

nr 3/2022

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Rechtsstaat und Demokratie unter Druck

recht & gesellschaft

Update für Schengen
Strafwürdigkeit von Sittlichkeitsdelikten
Plattformregulierung und OnlyFans

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

verlagoesterreich.at
juridikum.at

 VERLAG
ÖSTERREICH

Hashtag JusTwitter

Antonia Reiss

1. Strukturwandel für die juristische Fachöffentlichkeit

Für die Wissenschaftskommunikation bewirkt die Digitalisierung einige Umwälzungen. Sowohl der Austausch unter Fachkolleg:innen (interne Wissenschaftskommunikation, *scholarly communication*) als auch die Verbreitung von wissenschaftlichen Erkenntnissen nach außen (externe Wissenschaftskommunikation, *science communication*) verändern sich nachhaltig.¹ Neben *Peer-Review-Journals* sind Blogs und Open-Access-Zeitschriften getreten, wodurch es tw weniger *Gatekeeping*, also Instanzen, die bestimmen, was publiziert wird, gibt. Zwar verschwinden diese Instanzen durch die neuen Plattformen nicht vollends, es gibt aber durch diese eine neue Funktionsgröße, an welcher sich Wissenschaftler:innen messen lassen können: Onlinepräsenz. Auf Websites wie *Academia.edu* oder *Researchgate* lassen sich Forschungsergebnisse relativ einfach veröffentlichen. Soziale Netzwerke (Facebook, LinkedIn, Twitter etc) bieten Onlinerräume, in welchen Fachöffentlichkeiten mit der interessierten Öffentlichkeit über diese diskutieren können.²

Die genannten Veränderungen betreffen alle akademischen Disziplinen, somit auch die Rechtswissenschaft. Diese zeichnet sich im Gegensatz zu anderen Wissenschaften dadurch aus, dass Theorie und Praxis eng verbunden sind und vor allem die Rechtsdogmatik „ein hybrides Format zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis“³ bildet. Diese Besonderheit spiegelt sich auch in der Wissenschaftskommunikation wider. Im rechtswissenschaftlichen Diskurs geht es den Akteur:innen immer um Überzeugungsarbeit: Im besten Fall soll der eigenen Interpretation einer Rechtsquelle gefolgt werden und somit in der Praxis Anwendung finden. Unter die juristische Fachöffentlichkeit in Österreich lassen sich alle fassen, die hierzulande zu Recht forschen, über Recht diskutieren und Recht sprechen. Teile dieser Öffentlichkeit sind nun zB auf Twitter zu finden.

2. Herrschende und andere Meinungen in 280 Zeichen

Twitter ist eine der Plattformen auf welcher juristische Debatten stattfinden. User:innen können 280 Zeichen lange Kurzbeiträge (Tweets) veröffentlichen, welche dann von Abon-

1 S zB Ball, Wissenschaftskommunikation im Wandel. Von Gutenberg bis Open Science (2020).

2 Zur „Konvergenz von Konversation und Publikation“ s zB Schmidt, Soziale Medien als Intermediäre in der Wissenschaftskommunikation, in Weingart/Wormer/Wenninger/Hüttl, Perspektiven der Wissenschaftskommunikation im digitalen Zeitalter (2017) 103 f.

3 Jestaedt, Rechtswissenschaft als normative Disziplin, in Hilgendorf/Jjoerden, Handbuch Rechtsphilosophie, (2021) 272.

nent:innen gelikt, geteilt und in ebenfalls 280 Zeichen kommentiert werden können. Durch die Verwendung von Hashtags können Tweets von anderen gefunden werden. Österreichweit gab es nach Schätzungen im Jahr 2019 160.000 Twitter-Nutzer:innen,⁴ mittlerweile dürften es wohl noch mehr sein. Von diesen sind natürlich nicht alle Teil von JusTwitter, wie die österreichische rechtswissenschaftliche Online-Community auch genannt wird.⁵ Unter den Nutzer:innen finden sich Richter:innen, Anwält:innen und Konzipient:innen, Professor:innen sowie Jus-Studierende, Post- und Prae-Docs. Manche davon sind „hybride“ Akteur:innen.⁶ Auch institutionelle Accounts gibt es: Einige rechtswissenschaftliche Fakultäten und Departments twittern. Staatsanwält:innen- und Richter:innenvereinigungen haben ebenfalls Twitteraccounts,⁷ der Österreichische Rechtsanwaltskammertag hat Twitter anscheinend wieder verlassen. Juristische Verlage, Zeitschriften und Rechtsdatenbanken sind auch vertreten. Als einziges Gericht in Österreich ist der VfGH auf Twitter, dessen Tweets gelten dezidiert als „Mitteilungen der Mediensprecherin.“⁸ Auch Journalist:innen, Aktivist:innen und NGOs mit rechtlichem Bezug mischen auf JusTwitter mit. Nicht zu vergessen sind anonyme Accounts mit klingenden Namen, die ihre rechtlichen Einschätzungen abgeben.⁹ JusTwitter lässt sich nicht abschließend beschreiben: Schafft sich doch jede:r User:in durch Abonnements einen einzigartigen Twitter-Feed. Zudem ist ein Twitter-Account nicht gleichbedeutend mit Reichweite oder diskursprägenden Inhalten; einige User:innen geben wenig Preis. Die Online-Fachöffentlichkeit deckt sich nicht mit der Fachöffentlichkeit offline. Viele bekannte Namen aus der österreichischen Lehre und Praxis fehlen auf Twitter. Als mögliche „Barrieren für die Nutzung sozialer Medien“ vermutet *Schmidt* „persönliche Vorbehalte gegenüber einer als ‚Selbstdarstellung‘ wahrgenommenen Kommunikation via [...] Twitter, aber auch die Sorge vor einem Verschwimmen der Grenze zwischen privaten und beruflichen Rollen.“¹⁰ Inhaltlich widmen sich Diskussionen auf Twitter vor allem aktuellen und oft rechtspolitischen Themen. Es werden neu erlassene Corona-Verordnungen analysiert und Judikatur geteilt und besprochen. Manchmal wetten gegnerische Anwält:innen auf Twitter über den Ausgang ihres Verfahrens.¹¹ Auch für einzelne konkrete Rechtsfragen wird die JusTwitter-Bubble angerufen.¹² Das Bewerben von eigenen Publikationen durch Nutzer:innen kommt nicht zu kurz. Auf Twitter werden, wie auch sonst im juristischen Diskurs, Deutungsversionen

4 *Statista*, Anzahl der Nutzer von Twitter in Österreich in ausgewählten Monaten von 2012 bis 2019, statista.de Februar 2020, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/296135/umfrage/twitter-nutzer-in-oesterreich/> (31.7.2022).

5 Die deutsche Twitter-Bubble wird auch JuraTwitter genannt. Die völkerrechtliche Fachöffentlichkeit hat keinen eigenen Namen, über sie ist aber schon mehrfach geschrieben worden, s zB *Janik*, *Interpretive Community 2.0: How Blogs and Twitter Change International Law Scholarship*, ZaöRV 2021, 841-866.

6 ZB @michael_rami, der gleichzeitig Anwalt und VfGH-Richter ist.

7 S @richter_in, @Staatsanwaelte, @V.Vereinigung.

8 VfGH, Mediensprecherin auf Twitter, www.vfgh.gv.at/medien/twitter.de.html (31.7.2022).

9 ZB @art18bvg und @justitiafails.

10 *Schmidt*, *Soziale Medien als Intermediäre in der Wissenschaftskommunikation* 83.

11 So nacherzählt in: *Lorenz*, *Medienanwalt Rami: „War das richtiger Hass, Kollegin Windhager?“*, derstandard.at 26.7.2022, www.derstandard.de/story/2000137749911/medienanwalt-rami-war-das-richtiger-hass-kollegin-windhager?ref=article (31.7.2022).

12 S zB https://twitter.com/abendsommer/status/1552287604854366209?s=20&ct=E_JKqqfiFemIuYtK7vFbog (31.7.2022).

angeboten. Dabei passiert im Gegensatz zur „echten Welt“ eine interessante Verschiebung: Personen, die Diskurse offline weniger stark prägen, haben eine große Onlinereichweite und es gibt Jus-Studierende, die mehr Abonnent:innen zählen als so mancher Professor:innen-Account.¹³ Dass auch Tagungen auf Twitter in Echtzeit begleitet werden, ist im juristischen Feld noch weniger üblich als in anderen Disziplinen.¹⁴

3. To tweet or not to tweet

Die Verlagerung von Diskursen auf Blogs und in soziale Netzwerke wird international von Mitgliedern der verschiedenen juristischen Fachöffentlichkeiten unterschiedlich bewertet. Während manche die Verwendung von Onlinemedien begrüßen und für notwendig erachten, um als Rechtswissenschaftler:in relevant zu bleiben,¹⁵ warn(t)en andere vor negativen Auswirkungen auf die Fachöffentlichkeit: Gerade das Fehlen von *Gatekeepern* bei Blogs und Twitter sei für die Rechtswissenschaft problematisch, da sich unzutreffende Rechtsmeinungen zu verbreiten drohen.¹⁶ Dem wird entgegengesetzt, dass auch ein *Peer-Review* keine Garantie für Qualität bietet und auch in prestigeträchtigen juristischen Zeitschriften manchmal Falschinformationen landen würden.¹⁷

Meinungsverschiedenheiten werden auf Twitter offen ausgetragen und es kommt vor, dass zwischen den Diskutierenden ein scharfer Ton herrscht. Manche Beobachter:innen werfen die Befürchtung von Etikettenverfall in der juristischen Fachöffentlichkeit ein, widerlegen diese aber dann tw auch wieder.¹⁸ Vor allem für aufstrebende Rechtswissenschaftler:innen ist es durch Onlineplattformen sicherlich leichter geworden, schnell Reichweite zu generieren¹⁹ und Twitter dient hier als „soziales Megaphon“²⁰. Dabei öffnet die Plattform sicherlich nicht alle bestehenden *Gates*: Onlinereichweite ist in der rechtswissenschaftlichen Community weiterhin weniger wertvoll als institutionelle Anbindung oder eine mit Beiträgen in *Peer-Review-Journals* gefüllte Publikationsliste.

Das juridikum ist übrigens seit kurzem als @juridikum auf Twitter und freut sich darauf, Diskurse mitzuprägen.

Antonia Reiss, BA ist Mitherausgeberin des juridikum; antonia.reiss@univie.ac.at. Der vor.satz ist in enger Zusammenarbeit mit Maximilian Blaßnig entstanden, für welche sich die Autorin an dieser Stelle herzlich bedanken möchte.

13 Exemplarisch hierfür @maxlwerner.

14 *Ball*, Wissenschaftskommunikation im Wandel 123.

15 *Duval*, Publish (Tweets and Blogs) or Perish? Legal Academia in Times of Social Media, *Tilburg Law Review* 2018, 91-108.

16 *Leiter*, Why Blogs Are Bad For Legal Scholarship, *Yale Law Journal* 2006, 53-116.

17 *Duval*, *Tilburg Law Review* 2018, 98.

18 *Maasen/Weninger*, Schneller, bunter, informativer. Mit Social Media zu einer neuen Wissenschaftskommunikation? in *Weingart/Wormer/Weninger/Hüttl*, Perspektiven der Wissenschaftskommunikation im digitalen Zeitalter (2017) 297 ff, s auch *Janik*, *ZaöRV* 2021, 850.

19 *D'Aspremont*, In defense of the hazardous tool of legal blogging, *ejiltalk.org* 6.1.2011, www.ejiltalk.org/in-defense-of-the-hazardous-tool-of-legal-blogging/#more-2902 (31.7.2022).

20 *Duval*, *Tilburg Law Review* 2018, 92.

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 277 Hashtag JusTwitter
Antonia Reiss

merk.würdig

- 282 Vor dem Gesetz sind nicht alle gleich
Lukas Emanuel Müller
- 286 Migration & Staatsbürgerschaft
Lukas Tschernjak
- 289 Über der Schmerzgrenze
Dienstverhinderung und Entgeltfortzahlung bei Menstruationsbeschwerden
Sarah Rath / Peter C. Schöffmann
- 292 Die Berichterstattung über den Terroranschlag in Wien aus ethischer Sicht
Negativekord an Beschwerden beim Presserat
Alexander Warzilek

recht & gesellschaft

- 296 Ein Update für den Schengen-Besitzstand
Katharina Arnreither / Julia Kreuzhuber
- 306 What About the Creators?
Legal Issues Faced by Content Creators on the Platform OnlyFans
Tima Otu Anwana / Paul Eberstaller
- 317 Zur Strafwürdigkeit der Sittlichkeitsdelikte
Grundzüge der Pathologisierung und Pönalisierung gleichgeschlechtlicher Liebe von der Neuzeit bis in die frühe Nachkriegszeit
Lukas M. Winkler
- 327 Unser Städtchen liegt ...
Anmerkungen zu VfSlg 20.406/2020
Constantin Vonier

thema

- 335 Vorwort der Gastherausgeber*innen
Paul Hahnenkamp / Maria Sagmeister
- 338 Tagungsbericht
Rechtsstaat und Demokratie unter Druck März 2022, Juridicum Wien
Karol Felsner
- 347 Stellschrauben des demokratischen Rechtsstaates
Magdalena Pöschl
- 356 Genderkonstruktionen in illiberaler politischer Theorie
Elisabeth Holzleithner
- 367 Nachhaltige Krisenbewältigung heißt strukturelle Bedingungen angehen
Emma Dowling
- 374 Brüchige Phantasien der Souveränität im Recht
Für ein relational-leibliches Selbstverständnis
Anna Menzel
- 382 Der dritte Zyklus des Universal Periodic Review in Österreich
Herausforderungen des Umsetzungsprozesses
Florian Horn / Sebastian Öhner / Valerie Gruber

393 Der ineffiziente demokratische Rechtsstaat
Staatstheoretische Perspektiven auf eine möglichst effiziente staatliche Organisation
Lukas B. Wieser

401 Speech Recognition im Asylverfahren
Fragen und Lektionen aus der interdisziplinären Technikforschung
Nikolaus Poehchacker

nach.satz

410 Dobbs v Jackson Women's Health Organization
Das Ende des verfassungsgesetzlich garantierten Rechts auf Abtreibung in den USA
Lilo Martini

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

Redaktion:

Angelika Adensamer, Maximilian Blaßnig, Isabell Doll,
Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Karol Felsner, Jakob
Fux, Judith Fitz, Ümra Gencer, Susanne Gstöttner, Paul
Hahnenkamp, Philipp Hense-Lintschnig, Kevin Frey
Hinterberger, Emanuel Matti, Hanna Palmanshofer, Eva
Pentz, Marija Petričević, Valerie Purth-Eisendle, 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
Holzleitner (Wien), Susanne Krasmann (Hamburg),
René Kuppe (Wien), Nadja Lorenz (Wien), Karin Lukas
(Wien), Eva Maria Maier (Wien), Andrea Maihofer
(Basel), Ugo Mattei (Turin/Berkeley), Alfred J. Noll
(Wien), Heinz Patzelt (Wien), Arno Pilgram (Wien),

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

Autor:innen dieser Ausgabe:

Tima Otu Anwana, Katharina Arnreither, Emma
Dowling, Paul Eberstaller, Karol Felsner, Valerie Gruber,
Paul Hahnenkamp, Elisabeth Holzleitner, Florian
Horn, Julia Kreuzhuber, Lilo Martini, Anna Menzel,
Lukas Emanuel Müller, Sebastian Öhner, Nikolaus
Poehchacker, Magdalena Pöschl, Sarah Rath, Antonia
Reiss, Maria Sagmeister, Peter C. Schöffmann, Lukas
Tschemernjak, Constantin Vonier, Alexander Warzilek,
Lukas B. Wieser, Lukas M. Winkler

Gastherausgabe des themas:

Paul Hahnenkamp, Maria Sagmeister

Offenlegung

Die Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1,
1010 Wien (Geschäftsführung: MMag. Johannes
Schultze, Dkfm. André Caro) ist eine Tochtergesellschaft
der Wissenschaftlichen Verlagsgesellschaft mbH
Stuttgart, Birkenwaldestraße 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 Blaßnig: 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“.

Vor dem Gesetz sind nicht alle gleich

Lukas Emanuel Müller

Rezension zu *Ronen Steinke*, Vor dem Gesetz sind nicht alle gleich. Die neue Klassenjustiz. Berlin Verlag, Berlin 2022. 272 Seiten, Hardcover, 20,60 €, ISBN 978-3-8270-1415-3.

„Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“. So steht es in Art 3 des deutschen Grundgesetzes. Doch die Realität in den deutschen Strafgerichten sieht anders aus: „Arme und Reiche sind vor dem Strafrecht in vielerlei Hinsicht ungleich. Die Justiz begünstigt jene, die begütert sind. Und sie benachteiligt jene, die nichts haben“.¹ Das ist die Kernthese, die *Ronen Steinke*, promovierter Jurist und Journalist für die *Süddeutsche Zeitung*, in seinem 2022 erschienenen Buch „Vor dem Gesetz sind nicht alle gleich“ vertritt. Der Untertitel lautet in Anlehnung an eine von *Karl Liebknecht* gehaltene Rede etwas provokant: „Die neue Klassenjustiz“.² Diese *neue* Klassenjustiz ist nach *Steinke* das Resultat der Vorverständnisse und Mentalitäten jener Menschen, die die deutsche Strafjustiz prägen: „Sie zeigen sich teils schon im Wortlaut von Gesetzen, teils erst in der Art, wie diese Gesetze interpretiert werden. Und sie haben zur Folge, dass die unterschiedliche Behandlung von Arm und Reich noch immer sehr real ist. Nein, mehr noch: Seit Beginn des 21. Jahrhunderts nimmt sie erstaunlicherweise zu“.³

Bei *Steinke* bleiben Sätze wie diese keine bloße Behauptung. Er weist seine These, die deutsche Strafjustiz behandle Arme und Reiche fundamental verschieden und benachteilige mittellose Menschen systematisch, in akribischer Recherche nach – auf mehr als 200 Seiten und rund 270 sehr ausführlichen Fußnoten. Dafür nimmt er einen Parforceritt durch die deutsche Strafrechtsrealität auf sich: *Steinke* berichtet von Gerichtsverhandlungen, er führt Interviews mit Anwält:innen, bespricht sich mit Wissenschaftler:innen, Gefängnispersonal und Inhaftierten, wertet Statistiken aus und wühlt sich durch juristische Fachkommentare. Dabei richtet sich sein Buch dezidiert nicht an ein juristisches Fachpublikum. Er verzichtet auf Fachjargon und komplexe rechtswissenschaftliche Abhandlungen. Wenn *Steinke* Regeln des Strafgesetzbuchs und der Strafprozessordnung erklärt, macht er das anhand von konkreten Anekdoten, die vor Augen führen, dass viele Menschen aus einem einzigen Grund mit Ungerechtigkeiten in der Strafjustiz konfrontiert sind: Weil sie wenig Geld haben.

Beispielsweise erzählt er von *Piotr S.*, einem in Deutschland lebenden Polen, der arbeitslos und drogenabhängig ist und keinen festen Wohnsitz hat.⁴ Mit dieser Anekdote weist

1 *Steinke*, Vor dem Gesetz sind nicht alle gleich (2022) 12.

2 *Liebknecht*, Rechtsstaat und Klassenjustiz, Gesammelte Reden und Schriften, Band 2 (1961) 17–42; *Steinke*, Gesetz 14, FN 6.

3 *Steinke*, Gesetz 14.

4 *Steinke*, Gesetz 57 ff.

Steinke auf gleich zwei Ungerechtigkeiten der deutschen Strafrechtsrealität hin, nämlich auf die ungleiche Anwendung der Strafverschärfung wegen gewerbsmäßiger Tatbegehung und der raschen Verhängung der Untersuchungshaft bei Armut und Obdachlosigkeit. Zum Hintergrund: Am 25.9.2018 betritt *Piotr S.* eine *Rewe*-Filiale in Berlin und steckt sechs Packungen Eis im Wert von 35,94 Euro unter seine Jacke. Die Strafe: Vier Monate Gefängnis, ohne Bewährung.⁵ Warum ist die Strafe so hoch, wo doch das Diebesgut verhältnismäßig klein ist? Erstens, weil *Piotr S.* aus Geldnot immer wieder rückfällig geworden ist. In der Vergangenheit wurde er bereits viermal bei kleinen Ladendiebstählen erwischt. Und zweitens, weil *Piotr S.* allein wegen seiner Mittellosigkeit strenger bestraft wird als ein deutscher Durchschnittsverdiener: Nach Ansicht der Richterin habe er fünf der sechs Eispackungen „verkaufen wollen, um sich von dem Erlös neue Betäubungsmittel zu kaufen“.⁶ Er habe den Diebstahl daher *gewerbsmäßig* begangen, weshalb der Strafrahmen drastisch erhöht ist.⁷ Dabei ist es egal, dass die zum Weiterverkauf gedachten Eispackungen objektiv betrachtet einen geringen Wert haben. Nach der gefestigten deutschen Rechtsprechung wird bei der Klärung der Frage, ob sich *Piotr S.* mit dem Eisdiebstahl eine Einkommensquelle erschließen wollte, einzig darauf abgestellt, inwieweit der Wert des Diebesguts bedeutsam für seinen Lebensunterhalt war.⁸ Das Gericht prüft das relativ zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen: Je reicher jemand ist, desto wertvoller muss das Diebesgut sein, damit ein Diebstahl als gewerbsmäßig gilt. Ein-e Deutsche-r mit einem durchschnittlichen Einkommen müsste für den gleichen Eisdiebstahl keine Strafverschärfung wegen Gewerbsmäßigkeit fürchten, weil der Wert von sechs Eispackungen in Relation zum Einkommen schlicht unbedeutend wäre.⁹ Das heißt: Gelänge es *Piotr S.* vor dem Berufungsgericht nachzuweisen, dass er Ersparnes besitzt und die Beute von 35,94 Euro aus seinem Eisdiebstahl gar nicht nötig hatte, dann könnte seine Strafe gemindert werden.¹⁰ Was wird hier so streng bestraft? Die Tat von *Piotr S.* oder seine Armut? Auch im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft ist der Fall von *Piotr S.* illustrativ. *Steinke* zeigt, dass deren Verhängung wesentlich mit der Einkommens- und Vermögenssituation mutmaßlicher Täter-innen zusammenhängt. Bei der Prüfung der Untersuchungshaft wegen Fluchtgefahr muss die Richterin grob abschätzen, wie die Chancen stehen, dass ein Beschuldigter untertauchen wird. Dabei kommen bestimmte Faustregeln zur Anwendung, die man unter dem Begriff der *sozialen Integration* zusammenfassen kann. Als fluchtbegünstigende Indikatoren gelten: Armut und Arbeitslosigkeit, das Fehlen eines festen Wohnsitzes, Sucht, zerrüttete Familienverhältnisse, aber auch fehlende Schulabschlüsse und aufrechte Sozialbeziehungen im Ausland.¹¹ Wer in Deutschland sozial wenig integriert

5 *Steinke*, Gesetz 57.

6 *Steinke*, Gesetz 58.

7 Im Zusammenhang mit dem Diebstahl vgl die §§ 242 und 243 dStGB.

8 *Steinke*, Gesetz 60.

9 *Steinke*, Gesetz 60.

10 *Steinke*, Gesetz 63.

11 *Steinke*, Gesetz 115 ff.

ist, kommt schneller ins Gefängnis. Das trifft insb auf Obdachlose und andere prekär lebende Menschen zu.¹² Jedenfalls genügt der Eisdiebstahl, dass *Piotr S.* in Untersuchungshaft gesteckt wird, denn laut Gericht ist er „ohne festen Wohnsitz [...], hat keinen Beruf erlernt und geht keiner beruflichen Tätigkeit nach“.¹³ Zum Vergleich: Wenn der ehemalige Präsident des FC Bayern München *Uli Hoeneß* 28,4 Millionen Euro an Steuern hinterzieht, wird gegen ihn zwar auch ein U-Haftbefehl wegen Fluchtgefahr erlassen, er muss diese jedoch nicht antreten. Neben seiner formidablen sozialen Integration helfen ihm dabei die vielen Millionen Euro, die er auf der Seite hat: Durch Leistung einer Kautions iHv fünf Millionen Euro kann er sich aus der Untersuchungshaft freikaufen.¹⁴ Theoretisch wäre das auch für *Piotr S.* möglich. Einzig: Ihm fehlt dazu das nötige Geld.

Der Fall des *Piotr S.* illustriert, wie es *Steinke* gelingt, größere Zusammenhänge mittels leicht begreiflicher Bsp sichtbar zu machen. Unterfüttert sind die Anekdoten mit zahlreichen Statistiken. Um bei der Untersuchungshaft zu bleiben: Mehr als ein Drittel aller U-Häftlinge sitzt wegen gewaltloser Taten wie Diebstahl oder Unterschlagung im Gefängnis.¹⁵ Insgesamt sind die Hälfte dieser Häftlinge obdachlos. 61 Prozent gehen keiner geregelten Arbeit nach.¹⁶ Der Fall von *Piotr S.* ist kein einzelner Härtefall, er ist typisch. Eine weitere Ungerechtigkeit, die *Steinke* offenlegt, betrifft die anwaltliche Vertretung von Reich und Arm: Vor deutschen Strafgerichten werden regelmäßig nur jene Angeklagten anwaltlich vertreten, die sich das problemlos leisten können. Prozesskostenhilfe für diejenigen, die dazu nicht imstande sind, wird nur in seltenen Fällen gewährt – zu meist nur dann, wenn der Vorwurf eines relativ schweren Verbrechens im Raum steht.¹⁷ Bei einem Bagatelldelikt wie dem des *Piotr S.* wird vom Staat üblicherweise kein-e Pflichtverteidiger-in bereitgestellt. Für die Unvertretenen hat das gravierende Folgen: 2016 konnte der Anwalt *Thomas Scherzberg* belegen, dass es vor dem Frankfurter Amtsgericht nur in absoluten Ausnahmefällen Freisprüche gibt, wenn kein-e Verteidiger-in am Prozess mitwirkt. Ist ein-e Verteidiger-in dabei, werden immerhin sieben Prozent der Angeklagten am Ende des Prozesses freigesprochen.¹⁸ Von mildereren Strafen ist hier noch nicht einmal die Rede. „Pflichtverteidiger für alle“, fordert *Steinke* daher.¹⁹

Gerade das ist eine Stärke des Buchs: *Steinke* bleibt nicht bei der Darstellung und Analyse von Ungerechtigkeiten, er stellt auch politische Forderungen. So fordert er, dass Bettler-innen von der Strafjustiz in Ruhe gelassen werden, Schwarzfahren als Straftatbestand gestrichen wird und Drogen entkriminalisiert werden müssen.²⁰ All diese Forderungen sind mE mehr

12 *Steinke*, Gesetz 120 ff.

13 *Steinke*, Gesetz 120, FN 13.

14 Wobei *freikaufen* hier das falsche Wort ist – die Kautions ist ja lediglich eine Leihgabe an den Staat, die man später wieder zurückbekommt. *Steinke*, Gesetz 126 ff.

15 *Steinke*, Gesetz 120.

16 *Steinke*, Gesetz 119.

17 *Steinke*, Gesetz 29; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht¹⁵ § 9 Rz 248 ff.

18 *Scherzberg*, Freispruch? Freispruch!, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen 41 (2016) 26.

19 *Steinke*, Gesetz 200.

20 *Steinke*, Gesetz 199 ff.

als plausibel. Denn bei allen geht es vorwiegend um die Entkriminalisierung armutsbedingter Bagatelldelinquenz.²¹ Gerade in diesem Bereich ist das Strafrecht fehl am Platz, zumindest wenn man davon ausgeht, dass es als *ultima-ratio*-Korrektiv straffällig gewordene Menschen wieder in richtige Bahnen lenken soll.²² *Fritz Bauer* sagte einst: „Das Gute im Menschen muß freigeschaufelt werden, es müssen ihm Bedingungen geschaffen werden, zu wachsen.“²³ Die Schaffung von menschenwürdigen Lebensbedingungen ist die Voraussetzung für eine Gesellschaft, in der die Begehung von kleinen Vermögensdelikten nicht mehr nötig ist. In anderen Worten: Sozialpolitik ist die beste Kriminalpolitik.²⁴ Auch wenn *Steinke* keine konkreten *sozialpolitischen* Forderungen stellt, ist das eine implizite Botschaft seines Buches. *Summa summarum* hat *Steinke* mit „Vor dem Gesetz sind nicht alle gleich“ ein außerordentlich erhellendes Buch vorgelegt. Leider gibt es keine so kompakte Analyse bestehender Ungerechtigkeiten für die österreichische Strafrechtswirklichkeit.²⁵ Somit sind österreichische Leser:innen auf nahezu jeder Seite vor die Frage gestellt: Wie ist das bei uns? Ist der Strafprozess hierzulande fairer, der Strafvollzug humaner? Gibt es auch bei uns vergleichbare Ungleichheiten vor Gericht, kann man auch unsere Justiz als „neue Klassenjustiz“ bezeichnen? Reflexartig wäre man geneigt zu meinen, dass in Österreich vieles besser läuft. Und tatsächlich: Der Fall von *Pjotr S.* wäre hierzulande teilweise anders gehandhabt worden. Sein Diebstahl von sechs Eispackungen wäre wohl nicht als gewerbsmäßiger Diebstahl eingestuft worden, weil das erbeutete Diebesgut nach der österreichischen Rechtslage „nach einer jährlichen Durchschnittsbetrachtung monatlich den Betrag von 400 Euro“ übersteigen muss, um als gewerbsmäßig zu gelten.²⁶ Doch auch in Österreich hätte *Pjotr S.* keine:n Verfahrenshilfsverteidiger:in zur Seite gestellt bekommen und wäre wahrscheinlich in Untersuchungshaft gelandet.²⁷ Dass ein breit aufgestelltes populär-wissenschaftliches Buch, wie es *Steinke* für Deutschland geliefert hat, hierzulande fehlt, kann als Auftrag verstanden werden: Auch der österreichische Justizapparat muss auf den Prüfstand gestellt werden. *Steinkes* Buch dient als großartiges Vorbild.

Mag. Lukas Emanuel Müller, BA, LL.M. (Leiden) ist Universitätsassistent am Institut für Strafrecht und Kriminologie an der Universität Wien; lukas.emmanuel.mueller@univie.ac.at

21 Den kleinen Drogendealer am Bahnhof bekommt die Polizei vielleicht zu fassen, den Großdealer bekommt sie jedoch nicht in die Finger, wie die Erfahrung zeigt. *Steinke*, Gesetz 178.

22 „Strafrecht ist Rechtsgüterschutz durch Einwirkung auf menschliches Verhalten. Sein Ziel ist es, bestimmte, in besonderer Weise sozialschädliche Verhaltensweisen zu verhindern und die Menschen zu richtigem Verhalten und richtigem Wollen anzuleiten“. S *Fuchs/Zerbes*, AT I¹ Rz 6/7.

23 *Bauer*, Die Humanität der Rechtsordnung – Ausgewählte Schriften (1998) 162.

24 *Bauer*, Das Verbrechen und die Gesellschaft (1957) 98; *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft (1929) 105.

25 Bestimmte Bücher gehen tw in die genannte Richtung, zB *Scheiber*, Mut zum Recht (2019) oder *Soyer/Stuefer*, Der Kampf um das Strafrecht (2020).

26 § 70 Abs 2 StGB; *Jerabek/Ropper* in WK-StGB² § 70 Rz 12 ff.

27 Dass auch Österreich nicht allzu viel Geld für die Verfahrenshilfsverteidigung in die Hand nehmen will, zeigen die strengen Voraussetzungen des § 61 Abs 2 StPO. Hinsichtlich U-Haft ist der Fall eines Rumänen, der wegen des Diebstahls einer Whiskyflasche vier Wochen lang in der Justizanstalt Wien-Josefstadt in U-Haft saß, illustrativ. S *ORF Wien*, Vier Wochen U-Haft für gestohlenen Whiskey, wien.orf.at 31.3.2015, <https://wien.orf.at/v2/news/stories/2702824/> (3.4.2022).

Migration & Staatsbürgerschaft

Lukas Tschemernjak

Rezension zu *Gerd Valchars, Rainer Bauböck*, Migration und Staatsbürgerschaft. Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 2021. 247 Seiten, broschiert, 19,- €, 978-3-7001-8886-5.

1. Ausgangslage: demokratisches Defizit

In Österreich klaffen Wohnbevölkerung und Wahlvolk auseinander: 15% der Erwachsenen sind nicht wahlberechtigt (163), in Wien ist es sogar fast jede*r Dritte.¹ Das hat zwei Gründe: Das Wahlrecht auf Bundes- und Landesebene ist nach der Verfassung den Staatsbürger*innen vorbehalten. Zugleich stellt Österreich für die Einbürgerung hohe Hürden auf. Diese Rechtslage erzeugt ein gravierendes demokratisches Defizit: Fremde, die sich in Österreich niedergelassen haben, können die sie betreffende Rechtsordnung nicht mitbestimmen. In „Migration & Staatsbürgerschaft“ werfen *Gerd Valchars* und *Rainer Bauböck* ein scharfes Licht auf diese demokratiepolitische Herausforderung. Sie untersuchen den Zusammenhang zwischen Migration, Staatsbürgerschaft und Wahlrecht mit Fokus auf die österreichische Situation, die sie in europäische und internationale Entwicklungen einbetten. Das 247-seitige Buch ist in sechs Kapitel gegliedert, die jeweils mit konkreten Reformvorschlägen der Autoren enden. Es markiert den Start der Buchreihe „Migration &“ der Österreichischen Akademie der Wissenschaften (ÖAW), die Migrationsforschung einem breiteren Publikum zugänglich machen und Migration mit benachbarten Feldern verknüpfen soll (11 f).

2. Lösungsvorschlag: der „citizenship stakeholder“

Die Staatsbürgerschaft wird traditionell bei Geburt erworben und das ganze Leben über beibehalten. Als sog globales Sortiersystem liefert sie heute immer weniger eindeutige Ergebnisse: „[Internationale Migration] erzeugt eine Bevölkerung von Nicht-Staatsbürger*innen im Inland und von Staatsbürger*innen im Ausland und damit eine Diskrepanz zwischen der Wohnbevölkerung der Staaten und ihren Staatsangehörigen“ (19). Wenn eine größer werdende Gruppe nicht am demokratischen Prozess beteiligt ist, wie lange kann eine Demokratie noch behaupten, legitim Herrschaft auszuüben? *Valchars/Bauböck* schlagen ein

1 *Stadt Wien*, Integrationsmonitor 2020, 2.6. Fehlendes Wahlrecht führt zu steigendem Demokratiedefizit, <https://www.wien.gv.at/spezial/integrationsmonitor2020/gleichstellung-und-partizipation/fehlendes-wahlrecht-fuehrt-zu-steigendem-demokratiedefizit/> (12.5.2022).

neues Konzept vor, wie Mitgliedschaftsrechte in einer Demokratie zugewiesen werden können: die Inklusion aller „citizenship stakeholders“² (40). Das sind Personen, die so stark an das Gemeinwesen³ gebunden sind, dass „ihre Interessen an individueller Autonomie und eigenem Wohlergehen von der kollektiven Autonomie und dem Gemeinwohl abhängen“ (46 f). Konsequenz verwirklicht hätte das Inklusionsprinzip gravierende Folgen für das Staatsbürgerschaftsrecht: Nicht nur hätten Immigrant*innen einen Anspruch auf Einbürgerung, sobald sie sich dauerhaft niedergelassen haben; Emigrant*innen blieben ihrerseits nur dann Teil des Staatsvolks, wenn sie auch im Ausland ihrem Herkunftsstaat verbunden sind (41). Die Staatsbürgerschaft könnte so mehr Kongruenz zwischen Wohnbevölkerung und Staatsvolk erreichen.

3. Streifzug durch das Staatsbürgerschaftsrecht

Nachdem die Leser*innen das Inklusionsprinzip kennengelernt haben, führt sie das Werk durch verschiedene Facetten des österreichischen Staatsbürgerschaftsrechts. In den Kapiteln 2 und 3 geht es um die Frage, wie die Staatsbürgerschaft erworben und verloren wird. Die Autoren kommen zum Schluss, dass Österreich die Einbürgerungshürden im internationalen Vergleich sehr hoch anlegt (69). Besonders schwer zu überwinden sind die lange Aufenthaltsdauer von 10 Jahren, Deutschkenntnisse auf hohem Niveau und zwei finanzielle Hürden: das Mindesteinkommen, das vor allem Frauen oft nur schwer erreichen, und die Einbürgerungsgebühren, die mehrere Tausend Euro ausmachen. Die Reformvorschläge der Autoren betreffen zunächst punktuelle Lockerungen, etwa bei der Aufenthaltsdauer oder beim Einkommen. Zum Teil fordern sie aber auch größere Systemänderungen, so zB ein bedingtes *ius soli*: Kinder sollen die österreichische Staatsbürgerschaft per Geburt erhalten, wenn sie im Inland geboren sind und sich ihre Eltern schon eine gewisse Zeit in Österreich rechtmäßig aufgehalten haben (88 ff). Die Reformvorschläge zum Staatsbürgerschaftsverlust machen wiederum das Konzept des „citizenship stakeholder“ fruchtbar: Die Staatsbürgerschaft ist ein dauerhaftes Verhältnis zwischen Staat und Individuum, das nur gekappt werden sollte, wenn die Person eben kein „stakeholder“ mehr ist (118). Dass jemand eine fremde Staatsangehörigkeit erwirbt, dürfe nicht automatisch zum Verlust der Staatsbürgerschaft führen; vielmehr solle die Behörde den Staatsbürgerschaftsverlust stets im Einzelfall prüfen.

Das vierte Kapitel widmet sich dem Phänomen der Mehrfachstaatsbürgerschaften, die immer mehr Staaten tolerieren (125). Auch hier schert Österreich aus: Nach allgemeiner Auffassung versucht das StbG, Mehrfachstaatsbürgerschaften zu vermeiden.⁴ *Valchars/*

2 Zum Begriff und zur Kritik daran s *Bauböck*, Democratic Inclusion. Rainer Bauböck in *Dialogue* (2018).

3 Mit dem Begriff Gemeinwesen meinen die Autoren neben souveränen Staaten auch andere Gebietskörperschaften: Gemeinden, Gliedstaaten und überstaatliche Gemeinschaften wie die EU (29).

4 Statt vieler *Eberwein/Pfleger* in *Plunger/Esztegar/Eberwein*, StbG (2017) § 2 Rz 4; *Thienel*, Österreichische Staatsbürgerschaft Band II, Verfassungsrechtliche Grundlagen und materielles Staatsbürgerschaftsrecht (1990) 126 f.

Bauböck zeigen, dass Österreich diese Wertung nicht immer verfolgt. Wer durch Geburt Österreicherin geworden ist, kann per Geburt auch eine zweite Staatsangehörigkeit erwerben und behalten. Eine Migrantin kann die österreichische Staatsbürgerschaft hingegen nur erwerben, wenn sie ihre bisherige Staatsangehörigkeit ablegt. Diese Rechtslage qualifizieren die Autoren als widersprüchlich (147) und „anachronistisch“ (153). Internationale Migration hinterlässt auch im Wahlrecht seine Spuren. Wie die Autoren im fünften Kapitel feststellen, war das Wahlrecht ursprünglich sowohl an die Staatsbürgerschaft als auch an den Wohnsitz gekoppelt. Diese Bindung wurde in den letzten Jahren gelockert: Österreicher*innen können per Briefwahl ihre politischen Rechte auch im Ausland ausüben (168 ff). Unionsbürger*innen sind mittlerweile zwar auf Gemeinde- und Unionsebene wahlberechtigt; im Übrigen bleiben Nichtstaatsbürger*innen aber vom Wahlrecht ausgeschlossen. *Valchars/Bauböck* fordern einerseits ein Wahlrecht für alle Drittstaatsangehörigen, zunächst auf kommunaler Ebene. Andererseits sollen jene Auslandsösterreicher*innen, die zu wenig an Österreich gebunden sind, nicht mehr ohne weiteres in Österreich wählen dürfen (198 ff). Das sechste Kapitel rekapituliert die österreichischen Regeln zu Staatsbürgerschaft und Wahlrecht und vergleicht sie mit den Standards anderer europäischer Staaten. Am Ende fassen die Autoren schließlich die zentralen Thesen des Buches zusammen.

4. Fazit

Gerd Valchars und *Rainer Bauböck* gelingen mit diesem Buch mehrere Balanceakte: Zunächst bieten sie sowohl dem akademischen als auch dem sonstigen Publikum eine kurzweilige Lektüre. Die Zusammenhänge sind nachvollziehbar dargestellt und dennoch nicht simplifiziert; ausgesprochen hilfreich sind zudem die zahlreichen verständlichen Grafiken. Ganz dem Anspruch der Buchreihe entsprechend schafft das Werk einen „Anreiz für vertiefende Auseinandersetzung“ (12). Zudem ist beachtlich, mit welcher Selbstverständlichkeit die Autoren Ergebnisse verschiedener Disziplinen verarbeiten, ohne eine dabei verkürzt darzustellen. Schließlich sind die Reformoptionen am Ende eines Kapitels klug austariert und schlagen dem Gesetzgeber verschieden weitgehende Lösungen vor. In ihrer Schlussbemerkung warnen die Autoren davor, die Debatte um das Staatsbürgerschaftsrecht nur auf das Thema Integration zu beschränken; es gehe um die grundlegende Frage, ob unser Demokratieverständnis „dem Wandel Österreichs zur Migrationsgesellschaft hinterherhinkt“ (226). Wer darf nun Mitglied eines Gemeinwesens sein und wer darf mitbestimmen? Eine Demokratie übt dann legitim Herrschaft aus, wenn die Kriterien dafür ausreichend inklusiv sind. Wie das Buch eindrucksvoll zeigt, erfüllt Österreich diese Voraussetzungen nicht. Mit ihrer rundum schlüssigen und lesenswerten Monografie bieten die Autoren genug Ideen für Reformen. Zu hoffen bleibt, dass auch der Gesetzgeber diese zur Kenntnis nimmt und beherzigt.

Über der Schmerzgrenze

Dienstverhinderung und Entgeltfortzahlung bei Menstruationsbeschwerden

Sarah Rath / Peter C. Schöffmann

1. Einleitung

Der spanische Ministerrat verabschiedete im Mai 2022 einen Gesetzesentwurf, der eine Dienstfreistellung bei menstruationsbedingten Beschwerden vorsieht. In den Medien ist häufig vom „Menstruationsurlaub“ die Rede.¹ Um Erholung geht es freilich nicht: Es besteht kein allgemeiner Anspruch auf Dienstfreistellung bei Menstruation, sondern nur soweit damit Beschwerden verbunden sind, die eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge haben. Hintergrund ist ein Defizit der spanischen Regeln zur Entgeltfortzahlung (EFZ): Arbeitnehmer:innen (AN) erhalten EFZ von ihren Arbeitgeber:innen (AG) erst ab dem vierten Tag der Dienstverhinderung. Nach 15 weiteren Tagen steht dann Einkommensersatz aus der Krankenversicherung zu. Sowohl AG als auch Krankenversicherung ersetzen das entfallene Entgelt aber nur teilweise; nämlich zu 60 % und ab dem 21. Tag zu 75 %.² Da Menstruationsbeschwerden regelmäßig nicht mehr als drei Tage an der Arbeit hindern, führt die derzeitige Rechtslage in Spanien dazu, dass für diese Dienstverhinderung häufig überhaupt keine EFZ gebührt. Der Entgeltausfall in den ersten drei Tagen soll nun zumindest teilweise durch die Krankenversicherung ausgeglichen werden.

2. Entgeltfortzahlungsanspruch

Das österreichische Arbeitsrecht bietet hingegen auch bei kurzer Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit erheblich mehr Schutz: EFZ steht bereits ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit zu.³ Innerhalb eines Arbeitsjahres zahlen AG das Entgelt für zumindest sechs Wochen in voller und vier Wochen in halber Höhe fort (etwa § 2 Abs 1 und 4 EFZG⁴). Zudem wird die EFZ durch das Krankengeld aus der Sozialversicherung ergänzt (§§ 138 ff ASVG⁵). Anspruchsentscheidend ist (ua), ob AN „durch Krankheit [...] an der Leistung [ihrer] Dienste“ verhindert sind (etwa § 8 Abs 1 AngG⁶). Die „Krankheit“ ist

1 S zB *Dinnewitzer/Mayrhofer*, Spanien gibt Frauen „Menstruationsurlaub“, Die Presse 18.5.2022, 4.

2 Europäische Kommission, Ihre Rechte der sozialen Sicherheit in Spanien 21, ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=13775&langId=de (30.6.2022).

3 Eine derartige Regelung, wie sie nun in Spanien umgesetzt werden soll, wäre daher lediglich für freie Dienstnehmer:innen von Bedeutung, da das Krankengeld erst ab dem vierten Tag der Arbeitsunfähigkeit zusteht und freie Dienstnehmer:innen keine EFZ erhalten.

4 Entgeltfortzahlungsgesetz BGBl 1974/399 idF BGBl I 2018/100.

5 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz BGBl 1955/189 idF BGBl I 2022/93.

6 Angestelltengesetz BGBl 1921/292 idF BGBl I 2019/74.

im Arbeitsrecht nicht definiert und orientiert sich an § 120 Z 1 ASVG: Es geht um einen „regelwidrigen Körper- oder Geisteszustand“.⁷ Die Menstruation selbst berechtigt daher nicht zur EFZ, weil sie mangels Regelwidrigkeit keine Krankheit ist.⁸

Nur im TheaterarbeitsG⁹ kennt das österreichische Recht einen solchen Anspruch: Bereits das SchauspielerG¹⁰ von 1922 sah in § 11 Abs 2 eine EFZ bei „in der weiblichen Natur begründeten regelmäßigen Störungen“ vor. Die Bestimmung wurde inhaltlich ident, aber sprachlich überarbeitet in § 9 Abs 2 TheaterarbeitsG übernommen. Nach den Mat werden „menstruationsbedingte“ Hinderungsgründe erfasst, welche die Arbeitsleistung beeinträchtigen, ohne dass eine Krankheit vorliegt; etwa hormonell bedingte¹¹ Stimmveränderungen bei Sänger:innen.¹² Im übrigen Arbeitsrecht können nur die mit der Menstruation verbundenen Beschwerden erfasst sein. Da die einschlägigen Bestimmungen nur auf „Krankheit“ abstellen, umfassen sie neben Menstruationsbeschwerden genauso prämenstruelle oder andere Beschwerden, die während der Menstruation besonders hervortreten (etwa bei Endometriose). Entscheidend ist letztlich, ob eine Arbeitsunfähigkeit eintritt.

Die Anwendung des allgemeinen EFZ-Tatbestandes hat Vorteile: AN sind lediglich verpflichtet, die Arbeitsunfähigkeit zu melden und auf Verlangen der AG durch ärztliche Bestätigung nachzuweisen. Der Grund der Arbeitsunfähigkeit muss weder in Meldung noch Nachweis offengelegt werden. Ein eigener Freistellungsanspruch hätte regelmäßig den Nachteil, dass sich die AN ausdrücklich auf ihn berufen und so den Hinderungsgrund offenlegen müssten. Zudem ist die EFZ nur ausgeschlossen, wenn der Hinderungsgrund zumindest grob fahrlässig herbeigeführt wurde. Vergleichbares gilt auch während des Krankenstandes: Die Genesung darf nicht sorgfaltswidrig vereitelt werden. Daraus kann aber keine Pflicht der AN abgeleitet werden, die Arbeitsunfähigkeit etwa durch die Einnahme von Schmerzmitteln oder die Wahl eines bestimmten Verhütungsmittels zu beeinflussen: Zunächst wird die Arbeitsfähigkeit innerhalb weniger Tage auch ohne Behandlung wiederhergestellt sein. Zudem geht es zumindest teilweise um bloße Symptombehandlung und gerade mit der Verhütung ist ein Bereich der höchstpersönlichen Lebensführung betroffen, der nicht mit AG-Interessen abgewogen werden kann.

3. Gleichbehandlungsrechtliche Aspekte

Aufgrund des häufigen Fernbleibens vom Arbeitsplatz wegen Menstruationsbeschwerden können Nachteile drohen. Kündigungen von AN sind nicht nur *während* des Kran-

7 Im Sozialversicherungsrecht wird zudem die Behandlungsbedürftigkeit und -möglichkeit vorausgesetzt, die für den arbeitsrechtlichen EFZ-Anspruch unerheblich sind (*Pfeil* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB VII⁵ [2021] § 1154b Rz 5).

8 Vgl damit die hA zur (komplifikationsfreien) Schwangerschaft und Entbindung (*Melzer* in *Löschnigg/Melzer*, AngG I¹¹ [2021] § 8 Rz 98 f).

9 Theaterarbeitsgesetz BGBl I 2010/100 idF BGBl II 2014/59.

10 Schauspielergesetz BGBl 1922/441 idF BGBl I 2010/100.

11 *Scherff*, TheaterarbeitsG (2014) 24.

12 ErlRV 936 BlgNR 24. GP 9.

kenstandes zulässig, sondern gerade auch *wegen* (häufiger) Krankenstände. Das Gesetz schützt nur die EFZ (vgl § 5 EFZG), nicht aber den Bestand des Arbeitsvertrages.

Hier greift aber der Schutz des GIBG¹³: Das geschützte Merkmal „Geschlecht“ umfasst Menstruationsbeschwerden nicht ausdrücklich, der EuGH rechnet aber geschlechtsspezifische Merkmale (etwa Schwangerschaft)¹⁴ ebenfalls diesem Merkmal zu. Das kann uE auf die Menstruation übertragen werden. Damit untersteht jedes unmittelbare oder mittelbare Abstellen auf die Menstruation dem Diskriminierungsschutz aufgrund des Geschlechts: Der Anfechtungsschutz des GIBG besteht nicht nur bei Kündigungen, die ausdrücklich auf die Menstruation abstellen, sondern auch dann, wenn allgemein wegen Fehlzeiten gekündigt wird, diese aber die Folge häufiger Menstruationsbeschwerden sind (§ 12 Abs 7 GIBG). Zudem besteht Kündigungsschutz auch bei (offenbar nicht unbeachtlicher) Geltendmachung des Verhinderungs- und EFZ-Anspruchs nach § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG¹⁵.

Regelmäßige Menstruationsbeschwerden können den Behinderungsbegriff (§ 3 BEinstG¹⁶) erfüllen: Auch hier wird auf eine nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung abgestellt; was etwa bei regelmäßig wiederkehrenden außergewöhnlichen Schmerzen erfüllt ist. Eine „Behinderung“ setzt zudem ein „Stigmatisierungspotential“ voraus, das die Teilhabe am Arbeitsleben erschweren kann.¹⁷ Im Zusammenhang mit Menstruationsbeschwerden ist das Stigma wohl evident.¹⁸ Selbst wenn keine begünstigte Behinderung¹⁹ vorliegt und der besondere Kündigungsschutz (§ 8 BEinstG) nicht gilt, können sich AN auf den antidiskriminierungsrechtlichen Kündigungsschutz des BEinstG berufen (§§ 7b Abs 1 Z 7 iVm 7f Abs 1 BEinstG).

Sarah Rath, LL.M. (WU) ist Universitätsassistentin am Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien; sarah.rath@wu.ac.at

Mag. Peter C. Schöffmann ist Universitätsassistent am Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien; peter.schoeffmann@wu.ac.at

13 Gleichbehandlungsgesetz BGBl I 2004/66 idF BGBl I 2020/16.

14 EuGH 8.11.1990, C-177/88, *Dekker*, ECLI:EU:C:1990:383, Rn 10.

15 Arbeitsverfassungsgesetz BGBl 1974/22 idF BGBl I 2021/61.

16 Behinderteneinstellungsgesetz BGBl 1970/22 idF BGBl I 2021/78.

17 Dazu ausführlich *Auer-Mayer* in *Widy*, BEinstG⁹ (2022) § 3 Rz 9 ff.

18 Im Übrigen wird auch die Endometriose in der EinschätzungV (BGBl II 2010/261 idF BGBl II 2012/251) als Behinderung (mit einem Grad von 10-30 %) anerkannt (Punkt 08.03.03).

19 Diese liegt ab einem Grad der Behinderung von mindest 50 % vor (§ 2 Abs 1 BEinstG).

Die Berichterstattung über den Terroranschlag in Wien aus ethischer Sicht

Negativrekord an Beschwerden beim Presserat

Alexander Warzilek

1. Beschwerdeflut und zentrale Kritik

Nach dem Terroranschlag in Wien am 2.11.2020 gingen knapp 1.500 Beschwerden beim Presserat ein – das ist ein absoluter Negativrekord. Der zuständige Beschwerdesenat 2 der Selbstkontrollenrichtung¹ hielt eine Sondersitzung ab und tagte über sechs Stunden, um die Beschwerden aufzuarbeiten. In einer weiteren Sitzung wurden schließlich mehrere Ethikverstöße von verschiedenen Zeitungen und deren Online-Seiten festgestellt, bei denen es in erster Linie um Bildmaterial zum Terroranschlag ging. Die gravierendsten Ethikverstöße betrafen zwei Videos, die auf „krone.at“ bzw von der Mediengruppe „Österreich“ gezeigt wurden: Auf dem einen Video war die Erschießung einer Frau zu sehen, auf dem anderen, wie ein Polizist am Schwedenplatz nach einem Treffer schwer verletzt zu Boden geht.

2. Allgemeines zur Terrorberichterstattung

Der Senat 2 des Presserats hielt in seinen Entscheidungen² fest, dass eine Terrorattacke im eigenen Land eine Ausnahmesituation und für die Medien herausfordernd sei, insb wenn sie noch im Gange ist bzw sein könnte. Es sei die Aufgabe der Medien, die Allgemeinheit über die Ereignisse ausführlich und rasch zu informieren. Das öffentliche Interesse an der Terrorberichterstattung sei entsprechend groß (Punkt 10 des Ehrenkodex³). Das Informationsinteresse der Öffentlichkeit beziehe sich dabei auch auf die Bildberichterstattung: Bilder können auf eindrucksvolle Weise das Ausmaß eines Anschlags und das damit verbundene Leid vermitteln, so der Senat. Den Betrachter_innen könne dadurch die ganze Dimension des Anschlags verdeutlicht werden. Entscheidend sei jedoch, wel-

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); *Warzilek*, Dürfen Medien Chatprotokolle von Politiker*innen veröffentlichen? *juridikum* 2022, 18.

2 Presserat 26.1.2021, 2020/293 und 2020/295 (MR 2021, 333 ff); 15.12.2020, 2020/301, 2020/302, 2020/306, 2020/309 sowie 2020/S008-II (abrufbar unter www.presserat.at, Entschiedene Fälle 2021).

3 Abrufbar unter https://presserat.at/show_content.php?hid=2 (10.4.2022).

ches Bildmaterial für die Berichterstattung verwendet und wie es aufbereitet werde. Gerade in Hinblick auf brutale bzw verstörende Bilder sei es aus medienethischer Sicht wichtig, dass Journalist_innen die Filterfunktion der Medien ernst nehmen. Einschränkungen ergeben sich insb aus dem Persönlichkeitsschutz und dem Interesse der Allgemeinheit, vor Gefahren geschützt zu werden, die noch von dem Attentäter oder den Terroristen ausgehen (könnten).

Außerdem setzen Terroristen nach Meinung des Senats bewusst auf die Massenverbreitung von brutalen Szenen, und zwar sowohl durch soziale als auch durch klassische Medien. Videos einer Terrorattacke, in denen exzessive Gewalt zu sehen ist, sollen zum einen Angst und Schrecken in der Bevölkerung bewirken, zum anderen aber auch den Fanatismus der eigenen Anhänger_innen stärken. Insofern sollten die Medien nach Auffassung des Senats darauf achten, sich nicht von den Terroristen instrumentalisieren zu lassen.⁴

3. Die Veröffentlichung von Videos, die die brutale Gewalt des Terroristen zeigen

In Bezug auf das Video, das die Tötung einer Frau zeigt, hob der Senat hervor, dass ein verstorbene Opfer eines Terroranschlags prinzipiell weiterhin Anspruch auf Persönlichkeitsschutz habe.⁵

Der Moment des Todes zähle zum Bereich der Intimsphäre. Als Opfer eines Gewaltverbrechens sei die ermordete Frau besonders schutzwürdig (Punkt 5.4 des Ehrenkodex). Neben der Intimsphäre tangiere die Erschießung auch die Würde der Frau. Die Senate des Presserats haben bereits mehrfach festgestellt, dass die Veröffentlichung von derartigem Bild- und Videomaterial eine grobe Missachtung der Menschenwürde und des Opferschutzes darstelle.⁶

Darüber hinaus betonte der Senat, dass die Medien in der Terrorberichterstattung auch Rücksicht auf die Trauerarbeit und das Pietätsgefühl der Angehörigen der Verstorbenen nehmen müssen. Die Veröffentlichung von brutalem und reißerischem Bildmaterial könne die Trauerarbeit der Angehörigen erschweren – und dies gelte insb bei einem so traumatischen Ereignis wie dem Verlust einer nahestehenden und geliebten Person durch einen Terroranschlag.⁷

Schließlich konnte der Senat im konkreten Fall auch kein legitimes Informationsinteresse erkennen, das die Veröffentlichung des Videos rechtfertige. Seiner Meinung nach wog der Eingriff in die Persönlichkeitssphäre der Ermordeten und ihrer Angehörigen deutlich schwerer als ein etwaiges Informationsinteresse: Die Dimension des Terroranschlags und die brutale und rücksichtslose Vorgangsweise des Attentäters hätte den User_innen

4 Vgl hierzu auch den Brief des Senats 2 vom 29.6.2021, 2021/251.

5 Presserat 26.1.2021, 2020/293, 5 und 2020/295, 4; zum postmortalen Persönlichkeitsschutz s auch Presserat 15.12.2020, 2020/254; 10.9.2021, 2021/336; 14.9.2021, 2021/304; 3.11.2021, 2021/415.

6 S dazu auch Presserat 8.1.2019, 2018/269; 8.1.2020, 2019/S006-I und zuletzt 27.10.2020, 2020/S006-II.

7 Presserat 26.1.2021, 2020/293, 6 und 2020/295, 6; s in diesem Zusammenhang auch Presserat 16.10.2020, 2020/192.

durchaus auch ohne die Veröffentlichung des Videos vermittelt werden können. Die beiden Medien hätten sich (wie übrigens die ganz überwiegende Mehrheit der anderen österreichischen Medien) darauf beschränken können, über die kaltblütige Vorgehensweise des Attentäters sowie die Echtheit und die problematische Verbreitung des Videos in den sozialen Medien in Worten zu informieren.

Nach Ansicht des Senats diene die Veröffentlichung vor allem der Befriedigung des Voyeurismus und der Sensationsinteressen gewisser User_innen (Punkt 10.3 des Ehrenkodex). Beide Medien seien somit ihrer Filterfunktion nicht gerecht geworden. Im Ergebnis bewertete der Senat die Veröffentlichung des Videos als schweren Verstoß gegen die Punkte 5 und 6 des Ehrenkodex (Persönlichkeitsschutz und Schutz der Intimsphäre).⁸ Der Senat beanstandete auch die Veröffentlichung eines zweiten Videos, in dem ein Polizist vom Attentäter angeschossen wird und schwer verletzt zu Boden geht. Auch hier seien die Persönlichkeitsinteressen des Abgebildeten entsprechend stark ausgeprägt und zu schützen. Der Senat merkte allerdings auch an, dass Polizist_innen in Ausübung ihrer Dienstpflicht grundsätzlich weniger Persönlichkeitsschutz als Privatpersonen genießen. In diesem Sinne sei es in der Vergangenheit als ausnahmsweise gerechtfertigt angesehen worden, Fotos unmittelbar vor der Erschießung eines Polizisten bei einem Terroranschlag in Paris zu veröffentlichen.⁹

Trotzdem stufte der Senat die Veröffentlichung des vorliegenden Videos als ethisch bedenklich ein: Der wesentliche Unterschied zu den zuvor erwähnten Fällen liege darin, dass hier die Schussattacke in bewegten Bildern und in allen Einzelheiten dargestellt werde. Dies stehe auch in Einklang mit jener Entscheidung des Senats 1 des Presserats, wonach bei einem Video, in dem die Erschießung eines Polizisten in Mexiko gezeigt wird, die medienethischen Grenzen überschritten worden seien.¹⁰

Vor diesem Hintergrund qualifizierte der Senat 2 das Video, in dem ein Polizist am Schwedenplatz angeschossen wird, ebenfalls als Verstoß gegen die Punkte 5 und 6 des Ehrenkodex (ohne diesen als schwerwiegend zu qualifizieren).¹¹

4. Anmerkung

Die Berichterstattung über das Terrorattentat in Wien führte zu einer intensiven öffentlichen Diskussion über medienethische Fragen. Kurzfristig kam es sogar zu einem Werbeboykott gegenüber „krone.at“ sowie „oe24.at“.¹² Die zahlreichen Beschwerden bele-

⁸ Presserat 26.1.2021, 2020/293, 7 und 2020/295, 6.

⁹ Presserat 26.1.2021, 2020/293, 7 und 2020/295, 7; s in diesem Zusammenhang auch Presserat 13.1.2015, 2015/02 und 2015/11 in Bezug auf den Terroranschlag auf die Satirezeitschrift Charlie Hebdo in Paris am 7.1.2015.

¹⁰ Presserat 8.1.2020, 2019/S006-I.

¹¹ Presserat 26.1.2021, 2020/293, 7 und 2020/295, 7.

¹² Setwa NN, „Österreich“ und „Krone“: Werbeboykott einiger Firmen, orf.at 3.11.2020, <https://orf.at/stories/3187819/> (3.5.2022); NN, Nach Terror-Berichterstattung: Billa, Spar, Hofer und weitere Marken stoppen Werbung auf oe24.at, teils auch auf krone.at, derstandard.at 3.11.2020, <https://www.derstandard.at/story/2000121396545> (3.5.2022).

gen, dass die Österreicher_innen mit der Selbstkontrolle des Presserats durchaus vertraut sind.¹³

Der Presserat hat sich bereits am Abend des Terroranschlags in den sozialen Medien in allgemeiner Art geäußert und die Medien zur Zurückhaltung ermahnt und auf den Persönlichkeitsschutz der Opfer hingewiesen. Einer der Tweets des Presserats erreichte 134.000 Views. Daraus lässt sich schließen, dass gerade in derart unübersichtlichen Situationen die Stimme von anerkannten und seriösen Institutionen wie dem Presserat wichtig ist und auch entsprechend von der Öffentlichkeit wahrgenommen wird.

Für Terroropfer oder ihre Angehörige ist es aus nachvollziehbaren Gründen oftmals eine zu große Belastung, wegen etwaiger Persönlichkeitsverletzungen gegen die Medien gerichtlich vorzugehen. Vor diesem Hintergrund ist den ethischen Entscheidungen des Presserats noch mehr Gewicht beizumessen.

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

13 2020 befassten sich die drei Senate des Presserats mit 418 Fällen, 2021 dagegen mit 647 (s https://presserat.at/show_content.php?hid=1).

Ein Update für den Schengen-Besitzstand

Katharina Arnreither / Julia Kreuzhuber

1. Status quo

Der Schengen-Raum gilt als eine der größten historischen Errungenschaften der europäischen Integration, doch Phänomene wie latente Terrorismusgefahr, Schlepperkriminalität, COVID-19-Pandemie und irreguläre Migration bringen diesen zunehmend in Bedrängnis. Vor allem die „Migrationskrise 2015“ markierte einen Wendepunkt. Seither sind sowohl die Anzahl als auch die Dauer der Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen signifikant gestiegen, woraus immer wieder eine Fehlfunktion von Schengen erschlossen wird.¹ Eine Rückkehr zur Schengen-Normalität, die eine grundsätzliche Abwesenheit von Binnengrenzkontrollen bedeutet, ist bis dato nicht erfolgt. Nachdem eine Aktualisierung des Schengener Grenzkodex (SGK) im Jahr 2017 gescheitert ist,² versucht die Kommission einen neuen Anlauf. Am 14. Dezember 2021 wurden zwei VO-Vorschläge³, in denen die jüngsten Ereignisse Berücksichtigung finden sollen, präsentiert. Das erklärte Ziel ist, gemeinsam mit dem Asyl- und Migrationspakt⁴ ein kohärentes Regelungsnetzwerk der europäischen Innenpolitik zu schaffen. Der folgende Beitrag untersucht die geplanten Änderungen der VO-Vorschläge und widmet sich den zentralen Problemfeldern.

2. Brennpunkt Außengrenzen und (Instrumentalisierung von) Migration

Eine effektive Grenzüberwachung an den Außengrenzen dient dazu, den geordneten Grenzübertritt zu ermöglichen und somit Bedrohungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit abzuwehren sowie die innerunionale Freizügigkeit sicherzustellen. Mitgliedstaaten mit Außengrenzen haben somit eine doppelte Verantwortung.⁵ Diese stoßen

1 Vgl. Gülzau, A “New Normal” for the Schengen Area. When, Where and Why Member States Reintroduce Temporary Border Controls? *Journal of Borderlands Studies*, 17.11.2021.

2 Vorschlag für eine VO des EP und des Rates zur Änderung der VO (EU) 2016/399 in Bezug auf die Vorschriften über die vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen, COM(2017) 571 final.

3 Vorschlag für eine VO des EP und des Rates zur Änderung der VO (EU) 2016/399 über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen, COM(2021) 891 final (in Folge: SGK-VO-Vorschlag); Vorschlag für eine VO des EP und des Rates zur Bewältigung von Situationen der Instrumentalisierung im Bereich Migration und Asyl, COM(2021) 890 final (in Folge: Instrumentalisierungs-VO-Vorschlag).

4 Asyl- und Migrationsmanagement-VO, COM(2020) 610 final; Screening-VO, COM(2020) 612 final; Geänderte AsylverfahrensVO, COM(2020) 611 final; Geänderte Eurodac-VO, COM(2020) 614 final; KrisenVO, COM(2020) 613 final, und weitere Leitlinien und Empfehlungen.

5 Vgl. SGK-VO-Vorschlag, 4.

durch den ungebrochenen Zustrom von asylsuchenden Drittstaatsangehörigen allerdings an ihre Kapazitätsgrenzen (überfüllte Auffangzentren, unzureichende Unterbringungsbedingungen, personelle Engpässe in der medizinischen Versorgung und bei den Behörden, etc)⁶ und der dadurch bedingte unzureichende Außengrenzschutz führt in weiterer Folge auch zu Zerwürfnissen unter den Mitgliedstaaten. Migration wird daher auch von Drittstaaten als politisches, wirtschaftliches oder militärisches Druckmittel eingesetzt, um eine (weitere) Destabilisierung innerhalb der EU herbeizuführen. Dabei wird auch von „hybrider Kriegsführung“ und „Migration als Waffe“ gesprochen.⁷ Die Instrumentalisierung von Migration ist ein bekanntes Phänomen,⁸ die Situation an der polnisch-belarussischen Grenze veranlasste die Kommission nun, ein dauerhaftes Instrumentarium für solche Fälle zu implementieren. Liegt eine Instrumentalisierung vor, gehen damit wesentliche Verschärfungen im Asylverfahren⁹ und Grenzmanagement¹⁰ einher, weshalb dem Begriffsverständnis der „Instrumentalisierung“ große Bedeutung zukommt. Unter Instrumentalisierung von Migration wird nach dem SGK-VO-Vorschlag jene Situation verstanden, in der ein Drittstaat Reisen von Drittstaatsangehörigen an die Außengrenze aktiv fördert oder erleichtert, mit der Absicht, den betreffenden Mitgliedstaat dadurch zu destabilisieren.¹¹ Der Begriff ist sehr weit gefasst, vor allem fehlt es im Hinblick auf die unterschiedlichen Erscheinungsformen¹² an der Konkretisierung der „Absicht“, der involvierten Akteur*innen¹³ als auch einer Konkretisierung deren Handlungen.¹⁴ Zu befürchten ist, dass dieser Begriff bewusst offengelassen wird, um den Anwendungsbereich weitzuhalten.

3. Sorgenkind Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen

Die Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen, welche in den letzten Jahren von einem Ausnahme- zu einem Dauerzustand geworden ist,¹⁵ hat die Gewährung der inner-

6 Beispielfhaft sei Griechenland genannt, vgl *Sachverständigenrat für Integration und Migration* (Hrsg), „No more Morias“? Die Hotspots auf den griechischen Inseln: Entstehung, Herausforderungen und Perspektiven, SVR-Policy Brief 2021-1, 15.

7 Vgl EP, Entschließung des EP v 17.2.2022 zur Umsetzung der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik – Jahresbericht 2021, 2021/2183(INI) Rn 40.

8 Vgl *Hasselmann*, Die Instrumentalisierung von Flüchtlingen hat eine lange Geschichte, Mediendienst Integration 22.11.2021, <https://mediendienst-integration.de/artikel/die-instrumentalisierung-von-fluechtlingen-hat-eine-lange-geschichte.html> (30.6.2022).

9 S Instrumentalisierungs-VO-Vorschlag: Notverfahren für das Migrations- und Asylmanagement (Art 2), Einschränkung der gewährten materiellen Leistungen (Art 3), Notverfahren für das Rückkehrmanagement (Art 4).

10 S SGK-VO-Vorschlag: Einschränkung der Zahl oder Öffnungszeiten von Grenzübergangsstellen (Art 5 Abs 4); Intensivierung der Grenzüberwachung (Art 13 Abs 5).

11 Vgl Art 2 Z 27 SGK-VO-Vorschlag.

12 Vgl *Greenhill*, Strategic Engineered Migration as a Weapon of War, *Civil Wars* 2008, 6.

13 Auch nichtstaatliche Akteur*innen sollen erfasst sein, vgl *Rat*, Vorschlag für eine VO des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der VO (EU) 2016/399 über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen – Allgemeine Ausrichtung, ST 9937 2022 INIT.

14 Vgl *ECRE*, Comments on the Commission proposal for a Regulation amending Regulation (EU)2016/399 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders COM(2021) 891, 6.

15 S auch *Gschwindt*, Grenzenloses Europa in Zeiten von Corona. Fällt Schengen dem Virus zum Opfer? *juridikum* 2021, 300.

unionalen Freizügigkeit ins Wanken gebracht. Die Überarbeitung des SGK soll die Wiedereinführung von Grenzkontrollen als *ultima ratio* in den Vordergrund rücken und einen Koordinationsrahmen, insb durch die Einführung eines speziellen Mechanismus in Fällen, in denen die Mehrheit der Mitgliedstaaten betroffen ist, schaffen.

3.1. Ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit

Die Wiedereinführung von Kontrollen an Binnengrenzen setzt eine ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit voraus. In der geltenden Fassung des SGK werden Terrorismus und organisierte Kriminalität beispielhaft genannt,¹⁶ Migration jedoch sollte nicht per se als eine Gefahr für die öffentliche Ordnung oder innere Sicherheit betrachtet werden.¹⁷ Das Begriffsverständnis der öffentlichen Ordnung und der inneren Sicherheit ist äußerst vage und immer wieder im Zentrum wissenschaftlichen Diskurses.¹⁸ Art 25 SGK zählt im Normtext demonstrativ Fallgruppen auf, die durchaus als Verschriftlichung der gelebten Praxis der letzten Jahre angesehen werden können. Kritisch wurde die Subsumierung der Bekämpfung einer Pandemie unter den Begriff der öffentlichen Ordnung im Zuge der COVID-19-Pandemie betrachtet, denn im Gegensatz zur Kontrolle an den Außengrenzen stellt die Aufrechterhaltung der öffentlichen Gesundheit keinen im SGK normierten Rechtfertigungsgrund für die Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen dar. Im Zuge der COVID-19-Pandemie wurde mehrheitlich mit der Versorgungssicherheit im Gesundheitsbereich und den Auswirkungen auf das Gesundheitssystem argumentiert.¹⁹ Nunmehr findet ein solcher Umstand auch eine legislative Erwähnung im SGK-VO-Vorschlag.²⁰ Ferner wird nun auch irreguläre Migration als ernsthafte Bedrohung betrachtet.²¹ Der Begriff der öffentlichen Ordnung ist im Kontext des Art 25 SGK eng zu verstehen.²² Mit dem SGK-VO-Vorschlag soll wohl ein eigenes Verständnis vom Begriff der öffentlichen Ordnung entwickelt werden, und zwar ein solches, das von einem tendenziell weiteren Verständnis ausgeht, wohingegen der EuGH bei einer Ausnahme von einer Grundregel – in casu der Abwesenheit von Binnengrenzkontrollen – von einem engen Begriff ausgeht.²³ Durch das weite Begriffsverständnis wird den Mitgliedstaaten im Endergebnis eine breite Grundlage für die Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen ermöglicht.

16 Vgl ErwGr 25, Art 26 lit a SGK.

17 Vgl ErwGr 26 SGK.

18 S ausführlich *Annreither/Kreuzhuber*, Die „öffentliche Ordnung“ im Schengener Grenzkodex, ÖJZ 2022, 770; *Lukacic*, Vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen an Binnengrenzen, *migraLex* 2020, 34 (35 f); *Klaushofer ua*, Ausgewählte unions- und verfassungsrechtliche Fragen der österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Covid-19-Virus, ZÖR 2020, 649 (664 ff).

19 Vgl *Lukacic*, *migraLex* 2020, 36; *Klaushofer ua*, ZÖR 2020, 665.

20 S Art 25 Abs 1 lit b SGK-VO-Vorschlag.

21 Vgl ErwGr 29, Art 25 Abs 1 lit c SGK-VO-Vorschlag.

22 Vgl *Annreither/Kreuzhuber*, ÖJZ 2022, 770 in der Besprechung des Urteils EuGH 26.4.2022, C-368/20 u C-369/20, *Landespolizeidirektion Steiermark*, ECLI:EU:C:2022:298.

23 Vgl EuGH 11.6.2015, C-554/13, *Zh u O*, ECLI:EU:C:2015:377 Rn 42.

3.2. Überstellung und Pre-Screening an den Binnengrenzen

Irreguläre Migration an den Binnengrenzen zeigt sich sowohl in Form illegaler Grenzübertritte von Drittstaatsangehörigen an den Außengrenzen als auch in Form sekundärer Migration, also dem innerunionalen Weiterzug. Der Kommission zufolge soll diese primär durch das Überstellungsverfahren gem Art 23a SGK-VO-Vorschlag geregelt werden. Danach können Drittstaatsangehörige, die in der Nähe zur Binnengrenze aufgegriffen werden, an jenen Mitgliedstaat überstellt werden, aus dem diese Person nachweislich eingereist ist oder dies versucht hat. Im Rahmen des Migrations- und Asylpakets wird zudem ein Pre-Screening-Verfahren eingeführt, welches zwar primär an den Außengrenzen durchzuführen ist, aber auch innerhalb der Hoheitsgebiete der Mitgliedstaaten Anwendung finden soll,²⁴ wenn der Drittstaatsangehörige die Außengrenze illegal übertreten hat.²⁵ Die fakultative Anwendung eines Grenzverfahrens in Art 43 AsylverfahrensRL²⁶ wird dadurch zur Pflicht für alle Länder. Fraglich ist, wie das Art-23a-Verfahren und das Pre-Screening-Verfahren ineinandergreifen, insb dahingehend, ob beim Art-23a-Verfahren die Mitgliedstaaten einen gestellten Asylantrag ungeprüft lassen dürfen, denn im SGK-VO-Vorschlag ist diesbezüglich keine explizite Regelung vorgesehen. Mit diesem Verfahren wird befürchtet, Push-Backs zu legalisieren.²⁷

Das Art-23a-Verfahren ist neben kumulativ vorzuliegender Voraussetzungen²⁸ räumlich auf das Grenzgebiet beschränkt. Als Grenzgebiet gilt „*das geografische Gebiet in unmittelbarer Nähe der Binnengrenzen zwischen den Mitgliedstaaten*“.²⁹ Mitgliedstaaten interpretieren das Grenzkontrollgebiet unterschiedlich. Das Grenzgebiet reicht bspw von 10 km im Umkreis der Grenzübergangsstellen³⁰, bis zu einer Tiefe von 20 km³¹, 30 km bzw 50 km³² bzw bei Zugstrecken 30 Minuten bzw äußerstenfalls bis zum zweiten Bahnhof nach Grenzübertritt³³. Um Einheitlichkeit in der Anwendung der Regularien zu bewahren, wäre hier eine Klarstellung des Begriffs notwendig, um den Mitgliedstaaten keinen zu weiten Gestaltungsspielraum einzuräumen.

Mangels räumlicher Eingrenzung der Screening-VO (arg „*die in ihrem Hoheitsgebiet aufgegriffen werden*“) überschneidet sich diese mit dem Art-23a-Verfahren. Eine parallele Anwendbarkeit und auch praktische Anwendung beider Verfahren ist daher anzunehmen. Das Pre-Screening-Verfahren wird zum Teil in der Feststellung der fehlenden

24 Vgl Screening-VO-Vorschlag, 6 f.

25 Vgl Art 5 Screening-VO-Vorschlag.

26 RL 2013/32/EU des EP und des Rates v 26.6.2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, ABl 2013/180, 60.

27 Vgl ECRE, Comments 12.

28 Vgl Art 23a Abs 1 SGK-VO-Vorschlag.

29 EK, Vorschlag für eine Empfehlung des Rates zur operativen polizeilichen Zusammenarbeit, COM(2021) 780 final.

30 Vgl § 7 österr GrenzkontrollG, BGBl Nr 435/1996 idF BGBl I 2021/206.

31 Vgl EuGH 22.6.2010, C-188/10 u C-189/10, *Melki u Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363 Rn 15; EuGH 19.7.2012, C-278/12 PPU, *Adil*, ECLI:EU:C:2012:508 Rn 19.

32 Vgl § 2 dt BPolG 1994, BGBl I S 2978, 2979 idF 2021, BGBl I S 1982.

33 Vgl EuGH C-278/12 PPU Rn 19.

Aufenthaltsberechtigung aufgehen,³⁴ mit dem Unterschied, dass ein Art-23a-Verfahren nicht über den Fortgang eines Asylantrags entscheidet.

3.3. Verlängerung ad infinitum?

Das zu wählende Verfahren und die zulässige Höchstdauer der Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen hängt von Grund und Intensität der Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ab.³⁵ Durch Art 25a SGK-VO-Vorschlag soll eine Differenzierung in vorhersehbare oder unvorhersehbare Ereignisse über Verfahren und Höchstdauer entscheiden. Generell werden damit die Fristen im Vergleich zur jetzigen Rechtslage verlängert: Handelt es sich um ein unvorhersehbares Ereignis, so ist eine Verlängerung von bis zu drei Monaten möglich,³⁶ bei vorhersehbaren Ereignissen sind Grenzkontrollen prinzipiell bis zu zwei Jahren möglich.³⁷ In der Rs *Landespolizeidirektion Steiermark*³⁸ erachtete der EuGH die abermalige Verlängerung aus denselben Gründen, die zu einer Überschreitung der Höchstgesamtdauer führt, noch als unzulässig. Durch den SGK-VO-Vorschlag wird eine Lockerung der zeitlichen Beschränkung vorgenommen, denn wenn nach Auffassung des Mitgliedstaates eine außergewöhnliche Situation vorliegt, so kann selbst die 2-Jahres-Höchstgesamtdauer überschritten werden.³⁹

Im Ergebnis führt dies zu einer Legalisierung der jetzigen Vorgehensweise und potentiell dauerhaften Binnengrenzkontrollen. In den Beratungen wurde daher auch vorgeschlagen, die Überschreitung der 2-Jahres-Höchstgesamtdauer auf „*schwerwiegende Ausnahmesituationen*“ zu begrenzen.⁴⁰ Angesichts der Rechtfertigungsweise durch die Mitgliedstaaten, die dazu tendieren, eher die Gründe, warum die Binnengrenzkontrollen gerade nicht beendet werden können, als die Voraussetzungen für die Wiedereinführung solcher anzuführen, ist fraglich, ob dies eine Änderung herbeiführt.⁴¹ Ebenso wenig lässt sich klar unterscheiden, welche Ereignisse vorhersehbar und welche unvorhersehbar sind. Als unvorhersehbar wird etwa ein Terroranschlag angesehen,⁴² das Gros aller anderen Ereignisse (irreguläre Migration, organisierte Kriminalität) kündigt sich eher schleichend an und gilt wohl als vorhersehbar.

34 Insb durch Abfragen in einschlägigen Datenbanken, vgl Art 23a Abs 1 lit d SGK-VO-Vorschlag, Art 10 Screening-VO-Vorschlag.

35 Vgl Art 25 ff SGK.

36 Vgl Art 25a Abs 1 u Abs 3 SGK-VO-Vorschlag.

37 Vgl Art 25a Abs 5 letzter Absatz SGK-VO-Vorschlag.

38 Vgl EuGH C-368/20 u C-369/20 Rn 94.

39 Vgl Art 27a Abs 5 SGK-VO-Vorschlag.

40 Vgl *Rat*, ST 9937 2022 INIT 4.

41 Angesichts der sinkenden Zahlen auf „Vorkrisenniveau“ hätte Österreich wohl die Grenzkontrollen 2018 aussetzen müssen, s *BMI*, Lagebericht Schlepperei 2018 – Rücklauf bei illegaler Migration, 2019, 10. Diese wurden allerdings mit der Argumentation, „*dass die Lage nicht ausreichend stabil ist*“ weiterhin aufrechterhalten, s *BMI*, Gebündelte wirkungsorientierte Folgenabschätzung – GrenzkontrollIVO, 18 ff.

42 Vgl SGK-VO-Vorschlag, 4.

3.4. Koordinierte Vorgehensweise bei Krisen

Das Auftreten von Krisen hat gezeigt, dass es eine koordinierte Vorgehensweise braucht, wenn eine Mehrheit der Mitgliedstaaten betroffen ist, um das Funktionieren von Schengen sicherzustellen.⁴³ Auch abseits von Fällen des Art 29 SGK soll auf Vorschlag der Kommission dem Rat die Befugnis übertragen werden, einen Durchführungsbeschluss zur Genehmigung der Wiedereinführung von Grenzkontrollen zu erlassen, und zwar „solange die Bedrohung andauert“.⁴⁴ Eine Erstellung eines „Notfallplans“ für Schengen soll dabei Abhilfe schaffen, um insb negative Folgen durch die Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen abzufedern.⁴⁵ Dabei soll die erneute Anwendung der in der COVID-19-Pandemie erprobten „Green Lanes“ im Güterverkehr bei pandemieähnlichen Ereignissen zur Anwendung kommen. Generell konkretisiert und verstärkt der SGK-VO-Vorschlag die Mitteilungs- und Berichtspflichten von Mitgliedstaaten, wenn diese Kontrollen an Binnengrenzen wiedereinführen oder verlängern wollen,⁴⁶ die zu einem Konsultationsprozess mit der Kommission und anderen Mitgliedstaaten führen „kann“.⁴⁷

3.5. Grenzkontrollen an Binnengrenzen als *ultima ratio*

Um die negativen Auswirkungen von Grenzkontrollen auf den Personenverkehr und die sozialen und wirtschaftlichen Verbindungen in Grenzregionen einzudämmen, pocht die Kommission auf die Prüfung alternativer Maßnahmen. Allen voran wird die Ausübung polizeilicher Befugnisse genannt, die sich „oft als ebenso wirksam oder als wirksamer erweisen als Grenzübertrittskontrollen an den Binnengrenzen“.⁴⁸ Polizeikontrollen sind allerdings unzulässig, sofern sie die gleiche Wirkung wie Grenzkontrollen aufweisen.⁴⁹ Im SGK-VO-Vorschlag wird eine Palette an Ausnahmen aufgezählt, wann eine Maßnahme nicht den Grenzübertrittskontrollen gleichgestellt werden darf.⁵⁰ Grenzüberschreitende Kriminalität soll durch verstärkte Zusammenarbeit der nationalen Polizeibehörden bekämpft werden.⁵¹

4. Gesundheitspolitische Maßnahmen

Das Grenzmanagement zur Aufrechterhaltung der „öffentlichen Gesundheit“ führte bis zur COVID-19-Pandemie eher ein Schattendasein. Drittstaatsangehörigen kann aufgrund

43 Vgl SGK-VO-Vorschlag, 5.

44 Art 28 Abs 2 SGK-VO-Vorschlag.

45 Vgl SGK-VO-Vorschlag, 8.

46 Insb Art 27 u 33 SGK-VO-Vorschlag.

47 Vgl Art 27a SGK-VO-Vorschlag.

48 Vgl SGK-VO-Vorschlag, 6.

49 Vgl Art 23 lit a SGK-VO-Vorschlag; EuGH C-188/10 u C-189/10.

50 S Art 23 lit a SGK-VO-Vorschlag.

51 S bereits Empfehlung (EU) 2017/820 der EK v 12.5.2017 zu verhältnismäßigen Polizeikontrollen und zur polizeilichen Zusammenarbeit im Schengen-Raum; EK, Vorschlag für eine Empfehlung des Rates zur operativen polizeilichen Zusammenarbeit, COM(2021) 780 final.

einer festgestellten Gefahr hin die Einreise verweigert werden.⁵² Diese Beurteilung ist eine individuelle und unterliegt auch dem Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten.⁵³ Vor allem in der Anfangsphase der COVID-19-Pandemie führte die unterschiedliche Handhabung der Einreise von Drittstaatsangehörigen in den einzelnen Mitgliedstaaten zu undurchsichtigen Reisebeschränkungen. Durch Art 21a SGK-VO-Vorschlag soll der Rat ermächtigt werden, mittels einer DurchführungsVO vorübergehende Beschränkungen für Reisen in die Mitgliedstaaten vorzusehen. Derartige Beschränkungen können beispielsweise Tests, Quarantäne und auch Selbstisolation sein.⁵⁴ In den Beratungen im Rat wurde vorgeschlagen, dass Mitgliedstaaten auch strengere Beschränkungen als jene, welche in der DurchführungsVO vorgesehen werden, auferlegen können.⁵⁵ Fraglich ist, ob auch eine verpflichtende Impfung vorgesehen werden kann, die unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit und Diskriminierungsfreiheit wohl nicht gänzlich ausgeschlossen sein wird. Nach Ansicht des Rates soll es sich dabei um eine Erstreckung von Maßnahmen auf Regionen oder Drittländer handeln, die nicht unter die DurchführungsVO fallen.⁵⁶

5. Kritische Würdigung

Quo vadis, Schengen? „*A more sovereign Europe by strengthening the Schengen area*“⁵⁷ waren Frankreichs politische Ambitionen bei der Übernahme des EU-Ratsvorsitzes zu Beginn des Jahres. Um diesem Ziel einen Schritt näher zu kommen und irregulärer Migration entgegenzuwirken, braucht es für das Funktionieren von Schengen darüber hinaus auch eine kohärente Migrations- und Asylpolitik. Das europäische Migrations- und Asylrecht steckt in einem tiefgründigen Strukturproblem rund um die Frage der Lastenteilung. Der geplante Migrations- und Asylpakt verspricht zwar einheitliche, schnelle und faire Verfahren an den Außengrenzen, führt aber auch unvermeidlich zur Frage, wer Flüchtlinge mit offiziellem Schutzstatus aufnimmt. Wie sich beim Umverteilungsbeschluss von Flüchtlingen im Jahr 2015 gezeigt hat, gehen die Ansichten der Mitgliedstaaten diesbezüglich diametral auseinander.⁵⁸ Daran hat sich auch bis dato nichts geändert. Auf der einen Seite stehen Mitgliedstaaten, die eine „*Koalition der Willigen*“ anstreben, die ob der Widerstände für eine freiwillige Umverteilung von Flüchtlingen plädieren.⁵⁹ Auf der

52 Vgl Art 6 Abs 1 lit e SGK.

53 Ein Einreiseverbot von HIV-getesteten Personen kann nicht durch Bedenken der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt werden, s ua EGMR 15.3.2016, 31039/11, *Nouruk ua/Russland*.

54 Vgl Art 21a Abs 2 UAbs 2 SGK.

55 Vgl ErwGr 7a, Rat, ST 10426 2022 INIT.

56 Vgl ErwGr 7a, Rat, ST 10426 2022 INIT.

57 *PFUE*, Recovery, Strength and a Sense of Belonging – Programme for the French Presidency of the Council of the European Union, 3.

58 S EuGH 6.9.2017, C-643/15 u C-647/15, *Slowakei/Rat*, ECLI:EU:C:2017:631; EuGH 2.4.2020, C-715/17 ua, *Kommission/Polen*, ECLI:EU:C:2020:257.

59 *Decker*, Faeser will „Koalition der Willigen“ in der Flüchtlingspolitik – Kritik von Pro Asyl, RND 14.1.2022, <https://www.rnd.de/politik/faeser-will-koalition-der-willigen-in-der-fluechtlingspolitik-DCVYT3NN75FPFDBLESUAZI4DEY.html> (30.6.2022).

anderen Seite stehen Mitgliedstaaten, die einem solchen Zugang skeptisch gegenüberstehen und sich für eine „*Koalition der Vernünftigen*“ aussprechen und einen robusten funktionierenden Außengrenzschutz bevorzugen.⁶⁰

Das jetzige System basiert darauf, dass einige wenige Mitgliedstaaten die Last der irregulären Migration tragen und andere nur sehr punktuell einen Beitrag leisten. Ziel müsste es sein, Anreize des „Trittbrettfahrens“ zu unterbinden.⁶¹ In Diskussion steht, wie sehr hier der Schengen-Raum als Mittel zum Zweck verwendet werden soll. Frankreich fand mit der Forderung, die Schengen-Mitgliedschaft an die Verteilung von Schutzsuchenden zu koppeln, wenig Anklang.⁶² Auf diese Bedingung hat die Kommission wohl bewusst verzichtet, um nicht das bereits angeschlagene Vertrauen unter den Mitgliedstaaten negativ zu verstärken. Denn im schlimmsten Fall könnte eine solche Bedingung zu einem Zusammenbruch Schengens führen, weshalb die Wiedereinführung von Kontrollen an Binnengrenzen wohl als das geringere Übel akzeptiert wird. Die Wiedereinführung dieser Kontrollen wird ihrerseits mit einem mangelnden Außengrenzschutz argumentiert. Doch es stellt sich dabei die Frage, wie ein solcher Außengrenzschutz konkret aussehen könnte. Zahlreiche Mitgliedstaaten wurden für ihre illegalen Push-Backs von nationalen⁶³ und europäischen⁶⁴ Höchstgerichten verurteilt. Die EU und einzelne europäische Staaten versuchen hingegen, das Thema Migration und Asyl durch finanzielle Anreize auf Drittstaaten auszulagern.⁶⁵ Dieses Konstrukt ist politisch instabil und dessen Zulässigkeit aus grundrechtlichen Aspekten fragwürdig.⁶⁶

Weiters stellt sich die Frage, ob Drittstaaten eine Kooperationsbereitschaft entwickeln wollen. Doch wie sich bereits bei der niedrigen Rückkehrquote von Migrant*innen ohne Schutzstatus zeigt, ist diese schwindend. Die Gründe dafür sind divers,⁶⁷ fußen aber nicht zuletzt auf dem Gefühl der fehlenden Verhandlungsbasis auf Augenhöhe, was sich in der Impfstoffverteilung im Zuge der COVID-19-Pandemie erneut gezeigt hat. Das alles hat wohl eher zu einem Auseinanderdriften als zum propagierten Zusammenrücken geführt. Im Hinblick auf die Bewältigung der andauernden Binnengrenzkontrollen wird der Kompetenzzuwachs zugunsten der Mitgliedstaaten zurecht kritisiert, der in der jetzigen Situ-

60 BMI, Karner: „Allianz der Vernunft“ bei Konferenz der EU-Mitgliedsstaaten in Litauen, BMI 21.1.2022, <https://www.bmi.gv.at/news.aspx?id=2F525A72746C686A5049673D> (30.6.2022).

61 Vgl. *Bossong*, Die Weiterentwicklung von Schengen und der europäischen Migrations- und Asylpolitik, SWP-Studie 2022, 23.

62 Vgl. *Bossong*, SWP-Studie 2022, 23.

63 VwGH 5.5.2022, Ra 2021/21/0274-6.

64 EGMR 8.7.2021, 51246/17, *DA ua/Poland*; EGMR 18.11.2021, 15670/18 u 43115/18, *MH ua/Croatia*; EGMR 23.2.12, 27765/09, *Hirsi Jamaa ua/Italy*.

65 Die EU-/Türkei-Erklärung ist ein wesentliches Standbein in der Bewältigung des Migrationsdruckes an den Außengrenzen, *ER*, Erklärung EU-Türkei, Pressemitteilung 18.3.2016, <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/> (30.6.2022).

66 Vgl. *Lübbe*, GEAS-Reform: Standardsenkung bei den Drittstaatenkonzepten? ZAR 2018, 381.

67 *S EuRH*, Zusammenarbeit der EU mit Drittländern bei der Rückübernahme, Sonderbericht 17/2021.

ation zu militärischen Grenzregimes führen wird.⁶⁸ Mittels Polizei- statt Grenzkontrollen, der Intensivierung der polizeilichen Zusammenarbeit und dem Einsatz neuer Technologien sollen irreguläre Migration, schwere organisierte Kriminalität und Terrorismus bekämpft werden, um der Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen aufgrund anhaltender Sicherheitsbedenken entgegenzuwirken. Dies wirft die Frage auf, ob die Grenzkontrollen nicht fortan unter dem Deckmantel der Polizeikontrollen durchgeführt werden. Durch die weitestgehende Legitimierung der Schleierfahndung im SGK,⁶⁹ dass etwa an Verkehrsknotenpunkten und direkt in Personenbeförderungsmitteln Sicherheitskontrollen durchgeführt werden dürfen,⁷⁰ lässt befürchten, dass dies aus heutiger Sicht zu keiner Änderung gegenüber den derzeit durchgeführten Grenzkontrollen führt. Die Ambition, systematische Grenzkontrollen durch nicht-systematische Polizeikontrollen zu ersetzen, birgt darüber hinaus grundrechtliche Gefahren, insb einer diskriminierenden Anwendung („racial profiling“) der Befugnisse.⁷¹

Zu den Befugnissen von Kontrollen an Grenzgebieten zählt auch der Einsatz moderner Technologien.⁷² Deren Spektrum ist breitgefächert und reicht von militärischen Drohnen, Wärmebildkameras, hochsensiblen Bewegungsmeldern, Herzschlagdetektoren, CO₂-Monitoren bis zu KI-basierten Lügendetektoren.⁷³ Der umfassende Einsatz von Kontroll- und Überwachungstechnologien besteht auch darin, durch Big-Data-Analysen Gefahrenprofile zu erkennen.⁷⁴ Derartige KI-Systeme sind mangels Genauigkeit und aufgrund diskriminierender Ergebnisse als hochriskant einzustufen und unterliegen deshalb strengen Anwendungsvoraussetzungen.⁷⁵ Das Anhäufen von großen Datensätzen führt indes auch zu einer Datenschutzdebatte. Zu Jahresbeginn trat der Datenschutzskandal rund um die europäische Polizeibehörde Europol zu Tage, die mehrere Petabyte an Daten auf Vorrat gespeichert hatte. Dies führte dazu, dass der Europäische Datenschutzbeauftragte Europol anwies, jene personenbezogenen Datensätze nach sechs Monaten zu löschen, die keinen Bezug zu konkreten Straftaten hatten.⁷⁶ Europol wehrt sich dagegen und bekommt nun auch Unterstützung seitens des Rates und der Kommission. Mit der

68 Hirscher, Flüchtlingsschutz muss Grenzschutz weichen: Zum Vorschlag der EU-Kommission zur Reform des Schengen-Systems, PRIF Blog 17.2.2022, <https://blog.prif.org/2022/01/17/fluechtlingsschutz-muss-grenzschutz-weichen-zum-vorschlag-der-eu-kommission-zur-reform-des-schengen-systems/> (30.6.2022).

69 Zur dt Schleierfahndung krit *Grob*, Schleierfahndung auf dem Prüfstand, NVwZ 2016, 1678.

70 Vgl Art 23 lit a iii) SGK-VO-Vorschlag.

71 S auch ErwGr 26 SGK-VO-Vorschlag; s auch *Grabovac/Clara*, Zur Kritik des Ethnic/Racial Profiling in der Polizeiarbeit, *juridikum* 3/2015, 321.

72 Vgl ErwGr 21 SGK-VO-Vorschlag.

73 *Braun*, Millionen für militärische Überwachungstechnologie an Außengrenzen, *netzpolitik.org* 6.12.2021, <https://netzpolitik.org/2021/europaeische-grenzpolitik-millionen-fuer-militaerische-ueberwachungstechnologie-an-aussengrenzen/> (30.6.2022).

74 Vgl *EK*, Mitteilung an das EP und den Rat – „Strategie für einen reibungslos funktionierenden und resilienten Schengen-Raum“, COM(2021) 277 final, 15.

75 S Anhang III Z 6 u 7 KI-VO-Vorschlag, COM(2021) 206 final.

76 S *EDPS*, Decision on the retention by Europol of datasets lacking Data Subject Categorisation, Case 2019-0370 u 2021-0699, 13.

erfolgten Änderung der Europol-VO⁷⁷ werden der europäischen Polizeibehörde weitreichende Befugnisse eingeräumt: Datenkonvolute – zukünftig auch vorab übermittelte Fluggastdaten (API-Daten) innerhalb des Schengen-Raums⁷⁸ und Daten privater Firmen (Facebook & Co)⁷⁹ – auch von Unverdächtigen dürfen 18 Monate, in hinreichend begründeten Fällen bis zu drei Jahre, dessen Zeitraum nicht überschritten werden „sollte“⁸⁰, gespeichert werden.⁸¹

Durch die Hintertür wird hier eine Massenüberwachung eingeführt, die jedenfalls kritisch stimmen und die berechtigte Frage aufwerfen sollte, inwiefern das Recht auf Datenschutz der Unionsbürger*innen tatsächlich geschützt ist. Zwar verfolgt die Kommission mit der Aktualisierung des Schengen-Regimes das erklärte Ziel, die Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen wieder auf ein Mindestmaß zu beschränken, dies geht aber offenbar mit Grundrechtseinschnitten an anderer Stelle einher.

Katharina Arnreither und Julia Kreuzhuber arbeiten als Universitätsassistentinnen (prae doc) am Institut für Europarecht an der Johannes Kepler Universität Linz; katharina.arnreither@jku.at / julia.kreuzhuber@jku.at

77 VO (EU) 2022/991 des EP und des Rates v 8.6.2022 zur Änderung der VO (EU) 2016/794 in Bezug auf die Zusammenarbeit von Europol mit privaten Parteien, die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Europol zur Unterstützung strafrechtlicher Ermittlungen und die Rolle von Europol in Forschung und Innovation, ABl 2022/169, 1.

78 Vgl EK, COM(2021) 277 final, 15.

79 Vgl ErwGr 43 Europol-VO (EU) 2022/991.

80 Vgl ErwGr 26 Europol-VO (EU) 2022/991.

81 Vgl Art 18 Abs 6a Europol-VO (EU) 2022/991.

What About the Creators?

Legal Issues Faced by Content Creators on the Platform OnlyFans

Tima Otu Anwana / Paul Eberstaller

1. Introduction

OnlyFans is the leading company in a specific market, which combines the connective features of social media with the sale of pornography. The platform is not limited to pornography,¹ however, it is estimated that 70 to 80 % of the content on the platform is adult only.² Fuelled by the Covid-19 pandemic, usage numbers soared from around 7 million in 2019, to 170 million in late 2021.³ The concept is similar to many social media companies: Adult entertainers, who in this context are also online content creators, can post their explicit content such as text, images and videos to the platform. The users, or “fans” in OnlyFans terminology, pay a monthly subscription to access the content produced by individual content creators. In contrast to other pornography platforms, fans subscribe directly to individual content creators and not to the platform as a whole. OnlyFans collects 20 % of the income and pays the rest directly to the content creators.⁴ In the context of this article, the term content creator is used to refer to individuals who post text, images and videos on OnlyFans in exchange for money from their fans.

The societal stigma attached to pornography, the dominance of OnlyFans in this market and the growing economic dependency leave content creators vulnerable to exploitation. This article investigates how certain OnlyFans practises affect its content creators and specifically focuses on the following aspects: the potential misuse of sensitive data, potential copyright and labour law issues that come with a high dependency on the platform. These issues are discussed from an EU perspective, applying EU law.

2. Protection From Misuse of Sensitive Data

To sign up to OnlyFans, users have to accept the Terms of Service of the platform. By agreeing to these terms, content creators grant OnlyFans a “perpetual, non-exclusive,

1 *Der Standard*, Wiener Museen stellen Aktkunst bei Onlyfans, [derstandard.at](https://derstandard.at/2000130554752) 19.10.2021, <https://derstandard.at/2000130554752> (25.7.2022).

2 *Primack*, OnlyFans has tons of users, but can't find investors, [axios.com](https://axios.com/2021/08/19/onlyfans-investors-struggle) 19.8.2021, <https://axios.com/2021/08/19/onlyfans-investors-struggle> (25.7.2022).

3 *Fanemass*, OnlyFans Statistics: Users, Creator Earnings & More, <https://famemass.com/onlyfans-statistics/> (25.7.2022).

4 *OnlyFans*, Terms of Service, <https://onlyfans.com/terms> (25.7.2022).

worldwide, royalty-free, sublicensable, assignable and transferable” license to their uploaded content.⁵ The content creator thereby gives the platform the right to use their content in practically any way possible as long as it is related to the operation of the platform. This not only concerns images and videos uploaded by content creators, but also comments, profile bios and text provided by other creators and fans. In principle, OnlyFans needs this license in order to operate their service, because they reproduce⁶ and communicate copyrighted works to the public.⁷ Both of these actions are exclusive rights of the author. Therefore, OnlyFans needs their permission.

However, unlike other social media licenses,⁸ the OnlyFans license is granted perpetually. There is no determined end date of the license, and it can be transferred to others. While, for example, the YouTube terms⁹ state that the license ends when the video is deleted, the OnlyFans terms emphasise that “the license will continue even after [the] agreement with [OnlyFans] ends and [the user] stop[s] using OnlyFans.”¹⁰ This kind of license is not uncommon among pornography platforms. In fact, both Pornhub¹¹ and xHamster¹² also obtain perpetual licenses from their users.

This practise is problematic, because content creators might want to quit producing adult content and might face social stigma or negative private or professional consequences. Therefore, there is a potential for misuse. Content creators might lose control of their images. Based on the license agreement, OnlyFans would be allowed to (re-)publish the content, even after the creator has left the platform or sell the images to other companies. This section therefore covers what legal protection content creators have on the basis of copyright and data protection law.

2.1. GDPR and Copyright Law

The General Data Protection Regulation (GDPR)¹³ limits the ways personal data can be processed. Data is considered personal, when it relates to an identified or identifiable natural person.¹⁴ For images, this is the case when the person portrayed can be recognised, for example, when their face is shown or other identifying features such as tat-

5 *OnlyFans*, Terms, onlyfans.com.

6 Art 2 Infosoc-Directive 2001/29/EG OJ L 2001/167, 10; § 15 Urheberrechtsgesetz (UrhG) BGBl I 1936/111 idF BGBl I 2021/244; RIS-Justiz RS0121496.

7 Art 3 Infosoc-Directive 2001/29/EG; § 18a UrhG; OGH 21.11.2006, 4 Ob 178/06i.

8 *Facebook*, Terms of Service, <https://facebook.com/legal/terms> (25.7.2022) Clause 3.3; *Twitter*, Twitter Terms of Service, <https://twitter.com/en/tos> (25.7.2022) Clause 3; *YouTube*, Terms of Service, [https://youtube.com/static?template=terms](https://youtube.com/static/template=terms) (25.7.2022).

9 *YouTube*, Terms, youtube.com.

10 *OnlyFans*, Terms, onlyfans.com Clause 10.c.

11 *Pornhub*, Pornhub Terms and Conditions, <https://pornhub.com/information/terms> (25.7.2022).

12 *xHamster*, Terms & Conditions / User Agreement, <https://xhamster.com/info/terms> (25.7.2022).

13 General Data Protection Regulation 2016/679 OJ L 2006/119, 1.

14 Art 4(1) GDPR.

toos or birth marks are visible.¹⁵ The term “processing” encompasses the collection, storage, display and sharing of personal data. At the same time, images can also be protected under copyright law when they are original works.¹⁶ If the image is an expression of the author’s personality, the subject matter is protected under copyright law.¹⁷

Most of the content on OnlyFans is both personal data and a copyright protected work. Both legal areas apply cumulatively – one does not override the other.¹⁸ In most cases, the content creator is both data subject, because they are portrayed in the image, and author, because they took the image themselves. Thus, both legal areas protect the same person and provide the user with means to control the spread of the content.

2.2. Copyright Law

Copyright law confers the author of a copyright protected work a variety of economic and moral rights, some of which the content creator cedes to OnlyFans through the licensing agreement. Although the license is far-reaching, copyright law has several mechanisms to prevent the misuse of protected content. These mechanisms include the protection from change and the right to your own image.

The moral right of “protection from change” (*Werkschutz*) prevents any change to copyrighted works without the author’s permission.¹⁹ The permission to edit can be given in advance for any future change. According to clause 10.e. of the Terms of Service, content creators waive the right to object to derogatory treatment of their content.²⁰ However, this waiver is not absolute. A certain core right, the so-called “protection from disfigurement” cannot be ceded.²¹ The right protects the author from changes that completely misrepresent their intentions or take the works entirely out of context.²² The author has the non-transferable right to object to such changes. In the context of OnlyFans, this would, for example, prevent the platform from using the pictures and videos to promote illegal content or in the context of prostitution.

Furthermore, Austrian copyright law confers the right to one’s own image.²³ Images showing a person may not be published if the legitimate interests of the depicted person are violated. By accepting the Terms of Service, the user consents to the publication, thus acknowledging that it is not against their interest.²⁴ However, in special cases, courts

15 *Hödl in Knyrim*, *DatKomm* (2018) Art 4 DSGVO Rz 16.

16 § 1 and 3 UrhG.

17 OGH 12.09.2001, 4 Ob 179/01d; RIS-Justiz RS0115740.

18 Recital 60 *Infosoc-Directive* 2001/29/EG; Recital 15 *Enforcement Directive* 2004/48/EC OJ L 2004/157 45; Art 28 *DSM-Directive* 2019/790 OJ L 2019/130, 92.

19 § 21 UrhG.

20 *OnlyFans*, Terms, *onlyfans.com* Causes 10.b. and 10.e.

21 § 21(3) UrhG; Art 6bis(1) *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* 828 UNTS 222.

22 *Toms*, in *Kucsko/Handig*, *urheber.recht* (2017) § 21 UrhG Rz 22.

23 § 78 UrhG.

24 RIS-Justiz RS0078179.

may grant a right to revoke this permission even when it was initially irrevocable.²⁵ This “emergency valve”²⁶ exists to protect the interests of the depicted person. In the Austrian Supreme Court Case 4 Ob 211/03p, a model agreed to have nude photographs taken and subsequently published. After a change in profession, she wanted to revoke this permission. The Supreme Court allowed the withdrawal of consent citing potential professional consequences and social stigma outweighing the interest in continued publication. Applied to the case of OnlyFans, this means that even when a license is granted perpetually, the person portrayed in the picture has the right to revoke this permission. The content can then no longer be published and has to be deleted.

2.3. Data Protection Law

Data protection law also protects creators from potential misuse of their content. If they are identifiable in images or the content is connected to their account, the data is considered personal. When OnlyFans stores and displays this data, they are processing it in the role of a data controller because they determine the purposes and means of the data processing.²⁷ OnlyFans is therefore obligated to comply with the GDPR.

2.3.1 Article 9 Protection

Most of the content on OnlyFans is sexually explicit.²⁸ It is therefore considered *sensitive* personal data, as it relates to the sex life of the data subject. The concept of sex life does not only cover sexual intercourse. Rather, taking erotic pictures on one’s own relates to the data subject’s sex life and is thus sensitive data.²⁹

Art 9(1) GDPR prohibits the processing of sensitive data unless an exception in Art 9(2) GDPR applies. In the case of OnlyFans, the only applicable exception is in Art 9(2)(e) GDPR. The provision allows processing of sensitive data if the data was “manifestly made public” by the data subject themselves. This rule accommodates the value placed on privacy by individual data subjects. Some people might be very public about a health condition, their sexual orientation or, in fact, their sex life. In this case, the law should not burden or restrict the data controller as it presumes that the individual does not require this protection.³⁰

By posting explicit content on OnlyFans, content creators clearly want to make this content public and therefore relinquish the protection of Art 9 GDPR. Unlike in the case of

25 OGH 16.12.2003, 4 Ob 211/03p.

26 RIS-Justiz RS0018813.

27 Art 4(7) GDPR.

28 Coldewey, OnlyFans bans explicit content, <https://techcrunch.com/2021/08/19/onlyfans-bans-explicit-content/> (26.7.2022).

29 Kastelitz/Hötendorfer/Tschobl in Knyrim, DatKomm (2018) Art 9 DSGVO Rz 9.

30 Albers/Veit in Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht (2021) Art 9 DSGVO Rz 74.

consent, which can be withdrawn at any time,³¹ sensitive data that has once been made public, cannot be “re-privatised” at a later date.³²

2.3.2 Article 6 Protection

Although content creators make their data public and thus provide a basis for processing under Art 9, they do not forgo all protections of the GDPR. In addition³³ to Art 9(2) GDPR, a data controller needs a legal basis in Art 6 in order for processing to be lawful. According to their privacy policy, OnlyFans relies on Art 6(1)(b) GDPR to justify the processing.³⁴ Under this provision, processing of personal data is allowed, if it is necessary for the performance of a contract to which the data subject is a party. The contract in question is the Terms of Service to which the user has to agree in order to sign up to OnlyFans. The aim of the contract is the publication of images, its performance is not possible without processing the data. Art 6(1)(b) therefore seems to be the appropriate legal basis.

Art 6(1)(b) is only valid as a legal basis until the contract is terminated.³⁵ The Terms of Service do not explicitly state when the contract ends: Once an account is deleted, OnlyFans “may deal with [the] Content in any appropriate manner [...] (including by deleting it)”.³⁶ They also clearly state that once the account has been deleted, the content creators and their fans can no longer access the uploaded content.³⁷ In the light of the principle of data minimisation and storage limitation, the processing (storing) of data is then no longer necessary for the performance of a contract. In absence of a legal basis, OnlyFans is required to delete the data according to Art 17(1)(a) GDPR. The user has a corresponding right to erasure.

2.4. Preliminary Findings

Although creators grant OnlyFans a far-reaching license, this section has shown that copyright and data protection law provide content creators with unwaivable protection. Their works must not be disfigured by being taken out of context and even a once irrevocable permission to publish a picture can be revoked if circumstances change. Data

31 Art 7(3) GDPR.

32 *Dove/Chen*, What Does it Mean for a Data Subject to Make their Personal Data Manifestly Public? An Analysis of GDPR Article 9(2)(e), Edinburgh School of Law Research Paper 2021, 24.

33 Recital 51 GDPR; *Bergauer*, Zur Rechtmäßigkeit der (Weiter-)Verarbeitung personenbezogener Daten nach der DSGVO, *jusIT* 2018, 231.

34 *OnlyFans*, Privacy Policy, <https://onlyfans.com/privacy> (25.7.2022) Clause 2.d.

35 *European Data Protection Board*, Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects, https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf (25.7.2022) Rz 40.

36 *OnlyFans*, Terms, [onlyfans.com](https://onlyfans.com/terms), Clause 13.e.

37 *OnlyFans*, Standard Contract between Fan and Creator, <https://onlyfans.com/contract> (25.7.2022) Clause 11.a.

protection law demands that data only be stored for a necessary period and provides protection from misuse even when sensitive data has voluntarily been made public. In addition to the potential misuse of content, creators face further issues such as platform dependency and unfair dismissals. Section 3 of this article will focus on these issues by examining the impact of the proposed Platform Work Directive on OnlyFans.

3. OnlyFans as Platform Work

In August 2021, OnlyFans announced that it would be banning all “sexually explicit” content.³⁸ This announcement caused outrage among content creators and fans, leading the company to abandon its plans of rebranding.³⁹ The platform has become an important source of revenue for sex workers and people in the adult entertainment industry, who have contributed greatly to its popularity and profitability.⁴⁰ Reports indicate that more than 200 million USD are paid out to creators each month.⁴¹ In August 2021, *Variety* reported that OnlyFans had paid out 5 billion USD to almost 2 million creators.⁴² Many content creators are financially dependent on the platform, so plans to ban sexual content have created uncertainty within the creator community. Furthermore, OnlyFans has been accused of arbitrarily banning users and withholding funds from creators.⁴³ The issues content creators on OnlyFans are facing have been observed in other areas of the platform economy, rideshare and food delivery drivers are well-known examples. It is estimated that nine out of ten active platforms in the EU classify the people working through them as self-employed.⁴⁴ This classification is often misleading, because platforms exert a great deal of control over the performance of work, remuneration and relationship with clients.⁴⁵ The employment status assigned to an individual can result in a range of legal consequences, including limited protection against unfair dismissal.⁴⁶ To address these issues, regulators have brought forward legislative proposals.⁴⁷

38 *Waterson*, OnlyFans to ban adult material after pressure from payment processors, [theguardian.com](https://theguardian.com/uk-news/2021/aug/19/onlyfans-to-ban-adult-material-after-pressure-from-payment-processors) 19.8.2021, <https://theguardian.com/uk-news/2021/aug/19/onlyfans-to-ban-adult-material-after-pressure-from-payment-processors> (25.7.2022).

39 *Perdue*, OnlyFans isn't banning porn now. But sex workers still have reason to worry, [washingtonpost.com](https://www.washingtonpost.com/outlook/2021/08/28/onlyfans-porn-ban-sex-work-internet/) 28.08.2021, <https://www.washingtonpost.com/outlook/2021/08/28/onlyfans-porn-ban-sex-work-internet/> (25.7.2022).

40 *Primack*, OnlyFans Has Tons of Users, but Can't Find Investors, [axios.com](https://www.axios.com/).

41 *Wise*, OnlyFans Statistics 2022: Users, Revenue & Creator Earnings, [earthweb.com](https://earthweb.com/onlyfans-statistics/) 22.7.2022 <https://earthweb.com/onlyfans-statistics/> (25.7.2022).

42 *Spangler*, OnlyFans Creators React to Site's Porn Ban With Anger, Confusion, [variety.com](https://variety.com/2021/digital/news/onlyfans-creators-react-to-porn-ban-anger-1235045452/) 20.08.2021, <https://variety.com/2021/digital/news/onlyfans-creators-react-to-porn-ban-anger-1235045452/> (25.7.2022).

43 *Wille*, OnlyFans responds to viral tweet: No, we're not stealing from users, [inputmag.com](https://www.inputmag.com/culture/onlyfans-is-deleting-accounts-to-steal-users-earnings-viral-tweet-claims-but-company-denies) 12.8.2021, <https://www.inputmag.com/culture/onlyfans-is-deleting-accounts-to-steal-users-earnings-viral-tweet-claims-but-company-denies> (25.7.2022).

44 *EC*, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Improving Working Conditions in Platform Work, COM(2021)762 final (Platform Work Directive) 2.

45 Platform Work Directive, 2.

46 Platform Work Directive, 3.

47 Platform Work Directive, 3.

3.1. Platform Work Directive

The European Commission's Platform Work Directive (hereinafter referred to as '*The Directive*') aims to "improve working conditions and the social rights of people working through online platforms" while also supporting the sustainable growth of digital labour platforms in the EU.⁴⁸ The proposal outlines the minimum rights that apply to every person working through online platforms in the EU.⁴⁹

3.1.1. Scope of the Proposed Directive

The Directive applies to "digital labour platforms organising platform work performed in the Union, irrespective of their place of establishment and of the law otherwise applicable".⁵⁰ In accordance with Art 2, a digital labour platform is any natural or legal person providing a commercial service. In order to satisfy the criteria in Art 2, the services must be provided at least in part at a distance through electronic means. Furthermore, the services must be provided at the request of the recipient of the service and must involve the organisation of work.⁵¹ The organisation of work must be a necessary and essential component of the commercial service being provided. Such work must be performed by an individual within the EU, irrespective of whether that work is performed online or at a certain location.⁵²

The Directive applies to platform work, which is defined as "any work organised through a digital labour platform and performed in the EU by an individual on the basis of a contractual relationship with the digital labour platform".⁵³ A distinction is made between two types of individuals, 'platform workers' on the one hand and 'persons performing platform work' on the other. A 'platform worker' acts on the basis of "an employment contract or employment relationship as defined by the law, collective agreement or practice".⁵⁴ In contrast, 'persons performing platform work' are individuals performing platform work, irrespective of the contractual designation.⁵⁵ These individuals perform platform work without the existence of an employment contract or traditionally recognised employment relationship.

3.1.2 Employment Status

Art 4 of the Directive establishes a rebuttable legal presumption of an employment relationship between persons performing platform work and the platform. In the absence of an em-

48 Art 1(1) Platform Work Directive.

49 Art 1(2) Platform Work Directive.

50 Art 1 Platform Work Directive.

51 Art 2(a) and (b) Platform Work Directive.

52 Art 2(c) Platform Work Directive.

53 Art 2(2) Platform Work Directive.

54 Art 2(4) Platform Work Directive.

55 Art 2(3) Platform Work Directive.

ployment contract, this legal presumption exists if the digital labour platform controls certain elements of the performance of work. Art 4(2) outlines the criteria to establish control, (a) effectively determining or setting upper limits for the level of remuneration; (b) requiring the person performing platform work to respect specific binding rules with regard to appearance, conduct towards the recipient of the service or performance of work; (c) supervising the performance of work or verifying the quality of the results of the work including by electronic means; (d) effectively restricting the freedom, including through sanctions, to organise one's work, in particular the discretion to choose one's working hours or period of absence, to accept or to refuse tasks or to use subcontractors or substitutes and; (e) effectively restricting the possibility to build a client base or to perform work for any third party.

The fulfilment of at least two of the aforementioned elements activates the legal presumption of an employment relationship. By virtue of this presumption, the individual who performs platform work is presumed to have an employment relationship with the platform, even in absence of an employment contract. This employment relationship ensures that the individual, who performs platform work, receives the same legal protection and status as a platform worker.⁵⁶ The platform worker is therefore entitled to the correct determination of employment status⁵⁷ and must have access to the benefits attached to employee status. Based on EU and national laws, these benefits may include minimum wage, paid leave, health and contingency insurances.⁵⁸

According to Art 5, this presumption can be rebutted by providing evidence to prove that "the contractual relationship is in fact not an employment relationship in line with the definition in force in the Member State concerned".⁵⁹ The burden of proof rests on the digital labour platform, however, the platform worker is also entitled to rebut this presumption.

3.2 Implications of the Platform Work Directive on Content Creators

3.2.1 "Work" Conducted on OnlyFans

In order to establish the implications of the proposed Directive, the first issue to be determined is whether the sale of content on OnlyFans can be classified as work. Unlike most players in the platform economy, OnlyFans is premised on the sale of content and not on the provision of services. EU Member States have different laws regarding the production and distribution of pornography. For example, in Bulgaria the production

⁵⁶ Art 4(1) Platform Work Directive.

⁵⁷ Art 3 Platform Work Directive.

⁵⁸ *Jaurett/Grosjean*, Platform Workers: The European Commission Proposes a Presumption of Employment, <https://www.whitecase.com/publications/alert/platform-workers-european-commission-proposes-presumption-employment> (25.7.2022).

⁵⁹ Platform Work Directive, 16.

and distribution of pornography is illegal according to Penal Code Art 159.⁶⁰ In this context, any sale of sexual content would fall outside the ambit of the law. In Austria and most other Member States, the production and sale of pornographic content is legal to some extent and regulated by law.⁶¹

Art 2(2) outlines the requirements for platform work. Work must be (1) organised through a digital labour platform, (2) performed in the Union, (3) performed by an individual, and (4) based on a contract between the individual and the platform. It can be argued that OnlyFans fulfils the criteria of a digital labour platform, because the website allows users to engage in the sale of content, thus providing a commercial service through electronic means. The services are provided when a fan requests to subscribe to a specific content creator. The content provided by creators is an essential component of the website and involves the organisation of work performed by individuals.⁶² Although there is no employment contract, the platform's Terms of Use constitutes a contract. It can therefore be argued that these features satisfy the definition of platform work.

3.2.2 Employment Status of Content Creators

The second issue to be determined is whether employment status can be assigned to content creators. The legal presumption of an employment relationship is triggered if it can be established that a digital labour platform controls certain elements of the performance of work as outlined in Art 4(2). In the context of OnlyFans, there are certain ambiguities with regards to control.

It could be argued that OnlyFans controls the level of remuneration as required by Art 4(2)(a). This argument could be made on the basis that the platform administers the finances and collects 20% of all revenue, thus setting an upper limit of 80% for the level of remuneration that can be received by creators.⁶³ However, creators are free to determine the price of their content and monthly subscription fees. Therefore, the opposing argument could be made that the creators determine an essential aspect of remuneration and are not fully subject to the control of the platform. In the context of Art 4(2)(b), the platform's Acceptable Use Policy imposes some binding rules on creators with regard to their conduct towards fans, discrimination and the dissemination of illegal content.⁶⁴ However, in comparison to other platforms, it could be argued that the OnlyFans Acceptable Use Policy is not far reaching enough to constitute control.

60 Art 159 Bulgarian Criminal Code, <https://evaw-global-database.unwomen.org/pt/countries/europe/bulgaria/2013/article-159-of-the-criminal-code#:~:text=According%20to%20Article%20159a%20of> (25.7.2022).

61 Bundesgesetz vom 31. März 1950 über die Bekämpfung unzüchtiger Veröffentlichungen und den Schutz der Jugend gegen sittliche Gefährdung (Pornographiegesezt) BGBl 1950/97 idF BGBl I 2012/50.

62 Art 2(1) Platform Work Directive.

63 Art 4(2)(a) Platform Work Directive.

64 *OnlyFans*, Acceptable Use Policy, <https://onlyfans.com/terms#acceptable-use-policy> (25.7.2022).

With regard to Art 4(2)(c), there is little evidence to show that OnlyFans supervises the performance of work to verify the quality of results. Unlike some platforms, OnlyFans does not expressly adopt a rating system. Yet, the platform does require creators to provide content “of a satisfactory quality”.⁶⁵ In addition, there is little evidence to establish the indicators provided for in Art 4(2)(d) and (e), because the platform places no restrictions on working hours, periods of absences, use of subcontractors, substitutes or the ability to distribute content on other platforms. Creators are allowed to build their client base, produce content with third parties and use other platforms as long as this is done in compliance with the Terms of Service and the law.⁶⁶

Based on current draft of the Directive, it is unclear what level of control by the platform is required and how this should be measured. Further clarification will be provided in the future, Art 4(3) places the duty on Member States to develop guidelines to assist in the understanding and implementation of the legal presumption.

3.2.3 Benefits, Implications and Consequences

Where satisfactory evidence is provided to establish at least two of the Art 4(2) indicators, the presumption of an employment relationship would apply. Content creators would be classified as platform workers and may have access to labour related benefits. OnlyFans would be required to assume the obligations of an employer. The benefits afforded to “employed” content creators may differ in Member States, however, creators would have access to the benefits offered in existing national and EU labour and social *acquis* instruments, which are relevant for employed people working through platforms.⁶⁷

The Platform Work Directive provides additional protections for platform workers. Art 15 ensures that platform workers are able to connect and communicate with the view of defending their rights, despite the lack of a common workspace.⁶⁸ Art 17 and 18 offer workers protection against adverse treatment and unfair dismissal. This may include consequences resulting from filing a complaint or exercising the rights conferred by the Directive.

The Directive also gives content creators rights with regard to automated decision-making. It imposes transparency requirements on digital labour platforms, the right to human monitoring and review, the right to an explanation and the implementation of ap-

65 *OnlyFans*, Terms, [onlyfans.com](https://onlyfans.com/terms).

66 *OnlyFans*, Terms, [onlyfans.com](https://onlyfans.com/terms) Clause 9(b)(v).

67 Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union, OJ L 2019/186, 105; Directive (EU) 2019/1158 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU, OJ L 2019/188, 79; Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community, OJ L 2002/80, 29; Regulation (EC) 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems, OJ L 2004/166, 1.

68 Art 15 Platform Work Directive.

appropriate safeguards.⁶⁹ Platforms are strictly prohibited from imposing automated monitoring, which places undue pressure on the physical and mental health of platform workers.⁷⁰ Finally, digital labour platforms have transparency obligations in relation to competent labour and social protection authorities in Member States. In terms of Art 11 and 12, platforms are required to declare the work performed by platform workers and share relevant data with authorities. This data includes the number of persons performing platform work, contractual or employment status of workers and the general terms and conditions applicable to contractual relationships.

4. Conclusion

This article has identified two distinct issues faced by OnlyFans content creators, namely the potential misuse of their sexually explicit content and the economic dependency on the platform. The article argues that copyright and data protection law provide adequate protection against misuse of intimate images. The protection from change and the right to one's own image in copyright law restrict the ways OnlyFans can (ab-)use content. The GDPR sets limits to storage duration and mandates the platform to delete data that is no longer needed. The proposed Platform Work Directive could potentially offer additional protection to content creators by ensuring the correct determination of their employment status and imposing a rebuttable presumption of an employment relationship. The Directive obliges digital labour platforms to protect the rights and interests of workers and to grant them adequate benefits according to their determined employment status. While these laws may provide protection to content creators, it is clear that there are potential conflicts with the OnlyFans business model and license. For the adequate protection of the content creators these conflicts should be clarified.

Tima Otu Anwana, LL.M. is a research associate at the Department of Innovation and Digitalisation in Law at the University of Vienna; tima.anwana@univie.ac.at

Mag. Paul Eberstaller is a university assistant at the Department of Innovation and Digitalisation in Law at the University of Vienna; paul.eberstaller@univie.ac.at

⁶⁹ Art 6-8 Platform Work Directive.

⁷⁰ Art 7(2) Platform Work Directive.

Zur Strafwürdigkeit der Sittlichkeitsdelikte

Grundzüge der Pathologisierung und Pönalisierung gleichgeschlechtlicher Liebe von der Neuzeit bis in die frühe Nachkriegszeit

Lukas M. Winkler

1. Einleitung

Am 20.5.2021 hielt der NR die erste Lesung eines SPÖ-Initiativantrags¹ über die Einführung eines weitreichenden Verbots von sog Konversionsbehandlungen ab. Im Zuge der Debatte merkte die Abgeordnete *Smodics-Neumann* (ÖVP) an: „Sehr geehrte Damen und Herren und Menschen diversen Geschlechts, mir persönlich ist es vollkommen egal, wie und mit wem Sie Ihre sexuelle Befriedigung erlangen, außer das Strafgesetzbuch hat etwas dagegen.“² Der vorliegende Beitrag unternimmt einen Streifzug durch die Historie des österr Sexualstrafrechts und zeigt, welchen Gehalt dieser dynamische Verweis auf das geltende Sittlichkeitsregime der getätigten Aussage im Lichte verschiedener Entwicklungsstadien verliehen hätte.

Die Modernisierung des Sexualstrafrechts geschah in weiten Teilen Europas früher als in Österreich: So hatte bspw Frankreich bereits 1791 seine Sodomiegesetze aufgehoben; auch in weiteren französischen Einflussgebieten fiel in diesen Jahren die Strafbarkeit der Homosexualität³ (insb Belgien, Niederlande, Luxemburg). In Spanien wurde das Verbot 1822 beseitigt; 1851 folgte Portugal und 1889 schließlich auch Italien.⁴ Es kann daher nicht als Randnotiz der Geschichte abgetan werden, dass in Österreich noch bis ins Jahr 1971, in dem die Aufhebung des Totalverbots der sog „Unzucht wider die Natur“ erfolgte, Urteile auf dessen Grundlage ergingen, die überdies von einer ausufernden Interpretation des Tatbestands getragen waren. Das letzte dieser Urteile erging am 21.7.1971 am Wiener LG für Strafsachen,⁵ zwar noch vor Inkrafttreten der Reform, wohlgermerkt aber bereits in der Zeit nach dem entsprechenden NR-Beschluss vom 7.7.1971.

1 IA 1523/A 27. GP.

2 StenProt 1523 BlgNR 27. GP 199.

3 Wenn im vorliegenden Beitrag vom „Verbot der Homosexualität“ gesprochen wird, ist damit nicht die sexuelle Orientierung an sich, sondern das Verbot sexueller Interaktionen zwischen Personen desselben Geschlechts gemeint.

4 *Schäffer-Ziegler*, Die Strafbarkeit „widernatürlicher“ Unzucht, in *Floßmann* (Hrsg), Linzer Schriften zur Frauenförderung 17 – Sexualstrafrecht – Beiträge zum historischen und aktuellen Reformprozeß (2000) 146.

5 Vgl *Red.*, Internationale Konferenz „45 Jahre Kleine Strafrechtsreform“, Medienportal Universität Wien 16.6.2016, <https://news.univie.ac.at/presse/aktuelle-pressemeldungen/detailansicht/artikel/internationale-konferenz-45-jahre-kleine-strafrechtsreform/> (1.6.2022).

2. Von „eigentlicher“ und „uneigentlicher“ Homosexualität

Die bis zuletzt relevierte Strafnorm war § 129 I lit b des Strafgesetzes 1852. Dieser Paragraph bildete bis zur Strafosstellung der gleichgeschlechtlichen Liebe die Rechtsgrundlage für die Verfolgung homo- und bisexueller Personen. In seinen Geltungszeitraum fällt der im späten 19. Jh einsetzende sexualwissenschaftliche Diskurs und mit ihm die zunehmende Pathologisierung sexueller Devianz. Das österr Strafrecht stand in dieser Zeit bereits fest auf dem Boden des Schuldprinzips. Schon damals galt daher folgender Grundsatz: „Ohne Schuld keine Strafe und Strafe nur nach Maßgabe der Schuld.“⁶ Damit war und ist zweierlei gemeint: Eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige Handlung kann nur dann überhaupt zur Bestrafung führen, wenn die Täter*innen zurechnungs- bzw schuld-fähig sind. Liegt (ausreichende) Zurechnungsfähigkeit vor, was die Rsp bei Homosexuellen durchwegs bejahte,⁷ und ist daher die Strafbarkeit gegeben, eruiert das Strafgericht den Grad der individuellen Verantwortlichkeit und setzt im Zuge dessen die Strafhöhe fest. Erst auf dieser Ebene wird eine allfällige (nicht zur Schuldunfähigkeit reichende) Minderung der Diskretions- oder Dispositionsfähigkeit in Anschlag gebracht.⁸ Die diesen beiden Prüfschritten inhärente Erkenntnismethodik setzte sich iW aus einem biologischen (psychiatrischen) und einem psychologischen Ansatz zusammen,⁹ weshalb vielfach die Einbeziehung medizinischer Sachverständiger erforderlich war.

War man daher in der Spätphase der gerichtlichen Homosexuellenverfolgung auf der Suche nach forensischen Antworten auf die Fragen nach Genese und Wesen der Homosexualität, was aufgrund des Umstandes relevant war, dass die sog „echte konträrsexuelle Veranlagung“ als Strafmilderungsgrund relevant werden konnte (dazu unten 3.2.), so hätte man diese etwa in der jüngsten Auflage des von *Eugen Bleuler* begründeten Standardlehrbuchs der Psychiatrie im Anhang zum Kapitel über die Psychopathien¹⁰ gesucht. Darin war ua zu erfahren, dass besonders Jugendliche dafür anfällig seien, „homosexuelle Praktiken durch Verführung und bei Mangel an Kontaktmöglichkeiten mit dem anderen Geschlecht“¹¹ zu erwerben. Diesen als „unechte Homosexuelle“ eingestuften Personen kam in Ermangelung „herabgesetzter Widerstandskraft“ insofern keine Strafmilderung zugute.

Davon seien allerdings die Fälle der bereits erwähnten eigentlichen („echten“) Homosexualität abzugrenzen, der weitgehend konstitutionelle, dh angeborene Ursachen zugrunde lägen. Nur in geringem Ausmaß kämen auch unter Letzteren jene Fälle vor, in denen die als triebhaft beschriebene konträre Sexualempfindung in Form einer Neurose

6 *Malaniuk*, Strafrecht – Allgemeiner Teil (1947) 142.

7 ZB E vom 1.5.1903, KH 2840; vgl unten FN 65; *Malaniuk*, Strafrecht AT 151.

8 *Malaniuk*, Strafrecht AT 154.

9 *Malaniuk*, Strafrecht AT 148.

10 Verwiesen sei an dieser Stelle auf das bahnbrechende sexualwissenschaftliche Werk des Psychiaters und Gerichtsmediziners *Krafft-Ebing*, *Psychopathia sexualis* (1886); vgl dazu mwN *Wiener*, Ist Homosexualität eine Krankheit? in *Frohofer/Murlasits/Taxacher* (Hrsg), *l|e|ben und Begehren zwischen Geschlecht und Identität* (2010) 42.

11 *Bleuler*, Lehrbuch der Psychiatrie⁹ (1955) 477 (480).

erworben sei.¹² Zu erkennen seien „Sexualperverse“ an einer Vielzahl von psychischen und physischen Abnormitäten, hätten sie doch „besonders häufig etwas Schwärmerisches, Exaltiertes“ an sich und hielten „nur ausnahmsweise dem gleichen Partner dauernde Treue.“¹³ Nicht zuletzt seien auch auf der Ebene ethischer Gefühle gewisse Auffälligkeiten zu beobachten, die sich etwa im gesteigerten Vorkommen „moralischer Defekte“ niederschlugen. Dass sie „im Durchschnitt besonders viel lügen“, sei hingegen mehrheitlich eine „Folge der schiefen Stellung, in die sie die auf die Heterosexuellen zugeschnittenen allgemeinen Sitten und Anschauungen der menschlichen Gesellschaft“ brächten.¹⁴

3. Zur „Strafwürdigkeit der Sittlichkeitsdelikte“¹⁵

Über rund 120 Jahre hinweg war es der eben erwähnte § 129 I lit b StG 1852, der das in Österreich geltende Sittlichkeitsregime beherrschte. In materieller Hinsicht hatte dieser zur Zeit seiner Erlassung allerdings keine neuen Tatsachen geschaffen. Er stand vielmehr am Ende einer langen Tradition der Verfolgung und Bestrafung der sog „Unzucht wider die Natur“.

3.1. Die Genese des § 129 StG 1852

Eine noch zu vertiefende Leitentscheidung des Kassationshofes (OGH) aus dem Jahr 1902¹⁶ bemühte – in rechtsgeschichtlich lückenhafter Vorgangsweise¹⁷ – als historischen Anknüpfungspunkt der „Genesis des § 129 StG“ das Corpus Iuris Canonici. In Canon 13, Causa XXXII, Quaestio 7¹⁸ ist festgehalten, gleichgeschlechtliche Sexualakte seien „Schandtaten, die wider die Natur sind“; sie seien „immer und überall zu verabscheuen und zu bestrafen als solche, die denen Sodoms gleichkommen.“¹⁹ Darunter wurde neben der *sodomia ratione sexus* (Unzucht mit Personen desselben Geschlechts) und der *sodomia ratione generis* (Unzucht mit Tieren) unter anderem auch das *crimen onaniticum* (Selbstbefriedigung) verstanden. In Art 116 der Constitutio Criminalis Carolina (CCC 1532) wurde die Onanie zwar nicht unter Strafe gestellt, allerdings setzte sich der Gerichtsgebrauch darüber hinweg. Das lag nicht zuletzt daran, dass die beiden angeführ-

12 Bleuler, *Psychiatrie*⁹ 477 (480).

13 Bleuler, *Psychiatrie*⁹ 479.

14 Bleuler, *Psychiatrie*⁹ 480. Heutzutage kommen psychiatrische Lehrbücher im Übrigen mit lapidaren Formulierungen aus: „Zu betonen ist, dass die sexuelle Orientierung an sich – sei sie homo- oder bisexuell – nicht als Störung anzusehen ist!“ (*Mirisch*, Sexuelle Störungen, in *Leucht/Förstl* [Hrsg], *Psychiatrie und Psychotherapie*² [2018] 198).

15 *Graßberger*, Zur Strafwürdigkeit der Sittlichkeitsdelikte, in *Bockelmann/Gallas* (Hrsg), FS Schmidt (1961) 333.

16 E vom 19.2.1902, KH 2747, Z 1835, AmltSlgNF IV (1903) 257 (258).

17 Vgl mwN *Kirchknopf*, Die Verfolgung weiblicher Homosexualität in Wien während der NS-Zeit (Diplomarbeit 2012) 26.

18 „Flagitia, quae sunt contra naturam, ubicumque et semper detestanda et puniendi sunt, qualia Sodomitarum fuerunt.“ Diese Formulierung geht auf die aus dem 4. Jh stammenden „Confessiones“ des *Augustinus von Hippo* (Liber III, Caput VIII 15) zurück. Vgl zum strafrechtlichen Einfluss zB *Klenze*, Lehrbuch des gemeinen Strafrechts (1833) 212.

19 Nach der Übersetzung von *Lachmann* in *Augustinus*, Die Bekenntnisse des heiligen Augustinus (2012) 48.

ten Quellen ungeachtet ihrer rechtshistorischen Bedeutung nicht mit Strafrechtskodifikationen der jüngeren Zeit gleichgesetzt werden dürfen; gerade die materiellen Bestimmungen der CCC 1532 stellten ihrem Charakter nach eher ein „Rechtsbuch, ähnlich den Spiegeln des 13. Jahrhunderts“ dar,²⁰ kam die Carolina doch trotz ihrer Geltung im gesamten Heiligen Römischen Reich ggü. territorialem Recht nur subsidiär zur Anwendung.²¹

Dem verblässenden Geist des gemeinen Rechts²² trug zuletzt noch Art 74, § 1 der Constitutio Criminalis Theresiana (CCT 1768)²³ Rechnung, indem er die allein verübte Onanie in den Katalog der Unzuchtsdelikte aufnahm. Im Zuge einer CCT-Reform ersetzte *Joseph II.* im Jahr 1781 die Todesstrafe durch die „weit schreckbarere und empfindlichere“ Strafe des Schiffziehens. Wenige Jahre später wurde das Josephinische Strafgesetz 1787 (StG 1787) erlassen. In § 71, in Teil II unter die politischen Verbrechen eingeordnet, sah es die Bestrafung eines jeden vor, der „die Menschheit in dem Grade abwürdiget, um sich mit einem Viehe, oder mit seinem eigenen Geschlechte fleischlich zu vergehen“. Die Bezugnahme auf „fleischliche“ Vergehen, die auf beischlafähnliche Handlungen hinzudeuten scheint,²⁴ sollte in der Folge zu erheblichen Differenzen bei der Interpretation der Nachfolgetatbestände führen (dazu unten).

Nachdem es ab dem Jahr 1790 unter *Leopold II.* zu einer gewissen Humanisierung des Strafvollzugs gekommen war,²⁵ wurden mit dem Strafgesetz 1803 (StG 1803) unter *Franz II.* viele der grausamen Bestrafungsformen und sogar die Todesstrafe für diverse Delikte wiedereingeführt.²⁶ Das Verbrechen der Unzucht gegen die Natur gem § 113 StG 1803²⁷ zählte indessen nicht dazu: Es unterlag nach § 114 leg. cit. der vergleichsweise milden Strafdrohung von sechsmonatigem bis einjährigem Kerker. Auslegungsschwierigkeiten bereitete allerdings die lakonische Formulierung des Verbrechenstatbestandes,²⁸ die im Unterschied zu den Vorgängerfassungen jeglicher Erläuterung entbehrte. Es stellte sich somit die Frage, ob auch die Onanie unter den Unzuchtsbegriff iSd § 113 leg. cit. zu subsumieren sei. *Sebastian Jenull*, ein bedeutender Strafrechtslehrer des 19. Jahrhunderts und späterer Rektor der Universität Wien, vertrat die Ansicht, darunter sei jede Befriedigung des Geschlechtstriebes zu verstehen, welche „wissentlich auf eine andere

20 So von *Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts²⁰ (1914) 25.

21 *Hoke*, Österreichische und Deutsche Rechtsgeschichte (1996)² 424.

22 Vgl. zB von *Liszt*, Lehrbuch²⁰ 31, der die CCT 1768 als „[Zeugin] der großen Vergangenheit des gemeinen Rechts“ bezeichnet, [die] auf dem Boden der „bereits in den Grundfesten erschütterten Wissenschaft jener Tage“ stünde.

23 „Das abscheulichste Laster der Unkeuschheit wider die Natur, oder sodomitische Sünd wird verübt [erstens]: wenn von einem Menschen mit dem Viehe, oder to[t]en Körpern; [zweitens]: wenn zwischen Personen einerle[i] Geschlechts, als Mann mit Mann, Weib mit Weib, oder auch Weib mit Mann wider die Ordnung der Natur [U]nzucht getrieben wird; [...] drittens: gewissermaßen auch die von Jemanden allein begehend widernatürliche Unkeuschheiten zu rechnen sind.“

24 *Schäffer-Ziegler* in *Floßmann* 129 (139).

25 Darunter zB die Abschaffung des Schiffziehens, der Anschmiedung sowie der öffentlichen Züchtigung.

26 *Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege³ (1995) 258.

27 „Als Verbrechen werden auch nachstehende Arten der Unzucht bestraft: I. Unzucht gegen die Natur. [...]“

28 Vgl. FN 27.

Art geschieht, als welche die Natur hierzu bestimm[t].“ Nach *Jenull* war davon neben der gleichgeschlechtlichen Unzucht und der Unzucht mit Tieren auch die „Selbstschändung“ „ohne Beschränkung und daher im weitesten Sinne“ erfasst.²⁹ Ein Protokollauszug vom 15.7.1824 und ein Hofdekret vom 14.8.1824 verwiesen dagegen darauf, dass § 113 StG 1803 in Übereinstimmung mit § 71 StG 1787 auszulegen sei,³⁰ woraus *Ludwig Altmann* (damals Präsident des LG für Strafsachen Wien I) und *Siegfried Jacob* (damals Rechtsanwalt und Hofrat i.R.) die Strafflosigkeit der Onanie nach dem StG 1787 ableiteten,³¹ das die entsprechende Bestimmung der CCT 1768 schließlich gar nicht übernommen hatte. Derselbe Befund hätte folglich für das StG 1803 zu gelten und sich auf den Unzuchtsbegriff schlechthin zu erstrecken, womit – geht man von der oben dargestellten (engen) Auslegung des Begriffes „fleischlich“ aus – auch *nicht beischlafähnliche* homosexuelle Handlungen und (*a maiori ad minus*) erst recht die gemeinschaftlich verübte Onanie straffrei³² wären, was der OGH anno 1858 in einer seiner ersten Entscheidungen zu § 129 I lit b StG 1852 (Nachfolgebestimmung des § 113 StG 1803, dazu sogleich) unter Hinweis auf das erwähnte Hofdekret aus dem Jahre 1824 bestätigte.³³

3.2. Lehre und Rechtsprechung zu § 129 I lit b StG 1852

Mit dem Kaiserlichen Patent vom 27.5.1852³⁴ wurde „eine neue, durch die späteren Gesetze ergänzte, Ausgabe des [StG 1803]“ kundgemacht, die bereits zum 1.7.1852 in Kraft trat: das StG 1852. Es enthielt in § 129 folgenden Straftatbestand:

„Als Verbrechen werden auch nachstehende Arten der Unzucht bestraft:

- I. Unzucht wider die Natur, das ist
 - a) mit Thieren;
 - b) mit Personen desselben Geschlechts.“

Als Strafdrohung sah § 130 StG 1852 schweren Kerker³⁵ von einem bis zu fünf Jahren vor, die sich allerdings in qualifizierten Fällen erhöhte. Schutzobjekt des § 129 I lit b StG 1852 war nach ganz hA und in Abgrenzung zur Schändung nach § 128 leg cit die

29 *Jenull*, Das Oesterreichische Criminal-Recht II (1809) 193 (Hervorhebungen entfernt).

30 Vgl mwN *Maucher*, Sistematisches Handbuch des österreichischen Strafgesetzes I (1844) 405.

31 So wohl *Altmann/Jacob* (Hrsg), Kommentar zum Österreichischen Strafrecht I (1927) 341 (342).

32 Unter „Straffreiheit“ ist an dieser Stelle nur jene iZm dem Verbot widernatürlicher Unzucht zu verstehen.

33 E vom 3.2.1858, KH 842; im zugrunde liegenden Sachverhalt ging es um einen Mann, der Knaben zu unzüchtigen Handlungen verleitet hatte; konkreter Verfahrensgegenstand waren onanistische Handlungen, die die Knaben an ihm vorgenommen hatten; vgl mwN *Greif*, Verkehrte Leidenschaft (2019) 58.

34 RGBl 1852/117.

35 Ursprünglich war mit der schweren Kerkerstrafe neben dem Verbot des Kontakts mit anderen als den unmittelbar vollzugszuständigen Personen auch das Anschmieden mit Eisen an den Füßen verbunden (§ 16 StG 1852); Letzteres wurde durch § 3 der StG-Novelle 1867 (RGBl 1867/131) aufgehoben; uU konnten jedoch gem § 19 StG 1852 idF RGBl 1867/131 einzelne oder mehrere Verschärfungen angeordnet werden (insb Fasten, Anweisung eines harten Lagers, Anhaltung in Einzelhaft sowie einsame Absperrung in dunkler Zelle).

Sittlichkeit der Gesellschaft an sich, nicht aber die (sexuelle oder sittliche) Integrität der am Geschlechtsakt beteiligten Person(en).³⁶

Die fortbestehende³⁷ Unbestimmtheit des Tatbestands³⁸ der „Unzucht wider die Natur“ ist verantwortlich dafür, dass sowohl Lehre als auch höchstgerichtliche Rsp zeit seines Bestehens zu keiner ständigen Auslegung gelangten:³⁹

Die ältere Rsp des OGH⁴⁰ hatte „beischlafähnliche Akte“ zur Erfüllung des objektiven Tatbestands des § 129 I lit b StG vorausgesetzt.⁴¹ Es lässt sich zwar auch für diese Zeit eine uneinheitliche Rsp der unteren Instanzen nachweisen, doch wurden vonseiten des OGH bis auf vereinzelte Ausnahmen⁴² nur beischlafartige, nicht jedoch bloß masturbatorische Handlungen zwischen Männern als tatbildlich erachtet.⁴³ Diese Auslegung entspricht der von *Feuerbach*⁴⁴, *Stooß*⁴⁵ und *Rittler*⁴⁶ sowie der iZm § 175 dRStGB durch *von Liszt*⁴⁷ vertretenen Eingrenzung der *sodomia ratione sexus* auf Beischlaf und diesem vergleichbare Akte, steht aber in klarem Widerspruch zu *Jenull* bereits 1809 kundgetaner⁴⁸ und auch 1837 aufrechterhaltener Position zu § 113 StG 1803.⁴⁹ Letzterer Ansicht entspricht die von *Herbst*⁵⁰ vertretene Meinung, dass das Wort „Unzucht“ nicht auf Beischlaf beschränkt werden dürfe, sondern „auch jede andere Art geschlechtlichen Mi[ss]brauches“ umfassen müsse.

Um die Jahrhundertwende kam es zu einem Umschwenken in der Rsp des OGH:⁵¹ Gestützt auf historisch-teleologische Erwägungen weitete der OGH den Begriff der Unzucht kontinuierlich aus: Einerseits führte er (wie *Herbst*⁵² bereits 1855) ein Hofdekret vom

36 Etwa OGH 7.2.1930, 5 Os 1181/29, SSt X/21; 18.7.1949, 1 Os 398/49, SSt XX/98; zur Abgrenzung des § 128 von § 129 I lit b StG 1852 vgl ausf *Greif*, *Prekäre Männlichkeiten*, juridikum 2017, 492.

37 Es wurden ggü dem StG 1803 lediglich die beiden Deliktsfälle „mit [T]ieren“ (lit a) und „mit Personen desselben Geschlechtes“ (lit b) ergänzt, womit für die Auslegung des Unzuchtsbegriffs selbst jedoch nichts gewonnen war.

38 So auch *Stooß*, *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts* II² (1913) 463 FN 2.

39 *Foregger/Serini*, *Das österreichische Strafgesetz*² (1966) 110; vgl auch *Greif*, „Unzüchtige Umarmungen“ – Weibliche gleichgeschlechtliche Unzucht in der Zwischenkriegszeit, juridikum 2014, 291.

40 So etwa in KH 842 (3.2.1858), 963 (8.8.1860), 1052 (8.3.1864) und 1215 (26.2.1868); abweichend jedoch KH 917 (28.6.1859; vgl FN 42).

41 *Altmann/Jacob*, *Kommentar* 339; *Foregger/Serini*, *StG-Kommentar*² 120; *Stooß*, *Lehrbuch*² 463 sowie *Rittler*, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts* II² (1962) 311.

42 In KH 917 lehnte der OGH das Erfordernis einer „inneren Vereinigung“ (*coitum internum*) ab und ließ zur Tatbildverwirklichung die ohne Penetration erfolgte Berührung der entblößten Hüften und des Gesäßes eines Mannes mit dem Glied eines zweiten, die zu dessen Samenerguss führt, als „Befriedigung der Wollust“ genügen.

43 Letztere subsumierte der OGH häufig unter § 516 StG 1852 („Gröbliches und öffentliches Ärgernis verursachende Verletzung der Sittlichkeit oder Schamhaftigkeit“), wodurch allerdings kein Verbrechen, sondern eine bloße Übertretung gesetzt wurde, die milder zu bestrafen war; vgl zB *Altmann/Jacob*, *Kommentar* 339.

44 *Mittermaier* (Hrsg)/*Feuerbach*, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*¹³ (1840) 674.

45 *Stooß*, *Lehrbuch* II² 463.

46 *Rittler*, *Lehrbuch* II² 311.

47 *von Liszt*, *Lehrbuch*²⁰ 390.

48 Vgl FN 29.

49 *Jenull*, *Das Oesterreichische Criminal-Recht* II² (1837) 100.

50 *Herbst*, *Handbuch des allgemeinen österreichischen Strafrechtes* I (1855) 242.

51 Von zentraler Bedeutung ist idZ die besonders ausführlich begründete E vom 12.9.1902, KH 2747.

52 *Herbst*, *Handbuch* I 242.

26.6.1844⁵³ ins Treffen, das zu § 115 StG 1803 (später § 132 III StG 1852: „Verführung zur Unzucht“) klarstellte, „dass das Wort Unzucht [...] in seiner gewöhnlichen Bedeutung zu nehmen sei, ohne es auf Beischlaf zu beschränken.“ Die übereinstimmende Auslegung der Gesetzesbegriffe ergebe sich aus ihrem systematischen Zusammenhang.⁵⁴ Daraus leitete der Gerichtshof nunmehr ab, der Terminus „unzüchtig“ bezeichne „jede Handlung, welche, der Erregung des Geschlechtstriebes dienend, die von der Sitte gezogenen Grenzen überschreitet.“ Aus teleologischer Perspektive merkte er im Anschluss an eine E aus dem Jahr 1887⁵⁵ an, dass „Unzuchtsakte“ schon deshalb nicht auf beischlafähnliche Handlungen beschränkt werden dürften, da so dem Verbot der Unzucht zwischen Frauen der Anwendungsbereich entzogen würde: „Ja, ein beischlafähnlicher A[k]t zwischen Frauenspersonen wäre kaum denkbar.“⁵⁶ In mehreren Judikaten⁵⁷ hielt der OGH fest, dass das im StG 1787 verwendete Wort „fleischlich“ nicht auf eine „innere Vereinigung“ hindeute, sondern schlicht synonym zum Wort „sinnlich“ zu verstehen sei. Zuletzt stellte der Gerichtshof in KH 2747 klar, dass das Wort „mit“ nicht dahingehend zu verstehen sei, dass bei beiden Beteiligten eine Mittätigkeit vorliegen müsse; es sei daher zur Verwirklichung des objektiven Tatbestandes nicht von Bedeutung, „ob beide [t]ätig waren, oder ob der eine von ihnen den an seinem Körper ausgeübten Unzuchtsa[k]t bloß duldete.“⁵⁸ Dagegen blieb etwa *Stooß* auch nach der Entscheidung KH 2747 bei seiner Ansicht, dass nur beischlafähnliche Handlungen tatbildlich seien, wobei iZw der milderen Auslegung der Vorzug zu geben sei.⁵⁹ Die überwiegende Lehre⁶⁰ folgte dem OGH. Unklarheiten ergaben sich weiters hinsichtlich der Frage, ob nur solche Handlungen tatbestandsmäßig seien, die auf die *geschlechtliche Befriedigung* gerichtet sind,⁶¹ oder ob bereits ein auf die *Steigerung der Sinneslust* jeweils mindestens eines der beiden Beteiligten gerichteter Akt ausreiche.⁶² Unstrittig war, dass die Handlung unter Benutzung des Körpers der anderen Person gesetzt werden musste, die über das nur vorübergehende Betasten der Geschlechtsteile ohne masturbatorische Absicht hinauszugehen hatte,⁶³ wobei nicht entscheidend war, „ob der Täter und der Unzuchtsgenosse dabei bekleidet waren“ oder nicht.⁶⁴ Die subjektive Tatseite bereitete auch insofern Folgeprobleme, als frag-

53 *Maucher*, Das österreichische Strafgesetz (1847) 157.

54 IdS insb *Herbst*, Handbuch I 242.

55 E vom 18.2.1887, KH 1028: „Die Strafbestimmung des § 129 I b umfaßt auch die unter dem Namen der lesbischen Liebe (Tribadie) bekannte [Unzucht] wider die Natur“, also die *sodomia ratione sexus inter feminas*.

56 KH 2747 und im Anschluss daran *Altmann/Jacob*, Kommentar 344.

57 Neben KH 2747 insb auch OGH 8.11.1938, 4 Os 642/38.

58 Dahingehend allerdings die E des OGH 7.2.1930, 5 Os 1181/29, SSt X/21, die „bewusstes Mitwirken“ verlangt; dies wurde in der E des OGH 28.11.1958, 8 Os 77/58 allerdings wieder abgelehnt.

59 *Stooß*, Lehrbuch II² 463 (464); zweifelnd auch nach der Judikaturwende *Rittler*, Lehrbuch II² 311.

60 *Altmann/Jacob*, Kommentar 341 (344); *Malaniuk*, Lehrbuch des Strafrechtes II/2 (1949) 165.

61 So die E vom 30.1.1911, Kr VII 77/10 (KH 3800); außerdem OGH 22.10.1937, 4 Os 690/37 (SSt XVII/129), 8.11.1938, 4 Os 642/38; dahingehend auch *Jemull*, Criminal-Recht II (1809) 100 (zu § 113 StG 1803).

62 Dahingehend KH 2747 sowie KH 3209.

63 So zB OGH 22.10.1937, 4 Os 690/37, SSt XVII/129.

64 OGH 8.11.1938, 4 Os 642/38, SSt XVIII/74.

lich war, wie auf der Schuldebene mit dem Vorliegen einer „echten“ Homosexualität umzugehen sei. Wiederholt stellte das Höchstgericht dazu fest, dass „Perversion des Geschlechtstriebes“ (KH 2569, 3066, 4525) bzw. „konträrsexuelles Geschlechtsempfinden“ (KH 2840, 3458, 3474) oder „sexuell abwegige Veranlagung“ (OGH 18.6.1956, 5 Os 351, ÖJZ 1956, 472) für sich keinen Strafausschließungsgrund nach § 2 StG 1852 darstellten;⁶⁵ sie kämen lediglich als Milderungsgründe in Frage (s oben 2.).

3.3. Verfechter*innen der Strafbarkeit: „Ähnlich liegen die Dinge beim Zoophilen...“⁶⁶

Schon *Anselm von Feuerbach* (1775–1833) hatte sich – mit von *Jenull* (1777–1848) wörtlich übernommenen Ausführungen⁶⁷ – zu Beginn des 19. Jh in Sorge darüber gezeigt, welche dramatische Folgen eine Entkriminalisierung homosexueller Praktiken nach sich ziehen könnte: „Der hohe Grad an Verworfenheit, welchen dieses Laster voraussetzt; die aus demselben entspringende Verachtung der Ehe, welche Entvölkerung, Schwächung und zuletzt Auflösung des Staats zur Folge haben müsste; [...] endlich die körperliche und geistige Entnervung, welche einen so Entarteten für die Zwecke des Staats unfähig macht, sind die Gründe, wodurch die Polizei zum Verbot dieser Handlungen und zur Bestrafung derselben aufgefordert wird.“

Auch *Max Leopold Ehrenreich* (1864–1936) befand in seiner „gemeinverständlichen“ Darstellung des Strafrechts aus dem Jahre 1923,⁶⁸ dass „die auf Einschränkung [des § 129 I lit b StG 1852] gerichteten Bestrebungen [...], soweit es sich um Homosexualität handelt, keine Unterstützung [verdienen]“ und verwies weiters darauf, eine Einschränkung der Strafbarkeit ua auf die Verführung Jugendlicher würde „bei der gesetzlichen Grenze nicht haltmachen,“ denn „der Angeklagte wird stets, der Meinung gewesen sein“, sein Partner sei schon über achtzehn Jahre alt.“

Besonders hervorzuheben ist *Roland Graßberger jun* (1905–1991). Im Zuge seiner Tätigkeit an der Universität Wien (Professor für Strafrecht und Kriminologie, Leiter des entsprechenden Instituts, zweimal Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät und 1962/63 Rektor der Universität) engagierte er sich mit Nachdruck gegen eine Strafflosstellung homosexueller Handlungen. Mit Vorliebe arbeitete sich dabei am „Topos des homosexuellen Knabenschänders“⁶⁹ ab und bezeichnete Homosexuelle als aufgrund der

65 Diskutiert wurden insb die Gründe des § 2 lit a („gänzliche Beraubung des Vernunftgebrauches“), lit b („abwechselnde Sinnesverrückung“) und allen voran jener der lit g, den „unwiderstehlichen Zwang“: Wiederholt sprach der OGH unter Verweis darauf, dass es sich um eine vom Gericht zu beurteilende Rechts- und keine ärztlich zu beantwortende Tatsachenfrage handle (KH 2569), aus, dass die Homosexualität einen solchen Zwang nicht begründe, sei auch die „moralische Widerstandskraft“ durch die „psychische Minderwertigkeit“ zuweilen in Form eines als strafmildernden Umstandes (§ 46c StG 1852) herabgesetzt (ausf dazu KH 3474).

66 *Graßberger* in FS Schmidt 333.

67 *Jenull*, Criminal-Recht II (1809) 101.

68 *Ehrenreich* in *Altmann/Ehrenreich*, Einführung in das österreichische Strafrecht in gemeinverständlicher Darstellung (1923) 296 (299).

69 Vgl *Greif*, juridikum 2017, 492.

„Diskrepanz von körperlicher Erscheinung und seelischem Empfinden [...] gelegentlich abgrundtief verlogen“. ⁷⁰ Zur „Strafwürdigkeit“ der Homosexualität schrieb er: „Aus der Erkenntnis, da[ss] jeder Homosexuelle unter seiner Fehladaptation leidet und mit seinem, den normalen Gang der Dinge störenden Begehren auch von seiner geschlechtlich normalen Umwelt als störend empfunden wird, ergibt sich das eminente Interesse der Gemeinschaft an der Aufrechterhaltung einer mit den biologischen Gegebenheiten in Einklang stehenden Sexualordnung. Ähnlich liegen die Dinge beim Zoophilen, der unfähig ist, die in der Erotik aufgespeicherten Gefühle in den Dienst zwischenmenschlicher Beziehungen zu stellen.“ ⁷¹

3.4. Gegner*innen der Strafbarkeit: „Unvernunft und Unheil im Sexualstrafrecht“ ⁷²

Die Pönalisierung einvernehmlicher homosexueller Akte stieß – der Vormachtstellung der Gegenmeinung zum Trotz – bereits viele Jahre vor ihrer Einstellung auf Kritik: Ein früher Gegner der Strafbarkeit homosexueller Handlungen war der deutsche Völker- und Strafrechtsprofessor *Franz von Liszt* (1851–1919). In seinem Lehrbuch aus dem Jahr 1914 steht: „Abnorme, sei es angeborene, sei es erworbene, Richtung des Geschlechtstriebes (Perversion im Gegensatz zur Perversität) liegt in zahlreichen Fällen vor. Anzeige erfolgt in einem verschwindenden Bruchteile der Fälle, während die Strafbarkeit der Tat dem Erpressertum eine oft gebrauchte Waffe verleiht. Die Feststellung bietet kaum überwindliche Schwierigkeiten, und die Auslegung des Gesetzes führt zu Willkürlichkeiten, die das Rechtsgefühl auf das Tiefste verletzen. [...] Die geschlechtliche Freiheit wird im Regelfalle nicht verletzt, und die Erregung von Ärgernis ist ohnehin strafbar.“ ⁷³

Aus Anlass einer im März 1956 in Feldkirch (Vorarlberg) erfolgten Anklageerhebung gegen 138 der widernatürlichen Unzucht Verdächtige verfasste *Wolfgang Bemndorf* (1901–1959) – vormals Direktor der Grazer Universitätsbibliothek – einen Aufsatz mit dem Titel „Unvernunft und Unheil im Sexualstrafrecht“, in dessen Vorwort es heißt: „Ich weiß nicht, ob es bewu[ss]te Absicht der Staatsanwaltschaft war, wenn sie – [iSd] § 30 StPO [1873] –, das Interesse des Staates‘ dadurch wahr, da[ss] sie alles daransetzt, um ein den wahren Interessen des Staates in der Tat höchst abträglichen Gesetz vor den Augen der Öffentlichkeit ad absurdum zu führen. Jedenfalls sollte ein Anla[ss], der so vielen Menschen so viel Nervenpein und Leid aller Art bereitet, und das ohne jeden vernünftigen Sinn und Nutzen, wenigstens dazu beitragen, da[ss] die dringende Reformbedürftigkeit des Paragraphen nicht mehr dem Bewu[ss]tsein der Öffentlichkeit entschwinde.“

70 *Graßberger*, Psychologie des Strafverfahrens (1950) 220.

71 *Graßberger* in FS Schmidt 333 (338).

72 *Bemndorf*, Unvernunft und Unheil im Sexualstrafrecht. § 129 Ib öStG (...) im Lichte der Tatsachen (1956).

73 *von Liszt*, Lehrbuch ²⁰ 379.

4. Zum Geleit: Sonderbare Schwärmer*innen!

Nachdem das Berliner Wissenschaftlich-humanitäre Komitee im Jahr 1907 ein Schreiben mit der Bitte um Aufhebung des § 129 I lit b StG 1852 an den österr Justizminister gerichtet hatte, schrieb *Karl Kraus*: „Sonderbare Schwärmer! Die nicht wissen, da[ss] in Österreich nicht die Menschlichkeit Sexualgesetze macht, sondern die Sittlichkeit, nicht die Lebenserfahrung, sondern die Unverdorbenheit, nicht der Fortschritt, sondern die Feigheit, nicht Phantasie, sondern die normale Sexualität eines Universitätsprofessors und eines Oberstaatsanwalts. [...] Wahrlich, ich sage euch, es wird noch viel Wasser in das Bassin des Centralbades fließen, ehe sich die Erkenntnis Bahn bricht, da[ss] kein Staatsbürger für die Richtung seiner Nervenwünsche verantwortlich gemacht werden kann!“⁷⁴ Er sollte recht behalten: Ein beinahe in Vergessenheit geratenes Exempel dieser rigiden Rechtsanwendung stellt die oben erwähnte Prozessreihe gegen 138 nach § 129 StG 1852 angeklagte Personen dar, die verteilt über acht Prozesstage zwischen dem 25.5. und dem 13.6.1956 am LG Feldkirch abgehalten wurde. Sie wird in einer zweiten, auf die vorliegende Darstellung aufbauenden Abhandlung erörtert werden. Mit anderen Worten: Fortsetzung folgt.

Lukas M. Winkler studiert Rechtswissenschaften an der Universität Wien und ist seit 2019 als Studienassistent am Institut für Arbeits- und Sozialrecht tätig; lukas.winkler@univie.ac.at

74 *Kraus*, Sittlichkeit und Kriminalität (1908) 379.

Unser Städtchen liegt ...

Anmerkungen zu VfSlg 20.406/2020

Constantin Vonier

1. Einleitung

Am 12.7.2016 wurde auf Antrag der *Rauch Fruchtsäfte GmbH* in der Gemeindevertretungssitzung der Gemeinde Ludesch in Vorarlberg mit 16:1 Stimmen die Beantragung der Herausnahme von Grundstücken aus der Landesgrünzone¹ beschlossen. Nach Widerständen folgte am 10.11.2019 eine Volksabstimmung bei der 56 % der Gemeindebürger_innen für die Beibehaltung der Widmung als Freihaltefläche-Landwirtschaft stimmten.² Die Volksabstimmung wurde gem Art 141 Abs 1 lit h B-VG von 15 Stimmberechtigten angefochten. Der VfGH leitete im Zuge dessen amtswegig ein Gesetzesprüfungsverfahren bezüglich einzelner Bestimmungen der Vbg Landesverfassung, des Vbg Gemeindegesetzes und des Landes-Volksabstimmungsgesetzes ein.³ Das Verfahren um die 3.000 Einwohner_innengemeinde stellte den VfGH vor grundsätzliche Fragen des Demokratiekonzepts des B-VG und dessen Ausgestaltung in der Gemeindegeldverwaltung.

2. Das Erkenntnis

Der VfGH entschied im Sinne eines repräsentativ-demokratisch sowie parlamentarischen Systems der Gemeindegeldverwaltung.⁴ So wäre der Art 117 Abs 8 B-VG, wonach die Landesgesetzgebung in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde die unmittelbare Teilnahme und Mitwirkung der Wahlberechtigten vorsehen kann, im Gesamtgefüge eines repräsentativ-demokratischen Systems auszulegen. Im Zentrum dieses Systems stehe mit Art 118 Abs 5 B-VG der Gemeinderat als oberstes Organ der Gemeinde. Diese Stellung verbiete eine Auslegung des Art 117 Abs 8 B-VG, die es ermöglicht, mittels Volks-

1 Verordnung der Landesregierung über die Festlegung von überörtlichen Freiflächen in der Talsohle des Rheintales LGBl 1977/8 idF LGBl 2020/31.

2 Niederschrift über die 9. öffentliche Sitzung der Gemeindevertretung am 12.7.2016, ludesch.at, <https://ludesch.at/site/assets/files/1050/9-gv-nie-12-07-2016-kundmachung.pdf> (11.7.2022).

3 Verfassungsgesetz über die Verfassung des Landes Vorarlberg LGBl 1999/9 idF LGBl 2012/22; Gesetz über die Organisation der Gemeindegeldverwaltung (Gemeindegeldgesetz) LGBl 1985/40 idF LGBl 2012/4; Gesetz über das Verfahren bei Volksbegehren, Volksabstimmungen und Volksbefragungen (Landes Volksabstimmungsgesetz), LGBl 1987/60 idF LGBl 2018/34; ORF, Ludesch: Bürger stimmen gegen Erweiterung, vorarlberg.orf.at 10.11.2019, <https://vorarlberg.orf.at/stories/3020976> (11.7.2022); VfSlg 20.406/2020.

4 VfSlg 20.406/2020, Rz 25 ff.

abstimmung den Gemeinderat gegen seinen Willen zur Erlassung von Rechtsakten zu verpflichten. Mit Blick auf die Entscheidung VfSlg 16.241/2001, deren Gegenstand zwingende Volksabstimmungen auf Landesebene waren, führte der VfGH aus, dass der Verfassungsgeber die Landesgesetzgebung und Gemeindeselbstverwaltung als repräsentativ-demokratische Systeme ausgestaltet habe. Der VfGH hob Teile des Gemeindegesetzes sowie des Landes-Volksabstimmungsgesetzes und das Verfahren zur Volksabstimmung zur Gänze auf. Auf den ersten Blick fügt sich das Erkenntnis des VfGH in seine bisherige Rsp zur direkten Demokratie ein: In VfSlg 13.500/1993 hob er Bestimmungen der Tiroler Gemeindewahlordnung, die eine Direktwahl des Bürgermeisters normierten,⁵ als verfassungswidrig auf.⁶ Der VfGH sah in der Ausnahme des Art 117 Abs 8 (damals Abs 7) B-VG die Bestätigung des grundsätzlich repräsentativen Demokratie Modells der Bundesverfassung. Der Gerichtshof stellte außerdem fest, es sei verfehlt, aus dem Stillschweigen der Verfassung auf die Zulässigkeit einer direkt-demokratischen Bestellung von Verwaltungsorganen zu schließen. Im Erkenntnis VfSlg 16.241/2001 betonte der VfGH aufs Neue den der Bundesverfassung zugrundeliegenden Grundsatz der repräsentativen Demokratie. Die Vorarlberger Landesverfassung sah in den aufgehobenen Bestimmungen eine zwingende Volksabstimmung über ein von zumindest 20 % der Wahlberechtigten eingebrachtes Volksbegehren auf Landesebene vor. Eine solche Gesetzgebung am Parlament vorbei widerspreche dem Grundsatz der repräsentativen Demokratie.⁷

Der VfGH setzt in der nun getroffenen Entscheidung den Gemeinderat mit einem Parlament gleich, indem er das in seinen Erkenntnissen zur direkten Demokratie geprägte, repräsentativ-demokratische System von Bundes- und Landesebene auf die Gemeindeebene überträgt. Er lehnt darauf aufbauend die Bindung des Gemeinderats an Entscheidungen des Gemeindevolks ab.

3. Keine Gesetzgebung auf Gemeindeebene

Der vom VfGH angenommenen Parlamentseigenschaft des Gemeinderats wird hier entgegengetreten. Aufgrund seiner Wesenszüge, der Aufgaben der Gemeinde und der Rechtsstellung seiner Mitglieder kann der Gemeinderat nicht mit einem Parlament gleichgesetzt werden.

3.1. Wesen der Gemeinde und des Gemeinderats

Die Gemeinde ist nach Art 116 Abs 1 B-VG eine Gebietskörperschaft mit Recht auf Selbstverwaltung und zugleich Verwaltungssprengel. Demnach ist sie eine juristische Person öf-

⁵ Gesetz vom 3. Juli 1991, mit dem die Wahl der Organe der Gemeinde geregelt wird (Tiroler Gemeindewahlordnung 1991), LGBl 1991/79.

⁶ Der Verfassungsgesetzgeber reagierte auf das Erkenntnis und schuf mit BGBl 1994/504 die Möglichkeit der Bürgermeisterdirektwahl.

⁷ *Gamper*, Parlamentarische Rechtssetzung und direkte Demokratie: verfassungsrechtliche Grenzen, in *Lienbacher/Pürgy*, Parlamentarische Rechtssetzung in der Krise (2014) 101 (114).

fentlichen Rechts, die alle Personen erfasst, die in einer örtlichen Beziehung zu einem Gebiet stehen. Durch die Besorgung der ihr übertragenen Verwaltungsaufgaben nimmt sie an der Hoheitsgewalt des Staates teil. Konstitutives Element für die Existenz einer Gemeinde ist ihre Bevölkerung. Die Gemeinde ist in der Willensbildung von ihr abhängig.⁸ Die Gemeinden sind also Teil und Instrumente der staatlichen Verwaltung, welche sie durch ihre Mitglieder selbst besorgt. Dabei ist – wie auch bei der sonstigen Selbstverwaltung – die Willensbildung der entscheidende Unterschied zur übrigen staatlichen Verwaltung, denn die Gemeinden besorgen Verwaltungsaufgaben unter Mitwirkung der Gemeindebürger_innen.⁹ Das oberste Organ der Gemeinde ist der Gemeinderat. Nach dem VfGH ergibt sich diese Stellung aus seiner einzigartigen, unmittelbaren demokratischen Legitimation im System der Gemeindegliederung. Im eigenen Wirkungsbereich ist der Gemeinderat jedenfalls die höchste sachlich in Betracht kommende Oberbehörde.¹⁰ Der Gemeinderat ist gewähltes Kollegialorgan der Gemeinde. Als solches ist er ein allgemeiner Vertretungskörper, der die Interessen aller innerhalb eines bestimmten Gebiets lebenden Menschen wahrzunehmen hat. Er ist gleichzeitig Repräsentations- und Verwaltungsorgan der Gebietskörperschaft.¹¹

3.2. Zur Parlamentseigenschaft des Gemeinderates

Auf den ersten Blick gibt es gewisse Gemeinsamkeiten zwischen einem Parlament und dem Gemeinderat, ist der Gemeinderat doch, wie der Nationalrat oder die Landtage, ein allgemeiner Vertretungskörper. Wesentliche Aufgabe eines Parlaments ist die Gesetzgebung – per Definition ist ein Parlament eine Volksvertretung, die die Gesetzgebung ausübt.¹² Das B-VG bedient sich, abgesehen vom Europäischen Parlament, nicht des Begriffs Parlament. Es verwendet den Begriff des allgemeinen Vertretungskörpers. Nach der Judikatur des VfGH bestimmt sich das Wesen allgemeiner Vertretungskörper dadurch, dass sie durch Gesetz eingerichtet sind und nicht die Interessen bestimmter, etwa nach Stand, Beruf oder Bekenntnis gleichartiger Personen, sondern die Interessen aller innerhalb eines bestimmten Gebietes lebenden Menschen vertreten. Sie sind „Repräsentationsorgane der Gebietskörperschaften“.¹³ Art 117 Abs 1 lit a B-VG erklärt den Gemeinderat ausdrücklich zu einem solchen allgemeinen Vertretungskörper. Das B-VG spricht darüber hinaus noch von National- und Bundesrat, den Landtagen und vom Europäischem Parlament als (allgemeine) Vertretungskörper. Der Begriff des allgemeinen Vertretungskörpers ist jedoch nicht gleichbedeutend mit dem Parlamentsbegriff. Ein Blick auf die Kompetenzen von National- und Bundesrat im Vergleich zum Gemeinderat legen eine Differenzierung innerhalb der Ka-

8 *Neuhofer*, Gemeinderecht² (1998) 99; *Pabel in Pabel*, Das österreichische Gemeinderecht 1. Teil (2017) Rz 1 ff.

9 *Neuhofer*, Gemeinderecht 74; *Berka*, Verfassungsrecht⁸ (2021) 262; *Perntaler*, Bürgermeister-Direktwahl verfassungswidrig, JBl 1994, 244.

10 VfGH 24.4.1986, 85/02/0281; *Steiner in Pabel*, Gemeinderecht 9. Teil Rz 22.

11 VfGH 18.2.2016, G 434/2015-18; *Öblinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹³ (2019) 169, 250; VfSlg 17.264/2004.

12 *Gamper*, Staat und Verfassung⁴ (2018) 205 f.

13 VfSlg 17.264/2004; Vgl insb Art 6 Abs 4, Art 59, Art 134 Abs 5, Art 147 Abs 4 B-VG.

tegorie allgemeiner Vertretungskörper nahe. Gerade Gesetzgebung im formellen Sinne, als Wesensmerkmal eines Parlaments, wird in den Gemeinderäten nicht ausgeübt.¹⁴ Der VfGH hat dies in VfSlg 11.753/1988 klargestellt, indem er davon spricht, dass allgemeine rechtspolitische Anliegen nur vom formellen, parlamentarischen Gesetzgeber aufgegriffen werden dürften.¹⁵

Der VfGH geht nun in VfSlg 20.406/2020 von einem erheblichen Gestaltungsspielraum der Gemeinde bei der Erlassung von Verordnungen aus und erblickt dort Gesetzgebung. Tatsächlich aber hat die Gemeinde nur einen sehr engen Spielraum, das gilt selbst bei der weitestgehenden Ermächtigung – der Erlassung von ortspolizeilichen Verordnungen, die nur bei Vorliegen ganz bestimmter Voraussetzungen zulässig ist.¹⁶

Bei der Verordnungsermächtigung sei noch auf das umfassende Aufsichtsrecht von Bund oder Land hingewiesen: Im eigenen Wirkungsbereich erlassene Verordnungen sind nach Art 119a Abs 6 B-VG der Aufsichtsbehörde unverzüglich mitzuteilen und können von dieser aufgehoben werden.¹⁷ Auch das unterscheidet Gemeindeverordnungen deutlich von formellen Gesetzen.

3.3. Stellung der Gemeinderatsmitglieder

Die Stellung der Mitglieder des Gemeinderats spricht ebenfalls gegen die Parlaments-eigenschaft des Gemeinderats und gegen die Umlegung des streng repräsentativen Demokratiesystems von Bundes- und Landesebene auf die Gemeindeebene. Nach hA besitzen Gemeinderatsmitglieder keine Immunität wie sie etwa den Mitgliedern des Nationalrats bzw Bundesrats und der Landtage zusteht.¹⁸ Der OGH bejahte obiter die Amtshaftung von Gemeinderät_innen¹⁹ und auch die strafrechtliche Rsp nimmt bei Gemeinderät_innen die Beamt_inneneigenschaft des § 74 Abs 1 Z 4 StGB an.²⁰ Insofern kann den Gemeinderatsmitgliedern berufliche Immunität, wie sie Parlamentsabgeordneten üblicherweise zukommt, abgesprochen werden. Auch lässt Art 56 B-VG die Mitglieder des Gemeinderats in Bezug auf das freie Mandat unerwähnt. Der VfGH hingegen bejaht das freie Mandat für Gemeinderatsmitglieder mittels Analogie zu Art 56 B-VG²¹ und auch landesgesetzlich ist das freie Mandat in den Gemeindeordnungen normiert.²²

14 *Gamper*, Staat 206.

15 VfSlg 11.753/1988.

16 Vgl zB VfGH 7.3.2022, V85/2021.

17 *Öblinger/Eberhard*, Verfassungsrecht 169; *Berka*, Verfassungsrecht 268 f; *Neuhofer*, Gemeinderecht 300.

18 *Neuhofer*, Gemeinderecht 196; OGH 24.2.1993, 9 Ob A 321/92.

19 OGH 25.5.2020, 1 Ob 70/20f.

20 *Eckschlager*, Rechte und Pflichten der Gemeindevertreter, RFG 2013/3, 48.

21 VfSlg 3.426/1958; VfSlg 3.560/1959.

22 *Neuhofer*, Gemeinderecht 195; § 40 Abs 1 Bgld Gemeindeordnung LGBl 2003/55 idF LGBl 2022/18; § 28 Abs 3 Ktn Gemeindeordnung LGBl 1998/66 idF LGBl 2020/80; § 22 Abs 2 Nö Gemeindeordnung LGBl 1000-0 idF LGBl 2022/23; § 18 Abs 3 Oö Gemeindeordnung LGBl 1990/91 idF LGBl 2021/90; § 16 Abs 4 Stmk Gemeindeordnung LGBl 1967/115 idF 2021/118; § 38 Abs 1 Vbg GemG.

Ein weiteres Indiz gegen die Parlamentseigenschaft des Gemeinderats sind die in allen Gemeindeordnungen vorgesehenen Ausschlussgründe wegen Befangenheit von Gemeinderatsmitgliedern.²³

3.4. Zwischenfazit

Der VfGH argumentiert, der Gemeinde stehe ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu. Das B-VG schnürt der Gemeinde in Wirklichkeit aber ein enges Korsett, über das sich ein feinmaschiges Aufsichtsrecht von Bund oder Land stülpt. Daraus lässt sich schließen, dass der Gemeinde kein Anteil an der Gesetzgebung zukommt. Sie ist lediglich Verwaltungsträgerin.²⁴ Der Gemeinderat ist zwar Vertretungskörper dieser Verwaltungsträgerin, aber mangels Anteil an der Gesetzgebung kein Parlament. Das unmittelbare Ummünzen des repräsentativ-demokratischen Systems von Bundes- und Landesebene auf die Gemeinde scheint unpassend.

4. Zur Auslegung von Art 117 Abs 8 B-VG

Die Interpretation des Wortlauts von Art 117 Abs 8 B-VG ist für den VfGH entscheidungswesentlich. Die Bestimmung sieht vor, dass in „Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde die Landesgesetzgebung die unmittelbare Teilnahme und Mitwirkung der zum Gemeinderat Wahlberechtigten vorsehen“ kann. Im Folgenden soll aufgezeigt werden, dass die vom VfGH gewählte Auslegung nicht alternativlos war und die verbindliche Gemeindevolksabstimmung hätte bestehen bleiben können.

Nach den Materialien bedeutet die Wortfolge „unmittelbare Teilnahme“, dass den zum Gemeinderat Wahlberechtigten „in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde die Entscheidung *anstelle* der an sich zuständigen Gemeindeorgane überlassen wird.“²⁵

Der VfGH argumentiert in seiner Entscheidung zunächst mit dem Verfassungsdienst, der in seiner eingehenden Untersuchung der Materialien dem Wortsinn von „anstelle“ keine weitreichende Bedeutung zumisst. Dabei schließt der Verfassungsdienst von Reden des Nationalratsabgeordneten *Khol* und einer Rede des Vorsitzenden der ÖVP-Bundesratsfraktion *Schambeck* auf den historischen Willen des Gesetzgebers. Der Gerichtshof schließt sich den Ausführungen des Verfassungsdienstes an und relativiert das Wort „anstelle“ indem er eine Volksabstimmung auf Gemeindeebene mit jener nach Art 43 B-VG

23 ZB § 40 Ktn Gemeindeordnung LGBl 1998/66 idF LGBl 2020/80; § 32 Salzburger Gemeindeordnung LGBl 2020/9 idF LGBl 2021/91; § 50 Nö Gemeindeordnung LGBl 1000-0 idF LGBl 2022/23.

24 *Berka*, Verfassungsrecht 262 ff; *Poier*, Instrumente und Praxis direkter Demokratie in Österreich auf Länder- und Gemeindeebene, Vortrag im Rahmen der Parlamentarischen Enquete des Bundesrats „Mehr direkte Demokratie, mehr Chancen für die Bürgerinnen und Bürger in den Ländern und Gemeinden.“, parlament.gv.at, www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/BR/VER-BR/VER-BR_00025/fname_302315.pdf (11.7.2022) 27; *Gamper*, Staat 205.

25 ErläutRV 446 BlgNR 16. GP 7 (Hervorhebung im Original).

auf Bundesebene gleichsetzt.²⁶ Daraufhin nimmt er eine systematische Auslegung iSd in VfSlg 13.500/1993 gesehenen Systemscheids der Bundesverfassung zugunsten eines demokratisch-parlamentarischen Systems der Gemeindeselbstverwaltung vor. Der Wortlaut von Art 117 Abs 8 B-VG, die Materialien im Entstehungskontext der (Verfassungs-)Autonomiegewinnung der Länder, die Novelle der Gemeindeverfassung 1984 und die Genese des Gemeindeverfassungsrechts legen aber die gegenteilige Auslegung nahe: Wie die Materialien zeigen, war 1984 der Ausbau direktdemokratischer Elemente in der Gemeinde vom Bundesverfassungsgesetzgeber beabsichtigt. Dies gesteht der VfGH in VfSlg 13.500/1993 selbst ein.²⁷ Der Bundesverfassungsgesetzgeber reagierte 1984 auf Bestrebungen in den Ländern, wo infolge der Gemeindeverfassungsnovelle 1962 direktdemokratische Instrumente auf Gemeindeebene eingerichtet und ausgebaut wurden. Kritische Stimmen in der Literatur, die die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorgänge bezweifelten,²⁸ veranlassten den Bundesverfassungsgesetzgeber dazu, „mögliche Einrichtungen und zum Teil derzeit bereits praktizierte Formen direkter Demokratie auf Gemeindeebene“²⁹ auf verfassungsrechtlichen Boden zu stellen. Die vom Verfassungsgerichtshof festgestellten, von der Novelle 1962 gesetzten Grenzen des demokratisch-parlamentarischen Systems der Gemeindeselbstverwaltung wurden 1984 neu gezogen.³⁰ Der VfGH bewegt sich in seinem nunmehrigen Erkenntnis weit vom Wortlaut der Verfassung und vom System der Gemeindeorganisation weg und misst der historischen Entwicklung des Gemeindeverfassungsrechts zu wenig Bedeutung zu.

5. Zur spärlichen Begründung des VfGH

Die knappe Begründung des Erkenntnisses scheint ebenfalls kritikwürdig. Den Einwand der Vbg LReg, wonach der Rechtssetzung auf Gemeindeebene keine Gesetzgebungskompetenz zukomme und ein Vergleich zu Bund und Land daher unpassend sei, verwirft der VfGH als „nicht nachvollziehbar“. In VfSlg 16.241/2001 dienten dem VfGH Verfassungsentwürfe als Argumentationsstütze, in der hier besprochenen Entscheidung macht er sich die Argumente des Verfassungsdiensts, der Unterstellungen an Abgeordnete und sogar das stenographische Protokoll des BR vorbringt, zu eigen. Darüber hinaus geht der Gerichtshof mit keinem Wort auf die Kritik an der Entscheidung zur Bürgermeisterdirektwahl VfSlg 15.300/1993 und dem darin festgestellten Systemscheid zugunsten eines repräsentativ-demokratischen Konzepts der Bundesverfassung ein. In der Literatur

²⁶ VfSlg 20.406/2020, Rz 38.

²⁷ VfSlg 13.500/1993, 22.

²⁸ Noch kritisch *Neuhofner*, Territoriale Selbstverwaltung in Allgemeines Verwaltungsrecht, FS Antonioli (1979) 419 (427); dann eindeutig *Neuhofner*, Gemeinderecht 106.

²⁹ ErläutRV 446 BlgNR 16. GP 7.

³⁰ *Giese*, Gemeinden und Demokratie: Willensbildung in der Gemeindeselbstverwaltung, in FS 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2002) 121 (125, 129); VfSlg 13.500/1993.

stieß der VfGH damals auf teils heftige Kritik, die sich entsprechend auf die gegenständliche Entscheidung übertragen lässt.³¹

Der VfGH begründet die Anwendung desselben Demokratiesystems in der Gemeinde wie auf Bundes- und Landesebene, wie auch in der Entscheidung zur Tiroler Bürgermeisterrdirektwahl, nur kursorisch. Die von ihm angeführte Literatur verweist größtenteils wieder auf seine Erkenntnisse. Die Analyse von VfSlg 13.500/1993 liefert keine Ergebnisse, wo die Systementscheidung für eine repräsentativ-demokratische Kommunalverfassung liegt und erläutert nicht die höhere Qualität von Art 118 Abs 5 B-VG im Verhältnis zu Art 117 Abs 8 B-VG.³² Auch der Umgang mit der Lehre erinnert an vergangene Zeiten der Rsp³³ und entspricht nicht dem in den letzten Jahren erkennbaren Trend einer Öffnung des VfGH nach außen. Er geht mit keinem Wort auf die Kritik, die auf seine bisherigen Erkenntnisse zur direkten Demokratie folgte, ein.³⁴

6. Fazit und Ausblick

Wie der Anlassfall verdeutlicht, wäre auf dem Gebiet der Raumplanung – mit Blick auf die bestehenden Verfahrensbestimmungen und Bürger_innenbeteiligungsmechanismen – die Volksabstimmung ein brauchbares Instrument. Gerade bei konkurrierenden Raumplanungszielen, wie Wirtschaftsstandort und Erhaltung von Natur und Landschaft, könnte das Gemeindevolk über die räumliche Entwicklung direkt entscheiden. So ließe sich die bestmögliche Nutzung und Sicherung des Lebensraums im Interesse des Gemeinwohls auf Gemeindeebene leichter ermitteln. Parallel dazu wären mit der Raumordnung verbundene Eigentumseingriffe durch den Willen des Gemeindevolks als Manifestation des öffentlichen Interesses auch leichter zu legitimieren. Die durch die Ludescher Volksabstimmung getroffene Richtungsentscheidung im Raumordnungsrecht, als Abwägungen zwischen Umwelt(schutz) und Wirtschaft, waren in den letzten Jahren vermehrt Gegenstand von öffentlichen Debatten und werden als solche, nicht zuletzt mit Blick auf die Klimakrise, in den nächsten Jahren vermehrt aufkommen – auf Bundesebene sind zumindest Tendenzen in diese Richtung zu erkennen.³⁵

31 *Gamper*, Direkte Demokratie und bundesstaatliches Homogenitätsprinzip, ÖJZ 2003, 441; *Wiederin*, Verfassungswidrigkeit der Wahl des Bürgermeisters durch das Gemeindevolk, JAP 1993, 35.

32 *Wiederin*, JAP 1993, 35.

33 Vgl die Ermahnung in VfSlg 2.455/1952.

34 *Berka*, Lebendiges Verfassungsrecht: Verfassungsrechtsprechung im Diskurs (2021) 27 ff.

35 *ORF*, Kritik an ALPLA-Plänen in der Grünzone, vorarlberg.orf.at 13.2.2019, <https://vorarlberg.orf.at/v2/news/stories/2964344/> (11.7.2022); *ORF*, Nächster Eingriff in Landesgrünzone geplant, vorarlberg.orf.at 30.10.2019, <https://vorarlberg.orf.at/stories/3019589/> (11.7.2022); *ORF*, Moratorium gegen Bodenverbrauch gefordert, vorarlberg.orf.at 28.6.2019, <https://vorarlberg.orf.at/stories/3002359/> (11.7.2022); *ORF*, Blum plant Erweiterung in Landesgrünzone, vorarlberg.orf.at 14.11.2019, <https://vorarlberg.orf.at/stories/3021718/> (11.7.2022); kritisch *Schelling*, Volksabstimmung im Bereich der Flächenwidmung, RFG 2021/5, 23; *BMK*, Klimarat der Bürgerinnen und Bürger, bmk.gv.at, www.bmk.gv.at/themen/klima_umwelt/klimaschutz/nat_klimapolitik/klimarat.html (11.7.2022).

ME vermag eine bloß in Einzelfällen und landesgesetzlich vorgesehene, organisatorische Rochade des Gemeinderats mit dem Gemeindevolk insgesamt nicht am repräsentativ-demokratischen Grundprinzip zu rütteln. In Ludesch zeigt der Vergleich des Volksabstimmungsergebnisses mit dem Gemeindevertretungsbeschluss die Divergenz zwischen Gemeindevolk und seinen Repräsentant_innen betreffend der Umwidmung von landwirtschaftlichen Flächen.³⁶ Die seltene Anwendung der direkt demokratischen Elemente auf Bundesebene könnte sich mit (verbindlichen) Volksabstimmungen auf Gemeindeebene die Balance halten. Das Instrument würde sich insofern gut in die gelebte Bundesverfassung einfügen. Schließlich wäre die Volksabstimmung auch für die politischen Akteur_innen ein praktisches und ungefährliches Mittel, um sich einem unpopulären Thema zu entledigen und dabei der Akzeptanz der Bevölkerung für die Entscheidung den Weg zu ebnen.³⁷

Die Betriebserweiterung in Ludesch ist trotz Aufhebung der Volksabstimmung vorerst vom Tisch. Rechtlich existiert das Ergebnis der Ludescher Volksabstimmung zwar nicht mehr, der Gemeinderat ist dennoch faktisch daran gebunden. Das zeigt die Autorität und Legitimität einer Volksabstimmung durch die Gemeindebevölkerung.³⁸

Mag. Constantin Vonier ist rechtswissenschaftlicher Mitarbeiter am Verwaltungsgerichtshof; constantin.vonier@outlook.com

36 Niederschrift über die 9. öffentliche Sitzung der Gemeindevertretung am 12.7.2016, 11, ludesch.at.

37 Eberhard, Auf dem Weg zu mehr direkter Demokratie? in *Öblinger/Poier*, Direkte Demokratie und Parlamentarismus (2015) 325 (326).

38 ORF, Ludesch: Betriebserweiterung vorerst Geschichte, vorarlberg.orf.at 21.5.2022, <https://vorarlberg.orf.at/stories/3157200/> (11.7.2022).

Thema: Rechtsstaat und Demokratie unter Druck

Vorwort der Gastherausgeber*innen

Paul Hahnenkamp / Maria Sagmeister

1. Nichts Richtiges im Falschen?

„Es gibt kein richtiges Leben im falschen.“¹ Dieses berühmte Adorno-Zitat fiel am Eröffnungsabend der Tagung *Rechtsstaat und Demokratie unter Druck*, als *Sonja Buckel*, *Clemens Jabloner* und *Lisa Mittendrein* im Gespräch mit *Ines Rössl* über die zu stemmenden Herausforderungen der Vielfachkrisen sprachen. Schnell einigte man sich am Podium aber, dass sehr wohl jeder kleine Schritt, der den autoritären Entwicklungen der Gegenwart etwas entgegensetzt, ein richtiger sei, und nahm damit vorweg, was die Vorträge und Diskussionen in den Folgetagen zeigen würden: Rechtsstaat und Demokratie stehen unter Druck – und eine Vielzahl von Maßnahmen wird notwendig sein, um sie wieder zu festigen und weiter auszubauen.

Dieses *thema* ist der Tagung und ihren Analysen zu sich aktuell verdichtenden Gefahren für Rechtsstaat und Demokratie gewidmet. Als Teil der Vorarbeiten erschien 2021 ein Heft mit dem Titel *Krise*, in dem bereits einige spätere Tagungsbeiträge auf den Weg gebracht wurden.² Die Tagung fand von 24. bis 26. März 2022 an der Universität Wien statt und wurde von der Zeitschrift *juridikum* gemeinsam mit der *Arbeiterkammer Wien* und dem *Institut für Rechtsphilosophie* der Universität Wien veranstaltet. Mit über 70 Vorträgen und Inputs in Plenum und kleineren Fachpanels sollte die Frage nach einer autoritären Wende und ihre Einbettung in soziale und ökonomische Verhältnisse grundlegend, und über offensichtliche Symptome hinausgehend, diskutiert werden. Das vorliegende *thema* greift einige zentrale Begriffe der gemeinsamen Auseinandersetzung heraus und bildet zugleich einzelne Aspekte der Fachpanels ab.

Der gewohnte *juridikum*-Heftumfang setzt dabei freilich Grenzen; umso mehr sei auf den umfassenden und reflektierten Tagungsbericht von *Karol Felsner* verwiesen. Zwar stellt auch dieser Bericht bewusst keinen Anspruch auf Vollständigkeit und verzichtet auf eine Aufzählung aller Themen und Diskussionen. Vielmehr leistet *Felsner* die wert-

1 *Adorno*, *Minima Moralia* (1951) 59.

2 Siehe *juridikum* 2021, 354–412.

volle Arbeit, Argumentationsstränge herauszuarbeiten und voneinander abzugrenzen. Der Bericht schildert die Zielsetzung und den Aufbau der Tagung und resümiert auch das motivierende Ende der Tagung, das zugleich einen Anfang für Folgeprojekte darstellt. Den 14 parallelen Fachpanels nähert sich der Bericht, indem gemeinsame Beobachtungen jenseits von Panel- und Institutionsgrenzen dargestellt werden.

2. Zentrale Analysekategorien und spezifische Interventionen

Am Beginn der Tagung sowie am Beginn dieses *themas* steht die Klärung einiger zentraler Begriffe. Was macht einen demokratischen Rechtsstaat aus, und ab wann kann man von seiner Gefährdung sprechen? Wie lassen sich krisenhafte Tendenzen im Rechtsstaat erklären, und was können wir als Rechtswissenschaftler*innen im Dialog mit anderen Disziplinen lernen, wenn es darum geht, rechtswissenschaftliche Entwicklungen in ihrem gesellschaftlichen Kontext zu verstehen?

Magdalena Pöschl beschreibt in ihrem Beitrag mit Demokratie und Rechtsstaat zwei hochkomplexe Konzepte. Beide bestehen bereits für sich genommen aus mehreren Komponenten und stützen sich wechselseitig, was umgekehrt aber auch bedeutet, dass Defizite in einem Bereich auch den anderen schwächen. Sie arbeitet heraus, an welchen Stell-schrauben gedreht werden kann, um einen demokratischen Rechtsstaat zu stabilisieren oder aber zu sabotieren. Eine zentrale Rolle spielen dabei auch die Grundrechte, die einen liberalen Rechtsstaat wesentlich definieren.

Illiberale politische Theorien sind hingegen gerade von einer Abneigung gegenüber Gleichheit und Menschenrechten geprägt. Solchen Ansätzen widmet sich *Elisabeth Holz-leithner* kritisch in ihrem Beitrag. Sie stellt dabei insbesondere die Rolle von Geschlecht und Sexualität sowie die Bedeutung der Dichotomie von Öffentlichkeit und Privatheit im illiberalen Denken ins Zentrum ihrer Auseinandersetzung.

Der Anspruch, dass Geschlechterverhältnisse, Klima und Ökonomie mit autoritären Tendenzen im Recht in Zusammenhang stehen, setzt sich in *Emma Dowlings* Artikel fort. Die Sozialwissenschaftlerin diskutiert drei strukturelle Krisen im Bereich Care, Ökologie und soziale Ungleichheit und zeichnet deren systemische Logiken nach. Dabei werden Effekte der Finanzialisierung erörtert und das Problem aufkommender Autoritarismen als Reaktionen auf sich vertiefende Krisen verstanden, und auf die Notwendigkeit der Auseinandersetzung mit den strukturellen Bedingungen kapitalistischer Krisentendenzen für eine nachhaltige Krisenbewältigung bestanden.

Weitere Artikel des *themas* beschäftigen sich mit Aspekten der Fachpanels, die am Freitagnachmittag parallel stattfanden. Der Beitrag von *Anna Menzel* widmet sich den Gründungsmythen des Rechts. Sie beschreibt, wie die Vorstellung souveräner Subjekte und Staaten zunehmend unter Rechtfertigungsdruck gerät, weil sie relational-leibliche Abhängigkeiten verdrängen.

Florian Horn, Sebastian Öhner und *Valerie Gruber* beschreiben in ihrem Beitrag den *Universal Periodic Review*, einen beim UN-Menschenrechtsrat verankerten Prüfungs-

mechanismus, der die Erfüllung der menschenrechtlichen Verpflichtung eines jeden Staats kontrolliert. Dabei gehen sie insb auf die letzte Überprüfung Österreichs sowie auf die aktuelle Umsetzungsphase der verschiedenen Empfehlungen und die Rolle der Zivilgesellschaft dabei ein.

Lukas Wieser erörtert betriebswirtschaftliche Effizienzmaximen in der Staatsorganisation und ihre Auswirkungen auf den Rechtsstaat. Beispiele wie die Zusammenlegung von politischen Gemeinden oder die Anstellung von Staatsbediensteten spiegeln die Problematik eines vermeintlichen effizienten Verwaltungshandelns für den demokratischen Rechtsstaat wider.

Im letzten Beitrag des *themas* beschäftigt sich *Nikolaus Pöchbacker* mit dem Einsatz von Spracherkennungssoftware in Asylverfahren. Die Software verspricht, die bereits derzeit umstrittene Begutachtung der Relation von Sprache und Herkunft bei Asylwerber*innen zu automatisieren und damit zu objektivieren, eröffnet aber in der Analyse weitere Problematiken dieses Begutachtungsverfahrens.

3. Ausblick Transformationsrecht

Trotz der teilweise ernüchternden Analysen war auf der Tagung die Überzeugung spürbar, eine gesellschaftliche Kehrtwende – mit der Unterstützung des Rechts – zu schaffen. Die Versicherung, dass man nicht mit den vielfältigen Herausforderungen alleingelassen ist, sondern im Kollektiv Analysen erarbeitet und die Notwendigkeit von Veränderungen teilt, spendete Hoffnung für zukünftige Auseinandersetzungen und weist den Weg auf nächste Schritte.

Am Ende stand das einhellige Vorhaben, in den Tagungskontexten erneut zusammenzukommen und sich diesmal konkreter mit möglichen Maßnahmen für eine Festigung von Rechtsstaat und Demokratie zu beschäftigen. Vor dem Hintergrund der aktuellen Vielfachkrise nahm der Begriff des *Transformationsrechts* eine prominente Rolle ein. Grob umrissen soll das *Transformationsrecht* den Wandel hin zu einer Gesellschaft unterstützen, die in der Lage ist, auf ökologische, demokratiepolitische und neoliberale Verwerfungen zu reagieren. Als offener Begriff stellt er eine Arbeitsperspektive für die unterschiedlichen Zugänge und Fachbereiche der Tagungsteilnehmer*innen dar. Gemeinsam wollen wir uns dem Erhalt und Ausbau von Rechtsstaat und Demokratie, dem dafür als notwendig erachteten Wandel in grundlegenden Gesellschaftsbereichen und seinem Recht bei einer kommenden Veranstaltung widmen.

Dr. Paul Hahnenkamp, BA ist Post-Doc am Forschungsbereich Rechtswissenschaften des Instituts für Raumplanung der Technischen Universität Wien, war Teil des Tagungsteams und ist Mitherausgeber des *juridikums*; paul.hahnenkamp@univie.ac.at

Dr.ⁱⁿ MMag.^a Maria Sagmeister ist Post-Doc bei der Forschungsplattform GAIN an der Universität Wien, sie war Teil des Tagungsteams und ist Redaktionsmitglied des *juridikums*; maria.sagmeister@univie.ac.at

Tagungsbericht

Rechtsstaat und Demokratie unter Druck März 2022, Juridicum Wien

Karol Felsner

Von 24. bis 26. März 2022 fand die Tagung „Rechtsstaat und Demokratie unter Druck – Perspektiven in der sozialen und ökologischen Krise“ an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien statt.¹ In Kooperation mit dem Institut für Rechtsphilosophie der Universität Wien sowie der Arbeiterkammer Wien veranstaltete die Zeitschrift *juridikum* die Tagung. Die Idee dazu wurde aus Beunruhigung ob der globalen autoritären Wende geboren und im Call for Papers sowie im Tagungsprogramm formuliert: Die Lage von Demokratie und Rechtsstaat sollte vermessen und Handlungsstrategien entwickelt werden. Dabei sollte über gängige Diskussionen zu „Rechtspopulismus“ und „illiberale Demokratie“ hinausgegangen und die Frage nach der autoritären Wende weiter und grundsätzlicher gefasst werden. Der Krisenmodus, in den seit 2008 fast permanent die eine oder andere Krisensituation drängt, legitimiert scheinbar ein beschleunigtes Handeln mit autoritärer Hand. Sodass auf der Suche nach Auswegen die Hintergründe der Krisen in den Blick genommen werden sollten und dabei den Themenbereichen Arbeit und Reproduktion, unser Verhältnis zur Natur, neokoloniale und rassistische Strukturen sowie soziale Sicherheit und Ökonomie Raum gegeben werden.²

Pandemie-krisen-bedingt um fast zwei Jahre verschoben, konnte die Tagung nun im März 2022 als physisches Treffen von über hundert Personen aus dem In- und Ausland, aus Rechtswissenschaft, -praxis und -theorie und auch anderen Disziplinen, im Dachgeschoss des Wiener Juridicum stattfinden. Sie fand mitten in der Verdichtung der Gefahr für Rechtsstaat und liberale Demokratie statt, die der russische Angriffskrieg und das Sich-Schließen des gesellschaftlichen Diskurses rund um diesen darstellen. Denn es wird eine der essenziellen Fähigkeiten der Demokratie unterminiert: Ein „wir“ gegen „sie“ wird nahegelegt, das die Nichtbefürwortung von Zuspitzung / Eskalation / Militarisierung erschwert und wenig Raum für einen pluralen, kritischen, offenen Diskurs lässt.

Die Teilnehmer*innen, davon über 70 Vortragende, diskutierten drei Tage lang im Plenum, in 14 parallellaufenden Panels und im Rahmen verschiedener interaktiver Formate über die österreichische Verwaltung und ihren Umbau; über historische Vorboten autoritärer Entwicklungen; über rechtliches Wissen, seinen Erwerb und die Bedeutung des

1 Herzlichen Dank an *Hanna Palmanshofer* für umfangreiche Kritik und Unterstützung bei der Entstehung dieses Berichts.

2 Vgl den Call for Papers, www.rechtsstaat-unter-druck.at/call/ (26.6.2022).

Anspruchswissens für die Geltendmachung von Rechten; die emanzipatorische Nutzung von Recht; (ökonomische) Ungleichheit; die marktorientierte Verfassung der EU; Klimaklagen und intertemporalen Freiheitsschutz; Untersuchungsausschüsse; Privatisierungen; Grenzen uvm.

1. Wo es drückt

Donnerstagabend fragte *Ines Rössl*, die das Auftaktplenum moderierte, nach Beispielen autoritärer Verschiebungen im Recht, wie auch danach, welche grundsätzlichen Entwicklungen das Podium konstatiere. *Clemens Jabloner*, der das Phänomen aus österreichischer Perspektive einzukreisen suchte, strich die Verwaltung im *System Kurz* heraus, die auf maximale Macht bei minimaler Verantwortung hin getrimmt worden sei. *Sonja Buckel* verwies auf *Hermann Heller* und die charakteristische Spannung, die zwischen Kapitalismus und Demokratie bestehe. Sie erweiterte den Blick auch auf die europäische Ebene und beleuchtete kritisch das europäische Grenzregime. *Lisa Mittendrein* nannte Beispiele autoritärer Verschiebungen im Bereich Wirtschaftspolitik: die autoritäre Politik der Finanz- und Eurokrise, globale Handels- und Investitionsabkommen und die Digital Trade-Agenda. Sie erläuterte, dass über völkerrechtliche Verträge neoliberale Wirtschaftspolitik und Kapitalinteressen durchgesetzt und unumkehrbar gemacht würden³ und die großen Digitalkonzerne gerade dabei seien, mittels Handelsabkommen zu verhindern, dass die digitale Ökonomie reguliert werde⁴.

Sodann wollte *Rössl* wissen, welche Handlungsstrategien das Podium für zielführend hielt, um den Verschiebungen Einhalt zu bieten. Die Diskutant*innen waren sich recht einig, dass es über das Ganze zu reden gelte, dass die Krise(n) seit 2007 nicht mehr aufhöre(n): Wirtschaftskrise, Ausnahmezustand, Pandemie, Krieg ineinander übergingen. *Jabloner* nannte allerdings auch „Gesinnungsethik“ als Gefahr. Es gebe eine Ökonomie der Aufmerksamkeit und Energie und würden zu viele Ziele gleichzeitig verfolgt, brähe möglicherweise die Energie zusammen. Um aus dem Hin und Her zwischen Verzweiflung und Optimismus positiv hervorzugehen, müssten jedenfalls auch kleine Schritte vorwärts begrüßt werden; auch darüber herrschte Einigkeit.

2. Was macht einen demokratischen Rechtsstaat aus und wer will ihn verteidigen?

Im Einstiegspanel am nächsten Tag ging es um Begriffsarbeit und die Einbettung der besprochenen Entwicklungen in den gesellschaftlichen Kontext. Rechtsstaat und Demokratie seien prestigeträchtige Begriffe, und es sei leicht, sich damit zu schmücken,

3 Vgl. PowerShift/Canadian Centre for Policy Alternatives, Trade in Services, [friendsoftheearth.eu, https://friendsoftheearth.eu/wp-content/uploads/2016/10/06_trade_in_services.pdf](https://friendsoftheearth.eu/wp-content/uploads/2016/10/06_trade_in_services.pdf) (12.7.2022).

4 Vgl. *Kofler et al.*, Policy Brief on Digital Trade, in *Seattle to Brussels Network* (Hrsg.), <https://s2bnetwork.org/policy-brief-on-digital-trade> (12.7.2022).

weil nicht klar sei, was sie hießen, eröffnete *Magdalena Pöschl* ihren Vortrag. Dabei sei bedeutsam, dass die beiden zum Teil in einem Spannungsverhältnis zueinander stünden, zum Teil auch Ähnliches bedeuteten. Im schlechtesten Fall könnten die beiden gegeneinander ausgespielt werden oder aufgrund ihrer Überschneidungen als Platzhalter* in des* der jeweils anderen benutzt werden. Der kleinste gemeinsame Nenner beider Konzepte sei, dass es darum gehe, die staatliche Macht zur Verantwortung zu ziehen, um Freiheiten zu bewahren: die Demokratie mache das über periodische Wahlen, der Rechtsstaat über Verfahren. Beide seien auf eine Verfassung angewiesen. Grundrechte seien Ziel und Voraussetzung eines demokratischen Rechtsstaates. Demokratie Sorge für Fairness, insbesondere durch ein allgemeines Wahlrecht, das frei und geheim zu wählen fordere und damit für eine realistische Chance auf Veränderung bürge. Als essentiell für eine funktionierende Demokratie nannte *Pöschl* Widerrede, Kompromisse und Zeit. Demokratie sei langsam. Und auch der Rechtsstaat koste Zeit und mache Arbeit.

Sodann wurde der gesellschaftliche Kontext aufgespannt, aus dem heraus sich die Druckstellen für rechtsstaatliche Demokratien entwickeln. In ihrem Vortrag über Geschlechterverhältnisse im Illiberalismus stellte *Elisabeth Holzleithner* fest, dass es zwar auch in der liberalen politischen Philosophie eine Dichotomie von Öffentlich und Privat gebe, gleiche Grundrechte aber auch von Frauen und LGBTQI ausgeübt werden könnten. Illiberale politische Theorie dagegen beruhe auf einer Geschlechterdichotomie, die eine Platzanweisung für Frauen mit sich bringe. Einschränkungen der Macht des Pater Familias durch den Staat würden aus dieser Perspektive als totalitärer Übergriff diffamiert.

Für *Emma Dowling* kommt es zur Normalisierung der Krise bzw des Krisenmodus'. Von Krise zu Krise gerate die Notwendigkeit einer langfristigen Umorientierung aus dem Blick. Im Modus der Krisenregierung lasse sich die – von *Dowling* exemplarisch herangezogene Sorgekrise, Krise der Pflegearbeit und ökologische Krise – nicht lösen. Dabei sollten die Krisentendenzen des Kapitalismus betrachtet werden. Ziel der jeweiligen Regierungen sei es danach die Kosten sozialer Reproduktion niedrig zu halten. Dies geschehe zum einen durch den Abbau wohlfahrtsstaatlicher Arrangements, zum anderen aber auch durch die Auslagerung von Care- und Sorgearbeit an Frauen, welche diese unbezahlt verrichteten. Gleichzeitig gingen damit einher die Ausdehnung von Privatisierungen und die Kommodifizierung öffentlicher Güter, nicht nur in der Pflege, sondern auch am Wohnungsmarkt. Autoritäre Entwicklungen fänden in einer kapitalistischen Ausweglosigkeit statt. So sei auch in der Coronakrise etwa nicht gegen die Profite der Pharmakonzerne auf die Straße gegangen worden.

Lukas Oberndorfer sprach über die Vielfachkrise und Zyklen der Demokratie. Er hob die ökonomische Ungleichheit als einen die Demokratie stark untergrabenden Faktor hervor; es lasse sich bezüglich der Wahlbeteiligung ein klarer Unterschied feststellen: Im ärmsten Drittel der Bevölkerung wählten 59 % der Wahlberechtigten, im reichsten Drit-

tel 83 %.⁵ Dennoch sei Demokratie eine Ermöglichungsbedingung für eine Gesellschaft, die auf Widersprüchen aufbaue. Unsere kapitalistische Lebensweise tue dies. Sie bedürfe etwa immer der Ausbeutung unbezahlter Arbeit (nah oder fern) und der Natur als Zapfhahn und Senke. Die Widersprüche der kapitalistischen Lebens- und Produktionsweise wiederum führten zu regelmäßigen politischen Krisen. In diesen Krisen der Demokratie wären die Profiteur*innen der Ungleichheit bereit, *die demokratischen Errungenschaften einzuschränken bzw aufzugeben*⁶ oder gar ihr *politisches Ideal zu ändern und von der Demokratie zur Diktatur überzugehen*⁷, zitierte *Oberndorfer Sonja Buckel* und *Hans Kelsen*. Daher gelte es, bei aller Ambivalenz, sich für die Verteidigung von Demokratie und Rechtsstaat (rechtlich) zu engagieren, als auch sich gegen die Ausbeutung von Mensch und Natur einzusetzen.

3. Schlaglichter und Erkenntnisse

Am Freitagnachmittag entwickelte sich die Themenpluralität in zweimal sieben parallelen Panels fort. Je 90 Minuten lang trugen zwei bis vier Referent*innen kurz vor und traten dann miteinander und daraufhin auch mit den Zuhörer*innen in Diskussion. Jedes Ereignis der Tagung widerzugeben, kann dieser Beitrag nicht leisten. Vielmehr greife ich einige wiederkehrende Motive heraus und versuche Erkenntnisse, die aus der Tagung gewonnen werden konnten, nachzuzeichnen, und Schlaglichter auf einige Diskussionsbeiträge zu werfen.⁸

3.1. Zweifel

Das Schließen des Diskurses ist ein wesentliches Element des autoritären Umbaus. Wenn Grundelemente der Demokratie Widerrede, Kompromisse und Zeit sind, dann ist die Abschaffung von Zweifeln bedeutende Begleiterscheinung autoritärer Beschleunigung. Krise, Zeitdruck, höchste Dringlichkeit und daher uniformes Vorgehen waren in der Vergangenheit und sind in der Gegenwart Wegbegleiter*innen oder gar -bereiter*innen. In Panel #1 wurden (mögliche) Vorboten autoritärer Entwicklungen behandelt. *Ilse Reiter-Zatloukal* gab einen historischen Überblick insb der Durchsetzung des Austrofaschismus und zitierte *Dollfuß*: „Die Tatsache, daß es der Regierung möglich ist, selbst ohne vorherige endlose parlamentarische Kämpfe sofort gewisse dringliche Maßnahmen

5 Schnetzer, Wie Ungleichheit die Demokratie untergräbt, a&w blog v 6.12.2021, <https://awblog.at/wie-ungleichheit-die-demokratie-untergraebt/> (20.7.2022) mVa SORA, Österreichischer Demokratie Monitor 2021.

6 *Buckel*, Dialektik von Kapitalismus und Demokratie heute, in *Eberl/Salomon* (Hrsg) *Perspektiven sozialer Demokratie in der Postdemokratie* (2017) 19.

7 *Kelsen*, Wer soll der Hüter der Verfassung sein? *Die Justiz* 1930/1931, 576.

8 Die einzelnen hier erwähnten Panels und Beiträge lassen sich im Programmheft in ihrer ursprünglichen thematischen Rahmung wiederfinden: www.rechtsstaat-unter-druck.at/wp-content/uploads/2022/03/2022-03-22_A4-Tagungsmappe_Rechtsstaat-unter-Druck.pdf (13.7.2022). An dieser Stelle ist auch die Ausrichtung der Panels anhand der aufschlussreichen Abstracts nachzuvollziehen.

in die Tat umzusetzen, wird zur Gesundung unserer Demokratie wesentlich beitragen.“⁹ Die Folgen für die Demokratie sind bekannt. *Reiter-Zatloukal* erläuterte auch, dass der Einsatz des Kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetzes¹⁰ und die „Entpolitisierung“ des VfGH, die eigentlich eine Umpolitisierung war, wichtige Elemente der Demontage des Rechtsstaats waren und letztere schnell passieren könne.¹¹ *Julia Kienast* versuchte sich an Krise als Rechtsbegriff und definierte „Krise“ als eine Veränderung des Normalzustandes bzw eine erhöhte Belastung, die wichtige Elemente des Systems betreffe und eine unsichere Zukunftsperspektive mit sich bringe; und gleichzeitig den Druck zeitnahe zu handeln. Sie stellte auch dar, dass sich die Bundesregierung im Herbst 2021 ein Krisensicherheitsgesetz zu erlassen vorgenommen habe.¹² Darin sollen eine Krisendefinition, ein Ausrufungsmechanismus und damit ermöglicht beschleunigte Entscheidungsprozesse vorgesehen werden. *Kienast* konstatierte, es bedürfe eines „post crisis process“, um Krisen aufzuarbeiten und Wissen über mögliche Krisen-Prävention zu erwerben. Das Motiv der Zeit, die Demokratie und Rechtsstaat benötigen, lässt sich so auch als Lektion aus der Vergangenheit verstehen. Sowohl die Vergangenheit der letzten Krise, sowie auch jene, die bis zum Dollfuß-Zitat zurückreicht, können herangezogen werden, um zu sehen, dass „notwendige“ Handlungen Demokratie entkräften und zu fragen, wie dem Einhalt geboten werden kann. Möglicherweise, scheint mir, nimmt das Festhalten an Demokratie und Rechtsstaat in Krisen die Form von Bedenkenträger*innenschaft ein. Auch angesichts der schrecklichen Bilder aus der Ukraine uns die Demokratie nicht nehmen zu lassen, hatten *Buckel* und *Mittendrein* im Auftaktplenum appelliert; es gelte den pluralen Diskurs offenzuhalten. Könnte Grundaufgabe von Demokrat*innen also sein, stets zu zweifeln? – auf Widerrede, Kompromisse und Zeit zu pochen?

3.2. „Entpolitisierung“

Die oft auch als Entpolitisierung getarnte Umpolitisierung tauchte wiederholt als Element einer Abwendung von Rechtsstaat und Demokratie auf. So bereits im Vortrag von *Ilse Reiter-Zatloukal* zu den Vorboten bezüglich des VfGH; dann aber auch bezogen auf die gegenwärtige ökonomisch bestimmte Politik. *Lukas Wieser* zeigte dazu im Panel #4 „Regierungstechniken“ auf, wie das *New Public Management* die Staatsorganisation primär unter ökonomische Interessen stellt. Auch *Nikolaus Dimmel* sprach im Panel #3 „Staatsumbau: Korruption des Rechtsstaats“ über das Dilemma der Privatisierung

9 Wiener Zeitung v 3.10.1932, 1.

10 RGBl 1917/307.

11 Vgl *Reiter-Zatloukal*, Von der Demokratie zur Diktatur – Das Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz in der Ersten Republik, Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs (2018) 294.

12 Bislang existiert lediglich ein Ministerratsbeschluss vom 26.10.2021 bezüglich des „Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über die staatliche Resilienz und Koordination in Krisen (Bundes-Krisensicherheitsgesetz – B-KSG) erlassen wird sowie das Bundes-Verfassungsgesetz und das Meldegesetz 1991 geändert werden“, siehe dazu den Vortrag an den Ministerrat, 3/11 MRV, www.bundeskanzleramt.gv.at/dam/jcr:8cdd6732-c0bf-442f-b142-cdf4f51ddd3/3_11_mrv.pdf (13.7.2022).

gen, die öffentliche Gestaltungsverluste und Korruption bzw unnachvollziehbare Lobbyist*innen-Tätigkeit mit sich bringen. Und *Joachim Becker* steuerte im Panel #2 „Europa: Brüche im (Rechts-)Staat“ bei, dass die ökonomische Eingliederung von Polen und Ungarn in die EU schon in den 1990er Jahren begonnen habe und vor allem durch Privatisierungen geschehen sei, um die hohe Verschuldung abzubauen. *Mittendrein* hatte bereits im Eröffnungspanel dargelegt, dass neoliberale Wirtschaftspolitik und Kapitalinteressen über völkerrechtliche Verträge durchgesetzt und unumkehrbar gemacht würden, wie etwa, wenn Handelsabkommen eine Pflicht öffentliche Aufträge aususchreiben vorsehen und verbieten, was schon liberalisiert ist, zurückzunehmen.

3.3. Verwaltungsarchitektur

Umbauten in der Architektur der Verwaltung wurden insb in Panel #10 „Staatsumbau: Machtkonzentrationen“ besprochen. Die Konstruktion aufgeblähter Ministerkabinette und ihre politische Besetzungskultur sind dabei Elemente, von denen *Konrad Lachmayer* erläuterte, dass sie willkürliche Machtausübung begünstigten und einen Mangel an Kontrolle über und fehlende Transparenz bei den wesentlichen Entscheidungen der Ministerialverwaltung mit sich brächten. Die Politisierung der Verwaltung bedeute auch den Tod des fokussierten Sachverständes, der dort zuvor mit dem Selbstverständnis des ministeriellen Verwaltungsapparats als lagerunabhängigem Ort, ansässig gewesen sei. Diese Problematik hatte auch *Jabloner* bereits am Auftaktpodium angesprochen. *Dominik Öllerer* stellte dar, wie trotz des in der Verfassung angelegten Bekenntnisses zur Sozialpartnerschaft im Kontext der sonstigen Selbstverwaltung, eine klare Machtverschiebung zu den Arbeitgeber*innen hin geregelt worden sei. Im Entscheidungsgremium der Österreichischen Gesundheitskasse, dem Verwaltungsrat, seien nun sechs AN- und sechs AG-Vertreter*innen vorgeschrieben.¹³ Das mache im Hinblick auf die 7,2 Mio versicherten Arbeitnehmer*innen keine Parität, sondern stelle eine Umstrukturierung zur Wirtschaftskammer und zur ÖVP dar.

3.4. Die von Rechten Ausgeschlossenen

Auch der Ausschluss von Rechten war Thema in mehreren Vorträgen. In Panel #5 „Ausschluss der Anderen“ stellte *Susanna Paulweber* dar, wie das 2019 beschlossene Sozialhilfe-Grundsatzgesetz¹⁴ im Vergleich zur 2016 ausgelaufenen Mindestsicherung in vielerlei Hinsicht eine Verschlechterung für Betroffene bedeute. Ziel sei nicht mehr die Bekämpfung von Armut und sozialem Ausschluss, sondern die Leistung einer „Unterstützung“ (neben anderen Einkünften). Personen mit mehreren „Problemherden“ würden nun systematisch benachteiligt. *Johannes Peyrl* zeichnete anhand von zwei Beispielen die

¹³ *Panhözl*, Wie verfassungswidrig ist die Neuorganisation der Sozialversicherung? DRdA-InfAs 2019, 100 (102).

¹⁴ BGBl 2019/41

antidemokratischen Tendenzen im Umgang mit ökonomisch schwachen Personen nach. So stünden etwa Personen, die Geld aus der Arbeitslosenversicherung bezögen, durch die aktuelle Gesetzeslage und Rsp schnell unter enormen Druck, faktisch jeden Job anzunehmen. *Susanne Kimm* wies auf die prekäre Situation von Menschen hin, die in Österreich arbeiteten, ohne entsprechende Papiere dafür zu besitzen. Diese hätten oft Angst, Ansprüche geltend zu machen, da es zwischen Arbeitsgericht und Fremdenbehörde keine „Firewall“ gebe.

3.5. Arbeitsbedingungen

Im Panel #13 „Krise der Lohn- und Sorgearbeit?“ wurde festgestellt, dass die Unsichtbarkeit, die gerade das Corona-Krisen-bedingte Homeoffice, aber auch die „Flexibilisierung“ bei der Arbeitszeit mit sich gebracht haben, große Nachteile für die Kontrollen der Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen darstellen. *Sascha Obrecht* und *Bianca Schrittwieser* waren sich einig, es müssten Ansprüche geschaffen werden, um vorhandene Rechte durchzusetzen und Verstöße zu bestrafen. *Ines Höckner* zeigte die Arbeitskraft ausnutzende Umgangsweise des Staates mit der Gesundheitskrise auf. (Unbezahlte) Reproduktionsarbeit bliebe an Frauen und Migrant*innen hängen; bei vielen Corona-Maßnahmen sei von der bürgerlichen Kleinfamilie ausgegangen worden. Feminismus müsse für den Ausbau staatlicher Fürsorge kämpfen. *Julia Wegener* erläuterte in Panel #12 „(Versagende) Kontrolle“, wie das Niveau von Arbeitsbedingungen durch ausgelagerte Produktion geringgehalten würde, oft auch Menschenrechtsverletzungen vorlägen. Allerdings verunmögliche das Trennungsprinzip, wonach Mutterunternehmen nicht für Verstöße von Tochterunternehmen hafteten, die Standardeinforderung.

3.6. Rechtsstaat bricht Recht

Der Rechtsbruch durch den Rechtsstaat war ebenfalls eine wiederkehrende Figur. So zeichne sich die EU-Krisenbewältigung durch „Rechtsbrüche für die gute Sache“ aus, konstatierte *Stefan Griller* im Panel #2 „Europa: Brüche im (Rechts-)Staat“. Auch an den europäischen Grenzen werde der formalisierte Rechtsstaat durch abstruse (rechtliche) Konstruktionen der Zurechnung von Hoheitsgewalt brüchig auf die Spitze getrieben. *Philip Czech* erläuterte im Panel #6 „Grenzen“, wie kreativ europäische Staaten bei der Vertuschung dieser Brüche seien, und dass die Verhinderung, in den Schutz internationalen Flüchtlingsrechts zu kommen, durch Kooperationen mit örtlichen Behörden etwa in Nordafrika meist noch legal abgewickelt werde.

3.7. Anspruchswissen und -schaffung

Dass Anspruchswissen mindestens genauso bedeutsam ist, wie das dem zustehenden Anspruch zugrundeliegende Recht, machten insb die Vorträge von *Petra Sußner* im Panel #12

„(Versagende) Kontrolle“ und *Sandra Konstatzky* in Panel #14 „Hürden emanzipatorischer Nutzung von Recht“ deutlich. In Panel #8 führte *Ana Maria Miranda Mora* zum *paradox of law*, dem Widerspruch, den das Recht für emanzipatorische Kämpfe berge, aus, dass Recht sowohl eine gewaltfortführende Institution als auch ein potenziell emanzipatorisches Utensil sei. Ähnlich ambivalent stellt sich auch das Verhältnis des Rechts zum Klima(wandel) dar. Obwohl wir wissen, dass unsere Lebens- und Wirtschaftsweise keinen Bestand haben kann, sichert das Recht zunächst Etabliertes. *Sophie Lampl* berichtete in Panel #7 „Beharrungskräfte gegenüber der ökologischen Transformation“ von der Repression gegenüber österreichischen und anderen Klima-Aktivist*innen. *Judith Fitz* stellte einige Klimaklagen vor und verwies auf die vom deutschen Bundesverfassungsgericht geschaffene Figur des „intertemporalen Freiheitsschutzes“. Das BVerfG hatte¹⁵ das deutsche Klimaschutz-Gesetz für teilweise verfassungswidrig erklärt, da der Gesetzgeber verpflichtet sei, Freiheitschancen über die Generationen verhältnismäßig zu verteilen, also bereits heute künftige Freiheit zu schonen. Sodass auch dieses letzte Motiv, das ich aus dem reichen Pool an Referaten herausstreiche, die Anspruchsschaffung für Klimaschutz, wiederum auf das Thema Zeit verweist.

4. Gemeinsames Denken (wollen)

Nach den beiden konkreteren Panel-Sessions sah das Programm ein neues, podiumloses Format vor. Die Teilnehmer*innen der Tagung strömten gefüllt mit den verschiedenen Inputs zurück in das Dachgeschoss des Juridicum. Es ging direkt in die offene Diskussion in großer Runde; im *Fishbowl* wurde am Frühabend des zweiten Tagungstages gebrainstormed und sich ausgetauscht: Zu Beginn wurde auch hier „Zeit“ nochmals als Referenz hervorgehoben: Es komme immer wieder das Argument: „es drängt“. Aber Demokratie sei eben langsam. Gebe es nicht schnelle aber richtige Entscheidungen? – Und wer sagt, was richtig ist? – Die Rechtsform Demokratie sei quasi eine zu bewahrende Bremse – auch Rechtsschutzstaat? – die Möglichkeit der Geltendmachung von Ansprüchen als Messlatte – Dass in der Corona-Krise in Spanien die Kultur offen gewesen sei, in Dänemark die Schulen und in Österreich die Schipisten. – Die Frage nach dem Überleben von 7,8 Milliarden Menschen global stellen! – Die staatlichen Emissionsrechnungen würden das Militär ausnehmen, dabei sei das US-Militär der größte Emittent! – Sollen Social Media Plattformen reguliert werden? – Sind Expertenregierungen vielleicht die Zukunft moderner Demokratien!? – Es braucht Orte widerständigen Willens zur Demokratie – Transformationsrecht!

5. Alternative Perspektiven

Im Abschlusspanel am Samstagvormittag ging es darum, Hoffnung zu schaffen. *Lukas Oberndorfer* moderierte. *Barbara Teiber* führte unter dem Titel „Ungleichheit frisst De-

15 Vgl BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021, 1 BvR 2656/18 ua.

mokratie: Gewerkschaften als Akteure in der Vielfachkrise“ aus, Reichtum bedeute größere politische Macht. Es bestünden Verstrickungen zwischen Großkapital und Politik. So begründe sich auch legitimes Misstrauen in die Politik. Die Gewerkschaften könnten durch Vertretung vor Gericht Demokratie am Arbeitsplatz ermöglichen.

Alina Brad fragte, warum Gelbwesten-ähnliche Proteste nicht mehrheitsfähig seien, wo doch die CO₂-Emissionen schwerpunktmäßig von den Reichsten herstammten und die Betroffenheit vom Klimawandel die Ärmeren treffe, deren Arbeit sich etwa im Freien abspiele. Es gebe Kräfte, die Versuche, die imperiale Lebensweise abzuschaffen, unterminierten; die Grünen würden etwa als „Verbotspartei“ gebrandmarkt. *Brad* forderte: Erstens Maßnahmen zum ökologischen Wandel müssen sozial abgefedert werden; zweitens müsse es ein alternatives Verständnis von Wohlstand für alle geben: ZEIT statt GELD; drittens sei das Ganze intergenerational zu denken!

Nada Taha Ali Mohamed gab Einblicke in die Arbeit des *Black Voices Volksbegehren*. Sie zeigte auf, wie tief struktureller Rassismus in Österreich verankert ist und betonte die Notwendigkeit gleichberechtigter Teilhabe für Demokratie und Rechtsstaat.

Alexander Somek sprach über die liberale und die soziale Demokratie. Mit einer semidemokratischen Übergangsgesellschaft, in der ein Rätssystem die Diktatur des Proletariats ohne Gewalt ermögliche, werde die zukünftige Gesellschaft vorbereitet.

6. Aussichten

Nach zwei Tagen intensiver gemeinsamer Zeit, alle versammelt bei den großen Podien, alle verstreut und in Kleingruppchen essend und diskutierend zu Mittag, an langen Tischen zu Abend und in 14 verschiedenen Zusammensetzungen in den thematischen #-Panels wurden zuletzt Entschlüsse gefasst: Die verschiedenen Themenfelder, in welchen Spuren oder Gründe der autoritären Wende festgestellt worden sind, sollten in Zukunft intensiver zusammengedacht, vernetzt werden. Der gesellschaftliche Hintergrund der verschiedenen Einschränkungen von Demokratie und Rechtsstaat, die ausbeuterische Umgangsweise mit Menschen und Natur, der Ausschluss und die Ungleichheit sollten weiter in den Blick genommen werden. Um ein Netzwerk von Personen festzuhalten, wird ein Mail-Verteiler eingerichtet und im Winter 2022 soll es eine Folgeveranstaltung geben:¹⁶ Ein zu erarbeitendes „Transformationsrecht“ könnte insb Schieflagen in sozialen und ökologischen Bereichen beseitigen.

Karol Felsner ist Redaktionsmitglied des *juridikum* und arbeitet als Referendarin beim Berliner Kammergericht; karol.felsner@chello.at

¹⁶ Näheres zur Folgeveranstaltung findet sich zeitnäher unter www.juridikum.at.

Stellschrauben des demokratischen Rechtsstaates

Magdalena Pöschl

1. Zwei prestigeträchtige und verwirrende Konzepte¹

Demokratie und Rechtsstaat sind prestigeträchtige Konzepte – fast jeder Staat nimmt für sich in Anspruch, beides zu sein. Demokratie und Rechtsstaat machen es Regierungen auch leicht, sie zu vereinnahmen, denn was das ist – eine Demokratie, ein Rechtsstaat – ist alles andere als klar. Jedes der beiden Konzepte ist schon für sich hochkomplex, weil es aus mehreren Komponenten besteht; welche das sind, wie sie im Detail beschaffen sein müssen und wie sie zueinander stehen, daran scheiden sich die Geister. Demokratie und Rechtsstaat sind aber nicht nur je für sich „wesensmäßig umstrittene Begriffe“.² Sie treten in freier Wildbahn auch in scheinbar unendlich vielen Spielarten auf. Abhängig von theoretischer Konzeption und praktischer Ausgestaltung, laufen Demokratie und Rechtsstaat zum Teil auf dasselbe hinaus; das ist nicht ungefährlich, denn es lädt dazu ein, das eine Konzept aufzugeben, weil es ja noch das andere gibt.³ Zum Teil scheinen zwischen Demokratie und Rechtsstaat aber ebenso Spannungen zu bestehen; auch das ist gefährlich, denn es ermöglicht es, beide Konzepte gegeneinander auszuspielen. Teils stützen sich Demokratie und Rechtsstaat schließlich wechselseitig, das bedeutet umgekehrt: Defizite im einen Bereich schwächen auch den anderen.

Um diese Konzepte greifbarer zu machen, wird im Folgenden kurz skizziert, was Demokratie und Rechtsstaat verbindet (2), wo sie sich unterscheiden und sogar in Spannung geraten (3) und inwieweit sie sich wechselseitig stärken bzw miteinander untergehen (4), kurz gesagt: an welchen Stellschrauben man drehen kann, um einen demokratischen Rechtsstaat zu stabilisieren oder zu sabotieren. Dabei wird ein Verständnis von Demokratie und Rechtsstaat zugrunde gelegt, das in diesem Kreis wohl konsensfähig ist, das man aber gewiss auch anders fassen kann.

1 Der vorliegende Text beruht auf einem Kurzvortrag, den die Autorin am 25.3.2022 auf der Tagung „Rechtsstaat und Demokratie unter Druck“ am Wiener Juridicum gehalten hat; er ist mit den wichtigsten Nachweisen versehen, die Vortragsform wurde beibehalten. Für wertvolle Hilfe bei den Recherchen danke ich Magdalena Csármán, die den Text auch kritisch gelesen hat, sowie Lukas Tschernernjak und Stephanie Klammer.

2 Reich, Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, in *Diggelmann/Randall/Schindler* (Hrsg), Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1 (2020) Rz 1.

3 Ein anschauliches Beispiel ist der Ständestaat in Österreich: Er beendete die Demokratie, betonte aber im Gegenzug die Rechtsstaatlichkeit, näher *Wiederin*, Die Rechtsstaatskonzeption der Verfassung 1934, in *Parlamentsdirektion* (Hrsg), Staats- und Verfassungskrise 1933 (2014) 75.

2. Gemeinsamkeiten

Auf den kleinsten gemeinsamen Nenner gebracht, verbindet Demokratie und Rechtsstaat erstens das Ziel, staatliche Macht zur Verantwortung zu ziehen, wenn auch mit unterschiedlichen Instrumenten:⁴ Die Demokratie setzt auf periodische Wahlen, in denen das Volk die Regierungsarbeit politisch bewertet; der Rechtsstaat arbeitet mit anlassbezogenen Verfahren, in denen Gerichte staatliches Handeln rechtlich beurteilen.

Sowohl das Volk als auch die Gerichte halten, wie es sich für gute Kontrolleur*innen gehört, zum kontrollierten Staat zweitens gemessene Distanz, wenn auch aus unterschiedlichen Positionen. Das Volk steht – abgesehen von dem Moment, in dem es das Parlament kreiert⁵ – ohnedies gänzlich außerhalb des Staates, ist mit ihm aber zugleich eng verbunden, weil es sich jederzeit über den Staat informieren kann: Nur unter dieser Bedingung wird demokratische Kontrolle funktionieren. Anders die Gerichtsbarkeit – sie ist stets ein Teil des Staates, wird von ihm aber dauerhaft abgespalten und „von allen außerrechtlichen Zweckmäßigkeitserwägungen“ befreit,⁶ denn nur so ist die rechtsstaatliche Kontrolle gewährleistet.

Demokratie und Rechtsstaat brauchen drittens eine Verfassung – die Demokratie, weil jede kollektive Willensbildung einen rechtlichen Rahmen benötigt, der regelt, wer das Volk ist, wie es seinen Willen äußert und wie diese Willensäußerungen in eine demokratische Mehrheit umgerechnet werden.⁷ Der Rechtsstaat setzt eine Verfassung voraus, weil er alle Staatsfunktionen dem Recht unterwirft, dh auch die Gesetzgebung, und diese eben der Verfassung.

Viertens ist ein demokratischer Rechtsstaat nicht ohne Grundrechte zu haben. Sie sind das Ziel der demokratischen und rechtsstaatlichen Kontrollen, aber auch deren Voraussetzung: Die Demokratie kommt durch politische Grundrechte erst in Gang und ermöglicht den Menschen dann ihrerseits ein Leben in Freiheit und Gleichheit, freilich nicht lückenlos. Wegen des Mehrheitsprinzips sind zunächst Minderheiten in der Demokratie gefährdet, unter die Räder zu kommen. Bisweilen ist aber selbst die Mehrheit schutzlos Privaten ausgeliefert, auf die der Staat angewiesen ist – das galt historisch für Intermediäre wie Adel und Kirche, die der Staat brauchte, um sein Territorium zu erschließen, und es gilt heute für Internet-Giganten, ohne die der Staat den digitalen Raum nicht kontrollieren kann.⁸ Schließlich sind in einer Demokratie künftige Generationen gefährdet, nicht nur, weil sie ihre Interessen im demokratischen Prozess noch nicht geltend machen

4 *Merli*, Der Rechtsstaat, in *Hofmann/Marko/Merli/Wiederin* (Hrsg), Rechtsstaatlichkeit in Europa (1996) 31 (32); *Merli*, Demokratie in Gefahr? in *Karl-Franzens-Universität Graz* (Hrsg), Wie werden wir morgen leben – wie wollen wir morgen leben? (2007) 191.

5 *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (1960) 160, betrachtet Wähler*innen folgerichtig als Staatsorgane.

6 *Merli* in *Hofmann/Marko/Merli/Wiederin* 32.

7 *Wiederin*, Welchen Rechtsrahmen braucht die Demokratie? in *ÖJK* (Hrsg), Krise der liberalen Demokratie? (2019) 61 (63).

8 *Pöschl*, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, *VVDStRL* 74 (2015) 405 (414 ff, 419 ff, 424 ff).

können, sondern auch, weil dieser Prozess über Wahlperioden kurzfristig organisiert ist und daher langfristige Planungen nicht ausreichend honoriert.⁹ Diese offenen Flanken der Demokratie schließen abermals die Grundrechte, die vor unabhängigen Gerichten einklagbar sind, also vor Einrichtungen, die gerade von jenen Zweckmäßigkeitserwägungen befreit sind, die das Parlament beim Schutz der gefährdeten Gruppen lähmen. Ob man die Grundrechte nun eher der Demokratie oder dem Rechtsstaat zuordnet, ist eine Definitionsfrage; klar ist aber, dass ein demokratischer Rechtsstaat ohne Grundrechte seine Basis und seinen Sinn verliert.

Ab nun trennen sich die Wege der beiden Konzepte, denn im Detail ist die Grundausstattung von Demokratie und Rechtsstaat durchaus verschieden, weil die Demokratie staatliche Herrschaft legitimiert, während der Rechtsstaat sie mäßigt: Das erfordert ganz unterschiedliche Instrumente.

3. Unterschiede und Spannungen

3.1. Grundausstattung der Demokratie

Zur Basisausstattung der Demokratie gehört neben periodischen Wahlen und einem informierten Volk ein Wahlrecht, das allgemein, gleich und frei ist und eine realistische Chance bietet, die Regierung abzuwählen. Jedes dieser Elemente ist gestaltbar und weniger trivial, als man zunächst denkt: Das Wahlrecht ist allgemein, aber in fast allen Demokratien sind Migrant*innen von Wahlen ausgeschlossen; umso wichtiger ist, unter welchen Voraussetzungen die Staatsbürgerschaft verliehen wird – je nachdem ist das Wahlvolk mehr oder weniger homogen.¹⁰ Das Wahlrecht ist gleich, doch faktisch wird es von Armen seltener in Anspruch genommen,¹¹ zugleich beeinflusst das vermögendste Prozent der Bevölkerung das politische Geschehen signifikant stärker als der Rest.¹² Das Wahlrecht ist frei und muss deshalb auch geheim sein, doch die Abgeschiedenheit in der Wahlzelle¹³ erodiert durch die Briefwahl, durch das Handy, mit dem der Wahlvorgang dokumentiert werden kann, und

9 Vgl dazu zB den Klimabeschluss des BVerfG 24.3.2021, 1 BvR 2656/18 ua, Rz 206.

10 In Österreich ist das Staatsbürgerschaftsrecht bekanntlich sehr restriktiv, mit der Folge, dass derzeit 15 % der volljährigen Wohnbevölkerung nicht wahlberechtigt sind, in Wien sind es sogar fast 30 %, näher *Valchars/Bauböck*, Migration & Staatsbürgerschaft (2021) 163, siehe die Rezension in diesem Heft auf S 286; *Stadt Wien*, Integrationsmonitor 2020, 2.6. Fehlendes Wahlrecht führt zu steigendem Demokratiedefizit, www.wien.gv.at/spezial/integrationsmonitor2020/gleichstellung-und-partizipation/fehlendes-wahlrecht-fuehrt-zu-steigendem-demokratiedefizit/ (12.5.2022).

11 Zu diesem allgemeinen Phänomen von Demokratien *Merli*, Armut und Demokratie, JRP 2016, 107; speziell zu Österreich *Zandonella*, Ökonomische Ungleichheit zerstört die Demokratie, in *Die Armutskonferenz ua* (Hrsg), Stimmen gegen Armut (2020) 83 (85 ff); für Wien *Ehs/Zandonella*, Demokratie der Reichen? Wirtschaft und Gesellschaft 2021/1, 63.

12 Ein krasses Beispiel ist der Unternehmer *Siegfried Wolf*, dem mehrere Millionen Steuerschulden erlassen worden sein sollen (zB *Graber/Schmid*, „Das ist irre“, *Der Standard* 27.12.2021), und zwar auf Betreiben des damaligen Generalsekretärs im Finanzministerium, *Thomas Schmid*, der einen Mitarbeiter aufklärte: „Vergiss nicht – du hackelst im ÖVP Kabinett!! Du bist die Hure für dich reichen (sic)!“, *Konzett/Klenk*, „Huren für die Reichen“, *Der Falter* 22.12.2021.

13 Zu ihrer Bedeutung und Gefährdung: *Ch. Schönberger*, Vom Verschwinden der Anwesenheit in der Demokratie, JZ 2016, 486 ff.

das immer wieder propagierte E-Voting. Wahlen sollen eine faire Chance auf einen Machtwechsel bieten; das führt zur – vielfältig gestaltbaren – Frage, wie leicht oder schwer man eine Partei gründen kann und wie viel Zustimmung sie braucht, um ins Parlament einzuziehen. Variierbar ist schließlich, wie die abgegebenen Stimmen in Mehrheiten umgerechnet werden, wie pluralistisch oder homogen also letztlich – neben dem Volk – das Parlament ist und in welchen Abständen es neu gewählt wird. Hier gibt es viele Schrauben zu drehen, um die Demokratie zu stärken oder zu schwächen.

Ihr zentraler Angriffspunkt ist in der Praxis die Information des Wahlvolks. Sie kann erstaunlicherweise in vielen Demokratien problemlos im Rahmen des Rechts beschädigt werden. Dafür muss man gar nicht wie in Ungarn private Medienunternehmen durch Strohfrauen oder regierungsfreundliche Oligarchen aufkaufen lassen.¹⁴ Es genügt schon, die Medien wie in Österreich durch die Vergabe von Inseraten gewogen zu machen.¹⁵ In eine ähnliche Kerbe schlägt die Politik, wenn sie die öffentliche Diskussion von Gesetzesvorschlägen erschwert, entweder indem sie die vorparlamentarische Begutachtung von Ministerialentwürfen auf wenige Tage verkürzt¹⁶ oder indem sie Gesetzesvorschläge routinemäßig mit Initiativanträgen ins Parlament einbringen lässt, sodass die vorparlamentarische Begutachtung ganz entfällt.¹⁷ Die parlamentarische Diskussion wiederum wird am effektivsten durch tödende Geschwindigkeit beschränkt – das Motto der Regierung Schüssel I.¹⁸ Am Ende wird der verfassungsrechtliche Boden überhaupt verlassen, wenn Politiker*innen auf demokratische Verfahren ganz verzichten, weil sie auch so wissen, wer das Volk ist und was es will.¹⁹

Zu dieser gestaltbaren und angreifbaren Grundausrüstung der Demokratie kommt als mögliches Zusatzequipment die direkte Demokratie, die, klug ausgestaltet, viele Vortei-

14 Vgl. *Jakab*, Das ungarische Konzept der Umgestaltung der Verfassungsordnung, in *ÖJK* (Hrsg), Krise der liberalen Demokratie? (2019) 99 (108), sowie allgemein *Jakab*, Was kann Verfassungsrecht gegen die Erosion von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit tun? Zur Verbundenheit des Schutzes von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, *ZÖR* 2019 369 (380).

15 *ZB Melichar/Nikbakhsh*, ÖVP-Inseratenaffäre: Die Beinschab-Protokolle, *Profil* 25.2.2022; *Mittelstaedt/Schmid*, Eine Umfrage von Aufstieg und Fall, *Der Standard* 7.5.2022.

16 Das Bundeskanzleramt – Verfassungsdienst empfiehlt seit 1971 eine sechswöchige Begutachtungsfrist, zuletzt am 2.6.2008, BKA-600.614/0002-V/2/2008, mit mäßigem Erfolg: In der 24. GP wurde eine sechswöchige Frist nur für 14 %, in der 25. GP nur für 9 % der Entwürfe festgesetzt, <https://fachinfos.parlament.gv.at/politikfelder/parlament-und-demokratie/wie-funktionieren-begutachtungsverfahren-zu-gesetzesentwuerven/> (5.7.2022). Kritisch zu diesen kurzen Fristen zB die *GRECO*, Vierte Evaluierungsrunde. Korruptionsprävention bei Abgeordneten, Richtern und Staatsanwälten. Evaluierungsbericht Österreich, 21.10.2016, *GrecoEval4Rep*(2016)1, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806f2b24> (5.7.2022).

17 Veranlasst durch die Kritik der *GRECO*, Evaluierungsrunde, lässt § 23b Geschäftsordnungsg 1975 idF BGBl I 2021/63 zwar neuerdings Stellungnahmen zu allen Gesetzesinitiativen zu, also nicht nur zu Ministerialentwürfen, allerdings erst im Zuge des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens. In diesem Stadium sind substantielle Änderungen freilich schwer erreichbar, weil die maßgebenden Weichen idR gestellt werden, bevor eine Gesetzesinitiative in das Parlament eingebracht wird.

18 *ZB Fritzl*, 100 Tage Regierung: Schüssel und das Motto „Speed kills“, *Die Presse* 22.3.2014.

19 Diese freihändige Einsicht in den Volkswillen kennzeichnet populistische Politiker, *Müller*, Was ist Populismus? (2016) 45 ff; im Extremfall wollen sie demokratische Vorgänge nicht mehr akzeptieren, was die Demokratie an den Rand des Abgrunds treiben kann. Paradigmatisch ist *Donald Trump* und der Sturm seiner Anhänger*innen auf das Kapitol am 6.1.2021.

le bringen kann. Sie wird in Österreich immer dann diskutiert, wenn die Unzufriedenheit mit der repräsentativen Demokratie besonders groß ist.²⁰ Zuletzt schlug etwa die türkis-blaue Regierung vor, eine Volksinitiative einzuführen, mit der ein Gesetz ohne, ja sogar gegen den Willen des Nationalrates erzeugt werden kann.²¹ Nun unterscheiden sich Volksinitiativen von parlamentarisch erzeugten Gesetzen in vielen Punkten:²² Zunächst werden sie meist von juristischen Laien verfasst und – anders als Regierungsvorlagen und Initiativanträge – nicht mehrfach rechtlich und politisch geprüft. Anders als im Parlament ist in direktdemokratischen Verfahren auch kein Raum für eine kompromissfördernde Kooperation, bei der die eine Gruppe punktuell nachgibt, um anderswo ein Entgegenkommen anderer Gruppen zu erreichen. Diese Kompromisslosigkeit setzt sich an der Urne fort, weil das Volk nur mit Ja oder Nein abstimmen kann. All das macht Plebiszite anfällig für Zuspitzungen, politische Kampagnen und Fehler. Nicht selten richten sie sich zudem (oder gerade deshalb) gegen Minderheiten oder begehren Dinge, die rechtlich gar nicht umsetzbar sind; zugleich können Volksentscheide aber eine solche Wucht entfalten, dass Gegenkräfte kaum zu mobilisieren sind²³ – spätestens dann bringt die direkte Demokratie den Rechtsstaat erheblich unter Druck. Diese Spannung lässt sich nicht völlig beseitigen, aber doch deutlich mildern, indem man funktionelle Äquivalente des Parlamentarismus in das plebiszitäre Verfahren einbaut, es also entschleunigt, mit Information begleitet, dialogische Elemente integriert und den Prozess gegebenenfalls durch Themenverbote entschärft.²⁴ Kaum etwas davon fand sich im erwähnten Vorschlag der türkis-blauen Regierung, übrigens anders als in der Schweiz,²⁵ auf die sich die Proponenten der Volksgesetzgebung gern beriefen.²⁶ Gut designt, können Volksinitiativen die repräsentative Demokratie also durchaus beleben; falsch designt, kann direkte Demokratie den Rechtsstaat aber auch gefährden.

Die geschilderten Angriffspunkte und offenen Flanken machen sichtbar, worauf es in der Demokratie letztlich ankommt: auf die Fähigkeit, sich einer Diskussion zu stellen und

20 Merli, Grundsätzliche Aspekte der direkten Demokratie – das Beispiel Volksbegehren, in ÖJK (Hrsg), Direkte Demokratie (2014) 15; zu den Schwächen der repräsentativen Demokratie Merli, Direkte Demokratie: Wesentliche Gesichtspunkte für eine Reform in Österreich, in Benn-Ibler/Lewis (Hrsg), Direkte Demokratie – Chancen und Risiken (2019) 83 f.

21 Zusammen. Für unser Österreich. Regierungsprogramm 2017-2022, 20, www.wienerzeitung.at/_em_daten/_wzo/2017/12/16/171216_1614_regierungsprogramm.pdf (27.6.2022); ein Vorbote war das von SPÖ, ÖVP und Grünen 2013 vorgeschlagene „Demokratiepaket“, das aber das letzte Wort beim Parlament beließ: Gesamtändernder Ausschussabänderungsantrag zum IA 2177/A 24. GP.

22 Zum Folgenden Merli, Langsame Demokratie, in GedS Walter (2013) 487 (501 ff); Merli, Themenbeschränkungen der direkten Demokratie, in Öhlinger/Poier (Hrsg), Direkte Demokratie und Parlamentarismus (2015) 311 (317 ff); Merli in Benn-Ibler/Lewis 85 ff.

23 Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht (1923) 315 f, nennt die direkte („reine“) Demokratie deshalb sogar eine „autoritäre Staatsform“.

24 Näher Merli, Pällinger, Vatter, Wiederin in der Podiumsdiskussion v 19.3.2018, in ÖAW (Hrsg), Direkte Demokratie. Eine Zukunftslösung? – Sichtweisen aus der Schweiz und Österreich. Forschung und Gesellschaft, Band 13 (2019), www.oew.ac.at/fileadmin/NEWS/2019/PDF/Forschung_und_Gesellschaft_13.pdf, 26 ff, sowie Pöschl, Resümee in ÖAW 34 f.

25 Vgl Pöschl in ÖAW 37 ff.

26 ZB NN, Voten wie die Schweizer: FP und VP und die „direkte Demokratie“, Kleine Zeitung 26.10.2017.

Widerspruch auszuhalten; auf die Bereitschaft, Kompromisse einzugehen, und auf Zeit – Demokratie ist langsam, und sie macht viel Arbeit.

3.2. Grundausrüstung des Rechtsstaates

Zur Grundausrüstung des Rechtsstaates gehört neben, ja eigentlich vor dem gerichtlichen Verfahren, die Teilung der staatlichen Gewalt, zumindest in Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichtsbarkeit; zusätzlich kann die Staatsmacht föderalistisch noch weiter zerkleinert werden. Die – wie immer geteilten – Gewalten werden sodann an das Recht gebunden, wobei die Bindung wiederum mehr oder weniger intensiv sein kann. Das Recht muss seinerseits publiziert, hinreichend klar und bestimmt sein; was hinreicht, ist abermals modulierbar. Schließlich muss eine unabhängige Gerichtsbarkeit existieren, die (neben anderem) diese rechtlichen Bindungen kontrolliert; auch das ist im Detail verschieden gestaltbar.

Der wunde Punkt des Rechtsstaates ist – wie in der Demokratie – das kontrollierende Organ. Schneidet man das Volk von Informationen über die Regierungsarbeit ab, so scheidet die demokratische Kontrolle. Genauso läuft die rechtsstaatliche Kontrolle leer, wenn man die Distanz zwischen Regierung und Richter*innen beseitigt, die Richterbank also regierungstreu besetzt. Mit einem Schlag werden dann alle sonstigen Elemente des Rechtsstaates zur Fassade, ja selbst die Weisungsfreiheit kann bestehen bleiben: Wenn Richter*innen einmal das „Richtige“ denken, erübrigt sich jede Weisung. In einer funktionierenden Demokratie ist der Rechtsstaat vor solchen Angriffen allerdings grundsätzlich gut geschützt, weil die Gerichtsbarkeit dezentralisiert ist. Die gesamte Richter*innenschaft auf Regierungslinie zu bringen, kann daher in *einer* Legislaturperiode nicht gelingen. Das funktioniert nur, wenn die Demokratie schon zerstört ist, und selbst dann kostet es Zeit.

Viel leichter verwundbar ist eine Zusatzausrüstung des Rechtsstaates, die es keineswegs in allen Staaten gibt: die zentralisierte Verfassungsgerichtsbarkeit. Mit ihr stellt die Verfassung ein bestimmtes Gericht der Gesetzgebung gegenüber und vertraut ihm im Konfliktfall mehr als dem gewählten Parlament.²⁷ Das kann Rechtsstaat und Demokratie in eine erhebliche Spannung bringen – ähnlich wie die direkte Demokratie, nur in umgekehrter Richtung: Nun ist es der Rechtsstaat, der die Demokratie unter Druck setzen kann. Für alte Demokratien wie die Schweiz oder Großbritannien liegt eine solche Verfassungsgerichtsbarkeit nicht nahe.²⁸ Für neue Demokratien ist sie hingegen eine „politische Versicherung“, bietet sie doch jenen Kräften, die den Umbruch eingeleitet haben,

27 Merli in Hofmann/Marko/Merli/Wiederin 36.

28 Die Schweiz und Großbritannien haben zwar durch den Beitritt zur EMRK die Verfassungsgerichtsbarkeit „gleichsam auf kaltem Weg eingeführt“ (so für die Schweiz Reich in Diggelmann/Randall/Schindler Rz 32); in beiden Staaten werden Verurteilungen durch den EGMR aber auffallend rasch als unangemessene Einmischung empfunden, dies nicht nur, weil hier „fremde“ Richter*innen entscheiden. Maßgeblich ist va, dass beide Staaten der Demokratie besonders vertrauen – für die Schweiz hat sich das Volk, für Großbritannien „the crown in Parliament“ als Souverän über Jahrhunderte so sehr bewährt, dass eine gerichtliche Intervention nur widerwillig hingenommen wird, näher Diggelmann/Pangrazzi, Die Kritik an der Rechtsprechung des EGMR in „alten“ Demokratien, in Pöschl/Wiederin (Hrsg), Demokratie und Europäische Menschenrechtskonvention (2020) 107 ff.

eine erhöhte Gewähr, dass die neue Ordnung auch einen demokratisch herbeigeführten Machtwechsel überdauert.²⁹ Stets bleibt die Verfassungsgerichtsbarkeit aber für die Politik eine veritable Herausforderung, an der manche Staaten auch scheitern.³⁰ Justiert man die Stellschrauben richtig, kann die Verfassungsgerichtsbarkeit freilich gut funktionieren; Österreich mag hier als Beispiel dienen. Eine erste Stellschraube reguliert die Bestellung der Mitglieder des Verfassungsgerichts. Ihre Auswahl steht in Österreich unter starkem politischen Einfluss.³¹ Das löst bei konkreten Besetzungen immer wieder Empörung aus, ist aber der demokratische Ausgleich für die richterliche Kontrolle des Parlaments.³² In einer funktionierenden Demokratie sind solche Besetzungen auch dadurch entschärft, dass im Laufe der Zeit – soweit es Altersbeschränkungen gibt, naturgemäß früher – ohnedies fast alle politischen Kräfte zum Zug kommen, das Gericht also immer pluralistischer wird. Die zweite Stellschraube reguliert die Kompetenzen des Verfassungsgerichts, die das B-VG bewusst limitiert: Der VfGH kann Gesetze nur aufheben, ihnen aber nichts hinzufügen.³³ Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten mag man das bedauern, weil der VfGH gesetzgeberisches Unterlassen kassatorisch nur schwer ahnden kann, doch auch das ist ein gewisser Ausgleich für die sonst zugelassenen Einschnitte in das Gesetz. Die dritte Stellschraube reguliert das Verfahren vor dem VfGH: Es ist in Österreich moderat, aber nur einfachgesetzlich geregelt;³⁴ formal wäre es daher ein „normaler“ demokratischer Vorgang, diese Regeln zu ändern und – wie zB in Polen – die Gesetzeskontrolle an erhöhte Anwesenheits- und Konsensquoren im Verfassungsgericht zu binden.³⁵ Die vierte Stellschraube regelt die Entscheidungswirkungen: Nach dem B-VG tritt eine Gesetzesaufhebung erst in Kraft, wenn der Bundeskanzler sie im BGBl (bzw die Landeshauptfrau im LGBl) kundmacht;³⁶ um wirksam zu werden, braucht also jede Gesetzesaufhebung das Placet der Politik. Vor allem die beiden letzten Stellschrauben machen die Verfassungsgerichtsbarkeit prekär, und doch funktioniert sie in Österreich – warum? Weil die Bevölkerung es als Skandal empfindet, würde ein Bundeskanzler die Kundmachung einer

29 Reich in Diggelmann/Randall/Schindler Rz 24.

30 Zu Polen zB Grabenwarter, Das polnische Verfassungsgericht als Objekt der Umgestaltung, in Müller (Hrsg), Krise der liberalen Demokratie (2019) 115 (118 ff); zu Ungarn zB Scheppelle, Understanding Hungary's Constitutional Revolution, in von Bogdandy/Sommevend (Hrsg), Constitutional Crisis in the European Constitutional Area (2015) 111 (115 ff).

31 Der Bundespräsident ernennt nach Art 147 Abs 2 B-VG die Mehrheit des VfGH – Präsident, Vizepräsidentin und sechs Mitglieder – auf Vorschlag der Bundesregierung; die übrigen Mitglieder auf Vorschlag des Nationalrates und des Bundesrates, die mit einfacher Mehrheit entscheiden (Art 31 Abs 1, Art 37 Abs 1 B-VG).

32 Besonders ausgeprägt war dies in der Stammfassung des B-VG, nach der Präsident, Vizepräsidentin und die Hälfte der Mitglieder vom Nationalrat und die andere Hälfte der Mitglieder vom Bundesrat zu wählen waren; die heute geltenden Bestellungsregeln gehen auf die B-VG-Novelle 1929 zurück, die den Einfluss des Parlaments zugunsten des – seither ebenfalls direkt demokratisch zu wählenden – Bundespräsidenten geschwächt hat; näher Vašek, Richterbestellung in Österreich (2022) 78 ff, 108 ff.

33 Art 140 Abs 3 B-VG.

34 Art 148 B-VG und §§ 15 ff, 57 ff VfGG.

35 Die weitere Behandlung einer solchen Regelung wirft allerdings schwierige Fragen auf, insb ob die erhöhten Quoren für den VfGH bereits gelten, wenn er deren Verfassungskonformität prüft, näher Vašek, Die Gesetzesprüfungskompetenz des VfGH und ihr rechtlicher Schutz, JBl 2015, 213 (217 ff).

36 Art 140 Abs 5 B-VG.

Normaufhebung verweigern und hoffentlich auch, würde die Normenkontrolle durch eine Anhebung der Quoren im VfGH erschwert. Die beste Versicherung für das Verfassungsgericht ist also nicht die Verfassung oder das einfache Gesetz, sondern das Wahlvolk,³⁷ das die verfassungsgerichtliche Beschränkung des parlamentarischen Gesetzes akzeptiert und verteidigt, weil es die Vorteile dieser Kontrolle erkennt. Das Vertrauen und den Rückhalt der Bevölkerung muss sich ein Verfassungsgericht aber erst erarbeiten. Das ging auch in Österreich nicht von heute auf morgen,³⁸ und es setzt Augenmaß bei allen Beteiligten voraus, bei der Politik ebenso wie im VfGH. Auch Eingriffe in dieses fein austarierte System wollen gut überlegt sein.³⁹

Die Verwundbarkeit des Verfassungsgerichts und der Gerichtsbarkeit insgesamt zeigt, worauf es im Rechtsstaat letztlich ankommt: Neuerlich auf Zeit; sodann auf Rede und Gegenrede, die jedes Verfahren, auch das gerichtliche, ausmachen; und schließlich auf die Bereitschaft, Kompromisse zu schließen, seine Macht also nicht maximal auszureizen. Wie die Demokratie ist also auch der Rechtsstaat langsam, und er macht viel Arbeit. Doch nur so ist das Vertrauen der Öffentlichkeit zu gewinnen; fehlt dieses Vertrauen, kann die Gerichtsbarkeit jederzeit zur Feindin der Demokratie stilisiert werden.⁴⁰

4. Verklammerungen

Konfrontiert man eine schlecht designte Volksgesetzgebung am falschen Punkt mit der Verfassungsgerichtsbarkeit, können Demokratie und Rechtsstaat in eine geradezu antagonistische Spannung kommen – hier die ungezügelte Macht der Volksgesetzgebung, die sich mit voller Wucht entfaltet; dort die Vernichtung eines solchen Gesetzes durch ein als abgehoben empfundenes Gericht. Diese Mischung kann toxisch werden und das Verfassungsgericht beim Volk grundlegend delegitimieren.⁴¹

37 Zur eminenten Bedeutung der Bevölkerung für die Stabilität demokratischer Rechtsstaaten *Jakab*, ZÖR 2019, 375 f, 386, 388, 391.

38 Vgl die B-VG-Novelle 1929, die unter dem Schlagwort der „Entpolitisierung“ die Besetzung des VfGH neu regelte (Art 147 B-VG idF BGBl 1929/392) und unter einem alle Mitglieder des VfGH aus dem Amt entließ (§ 25 Verfassungs-ÜberleitungsG 1929, BGBl 1929/393). Dies fand zwar gerade noch unter demokratischen Bedingungen statt; nur vier Jahre später war die Demokratie in Österreich aber am Ende. Kurz darauf wurde auch der VfGH ausgeschaltet, mwN *Heller*, Der Verfassungsgerichtshof (2010) 251 ff, 259 ff.

39 Das gilt etwa für die dissenting opinion, die – wie *Wielinger* schon 1998 festgestellt hat – in Österreich idR dann propagiert wird, wenn der VfGH Entscheidungen trifft, die der Kanzlerpartei nicht genehm sind (Parlamentarische Enquete am 16.10.1998, III-151 BlgNR 20. GP, 44). Zuletzt wurde eine dissenting opinion 2021 vorgeschlagen, nachdem der VfGH mehrere „Leuchtturm-Projekte“ der Regierung Kurz I ganz oder teilweise als verfassungswidrig qualifiziert hat, vgl Art 4 des Ministerialentwurfs 95/ME 27. GP, der zu Recht auf breite Ablehnung stieß, im VfGH ebenso wie in der Richterschaft und den Verfassungsdiensten der Länder.

40 Beklemmendes Beispiel bei *Jakab* in ÖJK 106: Die ungarische Verfassung sah einige Zeit vor, dass finanzielle Verpflichtungen, die aus Urteilen des EGMR, des EuGH oder des nationalen Verfassungsgerichtes resultieren, den Staat zur Einführung einer Steuer berechtigen, die nach dem jeweiligen Gericht benannt werden soll, zB „EGMR-Steuer“.

41 Auch in dieser Hinsicht war die von der türkis-blauen Regierung vorgeschlagene Volksgesetzgebung unglücklich, vgl *Pöschl* in ÖAW 38.

Vermeidet man solche Eskalationen, können Demokratie und Rechtsstaat aber gut kooperieren, weil sie an vielen Punkten verklammert sind. Das beginnt schon bei der rechtsstaatlichen Bindung der Staatsgewalt an das Gesetz, die ja auch dem Willen des Parlaments zum Durchbruch verhilft – insoweit gehen Rechtsstaat und Demokratie geradezu eine Symbiose ein. Eng verzahnt sind sie, wie gezeigt, ebenso durch die Grundrechte: Sie bringen die Demokratie und damit auch ihr Freiheitsversprechen in Gang, schließen aber zugleich ihre offenen Flanken durch rechtsstaatliche Mechanismen. Nimmt man das Versprechen von Freiheit und Gleichheit in den Blick, so sind Demokratie und Rechtsstaat also komplementär: Der Rechtsstaat führt zu Ende, was die Demokratie begonnen hat. Zugleich stützen sich beide Konzepte aber auch an neuralgischen Punkten wechselseitig. Zunächst sichert die Demokratie den Rechtsstaat, indem sie die Regierung der Gefahr aussetzt, sich nach der nächsten Wahl in der Opposition wiederzufinden: Das ist ein starkes Motiv, Gewaltenteilung und Grundrechte zu respektieren.⁴² Zudem erschwert die demokratische Rotation, wie gezeigt, eine politische Umfärbung der dezentralisierten Gerichtsbarkeit; soweit politische Besetzungen doch passieren, werden sie in der Demokratie immerhin auf der Zeitachse entschärft. Umgekehrt stärkt aber auch der Rechtsstaat die Demokratie: Zwar greift das Verfassungsgericht in Entscheidungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein; indem es Gesetze nur auf Grundlage der – ebenfalls demokratisch legitimierten – Verfassung prüft, schützt es aber wiederum die Demokratie. Ein maßvolles Verfassungsgericht wird außerdem in ideologischen Fragen Zurückhaltung üben, demokratische und rechtsstaatliche Mechanismen aber strikt judizieren.⁴³

5. Fazit

Demokratie und Rechtsstaat sind je für sich hochkomplexe Konzepte und wesensgemäß umstritten. Je nach Definition und Perspektive divergiert ihr Zusammenwirken: Teils laufen sie parallel, teils auseinander, teils geraten sie in Spannung, teils stärken sie einander. Demokratie und Rechtsstaat gibt es zudem in vielen Spielarten; keine davon ist perfekt. Deshalb sind Demokratie und Rechtsstaat auch dauernd in Bewegung, an ihnen wird permanent gearbeitet. Das Nachdenken über bessere Regeln gehört zum demokratischen Rechtsstaat, die Suche nach dem *einen* idealen System ist aber sinnlos, weil es das ideale System nicht gibt. Wichtiger ist, dass man das System nicht überfordert, denn der demokratische Rechtsstaat ist schon für sich ein enorm anspruchsvolles Projekt. Es wird nicht genügen, dass wir demokratische und rechtsstaatliche Kontrollen immer weiter verfeinern; zumindest genauso wichtig ist, sie in eine gute Balance zu bringen.

Magdalena Pöschl ist Universitätsprofessorin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht am Juridicum Wien, Schottenbastei 10-16, 1010 Wien; magdalena.poeschl@univie.ac.at

42 *Jakab*, ZÖR 2019, 390.

43 *Jakab*, ZÖR 2019, 389 f.

Genderkonstruktionen in illiberaler politischer Theorie

Elisabeth Holzleithner

1. Einleitung

1992, nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion und der Auflösung der europäischen kommunistischen Regime, verkündete *Francis Fukuyama* das „Ende der Geschichte“¹ und erklärte den Liberalismus zum Sieger im Kampf der politischen Systeme. Tatsächlich waren die politischen Theorien der letzten Jahrzehnte im „Westen“ überwiegend „liberal“. Ich verwende den Begriff im weitesten möglichen Sinne für solche Ansätze, die von der Idee der gleichen Freiheit ausgehen. Solche Theorien sind grundsätzlich offen für eine Vielfalt von Geschlechtern, sexuellen Orientierungen und Formen des Zusammenlebens sowie die Menschenrechte von Frauen und LGBTIQ*-Personen. Freilich werden liberale politische Theorien zu Recht dafür kritisiert, dass sie die strukturellen Benachteiligungen marginalisierter Gruppen vernachlässigen oder die private Sphäre und ihr komplexes Zusammenspiel mit dem öffentlichen Leben als Hauptursache für geschlechtsspezifische Ausgrenzung außer Acht lassen. Dies ist Teil dessen, was *Andrea Petö* das „dunkle Erbe“² des Liberalismus nennt. Allerdings werden diese Auseinandersetzungen immerhin im Lichte gemeinsamer Prinzipien geführt.

Illiberale politische Theorien sind von einem anderen Schlag. Geschlechtsspezifische und rassistische Ungleichheiten sind in ihnen nicht nur tief verankert. Vielmehr werden sie geradezu zelebriert – oft, um sich von liberalen politischen Theorien zu distanzieren. In der Regel sind illiberale Theorien genuin reaktionär – sie reagieren voller Groll auf den politischen Liberalismus, insb auf dessen Hegemonie nach dem Ende des Kommunismus.³ Häufig stützen sie sich auf religiöse Grundlagen.⁴

Meine Argumentation geht wie folgt vor: Zunächst wird der Fokus auf die ideologische Basis der Vorstellungen illiberaler politischer Theorien von Geschlecht und Sexualität gelegt, einschließlich der Zuweisung eines besonderen Platzes für Frauen und (keines) für LGBTIQ*-Personen. Dies wird eingebettet sein in illiberale Vorstellungen von der Dicho-

1 *Fukuyama*, *The End of History and the Last Man*. With a new Afterword (2006). Alle ursprünglich im englischen Original vorfindlichen Zitate wurden von der Verfasserin übersetzt.

2 *Petö*, Gender and Illiberalism, in *Sajó/Uitz/Holmes*, *The Routledge Handbook of Illiberalism* (2021) 313 (315).

3 *Legutko*, *The Demon in Democracy. Totalitarian Temptations in Free Societies* (2016).

4 *Legutko*, *Demon; Deneen*, *Why Liberalism Failed* (2018); *Vermeule*, *Common Good Constitutionalism. Recovering the Classical Legal Tradition* (2022); *Simpson*, *Political Illiberalism. A Defense of Freedom* (2017).

tomie zwischen privater und öffentlicher Sphäre und der Rolle, die „moralische“ Argumente spielen. Auf der Grundlage dieser Prämissen versuchen illiberale politische Theorien, sich gegen Forderungen nach Gleichheit zu immunisieren, indem sie die Gleichheit von vornherein nicht als legitimes Prinzip sehen. In gleicher Weise lehnen sie die Menschenrechte ab oder geben ihnen einen eigenen, nicht-progressiven Anstrich.⁵ Wenn überhaupt, verwenden Illiberale Argumente für die Gleichstellung der Geschlechter und gegen geschlechtsspezifische Gewalt gegen unerwünschte Einwanderer*innenminderheiten.⁶ Diese Instrumentalisierung wäre in ihrer Unaufrichtigkeit lächerlich, wäre sie in der politischen Praxis nicht so wirksam. Abschließend stellt sich die Frage, ob es einen Weg gibt, mit illiberalen politischen Theorien in einen fruchtbaren Dialog zu treten.

2. Illiberale Geschlechterverhältnisse

Illiberale politische Theorien prangern die Gleichstellung der Geschlechter in all ihren Aspekten an, auch und gerade in Bezug auf sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität. Geschlechtergleichheit und LGBTIQ*-Rechte werden als Symptom und Inkarnation dessen gesehen, was mit dem Liberalismus nicht stimmt. Illiberale Positionen stützen ihre Konstruktionen der Geschlechterdichotomie auf mehrere Säulen: Biologie, Theologie und konventionelle Moral, kombiniert mit ethno-nationalistischen Elementen vor dem Hintergrund der demografischen Krise, die sich zu einer veritablen „demografischen Panik“⁷ wegen der Geburtenarmut der ansässigen Bevölkerung ausgewachsen hat. Die (nationale) Kultur dreht sich um das Geschlecht, und illiberale politische, meist männliche Theoretiker*innen meinen, dass die (geschlechtsspezifische) Kultur einer Gemeinschaft gepflegt und gegen interne Kritik verteidigt werden muss. Überdies wird die „Gender-Ideologie“ (ein illiberaler Kampfbegriff) für nationale Kulturen grundsätzlich fremd gehalten⁸ – wie der Liberalismus selbst.

Wie konstruieren illiberale politische Theoretiker das Geschlecht der Nation? *Legutko* etwa bietet keine umfassende philosophische Anthropologie; vielmehr muss seine Position aus dem destilliert werden, was er an der liberalen Demokratie kritisiert. Er sieht sich und Gleichgesinnte in der Defensive, da emanzipatorische Bewegungen für Geschlechtergleichheit und LGBTIQ*-Rechte „einen unverhältnismäßigen Einfluss auf die Regierung“⁹ und auf die öffentliche Meinung ausüben konnten: „Es wird erwartet, dass man seine zustimmende Meinung über die Rechte von Homosexuellen und Frauen kund-

5 *Vermeule*, Common Good 215–217.

6 *Manzini/Palazzo*, The Body of the Nation. Illiberalism and Gender, in *Sajó/Uitz/Holmes*, The Routledge Handbook of Illiberalism (2021) 403 (410–415); siehe dazu auch *Holzleitner/Rössl*, Ein Trojanisches Pferd? Zur Instrumentalisierung von Frauenpolitik in der Integrationsdebatte, in *Blaustrumpf aboi*, „Sie meinen es politisch!“ 100 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich: Geschlechterdemokratie als gesellschaftspolitische Herausforderung (2019) 361.

7 *Krastev/Holmes*, The Light That Failed: A Reckoning (2020) 36.

8 *Manzini/Palazzo*, Body of the Nation 404.

9 *Legutko*, Demon 66.

tut und die üblichen Schurken wie häusliche Gewalt, Rassismus, Fremdenfeindlichkeit oder Diskriminierung verurteilt oder andere Mittel findet, um einen Kotau vor den ideologischen Göttern zu machen.“¹⁰ Dass *Legutko* gegen die gleichgeschlechtliche Ehe ist, geht aus seinen Äußerungen deutlich hervor, auch wenn er auf eine Begründung verzichtet. Er beklagt sich jedoch über die scharfe Kritik, die den Befürworter*innen der konventionellen Ehe „in einer Rhetorik der Wut und des Hasses“¹¹ entgegenschlägt: „Zu sagen, dass homosexuelle und heterosexuelle Verbindungen nicht gleichwertig sind, selbst wenn es durch die überzeugendsten Argumente gestützt wird“, führe zu „dem Vorwurf der Homophobie“¹² – eine moralische Anklage, die ihn zu stören scheint. Die „Herzlichkeit gegenüber Homosexuellen“ hält *Legutko* für bizarr und führt sie auf „den anhaltenden Versuch zurück, die Familie zu dekonstruieren, die Institution, der die Linke von Anfang an eine einzigartige Feindseligkeit entgegengebracht hat.“¹³

Legutkos Position zu Frauen kann aus seiner Gegenüberstellung „einer realen Frau, die in einer realen Gesellschaft lebt“ und der Konstruktion von Frauen durch Feministinnen als „Erfindung der politischen Phantasie“¹⁴ abgeleitet werden. Die feministische Ideologie lehnt er als „krude und destruktiv“¹⁵ ab. Für ihn ist es nur natürlich, wenn Frauen sich den Entscheidungen ihres Ehemannes beugen, der als Pater Familias auch den Kindern gegenüber das Sagen hat.¹⁶

Deneen wählt einen etwas anderen Ansatz. Auch er entwirft keine umfassende Theorie der Unterordnung der Frau in der Ehe. Aber er weist auf die Schattenseiten der Frauenemanzipation hin. Deren „wichtigste praktische Errungenschaft“ liege darin, dass viele Frauen „in die Arbeitswelt des Marktkapitalismus“ eintreten. Er nennt diese Entwicklung „höchst zweifelhaft“ und beruft sich auf „Traditionalisten wie Wendell Berry sowie marxistische politische Theoretikerinnen wie Nancy Fraser“. *Deneen* verweist auch auf die „zunehmende Emanzipation der Frauen von ihrer Biologie“, die jedoch im Dienste des Unternehmenskapitalismus stehe. Dies wiederum ist für ihn keineswegs eine Befreiung, ebenso wenig wie die Befreiung „vom Haushalt“; vielmehr würden „Frauen und Männer gleichermaßen in eine weitaus umfassendere Knechtschaft“¹⁷ geraten. *Deneens* Modellmänner sind allerdings nicht vom Haushalt belastet.

Vermeule ist noch etwas direkter, wenn er seine illiberale Position zu Geschlecht und Sexualität darlegt. Er betrachtet das Recht als „eine Vorgabe der Vernunft für das Gemeinwohl“,¹⁸ die auf einer religiös begründeten Idee des Naturrechts beruht. Das Naturrecht

10 *Legutko*, Demon 120.

11 *Legutko*, Demon 95.

12 *Legutko*, Demon 129.

13 *Legutko*, Demon 97.

14 *Legutko*, Demon 94.

15 *Legutko*, Demon 95.

16 *Legutko*, Demon 99.

17 Alle Zitate *Deneen*, Why Liberalism Failed 86.

18 *Vermeule*, Commong Good 205; die Seitenzahlen beziehen sich auf die EBook-Ausgabe.

ist auch für säkulare politische Autoritäten verbindlich, denn „meine Ehe ist nicht (nur) eine bürgerliche Konvention.“¹⁹ Vielmehr sieht er sie als „eine natürliche, sittliche und rechtliche Wirklichkeit zugleich, eine Form, die vom Naturrecht selbst allgemein konstituiert wird als die dauerhafte Vereinigung von Mann und Frau unter dem allgemeinen *Telos* oder den innewohnenden Zielen der Einheit und der Fortpflanzung (unabhängig davon, ob das jeweilige Paar zufällig zur Fortpflanzung fähig ist oder nicht)“.²⁰

Legutko wiederum ist besonders verbittert darüber, von den Konservativen im Stich gelassen worden zu sein. Anstatt liberale Ansätze zu Gender und Sexualität zu bekämpfen, würden sie diese sogar unterstützen. Er sieht in der liberalen Demokratie eine Einheitsfront von Liberalen, Sozialist*innen und Konservativen: „Sie verurteilen Rassismus, Sexismus, Homophobie, Diskriminierung, Intoleranz und all die anderen Sünden, die im liberal-demokratischen Katechismus aufgeführt sind“.²¹ Für das Verständnis von *Legutkos* Ansatz ist es von zentraler Bedeutung, dass er die liberale Demokratie als eine spezifische „Liturgie“²² sieht. Sie entspricht einer bestimmten aufgeklärten Moral, die mit der konventionellen moralischen Weisheit konkurriert und der Religion, die so oft die Quelle der konventionellen Moral ist, zutiefst feindlich gegenübersteht. Es ist sichtlich schwer zu ertragen: Während Illiberale früher auf der „richtigen Seite“ der Moral standen, finden sie sich plötzlich als Bösewichte in der rituellen Denunziation ihrer tiefsten Überzeugungen durch den Liberalismus wieder.

3. Gendering des Öffentlichen und des Privaten im illiberalen Stil

Die Kritik an der Dichotomie öffentlich/privat ist klassischer Feminismus: Die Privatsphäre des Heims schützt den Missbrauch männlicher Macht vor öffentlicher Kontrolle. Dieses Konzept ist tief in der konventionellen politischen Theorie verankert und hat eine enorme Wirkmacht erlangt. Traditionell, dh seit dem Zeitalter der Aufklärung, waren (bürgerliche) Frauen dazu verpflichtet, (nur) ein privates Leben zu führen – ein Leben, das auf die Sphäre der Familie beschränkt war, wo sie von ihren Ehemännern abhängig waren. Dazu gehörte eine selbstverständliche Akzeptanz der männlichen Befehls- und Zwangsgewalt – ein Dulden der Launen des Mannes bis hin zu körperlicher und sexueller Gewalt. Erst in den letzten Jahrzehnten hat die Mauer, die die häusliche Privatsphäre schützt, Risse bekommen, und die von feministischen Reforme*innen angeregten und vorangetriebenen Rechtsreformen haben sich durchgesetzt. Das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (2011, Istanbul Konvention)²³ ist der europäische Höhepunkt der Maßnahmen gegen diese Übergriffe.

19 *Vermeule*, Common Good 218.

20 *Vermeule*, Common Good 218.

21 *Legutko*, Demon 65.

22 *Vermeule*, Liturgy of Liberalism, www.firstthings.com/article/2017/01/liturgy-of-liberalism (2017), in seiner Rezension von *Legutko*, Demon.

23 SEV Nr. 210 aus 2011, www.coe.int/de/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=210 (11.6.2022).

Legutko hingegen sieht in diesem Übereinkommen den Auswuchs eines totalitären Regimes mit der „Tendenz, seine Herrschaft auf alle Lebensbereiche auszudehnen, egal wie klein oder, wie man meinen könnte, unpolitisch“.²⁴ Er stört sich besonders daran, wie „die Ehe, das Gemeinschaftsleben, die Sprache“ politisiert werden – und „das Privateste von allem Privaten, das Intimste von allem Intimen und daher am wenigsten geeignet für politische Einmischung: der Bereich des Sex“.²⁵ In diesem Sinn verurteilt *Legutko* gesetzliche Maßnahmen gegen häusliche Gewalt und Vergewaltigung in der Ehe. Diese „Art von Gesetzgebung“ sei „extrem gefährlich“. Sie würde „den ‚Zwang zur Freiheit‘“ deutlich machen, indem sie sich gegen „Hassreden“ und „häusliche Gewalt“ wendet.²⁶ Diese Begriffe, so behauptet er, „neigen dazu, immer mehr Handlungen und Äußerungen zu inkriminieren, was weitere drastische Eingriffe der Regierung und der Gerichte in das Familienleben, die Medien, öffentliche Einrichtungen und Schulen ermöglicht.“²⁷

Maßnahmen zum Schutz sozial Schwächerer im Privaten werden also verteufelt. Bei anderen privaten Handlungen sind Illiberale dem Zugriff des Rechts gegenüber weit offener. Gesetze gegen Ehebruch, Sexarbeit, Pornografie und ganz besonders gegen Abtreibung sind geradezu konstitutiv für illiberale Ansätze. Auch die Kriminalisierung einvernehmlicher gleichgeschlechtlicher sexueller Begegnungen in der eigenen Wohnung ist problemlos damit vereinbar. Zwar treten weder *Legutko* noch *Deneen* oder *Vermeule* aggressiv für die Kriminalisierung gleichgeschlechtlicher sexueller Handlungen ein. Doch halten sie an der ‚jahrtausendealten‘ religiös begründeten moralischen Weisheit fest, dass Homosexualität eine sexuelle Orientierung von geringerem Wert ist. Daher auch ihre Polemik gegen die gleichgeschlechtliche Ehe. Für *Vermeule* ist etwa die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare Ausdruck einer Rechtsordnung, die „von der objektiven rechtlichen und moralischen Ordnung, die der klassischen Rechtstheorie und dem Gemeinwohl zugrunde liegt, losgelöst ist“.²⁸

Die Beispiele machen deutlich, dass illiberale Autoren eine ganz bestimmte Vorstellung von Privatsphäre haben. In Wahrheit geht es ihnen um die Aufrechterhaltung der herkömmlichen christlichen Moral. Sie stört nicht die Politisierung der Privatsphäre als solche, sondern eine bestimmte Art der Politisierung, die man als „postkonventionelle Moralisation“ bezeichnen könnte – eine, die versucht, den Grundsatz der gleichen Freiheit im Familienrecht durchzusetzen, einschließlich der körperlichen Unversehrtheit, des Partnerschaftsprinzips in der Ehe und der Eheöffnung für gleichgeschlechtliche Paare. Vor diesem Hintergrund ist das Argument, dass die rechtliche Inkriminierung von häuslicher Gewalt Auswuchs einer totalitären Haltung und eines übergriffigen Staates sei, Element einer Vernebelungsstrategie. In der Tat führen solche rechtlichen Maßnahmen zu staat-

24 *Legutko*, Demon 91.

25 *Legutko*, Demon 105.

26 *Legutko*, Demon 67; er setzt beide Begriffe in Anführungszeichen.

27 *Legutko*, Demon 67.

28 *Vermeule*, Common Good 218.

lichen Eingriffen in die private Sphäre. Sie finden jedoch statt, weil die körperliche Unversehrtheit einer Person bedroht oder verletzt wird. Vorausgegangen ist die Verletzung des Vertrauensverhältnisses – also die Verletzung dessen, was vor staatlichen Eingriffen angeblich geschützt werden soll. Im totalen Staat hingegen wird das Vertrauensverhältnis dadurch zerstört, dass die Privatsphäre selbst aufgelöst wird, um staatliche Verhaltenskontrolle zu ermöglichen. Auf diese Weise kann ein Vertrauensverhältnis gar nicht erst entstehen.

Illiberale sind nur an der Privatsphäre interessiert, wie sie ihren moralischen und religiösen Überzeugungen entspricht – und als Sphäre unangefochtener privater, männlicher Macht. Die Polemik gegen die Politisierung ist die Polemik von jemandem, der glaubt, dass er an der Macht sein sollte und der das Gefühl hat, dass ihm die Macht entglitten ist; oder, in den Worten von *Corey Robin*: „die gefühlte Erfahrung, Macht zu haben, sie bedroht zu sehen und zu versuchen, sie zurückzugewinnen.“²⁹ Illiberale können die Anfechtung jener Macht nicht ertragen, die sie einst hatten und die ihnen angeblich zusteht. Diese Kritik an illiberalen Ansätzen, die das Privatleben als Bereich unkontrollierter Macht betrachten, ist von breiter Relevanz. Sie ist auch auf liberale Ansätze anzuwenden, soweit sie dieses Problem ignorieren. Es gibt jedoch einen entscheidenden Unterschied: Illiberale Konzeptionen der Privatsphäre spiegeln jene autokratische Macht wider, die im Privaten paradigmatisch regiert. Die liberale Auffassung von Privatsphäre ist dagegen antiautoritär. Sie grenzt einen (auch metaphorischen) Raum ab, in dem das Individuum frei von staatlichen Eingriffen ist.³⁰ Die Privatsphäre ist eine Wurzel des Widerstands gegen autokratische Macht. Deshalb ist das Recht auf Privatsphäre von zentraler Bedeutung, wenn es nicht als Schutzschild benutzt wird, um verletzendes Verhalten zu immunisieren.

4. Zum Teufel mit der Gleichheit – und mit den „Menschenrechten“

Vielleicht mehr als alles andere ist die Gleichheit die Zielscheibe illiberaler Kritik. Die Debatte über den Status der Gleichheit ist so alt wie die Philosophie selbst. Ungleichheit zu postulieren war lange Zeit die Standardposition, sei es aufgrund von Natur oder Gewohnheit, und sie beinhaltete auch die Rechtfertigung der Sklaverei. Die tief verwurzelte Überzeugung, dass Menschen ungleich geboren werden, wurde sogar durch Argumente von Philosophen der Aufklärung gestärkt, wonach Frauen und Angehörige minderwertiger „Rassen“ aufgrund ihrer natürlichen Veranlagung nicht gleich frei sein sollten. Es hat lange gedauert, den entsprechenden, tiefsitzenden Strauß an Vorurteilen zu überwinden; und natürlich sind alle liberalen Demokratien in dieser Hinsicht weit davon entfernt, perfekt zu sein. Aber grundsätzlich hat sich in der liberalen politischen Philo-

²⁹ *Robin*, *The Reactionary Mind. Conservatism from Edmund Burke to Donald Trump* (2018) 3.

³⁰ *Rössler*, *Der Wert des Privaten* (2001).

sophie wie auch im juristischen Konstitutionalismus das Prinzip der Gleichheit durchgesetzt. Dementsprechend gilt eine Grundvoraussetzung als unumstößlich: die Anerkennung der Gleichheit aller Menschen als menschliche Wesen.

Für *Legutko* ist die Gleichheit allerdings von Grund auf problematisch: Der Versuch, sie in liberalen Demokratien zu erreichen, führt ihm zufolge – genau wie im Kommunismus – zur „Liquidierung [...] der sozialen Hierarchien, Sitten, Traditionen und Praktiken, die vor dem Aufkommen des neuen politischen Systems bestanden hatten.“³¹ Dies ist auch ein wichtiger Grund, warum der liberale Staat so weitreichend ist. Ein weiterer Grund ist laut *Deneen*, dass er sich nach der Zerstörung der Kultur, auf die sich der liberale Staat früher vampirisch stützte, bis seine Ressourcen erschöpft waren und der Liberalismus Opfer seines eigenen Erfolgs wurde, nur noch auf das Recht stützen kann: „Der Liberalismus hat auf ein vorliberales Erbe und Ressourcen zurückgegriffen, die den Liberalismus einst gestützt haben, die er aber nicht wieder auffüllen kann.“³² Wenn die betreffende Kultur hierarchisch ist, dann sei es so (oder sogar: umso besser). *Vermeule* ist noch offener: Er verkündet großspurig, dass „der Konstitutionalismus des Gemeinwohls nicht an einem Horror vor politischer Herrschaft und Hierarchie leidet“.³³ Geopfert wird dann nicht nur die Gleichheit, sondern auch die Freiheit – und der Schutz vor staatlichen Eingriffen. *Vermeule* zufolge geht es darum „sicherzustellen, dass der Herrscher die Macht hat, die er braucht, um gut zu herrschen“³⁴. Das liberale Misstrauen gegen uneingeschränkte Macht wird mit Nachdruck beiseitegeschoben: „Machtbeschränkungen sind nur insoweit gut, als sie zum Gemeinwohl beitragen.“ Freiheit, so *Vermeule*, werde stark überschätzt; viel wichtiger sei eine gerechte, auf das Gemeinwohl bedachte Autorität, die wiederum auf christlichen Grundlagen beruhe. Das Gemeinwohl kann und soll durchgesetzt werden, „notfalls auch gegen die eigenen Vorstellungen der Untertanen von dem, was für sie das Beste ist“. In dieser Sichtweise ist das Recht der allwissende Lehrer, der die Rechtsunterworfenen „ermutigt, authentischere Wünsche für die individuellen und gemeinsamen Güter, bessere Gewohnheiten und Überzeugungen zu entwickeln, die das gemeinschaftliche Wohlergehen besser verfolgen und fördern.“³⁵ Menschenrechte gelten als ebenso schändliche Übeltäter wie die Gleichheit. *Legutko* sieht in ihnen ein manipulatives Etikett für „willkürliche, ideologisch motivierte Ansprüche, die von verschiedenen politischen Gruppen unter eklatanter Missachtung des Gemeinwohls erhoben und von Gesetzgebern und Gerichten großzügig verteilt werden, oft dem gesunden Menschenverstand widersprechen und in der Regel der öffentlichen und persönlichen Moral abträglich sind.“³⁶ Aus dieser Perspektive sind die Menschenrechte kein kleinster gemeinsamer Nenner, der Raum für eine Vielfalt von Weltanschauungen

31 *Legutko*, Demon 132.

32 *Deneen*, Why Liberalism Failed 29.

33 *Vermeule*, Liturgy, firstthings.com.

34 *Vermeule*, Liturgy, firstthings.com.

35 *Vermeule*, Liturgy, firstthings.com.

36 *Legutko*, Demon 142.

und Lebensweisen lässt; vielmehr werden sie als fundamentalistisch³⁷ und autoritär³⁸ angesehen. Sie (inter)nationalisieren, was der realen Vielfalt der gelebten Kulturen überlassen bleiben sollte.

Wenn es überhaupt Menschenrechte geben soll, dann nur in einer vom „Progressivismus“ befreiten Version, wie sie *Vermeule* vorschlägt.³⁹ Als Vorbild nennt er die „Genfer Konsenserklärung zur Förderung der Frauengesundheit und Stärkung der Familie“ – ein vom ehemaligen Außenminister *Mike Pompeo* während der Präsidentschaft von *Donald Trump* initiiertes Machwerk, das den sicheren Zugang zu Abtreibungen (weiter) delegitimieren sollte. Ein solches Verständnis von Menschenrechten kommt einer Bankrotterklärung gleich. Es ist, um einen von *Maria-Luisa Frick* vorgeschlagenen Begriff zu verwenden, eine „feindliche Übernahme“,⁴⁰ die den Sinn der Menschenrechte verfehlt. Der liegt nicht in „menschlicher Vollkommenheit, sondern in gleicher Freiheit“.⁴¹

Insgesamt sind die illiberalen Verteidigungen der Freiheit(en) – nicht der Menschenrechte⁴² – äußerst selektiv. Sie beziehen sich nicht auf die Freiheit der ungebildeten, unterworfenen Massen, sondern auf die Freiheit, dh die uneingeschränkte Macht, der Wenigen. Damit ist auch das Schicksal der Gleichheit besiegelt. Wie *Robin* feststellt, lehnen Illiberale die Gleichheit nicht ab, weil sie „eine Bedrohung für die Freiheit ist, sondern ihre Ausweitung.“⁴³ Eine solche Ausweitung ist gleichbedeutend mit ihrem eigenen Freiheitsverlust, denn „Gleichheit bedeutet letztlich [...] eine Rotation am Sitz der Macht.“⁴⁴ Tatsächlich wird ja zunehmend offenbar, welche Anstrengungen die Herrschenden in illiberalen Demokratien unternehmen, um diesen demokratischen Wechsel zu verhindern.

5. Der Pluralismus der Illiberalen: Probleme für den Dialog

Eine der eingangs gestellten Fragen war, ob ein fruchtbarer Dialog mit Vertretern illiberaler politischer Theorien überhaupt denkbar ist. Die vorangegangenen Überlegungen zeigen, dass dieses Bestreben mit vielen Fragezeichen behaftet ist. Ein Haupthindernis mag darin liegen, dass illiberale politische Theoretiker selbst nicht ganz offen für einen solchen Dialog sind, nicht zuletzt, weil sie glauben, dass ihre Gegner*innen – Feminist*innen, LBGTIQ*-Aktivist*innen und Multikulturalist*innen – eine unzureichende Vorstellung von Dialog haben. Wie *Legutko* verbittert feststellt: „Die heutige ‚Dialog‘-Politik ist eine reine Form der Recht-ist-Macht-Politik, geschickt kaschiert durch die os-

37 *Maulin*, Foreword, in *Benoist*, *Beyond Human Rights. Defending Freedoms* (2011) 9 (9).

38 *Maulin* in *Benoist* 16.

39 *Vermeule*, *Common Good* 215–217.

40 *Frick*, *Illiberalism and Human Rights*, in *Sajo/Uitz/Holmes*, *The Routledge Handbook of Illiberalism* (2021) 861 (870).

41 *Frick*, *Illiberalism and Human Rights* 873.

42 *Benoist*, *Beyond Human Rights*; *Simpson*, *Political Illiberalism*.

43 *Robin*, *Reactionary Mind* 7.

44 *Robin*, *Reactionary Mind* 8.

tentativ leere Rhetorik der Inklusion aller.⁴⁵ *Legutko* verschweigt hier die eigene Strategie der Illiberalen, nämlich ihre Gegner von vornherein auszuschließen und ihnen das Recht abzusprechen, sich überhaupt an politischen Debatten zu beteiligen. Sie argumentieren routinemäßig aus der Position derer, die an der Macht sind und entscheiden, wer daran teilhaben darf und wer nicht.

Ein weiteres Hindernis für einen fruchtbaren Diskurs ist die Tatsache, dass Illiberale nicht an die Trennung von Recht und konventioneller Moral, also von ihren typischerweise religiösen Überzeugungen glauben. Menschenrechte werden als illegitim angesehen, insofern sie der natürlichen Ordnung der Dinge widersprechen, die sich dem wahren Gläubigen offenbart. Im Gegensatz zu den Behauptungen der Illiberalen zwingt der liberale Staat den Menschen jedoch nur sehr bedingt eine liberale Geschlechterordnung auf. Richtig ist, dass die Gleichberechtigung der Geschlechter das öffentliche Leben bestimmen soll, va im Beruf und in der Politik. Das Eherecht ist mittlerweile dem Prinzip der Partnerschaftlichkeit verpflichtet, und die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare ist in vielen Ländern der Welt – nicht nur im sogenannten Westen – durchgesetzt worden. Aber der Staat und das Gesetz zwingen die Menschen nicht zu einer bestimmten Lebensform. Sie zwingen verheiratete Frauen nicht per se ins Berufsleben (außer, das Verdienst des Ehemannes reicht nicht aus, um das [Über-]Leben der Familie zu gewährleisten). Selbstverständlich können Paare ihre Ehe nach wie vor auf konventionelle Weise gestalten.

Dennoch behaupten Illiberale, dass dies unmöglich geworden ist. Allerdings haben die traditionellen Lebensformen der religiösen Mehrheit in der liberalen Demokratie, die sich der gleichen Freiheit, einschließlich der Religionsfreiheit, verpflichtet hat, ihr Monopol verloren. Die illiberalen Vertreter eines reaktionären Christentums haben sichtlich Schwierigkeiten damit, sich im liberalen Staat als ein Glaubensbekenntnis unter vielen wiederzufinden. Dass dies so ist, verdankt sich auch den Erfolgen von emanzipatorischen Bewegungen – Feminist*innen und LGBTIQ*s. Weiterhin sind traditionalistische christliche Gruppen, ob klein oder groß, im öffentlichen Raum höchst präsent. Dass sie auf Dissens stoßen, ist in einer liberalen Demokratie nicht verwunderlich.

Um sie zu desavouieren, erklären illiberale politische Philosophen den politischen Liberalismus einfach selbst zu einer Ideologie. Der politische Liberalismus und das ihm entsprechende System einer rechtsstaatlichen liberalen Demokratie wird dann nicht als ein Dach gesehen, unter dem viele Religionen und Ideologien Platz finden, sofern sie die Grundstruktur der Gesellschaft bejahen. Vielmehr gilt der politische Liberalismus als ebenso sektiererisch wie die Religionen und Ideologien selbst. Das Thema, an dem die sektiererische, quasi-religiöse Qualität des politischen Liberalismus festgemacht wird, ist seine progressive Geschlechterpolitik, wie sie in der Entscheidung des Obersten Gerichts-

45 *Legutko*, *Demon* 98.

hofs der USA in der Rechtssache *Obergefell v. Hodges*⁴⁶ zum Ausdruck kommt, welche die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare öffnete. Für *Vermeule* verkörpern solche Fälle eines „progressiven Konstitutionalismus“ die „Liturgie des Liberalismus“: „den sich wiederholenden Impuls der liberalen politischen Theologie, einen sakramentalen Moment der Überwindung der Unvernunft und Dunkelheit der traditionellen Vergangenheit zu feiern.“⁴⁷ In dieser „Liturgie“ gerate das Recht zu einem Instrument „im Dienste einer ganz bestimmten Befreiungserzählung, in der ‚Rechte‘ kontinuierlich ‚erweitert‘ werden, um eine immer größere Gruppe von Individuen von nicht gewählten Verpflichtungen und Zwängen zu befreien – rechtlichen, moralischen und traditionellen, sogar biologischen.“⁴⁸

Der Illiberalismus will demgegenüber eine Ordnung schaffen, in der es keinen Platz für feministische oder queere Ideen, unkonventionelle Männer, Frauen und andere Geschlechter gibt. Während der Liberalismus den Illiberalen einen Raum schafft, in dem sie so leben können, wie es ihnen in ihren Religionsgemeinschaften gefällt, mit einem gewissen Schutz für die Schwachen, beabsichtigen die Illiberalen, ihre „Feinde“ zu brechen oder auszulöschen.

6. Zum Schluss

In Demokratien wird das Schicksal des (Il-)Liberalismus letztlich an der Wahlurne entschieden. Politische Theorie kann den Diskurs bereichern, die Prämissen einiger Positionen und ihre Konsequenzen, sollten sie umgesetzt werden, herausarbeiten. Für Illiberale ist der Kampf gegen die Gleichstellung der Geschlechter, einschließlich der Rechte von Frauen und LGBTIQ*, frei von geschlechtsspezifischer Gewalt zu leben, ein ethno-nationalistischer Aufstand gegen einen unerwünschten Import, der als fremd und gefährlich für das Herz der Nation gilt; und das Herz der Nation ist zutiefst konventionell vergeschlechtlicht, mit der heterosexuellen Familie als Kern. Es ist auch rassifiziert, was die wütende Polemik gegen die Einwanderung aus fremden Ländern und gegen den liberalen Multikulturalismus als „Bedrohung der ‚Ethno-Nation‘“⁴⁹ erklärt.

Petö hat dieses Werte- und Versprechungsbündel „das ‚illiberale Angebot‘“ genannt. Der Illiberalismus ist weit mehr als nur eine Opposition gegen die „Gender-Ideologie“: Er „bietet auch eine lebbare, lebensfähige Alternative, die sich auf die Familie, die Nation, religiöse Werte und die Meinungsfreiheit stützt.“⁵⁰ In erhellender Weise verweist *Petö* auf einen Sprechgesang von Demonstrant*innen gegen die gleichgeschlechtliche Ehe während der „*Manif pour tous*“-Demonstrationen: „Pas touche à nos stéréotypes de

46 U.S. Supreme Court, 26.6.2015, 576 U.S. __ (2015).

47 *Vermeule*, Common Good 202.

48 *Vermeule*, Common Good 201–202.

49 *Chin*, Illiberalism and the Multicultural Backlash, in *Sajó/Uitz/Holmes*, The Routledge Handbook of Illiberalism (2021), 280 (280).

50 *Petö*, Gender 319.

genre“; sie interpretiert diese Forderung als ein Streben nach Anerkennung: für die spezifische Position der Protestierenden und jene moralischen Werte, die sie für unverzichtbar halten.⁵¹ Sie haben das Gefühl, dass die Politik sie in ihrem Streben nach Anerkennung grundlegend missachtet. Ebenso wie illiberale politische Theoretiker halten sie die Gleichstellung der Ehe nicht für eine harmlose Erweiterung der rechtlichen Möglichkeiten, die ihre individuelle moralische Ablehnung, zB aus religiösen Gründen, unberührt lässt. Sie fühlen sich dadurch zutiefst beeinträchtigt.

Wollte man bei solchen Themen zu einer Verständigung kommen, dann erschiene das Einziehen eines Unterschieds zwischen Recht und konventioneller (religiöser) Moral als entscheidend. Illiberale politische Theorie und Praxis lehnen sie ab: Sie verwerfen diese Unterscheidung, weil es um die Vormachtstellung ihrer eigenen moralischen Traditionen geht. Auf diesen Stein des Anstoßes kann nicht vehement genug hingewiesen werden.

Elisabeth Holzleithner ist Professorin für Rechtsphilosophie und Legal Gender Studies an der Universität Wien; elisabeth.holzleithner@univie.ac.at

51 *Pető*, Gender 321.

Nachhaltige Krisenbewältigung heißt strukturelle Bedingungen angehen

Emma Dowling

„Wir müssen wieder in den Krisenmodus gehen“, sagte der österreichische Bundeskanzler im Zuge des Angriffs Russlands auf die Ukraine im Februar 2022 (Rauscher, 2022). Tatsächlich schlittern wir momentan von Krise zu Krise. Nach zwei Jahren Pandemie wissen wir: Regieren findet schon seit Längerem im Krisenmodus statt. Nur geraten dabei die strukturellen Krisentendenzen fortwährend aus dem Blick. Im Folgenden diskutiere ich drei strukturelle Krisen im Bereich Care, Ökologie und soziale Ungleichheit und zeichne ihre systemischen Logiken nach. Dabei gehe ich auf die Effekte der Finanzialisierung und das Problem aufkommender Autoritarismen als Reaktionen auf sich vertiefende Krisen ein.

1. Care-Krise

Bereits vor der Pandemie wurde prognostiziert, dass bis 2030 in Österreich 76.000 zusätzliche Pflegekräfte benötigt werden (BSGPK, 2021). Aufgrund der hohen Belastungen, die während der Pandemie deutlich zunahmen, hat sich die Zahl der Pflege- und Betreuungskräfte, die daran denken den Beruf zu wechseln, massiv erhöht. In einer viel beachteten Studie zur Situation im Krankenhausbereich gaben 45 % der Befragten an, dass sie regelmäßig daran dachten, aufzuhören (Gferer und Gferer, 2021: 51). Bereits vor der Pandemie war klar, dass viele junge Menschen, die einen Pflegeberuf wählen, schnell zu dem Entschluss kommen, dass sie bei den Arbeitsbedingungen, die sie vorfinden, und dem Personalmangel, der ständig kompensiert werden muss, nicht bleiben wollen (Bauer et al, 2018: 77). Inzwischen hat sich das Portmanteau „Pflexit“ etabliert, um diese Bewegung weg vom Pflegeberuf zu betiteln. Derweil wird versucht, die Betreuungskrise im häuslichen Bereich über niedrig entlohnte Arbeit und prekäre Arbeitsverhältnisse zu beheben. In der Stellung von 24-Stunden-Betreuer*innen, vorwiegend weibliche Arbeitskräfte aus benachbarten osteuropäischen Ländern, verbinden sich die gesellschaftliche Abwertung von Sorgetätigkeiten und strukturelle Diskriminierung am Arbeitsmarkt (Sagmeister und Matei, 2021; Aulenbacher et al, 2021). Steigender Pflegebedarf, reduzierte Pflegefinanzierung und Zeitmangel, um für sich selbst und füreinander zu sorgen, sind alles Phänomene, welche wir als „Care-Krise“ zusammenfassen können (Dowling, 2021). Bei einer Care-Krise haben wir es mit der Erschöpfung gesellschaftlicher Ressour-

cen zu tun, auf welche wir für die Reproduktion unseres Lebens angewiesen sind. Im Zuge der Corona-Pandemie wurde im Juni 2022 eine langerwartete Pflegereform beschlossen.¹ Die sogenannte „Pflegermilliarde“ bringt finanzielle Verbesserungen vor allem für Pflegefachassistent*innen und Pflegeassistent*innen inklusive Zuschüsse für die Ausbildung. Eine ganze Reihe anderer Berufsgruppen ist aber ausgeschlossen, hierzu zählt der gehobene Dienst (diplomierte Gesundheits- und Krankenpfleger*innen), aber auch Sozialbetreuungsberufe. In der 24-Stunden-Betreuung soll ein Anstellungsmodell attraktiv gemacht werden. Allerdings bleibt das bisherige Modell der Selbständigkeit bestehen und damit auch die Probleme hinsichtlich Scheinselbständigkeit und unzureichender arbeits- und sozialrechtlicher Absicherung (Markovic, 2021). Auch im Bereich der persönlichen Assistenz für Menschen mit Behinderungen oder Beeinträchtigungen existieren weiterhin prekäre Beschäftigungsverhältnisse (Österreichischer Behindertenrat, 2022). Pflegende Angehörige sollen mit einem jährlichen Bonus von 1500 Euro entlastet werden, aber dies gilt nur ab Pflegestufe 4 und bereits pensionierte Personen sind davon ausgeschlossen. Deshalb kommt diese Bonuszahlung nur einem kleinen Prozentsatz der Betroffenen zu Gute. Auch ist nicht vorgesehen, Sachleistungen im Bereich der Unterstützungs- und Entlastungsangebote für pflegende Angehörige zu erweitern.

Insgesamt lässt die Pflegereform erkennen, dass Pflege und Betreuung weiterhin breiter gedacht werden müssen. Auch ist es wichtig, strukturelle Dynamiken zu erkennen, die Krisentendenzen befördern. Das kapitalistische Wachstumsmodell ist darauf angewiesen, die Kosten für soziale Reproduktion so niedrig wie möglich zu halten, indem es auf die unbezahlte und unterbezahlte Arbeit zurückgreift, die Frauen seit jeher im Haushalt leisten und die zunehmend auf migrantische Arbeitskräfte in prekären Arbeitsverhältnissen abgewälzt wird. Lange Zeit blieb diese kostenlose oder kostengünstige Arbeit unsichtbar und wurde einfach als selbstverständlich hingenommen. Doch nun, da das Wachstumsmodell in eine Krise gerät, wird auch die Care-Krise sichtbar. Die Bereitschaft, abgewertete Sorgearbeit zu leisten, nimmt ab und das Gewinnstreben untergräbt die Grundlage, auf der das bisherige Wachstumsmodell aufgebaut war. Das kapitalistische Wirtschaftsmodell ist nicht aus sich selbst heraus in der Lage die soziale Reproduktion aufrecht zu erhalten.

2. Ökologische Krise

Bekanntlich kommt dieses System auch an seine planetarischen Grenzen (Rockström et al, 2011). Der Wachstumsimperativ hat die natürlichen Ressourcen, auf die das System angewiesen ist, immer weiter abgebaut (Schmelzer und Passadakis, 2011). Der fossile Energieverbrauch zerstört die Atmosphäre und bringt einen Klimawandel hervor,

1 Siehe Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, Pflegereform, www.sozialministerium.at/Themen/Pflege/Pflegereform.html (4.7.2022).

dessen Folgen – von Dürre und Waldbränden bis hin zu Flutkatastrophen – ganz unmittelbar Leben zerstören oder bedrohen. Zugleich schafft der im ökonomischen Wachstum immer weiter angeheizte Konsum Massen von giftigem Müll, die ihrerseits Boden und Gewässer verseuchen (Smith and Brisman, 2021). Tierarten sterben aus, die biologische Vielfalt nimmt ab, und das ökologische Gleichgewicht wird in elementarsten Zusammenhängen gestört.

Auch diese Dynamiken, die hier nur skizzenhaft angedeutet sind, lassen sich im momentan herrschenden Modus der Krisenregierung nicht bewältigen. In der ökonomischen Erholung von der Corona-Krise nimmt unmittelbar die Luftverschmutzung wieder zu. Die Schwierigkeiten des Erdgasbezugs im Zuge des Ukraine-Kriegs bringt etwa die österreichische Regierung dazu, ein stillgelegtes Kohlekraftwerk wieder in Betrieb zu nehmen (Wiener Zeitung, 2022). In Deutschland soll auf umweltbelastende Flüssiggastransporte aus dem Mittleren Osten oder aus den USA gesetzt werden statt auf russisches Gas (BR Redaktion 2022a und 2022b). Großbritannien wird ua den Energie-Bezug von Atomkraft ausbauen (UK Government, 2022). Rückt somit eine langfristige Umorientierung aus dem Blickfeld?

3. Soziale Ungleichheit

Vor allem die Menschen, die von Prekarität und ökonomischer Ungleichheit betroffen sind, erleben keine Verbesserung ihrer Situation. Die Pandemie hatte die Situation für viele noch einmal mehr verschlechtert. Zunehmend unsichere Beschäftigung und die Ausweitung des Niedriglohnsektors haben die Zone der sozialen Verwundbarkeit ausgeweitet. Alleinerziehende (die vorwiegend weiblich sind) sind besonders von Armut betroffen. In der Corona-Krise gab es zwar staatliche Maßnahmen zur Absicherung der Beschäftigten, wie etwa Kurzarbeit. Allerdings griffen diese Maßnahmen nur in bestimmten Segmenten des Arbeitsmarktes. In Arbeitsmarktsegmenten mit hoher Flexibilität sowie für verschiedene atypische Beschäftigungsformen, stand diese Art der staatlichen Unterstützung zur Aufrechterhaltung der Beschäftigung nicht immer zur Verfügung. Gerade jene Arbeitsbereiche, in denen Niedriglohn, Scheinselbständigkeit und fehlende Möglichkeit, in den Krankenstand zu gehen, weit verbreitet sind, wuchsen in der Pandemie. Online-Handel und Paketzustellung sind hierfür Beispiele wie auch die bereits erwähnte 24-Stundenbetreuung. Darüber hinaus wird leistbares Wohnen zunehmend zum Thema und die Wohnungsnot nimmt zu. Immer mehr Menschen können sich ihre Miete nicht leisten (Armutskonferenz, 2022). Infolge des Ukraine-Kriegs hat es eine Zuspitzung der Teuerung gegeben, der in Teilen mit Entlastungspaketen begegnet wurde. Zu den Maßnahmen zählen Teuerungsausgleich für Haushalte mit niedrigen Einkommen, der Energiekostenausgleich oder auch die temporäre Senkung der Energieabgaben auf Gas und Strom (Tölgyes, 2022:1). Dennoch wird bisher an den strukturellen Problemen der Ungleichheit wenig verändert, allen voran die verhältnismäßig viel höhere Besteuerung von

Arbeit im Gegensatz zu Vermögen (Achleitner, 2022). Und: Im April 2022 wurde in Österreich trotz der Teuerungen eine sechsprozentige Anhebung der Richtwertmiete für Altbauwohnungen nicht ausgesetzt (Renner, 2022).

Wachsende Ungleichheit, sowohl in der Vermögens- wie auch in der Einkommensverteilung ist ein Phänomen, dass uns seit der neoliberalen Wende in Europa und den USA begleitet. Einem aktuellen Oxfam-Bericht zufolge sind in den reichsten Ländern die Durchschnittslöhne zwischen 2011 und 2017 um 3 % gestiegen, während die Dividenden für wohlhabende Aktionär*innen um 31 % zunahm (Mariotti, 2019: 6f). Auch diese Krise, die offenbar ein Kernstück eines sich selbst überlassenen Kapitalismus bildet, wird jenseits von verschiedenen Extrageldern und Einmalzahlungen nicht systematisch angegangen.

4. Finanzialisierung

Die Ausdehnung der Marktwirtschaft im Einklang mit der Expansionslogik des Kapitalismus hat immer mehr Lebensbereiche in ihren Orbit gezogen. Marktorthodoxie wurde zum Dogma. Hand in Hand mit dem Neoliberalismus wurden Veränderungen in der kapitalistischen Wirtschaftsordnung vorangetrieben, die mit dem Begriff Finanzialisierung zusammengefasst werden. Der finanzialisierte Kapitalismus ist ein Akkumulationsregime, bei dem die Gewinne in erster Linie über Finanzmarktprofite erzielt werden, die ihrerseits die Profite von Handel und Warenproduktion abschöpfen und im besonders krisenträchtigen Fall sogar zeitweilig ersetzen (Stockhammer, 2010). Diese Entwicklung ist zwar im anglo-amerikanischen Raum noch viel ausgeprägter, aber auch hierzulande spielt die zunehmende Ausdehnung der Kredit- und Kapitalmärkte auch in Sphären jenseits des Finanzsystems eine Rolle. Zu nennen sind finanzialisierte Rentensysteme, die Finanzialisierung von Rohstoffmärkten oder auch der verkapitalisierte Wohnungsmarkt. In Unternehmen wurde der Shareholder Value immer wichtiger (Froud et al, 2000). Die Forderung nach immer höheren Renditen trieb nicht nur die Flexibilisierung der Arbeit voran, sondern stellte auch ständig den Bestand von Betrieben in Frage, was Aushandlungsmöglichkeiten in den Arbeitsbeziehungen untergrub und Gegenleistungen für die Arbeitenden, etwa in Form stabiler Beschäftigung, noch ungewisser machte. Diese Entwicklung bedeutet, dass das wirtschaftliche Risiko immer mehr auf jene abgewälzt wird, die es am wenigsten tragen können.

Es sollte nicht überraschen, dass Finanzialisierung in Zeiten stagnierenden Wirtschaftswachstums zunimmt. Hier greifen vor allem die Mechanismen dessen, was der Ökonom und Geograph David Harvey (2004) *Akkumulation durch Enteignung* genannt hat. Beispiele und Bedingungen für Akkumulation durch Enteignung sind die Privatisierung von Staatsunternehmen sowie die Kommodifizierung von zuvor öffentlichen Gütern, aber auch die Deregulierung von Finanz- und Kreditwesen. Auch supranationale Institutionen wie Weltbank, IWF oder auch die EU-Institutionen haben eine bedeutende Funktion

in der Aufrechterhaltung dieses Regimes und bei der Durchsetzung von „Strukturanpassungsmaßnahmen“, wie etwa in Europa zuletzt im Kontext der Finanzkrise Griechenlands. Dem Land wurde eine gravierende Sparpolitik auferlegt als Bedingung für weitere finanzielle Unterstützung (Markantonatou, 2022).

Selbst da, wo der Finanzmarktkapitalismus deutlich seine Krisenhaftigkeit gezeigt hat, wie etwa in der Finanzkrise von 2008, hat es kein Abrücken von dieser Logik gegeben. Stattdessen sollten die vom Finanzmarkt bedingten Probleme, und auch andere der angesprochenen Krisen mit derselben Logik behoben werden. Ein Beispiel hierfür ist der Emissionshandel oder auch der Einzug von Private Equity Unternehmen in neue Felder wie die Pflege (Dowling, 2021a; Bourgeron et al, 2021).

5. Autoritarismen

Der britische Politikwissenschaftler Ian Bruff (2014) hat argumentiert, dass der Autoritarismus auch als Rekonfiguration staatlicher und institutioneller Macht verstanden werden kann, mit der versucht wird, bestimmte Politiken und institutionelle Praktiken von sozialem und politischem Dissens abzuschirmen. Er beruht auf der Unterordnung unter konstitutionelle und rechtliche Regeln, die für die Erreichung von Wohlstand als notwendig erachtet werden. Dies ist ein fester Bestandteil der neoliberalen Wende mit ihrer technokratischen Ausrichtung und der Ausweitung der Marktlogik auf immer mehr gesellschaftliche Bereiche. Unglücklicherweise haben auch Protest und Widerstand gegen neoliberale Verheerungen autoritäre Züge angenommen. Statt den Neoliberalismus David Camerons und der EU zu attackieren, haben sich die britischen Wähler*innen gegen die EU gewendet (Dowling, 2021b). Wenn es in den USA, wie Nancy Fraser (2017) vermutet, einen „progressiven Neoliberalismus“ gab, haben davon reaktionäre, aber nicht weniger marktliberale Figuren wie Donald Trump profitiert. In der Corona-Krise gingen die Menschen nicht gegen die Profite der Pharmakonzerne, sondern gegen die von ihnen entwickelten Impfstoffe auf die Straße (Brunner et al, 2021). In all diesen Fällen traten der kapitalistischen Alternativlosigkeit nur stärkere autoritäre Orientierungen entgegen. Deregulierte Finanzmärkte, wirtschaftliche Integration und Austerität haben nicht gehalten, was die Befürwortenden der Globalisierung versprochen hatten. Anstelle von neuen Regulierungen, steigendem Wohlstand und wirtschaftlicher Stabilität löste auch die Finanzkrise von 2008 eine destabilisierende Dynamik weiterer Krisen, inklusive einer anhaltenden Wachstumskrise, aus. Tatsächlich scheint es derzeit so, als stolpere die Welt von einer Krise zur nächsten, eine tragischer als die andere, und im Namen der Krisenbewältigung drücken wir uns vor der Auseinandersetzung mit den strukturellen Bedingungen kapitalistischer Dauerkrisen.

Emma Dowling ist Soziologin an der Universität Wien. Sie ist Autorin des Buches *The Care Crisis – What Caused It and How Can We End It?* (London: Verso, 2021); emma.dowling@univie.ac.at

Literatur

- Achleitner, S. 2022. *Problem Steuerstruktur: Arbeit hoch besteuert, Vermögen niedrig*. Momentum Institut. 03.05.2022. <https://www.momentum-institut.at/news/problem-steuerstruktur-arbeit-hoch-besteuert-vermoegen-niedrig> (4.7.2022).
- Armutskonferenz. 2021. Niedrige Einkommen und teures Wohnen – das passt nicht zusammen. Pressekonferenz 15.10.2021, <https://tinyurl.com/b8r5tx64> (4.7.2022).
- Aulenbacher, B., Lutz, H., Schwiter, K. (Hsrg.) 2021. *Gute Sorge ohne gute Arbeit? Live in Care in Deutschland, Österreich und der Schweiz*. Weinheim: Beltz Juventa.
- Bauer, G., R. Rodrigues, K. Leichsenring, M. Six. 2018. *Arbeitsbedingungen in der Langzeitpflege aus Sicht der Beschäftigten in Österreich*. Wien: EZWS.
- Bourgeron, T., Metz, C., Wolf, M. 2021. *Finanzialisierung in der Altenpflege*. Berlin: Finanzwende/ Heinrich-Böll-Stiftung.
- BR 24 Redaktion. 2022a. EU erhält zusätzliches Flüssiggas aus den USA. 25.03.2022, www.br.de/nachrichten/deutschland-welt/eu-erhaelt-zusaetzliches-fluessiggas-aus-den-usa (4.7.2022).
- BR 24 Redaktion. 2022b. Katar will schon 2024 Flüssiggas an Deutschland liefern, 20.05.2022, www.br.de/nachrichten/deutschland-welt/katar-will-schon-2024-fluessiggas-nach-deutschland-liefern (4.7.2022).
- Bruff, I. 2014. The Rise of Authoritarian Neoliberalism. *Rethinking Marxism: A Journal of Economics, Culture and Society* 1: 113–129.
- Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz. 2021. *Pflegepersonal*. [https://www.sozialministerium.at/Themen/Pflege/Pflegepersonal.html#:~:text=F%C3%BCr%20Pflegefachkr%C3%A4fte%20\(DGKP%2C%20PFA%20und,des%20gesamten%20Bereichs%20zu%20t%C3%A4tigen](https://www.sozialministerium.at/Themen/Pflege/Pflegepersonal.html#:~:text=F%C3%BCr%20Pflegefachkr%C3%A4fte%20(DGKP%2C%20PFA%20und,des%20gesamten%20Bereichs%20zu%20t%C3%A4tigen) (7.7.2022).
- Brunner, M., Daniel, A., Knasmüller, F., Maile, F., Schadauer, A. und Stern, V. 2021. *Corona – Protest – Report: Narrative, Motive, Einstellungen*. Forschungswerkstatt Corona-Proteste, Universität Wien.
- Dowling, E. 2021a. *The Care Crisis – What Caused it and How Can We End It?* London/New York: Verso.
- Dowling, E. 2021b. The Social Structure of Brexit and the Crisis of Globalisation: Towards an Analysis of the Disjuncture. *Österreichische Zeitschrift für Soziologie* 46: 257–277.
- Fraser, N. 2017. Für eine neue Linke, oder: das Ende des progressiven Neoliberalismus. *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2/2017: 71–76.
- Froud, J., Haslam, C., Sukhdev, J. and Williams, K. 2000. Shareholder Value and Financialization: Consultancy Promises, Management Moves, *Economy and Society* 29:1, 80–110.
- Gferer, A. und Gferer, N. 2021. Arbeitssituation und Gedanken an einen Berufsausstieg: GuK-C19-Studie: Gesundheits- und Krankenpflege während der COVID 19-Pandemie in Österreich. *Procare* 26(6-7): 50–52.
- Harvey, D. (2004), The New Imperialism: Accumulation by Dispossession, *Socialist Register*, 40: 63–87.
- Markantonatou, M. 2022. A Decade of Austerity Politics and Neoliberal Reform – Overview of the Greek Financial Crisis 2010–2020. In *Neoliberalism and Unequal Development – Alternatives and Transitions in Europe, Latin America and Sub-Saharan Africa*. López-Castellano, F., C. Lizárraga und R. Manzanera-Ruiz (Hsrg.). London: Routledge: 157–172.
- Markovic, F. 2021. 24-Stunden Betreuung: Die Ausbeutung muss beendet werden. A & W Blog, (21.6.2021).
- Mariotti, C. (2019). *The G7's Deadly Sins: How the G7 is Fuelling the Inequality Crisis* (Oxfam Media Briefing, 22 August 2019). <https://www.oxfam.org/en/research/g7s-deadly-sins> (7.7.2022).
- Österreichischer Behindertenrat. 2022. Behindertenbereich bei Pflegereform berücksichtigen! 27.05.2022. <https://www.behindertenrat.at/2022/05/behindertenbereich-bei-pflegereform-beruecksichtigen/> (7.7.2022).
- Renner, G. 2022. Warum die Richtwertmiete um rund sechs Prozent steigt, *Kleine Zeitung*, 01.04.2022, https://www.kleinezeitung.at/politik/innenpolitik/6119568/Wohnen-wird-teurer_Warum-die-Richtwertmiete-um-rund-sechs-Prozent (4.7.2022).
- Rauscher, H. 2022. Im Krisenmodus...braucht Nehammer eine bessere Regierungstruppe. *Der Standard* (11. 3.2022).
- Rockström, J., Steffen, W., Noone, K. Persson, A., Chapin, F., Lambin, E. Lenton, T. et al 2009. Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity. *Ecology and Society* 14(2): 32.
- Schmelzer, M. und Passadakis, A. 2011. *Postwachstum, Krise, ökologische Grenzen, soziale Rechte*. Hamburg: VSA-Verlag.
- Sagmeister, M. und Matei, F. Die „Pflegekrise“ als Krise der Arbeit sichtbar machen, *juridikum* 3/21: 395–403.
- Smith, O., Brisman, A. 2021. Plastic Waste and the Environmental Crisis Industry. *Critical Criminology* 29: 289–309.

Stockhammer, E. 2010. Zwischen Finanzialisierung und Exportorientierung. Österreich im finanzdominierten Akkumulationsregime. In Penz, O. et al (Hrsg) *Neoliberalismus und die Krise des Sozialen: Das Beispiel Österreich*. Köln/Wien: Bohlau Verlag GmbH.

Tölgyes, J. 2022. *Mehr Sozialleistungen und weniger Steuern gegen die Teuerung?* Policy Brief 08/2022. Wien: Momentum Institut.

UK Government. 2022. *British Energy Security Strategy*. 7 April 2022.

<https://www.gov.uk/government/publications/british-energy-security-strategy/british-energy-security-strategy#nuclear> (7.7.2022).

Wiener Zeitung, Extreme Maßnahmen für extreme Zeiten, 21.06.2022, www.wienerzeitung.at/nachrichten/wirtschaft/oesterreich/2151578-Extreme-Massnahmen-fuer-extreme-Zeiten.html (4.7.2022).

Brüchige Phantasien der Souveränität im Recht

Für ein relational-leibliches Selbstverständnis

Anna Menzel

1. Recht als körperlich bedingter Ausdruck gesellschaftlicher Einbildungskraft

„The only good nation is IMAGINATION“¹, steht an einer Hauswand in Kreta geschrieben. Der Schriftzug wird auf der Fotografie als Street Art in Szene gesetzt: Zu sehen ist eine sonnenbeschienene Wand, an deren linker Seite Treppen ins Stadttinnere führen. Inhaltlich scheint eine kritische Haltung zum Nationalstaat gegen die Kraft der Imagination und von gesellschaftlichen Transformationsideen ausgespielt zu werden. Aber ist nicht gerade die Nation ein Paradebeispiel gesellschaftlicher Imaginationskraft?

Nationalstaaten existieren zwar materiell nicht als solche und sind als Phänomen schwieriger zu beschreiben als zB die massive Hauswand, auf welcher der Satz geschrieben steht. Allerdings prägen imaginäre Konstrukte wie Nation, Recht, Rechtsstaat und Demokratie die Wahrnehmung der vorgefundenen Welt derart, dass sie als nationalstaatlich geteilter Raum interpretiert werden kann. Die dazugehörigen Narrative entspringen der kollektiven Vorstellungskraft und tragen zur Recht-Fertigung einer nationalstaatlichen Teilung der Welt bei. Der Bindestrich in Recht-Fertigung soll einerseits den begründenden Gestus dieser Erzählungen hervorheben. Andererseits ist jene Herausbildung kollektiver Vorstellungen gemeint, die performativ dazu beitragen, Recht zu fertigen, also herzustellen.²

Das Imaginierte muss jedoch nicht (von allen) gutgeheißen werden, damit so etwas wie ein Nationalstaat entstehen kann. Imagination kann demnach zwar performativ wirkmächtig sein, ist als kulturelle Praxis aber nicht an sich gut oder schlecht. Vielmehr kommt es darauf an, *was* sich der dominante Teil der Gesellschaft vorstellt, *welchen* Narrativen er Glauben schenkt und inwiefern geteilte imaginative Entwürfe des rechtlich geordneten Zusammenlebens für notwendig gehalten werden.

Derzeit geraten vielerorts die Konzepte „Rechtsstaat und Demokratie unter Druck“,³ sollen aber konzeptuell weiterhin als tragende Säulen vieler Nationalstaaten fungieren. In diesem Kontext kann der Schriftzug als Aufforderung gelesen werden, um über selbstverständlich gewordene Vorstellungen nachzudenken, die geltendes Recht prägen. *Cornelius Castoriadis*

1 Vgl <https://streetartutopia.com/2021/04/16/the-only-good-nation-is-imagination/> (20.6.2022).

2 Zur Schreibweise von Recht-Fertigung mit Bindestrich in einem anderen Kontext vgl *Wiethölter*, Recht-Fertigungen eines Gesellschaftsrechts, in *Joerges/Teubner*, Rechtsverfassungsrecht (2003) 13 (18).

3 Das wurde auf vielfältige Art und Weise auf der gleichnamigen Konferenz in Wien im Frühjahr 2022 dargelegt.

nennt „Nation, Staat, [...] [a]ber auch Mann/Frau/Kind“ als wirkmächtige Eckpunkte in einem Gewebe von „*gesellschaftlichen imaginären Bedeutungen* [...], die [...] tragenden und sie verkörpernden Institutionen der betreffenden Gesellschaft sozusagen Leben einhauchen“. ⁴ Recht ist als spezifischer Ausdruck kollektiver Einbildungskraft auf die „konstitutive Rolle des Imaginären im Sozialen“ ⁵ angewiesen. Dafür müssen jeweils vorherrschende Vorstellungen reproduziert werden, was zugleich den Spielraum eröffnet, sie nicht passiv als notwendig hinzunehmen, sondern aktiv zu hinterfragen und (anders) zu gestalten. Dieser Prozess ist wesentlich, um Recht am Leben zu halten und zu transformieren, denn Recht ist in den Worten *Robert Covers* „die Projektion einer imaginierten Zukunft auf die Realität“. ⁶

Phänomene wie Demokratie, National- und Rechtsstaat sind imaginäre Gebilde, die Projekte gesellschaftlicher Institutionalisierung vorantreiben. Sie sind ihrerseits aber in zweifacher Hinsicht unweigerlich von Materialität bedingt: Einerseits, weil sie eine bestimmte Interpretation dessen, was materiell wahrgenommen wird, forcieren, andererseits, weil die Imaginationskraft selbst physisch verortet ist. Sie entspringt nicht aus dem Nichts, sondern entsteht in und zwischen menschlichen Körpern. Der Ort, an dem Vorstellungen entstehen, welche dazu dienen „die ‚Grundlosigkeit‘ aller Geltungsbegründungen des Rechts“ ⁷ zu überbrücken, ist also buchstäblich (an-)greifbar. In seinem Vortrag zum utopischen Körper bringt *Michel Foucault* die schmerzliche Einsicht leiblicher Bedingtheit aller Vorstellungskraft zum Ausdruck: „Mein Körper ist eine gnadenlose Topie“. ⁸ Zugleich versteht er diesen verletzbaren Körper als Möglichkeitsbedingung von Wahrnehmung und kreativer Gestaltungskraft, denn er ist jener „kleine utopische Kern im Mittelpunkt der Welt, von dem ich ausgehe, von dem aus ich träume, spreche, fantasie, die Dinge an ihrem Ort wahrnehme und auch durch die grenzenlose Macht der von mir erdachten Utopien neigere.“ ⁹ Mit anderen Worten: Der Körper ist vorgängige, leiblich-relationale Bedingung jedweder Imagination und ihrer potenziellen Auswirkungen in der realen Welt. Das gilt auch in Sachen Rechtsstaat und Demokratie, wobei der menschliche Körper im Recht zugleich, oftmals nolens volens, zum Medium wird, mit dessen Hilfe rechtliche Geltungskraft als Projekt kultureller Institutionen vermittelt wird. ¹⁰

Sofern Verletzlichkeit als menschliche Bedingtheit von Rechtsstaat und Demokratie ernstgenommen wird, geraten jene Narrative ins Wanken, die zwar geltendes Recht als notwendige Ordnung des Zusammenlebens zu begründen versuchen, aber Figuren bemühen,

4 *Castoriadis*, Das Imaginäre: die Schöpfung im gesellschaftlich-geschichtlichen Bereich, in *Wolf*, Das Imaginäre im Sozialen (2012) 15 (22).

5 Vgl. einführend zum Werk von *Castoriadis*: *Wolf* in *Wolf* 9.

6 *Cover*, Violence and Word, *Yale Journal of Law* 1986, 1601 (1604). Soweit keine deutsche Ausgabe der jeweiligen Schriftstücke zitiert wird, sind die Übersetzung von mir.

7 Zur sprachlichen Begründungsstruktur, insofern „Recht [...] in einer zerstreuten (zentrumlosen) Rationalität [ruht]“, *Vesting*, Die Medien des Rechts. Sprache (2011) 7.

8 *Foucault*, Die Heterotopien. Der utopische Körper (2005) 25.

9 *Foucault*, Heterotopien 34.

10 Zur kulturellen Einbettung von Recht als kulturell bedingtem Phänomen der Geltung, *Engelmann*, Rechtsgeltung als insitutionelles Projekt (2020) passim.

die diese Bedingung überschreiben oder verdrängen. Das lässt sich anhand einer der wirkmächtigsten „Figuration[en] des Imaginären im gesellschaftlichen Raum“¹¹ der westlichen Moderne skizzieren: der Souveränität.

2. Souveränitäts-Phantasie (im) Recht

Exemplarisch für Erzählungen, die bis heute gesellschaftlich dominante Vorstellungen über Souveränität und deren Rolle für den Rechtsstaat prägen, lässt sich der „Leviathan“ von *Thomas Hobbes* heranziehen. In seiner gesellschaftsvertraglichen Begründung von Recht als notwendige Ordnungsmacht skizziert er einen düsteren vorrechtlichen Naturzustand: „Außerhalb von Staaten herrscht immer Krieg eines jeden gegen jeden“.¹² In diesem Zustand „herrscht ständige Furcht und die Gefahr eines gewaltsamen Todes. Das Leben ist einsam, armselig, widerwärtig, verroht und kurz.“¹³ Dieses Narrativ wird durch die affektive Kraft der Furcht vor der (imaginierten) Gewalt der Anderen am Leben gehalten, die durch eine produktive (Ehr-)Furcht vor einer übergeordneten rechtlichen Gewalt ersetzt werden müsse.

Der rhetorische Einsatz des imaginierten Naturzustandes als vorrechtlich steht unter der Zielsetzung, (staatliches) Recht zu begründen, ergibt jedoch nur aus einer schon in die Fänge des Rechts geworfenen Situiertheit Sinn. *Daniel Loick* bezeichnet diesen rhetorischen Spielzug in seiner Kritik der Souveränität als metaleptische Bewegung, also als Bewegung, die Ursache und Wirkung vertauscht: Der Naturzustand wird als Ursache gesetzt, die das souveräne Recht hervorbringt, während in Wirklichkeit die Notwendigkeit gewaltvoller Staatsmacht nachträglich plausibel gemacht werden soll.¹⁴

Der vorrechtliche Naturzustand kann zwar im theoretischen Rahmen des Gesamtwerks als das gelesen werden, was er ist: ein Gedankenspiel. Allerdings inszeniert *Hobbes* vermeintliche Bezüge in die reale Welt, um die Gefahr, in den von ihm imaginierten Naturzustand zurückzufallen, zu veranschaulichen. „Man könnte vielleicht denken, dass es nie eine solche Zeit und diesen Zustand des Krieges gab, [...] [a]ber es gibt viele Gebiete, in denen Menschen noch so leben.“¹⁵ Diese „Gebiete“ werden von ihm in einem Gestus des Otherring¹⁶ bzw der VerAnderung¹⁷, als (negative) Kontrastfolie mobilisiert, um die eigene (zivilisierte) Identität performativ hervorzubringen. Er reiht sich in den Kontext epistemischer Gewalt im Kolonialismus ein, indem er schreibt: „[D]ie wilden Völker in vielen Gegenden

11 *Klein/Finkelde*, Einleitung, in *Klein/Finkelde*, Souveränität und Subversion (2015) 9 (9).

12 *Hobbes*, Leviathan, in *Klein*, Thomas Hobbes Leviathan (1651/2003) 255.

13 *Hobbes* in *Klein* 257.

14 *Loick*, Kritik der Souveränität (2010) 57.

15 *Hobbes* in *Klein* 259.

16 Vgl. einführend zum performativen Prozess, durch den „die Anderen im Gegensatz zum Eigenen in ihrer Alterität zu allererst erzeugt werden“, *Bakka*, Gayatri C. Spivak, in *Göttsche/Dunker/Dürbeck*, Handbuch Postkolonialismus und Literatur 2017, 21 (23). Vgl. zur Primärquelle *Spivak*, Can the subaltern Speak? in *Rosalind*, Can the subaltern Speak? Reflections on the history of an idea (2010) 237 (249 ff).

17 So die Übersetzung des „Othering“ im Deutschen bei *Reuter*, Ordnungen des Anderen (2002) 143.

von *Amerika* haben außer der Herrschaft kleiner Familien, deren Eintracht von natürlichen Lustbedürfnissen abhängt, überhaupt keine Regierung und leben bis zum heutigen Tag in dieser verrohten Weise, wie ich es zuvor beschrieben habe.“¹⁸ Sein vorrechtlicher Naturzustand soll also zwar einerseits keine historische Gegebenheit bezeichnen, sondern (nur) zur Begründung und Recht-Fertigung einer bestimmten Form der Rechtsordnung herangezogen werden. Andererseits bemüht er sich literarisch, diesen vorrechtlichen Naturzustand als reale Bedrohung zu inszenieren und setzt auf eine Furcht seiner Leser*innen vor den (imaginierten) Anderen in der Welt. Die imaginative Ausgestaltung dieses Naturzustandes nimmt Bewertungen der Realität vor, die bei fortschreitender Eingravierung in das kulturelle Gedächtnis durchaus reale Folgen haben.¹⁹ Das gilt insbesondere, wenn dieses Narrativ zum Ausgangspunkt für die Legitimation von Rechtsordnungen herangezogen wird, indem Furcht vor der (imaginierten) Gewalt der Anderen produktiv gemacht wird, um staatliche Souveränität als rettende Lösung in Form von Recht zu inszenieren. Souveränität spielt nicht nur in Bezug auf den Staat, der gesellschaftsvertraglich als künstliche souveräne Person, als Leviathan, beschworen werden soll, sondern auch innerhalb der Logik dieser Erzählung eine wesentliche Rolle. Das wird deutlich, sofern die Protagonisten seiner Szenerie in den Blick genommen werden, denn es ist ein „Krieg [...] zwischen Individuen, die sich selbst als Souveräne begreifen“.²⁰ *Judith Butler* hinterfragt daher neben dem eben skizzierten rhetorischen Einsatz des Naturzustandes dessen „imaginären Schauplatz“²¹: „Was kann hier dargestellt werden und was nicht? Was ist vorstellbar und unter welchen Bedingungen?“²²

Butler typisiert den Protagonisten verschiedener Varianten vorrechtlicher Naturzustände wie folgt: „Er hatte Glück und entsprang der Einbildungskraft liberaler Theoretiker als schon ganz erwachsen, ohne Beziehungen, jedoch sehr wohl ausgestattet mit Zorn und Begehren, zuzeiten durchaus eines Glücks oder einer Selbstgenügsamkeit fähig, die von einer natürlichen Welt ganz ohne andere Menschen abhingen.“²³ Die provokative Zuspitzung verdeutlicht, dass diese Erzählungen gewissermaßen stets zu spät einsetzen, insofern sie wesentliche Bedingungen menschlicher Subjektwerdung unterschlagen: „Anderer gesagt wird das Individuum, das uns als erster Moment des Menschlichen vorgestellt wird, [...] gesetzt, als wäre dieses Individuum nie Kind gewesen, als hätte nie jemand

18 *Hobbes* in *Klein* 259.

19 In der kollektiven Gedächtnisbildung und den dafür erzählten Geschichten unterscheidet *Marchart* Verdrängung, Verleugnung und Verwerfung als „negatorische“ Praxen des Vergessens, die je andere Effekte der Gemeinschaftsbildung hervorrufen: *Marchart*, Das historisch-politische Gedächtnis, in *Gerbell/Lechner/Lorenz*, Transformationen gesellschaftlicher Erinnerung (2005) 21 (29).

20 *Butler*, Die Macht der Gewaltlosigkeit (2020) 47.

21 *Butler*, Gewaltlosigkeit 45.

22 *Butler*, Gewaltlosigkeit 46.

23 *Butler*, Gewaltlosigkeit 54. Hervorhebung von mir. *Butler* blickt auf Naturzuständen bei *Locke*, *Rousseau* und *Hobbes* und ist sich bewusst, dass sich selbst in *Hobbes'* Leviathan mindestens fünf verschiedene Varianten unterscheiden lassen. *Butler* konzentriert sich in der Folge darauf, welches subjektive Selbstverständnis den Ausgangspunkt verschiedener Vorstellungen bildet, „deren Mittelpunkt [...] das Problem des gewaltsamen Konflikts und seiner Lösung“ ist, vgl. *Butler*, Gewaltlosigkeit, 48–49.

für es gesorgt, als sei es nie von Eltern und Verwandten oder von sozialen Beziehungen abhängig gewesen, um überleben, um wachsen und (mutmaßlich) lernen zu können.“²⁴ Diese Unabhängigkeit, die phantastische Eigenschaft des ersten Mannes, bzw in der Konstellation des Naturzustandes der ersten Männer, schreibt sich in eine bestimmte Vorstellung von Geschlecht als gesellschaftlicher Erwartungshaltung und deren Repräsentation ein. Das gilt auch für andere identitäre Zuschreibungen entlang derer strukturelle Machtverhältnisse verlaufen, weshalb seine Kritiker*innen diesem imaginierten Gesellschaftsvertrag bis heute (hetero-)sexualisierende und rassifizierende Folgewirkungen zuschreiben.²⁵ Zwar werden *Hobbes*' Männer („men“) nahezu durchgehend mit „Mensch“ übersetzt, jedoch zeigt sich die geschlechtlich männlich konnotierte Imagination der Protagonisten seiner Erzählung im Kontext, etwa wenn er Konkurrenz in einer Trias mit dem Streben nach Sicherheit und Ansehen als in der menschlichen Natur verankerte Konfliktursache bezeichnet: Sie „veranlaßt die Menschen [men], wegen des Gewinns anzugreifen [...], um sich zum Herrn von anderer Menschen Personen [mens persons], Frauen, Kinder und Vieh zu machen“.²⁶ Andere Menschen werden als andere Männer vorgestellt, die sich zu den nachfolgend genannten Gruppen lediglich in Beherrschungsverhältnissen positionieren und diese weder als Vertragspartner*innen ansehen, noch die eigene Abhängigkeit von ihnen thematisieren. Dabei stützt die spezifische Dynamik der Furcht das Subjekt mit einem Gespür für die Möglichkeit der Herrschaft über das Selbst und die Welt aus und begünstigt die Illusion autonomer Handlungsfähigkeit.²⁷ Die hobbessche Erzählung des Naturzustandes greift in diesem Sinne zwar performativ wirkmächtige Fiktionen subjektiver Autonomie auf, ist aber äußerst unzureichend in der Lage, das zu beschreiben, *was da ist*. Relationale Abhängigkeit und Verletzlichkeit werden nicht nur aus der Geschichte herausgeschrieben, sondern (männlicher) Subjektivität als solcher abgesprochen, die in der Folge zum Idealtypus autonomer Rechtssubjektivität erstarkt. Das steht im krassen Gegensatz zu der von *Butler* entwickelten relationalen Ethik und Politik der radikalen Interdependenz, die, ausgehend von *Émmanuel Lévinas*, Vulnerabilität als eine verallgemeinerbare geteilte menschliche Bedingung begriff: „Wir alle beginnen unser Leben, indem wir anderen überantwortet sind, eine Lage, die zugleich passiv und belebend ist.“²⁸ Im Vergleich könnte der Kontrast zu *Hobbes*' Naturzustand als Ansammlung autonom phantasierter Subjekte, die sich in ständiger Furcht vor dem Krieg aller gegen alle befinden, kaum größer sein. In seiner Erzählung scheint es nur eine Art von Subjekt zu geben, dessen Handlung er gesellschaftliche Relevanz zu-

24 *Butler*, Gewaltlosigkeit 53.

25 Mit Referenzen auf Forschungen von *Patemann* (1988), *Wittig* (1992) und *Mills* (1997), *Bargetz*, Haunting sovereignty and the neurotic subject: contemporary constellations of fear, anxiety and uncertainty, *Citizenship Studies* 2021, 20 (30): „[T]he idea of both national and subjective sovereignty, [...] is neither neutral nor innocent: ultimately it is a capitalist, racist, and masculinist one“.

26 *Hobbes* in *Klein* 254–255. In Klammern wurde das englische Original zugefügt.

27 *Bargetz*, *Citizenship Studies* 2021, 24.

28 *Butler*, Gewaltlosigkeit 68.

schreibt und das ist laut *Butlers* Analyse „selbstgenügsam, ohne Abhängigkeiten, [...] und ohne Bedürfnis nach anderen.“²⁹ *Butlers* Fragen an das imaginative Rahmenwerk des vorrechtlichen Naturzustands zeigen, inwiefern der Souveränität darin in verschiedener Hinsicht eine phantasmatische Rolle zukommt. Zum einen wird die relationale Abhängigkeit der in ihr handelnden Protagonisten „aus dem Bild des Urmenschen herausretuschiert“.³⁰ Zum anderen erweisen sich vor diesem Hintergrund Selbstbeschreibungen, die modernes Recht insgesamt als abgetrennt, bzw unabhängig von menschlichen und medialen sowie kulturellen Bedingungen darstellen, als phantasmatisch. Erzählungen, die den vorrechtlichen Naturzustand derart inszenieren, dass er auf einer „*Tabula rasa*“ vorgefunden erscheint, verlieren an Glaubwürdigkeit, wenn sich abzeichnet, dass er vielmehr auf einer „eigens *leergewischte[n]* Tafel“³¹ imaginär situiert wurde. Das (traumatisch) aus der Erzählung Ausgeschlossene kann aber auf lange Sicht nicht gänzlich aus ihr verbannt werden. In einer dekonstruktiven Lesart wird die Rezeption der Erzählung vielmehr von Geistern der Alterität „heimgesucht“.³² Dieser „Spuk“³³ wird Leser*innen, die damit beginnen, im (kulturellen) Text „Spuren“³⁴ zu finden, welche die Verdrängung oder Verleugnung relational-leiblicher Bedingung von Recht bezeugen nicht loslassen. Er drängt zur Einsicht in die eigene leiblich-relationale Abhängigkeit, welche *Donna Haraway* folgendermaßen auf den Punkt bringt: „To be one is always to become with the many.“³⁵

3. Furcht vor Verletzlichkeit oder Mut zum leiblich-relationalen Selbstverständnis (im Recht)

Werden derzeit (noch) dominante Selbstverständnisse der Autonomie und Unabhängigkeit von Rechtssubjekten brüchig, gibt dies Gelegenheit, einen Moment innezuhalten und zu fragen, welche Vorstellungen und Erzählungen die kollektive, in die Zukunft gerichtete Arbeit an Rechtsstaat und Demokratie alternativ anleiten könnten. Ein kritisch reflexiver Rückbezug auf die (eigene) Verletzlichkeit ermöglicht ein anderes Nachdenken über rechtfertigende Narrative. Um die Welt in rechtlich geordneter Weise gemeinsam zu bewohnen, müssen nicht notwendigerweise Emotionen der Angst oder Furcht vor der (imaginierten) Gewalt der anderen bemüht werden, wie es im Gründungsmythos des hobbesschen Naturzustandes der Fall ist. Jedoch findet auch der affirmative Versuch, eine mutigere Haltung im Angesicht der eigenen Verletzlichkeit einzunehmen, in einer Welt statt, die über Jahrhunderte paradigmatisch von einem Denken mit Figuren der Souveränität geprägt

29 *Butler*, Gewaltlosigkeit 45.

30 *Butler*, Gewaltlosigkeit 53.

31 *Butler*, Gewaltlosigkeit 54.

32 Nach *Derrida* wird Text von Alterität „heimgesucht“: „[L]e texte est hanté“. Vgl *Derrida*, Force de loi (1994) 68. Das kommt verdichtet im Neologismus „*hantologie*“ zum Ausdruck, der phonisch von „*ontologie*“ nahezu ununterscheidbar ist, *Derrida*, Spectres de Marx (1993) 31.

33 *Derrida*, Spectres 272.

34 Zur Spur von Alterität und Nicht-Präsenz im Text, *Derrida*, De la grammatologie (1970) 103. Zur Funktion der Spuren („*traces*“) und der „*différance*“ im Text: *Derrida*, Positions (1972) 38–40.

35 *Haraway*, When species meet (2008) 4.

wurde. In diesem Sinne werden nicht nur Narrative, die Alterität (traumatisch) verdrängen, wider willens von ihnen bespukt. Auch ein Paradigmenwechsel in Bezug auf das Selbstverständnis des modernen Rechts würde in einer Welt stattfinden, in der weiterhin Geister der Souveränität ihr Unwesen treiben. Die Erfahrung (eigener) Verletzlichkeit und die damit möglicherweise verbundene Einsicht in die leiblich-relationale Bedingung der Menschen und des Rechts steht insofern unter „Einfluss von nationalstaatlicher Souveränität und [...] Sehnsucht nach einer (vermeintlich) verlorenen Souveränität“³⁶. Diese Situation bezeichnete *Brigitte Bargetz* jüngst als geisterhafte bzw. spukende Souveränität. Die Auswirkungen der Gefühle, welche die Bewussterwerden eigener Verletzlichkeit hervorrufen, können insbesondere bei sich autonom glaubenden Subjekten eine existenzielle Erschütterung des Selbstverständnisses auslösen. In Bezug auf Recht bzw. den Rechtsstaat als Ausdruck kollektiver Einbildungskraft lässt sich diese Gefahr der Destabilisierung womöglich auch auf staatliche Souveränität übertragen.

Die Frage ist, wie mit der (neuen) Erfahrung von Verletzlichkeit im Zusammenbruch wirkmächtiger Phantasien umgegangen wird. Zugespitzt könnte entweder weiterhin mit furchtsamer Verdrängung oder aber mit mutiger Affirmation leiblich-relationaler Abhängigkeit reagiert werden. Beide Haltungen entstehen wiederum nicht im luftleeren Raum, sondern sind auf (kollektive) Vorstellungskräfte angewiesen. Ein Festhalten am Konzept der Souveränität kann vorübergehend womöglich weiterhin die existenzielle Angst, die im Angesicht eigener Verletzlichkeit zu überwältigen vermag, in produktive (Ehr-)Furcht vor dem Recht ummünzen.³⁷ Ideengeschichtlich besteht eine spezifische Abhängigkeit zwischen Politiken oder gar Ökonomien der Angst und Konzepten der Souveränität.³⁸ Jedoch ist bei einer derart wirkmächtigen Verdrängung (eigener) Vulnerabilität fragwürdig, inwiefern Angst oder Furcht eine gute Ratgeberin ist. Das gilt insbesondere, wenn sie zur Rückseite autoritärer Politiken wird.³⁹

Der eigene Körper ist nicht nur jener gnadenlos leibliche Ort, an dem wir uns als verletzlich ausgeliefert erfahren, sondern auch der Ort, von dem ausgehend andere Formen gesellschaftlichen Zusammenlebens imaginiert werden können. Sie werden „vom Körper selbst geboren“, schreibt *Foucault*.⁴⁰ Wirkmächtiger Schauplatz solcher narrativer Entwürfe ist das Recht, welches als „Brücke, [...] ein Konzept der Realität mit einer imaginierten Alternative verbindet“.⁴¹ Der Brückenschlag zwischen Sein, also der Realität und dem Sollen, also der normativen Ebene, die als Ausdruck einer imaginierten Alternative verstanden werden kann, ist in juristischer Arbeit nicht ungewöhnlich, sondern an der Tagesordnung. Dabei könnte sich ein Konzept der Wirklichkeit, welches den leiblich verletzlichen Ort des (menschlichen) Körpers anerkennt, durchaus transformativ auf geltendes Recht auswirken.

36 *Bargetz*, *Citizenship Studies* 2021, 26.

37 *Bargetz*, *Citizenship Studies* 2021, 24.

38 *Bargetz*, *Citizenship Studies* 2021, 21.

39 *Bargetz*, *Citizenship Studies* 2021, 21. Zur „economy of fear“ vgl. *Abmed*, *The Cultural Politics Of Emotion* (2004) 15.

40 In Bezug auf Utopien, die sich gegen den Körper wenden können, der sie gebiert, *Foucault*, *Corps Utopique* 2009/1966, 14.

41 *Cover*, *Yale Journal of Law* 1986, 1604.

Für die Frage, welche Imaginationen die Arbeit an einem solchen Recht anleiten könnten, ist es mit *Lévinas*, der als Vordenker leiblich-relationaler Selbstverständnisse gelten kann, „äußerst wichtig zu erkennen, ob die Gesellschaft im üblichen Sinn das Ergebnis einer Beschränkung des Prinzips darstellt, dass der Mensch des Menschen Wolf ist, oder ob sie im Gegensatz dazu aus der Beschränkung des Prinzips hervorgeht, dass der Mensch *für* den Menschen da ist. Stammt das Soziale mit seinen Institutionen, seinen universellen Formen, seinen Gesetzen daher, dass man die Folgen des Krieges zwischen den Menschen limitiert hat oder dass man die Unendlichkeit limitiert hat, die sich in der ethischen Beziehung zwischen Mensch und Mensch öffnet?“⁴² *Lévinas*, der Verletzlichkeit als vorrechtliche Bedingung und unhintergehbare Herausforderung des Rechts denkt, fügt hinzu: „Es ist nicht sicher, ob am Anfang Krieg war.“⁴³ Hilfreicher als der Versuch, die Frage zu beantworten, ob ohne geltendes Recht Krieg aller gegen alle herrschen würde, wäre womöglich sich im Hier und Jetzt die Frage zu stellen, welche Narrative ein Recht beleben könnten, das den Herausforderungen der *conditio humana* nicht unter dem Motiv der Furcht zu begegnen sucht. Abgesehen davon, ob man den rhetorischen Kniff, einen vorrechtlichen Naturzustand zu zeichnen, der geltendes Recht in einer metaleptischen Bewegung zu begründen sucht, gutgeheißen, werden in Anerkennung der Verletzlichkeit jedenfalls solche Erzählungen unplausibel, die als Anfang inszeniert werden, ohne ihre eigenen Bedingungen reflektieren zu können. Im Sinne der performativen Kraft der Fiktion kommt es jenseits inhaltlicher Überzeugungskraft darauf an, *welche* Erzählungen überhaupt gehört und reproduziert werden, *wie* sie rhetorisch zur Rechtfertigung von Rechtsstaat und Demokratie eingesetzt werden sowie, *wer* in deren Rahmenbedingungen vorgestellt werden kann.

Der eingangs zitierte drastische Befund, „The only good nation is IMAGINATION“, weist über eine nationalstaatlich geordnete Welt hinaus und fordert die kollektive Imaginationskraft heraus. Ist Recht, das seine *conditio humana* nicht verleugnet, sondern kritisch reflektiert, vorstellbar? Im geltenden Recht könnte die Arbeit an einem solchen Recht bei konzeptuell wirkmächtigen Grundbegriffen ansetzen, etwa durch die Rezeption eines relational-leiblichen Menschenwürdebegriffs.⁴⁴ Im Verhältnis von Alteritätsethik, Recht und Politik ist ein relational-leibliches Selbstverständnis unabdingbar, um die alteritätsethische Herausforderung von Recht nachzuvollziehen und es in diesem Bezug unhintergebar verantwortlich begreifen zu können.⁴⁵

Anna Menzel (dipl.-jur., Master (Droit et Science Politique, Sorbonne)) promoviert zur „alteritätsethischen Relevanz des Hörens und Gehört-Werdens“ an der Goethe Universität in Frankfurt a. M. und lebt in Leipzig; menzel@riseup.net.

42 *Lévinas*, Ethik und Unendliches (2008/1982) 61–62.

43 *Lévinas*, En découvrant l'existence avec Husserl et Heidegger (1974) 234.

44 *Schidel*, Relationlät der Menschenwürde. Zum gerechtigkeitstheoretischen Status von Menschen mit geistiger Behinderung. Dissertation (2021) passim [Manuskript].

45 Diese alteritätsethische Exposition des Rechts skizziere ich in meinem Dissertationsprojekt. Ich danke dem Frankfurter Juristinnen*-Kolloquium für gemeinsames Nachdenken und die Diskussion meiner Texte.

Der dritte Zyklus des Universal Periodic Review in Österreich

Herausforderungen des Umsetzungsprozesses

Florian Horn / Sebastian Öhner / Valerie Gruber

1. Einleitung

Die Autor_innen dieses Artikels sind die zuständigen Vorstandsmitglieder der Österreichischen Liga für Menschenrechte im Universal Periodic Review-Prozess (UPR). Die Österreichische Liga für Menschenrechte übernimmt dabei die Koordination eines großen Teils der österreichischen Zivilgesellschaft. Der gegenständliche Artikel soll einen Überblick über Stand und Herausforderungen des Prozesses in Österreich geben.

2. Der Universal Periodic Review-Prozess

2.1. Rechtsgrundlage des Mechanismus

Die Vereinten Nationen haben eine thematisch breite Fülle an Menschenrechtsabkommen hervorgebracht. Ausgehend von der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948¹ über die weit gefassten Abkommen über bürgerliche und politische Rechte (UN-Zivilpakt)² sowie wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpakt)³ von 1966 bis zu den oftmals thematisch engeren und daher detaillierteren Instrumenten wie etwa der Frauenkonvention (CEDAW)⁴ und der Kinderrechtskonvention (CRC)⁵. Im letzten Jahrzehnt ist in Mitteleuropa auch wieder die Genfer Flüchtlingskonvention aus 1951 in den Fokus getreten.⁶

Bei den thematisch-spezifischen Übereinkommen gibt es oftmals jeweils eigene Staatenberichtsmechanismen. Mit der Einsetzung des Menschenrechtsrates (Human Rights Council) am 15. März 2006 durch die UN-Generalversammlung wurde aber, die „Regelmäßige Universelle Überprüfung“ (Universal Periodic Review oder kurz „UPR“) eingeführt. In der betreffenden Resolution wurde der Menschenrechtsrat beauftragt „auf

1 Resolution der UN Vollversammlung v 10.12.1948, A/RES/217/A-(III).

2 Internationaler Pakt über Bürgerliche und Politische Rechte v 19.12.1966, BGBl 1978/591.

3 Internationaler Pakt über Wirtschaftliche, Soziale und Kulturelle Rechte v 19.12.1966, BGBl 1978/590.

4 Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau v 1.3.1980, BGBl 1982/443.

5 Übereinkommen über die Rechte des Kindes v 26.1.1990, BGBl 1993/7.

6 Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge v 28.7.1951, BGBl 1955/55.

der Grundlage objektiver und zuverlässiger Informationen eine allgemeine regelmäßige Überprüfung der Erfüllung der Menschenrechtsverpflichtungen und -zusagen durch jeden Staat vorzunehmen, und zwar in einer Weise, die eine universelle Erfassung und Gleichbehandlung aller Staaten gewährleistet“.⁷

Im Jahr 2007 wurde der Mechanismus im „Institution-Building Package“ des UN-Menschenrechtsrats⁸ näher ausgestaltet und mit den Erfahrungen des ersten Berichtszyklus reformiert.⁹ Der UPR sieht die Überprüfung der Lage der Menschenrechte in allen Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen (heute 193) in regelmäßigen Abständen von vier bis fünf Jahren vor. Jeder dieser Überprüfungsdurchgänge bildet einen „Zyklus“ (cycle). 2017 begann der dritte Zyklus des UPR, im Zuge dessen Österreich im Jahr 2020 überprüft wurde.

UPR ist ein Prozess, welcher versucht, die Menschenrechtssituation des betreffenden Landes möglichst umfassend darzustellen. Basierend auf einem Peer-Review Prozess haben alle Länder die Möglichkeit, Wahrnehmungen oder Bedenken bezüglich der Einhaltung der Menschenrechte im jeweils überprüften Land zu äußern. Dazu werden drei Gattungen von strukturierten Berichten erstattet: erstens der Bericht der Regierung des jeweiligen Landes, zweitens Informationen aus anderen UN-Mechanismen und den Spezialverfahren des Menschenrechtsrats sowie drittens Einreichungen der Zivilgesellschaft und der nationalen Menschenrechtsinstitutionen. Die beiden letztgenannten Gattungen von Informationen werden vom UN-Hochkommissariat für Menschenrechte (OHCHR) in je einem eigenen Bericht zusammengefasst, welches auch als Einbringungsstelle für die Berichte wirkt. Die Beteiligung von NGOs während der Berichtsphase soll den Schutz und die Förderung der Menschenrechte zusätzlich gewährleisten.

Der Zivilgesellschaft kommt im UPR-Prozess eine wichtige Rolle zu. Abgesehen von der Möglichkeit, direkt Wahrnehmungen und Forderungen zur Lage der Menschenrechte an OHCHR zu richten und beim Hearing gehört zu werden, ist eine Auseinandersetzung der nationalen Behörden mit der Zivilgesellschaft bei der Erstellung des Staatenberichts durchaus erwünscht. Die von NGOs bereitgestellten Informationen können weiters von jedem der Staaten, die an der interaktiven Diskussion während der Überprüfung in der Arbeitsgruppensitzung teilnehmen, herangezogen werden. So eröffnet sich eine Vielzahl an Wegen, über die die Expertise der Zivilgesellschaft in den Prozess einfließen kann. Es ist keine Voraussetzung, dass die Organisationen aus dem geprüften Land stammen.

Im Anschluss an die Berichte erfolgt eine Sitzung des UN-Menschenrechtsrates, in der die Vertreter_innen des geprüften Staates und der Zivilgesellschaft Stellung nehmen können. Sämtliche andere teilnehmende Mitgliedstaaten geben Empfehlungen ab, die den

7 Resolution der UN Vollversammlung v 15.3.2006, A/RES/60/251.

8 Resolution des UN Menschenrechtsrats v 18.6.2007, A/HRC/RES/5/1, angenommen von der UN Vollversammlung ohne Abstimmung A/HRC/5/21-(III), Rz 60–62.

9 Resolution des UN Menschenrechtsrats v 12.4.2011, A/HRC/RES/16/21; Beschluss des UN Menschenrechtsrat v 19.7.2011, A/HRC/DEC/17/119.

Kern des Prozesses und der folgenden Umsetzungen bilden sollen. Am Ende wird vom UN-Menschenrechtsrat ein Abschlussbericht mit den erstatteten Empfehlungen erstellt. Sie werden vom geprüften Staat in einer schriftlichen Erklärung bzw einer weiteren Sitzung entweder angenommen oder lediglich zur Kenntnis genommen, wobei die Annahme eine Umsetzungsverpflichtung impliziert. Üblicherweise werden mit der Annahmeerklärung ein Vorbehalt oder sonstige Erläuterungen verbunden.

Die Umsetzung der Empfehlungen in den Staaten ist im Mechanismus nicht geregelt. Es ist möglich, dass ein Staat sich verpflichtet, einen Zwischenbericht zur Hälfte der Zeitperiode des Zyklus vorzulegen. Umsetzungsmaßnahmen unterliegen zur Gänze dem nationalen Recht.

2.2. Ablauf des Dritten Zyklus des Universal Periodic Review für Österreich¹⁰

Nach 2011 und 2015 stand die Überprüfung der Menschenrechtssituation in Österreich für das Jahr 2020 erneut an. Ursprünglich wäre der Sitzungstermin des UN-Menschenrechtsrats für Oktober 2020 vorgesehen gewesen. Aufgrund der Covid 19-Pandemie verschob sich der gesamte Prozess um drei Monate. Beim Sitzungstermin im Jänner 2021 fanden die Sitzungen pandemiebedingt als Videokonferenzen statt.¹¹ Die Verfahrensdokumente sind auch auf der Webseite des UN-Hochkommissariats für Menschenrechte (OHCHR) abrufbar.¹² Auf der österreichischen Seite lag die organisatorische Zuständigkeit für den Prozess beim BMEIA¹³ und beim BKA¹⁴.

Der dritte Zyklus des UPR-Prozesses begann für Österreich mit einer Frist von 1.6.2020 bis 9.7.2020 für die Einbringung der Berichte der Zivilgesellschaft, der nationalen Menschenrechtsinstitutionen und anderer Organisationen beim OHCHR:¹⁵ Die Österreichische Liga für Menschenrechte brachte ihre umfassende Gemeinsame Stellungnahme am 9.6.2020 ein (in Folge kurz: „Stellungnahme Liga“).¹⁶ Darüber hinaus wurden weitere acht Einzeleingaben und fünf Sammeleingaben unterschiedlicher NGOs zu wichtigen Teilbereichen eingebracht. Als nationale Menschenrechtsinstitution brachte die Volks-

10 Allgemeine Informationen zum Ablauf in Österreich sind verfügbar auch auf den Webseiten des BMEIA: www.bmeia.gv.at/europa-aussenpolitik/menschenrechte/universal-periodic-review/ und der Österreichischen Liga für Menschenrechte: www.liga.or.at/ (15.6.2022).

11 Die Sitzungen sind in einer vollen Aufzeichnung auf der betreffenden Webseite der UN abrufbar: <https://media.un.org/> (26.6.2022).

12 Soweit im Folgenden nichts Anderes angegeben ist, finden sich Dokumente unter: www.ohchr.org/en/hr-bodies/upr/at-index (15.06.2022).

13 Völkerrechtsbüro, Sektion I.

14 Verfassungsdienst, Sektion V.

15 Die einzelnen Stellungnahmen sind in Englischer Sprache abrufbar auf der Webseite des OHCHR: www.ohchr.org/en/hr-bodies/upr/uprat-stakeholders-info-s37 (15.6.2022).

16 Die Stellungnahme der Österreichischen Liga für Menschenrechte hat deswegen eine besondere Position, weil sie über Dachorganisationen vermittelt mehrere hundert NGOs der österreichischen Zivilgesellschaft zusammenfasst. Neben der Veröffentlichung auf der Webseite des OHCHR ist sie in deutscher Sprache auch auf der Webseite der Liga abrufbar: www.liga.or.at/ (15.06.2022).

anwaltschaft eine Stellungnahme ein. Als weitere Organisationen brachten der Europarat, die Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA) und das Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR) Stellungnahmen ein.

In der Vorbereitung des Staatenberichts wurde auch die Zivilgesellschaft eingebunden. Am 8.7.2020 erfolgten erste schriftliche Stellungnahmen der Zivilgesellschaft zum Entwurf des österreichischen Staatenberichts¹⁷: Dabei wurden fünf Berichte erstattet, wobei die Österreichische Liga für Menschenrechte den Großteil der österreichischen NGOs in ihren Bericht einband. Am 9.7.2020 folgte ein mündlicher Austausch der Zivilgesellschaft mit dem BMEIA. Der Endentwurf des Staatenberichts lag am 10.8.2020 vor und bot eine letzte Stellungnahmemöglichkeit. Inhaltlich wurden einzelne Anmerkungen der Zivilgesellschaft berücksichtigt. Am 7.10.2020 genehmigte der Ministerrat den Staatenbericht¹⁸, der am 12.10.2020 beim OHCHR eingebracht wurde.¹⁹

Am 5.11.2020 war der zusammenfassende Bericht des OHCHR über die Stellungnahmen der Zivilgesellschaft und anderer Organisationen²⁰ und am 13.11.2020 der zusammenfassende Bericht über Stellungnahmen von UN-Organisationen²¹ fertiggestellt. Es hatten sich dabei UNESCO und UNHCR beteiligt.

In Vorbereitung auf die offiziellen Termine organisierte die NGO „UPR-Info“ am 7.12.2020 eine informelle Pre-Session, an der neben Organisationen der Zivilgesellschaft auch Vertreter_innen Österreichs und anderer Staaten teilnahmen.²² Im Dezember 2020 und Jänner 2021 erfolgte überdies die Übermittlung von Fragen der UN-Mitgliedstaaten im Voraus an Österreich und am 12.1.2021 wurden die Bahamas, Eritrea, Südkorea als Troika der Arbeitsgruppe für Österreich gewählt.

Am 22.1.2021 fand die Sitzung des Menschenrechtsrats im interaktiven Dialog statt.²³ Dabei wurden 116 Stellungnahmen von UN-Mitgliedstaaten und insgesamt 317 Empfehlungen vorgebracht. Der daraus erstellte Empfehlungsteil des Berichtsentwurf der Arbeitsgruppe wurde am 26.1.2021 angenommen.²⁴ Österreich hatte 213 Empfehlungen angenommen, 70 zur Kenntnis genommen und 34 zur weiteren Stellungnahme vorbehalten. Außerdem erklärte Österreich eine Selbstverpflichtung, einen Zwischenbericht zur Hälfte der nächsten Berichtsperiode einzubringen. Der Berichtsentwurf wurde am 5.2.2021 unter den UN-Mitgliedstaaten mit einer Frist für Berichtigungen bis 12.2.2021 in Umlauf gebracht.²⁵

17 Dokumente abrufbar unter: www.bmeia.gv.at/themen/menschenrechte/universal-periodic-review/stellungnahmen-zum-entwurf-des-3-upr-oesterreich/ (15.06.2022).

18 BKA-2020-0.638.044, Beschlussprotokoll Nr. 33/13; BMEIA: 2020-0.517.530.

19 A/HRC/WG.6/37/AUT/1.

20 A/HRC/WG.6/37/AUT/3.

21 A/HRC/WG.6/37/AUT/2.

22 Dokumente abrufbar unter: www.upr-info.org/en/review/austria (15.6.2022).

23 Als Aufzeichnung unter: <https://media.un.org/en/asset/k14/k14370g26s> (15.6.2022).

24 Als Aufzeichnung unter: <https://media.un.org/en/asset/k1j/k1jixvjbli> (15.06.2022); Berichtsentwurf A/HRC/WG.6/37/R9.

25 Endfassung des Berichts der Arbeitsgruppe A/HRC/47/12 v 9.4.2021.

Am 7.4.2021 erfolgte in Österreich der Ministerratsbeschluss über die Annahme von weiteren Empfehlungen²⁶, wobei von den zurückgestellten 34 Empfehlungen weitere 23 angenommen wurden. Die österreichische Erklärung wurde am 12.4.2021 an das OHCHR abgefertigt.²⁷ Am 8.7.2021 fand die abschließende Sitzung des Menschenrechtsrats statt.²⁸ Insgesamt hat Österreich laut dem zur Kenntnis genommenen Bericht 236 der 317 Empfehlungen angenommen und 81 Empfehlungen zu Kenntnis genommen. Auf die Selbstverpflichtung zum Zwischenbericht wurde oben bereits hingewiesen. Bei der Sitzung gaben neben einzelnen Staatenvertreter_innen auch Vertreter_innen der Zivilgesellschaft weitere Stellungnahmen ab. Der Bericht wurde ohne Abstimmung angenommen.²⁹

Zum Follow-Up fand bereits am 2.6.2021 parallel zur Finalisierung des Verfahrens ein erstes Treffen von BMEIA, BKA und der Zivilgesellschaft statt. Es folgten bis dato zwei Plenartreffen mit breiter Beteiligung von Ministerien, Ländern und der Zivilgesellschaft am 17.9.2021 und 30.6.2022. Der „Follow-Up Prozess“ soll unter Einbindung der Zivilgesellschaft mit regelmäßigen derartigen Treffen begleitet werden. Voraussichtlich im Jahr 2023 wird, bei Einhaltung der Zusage durch die österreichische Bundesregierung, ein Zwischenbericht über die Fortschritte des Umsetzungsprozesses erstellt. Der nächste Staatenbericht im vierten Zyklus wird voraussichtlich in den Jahren 2025/2026 stattfinden.

2.3. Auszug aus den inhaltlichen Ergebnissen des Dritten Zyklus

Eine umfassende Darstellung aller behandelten Themen würden den Rahmen dieses Artikels sprengen. Als Orientierung werden wir uns aber den Ergebnissen quantitativ nähern und einzelne wichtige Themen herausgreifen:

Betreffend „Sustainable Development Goals“ befasste sich nach der Klassifikation durch das OHCHR eine deutliche Anzahl von Empfehlungen mit Ziel 16 (Friede, Gerechtigkeit und starke Institutionen, 36 % der Empfehlungen) und Ziel 10 (Weniger Ungleichheiten, 30 %). Weitere relevante Ziele waren Ziel 5 (Geschlechtergerechtigkeit, 10 %), Ziel 8 (Menschenwürdige Arbeit und Wirtschaftswachstum, 9 %) und Ziel 4 (Hochwertige Bildung, 5 %).³⁰

Viele Forderungen betreffen die Rechte vulnerabler Gruppen wie Frauen, Kinder aber auch von Flüchtenden bzw Geflüchteten und Minderheiten. Konkret waren bei Frauen Gewaltschutz und bei Kindern diskriminierungsfreie Bildung Schwerpunkte. Thematisch waren zudem auch Rassismus, Diskriminierung und Zugang zu Arbeit bzw Arbeitsbedingungen häufig im Vordergrund. Bei den bloß zur Kenntnis genommenen Forderungen

26 BKA: 2021-0.249.088, Beschlussprotokoll Nr. 54/14.

27 Nachtrag zum Bericht der Arbeitsgruppe A/HRC/47/12/Add.1.

28 Aufzeichnung: <https://media.un.org/en/asset/k1w/k1wun43v7c> (15.06.2022); Bericht: A/HRC/WG.6/37/R9.

29 A/HRC/DEC/47/109.

30 OHCHR, Matrix der Empfehlungen, www.ohchr.org/en/hr-bodies/upr/at-index (15.6.2022).

ist zu bemerken, dass dort die Themen Migration, Diskriminierung, Minderheiten und Arbeit sowie die Ablehnung der Ratifizierung von bestimmten Abkommen eine relativ hohe Gewichtung haben. Vielfach nicht angenommen wurden bspw Empfehlungen, die sich mit Diskriminierung auf Basis der Religion insb des Islams, der Stellung von österreichischen anerkannten Volksgruppen oder dem Abkommen zum Schutz von Wanderarbeitern befassen. Weitgehend nicht angenommen wurden auch Empfehlungen zu einer stärkeren Verantwortung von Unternehmen zB für Lieferketten oder durch Schaffung eines nationalen Aktionsplans für Wirtschaft und Menschenrechte.³¹

3. Rolle der Zivilgesellschaft

3.1. Praxisbericht aus der Erstellung der Berichte

Wie eingangs erwähnt, hat die Österreichische Liga für Menschenrechte im dritten Zyklus des UPR-Prozesses (wie schon zuvor im ersten und zweiten Zyklus) eine eigene sog „Gemeinsame Stellungnahme“ (Joint Submission) im UPR-Prozess für einen großen Teil der österreichischen Zivilgesellschaft koordiniert. Die Joint Submission soll einen möglichst breiten Einblick in die Herausforderungen und Problemstellungen der verschiedenen menschenrechtlichen Teilgebiete liefern.³² Grundvoraussetzung dafür ist aufseiten der Zivilgesellschaft die enge Zusammenarbeit mit den jeweiligen Fachorganisationen. Durch die ersten beiden UPR-Zyklen hatte sich ein gutes Verständnis über die gemeinsame Erarbeitung einer Stellungnahme etabliert.³³ Basierend auf dieser Vorarbeit hat sich auch bei der letzten Überprüfung Österreichs im Rahmen des UPR eine breite Kooperation aufseiten der Zivilgesellschaft zusammengefunden. Bei der von der Österreichischen Liga für Menschenrechte koordinierten zivilgesellschaftlichen Stellungnahme haben sich mehr als 300 Organisationen beteiligt.³⁴

Mit der Erstellung des aktuellen Prüfberichts wurde nach der Fixierung der beteiligten Organisationen mit der gemeinsamen Erarbeitung der Stellungnahme begonnen. In diesem Schritt brachten Fachorganisationen ihre Sichtweise auf die spezifischen Problemstellungen, die sich im Zuge ihrer Arbeit in den betroffenen Menschenrechtsbereichen stellten, ein. Wichtig war in dieser Phase vor allem, dass die sich aus der Praxis ergebenden Erkenntnisse in präzise Forderungen gefasst werden.³⁵

Die Notwendigkeit, Einreichungen kurz zu halten, ist mit dem praktischen Problem der Zusammenstellung eines umfassenden Berichts im Rahmen des UPR verbunden. Denn

31 Ausnahme ist eine Empfehlung Nr 140.17 (eingebracht von Costa Rica), die sich mit der Regelung der Tätigkeit transnationaler Unternehmen befasst.

32 OHCHR, Maximizing the use of the Universal Periodic Review at country level, 3f, www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/UPR/UPR_Practical_Guidance.pdf (9.7.2022).

33 Die Kooperation wurde vormals unter der Titel „menschenrechte.jetzt“ geführt.

34 Stellungnahme Liga, Annex 1.

35 OHCHR, Universal Periodic Review (Fourth Cycle): Information and guidelines for relevant stakeholders' written submissions, 3, www.ohchr.org/sites/default/files/2022-03/StakeholdersTechnicalGuidelines4thCycle_EN.pdf (9.7.2022).

der UN-Menschenrechtsrat gibt Formatvorgaben für die Einbringung zivilgesellschaftlicher Stellungnahmen vor, die insb eine strikte Begrenzung der Länge beinhalten.³⁶ Dies zwingt also auf zivilgesellschaftlicher Seite zu einer intensiven Auseinandersetzung mit der Gewichtung der einzelnen Teilbereiche.

Neben der Formulierung konkreter Forderungen für den Überprüfungsprozess, kann die Erstellung einer gemeinsamen Stellungnahme auch innerhalb der Menschenrechtsorganisationen zu einem besseren Verständnis der jeweiligen Arbeit führen. Diese Vernetzung und das gemeinsame zivilgesellschaftliche Bewusstsein zu stärken, ist ein wichtiger Teilaspekt des UPR.³⁷

Speziell um die Kontinuität des Prüfprozesses beizubehalten, ist bei der Erstellung der Stellungnahmen im Rahmen des UPR besonders auf die Umsetzung von Forderungen der vorangegangenen Überprüfungen einzugehen.³⁸ Damit soll ein guter Einblick in die Entwicklung der Menschenrechtslage des überprüften Staates gegeben werden. Um dies sicherzustellen, wurde in der von der Liga organisierten Stellungnahme auch eine Gegenüberstellung der Forderungen aller bisheriger UPR-Prozesse implementiert.³⁹ Hierbei wurde ersichtlich, dass viele der zivilgesellschaftlichen „Points of Action“ (PoA) bereits mehrmals eingebracht wurden. Somit können kontinuierliche Problemstellen gut sichtbar gemacht werden.

Neben der inhaltlichen Erstellung des Berichts, hat die Zivilgesellschaft die Aufgabe, den Bericht und seine Inhalte bekannt zu machen. Dies betrifft unter anderem die Teilnahme an den Pre-Sessions zum UPR. Hier können insb zivilgesellschaftliche Forderungen schon vor dem offiziellen Hearing vor dem UN-Menschenrechtsrat an die ständigen Vertretungen herangetragen werden.⁴⁰ Zudem ist der Kontakt zu Botschaften ein Mittel um zivilgesellschaftliche Forderungen bei der Überprüfung effektiv einzubringen. Auch mediale Aufmerksamkeit für die aktuellen Problemfelder und die Überprüfung zu erzeugen, ist in dieser Phase ein wichtiges Hilfsmittel um die Effektivität der zivilgesellschaftlichen Arbeit zu maximieren.⁴¹

3.2. Herausforderungen des Follow-Up Prozesses

Der UPR schafft durch seine breit angelegte Untersuchung der Menschenrechtslage eines Staates ein umfangreiches Bild über die notwendigen Verbesserungen. Der „Follow-Up Prozess“ dient der Umsetzung der aus dem UPR entspringenden Forderungen. Bei diesem Abschnitt des UPR besteht abermals sowohl auf zivilgesellschaftlicher, als auch auf staatlicher Seite ein über verschiedene Bereiche verteilter Handlungsauftrag. Für den

36 OHCHR, Information and guidelines, 5.

37 OHCHR, Maximizing, 4.

38 Reinisch (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Band I⁵ (2021) 355.

39 Stellungnahme Liga, Annex 4.

40 UPR-Info, Pre-sessions Empowering human rights voices from the ground, 14.

41 OHCHR, Maximizing, 9.

Follow-Up Prozess in Österreich haben sich die sog „Plenarsaal-Treffen“ etabliert, bei denen Vertreter_innen aller Ressorts, Länder und am UPR Prozess beteiligten zivilgesellschaftlichen Organisationen eingeladen werden.

Die umfänglichen Verpflichtungen bringen vor allem die Herausforderung mit sich, den Fokus nicht zu verlieren und konkrete Umsetzungsschritte zu setzen. Ein Lösungsansatz der bei dem aktuellen Follow-Up Prozess verfolgt wird, ist die Benennung von „Leuchtturm-Themen“. Diese von zivilgesellschaftlicher und ministerieller Seite festgelegten prioritären Handlungsfelder sollen die Umsetzungschancen erhöhen. Verstärkend kommt hinzu, dass sich Österreich im Rahmen des letzten Überprüfungsprozesses auch zur Erstellung eines Zwischenberichts verpflichtet hat. Dieser im Jahr 2023 abzugebende Bericht muss die bis zu diesem Zeitpunkt maßgeblichen Fortschritte aufzeigen.⁴²

Eine weitere Problemstelle bei der Umsetzung aus dem UPR resultierenden Forderungen sind die langen Zeiträume zwischen den Überprüfungen. Um in diesem Zusammenhang insb die Transparenz der bestehenden Fortschritte zu verbessern, wurde von der Österreichischen Liga für Menschenrechte eine Online-Datenbank mit dem Namen „UPR-Tool“ entwickelt.⁴³ Durch dieses sollen Forderungen, Zuständigkeiten und der aktuelle Stand der Umsetzung abgerufen werden können. Das UPR-Tool schafft also ein öffentlich zugängliches Instrument zur Messbarkeit der Umsetzungsarbeit.

3.3. Mögliche Synergien mit dem NAP Menschenrechte

Der UPR-Prozess hat aufgrund der Breite der erfassten Themenfelder eine große Ähnlichkeit mit einem in der Menschenrechtspolitik häufig verwendeten Gestaltungsmittel, dem Nationalen Aktionsplan für Menschenrechte (NAP Menschenrechte). Während der UPR die Einbindung der internationalen Gemeinschaft sicherstellt, aber zur konkreten Umsetzung offen ist, ist ein NAP Menschenrechte ausschließlich auf die innerstaatliche Umsetzung konzentriert. Bereits im Jahr 1993 findet sich die Empfehlung zu umfassenden Nationalen Aktionsplänen für Menschenrechte in der Abschlusserklärung der in Wien abgehaltenen Weltkonferenz über Menschenrechte.⁴⁴ Weitere Quellen für Inhalte von derartigen NAPs finden sich auch in der Richtlinie⁴⁵ und im Handbuch⁴⁶ des OHCHR.

Ein nationaler Aktionsplan für Menschenrechte nach diesem Muster sollte folgende Inhalte haben:⁴⁷ Netzwerk, Neuschaffung und Unterstützung menschenrechtlicher Institutionen, Integration der Menschenrechtsbildung in Schulen und Universitäten, Bildungsprogramme für vulnerable Gruppen, Awareness-Building in der Öffentlichkeit, Informationsmateria-

42 Horn, Update zum UPR Prozess, Liga-Magazin 2021/2, 16.

43 Abrufbar auf der Webseite der Österreichischen Liga für Menschenrechte: www.liga.or.at/upr (26.6.2022).

44 Vienna Declaration and Programm of Action v 25.06.1993, A/CONF.157/23, Rz 71.

45 Guidelines for national plans of action for human rights education v 20.10.1997, A/52/469/Add.1.

46 Handbook on National Human Rights Plans of Action, Professional Training Series No. 10 v 29.8.2002.

47 Guidelines 1997, A/52/469/Add.1, Rz 45 ff.

lien, Forschung und Evaluierung, und Gesetzgebung. Sehr praxisnahe ist dabei bspw auch die Forderung nach einem handhabbaren Berichtsmechanismus der Nationalen Aktionspläne, damit der Prozess nicht unter dem eigenen Gewicht zusammenbricht.⁴⁸

Nationale Aktionspläne für Menschenrechte sind in der EU durchaus weit verbreitet.⁴⁹ In Österreich gab es in den Jahren 2014/2015 einen Versuch einen NAP Menschenrechte zu konzipieren. Es kam jedoch nie zu einer Fertigstellung oder systematischen Fortsetzung, als sich die Organisationen der Zivilgesellschaft Anfang 2016 aus dem Prozess mangels konkreter Kooperationsbereitschaft der Mehrheit der Regierungseinrichtungen zurückzogen, was so auch von der Volksanwaltschaft geteilt wurde.⁵⁰ Im Kontext der oben dargestellten Richtlinien dürfte es somit bereits zu einem Versagen der grundlegenden Voraussetzungen, nämlich der Schaffung des Netzwerks als auch der organisationalen Unterstützung gekommen sein.

Im dritten Zyklus des UPR Prozesses haben sechs Staaten ausdrücklich Bemühungen um einen Nationalen Aktionsplan für Menschenrechte gefordert.⁵¹ Österreich hat diese Empfehlungen mit dem Hinweis angenommen, dass zunächst die Ergebnisse anderer spezifischer nationaler Aktionspläne im menschenrechtlichen Bereich abgewartet werden sollen. Es stellt sich die Frage, ob dies eine sinnvolle Herangehensweise ist, oder nicht vielmehr Fortschritte erschwert.

Aus alledem ergibt sich ein Potential einer Synergie zwischen dem UPR-Prozess und dem NAP Menschenrechte. Verstanden und ernst genommen, kann der NAP Menschenrechte gerade jenen organisatorischen Rahmen bieten, den die Umsetzung der Empfehlungen des UPR benötigt. Zu einem Mehraufwand kommt es dadurch nicht, weil eine ernsthafte Umsetzung von Empfehlungen des UPR ohnedies auch koordiniert werden müsste. Einzelne thematische Aktionspläne für kleine Teilbereiche können die koordinierende Funktion nicht erfüllen. Die Beschränkung ergibt sich dort bereits aus den fachlichen Zuständigkeiten der Ministerien und Länder, sodass einzelne thematische NAPs nie sämtliche Entscheidungsträger_innen umfassen.

Es ist augenscheinlich, dass es hier derzeit politische Widerstände gibt. Diese sollten aber überwindbar sein. Der NAP Menschenrechte ist im aktuellen Regierungsübereinkommen enthalten.⁵² Auch wesentliche Oppositionsparteien haben den Beginn eines NAP Menschenrechte nachdrücklich (wenn auch bis dato ergebnislos) eingefordert,⁵³ sodass

48 Handbook 2002, 95

49 *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte*, National human rights action plans in the EU, Report of the National Liaison Officer Working Party on National Human Rights Action Plans v 27-28.3.2019.

50 *Volksanwaltschaft*, Nationaler Aktionsplan Menschenrechte, <https://volksanwaltschaft.gv.at/praeventive-menschenrechtskontrolle/nationaler-aktionsplan-menschenrechte-1> (15.06.2022).

51 Empfehlungen 140.9 bis 140.14.

52 Regierungsprogramm 2020–2024, 153, www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/die-bundesregierung/regierungsdokumente.html (15.6.2022).

53 *NEOS*, Entschließungsantrag betreffend Erarbeitung eines Nationalen Aktionsplans Menschenrechte (NAP-Menschenrechte) v 13.6.2018, 280/A(E) 26. GP; *SPÖ*, Entschließungsantrag betreffend keine weiteren Verzögerungen bei der Erstellung und Vorlage des Nationalen Aktionsplans für Menschenrechte v 22.9.2021, 1850/A(E) 26. GP.

auch die Verfassungsmehrheit für allfällige legistische Vorhaben im Rahmen der Umsetzung von Zielen eines NAP Menschenrechte denkbar scheint.

Der große Vorteil des NAP Menschenrechte aus der Perspektive des UPR Prozesses wäre es, dass der Umsetzung ein klarer Rahmen geboten und die politische Verbindlichkeit erhöht würde.

4. Thesen für die Definition des Erfolgs im UPR

Die gemeinsame Herausforderung für Zivilgesellschaft und staatliche Organisationen ist es, den UPR-Prozess erfolgreich umzusetzen. Es stellt sich dabei die Frage, wie Erfolg definiert werden kann. Der einfachste Maßstab wäre, quantitativ danach zu fragen, wie viele der Empfehlungen im nächsten Zyklus wegfallen. Dabei hätte Österreich eine äußerst schlechte Bilanz, weil bis dato von Zyklus zu Zyklus immer mehr Empfehlungen hinzutraten. Tatsächlich sind viele Empfehlungen aber inhaltsgleich oder betreffen ähnliche Themen, sodass zunächst eine Clusterung vorgenommen werden muss. Neben der Erfüllung der Empfehlungen sind aber uE auch Vorbereitungshandlungen und Netzwerkbildung von einem eigenständigen Wert, sodass diese nicht außer Acht gelassen werden sollten. Diese Beurteilung kann notwendigerweise nur qualitativ erfolgen.

Formal betrachtet kommen innerhalb des UPR-Prozesses folgende Akteure zur Erfolgsmessung in Betracht: Der Staat selbst ist aufgerufen, im Staatenbericht über die Umsetzung Aufklärung zu geben, ist aber natürlich voreingenommen. Aus der Abfolge an Empfehlungen der anderen UN-Mitgliedstaaten könnte mittelbar der Erfolg abgeleitet werden, wenn eine ehemalige Empfehlung nicht mehr erhoben wird, was aber nicht ausschließt, dass sich auch ohne Zielerreichung der Fokus eines Staates geändert hat. Letztlich könnte der Erfolg in Berichten der Zivilgesellschaft und anderer dritter Organisationen festgestellt werden, die nicht an spezifische Empfehlungen gebunden sind.

Von den drei Gattungen ist die Gesamtheit der Berichte der Zivilgesellschaft und dritter Organisationen über den Prozess am verlässlichsten. Auch dort ist Voreingenommenheit möglich, aber durch die Summe unterschiedlicher Positionen kann zumindest ein Muster erkannt werden.

Unsere These ist, dass sich zur Beurteilung des Erfolgs des UPR-Prozesses folgende Aspekte eignen:

- 1) Hat sich die Zusammenarbeit von Zivilgesellschaft und staatlichen Organisationen seit dem letzten Zyklus vertieft?
- 2) Wie wird die Umsetzung der Cluster an Empfehlungen von der Gesamtheit der Zivilgesellschaft beurteilt?
- 3) Hat sich das Bewusstsein der Öffentlichkeit für Menschenrechte und die daraus abgeleiteten eigenen subjektiven Rechte vertieft?⁵⁴

54 Für eine isolierte Bestandsaufnahme des Wissens über verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrechte vgl auch *Lachmayer/Rothmann*, Grundrechtswissen in Österreich, juridikum 2020, 472.

Es wird weiter zu beobachten sein, welche Fortschritte der UPR-Prozess im aktuellen Zyklus macht und welche Messung sich als geeignet erweisen wird. Der Beitrag der Österreichischen Liga für Menschenrechte kann dabei auch die neu geschaffene Datenbank von Anmerkungen zum Umsetzungsprozess darstellen, die im Sinn des obigen Vorschlages auch eine Datengrundlage bilden kann.⁵⁵

Florian Horn ist Rechtsanwalt in Wien und Vorstandsmitglied der Österreichischen Liga für Menschenrechte; florian.horn@fhorn.at

Sebastian Öhner ist Rechtsreferent der Kinder- und Jugendanwaltschaft und aktuell Generalsekretär der Österreichischen Liga für Menschenrechte; s.oehner@liga.or.at

Valerie Gruber arbeitet in der Interessensvertretung in Brüssel und ist Vorstandsmitglied der Österreichischen Liga für Menschenrechte; v.gruber@liga.or.at

⁵⁵ Abrufbar unter: www.liga.or.at/upr (18.7.2022).

Der ineffiziente demokratische Rechtsstaat

Staatstheoretische Perspektiven auf eine möglichst effiziente staatliche Organisation

Lukas B. Wieser*

1. Montesquieu und Madison: Fokus auf das „Warum“ und „Was“ staatlicher Organisation

Die politischen Philosophen der Aufklärung *Montesquieu* und *Madison*, die das staats-theoretische Fundament für den modernen, demokratischen Verfassungsstaat maßgeblich mitprägten, verstanden die staatliche Organisation gewissermaßen als Maschine.¹ Durch die sorgsame Auskalibrierung der unterschiedlichen Bestandteile sollte Macht beschränkt, das Recht gewahrt und Freiheit gesichert werden. Dieses maschinelle Verständnis der Staatsorganisation kommt etwa im berühmten Diktum *Madisons* zum Ausdruck, wonach in der Ausgestaltung der staatlichen Organisation sicherzustellen sei, dass Ehrgeiz („ambition“) Ehrgeiz entgegenwirke.² Gleich dem dritten Newtonschen Gesetz von Kraft und Gegenkraft neutralisieren sich die entgegengesetzten Geltungstribe im Verständnis *Madisons* vom Aufbau des Staates in einem Zustand staatsorganisatorischer Stabilität, der Macht beschränkt, das Recht wahrt und Freiheit sichert.³

Die Aufklärer fokussierten damit primär auf die Fragen des „Warum“ und „Was“ staatlicher Organisation. „Warum“ benötigt man Staatsorganisation und „was“ muss sie leisten? Durch die Beschäftigung mit dem Aufbau eines staatlich verfassten Gemeinwe-sens sollten Mechanismen gefunden werden, die den Grundwerten des Liberalismus best-möglich und langfristig zum Durchbruch verhelfen. Die Entwicklung staatsorganisato-rischer Konzepte durch die Aufklärer verlief damit entlang einer zweidimensionalen Kausalität. Um Macht zu beschränken, das Recht zu wahren und Freiheit zu sichern – also dem „Warum“ der Befassung mit staatsorganisatorischen Fragen bzw dem „Was“ der Staatsorganisation –, wurde nach Organisationskonzepten gesucht, die die Verwirk-lichung dieser liberalen Ideen gewährleisten.

* Bei dem vorliegenden Beitrag handelt es sich im Wesentlichen um die um Fußnoten ergänzte und geringfügig adap-tierte schriftliche Fassung des Vortrages, den der Autor am 25.3.2022 auf der Tagung „Rechtsstaat und Demokratie unter Druck“ am Juridicum Wien hielt.

1 Dieser Gedanke wurde dem Autor von *Somek* im Rahmen seiner Lehrveranstaltung „Law and Liberalism“ näher-gebracht.

2 *Madison*, The Federalist Papers No. 51 (1788): „Ambition must be made to counteract ambition“.

3 Der demokratische Rechtsstaat leistet selbstverständlich mehr als die Beschränkung der Macht, die Wahrung des Rechts und die Sicherung der Freiheit. Aus stilistischen Gründen beschränkt sich der Beitrag aber auf die Nennung dieser drei Ziele.

2. New Public Management: Fokus auf das „Wie“

Seit den 1980er-Jahren – im deutschsprachigen Raum seit den 1990er-Jahren⁴ – erweitert die Theorie des *New Public Management* (NPM) die Kausalitätsbeziehung zwischen dem Ziel der Staatsorganisation (Machtbeschränkung, Wahrung des Rechts und Freiheitssicherung) und den notwendigen Schritten dorthin um eine dritte Dimension – jene der ökonomischen Effizienz und Effektivität.⁵ Konfrontiert mit tiefgreifenden fiskalischen Schiefen und weitgehend „leere[n] Staatskassen“⁶ begannen Vertreter:innen des NPM, vor allem betriebswirtschaftliche Erkenntnisse⁷ auf die Organisation von Staat und Verwaltung zu übertragen, um eine möglichst effiziente Verwendung öffentlicher Finanzmittel sicherzustellen.

Im Zentrum des NPM stehen somit nicht Gesichtspunkte wie Demokratie oder rechtsstaatliche Legalität, sondern die mangelnde Effizienz und Effektivität des Staates im Allgemeinen und insb der staatlichen Verwaltung im Speziellen.⁸ Zur Lösung dieses Problems versucht das NPM, den Staat in seiner organisatorischen Ausgestaltung unter Fruchtbarmachung betriebswirtschaftlicher Erkenntnisse (zumindest teilweise) einem marktwirtschaftlichen Unternehmen anzunähern. Die Verwaltung wird zum Dienstleister,⁹ Bürger:innen werden – zumindest partiell hinsichtlich ihres Verhältnisses zur Exekutive – zu Kund:innen;¹⁰ den öffentlichen Sektor unterwirft man den Prämissen des Wettbewerbs.¹¹ Während die Aufklärer das „Warum“ und „Was“ staatlicher Organisation ins Zentrum ihrer Überlegungen stellten, fokussieren Vertreter:innen des NPM damit vorrangig auf den Gesichtspunkt des „Wie“: Wie haben der Staat und seine Organisation bei der Erfüllung ihrer Aufgaben vorzugehen? Möglichst ökonomisch effizient und effektiv.

Es sei bereits an dieser Stelle hervorgehoben, dass die Theorie des NPM der Frage nach der Ausgestaltung der Staats- und Verwaltungsorganisation mit dem privatwirtschaftlichen Unternehmen ein Organisationskonzept zugrunde legt, das in seinen wesentlichen Zügen nicht demokratisch, sondern autoritär ausgestaltet ist. Schließlich zeichnen sich privatwirtschaftliche Unternehmen typischerweise nicht durch eine Partizipation der Mitarbeiter:innen aller Ebenen und eine demokratische Entscheidungsfindung aus, sondern durch autoritäre Anordnungsverhältnisse, an deren Spitze eine oder einige wenige Personen stehen. Dass sich der Staat oder staatstragende Organisationseinheiten folglich nicht wie ein nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen operierendes Unternehmen ausgestalten las-

4 S Schedler/Proeller, *New Public Management*⁵ (2011) 40; weiters Proeller/Krause, *New Public Management* (NPM), in Gabler, *Wirtschaftslexikon Online*, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/new-public-management-npm-38664> (10.7.2022); vgl ferner Erbguth/Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*¹⁰ (2020) § 1 Rz 4.

5 Vgl idZ Wimmer, *Dynamische Verwaltungslehre*⁴ (2017) 261.

6 Schedler/Proeller, *New Public Management*⁵ 29.

7 S Proeller/Krause, *New Public Management* in Gabler.

8 Schedler/Proeller, *New Public Management*⁵ 57 f.

9 S Schedler/Proeller, *New Public Management*⁵ 65 ff; s weiters Wimmer, *Dynamische Verwaltungslehre*⁴ 262.

10 S Schedler/Proeller, *New Public Management*⁵ 71 ff; s weiters Wimmer, *Dynamische Verwaltungslehre*⁴ 262.

11 Vgl Schedler/Proeller, *New Public Management*⁵ 57 f; Wimmer, *Dynamische Verwaltungslehre*⁴ 263 f.

sen, ohne gravierende Probleme für Demokratie und Rechtsstaat hervorzurufen, zeigte sich unlängst mit aller Deutlichkeit am Fallbeispiel der „Neuen Volkspartei (ÖVP)“. *Sebastian Kurz* ließ sich als deren Parteiohmann im Jahr 2017 gleich einem betriebswirtschaftlichen Manager ein die innerparteiliche Demokratie beschneidendes autoritäres Durchgriffsrecht einräumen und führte die Partei sodann bis zu seinem Rücktritt unter Heranziehung von PR- und Marketing-Instrumenten¹² gleich einem marktwirtschaftlichen Unternehmen.¹³ Die weitgehenden rechtsstaatlichen und demokratischen Problemlagen, die zwar nicht nur, aber sicherlich auch deswegen aus dem Projekt „Neue Volkspartei“ resultierten, beschäftigen derzeit nicht nur die Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft (WKStA)¹⁴ und den eigens eingesetzten „ÖVP-Korruptions-Untersuchungsausschuss“,¹⁵ sondern führten ebenso zur erstmaligen Exekution eines verfassungsgerichtlichen Erkenntnisses (gegen einen zum damaligen Zeitpunkt amtierenden Minister),¹⁶ zu etlichen spektakulären Hausdurchsuchungen (ua im Bundeskanzleramt, im Finanzministerium sowie in der Parteizentrale der ÖVP)¹⁷ wie auch zur Verhängung der Untersuchungshaft über eine ehemalige Ministerin.¹⁸

3. Einschränkung der Zielverabsolutierung und daraus resultierende Gefahren

Doch zurück zur Staatstheorie: Auf konzeptioneller Ebene bringt die Einführung des Gesichtspunktes der „ökonomischen Effizienz“ durch das NPM für die Staatsorganisation eine Einschränkung der Zielverabsolutierung¹⁹ mit sich. Bei der Beschäftigung mit staatsorganisatorischen Fragen steht seitdem nicht mehr ausschließlich der Aspekt im Fokus, nach welchen Gesichtspunkten der Staat ausgestaltet werden muss, um Macht zu beschränken, das Recht zu wahren und Freiheit zu sichern, sondern auch „Wie“ dabei vorgehen sei – möglichst ressourceneffizient.

12 Der vermehrte Einsatz von PR-Techniken ist ein Instrument des NPM. S *Schedler/Proeller*, *New Public Management*⁶ 41.

13 Vgl idZ auch zur Bedeutung der innerparteilichen Organisationsstruktur für die „Gatekeeping“-Funktion der Parteien in einer Demokratie *Levitsky/Ziblatt*, *How Democracies Die* (2019) 13 ff.

14 Vgl etwa *Thalhammer*, *Die Presse Online* v 3.7.2022, *Türkises Dilemma: Der lange Weg der ÖVP in die Krise*, www.diepresse.com/6160467/tuerkises-dilemma-der-lange-weg-der-oevp-in-die-krise (10.7.2022); *Schmid*, *Der Standard Online* v 4.7.2022, *Korruptionsermittlungen: Worum es in der großen neuen Chat-Auswertung der WKStA geht*, www.derstandard.at/story/2000137134024/frage-und-antwort-worum-es-in-der-grossen-neuen-chatauswertung (10.7.2022).

15 S den Bericht des Geschäftsordnungsausschusses 1215 BgNR 27. GP; s auch die Website des österreichischen Parlaments, www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/A-USA/A-USA_00003_00906/index.shtml (10.7.2022).

16 S *Der Standard Online* v 6.5.2021, VfGH zwingt Blümel mit Exekutionsantrag zur Aktenlieferung, www.derstandard.at/story/2000126439583/vfgh-beantragt-bei-van-der-bellen-exekution-im-finanzministerium (10.7.2022).

17 S *Nikbakhsh/Melichar*, *Profil Online* v 6.10.2021, *Die komplette Anordnung zur ÖVP-Hausdurchsuchung: Das sind die Vorwürfe*, www.profil.at/oesterreich/die-komplette-anordnung-zur-oevp-hausdurchsuchung-das-sind-die-vorwuerfe/401760906 (10.7.2022).

18 S *Rosner*, *Wiener Zeitung Online* v 4.3.2022, *Ex-Ministerin Karmasin in U-Haft*, www.wienerzeitung.at/nachrichten/politik/oesterreich/2139787-U-Haft-fuer-Ex-Ministerin-Karmasin-beantragt.html (10.7.2022).

19 Damit soll – in zugegebenermaßen etwas sperriger Weise – der Umstand zum Ausdruck gebracht werden, dass Staatsorganisation nicht mehr bloß auf ein zu erreichendes Ziel (die Gewährleistung der Grundwerte des Liberalismus) fokussiert, sondern zu diesem mit dem Gesichtspunkt der ökonomischen Effizienz ein weiteres hinzutritt.

Damit führt das NPM in die „staatsorganisatorische Gleichung“ eine neue Variable ein, ein Umstand, der zunächst grundsätzlich nicht weiter problematisch wäre. Die Betrachtung des Ist-Zustandes der Staatsorganisation durch die Brille der ökonomischen Effizienz kann schließlich den Blick für unzumutbaren Ressourceneinsatz schärfen und letztlich auch dazu führen, dass öffentliche Mittel in einer Weise eingesetzt werden, die Rechtsstaat und Demokratie fördert und stärkt.

Die Beschäftigung mit staatsorganisatorischen Fragen aus Perspektive des NPM birgt allerdings erhebliche Gefahren. Denn verliert man den Umstand aus den Augen, dass es sich bei der Theorie des NPM im demokratischen Rechtsstaat bloß um ein Hilfsmittel handeln kann, mit dem unter im Hinblick auf Machtbeschränkung, Wahrung des Rechts und Freiheitssicherung gleichwertigen Organisationskonzepten das ökonomisch sinnvollste ausgewählt wird, verleitet dies gegebenenfalls zu folgenschweren Fehlschlüssen. Einerseits könnte man der Versuchung anheimfallen, sämtliche Entscheidungen in der Ausgestaltung des Staates der Notwendigkeit einer ökonomischen Rechtfertigung zu unterwerfen. Erhebliche Teile der Staatsorganisation sind im demokratischen Rechtsstaat aber derartigen Effizienzüberlegungen gar nicht oder kaum zugänglich. Eine gänzliche Abschaffung der Senatsgerichtsbarkeit in den Höchstgerichten mag zwar die Personalkosten für Richter:innen senken und damit ökonomisch effizient sein, mit dem Rechtsstaat lässt sie sich jedoch schwerlich vereinen. Genauso wenig würden es Rechtsstaat und Demokratie gestatten, den Verfassungsdienst aufzulösen und die Erbringung verfassungsdienstlicher Leistungen im Einzelfall auf Rechtsanwaltskanzleien auszulagern. Andererseits verleitet die Betrachtung staatsorganisatorischer Fragestellungen mit der Brille des NPM unter Umständen zum Trugschluss, dass es sich bei der ökonomischen Effizienz um ein den Zwecken „Machtbeschränkung“, „Wahrung des Rechts“ und „Sicherung der Freiheit“ gleichrangiges Ziel handelt. Dies kann dazu führen, dass man der Frage nach den Kosten einer bestimmten Organisation des Staates überschießendes Gewicht beimisst. Den Staat gestaltet man dann nicht mehr nach den Erfordernissen einer liberal demokratischen Ordnung aus und fragt erst im Anschluss, wie viel dies denn koste. Stattdessen geht man dazu über, in einem ersten Schritt den Etat möglichst sparsam zu bemessen (Stichwörter: Nulldefizit, Schuldenbremse, Senkung der Steuerquote) und sich sodann auf Basis dieses Minimalbudgets in einem zweiten Schritt nur jenes Maß an staatlicher Organisation zu leisten, das die zuvor zusammengekürzten Finanzmittel erlauben.

4. Rechtsstaatliche und demokratische Problemstellungen in Österreich

Für Österreich lassen sich in den rezenten Entwicklungen der Staatsorganisation nun mehrere rechtsstaatliche und demokratische Problemlagen ausmachen, die vor dem dargestellten Spannungsverhältnis zwischen staatsorganisatorischen Bedürfnissen des demokratischen Rechtsstaats und ökonomischer Effizienz diskutiert werden können. Als Beispiele sind dabei insb die Ablösung der Berufsbeamt:innen durch Vertragsbedienstete

(„Entpragmatisierung“) (4.1.), die Zusammenlegung von Gemeinden (4.2.) sowie der sich durch alle Staatsgewalten ziehende Personalmangel (4.3.) hervorzuheben. Die ausgewählten Themenkreise sind dabei nicht als abschließend zu verstehen; es ist davon auszugehen, dass eine Vielzahl weiterer Problemlagen ihrer Identifizierung harrt.

4.1. Ablösung der Berufsbeamt:innen durch Vertragsbedienstete („Entpragmatisierung“)

Unter dem Gesichtspunkt der ökonomischen Effizienz erweist sich das Berufsbeamt:innen-tum als problematisch. Schließlich zeichnen sich Berufsbeamt:innen vor allem auch dadurch aus, dass sie auf Lebenszeit bestellt und prinzipiell unkündbar sind („Pragmatisierung“).²⁰ Die Unkündbarkeit der Beamt:innen birgt das Risiko von Ineffizienzen, etwa weil diese aufgrund des durch ihre gesicherte Stellung geminderten Leistungsdrucks Arbeitspensum und -geschwindigkeit verringern;²¹ die Public Choice Theorie bezeichnet dieses Phänomen als „Rent Seeking“. ²² Vertreter:innen des NPM fordern deswegen den Einsatz von befristeten und kündbaren Dienstverhältnissen in der öffentlichen Verwaltung – für Österreich bedeutet dies, dass anstelle von pragmatisierten Beamt:innen vermehrt leichter künd- und abbaubare Vertragsbedienstete zum Einsatz kommen.²³

Im als „Kelsen-Merkl’sches Demokratiemodell“ bekannten Konzept der österreichischen Bundesverfassung für die Verwaltungsorganisation kommt dem Berufsbeamt:innentum jedoch eine zentrale Bedeutung zu. Va die nach der hA verfassungsrechtlich vorgegebene²⁴ prinzipielle Unkündbarkeit und die Bestellung auf Lebenszeit fördern das beamtische Selbstbewusstsein,²⁵ das den Gesetzesvollzug professionalisiert und gegen zu weitreichende politische Einflussnahmen immunisiert.²⁶ Dies verhilft zum einen dem im parlamentarischen Gesetz zum Ausdruck kommenden Volkswillen zur Geltung – sichert also die Demokratie –, wie es zum anderen auch den Rechtsstaat²⁷ stützt.

Die als Entbeamtung bzw Entpragmatisierung²⁸ bezeichnete Zurückdrängung der Berufsbeamt:innen zugunsten befristeter oder kündbarer Vertragsbediensteter mag somit

20 S zur Unkündbarkeit als nach der hM verfassungsrechtliche Vorgabe für das Beamt:innendienstverhältnis mwN *Baumgartner*, Zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Berufsbeamtentums, ZfV 2003, 270 (271); weiters *Öblinger*, Abschied vom Beamtentum in Österreich? in Magiera/Sommermann/Ziller (Hrsg), FS Siedentopf (2008) 655 (661 f); vgl auch § 20 ff Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, BGBl 333/1979.

21 Vgl zur Befristung von Verträgen und zur Flexibilisierung von Anstellungen als NPM-Instrumente zur Steigerung der Effizienz im öffentlichen Sektor („Herstellung von Wettbewerb“) mwN *Schedler/Proeller*, New Public Management⁵ 40 f; vgl idZ auch *Wimmer*, Dynamische Verwaltungslehre⁴ 266 f.

22 S mwN *Schedler/Proeller*, New Public Management⁵ 50 f.

23 S idZ die Bestimmung zur Dienstgeberkündigung in § 32 Vertragsbedienstetengesetz 1948 (VBG), BGBl 86/1948.

24 S *Baumgartner*, ZfV 2003, 271; weiters *Öblinger* in FS Siedentopf 661 f.

25 Vgl idZ zum „Ethos des Berufsbeamtentums“ *Öblinger* in FS Siedentopf 668.

26 S *Kabl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁷ (2019) Rz 125 f.

27 Im Rechtsstaat sind die darin lebenden Personen dem Recht und nicht außerrechtlicher Macht unterworfen. Ein professioneller und gegen zu weitreichende politische Einflussnahmen immunisierter Gesetzesvollzug unterbindet Willkür und beugt damit der Ausübung außerrechtlicher Macht vor. Zudem wird die verwaltungsbehördliche Entscheidungspraxis dadurch vorhersehbar – ein weiteres Element des Rechtsstaats.

28 S dazu *Öblinger* in FS Siedentopf 662 f.

zwar ökonomisch sinnvoll sein, sie beseitigt letztlich aber das beamtische Selbstbewusstsein in der Verwaltung und öffnet diese dem politischen Einfluss (Stichwörter: Politisierung der Verwaltung). Ein zu weitreichender Einsatz von Vertragsbediensteten in der öffentlichen Verwaltung begünstigt insofern Korruption und die Möglichkeit für Vertreter:innen von Partikularinteressen, unter Umgehung des parlamentarischen Prozesses Einfluss auf die staatliche Willensbildung zu nehmen. Allein mit der betriebswirtschaftlichen Brille lässt sich die öffentliche Verwaltung nicht in einer Weise mit Personal austatten, die der österreichischen Bundesverfassung und ihren Grundprinzipien gerecht wird. Will man das Fundament von Demokratie und Rechtsstaat nicht erodieren, wird man deswegen einzelne mäßig produktive Beamt:innen in Kauf nehmen müssen.²⁹

4.2. Zusammenlegung von Gemeinden (am Beispiel der steiermärkischen Gemeindestrukturreform 2010–2015)

Im Zuge der steiermärkischen (stmk) Gemeindestrukturreform 2010–2015 verringerte sich die Zahl der steirischen Gemeinden infolge vielfacher Zusammenlegungen von 542 auf 287.³⁰ Unter dem Gesichtspunkt der ökonomischen Effizienz, der der Reform hauptsächlich zugrunde lag,³¹ scheint die Reduktion der Zahl der Gemeinden zunächst tatsächlich sinnvoll.³² Schließlich werden durch die Vermeidung kostspieliger Parallelstrukturen und die effizientere Nutzung teurer Infrastruktur angespannte Budgets entlastet.³³ Gemeinden kommt über ihre Eigenschaft als Kostenstelle hinaus aber auch eine wichtige Funktion für die Demokratie in einem staatlichen Gemeinwesen zu. *Tocqueville* bezeichnet sie in seinem Werk „Über die Demokratie in Amerika“ deshalb trefflich als die „Volksschulen“ der Freiheit und Demokratie.³⁴ Durch den niederschweligen Zugang zu öffentlichen Ämtern und die Möglichkeit der selbstbestimmten Gestaltung des eigenen Gemeinwesens fördern sie unter Gemeindebürger:innen im Kleinen jene Geisteshaltung

29 Fraglich bleibt dabei, ob es nicht letztlich auch ökonomisch effizienter ist, einzelne mäßig produktive Beamt:innen im Staat zu beschäftigen, wenn dies zugleich den durch Korruption bedingten Abfluss staatlicher Mittel an Private und die Anzahl notwendiger Untersuchungsausschüsse verringert.

30 S die Website des Landes Steiermark zur Gemeindestrukturreform, www.gemeindestrukturreform.steiermark.at/cms/dokumente/11567999_69617531/b153c1a3/Gemeindestrukturreform%20Ausgangslage.pdf (10.7.2022); *Schwetz*, Gemeindezusammenlegungen – rechtliche Grundlagen und ökonomische Aspekte, SPWR 2019, 59 (67).

31 S § 1 Abs 1 Steiermärkisches Gemeindestrukturreformgesetz (StGsrG), LGBl 31/2014; *Bertel*, Gemeindezusammenlegung und Sachlichkeitsgebot, RFG 2015, 22 (23 f).

32 Vgl idZ aber zu dem Umstand, dass Gemeindefusionen nicht jedenfalls zu finanziellen Einsparungen führen *Schwetz*, SPWR 2019, 64 f.

33 Vgl idZ ErläutRV 2347 BlgStLT 16. GP 2; vgl auch unter Berufung auf die Materialien *Stolzlechner/Müller*, Überlegungen zur Rechtsprechung des VfGH zur Stmk Gemeindestrukturreform 2014, in *Baumgartner* (Hrsg), Jahrbuch Öffentliches Recht 2015, 147 (148 f): „Auch die wirtschaftliche Situation der Stmk Gemeinden war ein wesentlicher Auslöser des Reformprozesses. So konnten im Jahr 2010 225 Stmk Gemeinden ihren Haushalt nicht aus eigener Kraft ausgleichen; der Gesamtabgang in den Gemeindehaushalten betrug Euro 45 Mio. 2011 betraf dies 152 Gemeinden (Abgangssumme: Euro 29 Mio)“.

34 S *Tocqueville*, Über die Demokratie in Amerika (1835/2019) 52: „Die Gemeindeinstitutionen sind für die Freiheit, was die Volksschulen für die Wissenschaft sind“.

und Tugenden, die eine staatliche, freiheitliche Demokratie im Großen für ihr gedeihliches Fortbestehen benötigt.³⁵

Vor diesem Hintergrund offenbaren sich die demokratiepolitischen Probleme, die mit der Zusammenlegung von partizipativen Gebietskörperschaften im Allgemeinen und der stmk Gemeindestrukturreform 2010–2015 im Speziellen einhergehen. Eine Verringerung der Anzahl steirischer Gemeinden von 542 auf 287 bedeutet schließlich gleichzeitig den Verlust von 255 Gemeinderäten, in die sich Gemeindebürger:innen künftig nicht mehr zur aktiven Mitgestaltung des sie unmittelbar betreffenden Gemeinwesens wählen lassen können. Eine Überbetonung ökonomischer Effizienz bei Gemeindestrukturreformen führt damit uU dazu, dass der Reformgesetzgeber, obgleich er gewisse finanzielle Einsparungen erzielt, das demokratische Kind mit dem Bade ausschüttet.

4.3. Personalmangel in allen Staatsgewalten

Auch der gegenwärtig in allen Staatsgewalten (bzw Staatsfunktionen) Österreichs vorherrschende Personalmangel erscheint aus ökonomischer Perspektive zunächst nicht übermäßig dramatisch. Vor dem Hintergrund der Ziele des NPM, staatliche Mittel möglichst effizient zu nutzen und Kosten zu reduzieren,³⁶ ist die Beschäftigung von zu wenig Staatsbediensteten schließlich besser als das Vorhandensein von nicht vollständig genützten personellen Ressourcen.

Mag der Personalmangel im öffentlichen Dienst unter Effizienz- und Effektivitätsgesichtspunkten daher auch nicht besonders problematisch sein, für Demokratie und Rechtsstaat ist er es schon. Der in der österreichischen Justiz vorherrschende dringende Personalbedarf im Fachdienst, von *Jabloner* pointiert als der „stille Tod der Justiz“ betitelt,³⁷ gefährdet den Rechtsstaat, weil Verfahren nicht mehr in angemessener Dauer zum Abschluss gebracht werden können. Der Personalabbau in der Verwaltung führt – aus demokratischer und rechtsstaatlicher Perspektive ebenfalls höchst besorgniserregend – dazu, dass diese insgesamt nicht mehr über das notwendige Ausmaß an Fachwissen und Kompetenz verfügt, um ihre Aufgaben selbstständig (dh ohne Heranziehung externer Privater) zu besorgen.³⁸

Hinsichtlich der Gesetzgebung zieht eine Kombination aus umfangmäßiger Zunahme des Rechts und geringen personellen Ressourcen der Parlamentarier:innen einen Bedeutungsverlust des Parlaments nach sich. Sind Abgeordnete nicht mehr in der Lage, das von ihnen Beschlossene inhaltlich zu beurteilen,³⁹ wird die demokratische Legitimation

35 S *Tocqueville*, Über die Demokratie in Amerika 52 ff.

36 S *Schedler/Proeller*, New Public Management³ 41.

37 S *Die Presse Online* v 3.7.2019, Minister Jabloner: „Die Justiz stirbt einen stillen Tod“, www.diepresse.com/5653864/minister-jabloner-die-justiz-stirbt-einen-stillen-tod (10.7.2022).

38 S dazu insb *Lachmayer*, Gesetzgebungsoutsourcing – Wenn Anwälte Gesetze schreiben ..., *ZfV* 2020, 24 (24 ff); weiters *derselbe*, Wissensbeschaffung durch Private, in *Fuchs et al* (Hrsg), Staatliche Aufgaben, private Akteure I (2015) 157 (169).

39 Vgl *Lachmayer*, *ZfV* 2020, 25 (insb FN 17).

der Gesetze und damit letztlich die Demokratie im Staat in Mitleidenschaft gezogen.⁴⁰ Insgesamt bedürfte der öffentliche Dienst damit umfangreicher personeller Aufstockungen, um den Fortbestand von Demokratie und Rechtsstaat adäquat abzusichern.

5. Conclusio

Zweierlei hat sich gezeigt: Erstens, dass es sich beim demokratischen Rechtsstaat mit hoher Wahrscheinlichkeit – zumindest aus fiskalischer Perspektive – nicht um die ökonomisch effizienteste Form der Verfassung eines staatlichen Gemeinwesens handeln dürfte. Denn ohne Reibungsverluste ist er nicht zu haben.⁴¹ Will man ihn sich leisten, und dafür gibt es äußerst gewichtige – vielleicht sogar wirtschaftliche – Gründe, wird man teilweise Ineffizienzen und Ressourcenverschwendungen in Kauf nehmen müssen. Einige unnötige Gemeinden oder einzelne nicht voll ausgelastete Beamte:innen sind der Preis, der für Machtbeschränkung, Wahrung des Rechts und Freiheitssicherung zu bezahlen ist, den zu entrichten es sich aber trotzdem unzweifelhaft lohnt.

Zweitens ist bei der Heranziehung ökonomischer Erwägungen zur Lösung staatsorganisatorischer Fragestellungen, wie es die Theorie des NPM fordert, durchwegs Vorsicht geboten. Dies soll nicht dahingehend verstanden werden, dass eine Betrachtung der Staatsorganisation durch die Brillen der Effizienz und Effektivität jedenfalls abzulehnen sei. Sie vermag durchaus wertvolle Erkenntnisse zu liefern, die zur ökonomischen Optimierung der staatlichen Organisation stets dann ergänzend herangezogen werden können, wenn diese die Primärziele der Machtbeschränkung, Wahrung des Rechts und Sicherung der Freiheit bereits ausreichend sicherstellt. Dem „Warum“ und „Was“ der Staatsorganisation muss die ökonomische Effizienz als Sekundärziel aber stets untergeordnet bleiben. Dies gilt es zu berücksichtigen, will man nicht jene Werte des Liberalismus gefährden, zu deren Gewährleistung *Montesquieu* und *Madison* ihre staatsorganisatorischen Konzepte gerade entwickelten.

Dr. Lukas B. Wieser ist Rechtsanwaltsanwärter bei Rechtsanwälte Leitner & Häusler in Wien sowie Lektor für öffentliches Recht an der Sigmund Freud Privatuniversität Wien; lukas.wieser@gmail.com

⁴⁰ Vgl. *Berka*, Verfassungsrecht⁸ (2021) Rz 472.

⁴¹ Vgl. dazu in diesem *thema* den Beitrag von *Pöschl*, Stellschrauben des demokratischen Rechtsstaates.

Speech Recognition im Asylverfahren

Fragen und Lektionen aus der interdisziplinären Technikforschung

Nikolaus Poehchacker*

1. Einleitung

Die Digitalisierung von Verwaltung und Rechtsprechung wird schon lange diskutiert. Während Länder wie Dänemark oder Finnland als Vorreiter der Digitalisierung von Staat und Gesellschaft gelten, werden Deutschland und Österreich oft als Nachzügler dargestellt. Auch hierzulande werden immer mehr digitale Verfahren in der Verwaltung und der Gerichtsbarkeit eingesetzt. Dabei ist die Bandbreite der Anwendungen groß und rangiert von einfachen Datenbanken bis hin zu *Decision Support Systems*.¹ Dazu zählt auch das Vorhaben, die Justiz in Österreich weitgehend einer digitalen Transformation zu unterziehen.² Ein Teil dieses Vorhabens im Bereich Asyl und Migration ist die Prüfung des Einsatzes von *Speech Recognition*-Software im Asylverfahren.³ Moderne *Speech Recognition*-Verfahren basieren dabei auf verschiedenen Formen von *Machine Learning*-Verfahren.⁴ *Machine Learning*-Systeme folgen keiner vorher definierten Logik, sondern lernen aufgrund der vorliegenden Daten, wie einzelne Fälle zu beurteilen sind.⁵ Dh es gibt auch keinen vorher definierten Akt der Programmierung. In klar abgrenzbaren Bereichen sind diese Verfahren sehr leistungsstark. Die Software dient dabei der Erkennung von sprachlichen Variationen und Dialekten. Eine entsprechende Software wird bereits seit einigen Jahren in Deutschland eingesetzt, womit die sich ergebenden Herausforderungen und Problematiken an einem aktuellen Fall entwickelt werden können. Im Folgenden werde ich daher die bisherige Entwicklung des Verfahrens, die Kritik daran, und eine Einordnung der Digitalisierung des Verfahrens aus rechts- bzw techniksoziologischer Perspektive darstellen.

2. Historische Entwicklung und Kritik des Verfahrens

Sprachanalyse als Methode zur Ermittlung des Herkunftslandes von Asylsuchenden ist an sich kein neues Verfahren. Schon bisher wurde diese von den Behörden in Auftrag

* Dieser Text ist im Rahmen des Projektes DIGrenz (Universität Graz) entstanden, welches von Univ-Prof Dr Iris Eisenberger, MSc (LSE) und Univ-Prof Dr Klaus Poier geleitet wird. Ich möchte mich hier auch besonders bei Mag Angelika Adensamer, MSc für die anregenden Diskussionen und ihr Feedback für diesen Text bedanken.

1 Siehe etwa *Klenk/Nullmeier/Wewer*, Handbuch Digitalisierung in Staat und Verwaltung (2020).

2 *BMJ*, Justiz 3.0, bmj.gv.at, <https://bmj.gv.at/themen/justiz-3.0.html> (23.7.2022).

3 Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020–2024, (2020) 141.

4 Etwa *Deng/Li*, Machine Learning Paradigms for Speech Recognition: An Overview. *IEEE: Transactions on Audio, Speech, and Language Processing*, 21, 5, 1060.

5 *Norvig/Russell*, Artificial Intelligence: A Modern Approach⁴ (2021).

gegeben, um die Angaben der Antragsteller*innen zu überprüfen.⁶ Die kommunizierte Ratio hinter dem Verfahren ist, dass die Behörden oft auf Basis einer unklaren Sachlage eine Entscheidung treffen müssen. Sei dies, weil die Angaben der Asylsuchenden der Behörde fragwürdig erscheinen oder weil keine Zeug*innen oder Dokumente vorhanden sind.⁷ Sprachanalysen versprechen hier eine vermeintlich objektive Feststellung des Sachverhaltes, aufgrund dessen eine Entscheidung getroffen werden kann. Denn, so die Annahme, die Art des Sprechens erlaubt Rückschlüsse auf die Herkunft durch ein Mapping zwischen geographischem Raum und sprachlicher Sozialisation. Es ist hierbei anzumerken, dass das Verfahren sich dabei auf eine spezielle politikwissenschaftliche Definition von Staatszugehörigkeit, nämlich qua Staatsgebiet, stützt und diese auf eine andere, nämlich politische Gemeinschaft, projiziert.

Vorbild für die Entwicklung war Schweden, welches als erstes eine entsprechende Stelle eingerichtet hat.⁸ Seither sind viele Staaten diesem Vorbild gefolgt und geben Sprachanalysen zur Bestimmung des Herkunftslandes in Auftrag.⁹ Dies geschieht oftmals durch die Beauftragung von privaten Gutachter*innen oder Unternehmen.

Auch in Österreich werden Sprachanalysen zur Herkunftsbestimmung eingesetzt. Von Asylbehörden werden solche Analysen idR als Gutachten gewertet, und können als Beweismittel somit einen wesentlichen Einfluss auf die Verfahren haben.¹⁰ Die Bestimmung des Herkunftslandes durch Expert*innen steuert hierbei maßgeblich Sachverhaltswissen¹¹ bei.

Das Verfahren der Sprachanalyse wurde jedoch von Linguist*innen kritisiert.¹² Die Analysen zur Herkunftsbestimmung wurden nicht von unabhängiger Seite evaluiert, scheinen oft auf „folkviews“¹³, also Volkswisheiten oder Allgemeinplätze, über den Zusammenhang von Sprache und Nationalität zu basieren. Besonders wurde in diesem Zusammenhang kritisiert, dass bei der Erstellung der Gutachten „native speakers“ ohne linguistische Ausbildung zum Einsatz kamen.¹⁴ In der Kritik wurde besonders hervorgehoben, dass die Herstellung eines Zusammenhanges von Nationalität bzw regionaler Herkunft und Sprachverwendung die Sprachbiographie der Asylsuchenden ausblendet. Denn Spra-

6 Patrick/Schmid/Zwaan, Language Analysis for the Determination of Origin: Current Perspectives and New Directions² (2018); Ammer et al, Ein umstrittenes Beweismittel, *juridikum* 2013, 281 (284).

7 Eades, Testing the Claims of Asylum Seekers: The Role of Language Analysis, *Language Assessment Quarterly* 2009, 6, 30 (31).

8 Zwaan/Muysken/Verrips, Introduction, in Zwaan/Verrips/Muysken (Hrsg), *Language and Origin: The Role of Language in European Asylum Procedures: Linguistic and Legal Perspectives* (2010) 1.

9 Patrick, Language Analysis for the Determination of Origin (LADO): An Introduction, in Patrick/Schmid/Zwaan 3.

10 Ammer et al, *juridikum* 2013, 284.

11 Zur Abgrenzung des Begriffs des Sachverhaltswissen zu anderen Wissensformen im Rechtssystem siehe Hoffmann-Riem, *Recht im Sog der digitalen Transformation: Herausforderungen* (2021) 57–58.

12 Siehe etwa Eades et al, Linguistic identification in the determination of nationality: A preliminary report, *Language Policy* 2003, 179 (180); Patrick in Patrick/Schmid/Zwaan 4.

13 Eades et al, *Language Policy* 2013, 180; Patrick, Language Analysis for Determination of Origin (LADO) in Arabic-dominant settings, in Al-Wer/Horesh (Hrsg), *The Routledge Handbook of Arabic Sociolinguistics* (2019) 314.

14 Eades, *Language Assessment Quarterly* 2009, 32.

che, so das Argument, spiegelt nicht nur die Erstsozialisation wider, sondern vielmehr die Summe der gemachten Erfahrungen. So haben zB lange Reisebewegungen, wie man sie bei Flüchtenden oft antrifft, einen nicht unwesentlichen Einfluss auf den Sprachgebrauch.¹⁵ Dieses Problem wurde ua in Österreich anhand einer Fallstudie¹⁶ verdeutlicht: Dort wurde einem asylsuchenden Menschen, K¹⁷ genannt, mittels Sprachgutachten eine nigerianische Staatsangehörigkeit zugeschrieben. Infolgedessen wurde K nach Nigeria abgeschoben. In dem Artikel zeigen die Autor*innen jedoch, dass die der Entscheidung zu Grunde liegende Sprachanalyse bestenfalls mangelhaft ist, da die Expertise der Gutachter*innen fraglich war. Weiters gaben die Gutachter*innen keine Gründe für ihre Schlussfolgerungen an.¹⁸ Ein weiterer wesentlicher Kritikpunkt betrifft die Gesprächssituation. Aus sozialwissenschaftlicher Perspektive stellt, wie *Anna De Fina* argumentiert, die Interviewsituation ein Interaktionssetting dar, welches die Nutzung von Sprache und damit die Konstruktion von Identität beeinflusst.¹⁹ Gerade Interviewsituationen im Asylverfahren stellen jedoch neue und ungewohnte Situationen dar, welche die Sprachnutzung stark beeinflussen.

Es bleibt also festzuhalten, dass die Anwendung von Sprachanalysen zur Herkunftsbestimmung in der Fachwelt vielfach kritisiert wurde und wird. Das Verfahren basiert dabei oftmals auf theoretischen Annahmen, welche nicht notwendigerweise mit der Praxis übereinstimmen oder aufgrund der Komplexität der Methode nicht angemessen überprüft werden können. Ob es sich dabei daher um ein geeignetes Mittel zur Sachverhaltsbeschreibung im Asylverfahren handelt, wird dadurch zumindest in Frage gestellt.

Nichtsdestotrotz wurde und wird das Verfahren weiter in Asylverfahren genutzt. Seit einigen Jahren wird es jedoch auch in einer digitalisierten Variante eingesetzt, etwa in Deutschland.²⁰ Aufgrund eines kurzen Sprachsamples der asylsuchenden Person erkennt die Software die Dialekte und gibt an, mit welcher Wahrscheinlichkeit diese zutreffend sind. Unterschieden wird hier etwa zwischen Golf-Arabisch oder Ägyptisch-Arabisch. Diese softwarebasierte Analyse wird durch die Sachbearbeiter*innen interpretiert und so die Angaben der asylsuchenden Person in Bezug auf das Herkunftsland überprüft.²¹ Anstatt Expert*innen die Sprachgutachten ausstellen zu lassen, soll eine Spracherkennungssoftware für die Bestimmung des Herkunftslandes dienen. Der Einsatz einer automatisierten Sprachanalyse zur Herkunftsbestimmung wird mit einer Effizienzsteigerung und damit der Entlastung der Behörden argumentiert. In der Praxis verspricht das digi-

15 *Blommaert*, Language, Asylum, and the National Order, *Current Anthropology* 2009, 415 (416).

16 *Ammer et al*, *juridikum* 2013, 285.

17 Die unbeabsichtigte oder beabsichtigte Namensgleichheit zu Josef K. aus Kafkas Prozess sei hier zumindest angemerkt.

18 *Ammer et al*, *Juridikum* 2013, 289 f.

19 *De Fina*, The Interview as an Interactional Event, in *Patrick/Schmid/Zwaan* 21.

20 *Biselli/Beckmann*, Das Smartphone, Bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa, (2019) 39.

21 *FragdenStaat*, Foliensätze und Interpretationshilfen zu Sprachanalyse, <https://fragdenstaat.de/anfrage/foiliensatze-und-interpretationshilfen-zu-sprachanalyse/> (11.7.2022).

talisierte Verfahren der Sprachanalyse aber nicht nur eine Effizienzsteigerung und eine „neutralere“ und „objektivierte“ Darstellung der Sachverhalte. Wie dies erreicht werden soll, und welche Veränderungen sich im Verfahren durch digitale Methoden ergeben, ist dabei eine offene, aber wichtige Frage. Denn die ursprünglichen Kritikpunkte der Methode bleiben bestehen, da die grundlegenden Annahmen der Sprachanalyse nicht verändert werden. Was sich jedoch ändert sind a) die *Zugänglichkeit* durch einen veränderten Analysemodus, also der Intransparenz von Algorithmen, b) die Quantität der Sprachanalysen und somit die *Dominanz* innerhalb der institutionellen Logik und c) die Ausstattung des Analyseverfahrens mit einer zusätzlichen *Autorität durch numerische und mechanische Objektivität*. Diese Verschiebungen werden im folgenden Abschnitt aus Sicht der Technik- und teilweise Rechtssoziologie näher beleuchtet.

3. Perspektiven aus Rechts- und Techniksoziologie

Obwohl der Einsatz von Spracherkennungssoftware zur Analyse des Herkunftslandes primär aufgrund von Effizienzüberlegungen eingeführt wurde, verändert die Digitalisierung des Verfahrens mehr als nur die Anzahl der durchgeführten Verfahren. Darüber hinaus stellen sich Fragen der Interpretierbarkeit der Modelle, der Ausweitung des Verfahrens durch Automatisierung und Standardisierung, und der scheinbaren Objektivität des Verfahrens. Hier können Einsichten aus der interdisziplinären Technikforschung und der Technik- und Rechtssoziologie hilfreich sein, um diese einzuordnen. Aufbauend auf den Diskussionen in diesen Feldern lassen sich drei Bereiche identifizieren, welche eine besondere Betrachtung erfordern und auch miteinander in Wechselwirkung stehen.

3.1. Algorithmische und organisatorische Black Boxes

In der gegenwärtigen Debatte wird besonders der *Black Box*-Charakter von Algorithmen hervorgehoben. Damit ist gemeint, dass algorithmische Systeme, welche oft in sensiblen Bereichen eingesetzt werden, nicht für die Allgemeinheit oder Entscheidungsträger*innen einsichtig sind, aber weitreichende Entscheidungen beeinflussen.²²

*Jenna Burrell*²³ hat überzeugend dargelegt, dass man bei dem Begriff der *Black Box* drei verschiedene Ebenen unterscheiden muss, welche alle zur Opazität algorithmischer Systeme beitragen. Zum einen ist dies die Ebene organisationaler Schranken bzw. Geheimhaltung. Ganz banal sind uns algorithmische Systeme nicht zugänglich, weil wir keinen Zugriff auf die Systeme per se bekommen. Sei dies durch Geheimhaltungsklauseln oder weil sie durch *Intellectual Property Rights* (IPRs) geschützt sind. Auf dieser Ebene zeigt

²² Siehe etwa *Pasquale*, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information* (2015).

²³ *Burrell*, *How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms*, *Big Data & Society* 2016, 3, 1 (1 f).

sich kein wesentlicher Unterschied dazu, wie die Verfahren bisher abgelaufen sind.²⁴ Ein wesentlicher Kritikpunkt an der Herkunftsbestimmung via Sprachanalyse war, dass unklar ist, welche Expertise die Gutachter*innen besitzen.²⁵ Dh die operative Logik des Systems war auch in seiner analogen Form nicht zugänglich. Will man also digitale und analoge Lösungen auf dieser Ebene vergleichen, stellt man sehr schnell fest, dass sich in der Praxis hier nichts Wesentliches verändert hat.²⁶

Die zweite Ebene, welche *Burrell* identifiziert, ist nun die Frage der Interpretierbarkeit von Algorithmen, selbst wenn man Zugriff zum System hätte. Um Algorithmen einzuordnen und zu verstehen, braucht es ein Mindestmaß an mathematischen und technischen Vorkenntnissen. Besitzt man diese nicht, so bleibt das technische System auch „in plain sight“ eine Black Box, da man die sichtbaren Mechanismen schlicht nicht einordnen kann. Hier könnte man einwenden, dass das Fehlen von Sachverstand ja genau die Anfangsbedingung für das Einholen eines Gutachtens ist. Denn auch und gerade das Rechtssystem basiert auf einer Systematik der Arbeitsteilung. In Fällen, in welchen externe Bewertungen eingeholt werden, ist das Ergebnis eine Ko-Konstruktionsleistung von externer Sachverhaltsdarstellung durch Expert*innen und rechtlicher Beurteilung des Sachverhaltes.²⁷ Das darf aber eben nicht darüber hinwegtäuschen, dass in einem Rechtsstaat die Bedingungen der Entscheidungsfindung offengelegt werden müssen, wenn die Entscheidung als legitim wahrgenommen werden soll. Lt *Luhmann* ist dies gerade in modernen, pluralen Gesellschaften relevant, da diese „Legitimation durch Verfahren“ herstellen und nicht über geteilte Wertvorstellungen – und somit soziale Kohäsion fördern.²⁸ Nicht alle Beteiligten müssen die Verfahren verstehen, diese müssen aber ua einer kritischen Betrachtung von anderen Expert*innen standhalten, um eine breite Wirkung erzielen zu können. Wissenschaft wird hier als ein gemeinschaftlicher Prozess der Wissensproduktion verstanden.²⁹ Diesem Problem der *Black Box* kann durch eine Öffnung der Prozesse der Wissensgenerierung für andere Expert*innen entgegengewirkt werden. Die Bewertungsschemata transparent zu machen, würde auch fundierten Widerspruch und Gegendarstellungen erlauben, welche die soziale Legitimität des Verfahrens stärken würden. Auch hier zeigt sich nur ein marginaler Unterschied zwischen analoger und digitaler Form des Verfahrens. Man kann zwar davon ausgehen, dass sich die

24 Siehe hierzu etwa *Ammer et al*, *juridikum* 2013, 290.

25 *Ammer et al*, *juridikum* 2013, 294. Eine nuancierte Debatte zu den Anforderungen der Expert*innen findet sich in *Patrick/Schmid/Zwaan*.

26 Siehe *Aksamitowska*, Digital Evidence in Domestic Core International Crimes Prosecutions: Lessons Learned from Germany, Sweden, Finland and The Netherlands, *Journal of International Criminal Justice* 2021, 189 (196).

27 *Jasanoff*, Science at the Bar: Law, Science, and Technology in America (1997); Allgemeiner: *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, Recht und Innovation. Recht im Ensemble seiner Kontexte (2016) 60 f.

28 *Koniakou*, Governing Artificial Intelligence and Algorithmic Decision Making: Human Rights and Beyond, in *Denneby et al* (Hrsg), Responsible AI and Analytics for an Ethical and Inclusive Digitized Society (2021), 173; abstrakter: *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren¹⁰ (1983).

29 Zu einer Formulierung von normativen Vorgaben zur Wissenschaft aus der Wissenschaftssoziologie siehe etwa *Merton*, *The Sociology of Science: Theoretical and Empirical Investigations* (1973).

notwendigen Expertisen, um die Verfahren zu verstehen, diversifizieren. Dies ändert aber nichts an der grundlegenden Systematik des Problems.

Die dritte Form der *Black Box*-Problematik verändert dieses Verhältnis. Denn in dieser beschreibt *Burrell* die (momentane) Unmöglichkeit, *Machine Learning*-Modelle auf einer rationalen Ebene nachzuvollziehen. Wie eine *Machine Learning*-Anwendung zu ihren Ergebnissen kommt, ist nicht oder nur sehr schwer nachzuvollziehen. Es gibt zwar Forschung zu *Explainable AI*, dh Verfahren, welche die interne Logik eines *Machine Learning*-Modells für Menschen über „Erklärungen“ zugänglich machen sollen.³⁰ Es ist jedoch noch nicht klar, wie diese Erklärungen mit dem sozialen System, in welchem sie eingebettet sind, wechselwirken.³¹ Ohne ein Erklärungsmodell ist es schwierig, die Ergebnisse der Software entsprechend einzuordnen, was ein zentrales Element, sowohl aus juristischer Perspektive³² als auch aus soziologischer Sicht ist.³³ Auch wenn die analogen Reports von Gutachter*innen als ungenügend in Bezug auf die Urteilsfindung kritisiert wurden, stellen sie zumindest irgendeine Form der Beschreibung dar, welcher gefolgt werden kann. Im Fall von algorithmischen Beurteilungen werden Klassifizierungen mit Wahrscheinlichkeiten ausgegeben – ohne weitere Erklärungen. Hier stellt sich also eine wesentliche Diskrepanz zwischen analogen und digitalen Verfahren dar, und zwar in der Art und Weise, wie die Logik der Ergebnisdarstellung an die Formen der Argumentation einer rechtlichen Beurteilung anschlussfähig ist oder eben auch nicht.

3.2. Objektivierung von Aussagen: Trust in Numbers

Ein wesentlicher Aspekt in der Nutzung von algorithmischen Verfahren ist die scheinbare Objektivität, welche diese versprechen. Die Ratio hinter dieser Argumentation ist, dass eben keine Menschen in der Entscheidungsfindung beteiligt sind, was von *Daston und Gallison* als mechanische Objektivität beschrieben wurde.³⁴ Führt man sich vor Augen, dass ein wesentlicher Kritikpunkt an den Verfahren zur Feststellung der Herkunftsregion die Expertise der Gutachter*innen war, scheint dies auch stichhaltig zu sein. Singuläre Entscheidungen werden durch die Automatisierung der Beurteilung ausgeschlossen. Durch den Ausschluss von menschlichen Aspekten wird eine Neutralität der Technologie suggeriert, welche ihr erhöhte Autorität verschafft. *Rieder* und *Simon* sprechen in diesem Zusammenhang auch von *Datatrust*.³⁵ *Machine Learning*-Anwendungen sind jedoch nicht unabhängig von menschlichen Entscheidungen. Vielmehr werden diese in

30 *Mittelstadt/Russell/Wachter*, Explaining Explanations in AI, in *Proceedings of the Conference on Fairness, Accountability, and Transparency* (2019) 279.

31 *Poechhacker/Kacianka*, Algorithmic Accountability in Context. Socio-technical perspectives on structural causal models, *Frontiers in Big Data* 2021, 3, 1.

32 Für eine Erläuterung siehe *Ammer et al*, *juridikum* 2013, 293.

33 *Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren* (1983).

34 *Daston/Galison*, *Objectivity* (2010) 115.

35 *Rieder/Simon*, *Datatrust: Or, the political quest for numerical evidence and the epistemologies of Big Data*, *Big Data & Society* 2016, 3, 1.

der Designphase getroffen und in die Modelle eingeschrieben. Dies umfasst etwa die Optimierungsfunktion, welche angibt, auf welches Ziel ein Algorithmus hin optimiert werden soll, die dahinterliegende Methodik der Algorithmen, aber besonders auch die Auswahl der Inputdaten, aufgrund derer eine *Machine Learning*-Anwendung trainiert und evaluiert wird.³⁶ Über die Auswahl der Trainingsdaten, welche auch als *Ground Truth* bezeichnet werden,³⁷ konstruieren die Entwickler*innen eine Wirklichkeit für den Algorithmus, welcher dieser in interne Modelle übersetzt und in der zukünftigen Anwendung reproduziert. Übersetzt in das Asylverfahren bedeutet dies, dass die Auswahl an Trainingsdaten den Modus der Beurteilung von Sachverhalten bzw deren Darstellung durch die Software maßgeblich beeinflusst. Spezifische Entscheidungen der Entwickler*innen werden in die Software eingeschrieben, dort stabilisiert, und durch den Prozess des *Black-boxings* mit dem Anschein der Objektivität und Wertneutralität ausgestattet. Dies hat weitgehende Auswirkungen. Aus anderen Kontexten ist bereits bekannt, dass eine Entscheidung gegen die Empfehlung eines Algorithmus oft schwierig ist, da dies mit vermehrten Argumentationsaufwand verbunden sein kann.³⁸ Andere Studien geben erste Hinweise, dass Menschen in der Tendenz auch dann den Empfehlungen folgen, wenn diese der eigenen Intuition widersprechen, etwa bei zunehmender Komplexität des Problems³⁹ oder beeinflusst durch organisatorische Settings.⁴⁰

3.3. Algorithmen als Sprechakte: Beschreibung der Realität als institutioneller Modus Operandi

Machine Learning-Anwendungen sind – zumindest in den Bereichen, die bisher aus sozial- und rechtswissenschaftlicher Perspektive beachtet wurden – meist eine Frage der Klassifizierung.⁴¹ Dh entweder werden Beobachtungen durch ein algorithmisches Modell in vorher definierte Klassifikationen eingeteilt oder über eine mathematische Beschreibung miteinander vergleichbar gemacht. In jedem Fall werden empirische Beobachtungen in ein definiertes Beobachtungsschema eingeordnet.⁴² Die Beobachtungen werden standardisiert und bilden die Realität nicht nur ab, sondern ko-konstituieren diese auch.

36 Jaton, *The Constitution of Algorithms: Ground-Truthing, Programming, Formulating* (2021); Poechbaker, *Democratic Algorithms* (forthcoming).

37 Jaton, *We get the algorithms of our ground truths: Designing referential databases in digital image processing*, *Social Studies of Science* 2017, 47, 811 (812).

38 Etwa Angwin *et al*, *Machine Bias: There's Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And it's Biased Against Blacks*, *propublica.org* 23.5.2016, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> (23.7.2022).

39 Bogert/Schecter/Watson, *Humans rely more on algorithms than social influence as a task becomes more difficult*, *Scientific Reports* 2021, 11, 8028, 1 (6).

40 Sztandar-Sztanderska/Zielenska, *When a Human Says "No" to a Computer: Frontline Oversight of the Profiling Algorithm in Public Employment Service in Poland*, *Sozialer Fortschritt* 2022, 465.

41 Bechmann/Bowker, *Unsupervised by any other name: Hidden layers of knowledge production in artificial intelligence on social media*, *Big Data & Society* 2019, 6, 1 (2).

42 Ein Prozess, welcher der rechtswissenschaftlichen Subsumption nicht ganz unähnlich ist.

Standards werden zu einem Beurteilungsmaßstab eben jeder Realität.⁴³ Dieser Umstand an sich würde gerade für die Rechtsanwendung Rechtssicherheit herstellen. Schließlich kann man antizipieren, in welchen Fällen die Software wie entscheiden wird. Allerdings ist der Prozess einer algorithmischen Subsumption sehr stark auf ex-ante gemachte Annahmen aufgebaut, welche das Beurteilungsschema definieren (siehe vorigen Abschnitt). Ist dieser Prozess der ex-ante Interpretation einmal vorgenommen, kann ein solches Modell nur mehr schwer auf Abweichungen und Grenzfälle reagieren. Die Kritik, welche schon bisher gegenüber den Sprachanalyseverfahren in Anschlag gebracht wurde, trifft hier nur umso stärker zu. Denn Kontextinformationen werden nicht beachtet bzw können nicht beachtet werden, wenn diese nicht in das ursprüngliche Modell eingebaut wurden. Kontextinformationen wie Reiserouten, veränderte Sprechsituationen etc würden das Modell entsprechend verkomplizieren und eine Zuordnung erschweren. Genau jene Kontextinformationen sind in der Kritik an dem grundlegenden Verfahren jedoch zentral. Diese Standardisierung hat nun aber weitreichende Konsequenzen. Denn auch wenn der Algorithmus streng genommen keine Entscheidungen trifft, so beeinflusst er doch den institutionellen Diskurs, indem die beobachtbare Realität einer mathematisch standardisierten Beschreibung unterworfen wird. Man kann die Ausgabe eines Algorithmus hier auch als eine Art Sprechakt verstehen. In seiner Diskurstheorie hat *Austin*⁴⁴ die These aufgestellt, dass wir vermittels Sprache nicht nur Realitäten beschreiben, sondern auch Handlungen selbst setzen, welche eine Realität konstituieren. Ein Algorithmus, welcher nun einer asylsuchenden Person eine Staatsbürgerschaft oder eine Herkunftsregion zuschreibt, erschafft in der Konsequenz auch eine Realität.⁴⁵ Wie schon ausgeführt, ist es auch sehr wahrscheinlich, dass der Realitätskonstruktion gefolgt wird und diese somit potentiell einen großen Einfluss auf den Gang des Verfahrens hat.

Einzelne Entscheidungen haben nicht notwendigerweise Einfluss auf die Funktionsweise einer Institution auf der Mesoebene. Vor der Einführung des digitalisierten Sprachanalyseverfahrens wurden diese Verfahren vergleichsweise selten eingesetzt, da sie zeitaufwendig und teuer waren.⁴⁶ Wie man allerdings anhand des deutschen Falles sehen kann, ist seit der Einführung der Software deren Einsatz von rund 411 im Jahre 2015⁴⁷ auf ca 4000 in 2019 angestiegen.⁴⁸ Was aber damit auch Hand in Hand geht, ist eine Ausweitung der Wirklichkeitskonstruktion durch algorithmische Systeme. Die Logik der algorithmischen Herkunftsbestimmung wird nicht nur in der Black Box Algorithmus wirk-

43 Vertiefend etwa *Bowker/Star*, *Sorting things out: classification and its consequences* (2000).

44 *Austin*, *How to Do Things with Words*² (1975).

45 Die Formulierung ist hier wichtig und folgt dem in der Soziologie klassischen Thomas Theorem: „If men define situations as real, they are real in their consequences“ in *Thomas/Thomas*, *The Child in America: Behavior Problems and Programs* (1928), 571 f.

46 *Viciano*, *Die Grenzen der Sprache*, sueddeutsche.de 7.10.2016, <https://www.sueddeutsche.de/wissen/migration-die-grenzen-der-sprache-1.3193855> (11.7.2022).

47 *Viciano*, *Sprache*, sueddeutsche.de.

48 *Biselli*, *Dialektanalyse bei Geflüchteten: Automatisiertes Misstrauen*, netzpolitik.org 9.1.2020 <https://netzpolitik.org/2020/automatisiertes-misstrauen/> (14.7.2022).

sam, sondern stabilisiert sich auch in den institutionellen Logiken durch ihre wiederholte Anwendung.⁴⁹

4. Conclusio

In diesem Beitrag habe ich versucht, Kritikpunkte der algorithmischen Sprachanalyse im Asylverfahren darzustellen und eine Perspektive aus der interdisziplinären Technikforschung auf die Digitalisierung dieser Praxis anzubieten. Es zeigt sich, dass man einem Einsatz dieser Software durchaus kritisch gegenüberstehen kann. Was *Luhmann* (neben anderen) als die „Legitimation durch Verfahren“ benannte, stellt gerade darauf ab, dass die eingesetzten Verfahren, um zu einer legalistisch-normativen Betrachtung einer Situation zu kommen, allgemein anerkannt sein müssen. Dazu gehört auch, dass die Einzeloperationen einer Interpretation zumindest potentiell zugänglich sein müssen. Digitale Technologien werden oft unter der Prämisse der Effizienzsteigerung eingeführt, ohne dabei die oft aufwendigen und noch in Entwicklung befindlichen Methoden der Zugänglichmachung zu bedenken. Dies führt ua dazu, dass Grundannahmen oder Schlussfolgerungen dieser algorithmischen Operationen nicht hinterfragbar sind. Ob hier Ansätze wie *Explainable AI* Abhilfe schaffen können, ist bisher nicht geklärt. Die Kritik an der digitalen Form der Herkunftsfeststellung durch Sprachanalysen ist nun eben nicht, dass diese diskriminierender oder unfairer ist als die analoge Version des Verfahrens. Vielmehr ist die Kritik, welche hier formuliert werden muss, dass diese kritischen Aspekte der analogen Version nicht adressiert werden. Dafür werden sie mit einer Autorität ausgestattet, welche diese stabilisieren und sogar ausweiten. Um diese Effekte besser zu verstehen und auch ggf abzufedern, wären umfangreiche und interdisziplinäre Begleit- und Evaluationsstudien von unabhängigen Stellen in allen Phasen der Technikentwicklung und -nutzung notwendig.

Nikolaus Poehhacker arbeitet als Post-Doc Senior Scientist am Digital Age Research Center (D!ARC) der Universität Klagenfurt und forscht zur Beziehung zwischen demokratischen Institutionen, Recht, sozialer Ordnung und algorithmischen Systemen; nikolaus.poehhacker@aau.at, auf Twitter @digiones

49 Vgl *Bowker/Star*, Sorting things out 135.

Dobbs v Jackson Women's Health Organization

Das Ende des verfassungsgesetzlich garantierten Rechts auf Abtreibung in den USA

Lilo Martini

1. Ein absehbares Ende des Rechts auf Abtreibung

Am 2. 5. 2022 veröffentlichte „POLITICO“ den Mehrheitsentscheidungsentwurf des US Supreme Court, der das bisher verfassungsrechtlich garantierte Recht auf Abtreibung widerrief. Ein derartiges Leak hatte es nie zuvor in der Geschichte des Höchstgerichts gegeben.¹ Damit war die am 24. 6. 2022 verkündete Mehrheitsentscheidung in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* absehbar, deren Spruch wie folgt lautete: „The Constitution does not prohibit the citizens of each State from regulating or prohibiting abortion. *Roe* and *Casey* arrogated that authority. We now overrule those decisions and return that authority to the people and their elected representatives“².

Die Entscheidung *Roe v Wade* aus 1973, die 1992 durch *Planned Parenthood v Casey* bestätigt wurde, hatte Frauen bundesweit den Zugang zu Abtreibungen vor Lebensfähigkeit des Fötus garantiert. Sie stützte sich dabei auf das ungeschriebene Recht auf Privatleben, das aus dem 14. Zusatzartikel ableitbar wäre.³

Frauen in den USA haben nun eine Garantie verloren, die zuvor 50 Jahre lang für deren Mütter und Großmütter bestanden hatte. Im Folgenden wird die wesentliche Argumentation der Entscheidung kurz dargestellt und anschließend kritisch gewürdigt. Am Ende des Beitrags werden bereits eingetretene und mögliche Folgewirkungen beleuchtet.

2. Die Mehrheitsentscheidung

Die Mehrheit der Richter:innen begründete die Notwendigkeit des „overruling“ damit, dass *Roe vs. Wade* „unerhört falsch“ war und der US Supreme Court nun dazu berufen sei, den vor fünfzig Jahren begangenen Fehler zu korrigieren.⁴

1 *Gerstein/Ward*, Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows, POLITICO 2.5.2022, www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473 (8.7.2022).

2 US Supreme Court 24.6., 597 U.S. ____ (2022), *Dobbs vs Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, 79.

3 US Supreme Court 22.1.1973, 410 U.S. 113 (1973) *Roe v Wade* und US Supreme Court 29.6.1992, 505 U.S. 833 (1992) *Planned Parenthood v Casey*.

4 US Supreme Court, *Dobbs*, Opinion of the Court, 6, 44 f, 70.

Zu diesem Ergebnis kommen die Richter:innen im Wesentlichen, indem sie die US-Verfassung zuerst nach ihrem Wortlaut und anschließend in ihrem historischen Kontext auslegen: Zunächst stellen sie fest, dass sich die US-Verfassung nicht explizit auf Schwangerschaftsabbrüche bezieht.⁵ Anschließend zeigen sie auf, dass zu dem Zeitpunkt, als der 14. Zusatzartikel erlassen wurde, kein Recht auf Zugang zu Abtreibung existierte.⁶ Dieses Recht könne damit nicht „tief in der Geschichte der Nation verwurzelt“ sein. Ebenso wenig sei es „implizit im Konzept der ‚ordered liberty‘“ verankert. Sogar könne keine ungeschriebene Verfassungsgarantie eruiert werden.⁷

Fünf schwerwiegende Faktoren begründeten es, vom Grundsatz der „stare decisis“ – also vom Festhalten an den Präzedenzfällen⁸ *Roe v Wade* und *Planned Parenthood v Casey* – abzugehen: das Wesen des Fehlers, die Qualität der Begründung, die Anwendbarkeit der festgelegten Grundsätze, der Störeffekt auf andere Rechtsbereiche und das Fehlen eines konkreten, schützenswerten Vertrauens.⁹

3. Kritik

Für eine:n kontinentaleuropäisch ausgebildete:n Jurist:in ist die Argumentation der Mehrheitsentscheidung teils schwer nachvollziehbar. Dies liegt insbesondere an der verwendeten Auslegungsmethode, dem „originalism“. Die Verfassungsinterpret:innen gehen dabei davon aus, dass der wahre Gehalt der Verfassung aus deren historischem Kontext zu eruieren ist.¹⁰ Problematisch ist daran, dass die US-Verfassung sehr alt und gleichzeitig schwer abänderbar ist. Anpassungen an gesellschaftliche Veränderungen können de facto nur durch Auslegung erfolgen.¹¹ Die gewählte Auslegungsmethode sperrt sich gegen Anpassungen.¹² Damit steht sie in klarem Kontrast zur Auslegung der EMRK als „living instrument“: Ihre Garantien sind im Lichte der gesellschaftlichen Veränderungen zu interpretieren.¹³

Im amerikanischen „case law“ sind Präzedenzfälle eine der primären Quellen zur Rechtsfindung.¹⁴ Kritikwürdig ist, wie die Mehrheitsentscheidung mit Präzedenzfällen umgeht. Zunächst erklärt sie die Präzedenzfälle, auf die sich *Roe v Wade* stützt, für irrelevant: Die Entscheidung für eine Abtreibung sei mit keiner der sonstigen Garantien, die als Teil des Verfassungsrechts auf Privatleben anerkannt worden seien, vergleichbar. Schließlich

5 US Supreme Court, *Dobbs*, Opinion of the Court, 5, 9.

6 US Supreme Court, *Dobbs*, Opinion of the Court, 13, 15 ff.

7 US Supreme Court, *Dobbs*, Opinion of the Court, 12, 36.

8 *Kischel*, Rechtsvergleichung (2015) 255 f.

9 US Supreme Court, *Dobbs*, Opinion of the Court, 43. Zu den einzelnen Faktoren s US Supreme Court, *Dobbs*, Opinion of the Court, 43 ff.

10 *Solum*, We are all Originalists now, in *Bennett/Solum*, Constitutional Originalism (2011) 1 (2 ff).

11 *Tushnet*, The United States: Eclecticism in the Service of Pragmatism, in *Goldsworthy*, Interpreting Constitutions (2006) 7 (7, 16 f, 49); *Gamper*, Regeln der Verfassungsinterpretation (2012) 80 f.

12 Vgl US Supreme Court, *Dobbs*, justice *Thomas* concurring, 3.

13 So der EGMR erstmals am 25.04.1978, 5856/72, *Tyrell/Verinigtes Königreich*; *Berka/Binder/Kneibs*, Die Grundrechte² (2019) 245 Fn 852.

14 *Tushnet* in *Goldsworthy* 42, 47; *Kischel*, Rechtsvergleichung 245.

zerstöre keine dieser Garantien potentiell Leben.¹⁵ Als Folge sieht die Mehrheit davon ab, abstrakte Feststellungen über ein Recht auf Privatleben nach der US-Verfassung zu treffen. Ebenso wenig analysiert sie jüngere Präzedenzfälle, die mittlerweile ein Recht auf Abtreibung stützen könnten. Derart ignoriert die Mehrheit vorhandene Auslegungen des 14. Zusatzartikels, die ungeschriebene Rechtspositionen auch annehmen, wenn sie nicht „tief in der Geschichte der Nation verwurzelt“ sind.¹⁶ Somit sprechen die Richter:innen schwangeren Frauen, die abtreiben wollen, jegliche verfassungsrechtlich geschützte Rechtsposition ab. Folglich unterbleibt eine Interessensabwägung.¹⁷

Am Ende zeigt sich an der Mehrheitsentscheidung deutlich, was Rechtsrealist:innen seit Jahren predigen: Nicht die Rechtsvorschrift ist wesentlich, sondern die Person, die darüber entscheidet.¹⁸ Je nach Anwender:in und bevorzugter Methode kann der Inhalt einer Vorschrift wesentlich divergieren.¹⁹

4. Folgewirkungen

Die unmittelbaren Folgewirkungen sind schon für einen Teil der US-amerikanischen Frauen spürbar: In acht US-Bundesstaaten ist Abtreibung bereits komplett verboten oder nur in wenigen Ausnahmefällen zulässig, was de facto einem Verbot gleichkommt. Insgesamt ist zu erwarten, dass mehr als die Hälfte der US-Bundestaaten Abtreibungen verbieten oder extrem stark einschränken wird.²⁰ Besonders betroffen von Abtreibungsverboten werden finanziell schlecht gestellte Frauen sein, da sie nicht über die Mittel verfügen, um in einen Bundesstaat mit liberalen Abtreibungsgesetzen zu reisen.²¹ Illegale Schwangerschaftsabbrüche, die lebensgefährdend sein können, werden rasant zunehmen.²² Manche Bundesstaaten planen sogar Personen zu bestrafen, die ungewollt Schwangeren in welcher Weise auch immer helfen, ihre Schwangerschaft zu beenden.²³ Frauen werden somit in manchen Teilen der USA dazu gezwungen sein, ein Kind, das etwa durch Inzest oder Vergewaltigung gezeugt wurde, gebären zu müssen. Andernfalls sind sie Straftäterinnen.

Lilo Martini ist Sachbearbeiterin im Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz; lilo.martini@gesundheitsministerium.gv.at

15 US Supreme Court, *Dobbs*, Opinion of the Court, 32.

16 S zB US Supreme Court, 26.6.2015, 576 U.S. 644 (2015) *Obergefell v Hodges*.

17 So auch US Supreme Court, *Dobbs*, justices *Breyer*, *Sotomayor* und *Kagan* dissenting, 2.

18 Vgl *Kischel*, Rechtsvergleichung 375 f. In diese Richtung auch US Supreme Court, *Dobbs*, justices *Breyer*, *Sotomayor* und *Kagan* dissenting 14, 30, 33.

19 Vgl zur amerikanischen Verfassungsinterpretation *Tushnet* in *Goldsworthy* 51 f.

20 S zB *Gutmacher Institute*, An Overview of Abortion Laws, guttmacher.org 7.7.2022, www.gutmacher.org/state-policy/explore/overview-abortion-laws (8.7.2022).

21 *National Association of Criminal Defense Lawyers*, Abortion in America: How Legislative Overreach Is Turning Reproductive Rights Into Criminal Wrongs (2021) 12 f. So auch US Supreme Court, *Dobbs*, justices *Breyer*, *Sotomayor* und *Kagan* dissenting, 3.

22 S zB *World Health Organization*, Abortion, who.int 25.11.2021, www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/abortion (8.7.2022).

23 *National Association of Criminal Defense Lawyers*, Abortion 31 f.