannt sind und sie wissen, wie und wo sie das Geschehene dokumentieren und deponieren müssen. Die Wahrscheinlichkeit, dass sich unanständiges oder provozierendes Verhalten bzw unfreundlich vorgetragene Kritik ihnen gegenüber als juristisch folgenreich herausstellt, ist im Vergleich zu Normalbürger*innen ungleich höher.

Gerade weil Polizeibeamt*innen als Verkörperung des Staates mit der durch den Gesetzgeber vermittelten Autorität und mit seinem Schutz auftreten, sollte auch das Maß an (verbalem) Widerstand, das sie aushalten müssen, höher sein. Dass auch der EGMR das so zu sehen scheint, zeigt nicht nur seine Rsp zur zumutbaren Kritik an politischen Handlungsträger*innen und öffentlichen Personen, sondern auch die Entscheidung *Terentyev/Russland*, in der er sehr explizit beleidigende Äußerungen gegenüber der Polizei als zulässig erkannte.⁴⁷ Das Handeln mit Befehls- und Zwangsgewalt ist nicht nur legitimationsbedürftig iSe verfassungsmäßigen demokratischen Rückbindung, sondern muss sich auch einem besonders starken öffentlichen Interesse an kritischer Auseinandersetzung und Hinterfragung stellen.⁴⁸

3.3. Individuelle Beschimpfung?

Natürlich lässt sich trefflich darüber streiten, ab wann Äußerungen noch als kritische Auseinandersetzung mit einem Thema oder bereits (ausschließlich) als Beschimpfung oder Verunglimpfung gesehen werden können. Auch hier spielt aber das Element des gemeinsamen, uniformierten Auftretens als Staatsgewalt eine Rolle, das eine Unterscheidung einzelner Individuen eigentlich unterbinden möchte. Polizist*innen werden nicht als Einzelpersonen angesprochen. Dies ist auch daran ersichtlich, dass österreichische Polizist*innen ihren Dienst ohne individuelle Kennzeichnung ausführen und gem § 30 Abs 1 Z 2 SPG nur auf Verlangen ihre Dienstnummer herausgeben müssen, wenn die Erfüllung der Aufgabe dadurch nicht gefährdet ist.⁴⁹ Während Polizist*innen Identitäts-

47 EGMR 8.7.1986, 9815/82, *Lingens/Österreich*; EGMR 23.5.1991, 11662/85, *Oberschlick/Österreich*; EGMR 28.8.2018, 10692/09, *Terentyev/Russland*.

48 Warum außerparlamentarischer Diskurs außerdem bereits Teil der demokratischen Rückbindung ist, s *Marchart*, Demokratie und Dissens, *juridikum* 2016, 502.

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

feststellungen von bspw Protestierenden durchsetzen können, haben jene keine vergleichbare Möglichkeit, sich dagegen zu wehren, wenn Beamt*innen die Herausgabe ihrer Dienstnummer verweigern.⁵⁰ Die charakteristische Ununterscheidbarkeit von Polizeibeamt*innen muss auch zur Folge haben, dass auf sie bezogene Kritik, oder eben Beschimpfungen, als Infragestellung ihres Handelns als Ganzes und nicht als Angriff auf Persönlichkeiten zu verstehen sind.

3.4. Die Form rechtfertigt keine Strafbarkeit

Es ist für eine demokratische Gesellschaft zentral, dass das Gewaltmonopol des Staates und seine jeweilige Ausprägung ständig in einem lebendigen Diskurs verhandelt werden. Dazu reicht es nicht, dass wissenschaftliche Publikationen differenzierte Kritik an dogmatischen oder auch tatsächlichen Detailproblemen üben. Es bedarf auch der täglichen Auseinandersetzung durch Bürger*innen mit der Staatsgewalt – auch im Fußballstadion – und diese Auseinandersetzung muss an den Maßstäben der jeweiligen Publikationsform gemessen werden. So kann von einer auf Sichtbarkeit und Eingänglichkeit ausgerichteten Plakat-Botschaft nicht derselbe Tonfall und dieselbe Differenziertheit erwartet werden wie von einer wissenschaftlichen Publikation über die problematischen Begleiteffekte einer Kultur des Korpsdenkens innerhalb polizeilicher Strukturen.⁵¹

Dass die Form aber eine andere ist, hindert nicht die mögliche Erkenntnis, dass es sich um ähnliche Aussagen handeln könnte. Daher scheint durch den Gebrauch „unflätiger Worte“ zwar zunächst die Zulässigkeit von Eingriffen gem Art 10 Abs 2 EMRK eröffnet, im Interesse der Aufrechterhaltung der Ordnung ist ein Eingriff aber jedenfalls nicht „zwingend“.⁵² Mehr noch, es lässt sich die These formulieren, dass die hier gewählte Form der Kritik, die bekannte Kombination „A.C.A.B.“ auf einem Transparent bei einem Fußballspiel, nicht nur eine geeignete, sondern für einen Hinweis auf die möglicherweise systemimmanente Problematik einer solchen Exekutive vielleicht sogar beinahe einzige Form ist, diese umfassende Infragestellung wirksam zum Ausdruck zu bringen.

Die „rechts- und sozialpolitischen Signale“, vor denen die zu Beginn angeführte Verwaltungsgerichtsentscheidung so eindringlich warnt, stellen sich also heraus als die für das demokratische Zusammenleben notwendige Freiheit, staatliche Machtausübung ganz grundsätzlich in Frage stellen zu dürfen. Selbst wenn es einziger Sinn und Zweck einer „A.C.A.B.“-Darbietung wäre zu provozieren oder auch die Staatsgewalt pauschal abzulehnen, wie das die Entscheidung des VfGH dem VfGH entgegenhält, so macht die Möglichkeit, dies in dieser Form straffrei zu tun, gerade den Kern des Grundrechts auf

⁵⁰ Adensamer, juridikum 2019, 47 ff.

⁵¹ Zur Cop Culture als „institutionspatriotische Homogenitäts- und Dominanzkultur“ und „komplexitätsreduzierende Praxisanleitung“ vgl Behr, Polizeikultur. Routinen – Rituale – Reflexionen. Bausteine zu einer Theorie der Praxis der Polizei (2006) 39 ff.

⁵² VfSlg 20.333/2019.

Meinungsäußerungsfreiheit aus. Gut möglich, dass die Beschimpfung der Bundesliga ebenso nicht zu einer Verurteilung wegen Anstandsverletzung führen sollte, dann aber aus anderen Gründen. Es wird ersichtlich, dass es hier in Wahrheit weder um Diffamierung oder Rufschädigung geht, noch darum, welche Wörter in einem Fußballstadion auf Transparente gemalt werden dürfen. Vielmehr geht es um den fundamentalen Unterschied zwischen Kritik an der exekutiven Staatsgewalt und anderem Ausdruck von Unzufriedenheit – und zwar auch dann, wenn die Wortwahl eine unanständige ist.

Katharina Schöbi studiert Rechtswissenschaften und Philosophie an der Universität Wien sowie an der Université de Genève; katharina.schoebi@univie.ac.at

Das Gnaden(un)wesen

Eine Betrachtung aus rechtsstaatlicher Perspektive

Julian Lehmann

1. Einleitung

Die Begnadigung setzt das vom parlamentarischen Gesetzgeber erzeugte und von den unabhängigen Gerichten gesprochene Recht durch politische Macht außer Kraft¹ und stellt damit als Relikt des monarchischen Absolutismus² einen Anachronismus im demokratischen Rechtsstaat dar. Zur ernststen Bedrohung für den modernen Verfassungsstaat wird das Gnadenrecht spätestens dann, wenn es der_die jeweilige Machthaber_in zu eigenen (straftolitischen) Zwecken missbraucht. Das problematische Wesen des Gnadenrechts offenbarte zuletzt *Donald Trump*, der ehemalige Präsident der Vereinigten Staaten von Amerika, der kurz vor seinem Ausscheiden aus dem Amt erwog, (ua) politisch Verbündete, Familienangehörige und sich selbst zu begnadigen.³ Während *Trumps* Pläne Anlass zur Wiederbelebung einer alten Debatte über die Grenzen des Begnadigungsrechts in den Vereinigten Staaten von Amerika waren,⁴ findet das Gnadenwesen in der österreichischen Rechtswissenschaft (zumindest in jüngerer Vergangenheit) vergleichsweise wenig Beachtung.⁵ Dies ist womöglich der Tatsache geschuldet, dass kontroverisierte Gnadenakte bislang in Österreich unterblieben.

Vor diesem Hintergrund versucht der gegenständliche Beitrag, einen kritischen rechtsdogmatischen Blick auf das Begnadigungsrecht des_der österreichischen Bundespräsidenten_in⁶ zu werfen und insb dessen Grenzen – sofern vorhanden – aufzuzeigen. Der zweite Teil des Beitrags widmet sich der (gerichtlichen) Kontrolle von Gnadenakten und möglichen Sanktionen, die dem_der Bundespräsidenten_in bei missbräuchlicher Ausübung des Begnadigungsrechts drohen könnten. Untersuchungsgegenstand des Beitrags

1 Klecatsky, Gnadenerweise im Rechts- und Volksstaat, in FS Koja (1998) 267.

2 Klecatsky, Die staatsrechtlichen Wurzeln des Gnadenrechts, JBl 1967, 445 (448); Walter, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1972) 463.

3 Smith, I beg your pardon? Does Trump really plan to absolve himself and his family?, theguardian.com 5.12.2020, www.theguardian.com/us-news/2020/dec/05/donald-trump-pardons-giuliani-ivanka-joe-exotic (30.4.2021).

4 Eckstein/Colby, Presidential Pardon Power: Are there Limits and, if Not, Should There Be?, Arizona State Law Journal, Vol 51, 2019, 71 (72).

5 Soyer/Pollak, Gnade und Gesetz – zum Verhältnis des Begnadigungsrechts zu seinen gesetzlichen Alternativregelungen, AnwBl 2018, 539 (539).

6 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird von der grammatikalisch korrekten Doppelnennung femininer und maskuliner Formen im Genetiv, Dativ und Akkusativ – im konkreten Fall: des_der Bundespräsidenten_Bundespräsidentin – Abstand genommen.

ist ausschließlich die positive Gnadenentscheidung (sogenannte Gnadenentschließung⁷); rechtliche Fragestellungen betreffend die negative Gnadenentscheidung (Ablehnung eines Gnadengesuchs) werden hierbei ausgeblendet.

2. Die Begnadigung im österreichischen Recht

Nach Art 65 Abs 2 lit c B-VG⁸ kommt dem_der Bundespräsidenten_in die Befugnis zur Begnadigung rechtskräftig Verurteilter (Begnadigung ieS⁹) und zur Niederschlagung des strafgerichtlichen Verfahrens bei den von Amts wegen zu verfolgenden strafbaren Handlungen (Abolition) zu. Die Begnadigung ieS kann in Form der Nachsicht, Milderung sowie Umwandlung der verhängten Strafe, der Beseitigung der Urteilsfolgen, der Straftilgung oder der Gewährung beschränkter Auskunft aus dem Strafregister erfolgen.¹⁰ Die Abolition stellt den „denkbar massivsten Eingriff in die Strafjustiz“¹¹ dar und verhindert die Einleitung eines strafgerichtlichen Verfahrens bzw führt zur Einstellung eines bereits eingeleiteten Verfahrens, indem sie ein prozessuales Verfolgungshindernis iSd § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO¹² schafft.¹³ Das Begnadigungsrecht des_der Bundespräsidenten_in ist auf Justizstrafsachen, Verfahren über Anklagen gegen oberste Organe des Bundes und der Länder wegen Verletzung der Bundesverfassung nach Art 142 B-VG (Staatsgerichtsbarkeit) und Disziplinarverfahren gegen Bundesbeamte_innen sowie Heeresangehörige beschränkt.¹⁴ In Verwaltungsstrafsachen kommt eine Begnadigung daher nicht in Betracht.¹⁵

Das Gnadenrecht wird als notwendiges Korrelat zur Strafgerichtsbarkeit angesehen,¹⁶ indem es die in der Allgemeinheit des Gesetzes begründeten Härten im Einzelfall ausgleicht und dadurch Individualgerechtigkeit herstellt.¹⁷ Damit steht es naturgemäß in einem Spannungsverhältnis mit dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip¹⁸ und dem Gleichheitssatz.¹⁹ Zudem wird der Grundsatz der Gewaltentrennung durchbrochen, da der_die Bundespräsident_in als Verwaltungsorgan, das der Staatsgewalt der Exekutive zuzuordnen ist, mit dem Gnadenakt in den Bereich der Judikative eingreift.²⁰

⁷ *Hollaender*, Gnade vor Recht!, AnwBl 2017, 708 (710).

⁸ Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1 (WV) idF BGBl I 2021/2.

⁹ *Walter*, Bundesverfassungsrecht 463.

¹⁰ *Fabrizy/Kirchbacher*, Strafprozessordnung¹⁴ (2020) § 507 Rz 3.

¹¹ *Frank in Kneihls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (8. Lfg 2011) Art 65 Rz 43.

¹² Strafprozessordnung 1975 BGBl 1975/631 idF BGBl I 2020/148.

¹³ *Haumer in Kier/Wess*, Handbuch Strafverteidigung (2017) Rz 14.132; *Frank in Kneihls/Lienbacher*, BVG⁸ Art 65 Rz 42.

¹⁴ Art 142 Abs 5 B-VG; § 25 Abs 3 Übergangsgesetz 1920 BGBl 1925/368 idF BGBl I 2008/2; § 10 Heeresdisziplinar-gesetz 2014 BGBl I 2014/2 idF BGBl I 2020/16.

¹⁵ *Grabenwarter/Frank*, Bundes-Verfassungsgesetz (2020) Art 65 Rz 14.

¹⁶ BVerfG 23.4.1969, 2 BvR 552/63.

¹⁷ *Hollaender*, AnwBl 2017, 709.

¹⁸ *Klecatsky*, JBl 1967, 451.

¹⁹ *Jerabek in Fuchs/Ratz*, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung (2016) § 507 Rz 1; *Klecatsky*, Gedanken zur Neugestaltung des Gnadenrechts, JBl 1968, 225 (225).

²⁰ *Jerabek in Fuchs/Ratz*, StPO § 507 Rz 1; *Klecatsky*, JBl 1968, 225.

Valide Zahlen zur Häufigkeit von Gnadenakten existieren – mangels umfassender statistischer Erfassung – nicht. Wie aus einer Anfragebeantwortung der Bundesministerin für Justiz *Alma Zadić* aus dem Jahr 2020 hervorgeht, kann als grober Richtwert die Zahl von derzeit ca 130 Begnadigungen ieS pro Kalenderjahr in Justizstrafsachen dienen.²¹ Die Abolition gelangt in der Praxis äußerst selten zur Anwendung (zum letzten Mal im Oktober 2002).²²

2.1. Rechtsnatur der Gnadenentschließung

Die Rechtsform der Gnadenentschließung ist im Einzelnen umstritten: Nach der einen Ansicht stellt sie einen verfassungsunmittelbaren normativen individuellen Verwaltungsakt (*sui generis*) dar,²³ nach der anderen ist sie als Bescheid zu qualifizieren.²⁴ Meines Erachtens ist der erstgenannten Meinung zu folgen, da nach der Rsp des VfGH für inhaltlich als Bescheid zu qualifizierende Erledigungen eine Anfechtungsmöglichkeit im administrativen Instanzenzug sichergestellt sein muss.²⁵ Rechtsschutz gegenüber Gnadenentscheidungen ist nicht gewährleistet.

2.2. Schranken des Begnadigungsrechts

2.2.1. Formale Schranken

Nach Art 67 Abs 1 B-VG dürfen alle Akte des der Bundespräsidenten_in, soweit nicht verfassungsrechtlich anderes bestimmt ist, nur auf Vorschlag der Bundesregierung oder des der von ihr ermächtigten Bundesministers_in erfolgen. Mangels abweichender Bestimmungen hat die Gnadenentschließung als gebundener Rechtsakt²⁶ einen Vorschlag als Voraussetzung. In der Praxis erfolgt die Erstattung der Gnadenvorschläge zum weitaus überwiegenden Teil durch den die Bundesminister_in für Justiz, der die (zuletzt) mit Beschluss der Bundesregierung vom 7.12.1993 dazu ermächtigt wurde.²⁷ Gnadenvorschläge der Bundesregierung kommen nur ausnahmsweise zum Tragen, etwa wenn der Sachverhalt außerhalb des Kompetenzbereichs des der Bundesministers_in für Justiz liegt.²⁸ Die Bindung an die Erstattung eines Vorschlags stellt eine nicht zu vernachlässigende Beschränkung der Gnadenkompetenz des der Bundespräsidenten_in dar, da ihm ihr dadurch einerseits die Mög-

21 Vgl Anfragebeantwortung 593/AB v 13.3.2020 zu 555/J (27.GP).

22 Vgl Anfragebeantwortung 11868/AB v 22.8.2012 zu 12072/J (24.GP).

23 *Jerabek* in *Fuchs/Ratz*, StPO § 507 Rz 7.

24 *Raschauer* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1. Lfg 1999) Art 65 Rz 64; *Muzak*, Bundesverfassungsrecht⁶ (2020) Art 65 Rz 5; *Klecatsky*, JBl 1967, 449; VwGH 10.9.1953, Z 1734/53.

25 VfSlg 11.590/1987.

26 *Berchtold*, Der Bundespräsident (1969) 148.

27 *Jerabek* in *Fuchs/Ratz*, StPO § 507 Rz 4.

28 Zu denken wäre hier etwa an Begnadigungen in Disziplinarverfahren gegen Heeresangehörige; *Jerabek* in *Fuchs/Ratz*, StPO § 507 Rz 5.

lichkeit zur Initiative entzogen und andererseits Inhalt und Umfang des Gnadenakts vorgegeben ist. Der *die Bundespräsident_in* ist nur zur Annahme oder Ablehnung, nicht aber zur Abänderung des Gnadenvorschlags berechtigt.²⁹

Gem Art 67 Abs 2 B-VG bedarf die Gnadenentschließung zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung durch den *die Bundeskanzler_in* oder zuständigen *zuständige Bundesminister_in*, wobei sich die Zuständigkeit des *der Bundesministers_in* aus der einfachgesetzlich festgelegten Ressortverteilung ergibt.³⁰ Erst durch die Gegenzeichnung tritt der Rechtsakt in rechtliche Existenz.³¹ Weiters darf die Begnadigung nur in Einzelfällen erfolgen, da generelle Gnadenakte wegen gerichtlich strafbarer Handlungen (Amnestien) der Bundesgesetzgebung vorbehalten sind.³²

Eine Sonderbestimmung für den Bereich der Staatsgerichtsbarkeit stellt Art 142 Abs 5 B-VG dar, der das Begnadigungsrecht an einen Antrag des Vertretungskörpers oder der Bundesregierung, von dem bzw der die Anklage beschlossen wurde, bindet. In allen Fällen der Staatsgerichtsbarkeit bedarf es zudem der Zustimmung des *der Angeklagten*, die ansonsten nicht erforderlich ist.³³

Abgesehen davon bestehen für den *die Bundespräsidenten_in* in verfahrensrechtlicher Hinsicht keinerlei Vorgaben.³⁴ Die StPO regelt zwar im 26. Hauptstück in den §§ 507–513 das Verfahren zur Erstattung von Gnadenvorschlägen, jedoch beziehen sich diese Bestimmungen ausschließlich auf das jeweils vorschlagende Organ und darüber hinaus nur auf die Begnadigung i.e.S. Als besonders problematisch erweist sich, dass das B-VG keine Ausschluss- oder Befangenheitsgründe des vorschlagenden Organs bzw des *der Bundespräsidenten_in* kennt. Daher ist im Gegensatz zum Strafverfahren die Objektivität des Gnadenverfahrens nicht gewährleistet.

2.2.2. Materielle Schranken?

Hinsichtlich der Frage, ob das Begnadigungsrecht inhaltlichen Beschränkungen unterworfen ist, lassen sich zwei unterschiedliche Positionen herausarbeiten: das Gnadenverständnis der Rechtsfreiheit und jenes der Rechtsbindung.³⁵ Das Gnadenverständnis der Rechtsfreiheit lässt sich mit der historischen Entwicklung des Instituts des Begnadigungsrechts erklären. Ursprünglich kam dem *der absolut regierenden Monarchen_in* als höchstem *höchster Richter_in* das Recht zu, jede Gerichtsentscheidung durch einen eigenen Akt zu ersetzen.³⁶ Aus dieser Perspektive betrachtet erscheint das Gnadenrecht als Ausfluss abso-

²⁹ *Berchtold*, Bundespräsident 149.

³⁰ Im Regelfall ist daher der *die Bundesminister_in* für Justiz zur Gegenzeichnung berufen; *Frank* in *Kneibls/Lienbacher*, B-VG⁸ Art 67 Rz 16.

³¹ *Berchtold*, Bundespräsident 154.

³² Vgl Art 93 B-VG.

³³ *Fabrizy/Kirchbacher*, StPO¹⁴ § 507 Rz 2/1.

³⁴ *Raschauer* in *Korinek/Holoubek*, B-VG Art 65 Rz 64.

³⁵ *Blaich*, System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts (2021) 40 ff.

³⁶ *Jerabek* in *Fuchs/Ratz*, StPO § 507 Rz 1.

luter Macht, dem in inhaltlicher Hinsicht keinerlei Grenzen gesetzt sind.³⁷ Dem moderneren Gnadenverständnis der Rechtsbindung liegt hingegen die Prämisse zugrunde, dass das Gnadenrecht durch den (verfassungs)gesetzlichen Rahmen beschränkt ist.³⁸

Die österreichische Rechtsordnung enthält in materieller Hinsicht keine konkreten (einfachgesetzlichen) Vorgaben für die Ausübung des Begnadigungsrechts. Der Gesetzgeber erachtet das Gnadenrecht sogar „schon seinem Wesen nach einer inhaltlichen Determinierung für nicht zugänglich“.³⁹ In der Praxis hat das Bundesministerium für Justiz in Abstimmung mit dem_der Bundespräsidenten_in zwar zum Teil Richtlinien⁴⁰ zur Handhabung des Gnadenwesens erlassen, an die allerdings weder der_die vorschlagende Bundesminister_in noch der_die Bundespräsident_in rechtlich gebunden sind.⁴¹ Nach der Rsp steht die Ausübung des Gnadenrechts im freien Ermessen des_der Bundespräsidenten_in.⁴² Wobei darauf hinzuweisen ist, dass auch freies Ermessen grundsätzlich nur iSd Gesetzes auszuüben und nicht mit Willkür gleichzusetzen ist.⁴³

In Ermangelung an expliziten Vorgaben kann eine nähere Determinierung der materiellen Grenzen nur durch Rückgriff auf allgemeine verfassungsrechtliche Grundsätze erfolgen. Aus dem Gleichheitssatz des Art 7 B-VG werden das allgemeine verfassungsrechtliche Sachlichkeitsgebot und das Willkürverbot abgeleitet, die für jedes Verwaltungshandeln – sohin auch für die Ausübung des Begnadigungsrechts – verbindlich sind.⁴⁴ Doch an welchen Kriterien lässt sich die sachliche Rechtfertigung bzw die Willkür einer Gnadenentscheidung im Einzelfall festmachen?

Nach Meinung des Autors lässt sich auf diese Frage keine befriedigende Antwort geben, da die Gnade ihrer Konzeption nach einen rechtlich nicht vollends greifbaren Vorgang darstellt, dem stets ein willkürliches Element immanent ist. Eine rational begründete Grenzziehung zwischen inhaltlich zulässigem und verpönten Gnadenakt droht daher zur unlösbaren Aufgabe zu werden. In der Literatur wird dieses Problem zT mit der Rechtsansicht umgangen, dass der_die Bundespräsident_in bei der Auswahl der für die Gnadenentscheidung ausschlaggebenden Kriterien frei sein solle,⁴⁵ wodurch die Forderung nach einer Rechtsbindung aber im Grunde negiert wird.

Meines Erachtens lässt sich der zulässige Inhalt eines Gnadenaktes nicht auf abstrakte Weise beschreiben, woraus aber nicht gefolgert werden kann, dass jeglicher Inhalt zulässig wäre. Meiner Meinung nach wäre darauf abzustellen, ob die vom_von der Bundespräsidenten_in verfolgten Motive von der Verfassung ge- oder zumindest nicht miss-

37 *Fabrizy/Kirchbacher*, StPO¹⁴ § 507 Rz 2; *Berchtold*, Bundespräsident 282.

38 *Blaich*, System und Ausgestaltung des Gnadenrechts 42; *Raschauer* in *Korinek/Holoubek*, B-VG Art 65 Rz 64.

39 ErläutRV 1280 BlgNR 18. GP 4 f.

40 ZB Erlass des BMJ zur Durchführung der Weihnachtsbegnadigung vom 1.10.2010, BMJ-4738S/4/IV 7/2010, JABl 2010/31.

41 *Frank* in *Kneihls/Lienbacher*, B-VG⁸ Art 65 Rz 43.

42 OGH 15.11.1977, 11 Os 165/77; VwGH 24.2.1951, Z 2394/50.

43 VfSlg 2.602/1952.

44 *Raschauer* in *Korinek/Holoubek*, B-VG Art 65 Rz 64; *Berka* in *Kneihls/Lienbacher*, B-VG⁸ Art 7 Rz 33.

45 *Frank* in *Kneihls/Lienbacher*, B-VG⁸ Art 65 Rz 43.

billigt werden.⁴⁶ So könnte argumentiert werden, dass ein Gnadenerweis, der mit Privilegierungsabsicht auf die verpönten Differenzierungsmerkmale des Art 7 Abs 1 2. Satz B-VG (Geschlecht, Bekenntnis, etc) abstellt,⁴⁷ oder aus persönlichen Motiven (etwa aufgrund eines Naheverhältnisses) gewährt wird, gleichheits- und damit verfassungswidrig wäre. Ebenso wäre ein Gnadenerweis aufgrund politischer Erwägungen – da politische Gründe in einem Rechtsstaat nicht das Verwaltungshandeln bestimmen dürfen – als verfassungswidrig zu beurteilen. Aber auch diesem Lösungsvorschlag gelingt die Quadratur des Kreises nicht. Über die konkreten Erwägungen des_der Bundespräsidenten_in kann oftmals nur gemutmaßt werden, da Gnadenentscheidungen nicht zu begründen sind.⁴⁸ Ohne Begründung wäre ein Gnadenakt mit der dargestellten Methode nicht auf seine materielle Verfassungsmäßigkeit überprüfbar.

2.3. Sonderfall Selbstbegnadigung

Aus Art 142 Abs 5 B-VG, der die Ausübung des Gnadenrechts im Bereich der Staatsgerichtbarkeit regelt, geht eindeutig hervor, dass insb auch die Begnadigung höchster Staatsorgane erlaubt ist. Sogar für den Fall der Anklage des_der Bundespräsidenten_in scheint Art 142 Abs 5 B-VG keine Ausnahme zu machen. Aufgrund der Überlegung, dass sich der_die Bundespräsident_in die geforderte Zustimmung zur Begnadigung selbst erteilen könne, wird auch die Selbstbegnadigung für rechtlich zulässig erachtet.⁴⁹ Diese Rechtsansicht wird auch durch eine historische Interpretation gestützt: Der Abs 5 des Art 142 B-VG wurde mit der Novelle vom 30.7.1925⁵⁰ in das B-VG eingefügt. In der damals geltenden Fassung war hinsichtlich des Zustimmungserfordernisses von bestimmten, ziffernmäßig angeführten Fällen – darunter auch jener der Anklage des_der Bundespräsidenten_in – die Rede.⁵¹ Daher sah der Verfassungsgesetzgeber die Möglichkeit einer Selbstbegnadigung im Bereich der Staatsgerichtsbarkeit ausdrücklich vor. Konsequenterweise ist daraus der Schluss zu ziehen, dass die Selbstbegnadigung auch in Justizstrafsachen rechtlich zulässig sein dürfte, da dem B-VG kein Anhaltspunkt zu entnehmen ist, der eine divergierende Beurteilung der beiden Bereiche in dieser Frage nahelegt.

Zu hinterfragen ist, wie dieses Auslegungsergebnis mit dem zentralen Grundgedanken des verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzips, dass die Verfahrensführung und -erledigung von einem_einer objektiv und unvoreingenommen agierenden, an der Sache un-

46 BVerfG 23.4.1969, 2 BvR 552/63 (dissenting opinion).

47 Berka in *Kneibls/Lienbacher*, B-VG⁸ Art 7 Rz 30.

48 Jerabek in *Fuchs/Ratz*, StPO § 507 Rz 7.

49 Berchtold, Bundespräsident 290; *Kneibls/Lienbacher* in *Korinek/Holoubek*, B-VG Art 142 Rz 64; *Holzinger/Frank* in *Kneibls/Lienbacher*, B-VG⁸ Art 142 Rz 17.

50 B-VG Novelle 30.7.1925 BGBl 1925/268.

51 ErläutRV 327 BlgNR 2. GP 6 und 12.

beteiligten Entscheidungsträger_in erfolgen muss,⁵² in Einklang zu bringen ist. Die Selbstbegnadigung würde den Grundsatz, dass niemand Richter_in „in eigener Sache“ sein kann (*nemo iudex in causa sua*), verletzen, und damit dem rechtsstaatlichen Prinzip eindeutig widersprechen.⁵³

3. Rechtsschutz iwS

In diesem Kapitel soll untersucht werden, ob die Ausübung des Begnadigungsrechts einer – wie auch immer gearteten – Kontrolle unterworfen ist.

3.1. Gerichtliche Kontrolle des Gnadenakts

Weder die Gnadenentschließung, die Ablehnung der Begnadigung noch die Entscheidung über die Vorlage eines Gnadenvorschlages ist einer Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte, die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts oder die ordentlichen Gerichte zugänglich.⁵⁴ Begründet wird die Verneinung der Justiziabilität von Gnadenentscheidungen im Wesentlichen damit, dass ein_eine Gnadenwerber_in – in Ermangelung eines subjektiven Rechts auf einen Gnadenakt – nicht in subjektiven Rechten verletzt sein kann. Abgesehen davon würde die Anfechtung von Gnadenentschließungen mit einem Problem des Rechtsschutzinteresses einhergehen: Der_die Gnadenträger_in hätte weder ein faktisches noch ein rechtliches Interesse (Beschwer) an der gerichtlichen Überprüfung der ihn_sie begünstigenden Gnadenentschließung. Ein Organ, das zur Anfechtung von Gnadenentschließungen etwa vor den Verwaltungsgerichten bzw in weiterer Folge vor dem VwGH berufen wäre (zB in Form einer Amtspartei nach Art 132 Abs 4 B-VG), ist gesetzlich nicht vorgesehen. Sollte sich der_die Bundespräsident_in über die dargestellten materiellen Vorgaben hinwegsetzen, gäbe es daher keine Möglichkeit, den (verfassungswidrigen) Gnadenakt aus dem Rechtsbestand zu entfernen.

3.2. Absolute Nichtigkeit des Gnadenakts

Unabhängig von einer gerichtlichen Kontrolle ist zu erwägen, ob ein Gnadenakt bei besonders schwerwiegenden Mängeln als absolut nichtig qualifiziert werden könnte; für die Strafvollzugs- bzw Strafverfolgungsbehörden würde ein solcher *Nicht-Akt* keinerlei rechtliche Wirkung entfalten.⁵⁵ Von einer absoluten Nichtigkeit eines Verwaltungsakts kann nach der Rsp des VwGH nur dann ausgegangen werden, wenn der Fehler außer-

52 *Raschauer in Raschauer/Wesely*, Kommentar zum VwGVG (2018) § 6 Rz 1.

53 *Storr in Kneibls/Lienbacher*, B-VG⁸ Art 87 Rz 12.

54 OGH 15.11.1977, 11 Os 165/77; BVwG 1.7.2015, W195 2107784-1/5E; VwGH 26.10.1949, ZI 470/49; 24.2.1951, Z 2394/50; 31.5.1951, Z 871/49; 19.5.1994, 94/19/0085; 25.11.1994, 94/19/0945; 14.9.1994, 94/12/0191; VfSlg 3.459/1958; 11.242/1987; 12.304/1990.

55 *Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 194.

halb des von der Rechtsordnung normierten Fehlerkalküls liegt.⁵⁶ Dies ist nur bei besonders schweren, offenkundigen und formalen Mängeln der Fall.⁵⁷

Somit könnte nur im Falle der Nichteinhaltung der formalen Vorgaben des B-VG mit dem Vorliegen einer absolut nichtigen Gnadenentschließung argumentiert werden, zB wenn die Gnadenentschließung ohne Vorschlag eines zuständigen Organs⁵⁸ oder ohne die erforderliche Gegenzeichnung erginge⁵⁹ bzw der Vorschlag selbst als absolut nichtig anzusehen wäre (etwa im Falle einer fehlerhaften Beschlussfassung durch die Bundesregierung).⁶⁰ Hingegen würde meines Erachtens ein Verstoß gegen die dargestellten materiellen Vorgaben die Gültigkeit des Gnadenaktes nicht tangieren.

3.3. Verantwortlichkeit des_der Bundespräsidenten_in

3.3.1. Rechtliche Verantwortlichkeit

Der_die Bundespräsident_in kann nach Art 142 Abs 2 lit a B-VG für die durch seine_ihre Amtstätigkeit erfolgte schuldhafte Rechtsverletzung der Bundesverfassung zur Verantwortung gezogen werden.⁶¹ Mit einer Anklage vor dem VfGH könnte der Versuch unternommen werden, die Handhabung des Begnadigungsrechts zu relevieren, wodurch es zumindest mittelbar zu einer Überprüfung des betreffenden Gnadenakts käme. Zur Anklageerhebung wäre ein Beschluss der Bundesversammlung erforderlich, der mit einer Anwesenheit von mehr als der Hälfte der Mitglieder (je des National- und Bundesrats) und einer Zustimmung von zwei Dritteln (der gesamt abgegebenen Stimmen) zu fassen wäre.⁶²

In der Literatur wird vertreten, dass der VfGH auch überprüfen könnte, ob vom Begnadigungsrecht in willkürlicher Weise Gebrauch gemacht wurde.⁶³ Für eine Verurteilung müsste allerdings eine schuldhafte, zumindest leicht fahrlässige⁶⁴ Rechtsverletzung vorliegen, die angesichts der nicht eindeutigen Verfassungslage wohl schwierig zu begründen wäre. Meines Erachtens dürfte eine Verurteilung des_der Bundespräsidenten_in zumindest in jenen Fällen in Betracht kommen, in denen der Gnadenakt den formalen Vorgaben des B-VG nicht genügt. Die Rechtskraft des jeweiligen Gnadenakts bliebe von einer allfälligen Verurteilung des_der Bundespräsidenten_in im Übrigen unberührt.

⁵⁶ VwGH 29.6.2000, 97/07/0160.

⁵⁷ Winkler, Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten (1960) 32.

⁵⁸ Raschauer in Korinek/Holoubek, B-VG Art 67 Rz 22.

⁵⁹ Raschauer in Korinek/Holoubek, B-VG Art 67 Rz 37; Berchtold, Bundespräsident 154.

⁶⁰ Raschauer in Korinek/Holoubek, B-VG Art 67 Rz 22.

⁶¹ Adamovich, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts⁶ (1971) 465.

⁶² Adamovich, Österreichisches Verfassungsrecht⁶ 466.

⁶³ Frank in Kneibls/Lienbacher, B-VG⁸ Art 65 Rz 4.

⁶⁴ Atzwanger, Die Ministeranklage gemäß Art 142 und 143 B-VG, ÖJZ 1983, 37 (41).

3.3.2. Politische Verantwortlichkeit

Gem Art 60 Abs 6 B-VG kann der_{die Bundespräsident_in} vor Ablauf der Funktionsperiode durch Volksabstimmung abgesetzt werden. Hierzu bedarf es keiner bestimmten Gründe, so kommen etwa Verletzungen der Verfassung, politische Entscheidungen oder jeder andere erdenkliche Grund in Frage.⁶⁵ Durch die Geltendmachung der politischen Verantwortlichkeit des_{der Bundespräsidenten_in} könnte die Handhabung des Begnadigungsrechts in formaler als auch in inhaltlicher Hinsicht sanktioniert werden. Jedoch sieht das B-VG erschwerte Voraussetzungen für die Absetzung des_{der Bundespräsidenten_in} vor: Zunächst wäre ein Nationalratsbeschluss mit der Anwesenheit von mind der Hälfte der Mitglieder und einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen, danach ein Beschluss der Bundesversammlung mit der Anwesenheit von mind einem Drittel der Mitglieder und einer einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen, und schließlich eine Mehrheit bei der durchzuführenden Volksabstimmung erforderlich. Die Geltendmachung der politischen Verantwortlichkeit könnte überdies keine Abhilfe schaffen, wenn der_{die Bundespräsident_in} kurz vor Ende der Amtszeit – wie zB von *Trump* intendiert – die Gnadenakte setzen würde. Ebenfalls bliebe die Gültigkeit des jeweiligen Gnadenakts von der Absetzung des_{der Bundespräsidenten_in} unberührt.

3.4. Sonstiges

Auch die Misstandskontrolle der Volksanwaltschaft über das Gnadenwesen⁶⁶ vermag die aufgezeigte Rechtsschutzlücke nicht zu schließen, da die Feststellung eines Misstands nur in einer rechtlich nicht bindenden Empfehlung mündet.⁶⁷ Amtshaftungsansprüche aufgrund fehlerhafter Gnadenentscheidungen wären grundsätzlich denkbar, werden im Regelfall schon in Ermangelung eines_{einer} Geschädigten auszuschließen sein. Abgesehen davon müsste den_{die Bundespräsidenten_in} der Vorwurf eines rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens iSd § 1 Abs 1 AHG⁶⁸ treffen, der, wie bereits zur rechtlichen Verantwortlichkeit des_{der Bundespräsidenten_in} angemerkt wurde, mit erheblichen Argumentationsschwierigkeiten verbunden wäre.

4. Fazit und Ausblick

Das Begnadigungsrecht des_{der Bundespräsidenten_in} ist wenigen formalen Beschränkungen unterworfen, wobei die Bindung an die Erstattung eines Vorschlags die Ausübung des Begnadigungsrechts (auch) in inhaltlich missbräuchlicher Weise erschwert. Ob bzw welche verfassungsrechtlichen Vorgaben in materieller Hinsicht bei der Handhabung des

⁶⁵ *Berchtold*, Bundespräsident 96.

⁶⁶ *Klecatsky* in FS Kojas 277 ff.

⁶⁷ *Grabenwarter/Frank*, B-VG Art 148c Rz 2.

⁶⁸ Amtshaftungsgesetz BGBl 1949/20 idF BGBl I 2013/122.

Gnadenwesens bestehen, ist nicht abschließend geklärt und bedarf weiterer Untersuchung. Gesichert erscheint nur, dass die Gnadenentschließung in materieller Hinsicht grundsätzlich eine freie Ermessenentscheidung des_der Bundespräsidenten_in ist, die keiner nachprüfenden Kontrolle unterliegt.

Der gegenständliche Beitrag konnte aufzeigen, dass sich die bereits in der Einleitung angedeuteten rechtsstaatlichen Bedenken am Begnadigungsrecht des_der Bundespräsidenten_in auch bei näherer Betrachtung des verfassungsrechtlichen Rahmens, insb aufgrund der dargelegten Rechtsschutzlücke, als berechtigt erweisen. Ein_eine Bundespräsident_in, der_die das Begnadigungsrecht zu eigenen (strafpolitischen) Zwecken missbrauchen würde, hätte – abgesehen von der Geltendmachung der politischen und (uU) der rechtlichen Verantwortlichkeit, die beide an einen entsprechenden politischen Willen der Mitglieder der Bundesversammlung bzw des Wahlvolks geknüpft wären – keine ernstzunehmenden Konsequenzen zu befürchten.

An Ideen zur Reformierung des Begnadigungsrechts in Richtung einer „Verrechtlichung der Gnade“⁶⁹ mangelt es nicht. So könnte die gesamte Gnadenkompetenz oder zumindest das Vorschlagsrecht dem erkennenden Strafgericht, einer besonderen gerichtlichen Gnadeninstanz oder nach dem Vorbild der Schweiz der Legislative übertragen werden.⁷⁰ Denkbar wäre auch die Einräumung eines mittelbaren Vorschlagsrechts der gerichtlichen Gnadeninstanz, sodass das vorschlagende Organ selbst nur auf Grundlage eines Vorschlags tätig werden könnte.⁷¹ Auch inhaltliche Vorgaben (etwa näher genannte Gnadengründe oder Kriterien für die Gnadenwürdigkeit) könnten gesetzlich verankert werden.⁷² Selbstverständlich wäre zur Umsetzung dieser Reformideen eine verfassungsrechtliche Grundlage erforderlich. Meines Erachtens ist idZ die Abschaffung des Abolitionsrechts die wichtigste rechtspolitische Forderung, da dieses Instrument nicht erst die Folgen einer strafgerichtlichen Verurteilung außer Kraft setzt, sondern bereits die Feststellung und Aufklärung des strafbaren Verhaltens vereiteln kann. Zudem gelangt das Abolitionsrecht ohnedies (dzt) nicht mehr zur Anwendung und ist daher mit keinem Nutzen zu rechtfertigen. Ein Blick in die deutsche Rechtsordnung zeigt, dass ein moderner Rechtsstaat auch gänzlich ohne Abolitionsfunktion auskommt.⁷³

Abschließend bleibt zu konstatieren, dass die bislang rechtsstaatskonforme Handhabung des Gnadenwesens in Österreich nicht auf den rechtlichen Vorkehrungen des Verfassungsgesetzgebers fußt, sondern der Sphäre der faktischen und jederzeit änderbaren Verfassungswirklichkeit entspringt.

Mag. Julian Lehmann arbeitet als Prokuraturanwaltsanwärter bei der Finanzprokuratur; julian.lehmann@gmx.at

69 BVerfG 23.4.1969, 2 BvR 552/63.

70 Klecatsky, JBl 1967, 451; Art 381 lit a Schweizerisches Strafgesetzbuch v 21.12.1937 idF 1.7.2020.

71 Klecatsky, JBl 1968, 231–232.

72 Klecatsky, JBl 1968, 231.

73 Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht³ (2017) 361; Blaich, System und Ausgestaltung des Gnadenrechts 25.

Über die Zulässigkeit der Ausübung von Sexarbeit zeitgleich mit einem gesetzlich geregelten Gesundheitsberuf im psychosozialen Kontext

Sara Plimon-Rohm

1. Hintergrund

Sexarbeit wurde lange Zeit als verpönt und anrüchig von der Gesellschaft angesehen. Obwohl es in den letzten Jahren kein generelles gesetzliches Verbot gegen die Ausübung von Sexarbeit in Österreich gab, klassifizierte der OGH „Prostitution“ jahrelang als sittenwidrig. Auch heute kommt es bei dem Thema oft zu einer Überschneidung von Moral, Ethik und Rechten iSd Rechtsordnung.

Es stellt sich die Frage, ob es für Berufsangehörige der gesetzlich geregelten Gesundheitsberufe im psychosozialen Bereich (insb Ärzt*innen, Musiktherapeut*innen, Gesundheitspsycholog*innen, Klinischen Psycholog*innen, Psycholog*innen, Psychotherapeut*innen) möglich sein kann, neben einer Tätigkeit in diesen Gesundheitsberufen als Sexarbeiter*innen zu arbeiten bzw umgekehrt, ob Sexarbeiter*innen diese Beschäftigung zwingend aufgeben müssen, wenn sie einen der genannten Berufe ausüben möchten und die gesetzlich vorgeschriebene Ausbildung absolviert haben.

Sexarbeit wird in Folge als das Erbringen von sexuellen Dienstleistungen, die eine Form von Erwerbstätigkeit und Existenzsicherung sind und von Sexarbeiter*innen und Sexdienstleister*innen erbracht werden, verstanden.¹

Im Unterschied zu Deutschland gibt es in Österreich kein bundesweites Prostitutionsgesetz.² Bis zum Inkrafttreten des deutschen Prostitutionsgesetzes 2001 wurde Prostitution in Deutschland ebenfalls als sittenwidrig angesehen (vgl § 138 Abs 1 BGB³; § 1 deutsches ProstG⁴). Kein Argument spricht gegen die grundsätzliche Einordnung von Sexarbeit als bezahlte Dienstleistung und Arbeit, da jede Art von Tätigkeit für andere, unabhängig von dem Gegenstand der Arbeitsleistung, entweder selbstständig oder unselbst-

1 Amesberger, Sexarbeit in Österreich (2014) 16.

2 Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG) v 20.12.2001 BGBl I 3983. Aufgrund der Zuständigkeit der Länder in der Gesetzgebung gibt es in Österreich in jedem Bundesland ein spezifisches Gesetz – s etwa Gesetz, mit dem die Prostitution in Wien geregelt wird (Wiener Prostitutionsgesetz 2011 – WPG 2011) LGBl 2011/24.

3 Bürgerliches Gesetzbuch BGBl I S 42, 2909 idF BGBl I S 3256.

4 Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG) v 20.12.2001 BGBl I 3983.

ständig erbracht werden kann.⁵ Schon 1981 gewährte der OGH einer Prostituierten einen Anspruch auf Verdienstentgang nach einer erlittenen Körperverletzung.⁶

2. Sexarbeit und Sittenwidrigkeit

Lange Jahre hielt der OGH an der Rsp fest, dass Prostitution eine sittenwidrige Tätigkeit iSd § 879 Abs 1 ABGB sei, was den zugrundeliegenden Vertrag mit Nichtigkeit belastete und die gerichtliche Einforderung des Entgeltes verunmöglichte. Der OGH ging im Jahr 2012⁷ von seiner seit 1989 bestehenden Judikatur ab, wonach Entgeltforderungen aus Prostitutionsvereinbarungen wegen Sittenwidrigkeit nichtig waren und bejahte zum ersten Mal einen klagbaren Anspruch auf das Entgelt aus dem Prostitutionsvertrag. Die Vereinbarung zwischen einem*r Sexarbeiter*in und ihrem*r Kunden*in ist nunmehr nicht generell als sittenwidrig einzuordnen.⁸

Das Höchstgericht begründet die Entscheidung zunächst damit, dass Moralvorstellungen für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit nur insofern von Bedeutung seien, als sie in der Rechtsordnung ihren Niederschlag gefunden hätten. Der Rechtsordnung könne aber kein generelles Verbot der Prostitution entnommen werden. Im Übrigen würden landesgesetzliche Vorschriften eingehend die Rahmenbedingungen für die Ausübung der Prostitution regeln; deshalb ließen sich aus dem geltenden Recht keine Rückschlüsse auf dementsprechend ablehnende Moralvorstellungen ziehen. Ein weiteres Argument gegen die Sittenwidrigkeit sieht der OGH in Art 8 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und dem dadurch garantierten Recht auf sexuelle Selbstbestimmung. Später wurde § 768 Z 4 ABGB aF aufgehoben,⁹ wonach ein Kind enterbt werden konnte, „wenn es eine gegen die öffentliche Sittlichkeit anstößige Lebensart beharrlich führt.“

Schon vor der Judikaturwende wurde etwa von *Schoditsch* vertreten, dass bei der Klassifikation der Prostitution als sittenwidrig nicht ungeachtet bleiben darf, dass § 879 Abs 1 ABGB im Jahr 1916 eingeführt wurde, und bedacht werden muss, dass die Weltanschauung der Gesellschaft sich im Vergleich zu der damaligen durch die Monarchie und Kirche geprägten Ansichten sehr geändert hat.¹⁰ Daher seien im Rahmen der Abwägung keine außerrechtlichen Aspekte, sondern nur die gesetzlich positivierten Interessen zu berücksichtigen.¹¹

Anzumerken ist jedoch, dass der OGH 2014¹² die Auffassung vertreten hat, dass der Vorwurf der Ausübung von Sexarbeit geeignet sei, eine Person in der öffentlichen Mei-

5 *Kietaibl*, Arbeitsrecht I 19. *Krömer*, Kann Sex Arbeit sein? DRdA 2016, 101. Unter Arbeit wird hierbei die entgeltliche Erbringung von Dienstleistungen für jemand anderen verstanden (§§ 1151 f ABGB).

6 OGH 12.5.1981, 2 Ob 62/81 = SZ 54/70.

7 OGH 18.4.2012, 3 Ob 45/12g.

8 *Klausberger*, Contra bonos mores? Zur Sittenwidrigkeit sexueller Handlungen gegen Entgelt, NZ 2014, 152.

9 Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 – ErbRÄG 2015 BGBl I 2015/87.

10 *Schoditsch*, Zivilrecht und Prostitutionsverhältnisse, ÖJZ 2013/5, 53 f.

11 *Schoditsch*, Zivilrecht und Prostitutionsverhältnisse, ÖJZ 2013/5, 54.

12 OGH 23.1.2014, 12 Os 90/13x.

nung herabzusetzen. Dieser Vorwurf sei folglich ehrenrührig und ein taugliches Drohmittel einer gefährlichen Drohung iSv § 74 Abs 1 Z 5 Strafgesetzbuch (StGB),¹³ wobei das Gesagte vor dem spezifischen Hintergrund des Tatbestandes der geschlechtlichen Nötigung gemäß § 202 StGB zu sehen ist. Sexarbeit ist zwar seit bald 10 Jahren nicht mehr grundsätzlich sittenwidrig, die Öffentlichmachung der Ausübung kann jedoch weiterhin als Mittel eingesetzt werden, um jemanden bloßzustellen.

3. Zu den Gesundheitsberufen

3.1. Ärztegesetz 1998

Grundsätzlich muss zwischen den Voraussetzungen zur Berufsausübung, dem Zugang zum jeweiligen Beruf, und der „vertrauenswürdigen“ Ausübung dieses spezifischen Berufes unterscheiden werden. Dem Gesetz nach reicht für den Berufszugang aus, dass in der Strafregisterbescheinigung keine relevante Verurteilung aufscheint. Vor dem Beginn der Berufsausübung werden andere Bereiche der Lebensführung, die als potentiell den Berufsstand schädigend angesehen werden können (aktuell etwa eine Positionierung zum Thema Impfen), nicht miteinbezogen und der Berufszugang ist bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen zu ermöglichen.

Ein Erfordernis zur Berufsausübung der selbständigen Ausübung des ärztlichen Berufes als approbierte*r Ärzt*in, als Ärzt*in für Allgemeinmedizin oder als Fachärzt*in ist gem § 4 ÄrzteG 1998¹⁴ unter anderem die zur Erfüllung der Berufspflichten erforderliche Vertrauenswürdigkeit. Der Nachweis der Vertrauenswürdigkeit ist vom*n Eintragungswerber*in durch eine Strafregisterbescheinigung oder einen vergleichbaren Nachweis des Heimat- oder Herkunftsstaates zu erbringen.¹⁵ Jedenfalls notwendig bei der Ausübung der ärztlichen Tätigkeit ist eine Berufsausübung *lege artis*.¹⁶

§ 59 ÄrzteG 1998 regelt das Erlöschen und Ruhen der Berechtigung zur Berufsausübung sowie die Streichung aus der Ärzt*innenliste. Der*Die Präsident*in der Österreichischen Ärztekammer kann bei einer Beeinträchtigung der gesundheitlichen Eignung oder Vertrauenswürdigkeit zum Zweck der Sicherstellung der Erfüllung der Berufspflichten mit Bescheid Auflagen, Bedingungen oder Befristungen vorschreiben.¹⁷ Werden die vorgeschriebenen Auflagen, Bedingungen oder Befristungen ungerechtfertigt nicht erfüllt, so führt dies zum Wegfall der gesundheitlichen Eignung oder Vertrauenswürdigkeit. Die Vertrauenswürdigkeit ist keine allgemeine Beurteilung, sondern „die konkrete Befürchtung, der Arzt werde seinen Beruf (im Hinblick auf Patienten, Krankenversicherungsträ-

13 OGH 23.01.2014, 12 Os 90/13xEvBl 2014/48 = JBl 2014, 336 (*Schmoller*).

14 Ärztegesetz 1998 (ÄrzteG 1998) BGBl I 1998/169 idF BGBl I 2021/172.

15 § 27 Abs 5 ÄrzteG 1998.

16 *Neumayr in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht II.5 (Stand 1.3.2015, rdb.at)

17 Diese Ausführungen bleiben unabhängig von der aktuellen Jud des VfGH zur Aufhebung einzelner Bestimmungen des ÄrzteG 1998 (vgl VfGH 13.3.2019, G 242/2018 ua).

ger usw) nicht ordnungsgemäß ausüben.“¹⁸ Die Nichtzulassung soll keine Sanktion sein, sondern präventiv Gefährdungen der Patient*innen und somit der Allgemeinheit verhindern.

Die Erläuterungen zum Entwurf der Stammfassung des ÄrzteG 1998 (BGBl I 169/1998) gehen nicht umfassend auf die Frage der Vertrauenswürdigkeit ein. Für die Eintragung in die Ärzt*innenliste musste nach dem Ärztegesetz 1984¹⁹ die Vertrauenswürdigkeit nachgewiesen werden. Diese sei jedenfalls dann nicht gegeben, wenn einer der im Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz²⁰ angeführten Gründe nach § 343 Abs 2 Z 4, Z 5 und Z 6 vorlag: Eine rechtskräftige Verurteilung der Vertragsärzt*in, eine im Zusammenhang mit der Ausübung des ärztlichen Berufes wegen groben Verschuldens strafgerichtlichen rechtskräftigen Verurteilung oder ein wiederholtes rechtskräftiges zivilgerichtliches Urteil, in welchem ein Verschulden der Vertragsärzt*in im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer vertragsärztlichen Tätigkeit festgestellt wurde.²¹

Zu § 142 ÄrzteG 1998 führen die Erläuterungen aus, dass durch eine Verurteilung wegen vorsätzlich begangener Delikte zu einer Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten das Ansehen der Ärzt*innenschaft mitunter aufs Ärgste beeinträchtigt werden könne. Ausführungen zu dem unbestimmten Gesetzesbegriff des Standesansehens an sich sind dabei nicht zu finden.

Laut Judikatur des Verwaltungsgerichts (VwG) Wien ist in Bezug auf ärztliche Disziplinarvergehen das von § 136 Abs 1 Z 1 ÄrzteG 1998 erfasste Schutzgut das Ansehen des Ärzt*innenstandes. Dieses Schutzgut kann aber, vom unmittelbaren Angriff auf die Ärzt*innenschaft abgesehen, nur dann verletzt werden, wenn erkennbar war, dass die*der Täter*in dem Kreis der Ärzt*innenschaft angehört.²² Denkt man diesen Gedanken weiter, kommt man zu dem Schluss, dass ein*e Sexarbeiter*in, die keine Andeutungen macht, ebenfalls Ärzt*in zu sein (eventuell Ausübung der Sexarbeit unter einem anderen Namen oä) und somit nicht erkennbar dem Kreis der Ärzt*innenschaft angehört, das Schutzgut des Ansehen des Ärzt*innenstandes nicht verletzen kann. Werden beide Tätigkeiten offen ausgeübt, wäre wiederum die Frage der Sittenwidrigkeit von Sexarbeit im Hinblick auf Verletzung des Standesansehens der Ärzt*innenschaft zu prüfen. Persönlich sehe ich, bei Einhaltung der Rollenklarheit und -trennung, also wenn es zu keiner Überschneidung zwischen Patient*innen und Klient*innen in derselben Person kommt, keine Verletzung des Standesansehens sofern weiters die ärztliche Tätigkeit lege artis erbracht wird.²³

18 Wallner in Resch/Wallner, Medizinrecht² (2015) Rz 25.

19 § 27 Abs 3 ÄrzteG 1998 analog dem damals geltenden § 11a Abs 3 Ärztegesetz 1984.

20 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz BGBl 1955/189 idF BGBl I 2021/210; hier bezogen auf die Stammfassung.

21 Utudjian/Zahl in Neumayr/Resch/Wallner § 343 ASVG, Rz 16.

22 VwG Wien 31.3.2020, VGW-172/092/793/2020; VwG Wien 31.3.2020, VGW-172/V/092/794/2020.

23 Strenger der VwGH zum Standesansehen von Ärzt*innen „hat der Arzt nach dieser Vorschrift doch in seinem gesamten Verhalten und auch außerhalb der Ausübung seines Berufs auf die Wahrung des Standesansehens zu achten“ VwGH 25.11.2015, Ra 2015/09/0045.

3.2. Musiktherapiegesetz

§ 12 Abs 2 Z 2 iVm Abs 1 Musiktherapiegesetz²⁴ statuiert als allgemeine Voraussetzung für die eigenverantwortliche Berufsausübung der Musiktherapie ua ebenso die zur Erfüllung der Berufspflichten erforderliche Vertrauenswürdigkeit. Die Vertrauenswürdigkeit ist auch eine der allgemeinen Voraussetzungen für die mitverantwortliche Berufsausübung der Musiktherapie. § 27 MuthG normiert auch die Berufspflicht der Berufsausübung nach bestem Wissen und Gewissen am Stand der Wissenschaft.

Die Berechtigung zur Berufsausübung der Musiktherapie erlischt durch den Wegfall einer für die Berufsausübung der Musiktherapie erforderlichen Voraussetzung oder wenn hervor kommt, dass eine für die Berufsausübung der Musiktherapie erforderliche Voraussetzung schon ursprünglich nicht bestanden hat. Das Gesetz führt hierbei besondere Gründe für den Wegfall der Vertrauenswürdigkeit an; Hinweise auf das Standesansehen oder Nebenbeschäftigungen werden nicht erwähnt.

3.3. Psychologengesetz 2013

Das Psychologengesetz 2013²⁵ statuiert die Berufsausübung nach bestem Wissen und Gewissen am Stand der Wissenschaft in § 32 als eine der Berufspflichten der Gesundheitspsycholog*innen sowie Klinischen Psycholog*innen. Ein Hinweis auf die persönliche Lebensführung der Berufsangehörigen, Nebentätigkeiten oder Sittenbilder ist im Gesetzestext nicht zu finden.

Gemäß § 16 Abs 1 Z 4 Psychologengesetz 2013 sind die zur Erfüllung der Berufspflichten erforderliche somatische und psychische Eignung sowie Vertrauenswürdigkeit Voraussetzungen für die selbständige Berufsausübung der Gesundheitspsychologie.²⁶ Dem Antrag auf Eintragung in die Liste der Gesundheitspsycholog*innen ist zur Überprüfung dieser Voraussetzungen ein nicht älter als drei Monate altes Zeugnis einer Ärzt*in für Allgemeinmedizin als Nachweis der für die Erfüllung der Berufspflichten erforderlichen gesundheitlichen Eignung, sowie ein Nachweis der Vertrauenswürdigkeit durch Vorlage einer Strafregisterbescheinigung oder eines vergleichbaren Nachweises des Staates des letzten dauernden Aufenthalts zu erbringen, in der keine Verurteilung aufscheint, die eine verlässliche Berufsausübung nicht erwarten lässt, beizugeben. Schon bei der erforderlichen Strafregisterbescheinigung stellt die Rechtsordnung primär auf jene Verurteilungen ab, die eine verlässliche Berufsausübung nicht erwarten lassen und geht nicht von vornherein davon aus, dass sämtliche Verurteilungen automatisch gegen eine verlässliche Berufsausübung sprechen.²⁷ Da sogar die Begehung von Delikten des Strafrechts unter Um-

24 Musiktherapiegesetz BGBl I 2008/93 idF BGBl I 2021/50.

25 Psychologengesetz 2013 BGBl I 2013/182 idF BGBl I 2019/105.

26 *Firlei in Neumayr/Resch/Wallner* § 16 PsychG 2013, Rz 4.

27 Alle aufscheinenden Verurteilungen werden iSe Gesamtschau der Persönlichkeit der*des Berufsangehörigen im Hinblick auf die Vertrauenswürdigkeit von der zuständigen Behörde geprüft. Bedenken gegen diese könnten etwa in einem fachlichen Gespräch mit der*dem behördlichen Amtssachverständigen ausgeräumt werden.

ständen nicht gegen die verlässliche Berufsausübung als Gesundheitspsycholog*in spricht, kann aus Sicht der Autorin die Ausübung der per se *nicht* gesetzlich verbotenen Sexarbeit nie automatisch zu einem Wegfall der Vertrauenswürdigkeit als Gesundheitspsycholog*in oder ebenso Klinische Psycholog*in führen.

Die Berechtigung zur Berufsausübung der Gesundheitspsychologie erlischt gem § 21 Abs 1 Psychologengesetz 2013 durch den Wegfall einer für die Berufsausübung der Gesundheitspsychologie erforderlichen Voraussetzung oder wenn hervorkommt, dass eine für die Berufsausübung der Gesundheitspsychologie erforderliche Voraussetzung schon ursprünglich nicht bestanden hat.

Die Vertrauenswürdigkeit fällt insb dann weg, wenn die Berufsangehörigen ihre Berufspflichten gröblich verletzt oder trotz Mahnung wiederholt gegen ihre Berufspflichten verstoßen haben und, sofern die Vertrauenswürdigkeit durch ein Verhalten nicht gänzlich beseitigt ist, keine geeigneten Maßnahmen getroffen haben, die für die Zukunft eine verlässliche Berufsausübung erwarten lassen.²⁸ Auch dieses Gesetz ist ähnlich strukturiert wie das ÄrzteG, es regelt aber sowohl den Berufszugang als auch das „Standesansehen in moderner Form“ unter demselben Begriff. Zu Beginn werden die Voraussetzungen für die Berufszugänge abgehandelt – hierfür müssen nur keine Verurteilungen nach dem Strafrecht vorliegen, nach dem Zugang zum Beruf müssen jedoch weitere Gesichtspunkte beachtet werden, um die Berufspflichten nicht zu verletzen.

3.4. Psychotherapiegesetz

In diesem Zusammenhang besonders hervorzuheben sind jene Voraussetzungen für die selbständige Ausübung der Psychotherapie, die in § 11 Z 4 Psychotherapiegesetz²⁹ festgelegt werden: die zur Erfüllung der Berufspflichten gesundheitliche Eignung und Vertrauenswürdigkeit sowie die für die Berufsausübung erforderlichen Kenntnisse der deutschen Sprache.³⁰ Als Nachweis für das Vorliegen der zur Berufsausübung notwendigen Vertrauenswürdigkeit ist eine aktuelle Strafregisterbescheinigung vorzuweisen.

Die Berufspflichten der Berufsangehörigen der Psychotherapie umfassen ein Arbeiten nach bestem Wissen und Gewissen am Stand der Wissenschaft. Ein konkreter Bezug zu potentiell berufsschädlichem Verhalten findet sich im Psychotherapiegesetz nicht.

3.5. Zwischenfazit

Keines der behandelten Berufsgesetze bezieht sich auf etwaige Nebenbeschäftigungen, genauso wenig bei anderen Gesundheitsberufen wie Hebammen oder der Gesundheits- und Krankenpflege. Bei einem möglichen Verbot von Nebenbeschäftigungen handelt es

28 § 21 PsychG 2013.

29 Psychotherapiegesetz (PThG) BGBl 1990/361 idF BGBl I 2020/23.

30 § 11 PThG.

sich um eine arbeitsrechtliche und nicht um eine berufsrechtliche Frage. Zu beleuchten gilt, ob durch die Ehrenrührigkeit oder sonstige „moralische“ Beurteilung von Sexarbeit ein Nebenbeschäftigungsverbot abgeleitet werden könnte. Obwohl die genannten Berufsgesetze im psychosozialen Kontext aufgrund der hohen Stellung sowie Ansehen des Berufes in der Gesellschaft und der Patient*innen-/ Klient*innensicherheit Zutrittsvoraussetzungen und genaue Berufspflichten statuieren, finden sich neben der Notwendigkeit des Vorliegens der Vertrauenswürdigkeit keine Verbote gegen („unkonventionelle“ oder sonstige) Nebenbeschäftigungen oder die Verpflichtung, keiner Nebenbeschäftigung nachzugehen.

4. Rollenklarheit als Ausfluss der Berufspflichten am Beispiel der Psychotherapie

Unabdingbar für diese Argumentation ist die Einhaltung der Rollenklarheit durch die jeweilige Berufsangehörige*n und die Pflicht dafür zu sorgen, jegliche Rollenvermischung, wie bei der Ausübung eines weiteren Berufes (etwa Lebens- und Sozialberater*in und Pädagog*in), zu vermeiden.

Gemäß § 14 Abs 1 erster Satz Psychotherapiegesetz etwa haben Psychotherapeut*innen ihren Beruf nach bestem Wissen und Gewissen und unter Beachtung der Entwicklung der Erkenntnisse der Wissenschaft auszuüben.³¹ Es muss klar hervorgehen, in welcher Rolle Berufsangehörige eines dieser dargestellten Gesundheitsberufes auftreten, wobei hier auch der Berufskodex der Psychotherapeut*innen relevant ist.³² Die Ausübung der Psychotherapie, genauso wie jene der Klinischen Psychologie oder Musiktherapie, umfasst nicht nur die (Kranken-)Behandlung sondern auch Beratung, Betreuung und Begleitung. Ebenso umfasst die ärztliche Berufsumschreibung verschiedene Tätigkeiten.³³ Würde eine Berufsangehörige*r die „Rolle“ in der sie*er gegenüber der Patient*in/Klient*in auftritt wechseln, muss dies aufgrund der grundsätzlich notwendigen Rollenklarheit jedenfalls besonders etwa psychotherapeutisch-fachlich reflektiert werden (und bedarf allenfalls zuvor einer Aufklärung über den Rollenwechsel). § 14 Abs 1 Psychotherapiegesetz fordert ein professionelles Verhalten als Psychotherapeut*in und eine Redlichkeit, die insb im Hinblick auf Auswirkungen auf die behandelten/betreuten Personen bezogen ist.³⁴ Dies ist auch auf die anderen bereits behandelten Gesundheitsberufe übertragbar.

Bei allen Fragen der fachlich und ethisch vertretbaren Ausübung des psychotherapeutischen (und anderen) Berufes betreffend gilt es, den Schutz der Beziehung zwischen der

31 Vgl ebenso § 32 Psychologengesetz 2013, der die Berufsausübung nach bestem Wissen und Gewissen als eine der Berufspflichten der Gesundheitspsycholog*innen sowie der Klinischen Psycholog*innen statuiert, sowie § 27 MuthG für Musiktherapeut*innen.

32 Der Berufskodex ist ein vom BMSGPK veröffentlichtes Kompendium der berufsethischen Handlungsanleitungen, Empfehlungen und Verhaltensmaßregeln für die Berufsausübung von Psychotherapeut*innen: *BMSGPK, Berufskodex für Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten*, www.sozialministerium.at/dam/jcr:dea97f39-8567-4677-a84b-747fc49612a2/Berufskodex (25.1.2022).

33 § 2 Abs 1 ÄrzteG 1998: „Der Arzt ist zur Ausübung der Medizin berufen“.

34 *Kierein Lanske/Wenda* in *Kierein Lanske/Wenda*, Jahrbuch Gesundheitsrecht (2011) 197.

Berufsangehörigen und der Patient*in in den Mittelpunkt zu stellen. Es muss, wie bei der Abgrenzung zu jeden anderen Nebenbeschäftigungen oder Zusatzqualifikationen für eine größtmögliche Rollenklarheit gesorgt und jede Rollenvermischung bzw Rollenkonfusion strikt vermieden werden. Dies gilt genauso für esoterische, spirituelle, religiöse oder weltanschauliche Angebote³⁵, ebenso muss dies für eine etwaige Nebenbeschäftigung im Bereich der Sexarbeit gelten. Auch die Schutz- und Sorgfaltspflichten der Gesundheitsberufe in Bezug auf ihre Klient*innen/Patient*innen machen diese Rollenklarheit erforderlich. Die kombinierte Leistung von Sexdienstleistungen und psychotherapeutischer Arbeit in Bezug auf ein*e Patient*in kann wohl nicht möglich sein.

5. Judikatur zum „Standesansehen“

Laut Rsp des OGH zu Nebenbeschäftigungen von Rechtsanwält*innen ist für die Lösung der Frage, ob eine Nebenbeschäftigung dem Ansehen des Standes zuwiderläuft und daher mit der Ausübung der Rechtsanwaltschaft unvereinbar ist, nur die von einer Rechtsanwält*in faktisch ausgeübte Tätigkeit entscheidend.³⁶ Die Eintragung eines (hier) Rechtsanwalts als Geschäftsführer einer Pfandlei-GmbH stellt für sich allein noch keinen Verstoß gegen die Standesvorschriften dar. Er darf jedoch weder kaufmännisch, gewerblich noch sonst im Rahmen des Geschäftsbetriebs des Unternehmens tätig sein. Eine bloß rechtliche Tätigkeit, etwa im Rahmen der Generalversammlung, wäre demgegenüber nach Ansicht des OGH kein Verstoß gegen das Standesansehen.³⁷

Die Judikatur zu Beeinträchtigungen des Standesansehens der in Österreich tätigen Ärzt*innen ist ebenso sehr weitreichend und umfasst auch Bereiche des Privatlebens (Versuch eines Arztes der „Beschleunigung“ der Entscheidung eines Beamten durch Übergabe eines Geldbetrages³⁸, vorsätzliche Misshandlung der Ehefrau durch einen Arzt³⁹).⁴⁰ Bei „Impfgegner*innen“ im Stand der Ärzt*innenschaft wird jedoch tw auf ihr Recht auf freie Meinungsäußerung abgestellt und daher eine Beeinträchtigung des Standesansehens sehr genau geprüft.⁴¹ Es gibt Gesetze, die ihren Adressat*innenkreis ausdrücklich zur Wahrung des Standesansehens auch außerhalb der Berufsausübung verpflichten. § 18 Abs 2 zweiter Satz Dienstordnung 1994⁴² (DO) etwa schreibt Beamt*innen der Stadt Wien unter anderem

35 Vgl BMSGPK, Richtlinie zur Frage der Abgrenzung der Psychotherapie von esoterischen, spirituellen, religiösen und weltanschaulichen Angeboten sowie Hinweise für Patient*innen bzw Klient*innen, www.sozialministerium.at/dam/jcr:14f29365-606a-41d5-84eb-a5f7a6e142ed/Abgrenzung_der_Psychotherapie_von_esoterischen_spirituellen_religi%C3%B6sen_und_weltanschaulichen_Angeboten_sowie_Hinweise_f%C3%BCr_PatientInnen_bzw_KlientInnen.pdf (1.2.2022).

36 Vitek in Engelhart ua, Rechtsanwaltsordnung¹⁰ (2018) § 20 RAO, Rz 7.

37 RIS-Justiz RS0072100.

38 Disziplinarsenat 22.11.1993, Ds 7/1993 RdM 1994/2, 62.

39 Disziplinarsenat 20.5.1996, Ds 5/1995 RdM 1996, 127.

40 Wallner in Neumayr/Resch/Wallner § 136 ÄrzteG 1998, Rz 4.

41 VwGH 29.10.2019, Ra 2019/09/0010.

42 Gesetz über das Dienstrecht der Beamten der Bundeshauptstadt Wien (Dienstordnung 1994 – DO 1994), LGBl 1994/56.

die Wahrung des Standesansehens außer Dienst vor.⁴³ Nach der Rsp des VwGH und des VwG Wien würde eine Suspendierung aus diesem Grund jedoch nur schwer wiegende, auf der Hand liegende Interessen der Verwaltung als sachbezogen rechtfertigen.⁴⁴ Die Judikatur nimmt eine Verletzung wesentlicher dienstlicher Interessen an, wenn die weitere Dienstausbübung eine besondere Gefahr von Beispielsfolgen und einer Disziplinunterhölung unter den anderen Bediensteten erwarten ließe.⁴⁵ Würde man diese Ansicht auf die Angehörigen der gesetzlich geregelten Gesundheitsberufe anwenden, wäre wohl kaum mit Beispielsfolgen unter Kolleg*innen zu rechnen, wenn einzelne Berufsangehörige als Nebentätigkeit Sexarbeit praktizieren. Ob dies zu einer grundsätzlichen Gefährdung des Ansehens des Amtes (hier: Berufsstandes) führen würde, ist wohl einer persönlichen Beurteilung überlassen. Hier muss jedoch bedacht werden, dass das „Outen“ einer Person als Sexarbeiter*in in der Judikatur den Tatbestand der gefährlichen Drohung erfüllen kann.

Die Erläuterungen zum Psychologengesetz 2013 verweisen auf die Rsp des VwGHs, wonach der an sich unbestimmte Gesetzesbegriff der Vertrauenswürdigkeit mittels der aus der Rechtsordnung unter Heranziehung der jeweiligen gesellschaftlichen Vorstellungen abzuleitenden Wertungen auszulegen ist. Bei der für die Berufsausübung der Psychologie notwendigen Prüfung der Vertrauenswürdigkeit komme es darauf an, ob das Gesamtverhalten geeignet ist, Vertrauen in die konkrete Berufsausübung zu erwecken. Während der vom VwGH geforderte, für die Prüfung anzulegende strenge Maßstab gegen die Zulässigkeit einer Nebentätigkeit im Bereich der Sexarbeit sprechen könnte⁴⁶, spricht das Höchstgericht drei Jahre später aus, dass der Betreffende auch für die Zukunft für die Erfüllung der bestehenden besonderen Anforderungen an die Ausübung des betreffenden Berufs Gewähr bieten können muss.⁴⁷ Es sei das Vertrauen der Allgemeinheit zum Betreffenden zu berücksichtigen und ein Verlassen der Behörde auf die Vertrauenswürdigkeit zu ermöglichen.⁴⁸ Der Verlust der Vertrauenswürdigkeit der (hier) Musiktherapeuten kann gem der Judikatur grds in jedem Lebensbereich eintreten.

43 § 18 Abs 2 Dienstordnung: „Der Beamte hat gegenüber den Vorgesetzten, den Mitarbeitern, den Parteien und Kunden ein höfliches und hilfsbereites Verhalten an den Tag zu legen. Er hat im Dienst und außer Dienst alles zu vermeiden, was die Achtung und das Vertrauen, die seiner Stellung entgegengebracht werden, untergraben könnte.“

44 Vgl VwGH 7.7.1999, 97/09/0275; 27.6.2002, 2001/09/0012; 22.11.2007, 2005/09/0076; 8.8.2008, 2006/09/0109; 18.9.2008, 2007/09/0383; 20.11.2008, 2007/09/0154.

45 Vgl VwGH 27.9.2002, 2001/09/0205; *Kucsko-Stadlmayer*, Das Disziplinarrecht der Beamten⁴ (2010) 512.

46 Vgl VwGH 21.12.1999, 97/19/0787, hier zu der Austragung eines Rechtsanwaltes wegen „erregtem Aufsuchen“ einer in einem Zivilprozess einzuvernehmender Zeugin, was zu einer „Verletzung der Berufspflichten unter Beeinträchtigung von Ehre und Ansehen des Standes“ führte. Hierbei muss jedoch betont werden, dass die Beeinträchtigung des Standesansehens in Bezug auf in einem Prozess involvierte Personen eingetreten ist und nicht durch Diskussionen mit Unbeteiligten.

47 Vgl VwGH 16.10.2002, 99/03/0147, zu der Ausstellung eines „Taxilenkerausweises“ nach rechtskräftiger Entziehung der Lenkerberechtigung.

48 Vgl insb VwGH 18.7.2002, 99/09/0107 (zur disziplinären Verantwortlichkeit eines Landeslehrers), VwGH 4.4.2001, 2001/09/0040 (vorsätzlicher und wissentlicher Missbrauch der Befugnisse durch einen Zollbeamten bei der Dienstausbübung).

Zwar könnte man die eben zitierten Entscheidungen als Argument dahingehend verstehen, dass eine Tätigkeit im Bereich der Sexarbeit, unabhängig von einer qualitativ hochwertigen, keine Berufspflichten verletzenden Berufsausübung nach bestem Wissen und Gewissen in einem der gesetzlich geregelten Gesundheitsberufe, zu einem Verlust der für den jeweiligen Beruf notwendigen Vertrauenswürdigkeit führen könnte. Die Autorin sieht jedoch durch den Judikaturwandel des OGH, dem stetigen Wandel der Gesellschaft und den mit ihr verbundenen Wertvorstellungen, eine Tätigkeit im Bereich der Sexarbeit als keinen Grund an, eine Beeinträchtigung der Vertrauenswürdigkeit der Allgemeinheit und die Gewährleistung der für Zukunft für die Erfüllung der bestehenden besonderen Anforderungen an die Ausübung des betreffenden Berufs zu bewirken.

Erwähnt werden soll an dieser Stelle ebenfalls eine das Berufungsgericht bestätigende Entscheidung des OGH, nach welcher ein Lehrer, der auch nicht operativer Geschäftsführer eines Bordells war, entlassen wurde. In zweiter Instanz wandelte das OLG Linz die Entlassung in eine Kündigung um, hielt jedoch fest, dass nach der Judikatur Freizeitbeschäftigungen wie der Besuch von Erotikmessen oder Swingerclubs keinen Kündigungs- oder Entlassungsgrund darstellten. Eine *besonders schwere* Dienstpflichtverletzung, welche ein Entlassungsgrund wäre, war nach dem OLG Linz nicht zu erkennen. Zwar wurde der Lehrer gekündigt, das Gericht hielt jedoch fest, dass im Vergleich zu dienstlichem Verhalten, bei außerdienstlichem Verhalten ein weniger strenger Maßstab anzuwenden sei.⁴⁹ Hierbei ist natürlich zu bedenken, dass Lehrer*innen als Angestellte höchstwahrscheinlich ihren Dienstgeber*innen Nebenbeschäftigungen bekannt geben müssen, während dies bei freiberuflich Tätigen nicht der Fall ist.

6. Exkurs: Grundrechtliche Betrachtung

Das Grundrechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK beinhaltet auch ein Grundrecht auf sexuelle Freiheit.⁵⁰ Ein Eingriff in das Grundrecht ist iSd Art 8 Abs 2 EMRK nur zulässig, wenn der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer ist.

Eine solche dezidierte gesetzliche Regelung, die den Eingriff in das Grundrecht auf sexuelle Freiheit bei Angehörigen der Gesundheitsberufe vorsieht, gibt es in Österreich nicht, wenngleich der Schutz der Gesundheit einen gesetzlichen Eingriff bezogen auf die Grundrechte der Angehörigen der Gesundheitsberufe rechtfertigen könnte. Auch findet sich, wie oben dargelegt, in den Erläuterungen zu den Berufsgesetzen kein entsprechen-

49 OGH 17.12.2018, 9 Ob A 127/18v, wbl 2019/143.

50 *Muzak* in *Muzak*, B-VG⁶ (2020) Art 8 MRK, Rz 2.

der Hinweis, der auf eine Absicht des Gesetzgebers zur Einschränkung eines dieser Grundrechte durch die Berufsrechte schließen lässt. Ein generelles Verbot von Sexarbeit für Angehörige der Gesundheitsberufe zum Schutz der Gesundheit wäre wohl zu weitgehend.

Zwar könnte vorgebracht werden, dass ein Verbot der Sexarbeit durch Angehörige von Gesundheitsberufen im psychosozialen Kontext zum Schutz der Gesundheit oder der Moral notwendig sei, laut Judikatur muss der Grundrechtseingriff drei Voraussetzungen erfüllen, um zulässig zu sein: jeder Eingriff in ein solches Recht muss gesetzlich vorgesehen sein, ein legitimes Ziel verfolgen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein.⁵¹ Ein grundsätzliches Verbot zur Sexarbeit würde weder einem „zwingenden sozialen Bedürfnis“ entsprechen, noch wäre es verhältnismäßig. Der EGMR stellt jeweils auf die konkreten Umstände des Einzelfalles ab, was einem generellen Verbot widerspricht.⁵² Ob ein solches Verbot zum Schutz der „Moral“ iSv Art 8 Abs 2 EMRK begründet werden kann, ist aus heutiger Sicht wohl ebenso zu verneinen.

Während sich in der EMRK kein Grundrecht auf Berufsfreiheit findet, gewährt die Charta der Grundrechte der EU, die schon in ihrer Präambel die Weiterentwicklung der Gesellschaft erwähnt, jeder Person das Recht, zu arbeiten und einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben.⁵³ In Österreich gibt es kein gesetzlich normiertes Verbot des Berufs des*der Sexarbeiters*in und die Ausübung und das Anbieten von Sexarbeit ist nicht grundsätzlich verboten.⁵⁴

7. Fazit

Aus dem Dargestellten lässt sich der Schluss ableiten, dass bei Einhaltung der Berufspflichten die berufsrechtlich vorgeschriebene Vertrauenswürdigkeit durch die Ausübung einer Nebenbeschäftigung im Bereich der Sexarbeit nicht berührt ist.

Dass die Ausübung von Sexarbeit zu einer Austragung bzw Streichung aus der jeweiligen Berufsliste führt, ist aufgrund der EMRK und der aktuelleren Rsp des OGH und der in dieser zum Ausdruck kommenden Moralvorstellung nicht (mehr) zu argumentieren.

Eine verpflichtende Offenlegung gegenüber behandelten Personen über Nebenbeschäftigungen im Bereich der Sexarbeit lässt sich aus Sicht der Autorin nicht aus der Aufklärungspflicht⁵⁵ ableiten, da diese grundsätzlich einen anderen Zweck verfolgt (Patient*in-

51 *Muzak* in *Muzak*, Art 8 MRK, Rz 15.

52 *Muzak* in *Muzak*, Art 8 MRK, Rz 18.

53 *Bezemek* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar² (2019), Art 15, Rz 5.

54 Aufgrund der fehlenden Rechtswidrigkeit ist eine mögliche Rückforderung des Honorars oder rückwirkende Aufhebung des Behandlungsvertrages durch Patient*innen bzw Klient*innen nach Bekanntwerden der Tatsache zu verneinen. Ebenso wenig kann eine Täuschung im strafrechtlichen Sinn oder Irrtumsanfechtung nach §§ 871 ff ABGB herangezogen werden.

55 Die ärztliche Aufklärung wird nicht ausdrücklich im ÄrzteG 1998 als Berufspflicht angeführt, nach § 117c Abs 2 Z 7 ÄrzteG 1998 obliegt der österreichischen Ärztekammer im übertragenen Wirkungsbereich die Erlassung der Verordnung über die Ausgestaltung der ärztlichen Berufspflichten, insb der Aufklärungs- und Dokumentationspflicht.

nen- bzw Klient*innenschutz durch Verständnis und Information in Zusammenhang mit der Behandlung/Betreuung/Beratung). Sollte die Tatsache, dass die betreuende/behandelnde/beratende Person auch Sexarbeit ausübt, bekannt werden, bleibt das freie Wahlrecht der Patient*in, sich die sie*ihn behandelnden Berufsangehörigen selbst auswählen und jederzeit wieder wechseln zu können, in jedem Fall aufrecht.

Grundvoraussetzung für die Zulässigkeit von Sexarbeit als Nebenbeschäftigung bei einem gesetzlich geregelten Gesundheitsberuf ist selbstverständlich, genauso wie bei anderen Nebenbeschäftigungen oder Zusatzqualifikation, die klare Rollentrennung, Vermeidung von jeglicher Rollenvermischung und Einhaltung der gesetzlichen Berufspflichten des jeweiligen Gesundheitsberufes. Die Entscheidung, ob nach Abschluss einer Ausbildung zu einem gesetzlich geregelten Gesundheitsberuf der (bisher ausgeübte) Beruf im Bereich der Sexarbeit aufgegeben wird oder auch umgekehrt, soll jeder*m einzelne*n überlassen werden.

Mag.^a Sara Plimon-Rohm, LL.M. ist Juristin im BMSGPK und Vortragende an der SFU Wien;
sara.plimon-rohm@mail.sfu.ac.at

Thema: Klimagerechtigkeit

Bewegung im Recht

Vorwort der Gastherausgeber*innen

Petra Sußner / Ida Westphal / Eva Pentz

Die Klimakrise schreitet rasch voran. Selbst in Zeiten von Krieg und Pandemie nehmen sie immer mehr Menschen als akute Existenzbedrohung wahr. Proteste gegen die Untätigkeit der Regierenden, gegen deren Unbehagen, angesichts von notwendigen Diskussionen über Verteilungsfragen die grundlegende Umgestaltung unserer Gesellschaft – in ausreichender Intensität – in Angriff zu nehmen, finden nicht nur auf der Straße statt, sondern ziehen weitere Kreise. Auch das Recht und die Gerichte können sich dieser Diskussion nicht entziehen: Sogenannte Klimaklagen¹ treiben die Auseinandersetzung mit der Klimakrise mit Mitteln des Rechts und im Recht voran. Sie formulieren die Folgen steigender Temperaturen und zunehmender Wetterextreme als Fragen von Grund- und Menschenrechten – wie körperlicher Unversehrtheit oder Gleichheit – und auch von demokratischer Repräsentation.

In der Verhandlung dieser Fragen geht es längst nicht mehr nur um einen objektiv und abstrakt notwendigen Klimaschutz. Zum traditionell-umweltrechtlichen Fokus auf Allgemeinwohl und Risikoversorge nach dem Stand der Technik tritt die Herausforderung subjektiver Ansprüche und gesellschaftlicher Grundsatzfragen. Dafür bilden Klimaklagen, insb. wo sie grund- und menschenrechtliche Argumentationslinien verfolgen, einen prominenten Schauplatz. Aber auch auf der Straße, in Politik und Popkultur bringt die soziale Dimension das Thema Klimakrise immer weiter in Bewegung. Ein zentrales Stichwort ist Klimagerechtigkeit.² Bekannt ist, dass Menschen aus dem Globalen Süden unterproportional zur Erderhitzung beitragen, aber überproportional von deren Folgen betroffen sind. Jüngere

1 Vgl. Fitz, Klimakrise vor Gericht, *juridikum* 2019, 104; Casado Pérez/Orlando (Hg), *Climate Litigation*, German Law Journal, Special Issue (2021); Kahl/Weller (Hg), *Climate Litigation. A Handbook* (2021).

2 Vgl. Niederberger, Klimagerechtigkeit aus philosophischer Perspektive, in Dietz/Garrelts, *Die internationale Klimabewegung* (2013); Holifield/Chakraborty/Walker (Hg), *The Routledge Handbook of Environmental Justice* (2018); Atapattu/Gonzalez/Seck (Hg), *The Cambridge Handbook of Environmental Justice and Sustainable Development* (2021); zuletzt auch Iuen/Tatu Hey, *Der Elefant im Raum – Umweltrassismus in Deutschland* (2021), <https://www.boell.de/sites/default/files/2021-12/E-Paper%20Der%20Elefant%20im%20Raum%20-%20Umweltrassismus%20in%20Deutschland%20Endf.pdf> (15.2.2022).

wie ältere Menschen, Frauen oder rassistisch Diskriminierte zeigen – auch lokal – auf, wie sie von der Krise betroffen sind, benennen spezifische Schutznotwendigkeiten und brechen vermeintliche Gegensätze zwischen Klimaschutz und sozio-ökonomischer Sicherheit auf. Hier setzt der Schwerpunkt dieser Ausgabe des *juridikum* an.

Das einleitende Interview mit *Verena Madner*, Vizepräsidentin des österreichischen Verfassungsgerichtshofs, und *Susanne Baer*, Richterin am deutschen Bundesverfassungsgericht, widmet sich zunächst dem Schauplatz Klimaklagen und der Rolle der Gerichte in der rechtlichen Auseinandersetzung mit der Klimakrise. Hier zeigt sich, wie zentral Höchstgerichte gerade gefordert sind, gleichzeitig aber Parlamente und Politik nicht aus der Verantwortung entlassen sind; aber auch, welche Rolle Öffentlichkeit und (kritische) Wissenschaft spielen, gerade wenn es um – noch kaum durchdrungene – Fragen sozialer Gerechtigkeit geht.

Im darauffolgenden Beitrag von *Helen Keller* und *Corina Heri* geht es um die Schnittstelle Klimaschutz und Menschenrechte. Anhand der Bsp Jurisdiktion und Opfereigenschaft analysieren die Autorinnen menschenrechtliche Argumentationslinien mit Blick auf Idee und Elemente von Klimagerechtigkeit. Wie schon im einleitenden Interview werden dabei Potentiale, aber auch Grenzen von Klimaverfahren deutlich.

Mit *Anna-Julia Saiger* wechselt die Perspektive zu den Gerichten als Akteur*innen. Der Beitrag setzt sich mit zwei jüngst ergangenen und im Schwerpunkt mehrfach präsenten Klimaentscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts bzw des österreichischen Verfassungsgerichtshofs rechtsvergleichend auseinander. *Legal Imagination* steht hier im Zentrum; angesichts der Ähnlichkeit der beiden Rechtsordnungen stellt die Autorin die Frage, ob die Gerichte jeweils auch anders hätten entscheiden können.

Veronika Marhold, *Lisa Schranz* und *Lisa Weinberger* lenken den Fokus auf den Bereich Politik. In ihrem Beitrag beleuchten sie ausgewählte Aspekte des österreichischen Regierungsprogramms 2020–2024 vor dem Hintergrund völkerrechtlicher Verpflichtungen. Im Zentrum steht die Frage nach sozial gerechter Klimaschutzpolitik als Dimension von Klimagerechtigkeit.

Mit *Christiane Gerstetter* kommt die Klimabewegung ins Spiel. Sie stellt in ihrem Beitrag Klimaklagen und politische Aktionsformen nebeneinander und zeigt Überschneidungen und Spannungsfelder in den strategischen Zielen und Ergebnissen.

Mit den folgenden beiden Autoren bewegt sich der Schwerpunkt in die Bereiche Rechtsvertretung und Vernetzung. *Thorsten Deppner* zeigt auf, wie klimarelevante Rechtsmobilisierung mitnichten nur auf Abwendung oder Abmilderung der Krise gerichtet ist. Anhand von konkreten Bsp aus seiner anwaltlichen Praxis beschreibt er, wie Recht auch dazu genutzt wird, Klimaaktivist*innen einzuschüchtern und legt dar, wie dieser Art von strategischer Prozessführung begegnet werden kann.

Eine wesentliche Rolle für die strategische Prozessführung kann Vernetzung bilden. *Peter Kremer* stellt die *Lawyers for Future* vor – einen Zusammenschluss von Jurist*innen, die den Klimaschutz durch und im Recht voranbringen und der *Fridays for Future*-Bewegung rechtlich und auf der Straße zur Seite stehen will.

Den dramaturgischen Vorhang schließt *Alexandra Kemmerer*. Ihr Essay geht vom Bsp des Gerichtsdramas „Ökozid“ aus, knüpft eine historische Verbindung zu *Fritz Bauer* und beleuchtet Klimaklagen auf diese Weise als *Court Room Drama* und juristische Intervention. Über ihren Blick auf die Verwandtschaft zwischen Gericht und Theater, die Verknüpfung von *Law and Arts* wird auch erkennbar, wie Kunst „Unaussprechliches verhandelbar“ machen kann – und wo Klimagerechtigkeit vielleicht neues Denken herausfordern kann.

Dieser Schwerpunkt verfolgt damit weniger den Anspruch, eine theoretische Debatte über Begriff und Gehalt von Klimagerechtigkeit zu führen. Vielmehr bildet der Begriff Klimagerechtigkeit den empirischen Impuls, den auch im Recht sich verdichtenden Verhandlungen von Klimakrise und Gesellschaft Raum zu geben. Wir sehen es an der Zeit, rechtliche Perspektiven auf gesellschaftliche Naturverhältnisse³ voranzubringen; nicht zuletzt aus diesem Grund versammelt der Schwerpunkt Stimmen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz, und gibt Wissenschaft, Gerichtspraxis, Rechtsvertretung und Aktivismus – auch interdisziplinären – Raum. Wir hoffen, damit einen weiteren Anstoß zu Begriffsbildung, empirischen Einsichten und Theorieentwicklung zu geben.

Dieser Schwerpunkt ist eine Kooperation der zeitschrift *juridikum* mit der DFG-Forschungsgruppe „Recht-Geschlecht-Kollektivität“ (Teilprojekt A, Humboldt Universität Berlin).

Dr.ⁱⁿ Petra Sußner ist Post-Doc an der Juristischen Fakultät der Humboldt Universität zu Berlin und koordiniert das DFG Projekt „Ein Anspruch auf eine gemeinsame Welt? Geschlecht in Umweltrecht und Umweltklagen“. Sie ist Redaktionsmitglied des *juridikum*; petra.sussner@rewi.hu-berlin.de

Ass.ⁱⁿ iur. Ida Westphal ist Doktorandin an der Juristischen Fakultät der Humboldt Universität zu Berlin und forscht im DFG-Projekt „Ein Anspruch auf eine gemeinsame Welt? Geschlecht in Umweltrecht und Umweltklagen“; ida.westphal@rewi.hu-berlin.de

Mag.^a Eva Pentz, BA MBA ist Juristin in Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum*; epentz@gmx.at

3 Vgl. *Becker/Jahn* (Hg.), Soziale Ökologie. Grundzüge einer Wissenschaft von den gesellschaftlichen Naturverhältnissen (2006).

„Klimaklagen liefern strukturell perfekte Fragen für Verfassungsgerichte“

Interview mit Verena Madner (Vizepräsidentin des österreichischen Verfassungsgerichtshofs) und Susanne Baer (Richterin des deutschen Bundesverfassungsgerichts) zur Rolle der Gerichte in der Klimakrise

Petra Sußner / Ida Westphal / Eva Pentz

Petra Sußner, Ida Westphal und Eva Pentz, Gastherausgeberinnen des juridikum-Schwerpunkts zu Klimagerechtigkeit (juridikum)*: Der österreichische Verfassungsgerichtshof (VfGH) und das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) haben beide in jüngerer Vergangenheit vielbeachtete klimarelevante Entscheidungen erlassen – unter unterschiedlichen Vorzeichen, mit sehr verschiedenen Fragestellungen und auch mit unterschiedlichen Ergebnissen. Karlsruhe hat Teile des deutschen Klimaschutzgesetzes für mit den Grundrechten unvereinbar erklärt,¹ Wien hat die Individualanträge gegen Steuerbefreiungen für die Luftfahrt zurückgewiesen.² Wo sehen Sie Unterschiede und Gemeinsamkeiten? Gibt es so etwas wie eine österreichische und eine deutsche „Klimaschutzrechtskultur“?

Verena Madner (VM): Die beiden Entscheidungen zeigen große Unterschiede, die ich aber nicht in einer unterschiedlichen Klimarechtskultur festmachen würde, sondern daran, dass die Rechtsgrundlagen im Klimabereich sehr unterschiedlich sind und es stark auf die Verfahren ankommt, die an ein Gericht herangetragen werden – diese Faktoren bestimmen wesentlich darüber, was ein Gericht mit seiner Rechtsprechung leisten kann. In Österreich hat der VfGH bisher noch keine materielle Entscheidung in einer Klimarechtsklage getroffen. Die von Ihnen erwähnte Entscheidung zur Kerosinsteuer ist bereits an der Frage der Zulässigkeit gescheitert. Das ist rechtlich interessant und zeigt, dass der Zugang zum individuellen Rechtsschutz in Österreich in solchen Fragen traditionell eher eng ist. Allerdings wurde diese spezifische Klage in ihren Erfolgsaussichten auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur von vornherein durchgehend skeptisch beurteilt, weil die Darlegung der unmittelbaren Betroffenheit für die Kläger*innen schwierig war. Diese braucht es aber, um – bildlich gesprochen – die Pforten des Gerichtes zu durchschreiten und eine Entscheidung in der Sache zu errei-

* Dank für Unterstützung geht an Marie-Luise Hartwig, Alina Mehrens und Luna Mono.

1 BVerfG 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, Rn 1-270.

2 VfGH 30.9.2020, G 144/20 ua.

chen. Wir haben natürlich mit großem Interesse den Beschluss des BVerfG wahrgenommen, auch weil es diese Kluft zwischen den Ergebnissen der Klimaklagen in Österreich und Deutschland gibt.

Susanne Baer (SB): Der bereits viele Jahre bestehende Kontakt zwischen dem VfGH und dem BVerfG ist ein produktives Arbeitsverhältnis, bei dem der Eindruck entstanden ist, dass wir an sehr unterschiedlichen Problemen arbeiten, uns jedoch mit der EMRK auf einen gemeinsamen Grundrechtskatalog beziehen und in den prozessualen Zugangsvoraussetzungen ähnliche Strenge walten lassen – und das bedeutet: Wir arbeiten im europäischen Konstitutionalismus, eher einer Kultur der Einheit in Vielfalt, die die EU sich auf die Fahnen schreibt. Worüber dann ein Gericht – als immer nur reaktive Institution – entscheiden kann, hängt überall auch von der politischen Kultur, der Mobilisierungskultur einschließlich der Mobilisierungshürden im Recht und im sozialen Umfeld ab. Die Frage, ob Gerichte Akteure im Bereich Klimaschutz sind, würde ich dann aber mit einem überzeugten „Ja“ beantworten. Nur: Eine Klimaschutzrechtskultur sehe ich nicht. Der Begriff Rechtskultur ist hier ein wenig problematisch, denn eher würde ich über die sozialen, ökonomischen, kulturellen und juristischen Rahmenbedingungen des Zugangs zu Gericht sprechen. So ist der Beschluss des BVerfG auch nicht die erste auf die Klimafrage bezogene Entscheidung – er ragt aber heraus, weil er sich direkt auf das Klimaschutzgesetz bezieht. Zu diesem Gesetz waren und sind zahlreiche Verfahren anhängig, in denen die Beschwerde führenden argumentieren, dass der Gesetzgeber nicht ausreichend gehandelt habe. Für ein Verfassungsgericht ist das ganz wesentlich: Das Vorgehen gegen ein Handeln – hier das Klimaschutzgesetz – ist prozessual immer leichter als ein Vorgehen gegen ein Nicht-Handeln. Jedenfalls würde ich auch die großen Verfahren zum Atomausstieg, zur Nutzung von Atomkraft oder auch zur Lenkung durch Steuerrecht als Fragen des Klimaschutzes begreifen wollen. Solche Verfahren werden oft nicht als solche eingeordnet, da sie von der Industrie erhoben werden – aber auch da geht es um das Klima. Und auch sie werfen schwierige Fragen der internationalen Verantwortung – wie die Klagebefugnis von internationalen Unternehmen – auf. Für die Frage nach einer Klimaschutzkultur würde ich jedenfalls dafür appellieren, den Blick zu weiten und sich viele verschiedene Verfahren anzusehen, die klimarelevant sind und dieses Feld auf sehr verschiedenen Wegen mit unterschiedlichen Fragestellungen konturieren.

VM: Das ist ein wichtiger Punkt in Hinblick auf die von mir erwähnten unterschiedlichen Rechtsgrundlagen. Wir haben in Österreich ein doch sehr rudimentäres Klimaschutzgesetz, das derzeit außerdem der Überarbeitung harrt. Das ändert natürlich die rechtliche Ausgangslage. Was den weiteren Blick betrifft: Auch in Österreich gab es natürlich vor der Entscheidung zur Steuerbefreiung in der Luftfahrt schon andere, vor allem auf Infrastrukturanlagen bezogene Entscheidungen, die man in diesem weiteren Sinne als klimaschutzrelevante Verfahren bezeichnen kann. Auch die Entscheidung zur drit-

ten Piste des Wiener Flughafens³ wäre hier zu nennen. Wir haben aber natürlich anders als in Deutschland keine Verfahren rund um den Ausstieg aus der Atomenergie gehabt, da auch hier die Ausgangslage grundlegend unterschiedlich ist.

SB: Ein weiteres Beispiel ist die jüngste Entscheidung des BVerfG zu Bremens Verbot, Kernbrennstoffe im Hafen umschlagen zu lassen.⁴ Für Klimaschutzinteressierte kann das eine Enttäuschung sein: Dasselbe Gericht, das über Klimaschutz im März 2021 entscheidet, befindet im Januar 2022, dass Bremen das Umschlagen von Kernbrennstoffen nicht verbieten darf. Aber: Hier geht es um föderal-kompetenzrechtliche Fragen, die ganz anders gelagert sind. Auch insofern befinden sich VfGH und BVerfG im selben Boot: Wir sind reaktiv darauf angewiesen, Fragestellungen zu bekommen, und müssen auf diese, können aber auch nur auf diese im vorgegebenen Format reagieren. Insofern werden Gerichte nie diejenigen sein, die Klimagerechtigkeit gestalten. Das ist auch gut so, denn das ist Sache der Politik. Aber Gerichten werden Teilfragen vorgelegt, die wir auf der Grundlage unseres Verfassungsrechts, des gemeinsamen europäischen Rechts und auch rechtsvergleichend beantworten müssen.

juridikum: Bleiben wir beim Thema Unterschiede und Gemeinsamkeiten. Wie sieht es mit dem Gerichtsalltag vor Ort aus? Was ist das Besondere an Entscheidungen, die – wie im Klimabereich – so hohe öffentliche Aufmerksamkeit genießen?

SB: Im Kontext des Klimabeschlusses gibt es tatsächlich ein paar Besonderheiten. Das BVerfG ist ein Zwillingsgericht mit zwei Senaten mit je acht Richterinnen und Richtern. Eine gerade Anzahl – das scheint auf den ersten Blick vielleicht verrückt. Die Idee dahinter ist, dass es mehr als die Hälfte, also eine qualifizierte Mehrheit, braucht, um ein Gesetz und damit das Parlament auszuhebeln. Die Richterinnen und Richter werden von Bundestag und Bundesrat vorgeschlagen, die Politik ist also maßgeblich beteiligt. Sie müssen aber mit sehr großer Mehrheit gewählt werden. Das bedeutet in der politischen Kultur bisher, dass niemand mit extremen Positionen durchgesetzt werden kann. Die Pluralität der politischen Parteien spiegelt sich daher im Gericht wider. Das weltanschauliche und juristische Vorverständnis war und ist betont wichtig – das relativiert sich aber auch sofort mit Amtsantritt. Ab diesem Moment haben Richterinnen und Richter die Verfassung in der Hand. Ab sofort müssen sie versuchen, trotz der Möglichkeit zu abweichenden Meinungen und dem Ausweis von ungleichen Stimmverhältnissen, im Konsens zu entscheiden. Wir diskutieren oft bis tief in die Nacht um diesen Konsens zu erreichen. Und da sind alle gleich. Der Präsident hat nach außen Vertretungsfunktion, aber nicht mehr Stimmgewicht. Er darf vor allem keine Fälle verteilen. Das ist vielmehr vorher geregelt, anders als am US Supreme Court, mit einem Berichterstattungsprinzip: Jede

³ VfGH 29.6.2017, E875/2017.

⁴ BVerfG 7.12.2021, 2 BvL 2/15.

Richterin, jeder Richter, hat ein Dezernat zu verwalten, für bestimmte Grundrechte, für Fachgebiete. Das verhindert eine Politisierung des Gerichts von innen.

Zu Beginn meiner Tätigkeit waren von den 16 „auf der Richterbank“ fast alle Männer, mittlerweile sind es neun Frauen. Das halte ich nicht für irrelevant; es ist aber mitnichten das allein Entscheidende. Nach meinem Eindruck sind lebensweltliche Kontexte der Personen, der Glaube und die Weltsicht, die regionale Verhaftung und berufsbiographische Prägungen sehr wichtig. Im BVerfG müssen ja immer mindestens drei Personen je Senat tätig sein, die von den obersten Bundesgerichten kommen. Dazu kommt: Wir arbeiten sehr schriftlich, und 95 Prozent der Verfahren erledigen wir zu dritt in den sogenannten Kammern. Nur große Verfahren – wie den Klimabeschluss – beraten wir zu acht. Grundrechtsfragen müssen auch nicht mündlich verhandelt werden. Wir können das aber. Den Klimabeschluss haben wir zu unserem Bedauern nicht mündlich verhandelt, weil uns die COVID-Pandemie daran hinderte – für ein Verfahren mit so vielen Beteiligten war das aus Sicherheitsgründen schlicht nicht möglich. Es gibt aber die sogenannte Zustellung – da fragen wir alle politischen Akteure, NGOs oder auch die Wissenschaft zu ihrer Einschätzung und berichten über deren Aussagen meist ausführlich zu Beginn der auch deshalb oft langen Entscheidungen. So kann einerseits die empirische Faktenbasis abgebildet und andererseits dargestellt werden, was streitig ist und wer welche Positionen vertritt.

VM: Es gibt einige Gemeinsamkeiten. Wir haben eine Ernennung auf Vorschlag von Nationalrat, Bundesrat bzw Bundesregierung und damit eine Rückbindung an die wechselnde politische Mehrheit. Auch am VfGH sind die Richter*innen für bestimmte Fachbereiche zuständig. Die einzelnen Fälle werden vom Präsidenten verteilt, das ist ein Prozess, der für das gesamte Kollegium transparent ist und der keiner Einflussnahme von außen unterliegt.

An den Fällen beginnt man dann mit seinem Referat, mit seinen drei wissenschaftlichen Mitarbeiter*innen zu arbeiten. Etliche Fälle entscheiden wir dann in kleineren Konstellationen, vor allem bei Zurückweisungen oder bei Rechtsfragen, deren Entscheidung schon durch eine frühere Plenarentscheidung vorgezeichnet sind und die daher keine weitere Klärung von verfassungsrechtlichen Fragen erwarten lassen. Aber es werden auch genug Fälle im Plenum entschieden, in jeder Session sind von den rund 400 beratenen Fällen etwa 50 Plenarfälle. Auch wir sind konsensinteressiert, diskutieren ausführlich, haben gut vorbereitete Entscheidungsentwürfe. Jede Entscheidungsrunde beginnt damit, dass der*die Referent*in, der*die den Fall vorbereitet hat, den Entscheidungsentwurf in seinen Gründen verliest. Das war für mich am Anfang befremdlich, dass man gemeinsam im Raum sitzt und zuerst wird gelesen. Aber das hat den guten Grund, dass man lang und intensiv, oft über Stunden an einzelnen Formulierungen und Begründungssträngen feilt – auch da wieder eine Parallele zu Deutschland. Allerdings haben wir in Österreich keine Möglichkeit der *dissenting opinion*.

Eine weitere Gemeinsamkeit ist, dass wir uns die Entscheidungen nicht nur zuschicken und Einsichtsbemerkungen zum Akt machen, sondern zusammensitzen – das halte ich für entscheidend und kann es mir schwer anders vorstellen. Gerade in komplexeren Fällen hängt die Entscheidung auch von der Unmittelbarkeit der Auseinandersetzung ab. Dass bestimmte Entscheidungen wie der Klimabeschluss des BVerfG oder die Luftfahrtsentscheidung des VfGH in der Öffentlichkeit besonders wahrgenommen werden, versuchen wir auszublenden. Wir achten dann aber besonders darauf, dass die Vermittlung durch die Pressearbeit verständlich ist. Aber beim Entscheiden selbst ist die oberste Prämisse: Wir entscheiden aufgrund der Verfassung, wir entscheiden über Rechtsfragen, wir müssen uns die Fragen als Rechtsfragen zuschneiden. In dem Sinne besteht also keine Besonderheit im Vergleich zu Deutschland. Es fällt mir aber auf, dass in Karlsruhe in der Begründung ein stärkerer Fokus auf Empirie gelegt wird und zB Darlegungen von Sachverständigen in den Entscheidungen deutlich mehr Raum bekommen. Wir machen auch mündliche Verhandlungen, wo wir die Parteien anhören, aber wir hören seltener Sachverständige. Das ist mir nicht nur beim empirischen Hintergrund im Klimabeschluss des BVerfG, sondern auch im Kontext der Sterbehilfe aufgefallen. Selbst wenn am Ende keine großen Unterschiede in den Begründungsqualitäten der Entscheidungen erkennbar sind, haben wir in diesem Punkt eine andere Tradition.

SB: Die Einschätzung zur Empirie teile ich. Und ich möchte noch auf einen weiteren Punkt hinweisen: Die Richterinnen und Richter des BVerfG sind auf zwölf Jahre hauptamtlich tätig. Wir sitzen in Karlsruhe, also weit weg von der Hauptstadt. Das Gebäude ist transparent und ein wenig „removed“ – in Stil, Gestus und Selbstverständnis ein Stück weit weg vom politischen Alltag. Es geht – genau wie *Verena Madner* sagt – darum, sich vor allem von Aufmerksamkeitskonjunkturen nicht zu sehr beeindrucken zu lassen. Gleichzeitig gilt es, nicht ignorant zu sein, nicht lebensfremd. Und wir müssen kommunizieren. *Jutta Limbach* hat als Präsidentin des BVerfG im Jahr 1996 eine Pressestelle eingerichtet. Und wir diskutieren sehr intensiv, wie wir mit Öffentlichkeit umgehen. Durch die Zustellungspraxis, mit der wir NGOs, Verbände ua beteiligen, gab es immer schon eine gewisse Öffentlichkeit. Mittlerweile werden Themen wie Klima auch durch strategische Prozessführung befördert, und die Beschwerdeführenden schaffen selbst Öffentlichkeit. Dazu kommen die sozialen Medien. Mein Eindruck ist, dass das BVerfG hier etwas zurückhaltender ist als der VfGH – aber wahrscheinlich sind wir beide ähnlich vorsichtig angesichts der Herausforderungen. Jedenfalls machen wir auch unsere Pressemitteilungen sehr sorgfältig, auch da wägen wir jedes Wort ab. Denn das ist die Herausforderung: Wie kann ein Gericht in diesem unabhängigen Judizieren, aber als Verfassungsgericht immer mit der Aufgabe der Intervention in politische Verhältnisse, aufmerksam genug bleiben und sich trotzdem nicht hineinziehen lassen in das Politische? Das ist ein Spannungsfeld, in dem wir uns beide bewegen.

VM: Das kann ich nur unterstreichen – und weil wir gerade in einem Interview sind: Das beginnt allein schon beim Sprechen über das, was wir tun. Als Richter*in überlegt man sich gründlich, wo und worüber man spricht, weil man sich natürlich nicht annähernd dem Verdacht aussetzen will, präjudiziert zu sein. Auch die Pressearbeit ist herausfordernd, weil die gerichtliche Logik, dass wirklich jedes Wort wichtig ist, nicht dieselbe Logik ist, der die Presse- und Medienarbeit folgt. Das zusammen zu kriegen, ist schwierig. Da ist unsere Situation in Österreich und Deutschland ähnlich. In Wien haben wir zwar nicht so ein tolles modernistisches Gebäude, wir sitzen in einem gediegenen ehemaligen Bankgebäude. Mitten in der Stadt, aber durch die getäfelten Wände sind wir auch gut von den Aufgeregtheiten abgeschottet. Interessant ist, dass wir dieses „Außen draußen halten“ so gleich sehen – bei ganz anderen räumlichen Verhältnissen und in meinem Fall mitten in der Hauptstadt sitzend. Schon nach dem Betreten des Gerichtshofs herrscht irgendwie ein anderer Pulsschlag. Der kann dann schon auch recht hochgehen, wenn wir Beratungszeit haben. Wir arbeiten zwar zum Teil neben unseren sonstigen Berufen am VfGH, aber dennoch das ganze Jahr intensiv und kontinuierlich an den Fällen.

SB: Das ist ein wunderbares Bild – der Pulsschlag verändert sich, wenn man das Gebäude betritt, und er kann sehr hoch gehen, wenn man gefordert ist. Wir arbeiten eben in dem Bewusstsein: Das ist kein Aufsatz. Da kann ich nicht nächste Woche sagen „Huch, ich habe mir das nochmal anders überlegt“. Die Halbwertszeit von Entscheidungen des BVerfG ist lang. Und ich habe in meinen zwölf Jahren Amtszeit auch den Eindruck, dass ich zu den großen Fragen nur einmal etwas sagen kann. Einmal. Da muss ich mich bemühen, meinem Job gerecht zu werden. Und da kann der Puls schon höher gehen. Im Jahr gehen 10.000 Sachen ein, und wir entscheiden etwa 6.000 Fälle im Jahr, davon viele schon aufwändig, und 20 bis 30 sehr große Sachen in den Senaten. Wie ist das in Österreich?

VM: Auch wir haben im Jahr rund 6.000 Erledigungen, rund 200 Fälle – einige davon sehr aufwändig – beraten wir im Plenum. Auch ansonsten sehe ich es ähnlich: Große Fragen kriegt man nicht alle Tage, zB zur Sterbehilfe. Diese Entscheidung liegt bei uns noch nicht lang zurück, und nimmt einen schon mit, auch wegen der Last, hier in einer gesellschaftlich nachhaltig wirkenden Frage gut nachvollziehbar zu argumentieren und zu begründen. Beim Entscheiden gilt generell, dass man sich nicht aus der Affäre stehlen kann, anders als man in einem Aufsatz vielleicht sagen kann, „das muss jetzt offen bleiben“, oder „aus Platzgründen kann hier keine weitere Auseinandersetzung erfolgen“, oder alle mehr oder weniger gelungenen Strategien, zu denen man in einem wissenschaftlichen Aufsatz manchmal greift.

juridikum: Kommen wir von den Entscheidungen zum Komplex Klimakrise und Recht. Die Klimakrise ist global und existenziell. Sie überschreitet die Grenzen von Nationalstaaten, wissenschaftlichen Disziplinen und politischen Kämpfen. Was bedeutet denn die

Klimakrise in einem ideengeschichtlich modernen Recht? Gibt es da perspektivische Besonderheiten?

SB: Die Klimakrise – oder eigentlich die Klimakatastrophe – fällt in eine Zeit, in der Recht als solches und auch die Rechtsprechung vor besonderen, ja immer kontingenten Herausforderungen stehen. Dazu gehört die Infragestellung von Fakten. Das Standing von Wissenschaft ist in der Klimafrage prekär. Zwar gibt es einen großen Konsens, dass wir eine Klimakatastrophe vor uns haben. Damit verschiebt sich der Spielraum, den die Gesetzgebung normalerweise gerade bei prognostischen Entscheidungen hat, von der Frage, ob da eine Gefahr vorliegt, hin zur Frage, welchen Weg sie beschreiten will, um mit dieser umzugehen. In anderen Bereichen, in denen es um die Zukunft geht, ist Verfassungsrecht großzügig: „Da mischen wir uns jetzt mal nicht ein, wir machen hier keine Kaffeesatzleserei“. Beim Klima ist die Lage aber akzeptiert akut. Nur die Wege sind dann offener. Zudem ist die Klimafrage eine genuin globale Frage. Das ist nicht neu für das moderne Recht, nur neu für das westfälische Recht des alten Nationalstaats. Die Internationalisierung auch nationalen Verfassungsrechts läuft, wenn auch unterschiedlich in den Weltregionen und einzelnen Ländern, und für das BVerfG gilt, dass das Grundgesetz im Lichte der ratifizierten völkerrechtlichen Verträge auszulegen ist. Aber auch wenn das ständige Rechtsprechung ist: Es ist historisch revolutionär und nicht zu unterschätzen. Eine nationale Verfassung, für die das Völkerrecht wirklich zählt! Die Klimakrise verdeutlicht, warum unser Konstitutionalismus „eingebettet“ sein muss. Hier gilt es nicht nur, die großen globalen Grundsätze mitzuberücksichtigen, sondern ein globales Problem, das global adressiert wird, aus der nationalen Perspektive unter Integration dieser globalen Aspekte und regionalen Verpflichtungen anzugehen. Das ist „a case in point“, das hat etwas Paradigmatisches, ein Brennglas für strukturelle Entwicklungen, die die Justiz fordern.

VM: Diesen Punkt möchte ich gerne unterstreichen. Es geht für das Recht um Aspekte, die wir bei umweltpolitischen Fragen schon länger sehen, aber die sich jetzt im Brennglas nochmal verdichten. Der eine Aspekt ist, wie erwähnt, die Vernetzung von der globalen und der national verfassungsrechtlichen Ebene. Ein weiterer Aspekt ist die Langfristigkeit. Sie ist auch nicht grundlegend neu, aber besonders relevant in der Klimakrise. Angesichts künftiger Generationen und der Irreversibilität ist die Langfristigkeit sehr prägend. Dazu kommt, dass die Klimakrise als Teil der vielen, der multiplen Krisen, die wir jetzt haben, Ausdruck von gesellschaftlichen Naturverhältnissen ist, die wir die längste Zeit nicht als solche begriffen haben. Da stellen sich für die Rechtspolitik Fragen, die uns noch viel weiter in die Zukunft und zu anderen Fragen führen: Wer hat eigentlich Rechte und wie gestalten wir die gesellschaftlichen Naturverhältnisse? Das kommt in der Klimakrise besonders intensiv heraus und ist perspektivisch eine Besonderheit.

juridikum: Daran anknüpfend: Wie sehr wird die Klimakrise Rechtsordnungen noch verändern? Wie viele dogmatische Stellschrauben kann und soll die Klimakatastrophe in Bewegung setzen?

SB: Ich habe gewisse Schwierigkeiten mit der Frage, weil ich aus meiner Sicht als Richter*in gar nichts in Bewegung setze. Als Richter*in habe ich schon so viel Stoff zu verarbeiten – allein 150 Bände Judikatur des eigenen Gerichts, Verfassungsvergleichung, Fachwissenschaft usw – dass ich kaum selbst auf tolle dogmatische Ideen komme. Sie werden durch die Rechtsuchenden oder auch die Rechtswissenschaft an ein Gericht herangezogen. In Österreich und in Deutschland hat die Rechtswissenschaft auch eine viel größere Rolle, eine lautere Stimme als in vielen anderen Verfassungsrechtskulturen. Im Klimaverfahren haben die Beschwerdeführenden für das Leben künftiger Generationen gekämpft. Das haben wir mit der „intertemporalen Freiheitssicherung“ ins Verfassungsrecht übersetzt. Aber das macht uns nicht zu dogmatischen Stellschraubenden.

Mein Eindruck ist auch, dass wir am Anfang einer dogmatischen Bewältigung, eines guten dogmatischen Umgangs mit Klimafragen stehen. Verfassungsrechtlich wurde die Freiheit im Klimabeschluss in den Vordergrund gestellt, die körperliche Unversehrtheit ist klassisch prominent, die Gleichheit ist noch ziemlich unterbelichtet, und die Demokratiefrage noch kaum gestellt. Und es fragt sich institutionell, warum da was Gerichte machen und nicht Parlamente. Es gibt also verfassungsrechtliche Baustellen, es ist in der Tat noch nicht alles durchgedacht.

VM: Ich komme aus einer stark positivistisch geprägten Kultur und sehe es genauso wie *Susanne Baer*: Wir sind nicht die Schrauberinnen – das ist Aufgabe der Politik – und wir sind auch nicht die, die in der Funktion als Richter*innen dogmatisch große Vordenker*innen sein können, während wir gleichzeitig Fälle in all ihrer Prallheit bearbeiten müssen. Aber ich sehe es auch so, dass wir bei der Bearbeitung der Klimakrise in rechtspolitischer und dann auch rechtsdogmatischer Hinsicht am Anfang stehen, dass noch nicht alles durchdacht ist. Das ist eigentlich erstaunlich, weil in Österreich und besonders auch in Deutschland die Dogmatik in vielen Bereichen fast atemberaubend fein ziseliert ist. Bei uns in Österreich ist sicher in der grundrechtlichen Schutzpflichtenthematik dogmatisch noch einiges offen. Bei den eingangs angesprochenen prozessoralen Voraussetzungen stellt sich die Frage, ob man das im Kontext der grundrechtlich geprägten Rechtssphäre weiterdenken kann. Eigentum, Gleichheit, Demokratie – da ist im Kontext von Klimafragen überall etwas zum Durchdenken drinnen; bei uns auch sicher zum Thema Staatszielbestimmungen. In der Entscheidung zur dritten Piste des Flughafen Wien ist der VfGH in der Auslegungsfrage, inwieweit Staatszielbestimmungen im Fall des Luftfahrtrechts relevant werden können, zu einem restriktiven Ergebnis gelangt. Jetzt ist interessant, inwieweit der Beschluss aus Karlsruhe vielleicht Diskussionen in Gang setzen wird, das nochmals aus anderer Perspektive zu betrachten. Aber dazu braucht es immer Fälle, die dazu Anlass geben. Das kann man einfach nicht genug betonen. Verfassungsgerichte müssen oft über Fragen entscheiden, die so nah am Politischen sind und auch politische Komponenten haben. Umso wichtiger ist es, dass man ganz klar bei dem bleibt, was die Aufgabe der Rechtsprechung ist, und sich in gut begründetem Rahmen bewegt.

SB: Ich würde den Begriff des Übersetzens nochmals stark machen wollen. Mit *Petra Sußner* habe ich darüber nachgedacht, ob man diese Prozesse als Verhandeln verstehen sollte.⁵ Interessant ist, wie sehr Rechtsvertretungen aus der Mainstreamperspektive argumentieren. Viele denken wohl, dass wir nur davon erreicht werden. Aber ich frage mich, warum nicht wenigstens alternativ innovativer argumentiert wird. Damit möchte ich mich nicht an dem „Die Anwälte bringen es uns ja nicht“-Bashing beteiligen, das Richterinnen und Richter manchmal pflegen. Eher will ich eine Herausforderung beschreiben: Wir bekommen ein Verfahren und sehen, es geht um zukünftiges Leben, Lebensgestaltung, Selbstbestimmung, wohl auch Gleichheit, Gerechtigkeit. Es wird uns aber nicht so serviert. Zur Freiheit hatten wir Anhaltspunkte und konnten daraus die intertemporale Freiheitssicherung machen. Auch zu Staatszielbestimmungen wurde etwas vorgebracht, in Deutschland Art 20a des Grundgesetzes, zu Umwelt, Nachhaltigkeit und Generationengerechtigkeit. Aber das war fast schüchtern, restriktiv interpretiert. Hier glaubten wohl viele nicht an die Erfolgsaussichten neuer Argumente bei Gericht. Jedenfalls sind wir in einem Senat, der – auch politisch – heterogen zusammengesetzt ist, dazu gekommen, ein ausdrücklich als Staatsziel ins Grundgesetz geschriebenes Nachhaltigkeitsgebot auszubuchstabieren. Der Senat wollte, und so begreife ich Verfassung, einen weiteren Teil des Rahmens setzen, ein weiteres Stück Fundament schaffen, auf dem Klimapolitik – dann wieder politisch kontrovers – agieren kann. Insofern mag das innovativ sein, aber in der Übersetzung der Anliegen derer, die zu uns kommen. Der Wille dazu, sowie ein gewisser Mut und eine gewisse Weitsicht, müssen sein. Weitsicht bedeutet in dem Fall auch, sich benachbarter Judikatur zuzuwenden. Wir haben von den Niederlanden, von Frankreich, von Irland zu lernen versucht und gelernt. Wir haben uns auch die Verfahren in Kolumbien oder in Pakistan angeschaut. Und wir haben versucht, in die Zukunft zu denken, aber vor allem verfassungsrechtlich abzubilden, was die Leute umtreibt, die zu uns kommen und nach Recht rufen.

VM: Das finde ich einen ganz wichtigen Gedanken, dass es um die Übersetzung der Anliegen ins Rechtliche geht und dass man dabei auch innovativ ist. Ein anderer Schritt ist es, sich auch retrospektiv und idealerweise parallel dazu in der Rechtswissenschaft, aus dogmatischer Perspektive einen Reim auf die Dinge zu machen. Wenn sich das dann verzahnt, dann hat es das Gericht noch einmal leichter mit der Übersetzungsarbeit.

juridikum: Ein Schwerpunkt dieser juridikum-Ausgabe 1/2022 ist Klimagerechtigkeit. Gefallen sind die Stichworte Gleichheit, gesellschaftliche Naturverhältnisse, die Klimakrise als ein genuin globales Problem. Nun trifft die globale Erwärmung in ihren Auswirkungen auf unterschiedliche Resilienzen: Menschen sind – global wie lokal – unterschiedlich betroffen und tragen unterschiedlich bei. Viele sagen, Klimagerechtigkeit ist

⁵ *Sußner/Baer*, Verhandeln: Zur Ko-Konstitution von Recht und Geschlecht in der Rechtspraxis des Refoulement-Schutz durch EGMR, *Feministische Studien* 2021, 225.

erst dann denkbar, wenn sie von der Perspektive der Marginalisierten oder Vulnerablen denkt. Unsere Frage: Lassen sich die Klimakatastrophe und soziale Gerechtigkeit mit rechtlichen Mitteln verknüpfen? Wenn ja, wie?

VM: Das ist so eine große Frage und meine erste Reaktion ist: Klimakrise und soziale Gerechtigkeit sind eng verbunden, aber wir als Gerichte sind nicht die, die anfangen können zu verknüpfen. Konstruktiv gedacht müssen sie sich mit rechtlichen Mitteln verknüpfen lassen. Wenn wir als Gesellschaft die Frage der Bewältigung der Klimakrise nicht mit Fragen sozialer Gerechtigkeit zusammendenken, dann wird es keine nachhaltigen und tragfähigen Lösungen geben – rechtspolitisch gesprochen. Wenn Bewältigung der Klimakrise eine grundlegende Transformation der Art, wie wir leben und wirtschaften bedeutet, dann werden rechtliche, demokratisch legitimierte Mittel eine Rolle spielen.

Es ist bekannt, dass die Klimapolitik Verteilungswirkungen von Recht mitdenken muss. In der Klimakrise heißt das auch, dass es zB im urbanen Bereich darum geht, wie die Stadtplanung bzw die Verkehrsplanung so gestalten kann, dass zB alte Menschen oder Menschen, die sich nicht oft aus der Stadt rausbewegen, gut leben können. Sattsam bekannt ist im Zusammenhang mit der Energiewende das Schlagwort Energiearmut. Es heißt auch danach zu fragen, wie eine Steuerreform so gestaltet werden kann, dass nicht die, die es sich am wenigsten leisten können, am stärksten belastet werden. Das sind Themen, die wir als Gesellschaft auf den Punkt kriegen müssen, wenn die Krise bewältigt werden soll.

In der momentanen rechtspolitischen Diskussion um dieses Verbinden geht es noch zu sehr entweder um „technological fixes“, dh darum, dass Innovator*innen nur das Richtige erfinden müssten, oder darum, dass Konsument*innen nur richtig konsumieren müssten. Es gibt zu wenige grundlegend strukturelle Betrachtungen. Mehr Aufmerksamkeit brauchen die Fragen: Wie schaffen wir eine taugliche Infrastruktur im klassischen technischen Infrastrukturbereich oder in Bildungsfragen, damit überhaupt die Möglichkeit besteht, dass alle, nicht nur einige wenige, klimagerecht leben können? Das halte ich für die eigentliche Herausforderung der Klimakrise. Denn ich sehe eher die Gefahr, dass einige wenige in wunderbar nachhaltigen Ökohäusern leben und ganz viele unter schlechten Bedingungen. Wenn wir das nicht hinkriegen, national und global, dann war es das. Aber zurück zu den rechtlichen Mitteln: Da stellen sich viele Herausforderungen, beginnend mit der Frage: Wer soll all diese Entscheidungen treffen, diese Suchbewegungen durchführen? Sollen das auch Klimaräte sein, wie wir jetzt auch einen in Österreich haben? Braucht es da andere Formen, einer Ergänzung der repräsentativ-demokratischen Entscheidungsfindung? Wie sieht es mit konkreter Instrumentierung aus?

SB: Das kann ich alles unterschreiben. Also nur ergänzend: Erstens irritiert mich eine Gleichsetzung vulnerabel/marginalisiert. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist „vulnerabel“ eine Verletzbarkeit, die über Schutzpflichten oder grundrechtlichen Schutz adressiert wird. Das Marginalisierte hat demgegenüber stark politische Anklänge; es benennt ein Partizipations- oder Repräsentationsdefizit. Dieses Defizit kompensieren auch

Verfassungsgerichte, anknüpfend etwa an *John Hart Ely*, durch Grundrechtsschutz und Schutz demokratischer Verfahren. Zweitens habe ich aus der feministischen Rechtswissenschaft gelernt, dass ein großes Vorsicht-Ausrufezeichen mit im Raum sein muss, wenn von Vulnerabilität oder Marginalisierung gesprochen wird. Denn es besteht die Gefahr der stereotypen Reviktimisierung. Beim Klimabeschluss des BVerfG waren die Beschwerdeführenden junge Leute, sodass die Frage der Generationengerechtigkeit aufgeworfen wurde. Die jungen Leute konnten noch nicht wählen, sind also politisch marginal. Vielleicht bestand für die, die an der Küste wohnten, auch eine gewisse Vulnerabilität. Aber was wissen wir genau über deren sozialen Hintergrund, die sozialen, auch ökonomischen Ressourcen? Die feministische und kritische Rechtswissenschaft kann uns beibringen, dass „das Opfer“ und „die marginalisierte Person“ sehr konkret und genau zu betrachten ist, um nicht zu schnell in eine problematische Gruppenzuschreibung zu verfallen. Zudem handelt es sich um strategische Prozessführung. Da werden auch Beschwerdeführende ausgesucht. Diejenigen aus Nepal und Bangladesch waren spezifisch vom Klimawandel Betroffene. Aber auch da wissen wir oft nicht genug. Die Gesamtzuschreibung „Opfer der Klimakrise“ ist jedenfalls immer schwierig.

Und welche Gerechtigkeitsfragen sind in der Klimafrage enthalten? Die Frage nach Generationengerechtigkeit bezogen auf die Jungen, die zukünftigen Generationen, wurde bereits aufgeworfen und wird an *Fridays For Future* auf den Straßen thematisiert. Die Frage der internationalen Solidarität, also der internationalen Verteilungsgerechtigkeit, Verantwortungsgerechtigkeit und Haftungsgerechtigkeit, ist mit dem Pariser Klimaabkommen aufgeworfen, allerdings nicht zur Zufriedenheit – insb der stark betroffenen und Nicht-Industrieländer – beantwortet. Das ist eine laufende politische Debatte, die Gerichte nur begrenzt adressieren können. Allerdings hat das BVerfG im Klimabeschluss zum Erstaunen vieler entschieden, dass es grundsätzlich zulässig ist, wenn Menschen aus Nepal oder Bangladesch in Deutschland die ihnen drohenden oder bereits eingetretenen Folgen der Klimakrise vorbringen. Nur im Ergebnis ist dann auch festzustellen, dass der deutsche Staat dafür keine Verantwortung übernehmen kann. Die Schutzpflicht konkretisiert sich anders, wenn es um Menschen im Ausland geht.

In den Debatten taucht in mehrfacher Hinsicht auch die Kostengerechtigkeit oder Lastenverteilungsgerechtigkeit auf, oder die Energiearmut. Aber es gibt auch eine Kostenlast, die Industriezweige tragen. Hier liegt nicht unbedingt die Sympathie des Klimaaktivismus, aber als Verfassungsrichterin und als an sozialer Gerechtigkeit insgesamt Interessierte muss ich auch das ernst nehmen. Wie ist zu entscheiden, wenn die Zement- oder Baubranche lahmgelegt würde, weil Zement einer der Emissionstreiber auf dieser Welt ist? Wer trägt die Kosten dieser massiven Eingriffe in die Rechte der Beteiligten? Wie sind sie zu rechtfertigen? In Karlsruhe und damit Baden-Württemberg, wo das BVerfG sitzt, liegt diese Frage sehr nahe. Die baden-württembergische Autoindustrie hat einem Strukturwandel lange zugeschaut und muss ihn jetzt massiv angehen. Da stimme ich *Verena Madner* zu: Es gibt Rechtsgebiete, die jetzt richtig aufregend werden. So war das

Steuerrecht bisher keine Spielwiese derjenigen, die die Gesellschaft neu, zukunftsfähig und solidarisch denken wollten – aber das ist ein Gebiet, in dem noch viel zu tun ist. Auch Planungsrecht oder Baurecht sind klimajuristisch spannend. Und das Recht der demokratischen Verfahren: In Kolumbien hat das Verfassungsgericht auf eine Klage hin angeordnet, dass der Gesetzgeber Beratungsgremien installieren und betroffene Menschen an der Auseinandersetzung über Maßnahmen gegen den Klimawandel beteiligen muss. Das geht weit, steht aber auch im Kontext des Kontinents. Und grundsätzlich ist uns auch in Deutschland nicht fremd, in einer komplexen Frage mit vielen Gerechtigkeitsanforderungen nach einer hinreichenden Legitimation zu fragen und hinreichende Beteiligung zu fordern. Darüber müssen wir jedenfalls – als Wissenschaft, als Gesellschaft, als Rechtsstaat – sehr intensiv nachdenken.

juridikum: Einmal umgekehrt gefragt: Was wünschen Sie sich von der Wissenschaft, insb der Kritischen Wissenschaft in Sachen Klimagerechtigkeit? Was würden Sie gerne lesen? Ich frage nicht zuletzt deshalb, weil viele unserer Leser*innen aus diesem Bereich kommen.

SB: Kritische Rechtswissenschaft ist für mich ein Feld mit der einzigartigen Expertise, selbstkritisch über sich kompliziert verschachtelnde Ungleichheitslagen nachzudenken. Intersektionale Ungleichheiten global gedacht – das ist der Kern. Und diese Expertise wird jetzt für die Klimagerechtigkeitsfrage gebraucht. Was wünsche ich mir? Noch genauere Analyse und Lektüre des Mainstreams. Also eine Kritik, die so innovativ wie produktiv wie genau und präzise ist. Denn nur das kann ich aus der Perspektive einer Richter*in verarbeiten, nur das hilft. Die Brachialkritik braucht es zwar politisch, ebenso den Protest. Aber wenn ein Gericht sucht – und ich suche oft nach einer guten Idee, einer Formulierung, konzeptioneller Schärfung –, dann wünsche ich mir produktiv kritische Präzision. Dazu kommt: Es wäre gut, sich mir und auch vielleicht konservativeren Entscheidenden nachvollziehbar und verständlich zu machen. Das fordert nicht Kompromiss und gar Opportunismus, aber den Willen zu Kommunikation und Überzeugungsarbeit, auch wenn diese frustrierend und mit Rückschlägen verbunden ist. Ohne das gemeinsame Suchen geht es nicht. Das ist vielleicht ein bisschen pathetisch formuliert, aber das wäre mein Wunschpaket.

VM: Dieser Wunsch möge in Erfüllung gehen. Ich erlebe es auch so in einem weiteren Feld, das mich wissenschaftlich beschäftigt: dem Bereich der Außenhandelsrechts und der Handelsverträge. Wenn man wirklich Literatur sucht, die sich kritisch, aber in einer Detailtiefe sorgfältig rechtswissenschaftlich mit diesen Dingen beschäftigt, dann wird es oft recht dünn. Es ist klar, dass die Anforderungen von NGOs, die sich zB mit der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit oder mit dem Energiechartavertrag auseinandersetzen und dazu schreiben, aus vielen Gründen andere sind als jene der Rechtswissenschaft – ich kann sie dann nur nicht zitieren. Aber wenn man sich was wünschen dürfte, würde ich es genau so sehen wie *Susanne Baer*. Es fehlen jene Beiträge, mit denen man dann mit anderen Sichtweisen in den Dialog oder in Opposition gehen kann, auf Augenhöhe aber

mit genau diesem kritischen Blick im Argumentarium. Das wäre aber wichtig, weil man aus der Auseinandersetzung so viel lernen kann. Leider handelt es sich in den Diskussionen oft um komplette Parallelwelten, in denen bereits die verwendeten Begriffe wechselseitig nicht verstanden werden, und das ist nicht gut.

SB: Es ist wichtig, aus dem Fundus dessen, was kritische Perspektiven bereits erarbeitet haben, zu schöpfen, also auch zu erkennen, wieviel da schon im „Offstream“ oder „Sidestream“ ist. Wieviel lässt sich gerade für die eben in gewisser Hinsicht paradigmatische Frage der Klimagerechtigkeit aktivieren? Und das muss dann freundlich erklärt und rezipierbar werden. Es ist natürlich heikel, damit die Last immer auf die Schultern der kritischen Menschen und Perspektiven zu legen, sich zu erklären – man könnte auch von den anderen erwarten, dass sie ernsthaft lesen und zuhören. Aber so ist die Welt. Kritisch radikal zu denken und zu meinen, der Mainstream habe nur darauf gewartet und applaudiere begeistert, ist eine strukturell merkwürdige Erwartung. Insofern gehört es zum Job der Kritik, diese Mühe auf sich zu nehmen. Ich habe allerdings auch den Eindruck, dass die Rezeptionschancen höher sind, als ich sie mir vor meiner Zeit am Gericht hätte vorstellen können. Als feministische Rechtswissenschaftlerin war ich da skeptischer, aber unmöglich ist da nichts.

juridikum: Zum Schluss noch ein Blick in die Zukunft: Welche weiteren Entwicklungen hinsichtlich Klimaklagen, Klimagerechtigkeit und Rolle der Gerichte erwarten Sie sich in den nächsten Jahren?

SB: Ich beginne mit einem Wunsch, wohl einer Hoffnung. Es möge erkannt und verstanden werden, dass Klimaklagen strukturell perfekte Fragen für Verfassungsgerichte liefern, die da eine große und schwierige Aufgabe haben, nicht etwa Klimapolitik zu machen, sondern den Rahmen für Klimapolitik zu sichern. Das ist der große Unterschied zwischen Verfassungsrecht und Politik, aber auch die zwingende Verschränkung. Klimapolitische Entscheidungen müssen langfristig getroffen werden, Politik ist kurzfristig an Legislaturperioden gebunden. Klimaschutzpolitik ist unattraktiv für aktuelle politische Mehrheiten, weil sie auch Umbau und auch Verzicht bedeutet. Und genau das kennen wir aus dem Minderheitenschutz – und dafür wurden Verfassungs- und Menschenrechtsgerichte erfunden: Damit Mehrheiten nicht einfach auf Kosten anderer machen, was sie wollen. Das gilt in der globalen Gerechtigkeitsfrage wie auch in der sozialen Solidaritätsfrage. Mir ist so wichtig, dass das verstanden wird, weil Verfassungsgerichte weltweit unter einem hohen Druck stehen und mittlerweile in einer Art und vor allem Tonlage attackiert werden, die mich beunruhigt. Justizkritik und auch Richterschelte gab es immer, aber das hat an Drive gewonnen, und die Situation ist im Moment doch prekär. Die Klimafrage sollte nicht zur Schwächung und Demontage beitragen, wo Gerichte als übergriffige Politakteure denunziert werden. Daher müssen die, die sonst sehr versiert Gerichte kritisieren, aufpassen, dass sie die Rolle von Gerichten nicht über- oder unterschätzen, sondern präzise beschreiben – denn hier handelt es sich um eine derzeit gefährdete

Spezies. Gerichte müssen eine Aufgabe erfüllen und sollten nicht schon daran scheitern, dass fahrlässig oder vorsätzlich nicht verstanden oder vermittelt wird, warum Gerichte hier etwas zu tun haben.

VM: Da stimme ich zu. Was die Entwicklungen in der Zukunft angeht, erwarte ich relativ bald eine Entscheidung in Straßburg, die uns etwas mehr zum Art 8 EMRK im Zusammenhang mit Klimaschutz sagt. Das ist etwas ganz Konkretes und wird in irgendeiner Form kommen, weil ja genug Fälle anhängig sind – von den Klimaseniorinnen über die portugiesischen Jugendlichen und andere.

Hinsichtlich der von *Susanne Baer* erwähnten prekären Situation von Verfassungsgerichten sind wir in Österreich an einem anderen Punkt. Wir rangieren im Vertrauensindex gerade hoch, einige Entscheidungen wurden in der Öffentlichkeit sehr gut aufgenommen. Da sehe ich aber auch die Gefahr, dass man dann wieder tief fallen kann. Wir hatten jetzt gesellschaftspolitische Entscheidungen zB zur Sterbehilfe oder Ehe für alle, die eine Tendenz der Politik aufgezeigt haben, gewisse Fragen von Verfassungsgerichten entscheiden zu lassen. Dabei ist man dann immer in der Gefahr, als politisches Gericht denunziert zu werden. Das ist im Klimaschutz genauso. Es ist wirklich eine schwierige Balance und schlägt eine Brücke zu dem, was wir vorhin besprochen haben: Wie vermittelt sich ein Gericht? Früher hat man gesagt, das Gericht spricht durch seine Entscheidungen. Dann hat man irgendwann gesehen, dass das in einer Mediengesellschaft so nicht funktioniert und man vielleicht doch ein bisschen mehr kommunizieren muss, zB durch Pressemitteilungen. Schließlich haben Gerichte angefangen, Twitter und sonstige soziale Medien zu nutzen, aber schnell gemerkt, das passt auch nicht ganz. Insofern ist es noch ein Stück weit ungelöst, wie man die gesellschaftlich eminent wichtigen demokratiepolitischen Funktionen von Verfassungsgerichten gut vermittelt. Es wäre für die Zukunft schon fein, wenn es zB Jurist*innen gäbe, die diese Verbindung von Journalismus und seriöser rechtswissenschaftlich fundierter Betrachtung schaffen.

SB: Ich würde mir noch etwas von der Forschung wünschen. Es gibt sehr viele offene Fragen. Und wenn Forschung etwas kann, dann methodisch versiert Fragen präziser zu stellen, und dann hoffentlich zu einer Antwort beizutragen. Was genau soll Klimagerechtigkeit denn sein? Ein Konzept nur aus der Perspektive der Marginalisierten? Da wäre ich vorsichtig. Ist das die gerechtigkeitstheoretische Fokussierung, die trägt? Oder: Wieviel Kolonialismus steckt in der Klimaungerechtigkeit und heutiger Klimapolitik? Und: Wieviel Geschlecht steckt im Klima? Und zu den Klimaklagen: Wie soll Zugang zum Recht aussehen? Was bedeutet es, wenn Klagen nur kleine Ausschnitte aus einem sehr komplexen Politik- und Regulierungsfeld einem Gericht servieren, dessen Entscheidung dann aber weitreichend wirkt? Und dazu eine Rezeptionsstudie: Wie ist eigentlich auf die Entscheidung des VfGH und des BVerfG reagiert worden? Da würden Gerichte sicherlich gerne lernen, wie wir besser kommunizieren können. Es braucht hier sehr viel

interdisziplinäre, aber auch juristische Forschung – und die braucht es schnell, weil der Planet schlicht „den Bach runtergeht“. Gerichte suchen Antworten – und brauchen dabei Unterstützung. Es geht nicht allein. Und die Wissenschaft hat hier eine fulminante Rolle.

VM: Das war doch ein schönes Schlusswort.

Dieses Interview wurde am 22. Jänner 2022 per Videokonferenz von Dr.ⁱⁿ Petra Sußner, Ass.ⁱⁿ iur. Ida Westphal und Mag.^a Eva Pentz, BA MBA geführt. Es handelt sich um eine autorisierte und freigegebene Version.

Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Verena Madner ist Vizepräsidentin und Mitglied des österreichischen Verfassungsgerichtshofs. Sie ist zudem Professorin an der Wirtschaftsuniversität Wien und leitet dort die Institute für Recht und Governance sowie Urban Management und Governance. Umwelt- und Energierecht zählen zu ihren ausgewiesenen Forschungsschwerpunkten.

Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Susanne Baer, LL.M. (Michigan) ist Richterin des Ersten Senats am deutschen Bundesverfassungsgericht. An der Humboldt Universität zu Berlin hat sie die Professur für Öffentliches Recht und Geschlechterstudien inne und leitet in der DFG Forschungsgruppe Recht-Geschlecht-Kollektivität das Projekt zu Umweltrecht und Umweltklagen.

Klimagerechtigkeit durch Klimaklagen?

Eine kritische Analyse aus menschenrechtlicher Perspektive

Helen Keller / Corina Heri

1. Einleitung

Klimaaktivist_innen und Umweltorganisationen setzen bei ihren Bemühungen um Klimagerechtigkeit große Hoffnungen auf die sogenannten Klimaklagen. Eine eigentliche Definition dieses Begriffs gibt es nicht. Grundsätzlich geht es dabei um verschiedene Versuche, durch gerichtliche Entscheidungen eine Reaktion auf klimarelevantes Handeln zu erzwingen.¹ Tatsächlich hat die Zahl der klimarelevanten Verfahren vor Verfassungsgerichten und Menschenrechtsinstanzen in den letzten Jahren stetig zugenommen; in diesen Fällen stützen sich die Beschwerdeführer_innen zunehmend auf grund- und menschenrechtliche Argumentation.² Fälle wie das niederländische *Urgenda*-Urteil,³ der Klimaentscheid des UNO-Kinderrechtsausschusses,⁴ oder die vier anhängigen Klimafälle vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)⁵ zeigen, dass Fragen, die auch als Probleme der Klimagerechtigkeit verstanden werden können, in diesen Verfahren immer häufiger auftreten. Das ist tw darauf zurückzuführen, dass die Beschwerdeführer_innen explizit mehr Klimagerechtigkeit fordern; in vielen Fällen ergibt es sich auch implizit aus den konkreten menschenrechtlichen Problemstellungen.⁶

Um zu verstehen, wie das Bestreben nach mehr Klimagerechtigkeit die Grund- und Menschenrechte herausfordert, muss erst geklärt werden, was unter Klimagerechtig-

1 In ähnlichem Sinne, vgl *Deutscher Bundestag*, Rechtliche Grundlagen und Möglichkeiten für Klima-Klagen gegen Staat und Unternehmen in Deutschland, WD 7-3000-116/16 (2016) 4.

2 Wieser, Alle Menschen haben ein Recht auf Schutz vor den negativen Folgen des Klimawandels, *Zeit für ein neues Grundrecht?*, juridikum 2021, 141.

3 Hoge Raad der Nederlanden 20.12.2019, *Urgenda v the Kingdom of the Netherlands*, ECLI:NL:HR:2019:2006.

4 UNO-Kinderrechtsausschuss, *Sacchi und andere gegen Argentinien, Brasilien, Frankreich, Deutschland und die Türkei*, UN Doc CRC/C/88/D/104/2019. Es gab fünf separate Entscheidungen in diesem Fall; in diesem Beitrag wird jene bezüglich Argentinien zitiert.

5 EGMR 13.11.2020, 39371/20, *Duarte Agostinho und andere/Portugal und 32 weitere Mitgliedstaaten*; EGMR 17.3.2021, 53600/20, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz und andere/Schweiz*; eine Beschwerde gegen Österreich bezüglich der Gesundheitsfolgen wärmerer Temperaturen für einen chronisch kranken Mann (eingereicht am 25.3.2021), www.michaelakroemer.com/wp-content/uploads/2021/04/rechtsanwaeltin-michaela-kroemer-klimaklage-petition.pdf (9.12.2021); und eine Beschwerde gegen Norwegen bezüglich der arktischen Ölgewinnung (eingereicht am 15.6.2021), www.greenpeace.org/static/planet4-norway-stateless/2021/06/0392a3c0-people-vs.-arctic-oil-%E2%80%93-application-to-the-ecthr-%E2%80%93-for-distribution_skjult-innhold.pdf (9.12.2021).

6 So nennen sich die sechs Beschwerdeführer_innen im anhängigen *Duarte Agostinho*-Fall „Youth4ClimateJustice“, vgl *Youth4ClimateJustice*, 2.9.2020, <https://youth4climatejustice.org/> (9.1.2022).

keit verstanden werden kann. Gestützt auf rechtstheoretische, politikwissenschaftliche und soziologische Grundlagen ergeben sich unterschiedliche Verständnisse.⁷ Ebenso wird der Begriff durch das Gerechtigkeitsverständnis von diversen Klimabewegungen geprägt.⁸ Ansprüche auf Klimagerechtigkeit können sowohl innerhalb einer nationalen Gesellschaft wie auch global konzipiert sein und lassen sich in zwei Kategorien unterteilen.

Erstens geht es um die Verwirklichung von materiellen Gerechtigkeitsideen, die sich mit der „Anerkennung von Verschiedenheit“ und der Umverteilung gewisser sozio-ökonomischer Güter befassen.⁹ Die verschiedenen Verständnisse von materieller Gerechtigkeit liegen zum Teil weit auseinander.¹⁰ In diesem Beitrag soll keine eigentliche Theorie der materiellen Klimagerechtigkeit vorgelegt werden. Bestehende Definitionsversuche bieten aber Anknüpfungspunkte für eine Auseinandersetzung mit den diversen Gerechtigkeitsaspekten. Vor einer simplen Gleichstellung der Klimagerechtigkeit mit der Verwirklichung der Menschenrechte¹¹ muss allerdings gewarnt werden. Die Menschenrechtssysteme haben bislang noch nicht gezeigt, dass sie dem Klimawandel wirksam entgegenzutreten können.¹² Die materielle Klimagerechtigkeit wird oft als Frage der Bekämpfung von sozio-ökonomischen Ungleichheiten und der Verteilung knapper Ressourcen verstanden. Bei solch komplexen Konstellationen stoßen die Menschenrechte konzeptionell an ihre Grenzen.¹³ Dasselbe gilt auch bei der globalen Verteilungsgerechtigkeit sowie den Gleichheits- und Anerkennungsfragen, die sich mit Bezug auf klimabezogene Verletzlichkeiten und intergenerationelle Interessenskonflikte stellen.

Zweitens betrifft die Klimagerechtigkeit das Verfahren.¹⁴ Ein gerechtes Verfahren überzeugt die Verfahrensbeteiligten (sowie auch Dritte) von der getroffenen Lösung.¹⁵ Im Wesentlichen geht es hier um die Wahrnehmung des Streitbeilegungsmechanismus und dessen Ausgang.¹⁶ Fehlende Verfahrensgerechtigkeit kann die Legitimität eines Verfahrens aus der Perspektive verschiedener Beteiligter in Frage stellen. Dabei wird ein Ver-

7 Vgl. *Honneth/Fraser*, Umverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse (2003); *Jafry*, Routledge Handbook of Climate Justice (2020); *Atapattu/Gonzalez/Seck*, The Cambridge Handbook of Environmental Justice and Sustainable Development (2021).

8 Vgl. *Gerstetter*, Im Gerichtssaal und auf der Straße – unterschiedliche Wege, ein Ziel? Zum Verhältnis von politischem Aktivismus für Klimagerechtigkeit und Klimaklagen, *juridikum* 2022, 116.

9 *Fraser*, Zur Neubestimmung von Anerkennung in *Schmidt am Busch/Zurn*, Anerkennung (2009) 201.

10 *Fraser*, Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation (1996); *Honneth/Fraser* (2003).

11 ZB *Greenpeace International*, What Does Climate Change Have to Do with Human Rights? 10.12.2018, www.greenpeace.org/international/story/19885/what-does-climate-change-have-to-do-with-human-rights/ (9.12.2021).

12 Ähnlich das Argument in *Moyn*, Not Enough (2018).

13 *Moyn*, Not Enough; *Fredman*, Redistribution and Recognition: Reconciling Inequalities, *South African Journal on Human Rights* 2007, 214.

14 *Lind/Tyler*, The Social Psychology of Procedural Justice: Critical Issues in Social Justice (1988); *Dietzel*, Environmental Justice, in *Brown/McLean/McMillan*, A Concise Oxford Dictionary of Politics and International Relations (2018).

15 *Goppel/Mieth/Neuhäuser*, Handbuch Gerechtigkeit (2016) 138. Vgl. *Rawls*, Gerechtigkeit als Fairness: Ein Neuentwurf (2003).

16 *Tyler*, Procedural Justice and the Courts, *Court Review: The Journal of the American Judges Association* 2007, 26.

trauensverlust durch die beteiligten Beschwerdeführer_innen oft in den Vordergrund gestellt.¹⁷

Um die Schnittstelle zwischen Klimaklagen und Klimagerechtigkeit zu beleuchten, erscheint es sinnvoll, dass von einem Verständnis der Klimagerechtigkeit ausgegangen wird, das sowohl materielle wie auch prozedurale Aspekte berücksichtigt. Um die Bedeutung der Klimagerechtigkeit für die Menschenrechte zu veranschaulichen, werden in diesem Beitrag diverse Gerechtigkeitsfragen diskutiert, die sich in menschenrechtlichen Klimaklagen stellen. Anschließend werden zwei prozessrechtliche Themen besonders herausgegriffen: die örtliche Zuständigkeit und die Opfereigenschaft. Am Schluss wird das zukünftige Potenzial von Klimaklagen untersucht.

2. Klimagerechtigkeitsfragen als Herausforderung für das Menschenrechtssystem

Ein erstes Problem bei der Bekämpfung des Klimawandels betrifft die Lastenverteilung zwischen den Generationen. Kinder und Jugendliche genießen zwar besonderen menschenrechtlichen Schutz.¹⁸ Diese Rechte kommen im Klimakontext aber häufig zu kurz, weil junge Menschen sich nicht oder nur beschränkt an politischen Entscheidungsprozessen beteiligen können. Neben diesen Ansprüchen stehen auch Rechte von *zukünftigen* Generationen zur Diskussion. Diese sind im geltenden Recht allerdings weniger stark geschützt. Auf menschenrechtlicher Ebene ist eine zukunftsorientierte Schutzpflicht gerade im Umweltzusammenhang zwar nicht ausgeschlossen,¹⁹ aber die Menschenrechte sind grundsätzlich auf Beeinträchtigungen ausgerichtet, die bereits bei lebenden Individuen stattgefunden haben. Die Verwirklichung einer „ökologischen Chancengleichheit“ ist im klassischen Menschenrechtsschutz nicht anvisiert.²⁰

Zweitens handelt es sich beim Klimawandel um ein globales Problem. Dazu müssen die entscheidenden Akteure – seien es bestimmte Staaten mit (historisch) hohen Emissionen oder auch große Unternehmen²¹ – mit ihrer menschenrechtlichen Verantwortlichkeit identifiziert werden. Man muss es schon fast als Ironie der Menschheitsgeschichte bezeichnen, dass viele Staaten aus dem globalen Süden zwar weniger ausgeprägt für die Klimaerwärmung verantwortlich sind, aber sehr viel stärker von den entsprechenden

17 Van de Graaf, Procedural Fairness: Between Human Rights Law and Social Psychology, Netherlands Quarterly of Human Rights 2021, 11.

18 ZB unter der UNO-Kinderrechtskonvention 1577 UNTS 3.

19 Vgl zB EGMR 30.11.2004, 48939/99, *Önerildiz/Türkei*, Rn 118. Zur „eingriffsähnlichen Vorwirkung“ auf die Freiheitsrechte, vgl das deutsche Bundesverfassungsgericht, *Beschluss des Ersten Senats vom 24.3.2021*, 1 BvR 2656/18. Das Bundesverfassungsgericht spricht sich für den Schutz bereits lebender junger Menschen aus; implizit können auch zukünftige Generationen von diesem Schutz profitieren.

20 Mesch, Klimawandel und die Frage der Gerechtigkeit (2011) 22.

21 Erste Versuche, transnationale Unternehmen für ihre Treibhausgasemissionen verantwortlich zu machen, zeichnen sich ab, s Rechtbank Den Haag 26.5.2021, *Milieudefensie und andere gegen Royal Dutch Shell*, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337. Dieses Urteil ist noch nicht rechtskräftig.

Schäden betroffen sind und sein werden.²² In diesem Zusammenhang muss die Jurisdiktion (im Sinne einer extraterritorialen Anwendbarkeit von staatlichen (Menschenrechts-) Verpflichtungen, die von der herkömmlichen, territorial eingeschränkten Anwendung des Rechts abweicht) von übermäßigen Emissionsverursachern geklärt werden. Ferner braucht es eine Auseinandersetzung mit den migrationsrechtlichen Auswirkungen des Klimawandels.²³

Ein dritter Fragenkomplex dreht sich um die internationale Zusammenarbeit zur Bekämpfung der Klimakatastrophe. Versteht man die Klimagerechtigkeit unter anderem als Anweisung zur internationalen Kooperation zwischen den Staaten,²⁴ ist fraglich, ob Klimaklagen gegenüber einzelnen Staaten solche Bemühungen unterwandern.²⁵ Es geht hier zB um die internationale Hilfe und Zusammenarbeit, wie die Menschenrechte sie im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte kennen.²⁶ Von einem Menschenrechtsurteil kann man in aller Regel nicht eine legitime und effektive Umverteilung von Ressourcen erwarten.²⁷ Der Fokus auf Einzelpersonen und auf Einzelverantwortung kann deshalb in einem Spannungsverhältnis zu systematischen und sozio-ökonomischen Veränderungen stehen, die auf internationaler Kooperation beruhen.²⁸ Auch für die Beurteilung von Verteilungsfragen, zB bezüglich der Kosten der Energiewende²⁹ und der verbleibenden Treibhausgasbudgets, bieten Menschenrechtsbeschwerden konzeptionell wohl nur wenig.

Viertens fordert die Klimagerechtigkeit das vorherrschende Verständnis des Menschenrechtsschutzes fundamental heraus.³⁰ Betroffen ist vorweg das anthropozentrische Verständnis des Schutzsystems, welches *a priori* die Rechte der Umwelt oder von Kollektiven ausschließt.³¹ Dem könnte eine Anerkennung des Rechts auf eine gesunde Umwelt

22 Cruz/Rossi-Hansberg, The Economic Geography of Global Warming (2021) <https://rossihansberg.economics.uchicago.edu/EGGW.pdf> (9.12.2021).

23 UNO-Menschenrechtsausschuss 7.1.2020, Ioane Teitiota gegen Neuseeland, CCPR/C/127/D/2728/2016. In diesem Fall wurde ein Schutzanspruch für Klimavertriebene aufgrund des *non-refoulement*-Gebots zwar für grundsätzlich möglich erklärt, aber im betreffenden Fall verneint.

24 Vanderheiden, Environmental and Climate Justice, in: Gabrielson/Hall/Meyer/Schlosberg, The Oxford Handbook of Environmental Political Theory (2016).

25 Schapper, Climate Justice and Human Rights, International Relations 2018, 275.

26 Schapper, Climate Justice; vgl auch den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte 993 UNTS 3, insb Art 2 Abs 1.

27 Beauregard/Carlson/Robinson/Cobb/Patton, Climate Justice and Rights-based Litigation in a post-Paris World, Climate Policy 2021, 652.

28 Grear, Towards Climate Justice: A Critical Reflection on Legal Subjectivity and Climate Injustice: Warning Signals, Patterned Hierarchies, Directions for Future Law and Policy, Journal of Human Rights and the Environment 2014, 103.

29 Zur globalen Kostenverteilung, vgl Blomfield, Global Justice, Natural Resources, and Climate Change (2019).

30 Ekhardt, RphZ Rechtsphilosophie (2020) 20.

31 Grear, Towards Climate Justice 2014. Zu den kollektiven Aspekten des Rechts auf eine intakte Umwelt und den kollektiven Ansprüchen indigener Völker, vgl Vöneky/Beck, Fünfter Abschnitt: Umweltschutz und Menschenrechte. Internationales Umweltrecht (2017) Rz 6, 56, 97 und 111. S auch Petersmann, 'Narcissus' Reflection in the Lake: Untold Narratives in Environmental Law Beyond the Anthropocentric Frame', Journal of Environmental Law 2018, 235.

in gewissem Maße entgegenwirken.³² Auch der materielle Schutzbereich gewisser Grund- und Menschenrechte wird neu gedacht, wenn zukünftige Beeinträchtigungen eingeklagt werden. Ferner wird die Rolle der Menschenrechtsorgane national und international allgemein hinterfragt, wenn argumentiert wird, dass sich diese immer stärker in staatliche Ermessensspielräume vorwagen, was im Widerspruch zur Subsidiarität des Menschenrechtsmechanismus steht oder die Souveränität des betroffenen Staates einschränkt.³³

Aus der Fülle dieser Fragen werden im Folgenden zwei Prozessvoraussetzungen in jeder Klimaklage aufgegriffen. Es handelt sich um die örtliche Zuständigkeit des Spruchorgans sowie die Opfereigenschaft der Beschwerdeführenden. Der Beitrag zeigt an diesen beiden Beispielen auf, wie die Menschenrechtsorgane mit diesen klimarelevanten Gerechtigkeitsfragen umgehen.

3. Zwei Prozessvoraussetzungen in Klimaklagen

3.1. Jurisdiktion

Grenzüberschreitende Schadensursachen – wie bspw Treibhausgasemissionen – werfen Fragen der extraterritorialen Wirkung der Menschenrechtsverpflichtungen auf. Können Staaten für Schäden verantwortlich gemacht werden, die zwar auf innerstaatliches Handeln oder Unterlassen zurückzuführen sind, aber in Drittstaaten auftreten? Die Extraterritorialität der Menschenrechte ist umstritten, und die restriktive Praxis verschiedener Menschenrechtsinstanzen dazu wird zunehmend kritisiert.³⁴

Zwei Klimafälle sind in diesem Zusammenhang besonders relevant. Es geht um den Klimabeschluss des deutschen Bundesverfassungsgerichts und um den Klimaentscheid des UNO-Kinderrechtsausschusses, beide aus dem Jahr 2021. Das Bundesverfassungsgericht hat die staatlichen Schutzpflichten in seinem Klimabeschluss örtlich eingegrenzt.³⁵ Konkret hat es die Frage des extraterritorialen Schutzanspruches der Beschwerdeführenden aus Bangladesch und Nepal offen gelassen, wobei es aber festgestellt hat, dass der deutsche Staat im Ausland lebende Menschen „ebenso wie die in Deutschland Lebenden dadurch vor den Folgen des Klimawandels schützen [könne], dass er in Deutschland ent-

32 Zum EGMR, PACE Resolution 2396 (2021), 29.9.2021; zum interamerikanischen Kontext, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte (IAGMR), *Advisory Opinion OC-23/17 on the Right to a Healthy Environment OC-23/17*; zum afrikanischen Kontext, Banjul Charter 1520 UNTS 217, Art 24; bei der UNO, UNO-Menschenrechtsrat, Res A/HRC/48/L 23/Rev1 v 8.10.2021.

33 Mayer, *Climate Change Mitigation as an Obligation Under Human Rights Treaties?*, American Journal of International Law 2021, 409.

34 Vgl Raible, *Human Rights Unbound: A Theory of Extraterritoriality* (2020); Mallory, *Human Rights Imperialists: The Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights* (2020); Askin, *Die extraterritoriale Anwendbarkeit des UNO-Sozialpakts im Zeitalter der Globalisierung* (2022, im Erscheinen).

35 BVerfG 24.3.2012, 1 BvR 2656/18.

stehende Treibhausgasemissionen reduziert.“³⁶ Dabei stünden aber nicht die gleichen Schutzmöglichkeiten wie im innerstaatlichen Rahmen zur Verfügung.³⁷

Der UNO-Kinderrechtsausschuss hat in seinem Klimaentscheid die extraterritoriale Wirkung der Menschenrechte unter Berufung auf den Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte bejaht.³⁸ Er hat im Rahmen seiner Zulässigkeitsprüfung zu den grenzüberschreitenden Schäden festgehalten, dass Kinder in Drittstaaten insofern unter die Zuständigkeit des Verursacherstaates fallen, als ein Kausalitätszusammenhang plausibel vorgebracht worden ist und der Verursacherstaat die effektive Kontrolle über die Emissionsquellen innehat.³⁹ Einzelne Staaten können sich also nicht auf die globale Natur des Klimawandels berufen, um sich ihrer Verantwortung zu entziehen.⁴⁰ Die entsprechende Kommunikation wurde zwar für unzulässig erklärt, da die Beschwerdeführenden den innerstaatlichen Rechtsweg nicht ausgeschöpft hatten. Dennoch hat der UNO-Kinderrechtsausschuss hiermit angedeutet, dass eine extraterritoriale Verantwortung für Klimaschäden menschenrechtlich grundsätzlich möglich ist. Das scheint auch der Auffassung von vier weiteren UNO-Menschenrechtsorganen zu entsprechen.⁴¹

Es bleibt abzuwarten, wie der EGMR die Extraterritorialität in den vier anhängigen Klimafällen beurteilen wird. Gemäß Art 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sichern die Vertragsstaaten „allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen“ die Konventionsrechte zu. Eine konventionsrechtliche Erfassung von grenzüberschreitenden Beeinträchtigungen ist zwar möglich,⁴² aber der EGMR geht primär von einem territorialen Verständnis der Zuständigkeit aus; jede extraterritoriale Wirkung soll die Ausnahme bilden.⁴³ Diese Ausnahmen begründet der EGMR entweder über die Sachherrschaft über ein Gebiet oder über eine bestimmte Person.⁴⁴ Die globalen Auswirkungen von innerstaatlichen Treibhausgasemissionen fallen nicht unter diese beiden Ausnahmesituationen.⁴⁵ Der Gerichtshof entscheidet die Jurisdiktion zwar anhand der Umstände jedes Einzelfalles.⁴⁶ Die Einführung eines dritten Modells, welches die grenzüberschreitenden Auswirkungen staatlichen Handelns in den Vordergrund rückt, ist also nicht

36 BVerfG 24.3.2012, 1 BvR 2656/18, Rn 178; s auch Rn 173 ff, 180 f. Vgl Hertz, Klimagerechtigkeit – Ein Fall für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte?, JuWissBlog 60/2021, 9.6.2021, www.juwiss.de/60-2021/ (9.12.2021).

37 BVerfG 24.3.2012, 1 BvR 2656/18, Rn 178.

38 IAGMR, Advisory Opinion OC-23/17, Rn 104.

39 UNO-Kinderrechtsausschuss, *Sacchi*, Rn 10.7.

40 UNO-Kinderrechtsausschuss, *Sacchi*, Rn 10.8-10.11.

41 UNO-Frauenrechtsausschuss, UNO-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, UNO-Wanderarbeitersausschuss, UNO-Kinderrechtsausschuss und UNO-Behindertenrechtsausschuss, Joint Statement on „Human Rights and Climate Change“, 16.9.2019, www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24998&LangID=E (9.12.2021).

42 Vgl EGMR 27.10.2009, 45653/99, *Andreou/Türkei*.

43 Vgl EGMR 12.12.2001 (GK), 52207/99, *Banković und andere/Belgien und andere*.

44 EGMR 21.1.2021 (GK), 38263/08, *Georgien/Russland (II)*, Rn 115.

45 Vgl Raible, Expanding Human Rights Obligations to Facilitate Climate Justice? A Note on Shortcomings and Risks, EJIL:Talk!-Blog, 15.11.2021, www.ejiltalk.org/expanding-human-rights-obligations-to-facilitate-climate-justice-a-note-on-shortcomings-and-risks/ (9.12.2021).

46 EGMR 21.9.2021, 20914/07, *Carter/Russland*, Rn 124.

absolut auszuschließen.⁴⁷ Hier könnte es eine Rolle spielen, ob ein Verfahren aus dem „europäischen Rechtsraum“ (dem „espace européen“) der Konvention stammt.⁴⁸ Eine solche geografische Einschränkung könnte die Befürchtung einer Beschwerdeflut aus Drittstaaten etwas entkräften. Diese Einschränkung müsste aber aus der Perspektive der *globalen* Klimagerechtigkeit kritisch hinterfragt werden.

Gemäß der heutigen Rsp erscheint es eher unwahrscheinlich, dass der EGMR die Möglichkeiten für extraterritoriale Klimaklagen in einem ähnlichen Ausmaß wie der Kinderrechtsausschuss zulassen wird. Abgesehen von der Befürchtung, dass Klimaklagen aus der ganzen Welt in Straßburg eingehen könnten, wären diese Fälle auch materiell schwierig zu beurteilen (Beweiserhebung in einem Drittland, Prüfung der Kausalität, Zurechnung von Schäden zu einzelnen Staaten etc). All das spricht eher gegen eine Ausweitung der Jurisdiktion bei einem Gerichtshof, der bereits heute unter einer enormen Beschwerdeflut ächzt.

Die Praxis der in den Blick genommenen Menschenrechtsorgane zur Jurisdiktion zeigt immerhin erste zaghafte Schritte, wie der Klimawandel prozessual als globales Problem angegangen werden könnte. Von der Realisierung einer Klimagerechtigkeit auf der globalen Ebene sind wir allerdings noch weit entfernt.

3.2. Opfereigenschaft

Die Opfereigenschaft wirft bei Klimaklagen grundsätzliche Gerechtigkeitsfragen auf. Gewisse Arten von Klimaklagen werden durch diese Zulässigkeitsvoraussetzung nämlich von vornherein ausgeschlossen, was für die materielle Gerechtigkeit (im Sinne des Umgangs mit Verschiedenheit und des Zugangs zu sozio-ökonomischen Gütern, die für eine Klage erforderlich sind) und die Verfahrensgerechtigkeit relevant ist. Die Verfahrensregelungen im öffentlich-rechtlichen Beschwerdeverfahren der meisten Länder gehen von der Prämisse aus, dass der Zugang zum Verwaltungs- oder Verfassungsgericht nur einer bestimmten Gruppe von Menschen offensteht. Damit will man Popularklagen verhindern. Die entsprechenden Formulierungen greifen meistens auf eine unmittelbare Betroffenheit⁴⁹ und auf ein aktuelles Rechtsschutzbedürfnis zurück. Vom Klimawandel sind wir aber alle in irgendeiner Weise betroffen. Die Gerichte sind deshalb mit einer schwierigen Frage konfrontiert: Wie grenzt man die Opfereigenschaft sinnvoll ein?

47 Vgl idS EGMR, *Andreou/Türkei*, Rn 25; Sandvig/Dawson/Tjelmeland, Can the ECHR Encompass the Transnational and Intertemporal Dimensions of Climate Harm?, *EJIL:Talk!* 23.6.2021, www.ejiltalk.org/can-the-echr-encompass-the-transnational-and-intertemporal-dimensions-of-climate-harm/. S auch IAGMR, OC-23/17; *Savaresi/Auz*, Climate Change Litigation and Human Rights: Pushing the Boundaries, *Climate Law*, 2019, 244 (255).

48 EGMR, *Carter/Russland*, Rn 134.

49 Dieser Begriff wird von Menschenrechtsinstanzen verwendet, um die Klagebefugnis auf jene Beschwerdeführer_innen abzugrenzen, die effektiv eine Beeinträchtigung ihrer Rechte erfahren haben. Er ist abzugrenzen von den Debatten zu Gewalt, Handlungsmacht und „Rettungsbedürfnis“ (vgl zB *Castro Varela/Dhawan*, Die Migrantin retten!?: Zum vertrackten Verhältnis von Geschlechtergewalt, Rassismus und Handlungsmacht, 41 Österreichische Zeitschrift für Soziologie 13, 2016, Supplement 3).

Wie die folgenden Beispiele zeigen, schlagen die Gerichte unterschiedliche Wege ein. Der EuGH trat unter Verweis auf Art 263 Abs 4 AEUV nicht auf Klimabeschwerden ein. Die Behauptung, dass die strittigen Maßnahmen die Grundrechte verletzen würden, reiche allein nicht aus, um die Zulässigkeit einer von einem Individuum erhobenen Klage zu begründen, ohne Gefahr zu laufen, dass die Anforderungen des Art 263 Abs 4 AEUV gegenstandslos würden.⁵⁰ Ähnlich argumentierte auch das Schweizerische Bundesgericht im Fall der Klimaseniorinnen. Für ein Berührtsein in den angerufenen Grundrechten und damit für eine Opferstellung seien die Beschwerdeführenden nicht im erforderlichen Maß betroffen.⁵¹ Auch der österreichische Verfassungsgerichtshof hat eine – jetzt vor dem EGMR anhängige – Klimabeschwerde abgewiesen, weil die Antragstellenden nicht Adressat:innen der angefochtenen Vorschriften zum Bahnverkehr und zur Luftfahrt waren.⁵²

Anders geht hingegen das deutsche Bundesverfassungsgericht vor. In seinem Klimabeschluss hat es sich ausdrücklich von der Rsp des EuGH distanziert, und festgestellt, dass die Betroffenheit großer Bevölkerungsgruppen der individuellen Grundrechtsbetroffenheit nicht entgegensteht.⁵³ Im Grundgesetz wird also nicht verlangt, dass die Beschwerdeführenden sich durch eine besondere Betroffenheit von der Allgemeinheit abheben müssen.⁵⁴ Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass Kohlenstoffemissionen langfristig in der Erdatmosphäre bleiben, womit spätere Verfassungsbeschwerden gegen heute unumkehrbar in Gang gesetzte Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht mehr den gewünschten Erfolg erbringen könnten und die Beschwerdeführenden deshalb jetzt schon beschwerdebefugt seien (sogenannte intertemporale Freiheitssicherung).⁵⁵

Auch der UNO-Kinderrechtsausschuss scheint bei der Frage der Opfereigenschaft von Individuen weniger streng zu sein. Er trat zwar auf eine Klimabeschwerde nicht ein, weil die nationalen Rechtsmittel nicht ausgeschöpft worden waren, bejahte aber die Opfereigenschaft der sehr jungen Beschwerdeführenden. Die Beschwerdeführenden hätten für die Zwecke der Begründung der Zuständigkeit hinreichend dargelegt, dass die Beeinträchtigung ihrer Rechte aus der Kinderrechtskonvention als Folge der Handlungen oder Unterlassungen des Vertragsstaats in Bezug auf die in seinem Hoheitsgebiet entstehenden Kohlenstoffemissionen vernünftigerweise vorhersehbar war. Die Beschwerdeführenden hätten *prima facie* nachgewiesen, dass sie persönlich einen realen und erheblichen Schaden erlitten haben, und damit sei ihre Opferqualität gegeben.⁵⁶

50 EuGH 25.3.2021, C-565/19 P, *Armando Carvalho und andere/Europäisches Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2021:252, Rn 48, in Anlehnung an die *Plaumann*-Rsp.

51 Schweizerisches Bundesgericht 5.5.2020, 1C 37/2019, E. 5.4. Der Fall ist anhängig vor dem EGMR (EGMR, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz*); die Schweizer Regierung bestreitet die Opfereigenschaft der Klimaseniorinnen.

52 VfGH 30.9.2020, G 144-145/2020-13, V 332/2020-13, Rn 65-71.

53 BVerfG 24.3.2012, 1 BvR 2656/18, Rn 110.

54 BVerfG 24.3.2012, 1 BvR 2656/18.

55 BVerfG 24.3.2012, 1 BvR 2656/18, Rn 130.

56 UNO-Kinderrechtsausschuss, *Sacchi*, Rn 10.14.

Die Betroffenheitsfrage verfügt über einen engen Bezug zur Verletzlichkeit. Werden die Gerichte in Zukunft auf Beschwerden eintreten, weil gewisse Personen von der Klimaerwärmung stärker betroffen sind als andere? Die besondere Betroffenheit kann sich daraus ergeben, dass gewisse Menschen in Regionen leben, wo der Klimawandel sie existenziell bedroht. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, dass sie aufgrund ihres Alters oder einer Krankheit besonders verletzlich („vulnerable“) sind und überproportional stark auf einen Temperaturanstieg reagieren.

Die Arbeit von Umweltorganisationen, die Verfahren für Kollektive oder für die Umwelt als solche führen, wird wegen der globalen Natur des Klimawandels von Bedeutung sein. Die Menschenrechtsorgane werden sich deshalb auch zur Beschwerdebefugnis von Umweltorganisationen äußern müssen. In vielen nationalen Rechtsordnungen kommt den Umweltschutzorganisationen Beschwerdelegitimation zu. Wie von der Aarhus-Konvention gefordert, wird somit das Beschwerderecht von Umweltorganisationen in Umweltangelegenheiten anerkannt.⁵⁷ Die Aarhus-Konvention kommt aber nicht bei allen Klimabeschwerden zum Zug. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat in seinem Klimabeschluss keinen Bezug zu diesem Übereinkommen gemacht und die Verfassungsbeschwerden zweier Umweltorganisationen unter Hinweis auf die fehlende gesetzliche Grundlage für eine solche Beschwerdebefugnis abgelehnt.⁵⁸ Vor Menschenrechtsinstanzen kommt die Aarhus-Konvention bei der Verleihung einer speziellen Beschwerdebefugnis an Umweltorganisationen zwar zum Zug, aber eher selten.⁵⁹ Die *ratio legis* ist, dass gewisse Interessen im politischen Meinungsbildungsprozess, aber auch in konkreten Bewilligungsverfahren immer zu kurz kommen. Deshalb überträgt man diese Aufgabe etablierten Organisationen (sogenannte ideelle Verbandsbeschwerde).⁶⁰ So weit ist man auf internationaler Ebene noch nicht.⁶¹

Wie auch das deutsche Bundesverfassungsgericht⁶² lehnte der EuGH es mit mehrfacher Begründung ab, auf die Klimabeschwerde einer Organisation einzutreten.⁶³ Das Schweizerische Bundesgericht hat die Frage, ob die Vereinigung der Klimaseniorinnen beschwerdelegitimiert ist, offengelassen.⁶⁴ Die Praxis des EGMR ist in dieser Hinsicht nicht eindeutig.⁶⁵ Aus unserer Sicht besteht hier Handlungsbedarf, denn die Organisationen können einen wesentlichen Beitrag dazu leisten, dass Klimaklagen effizient, gebündelt und mit viel Sachverstand vor die Gerichte gebracht werden. Das ist ein Interesse, das der Allgemeinheit zugutekommt und im Endeffekt auch der Klimagerechtigkeit dient.

⁵⁷ Aarhus-Konvention 2161 UNTS 447.

⁵⁸ BVerfG 24.3.2012, 1 BvR 2656/18, Rn 136.

⁵⁹ EGMR 4.12.2003, 49517/99, *Taşkın und andere/Türkei*, Rn 99 and 119.

⁶⁰ Für ein Bsp aus der Schweiz, vgl Bundesgericht 12.2.2018, 1C 312/2017.

⁶¹ Vgl dazu aber EGMR 27.4.2004, 62543/00, *Gorraiz Lizarraga und andere/Spanien*.

⁶² BVerfG 24.3.2012, 1 BvR 2656/18, Rn 128 und 136.

⁶³ EuGH, *Armando Carvalho*, Rn 86-94.

⁶⁴ Schweizerisches Bundesgericht 5.5.2020, 1C 37/2019, E.1.

⁶⁵ *Keller/Pershing*, *Climate Change in Court: Overcoming Procedural Hurdles in Transboundary Environmental Cases*, *European Convention on Human Rights Law Review* 2021, 1 (15 ff).

4. Schlussfolgerungen

Wer von Menschenrechtsorganen erwartet, dass sie Klimagerechtigkeit verwirklichen, dürfte enttäuscht werden. Gerichte sind, wenn sie Lösungen für gesamtgesellschaftliche Probleme vorschlagen müssen, nicht die richtige Adresse. Wenn es darum geht, sozio-ökonomische Ungleichheiten zu kompensieren oder die Verteilungsgerechtigkeit zwischen dem globalen Norden und dem Süden herzustellen, dürften die Gerichte überfordert sein.

Gerichte und Menschenrechtsorgane können aber durchaus einen Beitrag zur Klimagerechtigkeit leisten. Die Natur eines auf das Individuum ausgerichteten Streitbeilegungsmechanismus ist bspw dazu prädestiniert, sich zur besonderen klimabezogenen Schutzbedürftigkeit von bestimmten Gruppen und Individuen zu äußern. Auch Fragen der generationsübergreifenden Gerechtigkeit und des Verständnisses des Menschenrechtssubjekts können erörtert und für den Einzelfall entschieden werden. Inwiefern diese Spruchpraxis verallgemeinerungsfähig ist, muss jeweils genauer geprüft werden. In jedem Fall bilden Gerichte, die sich aus der menschenrechtlichen Werte zur Klimagerechtigkeit äußern, im gesamtgesellschaftlichen Kanon eine wichtige Stimme, die nicht überhört wird.

Klimabedingte Gerechtigkeitsfragen sind bei den Menschenrechtsorganen angekommen. Wie dieser Beitrag gezeigt hat, gilt das unter anderem in Bezug auf die Extraterritorialität und die Opfereigenschaft. Bei der Prüfung dieser Zulässigkeitsfragen wird entschieden, inwiefern die globale Natur des Klimawandels vor Gericht erfasst werden kann, welche Beschwerdeführer_innen vor Gericht zugelassen werden, und ob kollektive oder altruistische Klagen durch Organisationen möglich sind. Das Potenzial dieser Verfahren ist damit aber sicher nicht ausgeschöpft. Verschiedene Grund- und Menschenrechte werden im Klimakontext von den Gerichten noch näher konkretisiert werden. Das gilt insb für das Recht auf rechtliches Gehör, für die politischen Rechte, die Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit. Diese Ansprüche sollen garantieren, dass Betroffene in die entsprechenden Entscheidungsprozesse einbezogen werden. Aber auch das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens oder das Recht auf Eigentum können punktuell dazu dienen, die Netto-Null-Transition mitzugestalten.⁶⁶ Schließlich können auch die kulturellen Rechte eine Rolle spielen, wie ein norwegischer Fall zu den Rechten von Rentierhirten kürzlich gezeigt hat.⁶⁷

All diese Rechte erlauben somit eine gerechtere Ausgestaltung des Klimaschutzes. Die menschenrechtliche Auseinandersetzung mit dem Klimawandel sollte wiederum die theoretische Debatte um formelle und materielle Gleichheit befruchten. Die Menschenrechte dienen als Schutzmechanismus für Interessen, die aufgrund der mehrheitsorientierten

⁶⁶ Vgl. *Jodoin/Savaresi/Wewerinke-Singh*, Rights-based Approaches to Climate Decision-making, Current Opinion in Environmental Sustainability 2021, 45.

⁶⁷ Oberster Gerichtshof von Norwegen 11.10.2021, *Statnett SF et al gegen Sør-Fosen sijte*, HR-2021-1975-S.

Natur der Demokratie unterzugehen drohen.⁶⁸ Eine menschenrechtliche Perspektive – insb unter Berücksichtigung der besonderen Verletzlichkeiten als Mechanismus zum Schutz der Menschenwürde – kann zu einem differenzierten Verständnis der involvierten Interessen und damit auch zu einer besseren Klimagerechtigkeit führen.⁶⁹

Helen Keller ist Professorin für Staatsrecht, Europarecht und Völkerrecht sowie Verfassungsvergleichung an der Universität Zürich und Richterin am Verfassungsgericht von Bosnien-Herzegovina; lst.keller@rwi.uzh.ch

Corina Heri arbeitet als Postdoc-Forscherin an der Universität Zürich; corina.heri@rwi.uzh.ch

68 *Brems/Lavrysen*, Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights, *Human Rights Quarterly* 2013, 176 (184).

69 Vgl *Heri*, Responsive Human Rights: Vulnerability, Ill-treatment and the ECtHR (2021).

The Road Not Taken

Wie Bundesverfassungsgericht und Verfassungsgerichtshof das Klima in der Verfassung verorten

Anna-Julia Saiger

1. Einleitung

Klimaklagen vor Gericht erzählen Geschichten. Sie erzählen von zeitlicher und räumlicher Betroffenheit von den Folgen des Klimawandels und werfen einen Blick in die Zukunft und auf andere Länder. Der gesellschaftspolitische Erfolg der Klimaklagen¹ lässt sich einerseits am Ausgang der Verfahren selbst messen; andererseits können vor Gericht aber auch Vulnerabilitäten sichtbar gemacht oder naturwissenschaftliche Zusammenhänge des Klimawandels veranschaulicht werden.² Gleichzeitig, und damit beschäftigt sich der folgende Beitrag, entsteht derzeit eine Erzählung auf einer akteursfokussierten Ebene – die der Klimarechtsprechung.³ Hier stehen die Gerichte selbst im Mittelpunkt. Sie werden als Akteure im Klimaschutz gefeiert⁴ und gescholten.⁵ Ob den Gerichten aber *judicial activism* oder im Gegenteil eine Verweigerungshaltung in Klimafragen vorzuwerfen ist, gilt es rechtsvergleichend zu ermitteln und letztlich differenzierend zu beantworten.

In Österreich und Deutschland reicht die Erzählung der Klimarechtsprechung nicht lange zurück. Als erster „Klimafall“ Österreichs kann der Streit um die Erweiterung des Flughafens Wien Schwechat angesehen werden, der im Jahr 2017 vor den Verfassungsgerichtshof (VfGH) in Wien gelangte.⁶ Im September 2020 entschied der VfGH sodann über den Individualantrag von Privatpersonen, die gegen die steuerliche Begünstigung der Luftfahrt vorgingen.⁷ In Deutschland gab es im Jahr 2019 ein erstes Klima-Verfah-

1 Zu den methodischen Schwierigkeiten, eine Definition des Begriffs der Klimarechtsprechung zu finden, vgl. *Fitz*, Klimakrise vor Gericht. Klagen als ultima ratio im Klimaschutz?, *juridikum* 2019, 105 (106 ff).

2 Vgl. *Verheyen*, Klagen für Klimaschutz, *ZRP* 2021, 133 (133).

3 *Setzer/Vanhala*, Climate Change Litigation: A Review of Research on Courts and Litigants in Climate Governance, *WIREs Climate Change* 2019/10, 1.

4 *S nur Peel/Osofsky*, Climate Change Litigation, *Annual Rev of L & Soc Science* 2020/16, 21.

5 *Wegner*, Urgenda – Weltrettung per Gerichtsbeschluss?, *Zeitschrift für Umweltrecht* 2019, 3 (3 ff).

6 VfGH 29.6.2017, E 875/2017, E 886/2017. Eingehend *Saiger*, Domestic Courts and the Paris Agreement's Climate Goals: The Need for a Comparative Approach, *Trans Env L* 2020/9(1), 37 (47 ff).

7 VfGH 30.9.2020, G 144-145/2020-13, V 332/2020-13. In der Lit wird dieses Verfahren meist als erstes Klimaverfahren Österreichs bezeichnet, s etwa *Bergthaler/Kerschner/Schulev-Steindl*, Von der Klimaklage zum Klimavolksbegehren, *RdU* 2020, 221 (221).

ren vor dem Verwaltungsgericht Berlin,⁸ das nach der erstinstanzlichen abweisenden Entscheidung rechtskräftig wurde. Die Beschwerdeführenden wählten daraufhin, wie andere auch,⁹ den direkten Weg zum Bundesverfassungsgericht (BVerfG) nach Karlsruhe.¹⁰ Mittlerweile liegt eine Entscheidung über die in einem Verfahren zusammengefassten Beschwerden vor.¹¹

Die beiden jüngsten Entscheidungen könnten kaum gegensätzlicher sein: Während das BVerfG weitreichende Ausführungen zum Klimaschutzgehalt des Grundgesetzes (GG) lieferte und die einfachgesetzlichen Regelungen des deutschen Bundesklimaschutzgesetzes (KSG)¹² in Teilen für verfassungswidrig erklärte, wies der VfGH den Antrag als unzulässig zurück. Dieser Gegensatz spielt sich vor dem Hintergrund der Ähnlichkeit beider Rechtsordnungen ab: Die Verfassungsgerichte der Länder stehen in regem Austausch, Österreich und Deutschland sind völker- wie europarechtlich in dasselbe Klimaregime eingebettet und hier wie dort wird der enge Zugang zur Verfassungsgerichtsbarkeit hochgehalten, um die gerichtliche Kontrolle der Gesetzgebung zu legitimieren.¹³ Der folgende Vergleich ist in drei Teile gegliedert. Zunächst werden die Voraussetzungen und Traditionen der Verfassungsvergleichung zwischen Österreich und Deutschland umrissen, um darauf aufbauend den wichtigsten Kontexten der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen in beiden Rechtsordnungen nachzuspüren. Der zweite Teil stellt die beiden Klima-Beschlüsse vor. Darauf folgt deren Gegenüberstellung. Diesem dritten Teil liegt die Frage zugrunde, ob das eine Gericht die jeweils andere Entscheidung gefällt haben könnte. Diese *legal imagination* folgt der Annahme, dass „[i]nquiries into what happened and what else could have happened are two sides of the same coin.“¹⁴ Einerseits macht der Vergleich die rechtlichen Stellschrauben sichtbar, mit denen sich die Gerichte in Klimafällen regelmäßig auseinandersetzen müssen. Um die Interpretation einzelner gerichtlicher Klima-Entscheidungen aber nicht zu verallgemeinern, sind andererseits die jeweiligen Kontexte angemessen zu berücksichtigen. Auf der Grundlage einer solchen differenzierten Lesart kann schließlich der unterschiedliche Umgang der Gerichte mit Rechtsfragen des Klimawandels als Inspiration für weitere Verfahren dienen und im europäischen Rechtsraum aufgegriffen werden.

8 VG Berlin 31.10.2019, 10 K 412.18. Der Fokus des Beitrags liegt auf öffentlich-rechtlichen Verfahren, s im Zivilrecht den Fall *Lliuya vs RWE*, LG Essen 15.12.2016, 2 O 285/15.

9 Göppel et al, Beschwerdeschrift zu 1 BvR 2656/18, 22.8.2018; Yi Yi Prue et al, Beschwerdeschrift zu 1 BvR 78/20, 10.1.2020; Steinmetz et al, Beschwerdeschrift zu 1 BvR 96/20, 13.1.2020.

10 Neubauer et al, Beschwerdeschrift zu 1 BvR 288/20, 12.2.2020.

11 BVerfG 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, *Klimaschutz*.

12 Bundes-Klimaschutzgesetz Deutschland BGBl I 2019/48.

13 Schuler, Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich (1968) 188. S auch BVerfGE 60, 360 (369 f). Vgl dazu in derselben Ausgabe des juridikum: „Klimaklagen liefern strukturell perfekte Fragen für Verfassungsgerichte“. Interview mit Verena Madner (Vizepräsidentin des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs) und Susanne Baer (Richterin des Deutschen Bundesverfassungsgerichts) zur Rolle der Gerichte in der Klimakrise, juridikum 2022, 68.

14 Venzke, Situating Contingency in the Path of International Law, in Venzke/Heller, Contingency in International Law. On the Possibility of Different Legal Histories (2021) 3 (4).

2. Deutschland und Österreich im Rechtsvergleich

Rechtsvergleichung bewegt sich in einem Spannungsfeld: Das zu vergleichende Element muss in beiden Rechtsordnungen so ähnlich wie möglich sein, um Aussagen über dessen Unterschiede treffen zu können.¹⁵ Die Rechtsordnungen Österreichs und Deutschlands gelten traditionell als ähnlich (und daher vergleichbar);¹⁶ auch ihre Verfassungsgerichte haben sich in ihren Aufgaben und deren Erfüllung im Laufe der Zeit angenähert.¹⁷

War die Errichtung des VfGH im Jahr 1920 noch ein Gegenmodell zur Weimarer Verfassung, folgte das bundesrepublikanische Modell des GG dem von *Hans Kelsen* in Österreich geprägten Gedanken der gerichtlichen Kontrolle von Verfassungsnormen.¹⁸ Im Licht der Unrechtstaten des NS-Regimes waren das GG und sein Verfassungsgericht allerdings von Anfang an stärker auf den Schutz individueller Rechte ausgerichtet, obwohl die Verfassungsbeschwerde erst im Jahr 1969 als Reaktion auf die Notstandsgesetzgebung im GG verankert wurde.¹⁹ Der VfGH sollte dagegen in erster Linie Kompetenzkonflikte zwischen den Verfassungsorganen lösen.²⁰ Diese Aufgabe wandelte sich aber im Laufe der langen Geschichte des Gerichtshofs. Insbesondere durch die Erhebung der EMRK²¹ auf Verfassungsrang wurde der Schutz der Grundrechte verstärkt.²² Der VfGH zeigte zudem eine große Bereitschaft, die Rsp des EGMR umzusetzen.²³ Damit einher ging auch der Rückgriff auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, den wiederum das BVerfG maßgeblich geprägt hat.²⁴

Um den Menschenrechtsschutz prozessual umzusetzen, wurde in Österreich im Jahr 1975 – nach deutschem Vorbild²⁵ – der Individualantrag auf Normenkontrolle eingeführt.²⁶

15 *Hirschl*, *Comparative Methodologies*, in *Mastermann/Schütze*, *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law* (2019), 11 (16). Der hier durchgeführte Vergleich lässt sich den „references to the constitutional mechanisms or high court rulings of other countries aimed at engendering self-reflection through analogy and contrast“, aaO 18, zuordnen.

16 *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (2015) 554 ff (mwV).

17 *Öhlinger*, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich. Der Wandel von Funktion und Methode in einer neunzigjährigen Geschichte*, in *Boulanger/Schulze/Wrase*, *Die Politik des Verfassungsrechts. Interdisziplinäre und vergleichende Perspektiven auf die Rolle und Funktion von Verfassungsgerichten* (2013) 241 (251).

18 *Grabenwarter*, *Der österreichische Verfassungsgerichtshof*, in *von Bogdandy/Grabenwarter/Huber*, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd VI *Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen* (2016) 413 (416 Rn 1); *Battis*, *Der Verfassungsverstoß und seine Rechtsfolgen*, in *Isensee/Kirchhof*, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd XII *Normativität und Schutz der Verfassung*, 3. A (2014) 783 (794 Rn 40).

19 *Grote*, *Die wichtigsten verfassungsgerichtlichen Verfahren im europäischen Rechtsraum*, in *von Bogdandy/Grabenwarter/Huber*, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd VII: *Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Vergleich und Perspektiven* (2021) 167 (211 Rn 90).

20 *Grote*, *Verfassungsgerichtliche Verfahren*, 210 Rn 88; *Öhlinger*, *Verfassungsgerichtsbarkeit* 245 f.

21 *Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, BGBl 1958/210.

22 Art 2 Nr 7 Bundesverfassungsgesetz vom 4.3.1964, BGBl 1964/59, 624. *Öhlinger*, *Verfassungsgerichtsbarkeit* 250.

23 *Grabenwarter*, *Verfassungsgerichtshof* 465 Rn 123.

24 *Klatt*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus*, JuS 2014, 193.

25 *Öhlinger*, *Verfassungsgerichtsbarkeit* 245 f.

26 BGBl 1975/302. Seit 2015 kann im sog Parteiantragsverfahren auch die Verletzung von Grundrechten durch gerichtliche Entscheidungen gerügt werden.

Verfassungsbeschwerde (BVerfG) und Individualantrag (VfGH) unterscheiden sich in ihren Zulässigkeitsvoraussetzungen kaum. Beide Verfahren verwirklichen den individuellen Rechtsschutz und stellen dementsprechend hohe Anforderungen an die Betroffenheit: Verlangt wird bei der Rüge von Gesetzen oder Verordnungen eine individuelle, unmittelbare und gegenwärtige Betroffenheit²⁷ bzw ein aktueller Eingriff in die Rechtssphäre der Antragstellenden durch das angegriffene Gesetz bzw die Verordnung selbst.²⁸

In Österreich hat der VfGH die Antragslegitimation meist bejaht, wenn die Normadressat:innen selbst vor Gericht standen.²⁹ Ausnahmsweise genügte es, wenn das Gesetz es bezweckte, die Antragstellenden in ihrer Rechtssphäre zu berühren. Zuletzt bejahte der VfGH diese Zweckgerichtetheit bei der Vorratsdatenspeicherung in Bezug auf Nutzer:innen von Kommunikationsdiensten.³⁰ Die Möglichkeit, eine Rechtsverletzung durch Unterlassen vor dem VfGH zu rügen, besteht indes – im Gegensatz zum deutschen Verfassungsprozessrecht – nicht.³¹ Das BVerfG wendet den Adressat:innengedanken bei Verfassungsbeschwerden gegen Urteile oder Verwaltungsakte an; andernfalls verlangt es eine „unmittelbare, rechtliche Betroffenheit“, die sich von der bloß wirtschaftlichen, faktischen Betroffenheit abgrenzt.³² In einer Entscheidung aus dem Jahr 2018 hat sich das Gericht mit der Frage befasst, ob sich die Beschwerdeführenden in ihrer Betroffenheit von allen anderen Bürger:innen unterscheiden müssen. In Bezug auf das Risiko terroristischer Angriffe auf in Deutschland stationierte US-Atomwaffenstandorte hat es dies noch vorausgesetzt und die Beschwerde im Ergebnis abgelehnt.³³

Weder die EMRK noch der österreichische Grundrechtskatalog des Staatsgrundgesetzes (StGG)³⁴ oder das deutsche GG verleihen ein Recht auf Umwelt- oder Klimaschutz.³⁵ Dementsprechend zollen die Verfassungsgerichte Österreichs und Deutschlands traditionell der Gesetzgebung im Umweltbereich einen großen Spielraum, um ihre Schutzpflichten zu erfüllen. Hinter dieser Zurückhaltung steht der Grundsatz der Gewaltengliederung. So spielte das Staatsziel Umweltschutz in beiden Rechtsordnungen für den Grundrechtsschutz bislang keine Rolle, weil es als nicht einklagbar galt.³⁶ In den österreichischen Staatszielen sind zwar anerkanntermaßen die öffentlichen Interessen verankert, eine Optimierungspflicht der Gesetzgebung beinhalten sie aber nicht.³⁷ Im Verfahren zur dritten Piste des Flughafens Wien Schwechat fasste der VfGH das Staatsziel Umwelt-

27 Art 90 Abs 1 Nr 4a GG; BVerfGE 53, 30 (48).

28 *Geringer*, Zur (fehlenden) Antragslegitimation einer „Klimaklage“, JAP 2020/2021/16, 160 (161 f).

29 VfSlg 11.868/1988, 15.632/1999, 16.616/2002, 16.891/2003.

30 VfSlg 19.892/2014, Rn 114 mVa VfSlg 13.038/1992, 13.558/1993, 19.349/2011.

31 *Grote*, Verfassungsgerichtliche Verfahren Rn 98 und Rn 99.

32 *Wieland in Dreier*, Grundgesetz Kommentar³ (2018), Bd III Artikel 83-146, Art 93 Rn 95.

33 BVerfG, NVwZ 2018, 1224 (1227, Rn 47).

34 RGBl 1867/142 idF BGBl 1988/684.

35 Vgl dazu in derselben Ausgabe des juridikum: *Keller/Heri*, Klimagerechtigkeit durch Klimaklagen? Eine kritische Analyse aus menschenrechtlicher Perspektive, juridikum 2022, 83.

36 BGBl I 2013/111 sowie Art 20a GG.

37 *Storr*, Überlegungen zu Abwägungen. Die Erkenntnisse des BVwG und des VfGH zur ‚dritten Piste‘ des Flughafens Wien, ÖZW 2017/4, 184 (189).

schutz besonders eng: Nur Gesetze, die dem Umweltschutz dienen, seien im Licht dieses Staatsziels auszulegen.³⁸ Schließlich spiegelt sich auch im Argumentationsstil des VfGH, der die historische Auslegung ins Zentrum stellt, seine Zurückhaltung gegenüber der Gesetzgebung wider.³⁹ In Deutschland steht das BVerfG hingegen regelmäßig in der Kritik, sich zu weit in den Spielraum der Gesetzgebung hineinzubegeben. So werde das G[G] in seiner Interpretation durch das BVerfG „zum Fixpunkt politischer Auseinandersetzungen“.⁴⁰ Im Rahmen dieser Vorwürfe wird auch die Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten in Frage gestellt.⁴¹ Die Kritik zielte jedoch bislang nicht in erster Linie auf den Bereich des Umweltschutzes.

Zusammenfassend kann Folgendes festgehalten werden: BVerfG und VfGH haben sich trotz ihrer unterschiedlichen historischen Hintergründe im Laufe der Zeit angeglichen. Die Europäisierung der Grundrechte führte zur Annäherung des Individualrechtsschutzes, sowohl in Bezug auf die Antrags- bzw. Beschwerdevoraussetzungen als auch auf die Auslegung dieser Kriterien durch die Verfassungsrechtsprechung. Lediglich in der Prägung der Auslegungsmethoden scheinen die anfänglich unterschiedlichen Aufgabenzuweisungen an die beiden Verfassungsgerichte noch durch. Zudem zeichnet sich der VfGH durch eine stärkere Zurückhaltung gegenüber der Gesetzgebung und das BVerfG durch seine Neigung zu Grundsatzaussagen aus.⁴² Speziell im Umweltbereich bewegt sich aber der Individualrechtsschutz in Deutschland wie in Österreich zwischen gerichtlicher Kontrolle und gesetzgeberischer Prärogative⁴³ – ein Spannungsfeld, das traditionell in beiden Rechtsordnungen zugunsten der letzteren aufgelöst wurde.

3. Vorstellung der Verfahren

Vor diesem Hintergrund lassen sich die jüngsten Klima-Beschlüsse des VfGH und des BVerfG gegenüberstellen.

3.1. Der Klimabeschluss des VfGH

In Österreich wandten sich über 8.000 Einzelpersonen im Rahmen von Individualanträgen nach Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-VG⁴⁴ an den VfGH. Sie rügten die Verfassungswid-

38 VfGH 29.6.2017, E 875/2017-32, E 886/2017-31, Rn 208.

39 *Wiederin*, Verfassungsinterpretation in Österreich, in *Lienbacher*, Verfassungsinterpretation in Europa (2011) 81 (91).

40 *Faharat*, Das Bundesverfassungsgericht, in *von Bogdandy/Grabenwarter/Huber*, Institutionen, 81 (117 Rn 54); s auch *Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in *Jestaedt et al*, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht (2011) 159 (174 ff).

41 *Faharat*, Bundesverfassungsgericht 143 Rn 95; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte (2003) 380 ff.

42 *Holoubek*, Wechselwirkungen zwischen österreichischer und deutscher Verfassungsrechtsprechung, in *Merten*, Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Österreich (2008) 85 (96), der richtigerweise darauf hinweist, dass diese Gegenüberstellung nicht in sämtlichen Rechtsprechungsbereichen trägt, 110 f.

43 *Schulev-Steindl*, Klimaklagen: Ein Trend erreicht Österreich, *ecolex* 2021/7, 17 (19).

44 BGBl 1930/1 (WV) idF BGBl I 2021/107.

rigkeit steuerrechtlicher Vorschriften, die zu einer finanziellen Benachteiligung von Bahn-fahrenden im Vergleich zu Reisenden im Flugverkehr führten, und gaben an, aus Um-weltgesichtspunkten die Bahn dem Flugzeug vorzuziehen.

Die Antragstellenden fochten § 6 Abs 1 Z 3 lit d Umsatzsteuergesetz 1994⁴⁵ an, der den grenzüberschreitenden Flugverkehr von der Umsatzsteuerpflicht ausnimmt. Die Steuer-befreiung für Luftverkehrsunternehmen führe dazu, dass Verbraucher:innen bei der Bahn im Vergleich zum Flugzeug 10 % mehr zahlen müssen.⁴⁶ Des Weiteren richtete sich der Antrag gegen § 4 Abs 1 Z 1 MineralölsteuerG 1995⁴⁷, wonach Kerosin von der Mine-ralölsteuer befreit ist.⁴⁸ Auch wenn die Unternehmen (und nicht die Reisenden) von den Normen adressiert werden, bezwecke die Umsatzsteuer letztlich die Belastung der Ver-braucher:innen. Sie würden somit unmittelbar in ihrer Rechtssphäre verletzt.⁴⁹ Auch die Mineralölsteuer sei „eine indirekte Steuer, weil die Steuerlast [...] auf die Verbraucherin bzw. den Verbraucher abgewälzt wird“.⁵⁰

Die Antragschrift hob drei der antragstellenden Personen besonders hervor: eine über 75-jährige Klimaforscherin, eine Studentin sowie einen Mann, der an Multipler Sklero-se (MS) leidet. Sie brachten vor, aufgrund ihrer Vulnerabilität in Form von Alter und Krankheit gegenüber dem Klimawandel unmittelbar durch die gerügten Normen in ihren Rechten verletzt zu sein. Weil bei einer Flugreise 31-mal so viel CO₂ emittiert werde wie bei einer Bahnreise, sei deren Beitrag zum Klimawandel deutlich größer.⁵¹ Die gerügten Normen förderten klimaschädliches Verhalten und hätten somit einen Anteil am Klima-wandel.⁵² Durch die steuerliche Ungleichbehandlung gleichwertiger Verkehrsmittel ver-letze Österreich seine Schutzpflichten aus Art 2 und 8 EMRK sowie Art 7 und 8 GRC⁵³ (Recht auf Leben sowie Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) und den Gleichheitssatz aus Art 7 B-VG, Art 2 StGG und Art 20 GRC.

Der VfGH wies den Antrag am 30.9.2020 als unzulässig zurück. Er skizzierte zunächst die Anforderungen für die Antragslegitimation: Das Gesetz selbst müsse unmittelbar nachteilig in die Rechtssphäre der Antragstellenden eingreifen,⁵⁴ das heißt „nach Art und Ausmaß [...] eindeutig bestimmt [sein], die (rechtlich geschützten) Interessen des Antrag-stellers nicht bloß potentiell, sondern aktuell [zu] beeinträchtigt[en]“.⁵⁵

45 BGBl 1994/663 idF BGBl I 2019/104.

46 *Rechtsanwaltskanzlei Krömer*, Individualantrag 20.2.2020, 15, 16, 35, <https://www.klimaklage.at/wp-content/uploads/2020/09/Klimaklage-Individualantrag-Feb2020.pdf> (23.12.2021).

47 BGBl 1994/630 idF BGBl I 2019/104.

48 *Rechtsanwaltskanzlei Krömer*, Individualantrag 29.

49 *Schulev-Steindl/Kerschner*, Klimaklage: VfGH weist Individualantrag gegen steuerliche Begünstigung der Luftfahrt zurück, RdU 2020/142, 251 (251).

50 *Krömer*, Mit Recht gegen das Rechtsschutzdefizit im Klimaschutz, NR 2021/178.

51 *Rechtsanwaltskanzlei Krömer*, Individualantrag 63.

52 *Rechtsanwaltskanzlei Krömer*, Individualantrag 10.

53 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2010/C 83/02 ABl C 83/389.

54 VfGH 30.9.2020, G 144-145/2020-13, V 332/2020-13, Rn 54.

55 VfGH, G 144-145/2020-13, V 332/2020-13, Rn 55 mVa VfSlg 11.868/1988, 15.632/1999, 16.616/2002, 16.891/2003.

In seiner Subsumtion schloss der VfGH dies aus: Die Steuerpflichten adressierten nur Unternehmer:innen iSd § 2 Umsatzsteuergesetz 1994 bzw Inhaber:innen des Steuerlaigers iSd § 22 MineralölsteuerG 1995.⁵⁶ Auch liege kein Eingriff in die Rechtssphäre der Antragstellenden vor, da sie „nach ihren Angaben für grenzüberschreitende Personenbeförderungsdienstleistungen nicht die Leistungen von Luftfahrtunternehmen in Anspruch nehmen (wollen), sondern jene von Eisenbahnunternehmen“.⁵⁷ Mangels Antragslegitimation waren die materiell-rechtlichen Bedenken nicht mehr zu prüfen. In der Folge reichte der an MS erkrankte Antragsteller Mex M einen Antrag beim EGMR ein.⁵⁸ Er stützt sich darin auf eine Verletzung der Schutzpflichten aus Art 8 EMRK sowie auf ein Rechtsschutzdefizit, da administratives und gesetzgeberisches Unterlassen in Österreich nicht gerichtlich angegriffen werden können (Art 13 und 6 EMRK).

3.2. Der Klimabeschluss des BVerfG

Ganz anders entschied das BVerfG in seinem Beschluss⁵⁹ vom 24.3.2021 über vier in einem Verfahren zusammengefasste Verfassungsbeschwerden. Einzelpersonen und Umweltorganisationen hatten sowohl einzelne Vorschriften des KSG als auch das Unterlassen der Regierung und der Gesetzgebung gerügt, geeignete Maßnahmen zur Einhaltung des verbleibenden CO₂-Budgets zu ergreifen: Die nach § 3 Abs 1 und § 4 Abs 1 S 3 iVm Anlage 2 KSG bis 2030 zulässigen Gesamtemissionen verhinderten, dass die (ohnehin bereits unzulängliche) Begrenzung der Erwärmung der Erdtemperatur auf maximal 1,5° C bzw deutlich unter 2° C im Vergleich zum vorindustriellen Niveau eingehalten werden könne.⁶⁰ Das widerspreche grundrechtlichen Schutzpflichten und dem Grundrecht auf ein ökologisches Existenzminimum, das sich aus Art 2 Abs 1 iVm Art 20a GG⁶¹ und aus Art 2 Abs 1 iVm Art 1 Abs 1 Satz 1 GG ableiten lasse.⁶² Unter den Beschwerdeführenden waren Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene aus Deutschland sowie Menschen aus den besonders vom Klimawandel betroffenen Ländern Nepal und Bangladesch.

Abgesehen von den Verfassungsbeschwerden der beteiligten Umweltorganisationen hielt das BVerfG alle Beschwerden für zulässig.⁶³ Es sei nicht auszuschließen, dass das KSG

⁵⁶ VfGH, G 144-145/2020-13, V 332/2020-13, Rn 66.

⁵⁷ VfGH, G 144-145/2020-13, V 332/2020-13, Rn 68.

⁵⁸ EGMR *Mex M/Österreich*, Beschwerdeschrift vom 25.3.2021.

⁵⁹ Während in Österreich eine zurückweisende gerichtliche Entscheidung als Beschluss bezeichnet wird, ergehen Entscheidungen des deutschen BVerfG als Beschluss, wenn sie ohne mündliche Verhandlung getroffen wurden, § 25 Abs 2 Bundesverfassungsgerichtsgesetz, BGBl I 1993/1473.

⁶⁰ § 3 Abs 1 KSG aF sah eine Minderung der Treibhausgase um 55% im Vergleich zu 1990 bis zum Jahr 2030 vor; § 4 Abs 1 S 3 iVm Anlage 2 KSG legte die Jahresemissionsmengen für einzelne Sektoren fest. Die Begrenzung der Erdtemperatur auf eine Erhöhung um maximal 1,5°C bzw deutlich unter 2°C ist sowohl im Pariser Übereinkommen, Art 2 Abs 1 lit a, als auch im KSG, § 1 S 3, verankert.

⁶¹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) vom 23.5.1949, BGBl 1949/1, 1.

⁶² BVerfG *Klimaschutz* Rn 38.

⁶³ BVerfG *Klimaschutz* Rn 91 ff.

staatliche Schutzpflichten aus dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art 2 Abs 2 S 1 GG) und aus dem Recht auf Eigentum (Art 14 Abs 1 GG) verletze.⁶⁴ Auch eine Grundrechtsbindung gegenüber den Beschwerdeführenden aus Nepal und Bangladesch hielt das BVerfG grundsätzlich für möglich.⁶⁵ Zur unmittelbaren und gegenwärtigen Betroffenheit erläuterte es: „Auch Regelungen, die erst im Laufe ihrer Vollziehung zu einer nicht unerheblichen Grundrechtsgefährdung führen, können selbst schon mit dem Grundgesetz in Widerspruch geraten [...]. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der einmal in Gang gesetzte Verlauf nicht mehr korrigierbar ist.“⁶⁶ Außerdem werde die individuelle Betroffenheit nicht dadurch ausgeschlossen, dass gleichzeitig eine große Zahl an Personen betroffen ist.⁶⁷

In der Sache erklärte das BVerfG die gerügten Normen für verfassungswidrig. Weil die Gesetzgebung beim Klimaschutz nicht gänzlich untätig geblieben ist, konnte es zwar keine Verletzung der grundrechtlichen Schutzpflichten feststellen.⁶⁸ Auch die Orientierung des KSG an der völkerrechtlichen Temperaturgrenze des Pariser Übereinkommens sei nicht zu beanstanden, da der Schutz des Klimas nicht dieselben Anforderungen stelle wie der grundrechtliche Gesundheitsschutz.⁶⁹ Solange dieses Ziel nicht aufgegeben oder erkennbar neu bestimmt werde, bewege sich die Gesetzgebung innerhalb ihres Spielraums.⁷⁰ Dabei berücksichtigte das BVerfG auch das Zusammenwirken von Klimaschutz- und Klimaanpassungsmaßnahmen. Weil letztere im Ausland nicht ergriffen werden könnten, wandle sich der Schutzpflichtenmaßstab gegenüber den in Nepal und Bangladesch lebenden Beschwerdeführenden – auch das stelle keine Verletzung dar.⁷¹

Indes liege im Fehlen ausreichender Vorkehrungen, Treibhausgasminderungspflichten grundrechtsschonend über die Zeit zu verteilen, ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Weil nach dem KSG bereits bis 2030 ein Großteil des verbleibenden CO₂-Budgets verbraucht werde, entwickelten die gerügten Normen eine „eingriffsähnliche Vorwirkung“ auf die vom Gericht nicht näher eingegrenzten grundrechtlich geschützten Freiheiten der Beschwerdeführenden.⁷²

Verfassungsrechtlich maßgeblich sei der Schutz des Klimas, wie ihn Art 20a GG vorgebe: Diese Norm werde (völkerrechtlich und einfachgesetzlich) durch die Begrenzung der Erwärmung der Erdtemperatur auf 1,5° C bis deutlich unter 2° C konkretisiert.⁷³ Dar- aus ergebe sich ein Restbudget an Treibhausgasen. Zwar liege kein Verstoß gegen Art 20a GG vor, doch erfordere die eingriffsähnliche Vorwirkung der Regelungen, „dass nicht

64 BVerfG Klimaschutz Rn 96 ff.

65 BVerfG Klimaschutz Rn 101.

66 BVerfG Klimaschutz Rn 108.

67 BVerfG Klimaschutz Rn 110. Damit wich das BVerfG von seiner früheren Rsp ab, vgl oben bei Fn 33.

68 BVerfG Klimaschutz Rn 152 ff. S zur Schutzpflicht aus Art 14 Abs 1 GG im Ergebnis gleich bei Rn 172.

69 BVerfG Klimaschutz Rn 163, 164.

70 BVerfG Klimaschutz Rn 167 und 213.

71 BVerfG Klimaschutz Rn 178 und 181.

72 BVerfG Klimaschutz Rn 183 ff.

73 BVerfG Klimaschutz Rn 197 ff.

einer Generation zugestanden werden darf, unter vergleichsweise milder Reduktionslast große Teile des CO₂-Budgets zu verbrauchen, wenn damit zugleich den nachfolgenden Generationen eine [...] radikale Reduktionslast überlassen und deren Leben schwerwiegenden Freiheitseinbußen ausgesetzt würde“.⁷⁴

Mit den Grundrechten unvereinbar seien die angegriffenen Normen insofern, als sie die Pflicht der Gesetzgebung verletzen, „die nach Art 20a GG verfassungsrechtlich notwendigen Reduktionen von CO₂-Emissionen vorausschauend in grundrechtsschonender Weise über die Zeit zu verteilen“.⁷⁵

4. *Legal imagination*: Gegenüberstellung der Beschlüsse von BVerfG und VfGH

Es drängt sich die Frage auf, warum das eine Verfassungsgericht so anders geurteilt hat als das andere. Um dem nachzuspüren, sind die Hürden zu beleuchten, denen die Beschwerden bzw Anträge im Klimaschutz in beiden Rechtsordnungen begegneten.

Zunächst war die zeitliche Distanz zwischen den gesetzgeberischen Maßnahmen von heute und ihren Klimaauswirkungen in der Zukunft zu überbrücken. Rechtlich gesprochen galt es, die Antrags- bzw Beschwerdebefugnis besonders zu begründen. Dabei ist zu beachten, dass beide Verfahren unterschiedliche rechtliche Anknüpfungspunkte hatten: Während in Deutschland die Unzulänglichkeit des KSG selbst in Frage stand, wurde in Österreich die klimaschädliche Wirkung steuerrechtlicher Vorschriften gerügt.⁷⁶ Das ist insb vor dem Hintergrund zu sehen, dass in Österreich, wie gesehen, gesetzgeberisches Unterlassen nicht angreifbar ist.⁷⁷ Auch das BVerfG sah allerdings im vorliegenden Fall keinen Raum, neben der Rüge der Vorschriften des KSG auf Unterlassen abzustellen: Dies sei nur bei völliger Untätigkeit der Gesetzgebung möglich, vorliegend müsse sich die Verfassungsbeschwerde aber gegen die Regelungen des KSG richten.⁷⁸

In Bezug auf die Antrags- bzw Beschwerdebefugnis ist hervorzuheben, dass künftige Generationen weder in Deutschland noch in Österreich selbst Rechte einklagen können.⁷⁹ Das BVerfG bejahte die Gegenwartigkeit des Grundrechtseingriffs vorliegend aber mit Verweis auf die Unwiederbringlichkeit der Folgen der gerügten Gesetzgebung. Das entspricht seiner bisherigen Rsp,⁸⁰ wurde für den Klimawandel aber noch nie in dieser Deut-

74 BVerfG Klimaschutz Rn 192.

75 BVerfG Klimaschutz Rn 243.

76 Vgl Schulev-Steindl, Klimaklagen 19.

77 Krömer, Rechtsschutzdefizit 179; Schulev-Steindl/Kerschner, Klimaklage 256.

78 BVerfG Klimaschutz Rn 95.

79 Anders bspw im Verfahren *Andrea Lozano Barragán*, Corte Suprema, STC4360-2018, in Kolumbien, wo den beschwerdeführenden Kindern sowohl eigene Rechte als auch die Prozessstandschaft für künftige Generationen zugesprochen wurden.

80 Poscher, Abwehrrechte 388.

lichkeit festgestellt.⁸¹ Zudem wick das BVerfG im Klima-Beschluss von dem Erfordernis der Abgrenzung von einer unüberschaubar großen Zahl an Menschen erstmals ausdrücklich ab.

Eine weitere Hürde war in beiden Verfahren die Begründung von Schutzpflichtverletzungen. Das BVerfG zog die Schutzpflichtendogmatik zwar bei der Zulässigkeit heran, in der Sache stellte es aber auf einen Eingriff in sämtliche Freiheitsrechte ab, ohne diese weiter zu spezifizieren. Dieser Ansatz wurde als „Öko-Elfes“-Rsp (in Anlehnung an die Elfes-Rsp des BVerfG) kritisiert.⁸² Es fehle die Schutzbereichsabgrenzung der einzelnen Grundrechte.⁸³ Bei genauem Lesen wird indes ersichtlich, dass dem weiten Schutzbereich eine niedrige Schwelle für die Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe entspricht; das deckt sich wieder mit der gängigen Rsp des BVerfG.⁸⁴ Neu ist – neben der zeitlichen Vorwirkung des Grundrechtseingriffs – die abwehrrechtliche Konstruktion, galten doch Naturkatastrophen bisher als Schutzpflichtenbereich *par excellence*.⁸⁵ So wird in der Kommentierung des Beschlusses auch betont, dass es in Übereinstimmung mit der Verfassungsrechtsprechung zur Atomkraft kohärent gewesen wäre, den Schutzpflichtenweg zu wählen.⁸⁶

In Österreich konnte lediglich auf die durch den EGMR entwickelte Rsp zu Schutzpflichten im Umweltbereich zurückgegriffen werden. Zwar hat der EGMR die Pflicht der Vertragsstaaten bejaht, unter Art 2 und 8 EMRK auch Umweltverschmutzungen zu verhindern und vor Naturkatastrophen zu schützen.⁸⁷ Er hat diese Pflicht indes noch nie als durch die Gesetzgebung verletzt angesehen – rechtlich eingeengt wurde bislang ausschließlich der Spielraum der Exekutive.⁸⁸ In Österreich ist mit Blick auf die ausstehende Entscheidung des EGMR somit offen, „ob es ‚schon‘ Aufgabe der Judikatur ist, einzugreifen [...] oder ‚noch‘ Aufgabe des Gesetzgebers [...], im Rahmen seines (weiten) rechtspolitischen Gestaltungsspielraumes Maßnahmen festzulegen“.⁸⁹

81 Einige Stimmen lobten den naturwissenschaftlichen Ansatz des BVerfG, s nur *Calliess*, Das „Klimaurteil“ des Bundesverfassungsgerichts: „Versubjektivierung“ des Art 20a GG?, ZUR 2021, 355 (355 f).

82 *Calliess*, „Elfes“ Revisited? Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts, VerfBlog, 25.5.2021, <https://verfassungsblog.de/elfes-revisited/> (24.10.2021): „Im Zuge der ‚Elfes‘-Konstruktion wirkt die allgemeine Handlungsfreiheit des Art 2 Abs 1 GG [...] als ein ‚Grundrecht des Bürgers, nur aufgrund solcher Vorschriften mit einem Nachteil belastet zu werden, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind‘. Auf diese Weise wird Art 2 Abs 1 GG nach herrschender Auffassung zu einem Grundrecht auf Verfassungsmäßigkeit der gesamten Staatstätigkeit“. Das BVerfG *Klimaschutz* stellt in Rn 117 und 184 ff auf die Elfes-Rechtsprechung, BVerfGE 6, 32, und den Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art 2 Abs 1 GG ab.

83 *Faßbender*, Der Klima-Beschluss des BVerfG. Inhalte, Folgen und offene Fragen, NJW 2021, 2085 (2089).

84 *Kube*, Die Elfes-Konstruktion, JuS 2003, 111 (112).

85 *Poscher*, Abwehrrechte, 385 mVa BVerfGE 49, 89 (143 f); 53, 30 (59).

86 *Faßbender*, Klima-Beschluss 2088 f; *Calliess*, „Klimaurteil“ 357.

87 S nur EGMR 30.11.2004, 48939/99, *Öneryıldız/Türkei*; 20.3.2008, 15339/02 et al, *Budayeva et al/Russland*; 17.11.2015, 14350/05 et al, *M Özel et al/Türkei* und 24.1.2019, 54264/15, *Cordella et al/Italien*.

88 *Groß*, Climate Change and Duties to Protect with regard to Fundamental Rights, in *Kahl/Weller*, Climate Change Litigation. A Handbook (2021) 81 (88).

89 *Rockenschau*, Die erste Klimaklage vor dem österreichischen Verfassungsgerichtshof, NR 2021, 204 (208).

Hätte also das BVerfG eine dem VfGH ähnelnde Entscheidung treffen können? Gewiss, denn die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde ähneln denen des österreichischen Individualantrags.⁹⁰ Zudem war die Entscheidung des BVerfG in vielen Punkten überraschend: Ganz klassischerweise hat das BVerfG gesetzgeberische Lücken im Umweltbereich bislang über die Schutzpflichtendogmatik der Grundrechte gelöst und der Gesetzgebung dabei einen weiten Spielraum gezollt. Der abwehrrechtliche Ansatz im Klima-Beschluss ist daher neu. Ebenso neu und unerwartet ist die Klarstellung, dass Art 20a GG, das Staatsziel Umweltschutz, justiziabel ist und im Klimabereich durch die einfach- wie völkerrechtlich verankerte Temperaturgrenze von 1,5° C bis deutlich unter 2° C konkretisiert wird.

Und hätte der VfGH dem BVerfG-Beschluss vergleichbar urteilen können? Das erweist sich im Licht der bisherigen EGMR-Rsp im Umweltbereich einerseits und dem Verhältnis von Gesetzgebung und VfGH in Österreich andererseits als weniger eindeutig. Auch hat der VfGH erst vor Kurzem im Verfahren zum Flughafen Wien Schwechat verfassungsrechtliche Klimaschutzgrenzen klar zurückgewiesen.⁹¹ Der Fokus des BVerfG auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die Verankerung des völkerrechtlichen Klimaschutzes im Staatsziel Umweltschutz lässt aber die Möglichkeit offen, dass über den EGMR letztlich auch der VfGH der Gesetzgebung höhere Anforderungen an den gesetzgeberischen Klimaschutz stellen wird. Dies erscheint insb vor dem Hintergrund der Geschichte des VfGH und seiner Treue zum EGMR denkbar.⁹² Wie der EGMR entscheidet, ist indes noch offen.

5. Ausblick

Warum gerade die dritte Gewalt in Bezug auf den Klimawandel gefragt ist, hat das BVerfG in seinem Beschluss selbst begründet: Da demokratische Macht zeitlich begrenzt ist, weise der politische Prozess eine strukturelle Lücke auf, in der ökologische Belange langfristig unberücksichtigt blieben.⁹³ Entgegen der in der Rechtswissenschaft⁹⁴ geäußerten Kritik am Beschluss des BVerfG ermöglicht der abwehrrechtliche Ansatz eine am Einzelfall orientierte gerichtliche Prüfung der gesetzgeberischen Lücken im Klimaschutz, ohne das Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung im Umweltbereich grundsätzlich zu verschieben. Als Hebel dient dem BVerfG der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Es ist nicht ausgeschlossen, dass dieses Prüfungsprogramm auf der Rechtfertigungsebene vom EGMR aufgegriffen wird – vielleicht sogar in der ausstehenden

90 S die Überraschung, mit der die Entscheidung in der Lit aufgenommen wurde: *Rockenschaub*, Klimaklage 2087 mit Fn 27.

91 VfGH 29.6.2017 E 875/2017-32, E 886/2017-31.

92 *Vašek*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Grundrechtsschutz in Europa, in: *von Bogdandy/Grabenwarther/Huber*, Vergleich und Perspektiven 417 (464 f Rn 77).

93 BVerfG *Klimaschutz* Rn 206.

94 Anders als in der Politik, s *Wagner*, Klimaschutz durch Gerichte, NJW 2021, 2256 (2261).

Entscheidung im Verfahren *Mex M/Österreich*, das als Reaktion auf den abweisenden Klima-Beschluss des VfGH in Straßburg eingereicht wurde.

Es griffe aber zu kurz, die Gerichte in der Erzählung der Klimarechtsprechung als „Klimamagerichte“ zu adeln oder zu kritisieren. Die hier gegenübergestellten Entscheidungen des VfGH in Wien und des BVerfG in Karlsruhe zeigen, dass auch in ähnlichen rechtlichen Kontexten nur der Einzelfall Auskunft über die Frage geben kann, wie sich (Verfassungs-)Gerichte zum Klimaschutz verhalten. Aus diesem Grund ist es unerlässlich, in die Erzählung über die Klimarechtsprechung vergleichend ermittelte Hintergründe einzubeziehen. So kann verhindert werden, dass einzelne gerichtliche Entscheidungen unsachlich verallgemeinert werden. Gleichzeitig stellt die globale Herausforderung des Klimawandels die Gerichte weltweit vor ähnliche Rechtsfragen. Rechtsvergleichung eröffnet ihnen die Möglichkeit, in einen Dialog zu treten.

Anna-Julia Saiger, LL.M. (King's College London), arbeitet als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Medien- und Informationsrecht an der Universität Freiburg im Breisgau; anna-julia.saiger@jura.uni-freiburg.de

Klimagerechtigkeit in Österreich

Veronika Marhold / Lisa Schranz / Lisa Weinberger

1. Einleitung

Mit der Verabschiedung des Klimaübereinkommens von Paris 2015 hat sich die internationale Staatengemeinschaft zum Ziel gesetzt, die globale Erderhitzung möglichst auf 1,5° C, jedoch auf max 2°C im Vergleich zu vorindustriellen Verhältnissen zu begrenzen, und bis 2050 Treibhausgasemissionen auf null zu senken.¹ Die UN-Klimakonferenz (COP) in Glasgow im November 2021 zeichnete jedoch ein ernüchterndes Bild. Anstatt einer Reduktion der Emissionen sind diese global weiter gestiegen und erreichten 2020 sogar Höchstwerte.² Die größten Treiber der Erderhitzung sind die reichsten 10% der Weltbevölkerung, welchen die Hälfte der weltweiten Treibhausgasemissionen zuzuschreiben ist.³ Insgesamt waren zwischen 1988 und 2015 nur 100 Unternehmen für 71 % der CO₂-Produktion verantwortlich.⁴ Gleichzeitig stieg das Vermögen der Unternehmer:innen im Bereich fossiler Brennstoffe zwischen 2010 und 2015 von USD 54 Mrd auf 88 Mrd an.⁵ Hingegen tragen einkommensschwache oder von Armut betroffene Personen am wenigsten zu den Klimaveränderungen bei, leiden aber am meisten unter deren Auswirkungen. Ihnen fehlen aufgrund globaler Ungleichheiten die ökonomischen Mittel und damit der finanzielle Handlungsspielraum, um sich faktisch gegen Klimaextreme zu schützen.⁶ Klimaschutz wird damit zu einer Frage von Gerechtigkeit und Solidarität oder, anders formuliert, zu einer Frage von Klimagerechtigkeit.⁷

Dieser Beitrag soll einleitend die völkerrechtlichen Verpflichtungen Österreichs zur Umsetzung von sozial gerechter Klimaschutzpolitik und zur Erreichung einer nachhaltigen und zukunftsorientierten Politik aufzeigen und im Anschluss beispielhaft die Umsetzung in Österreich anhand des Regierungsprogramms 2020–2024 analysieren.

1 Übereinkommen von Paris 12.12.2015, in Österreich ratifiziert durch BGBl III 2016/197.

2 World Meteorological Organization/Global Atmosphere Watch, The State of Greenhouse Gases in the Atmosphere Based on Global Observations through 2020. WMO Greenhouse Gas Bulletin No 17 (2021) 3.

3 Oxfam, Extreme Carbon Inequality (2015) 1, www.oxfam.de/ueber-uns/publikationen/oxfam-bericht-extreme-carbon-inequality (10.11.2021).

4 Griffin, The Carbon Majors Database – CDP Carbon Majors Report (2017) 8, <https://cdn.cdp.net/cdp-production/cms/reports/documents/000/002/327/original/Carbon-Majors-Report-2017.pdf?1501833772> (29.1.2022).

5 Oxfam, Carbon Inequality 2.

6 Weinberger/Schamschula, Haben wir ein Recht auf Klima- und Umweltschutz? Klimaklagen als Instrument für nachhaltige Entwicklung im Sinn der Agenda 2030, in Hartinger/Leregger, Perspektiven 2030. 17 Ziele für den Weg in eine lebenswerte Zukunft (2020) 243.

7 Zu Klimagerechtigkeit vgl in derselben Ausgabe des *juridikum*: Keller/Heri, Klimagerechtigkeit durch Klimaklagen? Eine kritische Analyse aus menschenrechtlicher Perspektive, *juridikum* 2022, 83.

2. Völkerrechtlicher Rahmen für klimasoziale Politik

Einen Versuch, die globalen ökonomischen, ökologischen und sozialen Herausforderungen gemeinsam zu adressieren, stellt die Agenda 2030 mit ihren 17 nachhaltigen Entwicklungszielen (Sustainable Development Goals/SDG) dar.⁸ Diese international vereinbarte politische Handlungsempfehlung wurde im September 2015 von der UN-Staaten-gemeinschaft verabschiedet und hat nichts weniger als die grundlegende Transformation unserer Lebens- und Wirtschaftsweise zum Ziel. Anhand der SDG sollen alle globalen Krisen bewältigt werden – von Armut, Hunger und Ungleichheiten über Umbrüche in der Arbeitswelt bis hin zur Umwelt- und Klimakrise. Nachhaltige Entwicklung kann demnach nur durch eine ganzheitliche, vernetzte Sichtweise und die Umsetzung aller SDG tatsächlich erreicht werden, wobei Klimaschutz mit Umweltschutz und Maßnahmen für echte Chancengleichheit einhergehen muss.

SDG 13 hält die Staaten dazu an, „umgehend Maßnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels und seiner Auswirkungen [zu] ergreifen“. Mittel zur Erreichung dieses Ziels bis 2030 sind etwa die Umsetzung einer nationalen Klimaschutzstrategie, die Reduktion der Treibhausgase sowie Beiträge zur internationalen Klimafinanzierung.⁹ Gleichzeitig soll die Ungleichheit innerhalb von und zwischen Ländern verringert werden (SDG 10). Dabei sollen fiskalische, lohnpolitische und den Sozialschutz betreffende Maßnahmen sowie Anti-Diskriminierungsmaßnahmen innerstaatlich Benachteiligungen reduzieren. Zur Verringerung von zwischenstaatlichen Ungleichheiten ist der Ausbau von internationaler Entwicklungshilfe vorgesehen und der „Grundsatz der besonderen und differenzierten Behandlung der Entwicklungsländer, insbesondere der am wenigsten entwickelten Länder“ zu beachten. Auch der Umbau des Energiesystems (SDG 7) und die Veränderung der Produktions- und Konsumweise (SDG 12) sind zentrale Ziele der Agenda 2030, die sich mit SDG 10 und 13 verschränken.

Im Pariser Übereinkommen, das nur wenige Monate nach der Agenda 2030 verabschiedet wurde, findet sich der Ansatz der Klimagerechtigkeit (mit Einschränkungen) wieder. So ist es das Ziel des völkerrechtlichen Abkommens, „die weltweite Reaktion auf die Bedrohung durch Klimaänderungen im Zusammenhang mit nachhaltiger Entwicklung und den Bemühungen zur Beseitigung der Armut zu verstärken“ und „als Ausdruck der Gerechtigkeit“ den Grundsatz der „gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten und jeweiligen Fähigkeiten angesichts der unterschiedlichen nationalen Gegebenheiten“ zu berücksichtigen.¹⁰ Anders als in der Agenda 2030 bezieht sich das Ver-

8 *Generalversammlung der Vereinten Nationen*, Resolution 70/1, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development (2015) A/RES/70/1, www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf (10.1.2022).

9 *Generalversammlung der Vereinten Nationen*, Resolution 71/313, Work of the Statistical Commission pertaining to the 2030 Agenda for Sustainable Development (2017) A/RES/71/313, https://ggim.un.org/documents/a_res_71_313.pdf (10.1.2022).

10 Art 2 Abs 1 und 2 Übereinkommen von Paris.

ständnis von Gerechtigkeit im Pariser Übereinkommen jedoch nur auf zwischenstaatliche Unterschiede zwischen Industrieländern und Schwellen- sowie Entwicklungsländern. Dies ist angesichts der historischen Verantwortung von Industrieländern und deren globaler Mitverantwortung für zukünftige Auswirkungen des Klimawandels im globalen Süden auch (mit Einschränkungen) gerechtfertigt. Allerdings ist das Problem der Ungleichheit auch innerstaatlich relevant: Gegenden mit niedrigem Einkommen und Minderheiten sind grds anfälliger für die Risiken von Naturkatastrophen und erholen sich auch am schwersten von diesen. Dies zeigt sich etwa am Bsp der USA, wo ärmere Regionen, etwa weil sie eher in überschwemmungsgefährdeten Gebieten oder näher an schädlichen Industrieanlagen liegen, besonders von den Folgen der Wirbelstürme und Hurrikans betroffen sind.¹¹

Aufbauend auf dem Pariser Übereinkommen hat sich die Europäische Union auf verbindliche Zielvorgaben geeinigt: EU-weit sollen die Treibhausgasemission um mind 40 % gegenüber 1990 bis 2030 gesenkt werden. Im Rahmen des „Green Deals“ wurde das Reduktionsziel schließlich auf netto 55 % ausgeweitet. Zudem gibt es verbindliche Vorgaben für die Mitgliedstaaten. So muss Österreich seine Emissionen in jenen Sektoren, die nicht dem Emissionshandel unterliegen, um mind 36 %¹² (bzw künftig 48 %¹³) senken.

3. Zur Umsetzung klimasozialer Politik in Österreich

Österreich hat sich verpflichtet, auf die Umsetzung des Pariser Übereinkommens und die Agenda 2030 hinarbeiten und Klimagerechtigkeit auch in Österreich voranzutreiben. Dennoch wurde dem bisher kaum nachgekommen. Tatsächlich vermochten Emissionsverursacher:innen in Österreich in den letzten 30 Jahren weder die Treibhausgasemissionen zu senken¹⁴ noch konnte die Politik ausreichend wirksame politische und rechtliche Schritte in diese Richtung setzen. Im Klimaschutzindex belegt Österreich Platz 36, nur einen Rang vor China und drei Ränge hinter Brasilien.¹⁵ Diese unbefriedigende Situation lässt sich ua damit begründen, dass beiden völkerrechtlichen Instrumenten wirksame Durchsetzungs- und Sanktionsmittel bei Verfehlung der vereinbarten Ziele fehlen.

11 *Krause/Reeves* in Brookings Social Mobility Memos vom 18.9.2017, Hurricanes hit the poor the hardest (2017), www.brookings.edu/blog/social-mobility-memos/2017/09/18/hurricanes-hit-the-poor-the-hardest/ (10.11.2021)

12 *Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort*, Das Übereinkommen von Paris, www.oesterreich.gv.at/themen/bauen_wohnen_und_umwelt/klimaschutz/1/Seite.1000325.html (14.1.2022).

13 *Umweltbundesamt*, Treibhausgas-Bilanz Österreichs 2020 – Zielerreichung und Ausblick, <https://www.umweltbundesamt.at/news/220123/thg-ausblick> (30.1.2022).

14 *Umweltbundesamt*, Klimaschutzbericht 2021 (2021) 67, www.umweltbundesamt.at/fileadmin/site/publikationen/rep0776.pdf (29.11.2021).

15 *Burck/Ubligh/Bals/Höhne/Nascimento*, Climate Change Performance Index. Results (2022) 7, https://ccpi.org/wp-content/uploads/CCPI-2022-Results_2021-11-10_A4-1.pdf (10.11.2021).

Letzteres ist auch eine Schwäche des Nationalen Energie- und Klimaplan 2021–2030 (NEKP) aus 2019.¹⁶ Darin legt Österreich seine Maßnahmen zur Erreichung des – damals geltenden – österreichischen Emissionsreduktionsziels von 36 %¹⁷ bis 2030 fest. Innerstaatlich betrachtet stellt der NEKP eine reine Absichtserklärung dar, und weist auch inhaltlich Mängel auf: Bereits für den ersten Entwurf empfahl die Europäische Kommission (EK) eine Reihe von Nachbesserungen. Die im Oktober 2020 veröffentlichte Bewertung¹⁸ des endgültigen NEKP kam schließlich zu dem Ergebnis, dass Österreich selbst im best case-Szenario eine maximale Reduktion der Treibhausgase um 27 % erreichen könnte. Zudem würden konkrete Maßnahmen fehlen, wie die Reduktion erfolgen bzw finanziert werden soll. Auch eine Liste der umweltschädlichen Energiesubventionen sei nicht enthalten. Vernachlässigt würde im NEKP weiters die Auseinandersetzung mit Aspekten eines fairen und gerechten Übergangs: So fehle eine Analyse der Auswirkungen des Übergangs zu einem klimaneutralen Wirtschaftssystem auf Beschäftigung, Gesellschaft und Kompetenzen.

Abgesehen von Mängeln auf Planungsebene fehlt auch ein entsprechendes Gesetz, das die internationalen Ziele national verbindlich umsetzt. Das letzte Klimaschutzgesetz (KSG)¹⁹ bezog sich auf den Zeitraum 2013 bis 2020 und setzte jährliche zulässige Emissionshöchstmengen – gesamt und für jeden der sechs Sektoren – fest. Im Jahr 2017 setzte die EK den zulässigen Emissionshöchstwert Österreichs für die Folgejahre durch eine methodische Anpassung um etwa 1 Mio t CO₂-Äquivalente jährlich bis hin zu 47,8 t im Jahr 2020 herab,²⁰ was bis dato nicht im KSG berücksichtigt wurde. Zudem fehlt es an Sanktions- und Strafmechanismen bei Nichteinhaltung der Höchstwerte.²¹ Überhaupt gibt es kein Rechtsschutzmittel, das es ermöglicht, die Einhaltung der gesetzlich vorgesehenen Klimaschutzbestimmungen gerichtlich durchzusetzen. Aus diesen Gründen waren die Vorgaben des bisherigen KSG unzureichend, um eine effektive Klimawende herbeizuführen. Soziale Kriterien fanden ebenfalls keine Beachtung. Eine Novelle des Gesetzes lässt seit Monaten auf sich warten.²²

Das dritte wesentliche Instrument zur Erreichung von Klimagerechtigkeit, das sich aus den völkerrechtlichen Verpflichtungen ergibt, ist die Finanzierung von internationalen

16 Bundesministerium für Nachhaltigkeit und Tourismus, Nationaler Energie und Klimaplan für die Periode 2021–2030 (2019), www.bmk.gv.at/dam/jcr:032d507a-b7fe-4cef-865e-a408c2f0e356/Oe_nat_Energie_Klimaplan.pdf (17.1.2021).

17 Anh I Lastenteilungsverordnung ABl L 2018/156, 26.

18 EK, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen. Bewertung des endgültigen nationalen Energie- und Klimaplan Österreichs (2020), https://ec.europa.eu/energy/sites/default/files/documents/staff_working_document_assessment_necp_austria_de.pdf (25.12.2021).

19 Klimaschutzgesetz BGBl I 2011/106.

20 Beschluss (EU) 2017/1471, ABl L 2017/209, 53.

21 § 7 KSG verweist zwar auf einen gesondert zu regelnden Verantwortlichkeitsmechanismus zwischen Bund und Ländern, dieser lässt allerdings (Stand Jänner 2022) auf sich warten. S auch *Lueger/Zalueva*, Anforderungen an ein effektives Klimaschutzgesetz – Rechtliche Hintergrundstudie von ÖKOBÜRO und Global 2000 (2021), 10, 21, https://oekobuero.at/files/576/ksg_studie_final_2021.pdf (17.1.2021).

22 Parlamentskorrespondenz Nr 697 v 9.6.2021, Gewessler peilt Begutachtung für Klimaschutzgesetz ab Sommer an, www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2021/PK0697/ (17.1.2021).

Klimaschutz- und Anpassungsmaßnahmen. Auch hier besteht in Österreich Handlungsbedarf. Die Realität zeigt, dass Entwicklungshilfe chronisch unterfinanziert ist.²³ Aus diesem Grund hat sich die Staatengemeinschaft im Pariser Übereinkommen verpflichtet, die notwendigen Finanzmittel aufzustellen.²⁴ Konkret sollten in den ersten drei Jahren jeweils USD 30 Mrd und ab 2020 jährlich bis zu USD 100 Mrd für die Anpassung an und die Bekämpfung des Klimawandels mobilisiert werden. Zu diesem Zweck wurde 2010 der Green Climate Fund beschlossen.²⁵ Problematisch ist, dass es an einer einheitlichen Definition der Klimafinanzierung mangelt. Dies erschwert die Ausweisung möglicher Lücken bei der Zuweisung internationaler Klimafinanzierungsmittel. Österreich leistete jahrelang – gemessen an wirtschaftlich vergleichbaren Staaten wie Deutschland oder Schweden – nur geringe Beitragszahlungen. So leistete die Bundesregierung zwischen 2015 und 2018 gerade einmal EUR 26 Mio an den Klimafonds. Mittlerweile wurde der Beitrag auf EUR 130 Mio bis 2023 verfünffacht.²⁶

Neben diesen drei übergreifenden Ansätzen, bei denen die internationalen Verpflichtungen Österreichs zur Bekämpfung der Klimakrise im Vordergrund stehen, bestehen in Österreich auch Handlungsansätze mit Fokus auf die sozialen Auswirkungen und Ungleichheiten auf nationaler Ebene. Die wesentlichen Anknüpfungspunkte dazu finden sich für die aktuelle Legislaturperiode auf Bundesebene im Regierungsprogramm 2020–2024. Zusätzlich zum Ziel der Klimaneutralität Österreichs bis 2040 soll die breite Gesellschaft von Klimaschutzmaßnahmen profitieren. Umwelt, Wirtschaft und Arbeitswelt sollen iSd Agenda 2030 gemeinsam gedacht und „eine sozial verträgliche Bewältigung der Herausforderungen (Just Transition)“ sichergestellt werden.²⁷ Dieser „klimagerechte“ und „ökosoziale“ Transformationsprozess bezieht sich insb auf die Bereiche Steuerreform, Agrar- sowie Arbeitsmarktpolitik, Verkehr, Vergabe und bauliche Modernisierung. Der klimagerechte Umbau soll unter Berücksichtigung der Kosten für Private und Unternehmen erfolgen; soziale Härtefälle sollen vermieden werden, indem Benachteiligte bei den notwendigen Anpassungsmaßnahmen (finanziell) unterstützt werden.²⁸

Im folgenden Abschnitt sollen die Themenbereiche Steuerreform und bauliche Modernisierung beispielhaft näher analysiert und der Frage nachgegangen werden, inwiefern sich das Prinzip der Klimagerechtigkeit in den Klimamaßnahmen widerspiegelt.

23 So zB *FIAN Österreich*, Zivilgesellschaftlicher Bericht über die Wirtschaftlichen, Sozialen und Kulturellen Rechte und die damit verbundenen extraterritorialen Staatenpflichten Österreichs (2021) 3, www.globaleverantwortung.at/download/?id=3098 (25.12.2021).

24 Art 2 Abs 1 lit c Übereinkommen von Paris.

25 *Vertragsstaatenkonferenz der Klimarahmenkonvention der Vereinten Nationen*, Decision 1/CP.16, The Cancun Agreements, FCCC/CP/2010/7/Add.1, Art 100, 102; *Green Climate Fund*, Timeline, www.greenclimate.fund/about/timeline (17.1.2022).

26 *Kainrath*, Österreich verfünffacht finanzielle Mittel für UN-Klimafonds, *derstandard.at* v 14.9.2020, www.derstandard.at/story/2000119975458 (29.11.2021).

27 *Bundeskanzleramt (BKA)*, Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020–2024 (2020) 180, www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/die-bundesregierung/regierungsdokumente.html (29.11.2021).

28 *BKA*, Regierungsprogramm 2020–2024 72.

3.1. Ökosoziale Steuerreform

Die Regierung setzte sich unter dem Titel „Ökosoziale Steuerreform“ im Regierungsprogramm die „Entlastung von Menschen“²⁹ und die „Herstellung von Kostenwahrheit für den Ausstoß von CO₂-Emissionen“³⁰ zum Ziel. Das Grundprinzip ökosozialer Steuern ist simpel: Für bestimmte Emissionen wird ein Preis bzw eine Steuer eingeführt, die daraus resultierenden Einnahmen zum Ausgleich negativer wirtschaftlicher oder sozialer Nebeneffekte aufgewendet. Der Gedanke der Klimagerechtigkeit manifestiert sich in diesem Programmpunkt insb durch die Ausgestaltung der CO₂-Bepreisung: Diese dürfe unter Wahrung eines Lenkungseffekts nicht zu einer Mehrbelastung für benachteiligte Personen oder Unternehmen führen. So weit, so vielversprechend.

Zwei Gesetzesbeschlüsse vom Jänner 2022³¹ geben mittlerweile Aufschluss über die vorgesehenen Maßnahmen. Aus Platzgründen kann hier lediglich auf das neue nationale Emissionshandelssystem in Kombination mit dem Klimabonus eingegangen werden. Ersteres soll – beginnend im Jahr 2022 – insb die Bepreisung von Treibhausgas-Emissionen in jenen Bereichen einführen, die nicht schon vom Europäischen Emissionshandel erfasst sind. Im Wesentlichen sollen Emissionszertifikate in Österreich zunächst zu Fixpreisen ausgegeben werden. Dieser beträgt für das Jahr 2022 EUR 30 und erhöht sich bis 2025 auf geplante EUR 55.³² Ab 2026 soll das Emissionshandelssystem in eine Marktphase übergehen und in ein etwaiges Europäisches Handelssystem integriert werden.

Die soziale Ausgleichswirkung soll ua über den „Klimabonus“ erreicht werden: Dieser gebührt allen in Österreich gemeldeten Personen³³, die exakte Höhe hängt von ihren Wohnsitzen und deren Anbindung an den öffentlichen Verkehr ab. Das Bundesgebiet wird dazu in vier Kategorien eingeteilt, vom „urbanen Zentrum mit höchstrangiger Verkehrsanbindung“ (EUR 100 jährlich) bis zu „ländlichen Gemeinden und Gemeinden mit höchstens Basiserschließung“ (EUR 200 jährlich).³⁴

Die Novellen wurden ua von der Opposition als „weder sozial noch ökologisch“³⁵ kritisiert, und dies nicht völlig zu Unrecht. Zwar kann eine Besteuerung von CO₂-Emissionen einen Lenkungseffekt nach sich ziehen, allerdings hauptsächlich dann, wenn sich erstens die Besteuerung spürbar bei Endverbraucher:innen auswirkt und zweitens ein Gewöhnungseffekt an höhere Preise vermieden wird.³⁶ Letzteres kann insb dadurch erreicht werden, dass emissionsintensive Infrastruktur angepasst wird bzw Private bei der

29 BKA, Regierungsprogramm 2020–2024 50.

30 BKA, Regierungsprogramm 2020–2024 55.

31 ME Ökosoziales SteuerreformG 2022 Teil I, 158/ME 27. GP; ME Ökosoziales SteuerreformG 2022 Teil II, 159/ME 29. GP.

32 ME Ökosoziales SteuerreformG 2022 Teil I, § 10 Nationales Emissionszertifikatehandelsgesetz 2022.

33 ME Ökosoziales SteuerreformG 2022 Teil II, 159/ME 27. GP, § 3 Klimabonusgesetz.

34 ME Ökosoziales SteuerreformG 2022 Teil II, 159/ME 27. GP, §§ 4 f Klimabonusgesetz.

35 NN, Opposition zerpfückt Steuerreform der Regierung, *wienerzeitung.at* v 3.10.2021, www.wienerzeitung.at/nachrichten/politik/oesterreich/2123527-Opposition-zerpfueckt-Steuerreform-der-Regierung.html (30.10.2021).

36 *Steininger et al*, Statement des Wegener Centers zu Österreichs ökosozialer Steuerreform (2021) 3 f, https://static.uni-graz.at/fileadmin/portal/forschen/Files/Klimawirksamkeit_Steuerreform_WEGC_Statement_Okt2021.pdf (30.11.2021).

Anpassung finanziell unterstützt werden (zB beim Heizkesselaustausch). Diesem Aspekt wohnt auch eine soziale Komponente inne: zwar können Mehrkosten (zB höhere Spritkosten), die Bürger:innen in ländlichen Gegenden durch die CO₂-Bepreisung entstehen, durch den Klimabonus vorerst abgedeckt werden. Dies ändert aber nichts daran, dass für tatsächlich klimafreundlicheres Verhalten uU eine Investition getätigt werden muss (zB Anschaffung eines Elektroautos, Austausch des Heizkessels). Einkommensschwächere Personen werden dazu finanziell häufig nicht in der Lage sein, bzw wohnen sie auch tendenziell häufiger in Mietwohnungen, wo sie eingeschränkten Einfluss auf das Heizsystem haben.³⁷ Für Personen oder Unternehmen, die sich klimaschädliches Verhalten bis jetzt leisten konnten, könnte ein ausreichender Lenkungseffekt wiederum ausbleiben.³⁸ Zudem erscheinen die zahlreichen Entlastungsregelungen, die für Unternehmen in den §§ 24 ff Nationales Emissionszertifikatehandelsgesetz³⁹ vorgesehen werden, in diesem Zusammenhang eher kontraproduktiv. Einige Klimaforscher:innen gehen davon aus, dass für die Erreichung der Pariser Klimaziele ein Einstiegspreis von EUR 50–160 pro emittierter t CO₂ notwendig sein wird.⁴⁰ Da für Österreich Klimaneutralität ab 2040 vorgesehen ist (also 10 Jahre früher als gem Pariser Übereinkommen), ist davon auszugehen, dass sogar noch höhere Preise angemessen sein könnten.⁴¹

3.2. Bauliche Modernisierung

Auch im Bereich der Energiekosten haben Einkommensunterschiede erhebliche Auswirkungen. So konnten es sich im Jahr 2018 rund 2,4 % aller österreichischen Haushalte nicht leisten, ihre Wohnungen angemessen warm zu halten. Besonders betroffen sind Alleinlebende sowie Personen, die maximal über einen Pflichtschulabschluss verfügen. Tatsächlich steigen zwar der absolute Energieverbrauch und die dafür anfallenden Kosten mit zunehmendem Haushaltseinkommen, der für Energie ausgegebene Teil nimmt aber deutlich ab.⁴² Grund dafür ist, dass einkommensschwache Haushalte in der Regel eher in sanierungsbedürftigen, schlecht gedämmten Wohnungen leben, die gleichzeitig eine ungünstige Lage haben. Der Klimawandel verschärft diese sozialen Ungleichheiten weiter: So sind die Preise für Strom und Gas im Jahr 2021 rasant angestiegen.⁴³ Die Inter-

37 *Steininger et al*, Statement 3 f.

38 *Edenhofer et al*, Bewertung des Klimapaketes und nächste Schritte – CO₂-Preis, sozialer Ausgleich, Europa, Monitoring (2019) 5, www.mcc-berlin.net/fileadmin/data/B2.3_Publications/Working%20Paper/2019_MCC_Bewertung_des_Klimapakets_final.pdf (30.11.2021).

39 ME Ökosoziales SteuerreformG 2022 Teil I, 158/ME 27. GP, 21.

40 *Graßl et al*, Stellungnahme von Expertinnen und Experten des CCCA zum Factsheet: „Kostenwahrheit CO₂“ des BMK (2020) 2, https://ccca.ac.at/fileadmin/00_DokumenteHauptmenuue/02_Klimawissen/Offene_Briefe_und_Stellungnahmen/Kostenwahrheit_Stellungnahme_final.pdf (30.11.2021).

41 *Graßl et al*, Stellungnahme 2.

42 *Statistik Austria*, Erweiterte Betrachtung der Energiearmut in Österreich (2021) 18, www.statistik.at/web_de/services/publikationen/6/index.html?includePage=detailedView§ionName=Soziales&pubId=800 (2.12.2021).

43 *Arbeiterkammer*, Steigende Energiepreise, <https://wien.arbeiterkammer.at/steigende-energiepreise> (13.1.2022).

ationale Energieagentur geht davon aus, dass Haushalte bei der derzeitigen Entwicklung bis 2030 um 10 % mehr für Strom und um bis zu 45 % mehr für fossile Wärme bzw den Transport mit Verbrennungsfahrzeugen aufbringen müssen.⁴⁴ Abgesehen von der Raumwärme ist eine stabile Energieversorgung insb auch fürs Kochen, für die Aufbewahrung von Lebensmitteln und für die Nutzung (mobiler) Endgeräte wie Handys wichtig. Wer daher von Energiearmut betroffen ist, leidet nicht nur an einer unbeheizten Wohnung, sondern ist auch bei der Teilnahme am gesellschaftlichen Leben eingeschränkt. Neben diesen sozioökonomischen Schwierigkeiten verursacht der Sektor Gebäude enorme Treibhausgasemissionen.⁴⁵

Bauliche Modernisierungsmaßnahmen sind somit nicht nur im Hinblick auf das im Regierungsprogramm gesetzte Ziel der Klimaneutralität, sondern auch zur Schaffung klimagerechter Häuser wichtig. Bei Nutzgebäuden liegt das Augenmerk zum einen auf dem Umstieg zu nachhaltigen und energiesparenden Raumheizungs- und Kühlsystemen. Die emissionsintensiven Heizarten basierend auf der Verbrennung fossiler Brennstoffe sollen aus der Raumwärme verdrängt werden.⁴⁶ Zum anderen soll die Sanierungsrate von Gebäuden durch eine langfristige Förderoffensive, eine Weiterentwicklung der Wohnbauförderung sowie die Einführung eines sozial verträglichen Sanierungsgebots in Richtung des Zielwerts von 3 % erhöht werden.⁴⁷ Eine Steigerung der Sanierungsqualität und -aktivität würde zudem einen wichtigen Beitrag leisten, die im vorhandenen Gebäudebestand gebundene „graue Energie“ zu erhalten.

Gleichzeitig ist die Modernisierung von Gebäuden in der Regel aber mit einem hohen Kosteneinsatz verbunden, der nicht immer durch die dadurch bewirkten Energieeinsparungen kompensiert werden kann.⁴⁸ Um zu verhindern, dass die Investitionen in Dekarbonisierungsmaßnahmen und der wirtschaftliche Gewinn, etwa in Form geringerer Heizkosten, einseitig auf eine Gewinner:innen- bzw eine Verlierer:innenseite verteilt werden, gibt es auf Bundes- und Landesebene eine Reihe von Förderungen. So werden etwa im Rahmen der bundesweiten Sanierungsoffensive 2021 und 2022 bis zu EUR 650 Mio in die thermische Gebäudesanierung und den Tausch von Öl- und Gas-Heizsystemen investiert. Im Rahmen der Förderaktion „Raus aus Öl und Gas“ soll Betrieben und Privaten der Umstieg von fossil betriebenen Heizungen auf einen nachhaltigeren Nah- bzw Fernwärmeanschluss, auf eine Wärmepumpe oder eine Holzcentralheizung finanziell erleichtert werden.⁴⁹

44 Internationale Energieagentur IEA, World Energy Outlook 2021, <https://iea.blob.core.windows.net/assets/4ed140c1-c3f3-4fd9-acae-789a4e14a23c/WorldEnergyOutlook2021.pdf>, 66 (13.1.2021).

45 Stand 2019; Umweltbundesamt, Treibhausgasbilanz 2019 nach Sektoren, www.umweltbundesamt.at/news/210119/sektoren (2.12.2021).

46 BKA, Regierungsprogramm 2020–2024 77.

47 BKA, Regierungsprogramm 2020–2024 76.

48 S dazu etwa Mellwig/Pebmt, Sozialer Klimaschutz in Mietwohnungen, www.bund.net/fileadmin/user_upload_bund/publikationen/energiewende/energiewende_sozialer_klimaschutz_mietwohnungen.pdf (13.1.2022).

49 BMK, Förderung 2021 für thermische Gebäudesanierung und Heizkesseltausch, www.bmk.gv.at/themen/klima-umwelt/klimaschutz/ufi/sanierung_kesselaustausch.html (2.12.2021).

Seit Jänner 2020 gilt bundesweit ein Einbauverbot von Ölheizungen im Neubau.⁵⁰ Ab 2021 sollte dieser auch bei einem Heizungswechsel (Sanierung) gelten, wobei es derzeit an der entsprechenden gesetzlichen Grundlage mangelt. Der fortlaufende Betrieb von bereits bestehenden Ölheizungen ist weiterhin erlaubt. Ab 2025 soll der Austausch von veralteten Heizkesseln verpflichtend vorgesehen werden, ab 2035 müssten voraussichtlich sämtliche Kessel ausgetauscht werden.⁵¹ Ein ähnlicher Stufenplan ist laut Regierungsprogramm auch für Gasheizungen vorgesehen, die ab 2025 nicht mehr bei Neubauten eingebaut werden sollen und bis 2040 zur Gänze aus der Raumwärme verschwinden sollen.

Um soziale Härten zu vermeiden und Haushalten jedes Einkommens eine klimafreundliche Heiztechnologie zu ermöglichen, wird der Heizkesseltausch bei Haushalten im untersten Einkommenssegment erstmals ab Jänner 2022 mit bis zu 100 % gefördert.⁵² Die Förderung steht Haushalten der untersten beiden Einkommensdezile – bezogen auf einen Einpersonenhaushalt entspricht das einem monatlichen Nettoeinkommen von EUR 1.454 – bzw des dritten Einkommensdezils zu.⁵³

Zudem ist Ende 2021 auch eine Novelle des Umweltförderungsgesetzes in Begutachtung gegangen⁵⁴, das nunmehr ua Maßnahmen zur Bekämpfung der Energiearmut vorsieht. Diese sollen einkommensschwachen Haushalten helfen, die finanziellen Belastungen aus der gleichzeitigen Durchführung des Umstiegs auf klimafreundliche Heizsysteme und der Durchführung thermischer Sanierungsmaßnahmen abzufedern, und tragen somit unmittelbar zu sozialer Gerechtigkeit bei.⁵⁵ Das Unterstützungsvolumen für 2022 bis 2025 beträgt insgesamt EUR 550 Mio.

Während der Ausbau der Fördermöglichkeiten auf Bundesebene insgesamt begrüßenswert ist, hat dieser gleichzeitig auch durch die Zunahme von Förderstellen und Verantwortlichen zu einer Verkomplizierung beigetragen. Nicht immer kommt das Geld bei jenen Haushalten an, die dieses am dringendsten benötigen. Gleichzeitig ist fraglich, ob die Baubranche angesichts des Booms an Neubauten für die Umsetzung der angestrebten Sanierungen ausreichende Kapazitäten hat.⁵⁶ Angesichts des unzureichenden thermi-

50 Ölkesselbauverbotsgesetz BGBl I 2020/6.

51 BKA, Regierungsprogramm 2020–2024, 78.

52 BMK, Sauber-Heizen-für-Alle startet: Einkommensschwache Haushalte werden beim Heizkesseltausch mit bis zu 100 Prozent gefördert, www.ots.at/presseaussendung/OTS_20220103_OTS0054/sauber-heizen-fuer-alle-startet-einkommensschwache-haushalte-werden-beim-heizkesseltausch-mit-bis-zu-100-prozent-gefoerdert (12.1.2022); § 6 Abs 2f Z 1c UFG.

53 § 6 Abs 2f Z 1c UFG, BMK, Förderaktion „Sauber Heizen für Alle“ 2022, www.klimaaktiv.at/foerderungen/sauber-heizen2022.html (13.1.2022).

54 168/ME 27. GP.

55 Vgl § 2 Abs 2 168/ME 27. GP.

56 Zoidl, So wird das nichts: Sanierungsrate im Gebäudebestand zu niedrig, derstandard.at v 22.11.2021, www.derstandard.at/story/2000131328704 (13.1.2022); Institut für Immobilien, Bauen und Wohnen GmbH IIBW, Definition und Messung der thermisch-energetischen Sanierungsrate in Österreich 35, http://iibw.at/documents/2020%20IIBW_UBA%20Sanierungsrate.pdf (14.1.2022).

schen Standards bei rund 40 % des Wohnungsbestands⁵⁷ ist die aktuelle Sanierungsrate von 1,4 % jedenfalls zu niedrig, um bis 2040 klimaneutral zu werden.

4. Zusammenfassung

Die genannten Bsp zeigen, dass die Klimakrise auch eine soziale Krise ist. Die Auswirkungen des Klimawandels sind für alle Menschen weltweit spürbar, jedoch in unterschiedlichem Ausmaß und zu unterschiedlichen Zeitpunkten. Tatsächlich sind einkommensschwache Haushalte überproportional stark von den Auswirkungen der globalen Erderhitzung betroffen und gleichzeitig weniger gut in der Lage, sich von deren Folgen (wie Überschwemmungen, Bränden) zu erholen. Das gilt nicht nur im Verhältnis der Industrienationen gegenüber dem globalen Süden, sondern wird auch innerstaatlich deutlich. So gibt es etwa im Energiesektor eine hohe Anzahl energiearmer Haushalte. (Thermische) Sanierungsmaßnahmen gem Regierungsprogramm 2020–2024, wie die Dämmung von Fenstern und die finanzielle Förderung von nachhaltigeren Heizsystemen, unterstützen daher Menschen am unteren Rand des Einkommensspektrums. Gleichzeitig sind diese Fördermaßnahmen wichtig, um die Klimaziele in Österreich zu erreichen. Das zeigt, dass Klimaschutzmaßnahmen nicht nur teuer und lästig sind – wie oft behauptet – sondern insb auch einen Beitrag zu einer faireren Gesellschaft leisten können, wobei auf eine möglichst gerechte Verteilung von Kosten und Einsparungen zu achten ist. Ob Österreich durch die bisher angekündigten Maßnahmen zur Erreichung von Klimagerechtigkeit seinen völkerrechtlichen und durch die EU vorgegebenen Verpflichtungen nachkommen kann, bleibt ohne weitere Nachschärfungen, insb in Bezug auf die ökosoziale Steuerreform, aber zweifelhaft.

Veronika Marhold, LL.B. (WU) ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Europarecht und Internationales Recht an der WU Wien; veronika.marhold@wu.ac.at

Mag.^a Lisa Schranz, BSc MSc ist Juristin mit Schwerpunkt Umweltrecht und absolviert derzeit ihre Gerichtspraxis; lisa.schranz@tuwien.ac.at

Mag.^a Lisa Weinberger, LL.M (CEU) ist Umweltjuristin bei ÖKOBÜRO – Allianz der Umweltbewegung; lisa.weinberger@oekobuero.at

⁵⁷ IIBW, Definition 33.

Im Gerichtssaal und auf der Straße – unterschiedliche Wege, ein Ziel?

Zum Verhältnis von politischem Aktivismus für Klimagerechtigkeit und Klimaklagen

Christiane Gerstetter

1. Einleitung

Die Klimakrise schreitet voran, adäquate politische Maßnahmen lassen auf sich warten – und die Verzweiflung wächst, zumindest in Teilen der Bevölkerung. Damit einher geht die Suche nach Ansätzen, wirksam etwas gegen die Klimakrise zu tun und Politik und Unternehmen zum Handeln zu bringen. Dieses Ziel steht sowohl hinter dem Aktivismus der Klimagerechtigkeitsbewegung als auch hinter Klimaklagen.¹

Während beide Ansätze also zumindest einen Ausgangspunkt und ein Ziel teilen, sind sie ansonsten in mehrerlei Hinsicht verschieden – ergänzen sich aber manchmal sehr effektiv. Ein Beispiel dafür aus Deutschland ist der Erhalt eines Teils des Hambacher Forsts. Dieser sehr alte Wald sollte ursprünglich zu Gunsten des Braunkohle-Tagebaus Hambach in Gänze abgeholzt werden. Nachdem bereits große Teile des Waldes trotz Protest von lokalen Initiativen und Umweltverbänden abgeholzt worden waren, zogen ab 2012 Aktivist*innen in den Wald und lebten dort ua in Baumhäusern. Gemeinsam mit anderen Akteur*innen aus der Zivilgesellschaft gelang es ihnen, den Konflikt um den Hambacher Forst zunehmend auf die politische Tagesordnung zu setzen und breite gesellschaftliche Unterstützung zu erhalten.² Ein vorläufiger Rodungsstop, der sicherstellte, dass die noch bestehenden Teile des Hambacher Forsts erhalten blieben, wurde aber zunächst nicht durch eine politische, sondern eine gerichtliche Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Münster im Jahr 2018 erreicht. Geklagt hatte der Umweltverband Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland eV (BUND).³ Die sogenannte Kohlekommission, die einen gesellschaftlichen Konsens über die Gestaltung des Kohleausstiegs in Deutschland und des damit verbunde-

1 Damit soll nicht gesagt sein, dass wirksamer Klimaschutz das einzige Ziel beider Ansätze ist. Zumindest Teile der Klimagerechtigkeitsbewegung kommunizieren sehr deutlich, dass es im Angesicht der Klimakrise um eine weitreichende Gesellschaftsveränderung, einen Systemwandel, geht.

2 Vgl zum Ganzen *Kaufer/Lein*, Anarchist Resistance in the German Hambach Forest: Localising Climate Justice, *Anarchist Studies* 28 (2020) 60.

3 Vgl OVG *Münster*, Hambacher Forst darf vorläufig nicht gerodet werden, Presseerklärung vom 5.10.2018, www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/01_archiv/2018/46_181005/index.php (21.12.2021). Dem Verfahren lag allerdings keine Klimaklage im engeren Sinne zu Grunde, da Naturschutzargumente im Vordergrund standen.

nen Strukturwandels herstellen sollte, sprach sich dann 2019 für eine Rettung des Hambacher Forsts aus.⁴ Dies wurde letztlich durch eine entsprechende planerische Entscheidung des Bundeslands Nordrhein-Westfalen umgesetzt.⁵

Der vorliegende Text stellt dar, in welcher Weise die Klimagerechtigkeitsbewegung (hier diskutiert am Beispiel von *Ende Gelände*, einem Bündnis in Deutschland, das sich mit zivilem Ungehorsam für Klimagerechtigkeit einsetzt) und Klimaklagen zu gesellschaftlichen Transformationsprozessen im Angesicht der Klimakrise beitragen können.

2. Wie lassen sich Gesellschaften im Angesicht der Klimakrise verändern?

2.1. Der Ansatz der Klimagerechtigkeitsbewegung am Beispiel von Ende Gelände

Innerhalb der Klimagerechtigkeitsbewegung in Deutschland gibt es unterschiedliche Theorien gesellschaftlicher Veränderung und Aktionsformen.⁶ *Ende Gelände* zählt zum radikaleren Teil der Klimagerechtigkeitsbewegung. Im Folgenden wird am Beispiel dieses Bündnisses dargestellt, welche Annahmen zu wirksamer gesellschaftlicher Veränderung Organisationen in der Klimagerechtigkeitsbewegung haben und wie diese die gewählten Aktionsformen bestimmen.

Die erste Aktion von *Ende Gelände* fand 2015 statt. Das Bündnis entschied sich damals bewusst dafür, lokal auf die Ursachen der Klimakrise aufmerksam zu machen und sich nicht an Protesten im Rahmen der im selben Jahr stattfindenden Klimakonferenz in Paris zu beteiligen.⁷ Die seitdem immer wieder genutzte Aktionsform besteht in zivilem Ungehorsam mit einer möglichst großen Anzahl von Teilnehmenden, konkret in Blockaden von Kohle- und Gasinfrastruktur sowie von Orten, an denen politische Entscheidungen getroffen werden, wie zB Parteizentralen. Mit zivilem Ungehorsam sind dabei Aktionsformen gemeint, die einen Bruch bestimmter gesetzlicher Regelungen für politische Zwecke mindestens in Kauf nehmen.⁸ Die Aktionen begleitet *Ende Gelände* mit intensiver Presse- und Öffentlichkeitsarbeit, die ua über sehr aussagekräftige Bilder von Aktivist*innen in weißen Anzügen vor riesengroßen Kohlebaggern inmitten der Mondlandschaft eines Kohletagebaus funktioniert.⁹ Ein Teil der Aktionen von *Ende Gelände* ist die gemeinsame Vorbereitung im Rahmen von Camps.

4 Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“, Abschlussbericht (2019) 63.

5 Vgl zum Ganzen Peters, Wer genau hat den Hambacher Forst gerettet? Armin, der Trittbrettreter, jedenfalls nicht, Stern v 9.10.2020, www.stern.de/politik/deutschland/wer-genau-hat-den-hambacher-forst-gerettet--armin--der-trittbrettreter--jedenfalls-nicht--9446832.html (21.12.2021).

6 Zum Ansatz von Extinction Rebellion sB Gunningham, Averting Climate Catastrophe: Environmental Activism, Extinction Rebellion and coalitions of Influence, King's Law Journal 30 (2019) 194.

7 Vgl NN, How to shut down a coal mine: how Ende Gelände organise mass actions, www.nonviolence.wri-irg.org/en/resources/2018/how-shut-down-coal-mine-how-ende-gelände-organise-mass-actions (21.12.2021).

8 Vgl für eine Diskussion des Begriffs *Celicates*, Rethinking Civil Disobedience as a Practice of Contestation – Beyond the Liberal Paradigm, Constellations 23 (2016) 37.

9 Beispiele finden sich auf dem Flickr-Account von *Ende Gelände*: www.flickr.com/people/133937251@N05/ (21.12.2021).

Eine Grundannahme von *Ende Gelände* ist, dass der Druck für einen sozial-ökologischen gesellschaftlichen Wandel nicht aus staatlichen Apparaten kommt: „Kohleausstieg ist Handarbeit“ ist ein Slogan von Ende Gelände.¹⁰ Die Aktionsform des zivilen Ungehorsams dient vor diesem Hintergrund dazu, einen gesellschaftlichen Konflikt um die Nutzung von Kohle in Deutschland zuzuspitzen.¹¹ Der zivile Ungehorsam wirkt dabei sowohl direkt – die Kohlebagger stehen still – als auch über die Aufmerksamkeit in den Medien, die durch die Aktionsform erzeugt wird. *Ende Gelände* möchte dabei bewusst öffentliche Diskurse verändern.¹² Ziel ist dabei letztlich, eine breite gesellschaftliche Mehrheit für eine weitgehende gesellschaftliche Transformation zu gewinnen. Um dieses Ziel zu erreichen, verfolgt *Ende Gelände* auch eine sehr aktive Bündnispolitik und pflegt Netzwerke sowohl zu vergleichbaren Organisationen in anderen Ländern als auch zu anderen Akteur*innen der Klimagerechtigkeitsbewegung und Nichtregierungsorganisationen in Deutschland.¹³ Wichtig für *Ende Gelände* ist dabei auch, dass die Protestaktionen eine Selbstorganisation der Beteiligten beinhalten und dabei Formen des gemeinsamen Handelns und Entscheidens ausprobiert werden können, die sich von jenen unterscheiden, die sonst gesellschaftlich vorherrschend sind. Gesellschaftliche Utopien werden dabei in gewissem Maße vorweggenommen – es findet also eine Art präfigurativer Politik statt.¹⁴ Wichtig sind für *Ende Gelände* zB bestimmte Formen der Entscheidungsfindung, darunter auf Konsens basierendes Entscheiden.¹⁵ Zudem erlauben die Aktionen den Beteiligten ein Erlebnis individueller und kollektiver Wirkmächtigkeit; die Aktionen und die Arbeit des Bündnisses sind dabei bewusst so gestaltet, dass sich möglichst viele Menschen beteiligen können. So werden Trainings angeboten, die auch Menschen ohne entsprechende Vorerfahrungen Sicherheit geben sollen.¹⁶ Ein weiteres Beispiel ist, dass *Ende Gelände* – auch auf Initiative von Menschen mit Behinderung – versucht, Aktionen auch für Menschen, die physische Einschränkungen haben, zugänglich zu machen. Während der letzten Aktionen gab es deswegen jedes Mal eine Gruppe von Aktivist*innen, die ein Blockadeziel wie zB Schienen einer Kohlebahn ansteuerte, das auch für Menschen, die Rollstühle nutzen, erreichbar war.¹⁷

10 Die Annahme, dass Regierungen in den Industrieländern va dann ambitionierte Umweltpolitik betreiben, wenn entsprechender Druck aus der Zivilgesellschaft existiert, ist auch im wissenschaftlichen Schrifttum zu finden, s zB Gunningham, King's Law Journal 30, 196.

11 Vgl Sander, Die Klimagerechtigkeitsbewegung in Deutschland – Entwicklung und Perspektiven (2016) 26.

12 Vgl dazu auch Lindholm, Handbuch Pressearbeit – Soziale Bewegungen schreiben Geschichte*n (2020).

13 Vgl *Ende Gelände*, Shut shit down! An Activist's Guide to Ende Gelände (2020) 9 ff.

14 Zum Begriff der präfigurativen Politik und ihrer strategischen Bedeutung für gesellschaftliche Veränderungen s zB Young/Schwartz, Can prefigurative politics prevail? The implications for movement strategy in John Holloway's Crack Capitalism, Journal of Classical Sociology 12 (2012) 220.

15 Vgl *Ende Gelände*, Shut shit down! 14 f.

16 Vgl NN, How to shut down a coal mine: how Ende Gelände organise mass actions, www.nonviolence.wri-irg.org/en/resources/2018/how-shut-down-coal-mine-how-ende-gelände-organise-mass-actions (21.12.2021); Sander, Klimagerechtigkeitsbewegung 30.

17 Vgl zu diesem sogenannten bunten Finger zB *Ende Gelände*, Der bunte Finger, www.ende-gelaende.org/bunterfinger-2020/ (21.12.2021).

2.2. Der Ansatz von Klimaklagen

Mit Klimaklagen lassen sich grundsätzlich alle Arten von Klagen bezeichnen, die rechtliche oder tatsächliche Fragen mit Bezug zur Klimakrise oder Anpassung daran aufwerfen.¹⁸ Im vorliegenden Text geht es allerdings nur um solche Klagen, mit denen Staaten oder Unternehmen dazu gebracht werden sollen, stringenter Maßnahmen zum Schutz des Klimas zu ergreifen, Haftung für verursachte Schäden zu übernehmen oder wirksame Anpassungsmaßnahmen zu treffen. Die grundlegende Annahme hinter solchen Klimaklagen ist, dass über gerichtliche Entscheidungen Staaten und Unternehmen zu entsprechendem Handeln gezwungen werden können.¹⁹ Ergebnisse von bisherigen Klimaklagen sind zB eine Verpflichtung von Regierungen oder auch Unternehmen anspruchsvollere Klimaziele festzusetzen, zusätzliche Klimaschutzmaßnahmen zu ergreifen oder auch bestimmte Projekte zu stoppen. Teilweise – aber bisher weniger erfolgreich – sind Klagen auch auf Entschädigungszahlungen gerichtet.²⁰

Hinter Klimaklagen stehen dabei verschiedene Akteur*innen: Teilweise klagen von den Folgen des Klimawandels besonders betroffene Individuen mit Unterstützung von Umweltorganisationen, in anderen Fällen klagen Umweltorganisationen direkt.²¹ In neuerer Zeit erhalten entsprechende Klagen – spätestens zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung – in den Medien oft große Aufmerksamkeit.

3. Die beiden Ansätze im Vergleich

Im vorliegenden Abschnitt wird die Wirkung beider oben beschriebener Ansätze verglichen; ausgewählt wurden dabei eine Reihe von Dimensionen, mit denen sich die Wirkung von sozialen Bewegungen auf der einen Seite und von (strategischer) Prozessführung im Allgemeinen und Klimaklagen im Besonderen auf der anderen Seite beschreiben lässt.²²

Die erste Wirkdimension sind Interventionen in öffentliche Diskussionen. Diese Interventionen können auf verschiedene Ziele gerichtet sein, zB darauf, ein Problem wie den Klimawandel gesellschaftlich deutlich zu machen, Mehrheiten zu gewinnen oder gesellschaftliche Wertvorstellungen zu ändern. Grundsätzlich können sowohl soziale Bewe-

18 Vgl. UNEP, Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review (2021) 6.

19 Viele derartige Klimaklagen lassen sich, da sie auf gemeinwohlorientierte gesamtgesellschaftliche Veränderungen gerichtet sind und oftmals sehr öffentlichkeitswirksam von Nichtregierungsorganisationen geführt oder unterstützt werden, auch unter den Begriff der strategischen Prozessführung fassen, vgl. Setzer/Higham, Global trends in climate litigation: 2021 snapshot (2021) 12. Allerdings ist unklar, welcher Mehrwert eine Verwendungs dieses Begriffs im vorliegenden Kontext hätte.

20 Vgl. UNEP, Climate Litigation 10; Setzer/Higham, Global trends 45.

21 Vgl. zu den Kläger*innen Setzer/Higham, Global trends 12.

22 Ua sind diese inspirierend für soziale Bewegungen von Della Porta/Diani, Social movements: An introduction (2020) 290 ff., für Prozessführung von Duffy, Strategic human rights litigation: Understanding and maximising impact (2018) 50 ff.

gungen als auch (strategische) Prozessführung öffentliche Debatten beeinflussen.²³ Für letztere dürfte dies in erster Linie dann gelten, wenn sie von aktiver Pressearbeit begleitet werden.²⁴ Die öffentliche Wirkung einer gerichtlichen Entscheidung kann sich dabei sowohl daraus ergeben, dass ein Gericht der Meinung der Klagenden folgt – und damit ihrer rechtlichen (und politischen) Auffassung qua gerichtlicher Autorität mehr Gewicht verleiht. Sie kann sich aber auch daraus ergeben, dass ein Gericht eine Klage abweist und dadurch ein politischer oder rechtlicher Missstand sichtbar wird, oder dass ein gerichtliches Verfahren von einer öffentlichen Debatte begleitet wird, die Einfluss auf die öffentliche Meinung hat.²⁵ Die diskursive Wirkung von strategischen Klagen ist allerdings zumindest in gewissem Maße der Logik gerichtlichen Entscheidens und Argumentierens unterworfen; Gerichte bewegen sich in ihrem Entscheiden und Begründen im Rahmen dessen, was im jeweiligen Kontext als juristisch akzeptables Argument gilt. Während ein Bündnis wie *Ende Gelände* in der Öffentlichkeitsarbeit zB kapitalismuskritisch auftreten kann, dürfte dies in der Pressearbeit zu juristischen Verfahren deutlich schwieriger sein. Zudem kann es Öffentlichkeitsarbeit anlässlich eines Gerichtsverfahrens nur geben, falls und zu dem Zeitpunkt wenn entsprechende Gerichtsprozesse auch stattfinden. Beides liegt nicht völlig in der Hand derjenigen, die die Verfahren führen. So liegt es zB nicht in der Hand der Kläger*innen, wann ein Gericht einen Verhandlungstermin ansetzt oder eine Sache entscheidet. Auch ist nicht für jedes beliebige politische Anliegen ohne weiteres auch ein Klageweg eröffnet.

Ein zweite Wirkdimension ist – im Klimakontext – das Stoppen klimaschädlicher Projekte, also zB zu erwirken, dass ein Kohlekraftwerk abgeschaltet wird. Hier haben juristische Verfahren oft deutliche Vorteile, führen sie doch im Erfolgsfall klarer und häufig auch schneller zum Ziel als der Aktivismus sozialer Bewegungen. So gab es diverse und langjährige Proteste gegen das Steinkohlekraftwerk Datteln IV, das 2020 als letztes Kohlekraftwerk in Deutschland ans Netz ging – trotz zu diesem Zeitpunkt schon beschlossenen Kohleausstiegs.²⁶ Mit höherer Wahrscheinlichkeit zur Schließung des Kraftwerks führen wird jedoch eine gerichtliche Entscheidung, die von Umweltverbänden, Anwohner*innen und ihren Anwält*innen erwirkt wurde und die den Bebauungsplan für das

23 Für *Ende Gelände* wird eine entsprechende Wirkung zB beschrieben von Sander, Klimagerechtigkeitsbewegung 30 f.

24 Manche halten die öffentlich-narrative Wirkung für ein konstituierendes Merkmal von strategischer Prozessführung, vgl zB Graser, Strategic Litigation: Ein Verstehensversuch, in Graser/Helmrich, Strategic Litigation: Begriff und Praxis (2019) 37 (37).

25 Vgl für ein Beispiel aus Norwegen Teulings und Pradhan, Assessing the impact of climate litigation, 3.3.2021, www.alliancemagazine.org/blog/assessing-the-impact-of-climate-litigation (21.12.2021); Wonneberger/Vliegenthart, Agenda-Setting Effects of Climate Change Litigation: Interrelations Across Issue Levels, Media, and Politics in the Case of Urgenda Against the Dutch Government, Environmental Communication 15 (2021) 699 (699) betonen hingegen, dass Klimaklagen einen ansonsten in Bezug auf die Klimakrise manchmal fehlenden Aufhänger für Medienberichterstattung bieten, wobei diese dann jenseits der konkreten Verfahren Einfluss auf politische Entscheidungen hat.

26 Vgl Paulus, Trotz Kohleausstieg: Datteln hat ein neues Kraftwerk, Augsburger Allgemeine vom 16.6.2020, www.augsburger-allgemeine.de/politik/Energiepolitik-Trotz-Kohleausstieg-Datteln-hat-ein-neues-Kraftwerk-id57556226.html (21.12.2021).

Kraftwerk für rechtswidrig erklärt.²⁷ Unmittelbarer als soziale Bewegungen kann strategische Prozessführung zudem Lücken beim Vollzug des bestehenden Rechts aufgreifen und dadurch auf stärkeren Klima- und Umweltschutz hinwirken.

Dies steht in Verbindung zur dritten Wirkdimension, dem Einfluss auf angestrebte breitere politische oder gesetzliche Änderungen. Dazu können soziale Bewegungen und strategische Prozessführung in unterschiedlicher Weise beitragen.²⁸ Soziale Bewegungen sind typischerweise in dem Stadium des „Agenda-Setting“ besonders relevant – also wenn es darum geht, ein Problem auf die politische Tagesordnung zu setzen und eine gesellschaftliche Auseinandersetzung darüber zu führen, wie es gelöst wird.²⁹ Dazu gehört auch, dass soziale Bewegungen in gewissem Maße gesellschaftliche Mehrheiten durch die Anzahl derjenigen abbilden können, die sie mobilisieren. Klimaklagen können – siehe oben – zum Agenda-Setting beitragen, etwa, indem sie bestimmte Probleme sichtbar machen. Sie können auch gesetzgeberisches Handeln auslösen: Wird ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt, muss es in manchen rechtlichen Kontexten auf Grund entsprechender Vorgaben durch das Gericht oder rechtlicher Vorschriften innerhalb einer bestimmten Frist überarbeitet werden. Einen vergleichbaren Hebel haben soziale Bewegungen oft nicht. Allerdings sind Klagen, da sie an das bestehende Recht anknüpfen müssen, im Gegenstand beschränkt; zudem lässt sich durch Klimaklagen im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung und des weiten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums nur in wenigen Ausnahmefällen eine Verpflichtung des Gesetzgebers erreichen, in einer ganz bestimmten Weise tätig zu werden. Auch radikalere Forderungen wie zB diejenige nach einem grundlegenden Systemwandel – wie sie soziale Bewegungen durchaus anbringen können – sind im Rahmen gerichtlicher Verfahren nur schwer verfolgbar. Zumindest im deutschen Rechtssystem können Klimaklagen zudem nicht durch zahlenmäßige Stärke überzeugen.³⁰

Eine vierte Wirkdimension, in der die Klimagerechtigkeitsbewegung zu Gesellschaftsveränderung beiträgt, ist ihre präfigurative Politik, also die praktische Vorwegnahme gesellschaftlicher Utopien in der eigenen Praxis. Damit werden Lern- und Erfahrungsräu-

27 Justizportal Nordrhein-Westfalen, Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen: Bebauungsplan für das Steinkohlekraftwerk Datteln 4 ist unwirksam, 26.8.2021, www.justiz.nrw/JM/Presse/presse_weitere/PresseOVG/26_08_2021/_index.php (21.12.2021).

28 Jenseits von strategischer Prozessführung haben Jurist*innen natürlich eine Rolle zu spielen, wenn politische Ziele in Gesetzesform gebracht werden. Dies wird von Umweltorganisationen auch durchaus genutzt, um politische Prozesse voranzubringen, s zB den Entwurf für ein Kohleausstiegsgesetz der Umweltorganisationen ClientEarth und Greenpeace, der vor der Verabschiedung des Kohleausstiegsgesetzes veröffentlicht wurde, vgl www.clientearth.de/aktuelles/ressourcen/kohleausstiegsgesetz-gesetzentwurf-uber-die-beendigung-der-nutzung-von-braun-und-steinkohle-in-grossfeuerungsanlagen (2.1.2022).

29 Vgl für Umweltbewegungen Della Porta/Diani, Social movements 298.

30 Dies ist in anderen Rechtssystemen anders; so traten zB im bahnbrechenden Urgenda-Fall in den Niederlanden mehr als 900 Bürger*innen als Mitkläger*innen auf, vgl Wonneberger/Vliegthart, Environmental Communication 15, 700. Zudem kann natürlich begleitend oder im Vorfeld von Klimaklagen um breite gesellschaftliche Unterstützung geworben werden, s für ein Bsp aus Frankreich Wilsher, NGOs seek to convict French state of failing to tackle climate crisis, Guardian v 14.1.2021, www.theguardian.com/world/2021/jan/14/ngos-seek-convict-french-state-failing-tackle-climate-crisis (21.12.2021).

me für die Beteiligten eröffnet und das Funktionieren von Alternativen demonstriert. Eine vergleichbare Wirkung ist von der Durchführung von Gerichtsverfahren, die in den Prozeduren und Eigenlogiken des rechtlichen Systems vonstatten gehen, kaum zu erwarten. Damit verbunden ist als fünfte Wirkdimension die Wirkung, welche die jeweiligen Aktivitäten auf die Beteiligten haben. Juristische Verfahren erfordern ein hohes Maß an Expert*innenwissen und professionelle Qualifikationen. Einzelne (zB Anwält*innen) haben darin eine zentrale Stellung. Gerichtsverfahren sind hierarchisch strukturiert; nicht alle können sich gleichberechtigt beteiligen. Demgegenüber sind soziale Bewegungen – und speziell die Klimagerechtigkeitsbewegung – prinzipiell offen für alle und werben sogar um die Beteiligung vieler.³¹ Soziale Bewegungen bemühen sich häufig um nicht-hierarchische Entscheidungsfindung. Sowohl gerichtliche Verfahren als auch der Aktivismus in sozialen Bewegungen können den Beteiligten Lernerfahrungen und Prozesse persönlicher Veränderung ermöglichen.³² Jedoch dürfte die Klimagerechtigkeitsbewegung in Deutschland sowohl bezüglich der Anzahl derjenigen, die an ihr aktiv beteiligt sind, als auch hinsichtlich der (potentiell) emanzipatorischen Wirkung in dieser Dimension stärker positiv zu gesellschaftlicher Veränderung beitragen als Klimaklagen.

4. Zum Verhältnis von politischem Aktivismus für Klimagerechtigkeit und Klimaklagen

Wie der vorhergehende Abschnitt deutlich gemacht hat, haben beide Ansätze ihre spezifischen Stärken und Schwächen.

An manchen Stellen stehen sie gar in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander. Ein Beispiel für ein solches Spannungsverhältnis ist, dass soziale Bewegungen teilweise sehr staatskritisch sind und daher die Nutzung gerichtlicher Verfahren kritisch sehen. Ein weiteres Beispiel ist, dass der Zeittakt juristischer Verfahren, in denen in manchen Situationen (zB bei Eilverfahren) sehr schnell entschieden werden muss, nicht immer gut zu kollektiven Entscheidungsprozessen in sozialen Bewegungen passt. Auch kann es in manchen Verfahren zu Situationen kommen, in denen das aus Sicht von Aktivist*innen politisch Vertretbare und daher zB in einem juristischen Schriftsatz Vortragbare nicht deckungsgleich mit dem ist, was aus prozesstaktischer und juristischer Sicht optimal wäre. Auch das Verhältnis von Expert*innen, im Falle von juristischen Verfahren juristischer Expert*innen, zu sozialen Bewegungen ist nicht immer unproblematisch.³³

31 In der Praxis sind allerdings in der Klimagerechtigkeitsbewegung Menschen mit akademischem Hintergrund deutlich in der Mehrheit, vgl de Moor *et al*, New kids on the block: taking stock of the recent cycle of climate activism, *Social Movement Studies* 20 (2021) 619 (621 f).

32 Vgl zum Einfluss von sozialen Bewegungen auf die Beteiligten Meyer, How social movements (sometimes) matter (2021) 143 ff.

33 Zu diesem Spannungsverhältnis am Bsp der US-amerikanischen Bürgerrechtsbewegung, s Hilbink, The profession, the grassroots and the elite: Cause lawyering for civil rights and freedom in the direct action era, in Sarat/Scheingold, Cause Lawyers and Social Movements (2006) 60.

Gerade ihre Unterschiedlichkeit macht beide Ansätze jedoch zu sinnvollen Ergänzungen im Kampf gegen die Klimakrise – wie oben gezeigt, haben beiden Ansätze unterschiedliche Stärken und wirken in unterschiedlicher Weise.

Zudem ist in der sozialwissenschaftlichen Literatur gut belegt, dass Gerichte sich häufig strategisch verhalten und den ihnen zur Verfügung stehenden Entscheidungsspielraum im Sinne der Präferenzen wichtiger politischer Akteur*innen oder unter Berücksichtigung gesellschaftlicher Rahmenbedingungen bzw des gesellschaftlichen Klimas nutzen³⁴ – letztere können soziale Bewegungen durchaus beeinflussen. Gleichzeitig brauchen Klimaaktivist*innen die Unterstützung von Anwält*innen, wenn sie Repression erfahren.³⁵ Insofern sollten sowohl Aktivist*innen der Klimagerechtigkeitsbewegung als auch juristisch tätige Umweltorganisationen und Anwält*innen nach Wegen suchen, in Abstimmung miteinander für Klimagerechtigkeit aktiv zu sein und dabei die Stärken beider Ansätze bestmöglich zum Tragen zu bringen.

Dr.ⁱⁿ Christiane Gerstetter ist Juristin. Sie arbeitet für eine juristisch tätige Umweltorganisation in Berlin und ist seit vielen Jahren in sozialen Bewegungen, derzeit in der Klimagerechtigkeitsbewegung, politisch aktiv. Der Text gibt nur ihre eigene Meinung weiter.

34 Vgl dazu *Gerstetter*, Substance and style: WTO judicial decision-making in „trade and ...“ cases (2021) 49 ff mwN.

35 Vgl dazu in derselben Ausgabe des *juridikum*: *Deppler*, Getting SLAPPed – Strategische Prozessführung gegen die Klimabewegung. Ein Schlaglicht aus der anwaltlichen Praxis, *juridikum* 2022, 124.

Getting SLAPPED – Strategische Prozessführung gegen die Klimabewegung

Ein Schlaglicht aus der anwaltlichen Praxis

Thorsten Deppner

Klimaklagen sind in aller Munde, die Beschäftigung mit „strategischer Prozessführung“ zur Durchsetzung von Umwelt- und Klimaschutz erlebt – jedenfalls im deutsch(sprachig)en Rechtsraum – einen Höhepunkt.¹ Doch der Rechtsweg ist keine Einbahnstraße: Auch Vorhabenträger und Industrie nutzen die Justiz, um ihre (fossilen) Interessen durchzusetzen. Das ist weder neu noch überraschend, dient der Rechtsstaat als Garant der Rechtssicherheit doch oft dem Schutz des „Bestands“ und steht (radikalen) Veränderungen – seien sie auch noch so drängend – eher im Weg.

Nun könnte man meinen: „fair is fair“ – der Rechtsweg steht allen offen, mögen die besseren Argumente gewinnen. Doch handelt es sich (meist) nicht um einen „Kampf auf Augenhöhe“: Unter Ausnutzung ihrer wirtschaftlichen Ressourcen und ihrer engen Verbindungen in Politik, Justiz und Verwaltung versuchen Vorhabenträger und Industrie immer wieder, die Justiz als Instrument zur Bekämpfung gesellschaftlicher Opposition einzusetzen. Im angelsächsischen Sprachraum wurde für ein solches Vorgehen bereits in den 1980er Jahren der Begriff der *SLAPP-suits* geprägt.² Das Akronym steht für „strategic litigation against public participation“, das Wort „slap“ bedeutet „Ohrfeige“. Mit *SLAPPs* werden in erster Linie gerichtliche Klagen (oder deren Androhung) gegen Kritiker:innen umschrieben, um diese mit den finanziellen, aber auch den zeitlichen, sozialen und psychischen Kosten eines Gerichtsverfahrens zu belasten und so einzuschüchtern, zum Schweigen zu bringen oder in ihren Aktivitäten zu behindern. Ein kennzeichnendes Merkmal für einen „echten *SLAPP*“ ist darüber hinaus, dass die Klagen nicht auf einem überzeugenden rechtlichen Anspruch beruhen oder das Ausmaß des gerichtlichen Vorgehens in keinem Verhältnis zur Durchsetzung des Anspruchs steht.³

1 Zum Verhältnis von Aktivismus und Klimaklagen vgl in derselben Ausgabe des *juridikum*: Gerstetter, Im Gerichtssaal und auf der Straße – unterschiedliche Wege, ein Ziel? Zum Verhältnis von politischem Aktivismus für Klimagerechtigkeit und Klimaklagen, *juridikum* 2022, 116.

2 Vgl *Pring*, *SLAPPs: Strategic Lawsuits Against Public Participation*, 7 Pace Envtl L Rev 3, 9 [1989] und die Entscheidung des New Yorker Supreme Court *Matter of Gordon vs Marrone*, 155 Misc2d 726, 727 (NY Sup Ct 1992), <https://casetext.com/case/matter-of-gordon-v-marrone-2> (26.1.2022).

3 Hier wird bewusst eine sehr weite Definition von *SLAPP* verwendet; insb im Rahmen sogenannter „anti-*SLAPP* laws“ zum Schutz der Meinungsfreiheit werden – aus nachvollziehbaren Gründen – deutlich engere Definitionen verwendet.

Ein solches Vorgehen ist zunehmend auch in Europa⁴ und – nach meiner eigenen, anekdotischen (!) anwaltlichen Erfahrung – auch gegen Umwelt- und Klimaaktivist:innen in Deutschland zu beobachten. In meiner folgenden Darstellung beziehe ich bewusst Handlungen ein, die nicht iS unter die Definition eines *SLAPP* fallen; insb halte ich es für zweitrangig, ob zivilrechtliche Unterlassungsansprüche tatsächlich vorliegen oder nicht. Entscheidend für die „Bedrohlichkeit“ solcher Prozesse sind mE die Folgen, die allein die Androhung bzw Führung eines gerichtlichen Verfahrens für Aktivist:innen haben kann.

1. Instrumentalisierung der Strafjustiz

Ein besonders problematisches Vorgehen ist die Instrumentalisierung der Strafjustiz gegen Demonstrierende, ohne dass belastbare Tatsachen einen Anfangsverdacht rechtfertigen. Unternehmen gelingt es immer wieder, Strafverfolgungsbehörden und tw auch Gerichte für ihre Interessen „in Dienst zu nehmen“, ohne dass – jedenfalls nach meiner, durchaus parteiischen Wahrnehmung – tatsächlich ein öffentliches Interesse an einer Strafverfolgung bestünde. Dies ist in doppelter Hinsicht problematisch: Zum einen gelingt es Unternehmen so, unter Ausnutzung steuerfinanzierter staatlicher Ressourcen Aktivist:innen in Bedrängnis zu bringen. Zum anderen sehen sich Aktivist:innen nicht „nur“ einer zivilrechtlichen Auseinandersetzung gegenüber, in der es etwa um Unterlassungsansprüche geht, sondern stehen dem Strafrecht als „schärfstem Schwert des Rechtsstaats“ gegenüber – mit potentiell deutlich weitreichenderen Konsequenzen für die künftigen Lebensentwürfe der meist jungen Aktivist:innen.

In besonders krassem Ausmaß war dies im Jahr 2015 bei der ersten großen Aktion von *Ende Gelände* im Tagebau Garzweiler zu beobachten. Auf massenhafte Strafanzeigen des Energieversorgungsunternehmens RWE eröffnete die zuständige Staatsanwaltschaft ohne vertiefte eigene Sachverhaltsermittlungen⁵ allein aufgrund der Angaben von RWE, das Tagebaugelände sei durch Erdwälle und Flatterband eingefriedet gewesen, Ermittlungsverfahren wegen Hausfriedensbruchs gem § 123 Abs 1 Strafgesetzbuch. Damit nicht genug: Auf dieser „Tatsachengrundlage“ wurden Strafbefehlsanträge gestellt und von den Gerichten – wiederum ohne eigene Prüfung – Strafbefehle erlassen. Wer sich nicht aktiv wehrte – oder, wie im Falle einer meiner Mandant:innen, den Aufwand einer gerichtlichen Auseinandersetzung scheute – wurde verurteilt oder musste sich mit einer Einstellung gegen Zahlungsaufgabe zufrieden geben. Erst die von einigen Aktivist:innen erwirkten Freisprüche⁶ – tatsächlich gab es keine umfassende Einfriedung, sodass ein

4 Vgl die aktuelle Studie *Bayer/Bárd/Vosyliute/Luk*, Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPP) in the European Union – A comparative study, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/slapp_comparative_study.pdf (26.1.2022). Vgl für Österreich auch *Blaßnig/Hahnenkamp*, SLAPPs und SLAPP-Back. Einschüchterungsklagen im grundrechtlichen Spannungsfeld, *juridikum* 2021, 417.

5 Solche ergaben sich jedenfalls nicht aus den mir seinerzeit vorliegenden Ermittlungsakten.

6 *Kreutzfeld*, Freispruch für Tagebau-Besetzer, *taz.de* 9.5.2017, <https://taz.de/Anklage-auf-Antrag-von-RWE/!5408430/> (26.1.2022).

Hausfriedensbruch tatbestandlich ausschied – führten dazu, dass die noch offenen Verfahren mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt wurden.

RWE hatte es dennoch geschafft, mithilfe willfähriger Strafverfolgungsbehörden eine große Anzahl von Aktivist:innen ohne belastbare Tatsachen mit Strafverfahren zu überziehen. Dieser „stunt“ glückte im folgenden Jahr in der Lausitz erfreulicherweise nicht noch einmal: Die Staatsanwaltschaft Cottbus hatte bereits im Vorfeld der *Ende Gelände*-Demonstrationen erklärt, dass sie das Betreten eines Tagebaus mangels Einzäunung nicht als Hausfriedensbruch werte.⁷

2. Unterlassungserklärungen bzw -klagen

Die klassische Form des *SLAPP* ist die Geltendmachung eines zivilrechtlichen Anspruchs auf Unterlassen. Dies kann sich auf Handlungen – bspw das Betreten von Grundstücken – oder Äußerungen – bspw das Aufrufen zu bestimmten Tätigkeiten – beziehen. In Bezug auf die Umwelt- und Klimabewegung machen fossile Energieversorgungsunternehmen in beiderlei Hinsicht von diesem Instrument Gebrauch. Zuerst ergeht ein anwaltliches Schreiben, mit dem die Betroffenen zur Abgabe einer „strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung“ aufgefordert werden. Die Betroffenen sollen sich verpflichten, künftig bestimmte Handlungen oder Äußerungen zu unterlassen und im Fall der Zuwiderhandlung eine „angemessene Vertragsstrafe“ zu bezahlen. Anknüpfungspunkt ist eine behauptete Rechtsverletzung in der Vergangenheit, also bspw das unrechtmäßige Betreten eines Privatgrundstücks. Verbunden wird die anwaltliche Aufforderung mit der Drohung, dass andernfalls innerhalb einer bestimmten Frist Klage erhoben werde und dazu außergerichtliche Rechtsanwaltskosten geltend gemacht würden, auf deren Forderung im Falle der Abgabe der Erklärung „großzügig“ verzichtet werde. Besonders problematisch sind in diesem Zusammenhang die oft horrenden Streitwerte solcher Verfahren, aus denen sich das Prozesskostenrisiko (also die Höhe der Anwalts- und Gerichtsgebühren, die im Falle des Unterliegens zu tragen sind) errechnet. Hierdurch wird erheblicher Druck auf die Betroffenen ausgeübt, weil ein Unterliegen im Prozess zu empfindlichen, im Einzelfall existenzgefährdenden Kostenlasten führen kann. Für die Unterlassung des Betretens eines Tagebaus wird bspw regelmäßig ein Streitwert von 50.000 Euro vorgeschlagen (und von Gerichten häufig akzeptiert). Daraus ergeben sich derzeit Verfahrenskosten für eine Instanz beim Landgericht einschließlich außergerichtlicher Anwaltsgebühren iHv knapp 10.500 Euro. Das kann dazu führen, dass auch berechtigte Bedenken gegen die Unterlassungsverpflichtungserklärungen nicht weiterverfolgt werden (können): So kann ein Betretungsrecht bestehen,⁸ keine Wiederholungsgefahr vorliegen oder die geforderte

⁷ *Kreutzfeld/Kaul*, Friede den Hütten, taz.de 17.5.2016, <https://taz.de/Archiv-Suche/!5301733/> (26.1.2022).

⁸ In Deutschland ist bspw das Betreten des Waldes (§ 14 BWaldG) und der freien Landschaft (§ 59 BNatSchG) unabhängig von den Eigentumsverhältnissen grundsätzlich jeder Person gestattet; auch kann die Versammlungsfreiheit in diesem Zusammenhang eine Rolle spielen.

Erklärung (wie häufig) viel zu weit gefasst sein. Hier gilt im Zweifel: „might makes right“ – denn ist die Erklärung unterzeichnet, ist diese zunächst rechtlich verbindlich, eine Zuwiderhandlung steht unter (empfindlicher) Vertragsstrafe.

3. Gegenstrategien

Die genannten Verfahren lassen sich kaum verhindern – aber es ist möglich, ihre Folgen für die Betroffenen abzumildern und gleichzeitig die (nicht-monetären) Kosten für die Unternehmen in die Höhe zu treiben, sodass diese bestenfalls zweimal darüber nachdenken, SLAPP-Strategien zu verfolgen.

Auf der Seite der Schadensbegrenzung ist ein funktionierendes Netzwerk solidarischer Anwält:innen ratsam, das ohne unmittelbare Kostenfolge ansprechbar ist und Expertise im Umgang mit *SLAPPs* mitbringt.⁹ Dies sichert eine kurzfristig verfügbare Erstberatung und kann den Betroffenen jedenfalls einen Teil der individuellen Belastung abnehmen. Um eine qualitativ hochwertige Beratung und Vertretung sicherzustellen und „Musterfälle“ mit hohem Zeitaufwand begleiten zu können, ist eine solidarische Finanzierung der anwaltlichen Tätigkeit erforderlich. Einzelfallübergreifend wichtig ist ein konsequentes Vorgehen gegen überhöhte Streitwerte – denn die Kostenrisiken stellen ein erhebliches Druckpotential dar.¹⁰ Schließlich gilt es, sich auszutauschen und die Betroffenen nicht allein zu lassen.

Durch engagierte Öffentlichkeitsarbeit kann es gelingen, die Kosten von *SLAPP*-Strategien für Unternehmen in die Höhe zu treiben. Während Unternehmen versuchen, Aktivist:innen wirtschaftlich unter Druck zu setzen, kann es als Gegenstrategie erfolgversprechend sein, die Verfahren in puncto öffentliches Ansehen unerfreulich „teuer“ zu machen. Nicht selten liegt ein „David gegen Goliath“-Vergleich nahe, die Verfahren stellen sich als einseitige Machtausübung durch die Unternehmen dar. Ob dies gelingt, hängt vom Einzelfall ab und auch davon, wie empfindlich ein bestimmtes Unternehmen für schlechte PR ist. Über den Einzelfall hinaus hat diese Strategie dann Erfolg, wenn Unternehmen bewusst wird, dass ihnen mehr als Anwaltskosten blühen, wenn sie *SLAPPs* vom Zaun brechen.

Ass.iur. Thorsten Deppner arbeitet als Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht in Berlin und vertritt Umwelt- und Naturschutzverbände sowie Privatpersonen im Umwelt- und Versammlungsrecht; mail@kanzleideppner.de

⁹ Solche Netzwerke existieren teils schon oder sind im Entstehen.

¹⁰ So ist es iZm dem Betreten des Tagebaus Garzweiler gelungen, über eine Streitwertbeschwerde den Streitwert von 50.000 Euro auf 5.000 Euro zu drücken; OLG Düsseldorf 26.7.2018, I – 5 W 73/17. Rechtspolitisch sind Initiativen zur gesetzlichen Begrenzung von Streitwerten denkbar, vgl Wahlprogramm B'90/Die Grünen zur Bundestagswahl 2017, 149, https://cms.gruene.de/uploads/documents/BUENDNIS_90_DIE_GRUENEN_Bundestagswahlprogramm_2017_barrierefrei.pdf (26.1.2022).

Bewusstseinswandel statt Klimawandel – auch im Recht

Die Lawyers for Future

Peter Kremer

1. Einleitung

Klimaschutz ist eine Existenzfrage der Menschheit – darauf machen die Schüler*innen von *Fridays for Future* lautstark und engagiert auf der Straße aufmerksam. Aus einem lokalen Protest ist eine weltumspannende Bewegung geworden, die Politik und Gesellschaft verändert. Sie werden vielfältig unterstützt, auch von Berufs- oder Interessengruppen, die sich „... *for Future*“ zusammentun (zB *Scientists for Future*, *Parents for Future* oder *Entrepreneurs for Future*). Dazu gehören auch die *Lawyers for Future* (L4F).

2. Wer sind die *Lawyers for Future*?

Die 2019 in Deutschland ins Leben gerufenen L4F verstehen sich als Aktivist*innen für den Klimaschutz und als Unterstützer*innen für die Klimabewegung. Damit sind die beiden Hauptaufgaben umrissen: Den Klimaschutz durch und im Recht voranzubringen und anderen *For Future*-Gruppen rechtlich zur Seite zu stehen.

Eine zentrale Motivation der bei L4F engagierten Jurist*innen ist die Klimagerechtigkeit. Die Ungerechtigkeit der Auswirkungen des Klimawandels¹ ist ein originäres Rechtsthema. Das BVerfG verlangt in seinem Klimabeschluss² Generationengerechtigkeit. Die internationale bzw völkerrechtliche Dimension des Klimawandels ist Gegenstand eines Verfahrens vor dem EGMR.³

Rund 200 Jurist*innen haben sich derzeit (Dezember 2021) auf der Website der L4F⁴ als Unterstützer*innen eingetragen. Nach innen, dh in die Juristerei hinein, ist das Ziel der L4F insb zu zeigen, wie wichtig es gerade als Jurist*in ist, in Fragen des Klimaschut-

1 S WBGU, Zeit-gerechte Klimapolitik: Vier Initiativen für Fairness, www.wbgu.de/de/publikationen/publikation/zeit-gerechte-klimapolitik-vier-initiativen-fuer-fairness (6.1.2022).

2 BVerfG 24.3.2021, 1 BvR 2656/18. Die L4F haben den Beschluss anhand von Fragen aufgearbeitet, s L4F, Klima-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts: FAQ, https://lawyers4future.org/images/BVerfG_Klimabeschluss.pdf (6.1.2022). Vgl dazu in derselben Ausgabe des *juridikum*: Saiger, The Road Not Taken. Wie Bundesverfassungsgericht und Verfassungsgerichtshof das Klima in der Verfassung verorten, *juridikum* 2022 X.

3 Dazu zB Hertz, Klimagerechtigkeit – Ein Fall für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte?, www.juwiss.de/60-2021/ (6.1.2022).

4 <https://lawyers4future.org/>.

zes Position zu beziehen. Nach außen gilt freilich: Je mehr Unterstützer*innen L4F hat, desto intensiver kann das Netzwerk die *Fridays for Future* unterstützen.

3. Recht und Klimaschutz bei den L4F

Wer die L4F unterstützt, stellt sich hinter die Forderungen der *Fridays for Future* und ist im Hinblick auf den Klimaschutz parteilich – nicht iSd anwaltlichen Interessenvertretung, sondern als politische Positionierung. Die L4F sehen es als ihre Aufgabe, Verbindungen zwischen Klimaschutz und Recht aufzuzeigen und Jurist*innen dafür zu sensibilisieren. Viele der Jurist*innen bei L4F arbeiten seit langem mit Umweltvereinigungen zusammen und bringen Klimaklagen auf den Weg.⁵ Andere engagieren sich in ihren Rechtsgebieten und privat für den Umwelt- und Klimaschutz – und spiegeln damit das steigende Bedürfnis in der Bevölkerung, dies ernst zu nehmen.⁶ Insofern füllt L4F auch eine Lücke für an Umwelt- und Klimaschutz interessierte Jurist*innen, die selbst nicht in diesen Bereichen arbeiten.

Zum Klimaschutz durch Recht gehört nicht nur die Frage der Klimagerechtigkeit, sondern auch, was das Recht für die Klimabewegung tun kann. Seit der Gründung der L4F ist dies eine der Hauptaufgaben. Viele *For Future*-Gruppen fragen bei den L4F nach, worauf sie beim Datenschutz ihrer Websites achten müssen, welche Vorgaben das Versammlungsrecht enthält, wie das Beschaffungswesen eines kommunalen Fuhrparks rechtlich auf Klimaschutz ausgerichtet werden kann, was für eine Vereinsgründung erforderlich ist oder womit Schüler*innen rechnen müssen, wenn sie auf die Freitagsdemo statt in den Unterricht gehen. Diese Servicefunktion mag wenig spektakulär sein. Sie ist aber wichtig, um dem Anliegen einer Bewegung, die von jungen Menschen getragen wird (und werden soll), den nötigen Freiraum zu verschaffen.

Auch in anderen Bereichen gibt es einiges zu tun. Die L4F setzen sich bspw dafür ein, dass die Versorgungswerke der Anwalt*innen mit ihrem Geld klimafreundlich umgehen und die Satzungen entsprechend ändern. Auch in Rechtsbereichen, in denen es nicht primär um Umweltschutz geht, muss Klimaschutz künftig berücksichtigt werden.⁷ Es ist bspw nicht nur eine Frage der Gewährleistung, sondern auch aus Umweltschutzaspekten relevant, ob Produkte erlaubt sind, die nach zwei Jahren kaputt gehen (sogenannte geplante Obsoleszenz⁸). Das Vergaberecht muss so geändert werden, dass Klimaauswirkungen ein zentrales Vergabekriterium sind.

5 Für eine Übersicht zu Deutschland: <http://climatecasechart.com/non-us-jurisdiction/germany/> (6.1.2022).

6 65 % der deutschen Bevölkerung hält den Klimaschutz trotz Corona für eines der wichtigsten politischen Themen, vgl. *Umweltbundesamt*, Trotz Corona: Umwelt- und Klimaschutz bleibt für die Deutschen ein Top-Thema, www.umweltbundesamt.de/presse/pressemitteilungen/trotz-corona-umwelt-klimaschutz-bleibt-fuer-die (6.1.2022).

7 Zu weiteren Rechtsbereichen s. *Westphal*, Recht in der Klimakrise – Für ein Zusammendenken, www.rav.de/publikationen/rav-infobriefe/infobrief-122-2021/recht-in-der-klimakrise (6.1.2022).

8 *Umweltbundesamt*, Strategien gegen Obsoleszenz, www.umweltbundesamt.de/publikationen/strategien-gegen-obsoleszenz (6.1.2022).

Bei den L4F haben sich mittlerweile viele thematische Arbeitsgruppen gebildet.⁹ Interessierte Jurist*innen sind willkommen, sich diesen anzuschließen und sich zu vernetzen.

4. Was kann Verantwortung von Jurist*innen für Klimaschutz konkret bedeuten?

Neben dem Klimaschutz diskutieren die L4F intern das Thema „Verantwortung für Klimaschutz und Recht“. Im Folgenden werden zwei mögliche künftige Bereiche dargestellt, die die L4F mit dem Ziel eines Bewusstseinswandels auch unter Jurist*innen angehen könnten. Jurist*innen in Behörden oder Gerichten werden leicht als bloße Umsetzer*innen rechtlicher Vorgaben gesehen. Recht ist aber auch politisch, die Handlungs- und Entscheidungsspielräume sind immens. Das macht ein Blick auf die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Umweltrecht deutlich, zB anhand einer vermeintlichen Detailentscheidung zur Auslegung einer Übergangsregelung im Recht der Umweltverträglichkeitsprüfung, von der es abhängt, ob die Klimaauswirkungen von Infrastrukturprojekten geprüft werden müssen.¹⁰ Die L4F können sich dafür einsetzen, solche Fragen zu thematisieren, zB in Diskussionsrunden mit Richter*innen. Ob sich allerdings Richter*innen öffentlich auf eine Diskussion über ihre Verantwortung einlassen, ist zweifelhaft. Umso wichtiger ist es, Richter*innen zu finden, die hierzu bereit sind.

Auf anwaltlicher Seite geht es um die Frage, welche Mandate Kanzleien annehmen. Niemand muss die Betreiberin eines Kohlekraftwerks oder einen großen Autohersteller wie VW vertreten. Das betrifft auch Einzelpersonen: Haben die Mitarbeiter*innen großer Wirtschaftskanzleien die Möglichkeit, die Bearbeitung derartiger Mandate abzulehnen, wenn sie ihnen auf den Tisch gelegt werden? Die öffentliche Wahrnehmung von Großkanzleien kann künftig eine Rolle spielen, wenn klar wird, welches Büro von Mandaten der fossilen Industrie profitiert. Für junge Jurist*innen, die vor ihrer Berufsentscheidung stehen, kann es eine wichtige Rolle spielen, zu erkennen, welche Zwänge in welchen Berufsfeldern entstehen. Die L4F wollen dazu beitragen, solche Fragen in die öffentliche Diskussion einzubringen.¹¹

Die L4F stehen noch am Anfang. Das Interesse und der Zulauf zeigen jedoch, dass es ein Bedürfnis auch unter Jurist*innen gibt, sich dieser Herausforderung im und mit den Mitteln des Rechts zu stellen. Jurist*innen aus allen Bereichen, denen Klimaschutz am Herzen liegt und die die *Fridays for Future* unterstützen wollen, sind jederzeit als Unterstützer*innen willkommen.

Peter Kremer arbeitet als selbständiger Rechtsanwalt in Berlin und ist Mitglied bei Lawyers for Future eV; kremer@kremer-werner.de

⁹ Arbeitsrecht, Datenschutzrecht, Divestment, Energierecht, Grundrechte, Klimaschutzrecht, Strafrecht, Umweltrecht, Urheber- und Medienrecht, Vereinsrecht, Versammlungsrecht, Zivilrecht.

¹⁰ Das Bundesverwaltungsgericht hat eine Pflicht zur Prüfung der Klimaauswirkungen von Infrastrukturprojekten aus dem UVP-Recht so ausgelegt, dass sie nur für neue Projekte gilt; der Wortlaut der Norm hätte auch eine Einbeziehung aller Projekte zugelassen; s Bundesverwaltungsgericht 27.11.2018, 9 A 10.17, Rn 35 f; Bundesverwaltungsgericht 12.6.2019, 9 A 2/18, Rn 20.

¹¹ Vgl dazu FFF, Ida, wie hängen Recht und Klimagerechtigkeit zusammen?, <https://fridaysforfuture.de/sommer-der-utopien-ida/> (6.1.2021)

Gericht halten über uns selbst

Klimaklagen als *Court Room Drama* und juristische Intervention

Alexandra Kemmerer

1. Prolog

Vor Gericht und auf dem Theater fällt das Leben aus der Zeit. Das Spiel unterbricht die Realität und bringt Unübersichtliches in eine Ordnung, die Anfang und Ende setzt und das Dazwischenliegende verhandelbar macht. Im Gerichts-drama wird die oft bemerkte Verwandtschaft zwischen Theater und Gericht anschaulich. Es kommt auf den Punkt, was die Staatsrechtslehrerin, Rechtshistorikerin und Medienwissenschaftlerin *Cornelia Vismann* einmal als „die unhintergebar theatrale Dimension des Rechtsprechens“ bezeichnet hat.¹ „Die Gerichtsbühne transformiert die unerhörte, unaussprechliche und darum bedrohliche Tat in eine erzählbare Handlung“, schreibt *Vismann* in ihren „Medien der Rechtsprechung“.²

Die dramatische Inszenierung des Rechts im Film und auf der Bühne eröffnet einen Zugang zur Inszenierung des Rechts im Gericht, mit der „etwas zur Anschauung gebracht [wird], das vorher nicht zugänglich war“ – und zu jenem „Vorgang der Planung, der Erprobung und Festlegung einer Strategie [...], nach welcher [...] etwas performativ hervorgebracht und vergegenwärtigt werden soll“³. Der Blick auf das *in* performativen Formen (in Theater, Film, Tanz oder auch ästhetisch inszeniertem Protest) repräsentierte Recht erlaubt Einsichten in das Recht *als* performative Form.⁴ Das theatrale *enactment* verschleift sich mit juridischem *reenactment*, Zeit und Raum geraten in Bewegung.⁵ *Andres Veiel*s und *Jutta Dobersteins* Gerichts-drama *Ökozid*, als Fernsehfilm im November 2020 im ARD-Hauptabendprogramm ausgestrahlt und derzeit in einer Bühnenfassung am Schauspiel Stuttgart auf dem Spielplan, ist das Protokoll eines Verfahrens, das unsere Gegenwart als Vergangenheit verhandelt.⁶ Auf der Bühne ihres Gerichtstheaters entfaltet

1 *Vismann*, Medien der Rechtsprechung. Herausgegeben von Alexandra Kemmerer und Markus Krajewski (2011) 31.

2 *Vismann*, Medien der Rechtsprechung 33.

3 *Münkler*, Inszenierung von Recht als Wirksamkeitsbedingung. Wie und warum Recht inszenieren?, in *Münkler/Stenzel*, Inszenierung von Recht. Funktionen – Modi – Interaktionen (2019) 19–40, 31.

4 *Peters*, Mapping Law and Performance. Reflections on the Dilemmas of an Interdisciplinary Conjunction, in *Stern/Del Mar/Meyler*, The Oxford Handbook of Law and the Humanities (2020) 199–215, 205.

5 Auf agonale, nicht primär auf theatrales *reenactment* zielende Formen des Bühnengerichts, etwa bei *Ferdinand von Schirach*, ist an dieser Stelle nicht näher einzugehen; in der hier verwendeten *Vismann*'schen Kategorisierung „theatral“ sind hingegen die Arbeiten von *Milo Rau*, vgl. *Wibstutz*, Zur Dramaturgie von Milo Raus Theatertribunalen, in *Münkler/Stenzel*, Inszenierung von Recht, 164–186.

6 *Veiel/Doberstein*, *Ökozid*. Ein Modellversuch (2021); Globaler Klimastreik nach *Andres Veiel* „*Ökozid*“ im Schauspiel Stuttgart, Theater heute Heft 11 (2021).

sich eine dramatische Spurensuche, eine minutiöse Chronik der Klimakrise, ein erbitterter Kampf um Zurechnung und Verantwortung, in dem es um mehr geht als Schadensersatzansprüche und Geständnisse. Im theatralen *Court Room* des Jahres 2034 sind auch die Zuschauer:innen Akteur:innen – sind wir gefordert, Gericht zu halten über uns selbst.⁷

2. Fiktion und Realität

Ökozid ist kein Lehrbuchbeispiel eines Verfahrens vor dem Internationalen Gerichtshof und mitunter spannt dramaturgische Plausibilität hier Elemente unterschiedlicher Verfahrensformen in juristisch widersprüchlichen Konstellationen zusammen. Der völkerstrafrechtliche Tatbestand „Ökozid“, an dessen Legaldefinition ein international besetztes Expert:innengremium derzeit arbeitet, spielt im Gerichts-drama keine Rolle. Auch die Frage, wie eine Wiedergutmachung aussehen könnte, bleibt auf der Bühne so offen wie in der Realität gegenwärtiger Klimaklageszenarien.⁸

Dennoch ist das fiktive Szenario nah an der Realität des Jahres 2021. Und es schärft den Blick für die Dramatik realer Klimaklageverfahren. Längst werden Probleme des Klimawandels vor nationalen und internationalen Gerichten verhandelt und die Liste einschlägiger Gerichtsentscheidungen wächst mit beeindruckender Dynamik. Als die *Ökozid*-Autor:innen *Veiel* und *Doberstein* im Herbst 2019 geplante Szenarien ihres Gerichts-dramas mit Wissenschaftler:innen am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg diskutierten, schienen juristische Entwicklungen noch unwahrscheinlich (jedenfalls auf kurze Sicht), die bei Ausstrahlung des Films am 18.11. 2020 bereits Realität geworden waren.⁹

Ein Meilenstein dieser Entwicklung ist der Ende April 2021 verkündete Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), in dem die Richter:innen erstmals einen verfassungsrechtlich verbindlichen und gerichtlich überprüfbaren Auftrag zum Klimaschutz herausgearbeitet haben.¹⁰ Bis 31.12.2022 sollte der Gesetzgeber die Minderungsziele des Bundes-Klimaschutzgesetzes (KSG) für Zeiträume nach 2030 fortschreiben und ist dieser Verpflichtung umgehend nachgekommen – damit der Reduktionspfad zur Klimaneutralität schon jetzt transparent vorgezeichnet wird und der jüngeren Generation durch das Aufschieben einschneidender Klimaschutzmaßnahmen nicht unzumutbare Freiheitsbeschränkungen im nächsten Jahrzehnt aufgebürdet werden, indem „notwendige Minderungslasten auf Kosten künftiger Freiheit auf die Zukunft verschoben“ werden. Unter dem Stichwort „intertempo-

7 Diese und weitere Passagen sind übernommen aus *Kemmerer*, Zurechnung und Verantwortung, im Programmheft zur Uraufführung „Ökozid“. Ein Modellversuch von Andres Veiel und Jutta Doberstein. Württembergische Staatstheater Stuttgart (2021) 14–17.

8 Vgl. *Keller/Heri/Piskóty*, Something Ventured, Nothing Gained? Remedies before the ECtHR and Their Potential for Climate Change Cases, *Human Rights Law Review* 22 (2022) 1–26.

9 Vgl. *Zimmermann*, „Wir haben gelernt, Szenarien für die Zukunft zu entwerfen“. Alexandra Kemmerer über die Mitwirkung des Max-Planck-Instituts für Völkerrecht am Drehbuch für „Ökozid“, 16.11.2020, www.mpg.de/16033730/interview-voelkerrecht-oeko-kozid (20.12.2021).

10 BVerfG 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20.

rale Freiheitssicherung“ (Rn 183) wurde im Karlsruher Klimabeschluss Generationengerechtigkeit zum verfassungsrechtlichen Maß staatlicher Klimapolitik.

Auch wenn das BVerfG Fragen wie die nach einem „Grundrecht auf ein ökologisches Existenzminimum“ vorerst offengelassen hat – die Entscheidung vom 24.3.2021 ebnet den Weg für eine wirksame verfassungsgerichtliche Kontrolle staatlicher Klimaschutzpolitik. Mit der Anerkennung der Beschwerdebefugnis aller an den vier verhandelten „Klimaverfassungsbeschwerden“ beteiligten natürlichen Personen, auch der in Bangladesch und Nepal lebenden Beschwerdeführenden, wird im Ergebnis allen vom Klimawandel betroffenen natürlichen Personen der Gang nach Karlsruhe ermöglicht (Rn 101; die Frage nach den Schutzpflichten der Bundesrepublik für Bewohner:innen des Globalen Südens bleibt allerdings offen, Rn 173 ff). Die genaue, differenzierte Bezugnahme auf naturwissenschaftliche Expertise setzt Maßstäbe: Ausführlich beziehen sich die Verfassungsrichter:innen in ihrer Argumentation auf die Berichte des Weltklimarats IPCC und des Sachverständigenrates für Umweltfragen (Rn 159 ff).

Deutlich zurückgewiesen wird das auch in *Ökozid* auf der Theaterbühne verhandelte Argument, nationale Klimaschutzmaßnahmen könnten den Klimawandel als globales Phänomen ohnehin nicht stoppen. Diese müssten – da sind die Karlsruher Richter:innen sehr deutlich und argumentieren aus einer dezidiert „planetarischen Perspektive“¹¹ – ergriffen werden, auch wenn sie für sich genommen das Klimaproblem nicht lösen könnten. Der Klimaschutzauftrag aus Art 20a GG verpflichte den Staat, eine Lösung gerade auch auf überstaatlicher Ebene zu suchen und dabei nationale Klimaschutzmaßnahmen international einzubetten. Das verfassungsrechtliche Klimaschutzgebot verlange „international ausgerichtetes Handeln zum globalen Schutz des Klimas“ (Rn 201).

3. Gerichte und ihre Grenzen

Im Kontext weltweiter Klimaschutzbemühungen spielen Gerichte eine zentrale Rolle. Als rechtspolitische Leuchttürme und Wegbereiter, als dogmatische Stichwortgeber in einem transnationalen Dialog der Gerichte. In seinem im Frühjahr verkündeten Klimabeschluss zitiert der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts vier wegweisende Urteile anderer nationaler Höchstgerichte. Am häufigsten erwähnt wird die Entscheidung des niederländischen Hoge Raad in der Rechtssache *Urgenda* (2019), in der die Verknüpfung staatlicher Klimaschutzverpflichtungen mit internationalen Verpflichtungen ausbuchstabiert wurde. Auch die Entscheidung des neuseeländischen High Court im Verfahren *Sarah Thomson v. The Minister for Climate Change Issues* (2017), die Entscheidung des irischen Supreme Court in der Rechtssache *Friends of the Irish Environment v. the Government of Ireland et al.* (2020) und die Entscheidung des U.S. Court of Appeals for

11 Kotzé, Neubauer et al. versus Germany: Planetary Climate Litigation for the Anthropocene?, German Law Journal 22 (2021) 1423–1444.

the Ninth Circuit in *Juliana v. United States* (2020) sind wichtige Referenzen. Unerwähnt blieben vielbeachtete Entscheidungen aus Verfassungsräumen des Globalen Südens, die dem Menschen und auch der Natur selbst Umweltgrundrechte zuerkennen – eine Rechtssprechungsstradition, die auch die Autor:innen von *Ökozid* inspiriert hat: Schon 2016 hatte das kolumbianische Verfassungsgericht dem Fluss Atrato Rechtssubjektivität zugesprochen, 2018 erkannte der Oberste Gerichtshof Kolumbiens subjektive Rechte des Amazonasgebiets an.¹²

Doch wir sollten die Rolle der Gerichte nicht überschätzen. *Ökozid* ist da sehr realistisch: Eindrücklich wird das Spannungsverhältnis zwischen justiziellen und demokratischen Verfahren inszeniert. Beim Klimaschutz können Gerichte vorangehen, dem politischen Prozess einen Rahmen vorgeben und Grenzen setzen. Der Umgang mit dem Klimawandel erfordert einen gesellschaftlichen Interessenausgleich, den in seiner grundlegenden Ausrichtung nur transparente und grundsätzlich öffentliche Gesetzgebungsverfahren die gebotene Legitimation vermitteln können. Diese „Öffentlichkeitsfunktion“ des parlamentarischen Verfahrens hat das BVerG in seinem Klimabeschluss besonders nachdrücklich hervorgehoben (Rn 213). Verhandelt werden muss die Herausforderung des Klimawandels in den öffentlichen Räumen demokratischen Entscheidens.

4. Über den Einzelfall hinaus

Die Verhandlung vor Gericht kann dabei Anstöße geben – wie das Theater. In der strategischen Prozessführung, die für den Karlsruher Klimabeschluss vom März 2021 ebenso charakteristisch ist wie für andere derzeit weltweit öffentlich diskutierte Fälle der *Climate Litigation*, verbindet sich die performative Form des gerichtlichen Verfahrens mit anderen Spielarten juristischer Intervention, von der künstlerischen *performance* bis zum publizistischen Auftritt.¹³ *Strategic Climate Litigation* zielt auf ambitionierte systemische Wirkung, über den Einzelfall hinaus – auf entschiedene Klimapolitik, gesteigertes öffentliches Problembewusstsein, Transformationen exekutiven und unternehmerischen Handelns. *Staging a case*, das erfordert in diesem Kontext strategisch genau durchdachtes, mehrdimensionales Agieren, von der umsichtigen Auswahl geeigneter Fälle und Kläger:innen über die Einbindung des Verfahrens in aktuelle wissenschaftliche Diskurse (die zugleich rezipiert und vorangetrieben werden) bis hin zur professionellen Kommunikation und Öffentlichkeitsarbeit.¹⁴

Ein historischer Seitenblick erhellt die Nuancen solch mehrdimensionalen Handelns. Es ist ein Blick auf den hessischen Generalstaatsanwalt *Fritz Bauer*, einen Pionier strategi-

12 Vgl. *Gelinsky/Fuchs*, Bitte noch mehr: Rechtsprechungsdialo g im Karlsruher Klimabeschluss, VerfassungsBlog 26.5.2021, <https://verfassungsblog.de/bitte-noch-mehr> (20.1.2022).

13 *Peel/Markey-Towler*, Recipe for Success? Lessons for Strategic Climate Litigation from the Sharma, Neubauer, and Shell Cases, German Law Journal 22 (2021), 1484–1498.

14 Mit etwas anderer Nuancierung *Peel/Markey-Towler*, Recipe for Success?, 1485.

scher Prozessführung und „Praktiker des Wortes“. Mit seinem Verständnis von Öffentlichkeit als Ort gesellschaftlicher und politischer Aufklärung und durch sein in der deutschen Justiz präzedenzloses Beispiel gelebter Rechtskommunikation eröffnete *Bauer* Gestaltungs- und Möglichkeitsräume transformativer Intervention, die bis heute inspirieren.¹⁵ Schreiben selbst war für *Bauer* ein Akt solcher Intervention, „öffentlich vorzutragen und zu publizieren waren Mittel seines politischen Engagements“¹⁶. Bei der gerichtlichen Ahndung von NS-Verbrechen war öffentliche Kommunikation integraler Teil von *Bauers* Gesamtstrategie. Er verstand Gerichtsverfahren als gesellschaftliches Lehrstück; Sie sollten dazu dienen, „Gerichtstag“ zu halten „über uns selbst und unsere Geschichte“¹⁷. Erkenntnisse aus dem Gerichtssaal (bisweilen, wie im ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess, untermauert durch historische Gutachten) sollten daher eine möglichst große Öffentlichkeit erreichen.¹⁸ Von Anfang an legte *Bauer* Wert auf maximale Publizität und knüpfte dabei nicht nur an seine Erfahrungen als politischer Aktivist in der Weimarer Republik, sondern auch an von Film und Theater beeinflusste kommunikative Strategien an, die international erstmals in den Nürnberger Prozessen entwickelt und erprobt worden waren.¹⁹

In der Sprache aktueller Weiterentwicklungen des im US-amerikanischen Kontext geprägten Konzepts der strategischen Prozessführung (*strategic litigation*) lassen sich *Bauers* publizistische Aktivitäten nicht nur als Formen (rechts-)politischer Intervention, sondern auch als *juristische* Intervention beschreiben – als Elemente komplexer strategischer multidimensionaler Arbeit zur Durchsetzung von Menschenrechten, als „Kämpfe mit und um das Recht“.²⁰ In solchen Kämpfen ergänzen sich, auch angesichts der Herausforderungen globaler Umweltkrisen, forensische und ästhetische Verfahren, Gericht und Theater. Zusammengehalten von der Hoffnung, dass sich das unaussprechlich Bedrohliche auf der Bühne des Gerichts wie im *Court Room Drama* in und durch erzählbare Handlung verwandeln lässt.

Alexandra Kemmerer, Ass. iur., LL.M. Eur. (Würzburg), ist Wissenschaftliche Referentin und Koordinatorin am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg, dessen Berliner Büro sie leitet; kemmerer@mpil.de

15 Kemmerer, Praktiker des Wortes. Fritz Bauer und die Kritische Justiz, in *Rauschenberger/Steinbacher*, Fritz Bauer und „Achtundsechzig“. Positionen zu den Umbrüchen in Justiz, Politik und Gesellschaft (2020) 121–142.

16 *Foljanty/Johst*, Einleitung, in *Fritz Bauer*, Kleine Schriften, Bd I (1921–1961), hrsg im Auftrag des Fritz Bauer Instituts von Lena Foljanty und David Johst (2018) 19–52, 50.

17 Fritz Bauer in dem Dokumentarfilm *Eichmann und das dritte Reich*, Schweiz / BRD 1961, Buch und Regie v Erwin Leiser. Ausschnitt transkribiert und abgedruckt in *Bauer*, Kleine Schriften, Bd I, 732 f, 733.

18 *Bauer*, Kleine Schriften, Bd I, 33.

19 Vgl ua *Vismann*, Medien der Rechtsprechung, 222–375; *Delage*, La vérité par l'image: de Nuremberg au procès Milosevic (2006); *Somos/Gostwyck-Lewis*, A New Architecture of Justice: Dan Kiley's Design for the Nuremberg Trials, *Journal of the History of International Law* 21 (2019), 104–139.

20 Vgl *Keller/Theurer*, Menschenrechte mit rechtlichen Mitteln durchsetzen: Die Arbeit des ECCHR, in *Graser/Helmrich*, Strategic Litigation. Begriff und Praxis (2019) 53–63, 54.

„Personen, die keinem Erwerb nachgehen“

Ein Denkanstoß zu den rechtlichen Implikationen unbezahlter Familienarbeit von Frauen

Theresia Angerer

1. Von „Hausfrauenehe“ bis „care work“

Bereits im Jahr 1949 beobachtete die amerikanische Journalistin *Dorothy Thompson*, dass sich viele Frauen dafür schämten, von Beruf Hausfrau zu sein – es hafte ihm eine gewisse Kleingeistigkeit an. *Thompson* aber wehrte sich gegen diese Abwertung und meinte, „‘Housewife’, is a single convenient word to cover a dozen occupations [...]. Among them are business manager, cook, nurse, chauffeur, dressmaker, interior decorator, accountant, caterer, teacher, private secretary. The lament of housewives that they’re not earning any money is without foundation. If the family is considered as a unit, millions of women contribute as much to their families by the services they render and the brains they mobilise as do their income-earning husbands“¹. Mit dieser These erfasste sie die Essenz der Bedeutung unbezahlter Arbeit. Dieser, auch als „care work“ bezeichneter, Arbeitsbereich wurde bis dato im Wesentlichen negiert und gewinnt erst seit kurzem zunehmend an Aufmerksamkeit und damit an Anerkennung. Das Europe Institute for Gender Equality definiert „care work“ als „work of looking after the physical, psychological, emotional and developmental needs of one or more other people“² und schreibt *Thompsons* Argument damit in wissenschaftlichen Worten nieder. Eine Statistik aus *Thompsons* Zeit errechnete, dass eine Frau in 30-jähriger Hausarbeit an Wegen, die sie im Haushalt zurücklegt, Strecken bewältigt, die, aneinandergereiht, mehrere Male um den Äquator führen, und sie in den 30 Jahren etwa 60 Tonnen Waren nach Hause trägt.³ Mit einem entsprechenden Entgelt wurde diese beeindruckende Arbeitsleistung nie bedacht.

Heutzutage werden weltweit 75 % der unbezahlten Arbeit von Frauen verrichtet, in einem täglichen Ausmaß von drei bis sechs Stunden.⁴ In Österreich leisten Frauen wöchentlich 32 Stunden an unbezahlter Arbeit in Gestalt von Haushalt, Kochen und Kinderbetreuung und übernehmen damit doppelt so viel wie der männliche Teil der Bevöl-

1 *Thompson*, Occupation Housewife, *Toodyay Herald* Juni 1949, 6.

2 European Institute for Gender Equality, care work, <https://eige.europa.eu/thesaurus/terms/1059?lang=de> (10.12.2021).

3 *Oheim*, Das praktische Haushaltsbuch (1956) 26 f.

4 *McKinsey Global Institute*, The Power of Parity: how advancing women’s equality can add \$ 12 trillion to global growth (2015) 2.

kerung. Im Vergleich zwischen bezahlter und unbezahlter Arbeit verbringen Männer etwa 63 % ihrer wöchentlichen Arbeitszeit in bezahlter und 37 % in unbezahlter Arbeit, bei Frauen sind die Quoten genau umgekehrt.⁵ Dieses Ungleichverhältnis wirkt sich auf das Nettoeinkommen und damit in weiterer Folge auf den Pensionsanspruch aus. Hinzu kommt, dass sich das Erwerbsverhalten von Frauen in den letzten Jahrzehnten zwar stark verändert hat, sich diese Entwicklung aber fast ausschließlich auf die Ausweitung der Teilzeitarbeit zurückführen lässt. Im Jahr 2020 nahmen 67,7 % der Frauen zwischen 15 und 64 Jahren mit betreuungspflichtigen Kindern unter 15 Jahren aktiv am Arbeitsmarkt teil, davon 72,3 % in Teilzeitarbeit. Insgesamt betrachtet waren 47,3 % aller Frauen in Österreich in einer Teilzeitbeschäftigung tätig, jedoch nur 10,7 % der Männer.⁶ Es ist deshalb essenziell, zu erkennen, dass sich das Arbeitsvolumen und damit das erzielte Nettoeinkommen der Frauen nicht direkt proportional zum Anstieg der Erwerbstätigenquote erhöhte.⁷ Dieser Umstand hat selbstredend Schattenauswirkungen auf die Frage der tatsächlichen Gleichstellung in einem Doppelverdiener:innen-Haushalt.

2. Die haushaltsführende Ehefrau aus heutiger Perspektive

Vor diesem Hintergrund und als Reaktion auf die Tendenz einer zunehmenden Anerkennung der unbezahlten Arbeit stellt sich die Frage, inwieweit die Entwertung des Modells der Hausfrau – heute vielleicht einer Hausfrau auf Zeit oder einer „Teilzeit“-Hausfrau – nicht in Wahrheit stets nur unbezahlte Frauenarbeit entwertet hat. Die Komplexität der von Frauen in einem Familienverband geleisteten Tätigkeiten, mit ihren – wie *Thompson* aufzeigt – vielfältigen abgedeckten Berufssparten, verunmöglicht gewissermaßen eine rechtliche Vereinheitlichung, Behandlung und Darstellung und erklärt wohl auch die teils schizophoren anmutenden Ausgestaltungen der Einzelentscheidungen.

Bei der aktuell tagespolitischen Frage einer möglichen Anstellung von pflegenden Angehörigen bei den Ländern⁸ handelt es sich ebenso um einen Themenkomplex aus dem Bereich der traditionell weiblich konnotierten, unbezahlten Familienarbeit wie bei einem anderen Beispiel, das die monetäre Abgeltung von Haushaltstätigkeiten aufschlüsselt. In der ständigen Rsp des OGH wird einer verletzten haushaltsführenden Ehefrau ein Ersatzanspruch für „die Minderung ihrer Erwerbsfähigkeit“ zuerkannt. Hierbei handelt es sich um eine Entschädigung für konkreten „Verdienstentgang“, wobei die „reine

5 *Disslbacher/Schnetzler*, Höchste Zeit für eine Zeitverwendungserhebung!, awblog.at 13.6.2019, <https://awblog.at/zeit-fuer-zeitverwendungserhebung/> (12.12.2021).

6 *Statistik.at*, Familie und Arbeitsmarkt, https://www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/arbeitsmarkt/arbeitszeit/teilzeitarbeit_teilzeitquote/index.html (11.12.2021).

7 *Statistik.at*, Familie und Arbeitsmarkt, https://www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/arbeitsmarkt/familie_und_arbeitsmarkt/index.html (11.12.2021).

8 *Marchart*, Warum nun auch Wien pflegende Angehörige beim Land anstellen möchte, *derstandard.at* 14.7.2021, www.derstandard.at/2000127994282 (11.12.2021).

Arbeitsleistung“ als Verdienst gewertet wird⁹ und der Ersatzanspruch unabhängig von der tatsächlichen Einstellung einer Ersatzkraft gebührt.¹⁰ Einen Anspruch auf eine abstrakte Rente haben Hausfrauen – umschrieben ironischerweise mit „Personen, die keinem Erwerb nachgehen“ – allerdings mangels eines konkreten Verdienstentgangs im „außerhäuslichen Beruf“ nicht.¹¹ Aus der aktuellen Fassung des § 94 ABGB geht jedoch andererseits wieder hervor, dass der:die Ehegatte:in, der:die den gemeinsamen Haushalt führt, dadurch seinen:ihren Beitrag zur Deckung der den Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse leistet. Der dem:r nicht erwerbstätigen Ehegatten:in zustehende Teil des Unterhalts kann nach § 94 Abs 3 ABGB bei aufrechter Haushaltsgemeinschaft sogar ganz oder zum Teil in Geld verlangt werden, solange dies nicht als unbillig anzusehen ist.

3. Unbezahlte Arbeit und nachehelicher Unterhalt

Nach geltendem Recht steht der haushaltsführenden Ehefrau also innerhalb aufrechter Ehe für ihre Leistungen sehr wohl ein Unterhaltsanspruch zu. Wie aber verhält es sich mit ihren Zukunftsaussichten im Rahmen einer Scheidung? Wie bei einer schuldigen Scheidung zu ihren Lasten? Die dieser Frage innewohnende Komplexität lässt sich plakativ mit einem Fallbeispiel aus dem Jahr 1959 illustrieren, das – so viel muss man sich vor Augen führen – von einem Juristen zum Zweck der Rechtsaufklärung und -orientierung der Österreicher:innen für das Handbuch „Der österreichische Hausjurist“ konzipiert wurde:

„Denken wir uns folgende Situation: Der Kaufmann Konrad Trick muß viel herumreisen. Bald merkt seine Ehefrau Friedel, da[ss] er überall geneigte Freundinnen hat. Jahrelang kämpft sie darum, ihren Konrad für sich zurückzugewinnen. [...] Als alles vergebens ist und sämtliche Besserungsschwüre schon keinen Kurswert mehr aufweisen, begegnet Friedel ihrem alten Jugendfreund Balduin, der mit einem Blick die Situation übersieht. Während einer der üblichen Reisen des Ehemannes gelingt es ihm, sich Friedel willfährig zu machen. Sie denkt sicher: Was kann schon meine einmalige kleine Verfehlung neben Konrads Sündenregister ausmachen. Friedel irrt. Der Ehebruch ist und bleibt eine der schwersten Eheverfehlungen, die das Leben und damit das Gesetz kennt; auch der einmalige Ehebruch. Friedel Trick würde demnach, wenn es jetzt zum Ehescheidungsprozess käme, aller Wahrscheinlichkeit nach für mitschuldig erklärt werden. Sie hat selbst in dieser einen Stunde alle Trümpfe aus der Hand gegeben. Als sie seelisch so weit war, da[ss] sie sich durch nichts mehr an ihren Mann gebunden fühlte, hätte sie die Konsequenz ziehen müssen und die Ehescheidungsklage einreichen sollen.“¹²

9 OGH 14.7.2010, 7 Ob 14/10z.

10 Vgl stRsp; etwa OGH 10.4.2008, 2 Ob 100/07f; OGH 28.6.2007, 2 Ob 221/06y jeweils mwN; RIS-Justiz RS0030606; RS0030922.

11 OGH 2.7.2015, 7 Ob 91/15f.

12 *Rimpel*, Der österreichische Hausjurist (1959) 268 f.

Ergäbe sich der Sachverhalt zwischen Friedel, Konrad und Balduin nun im Jahr 2021, so wäre bei einer Scheidung an folgende Hürden zu denken: Zuerst bestünde die Gefahr, dass Friedel eine Klage aufgrund der abgelaufenen Geltendmachungsfrist und eines damit angenommenen Verzeihens ganz verwehrt bleibt und sie umgekehrt von Konrad wegen ihres Fehltritts mit Balduin geklagt werden könnte. Ist eine Klage per se zulässig, so ist aufgrund des Ehebruchs trotzdem von einem Mitverschulden der Friedel auszugehen. Dies insofern, als Friedel durch ihr jahrelanges Bemühen ursprünglich zum Ausdruck brachte, dass sie weiterhin Interesse daran hatte, die Beziehung fortzusetzen und somit das Verhalten des Konrad wohl im Einzelnen verziehen oder zumindest nicht als final ehezerstörend wahrgenommen hat. Eine völlige Zerrüttung war somit möglicherweise noch nicht eingetreten, wobei auch in einer solchen Fallkonstellation der Ehebruch der Friedel höchstwahrscheinlich als verschuldensrelevant heranzuziehen wäre. Da ein Ehebruch zusätzlich nie als entschuldbare Reaktionshandlung gilt, fällt selbst dieser Argumentationsstrang für Friedel weg.

Sie begab sich also auch nach der heutigen Rechtslage durch ihr per se eheförderndes Verhalten in eine vulnerable Position, die zur Folge hat, dass ihr – mangels einer einvernehmlichen Vereinbarung –, kein fixer Unterhaltsanspruch zusteht, der ihre wirtschaftliche Existenz nachhaltig sichern kann. Im Falle der Scheidung aus gleichzeitigem Verschulden stünde ihr im besten Falle die Quote von 10–15 % von Konrads Nettoeinkommen zu. Klagt jedoch Konrad Friedel und ergibt das Verfahren, dass erst ihr Ehebruch mit Balduin die Zerrüttung der Ehe bewirkt hat, so besteht im Extremfall sogar die Möglichkeit, eines Ausspruchs des alleinigen Verschuldens zulasten der Friedel. In einem solchen Fall steht ihr lediglich die Familienopferprämie des § 68a EheG zu, die die Keule der Billigkeit und der zeitlichen Befristung mit sich bringt und sicherlich keinen ausreichenden Unterhalt für sie bieten wird.¹³

4. Denkanstoß

Ein Blick in die Scheidungsstatistik verdeutlicht die Relevanz der aufgestellten Überlegungen – im Jahr 2020 betrug die Gesamtscheidungsrate in Österreich 36,9 %.¹⁴ Es sind also schlussendlich mehr als ein Drittel der Ehepaare von einer persönlichen Auseinandersetzung mit Scheidungsfolgen betroffen. In einer nicht vernachlässigbaren Zahl dieser Fälle zeigen sich die Parteien vor Gericht mit der Gesamtsituation heillos überfordert. Sie erleben, dass von öffentlicher Seite in ihre privaten Beziehungen eingegriffen wird und sie sehen sich im weiteren Verfahren zwar abstrakt gesetzeskonform, aber für sie konkret unverständlich, mit der rechtlichen Beurteilung von teils sehr emotionalen Hand-

13 Aufgrund der oftmals drastischen Unterschiede in den erzielten Einkommen gelten die Grundüberlegungen selbststehend auch für Frauen, die geringfügig oder Teilzeit in einer bezahlten Erwerbstätigkeit beschäftigt sind.

14 Statistik.at, Bevölkerung, Ehescheidungen, https://www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/bevoelkerung/ehescheidungen/index.html (12.12.2021).

lungen konfrontiert, die sie im Unwissen über die möglichen Konsequenzen gesetzt haben.

Umso mehr sollte es zu denken geben, dass die Verpflichtung zu einem makellosen Verhalten der ganz oder zumindest tw haushaltsführenden Ehefrau beinahe unverändert aufrecht geblieben ist. Ein zuvor einvernehmlich vereinbartes berufliches Hintanhalten ihrerseits und damit verlorene Erwerbs- und Aufstiegschancen bleiben weitgehend unberücksichtigt. Dem eheschädlich handelnden Ehemann wird auf der anderen Seite ein umfassender Verhaltensspielraum eingeräumt, der es ihm ermöglicht, auch nach der Scheidung sein Vermögen nach eigenem Gutdünken zu verwenden und keine Verantwortung für den Verbleib seiner zuvor haushaltsführenden Ehefrau zu übernehmen. Es darf an diesem Punkt nicht vergessen werden, dass das vom Ehemann im beruflichen Leben Erreichte in vielen Fällen erst durch die Übernahme unbezahlter Arbeit durch die Ehefrau als rein haushaltsführender Part oder durch Aufnahme einer Erwerbstätigkeit lediglich in Teilzeitanstellung, erlangt werden konnte. Mit Blick auf die Proportion der in Teilzeit tätigen Frauen iVm der Gesamtscheidungsquote kann richtigerweise nur von fortschreitend fatalen Folgen hinsichtlich der Entwicklung der finanziellen Situation im Leben einer großen Anzahl an Frauen ausgegangen werden.

Bisweilen scheint es aber so, als hätte das Recht diese Lücke noch nicht erkannt und sei sich der Implikationen des Festhaltens am reinen Verschuldensprinzip nicht bewusst. Ein Schadenersatzanspruch für Friedels erschwertes berufliches Vorankommen oder eine Abgeltung der von ihr geleisteten, immer noch abgewerteten, unbezahlten Familienarbeit hat in so einem System, das zeitlich eingeschränkt, für sich allein betrachtete Einzelhandlungen gegeneinander abwägt, keinen Raum.

Dieser Beitrag stellt keinen Anspruch auf eine abgeschlossene rechtliche Beurteilung der Situation (teil-)haushaltsführender Ehefrauen. Selbstredend ist es auch in einem Scheidungsverfahren bisweilen möglich, auf individuelle Umstände Rücksicht zu nehmen. Aufgrund fehlender Leitlinien sind die Frauen hier aber vom jeweiligen Entscheidungsorgan abhängig, dem spiegelbildlich die Hände an die rechtlichen Grundlagen gebunden sind. Der vorliegende Denkanstoß strebt somit lediglich danach, einen weiteren, bislang vernachlässigten Aspekt von Frauenarbeit in den Mittelpunkt zu rücken. Vielleicht legt die zunehmende Aufwertung von „care work“ ja den Grundstein für eine umfassende Neudefinition der im Familienleben geleisteten unbezahlten Arbeit von Frauen und für eine Möglichkeit, diese auch in der Praxis in gebührender Form zu berücksichtigen – im Rahmen der Ehescheidung und darüber hinaus.

Mag.^a Theresia Angerer ist Richteramtsanwärterin im Oberlandesgerichtssprengel Wien. Während ihres Studiums am Juridicum arbeitete sie als Studienassistentin am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte; theresia.angerer@justiz.gv.at